



Verwaltungsgericht Berlin

Urteil

IM NAMEN DES VOLKES

In der Verwaltungsstreitsache

1. Der Eheleute Jörg Schneider und Marlies Schneider, In der Dreispitz 10, 12557 Berlin-Köpenick,
2. Der Eheleute Otto Weigand und Klaudia Weigand, Fregestraße 57, 12159 Berlin

-Kläger-

Prozessbevollmächtigter : Rechtsanwalt Rudi Heiden, Kurfürstendamm 207, 10719 Berlin

gegen

das Land Berlin, vertreten durch das Bezirksamt Treptow-Köpenick von Berlin, Rathaus Köpenick, 12414 Berlin

-Beklagten-

hat die 13. Kammer des Verwaltungsgerichts Berlin

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 03. September 2014 durch

die Vorsitzende Richterin am Verwaltungsgericht Maier

den Richter am Verwaltungsgericht Müller

die Richterin Schulze

die ehrenamtliche Richterin Kobler und

die ehrenamtliche Richterin Gärtner

für R e c h t erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kläger tragen die Kosten des Verfahrens als Gesamtschuldner.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Kläger dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Tatbestand

Die Kläger wenden sich gegen eine bauordnungsrechtliche Verfügung, die ihnen unter Androhung eines Zwangsgeldes die Beseitigung ihrer Dacheindeckung mit schwarzen Ziegeln und gleichzeitig die Neueindeckung mit roten Ziegeln vorschreibt.

Die Kläger sind Miteigentümer des Grundstücks In der Dreispitze 10 in 12557 Berlin. Das Grundstück liegt im Geltungsbereich des Bebauungsplans A 52, in dem unter der Überschrift „Festsetzungen gemäß § 9 Abs. 4 BauGB i.V.m. § 12 Abs.1 AGBauGB festgesetzt ist: „Zulässige Dachdeckung : Naturrote bis rotbraune, unglasierte Dachziegel – und steine“. Zur Begründung dieser Festsetzung heißt es ,der B-Plan enthalte der Ortsrandlage gerecht werdende gestalterische Festsetzungen, damit im zukünftigen Baugebiet eine Dachlandschaft entstehe, die sich hinsichtlich der Dachformen, Neigung, Art, Farbe und Eindeckung am Bestand des angrenzenden Wohngebietes orientiere.

Auf ihren Antrag vom 13. Februar 2012 erteilte ihnen das Bezirksamt Treptow- Köpenick von Berlin mit Bescheid vom 18. Mai 2012 eine Baugenehmigung für den Bau eines Doppelhauses mit Carport . Bestandteil der Baugenehmigung war entsprechend dem Antrag der Kläger die Baubeschreibung, wonach die Dachbedeckung mit „unglasierten naturroten“ Dachziegeln auszuführen sei.

Im Gegensatz zur erteilten Genehmigung wurde das Dach durch die Kläger anstatt mit unglasierten naturroten mit schwarzen Dachziegeln eingedeckt . Der Unterschied hinsichtlich der Farbe der Dacheindeckung zur Genehmigung wurde im Rahmen einer Baubesichtigung durch das Bauamt des Bezirksamtes Treptow – Köpenick von Berlin nach § 80 BauO Bln am 11. Januar 2013 festgestellt.

Am 22. Januar 2013 erließ der Beklagte daraufhin einen die Kläger gerichteten ausdrücklich auf §§ 80, 58 BauO Bln gestützten Bescheid mit der Anordnung, eine der Baugenehmigung und der Vorgabe des B-Planes A 52 entsprechende mängelfreie Umdeckung des Daches in der Farbe naturrot bis rotbraun bis zum 28. Februar 2013 vorzunehmen. Gleichzeitig drohte der Beklagte für den Fall der Nichterfüllung der Anordnung die Festsetzung eines Zwangsgelds in Höhe von 500 Euro an.

Mit Schreiben vom 28. Januar 2013 erhob nur die Klägerin zu 1) ohne ihren Ehemann dagegen Widerspruch, dem sich die Kläger zu 2) anschlossen.

Diesen wies der Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 5. August 2013, zugestellt am 6. August 2013 zurück. Gestützt wurde sich insgesamt auf die zutreffende Rechtsgrundlage nach §§ 58 Abs.1,79 BauO Bln und u.a. unter Berufung auf den Unterschied der gegenwärtigen schwarzen Dacheindeckung zur bestandskräftigen sowie insgesamt verhältnismäßigen Baugenehmigung für unglasierte naturrote Dachziegel. Die längst bestandskräftig gewordene und nicht nichtige Baugenehmigung beruhe auf der von der Klägerin zu 1) und ihrem Ehemann sowie den Klägern zu 2) selbst verfassten Baubeschreibung, die unglasierte naturrote Dachziegel vorsähe. Die Vorgabe der Dacheindeckung in naturroter Farbe sei auch nicht zu unbestimmt, da man sich unschwer an den anderen Dacheindeckungen der Umgebung habe orientieren können. Die Existenz von üblichen Farbschattierungen und unterschiedlichen Farbwahrnehmungen führen nicht zur Unbestimmtheit. Zudem sei den Klägern die Farbgebung zum Zeitpunkt der Bauantragsstellung bekannt gewesen.

Mit Schriftsatz vom 19. August 2013 haben die Kläger am 20. August 2013 Klage bei dem Verwaltungsgericht Berlin erhoben.

Die Kläger tragen mit der Klage vor, die Gestaltungsfestsetzung des Bebauungsplans A 52 „In der Dreispitze“, nach der die Dacheindeckung in dem Baugebiet nur mit naturroten bis rotbraunen unglasierten Dachziegeln zu erfolgen habe, sei unzulässig und damit unwirksam. Durch die Farbvorgabe fühlen sie sich in ihrer Freiheit beeinträchtigt. Zudem sei sie zu unbestimmt und verstoße daher gegen den aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleiteten Bestimmtheitsgrundsatz des Art 20 Abs. 3 GG. Es sei nicht maßgebend, ob die Kläger die Farbe subjektiv hätten erkennen können, sondern maßgebend sei die mangelhafte Bestimmbarkeit aus dem Bebauungsplan selbst. Es käme nicht darauf an, ob der Bürger die Farbe aus den Umständen heraus ermitteln hätte können, sondern allein auf die ausreichende Bestimmbarkeit bzw. Bestimmtheit der Ermächtigungsgrundlage. Ferner hätten die Kläger die Farbe naturrot lediglich aus dem Bebauungsplan übernommen, ohne diesbezüglich eine Willenserklärung abzugeben. Ferner verstoße die Farbvorgabe gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und das Übermaßverbot, denn das Argument der Einheitlichkeit der Bedachung könne die Baufreiheit aus Art. 14 GG hier nicht überwiegen. Eine solche Einschränkung könne nur bei einer historischen Dachlandschaft im Zuge der Denkmalpflege vorgenommen werden, der allgemeine Wunsch nach einheitlicher Gestaltung in einem Neubaugebiet am Stadtrand sei für eine derartige einschneidende Vorgabe ohne landschaftsspezifische oder bauhistorisch gewachsene Traditionen nicht schutzwürdig.

Die Kläger erklären ferner, dass ein Umspritzen des Daches in eine andere Farbe nicht in Betracht komme, da nach Herstellerangaben die Funktionsfähigkeit einer Nachbeschichtung nicht garantiert werden könne.

Die Kläger beantragen,

die „Verfügung nach erfolgter Baubesichtigung gemäß § 80 BauO Bln“
des Beklagten vom 22. Januar 2013 in der Gestalt
des Widerspruchsbescheids vom 5. August 2013 aufzuheben.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Zur Begründung trägt er vor, dass die Klage des Klägers zu 1) mangels ordnungsgemäßer Durchführung eines Vorverfahrens bereits unzulässig sei.

Die rechtmäßigen Festsetzungen des B-Planes seien für die Baubehörde verbindlich.

Zudem beruft er sich im Wesentlichen auf seine Begründung im Ausgangs – und widerspruchsbescheid und führt danach aus, dass die angegriffene Verfügung auf §§ 58 Abs. 1, 79 BauO Bln gestützt werden könne, zumal die Maßnahme auf dem von den Klägern selbst verfassten Bauantrag beruhe. Die den Klägern erteilte Baugenehmigung, nach der die Dacheindeckung mit naturroten Dachziegeln vorzunehmen war, sei längst bestandskräftig geworden. Die Dacheindeckung mit schwarzen Dachziegeln verstoße gegen die öffentliche Ordnung. Anhaltspunkte dafür, dass die Baugenehmigung gemäß § 44 VwVfG nichtig sein könnte, gäbe es nicht. Die nach dem wirksamen B-Plan für die Beklagte als Baubehörde verbindliche Farbvorgabe „naturrot“ sei auch nicht zu unbestimmt. Denn im Gebiet des Bebauungsplans haben alle Häuser eine Dacheindeckung naturrote Ziegel, so dass die Kläger sich daran hätten orientieren können. Ferner sei die Farbvorgabe im Einklang mit dem Bestimmtheitsgebot des Art.20 Abs.3 GG genau erkennbar, zumal auch tatsächlich übliche unterschiedliche Farbschattierungen und –Wahrnehmungen nicht zur Unbestimmtheit der Maßnahme führen können. Die Farbvorgabe sei auch erforderlich, um farbliche Einheitlichkeit und optische Ausgeglichenheit im Baugebiet zu gewährleisten. Es sei davon auszugehen, dass die Kläger im Zeitpunkt der Antragstellung eine hinreichende Vorstellung von der von der Farbe gehabt hätten, denn sie haben sie selbst in ihrem Bauantrag angegeben, zumal die gesamte Dachfarbe im ganzen Baugebiet naturrot ist. Außerdem sei die angegriffene Verfügung auch verhältnismäßig und mit Art.14 GG vereinbar.

Auf die Rechtsgültigkeit des Bebauungsplans käme es wegen der Baugenehmigung nicht an.

Zu den weiteren Einzelheiten wird auf die Verwaltungsvorgänge verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist zulässig, aber unbegründet.

1. Die Klage ist weitgehend zulässig.

Sie ist insbesondere als Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 1.Alt. VwGO statthaft.

Die Statthaftigkeit richtet sich nach dem auszulegenden Klagebegehren, §§ 86 Abs. 3, 88 VwGO. Die Kläger begehren die Aufhebung der Beseitigungsverfügung vom 22. Januar 2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 5. August 2013, in der zum einen die Abdeckung der schwarzen Ziegel, zum anderen die Neueindeckung des Daches mit roten Ziegeln bis zum 28. Februar 2013 sowie eine Zwangsgeldandrohung angeordnet wurde. Diese

Androhungen stellen allesamt belastende Verwaltungsakte i. S. d. § 35 VwVfG dar, so dass mithin die Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1, 1. Alt. VwGO statthaft ist.

Allerdings ist die Klage gegen die Zwangsgeldandrohung bereits unzulässig.

Soweit sich die Klage gegen die im Bescheid ausgesprochene Zwangsmittelandrohung richtet ist sie allerdings bereits mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig.

Denn von der mit einer Fristsetzung versehenen Zwangsgeldandrohung gehen keine Rechtswirkungen mehr aus, nachdem die Frist abgelaufen ist. Die Zwangsgeldandrohung war zunächst mit einer zumutbaren Frist zur Erfüllung der Verpflichtung zur Beseitigung der schwarzen Ziegel und Neueindeckung des Daches versehen. Die Zwangsgeldandrohung ist gegenstandslos geworden, weil die gesetzte Frist ohne fortgesetzte Befolgungspflicht abgelaufen ist. Die Kläger waren nach der Erhebung des Widerspruchs auch aufgrund der aufschiebenden Wirkung des § 80 Abs.1 VwGO von der Fristbefolgung befreit. Eine abgelaufene Frist, die nicht befolgt werden braucht, erfüllt danach nicht mehr ihren Zweck, es dem Betroffenen zu ermöglichen, die von ihm geforderte Handlung zu ermöglichen bzw. in die Tat umzusetzen. Der Verwaltungsakt war weder bestandskräftig, noch war nach § 80 Abs. 1 Nr. 4 VwGO die sofortige Vollziehung angeordnet. Ist aber die Fristsetzung gegenstandslos, so gilt dies auch für die Zwangsmittelandrohung, zumal die Zwangsmittelandrohung gesetzlich normiert immer mit einer Fristsetzung verbunden sein muss. Der Verwaltungsakt bezüglich der Zwangsgeldandrohung entfaltet aufgrund des Fristablaufes weder einen Befolgungsdruck noch sonst eine Rechtswirkung.

Dieser Bewertung steht auch nicht die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in seinem Urteil vom 26. Februar 1980 (vgl. BVerwG 1 C 90.76-, DÖV 1980,681) entgegen. In dieser Entscheidung wurde eine Zwangsmittelandrohung aufgehoben, weil die gesetzte Frist bereits zum Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheides aufgehoben war und die Widerspruchsbehörde durch die Zurückweisung des Widerspruchs zu erkennen gegeben habe, dass sie die bereits abgelaufene Frist als für eine etwaige Vollstreckung als ausreichend erachte. Dieser Auffassung kann bereits deshalb nicht gefolgt werden, weil es nicht dem Willen der Widerspruchsbehörde unterliegen kann, eine objektiv erledigte Zwangsmittelandrohung aufrecht zu erhalten. Im Übrigen hat sich die Widerspruchsbehörde im vorliegenden Fall auch inhaltlich nicht mehr mit der Rechtmäßigkeit der Zwangsmittelandrohung auseinandergesetzt, so dass durch den Widerspruchsbescheid auch nicht der Rechtsschein einer die Zwangsvollstreckung rechtfertigenden existenten Zwangsmittelandrohung gesetzt wurde.

Im Übrigen ist die Klage zulässig.

Die klagenden Eheleute sind als Miteigentümer des Grundstücks gemäß § 167 VwGO i. V. m. 1011 BGB auch klagebefugt i. S. d. § 42 Abs. 2 VwGO. Durch die Anordnung, die schwarzen Dachziegel durch naturrote oder rotbraune zu ersetzen erscheint eine Verletzung der Baufreiheit der Kläger aus Art. 14 GG zumindest als möglich. Zumindest erscheint die Verletzung ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art 2 Abs. 1 GG nicht von vorneherein ausgeschlossen.

Insbesondere ist das erforderliche Vorverfahren nach §§ 68 ff. VwGO ordnungsgemäß durchgeführt worden. Es ist unschädlich, dass lediglich von den klagenden Eheleuten Schneider lediglich Frau Marlies Schneider den Widerspruch unterschrieben hat und auch nur sie im Absender aufgeführt ist, Jörg Schneider somit keinen Widerspruch gegen den Bescheid vom 22. Januar 2007 erhoben hat und der Widerspruchsbescheid ihm gegenüber indes nicht ergangen ist. Zwar kann hier eine Vollmacht der Ehegatten nicht unterstellt werden. Ein Widerspruchsverfahren ist allerdings dann entbehrlich, wenn die Ehegatten aus dem gleichen Rechtsgrund in Anspruch genommen werden und kein Grund für eine unterschiedliche Beurteilung ersichtlich ist, weil das Erfordernis eines weiteren Vorverfahrens in diesem Fall eine unnötige „Förmelei“ darstellen würde (so BVerwGE DÖV 1976, 353; a. A. wohl vertretbar, vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 15. Auflage, § 68 Rn. 27 f.).

Klarzustellen wäre, dass auch die nach § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO erforderliche Schriftform gewahrt ist. Denn hier kann aus den Umständen geschlossen werden, dass beide Eheleute Widerspruch erheben. Auf eine eigenhändige Namenszeichnung kann immer dann verzichtet werden, wenn sich aus anderen Anhaltspunkten eine der Unterschrift vergleichbare Gewähr für die Urheberschaft und den Rechtsverkehrswillen des Absenders ergibt, wobei die großzügig handzuhaben ist. Für die Behörde ist das hier deswegen erkennbar, weil beide Eheleute die Baugenehmigung beantragt haben. Ferner erging die bauordnungsrechtliche teilweise Beseitigungsverfügung an beide Eheleute. Aus der Unterschrift von Marlies Schneider ergibt sich, dass auch ihr Ehemann Widerspruchsführer sein wollte. Ferner hat sich die Behörde mit ihrem Widerspruchsbescheid vom 5. August 2013 in der Sache rügelos auf den Widerspruch eingelassen, so dass eine etwaige Unzulässigkeit des Widerspruchs damit auch nach der Rechtsprechung als geheilt anzusehen wäre.

Die Klagebegehren können hier gemäß §§ 44, 64 VwGO zusammenverfolgt werden, weil auf einer Beteiligenseite mehrere Personen als ein Kläger auftreten, sog. subjektive Klagehäufung nach § 64 VwGO. Die Streitgenossen können aus Gründen der Prozessökonomie ein gemeinsames Verfahren betreiben. Zusätzlich ist hier ein Fall objektiver Klagehäufung nach § 44 VwGO gegeben. Die Kläger können ihre beiden Klagebegehren (vgl. oben) zusammenverfolgen, weil es sich um denselben Beklagten handelt, mit dem Verwaltungsgericht Berlin dasselbe Gericht zuständig ist und die Klagebegehren in einem Zusammenhang stehen.

2. Die Klage ist jedoch in der Sache als unbegründet abzuweisen.

Die bauordnungsrechtliche Beseitigungsverfügung in Gestalt des Widerspruchsbescheides bezüglich der Beseitigung der schwarzen Dacheindeckung und Neueindeckung mit roten Dachziegeln ist rechtmäßig und verletzt die Kläger gem. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO nicht in ihren Rechten.

Zutreffende Rechtsgrundlage für die von dem Beklagten angeordnete Beseitigung der schwarzen Dachziegel ist § 79 Satz 1 BauO Bln i. V. m. § 58 Abs. 1 BauO Bln, für die Anordnung das Dach mit roten Ziegeln neu einzudecken als Folgemaßnahme der Herstellung baurechtmäßiger Zustände der § 58 Abs. 1 BauO Bln.

Während in § 79 Satz 1 BauO Bln geregelt ist, dass die Bauaufsichtsbehörde die teilweise und vollständige Beseitigung der baulichen Anlagen anordnen kann, die im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet worden sind, ist in § 58 Abs. 1 Satz 2 BauO Bln aufgeführt, dass die Bauaufsichtsbehörde die zur Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften erforderlichen Maßnahmen treffen kann.

Die Voraussetzungen der vorstehend aufgeführten Normen haben vorgelegen.

Das Bauaufsichtsamt des Beklagten stützte seine „Verfügung nach erfolgter Baubesichtigung“ vom 22. Januar 2013 zunächst unzutreffend auf § 80 Abs. 1 BauOBln.

§ 80 Abs. 1 BauOBln –in der lediglich die Überprüfung der Einhaltung der Vorschriften der am Bau Beteiligten = Bauüberwachung geregelt wird– stellt schon von der Rechtsfolge der Norm keine taugliche Rechtsgrundlage dar, um die Beseitigung einer Dacheindeckung oder deren Umdeckung anzuordnen. Denn diese Vorschrift räumt der Behörde lediglich ein Ermessen hinsichtlich der Besichtigung eines Rohbaus ein. Jedenfalls ist die falsche Benennung der Norm letztlich auch im Hinblick auf § 47 Abs. 1 VwVfG unschädlich, d.h. einer Umdeutung bedurfte es nicht, weil mit Benennung der korrekten Rechtsgrundlage derselbe VA erlassen hätte werden können. Der Austausch der Rechtsgrundlage bei gleichem Tenor ist jederzeit möglich.

Richtiger Weise stützt der Beklagte seine Verfügung, eine Beseitigung der vorhandenen Dacheindeckung vorzunehmen, spätestens im Widerspruchsbescheid aber zutreffend auf §§ 58 Abs. 1 i. V. m. 79 S. 1 VwGO.

Danach kann die Bauaufsichtsbehörde die ganze oder teilweise Beseitigung anordnen, wenn Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet werden und nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können.

Bei der Verfügung, die vorhandene schwarze Bedachung durch eine naturrote zu ersetzen, handelt es sich um eine teilweise Beseitigungsverfügung i. S. d. § 79 S. 1. BauO Bln. Von dem genehmigten Doppelhaus mit Carport richtet sich die streitgegenständliche Verfügung zunächst lediglich gegen die vorhandene Dacheindeckung.

Die Dacheindeckung ist im Widerspruch zu öffentlich rechtlichen Normen errichtet worden. Rechtmäßige Zustände sind auch nicht auf andere Weise herstellbar.

Ebenso ist die streitgegenständliche Beseitigungsverfügung formell rechtmäßig.

Die Zuständigkeit des Bezirksamts Treptow-Köpenick für den Ausgangsbescheid folgt aus § 2 Abs. 4 S. 1 ASOG i. V. m. Nr. 15 Abs. 1 ZustKatOrd und aus § 3 Abs. 2 AZG, § 27 Abs. 1 AZG für den Widerspruchsbescheid.

Ein Verfahrensverstoß wegen fehlender Anhörung nach § 28 VwVfG kommt nicht in Betracht. Den Klägern ist im Zuge des Widerspruchsverfahrens ausreichend rechtliches Gehör gewährt worden, so dass der Anhörungsmangel gemäß § 1 VwVfGBln i. V. m. § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG geheilt wurde. Für einen weiteren Formverstoß ist nichts ersichtlich.

Auch ist die Beseitigungsanordnung gem. § 79 Satz 1 BauO Bln materiell rechtmäßig, wobei das Vorhaben der Kläger mit der schwarzen Dacheindeckung formell und materiell baurechtswidrig ist.

Zunächst weicht das ins Werk gesetzte Vorhaben formell von der erteilten Genehmigung ab.

Das errichtete Doppelhaus samt Dacheindeckung ist mangels ausreichender Genehmigung schon formell rechtswidrig, weil das Vorhaben mit Baugenehmigung vom 18. Mai 2012 nicht mit schwarzer, sondern mit vollkommenen andersartiger roter Dacheindeckung genehmigt wurde. Die Eindeckung mit schwarzen Ziegeln entspricht, was von den Klägern nicht bestritten wird, nicht der bestandskräftigen Baugenehmigung. Denn die zum Bestandteil der Baugenehmigung gewordene Baubeschreibung sieht als Dacheindeckung unglasierte Dachziegel in „naturrot“ vor.

Im Übrigen ist das Vorhaben mangels Genehmigung formell illegal.

Denn das Vorhaben war genehmigungspflichtig i.S.d. §§ 2, 60 BauO Bln, eine Genehmigungsfreiheit oder Verfahrenserleichterung nach den §§ 61-63, 75, 76 BauO Bln ist nicht erkennbar und auch im Bearbeitervermerk nicht so deklariert.

Das Doppelhaus ist aufgrund seiner fehlerhaften Dacheindeckung materiell illegal errichtet worden, weil durch die Kläger gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften verstoßen wurde.

Die vorhandene Dacheindeckung steht zunächst materiell rechtlich sowohl im Widerspruch zum Bebauungsplan A 52 „In der Dreispitze“, als auch –wie ausgeführt– zu der erteilten bestandskräftigen Baugenehmigung.

Die Festsetzungen des streitgegenständlichen Bebauungsplans sind entgegen der Auffassung der Kläger auch wirksam.

Die im Bebauungsplan gem. §§ 1 Abs. 6, 9 BauGB im Bebauungsplan getroffene Festsetzung, die die farbliche Gestaltung im Plangebiet vorgibt, findet ihre Ermächtigungsgrundlage in §§ 1 Abs. 6, 8 Abs. 2, 9 Abs. 4 sowie 12 Abs. 1 AGBauGB. Danach können gemäß § 9 Abs. 4 BauGB im Bebauungsplan besondere Anforderungen an die äußere Gestaltung baulicher Anlagen gestellt werden. Darunter fallen auch Material und Farbe einer Dacheindeckung. Über § 9 Abs. 4 BauGB i. V. m. § 12 Abs. 1 AGBauGB enthält der Bebauungsplan die Legitimation für die getroffene Festsetzung „Zulässige Dachdeckung: naturrote bis rotbraune unglasierte Dachziegel und –steine“.

Diese Festsetzung verstößt auch nicht, wie die Kläger meinen, gegen das aus dem Rechtsstaatsprinzip herzuleitende Bestimmtheitsgebot, Art. 20 Abs. 3, 28 Abs. 1, 103 Abs. 3 GG. Danach muss ein Gesetz so formuliert sein, dass die Adressaten objektiv in der Lage sind die Rechtslage zu erkennen und ihr Verhalten danach zu richten. Dabei muss die Vorschrift umso konkreter ausformuliert, je stärker sie die individuelle Freiheit eingreift. Diesen Anforderungen wird die Festsetzung „naturrot bis rotbraun“ ohne weiteres gerecht. Der Plangesetzgeber hat absichtlich nicht eine bestimmte Farbe, sondern ein breites Spektrum eröffnen wollen. Dass dabei im Einzelfall im Grenzbereich einer Farbenpalette zu benachbarten Mischfarben zur Feststellung nähere Betrachtungen erforderlich sein mögen, ob

ein Farbton noch dazu gehört, macht die in Rede stehende Festsetzung nicht insgesamt unbestimmt. Denn es ist bei unbestimmten Rechtsbegriffen denklogisch immanent, dass ihr konkreter Inhalt im Einzelfall einer wertenden Betrachtung bedarf, die sogar eine fachliche und sachverständige Einschätzung oder externe Begutachtung erforderlich machen kann. (vgl. OVG Münster, NVwZ –RR 2001,14,VGH Mannheim VBIBW 2003.123) Auch die gewählte Farbbezeichnung naturrot ist hinreichend bestimmt. Im Zusammenhang mit der Festsetzung, dass unglasierte Dachziegel zu verwenden sind, bedeutet naturrot wieder ein Spektrum, dass von hellrot bis dunkelrot reichen kann, dass aber beschichtete engobierte Dachziegel ,etwa mit Keramiküberzug versehene Materialien, ausgeschlossen sind (vgl. Hess VGH, Urteil vom 2.April 1992-3 N 2241/89).

Im Bebauungsplan ist diese Festsetzung in zulässiger und nachvollziehbarer Weise damit begründet worden, dass man sich bei der entstehenden Dachlandschaft am angrenzenden Wohngebiet orientiert, um der Ortsrandlage gerecht zu werden. Es wurden bestimmte Farbtöne vorgeschrieben, um nachvollziehbar und dem Gebot der nachbarlichen Rücksichtnahme entsprechend eine optische Einheitlichkeit zu wahren. Zweck ist dabei die Erreichung eines harmonischen baulichen Umfeldes. Aufgrund dieses Gesetzeszwecks, der einem bestimmten öffentlichen Belang dient, muss das subjektive Empfinden Einzelner unberücksichtigt bleiben. Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bebauungsplans bestehen nicht.

Ein Ermittlungsausfall oder Abwägungsdefizit beim Verfahren zur Aufstellung des Bebauungsplanes besteht ebenso wenig, zumal die Grundstückseigentümer im Verfahren beteiligt waren und die Vorstellungen geprüft und berücksichtigt wurden. Nach § 9 Abs.4 ,12 Abs.1 BauGB sind besondere Anforderungen an die äußere Gestaltung von baulichen Anlagen zulässig, was auch die ästhetischen Belange beinhaltet(vgl. BVerwGE, Beschluss vom 10.Juni 1997-4 NB 15.97,VGH Mannheim, Urt.v.22.April 2002-8 S 177/02).

Auch die Grenzen im Hinblick auf eine Abwägungsdisproportionalität sind nicht überschritten, da die einheitliche Gestaltung des Baugebietes und die Orientierung an angrenzenden Baugebieten die Baufreiheit des Art.14 Abs.1 S.2 GG, die nicht schrankenlos sein kann, überwiegt. (HessVGH, Beschl. v.2.April 1992-3 N 2241/89)

Insofern spielt es auch keine Rolle, ob die Kläger sich an bereits vorhandener Bebauung orientieren konnten oder nicht. Die Festsetzung im Bebauungsplan war hinreichend bestimmt. Den Klägern war es möglich gewesen, aus den Vorgaben selbst zu erkennen wie und warum die Dachbedeckung farblich in der vorgegebenen Art und Weise zu gestalten war.

Nicht berücksichtigt werden kann weiterhin das Argument, die Kläger hätten mit ihrem Bauantrag keine Willenserklärung in Bezug auf „naturrot“ abgeben wollen, bzw. keinen Rechtsbindungswillen gehabt. Die Erteilung einer Baugenehmigung stellt einen Hoheitsakt dar, dementsprechend können bei deren Beantragung nicht die Grundsätze über das Zustandekommen weder des Zivil- noch des öffentlichen Rechts herangezogen werden.

Insbesondere können sich die Kläger nicht darauf berufen, der erste Bauherr habe noch keine Vorgabe durch vorhandene Bebauung gehabt und deshalb die gesamte Bebauung durch sein subjektives Empfinden beeinflusst. Denn eine Farbe ist nicht wie zunächst vom Kläger behauptet, eine auf rein subjektiven Empfindungen beruhende Größe, sondern durchaus

objektivierbar. Die genaue Vorgabe von Farbtönen ist an Bestimmbarkeit kaum zu überbieten. Abweichungsmöglichkeiten aufgrund von subjektivem Empfinden sind hier nur so geringfügig möglich, dass diese unbeachtet bleiben müssen. Abweichungen sind nur in der Gestalt denkbar, dass etwa verschiedene Ziegelhersteller unterschiedliche Farbnuancen beispielsweise des Farbtons ‚naturrot‘ anbieten. Eine solch geringfügige Abweichung ist allerdings hinnehmbar, weil sie das optische Gesamtbild nicht beeinträchtigen würde.

Ferner berechtigen nicht erst ein historischer Charakter bzw. Interessen der Denkmalspflege die Regelung einer solchen Einheitlichkeit. Aus den Gründen der optischen Abstimmung eines Neubaugebiets mit bereits vorhandener Bebauung ist es möglich eine solche Regelung auch außerhalb des Denkmalschutzes möglich. Eine solche planerische Maßnahme im Rahmen des Bebauungsplans stellt ein Gesetz i. S. d. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG dar, das Inhalt und Schranken des Eigentums regelt. Deswegen ist die planerische Entscheidung am Abwägungsgebot des § 1 Abs. 6 BauGB zu messen. Der Eingriff in die individuelle Gestaltungsfreiheit ist hier nicht zu intensiv, weil ja ausdrücklich mehrere Farbtöne zulässig sind.

Ebenso wenig ist deshalb –wie erwähnt– das Bestimmtheitsgebot durch die Art und Weise der Festsetzung im Bebauungsplan verletzt. Bezüglich der Farbbezeichnung vergleichbar einem im Bereich von Rechtsnormen wie dem B-Plan üblichen unbestimmten Rechtsbegriff genügt die Bestimmbarkeit, ggf. auch unter Heranziehung eines Sachverständigen (vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 2001, 14)

Das Vorhaben verstößt auch gegen formelles Bauordnungsrecht, weil die Farbvorgabe in der Fassung der erteilten Baugenehmigung nicht eingehalten wird.

Diese Farbvorgabe der selbst so beantragten Genehmigung ist auch nicht nach § 44 VwVfG nichtig.

Die Teilbeseitigungsverfügung ist darüber hinaus verhältnismäßig.

Sie hat den legitimen Zweck, die öffentliche Ordnung wiederherzustellen. Dazu war die Verfügung, das schwarze Dach zu entfernen auch geeignet. Ferner war die Verfügung in dieser Form auch erforderlich, da kein milderes Mittel bei gleicher Geeignetheit existent ist. Denn ein geringerer Eingriff als die Beseitigung der Substanz kommt nicht in Betracht. Die Kläger haben in der mündlichen Verhandlung selbst vorgetragen, dass eine Umbespritzung des Daches nicht möglich ist, weil die Funktionsfähigkeit der Nachbeschichtung nicht gewährleistet werden könne und dies darüber hinaus zum Verlust des 30-jährigen Garantieanspruchs führe. Die Verfügung ist auch angemessen. Insbesondere unter dem Aspekt der negativen Vorbildwirkung musste die Behörde die Dachumdeckung anordnen, da das streitgegenständliche Dach das einzige in dem gesamten Neubaugebiet mit schwarzem Dach ist, während die anderen Dächer alle mit naturroten Ziegeln gedeckt sind. Hier war die Baufreiheit der Kläger gegen das öffentliche Interesse der öffentlichen Ordnung abzuwägen. Im Zuge der Wahrung dieser öffentlichen Ordnung muss die individuelle Baufreiheit oder die allgemeine Handlungsfreiheit zurückstehen. Zudem ist die Baufreiheit hier in sehr geringem Maße tangiert. Die Kläger konnten ihr gesamtes Vorhaben realisieren und mussten sich lediglich an eine bestimmte Ziegelfarbe halten.

Das Bezirksamt hat sein Ermessen nicht, wie von den Klägern behauptet, fehlerhaft ausgeübt, insbesondere liegt auch nicht die von den Klägern gerügte Ermessensfehlgewichtung vor, die Einheitlichkeit und optische Ausgeglichenheit als maßgeblichen Belang für ihre Abwägung heranzuziehen. Denn die öffentliche Ordnung wiegt hier schwerer als die individuelle Baufreiheit.

Auch die auf §§ 58 i.V.m. 79 BauOBln gestützte Anordnung, das Dach mit roten Ziegeln neu einzudecken, ist ebenfalls rechtmäßig.

Für die formelle Rechtmäßigkeit kann auf die Ausführung zur Beseitigungsverfügung verwiesen werden.

Sie ist nach hier vertretender Ansicht auch materiell rechtmäßig, weil sie erforderlich war, um insgesamt bauordnungsgemäße Zustände herzustellen. Jedenfalls findet die Verfügung zur Neueindeckung ihre sachlogische Rechtfertigung im Annexgedanken zur Beseitigungsanordnung des § 79 Satz 1 BauO Bln, weil eine Verfügung nach § 58 Abs.1 Satz 2 BauO Bln nicht dazu führen kann, dass baurechtswidrige Zustände mit einem regendurchlässigen offenen Dach geschaffen werden. Insoweit geht es in der Verfügung für die Herstellung ordnungsgemäßer Zustände auf dem Dach der Kläger insgesamt auch nicht um ein isoliertes, verfassungsrechtlich wohl nicht zulässiges Baugebot eines noch nicht erstellten Gebäudes, sondern um die Herstellung rechtmäßiger Zustände gemäß §§ 58 Abs.1 BauO i.V.m. der damit im Sachzusammenhang stehenden teilweisen Beseitigungsanordnung nach § 79 Satz 1 BauO Bln. Sollte der zweite Teil der Verfügung bezüglich der Neueindeckung nicht widerspruchsfrei befolgt werden, würde im weiteren Verlauf eine Nutzungsuntersagung des gesamten Gebäudes, jedenfalls der oberen Stockwerke nach §79 Satz 2 BauO Bln geprüft und angeordnet werden müssen. Auch dem Grundsatz der Prozessökonomie und dem praktischen Bedürfnis an der endgültigen Herstellung rechtmäßiger Zustände sowie den nachbarlichen durch den Bebauungsplan abgesicherten Interessen würde es widersprechen, die Frage der zutreffenden gebietstypischen Dacheindeckung auf ein zukünftig anzustrengendes Verwaltungsverfahren zu verlagern.

Auch sind bei der Verfügung keine Ermessensfehler nach § 114 Satz 1 VwGO ersichtlich.

Insbesondere die Tatsache, dass sich die Kläger bewusst und auf eigenes Risiko wie ein „Schwarzbauer“ im klassischen Sinn ganz bewusst über den genehmigten Inhalt der Baugenehmigung hinweggesetzt haben, führt dazu, dass auch die Verfügung bezüglich der Neueindeckung mit „unglasierten naturroten Dachziegeln“ der Verhältnismäßigkeitsprüfung standhält.

Im Übrigen kann auf die Ausführungen zur Beseitigungsverfügung verwiesen werden, denn die Neueindeckungsverfügung ist aus den gleichen Argumenten verhältnismäßig wie die Beseitigungsverfügung. So hat die Behörde aufgrund des Tatbestandsmerkmals „bei besonderem Gestaltungsbedarf“ in § 12 Abs. 1 AGBauGB i.V.m. § 9 Abs.4 BauGB bis zu einem gewissen Grad eine planerische Gestaltungsfreiheit. Diese Regelung stellt eine Gesetz dar was Inhalt und Schranken des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG bestimmt, so dass die Grundsätze des Abwägungsgebots zu beachten sind. Hier ist der der Eingriff in die Baufreiheit durch die planerische Gestaltungsfreiheit in zu geringem Maße tangiert. Trotz fehlender historischer

Gesichtspunkte stellt die Wahrung der Einheitlichkeit der Lage am Ortsrand eine sachgerechte Erwägung dar, die schwerer wiegt als die Baufreiheit der Kläger. Die Entscheidung ist sachgerecht und hat die Interessen der Eigentümer angemessen berücksichtigt.

((Nach vertretbarer anderer Ansicht wäre –wenn nicht schon wie beim Verwaltungsgericht gesehen die gesamte Anordnung mangels Rechtsgrundlage, Bestimmtheit oder Grundrechtswidrigkeit aufzuheben wäre–die Neueindeckungsanordnung mangels Rechtsgrundlage nach § 58 Abs.1 Satz 2 BauO Bln, Unbestimmtheit der Farbvorgabe oder u.U. wegen der Verfassungswidrigkeit eines sog. Baugebotes aus Art.14 GG rechtswidrig und damit aufzuheben, was entsprechend im Tenor zu berücksichtigen ist:

Der Bescheid des Beklagten vom 22.Januar 2013 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 05.August 2013 wird insoweit aufgehoben, wie er die Neueindeckung des Daches der Kläger mit „naturroten Ziegeln“ verfügt. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten tragen die Kläger als Gesamtschuldner zu zwei Dritteln, die Beklagte zu einem Drittel.))

Auch die Zwangsgeldandrohung war rechtmäßig.

Rechtsgrundlagen der Zwangsgeldandrohung sind die §§ 5a Abs.1, Abs.3 VwVfG Bln. i.V.m. 11,13 Abs.1, Abs.2 S.1, Abs.5 VwVG.

Der Fristablauf steht der ursprünglichen Rechtmäßigkeit der Zwangsgeldandrohung nicht entgegen. Denn sonst hätte es der Pflichtige durch Nichtbefolgung der Anordnung selbst in der Hand, die Rechtswidrigkeit einer Zwangsgeldandrohung herbeizuführen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 154 Abs. 1, 159 S. 2 VwGO. Die Entscheidung über die Vollstreckbarkeit auf § 167 VwGO i. V. m. §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.

Rechtsmittel

Als Rechtsmittel kommt ein Antrag auf Zulassung der Berufung in Betracht, wenn das Verwaltungsgericht nicht selbst die Zulassung der Berufung ausspricht, §§ 124, 124a VwGO.

Maier

Müller

Schulze

(Unterschriften der 3 Berufsrichter)

VR 44 – Lösungsskizze

A. Verfahrensgegenstand , Aufgabenstellung sowie Ausgangsentscheidungen

I. Verfahrensgegenstand: Das Begehren der Kläger ist gerichtet auf die Aufhebung einer bauordnungsrechtlichen Verfügung zur Dachabdeckung und Neubedeckung mit roten Ziegeln, die u.a. eine Androhung der Festsetzung von Zwangsgeld enthält.

II. Aufgabenstellung: Es ist ein Urteil gemäß § 113 I 1 VwGO zu fertigen. Die Aufgabe ist von eher durchschnittlichem Schweregrad und enthält Schwerpunktsetzungen zur Widerspruchserhebung, der Zwangsgeldandrohung und dem Baurecht. Es sollte Augenmerk auf eine gute Subsumtion und Argumentation gelegt werden, insbesondere die §§ 79, 58 I 2 BauO Bln sowie die Bestimmtheit der Regeln zur Festsetzung eines Bebauungsplanes bieten dabei hinreichend Gelegenheit juristische Arbeitstechnik und Methodik zu üben.

III. Die Klausur beruht auf soweit ersichtlich nicht veröffentlichten unterschiedlichen Entscheidungen des Verwaltungsgerichtes Darmstadt (2 E 2353/98) = Aufhebung der Bescheide und des Hessischen Verwaltungsgerichtshofes (9 UZ 889/03) = Abweisung der Klage, was sich entsprechend auf den Tenor auswirkt. Beide Lösungen sind vertretbar, sofern der relativ einfache Sachverhalt ausgewertet und im Tatbestand gerafft unterbreitet wird sowie darauf Bezug nehmend in den Entscheidungsgründen die Zulässigkeit und Begründetheit mit juristisch vertretbaren Argumenten erörtert wird.

B. Tatbestand =

“ Sach und Streitstand ist seinem wesentlichen Inhalt nach gedrängt darzustellen“

(§ 117 Abs.3 VwGO)

Einleitungssatz:

Die Beteiligten streiten um die Rechtmäßigkeit einer bauordnungsrechtlichen Beseitigungs- und Herstellungsverfügung einer Dachbedeckung von schwarzen mit roten Dachziegeln.

Die Kläger sind Miteigentümer eines Doppelwohnhauses in in der Dreispitz 10 in Berlin – Köpenick im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes. Die Festsetzung sieht „zulässige Dachdeckung: naturrote bis rot-braune, unglasierte Dachziegel-und Steine“ vor. Zur Begründung wird die Einheitlichkeit der Dachlandschaft für das zukünftige Baugebiet angegeben, die sich am Bestand des angrenzenden Wohngebietes orientieren soll.

13.02.2012

Antrag auf Baugenehmigung Doppelhaus beider Ehepaare

18.05.2012	Baugenehmigung , unter lit. 5 „unglasierte naturrote Dachziegel“, entsprechend der Baubeschreibung
11.01.2013	Baubesichtigung, § 80 BauO Bln= Feststellung: Dachbedeckung mit schwarzen Ziegeln
22.01.2013	Bescheid: - Abissverfügung und Mängelbeseitigung =Umdeckung des Daches bis zum 28.02.2013 - Für den Fall der Nichterfüllung Androhung der Festsetzung von Zwangsgeld i.H.v. 5000,- €
28.01.2013	Widerspruch der Klägerin zu 1=nur durch Frau Schneider, Anschluss der Kläger zu 3 und 4 = durch die Eheleute Weigand
05.08.2013	Widerspruchsbescheid – Zustellung am 06.08.2013 Baugenehmigung basiere auf der Baubeschreibung der Kläger, die unglasierte rote Ziegel vorsehe, schwarze Ziegel störten öffentliche Ordnung Farbangabe im B-Plan sei angesichts der Umgebung hinreichend bestimmt.
20.08.2013	Klageerhebung der Eheleute Schneider und Weigand Klägervortrag: Farbfestsetzung im B-Plan unwirksam und zu unbestimmt Farbvorgabe verstoße gegen Art.14 Abs.1 GG; Kein besonderer Grund für die Einheitlichkeit; Gründe nicht gewichtig genug, um die Baufreiheit einzuschränken
Anträge der Kläger	Aufhebung der Bescheide
Antrag des Beklagten	Abweisung der Klage
Vortrag des Beklagten	Klage des Klägers zu 1 bereits unzulässig, da kein Vorverfahren Bezugnahme auf zutreffende Begründung der Bescheide
03.09.2013	Entscheidung des Verwaltungsgerichtes Berlin

C. Entscheidungsgründe.

I. Zulässigkeit:

1. Verwaltungsrechtsweg, § 40 Abs.1 VwGO

Streitentscheidende Normen sind die §§ 79, 58 Abs.1 S. 2 BauO Bln =

Öff.R ,da die Normen den Staat einseitig berechtigen oder verpflichten.

2. Statthafte Klageart = Anfechtungsklage ,§ 42 Abs.1 Alt. 1 VwGO

Auf Aufhebung von VAen, §§ 35 VwVfG, § 1 VwVfG Bln,

VAe wirksam und nicht erledigt?

1. Abdeckung der schwarzen Ziegel (+)
2. Neueindeckung mit roten Ziegeln (+)
3. Androhung von Zwangsgeld

Ist VA, aber gegenstandslos. Die Frist ist ohne Befolgungspflicht abgelaufen. Weder war der VA bestandskräftig, noch die sofortige Vollziehung gemäß § 80 I 1 Nr. 4 VwGO angeordnet. Er entfaltet daher keine Rechtswirkung. Die Klage ist soweit unzulässig (a.A. vertretbar, demnach besteht ein rechtswidriger Befolgungsdruck und die Klage wäre soweit begründet, s.u.).

3. Klagebefugnis, § 42 Abs.2 VwGO

Möglichkeitstheorie und Adressatentheorie, Art. 2 Abs.1 GG, Art. 14 GG

4. Vorverfahren, § 68 ff. VwGO

Nur durch eine der Klägerin zu 1 Fr. Schneider in eigener Person, soweit unproblematisch. Anschluss durch die Eheleute Wiegend ebenfalls unproblematisch. Es genügt, sich die Erklärung eines anderen zu eigen zu machen, eigenhändig in Gänze verfasst sein muss sie nicht.

Auch für Kläger Herrn Schneider, zwar hat er das Vorverfahren nicht persönlich durchgeführt. Insoweit keine unmittelbare Anwendung des §§ 62 ZPO, da § 64 ZPO diesen nur für das gerichtliche ,nicht aber für das Widerspruchsverfahren für anwendbar erklärt. Das ergibt sich aus dem Wortlaut und Sin und Zweck des § 70 Abs.2 VwGO. Allerdings gilt ein allgemeiner Rechtsgedanke des Verwaltungsverfahrensgesetzes. Werden Eheleute aus dem gleichen Rechtsgrund in Anspruch genommen und ist auch sonst erkennbar kein Umstand gegeben, der zu einer unterschiedlichen Betrachtung führen könnte, ist eine zusätzliche Widerspruchserhebung des anderen Ehegatten nicht erforderlich (vgl. BVerwGE 1976, 353). Es genügt für § 68 VwGO , wenn einer der Eheleute Widerspruch erhebt(vgl. BVerwG 50 171).Es ist dann nur auf das tatsächliches Stattfinden des Vorverfahrens abzustellen. Überdies

liegt hier ein Fall notwendiger einheitlicher Entscheidung vor, so dass das Vorverfahren eines Beteiligten genügt. Mithin sind die betroffenen Kläger Streitgenossen.

5. Subjektive Klagehäufung

§§ 44, 64 VwGO => Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung (+)

6. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

Die Argumentation zu der Zwangsgeldandrohung kann auch hier geführt werden.

II. Begründetheit, § 113 Abs.1 Satz 1 VwGO:

1. Richtiger Klagegegner, § 78 VwGO

§ 78 Abs.1 Nr. 1 VwGO, das Land Berlin, vertreten durch das Bezirksamt Treptow-Köpenick.

2. Für die Abdeckungsanordnung:

a.) Ermächtigungsgrundlage

aa) Nicht § 80 BauO Bln, dieser enthält keine treffende Rechtsfolge.

Eine Fehlbenennung schadet aber nicht. Eine Umdeutung ist nicht zu prüfen.

§ 47 VwVfG, § 1 VwVfG Bln sind nicht einschlägig. Durch die andere Ermächtigungsgrundlage ändert sich der VA nicht in seinem Entscheidungssatz, das ist der Tenor oder die Rechtsnatur des VA (BVerwGE 80, 97).

bb) §§ 79,58 BauO Bln – Abrissverfügung, für den teilweisen Abbruch / Rückbau.

b.) Formelle Rechtmäßigkeit

aa) Zuständigkeit: §§ 2 Abs.4 S. 1 ASOG, § 15 ZustKatOrd ; §§ 73 Abs.1 S. 2 Nr. 2 VwGO, §§ 1, 3 Abs.1 Nr.1, § 3 Abs.2 VwVfG ; 27 Abs.1 AZG.(§ 67 ASOG)

bb) Verfahren: §§ 28 Abs.1, 45 Abs.1 Nr. 3 VwVfG, § 1 VwVfG Bln – Heilung durch die nachgeholte Anhörung im Widerspruchsverfahren.

c.) Materielle Rechtmäßigkeit

Prüfungsmaßstab: Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften, d.h. formelle und materielle Baurechtswidrigkeit.

aa) Formelle Baurechtswidrigkeit (+)

Genehmigungspflichtig, § 60 BauO Bln, keine Genehmigungsfreiheit nach §§ 61 – 63, 75, 76 BauO Bln. Aber es lag keine Genehmigung vor. Die Genehmigung besteht nur für rote Ziegel,

damit ist die Anlage soweit ein anderer Gegenstand ein „aliud“ und von dieser erteilten Genehmigung nicht umfasst.

bb) Materielle Baurechtswidrigkeit (+)

aaa) Verstoß gegen materielles Baurecht schon wegen Verstoßes gegen die den B-Plan konkretisierende bestandskräftige Baugenehmigung für „rote Ziegel“ ?

Dagegen spricht der Wortlaut von §§ 58, 79 BauO Bln, wo es heißt „Vorschriften“ und nicht „Bescheide“.

Dafür, dass es sonst der Bauherr in der Hand hätte die Genehmigung zu erstreiten. Bei Bejahung wäre der gerügte B-Plan im Ermessen zu prüfen.

bbb) Verstoß gegen Bauplanungsrecht in Form der gestalterischen Festsetzungen des B-Planes gem. § 9 Abs. 4 BauGB i.V.m. § 12 Abs. 1 AGBauGB.

B-Plan nach erforderlicher inzidenter Prüfung auch wirksam?

(1) Berücksichtigungsgebot bei der Planaufstellung, § 1 Abs. 6 BauGB

Ein Ermittlungsausfall oder -defizit, sowie Bewertungsausfall oder -defizit sind nicht ersichtlich. Das Bauordnungsrecht darf in Übereinstimmung mit der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Art 14 Abs. 1 Satz 2 GG auch zur Wahrung ästhetischer Belange eingesetzt werden, ohne dass die Grenze zur Verunstaltung überschritten sein muss (vgl. BVerwG, NVwZ – RR 1998, 486). Bei der Planerstellung wurde die baugestalterische Freiheit der Grundstückseigentümer gesehen und berücksichtigt. Eine genaue Erwähnung in der Begründung des B-Planes bedarf es wegen der Selbstverständlichkeit der Belastung der Grundstückseigentümer nicht (VGH Mannheim, Urt. v. 22.04.2002 – 8 S 177/02). Probleme hinsichtlich anderer Belange sind nicht ersichtlich und wurden nicht vorgetragen.

(2) Rechtsfolge - Wirksame Festsetzung im B-Plan

aa) Grenzen der §§ 8 Abs. 2, 9 BauGB. Dies ist für die Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.d. Art. 14 I 2 GG zwingend erforderlich. Eine Einschränkung des Grundrechtes kann nur auf Grund eines Gesetzes erfolgen, nicht allein auf Grund der Rechtsverordnung B-Plan. Dabei ist jedoch die besondere Weite dieser Vorschriften zu beachten, da sie sonst die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 GG (hier für ganz Berlin) verletzen würden. Nach §§ 9 Abs. 4 BauGB, § 12 Abs. 1 AGBauGB sind besondere Anforderungen an die äußere Gestaltung von baulichen Anlagen zulässig. Dies umfasst (s.o.) auch ausschließlich ästhetische Belange (BVerwGE, Beschl. v. 10.06.1997 – 4 NB 15.97).

bb) Abwägungsdisproportionalität liegt nicht vor, da die einheitliche Gestaltung des Baugebietes und die Orientierung an den angrenzenden Gebieten die Baufreiheit überwiegen (Hess. VGH, Beschl. v. 2.04.1992 – 3 N 2241/89). a.A. vertretbar mit dem Argument des fehlenden besonderen Gestaltungsbedarfs gemäß § 12 Abs. 1 AGBauGB, wobei dann die eingestellten Gründe angesichts des Art. 14 GG und der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Übermaßverbotes als nicht ausreichend erachtet werden müssten.

cc) Keine Verletzung des Bestimmtheitsgebotes des Art.20 Abs.3 GG durch die Festsetzung im B-Plan. Bezüglich der Farbbezeichnung genügt -vergleichbar einem unbestimmten Rechtsbegriff- die Bestimmbarkeit, ggf. auch durch einen Sachverständigen (OVG Münster, NVwZ-RR 2001, 14).

Kein Sachvortrag bezüglich anderer Rechtsgebiete, insb. Bauordnungsrecht.

d)Bestandsschutz ist für den Schwarzbau nicht gegeben. Die Dacheindeckung war nie genehmigt oder genehmigungsfähig.

e)Ermessensfehler sind bei Anordnung nach § 79 BauO Bln nicht ersichtlich.

Kein gleich geeignetes milderes Mittel zur Herstellung baurechtmäßiger Zustände, da ein Umspritzen der Ziegel von der Farbe schwarz auf rot nicht dauerhaft haltbar.

Zu berücksichtigen ist auch das bewusste vorsätzliche Hinwegsetzen des Bauherrn über die gestalterischen Festsetzungen der Baugenehmigung und des B-Plans.

3. Für die Neueindeckungsanordnung:

a)Zu prüfen wäre, ob §§ 79 BauO Bln i.V.m.58 BauO Bln dafür als Rechtsgrundlage ausreicht. Denn eine auf § 79 S.1 BauO Bln gestützte Beseitigungsanordnung bezüglich der schwarzen Dacheindeckung führt jedenfalls vom Wortlaut nicht automatisch zur Dachbedeckung mit „naturroten“ Dachziegeln. § 58 Abs.1 S. 2 BauO Bln ist nicht hinreichend bestimmt, um zu einem „Baugebot“, bzw. einer Pflicht zum Bau mit den Dachziegeln laut erteilter Baugenehmigung zu ermächtigen. Insbesondere wäre ein Baugebot auch aus dem Recht einer Baugenehmigung im Hinblick auf Art. 14 GG schwerlich zu rechtfertigen.

b)Dennoch ist hier zu erwägen, ob die Neueindeckungsanordnung nicht aus dem Annex zur Beseitigungsanordnung und des Schaffens rechtmäßiger bauordnungsrechtlicher Zustände aus §§ 79 S.1 BauO Bln i.V.m. § 58 Abs.1 S.2 BauO Bln zu rechtfertigen. Denn eine Beseitigungsanordnung kann mit der Schaffung eines offenen Daches nicht dazu führen, dass baurechtswidrige Zustände geschaffen werden, die gem.§ 79 S.2 BauO Bln zu einer teilweisen Nutzungsuntersagung des gesamten Gebäudes führen.

c)Insoweit ist der Schwerpunkt der Prüfung und Erörterung nicht ein isoliertes Baugebot für ein neues Gebäude, sondern der Sachzusammenhang zur Schaffung rechtmäßiger bauordnungsrechtlicher Zustände nach § 58 BauO Bln in Übereinstimmung mit der beantragten Baugenehmigung.

Die Voraussetzungen haben vorgelegen.

d)Ermessensfehler sind nicht ersichtlich.

Insbesondere ist das Gebot der Neueindeckung nicht unverhältnismäßig, weil sich die Kläger ganz bewusst und auf eigenes Risiko über die von ihnen selbst beantragten und

genehmigten Bauvorlagen hinweggesetzt haben. Auch der Grundsatz der Prozessökonomie sowie der Nachbarschutz aus den Festsetzungen des Bebauungsplanes sprechen dafür, die Klärung angesichts des bisherigen verweigernden Verhaltens der Kläger nicht einem erneuten Verwaltungsverfahren zu überantworten.

4. Zwangsgeldandrohung (soweit nicht bereits in der Zulässigkeit abgehandelt)

a) Ermächtigungsgrundlage sind die §§ 5a Abs.1 S.1, 3 VwVfG Bln i.V.m §§ 11, 13 Abs.1, Abs.2 S. 1, Abs.5 VwVG.

b) Hier ist dann die Frage der Rechtswidrigkeit durch Fristablauf anzusprechen.

Problematisiert werden kann, ob der Pflichte durch Nichtbefolgung die Rechtswidrigkeit selbst herbeiführen kann. Letztlich ist aber darauf abzustellen, dass für das Vollstreckungsverfahren kein bestandskräftiger oder vorläufig vollstreckbarer Grund-VA vorliegt.

c) Sofern man nicht von der o.g. Erledigung und Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses durch Fristablauf ausgeht, ist die Androhung zudem rechtswidrig, da die Frist zur Befolgung des nicht sofort vollziehbaren Verwaltungsaktes nicht unter Bezugnahme auf die Bestandskraft, sondern kalendarisch festgesetzt war. (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ-RR 2010.748)

D. Nebenentscheidungen:

I. 1. Die Kostenentscheidung bei Abweisung der Klage beruht auf 154 Abs.1 ,159 S.2 VwGO.

2. Alternativ bei Aufhebung der Dacheindeckung:

Die Kosten sind nach dem Grad des Unterliegens zu teilen, § 155 Abs.1 VwGO. Die Kostenentscheidung folgt dem Unterliegen der Kläger in dem Maße, dass bezüglich zweier von drei angegriffenen Verwaltungsakten die Klage keinen Erfolg hatte. Gemäß § 159 S. 2 VwGO sind die Kläger Gesamtschuldner hinsichtlich des Kostenanspruches. Bezüglich der Hauptsache sind sie notwendige Streitgenossen.

II. Vorläufige Vollstreckbarkeit hinsichtlich der Kosten,

§§ 167 VwGO, § 708 Nr. 11, 709 S.2 ,711 ZPO.

E. Tenorierung

I. Die Klage wird abgewiesen.

((Oder alternativ: Der Bescheid der Beklagten vom 22. Januar 2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 05. August 2013 wird soweit aufgehoben, wie er die Neueindeckung des Daches der Kläger mit roten Ziegeln verfügt. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.))

II. Die Kläger tragen die Kosten des Verfahrens als Gesamtschuldner.

((Oder alternativ: Die Kosten tragen die Kläger als Gesamtschuldner zu zwei Dritteln, die Beklagte zu einem Drittel.))

III. Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Kläger dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht der Beklagte zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

F. Zulässiger Rechtsbehelf:

Antrag auf Zulassung der Berufung, §§124, 124a Abs.4 VwGO.