

UPR 2023, Heft 5, S. 185-187

Bauaufsichtliche Verfügung zur Anordnung der Beseitigung von Kies aus zwei Beeten (hier: Schottergarten); Einordnung von Beeten als Grünflächen

UPR 2023, Heft 5, S. 185-187

OVG Niedersachsen vom 17.01.2023 – 1 LA 20/22

Beschluss des **OVG Niedersachsen** vom 17.01.2023 – 1 LA 20/22

Nds. BauO § 9 Abs. 2

Leitsätze

1. Für die Beurteilung, ob eine Grünfläche i. S. d. § 9 Abs. 2 NBauO vorliegt, ist stets eine wertende Betrachtung aller Umstände des Einzelfalls erforderlich. Dabei ist auf das Gesamtbild abzustellen; eine mathematisch-schematische Betrachtung verbietet sich.
2. Grünflächen werden durch naturbelassene oder angelegte, mit Pflanzen bewachsene Flächen geprägt („grüner Charakter“). Dies schließt Steinelemente nicht aus, wenn sie sich dem Bewuchs dienend zu- und unterordnen.
3. Dass die nicht überbauten Flächen eines Baugrundstückes nur überwiegend Grünflächen sein müssen, ist § 9 Abs. 2 NBauO nicht zu entnehmen. Ein solches Verständnis widerspricht dem Wortlaut und der Intention des Gesetzgebers, die Versteinerung der Stadt auf das notwendige Ausmaß zu beschränken.

Aus den Gründen:

I.

Die Kläger wenden sich gegen eine bauaufsichtliche Verfügung, mit der die Beklagte die Beseitigung von Kies aus zwei Beeten anordnet; die Beteiligten streiten insbesondere darüber, ob es sich bei den Beeten um Grünflächen i. S. d. § 9 Abs. 2 NBauO handelt.

Die Kläger sind Eigentümer des 727 m² großen Grundstücks A-Straße im Stadtgebiet der Beklagten, das sie 2005 mit einem Einfamilienhaus bebaut haben. Seitdem befinden sich entlang der nördlichen und der zum A-Straße weisenden östlichen Grundstücksgrenze – als Einfassung der dazwischen liegenden

gepflasterten Zufahrt – zwei insgesamt etwa 50 m² große Beete. Die Beete sind mit Kies, in den Pflanzen eingesetzt sind, bedeckt. Südlich und westlich des Wohnhauses erstreckt sich eine Rasenfläche mit Anpflanzungen.

Nachdem die Beklagte im Dezember 2019 ein Informationsschreiben des Niedersächsischen Ministeriums für Umwelt, Energie, Bauen und Klimaschutz zu Schottergärten und § 9 Abs. 2 NBauO erhalten hatte, überprüfte sie nach eigenen Angaben systematisch alle Vorgärten in ihrem Zuständigkeitsbereich. Auch die Kläger hörte sie im Oktober 2020 an; die Beteiligten korrespondierten, ohne zu einer Einigung zu kommen.

Mit Bescheid vom 18. Januar 2021 ordnete die Beklagte unter Zwangsgeldandrohung die Entfernung des Kiesel aus den Beeten an und gab den Klägern auf, die Beete als Grünfläche i. S. v. § 9 Abs. 2 NBauO herzustellen.

Die dagegen nach erfolglosem Widerspruchsverfahren erhobene Klage hat das Verwaltungsgericht nach Ortsbesichtigung abgewiesen. Die Beseitigungsanordnung nach § 79 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 4 NBauO sei rechtmäßig. Die Gestaltung der Beete widerspreche § 9 Abs. 2 NBauO, weil sie nicht als Grünflächen ausgestaltet seien. Die Vorschrift verlange, dass Freiflächen mit Rasen oder Gras, Gehölzen, anderen Zier- oder Nutzpflanzen bedeckt seien. Bei der von den Klägern gewählten Ausführung handle es sich demgegenüber um einen Steingarten, der sowohl nach dem Wortlaut als auch nach dem an dem ökologischen Wert einer Freifläche orientierten Sinn und Zweck der Vorschrift unzulässig sei. Die eingesetzten Pflanzen hätten, weil der Steinanteil quantitativ und qualitativ dominiere, nicht die Wirkung, dass den Kiesbeeten insgesamt der Charakter einer Grünfläche zukomme. Entscheidend seien weder Anzahl noch Größe der Pflanzen, sondern das Gesamtbild der Fläche. Dabei sei von besonderer Bedeutung, ob die Bodenfläche mit Vegetation bedeckt sei. Die Kiesbeete hätten angesichts ihrer Ausdehnung eigenständiges und erhebliches Gewicht und ordneten sich nicht der rückwärtigen Gartenfläche unter, die vom A-Straße aus betrachtet nicht relevant in Erscheinung trete; es fehle somit bereits an einer hinreichend sichtbaren Grünfläche, deren Ergänzung durch Steinelemente überhaupt in Betracht kommen könnte. Die Fläche nehme mit 50 m² auch nicht einen nur untergeordneten Teil des Gesamtgrundstücks ein; es lasse sich § 9 Abs. 2 NBauO auch nicht entnehmen, dass die Relevanz einer Steinfläche sich aus dem Verhältnis ihrer Fläche zur Grundstücksgröße ergebe. Anhaltspunkte für Ermessensfehler lägen nicht vor; mit § 9 Abs. 2 NBauO sei eine grundsätzliche gesetzgeberische Entscheidung zugunsten von Steinflächen getroffen worden, ohne dass die Norm eine an dem konkreten ökologischen Wert einer Kiesfläche orientierte Bewertung zulasse. Die Beklagte habe das Grundstück der Kläger auch nicht nach 15 beanstandungsfreien Jahren willkürlich ausser Acht gelassen. Die Auskunft der Beklagten, dass sie sich erst nach dem Schreiben des Ministeriums der Problemstellung zugewandt habe, erscheine schlüssig. Darüber hinaus habe die Beklagte im Rahmen des Ortstermins bei einer gemeinsamen Begehung nachvollziehbar darlegen können, welche Grundstücke mit welchem Ergebnis beanstandet worden seien.

Ein mit dem Klägergrundstück vergleichbares Objekt, das unbeanstandet geblieben wäre, habe nicht ausgemacht werden können.

II. Der dagegen gerichtete, auf die Zulassungsgründe ernstlicher Zweifel und grundsätzlicher Bedeutung (§ 124 Abs. 2 Nrn. 1 und 3 VwGO) gestützte Antrag auf Zulassung der Berufung hat keinen Erfolg.

1.

Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils sind dann dargelegt, wenn es dem Rechtsmittelführer gelingt, wenigstens eine erhebliche Tatsachenfeststellung oder einen tragenden Rechtssatz mit plausiblen Gegenargumenten derart in Frage zu stellen, dass sich dadurch etwas am Entscheidungsergebnis ändern könnte. Überwiegende Erfolgsaussichten sind nicht erforderlich; es genügt, wenn sich diese als offen erweisen. Das ist hier nicht der Fall.

Der Senat hat nach Auswertung der in den Akten befindlichen Fotos keine Zweifel an der Richtigkeit der vom Verwaltungsgericht aufgrund sorgfältiger Würdigung der konkreten örtlichen Verhältnisse gewonnenen Einschätzung, dass es sich bei den Beeten im Vorgarten der Kläger nicht um Grünflächen i. S. d. § 9 Abs. 2 NBauO handelt. Nach dieser Vorschrift müssen die nicht überbauten Flächen der Baugrundstücke Grünflächen sein, soweit sie nicht für eine andere zulässige Nutzung erforderlich sind. Grünflächen werden durch naturbelassene (anders noch § 14 Abs. 1 Satz 2 NBauO 1973, der eine Pflicht zur Anlegung und Unterhaltung vorsah) oder angelegte, mit Pflanzen bewachsene Flächen geprägt. Wesentliches Merkmal einer Grünfläche ist der „grüne Charakter“; es handelt sich um eine durch Bewuchs geprägte nichtbauliche Nutzung. Dies schließt Steinelemente nicht aus, wenn sie eine nur untergeordnete Bedeutung haben. Von einer untergeordneten Bedeutung ist auszugehen, wenn die Steinflächen dem Bewuchs sowohl in funktioneller als auch in räumlich-gegenständlicher Hinsicht dienend zu- und untergeordnet sind. Dabei kommt es – worauf auch das Verwaltungsgericht zutreffend abstellt – auf das Gesamtbild an. Erforderlich ist stets eine wertende Betrachtung aller Umstände des Einzelfalls (vgl. zum Begriff der Grünfläche i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 15 BauGB, für den der identische Maßstab anzulegen ist: Senatsurt. v. 14.7.2021 – 1 LB 73/20 –, BauR 2021, 1582 = juris Rn. 28 m. w. N.; vgl. Breyer, in: Große-Suchsdorf, NBauO, 10. Aufl. 2020, § 9 Rn. 11 ff.).

Gemessen daran handelt es sich bei den Beeten der Kläger nicht um Grünflächen, die durch nicht übermäßig ins Gewicht fallenden Kies ergänzt werden, sondern um Kiesbeete, in die punktuell Koniferen und Sträucher sowie Bodendecker eingepflanzt sind. Die Pflanzung weiterer 46 Bodendecker machen die Kläger erstmals mit Schriftsatz vom 7. Juni 2022 und damit nach Ablauf der Begründungsfrist des § 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO geltend. Der Vortrag muss daher außer Betracht bleiben. Nur ergänzend merkt der Senat deshalb an, dass die weitere Bepflanzung ausweislich der von den Klägern vorgelegten Fotos nichts an der Dominanz des Kieses und damit am Gesamteindruck der Fläche ändert.

Soweit die Kläger meinen, angesichts von 25 Pflanzen (bzw. weiterer 46 im Zulassungsverfahren gepflanzter Bodendecker) auf einer Fläche von insgesamt 50 m² und der Ausdehnung der Pflanzen in den Luftraum, die teilweise eine Höhe von mehr als 2 m erreiche, handele es sich um Grünflächen, verkennen sie, dass sich eine mathematisch-schematische Betrachtung verbietet. Das Verwaltungsgericht hat insoweit zutreffend auf das Gesamtbild abgestellt und dabei der Bodenoberfläche besondere Bedeutung beigemessen. Das durfte es auch, weil die Höhe der Bäume und Sträucher den Beeten im vorliegenden Fall angesichts des prägenden Kiesel keinen „grünen Charakter“ gibt.

Das Verwaltungsgericht hat auch zu Recht entschieden, dass die insgesamt 50 m² großen Kiesbeete wegen ihres Ausmaßes und weil es bereits an einer die Zuordnung rechtfertigenden (Blick-)Beziehung zwischen den Kiesbeeten und der hinter dem Wohnhaus liegenden Grünfläche fehlt, als eigenständige Flächen, die den Anforderungen des § 9 Abs. 2 NBauO genügen müssen, und nicht als untergeordnete Bestandteile des rückwärtigen Gartens anzusehen sind. Die diesbezügliche Rüge der Kläger, das Verwaltungsgericht habe ihr Grundstück lediglich von der A-Straße aus betrachtet und nur wegen dieses Blickwinkels eine hinreichend sichtbare Grünfläche verneint bzw. es könne gar nicht darauf ankommen, ob Grünflächen hinreichend sichtbar seien, geht fehl. Dass sich die massiven Kiesbeete, zwischen denen noch die etwa 140 m² große gepflasterte Auffahrt liegt, dem hinter dem Wohnhaus und einer Hecke liegenden rückwärtigen Garten dienend zu- und unterordnen, ist auch nach den unter google maps verfügbaren Luftaufnahmen unabhängig von der Blickrichtung abwegig.

Die Ansicht der Kläger, es sei entscheidend, ob der Garten insgesamt ein wertvoller Lebensraum für Pflanzen und Insekten sei, weshalb die Kiesflächen im Verhältnis zur Gesamtfläche der nicht überbauten Fläche betrachtet werden müssten, widerspricht sowohl dem Wortlaut des § 9 Abs. 2 NBauO als auch der Intention des Gesetzgebers, das Kleinklima und den Wasserhaushalt günstig zu beeinflussen sowie der „Versteinerung der Stadt“ entgegenzutreten (vgl. LT-Drs. 7/50, S. 75) und diese auf das notwendige Ausmaß zu beschränken (vgl. Beyer, in: Große-Suchsdorf, NBauO, 10. Aufl. 2020, § 9 Rn. 1). Dass die nicht überbauten Flächen der Baugrundstücke nur „überwiegend“ Grünflächen sein müssen bzw. eine relative Betrachtung geboten sein könnte, ist § 9 Abs. 2 NBauO nicht zu entnehmen. Ein solches, dem Wortlaut der Norm zuwiderlaufendes Verständnis würde – worauf schon das Verwaltungsgericht abgestellt hat – gerade bei großzügigen Baugrundstücken zu mit dem Sinn und Zweck des § 9 Abs. 2 NBauO nicht zu vereinbarenden Ergebnissen führen und die dem Gesetzgeber unerwünschten Folgen eben nicht auf das notwendige Ausmaß beschränken. Dass die nicht überbauten Flächen, soweit sie nicht für eine andere zulässige Nutzung erforderlich sind, insgesamt Grünflächen sein müssen, schließt es – anders als die Kläger meinen – auch nicht aus, „eine Fläche von rund 1 m² ihres Gartens gestaltungstechnisch mit Steinelementen zu versehen“, solange sich diese – was hier nicht der Fall ist – dienend zu- und unterordnet.

Ob Kiesbeete – wie die Kläger meinen – eine ökologische Funktion erfüllen und den Boden an heißen Tagen kühlen können und ob auch Rindenmulch kein Mehr an Lebensraum für Tiere bietet, ist unerheblich. Jedenfalls bei Kiesflächen handelt es sich nicht um Grünflächen, die der Gesetzgeber verlangt. Der Senat schließt sich auch insoweit den zutreffenden Ausführungen des Verwaltungsgerichts an, wonach mit § 9 Abs. 2 NBauO eine grundsätzliche gesetzgeberische Entscheidung für Grünflächen und zulasten von Steinflächen getroffen worden ist, ohne dass die Norm eine an dem konkreten ökologischen Wert einer Kiesfläche orientierte Bewertung zulässt (vgl. die Begründung zu § 10 Abs. 1 NBauO-E 1973, LT-Drs. 7/50, S. 75, wonach der „Versteinerung der Stadt“ entgegengetreten werden soll).

Soweit die Kläger Art. 3 Abs. 1 GG erwähnen und wiederholend darauf hinweisen, dass die Beklagte mehr als 15 Jahre nicht gegen die Kiesbeete eingeschritten sei, § 9 Abs. 2 NBauO bereits seit dem Jahre 2012 existiere und es sich bei dem Schreiben des Ministeriums aus 2019 nur um einen Hinweis handle, nimmt der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen gem. § 122 Abs. 2 Satz 3 VwGO Bezug auf die zutreffenden Ausführungen des Verwaltungsgerichts (BA S. 7 f.). Ergänzend merkt der Senat an, dass die Pflicht zur Begrünung bereits seit dem Inkrafttreten der NBauO 1973 (vgl. § 14 Abs. 2 Satz 2) besteht, sodass die 2005 hergestellten Kiesbeete zu keinem Zeitpunkt im Einklang mit dem materiellen Recht standen. Eine Verwirkung bauaufsichtlicher Einschreitensbefugnisse kommt grundsätzlich nicht in Betracht, weil diese im öffentlichen Interesse bestehen und – anders etwa als der subjektiv-rechtliche Anspruch des Nachbarn auf Einschreiten – nicht der Verwirkung unterliegen (vgl. Senatsbeschl. v. 22.11.2022 – 1 ME 86/22 –, juris Rn. 16 m. w. N.). Die von den Klägern im Zulassungsverfahren vorgelegten Fotos des Vorgartens des südlichen Nachbargrundstücks A-Straße 4 sind nicht geeignet, die Einschätzung des Verwaltungsgerichts hinreichend in Frage zu stellen, dass die Beklagte die Kläger nicht willkürlich herausgegriffen hat (zu den diesbezüglichen Anforderungen s. Senatsbeschl. v. 17.12.2021 – 1 LA 91/20 –, BauR 2022, 459 = juris Rn. 29). Vielmehr stützen die Fotos, auf denen zu erkennen ist, dass die Bodendecker den Kies teilweise überwuchern, die Ausführungen des Verwaltungsgerichts, wonach sich auf dieser Fläche zahlreiche junge bodenbedeckende Pflanzen befänden, deren Entwicklung die Beklagte zunächst beobachten wolle.

Dem Verwaltungsgericht ist auch darin beizupflichten, dass die Anordnung verhältnismäßig ist. Soweit die Kläger meinen, eine Nachpflanzung wäre ein geringerer Eingriff in ihre Rechtsposition als die angeordnete Entfernung des Kiesel, verkennen sie bereits, dass § 9 Abs. 2 NBauO es grundsätzlich dem Belieben des Verpflichteten überlässt, welcher Art und Beschaffenheit die Grünflächen sind. Dementsprechend hat die Beklagte den Klägern neben der Entfernung des Kiesel zu Recht „nur“ aufgegeben, die Beete als Grünfläche i. S. v. § 9 Abs. 2 NBauO herzustellen.