

Befreiung von den Vorschriften der Hamburger Binnenalster-Verordnung (BinAlsterV HA) für die Zulassung eines großen Dachflächenfensters

1. Die Binnenalster-Verordnung (BinVO) vom 3. Mai 1949, zuletzt geändert am 21. Februar 1978, ist insgesamt wirksam. Dies gilt insbesondere für §§ 1, 2 Abs. 1 lit. e BinVO. Dagegen bleibt die Frage offen, ob § 4 Abs. 3 BinVO hinreichend bestimmt ist.
2. Die Befugnis des Ordnungsgebers zur Gestaltungspflege schließt nicht nur ein, ein bereits vorhandenes Stadtbild zu erhalten, sondern es auch positiv umzugestalten.
3. Das Tatbestandsmerkmal „Rücksicht nehmen“ in § 1 BinVO verlangt, dass sich die baulichen Anlagen in das besondere städtebauliche Gepräge des Binnenalsterraumes, wie es durch § 2 BinVO bestimmt wird, einfügen, d.h. sie sind harmonisch mit ihrer baulichen Umgebung in Übereinstimmung zu bringen.
4. Die hierbei zu betrachtende relevante Umgebung reicht so weit, wie sich die Ausführung der baulichen Anlage im Einzelfall auf die gestalterischen Anforderungen in § 2 Abs. 1 BinVO belastend auswirken bzw. wie es zu abträglichen wechselseitigen Auswirkungen kommen kann.
5. § 2 Abs. 1 lit. e BinVO enthält kein generelles Verbot von Dachflächenfenstern.

Hamburgisches Obergerverwaltungsgericht 2. Senat, Urteil vom 11.02.2019, 2 Bf 292/17

§ 1 BinAlsterV HA, § 2 Abs 1 BinAlsterV HA, § 4 Abs 3 BinAlsterV HA

Verfahrensgang

vorgehend VG Hamburg, 9. Oktober 2017, Az: 7 K 4971/14, Urteil

Tenor

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Hamburg aufgrund mündlicher Verhandlung vom 9. Oktober 2017 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten des Verfahrens vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, falls nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in derselben Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

1

Die Klägerin begehrt, die Beklagte zu verpflichten, ihr einen positiven Bauvorbescheid für die von ihr beantragte Dachgestaltung auf ihrem Gebäude zu erteilen.

2

Die Klägerin ist Eigentümerin des Grundstücks Ballindamm ... (Flurstück ... der Gemarkung Altstadt Nord), das mit einem fünfgeschossigen Gebäude mit Dachgaube bebaut ist, welches im Wesentlichen als ... genutzt wird. Das 1850 errichtete Gebäude ist in der Denkmalliste eingetragen und gehört zu dem denkmalgeschützten Ensemble Binnenalster. Das Grundstück der Klägerin liegt im Geltungsbereich des Baustufenplans Innenstadt vom 7. Oktober 1952, erneut festgestellt am 14. Januar 1955 (Amtl. Anz. S. 61), der Verordnung über den Bebauungsplan Hamburg-Altstadt 47/Neustadt 49 vom 5. Juli 2011 (HmbGVBl. S. 273) und der Binnenalster-Verordnung (im Folgenden kurz: BinVO) vom 3. Mai 1949, zuletzt geändert am 21. Februar 1978 (HmbGVBl. S. 61). Für das Grundstück der Klägerin gelten u.a. die Festsetzungen Kerngebiet nach § 7 BauNVO 1990, fünfgeschossig plus ein Staffelgeschoss (1,50 m zurückgestaffelt), Grundstücksmindestgröße 250 m².

3

Die Klägerin beantragte bei der Beklagten am 9. August 2007 die Erteilung eines Vorbescheides für die Aufstockung des Bestandsgebäudes Ballindamm ... um zwei Geschosse (6. OG + DG) und stellte dabei u.a. die Frage, ob sich die neue Fassade in die vorhandene Form der Straßenabwicklung einfüge. Das Vorhaben der Klägerin sah zunächst eine Dachgaube bzw. später drei großflächige Dachflächenfenster vor. Die Beklagte erteilte der Klägerin mit Vorbescheid vom 13. Mai 2008 u.a. eine Befreiung für das Herstellen von Dachflächenfenster in dem sichtbaren Steildach (§ 2 Abs. 1 lit. c BinVO), jedoch seien die drei Dachflächenfenster nur deutlich kleiner als beantragt zulässig. In dem sich anschließenden Widerspruchsverfahren änderte die Klägerin erneut ihr Vorhaben, das nunmehr eine durchgehende Dachfensterfläche in der Größe von 12,35 m x 2,30 m vorsah. Nach erfolglosem Abschluss des Widerspruchsverfahrens erhob die Klägerin am 30. Juli 2010 Verpflichtungsklage beim Verwaltungsgericht (Az.: 19 K 2006/10). Dabei beehrte sie u.a. die Bewilligung einer Befreiung von den Vorschriften der Binnenalster-Verordnung für die Dachgestaltung mit großen Dachflächenfenstern. Das Verwaltungsgericht wies die Klage mit Urteil aufgrund mündlicher Verhandlung vom 30. August 2012 u.a. hinsichtlich des Begehrens der Klägerin ab, in einem Vorbescheid die Vereinbarkeit der Dachgestaltung gemäß den Bauvorlagen 203/29 bis 203/33 mit der Binnenalster-Verordnung auszusprechen. Den anschließenden Antrag der Klägerin auf Zulassung der Berufung lehnte das Berufungsgericht mit Beschluss vom 6. Februar 2014 (Az.: 2 Bf 242/12.Z) ab.

4

Einen vom Verwaltungsgericht in der mündlichen Verhandlung am 30. August 2012 unterbreiteten Vergleichsvorschlag aufgreifend beantragte die Klägerin am 6. Februar

2013 einen „Nachtrag“ zu dem Vorbescheid und stellte erneut die Frage, ob die nunmehr geänderte Dachflächengestaltung mit der Binnenalster-Verordnung vereinbar sei. Die neuen Bauvorlagen 203/34 bis 203/37 sehen bei einer Dachbreite von 14,90 m vier Dachflächenfenster in der Größe von 2,105 m x 1,70 m (Breite x Höhe) vor, und zwar in einen Abstand von jeweils 0,42 m zueinander und bei einem äußeren Abstand zu den beiden seitlichen Gebäudeabschlussmauern von 2,605 m. Die Beklagte hörte die Klägerin mit Schreiben vom 23. Oktober 2013 zu einer beabsichtigten Ablehnung des Antrags an. Die Klägerin erwiderte mit Schreiben vom 6. Dezember 2013 u.a., dass die Binnenalster-Verordnung nicht mehr wirksam sei, weil sie von der Ermächtigungsgrundlage nicht gedeckt sei und die geltenden Anforderungen an die Bestimmtheit einer bauordnungsrechtlichen Verordnung nicht erfülle. Die Feststellung der Beklagten, alle baulichen Dachgestaltungen, die von einem geschlossenen grünen Steildach abwichen, seien nach der Binnenalster-Verordnung unzulässig, stehe nach dem Ergebnis des Ortstermins in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht in sichtbarem Widerspruch zu ihrer vielgestaltigen Genehmigungspraxis. Die Beklagte lehnte mit Bescheid vom 30. Januar 2014, abgesandt am 3. Februar 2014, den „Änderungsantrag“ der Klägerin ab: Die in den Bauvorlagen vorgesehene Gestaltung der Dachflächenfenster stehe nicht in Einklang mit der Binnenalster-Verordnung. Der geplante Anteil an Dachflächenfenster gegenüber der geschlossenen Dachhaut sei zu hoch, um eine signifikant wahrnehmbare Dachdeckung, die optisch prägend sei, zu erzielen. Mit den geplanten Dachflächenfenstern sei insgesamt eine umfangreiche horizontale Öffnung der optisch eher klein wirkenden Dachfläche verbunden. Die zwischen den Fenstern liegenden schmalen Stege von ca. 0,40 m ordneten sich optisch eher unter, so dass zur Binnenalster hin der Eindruck einer Öffnung durch ein Fensterband im Verhältnis zu einer kupfergrünen Dachfläche deutlich überwiege.

5

Die Klägerin erhob am 6. Februar 2014 Widerspruch, der von ihr mit Schreiben vom 3. März 2014 begründet wurde. Sie meinte, es sei bereits fraglich, auf welche Rechtsgrundlage die Beklagte die Anforderungen nach der Binnenalster-Verordnung in Bezug auf Dachfenster stütze. § 2 Abs. 1 lit. c BinVO enthalte hierzu keine Regelungen.

6

Die Klägerin hat am 23. Oktober 2014 beim Verwaltungsgericht Klage erhoben. Zur Begründung hat sie u.a. vorgetragen, die Binnenalster-Verordnung sei unwirksam, weil diese gegen das Bestimmtheitsgebot und die Hamburgische Bauordnung verstoße. Die Gestaltungsvorgaben in §§ 2 und 3 BinVO seien unklar formuliert. Durch die Verwendung des weiten Begriffs der baulichen Anlage in § 2 BinVO sei der Anwendungsbereich der Verordnung konturlos. Denn es sei nicht eindeutig zu bestimmen, welche baulichen Anlagen durch § 2 BinVO erfasst würden. Dies trete am Beispiel der Alstertreppen am Jungfernstieg besonders klar hervor. Diese seien eine bauliche Anlage im bauordnungsrechtlichen Sinn. Eine Anwendung der Gestaltungsvorgaben des § 2 BinVO sei aber offensichtlich widersinnig. Durch die Verwendung des weiteren Begriffs der baulichen Anlagen in § 1 BinVO im Verhältnis zu dem wesentlich engeren Begriff des Bauwerks werde der begriffliche Widerspruch

deutlich. Eine denklogische Eingrenzung des Begriffs der baulichen Anlage im Rahmen von § 2 BinVO auf Gebäude, der dem Begriff des Bauwerks näher stehe, stünde in Widerspruch zu § 1 BinVO. Der Begriff der baulichen Anlagen stehe nicht mit der Begriffsdefinition des § 2 HBauO in Einklang.

7

Die großzügige Befreiungspraxis der Beklagten habe das durch die Binnenalter-Verordnung geschützte typische Gepräge inzwischen so stark verändert, dass die Verordnung im Hinblick auf Ziel und Zweck des § 1 BinVO funktionslos geworden sei. Die Voraussetzungen für eine Funktionslosigkeit lägen zumindest bei § 2 Abs. 1 lit. c BinVO vor, da tatsächlich ca. 70 % der im Geltungsbereich der Binnenalter-Verordnung stehenden Gebäude von dieser Anforderung abwichen. Die behördliche Befreiungspraxis sei in der Vergangenheit so großzügig gehandhabt worden, dass die tatsächlichen Entwicklungen die Anforderungen von § 2 Abs. 1 lit. c BinVO offenkundig überholt hätten. Die abweichende Genehmigungspraxis umfasse zugleich die regelhafte Abweichung von § 2 Abs. 1 lit. e BinVO, weil überall dort, wo im Dachbereich Gauben und andere Bauteile genehmigt worden seien, nicht durchgängig eine graue oder kupfergrüne Dachdeckung vorliege.

8

Schließlich habe sie einen Anspruch auf Bewilligung einer Befreiung nach § 4 Abs. 3 Bin-VO entsprechend der Verwaltungspraxis der Beklagten. In dem Fall der Europa Passage sei eine großflächige Dachflächenfenstergestaltung mit Lamellen als mit der Binnenalter-Verordnung vereinbar genehmigt worden während in ihrem Fall eine wesentlich weniger durch Fenster bestimmte Dachgestaltung abgelehnt werde.

9

Die Klägerin hat beantragt,

10

die Beklagte zu verpflichten, ihr unter Aufhebung des Ablehnungsbescheides vom 30. Januar 2014 und des Widerspruchsbescheides vom 14. Juni 2016 einen positiven Bauvorbescheid hinsichtlich der Herstellung der Dachfläche ihres Gebäudes einschließlich der Fenster gemäß den mit Antrag vom 6. Februar 2013 eingereichten Bauvorlagen mit der Feststellung, dass die Bestimmungen der Binnenalter-Verordnung dieser nicht entgegenstehen, zu erteilen.

11

Die Beklagte hat beantragt,

12

die Klage abzuweisen.

Sie hat mit Bescheid vom 14. Juni 2016 den Widerspruch der Klägerin zurückgewiesen. Zur Begründung heißt es in dem Widerspruchsbescheid u.a., die Binnenalster-Verordnung sei nach wie vor gültig. Sie sei insbesondere nicht unbestimmt. Sie knüpfe hinsichtlich der Gestaltungsmerkmale an die Umgebungsbebauung an, indem sie in § 1 BinVO bestimme, dass die baulichen Anlagen in ihrer Gestaltung auf die Bauwerke Rücksicht nehmen sollten, die diesem für Hamburg typischen Stadtraum das besondere Gepräge gäben. In § 2 BinVO würden daher gewisse Anforderungen an diese baulichen Anlagen gestellt. Die Verordnung sei auch nicht funktionslos geworden. Zwar wichen einzelne Gebäude, wie die Europa Passage und das Gebäude Ballindamm ... von einzelnen Anforderungen der Binnenalster-Verordnung ab. Der Gesamteindruck der Dächer entspreche aber noch den Gestaltungsanforderungen der Verordnung. Aufgrund des Wortes „daher“ in § 2 BinVO sei davon auszugehen, dass die in dieser Vorschrift aufgezählten Anforderungen den Erhalt des besonderen Gepräges bezweckten und sich ihnen zugleich Elemente, die Bestandteil des besonderen Gepräges seien, entnehmen ließen (vgl. VG Hamburg, Urt. v. 30.8.2012, 19 K 2006/10, Bl. 13 UA). Der Anforderung, dass Dachfenster nicht den optischen Eindruck beherrschen sollten und nicht so gestaltet werden dürften, dass die geforderte graue oder kupfergrüne Dachdeckung nicht mehr prägend sei, genüge das von der Klägerin geplante Fensterband in der Dachfläche nicht. Für den maßgeblichen optischen Eindruck und somit auch die Prägung durch die Dachdeckung komme es in erster Linie auf die Anzahl der Fenster und das Verhältnis der Fensterfläche insgesamt zu der Dachfläche an (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 8.9.2008, 2 Bf 348/07.Z). Der von der Klägerin geplante Anteil an Dachflächenfenstern sei gegenüber der geschlossenen Dachhaut zu hoch, um die prägende Wirkung der grauen oder kupfergrünen Dachdeckung nicht zu beeinträchtigen. Die Voraussetzungen für die Bewilligung einer Befreiung nach § 4 Abs. 3 BinVO lägen nicht vor.

Das Verwaltungsgericht hat mit Urteil aufgrund mündlicher Verhandlung vom 9. Oktober 2017, der Klägerin am 6. November 2017 zugestellt, die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es u.a. ausgeführt, der Zulässigkeit der Klage stehe nicht die Rechtskraft des Urteils des Verwaltungsgerichts vom 30. August 2012 entgegen, weil dieses nicht denselben Streitgegenstand wie das vorliegende Verfahren betreffe. Mit ihrer damaligen Klage habe die Klägerin eine andere Fenstergestaltung im Dachbereich ihres Gebäudes zugrunde gelegt als im vorliegenden Verfahren. Daran ändere auch nichts der Umstand, dass die Klägerin ihren Antrag vom 6. Februar 2013 als „Nachtrag“ zum Vorbescheid vom 13. Mai 2008 bezeichnet habe. Der Antrag sei als Antrag auf Erlass eines neuen Bauvorbescheides bzw. als neue Bauvoranfrage zu werten. Die Klage sei im Übrigen gemäß § 75 Satz 1 und 2 VwGO zulässig, ohne dass die Beklagte zuvor eine Entscheidung über den Widerspruch der Klägerin habe treffen müssen.

Die Klage sei unbegründet, weil die Klägerin keinen Anspruch auf Erteilung des von ihr beantragten positiven Bauvorbescheides habe. Die von der Klägerin ihrem Vorbescheidsantrag zugrunde gelegte Frage hinsichtlich der Vereinbarkeit der Fenstergestaltung im Dachbereich mit den Bestimmungen der Binnenalster-Verordnung sei zu verneinen. Die geplante Dachgestaltung sei mit § 2 Abs. 1 lit. e BinVO, der ebenso wie übrigen Bestimmungen der Binnenalster-Verordnung wirksam sei, nicht vereinbar. Die Binnenalster-Verordnung stütze sich auf eine wirksame Ermächtigungsgrundlage. Ursprünglich sei dies die Baugestaltungsverordnung von 1936 (im Folgenden kurz: BaugestaltVO 1936) gewesen. Die später in Kraft getretene Hamburgische Bauordnung habe in § 114 Abs. 1 Nr. 6 HBauO 1969 vorgesehen, dass der Senat Rechtsverordnungen bezüglich besonderer Anforderungen an u.a. die Gestaltung baulicher Anlagen habe erlassen dürfen. In § 114 Abs. 3 HBauO 1969 sei der Senat ermächtigt worden, Rechtsverordnungen, die auf die Baugestaltungsverordnung von 1936 gestützt worden seien, aufzuheben oder nach § 114 Abs. 1 Nr. 5 und 6 HBauO 1969 zu ändern. Dies habe auch § 81 Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 9 HBauO 1986 vorgesehen. Im Umkehrschluss ergebe sich hieraus die gesetzgeberische Entscheidung, dass für den Fall, dass sich der Senat nicht zu einer Aufhebung oder Änderung solcher Verordnungen entschlossen habe, diese unverändert weiter gelten sollten. Entsprechende Regelungen fänden sich nunmehr in § 81 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3 HBauO 2005, so dass insgesamt eine durchgehende Kette an Ermächtigungsgrundlagen bestanden habe bzw. bestehe, auf die die Binnenalster-Verordnung gestützt werden könne. Die Binnenalster-Verordnung stehe auch mit den für sie nunmehr geltenden maßgeblichen einfachgesetzlichen Vorgaben nach der Hamburgischen Bauordnung in Einklang. Sie halte insbesondere die Grenzen ihrer Ermächtigungsgrundlage in § 81 Abs. 1 Nr. 2 HBauO 2005 ein.

16

Die Binnenalster-Verordnung genüge den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots. Dies gelte sowohl für den konkreten Zweck der Verordnung, d.h. die sachliche Rechtfertigung der besonderen durch die Binnenalster-Verordnung normierten Gestaltungsvorschriften, als auch für die Ausgestaltung der Gestaltungs- und Befreiungsvorschriften. Zwar verwende die Binnenalster-Verordnung teilweise Begriffe, deren eventuell unterschiedlicher Regelungsgehalt sich nicht unmittelbar aus dem Wortlaut erschließe („Bauwerke“, „bauliche Anlagen“). Es sei allerdings möglich, diese hinreichend präzise zu bestimmen und dementsprechend bei ihrer Anwendung nicht in einen unauflösbaren Auslegungskonflikt mit den Bestimmungen der Hamburgischen Bauordnung zu geraten, in deren Lichte die Binnenalster-Verordnung insoweit ausgelegt werden könne.

17

Die Binnenalster-Verordnung, insbesondere die in Rede stehende Vorschrift des § 2 Abs. 1 lit. e BinVO, sei nicht funktionslos geworden. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme fänden sich im Geltungsbereich der Binnenalster-Verordnung, auch im Bereich des Ballindamms, ausreichend viele Gebäude, die den gestalterischen Vorgaben des § 2 BinVO entsprächen.

18

Die von der Klägerin geplante Gestaltung des Daches ihres Gebäudes mit vier 2 m breiten Fenstern, die jeweils einen Abstand von 0,40 m zueinander einhielten, entspreche nicht den Vorgaben des § 2 Abs. 1 lit. e BinVO. Die Dachflächenfenster hätten gerade nicht, wie für die Dachdeckung vorausgesetzt, eine graue oder kupfergrüne Färbung, was im Ergebnis bedeute, dass § 2 Abs. 1 lit. e BinVO ein generelles Verbot der Installation von Dachflächenfenstern normiere, und zwar unabhängig von ihrer konkreten Größe oder dem Größenverhältnis zwischen Fensterfläche und sonstiger Dachfläche. Denn Dachflächenfenster seien auch als Teil der Dachdeckung anzusehen. Der Wortlaut des § 2 Abs. 1 lit. e BinVO gebiete ein solches Verständnis zwar nicht ausdrücklich, da er Dachflächenfenster nicht erwähne. Gleichwohl erfüllten auch Dachflächenfenster - neben ihrer Funktion zur Belichtung und Belüftung des Gebäudes - den Zweck, das Dach gegen Witterungseinflüsse etc. abzuschließen. Ziel und Zweck des § 2 Abs. 1 lit. e BinVO ließen auf dasselbe Verständnis der Norm schließen. Denn es solle eine einheitliche Dachlandschaft in grau oder kupfergrün entlang der Binnentalster hergestellt bzw. sichergestellt, diesen Farben solle eine optisch dominierende Wirkung verschafft werden.

19

Die Klägerin habe keinen Anspruch auf Bewilligung einer Befreiung nach § 4 Abs. 3 BinVO. Aus dem durch § 1 BinVO definierten Schutzzweck, das besondere baugestalterische Gepräge des Binnentalstertraumes zu schützen, sowie aus der zu § 4 Abs. 3 BinVO ergangenen Rechtsprechung (vgl. VG Hamburg, Urt. v. 30.8.2012, 19 K 2006/10; v. 26.9. 2007, 11 K 1137/06) ergebe sich, dass ein besonderer Fall entweder gegeben sei, wenn eine bauliche Anlage in einem Maße unauffällig sei, dass sie bzw. ihre Gestaltung auf das Gepräge des Binnentalstertraumes keinen Einfluss haben könne, oder wenn die bauliche Anlage trotz eines Verstoßes gegen ein Gestaltungsgebot nach § 2 BinVO dem aktuellen Gepräge Rechnung trage.

20

Die von der Klägerin geplante Dachgestaltung sei jedoch nicht im Sinne einer dieser beiden Varianten als besonderer Fall i.S.v. § 4 Abs. 3 BinVO einzuordnen: Das Gebäude der Klägerin sei nicht in so einem Maße untergeordnet, dass es ohne jeden Einfluss auf das Gepräge des Binnentalstertraumes wäre. Vielmehr sei es aufgrund seiner Größe und Lage kurz vor dem Aufeinandertreffen von Ballindamm und Jungfernstieg sowie seiner deutlichen Sichtbarkeit für den Betrachter ohne weiteres geeignet, den optischen Eindruck des Binnentalstertraumes sowie seiner näheren Umgebung mit zu prägen. Auch die geplante Fenstergestaltung selbst wäre aufgrund der Größe der Fensterflächen nicht in einem so erheblichen Maß optisch untergeordnet, dass sie ohne jeden Einfluss auf das Gepräge des Binnentalstertraumes sein könnte.

21

Die von der Klägerin geplante Ausgestaltung der Dachdeckung mit dem Einbau von vier 2 m breiten Fenstern mit ca. 0,40 m Abstand zueinander würde zudem nicht dem aktuellen Gepräge Rechnung tragen. Als Umgebung, deren Gepräge zu analysieren sei, sei der von der Binnentalster aus sichtbare Bereich des Ballindamms maßgeblich.

Als maßgebliche Umgebung gelte, was für den Betrachter von der Binnenalster aus - als dem zentralen Mittelpunkt des räumlichen Geltungsbereichs der Binnenalster-Verordnung - im Zusammenhang bzw. als optische Einheit wahrnehmbar sei, von ihm mit einem Blick erfasst werden könne. Dies seien jeweils die einzelnen bebauten Seiten der Binnenalster. Die danach zu betrachtende Umgebung des klägerischen Grundstücks entlang des Ballindamms sei zwar einerseits nicht durch eine völlig geschlossene Dachlandschaft geprägt. Vielmehr erzeugten die in der Umgebung vorhandenen Gebäude eine Prägung bzw. ein Gepräge i.S.v. § 1 BinVO, wonach Dachfenster durchaus Teil der Umgebung seien, so dass jedweder Ausschluss der Bewilligung einer Befreiung nach § 4 Abs. 3 BinVO für den Einbau von Dachfenstern nicht zulässig sein dürfte. Andererseits zeichne sich das Gepräge der Umgebung des klägerischen Grundstücks dadurch aus, dass Dachfenster dort als Dachflächenfenster - nicht in Dachaufbauten integrierte Fenster - ausgebildet seien, sie den Eindruck eines geschlossenen Daches eher in vertikaler und nicht horizontaler Richtung unterbrächen, und die einzelnen Fenster untereinander mindestens eine Fensterbreite Abstand einhielten. Von 19 Gebäuden (außer dem der Klägerin), die derzeit entlang der Straße Ballindamm zwischen Bergstraße und Glockengießerwall errichtet worden seien, wiesen 15 keine vollständig geschlossene Dachfläche auf, sondern enthielten in unterschiedlicher Ausprägung Fenster im Dachraum. Auch der Neubau auf dem Grundstück Ballindamm ... werde über Dachflächenfenster verfügen. Bei 13 der 15 Gebäude seien die Fenster im Dachraum so ausgestaltet, dass sie den optischen Eindruck einer geschlossenen Dachdeckung nicht in horizontaler Weise, sondern - insbesondere bei Dachgauben - in vertikaler Weise aufbrächen, mithin den Blick des Betrachters eher nach unten in Richtung der Gebäudefassade lenkten. Dem so definierten Gepräge der Umgebung des klägerischen Grundstücks - das sich bei der Dachgestaltung durch graue oder kupfergrüne Dachdeckungen auszeichne, die durch Dachfenster unterbrochen würden, die vertikal ausgerichtet seien, mithin den Blick des Betrachters in Richtung der Fassade lenkten, die weniger breit als lang bzw. hoch seien (zumindest nicht breiter als lang bzw. hoch) und mindestens eine Fensterbreite voneinander Abstand hielten - entspreche die von der Klägerin geplante Dachgestaltung nicht. Vielmehr seien die Fenster der Klägerin breiter als lang bzw. hoch und sollten voneinander einen deutlich geringeren Abstand als eine Fensterbreite einhalten.

22

Schließlich führe zu der Annahme eines besonderen Falles i.S.v. § 4 Abs. 3 BinVO nicht der Umstand, dass das Gebäude auf dem Grundstück der Klägerin eine dem Denkmalschutz unterliegende Fassade aufweise und es daher nicht, anders als andere Gebäude entlang des Ballindamms, vollständig beseitigt und durch einen Neubau ersetzt werden könnte. Die Beklagte habe im Verlaufe der letzten zehn Jahre zu verstehen gegeben, dass sie einer baulichen Ausnutzung des klägerischen Gebäudes durch eine Angleichung an die durch die übrige Bebauung definierte Höhenentwicklung nicht kritisch sehe. Dies eröffne der Klägerin Nutzungsmöglichkeiten für ihr Grundstück, die weitgehend mit denen anderer Grundstücke vergleichbar sein dürften bzw. nicht wesentlich hinter diesen zurückblieben. Eine unzumutbare Beeinträchtigung der Ausnutzbarkeit des durch Art. 14 GG geschützten Grundeigentums der Klägerin sei vor diesem Hintergrund nicht erkennbar.

23

Ein Anspruch der Klägerin auf den begehrten positiven Bauvorbescheid ergebe sich auch nicht aus § 69 HBauO. Insoweit könne dahinstehen, ob § 4 Abs. 3 BinVO als das speziellere Recht eine Anwendung des § 69 HBauO generell ausschließe, denn ohnehin seien die Voraussetzungen einer Abweichung nach § 69 HBauO nicht erfüllt.

24

Aus dem Umstand, dass die Beklagte in der Vergangenheit offenbar im Bereich der Binnenalster unter Befreiung von § 2 Abs. 1 lit. e BinVO Dachgestaltungen mit der Verwendung von Dachfenstern genehmigt habe, folge kein Anspruch der Klägerin auf den begehrten Vorbescheid. Ein Anspruch auf Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG scheide aus. Soweit die Situation der infrage stehenden Gebäude oder Grundstücke Besonderheiten aufgewiesen haben mögen, die eine Befreiung gerechtfertigt haben könnten, wäre ein Gleichbehandlungsanspruch mangels Vergleichbarkeit der Sachverhalte ausgeschlossen. Sollten die Voraussetzungen für eine Befreiung nicht erfüllt gewesen sein, sei der Klägerin die Berufung auf Art. 3 Abs. 1 GG ebenfalls verwehrt, da kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht bestehe.

25

Die Klägerin hat die vom Verwaltungsgericht zugelassene Berufung dort am 6. Dezember 2017 eingelegt. Am 18. Dezember 2017 hat sie beantragt, die Berufungsbegründungsfrist bis zum 8. Februar 2018 zu verlängern. Dem hat der Vorsitzende des Senats mit Verfügung vom 19. Dezember 2017 entsprochen. Mit der am 8. Februar 2018 eingegangenen Berufungsbegründung trägt die Klägerin u.a. vor, die Binnenalster-Verordnung könne ihr nicht entgegen gehalten werden, weil diese unwirksam sei. Die Binnenalster-Verordnung gehe davon aus, dass es Bauwerke gebe, die diesem für Hamburg typischen Stadtraum das besondere Gepräge gäben. Ihre Systematik stelle sich mithin so dar, dass es bei ihrem Erlass im Jahre 1949 diese „gebietsprägenden“ Bauwerke gegeben habe. Die von dem Sachverständigen für Denkmalschutz, Dr. ..., unter dem 6. Februar 2018 erarbeitete „Zusammenstellung und Bewertung historischer Abbildungen von baulichen Anlagen an der Binnenalster, Hamburg Altstadt und Neustadt bis 1949“ zeige, dass am Jungfernstieg alle Gebäude - bis auf den offensichtlich mit einem Notdach versehenen „Hamburger Hof“ an der Ecke Große Bleichen und auf das Gebäude Jungfernstieg 14, von dem 1949 nur noch die Frontfassade vorhanden gewesen sei - über Dächer mit Gauben und anderen Öffnungen der Dachfläche verfügten. Für den Ballindamm zwischen Bergstraße und Alstertor sei der Befund noch deutlicher. Zum Teil fänden sich dort Gebäude mit zweifach gestaffelten Gauben im Dach (so der Vorgängerbau der Europa Passage). In anderen Gebäuden seien die Gauben sogar besonders prächtig erstellt, um sie als gestaltendes Element zu nutzen. Suche man dieses Stadtbild nach „prägenden Gebäuden“ ab, auf die sich die Binnenalster-Verordnung beziehe, liege es nahe, das Vorgängergebäude der Europa Passage und das heute ebenfalls nicht mehr vorhandene Eckgebäude Ballindamm/Bergstraße mit seinen Gauben und Türmchen im Dachbereich am Ballindamm zu benennen. Am Jungfernstieg seien es die großen Gebäude, wie heute das Alsterhaus, das Gebäude der Commerzbank und der Hamburger Hof. An der Straßenecke Jungfernstieg/Neuer Jungfernstieg sei es das

Prien-Haus. Alle diese prägenden Gebäude zeichneten sich aber dadurch aus, dass sie über vielfach unterbrochene Dächer mit Gauben und anderen Öffnungen und Aufbauten verfügten. Am Ballindamm setze sich das an der Ecke Alstertor/Ballindamm fort. Zusammenfassend sei festzustellen, dass die stadtbildprägenden Gebäude in vielfältiger Form Fenster im Dachbereich aufwiesen.

26

Aus der Formulierung in § 2 Abs. 1 BinVO „Für die baulichen Anlagen wird daher gefordert ...“, die einen Bezug zu § 1 BinVO herstelle, gehe hervor, dass die Eigenschaften der stadtbildprägenden Gebäude durch die Festlegungen, die in § 2 BinVO folgten, exemplarisch beschrieben würden. So werde in § 2 Abs. 1 lit. c BinVO ein „sichtbares Steildach ohne Dachaufbauten über dem Staffelgeschoss“ gefordert. Dieses Merkmal lasse sich aber aus den stadtbildprägenden Gebäuden im Zeitpunkt des Erlasses der Verordnung nicht herleiten. Es stehe vielmehr in klarem Widerspruch zu den Eigenschaften aller stadtbildprägenden Gebäude. Auch die Vorgabe in Abs. 1 lit. b „ein Staffelgeschoss über dem Hauptgesims, wobei der Rücksprung des Staffelgeschosses von der Frontwand mindestens 80 cm betragen muss“, sei bei den stadtbildprägenden Gebäuden nur vereinzelt erfüllt. In Abs. 1 lit. e sei „graue oder kupfergrüne Dachdeckung“ vorgeschrieben. Ein aus dem Jahre 1910 stammendes, vermutlich nachkoloriertes Foto des Jungfernstiegs zeige jedoch hauptsächlich rote Dächer. Es sei anzunehmen, dass dieser Zustand auch 1949 noch bestanden habe. Somit sei festzustellen, dass eine gestalterische Vorgabe des § 2 BinVO - Steildächer ohne Dachaufbauten - in offensichtlichem Widerspruch zu den bei Erlass der Verordnung stadtbildprägenden Gebäuden stehe und zwei weitere Vorgaben - graue oder kupfergrüne Dachdeckung und Staffelgeschoss über dem Hauptgesims - nur teilweise erfüllt seien. Die von der Binnenalster-Verordnung vorgegebene Herleitung der konkretisierenden Merkmale des § 2 Abs. 1 BinVO aus der Zweckbestimmung in § 1 BinVO sei also nicht gegeben. § 2 Abs. 1 BinVO nenne Merkmale, die aus den „Bauwerken, die diesem für Hamburg typischen Stadtraum das besondere Gepräge geben“, nicht hergeleitet werden könnten.

27

Verordnungen wie die Binnenalster-Verordnung, die auf die Ermächtigungsgrundlage des § 1 BaugestalVO 1936 gestützt worden seien, erreichten hinreichende rechtsstaatliche Bestimmtheit nur dann, wenn sie im Sinne einer Vermeidung von Verunstaltungen verstanden würden (vgl. BVerwG, Urt. v. 28.6.1955, BVerwGE 2, 172, juris Rn. 12). Da die Binnenalster-Verordnung nur als Konkretisierung des ohnehin in der Hamburgischen Bauordnung geregelten Verunstaltungsverbotes interpretiert werden dürfe, komme ihr kein eigenständiger Regelungsbereich zu.

28

Darüber hinaus sei zumindest die Gestaltungsvorgabe in § 2 Abs. 1 lit. c BinVO funktionslos geworden, denn tatsächlich wichen ca. 70 % der im Geltungsbereich der Binnenalster-Verordnung stehenden Gebäude von dieser Anforderung ab. Dachgauben, flach geneigte Dächer mit einem Neigungswinkel von kleiner als 20° oder Gebäude ohne Staffelgeschoss seien entlang der Binnenalster allgegenwärtig. Die

behördliche Befreiungspraxis sei in der Vergangenheit so großzügig gehandhabt worden, dass die tatsächliche Entwicklung die Anforderungen von § 2 Abs. 1 lit. c BinVO offenkundig überholt habe.

29

Bei widerspruchsfreier Auslegung der Binnenalster-Verordnung komme man dazu, dass Fenster im Dach generell zulässig seien. Weder § 1 noch § 2 BinVO regelten das „Ob“ von Fenstern in den Dachflächen. Im Gegenteil bestimme § 2 Abs. 1 lit. f BinVO, „es darf keine farbig wirkende oder spiegelnde Fensterverglasung verwendet werden“. Es werde nur das „Wie“ der Verwendung von Fenstern geregelt. Weil die Binnenalster-Verordnung an einer Stelle das „Wie“ der Verwendung von Fenstern regle, und an anderer Stelle - nämlich in § 2 Abs. 1 lit. c und e BinVO - die Gestaltung des Daches regle, nirgendwo aber das „Ob“ von Fenstern im Dach, sei dieses beredte Schweigen so zu verstehen, dass Fenster im Dach generell zulässig seien. Dagegen lege das Verwaltungsgericht § 2 Abs. 1 lit. e BinVO unzulässig erweiternd aus, dass damit auch Fenster in Dachflächen unzulässig seien. Die vom Verwaltungsgericht vertretene Auslegung, dass auch Dachflächenfenster als „Dachdeckung“ i.S.d. § 2 Abs. 1 lit. e BinVO anzusehen seien, verstoße gegen den Wortlaut der Norm, weil das Wort „Dachdeckung“ von jedem verständigen Gesetzesanwender als Sammelbegriff für alle Dachbaustoffe verwendet werde, die keine Fenster seien, sondern aus andersartigen Materialien als Glas bestünden. Eine Auslegung, die bei Außerachtlassung des üblichen Wortverständnisses ein Element des auszulegenden Tatbestandsmerkmals herausgreife (Abdichtungsfunktion des Daches) und aus diesem ableite, dass alles, was diese Funktion erfülle als Dachdeckung anzusehen sei, sei rechtsstaatlich unzulässig (vgl. BFH, Beschl. v. 6.9.2006, BFHE 214, 430, juris Rn. 47). Auch die Begründung, dass nach Ziel und Zweck der Binnenalster-Verordnung unter „Dachdeckung“ auch Fenster zu verstehen seien, gehe fehl. § 1 BinVO verlange, dass auf prägende Gebäude „Rücksicht“ zu nehmen sei. Die Einzelregelungen des § 2 Abs. 1 BinVO könnten deshalb nicht als abschließende Regelung verstanden werden. Sie ließen Regelungsbereiche, z.B. die nicht erwähnten Dachflächenfenster, offen. Für diese sei eine Entscheidung am Maßstab des § 1 BinVO zu treffen.

30

In jedem Fall bestehe aber ein Anspruch auf Bewilligung einer Befreiung nach § 4 Abs. 3 BinVO. Beide vom Verwaltungsgericht genannten Fallgruppen für die Bewilligung einer Befreiung seien zu Unrecht verneint worden. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts sei der maßgebliche Betrachtungsraum nicht der von der Binnenalster aus sichtbare Bereich des Ballindamms, sondern die gesamte Bebauung an der Binnenalster. Das folge aus § 1 BinVO, der vorschreibe, dass die „Gestaltung auf die Bauwerke Rücksicht nehmen [soll], die diesem für Hamburg typischen Stadtraum das besondere Gepräge geben“. Schutzobjekt sei der Stadtraum, der durch die Gebäude rund um die Binnenalster gebildet werde.

31

Eine Befreiung sei zu bewilligen, weil das Vorhaben in einem Maße unauffällig sei, dass es auf das Gepräge des gesamten Binnenalstertraums keinen Einfluss habe. Ihr Gebäude gehöre zu den schmaleren der rund um die Binnenalster vorhandenen Gebäude. Vom Jungfernstieg und vom Neuen Jungfernstieg aus wären die geplanten Fenster als kleine Unterbrechungen der Dachflächen gerade zu erkennen. Die Dominanz des grünen Daches würde nicht infrage gestellt. Aus größerer Nähe sehe man die Fenster nicht, weil sie so hoch oben lägen, dass man sie unten auf dem Ballindamm gar nicht sehe. Beide denkbaren Wahrnehmungsvarianten erzeugten keine das Gepräge des Stadtraums beeinträchtigende Wirkung. Verstärkt werde dieses Ergebnis noch dadurch, dass § 1 BinVO den Schutz der geprägegebenden Bauwerke nicht verabsolutiere, sondern dass „Rücksicht“ auf die prägenden Gebäude zu nehmen sei. Rücksicht heiße, dass man den prägenden Gebäuden nicht ihre Dominanz streitig machen dürfe.

32

Eine Befreiung sei zudem zu bewilligen, weil die geplanten Dachflächenfenster dem aktuellen Gepräge des Stadtraumes Binnenalster entsprächen. Für den Baublock zwischen Alstertor und Bergstraße, also der unmittelbaren Umgebung ihres Grundstücks, sei festzustellen: Das Eckhaus Ballindamm/Bergstraße verfüge über Dachflächenfenster, die Europa Passage habe großflächige, mit Lamellen überdeckte Glasflächen im Dach, das Gebäude Ballindamm ... habe eine mehr als die Hälfte der Gebäudebreite einnehmende Gaube, das Gebäude Ballindamm ... verfüge über eine große Gaube und zwei sehr lang gestreckte und breite Dachflächenfenster, das Gebäude Ballindamm ... verfüge über drei Dachflächenfenster und das Gebäude Ballindamm ... verfüge zur Alster und zum Alstertor hin jeweils über Dachflächenfenster, die ca. die Hälfte der Dachbreite einnähmen. In diesem Baublock existiere also kein den vermutlichen Vorstellungen der Beklagten entsprechendes Gebäude.

33

Unabhängig davon sei die Definition des Verwaltungsgerichts der Fälle, bei denen ein „besonderer Fall“ i.S.v. § 4 Abs. 3 BinVO vorliege, zu eng. Unter einem „besonderen Fall“ seien auch Fälle zu verstehen, in denen aufgrund der besonderen individuellen Verhältnisse des Grundstückseigentümers die Verweigerung einer Befreiung eine unbillige Härte entstehen lasse. Aus diesem Grunde sei der Umstand ausschlaggebend, dass die Fassade ihres Gebäudes im unteren Bereich unter Denkmalschutz stehe und deshalb nicht abgebrochen werden dürfe. Durch diese Fassade seien die Geschosshöhen in den dahinterliegenden Geschossen vorgegeben. Diese seien so hoch, dass sich auf ihrem Grundstück bei Ausnutzung der nachbarlichen Traufhöhen nur sechs Vollgeschosse realisieren ließen. Würde sie, wie einige Nachbarn, einen Neubau errichten können und die Geschosshöhen heutigen Gepflogenheiten anpassen, hätte sie ohne Dachgeschoss ein zusätzliches Geschoss. Weil diese Nutzungsmöglichkeit ausgeschlossen sei und sich damit dauerhaft niedrigere Erträge aus der Bewirtschaftung ihres Gebäudes ergäben, sei ihr durch die städtebauliche Situation ein Nachteil auferlegt, zu dessen teilweisen Ausgleich ihr die Möglichkeit gewährt werden müsse, den Raum eines Dachgeschosses auf dem sechsten

Obergeschoss wie einen vollwertigen Aufenthaltsraum zu nutzen. Dies werde nur durch die Zulassung einer ausreichenden Zahl von Fenstern erreicht.

34

Die Klägerin beantragt,

35

1. das Urteil des Verwaltungsgerichts Hamburg aufgrund mündlicher Verhandlung vom 9. Oktober 2017 zu ändern und die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 30. Januar 2014 und des Widerspruchsbescheides vom 14. Juni 2016 zu verpflichten, den von ihr am 6. Februar 2013 beantragten Vorbescheid zu erteilen und

36

2. die Zuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren für notwendig zu erklären.

37

Die Beklagte beantragt,

38

die Berufung zurückzuweisen.

39

Sie trägt vor, die Binnenalster-Verordnung sei weder unwirksam noch unbestimmt. Die Klägerin nehme die Entstehungsgeschichte der Binnenalster-Verordnung nicht zur Kenntnis. Sie betrachte fälschlich historisierende Bauten als Basis für die Gestaltungsabsichten der Verordnung und komme so zu fehlerhaften Schlüssen. In der Binnenalster-Verordnung seien einige jüngere Bauten zum Maßstab der Gestaltung von Neu- und Umbauten erhoben worden. Hierzu gehörten u.a. das Esso-Haus und das Hapag-Lloyd-Gebäude, die nach einem Umbau jeweils Staffelgeschosse mit Steildächern erhalten hätten. Für die Umgestaltungen in den 1920er Jahren sei auch das Hotel Vier Jahreszeiten bedeutsam, das in seiner Dachfläche keine Aufbauten habe. Am Ballindamm seien nach dem Krieg zahlreiche Dächer nach den Maßgaben der Verordnung umgestaltet bzw. neu errichtet worden. Die Bemühungen um eine einheitliche städtebauliche Gestaltung der Binnenalsterumrahmung reichten bis in die Anfänge des 20. Jahrhunderts zurück. Insoweit stehe der Binnenalsterbereich bereits seit 1912 unter besonderem städtebaulichen Schutz (vgl. Rauschnabel, Stadtgestalt durch Staatsgewalt?, 1984, S. 48 ff.).

40

Die Binnenalster-Verordnung - insbesondere dessen § 2 Abs. 1 lit. e BinVO - sei nicht funktionslos geworden. Zwar wichen einzelne Gebäude von einzelnen Anforderungen der Binnenalster-Verordnung ab. Der Gesamteindruck der Dächer entspreche aber den Gestaltungsanforderungen. Die Verordnung stütze sich zudem auf eine wirksame Ermächtigungsgrundlage. Eine durchgehende Kette an Ermächtigungsgrundlagen habe bestanden bzw. bestehe. Wenn selbst der Wegfall einer Ermächtigungsgrundlage unschädlich sei, müsse dies erst Recht für den Fall gelten, dass sich der Gesetzgeber lediglich zu einem Austausch der Ermächtigungsgrundlage entschieße.

41

Die beantragte Dachgestaltung stehe in Widerspruch zu § 2 Abs. 1 lit. e i.V.m. lit. c BinVO und § 1 BinVO. Dachflächenfenster widersprächen den Vorgaben aus § 2 Abs. 1 lit. e BinVO. Soweit die Klägerin meine, dass Dachflächenfenster keine Dachdeckung seien, sei dem nicht zu folgen. Dachflächenfenster wiesen keine graue oder kupfergrüne Dachdeckung auf. Der Sinn und Zweck der Vorschrift, der auf die Erhaltung einer einheitlichen, grauen oder kupfergrünen Dachlandschaft gerichtet sei, würde umgangen, wenn man Dachflächenfenster von dieser Vorschrift als nicht erfasst ansähe.

42

Die Voraussetzungen für die Bewilligung einer Ausnahme nach § 4 Abs. 3 BinVO lägen nicht vor. Weder das Gebäude Ballindamm ... selbst sei derart unauffällig, dass es für das optische Gepräge keine Bedeutung habe, noch sei die beabsichtigte Dachgestaltung als unauffällig anzusehen. Bei dem Gebäude Ballindamm ... handle es sich um einen wesentlichen Teil des städtebaulich bedeutsamen Ensembles rund um die Binnenalster. Es stelle das letzte Haus aus der Zeit nach dem Wiederaufbau nach dem großen Brand von 1842 dar und sei als Denkmal eingetragen. Die beantragte Dachgestaltung trage nicht dem besonderen Gepräge Rechnung, dass sich durch eine einheitlich wirkende Dachlandschaft auszeichne, wobei die vorhandenen Fenster vertikal ausgerichtet seien und die Fenster zueinander mindestens eine Fensterbreite Abstand hielten. Wie die jüngste Genehmigungspraxis deutlich mache, handle es sich um schmale stehende Fensterformate, die sich hinsichtlich ihrer Breite an den Kupferbahnen orientierten und unterordneten sowie einen Bezug zur Traufe und der darunterliegenden Fassade aufwiesen. Entscheidend sei, dass sich die kleinformatischen Einzelelemente in der Dachfläche deutlich unterordneten. Diese Prägung werde durch die neueren Bauvorhaben Ballindamm ... und ... bestätigt, bei denen ebenfalls keine größere Fenstergestaltung zugelassen worden sei.

43

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird ergänzend auf die gewechselten Schriftsätze und die vom Senat beigezogenen Beiakten A - D, die zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht worden sind, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

I.

44

Die zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet, weil das Verwaltungsgericht ihre Klage zu Recht als unbegründet abgewiesen hat. Denn die von der Klägerin gemäß § 75 Satz 1 und 2 VwGO zunächst in zulässiger Weise als Untätigkeitsklage erhobene Klage ist gemäß § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO unbegründet, weil die Ablehnung des von ihr beantragten Vorbescheides durch die Beklagte rechtmäßig ist.

45

Einer Bauherrin ist gemäß § 63 Satz 1 HBauO zu einzelnen Fragen des Vorhabens ein Bescheid (Vorbescheid) zu erteilen. Der materielle Umfang der Prüfung im Vorbescheidsverfahren wird durch die von der Bauherrin gestellten Fragen bestimmt (siehe §§ 63 Satz 2, 70 Abs. 1 HBauO). Die von der Bauherrin gestellte Frage muss hinreichend bestimmt und materiell-rechtlich selbständig zu beantworten sein. Für eine positive Entscheidung sind nur die öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu prüfen, die von der zur Prüfung gestellten Frage betroffen sind. Wenn das Vorhaben diesen Vorschriften nicht widerspricht, ist der beantragte Vorbescheid entsprechend §§ 63 Satz 2, 72 Abs. 1 Satz 1 HBauO zu erteilen. Verfahrensgegenstand kann nur ein konkretes Vorhaben sein, wie es sich aus dem Vorbescheidsantrag und den nach §§ 63 Satz 2, 70 Abs. 2 Satz 2 HBauO i.V.m. § 9 BauVorlVO vorzulegenden Bauvorlagen ergibt.

46

Daran gemessen hat die Klägerin die zulässige Vorbescheidsfrage gestellt, ob die von ihr nach Maßgabe der vorgelegten Bauvorlagen 203/34 bis 203/37 geplante Dachgestaltung, die bei einer Dachbreite von 14,90 m vier Dachflächenfenster in der Größe von 2,105 m x 1,70 m (Breite x Höhe) in einem Abstand von jeweils 0,42 m zueinander und bei einem äußeren Abstand von 2,605 m zu den beiden seitlichen Gebäudeabschlussmauern vorsieht, nach der Binnenalster-Verordnung genehmigungsfähig ist. Das Gebäude der Klägerin am Ballindamm ... liegt im räumlichen Geltungsbereich der Binnenalster-Verordnung vom 3. Mai 1949, die an die Gestaltung der baulichen Anlagen im Binnenalsterraum bestimmte Anforderungen stellt.

47

Das Verwaltungsgericht hat diese Vorbescheidsfrage im Ergebnis zutreffend verneint. Die Klägerin hat nach § 63 i.V.m. § 72 Abs. 1 Satz 1 HBauO keinen Anspruch auf Erteilung eines positiven Vorbescheides, weil ihrem Vorhaben § 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 lit. e BinVO entgegenstehen (1.). Von diesen Vorschriften kann der Klägerin weder gemäß § 4 Abs. 3 BinVO eine Befreiung bewilligt werden (2.) noch kommt gemäß § 69 Abs. 1 Satz 1 HBauO die Zulassung einer Abweichung in Betracht (3.). Schließlich besteht kein Anspruch der Klägerin auf Bewilligung einer Befreiung nach Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. einer ständigen Verwaltungspraxis der Beklagten (4.).

48

1. Der von der Klägerin geplanten Dachgestaltung für das Gebäude Ballindamm ... mit vier Dachflächenfenstern stehen § 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 lit. e BinVO entgegen. Bauliche Anlagen an der Binnenalster sollen gemäß § 1 BinVO innerhalb des räumlichen Geltungsbereichs der Binnenalster-Verordnung in ihrer Gestaltung auf die Bauwerke Rücksicht nehmen, die diesem für Hamburg typischen Stadtraum das besondere Gepräge geben. Gemäß § 2 Abs. 1 lit. e BinVO wird daher für die baulichen Anlagen u.a. eine graue oder kupfergrüne Dachdeckung gefordert.

49

a) Die von der Klägerin zunächst vorgetragenen Angriffe gegen die Wirksamkeit bzw. die hinreichende Bestimmtheit der Binnenalster-Verordnung insgesamt oder einzelner ihrer Vorschriften greifen nicht durch:

50

aa) Entgegen den aus dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz folgenden Bedenken der Klägerin sind die §§ 1, 2 Abs. 1 lit. e BinVO nicht nur dann wirksam, wenn man sie als Vorschriften zur Abwehr von Verunstaltungen i.S.d. § 12 HBauO auslegt.

51

Die Klägerin stützt ihre Bedenken anknüpfend an die Entstehungsgeschichte der Binnenalster-Verordnung zunächst zutreffend auf die Tatsache, dass die Rechtsverordnung bei ihrem Erlass am 3. Mai 1949 auf die Ermächtigungsgrundlage des § 2 der Verordnung über Baugestaltung vom 10. November 1936 (RGBl. I S. 938) gestützt wurde. Nach § 2 BaugestaltVO 1936 konnten zur Verwirklichung der Ziele dieser Verordnung, vor allem zur Durchführung bestimmter städtebaulicher Absichten, durch Baupolizeiverordnung für die Errichtung oder Änderung baulicher Anlagen besondere Anforderungen gestellt werden. Die Anforderungen konnten sich vor allem beziehen auf die Lage und Stellung der baulichen Anlagen, die Gestaltung des Baukörpers und der von außen sichtbaren Bauteile, besonders des Daches (einschließlich der Aus- und Aufbauten) und der Außenwände, sowie auf die Gestaltung der Grundstückseinfriedigung. Als Ziele bestimmte § 1 BaugestaltVO 1936: Bauliche Anlagen und Änderungen sind so auszuführen, dass sie Ausdruck anständiger Baugesinnung und werkgerechter Durchbildung sind und sich der Umgebung einwandfrei einfügen. Auf die Eigenart oder die beabsichtigte Gestaltung des Orts-, Straßen- oder Landschaftsbildes, auf Denkmale und bemerkenswerte Naturgebilde ist Rücksicht zu nehmen. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinen beiden Urteilen vom 28. Juni 1955 (BVerwGE 2, 172, juris Rn. 12 ff.) und vom 26. März 1962 (DVBl. 1962, 754 = VerwRspr. Bd. 15 (1963) Nr. 16, S. 47) die §§ 1, 2 BaugestaltVO 1936 so ausgelegt, dass diese Vorschriften nur dann hinreichend bestimmt seien, wenn die Anforderungen an die Gestaltung der baulichen Anlagen sich auf die Wahrung eines vorhandenen oder beabsichtigten baulichen Grundcharakters der Baugebiets oder -gebietsteils beschränkten und nur solche Abweichungen von diesem Charakter verhindert würden, die verunstaltend wirkten.

52

Die Baugestaltungsverordnung von 1936 und damit auch die Ermächtigungsgrundlage in deren § 2, auf die der Erlass der Binnenalter-Verordnung gestützt wurde, wurden allerdings als Landesrecht in Hamburg durch § 117 Abs. 1 Nr. 1 HBauO 1969 aufgehoben. Obwohl § 114 Abs. 3 Satz 1 HBauO 1969 den Senat zugleich dazu ermächtigte, Rechtsverordnungen, die auf die Baugestaltungsverordnung von 1936 gestützt sind, aufzuheben oder zu ändern, erfolgte eine Aufhebung der Binnenalter-Verordnung nicht, so dass von deren Fortbestand auszugehen ist. Durch die Verordnung zur Änderung der Binnenalter-Verordnung (und der Rathausmarkt-Verordnung) vom 21. Februar 1978 (HmbGVBl. S. 61) wurden §§ 1, 2 Abs. 1 BinVO auf der Grundlage von § 114 Abs. 1 Nr. 6 und Abs. 3 Satz 1 HBauO 1969 geändert, so dass § 2 BaugestaltVO 1936 insoweit nicht mehr Ermächtigungsgrundlage ist und es auf die geschilderte restriktive Auslegung dieser Vorschrift durch das Bundesverwaltungsgericht nicht mehr ankommt. Der Gesetzgeber hat vielmehr durch diese Änderung der Binnenalter-Verordnung „die verfassungsrechtliche Würdigung der Vorschriften über die Baugestaltung durch das Bundesverwaltungsgericht, insbesondere das Grundsatzurteil vom 28. Juni 1955“ berücksichtigt und die Anforderungen an die Baugestaltung im Interesse der Rechtsklarheit bestimmter gefasst (vgl. Bü-Drs. VI/1258 v. 9.4.1968 S. 63 f.; Bü-Drs. VI/2486 v. 18.11.1969 S. 16 f.). § 114 Abs. 1 Nr. 6 HBauO 1969 ermächtigte den Senat zur Verwirklichung der in §§ 3 und 72 HBauO 1969 bezeichneten allgemeinen Anforderungen, durch Rechtsverordnung Vorschriften zu erlassen über besondere Anforderungen an die Gestaltung baulicher Anlagen. § 72 Abs. 2 Satz 1 HBauO 1969 bestimmte, dass bauliche Anlagen unter vorrangiger Berücksichtigung städtebaulicher Gesamtvorstellungen mit ihrer Umgebung derart in Einklang zu bringen sind, dass sie benachbarte Anlagen sowie das bestehende oder vorgesehene Straßen-, Stadt- und Landschaftsbild nicht stören. Bei baulichen Anlagen, die infolge ihres Umfangs, ihrer Höhe oder ihrer Lage das Straßen- oder Stadtbild mitbestimmen, konnten gemäß § 72 Abs. 3 HBauO 1969 besondere Anforderungen an die Gestaltung der Außenseiten und der Dächer gestellt werden. Positive Gestaltungsanforderungen, die hinreichend bestimmt formuliert sind, hat das Bundesverwaltungsgericht weder in dem Urteil vom 28. Juni 1955 noch an anderer Stelle für grundsätzlich unzulässig gehalten. Es hat lediglich ausgeführt, dass die Aufstellung solcher Anforderungen sich im Rahmen einer zulässigen Inhaltsbestimmung des Eigentums nach Art. 14 GG halten und den übrigen Grundrechten Rechnung tragen müsse. An diesem Maßstab war in dem zitierten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts das generelle Verbot der Fremdwerbung in einer Kreisbauordnung gescheitert, weil dieser Werbung überhaupt kein Platz eingeräumt worden war. Andererseits hat das Bundesverwaltungsgericht mehrfach und auch für hamburgisches Recht positive Gestaltungsregelungen, die hinreichend bestimmt sind, für rechtlich unbedenklich gehalten (so bereits OVG Hamburg, Ur. v. 28.10.1993, Bf II 41/92, juris Rn. 33).

53

Selbst wenn man nicht von dem zutreffenden Grundsatz ausgeht, dass ein Rechtssatz so lange gilt, bis er außer Kraft gesetzt wird (siehe BVerfG, Beschl. v. 10.5.1988, BVerfGE 78, 179, juris Rn. 55; Remmert in: Maunz/Dürig, GG, Loseblatt-Kommentar Stand 8/2018, Art. 80 Rn. 51 ff.; Bauer in: Dreier, GG, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 80 Rn. 57; Sannwald in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 52), sondern in Ermächtigungsgrundlage und darauf gestützter

Rechtsverordnung eine unauflösbare funktionelle rechtliche Einheit sieht, wäre die Binnenalster-Verordnung durch die Aufhebung ihrer Ermächtigungsgrundlage in § 2 BaugestaltVO 1936 nicht unwirksam geworden. Denn auch in diesem Fall wird eine Rechtsverordnung jedenfalls dann nicht unwirksam, wenn die aufgehobene Ermächtigungsgrundlage durch eine im Anschluss neu erlassene oder inhaltsähnliche Regelung ersetzt wird (so Ramsauer in: AK-GG, Loseblatt-Kommentar Stand 10/2001, Art. 80 Rn. 77; F. Ossenbühl in: HStR, 3. Aufl. 2007, § 103 Rn. 77). Dies ist hier mit § 114 Abs. 1 Nr. 6 HBauO 1969 geschehen. Eine vergleichbare Ermächtigungsgrundlage gilt bis heute in § 81 Abs. 2a HBauO (i.d.F. v. 23.1.2018, HmbGVBl. S. 19) fort. Hiervon werden §§ 1, 2 Abs. 1 BinVO gedeckt.

54

bb) Zurückzuweisen ist ebenso die Rechtsansicht der Klägerin, die Binnenalster-Verordnung sei unwirksam, weil die den Binnenalsterraum prägenden Gebäude in der Zeit um/kurz vor 1949, als die Rechtsverordnung erlassen worden ist, nicht, wie in § 2 Abs. 1 BinVO vorausgesetzt („Für die baulichen Anlagen wird daher gefordert: ...“), die geforderten baugestalterischen Anforderungen aufgewiesen hätten.

55

Die in der Binnenalster-Verordnung getroffenen baugestalterischen Anforderungen sind als Inhaltsbestimmung und Beschränkungen des Eigentums gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG nur gerechtfertigt, wenn und soweit sie von dem geregelten Sachbereich her geboten und in ihrer Ausgestaltung selbst sachgerecht sind (siehe BVerwG, Urt. v. 22.2.1980, BRS 36 Nr. 150, juris Rn. 15; v. 28.4.1972, BVerwGE 40, 94, 98). Der Verordnungsgeber hat daher bei bebauten Grundstücken seine baugestalterischen Absichten an den tatsächlichen Verhältnissen der Bebauung zu orientieren, um der Situationsgebundenheit des Grundeigentums angemessen Rechnung zu tragen. Die baugestalterischen Anforderungen haben sich auf die Wahrung eines vorhandenen oder beabsichtigten baulichen Grundcharakters des Orts- oder Stadtbildes zu beschränken (siehe BVerwG, Urt. v. 26.3.1962, a.a.O.). Dies schließt einerseits beliebige, d.h. willkürliche baugestalterische Vorgaben aus (vgl. OVG Lüneburg, Urt. v. 9.1.1987, BRS 47 Nr. 122; Finkelnburg/Ortloff/Otto, Öffentliches Baurecht, Bd. II, 7. Aufl. 2018, § 4 Rn. 20). Da die Gestaltungsvorstellungen des Verordnungsgebers andererseits auch zukunftsorientiert sein können, müssen die einzelnen Gestaltungsmerkmale an der vorhandenen Bebauung nicht bereits als prägend ablesbar sein. Eine Gestaltungsverordnung setzt somit voraus, dass mit ihr eine gebietspezifische gestalterische Absicht verfolgt wird, die im räumlichen Geltungsbereich der Verordnung ein bereits bestehendes besonderes Gepräge erhalten oder ein solches zukünftig entwickeln will und dabei an die gestalterischen Besonderheiten des zu schützenden Gebiets anknüpft.

56

Diesen Vorgaben werden die in § 2 Abs. 1 BinVO getroffenen baugestalterischen Anforderungen gerecht. Der historische Verordnungsgeber hat im Jahr 1949 (siehe Senatsdrucksache Nr. 129 v. 3.3.1949) die Bestimmung der baugestalterischen Anforderungen für den zu schützenden Binnenalsterraum an insgesamt sechs

Bauwerken ausgerichtet. Es sind dies das Kirdorfhaus (Ballindamm 17), das Ballinhaus der Hapag-Lloyd (Ballindamm 25), das Alsterhaus (Jungfernstieg 16-20), das Streit's Haus (Jungfernstieg 38), das Hotel Vier Jahreszeiten (Neuer Jungfernstieg 9-14) und das Esso-Haus (Neuer Jungfernstieg 21). Dagegen handelt es sich bei den Gebäuden, auf die sich die Klägerin in ihrer Berufungsbegründung bezieht, wie das damalige Europahaus (Alsterdamm (heute Ballindamm) 39), der Hamburger Hof oder das Prien-Haus, nicht um für die Gestaltungsanforderungen der Binnenalster-Verordnung relevante Referenzgebäude. Dass die in § 2 Abs. 1 BinVO getroffene Auswahl von baugestalterischen Anforderungen gemessen an der Gestaltung dieser sechs maßgeblichen Bauwerke willkürlich ist, weil sie in der tatsächlichen historischen Bebauung ohne Vorbild war, wird von der Klägerin weder behauptet noch gibt es hierfür nachvollziehbare Anhaltspunkte. Die Zahl der Baulücken an der Binnenalster war bei Erlass der Verordnung 1949 nicht mehr sehr erheblich. Für die Forderung nach sichtbaren Steildächern ohne Dachaufbauten sah der Verordnungsgeber z.B. das Hotel Vier Jahreszeiten oder das Esso-Haus als maßstäblich an (so bereits OVG Hamburg, Urt. v. 9.7.1953, OVG Bf II 540/52, n.v.). Dabei kommt es entgegen der Rechtsansicht der Klägerin nicht darauf an, dass die einzelnen Gestaltungsmerkmale an den betreffenden Gebäuden bereits als prägend ablesbar waren. Denn die Befugnis des Verordnungsgebers zur Gestaltungspflege schließt nicht nur ein, ein bereits vorhandenes Stadtbild zu erhalten, sondern es auch positiv umzugestalten. Unabhängig davon ist festzustellen, dass die von dem historischen Verordnungsgeber ausgewählten sechs Referenzgebäude bereits wegen ihrer großen Baumasse und ihrer städtebaulichen Bedeutung geeignet waren, das Stadtbild im Binnenalsterraum zu prägen.

57

cc) Ebenso wenig teilt das Berufungsgericht die Annahme der Klägerin, die Binnenalster-Verordnung sei funktionslos geworden, weil die großzügige Befreiungspraxis der Beklagten das durch die Verordnung geschützte typische Gepräge inzwischen so stark verändert habe, dass die Verordnung Ziel und Zweck des § 1 BinVO nicht mehr erfüllen könne. Überall dort, wo im Dachbereich Gauben und andere Aufbauten genehmigt worden seien, bestünde keine durchgängig graue oder kupfergrüne Dachdeckung, so dass insbesondere § 2 Abs. 1 lit. e BinVO funktionslos geworden sei.

58

Eine Gestaltungsverordnung bzw. eine darin enthaltene Norm können funktionslos werden, wenn und soweit die Verhältnisse, auf die sie sich beziehen, in der tatsächlichen Entwicklung einen Zustand erreicht haben, der ihre Verwirklichung auf unabsehbare Zeit ausschließt (Zeitmoment), und diese Tatsache so offensichtlich ist, dass ein in ihre Fortgeltung gesetztes Vertrauen keinen Schutz verdient (Umstandsmoment). Dabei kommt es nicht auf die Verhältnisse auf nur einzelnen Grundstücken an (vgl. BVerwG, Urt. v. 3.12. 1998, BVerwGE 108, 71, juris Rn. 22).

59

Gemessen daran sind weder die Binnenalster-Verordnung als Ganzes noch § 2 Abs. 1 lit. e BinVO im Besonderen, der für die baulichen Anlagen eine graue oder kupfergrüne Dachdeckung fordert, funktionslos geworden.

60

Dass in der tatsächlichen Entwicklung der Bebauung rund um die Binnenalster bereits ein Zustand eingetreten ist, der es auf unabsehbare Zeit ausschließt, die Gestaltungsziele der Binnenalster-Verordnung zu erreichen, lässt sich nicht feststellen. Die Binnenalster ist mit Blick auf das Stadtbild und die Stadtwahrnehmung ein zentraler und prägender Stadtraum Hamburgs. Die Binnenalster-Verordnung regelt die Grundzüge der Baugestaltung in diesem Bereich mit dem Ziel, eine möglichst einheitliche bzw. harmonische Höhenentwicklung, Farbigkeit und Dachform bei den baulichen Anlagen zu entwickeln. Dieses Ziel verliert nicht bereits dann seine tatsächliche Verwirklichungsfähigkeit, wenn es nicht überall im räumlichen Geltungsbereich der Verordnung umgesetzt worden ist oder es von der Beklagten bei der Erteilung von Baugenehmigungen bzw. Befreiungen jedenfalls konsequenter hätte umgesetzt werden können. Eine einheitliche Höhenentwicklung der Gebäude, wie sie mit § 2 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 und 3 BinVO verfolgt wird, ist in weiten Bereichen, insbesondere auch am Ballindamm, bereits ebenso wie die von § 2 Abs. 1 lit. d BinVO verfolgte harmonische Farbigkeit der Außenwände erreicht worden. Die markante Farbigkeit einer kupfergrünen Dachdeckung ist an der vorhandenen Bebauung ebenfalls deutlich ablesbar. Gerade aufgrund ihrer übergroßen Baumasse optisch dominierende Gebäude, wie das der Hapag-Lloyd am Ballindamm, das Alsterhaus am Jungfernstieg oder das Hotel Vier Jahreszeiten am Neuen Jungfernstieg weisen diese für den Binnenalsterraum charakteristische kupfergrüne Dachdeckung auf. Selbst bei dem Neubau des Einkaufszentrums Europa Passage aus dem Jahre 2006 ist auf eine angepasste Farbigkeit geachtet worden, indem für die Gebäudefassade an der Binnenalster heller Naturstein und für das Dach eine kupfergrüne lamellenförmige Abdeckung gewählt wurde, die die darunter liegende großflächige Dachverglasung verdecken soll.

61

Was die von der Klägerin monierte Dachgestaltung im Übrigen angeht, insbesondere das zahlreiche Vorhandensein von Dachgauben, die der baugestalterischen Vorgabe des § 2 Abs. 1 lit. c BinVO, keine Dachaufbauten zu verwenden, zuwiderläuft, ist festzustellen, dass im räumlichen Geltungsbereich der Binnenalster-Verordnung nach wie vor eine nicht unerhebliche Bautätigkeit zu verzeichnen ist, die eine Verwirklichung dieser Vorgabe weiterhin ermöglicht. So verfügt das im Jahre 2017 fertiggestellte Büro- und Geschäftshaus Ballindamm ... über keine Gauben, aber über eine kupfergrüne Dachdeckung. Das Grundstück Ballindamm ... (Flurstück ... der Gemarkung Altstadt Nord) wird zurzeit gerade neu bebaut und wird ebenfalls keine Dachgauben haben. Selbst wenn man mit der Klägerin annehmen wollte, dass § 2 Abs. 1 lit. c BinVO unwirksam wäre, blieben die allein entscheidungserheblichen Vorschriften der §§ 1, 2 Abs. 1 lit. e BinVO hiervon unberührt, weil sie auch für sich genommen eine sinnvolle baugestalterische Vorgabe darstellen, die geeignet ist, das mit dem Erlass der Binnenalster-Verordnung verfolgte Ziel umzusetzen, die Bebauung

der die Binnenalster umschließenden Straßenzüge insbesondere hinsichtlich der Dachausformung zu vereinheitlichen bzw. zu harmonisieren.

62

dd) Nicht beizutreten ist auch der Rechtsansicht der Klägerin, § 2 Abs. 1 BinVO sei nicht hinreichend bestimmt, weil durch die Verwendung des weiten Begriffs der „baulichen Anlagen“ i.S.v. § 2 HBauO unklar bleibe, welche Anlagen in den sachlichen Anwendungsbereich der Binnenalster-Verordnung fielen, wenn zudem in § 1 BinVO der Begriff der „baulichen Anlagen“ neben dem engeren Begriff der „Bauwerke“ verwendet werde, was eine engere Auslegung des Begriffs der baulichen Anlagen ausschließe.

63

Das aus dem Rechtsstaatsprinzip herzuleitende Bestimmtheitsgebot verlangt von dem Normgeber, die Rechtsvorschriften so genau zu fassen, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist. Die Rechtsvorschriften müssen so gefasst sein, dass der Betroffene seine Adressateneigenschaft und die Rechtslage konkret erkennen kann. Er muss sein Verhalten danach ausrichten können. Auslegungsbedürftigkeit macht aber eine Norm nicht unbestimmt (vgl. BVerfG, Beschl. v. 18.5.2004, BVerfGE 110, 370, juris Rn. 124; v. 9.4.2003, BVerfGE 108, 52, juris Rn. 61). Dem Bestimmtheitsgebot ist vielmehr genügt, wenn Auslegungsprobleme mit den herkömmlichen juristischen Methoden bewältigt werden können (vgl. BVerfG, Beschl. v. 12.6.1990, BVerfGE 82, 209, juris Rn. 65).

64

Die Klägerin wendet zutreffend ein, dass der Begriff der baulichen Anlagen in § 2 Abs. 1 BinVO nicht denselben Inhalt haben kann wie in § 2 Abs. 1 und 2 HBauO, der zu den baulichen Anlagen u.a. auch Aufschüttungen und Abgrabungen oder Standplätze für Abfallbehälter zählt. Das ist allerdings nicht Ausdruck einer mangelnden Bestimmtheit des Begriffs oder eines unauflösbaren Widerspruchs bei seiner Verwendung in §§ 1, 2 Abs. 1 BinVO, denn juristische Begriffe gelten nicht absolut, sondern sind nach Sinn und Zweck des jeweiligen Normzusammenhangs auszulegen. Vor diesem Hintergrund hat die Klägerin selbst zutreffend erkannt, was auch für jeden anderen Normbetroffenen ohne weiteres erkennbar ist, dass mit „baulichen Anlagen“ in § 2 Abs. 1 BinVO nur Gebäude gemeint sein können, weil sich die anschließenden baugestalterischen Anforderungen in den Buchstaben a - f ebenso wie die in den nachfolgenden Absätzen 2 und 3 nur auf solche sinnvoll beziehen. Dies entspricht der Regelungsabsicht des Ordnungsgebers, der sich allein auf sechs Referenzgebäude als Vorbild für seine baugestalterischen Anforderungen bezogen hat, um das für den Binnenalsterraum besondere Gepräge zu bestimmen.

65

Zu dieser begrifflichen Konkretisierung steht die Verwendung des Begriffs der baulichen Anlagen in § 1 BinVO nicht in Widerspruch. In der ursprünglich geltenden

Fassung des § 1 BinVO war dort einleitend von „Neubauten“ die Rede, was zu der Frage führte, ob von der Binnenalter-Verordnung auch Umbauten an bestehenden Gebäuden erfasst werden. Dies bejahte das Berufungsgericht in seinem Urteil vom 9. Juli 1953 (OVG Bf II 540/52, n.v.) unter Hinweis darauf, dass der Begriff „Neubauten“ als gleichbedeutend mit dem in § 2 Abs. 1 BinVO verwendeten Begriff der baulichen Anlagen zu verstehen sei, weil durch das Wort „daher“ in § 2 Abs. 1 BinVO ein enger Zusammenhang mit § 1 BinVO hergestellt werde, was eine einschränkende Auslegung des Begriffs „Neubauten“ ausschließe. Bei der Neufassung des § 1 BinVO im Jahre 1978 (HmbGVBl. S. 61) zog der Ordnungsgeber daraus die Konsequenz und ersetzte den engeren Begriff „Neubauten“ durch den weiteren der baulichen Anlagen. An die begriffliche Weite des Begriffs der baulichen Anlagen, wie er in § 2 Abs. 1 und 2 HBauO definiert ist, knüpfte der Ordnungsgeber nicht an.

66

b) Die Klägerin hat keinen Anspruch auf die Erteilung eines positiven Vorbescheides, weil der von ihr geplante Dachgestaltung mit vier Dachflächenfenstern § 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 lit. e BinVO entgegenstehen.

67

aa) Die Klägerin wendet sich allerdings zu Recht gegen die Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts, dass § 2 Abs. 1 lit. e BinVO ein generelles Verbot von Dachflächenfenstern statuieren.

68

Nach § 2 Abs. 1 lit. e BinVO wird für die baulichen Anlagen eine „graue oder kupfergrüne Dachdeckung“ gefordert. „Dachdeckung“ ist ein Begriff aus der Bautechnik, der den oberen Abschluss eines Gebäudes durch bestimmte Deckstoffe zum Schutz vor Witterungseinflüssen bezeichnet. Die Dachdeckung besteht aus der Dachhaut und einer Unterkonstruktion. Dachfenster, sei es stehend oder liegend, sind von ihrer Funktion her kein Deckstoff für Dächer, sondern bezwecken die Versorgung des obersten Geschosses mit Tageslicht. Gegen ein weites Begriffsverständnis von Dachdeckung spricht zudem, dass die Aufzählung der geforderten baulichen Gestaltungsmerkmale in § 2 Abs. 1 BinVO abschließenden Charakter hat und in Bezug auf Fenster in § 2 Abs. 1 lit. f BinVO lediglich geregelt ist, dass keine farbige wirkende oder spiegelnde Fensterverglasung verwendet werden darf. Hinzu kommt, dass der historische Ordnungsgeber 1949 an Dachflächenfenster kaum gedacht haben wird, weil diese damals - im Gegensatz zu Dachgauben, die gemäß § 2 Abs. 1 lit. c BinVO als Dachaufbauten unzulässig sind - noch nicht üblich waren. Dies war zwar 1978, als die Binnenalter-Verordnung geändert wurde, anders. Jedoch ist in Bezug auf Fenster nur der Buchstabe f in die Verordnung ergänzend eingefügt worden.

69

bb) Die Zulässigkeit des Einbaus von Dachflächenfenstern richtet sich daher nach § 1 BinVO, der für den räumlichen Geltungsbereich der Binnenalter-Verordnung generell

bestimmt, dass bauliche Anlagen an der Binnenalster in ihrer Gestaltung auf die Bauwerke Rücksicht nehmen sollen, die diesem für Hamburg typischen Stadtraum das besondere Gepräge geben.

70

aaa) Mit der Binnenalster-Verordnung wird das Ziel verfolgt, durch konkrete Anforderungen an die Gestaltung der baulichen Anlagen den baugestalterischen Charakter der für den Binnenalsterraum prägenden Bauwerke, die der Verordnungsgeber durch die Auswahl von sechs bestimmten Referenzgebäuden bestimmt hat (dazu bereits oben unter a) bb)), zu bewahren bzw. ihn auch an anderen Gebäuden ablesbar zu machen. Welche Gestaltungsmerkmale dabei im Einzelnen maßgeblich sind, ergibt sich aus der Aufzählung in § 2 BinVO. Durch die adverbiale Verknüpfung in dessen Absatz 1 „... wird daher gefordert: ...“ stellt der Verordnungsgeber klar, dass „das besondere Gepräge“, das die Bauwerke an der Binnenalster als einen für Hamburg typischen Stadtraum auszeichnet, durch in § 2 BinVO aufgeführten Gestaltungsmerkmale abschließend gekennzeichnet wird.

71

Das Tatbestandsmerkmal „Rücksicht nehmen“ in § 1 BinVO verlangt, dass sich die baulichen Anlagen in dieses besondere städtebauliche Gepräge einfügen, d.h. harmonisch mit ihrer baulichen Umgebung in Übereinstimmung zu bringen sind. Die hierbei zu betrachtende relevante Umgebung reicht so weit, wie sich die Ausführung der baulichen Anlage im Einzelfall auf die gestalterischen Anforderungen in § 2 Abs. 1 BinVO belastend auswirken bzw. wie es zu abträglichen wechselseitigen Auswirkungen kommen kann. Nicht zu folgen sind der Klägerin, die als maßgeblichen Umgebungsrahmen den gesamten räumlichen Geltungsbereich der Binnenalster-Verordnung ansieht, und dem Verwaltungsgericht, das auf den Ballindamm als einen Teil des Stadtraums Binnenalster abgestellt hat, weil dies die Wirksamkeit der Binnenalster-Verordnung unzulässig beschneiden würde. Denn zum einen wird sich die Gestaltung eines Gebäudes schwerlich auf den gesamten Geltungsbereich der Binnenalster-Verordnung störend auswirken können, weil dieser hierfür zu groß ist. Zum anderen dürfen belastende Auswirkungen der baulichen Anlage in ihrer näheren Umgebung nicht ausgeblendet werden. Dies würde den Gestaltungsabsichten des Verordnungsgebers, die Bebauung an der Binnenalster zu vereinheitlichen bzw. zu harmonisieren, zuwiderlaufen.

72

Für den Erhalt der prägenden Wirkung der in der Binnenalster-Verordnung gemäß § 2 Abs. 1 lit. e BinVO vorgeschriebenen grauen oder kupfergrünen Dachdeckung ist das Größenverhältnis der der Binnenalster zugewandten Dachfläche zu deren Unterbrechung durch Dachflächenfenster oder andere Bauteile von erheblicher Bedeutung (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 8.9.2008, 2 Bf 348/07.Z, n.v.). Dagegen lässt sich den gestalterischen Anforderungen in § 2 Abs. 1 BinVO nicht entnehmen, dass es - wie vom Verwaltungsgericht und von der Beklagten vertreten - für das Einfügen der baulichen Anlagen in das besondere städtebauliche Gepräge des Binnenalsterraumes maßgeblich darauf ankommt, ob Dachfenster den optischen

Eindruck einer geschlossenen Dachdeckung in horizontaler oder in vertikaler Richtung unterbrechen, also den Blick des Betrachters nach oben oder unten in Richtung der Gebäudefassade lenken. Dieser Gesichtspunkt der „optischen Unruhe“ mag baugestalterisch abträglich sein, stört aber die hier geforderte harmonische Dacheinfärbung nicht.

73

bbb) Nach diesem Maßstab ist die zu betrachtende maßgebliche Umgebung der baulichen Anlage Ballindamm ... der Baublock zwischen Alstertor und Bergstraße, also die insgesamt ... Gebäude von Ballindamm ... bis ... einschließlich der beiden Eckgebäude ... Hierfür spricht, dass das Gebäude Ballindamm ... relativ mittig in diesem Baublock liegt und mit einer Breite von 14,90 m über ein vergleichsweise schmales Dach verfügt, dessen optische Auswirkungen über den insgesamt ca. 200 m breiten Baublock nicht hinausreichen.

74

Die von der Klägerin geplante Dachgestaltung mit vier Dachflächenfenstern in der Größe von 2,105 m x 1,70 m (Breite x Höhe) in einen Abstand von jeweils 0,42 m zueinander und bei einem äußeren Abstand von 2,605 m zu den beiden seitlichen Gebäudeabschlussmauern fügt sich gemessen an der von § 2 Abs. 1 lit. e BinVO geforderten grauen oder kupfergrünen Dachdeckung nicht harmonisch in den Baublock zwischen Alstertor und Bergstraße ein und ist daher gemäß § 1 BinVO unzulässig.

75

Auf der Grundlage des in das Verfahren eingeführten aktuellen wie aussagekräftigen Fotomaterials lässt sich feststellen, dass das Gesamtbild der maßgeblichen Umgebung des Gebäudes der Klägerin von einer grauen oder kupfergrünen Dachdeckung geprägt ist: Die beiden den Rahmen bildenden Eckgebäude ... sind kupfergrün gedeckt. Der zurzeit noch im Bau befindliche Dachstuhl des Gebäudes Ballindamm ... (Flurstück ... der Gemarkung Altstadt Nord) wird gemäß der zugrunde liegenden Baugenehmigung ebenfalls in grün gedeckt sein. Das Gebäude der Klägerin liegt zwischen dem eher bräunlich gedeckten Gebäude Ballindamm ... und dem breiteren, kupfergrün gedecktem Gebäude Ballindamm ... Die Dachgaube auf dem Gebäude Ballindamm ... mit den beiden kleinen Dachflächenfenstern rechts und links von ihr stehen nach den Größenverhältnissen nicht dem optisch prägenden Einfluss entgegen, dass das Dach farblich von einer kupfergrünen Eindeckung dominiert wird. Das Gebäude Ballindamm ... hat zwar im Verhältnis zu seiner Gebäudebreite von nur ca. 8,50 m eine auffallend große Dachgaube, die aber wie das übrige Dach grau eingedeckt ist und daher farblich nicht stärker störend ins Gewicht fällt. Da das Gebäude ohnehin mit ca. 8,50 m sehr schmal ist, kommt ihm für den Baublock keine prägende Bedeutung zu. Dagegen harmonisiert die Europa Passage ..., die als Einkaufspassage den Baublock wegen ihrer Baumasse erheblich prägt, trotz ihres großen Glasdachs mit der Umgebung farblich, weil das Glasdach durch die Lamellenabdeckung in kupfergrün nicht auffällig hervortritt.

Die von der Klägerin geplante Dachgestaltung fügt sich in diese Umgebung nicht ein, weil sie von einem erfahrenen und verständigen Betrachter als abträglich in Bezug auf die geforderte graue oder kupfergrüne Dachdeckung empfunden wird. Bei dieser Bewertung ist zu beachten, dass mit der Binnenalster-Verordnung für die baulichen Anlagen an der Binnenalster eine möglichst einheitliche bzw. harmonische Höhenentwicklung, Farbigkeit und Dachform angestrebt wird, so dass auch schon geringere Abweichungen hiervon als stärker abträglich für die Gestaltungsabsichten des Ordnungsgebers zu bewerten sind. Denn Gestaltungsverordnungen sollen nicht nur Verunstaltungen ausschließen, sondern auch eine positive Gestaltungspflege ermöglichen. Das Argument der Klägerin, die Dachflächenfenster hätten keine Farbe, geht an der positiven Gestaltungsabsicht des Ordnungsgebers, dass die Dächer grau oder kupfergrün sein sollen, vorbei. Denn eine farblose Dachverglasung entspricht nicht der geforderten Farbigkeit der Dächer. Der jeweilige Zwischenabstand der Fenster von nur 0,42 m fällt zu gering aus, um dem optischen Eindruck entgegenzuwirken, dass das Dach durch ein zusammenhängendes breites Fensterband beherrscht würde. Dies ist vor allem dem Umstand geschuldet, dass die Dachflächenfenster auf dem Gebäude der Klägerin erst in einem größeren Abstand von dem Gebäude aus gut sichtbar wären. Das zusammenhängende Fensterband nähme einschließlich der geringen Zwischenabstände mit 9,68 m rund 65 % der Dachbreite von 14,90 m und mit 16,40 m² rund 20 % der der Binnenalster zugewandten straßenseitigen Dachfläche von 81,95 m² in Anspruch. Dies sind Größenverhältnisse, die bei einem zusammenhängenden Fensterband für die geforderte geschlossene farbliche Dachdeckung nicht mehr als optisch unauffällig zu bewerten sind. Eine derartige Dachgestaltung steht vielmehr im Widerspruch zu dem Ziel der Binnenalster-Verordnung, dass eine Dachhaut hergestellt wird, die zwar nicht vollständig geschlossen sein muss, die aber von einer grauen oder kupfergrünen Dachdeckung optisch dominiert wird. Was die vorhandenen Dachflächenfenster auf den anderen Gebäuden in der Umgebung angeht, bilden diese weder ein zusammenhängendes Fensterband noch haben die einzelnen Fenster eine Breite von rund 2 m. Die von der Klägerin geplante Dachgestaltung wäre daher farblich betrachtet ohne jedes Vorbild und würde dem Betrachter als störender Blickfang auffallen.

2. Die Klägerin kann gemäß § 4 Abs. 3 BinVO keine Bewilligung einer Befreiung beanspruchen.

Nach § 4 Abs. 3 BinVO kann in besonderen Fällen von den Vorschriften dieser Verordnung Befreiung bewilligt werden. Unter welchen Voraussetzungen ein besonderer Fall anzunehmen ist, ist weder in der Binnenalster-Verordnung geregelt noch lässt sich dies den historischen Materialien zu ihrer Entstehungsgeschichte entnehmen, was die Frage aufwirft, ob die Vorschrift hinreichend auslegungsfähig ist. Unterstellt man zugunsten der Klägerin, dass § 4 Abs. 3 BinVO dem aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Bestimmtheitsgebot genügt, weil die sachliche Eigenart

eines besonderen Falles ein gewisses Maß an Unbestimmtheit bedingt und weil zugunsten der Normbetroffenen eine angemessene Einzelfallentscheidung ermöglicht werden soll, könnte sie die Bewilligung einer Befreiung aber nicht damit begründen, dass die Einhaltung der baugestalterischen Anforderungen der § 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 lit. e BinVO in ihrem Fall wegen des für ihr Gebäude geltenden Denkmalschutzes zu einer unzumutbaren Härte führen würde.

79

Befreiungen sollen besondere Härten im Einzelfall abwenden, die aus einer schematischen Anwendung der Regelungen resultieren können. Dadurch konkretisieren sie den rechtsstaatlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die aus Art. 14 Abs. 1 GG resultierende Baufreiheit. Eine Befreiung verlangt - anders als eine bereits in der Verordnung zugelassene Ausnahme - das Vorliegen eines nicht vorhersehbaren Sonderfalles. Eine unzumutbare Härte liegt vor, wenn das private Interesse der Bauherrin an der Verwertung der vorhandenen Bausubstanz in Abwägung mit dem öffentlichen Zweck, durch baugestalterische Anforderungen das besondere Gepräge des für Hamburg typischen Stadtraums Binnenalster zu schützen, unverhältnismäßig zurückgestellt würde.

80

Eine derartige unverhältnismäßige Zurückstellung der berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Klägerin liegt nicht vor. Die Binnenalster ist ein Stadtraum, der für Hamburg charakteristisch ist und der Stadt ein unverwechselbares Gesicht verleiht, das allgemein hohe Bekanntheit genießt. Andererseits muss es der Eigentümer grundsätzlich hinnehmen, dass ihm eine rentablere Nutzung verwehrt wird, da Art. 14 GG nicht die wirtschaftlich einträglichste Nutzung schützt. Anders liegt es wenn im Ausnahmefall keinerlei sinnvolle Nutzungsmöglichkeit mehr besteht, auch ein dem Denkmalschutz aufgeschlossener Eigentümer keinen vernünftigen Gebrauch von dem Denkmal machen, es auch nicht veräußern kann und damit die Privatnützigkeit nahezu beseitigt wird (siehe BVerfG, Beschl. v. 2.3.1999, BVerfGE 100, 226, juris Rn. 84 f.).

81

Das rein wirtschaftliche Interesse der Klägerin an einer möglichst rentablen Ausnutzbarkeit des Dachgeschosses hat daher nicht das Gewicht, die mit § 1 BinVO verfolgten baupflegerischen Ziele zurückzudrängen. Die Anwendung von § 1 BinVO führt nicht dazu, dass eine Nutzung des Dachgeschosses zu Aufenthaltszwecken unmöglich würde. Weder schließt die Vorschrift an der Vorderseite des Gebäudes Ballindamm ... Dachflächenfenster vollständig aus noch scheidet die Möglichkeit aus, die Gebäuderückseite, die von der Binnenalster aus nicht einsehbar ist, für eine hinreichende Belichtung des Dachgeschosses zu nutzen. Dass die Klägerin im Vergleich zu ihren Grundstücksnachbarn nicht dieselben Möglichkeiten zur wirtschaftlichen Ausnutzung ihres Grundstücks hat, stellt keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung dar, sondern ist gemäß Art. 14 Abs. 2 GG verhältnismäßiger Ausdruck der Sozialpflichtigkeit ihres Eigentums mit Rücksicht auf die Denkmaleigenschaft des Gebäudes.

82

3. Zu Recht macht die Klägerin nicht geltend, dass ihr ein Anspruch auf Zulassung einer Abweichung gemäß § 69 Abs. 1 Satz 1 HBauO zusteht.

83

Die Bauaufsichtsbehörde kann gemäß § 69 Abs. 1 Satz 1 HBauO Abweichungen von aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Vorschriften zulassen, wenn sie unter Berücksichtigung des Zwecks der jeweiligen Anforderung und unter Würdigung der öffentlich-rechtlich geschützten nachbarlichen Belange mit den öffentlichen Belangen, insbesondere den Anforderungen des § 3 Abs. 1 HBauO, vereinbar sind (Nr. 1) oder Gründe des Wohls der Allgemeinheit die Abweichung erfordern (Nr. 2).

84

Bei einer „Abweichung“ handelt es sich auch um die frühere bauordnungsrechtliche Befreiung, für die die Binnenalter-Verordnung in § 4 Abs. 3 BinVO eine Spezialermächtigung in besonderen Fällen geschaffen hat. Das Berufungsgericht kann die Frage, ob dieser Umstand die Anwendung des allgemeinen Abweichungstatbestandes in § 69 Abs. 1 Satz 1 HBauO ausschließt, offen lassen. Denn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 69 Abs. 1 Satz 1 HBauO liegen jedenfalls nicht vor. Es ist auszuschließen, dass die Zulassung einer Abweichung mit den gestalterischen Anforderungen der Binnenalter-Verordnung als maßgeblicher öffentlicher Belang vereinbar wäre, weil dem Schutzzweck der Verordnung durch die von der Klägerin geplante Dachgestaltung nicht ausreichend Rechnung getragen wird. Ebenso wenig erfordern Gründe des Wohls der Allgemeinheit die Abweichung, weil es allein um das wirtschaftliche Interesse der Klägerin an einer möglichst rentablen Ausnutzung ihres Gebäudes geht.

85

4. Schließlich besteht kein Anspruch der Klägerin auf Bewilligung einer Befreiung nach Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. einer ständigen Verwaltungspraxis der Beklagten.

86

§ 4 Abs. 3 BinVO stellt die Bewilligung einer Befreiung („kann ... bewilligt werden“) in das pflichtgemäße Ermessen der zuständigen Behörde. Eine Ermessensbindung gemäß Art. 3 Abs. 1 GG kann auch in Gestalt einer rein tatsächlichen ständigen Verwaltungspraxis, also ohne ermessensleitende Verwaltungsvorschriften, erfolgen. Eine Ermessensentscheidung ist hier für die Beklagte aber nicht eröffnet, da ein besonderer Fall i.S.d. § 4 Abs. 3 BinVO nicht vorliegt.

87

Die Bewilligung einer Befreiung ohne Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 4 Abs. 3 BinVO wäre rechtswidrig und könnte von der Klägerin nicht unter Berufung auf Art. 3 Abs. 1 GG beansprucht werden, weil es

keinen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht gibt (siehe BVerwG, Urt. v. 22.7.2015, BVerwGE 152, 313, juris Rn. 28; v. 25.1.2007, NVwZ 2007, 1192, juris Rn. 44). Die Beklagte darf in einem Rechtsstaat gemäß Art. 20 Abs. 3 GG nicht durch ein gerichtliches Urteil zu einem wiederholten rechtswidrigen Handeln verpflichtet werden.

88

Unabhängig davon ist die Dachgestaltung auf dem Gebäude der Klägerin nicht - wie sie meint - mit der auf dem Dach der Europa Passage ... vergleichbar. Zwar stimmt es, dass die Dachverglasung auf der Europa Passage deutlich größer ausfällt als die für das Gebäude der Klägerin geplante. Aber die Dachverglasung auf der Europa Passage wird durch eine kupfergrüne Lamellen-Verkleidung abgedeckt, so dass sie nicht störend sichtbar ist.

II.

89

Die Klägerin hat gemäß § 154 Abs. 2 VwGO die Kosten des erfolglosen Berufungsverfahrens zu tragen. Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten des Verfahrens gemäß § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO ohne Sicherheitsleistung und unter Ausspruch einer Abwendungsbefugnis für die Klägerin vorläufig vollstreckbar. Eine Entscheidung gemäß § 162 Abs. 2 Satz 2 VwGO über den zweiten Antrag der Klägerin, die Zuziehung ihres Bevollmächtigten für das Verfahren für notwendig zu erklären, ist nicht veranlasst, weil sie keinen Kostenerstattungsanspruch hat. Gründe, die Revision gemäß § 132 Abs. 2 VwGO zuzulassen, sind nicht ersichtlich. Die Rechtssache wirft insbesondere keine bundesrechtlichen Fragen von grundsätzlicher Bedeutung auf.