

Titel:

Abgewiesene Klage in baurechtlicher Streitigkeit - Verwirkung des materiellen Rechts des Nachbarn bei Duldung seitens der Bauaufsichtsbehörde

Normenketten:

VwGO § 58

BayBO Art. 76

BGB § 133, § 157, § 242

BayVwVfG Art. 35, Art. 37 Abs. 2

Leitsätze:

1. Bei bloßer Kenntniserlangung des Nachbarn aus dem Akteninhalt (hier: bezüglich einer dem Bauherrn gegenüber ausgesprochenen baurechtlichen Duldung) ist die Jahresfrist gem. § 58 Abs. 2 VwGO weder direkt noch entsprechend anwendbar, da die Duldung dem Nachbarn gegenüber nicht bekannt gegeben worden ist (vgl. hierzu BVerwG U.v. 25.1.1974 - IV C 2/72 - NJW 1974, 1260; Kluckert in Sodan/Ziekow, VwGO Stand 2018, § 58 Rn. 75); allerdings unterliegen auch verfahrensrechtliche Rechte den Grundsätzen von Treu und Glauben und können somit verwirkt werden geltend machen. (Rn. 52) (redaktioneller Leitsatz)
2. Auch wenn formale Gesichtspunkte gegen die Annahme eines Verwaltungsaktes im Sinne von Art. 35 BayVwVfG sprechen (hier: keine "Bescheidsform", keine Rechtsbehelfsbelehrung), kann sich aus dem objektiven Sinngehalt entsprechend den §§ 133, 157 BGB einer E-Mail ergeben, dass hierin ein Verwaltungsakt zu sehen ist; die Abfassung in einer E-Mail steht der Annahme eines Bescheides nicht entgegen, wie sich aus Art. 37 Abs. 2 BayVwVfG ergibt. (Rn. 61 – 63) (redaktioneller Leitsatz)
3. Angesichts dieses deutlich über der Schwelle von zehn Jahren liegenden Zeitraumes (hier: Kenntnis vom Bauvorhaben des Nachbarn in 1999 und erstmaiges Wenden an die Bauaufsichtsbehörde in 2014) ist in jedem Fall von einer Verwirkung i.S.v. § 242 BGB des materiellen Rechts auf Erlass einer Beseitigungsanordnung auszugehen. (Rn. 69 – 70) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Verwirkung, Anspruch auf Vollstreckung, Duldung, Baugenehmigung, Bebauungsplan, Verwaltungsakt, E-Mail, objektiver Sinngehalt, Treu und Glauben, Akteninhalt, Kenntnis

Fundstelle:

BeckRS 2020, 16707

Tenor

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der notwendigen außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen.
3. Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Vollstreckungsschuldnerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 v.H. des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Tatbestand

1

Die Klägerin begehrt den Vollzug einer Beseitigungsanordnung betreffend eine „Terrassenüberdachung/Pergola“ auf dem Grundstück des Beigeladenen.

2

Die Klägerin ist Eigentümerin des Grundstückes FINr. ..., Gemarkung ... Es handelt sich um ein Reihemittelhaus. Der Beigeladene ist Eigentümer des Anwesens FINr. ..., Gemarkung ...; es handelt sich um ein Reiheneckhaus, das an das Haus der Klägerin anschließt. Die Klägerin bewohnt ihr

Reihenmittelhaus seit 1969, die Eltern des Beigeladenen lebten bis Anfang des Jahres 2011 in dem Nachbaranwesen, das Anwesen ist seit August 2016 fremdvermietet.

3

Im Jahr 2014 teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass eine marode Terrassentrennwand aus Glasbausteinen, die zwischen den beiden Grundstücken gelegen sei, zu sanieren sei. Dies werde durch eine angebaute Balkonüberdachung auf FINr. ..., Gemarkung ..., behindert.

4

Eine Ortseinsicht durch die Beklagte am 17. Juni 2014 ergab, dass bereits ca. 15 Jahre zuvor die Terrassenüberdachung errichtet worden war. Die Beklagte teilte dem Beigeladenen mit, dass eine Abstandsflächenübernahme erforderlich sei. Der Beigeladene sicherte die Erledigung „möglichst schnell“ zu.

5

Einem Aktenvermerk vom 8. Juli 2014 ist zu entnehmen, dass bei einer Ortseinsicht am 7. Juli 2014 festgestellt wurde, dass die Verglasung im 3 m-Bereich beseitigt worden sei. Damit sei die erforderliche Abstandsfläche eingehalten. Der Sachverhalt sei der Klägerin vor Ort erklärt worden. Dennoch sei die verbleibende Terrassenüberdachung genehmigungspflichtig, da die Tiefe größer als 3 m sei.

6

Mit Schreiben vom 29. August 2014 teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass die Rückbaumaßnahme auf einer Empfehlung des Mitarbeiters der Beklagten basiere. Ein materielles Genehmigungsverfahren sei nicht eingeleitet worden, obwohl die formellen Voraussetzungen dazu erfüllt zu sein schienen. Es werde um Aufklärung der Vorgänge gebeten.

7

Mit Schreiben vom 7. September 2014 wies die Klägerin der Beklagten gegenüber auf einen Beschluss des OVG Nordrhein-Westfalen vom 13. März 2009 hin, wonach das Entfernen der Glasabdeckung der Terrassenüberdachung auf einer Breite von 3 m nicht dazu führe, dass das Gerüst der Überdachung und die nunmehr noch vorhandene teilweise Glasüberdachung keine bauliche Anlage mehr wären. Es werde um Stellungnahme gebeten.

8

Mit Schreiben vom 10. September 2014 forderte die Beklagte den Beigeladenen auf, einen entsprechenden Bauantrag für die „Errichtung einer Terrassenüberdachung“ auf dem Grundstück FINr. ..., Gemarkung ..., zu stellen. Dies wurde der Klägerin mit Schreiben vom 11. September 2014 mitgeteilt.

9

Mit am 15. September 2014 bei der Beklagten eingegangenem Antrag beantragte der Beigeladene die Genehmigung für die „Errichtung einer Pergola, teilweise gedeckt“ auf dem Grundstück FINr. ..., Gemarkung ... Mit Schreiben vom 7. November 2014, vom 12. November 2014 sowie vom 27. November 2014 teilte die Klägerin Einwände gegen das Vorhaben „Terrassenüberdachung“ mit und wies auf die Möglichkeit der Überprüfung des behördlichen Handelns durch den Petitionsausschuss des Bayer. Landtages hin.

10

Mit Schreiben vom 10. Dezember 2014 teilte der damalige Klägerbevollmächtigte der Beklagten mit, dass die Terrassenüberdachung auf dem Grundstück FINr. ..., Gemarkung ..., zu einem Abstandsflächenverstoß führe. Die mittlere Höhe der Terrassenüberdachung liege bei 3,25 m. Es handle sich nicht nur um eine teilweise Überdeckung, da sich auf der gegenwärtigen Terrassenüberdachung eine Markise befinde, die jederzeit ausgefahren werden könne.

11

Mit Schreiben vom 12. Januar 2015 teilte die Beklagte dem Beigeladenen mit, dass eine Genehmigung für das Vorhaben „Errichtung einer Terrassenüberdachung, teilweise überdeckt“ nicht erteilt werden könne. Die Überdachung löse Abstandsflächen aus, die nach Westen in Gänze auf dem Nachbargrundstück FINr. ... und nach Osten auf dem Wohnweg mit FINr. ..., jeweils Gemarkung ..., zu liegen kämen. Entsprechende Abweichungen seien nicht beantragt und könnten auch nicht zugelassen werden, weil es an hinreichenden Gründen für eine Atypik fehle. Weiterhin halte das Bauvorhaben die im Bebauungsplan festgesetzte

Baugrenze nach Süden nicht ein und unterschreite die festgesetzte Geschossigkeit. Es werde Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb der nächsten zwei Wochen gegeben.

12

Mit E-Mail vom 26. Februar 2015 teilte die damalige Beigeladenenbevollmächtigte mit, dass aufgrund der Entfernung der Glasabdeckung nach Westen nur eine Pergola vorhanden sei, bei der keine Abstandsflächen zum Nachbarn einzuhalten seien. Die Nichteinhaltung der Abstandsflächen nach Osten zum Wohnweg könne vernachlässigt werden. Hinsichtlich der Überschreitung der Baugrenze nach Süden sei zu berücksichtigen, dass im gleichen Baugebiet mehrere Anbauten eine Tiefe von mehr als 3 m aufwiesen und so über das Bebauungsfenster hinausragten. Es handle sich hierbei um die Anbauten am ...Weg Nr. II (FINr. ...*) sowie ...Straße Nr. ... (FINr. ...*). Außerhalb des Bebauungsfensters, das im Bebauungsplan Nr. ... vorgegeben sei, befänden sich noch weitere Gebäude. Es werde eine Befreiung hinsichtlich der Baugrenze nach Süden beantragt.

13

Einem Aktenvermerk vom 15. September 2014 ist zu entnehmen, dass hinsichtlich des Bezugsfalls ...Str. ... der Wintergarten nur 3,08 m tief sei und somit nur unwesentlich tiefer als 3 m sei. Der andere Bezugsfall ...Weg sei ein Wintergarten mit 4,20 m Tiefe, jedoch mit 3 m Grenzabstand und somit nicht vergleichbar. Die Voraussetzungen für eine Befreiung lägen weiterhin nicht vor.

14

Mit Schreiben vom 16. März 2015 beantragte der Beigeladene die Zulassung einer Abweichung von den Abstandsflächen sowie eine Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplanes.

15

Mit Bescheid vom 5. Oktober 2015 wurde für das Vorhaben „Errichtung einer Terrassenüberdachung mit Tragkonstruktion“ die Genehmigung versagt (Ziffer 1 des Bescheides). In Ziffer 2 des Bescheides wurde angeordnet, dass die ohne Baugenehmigung errichtete Terrassenüberdachung mit Tragkonstruktion innerhalb einer Frist von drei Monaten ab Unanfechtbarkeit dieses Bescheides zu beseitigen ist. Für den Fall der Nichteinhaltung dieser Frist wurde ein Zwangsgeld in Höhe von 2.000,00 EUR angedroht (Ziffer 3 des Bescheides). Zur Begründung wurde ausgeführt, dass das Vorhaben die im Bebauungsplan festgesetzte Baugrenze nicht einhalte und die festgesetzte Geschossigkeit unterschreite. Eine Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplanes im Hinblick auf die Überschreitung der Baugrenze sei beantragt worden, könne in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens jedoch nicht zugelassen werden. Die Überschreitung der Baugrenze um 3,80 m bei dem ausgeführten Bauvorhaben und um 4,30 m bei dem beantragten Bauvorhaben sei städtebaulich nicht vertretbar und auch unter Berücksichtigung nachbarlicher Belange mit den öffentlichen Belangen nicht vereinbar. Eine Prüfung der angeführten Bezugsfälle habe ergeben, dass die bereits außerhalb der Baugrenze vorhandenen Anbauten entweder die Baugrenze in deutlich geringerem Maße überschritten oder in deutlichem Abstand zur Nachbarbebauung errichtet worden seien und somit mit nachbarlichen Belangen nicht vereinbar seien. Die Anordnung der Beseitigung sei geboten, weil auch durch Änderung kein den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entsprechender rechtmäßiger Zustand geschaffen werden könne und daher ein öffentliches Interesse an der Beseitigung bestehe. Die Beseitigung sei das einzige Mittel, durch das wieder ein rechtmäßiger Zustand geschaffen werden könne. Insbesondere sei die Anordnung auf Beseitigung der Terrassenüberdachung mit ihrer gesamten Tragkonstruktion verhältnismäßig, da aufgrund ihrer Bauweise kein Teilrückbau möglich sei.

16

Mit am 14. Oktober 2015 bei der Beklagten eingegangenem Schreiben teilte der Beigeladene mit, die Terrassenüberdachung, Baujahr 1996, stehe nun schon seit fast 20 Jahren in dieser Bauweise und Größe da. Die Klägerin wohne schon seit mindestens 42 Jahre im Nachbaranwesen. Dass im Jahr 2014 plötzlich die Terrassenüberdachung als störend empfunden werde, sei unerklärlich und erscheine als reine Schikane. Es sei bereits auf einer Breite von 3,60 m zu den westlichen Nachbarn die Verglasung entfernt worden. Es werde hiermit Duldung der bereits errichteten teilweise gedeckten Überdachung auf Zeit beantragt.

17

Mit Schreiben vom 26. Oktober 2015 teilte die Beklagte dem Beigeladenen mit, dass die Vollziehung der Beseitigungsanordnung der Terrassenüberdachung mit Tragkonstruktion (Nr. 2 des Bescheides vom 5.10.2015) bis auf Weiteres ausgesetzt werden könne.

18

Einem Vermerk vom 26. Oktober 2015 ist zu entnehmen, dass die Vollziehung der Beseitigungsanordnung bis auf Weiteres habe ausgesetzt werden können. Im Geltungsbereich des Bebauungsplanes seien für Wintergärten nördlich und östlich vom Baugrundstück Befreiungen erteilt worden. Es sei nicht nachvollziehbar, warum die Befreiung für das streitgegenständliche Vorhaben verweigert worden sei. Ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung sei nicht ersichtlich. Eine Befreiung von der Baugrenze sei nicht nachbarschützend. Eine Verletzung des Gebots der Rücksichtnahme sei im vorliegenden Fall auch nicht ersichtlich.

19

Mit Schreiben vom 20. November 2015 teile die Beklagte der Klägerin mit, dass für das streitgegenständliche Vorhaben die Genehmigung versagt worden sei; gleichzeitig sei die Beseitigung unter Fristsetzung angeordnet worden. Da die Terrassenüberdachung im westlichen Bereich entfernt worden sei und somit keine Gebäudeeigenschaft im Sinne der Bayer. Bauordnung vorliege, sei der Vollzug der Beseitigungsanordnung bis auf Weiteres ausgesetzt worden. Eine Verletzung des Gebots der Rücksichtnahme sei im vorliegenden Fall nicht ersichtlich.

20

Am 4. Dezember 2015 reichten die Klägerin und ihr Ehemann eine Petition beim Bayer. Landtag ein, die das Ziel einer „Beseitigung einer nicht genehmigten Pergola“ hatte.

21

Einer Stellungnahme des Bayer. Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr vom 10. Februar 2016 ist zu entnehmen, dass die Entscheidung der Beklagten, die bestandskräftige Beseitigungsanordnung nicht zu vollziehen, aus Sicht des Staatsministeriums nicht zu beanstanden sei. Zwar habe die schlichte Duldung eines Bauwerks auch über einen längeren Zeitraum grundsätzlich keine Legalisierungswirkung, dennoch müsse sich die Bauaufsichtsbehörde in einem solchen Fall ausführlich mit der Frage auseinandersetzen, weshalb eine Beseitigung gerade zum jetzigen Zeitpunkt zwingend sein solle. Letzteres sei vorliegend nicht ersichtlich. Es sei auch nicht ersichtlich, dass das im Rahmen des Erlasses, aber auch der Vollstreckung einer Beseitigungsanordnung zustehende Ermessen der Stadt ... hier etwa aufgrund einer besonders qualifizierten Beeinträchtigung nachbarlicher Belange der Petenten so stark eingeengt wäre, dass nur noch ein Vollzug der Beseitigungsanordnung in Frage käme. Eine unzumutbare Beeinträchtigung eigener, nachbarschützender Rechte sei seitens der Petenten weder vorgetragen, noch sei sie ersichtlich. Aufgrund der vorliegenden Aktenlage und der Tatsache, dass die Terrassenüberdachung bzw. die Pergola bereits seit 20 Jahren (unbeanstandet) bestehe, erscheine es sachgerecht, nicht aufsichtlich in einen offenbar schwelenden Nachbarschaftsstreit auf der Seite einer Streitpartei einzugreifen.

22

Mit Beschluss des Ausschusses für Eingaben und Beschwerden vom 13. Mai 2016 wurde die Stellungnahme des Staatsministeriums des Innern, für Bau und Verkehr für zutreffend erachtet und damit der Eingabe nicht zum Erfolg verholfen. Die Eingabe wurde für erledigt erklärt.

23

Mit Schreiben der Klägerbevollmächtigten vom 17. Juni 2016 führte diese aus, dass es sich bei dem streitgegenständlichen Vorhaben nicht um eine Pergola handle, eine solche sei ein berankter Laubengang, der nach oben hin halb offenen Charakter habe. Ein nahezu geschlossenes Dach stelle einen Freisitz, eine Terrassenüberdachung, einen Balkon oder eine Dachterrasse dar. Angesichts der Ausmaße des Bauwerks und der Massivität liege auch keine unbedeutende Bauanlage im Sinne des Art. 57 BayBO vor. Die Entfernung der Terrassenüberdachung im westlichen Bereich sei nicht ausreichend, um der Konstruktion die Gebäudeeigenschaft zu nehmen. Die Anlage sei vielmehr derartig massiv, dass sie allenfalls an der Stelle, an der die Glasüberdachung weggenommen wurde, als unfertiges Gebäude beurteilt werden müsste. Hinzu komme, dass seitens des Beigeladenen auch eine Markise über der Konstruktion angebracht und fest verankert worden sei, so dass dauerhaft eine Terrassenüberdachung vorhanden sei. Es werde um nochmalige Überprüfung der Angelegenheit gebeten.

24

Mit E-Mail vom 1. Juli 2016 wies die Beklagte darauf hin, dass die Angelegenheit seitens der Bauordnungsbehörde abgeschlossen werde.

25

Mit Schreiben vom 20. Dezember 2016 wandten sich die Klägerin und ihr Ehemann mit einer Dienstaufsichtsbeschwerde gegen die Bauordnungsbehörde an den Oberbürgermeister der Beklagten.

26

Mit Schreiben vom 23. Mai 2017 wandten sich die Klägerin und ihr Ehemann an die Zentrale Anlaufstelle für Korruptionsprävention der Beklagten.

27

Am 19. April 2017 richteten die Klägerin und ihr Ehemann eine weitere Petition zum B. L..

28

Mit Schreiben vom 8. August 2018 teilte die Klägerbevollmächtigte der Beklagten mit, dass zwischenzeitlich in einem privatrechtlichen Verfahren unter dem Az: ... die Zulässigkeit der Pergola überprüft worden sei. Am 30. Juli 2018 habe ein Termin zur mündlichen Verhandlung stattgefunden. In diesem habe die Vorsitzende deutlich gemacht, dass die ausgesprochene Duldung nicht nachvollzogen werden könne. Insbesondere sei nicht nachvollziehbar, weshalb bei der Entfernung von drei Glasplatten die Gebäudeeigenschaft entfallen sollte. Auch im Hinblick auf die Rechtsauffassung der Zivilrichterin werde davon ausgegangen, dass ein nachbarrechtlicher Anspruch auf bauaufsichtliches Einschreiten bestehe und die ausgesprochene Duldung rechtswidrig sei.

29

Mit Schriftsatz vom 15. Mai 2019, eingegangen bei Gericht am 17. Mai 2019, ließ die Klägerin Klage erheben. Zur Begründung wurde u.a. ausgeführt, dass ein Anspruch der Klägerin auf bauaufsichtliches Einschreiten bestehe. Ein Teilrückbau sei nach Auffassung des Beklagtenvertreters im zivilrechtlichen Verfahren nicht möglich, da dies einen kompletten Abbau und einen neuen Wiederaufbau unter veränderter Tragkonstruktion notwendig machen würde. Jeder Reihenhauseigentümer müsse die Grenzbebauung des Nachbarn grundsätzlich dulden, dies gelte aber nur, soweit die Grenzbebauung wechselseitig im gleichen bzw. vergleichbaren Umfang erfolge. Dabei seien geringfügige Vor- und Rücksprünge bzw. Staffelungen zulässig. Eine neu errichtete Terrassenüberdachung überschreite aber diesen Rahmen. Die Überdachung sei ferner weit nach Errichtung der Bebauung der Reihenhaussiedlung selbst errichtet worden, somit könne diese nicht als von der Schicksalsgemeinschaft der Reihenhausbauung umfasst angesehen werden.

30

Wegen des Ausmaßes und der Höhe und Wichtigkeit der Konstruktion bestehe ein Anspruch auf bauaufsichtliches Einschreiten. Die Duldung erweise sich gegenüber der Klägerin als rechtswidrig und verletze diese insoweit in ihren Rechten. Aufgrund der hier vorliegenden Ermessensreduzierung auf Null habe die Klägerin einen Anspruch auf Vollziehung des bereits erlassenen Rückbaubescheides. Wegen des erheblichen Verstoßes gegen die bauordnungsrechtlichen Abstandsvorschriften, des Verstoßes gegen den geltenden Bebauungsplan und des Umstandes, dass die Überdachung in formeller sowie in materieller Hinsicht als baurechtswidrig zu werten sei und nachbarschützende Normen verletze, könne nur von einer Ermessensreduzierung auf Null ausgegangen werden. Die Beklagte selbst habe dies entsprechend in ihrer Amtskonferenz berücksichtigt. Die nachträglich ausgesprochene Duldung sei in keinster Weise nachzuvollziehen noch von irgendwelchen Rechtsvorschriften abgedeckt. Es könne nicht außer Rede stehen, dass eine Gebäudeeigenschaft durch die Wegnahme einer Glasüberdachung nicht entfalle. Es sei für die Frage, ob eine genehmigungspflichtige bauliche Anlage im Sinne des Art. 2 BayBO vorliege, nicht erheblich, ob es sich um ein Gebäude oder um eine sonstige bauliche Anlage handle. Darüber hinaus verkenne die Beklagte, dass wohl unstrittig beispielsweise bei einem baufälligen Gebäude die Gebäudeeigenschaft nicht dadurch entfalle, wenn einzelne Öffnungen beispielsweise durch ein marodes Dach entstanden seien. Nichts anderes könne gelten, wenn von einer Terrassenüberdachung ein paar Glasbausteine entnommen würden. Gänzlich unstrittig seien die Voraussetzungen des Art. 57 BayBO nicht erfüllt, da die streitgegenständliche Terrassenüberdachung gerade eine Tiefe von ca. 3,80 m aufweise und damit die Voraussetzungen des Art. 57 Abs. 1 Ziffer 4 g BayBO nicht erfüllt seien. Es werde weiterhin verkannt, dass eine Terrassenüberdachung stets Bestandteil des Wohngebäudes sei (vgl. VG Ansbach Urteil vom 12.1.2017 - Az: AN 3 K 15.00868). Demzufolge greife auch Art. 28 Abs. 2 Nr. 4 BayBO, wonach die streitgegenständliche Überdachung eine Brandwand voraussetze. Brandschutz sei beklagtenseits weder in Betracht gezogen noch in die Ermessensentscheidung mit einbezogen worden. Die Vorschriften des Brandschutzes seien jedoch nachbarschützend. Damit liege auch hier ein gravierender Ermessensfehler

vor. Mangels Brandwand und Gefahr der Ausbreitung eines Brandes auf das klägerische Grundstück verbleibe nur eine Ausübung pflichtgemäßen Ermessens dahingehend, dass die rechtswidrig errichtete Bebauung zu entfernen und der Bescheid zu vollziehen sei.

31

Die rechtswidrig errichtete Terrassenüberdachung genieße auch keinen Bestandsschutz. Eine Baugenehmigung habe zu keinem Zeitpunkt existiert. Mit der Beseitigungsanordnung sei rechtsfehlerfrei von dem in Art. 76 BayBO eingeräumten Ermessen Gebrauch gemacht worden. Die Ermessensausübung sei im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß Art. 3 GG nicht zu beanstanden.

32

Die Klägerin beantragt,

Die Beklagte wird unter Aufhebung des Duldungsbescheides vom 26. Oktober 2015 verpflichtet, die Beseitigungsanordnung gemäß Bescheid vom 5. Oktober 2015 zu vollziehen, hilfsweise wird beantragt, die Beklagte zu verpflichten, die Vollziehung der Beseitigungsanordnung vom 3. Oktober 2015 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichtes neu über die Vollziehung der Beseitigungsanordnung zu entscheiden.

33

Der Beigeladene beantragt,

Die Klage wird abgewiesen.

34

Zur Begründung wird ausgeführt, dass der Duldungsbescheid vom 26. Oktober 2015 rechtmäßig sei und die Klägerin nicht in ihren subjektiven Rechten verletze. Die Geltendmachung der vermeintlichen Rechte sei der Klägerin nach über 20 Jahren verwehrt, da dies treuwidrig, § 242 BGB, bzw. schikanös, § 226 BGB, sei. Durch den Rückbau der Glasüberdachung sei der Grenzabstand von 3 m eingehalten. Es liege kein erhebliches Übergewicht der nachbarlichen Interessen vor. Abstandsflächen seien nicht massiv verletzt. Nach rechtlicher Auffassung sei durch die Entfernung der Glasüberdachung keine Abstandsfläche verletzt. Das unmittelbar an der anderen Seite an das klägerische Anwesen angrenzende Haus ...Weg ... habe ebenfalls eine Pergola über die gesamte Breite des Gartens. Auch das direkt westlich gelegene Grundstück ...Weg ... weise eine ähnliche Terrassenüberdachung auf. Darüber hinaus fänden sich zahlreiche teils massive Terrassenüberdachungen aus Glas oder anderen Materialien in der gesamten Reihenhaussiedlung, die teilweise auch über die gesamte Breite des Grundstücks gebaut seien. Die Pergola des Beigeladenen mit allen Bezugsfällen vergleichbar. Dies sehe auch die Beklagte so. Seitens der Beklagten sei ausgeführt worden, dass aus Gründen der Gleichbehandlung die Terrassenüberdachung des Beigeladenen nicht zu beanstanden sei. Sie sei auch nicht außerhalb von Baugrenzen gebaut. Baugrenzen gälten im Übrigen nur für Gebäude und wären daher für die Terrassenüberdachung gar nicht einschlägig. Die Klägerin habe sich fast 20 Jahre nicht daran gestört.

35

Die Konstruktion der Pergola weise weder ein besonderes Ausmaß noch eine besondere Höhe auf. Sie sei auch nicht wuchtig, sondern eher schlank. Die einzelnen Pfosten der Konstruktionsverstrebungen dürften allenfalls 8 cm breit sein. Dazwischen sei die gesamte Konstruktion offen und durchlässig. Eine feststehende Markise wäre demgegenüber deutlich wuchtiger. Es liege auch keine Ermessensreduzierung auf Null vor. Vielmehr habe die Beklagte ihr pflichtgemäßes Ermessen ausgeübt und aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung die Duldung ausgesprochen. Es werde bestritten, dass die von der Pergola ausgehenden Beeinträchtigungen für die Klägerin einen erheblichen Grad erreichten und die Abwägung mit dem Schaden des Bauherrn ein deutliches Übergewicht der nachbarlichen Interessen ergebe. Es liege auch kein Verstoß gegen bauordnungsrechtliche Abstandsvorschriften vor. Die Gebäudeeigenschaft entfalle durch die Wegnahme der Glasüberdachung. Brandschutz sei vorliegend nicht betroffen, die Pergola bestehe aus Metall und Glas, welches nicht brenne. Nachdem die Pergola 20 Jahre bestandungsfrei gestanden habe, genieße sie Bestandsschutz. Gerade wegen der Ermessensausübung der Beklagten im Hinblick auf den Grundsatz der Gleichbehandlung der weitestgehend vorliegenden Bebauung mit Terrassenüberdachungen, Markisen und Ähnlichem im Bereich des Bebauungsplans sei die Duldung zu Gunsten des Beigeladenen auszusprechen gewesen.

36

Mit Schriftsatz vom 25. Juli 2019 teilte die Beklagte mit, dass die Bauordnungsbehörde zu Recht davon ausgehe, dass die Beeinträchtigung durch die bauliche Anlage auf dem Grundstück des Beigeladenen nicht ein solches Maß erreiche, dass jede andere Entscheidung als ein Einschreiten ermessensfehlerhaft wäre. Selbst wenn eine Gebäudeeigenschaft der Terrassenüberdachung anzunehmen wäre, so sei doch deren Wirkung der einer Pergola ähnlich, nachdem zum Grundstück der Klägerin hin die Überdachung abgenommen worden sei und auch an der Seite die Glaselemente fehlten. Das Ermessen sei fehlerfrei ausgeübt worden. Zur Begründung habe die Bauordnungsbehörde auf ihr eigenes Schreiben vom 20. November 2015 sowie auf die Äußerungen des Landtags und der obersten Baubehörde verwiesen und sich deren Auffassung zu eigen gemacht. Die Ermessensausübung sei auch vor dem Hintergrund der zunächst auch im Interesse der Klägerin verfügbaren Beseitigung nicht zu beanstanden. Ermessensgerecht könne bei identischem Sachverhalt sowohl eine Beseitigungsverfügung wie auch das Absehen von einer solchen sein.

37

Mit Beschluss des Bayer. Verwaltungsgerichts Ansbach vom 2. März 2020 wurde Beweis erhoben über die örtlichen Verhältnisse auf den Grundstücken FINr. ... und FINr. ..., jeweils Gemarkung ..., in ... und in der näheren Umgebung. Auf das Protokoll über die Augenscheinseinnahme am 15. Juni 2020 mit den Beteiligten wird verwiesen.

38

Mit Schreiben vom 2. April 2020 legte die Klägerin eine Stellungnahme vom 30. März 2020 zur Aufklärung des Sachverhaltes vor.

39

Mit Schriftsatz vom 8. Mai 2020 teilte der Beigeladenenbevollmächtigte mit, dass es eine Tatsache sei, dass der Ehemann der Klägerin vor Errichtung der streitgegenständlichen Terrassenüberdachung dem Vater des Beigeladenen anlässlich eines Gespräches an den Mülltonnen sein Einverständnis hierzu erteilt habe. Die offene Pergola sei entgegen der Ansicht der Klägerin kein abstandspflichtiges Gebäude. Die Klägerin habe nach ihrem eigenen Sachvortrag die Klagfrist von einem Jahr versäumt, die Klage sei damit unzulässig. Die Behauptung, der Beigeladene habe von Anfang an alles gewusst, sei unrichtig. Die Pergola habe sein Vater errichtet. Die Glasüberdachung habe der Beigeladene entfernt, dies nicht vorübergehend, sondern dauerhaft. Seit 2014 sei die Glasüberdachung auf der Seite des Grundstücks der Klägerin auf Dauer entfernt. Damit sei auch die Behauptung falsch, die Größe der Terrassenüberdachung sei gleichgeblieben. Es werde bestritten, dass die Beklagte parteilich gewesen sei. Weiterhin werde bestritten, dass Ermessensentscheidungen nicht aus sachlichen, sondern aus persönlichen Erwägungen getroffen worden seien. Für die korrekte Ermessensentscheidung spreche auch die Bewertung des Staatsministeriums für Bau und Verkehr, wonach die Entscheidung der Beklagten, die Beseitigungsanordnung nicht zu vollziehen, nicht zu beanstanden sei.

40

Mit Schriftsatz vom 4. Juni 2020 teilte die Klägerbevollmächtigte mit, dass der klageweise geltend gemachte Anspruch auf baurechtliches Einschreiten bzw. auf Vollziehung der durch die Beklagte erlassenen Beseitigungsanordnung keiner Verjährung unterliege. Der Einwand des Beigeladenen, die Klagfrist sei nicht eingehalten, sei abwegig. Für eine Verpflichtungsklage auf baurechtliches Einschreiten kenne das Verwaltungsrecht keine einzuhaltenden Klagefristen. Am 21. Juni 2014 sei seitens der Klagepartei richtig gestellt worden, dass der baulichen Maßnahme nie zugestimmt worden sei und man klägerseits stets davon ausgegangen sei, dass die Bauordnungsbehörde der Beklagten ohne Anhörung der Nachbarn und ohne notwendige Zustimmung derselben eine Baugenehmigung erteilt hätte und damit der störende Bau, die wuchtige Terrassenüberdachung, rechtmäßig sei und infolge dessen klägerseits nicht angegriffen werden könnte. Mit Anwaltsschreiben vom 28. Juli 2014 sei der Beigeladene aufgefordert worden, die Terrassenüberdachung in einem Abstand von 3 m zur Grundstücksgrenze des Anwesens der Klägerin zu entfernen. Die anwaltliche Vertreterin des Beigeladenen habe am 8. August 2014 dahingehend Stellung genommen, dass ein Mitarbeiter des Bauordnungsamtes empfohlen habe, die Glasüberdachung auf einen Abstand von 3 m zum Nachbargrundstück zu entfernen. Auf diese Weise befinde sich im Grenzbereich zum Nachbarn nur eine Pergola, die auch im Abstandsbereich zur Grenze errichtet werden dürfe. In diesem Zusammenhang sei darauf hinzuweisen, dass offensichtlich seitens der Beklagten bewusst und gewollt auf entsprechendes Anraten hin dem Beigeladenen Tür und Tor geöffnet worden sei, den illegal errichteten und die Klägerin störenden Schwarzbau einer Duldung zuführen zu können. Die Haltung der Beklagten dahingehend, dass nunmehr eine Gebäudeeigenschaft fehle, sei rechtlich in keinsten Weise haltbar, noch in

tatsächlicher Weise nachvollziehbar. Das aktive Zutun dazu und das Empfehlen einer Maßnahme zur Ermöglichung einer Duldung des Schwarzbaus sei nicht nachvollziehbar und treuwidrig. Soweit seitens des Beigeladenen vorgetragen worden sei, dass die Beklagte eine telefonische und mündliche Zusicherung dahingehend abgegeben habe, dass die errichtete Pergola Nachbarrechte nicht berühre und die Abstandsflächen eingehalten seien, werde dies bestritten und insoweit seitens des Beigeladenen verkannt, dass eine Zusicherung im Sinne des Art. 38 BayVwVfG Schriftformerfordernis vorsehe. Ein entsprechender Vermerk finde sich in der Bauakte nicht. Seitens des Prozessbevollmächtigten des Beigeladenen werde fälschlicherweise ausgeführt, dass der Grenzabstand durch den Rückbau der Glasüberdachung eingehalten sei; dies sei nicht der Fall. Vielmehr verhalte es sich so, dass lediglich Teile der Glasüberdachung entfernt worden seien, das Stahlgerüst stehe jedoch unter Verstoß gegen die Abstandsflächen an gleicher Stelle. Ein Rückbau des Stahlgerüsts sei nicht erfolgt. Bezugsfälle, in denen derartig wuchtige Terrassenkonstruktionen unter Verstoß gegen die Abstandsflächenvorschriften und ohne nachbarliche Zustimmung errichtet worden seien, gebe es weit und breit nicht. Alle anderen Konstruktionen seien kleine Pergolas, keine Stahlkonstruktionen. Im Fall des Beigeladenen könne durch eine komplette Verglasung sogar eine Wohnraumerweiterung durch Fertigstellung eines Wintergartens erfolgen. Diese Konstruktion sei somit keineswegs mit Terrassenüberdachungen, die dazu dienen, den Anwohnern bei Terrassennutzung Schatten zu gewähren, zu vergleichen. Auch nach 20 Jahren seien Schwarzbauten zu entfernen, insbesondere dann, wenn sie Nachbarinteressen beeinträchtigen.

41

Die Glastrennwand befinde sich nicht an, sondern auf der Grundstücksgrenze. Es handelt sich um eine Kommuneinrichtung im Sinne der §§ 921, 922 BGB.

42

Auch das angebrachte Segeltuch/Trapez sei nach Art. 57 BayBO unzulässig, da Sichtschutzanlagen nur bis zu einer Höhe von 2 m und einer Tiefe bis zu 4 m als genehmigungsfrei einzuordnen seien. Darüber hinaus handle es sich um kein Segeltuch/Trapez, sondern um einen Vorhang der ständig ausgefahren sei und deshalb zur Beschattung des Nachbargrundstücks beigetragen habe. Aufgrund des Höhengefälles von 4,20 m bis 2,30 m sei es im streitgegenständlichen Fall unumgänglich, dass die Konstruktion Schatten auf die Terrasse der Klägerin werfe. Die Stahlkonstruktion selbst, unabhängig ob mit oder ohne Sichtschutzvorhang/ Sonnenschutztrapez verwendet, verursache bis dato erhebliche Beeinträchtigungen wie folgt: Entzug von Licht und Sonne; der Blick vom Wohnzimmer und der Terrasse in den freien Himmel sei verwehrt. Zudem vermittele aus Sicht der Klägerin der unmittelbare Blick aus dem Wohnzimmer auf das Gerüst mit den Querbestrebungen das Gefühl, hinter „Gefängnisgittern“ zu sitzen. Auch das optische Erscheinungsbild sei durch das Stahlgerüst beeinträchtigt, egal, ob man vom oberen Stockwerk, insbesondere vom Schlafzimmer der Klägerin herunterblicke, oder dieses von der Terrasse oder vom Gartenbereich aus wahrnehme. In einer Reihenhaussiedlung mit begrenztem Raum sei das Gefühl der Enge besonders ausgeprägt, weshalb zwischen den Grundstücksnachbarn besonders Rücksicht zu nehmen sei. Die Höhe und die massive Bauweise der Konstruktion beeinträchtigen das Gefühl von Enge zusätzlich. Darüber hinaus liege auch ein Stromkabel frei, welches über der Glastrennwand in 4,20 m Höhe angebracht sei; dies stelle einen weiteren optischen Störfaktor dar; es vermittele ein Gefühl von Leben auf einer provisorischen Baustelle. Das Grundstück des Beigeladenen und die dort befindliche Immobilie würden aufgewertet, das Grundstück der Klägerin hingegen durch die wuchtige Konstruktion abgewertet. Im Hinblick auf die lediglich ausgesprochene Duldung bestehe auch Rechtsunsicherheit, die einem Kaufinteressenten gegenüber mitgeteilt werden müsse. Im ganzen Umkreis existiere keine Überdachung, die auf 4,30 m Höhe angebracht sei. Darüber hinaus betrage der Bruttorauminhalt 97,8 m³; zulässig wäre allenfalls ein Rauminhalt von 75 m³. Die Klägerin verwehre sich auch gegen die Begrifflichkeit „Pergola“, die einen nach oben offenen Laubengang darstelle, der dem Beranken von Pflanzen diene.

43

Mit Schriftsatz vom 16. Juni 2020 teilte die Klägerbevollmächtigte u.a. mit, dass sich auf dem Baugrundstück die gemeinschaftliche Dachentwässerung befinde. Durch den Aufbau der Pergola werde das Gemeinschaftseigentum beeinträchtigt. Es befänden sich Rohrleitungen unterhalb der Terrasse.

44

In der mündlichen Verhandlung am 17. Juni 2020 wurde mit den Beteiligten die Sach- und Rechtslage erörtert.

45

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichtsakte sowie die beigezogenen Behördenakten verwiesen, hinsichtlich des Verlaufs der mündlichen Verhandlung wird auf die Sitzungsniederschrift Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

A.

46

Streitgegenstand ist die Verpflichtung der Beklagten, unter Aufhebung der Duldung die bestandskräftige Beseitigungsanordnung aus dem Bescheid vom 5. Oktober 2015 zu vollziehen.

B.

47

Bezüglich des Hauptantrages sind die im Wege sachgerechter Auslegung gem. § 88 VwGO als gegen die Duldung gerichtete Anfechtungsklage anzusehende Klage ebenso wie die auf den Erlass einer Vollstreckungsmaßnahme gerichtete Verpflichtungsklage bereits unzulässig.

1.

48

Soweit die Aufhebung der Duldung beantragt wird, ist die als Anfechtungsklage statthafte Klage bereits unzulässig.

1.1

49

Das an den Beigeladenen gerichtete Schreiben der Beklagten vom 26. Oktober 2015 ist als aktive Duldung anzusehen. Eine aktive Duldung kann grundsätzlich in verschiedenen Formen erfolgen. Im Wege der Auslegung ist unter Berücksichtigung der Tatsache, dass dem Schreiben ein Regelungsgehalt dergestalt zukommen soll, dass „bis auf weiteres“ auf Vollstreckung verzichtet wird, von einem Verwaltungsakt auszugehen, weshalb die Anfechtungsklage statthaft ist. Es wurde gerade nicht nur eine Situation hingenommen, sondern es wurde ausdrücklich und sogar schriftlich der Verzicht auf die Vollstreckung „bis auf weiteres“ zugesagt.

1.2

50

Dieser Duldungsverwaltungsakt entfaltet auch Wirkung der Klägerin gegenüber, da er für die von ihr begehrte Vollstreckung ein Vollstreckungshindernis darstellen kann. Aus diesem Grund ist die diesbezügliche Klagebefugnis der Klägerin zu bejahen.

1.3

51

Es kann dahinstehen, ob der Klägerin bereits mit Schreiben vom 20. November 2015 die dem Beigeladenen zugesprochene Duldung bekannt gegeben wurde mit der Konsequenz, dass die mangels Rechtsbehelfsbelehrung:gem. § 58 Abs. 2 VwGO einschlägige Jahresfrist bereits am 20. November 2016 abgelaufen wäre, da Kenntnis von der Duldung jedenfalls ab dem 12. Januar 2017 infolge der durch die Klägerbevollmächtigte vorgenommenen Akteneinsicht gegeben war.

52

Zwar ist für die bloße Kenntniserlangung aus dem Akteninhalt die Jahresfrist gem. § 58 Abs. 2 VwGO weder direkt noch entsprechend anwendbar, da die Duldung der Klägerin gegenüber nicht bekannt gegeben worden ist (vgl. hierzu BVerwG U.v. 25.1.1974 - IV C 2/72 - NJW 1974, 1260; Kluckert in Sodan/Ziekow, VwGO Stand 2018, § 58 Rn. 75); allerdings unterliegen auch verfahrensrechtliche Rechte den Grundsätzen von Treu und Glauben und können somit verwirkt werden:

53

Die Rechtsverhältnisse zwischen den Inhabern einander unmittelbar benachbarter Grundstücke sind im Regelfall durch ein besonderes nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis gekennzeichnet, das nach Treu und

Glauben besondere Rücksichtnahmepflichten von den Beteiligten fordert. Dieses Gemeinschaftsverhältnis verpflichtet den Nachbarn, u.a. aktiv daran mitzuwirken, dass ein wirtschaftlicher Schaden des jeweiligen Bauherrn nach Möglichkeit vermieden wird. Erkennt der Nachbar eine Beeinträchtigung seiner Rechte, so muss er seine nachbarlichen Einwendungen zeitnah geltend machen.

54

Das BVerwG führt mit Urteil vom 25.1.1974 (Az. IV C 2/72) hierzu aus:

„Hat der Grenznachbar von der dem Bauwilligen erteilten Baugenehmigung, obschon sie ihm nicht amtlich bekanntgegeben worden ist, auf andere Weise zuverlässig Kenntnis erlangt, so muss er sich in aller Regel nach Treu und Glauben bezüglich der Widerspruchseinlegung so behandeln lassen, als sei ihm die Baugenehmigung im Zeitpunkt der zuverlässigen Kenntniserlangung amtlich bekanntgegeben worden. Denn mit Rücksicht auf das bezeichnete Nachbarschaftsverhältnis muss ihn diese Kenntniserlangung nach Treu und Glauben in aller Regel in gleicher Weise wie eine amtliche Bekanntmachung der Genehmigung zur Geltendmachung seiner Einwendungen in angemessener Frist veranlassen. Die Frist zur Einlegung des Widerspruchs richtet sich deshalb für ihn vom Zeitpunkt der zuverlässigen Kenntniserlangung an regelmäßig nach den Fristvorschriften der §§ 70 Abs. 1 und 58 Abs. 2 VwGO. Sofern ihm - wie fast immer - mit der anderweitigen Kenntniserlangung von der Genehmigung nicht zugleich eine amtliche Rechtsmittelbelehrung erteilt wird, muss er also seinen Widerspruch regelmäßig innerhalb der Jahresfrist des § 58 Abs. 2 VwGO einlegen; ein später eingelegter Widerspruch ist unzulässig. Gleiches gilt nach Treu und Glauben regelmäßig für den Fall, dass der Nachbar von der Baugenehmigung zuverlässige Kenntnis hätte haben müssen, weil sich ihm das Vorliegen der Baugenehmigung aufdrängen musste und es ihm möglich und zumutbar war, sich hierüber - etwa durch Anfrage bei dem Bauherrn oder der Baugenehmigungsbehörde - Gewissheit zu verschaffen. Dann läuft für ihn die Frist des § 70 Abs. 1 i. Verb. m. § 58 Abs. 2 VwGO für die Einlegung des Widerspruchs von dem Zeitpunkt ab, in dem er zuverlässige Kenntnis von der Genehmigung hätte erlangen müssen.“

55

Diese Grundsätze, die im Falle der Entbehrlichkeit eines Widerspruchsverfahrens auch für die Klageerhebung gelten, sind entsprechend auf den Fall der Kenntniserlangung bezüglich der in Form eines Verwaltungsaktes erteilten Duldung zu übertragen, die dem Beigeladenen eine im Vergleich zum Regelungsgehalt einer Baugenehmigung zwar abgeschwächte, aber dennoch gewichtige Rechtsposition einräumt. Die Klage wäre demnach spätestens am 12. Januar 2018 zu erheben gewesen und ist somit, da sie erst am 17. Mai 2020 bei Gericht einging, als unzulässig aufgrund von prozessualer Verwirkung anzusehen.

2.

56

Soweit der Erlass einer Vollstreckungsmaßnahme beantragt wird, ist die Klage als Verpflichtungsklage in Form der Versagungsgegenklage auszulegen (§ 88 VwGO). Diese ist ebenfalls bereits unzulässig, wäre aber auch unbegründet.

2.1

57

Die Klage ist bereits als unzulässig anzusehen, da sie verfristet ist.

2.1.1

58

Für den Fall, dass man bereits im Schreiben der Beklagten vom 20. November 2015 die Ablehnung eines Antrags auf bauaufsichtliches Einschreiten sehen könnte, wäre die Klage als verfristet anzusehen, da unter Anwendung des mangels Rechtsbehelfsbelehrung einschlägigen § 58 Abs. 2 VwGO die Jahresfrist jedenfalls Ende 2016 abgelaufen wäre.

59

Gegen eine solche Auslegung des Schreibens spricht jedoch, dass diesem unmittelbar kein Antrag der Klägerin auf bauaufsichtliches Einschreiten voranging, sondern dass diese sich vielmehr mit E-Mail vom 16. November 2015 nur über den Verfahrensstand hinsichtlich der Entscheidung über die Befreiung erkundigt hat.

2.1.2

60

Ein ausdrücklicher Antrag auf bauaufsichtliches Einschreiten wurde jedoch am 17. Juni 2016 durch die Klägerbevollmächtigte gestellt. Auf diesen reagierte die Beklagte mit E-Mail vom 1. Juli 2016 und teilte unter Verweis auf die Duldung mit, dass der Vorgang als abgeschlossen betrachtet werde.

61

Dieses Schreiben stellt nicht nur eine bloße Auskunft oder einen Hinweis dar, sondern erfüllt die sich aus Art. 35 BayVwVfG ergebenden Anforderungen an das Vorliegen eines Verwaltungsaktes. Die rechtliche Qualität eines Behördenschreibens ist vom jeweiligen Gericht im Wege der Auslegung unter Berücksichtigung der maßgeblichen Umstände des Einzelfalles zu bestimmen (siehe hierzu BVerwG, B.v. 24.7.2018 - 6 B 75/17 - juris). Entscheidend ist dabei der objektive Sinngehalt der Erklärung, der entsprechend den §§ 133, 157 BGB aus dem objektiven Empfängerhorizont zu ermitteln ist. Daher kommt es darauf an, wie ein Betroffener das Verhalten der Behörde unter Berücksichtigung aller in Betracht zu ziehender Umstände verstehen durfte, wobei z.B. das Handeln oder die Erklärung nach ihrer äußeren Form, ihrer Abfassung, ihrer Begründung, dem Beifügen einer Rechtsbehelfsbelehrung; oder vergleichbare Gesichtspunkte mögliche, aber nicht zwingende Anhaltspunkte bieten können. Darüber hinaus sind alle sonstigen bekannten oder erkennbaren Begleitumstände zu berücksichtigen; entscheidend ist aber, ob die Behörde einen nach außen erkennbaren Regelungswillen hatte (siehe hierzu BVerwG, U.v. 20.6.2013 - 8 C 47.12 - juris; VG Ansbach, U.v. 17.4.2020 - AN 3 K 18.00985 - juris).

62

Für die Annahme eines Verwaltungsaktes spricht entscheidend die Tatsache, dass dem Schreiben ein ausdrücklicher Antrag der Klägerin vorausgegangen war und dass das Schreiben der Beklagten rechtsverbindlich klären sollte, dass kein Einschreiten erfolgt. Dies ergibt sich insbesondere auch durch den Verweis auf das der E-Mail anliegende Schreiben vom 20. November 2015, mit dem die Klägerin über die Duldung informiert wurde, sowie der klaren Formulierung, dass der Vorgang als abgeschlossen betrachtet wird. Die Abfassung in einer E-Mail steht der Annahme eines Bescheides nicht entgegen, wie sich aus Art. 37 Abs. 2 BayVwVfG ergibt.

63

Unter Berücksichtigung dieser Gegebenheiten haben vorliegend die gegen die Annahme eines Verwaltungsaktes sprechenden rein formalen Gesichtspunkte (keine „Bescheidsform“, keine Rechtsbehelfsbelehrung;) zurückzutreten.

64

Ein präziser Zustellungszeitpunkt ist den Akten nicht zu entnehmen, jedoch bezieht sich das Schreiben der Klägerbevollmächtigten vom 14. Dezember 2016 auf das Schreiben vom 1. Juli 2016, womit die mangels Rechtsbehelfsbelehrung; gem. § 58 Abs. 2 VwGO laufende Jahresfrist spätestens am 14. Dezember 2017 endete. Die erst am 17. Mai 2019 erhobene Klage war damit verfristet.

2.2

65

Auch wenn man entgegen der vorstehenden Erörterungen eine erstmalige Ablehnung des Antrages auf bauaufsichtliches Einschreiten in dem Schreiben der Beklagten vom 8. September 2019 sehen sollte und somit zu der Annahme gelangen würde, dass die Klage noch innerhalb der Jahresfrist erhoben wurde, so ist die Klage jedenfalls unbegründet.

66

Grundsätzlich ist ein dem Nachbarn zustehender Anspruch auf Vollstreckung einer Beseitigungsanordnung denkbar, wenn die Bauaufsichtsbehörde ihr Ermessen bereits dahingehend ausgeübt hat, eine Beseitigungsanordnung aufgrund eines Verstoßes gegen nachbarschützende Vorschriften zu erlassen (vgl. hierzu VG Schwerin, U.v. 9.10.2014 - 2 A 1666/11 - juris Rn. 31 ff.; VG München, U.v. 9.7.2015 - M 11 K 14.4924 - juris Rn. 34 ff.). Vorliegend stützt sich die Beseitigungsanordnung aber nur auf ein Überschreiten der mangels gegenteiliger Hinweise im Bebauungsplan oder den Planunterlagen nicht nachbarschützenden Baugrenze, wenngleich die Beklagte selbst mit Schriftsatz vom 25. Juli 2019 davon ausgeht, dass die Beseitigung auch im Interesse der Klägerin verfügt worden ist.

67

Ob die Beseitigungsanordnung (auch) aufgrund nachbarlicher Interessen verfügt wurde, kann dahinstehen, da selbst für die Konstellation, dass die Beseitigungsanordnung wegen Verstoßes gegen eine nicht nachbarschützende Vorschrift ergangen ist, gleichzeitig dem Nachbarn aber ein Anspruch auf Erlass einer Beseitigungsanordnung wegen Verletzung von Nachbarrechten zugestanden hätte, in der Rechtsprechung ein Anspruch des Nachbarn auf Vollzug der nicht in seinem Interesse ergangenen Beseitigungsanordnung bejaht wird (siehe hierzu VG München, U.v. 14.9.2017 - M 11 K 16.3548 - juris Rn. 39).

68

Auch wenn ein Anspruch auf Vollzug der Beseitigungsanordnung damit grundsätzlich denkbar ist, ist dessen Geltendmachung vorliegend aber infolge der bereits eingetretenen Verwirkung nicht mehr möglich. Eine Verwirkung ist nicht nur im Hinblick auf die verfahrensrechtlichen Abwehrrechte denkbar, sondern es können auch die materiellen Abwehrrechte verwirkt werden.

69

Verwirkung beruht, wie schon zur prozessualen Verwirkung ausgeführt, auf dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und folgt aus einer Verletzung des durch den Zeitablauf und ggf. sonstige Umstände auf der Beigeladenseite geschaffenen Vertrauens, es werde zu keiner Geltendmachung materieller Rechte mehr kommen (siehe hierzu BayVGH, B.v. 28.3.1990 - 20 B 89.3055 - juris Rn. 20). Im Regelfall beruht der Einwand der Verwirkung einerseits auf dem Zeitablauf, andererseits auf dem Hinzutreten besonderer Umstände; jedoch ist bei längeren Zeiträumen allein der Zeitablauf ausreichend. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 28.3.1990 (Az. 20 B 89.3055) offengelassen, ob eine Frist von drei Jahren ohne Hinzutreten besonderer weiterer Umstände für eine Verwirkung schon genügen kann; für den Fall einer Frist von mehr als zehn Jahren hat er die Verwirkung auch ohne das Vorliegen weiterer Umstände jedoch eindeutig bejaht.

70

Die Klägerin hatte spätestens ab 1999 Kenntnis von dem auf dem Grundstück des Beigeladenen errichteten Vorhaben, hat sich jedoch erstmals im Jahr 2014 an die Bauaufsichtsbehörde der Beklagten gewandt. Angesichts dieses noch deutlich über der Schwelle von zehn Jahren liegenden Zeitraumes ist in jedem Fall von einer Verwirkung des materiellen Rechts auf Erlass einer Beseitigungsanordnung auszugehen.

71

Unabhängig von der Frage, ob die Beseitigungsanordnung auch im Interesse der Klägerin ergangen ist, kann es keinen Anspruch auf deren Vollzug geben, wenn die Klägerin den materiellen Anspruch bereits im Jahr 2014 verwirkt hatte. Die Verwirkung schlägt insofern auch auf den Anspruch auf Vollstreckung durch.

72

Die Klägerin ist somit mit der Geltendmachung ihrer Rechte aufgrund von Verwirkung zur Gänze ausgeschlossen.

73

Dem Anspruch stünde zusätzlich auch der, wie bereits ausgeführt, bestandskräftig gewordene Duldungsverwaltungsakt entgegen.

C.

74

Bezüglich des Hilfsantrags ist ebenfalls schon von einer Unzulässigkeit der Klage aufgrund von Verfristung auszugehen. Jedenfalls wäre diese aber auch unbegründet, da die Verwirkung der nachbarlichen Rechte auch einer Geltendmachung des klägerischen Anspruchs auf Neuverbescheidung entgegensteht

D.

75

Nach alledem war die Klage abzuweisen.

76

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 154 Abs. 1, 162 Abs. 3 VwGO. Der Beigeladene hat einen Antrag gestellt, so dass es im Hinblick auf das Kostenrisiko der Billigkeit entspricht, seine außergerichtlichen Kosten der Klägerin aufzuerlegen.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 ff. ZPO.