

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Bau- und Bodenrecht

Übersetzung: nein

Rechtsquelle/n:

BauGB § 1 Abs. 3 Satz 1, § 31 Abs. 2 und 3

Titelzeile:

Funktionslosigkeit einer Festsetzung zur Geschossflächenzahl (Betrachtungsraum, Offenkundigkeitserfordernis)

Leitsätze:

1. Die Betrachtung der Funktionslosigkeit einer Festsetzung kann auf ein Teilgebiet des Bebauungsplans begrenzt werden, wenn die betroffene Festsetzung ihre Wirkung nach der Plankonzeption der Gemeinde in diesem Bereich auch ungeachtet benachbarter Bereiche entfalten soll.

2. Der Verlust der Steuerungsfähigkeit einer Festsetzung ist offenkundig, wenn auf der Grundlage des ausermittelten Sachverhalts und nach einer durch Fachkenntnisse geprägten Betrachtung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse die nachträglich eingetretenen Abweichungen im maßgeblichen Betrachtungsraum nach Quantität und Qualität ein Ausmaß erreicht haben, aufgrund dessen sich der Schluss aufdrängt, dass ein Vertrauen in die Fortgeltung der Festsetzung nicht mehr schutzwürdig ist.

3. Das Einzelfallerfordernis in § 31 Abs. 3 BauGB verlangt einen atypischen Sonderfall.

Urteil des 4. Senats vom 24. April 2024 - BVerwG 4 C 2.23

I. VG Berlin vom 28. Juni 2018

Az: 13 K 315.15

II. OVG Berlin-Brandenburg vom 22. Februar 2023

Az: 10 B 15.18



Bundesverwaltungsgericht

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 4 C 2.23
10 B 15.18

Verkündet
am 24. April 2024

...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache



ECLI:DE:BVerwG:2024:240424U4C2.23.0

hat der 4. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 23. April 2024
durch die Vorsitzende Richterin am Bundesverwaltungsgericht Schipper und
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Brandt, Prof. Dr. Decker, Dr. Seidel
und die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Stamm

am 24. April 2024 für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg vom 22. Februar 2023 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Oberverwaltungsgericht zurückverwiesen.

Die Entscheidung über die Kosten bleibt der Schlussercheidung vorbehalten.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Kläger begehrt einen Bauvorbescheid für den Ausbau des Dachgeschosses eines fünfgeschossigen, um 1900 errichteten Altbaus.
- 2 Der Baublock mit dem Baugrundstück liegt im Geltungsbereich des für Westberlin erlassenen Baunutzungsplans vom 11. März 1958 in der Fassung vom 28. Dezember 1960, der dort ein gemischtes Gebiet der Baustufe V/3 vorsieht. Die Bebauung auf dem Grundstück des Klägers und die weiterer Grundstücke

im Baublock überschreitet die nach Maßgabe der Bauordnung für Berlin in der Fassung vom 21. November 1958 (GVBl. 1958 S. 1104) für diese Baustufe geltende Geschossflächenzahl (GFZ) von 1,5. Das Vorhaben des Klägers führt nach den Berechnungen des Beklagten zu einer weiteren Erhöhung der GFZ von 3,5 auf 3,92 bzw. bei Einbeziehung des Souterrains von 4,1 auf 4,54.

- 3 Mit Bauvorbescheid vom 9. März 2015 verneinte das Bezirksamt die mit dem Antrag formulierte Frage 1a nach der planungsrechtlichen Zulässigkeit in Bezug auf das durch den Baunutzungsplan festgesetzte Maß der baulichen Nutzung und die Frage 1b, soweit hinsichtlich der Gestaltung die Gebäudehöhe betroffen ist. Widerspruch und Klage auf Erteilung eines bezogen auf die genannten Fragen insgesamt positiven Bauvorbescheids blieben erfolglos.
- 4 Das Oberverwaltungsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Die Festsetzung zur GFZ sei in dem insoweit maßgeblichen Baublock nicht funktionslos geworden. Diese habe zwar angesichts massiver Überschreitungen im Umfeld des Vorhabengrundstücks ihre Steuerungsfunktion verloren. Das sei aber nicht offenkundig. Die Überschreitung der GFZ sei für einen Durchschnittsbürger rechtlich und tatsächlich schwer erkennbar. Die Abweichungen von der festgesetzten GFZ seien allenfalls unter Auswertung von Liegenschaftskarten oder Bauakten und zudem nur bei rechtlichen Spezialkenntnissen zu erfassen. Eine Betrachtung von öffentlich zugänglichen Standorten aus lasse keine Rückschlüsse auf die Einhaltung der Festsetzung zu. Der Kläger habe weder nach § 31 Abs. 2 BauGB noch nach § 31 Abs. 3 BauGB einen Anspruch auf Befreiung.
- 5 Der Kläger macht mit der Revision geltend, die Festsetzung der GFZ sei funktionslos geworden. Da dies für den gesamten Umgebungsbereich gelte, komme es nicht darauf an, ob die Vorinstanz bei der Beurteilung der Funktionslosigkeit zu Recht nur den Baublock betrachtet habe. Das Oberverwaltungsgericht habe überzogene Anforderungen an die Offenkundigkeit als Voraussetzung der Funktionslosigkeit gestellt. Jedenfalls müssten auch bei einem Durchschnittsbürger Grundkenntnisse unterstellt werden, die ihn befähigten, die Berechnung der GFZ bei einem Dachgeschossausbau nachzuvollziehen. Die zur Funktionslosig-

keit der GFZ-Festsetzung führenden tatsächlichen Entwicklungen seien für einen externen Betrachter bei ergänzender Heranziehung leicht zugänglicher Unterlagen oder Daten erkennbar. Jedenfalls habe das Berufungsgericht u. a. angesichts der großzügigen Befreiungspraxis der letzten Jahrzehnte zu Unrecht die Voraussetzungen einer Befreiung verneint.

- 6 Der Beklagte verteidigt das angegriffene Urteil. Zudem bezweifelt er, dass die Festsetzung der GFZ unabhängig von den übrigen Festsetzungen zum Maß der baulichen Nutzung funktionslos werden könne.

II

- 7 Die Revision ist zulässig und begründet. Das angegriffene Urteil des Oberverwaltungsgerichts beruht auf einer Verletzung revisiblen Rechts (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Es stellt sich nicht aus anderen Gründen als im Ergebnis richtig dar (§ 144 Abs. 4 VwGO). Der Senat kann nicht selbst in der Sache entscheiden; das erfordert die Zurückverweisung der Sache (§ 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO).
- 8 1. Mit bundesrechtlich nicht tragfähigen Erwägungen hat das Oberverwaltungsgericht die Funktionslosigkeit der in dem für Westberlin erlassenen Baunutzungsplan vom 11. März 1958 in der Fassung vom 28. Dezember 1960 für die Baustufe V/3 festgesetzten GFZ von 1,5 im maßgeblichen Betrachtungsraum verneint.
- 9 a) Eine Festsetzung eines Bebauungsplans tritt automatisch außer Kraft, wenn und soweit die Verhältnisse, auf die sich die Planung bezieht, in der tatsächlichen Entwicklung einen Zustand erreicht haben, der eine Verwirklichung der Festsetzung auf unabsehbare Zeit ausschließt, und wenn diese Tatsache so offensichtlich ist, dass ein in ihre Fortgeltung gesetztes Vertrauen keinen Schutz verdient (stRspr, vgl. BVerwG, Urteile vom 29. April 1977 - 4 C 39.75 - BVerwGE 54, 5 <11>, vom 28. April 2004 - 4 C 10.03 - NVwZ 2004, 1244 <1245>, vom 30. Juni 2004 - 4 C 3.03 - BVerwGE 121, 205 <207> und vom 21. März 2023 - 4 A 9.21 - juris Rn. 39).

- 10 Dies gilt auch für nach § 233 Abs. 3 BauGB i. V. m. § 173 Abs. 3 Satz 1 des Bundesbaugesetzes (BBauG) vom 23. Juni 1960 (BGBl. I S. 341 <382>) übergeleitete Pläne (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 24. April 1998 - 4 B 46.98 - NVwZ-RR 1998, 711 und vom 9. Oktober 2003 - 4 B 85.03 - BauR 2004, 1128 <1128 f.>) und damit auch für die Regelungen des Berliner Baunutzungsplans 1958/1960 zum Maß der baulichen Nutzung, die nach der bindenden Auslegung des nicht revisiblen Landesrechts durch das Oberverwaltungsgericht (§ 7 Nr. 3 und Nr. 13 - 15 der Bauordnung für Berlin in der Fassung vom 21. November 1958 - GVBl. 1958 S. 1104) noch vor Inkrafttreten des Bundesbaugesetzes für verbindlich erklärt worden sind.
- 11 b) Unter Verstoß gegen Bundesrecht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass bei der Prüfung der Funktionslosigkeit einzelner Festsetzungen des Berliner Baunutzungsplans in der Regel – und so auch hier – der jeweilige Baublock zu betrachten sei.
- 12 Zwischen den Begriffen der Funktionslosigkeit und der Erforderlichkeit im Sinne des § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB besteht eine innere Wechselbeziehung (vgl. BVerwG, Urteil vom 18. November 2004 - 4 CN 11.03 - BVerwGE 122, 207 <214>). Für die Frage, ob eine Festsetzung eines Bebauungsplans funktionslos geworden ist, kommt es nicht auf die Verhältnisse auf einzelnen Grundstücken an. Entscheidend ist vielmehr, ob die jeweilige Festsetzung geeignet ist, zur städtebaulichen Ordnung im Sinne des § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB im Geltungsbereich des Bebauungsplans einen wirksamen Beitrag zu leisten. Die Planungskonzeption, die einer Festsetzung zugrunde liegt, wird nicht schon dann sinnlos, wenn sie nicht mehr überall im Plangebiet umgesetzt werden kann. Erst wenn die tatsächlichen Verhältnisse vom Planinhalt so massiv und so offenkundig abweichen, dass der Bebauungsplan insoweit seine städtebauliche Gestaltungsfunktion unmöglich zu erfüllen vermag, kann von einer Funktionslosigkeit die Rede sein. Das setzt voraus, dass die Festsetzung unabhängig davon, ob sie punktuell durchsetzbar ist, bei einer Gesamtbetrachtung die Fähigkeit verloren hat, die städtebauliche Entwicklung noch in einer bestimmten Richtung zu steuern (vgl. BVerwG, Urteil vom 21. März 2023 - 4 A 9.21 - juris Rn. 39 m. w. N.). Dabei ist auch die Bedeutung zu berücksichtigen, die die einzelne Festsetzung für den Plan in seiner Gesamtheit hat (vgl. BVerwG, Urteile vom 29. April 1977

- 4 C 39.75 - BVerwGE 54, 5 <11> und vom 3. August 1990 - 7 C 41.89 - BVerwGE 85, 273 <281 f.>). Maßgeblicher Betrachtungsraum für die Beurteilung der Funktionslosigkeit einer Festsetzung ist folglich grundsätzlich das Plangebiet, in dem die Gemeinde ihre Planungsbefugnis und Gestaltungsfunktion nach § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB wahrgenommen hat (Degenhart, BayVBl. 1990, 71 <75 f.>).

- 13 Dieser Grundsatz wird zum einen in Berlin durch besondere organisationsrechtliche Regelungen eingeschränkt.
- 14 Nach Art. 1 Abs. 1 der Verfassung von Berlin (VvB) ist Berlin ein deutsches Land und zugleich eine Stadt. Nach dem damit festgelegten Grundsatz der Einheitsgemeinde ist diese Trägerin der gemeindlichen Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG und der davon mitumfassten Planungshoheit. Soweit nach Art. 64 Abs. 2 Satz 1 VvB und dem auch zur Ausfüllung der Ermächtigung in § 246 Abs. 4 BauGB dienenden Gesetz zur Ausführung des Baugesetzbuchs (AGBauGB; i. d. F. vom 7. November 1999, GVBl. S. 578; zuletzt geändert durch Gesetz vom 14. Oktober 2022, GVBl. S. 578) die Bezirke nach §§ 1, 6 in der Regel zum Erlass von Bebauungsplänen ermächtigt werden, nehmen sie als verselbstständigte Teile der nachgeordneten Verwaltung der Einheitsgemeinde die Aufgabe der Bauleitplanung aus abgeleitetem Recht auf der Grundlage organisationsrechtlich zugewiesener Kompetenzen wahr (vgl. BVerwG, Urteil vom 10. Oktober 2012 - 9 A 10.11 - Buchholz 11 Art. 28 GG Nr. 163 Rn. 11 f.). Aus der Aufgabenzuweisung an die Bezirke ergibt sich eine äußerste Grenze für den Betrachtungsraum, der den Zuständigkeitsbereich eines Bezirks nicht überschreiten darf (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 15. September 2020 - 2 B 10.17 - BRS 88 Nr. 60 S. 440). Denn in den so voneinander abgegrenzten Teilbereichen des Stadtgebiets kann sich ausgehend von einem für das gesamte Gemeindegebiet – in seinem damaligen territorialen Zuschnitt – erlassenen Bebauungsplan die bauplanungsrechtliche Situation je eigenständig fortentwickeln. Dies erfasst mit Blick auf § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB nicht nur die aktive planerische Gestaltung, sondern auch die Funktionslosigkeit infolge tatsächlicher Entwicklungen.

- 15 Der Grundsatz erfährt zum anderen eine Ausnahme mit der Folge, dass die Betrachtung der Funktionslosigkeit auf ein Teilgebiet des Geltungsbereichs des Bauplans zu beschränken ist, wenn die betroffene Festsetzung ihre Wirkung nach der Plankonzeption der Gemeinde in diesem Teilbereich auch ungeachtet benachbarter Bereiche entfalten soll. Für den Berliner Baunutzungsplan folgt daraus, ohne dass es weiterer, dem Tatsachengericht vorbehaltenen Ermittlungen bedarf, dass der Betrachtungsraum für die Beurteilung der Funktionslosigkeit einer Festsetzung zum Maß der baulichen Nutzung jedenfalls nicht über den jeweils abmarkierten Geltungsbereich der maßgeblichen Baustufe hinausgeht. Im Übrigen kann bei einer Festsetzung zum Maß der baulichen Nutzung eine kleinräumige Betrachtung z. B. des Straßengevierts geboten sein, wenn sich die Festsetzung nach dem Willen des Plangebers ausschließlich innerhalb des jeweiligen Baublocks – etwa zur Auflockerung des Hinterhofbereichs – auswirken soll und sie nicht, etwa zum Erhalt eines einheitlichen Straßenbilds, auf eine weiträumigere städtebauliche Gestaltung abzielt.
- 16 Diesen Maßstäben wird das Berufungsurteil nicht gerecht. Bei der Begründung der Beschränkung des Betrachtungsraums auf das Straßengeviert sind weder im Berufungsurteil selbst (UA S. 18 ff.) noch in den dort in Bezug genommenen gerichtlichen Entscheidungen die Vorstellungen des Plangebers zur Bedeutung der Festsetzung zur GFZ im Planungsraum als maßgeblich angesehen und ermittelt worden. Die Erwägungen, dass Baublöcke in Berlin eine verhältnismäßig große Ausdehnung erreichen, der hier betroffene Baublock aufgrund seiner Größe für sich genommen überplant und daher ohne Weiteres der Prüfung der Funktionslosigkeit zugrunde gelegt werden könnte, tragen eine Begrenzung des Betrachtungsraums nach den vorgenannten Grundsätzen nicht. Soweit das Berufungsgericht den Betrachtungsraum an die "nähere Umgebung" nach den Kriterien des § 34 Abs. 1 BauGB anzupassen sucht, werden die relevanten Maßstäbe verfehlt. Die nähere Umgebung in diesem Sinne reicht so weit, wie sich das Vorhaben auswirken kann und wie die Umgebung ihrerseits den bodenrechtlichen Charakter des Vorhabengrundstücks tatsächlich prägt oder doch beeinflusst (vgl. z. B. BVerwG, Urteil vom 8. Dezember 2016 - 4 C 7.15 - BVerwGE 157, 1 Rn. 9 m. w. N.); die Plankonzeption, der für die Beschränkung auf einen Teilbereich ausschlaggebende Bedeutung zukommt, spielt hierbei indes gerade keine Rolle.

- 17 c) Auch bei der Prüfung der sachlichen Voraussetzungen der Funktionslosigkeit der Festsetzung der GFZ hat das Berufungsgericht bundesrechtliche Anforderungen verfehlt.
- 18 aa) Mit Bundesrecht steht allerdings im Einklang, dass das Oberverwaltungsgericht isoliert die Festsetzung der GFZ und nicht das Gesamtgefüge der innerhalb der Baustufe V/3 geltenden Vorgaben für das Maß der baulichen Nutzung auf eine mögliche Funktionslosigkeit hin betrachtet und bewertet hat.
- 19 Das Berufungsgericht hat die einschlägigen Regelungen im Baunutzungsplan in Verbindung mit den Regelungen der Bauordnung für Berlin 1958 – wie schon in früheren Entscheidungen (vgl. OVG Berlin, Urteil vom 10. März 1989 - 2 B 4.87 - juris Rn. 47 ff. sowie OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 15. September 2020 - 2 B 10.17 - BRS 88 Nr. 60 S. 438) – dahingehend ausgelegt, dass die hiernach vorgegebene GFZ als eigenständige Festsetzung grundsätzlich strikt einzuhalten und nicht als gegenüber anderen Maßfestsetzungen nachrangiger bzw. untergeordneter Bestandteil eines Festsetzungsverbands einzustufen ist (UA S. 23). An diese Auslegung des Landesrechts ist der Senat nach § 173 Satz 1 VwGO i. V. m. § 560 ZPO gebunden. Bundesrechtsverstöße bei der Anwendung des irrevisiblen Rechts durch die Vorinstanz sind insoweit nicht ersichtlich. Denn grundsätzlich ist für jede Festsetzung gesondert zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Funktionslosigkeit erfüllt sind (vgl. BVerwG, Urteile vom 28. April 2004 - 4 C 10.03 - NVwZ 2004, 1244 <1245> und vom 21. März 2023 - 4 A 9.21 - juris Rn. 39). Dies gilt auch für die Festsetzung der GFZ. Insbesondere sehen sämtliche Fassungen der Baunutzungsverordnung seit 1962 in ihrem jeweiligen § 16 vor, dass das Maß der baulichen Nutzung durch verschiedene, voneinander unabhängige Festsetzungen bestimmt werden kann.
- 20 bb) Die Ausführungen des Berufungsgerichts zum Verlust der Steuerungsfähigkeit der GFZ-Festsetzung (UA S. 22 ff.) stehen im Einklang mit den bundesrechtlichen Maßstäben. Die – auf einer umfassenden tatsächlichen und rechtlichen Prüfung beruhende – Erwägung, dass die Verhältnisse, auf die sich die Festsetzung der GFZ bezieht, in der tatsächlichen Entwicklung einen Zustand erreicht hätten, der eine Verwirklichung der Festsetzung auf unabsehbare Zeit

ausschlieÙe, entspricht den allgemeinen Anforderungen (s. oben unter II 1. a). Soweit das Berufungsgericht dabei zugrunde gelegt hat, dass es für die Beurteilung der Funktionslosigkeit auf die Verhältnisse seit dem Inkrafttreten des Bebauungsplans ankommt, bei einem planwidrigen Altbestand sowie bei Fortführung der dem neuen Plan widersprechenden Bebauung – und damit bei entsprechend weiterer planwidriger Entwicklung – allerdings schneller ein Verlust der Steuerfähigkeit eintreten kann (UA S. 23 f.), folgt es der Rechtsprechung des Senats (vgl. BVerwG, Beschluss vom 11. Dezember 2000 - 4 BN 58.00 - BRS 63 Nr. 54 S. 285). Das Berufungsgericht durfte ferner Planabweichungen, die auf Befreiungen unter Anwendung von Regelungen des BauGB-MaÙnahmengesetzes beruhen, bei der Beurteilung der Funktionslosigkeit berücksichtigen; auch auf Rechtsänderungen beruhende Entwicklungen können der Verwirklichung eines Bebauungsplans nachträglich als objektives Hindernis im Wege stehen (vgl. BVerwG, Urteil vom 18. November 2004 - 4 CN 11.03 - BVerwGE 122, 207 <214>).

- 21 cc) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht hingegen die Offenkundigkeit des Verlusts der Steuerungswirkung verneint.
- 22 Mit dem Erfordernis der Offenkundigkeit als Voraussetzung des Obsoletwerdens einer bauplanungsrechtlichen Festsetzung wird der "positiven", also der vertrauenserweckenden Wirkung planerischer Festsetzungen zugunsten desjenigen, der aus ihr Rechte herzuleiten sucht, Rechnung getragen (BVerwG, Urteil vom 29. April 1977 - 4 C 39.75 - BVerwGE 54, 5 <10 f.>). Die zu fordernde Offenkundigkeit bezieht sich auf den bereits eingetretenen Zustand einer fehlenden Realisierungsmöglichkeit der Festsetzung auf unabsehbare Zeit, also darauf, ob die Festsetzung als Instrument für die Steuerung der städtebaulichen Entwicklung auf Dauer nicht mehr tauglich ist (BVerwG, Urteil vom 18. November 2004 - 4 CN 11.03 - BVerwGE 122, 207 <214>). Die Offenkundigkeitsprüfung verlangt im Sinne eines Evidenzurteils eine rechtliche Wertung, ob die Abweichungen von der bauplanungsrechtlichen Festsetzung im maßgeblichen Betrachtungsraum ein Ausmaß erreicht haben, das aufgrund der hieraus zu schließenden Unumkehrbarkeit einem in die Fortgeltung der Festsetzung gesetzten Vertrauen die Schutzwürdigkeit nimmt (vgl. BVerwG, Urteile vom 29. April 1977

- 4 C 39.75 - BVerwGE 54, 5 <11> und zuletzt vom 21. März 2023 - 4 A 9.21 - juris Rn. 39).

- 23 Die Bewertung als offenkundig baut mithin auf der Feststellung der von der planerischen Festsetzung objektiv abweichenden tatsächlichen Entwicklung auf und setzt eine umfassende, auch rechtliche Würdigungen einbeziehende Prüfung der Irreversibilität der tatsächlichen Verhältnisse voraus. Es kommt weder – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – darauf an, ob die zur Funktionslosigkeit führenden tatsächlichen Entwicklungen für einen beliebigen externen Betrachter ohne Weiteres aus der baulichen Substanz oder ihrer nach außen erkennbaren Nutzung ablesbar sind, noch – wie der Kläger meint – darauf, ob diese aus allgemein zugänglichen Unterlagen bzw. sonstigen Informationsquellen (z. B. aus Lageplänen, Luftbildern oder elektronisch abrufbaren Geoinformationssystemen) ersichtlich sind. Entscheidend ist vielmehr, ob auf der Grundlage des ausermittelten Sachverhalts und nach einer durch Fachkenntnisse geprägten Betrachtung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse – und damit nicht nach dem Erkenntnishorizont eines wie auch immer gearteten "Durchschnittsbetrachters" – die nachträglich eingetretenen Abweichungen im maßgeblichen Betrachtungsraum nach Quantität und Qualität ein Ausmaß erreicht haben, aufgrund dessen sich der Schluss aufdrängt, dass ein Vertrauen in die Fortgeltung der Festsetzung nicht mehr schutzwürdig ist. Auch der Umstand, dass bei der Ermittlung der für die Bestimmung der GFZ maßgeblichen Geschossfläche im Einzelfall schwierige rechtliche Maßstäbe zugrunde zu legen sind und unterschiedliche Parameter zur Anwendung kommen können, steht der Offenkundigkeit des – ohnehin erhebliche Abweichungen erfordernden – Verlusts der Steuerfähigkeit einer solchen Festsetzung nicht entgegen. Soweit eine Festsetzung den rechtsstaatlichen Anforderungen der Normenklarheit genügt (vgl. BVerwG, Beschluss vom 25. November 2021 - 4 BN 13.21 - ZfBR 2022, 259 Rn. 12 m. w. N.), ist unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes des Normunterworfenen kein Grund ersichtlich, für den Eintritt der Funktionslosigkeit besondere Anforderungen an die rechtliche Erkennbarkeit der den Steuerungsverlust begründenden Umstände zu stellen.

- 24 2. Ausgehend von der Fortgeltung der GFZ-Festsetzung hat das Berufungsgericht einen Anspruch des Klägers auf Befreiung von dieser Festsetzung ohne Verstoß gegen Bundesrecht verneint.
- 25 a) Nach § 31 Abs. 2 BauGB kann von den Festsetzungen des Bebauungsplans befreit werden, wenn die Grundzüge der Planung nicht berührt werden, einer der in Nr. 1 bis 3 genannten Tatbestände erfüllt ist und wenn die Abweichung auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist. Die Grundzüge der Planung ergeben sich aus der den Festsetzungen des Bebauungsplans zugrundeliegenden und in ihnen zum Ausdruck kommenden planerischen Konzeption. Ob sie berührt werden, hängt von der jeweiligen Planungssituation ab. Je tiefer die Befreiung in das Interessengeflecht der Planung eingreift, desto näher liegt der Schluss auf eine Änderung der Planungskonzeption, die nur im Wege der (Um-)Planung möglich ist. Die Befreiung kann nicht dazu dienen, die von der Gemeinde getroffene planerische Regelung zu umgehen (BVerwG, Urteil vom 9. August 2018 - 4 C 7.17 - BVerwGE 162, 363 Rn. 8 m. w. N.). Die Befreiung muss – soll sie mit den Grundzügen der Planung vereinbar sein – durch das planerische Wollen gedeckt sein; es muss daher angenommen werden können, sie liege noch im Bereich dessen, was der Plangeber gewollt hat oder gewollt hätte, wenn er den Grund für die Abweichung gekannt hätte (vgl. BVerwG, Urteil vom 16. Dezember 2010 - 4 C 8.10 - BVerwGE 138, 301 Rn. 26 m. w. N.).
- 26 Diese Maßstäbe hat das Berufungsgericht richtig angewandt. An die Auslegung, wonach die Festsetzung zur GFZ als Teil des planerischen Grundkonzepts des Baunutzungsplans einen Grundzug der Planung darstellt (UA S. 35), ist der Senat nach § 173 Satz 1 VwGO i. V. m. § 560 ZPO gebunden (vgl. BVerwG, Urteile vom 9. August 2018 - 4 C 7.17 - BVerwGE 162, 363 Rn. 10 und vom 25. Januar 2022 - 4 CN 5.20 - ZfBR 2022, 368 Rn. 23). Es ist nicht ersichtlich, dass das Obergericht bei seiner Bewertung hierfür bedeutsame Umstände außer Acht gelassen hat. Insbesondere spricht nichts dafür, aus einer vormals abweichenden Befreiungspraxis des Beklagten, die sich erst geraume Zeit nach Erlass des Baunutzungsplans entwickelt hat, eine "Indizwirkung" für eine schon bereits bei Erlass gegebene offene Planungskonzeption abzuleiten, die der Annahme eines Grundzugs der Planung entgegenstehen könnte (vgl. hierzu

BVerwG, Urteil vom 18. November 2010 - 4 C 10.09 - BVerwGE 138, 166 Rn. 38). Nicht zu beanstanden ist die Wertung, dass die planerische Grundkonzeption durch eine Befreiung in einer ins Gewicht fallenden Weise berührt wird und die Zulässigkeit von Abweichungen weiterhin einer Planänderung vorzubehalten ist. Dies gilt insbesondere deswegen, weil die Festsetzung zur GFZ nicht nur auf dem Baugrundstück, sondern auch in seiner Umgebung durch zusätzlich verdichtete Bebauung – z. B. durch Dachgeschossausbauten, deren Vergrößerung oder durch Anbauten – weiter überschritten werden kann.

- 27 b) Nach dem durch Art. 1 Nr. 11 Buchst. b des Gesetzes zur Mobilisierung von Bauland (Baulandmobilisierungsgesetz) vom 14. Juni 2021 (BGBl. I S. 1802) geschaffenen § 31 Abs. 3 Satz 1 BauGB kann zeitlich befristet nach Maßgabe von § 31 Abs. 3 Satz 2 und 3 i. V. m. § 201a BauGB in einem durch Rechtsverordnung bestimmten Gebiet mit angespanntem Wohnungsmarkt mit Zustimmung der Gemeinde im Einzelfall von den Festsetzungen des Bebauungsplans zugunsten des Wohnungsbaus befreit werden, wenn die Befreiung auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist. Der Gesetzgeber hat mit dem Einzelfallerfordernis, das sich in den vorangegangenen Empfehlungen auf Grundlage der Beratungen in der Kommission für "Nachhaltige Baulandmobilisierung und Bodenpolitik" (Baulandkommission) vom 2. Juli 2019 (S. 7) nicht findet, ersichtlich an das entsprechende Tatbestandsmerkmal der früheren Fassung des § 31 Abs. 2 BauGB angeknüpft, das durch das Gesetz zur Änderung des Baugesetzbuchs und zur Neuregelung des Rechts der Raumordnung (Bau- und Raumordnungsgesetz 1998 - BauROG) vom 18. August 1997 (BGBl. I S. 2081) weggefallen ist. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs zum Bau- und Raumordnungsgesetz 1998 sollte damit klargestellt werden, dass ein atypischer Sonderfall nicht mehr Befreiungsvoraussetzung nach § 31 Abs. 2 BauGB ist (BT-Drs. 13/6392 S. 56). Daraus folgt, dass der Gesetzgeber mit der weiteren Befreiungsmöglichkeit in § 31 Abs. 3 BauGB und dem dort vorgesehenen Einzelfallerfordernis im Sinne einer "behutsamen Lockerung" der sonst geltenden Tatbestandsvoraussetzungen nach § 31 Abs. 2 BauGB (BT-Drs. 19/24838 S. 28) jene strenge tatbestandliche Grenze wieder eingeführt hat. Der Einzelfall in § 31 Abs. 3 BauGB verlangt daher einen atypischen Sonderfall. Er ist zu verneinen, wenn es an einer grundstücksbezogenen Besonderheit fehlt,

wenn also etwa die Gründe, die für eine Befreiung streiten, für jedes oder nahezu für jedes Grundstück im Planbereich gegeben wären (zu § 31 Abs. 2 BauGB a. F. vgl. BVerwG, Urteil vom 14. Februar 1991 - 4 C 51.87 - BVerwGE 88, 24 <32 f.>) bzw. wenn sich eine vergleichbare Befreiungslage innerhalb des Plangebiets in einer erheblichen Zahl gleichgelagerter Fälle einstellen könnte (vgl. OVG Hamburg, Beschluss vom 16. August 2021 - 2 Bs 182/21 - NVwZ 2021, 1472 Rn. 29).

- 28 Das Berufungsurteil entspricht diesen Vorgaben. Das Oberverwaltungsgericht hat entscheidungstragend darauf abgestellt, dass ein Dachgeschossausbau wie bei dem Bauvorhaben noch in einer Reihe weiterer Fälle in Betracht komme, zumal die Überschreitung der festgesetzten GFZ nach Inkrafttreten des Baunutzungsplans gerade in einer Vielzahl der Fälle auf entsprechenden Ausbauten beruhte (UA S. 37). Soweit der Kläger darauf verweist, dass im betroffenen Baublock bereits eine Vielzahl von Dachgeschossen ausgebaut worden seien, sodass dort nur noch eine überschaubare Anzahl an Gebäuden nicht über ein ausgebautes Dachgeschoss verfüge, ist dem – unabhängig davon, ob dazu hinreichende Feststellungen durch die Vorinstanz getroffen worden sind – entgegenzuhalten, dass auch Gebäude mit bereits ausgebautem Dachgeschoss erneut und mit der Folge einer Erhöhung der GFZ umgebaut werden können.
- 29 3. Das Urteil erweist sich nicht aus anderen Gründen als im Ergebnis richtig (§ 144 Abs. 4 VwGO). Die Bestimmung des richtigen Betrachtungsraums für die Beurteilung der Funktionslosigkeit der GFZ-Festsetzung erfordert Bewertungen, die weitere, dem Berufungsgericht vorbehaltene tatsächliche Feststellungen notwendig machen. Bei unterstellter Funktionslosigkeit der GFZ-Festsetzung fehlt es an tatsächlichen Feststellungen, die den Schluss erlauben, dass das Bauvorhaben im Übrigen hinsichtlich des Maßes der baulichen Nutzung bauplanungsrechtlich unzulässig ist. Die Sache ist daher zur anderweitigen

Verhandlung und Entscheidung an das Oberverwaltungsgericht zurückzuweisen.

Schipper

Brandt

Prof. Dr. Decker

Dr. Seidel

Dr. Stamm

B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren gemäß § 47 Abs. 1 Satz 1, § 52 Abs. 1 GKG auf 20 000 € festgesetzt.

Schipper

Brandt

Prof. Dr. Decker

Dr. Seidel

Dr. Stamm