

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 882

Die Freiheit der Baukunst

**Gehalt und Reichweite
der Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG
im öffentlichen Baurecht**

Von

Bernhard Schneider



Duncker & Humblot · Berlin

BERNHARD SCHNEIDER

Die Freiheit der Baukunst

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 882

Die Freiheit der Baukunst

Gehalt und Reichweite
der Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG
im öffentlichen Baurecht

Von

Bernhard Schneider



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Schneider, Bernhard:

Die Freiheit der Baukunst : Gehalt und Reichweite der
Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG im öffentlichen Baurecht /
Bernhard Schneider. – Berlin : Duncker und Humblot, 2002
(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 882)
Zugl.: Berlin, Humboldt-Univ., Diss., 2001
ISBN 3-428-10682-2

Alle Rechte vorbehalten

© 2002 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Salignow Verlagsservice, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 3-428-10682-2

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Wieso gelingt es uns nicht, Städte zu bauen, wo wir nicht vor Lärm verdummen, nicht täglich in einem Verkehrshexenkessel zermürbt werden? (...)

Man kennt den verfänglichen harmlosen Einwand: Nur keine Verpolitisierung der Planung! Unsere Meinung aber geht dahin, dass Städtebaufragen, die jeden Bürger angehen, nicht als Fachfragen (...) vor das Volk gehören, wohl aber als Frage: Welche Art von Gesellschaft wollt ihr? Also enthüllt als politische Alternative, enthüllt an konkreten Problemen, wie der Städtebau sie täglich liefert. Nur so kommen wir zur Willensbildung, womit die Masse zum Volk wird, der Einwohner zum Bürger, die Demokratie zu einer schöpferischen Realität – und das Häusermeer zur echten Stadt, zu unserer Stadt, die gewährleistet, was uns wichtig ist, und ausdrückt, wes Geistes Kind wir sind.

Max Frisch, Wer formuliert die Aufgabe?
Bauwelt 1957, S. 729

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	19
I. Die Antinomie von (Bau-)Kunst und Macht	19
II. Der Abgrund zwischen Recht und Wirklichkeit	21
III. Danksagungen	22
B. Grundrechtliche Problemexposition: Architektur zwischen Kunst- und Eigentumsfreiheit	24
I. „Eigentum verpflichtet“: Die Eigentumsfreiheit als klassisches Bauherrengrundrecht	24
II. „Die Kunst ist frei“: Sinn und Aufgabe der Kunstfreiheit	29
III. Baukunst vor Gericht: Die mangelnde Umsetzbarkeit der verfassungsgerichtlichen Vorgaben	32
IV. Problemstellung und Ausblick über den Gang der Bearbeitung	36
C. Normbereichsanalyse: Baukunst und Städtebau	38
I. Zur Aufgabe einer Normbereichsanalyse	38
II. Architektur: eine klassische Kunstgattung	40
III. Materiale Bestimmungsmerkmale von Architektur	43
IV. Architektur und Städtebau	64
D. Die Strukturierung der Kunstfreiheit als Grundrecht	85
I. Der Kanon von Schutzbereich, Eingriff und verfassungsrechtlicher Rechtfertigung .	85
II. Die Bestimmung des Schutzbereichs zwischen subjektivierenden und objektivierenden Auslegungstheorien	86
III. Die Schranke des Vorbehalts der Verfassung	98
IV. Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte	115
E. Der Gehalt der Kunstfreiheit für die Baukunst	121
I. Begriffe und Schutzzumfang der Baukunst im einfachen Recht	121
II. Die Gegenstände des Schutzes der Kunstfreiheit im Bereich der Baukunst	129

III. Die Normoffenheit der Freiheit der Baukunst	145
IV. Der Umfang des Schutzes der Freiheit der Baukunst	169
F. Baurecht als Gestaltanweisung:	
Die Zugriffe des Baurechts auf das Werk der Baukunst	192
I. Die Gesetzgebungskompetenzen im Baurecht	193
II. Gestaltanweisungen durch das Bauplanungsrecht	195
III. Gestaltanweisungen durch das Bauordnungsrecht	229
IV. Gestaltanweisungen durch das Denkmalschutzrecht	243
V. Die verfahrensbezogenen Anforderungen der Kunstfreiheit	250
VI. Andere städtebauliche Vorgehensweisen	265
G. Resümee der bisherigen Überlegungen	
	273
I. Der verfassungsrechtliche Gewinn der Untersuchung	273
II. Die verfassungsrechtlichen Wirkdimensionen der Freiheit der Baukunst	275
III. Der baurechtliche Gewinn der Untersuchung	279
IV. Im Beispiel: Flachdach und Fassadenbemalung vor Gericht	285
H. Weiterungen	
	287
I. Überlegungen zu baukünstlerischen Vorhaben im Außenbereich	287
II. Die Weltdeutungsgrundrechte: Kunst-, Wissenschafts- und Religionsfreiheit	292
Literaturverzeichnis	296
Personenverzeichnis	310
Verzeichnis der Gerichtsentscheidungen	314

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	19
I. Die Antinomie von (Bau-)Kunst und Macht	19
II. Der Abgrund zwischen Recht und Wirklichkeit	21
III. Danksagungen	22
B. Grundrechtliche Problemexposition: Architektur zwischen Kunst- und Eigentumsfreiheit	24
I. „Eigentum verpflichtet“: Die Eigentumsfreiheit als klassisches Bauherrngrundrecht	24
1. Die Eigentumsordnung als Ausgleich zwischen privatem und öffentlichem Interesse	25
2. Das Baurecht als Ausgestaltung der Eigentumsfreiheit	26
3. Zusammenfassung: Die Baufreiheit unter Vorbehalt	28
II. „Die Kunst ist frei“: Sinn und Aufgabe der Kunstfreiheit	29
1. Die Kunstfreiheit als Abwehrrecht und Grundsatznorm	29
2. Die Vorbehaltlosigkeit der Gewährleistung der Kunstfreiheit	31
3. Zusammenfassung: Kunst ist, was den Rahmen sprengt	32
III. Baukunst vor Gericht: Die mangelnde Umsetzbarkeit der verfassungsgerichtlichen Vorgaben	32
1. Der Flachdach-Fall vor dem Bundesverwaltungsgericht	33
2. Der Breker-Fall vor dem Bundesverwaltungsgericht	34
3. Die Folge: Umsetzungsschwierigkeiten der Praxis	36
IV. Problemstellung und Ausblick über den Gang der Bearbeitung	36
C. Normbereichsanalyse: Baukunst und Städtebau	38
I. Zur Aufgabe einer Normbereichsanalyse	38
II. Architektur: eine klassische Kunstgattung	40
III. Materiale Bestimmungsmerkmale von Architektur	43
1. Praktische und ästhetische Zweckmäßigkeit	43
a) Architektur zwischen Zweckerfüllung und „absolutem Ausdruck“ (Th. W. Adorno)	43
b) Die Unterscheidung praktischer und ästhetischer Zwecke	45
2. Der Zweckcharakter der Architektur	47
a) Praktische Zwecke in der Architektur	48
(1) Allgemeine und nutzungsspezifische Zwecke	48
(2) Zwecksetzung im Detail	48
(3) Innen- und außenraumbezogene Zwecke	49

b)	Ortsgebundenheit der Zweckerreichung	49
c)	Private und öffentliche Zwecke	49
d)	Zusammenfassung: Architektur als Zweckkunst	50
3.	Architektur als Raumkunst	50
a)	Die Gestaltungsmittel	51
(1)	Volumenbildung	51
(2)	Materialität in der Architektur	52
(3)	„Architektur als Fiktion“ (H. Klotz)	52
(4)	Das architektonische Werk	53
b)	Die Umgebung	54
(1)	Subjektiver Bezug auf Umgebung	54
(2)	Objektiver Bezug auf Umgebung	54
(3)	Die physische Konkurrenz von Werken der Baukunst	55
(4)	Werkeinheit in der Architektur im Verhältnis zur Umgebung	55
c)	Privater und öffentlicher Raum	57
d)	Zusammenfassung: Das architektonische Kunstwerk	59
4.	Baukunst als soziale Realität	59
a)	Rezeptionsweise von Architektur	59
b)	Architektur als dauerhafte Kapitalbindung	60
c)	Architektur als Auftragskunst	61
(1)	Autonomie und Bindung an einen Auftraggeber	61
(2)	Die zwei Pole: Architekt und Bauherr	61
(3)	Die Bedeutung der Bauherrenschaft für die Baukunst	62
(4)	Architektur als Profession	63
5.	Zusammenfassung: Dimensionen der Architektur	64
IV.	Architektur und Städtebau	64
1.	Das Handlungsfeld des Städtebaus	65
a)	Der Ursprung des modernen Städtebaus	65
b)	Der Begriff des Städtebaus	66
c)	Die Instrumente des Städtebaus	67
d)	Grundlagen und Möglichkeiten des Städtebaus	68
(1)	Wissenschaft als Grundlage des Städtebaus	68
(2)	Öffentlichkeit und Städtebau	69
(3)	Die Notwendigkeit politischer Entscheidung	70
(4)	Künstlerischer Gestaltungsspielraum im Städtebau	70
2.	Städtebau als Kunst	71
a)	Historische Strukturmodelle städtebaulichen und stadtbaukünstlerischen Handelns	71
(1)	Das Modell „Alte Stadt“	71
(2)	Das Modell „Residenzstadt“	73
(3)	Das Modell „Nationale Hauptstadt“	74
(4)	Das Modell „Funktionale Stadt“	76
b)	Städtebau und Stadtbaukunst heute	77
(1)	Die nachhaltige Stadt	78
(2)	Die aufgelöste Stadt	79
(3)	Ausblick	80
c)	Stadtbaukunst – eine „zugewandte“ Kunst	81

(1) Die infinite Stadt	81
(2) Die kollektive und anonyme „Produktion“ von Stadt	81
(3) Stadtbaukunst als „zugewandte“ Kunst	82
d) Vom Städtebau zur Stadtbaukunst	83
3. Zusammenfassung: Architektur in der Stadt	83

**D. Die Strukturierung
der Kunstfreiheit als Grundrecht**

I. Der Kanon von Schutzbereich, Eingriff und verfassungsrechtlicher Rechtfertigung .	85
II. Die Bestimmung des Schutzbereichs zwischen subjektivierenden und objektivierenden Auslegungstheorien	86
1. Architektur als Kunst im Sinne der Kunstfreiheit	86
2. Auslegungstopoi des Bundesverfassungsgerichts	88
a) Zur Definition von Kunst	88
b) Das Verbot wertender Einengung des Kunstbegriffs	89
c) Die Rolle des Selbstverständnisses der Grundrechtsberechtigten	92
3. Der künstlerische Geltungsanspruch als Leitfaden der Auslegung	93
a) Der soziale Geltungsanspruch in der Rechtsprechung	94
b) Der künstlerische Geltungsanspruch	95
c) Das Verhältnis der Geltungsansprüche von Kunst und Recht	97
4. Zusammenfassung: Zum Vorliegen eines Eingriffs in die Freiheit der Baukunst .	98
III. Die Schranke des Vorbehalts der Verfassung	98
1. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	99
a) Das Verbot der Schrankenübertragung	99
b) Die Ablehnung von A-priori-Schranken	100
c) Die Schranke der Rechtsgüter von Verfassungsrang	100
d) Abwägung als Verhältnisbestimmung von Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranke	101
e) Die Bedeutung der Schrankendogmatik des Bundesverfassungsgerichts	102
2. Die Untauglichkeit von Schrankenkösungen zur Bestimmung der Reichweite der Freiheit der Baukunst	104
a) Grundrechte Dritter als Schranke?	104
(1) Das Grundrecht auf Stadtgestaltung	105
(2) Der soziale Frieden und Nachbarkunst als kollidierende Güter	105
(3) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Eigentums- und Religionsfreiheit als kollidierende Güter	106
b) Andere Rechtsgüter von Verfassungsrang – Demokratie vs. Grundrechte? ...	106
(1) Die Untauglichkeit staatlicher Gestaltungsermächtigungen als Schranke von Grundrechten	107
(2) Das Demokratieprinzip	108
(3) Kompetenznormen	108
(4) Staatszielbestimmungen	109
(a) Die verfassungsrechtliche Qualität von Staatszielbestimmungen ...	109
(b) Das Sozialstaatsprinzip	109
(c) Das Staatsziel des Schutzes der natürlichen Lebensgrundlagen ...	111
(d) Der Kulturstaat als Staatsziel	111

(5) Das Recht der gemeindlichen Selbstverwaltung	112
3. Zusammenfassung: Die geringe Relevanz der Schrankenebene zur Bestimmung der Reichweite der Freiheit der Baukunst	114
IV. Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte	115
1. Die Reichweite der objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte	115
2. Einzelaspekte der objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte	118
3. Die Untauglichkeit der Lehre von der objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte zur Bestimmung des Normgehalts	119
4. Zusammenfassung: Die Ermittlung der objektiv-rechtlichen Dimension der Kunstfreiheit	119

E. Der Gehalt der Kunstfreiheit für die Baukunst

121

I. Begriffe und Schutzzumfang der Baukunst im einfachen Recht	121
1. Baukunst im Urheberrecht	122
a) „Werk“ und „Kunst“ im Urheberrecht	122
b) Der Umfang des urheberrechtlichen Schutzes	123
(1) Der Schutz gegen die Entstehung des Werkes	123
(2) Der urheberrechtliche Anspruch auf den Fortbestand des Kunstwerkes	124
(3) Die postmortale Schutzwirkung des Urheberpersönlichkeitsrechts	125
(4) Der urheberrechtliche Schutz des Umgebungsbezugs von Architektur	126
c) Der Beurteilungsmaßstab im Urheberrecht	126
2. Baukunst im Recht des Denkmalschutzes	127
a) Künstlerische Bedeutung in der Denkmalpflege	127
b) Die räumliche Erstreckung des Denkmalschutzes: Umgebungs- und Ensembleschutz, städtebauliche Bedeutung	128
II. Die Gegenstände des Schutzes der Kunstfreiheit im Bereich der Baukunst	129
1. Die Unterscheidung von künstlerischem und nichtkünstlerischem Bauen	129
a) Kunst als verfassungsrechtlicher Begriff	129
(1) Der materiale Kunstbegriff	130
(2) Der formale Kunstbegriff	130
(3) Der zeichentheoretische Kunstbegriff	131
(4) Der (erfolgreiche) künstlerische Akt der Behauptung als Kunst	131
(5) Zusammenfassung: Offener Kunstbegriff plus Indizien	132
b) Die Ergänzungsbedürftigkeit der allgemeinen Kunstbegriffe für die Baukunst	132
(1) Die begrifflichen Folgen der Zweckbindung der Baukunst	132
(2) Das Kriterium der Intensität der formalen Durchbildung	133
c) Gestalterische Qualitäten zur Bestimmung des Kunstcharakters von Architektur	134
(1) Bauwerkskörper	134
(2) Aktiver Umgebungsbezug	134
(3) Passiver Umgebungsbezug	134
d) Der Beurteilungsmaßstab im Verfassungsrecht	135
e) Zusammenfassung: Baukunst im Sinne der Kunstfreiheit	136
2. Die Schutzgegenstände im Einzelnen	136

a)	Der geschützte Personenkreis	136
(1)	Der Architekt	136
(a)	Der Architekt als Träger des schöpferischen Prozesses	136
(b)	Postmortale Schutzwirkung der Kunstfreiheit	136
(2)	Bauherr und Eigentümer als Künstler und Mittler	137
(3)	Kein Schutz des Kunstrezipienten	138
(a)	Rezeptionsästhetischer Ansatz	138
(b)	Keine negative Kunstfreiheit	139
b)	Werk- und Wirkbereich der Baukunst	139
(1)	Der Schutz des Werkes der Baukunst	139
(a)	Gestalt- und Fortbestandsschutz	140
(b)	Umgebungsbezug	140
(2)	Der Schutz des Wirkbereichs von Baukunst	140
(a)	Die Unterscheidung von Werk- und Wirkbereich	140
(b)	Keine Abstufung des Schutzes nach Werk- und Wirkbereich	141
(c)	Der Wirkbereichsschutz der Baukunst	142
3.	Gegenständliche Abgrenzung gegenüber anderen Grundrechten (Grundrechtskonkurrenz)	142
a)	Baukunst als Beruf und Wirtschaftsgut	142
(1)	Baukunst als Beruf	142
(2)	Baukunst als Eigentum	143
(3)	Abgaben auf und Vergütungen für Baukunst	143
b)	Baukunst als Kommunikation	144
(1)	Baukunst als Meinungsäußerung	144
(2)	Baukunst als Religionsausübung	145
III.	Die Normoffenheit der Freiheit der Baukunst	145
1.	Versuche abstrakt-genereller Schutzbereichsbegrenzung	145
a)	Ausgrenzung unspezifischer Modalitäten der Kunstäußerung (Fr. Müller) ...	145
(1)	„Normprogramm“ und „Normbereich“	145
(2)	Unspezifische Modalitäten der Kunstausübung	146
(3)	Einwände gegen Müllers Theorie: Extra-legale Grundrechtsverdoppelung	147
(4)	Baukunstbezogene Aussagen	149
(a)	Schutz der Baukunst nur nach den Regeln des Wirkbereichs	149
(b)	Kein Schutz der Ortsbezogenheit	149
(c)	Verfassungswidrigkeit der Verunstaltungsverbote	150
(d)	Kein Grundrechtsschutz gegen zweckbezogene Anforderungen ...	150
b)	Ausgrenzung des eigenmächtigen Zugriffs auf fremde Rechtsgüter	151
(1)	„Der zürcher sprayer“	151
(a)	Der Inhalt der Sprayer-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts	152
(b)	Das Verhältnis von Kunst- und Eigentumsfreiheit	153
(c)	Weiterungen (1): Kunstfreiheit und die Problematik der Materialbeschaffung	155
(d)	Weiterungen (2): Das Verhältnis von Kunstfreiheit und anderen Grundrechten	155
(e)	Weiterungen (3): Kunstfreiheit und fiskalisches Eigentum	156

(2) Zur Verallgemeinerung der Sprayer-Lösung (Pieroth/Schlink)	158
(a) Die Beschränkung des Schutzes der Kunstfreiheit auf „auch sonst erlaubtes Verhalten“	158
(b) Die Folge: Der Verlust des rechtssphärenabgrenzenden Gehalts der Kunstfreiheit	158
(c) Zum Vergleich von Kunst- und Berufsfreiheit	160
(d) Zur Übertragbarkeit auf das Verhältnis von Baurecht und Baukunst	161
(e) Zusammenfassung	161
c) Ausgrenzung mittels des Normtypus der „allgemeinen Gesetze“	162
(1) Baurecht als „allgemeines Gesetz“	162
(2) Rückführung auf Evidenz (Rüfner)	163
(3) Rückführung der Freiheitsrechte auf den Gleichheitssatz (Bettermann)	163
2. Die Normoffenheit der Kunstfreiheit	164
a) Die Angewiesenheit der Grundrechte auf den Gesetzgeber	165
b) Normoffenheit als Eröffnung einer staatlichen Gestaltungsbefugnis	166
c) Differenzierungen im Rahmen der Normoffenheit	167
(1) Normoffene Teilschutzbereiche	167
(2) Qualitative Begrenzungen von Normoffenheit	168
IV. Der Umfang des Schutzes der Freiheit der Baukunst	169
1. Historische Einführung in die Kategorien des baurechtlichen Zugriffs auf das Werk der Baukunst	169
a) Bewahren und Gestalten – Das Kreuzberg-Urteil (1882)	169
(1) Der Gehalt des Urteils	169
(2) Die Reichweite der polizeilichen Generalklausel	170
(3) Die Reichweite des Verunstaltungsverbots	171
(4) Wohlfahrt im Rechtsstaat: Der Weg der Spezialgesetzgebung	172
(5) Normgeber und Normanwender	172
b) Die Spannung zwischen praktischen und ästhetischen Zwecken im Baurecht	173
c) Die Ausdifferenzierung des Baurechts	173
2. Die Reichweite der Normoffenheit der Freiheit der Baukunst gegenüber der Verwirklichung praktischer Zwecke	175
a) Normoffenheit in der praktischen Dimension	175
b) Verhältnismäßigkeit und Bestimmtheit als Grenzen der Normoffenheit	176
(1) Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit des Mitteleinsatzes	176
(2) Das Bestimmtheitsgebot	177
c) (Kunst-) Freiheit als praktischer Zweck	177
d) Zusammenfassung: Die Bedeutung praktischer Belange für die Freiheit der Baukunst	178
3. Die Reichweite der Normoffenheit der Freiheit der Baukunst gegenüber der Verwirklichung ästhetischer Zwecke	178
a) Ästhetische Zwecke als legitime Gründe des Allgemeinwohls	178
b) Normoffenheit in der historischen und der räumlichen Dimension	179
c) Das ästhetisch schlüssige Programm als Voraussetzung von Normoffenheit	180
d) Stadtgestaltung als ästhetisches Programm	181
(1) Schutz und Förderung des einzelnen Werkes der Baukunst	181
(a) Die Bewahrung vorhandener baukünstlerischer Substanz	181
(b) Die Schaffung neuer Baukunst	182

(2)	Der stadträumlich begründete Zugriff auf das Werk der Baukunst	183
(a)	Die Möglichkeit eines stadtbaugealterisch schlüssigen Programms	184
(b)	Inhaltliche Kriterien zur Beurteilung ästhetischer Schlüssigkeit ...	184
(c)	Prozedurale Kriterien zur Beurteilung ästhetischer Schlüssigkeit ..	185
(aa)	Das Gebot diskursiver Offenheit	186
(bb)	Das Gebot ästhetisch schlüssiger Entscheidung	187
e)	Verhältnismäßigkeit und Bestimmtheit als Grenzen der Normoffenheit	188
(1)	Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit des Mitteleinsatzes	188
(2)	Bestimmtheit im Hinblick auf Gestaltfragen	188
(a)	Materielle Bestimmtheit ästhetisch bezweckter Normen	188
(b)	Die Kompensation von Unbestimmtheit durch Verfahren	189
f)	Zur These der Kunstfreiheit als Neutralitätsgebot	190
g)	Zusammenfassung: Die Bedeutung ästhetischer Belange für die Freiheit der Baukunst	191

F. Baurecht als Gestaltanweisung:

Die Zugriffe des Baurechts auf das Werk der Baukunst	192
-------------------------------------------------------------	------------

I.	Die Gesetzgebungskompetenzen im Baurecht	193
II.	Gestaltanweisungen durch das Bauplanungsrecht	195
1.	Gestalten durch Plan: Stadtgestaltung durch Bebauungsplanung	195
a)	Vorstufen der Bauleitplanung	196
(1)	Die Ziele der Raumordnung und Landesplanung	196
(2)	Die Zielvorgaben des Baugesetzbuches	196
(a)	Allgemeine Ziele	197
(b)	Die Planungsleitlinien	197
(c)	Die Ziele der Sanierungssatzung	198
(3)	Die Baunutzungsverordnung	198
b)	Die Bauleitplanung	198
(1)	Stadtbaugealterische Erforderlichkeit als Teil der städtebaulichen Erforderlichkeit	199
(2)	Die planerischen Instrumente	200
(a)	Der Flächennutzungsplan	200
(b)	Die Instrumente der Bebauungsplanung	201
(aa)	Gestalterische Instrumente im Rahmen von Bebauungsplänen	201
(bb)	Die besonderen Instrumente der Sanierungssatzung	203
(cc)	Die Aufnahme fremder Regelungen in den Bebauungsplan ...	203
(3)	Der Einsatz der Instrumente: Das (gestalterische) Abwägungsgebot ...	203
(a)	Die Anforderungen des Abwägungsgebotes	204
(b)	Die Bedeutung des Abwägungsgebotes für gestalterische Fragen ..	205
(aa)	Baukunst als Belang und seine Gewichtung im Verhältnis zu praktischen Zwecken	205
(bb)	Baukunst und baugealterische Zwecke	206
(cc)	Baukunst und stadtbaugealterische Zwecke	207
(dd)	Das gestalterische Abwägungsgebot	207
(4)	Planungskonstellationen: Die Überplanung der bestehenden Stadt	209

(a)	Der Umgang mit der vorhandenen städtebaulichen Struktur	209
(b)	Der Umgang mit dem vorhandenen Einzelbestand	211
c)	Planverwirklichung durch städtebauliche Gebote	212
d)	Ausnahmen und Befreiungen vom Bebauungsplan	212
(1)	Insbesondere: Die Befreiung – die rechtlichen Voraussetzungen	213
(2)	Zur Notwendigkeit einer spezifisch gestaltbezogenen Auslegung der Befreiungstatbestände	215
(3)	Keine Befreiung allein aufgrund des Vorliegens von Baukunst	216
e)	Kein subjektiv-rechtlicher Anspruch auf Planung	217
2.	Fortschreibung des Vorhandenen durch Gesetz: Das Einfügungsgebot im unbeplanten Innenbereich	218
a)	Die bauplanungsrechtlichen Instrumente im unbeplanten Innenbereich	218
(1)	Funktionsweise: Rahmenbildung	218
(a)	Zusammenhängende Bebauung eines Ortsteils	219
(b)	Die Umgebung als Rahmen	219
(c)	Einengendes Korrektiv: Das Gebot der Rücksichtnahme	220
(d)	Erweiterndes Korrektiv: Das Verbot der Begründung oder Erhöhung bodenrechtlich beachtlicher und erst noch ausgleichsbedürftiger Spannungen	220
(e)	Abwägung im Rahmen von § 34 Abs. 1 BauGB	221
(f)	Die Einbeziehung der Baunutzungsverordnung im unbeplanten Innenbereich	221
(2)	Das Gebot der Berücksichtigung der für die Landschaft charakteristischen Siedlungsstruktur	221
(3)	Der zusätzliche Ortsbildschutz	222
(4)	Die Satzungen nach § 34 BauGB	222
(5)	Die städtebaulichen Gebote	223
b)	Verfassungsrechtliche Würdigung	223
(1)	Das Einfügungsgebot als praktisch bezweckte Vorschrift	223
(2)	Das Einfügungsgebot als ästhetisch schlüssiges Programm	224
(3)	Das Verbot der Beeinträchtigung des Ortsbildes	227
(4)	Abwägung im Rahmen des Einfügungsgebots als Erforderlichkeitsprüfung	227
(5)	Die Einbeziehung der Baunutzungsverordnung	228
(6)	Die Satzungen nach § 34 BauGB	228
(7)	Der Einsatz der städtebaulichen Gebote außerhalb von Bebauungsplänen	228
III.	Gestaltanweisungen durch das Bauordnungsrecht	229
1.	Fortschreibung des Vorhandenen durch Gesetz: Das Verunstaltungsverbot als ästhetische Bestandssicherung	229
a)	Der Regelungsgehalt des Verunstaltungsverbots	229
b)	Verunstaltung durch Kunst	231
(1)	Die bauwerksbezogene Verunstaltung	231
(2)	Die umgebungsbezogene Verunstaltung	231
(3)	Graffiti usw. als Verunstaltung	233
c)	Die Berücksichtigung der beabsichtigten Gestaltung	233
d)	Der subjektiv-rechtliche Anspruch auf Schutz vor Verunstaltung	234
2.	Gestalten durch Plan: Stadtgestaltung durch örtliche Bauvorschriften	236

a)	Das (gestalterische) Abwägungsgebot im Bauordnungsrecht	236
b)	Kein subjektiv-rechtlicher Anspruch auf Planung	237
3.	Die praktisch bezweckten Regelungen in den Landesbauordnungen	238
a)	Das Recht zur Alternative: Ausnahmen und Befreiungen im Bauordnungsrecht	238
b)	Insbesondere: Die Abstandsvorschriften vor der Kunstfreiheit	240
(1)	Abstandsvorschriften zwischen Ordnungs- und Planungsfunktion	240
(2)	Abstandsvorschriften in Plangebieten	241
(3)	Abstandsvorschriften außerhalb von Plangebieten	242
IV.	Gestaltanweisungen durch das Denkmalschutzrecht	243
1.	Die Bewahrung des Vorhandenen: Die Grundzüge des Rechts des Denkmalschutzes	244
2.	Unterschützstellung und die Berücksichtigung gegenläufiger Interessen	245
3.	Denkmalschutz und neue Baukunst	246
4.	Umgebungs- und Ensembleschutz durch Denkmalrecht	247
5.	Die Erhaltungssatzung nach dem Baugesetzbuch	248
6.	Die Reichweite subjektiver Rechte im Denkmalschutz	249
V.	Die verfahrensbezogenen Anforderungen der Kunstfreiheit	250
1.	Grundlage: Die Problematik von Prärogativen der Normgeber	250
2.	Bundes- und Landesgesetzgebung	252
3.	Die Rolle exekutivischer Normgebung	253
a)	Die Anforderungen an die Verordnungsgebung: Art. 80 GG und die Wesentlichkeitslehre	253
b)	Die Baunutzungsverordnung zwischen Bundesgesetzgeber, gemeindlicher Selbstverwaltung und grundrechtsberechtigtem Bürger	254
4.	Das Gebot der Zweistufigkeit gemeindlicher Planungen	256
a)	Das Verfahren der Bauleitplanung	257
(1)	Die verfahrensrechtliche Berücksichtigung der gestalterischen Fragen	257
(2)	Instrumente der Plansicherung	258
b)	Die Vorgehensweise bei Erlass einer Gestaltungssatzung	258
5.	Baugenehmigungsverfahren, Bauvorlageberechtigung und Freistellungspolitik	260
6.	Verfahren im Denkmalrecht	261
7.	„Kooperative“ Verfahren, insbesondere der städtebauliche Vertrag	262
8.	Konsistenzsicherung durch Kompetenzkonzentration	263
9.	Kunstfreiheit und Rechtsschutz	265
VI.	Andere städtebauliche Vorgehensweisen	265
1.	Die verfassungsrechtliche Bedeutung anderer städtebaulicher Vorgehensweisen	266
2.	Die „sonstige“ städtebauliche Planung	267
a)	Vorgehensweise und Gegenstand der Rahmen- und Entwicklungsplanung	267
b)	Der Gewinn von Rahmen- und Entwicklungsplanung für die Fragen städtischer Gestalt	268
c)	Das Berliner Beispiel des Planwerks Innenstadt	269
3.	Weitere Organisations- und Verfahrensformen	269
a)	Der Stadtbaumeister	269
b)	Beratende Beiräte	271
c)	Der Wettbewerb	272

G. Resümee der bisherigen Überlegungen	273
I. Der verfassungsrechtliche Gewinn der Untersuchung	273
1. Der grundrechtsdogmatische Gewinn	274
2. Der grundrechtstheoretische Gewinn	274
3. Der rechtspraktische Gewinn	275
II. Die verfassungsrechtlichen Wirkdimensionen der Freiheit der Baukunst	275
1. Die Freiheit der Baukunst als Eingriffsabwehrrecht	276
2. Die Freiheit der Baukunst als negative Kompetenznorm: Der Schutz des Werkes der Baukunst	276
3. Schutzpflichtwahrnehmung durch das öffentliche Baurecht	277
4. Die organisations- und verfahrensrechtliche Dimension der Freiheit der Baukunst	277
5. Die leistungsrechtliche Dimension der Freiheit der Baukunst	278
6. Die materiell-rechtliche Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers im öffentlichen Baurecht	279
III. Der baurechtliche Gewinn der Untersuchung	279
1. In der Bauleitplanung	280
2. Im unbeplanten Innenbereich	281
3. Im Bauordnungsrecht	282
4. Im Denkmalrecht	283
5. Kompetenzfragen	284
6. Kunstfreiheit und Rechtsschutz	284
7. Andere städtebauliche Vorgehensweisen	284
IV. Im Beispiel: Flachdach und Fassadenbemalung vor Gericht	285
H. Weiterungen	287
I. Überlegungen zu baukünstlerischen Vorhaben im Außenbereich	287
1. Der Grundsatz der Freihaltung des Außenbereichs	288
2. Gestaltvorgaben für Außenbereichsvorhaben	289
3. Der Breker-Fall	289
4. Die Uneindeutigkeit des Städtischen	291
II. Die Weltdeutungsgrundrechte: Kunst-, Wissenschafts- und Religionsfreiheit	292
1. Der Schutz von „Weltdeutung“ durch vorbehaltlose Grundrechte	292
a) Das deutsche Konzept vorbehaltloser Grundrechte	292
b) Die Grenzen der Wissenschaft	293
c) Religionsfreiheit als „Toleranz“	293
2. Personale Geltungsansprüche und eine freiheitliche Rechtspolitik	294
Literaturverzeichnis	296
Personenverzeichnis	310
Verzeichnis der Gerichtsentscheidungen	314

Je peinlicher die Theorie der wissenschaftlichen Erkenntnis den Disziplinen nachgeht, desto unverkennbarer stellt deren methodische Inkohärenz sich dar. Mit jedem einzelwissenschaftlichen Bereiche führen neue und unableitbare Voraussetzungen sich ein, in jedem werden die Probleme der ihm vorgelagerten mit derselben Nachdrücklichkeit als gelöst betrachtet, mit der die Unabschließbarkeit ihrer Auflösung in anderem Zusammenhange behauptet wird. (...) Allein es ist diese Diskontinuität der wissenschaftlichen Methode so weit entfernt, ein minderwertiges, vorläufiges Stadium der Erkenntnis zu bestimmen, dass sie vielmehr deren Theorie positiv fördern könnte, wenn nicht die Anmaßung sich dazwischen legte, in einem enzyklopädischen Umfassen der Erkenntnisse der Wahrheit, die sprunglose Einheit bleibt, habhaft zu werden.

Walter Benjamin¹

A. Einleitung

I. Die Antinomie von (Bau-)Kunst und Macht

Im Angesicht der behutsam wiederhergestellten Schönheit so manchen Ortes in den neuen Bundesländern kommt schmerzhaft zu Bewusstsein, von welchen Wunden sich die deutschen Städte noch erholen müssten. Nach Siedlers Diktum von der „gemordeten Stadt“ (1961) und Mitscherlichs Anwurf der „Unwirtlichkeit“ (1965)² kann es inzwischen als allgemeine Erkenntnis gelten, dass das Antlitz der deutschen Städte im 20. Jahrhundert verkommen ist. Anlass zur Hoffnung gibt, dass heute auch die Einsicht, dass es mit einzelnen Verschönerungsmaßnahmen nicht getan ist, allgemein zu werden scheint. Es hilft ja nicht, die Pflasterung öffentlicher Plätze mit immer neuen Linien und Rosetten zu versehen, andere Poller, Mülleimer oder Wegweiser zu verwenden, Brunnen zu installieren, Fußgängerzonen auszuweisen oder Altstadt Häuser herauszuputzen. Gestaltwirkungen vermitteln in erster Linie die baulichen Strukturen der Stadt: das Verhältnis von Straße, Platz und Haus, das von privaten und öffentlichen Flächen, die Verteilung der Volumina im Raum, die Vielfalt sinnlich wahrnehmbarer Beziehungen – ob sie gesehen, gehört oder ergangen werden –, die in Alterung und Erneuerung zum Aus-

¹ Ursprung des deutschen Trauerspiels, 1990, S. 15.

² *Siedler/Niggemeyer*, Die gemordete Stadt, 1961; *Mitscherlich*, Die Unwirtlichkeit unserer Städte, 1965.

druck kommende Historizität städtischer Orte, die Materialität von Bauwerken und Stadträumen.

Manches städtebauliche Projekt der 90er Jahre hat daraus Folgerungen gezogen, allen voran die mutigen und schönen Entwürfe neuer Siedlungen im Freiburger Rieselfeld und im Potsdamer Kirchsteigfeld.³ Auch die bestehende Stadt wurde wiederentdeckt: die ganze Stadt und nicht nur ihre Teile „historische Altstadt“ und „Neubauviertel“ – und sowohl die Kernstadt⁴ wie die sich scheinbar unaufhaltsam ausbreitende „Zwischenstadt“⁵.

Die 90er Jahre haben auch in Bezug auf die Verfahren, die Stadt zu finden und zu erfinden, neue Phantasie freigesetzt.⁶ Die Stadtentwicklungsplanung hat in neuen Verfahrensformen, die inhaltlich auf Gestaltorientierung und prozedural auf ein Zusammenwirken der städtischen Akteure setzen, zu einem neuen Anwendungsfeld gefunden.⁷ Auch andere, räumlich weniger umfassende Vorhaben sind in Zielsetzung und Verfahren ambitiös und erfolgreich, angefangen beim trotz mancher Kritik unverzichtbaren Wettbewerb⁸ über unkonventionelle Vorgehensweisen wie dem Community Planning⁹ oder die Einrichtung differenziert instrumentierter Beiräte.¹⁰

Wenn der Stadtplaner-Nachwuchs auch nach wie vor weitgehend im sozialtechnologischen Habitus der funktionsorientierten Flächenplanung geschult wird¹¹, ist also Bewegung doch abzusehen. Das gibt Anlass, darüber nachzudenken, welche Komplizenschaft dem Recht bei dem rücksichtslosen Umgang mit der städtischen Gestalt vorzuwerfen ist. Denn wie in anderen Bereichen gesellschaftlicher Veränderung ist es das Recht, das die Instrumente zur Verfügung stellt. Zugleich hält es aber auch Maßstäbe bereit, an denen politische Aktivität zu messen ist. Vor allem die in der Verfassung niedergelegten Grundrechte erlauben, das geltende Recht auf seine Rolle für die Entwicklungs- und Entfaltungsmöglichkeiten der Einzelnen wie der Gesellschaft als Ganzer zu befragen. Dies ist das Vorhaben dieser Ausarbeitung.

³ Vgl. *Wiegandt*, Neue Stadtteile in den 90er Jahren, IzR 1998, S. 537 ff.

⁴ Auf ihr liegt etwa *Hoffmann-Axthelms* erstes Augenmerk, vgl. *Die dritte Stadt*, 1993.

⁵ Sie ist Schwerpunkt etwa von *Sieverts* Überlegungen, vgl. *Zwischenstadt*, 1999.

⁶ Näher noch unten F. VI.

⁷ Etwa: das Berliner Planwerk Innenstadt, inzwischen rechtsverbindlich, vgl. Bekanntmachung v. 18.5.1999, ABl. Berlin Nr. 41 v. 13.8.1999, S. 3131 ff., hierzu etwa: *Kleihues*, Der „Masterplan“ als künstlerisch wegweisendes Großstadtmodell, 1991 oder die Neugestaltung von Kassels Unterneustadt, s. *Hoffmann-Axthelm*, Anleitung zum Stadtumbau, 1996, S. 195 ff.

⁸ Etwa: *Knapp*, Jurykratie, Kursbuch 112 (1993), S. 97 ff.

⁹ Vgl. *Stadt Essen* (Hrsg.), Wie geht es weiter am Berliner Platz?, 1999, insb. S. 12 ff. und *Wie geht es weiter am Burgplatz?*, 2000, insb. S. 10 ff.; s. a. *Kaltenborn*, Planungswut in Essen, SZ Nr. 120 v. 28.5.1999; zur „Wuppertaler Planungszelle“ s. etwa *Losch/Gottmann*, DÖV 2000, S. 372 ff.

¹⁰ Beispielsweise in Berlin: Beirat für Städtebau und Stadtgestaltung beim Senator für Stadtentwicklung; in Frankfurt/M.: der Städtebaubeirat; in Bern: die städtische Fachgruppe „Gestaltung im öffentlichen Raum“.

¹¹ Beispielhaft *Braam*, Stadtplanung, 1999: kein Wort zu gestalterischen Fragen.

Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass das Grundgesetz in seiner in Art. 5 Abs. 3 enthaltenen Gewährleistung der Freiheit der Kunst auch Baukunst¹² unter grundrechtlichen Schutz stellt. Wo aber in der Stadt Gestaltwirkungen hergestellt, beeinflusst oder gestört werden, da ist immer auch die Freiheit des Lebensbereiches der Architektur, der professionell auf den Umgang mit Gestalt verpflichtet ist, berührt. Das Antinomische, das nach dem Maß gebenden Wort von Helmut Ridder das Verhältnis von Kunst und Macht bestimmt – und dennoch nicht berechtigt, die beiden Sphären als abstrakt gegeneinander gerichtet zu verstehen –, ist im Feld von Baukunst und Städtebau bislang nicht hinreichend gewürdigt worden.¹³

II. Der Abgrund zwischen Recht und Wirklichkeit

Bevor diese Aufgabe angegangen werden kann, sind einige einschränkende Anmerkungen notwendig. Die Ausarbeitung ist darauf angewiesen, die Wirklichkeit von Kunst, von Baukunst und Städtebau, möglichst breit einzubeziehen. Wie sonst sollte der juristischen Reflexion der notwendige Sachbezug vermittelt werden! Jedoch ist es der methodischen Aufrichtigkeit halber geboten, den Anschein zu vermeiden, sie käme von der Kunst her zu den ausgebreiteten Problemen. Sie tut es nicht: Ihr Ausgangspunkt und ihre Zielstellung sind rechtlich. Die Wirklichkeit bleibt für den Juristen ein fremdes Land. Die folgenden Ausführungen genügen daher sicher nicht den Ansprüchen außerjuristischer Diskurse über Kunst im Allgemeinen und über Baukunst und Städtebau im Besonderen. Doch muss der Versuch sachhaltiger Rede gemacht werden. Es ist immer wieder das Bemühen, der Wirklichkeit gerecht zu werden, das die Selbstbezüglichkeit normativer Diskurse öffnet und die sachliche Richtigkeit und Gerechtigkeit von Recht gesellschaftlich erörterbar macht – was der Verfasser als die erste Pflicht und das erste Vergnügen einer für die Sache von Freiheit und Demokratie streitenden Rechtswissenschaft benennen mag.

Wer den Schwerpunkt verfassungsdogmatischer Analyse auf die Wahrnehmung von Wirklichkeit legt, muss anderes vernachlässigen. Grundsätzliche methodenkritische Fragen werden in dieser Arbeit weitgehend zurückgestellt; immerhin sollte der Verfasser hier seine geistige Nähe zu topischen¹⁴ und hermeneutischen¹⁵ Ansät-

¹² Zur Begrifflichkeit: Der Begriff der „Baukunst“ ist – wie der der Architektur – doppelsinnig (vgl. Stichwort „Kunst“ in: Brockhaus Enzyklopädie, 1990). Er beschreibt zum einen eine handwerklich-fachkundige Vorgehensweise, wie in Kochkunst, Ingenieurskunst oder ärztlicher Kunst; dieser Bereich dürfte heute treffender als Bautechnik zu bezeichnen sein (*Waldenfels*, *Wolkenkuckucksheim*, 1/1996, S. 1). Von diesem Sinn hat sich die Bedeutung von Kunst als dem, was ein Künstler hervorbringt, emanzipiert. Im Folgenden werden die Begriffe Architektur und Baukunst synonym verwendet.

¹³ Vgl. *Ridder*, *Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz*, 1963, S. 22.

¹⁴ Grundlegend: *Viehweg*, *Topik und Jurisprudenz*, 1974.

¹⁵ Grundlegend: *Gadamer*, *Wahrheit und Methode*, 1960/1990, insb. S. 270 ff. und 330 ff.; *Müller*, *Normstruktur und Normativität*, 1966.