

**Titel:**

**Nachbarklage gegen den Beigeladenen erteilte isolierte Befreiung von den Festsetzungen eines Bebauungsplans**

**Normenketten:**

VwGO § 74 Abs. 1 S. 2, § 86 Abs. 1 S. 1

BauGB § 31 Abs. 2, § 34 Abs. 1

BayBO Art. 6, Art. 57 Abs. 1 Nr. 7a, Art. 63 Abs. 3 S. 1, Abs. 2 S. 1

BayVwVfG Art. 41 Abs. 2 S. 1

**Leitsätze:**

- 1. Die Bekanntgabefiktion des Art. 41 Abs. 2 Satz 1 BayVwVfG beinhaltet nicht die Vermutung, ob und wann der Verwaltungsakt zur Post aufgegeben wurde. Dass dieser Zeitpunkt feststeht, ist vielmehr Voraussetzung der Zugangsvermutung. Beweispflichtig ist insoweit die Behörde. (Rn. 20) (redaktioneller Leitsatz)**
- 2. Die Basis für die Abmessung der maximal zwei Höhenmeter für Bauvorhaben im Sinne des Art. 57 Abs. 1 Nr. 7 a) BayBO ist die natürliche oder festgelegte Geländeoberfläche und zwar auch dann, wenn das Nachbargrundstück tiefer liegt als das Baugrundstück. (Rn. 25) (redaktioneller Leitsatz)**
- 3. Festsetzungen zum Maß der baulichen Nutzung vermitteln Drittschutz nur dann, wenn sie nach dem Planungswillen der Gemeinde diese Funktion haben sollen, was im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln ist. (Rn. 30) (redaktioneller Leitsatz)**

**Schlagworte:**

Nachbarklage gegen den Beigeladenen erteilte isolierte Befreiung von den Festsetzungen eines Bebauungsplans nach § 31 Abs. 2 BauGB, Die Bekanntgabefiktion des Art. 41 Abs. 2 Satz 1 BayVwVfG beinhaltet nicht die Vermutung, ob und wann der Verwaltungsakt zur Post aufgegeben wurde. Dass dieser Zeitpunkt feststeht, ist vielmehr Voraussetzung der Zugangsvermutung. Beweispflichtig ist insoweit die Behörde., Einen Anscheinsbeweis, dass ein Bescheid am Tage seiner Herstellung oder Datierung zur Post aufgegeben wurde, gibt es nicht., Durch den Bebauungsplan gestattete Aufschüttungen können als maßgebliches Geländenniveau für die Abmessung der Höhe im Rahmen des Art. 57 Abs. 1 Nr. 7 a) BayBO herangezogen werden, Der Nachbar hat keinen Anspruch auf die Durchführung eines bestimmten Genehmigungsverfahrens, sondern nur darauf, dass seine materiellen Rechten gewahrt werden (BayVGH, U.v. 19.5.2011 – 2 B 11.397 – juris Rn. 19), Wird von nicht nachbarschützenden Festsetzungen des Bebauungsplans nach § 31 Abs. 2 BauGB befreit, kann sich dieser nur auf eine Verletzung des Rücksichtnahmegebots berufen. Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 31 Abs. 2 BauGB sind dann im Rahmen der Nachbarklage nicht voll zu prüfen., Festsetzungen zum Maß der baulichen Nutzung vermitteln Drittschutz nur dann, wenn sie nach dem Planungswillen der Gemeinde diese Funktion haben sollen, was im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln ist. Hier für die Festsetzungen zur maximalen Höhe von Einfriedungen und dem Verbot deren Abtreppens verneint.

**Tenor**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen. Das Urteil ist insoweit vorläufig vollstreckbar.
3. Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe der festgesetzten Kosten abwenden, wenn nicht der jeweilige Kostengläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

**Tatbestand**

Der Kläger begehrt die Aufhebung einer den Beigeladenen erteilten isolierten Befreiung von den Festsetzungen eines Bebauungsplanes bezüglich der Gesamthöhe einer Einfriedung und der Abtreppung des dazugehörigen Sockels.

## 2

Der Kläger ist Eigentümer des Grundstücks mit der Flurnummer (FINr.) ... der Gemarkung ... mit der ... Es ist im nördlichen Teil mit einem Wohnhaus in offener Bauweise bebaut, etwa auf gleicher Höhe befindet sich direkt an der westlichen Grundstücksgrenze eine Doppelgarage. Der südliche Teil des Grundstücks ist unbebaute Gartenfläche mit Baumbewuchs. Direkt westlich an das klägerische Grundstück grenzt das Grundstück der Beigeladenen mit der FINr. ... (...). Auf diesem steht ein ebenfalls in offener Bauweise errichtetes Wohnhaus mit Terrasse und Gartenbereich nach Süden hin. Grenzständig zum Kläger auf der Ostseite befindet sich ein Garagengebäude, welches unmittelbar an die ebenfalls grenzständige klägerische Doppelgarage anschließt. Nördlich der Garage zur ... hin, aber circa 1 m hinter dieser zurückbleibend verläuft ein Teil des grenzständig errichteten Holzzaunes der Beigeladenen. Dieser ist auf einem Betonsockel älteren Datums errichtet, der von der Straße bis zur Garage mit einer Höhe von 10 cm bis 30 cm an der Garage verläuft. Auf der Seite des Klägeranwesens steht an der Grundstücksgrenze ein etwa 60 cm hoher Holzlattenzaun. Hinter diesem Zaun findet sich bis auf Höhe der Garagen ein starker Bewuchs durch mehrere Meter hohe Thujabäume, die ungefähr die Firsthöhe des Wohnhauses der Beigeladenen erreichen. Nach Süden hin fällt das Gelände hinter dem Garagengebäude deutlich ab, der hintere Teil der Garage der Beigeladenen hängt seitlich abgestützt teils über der natürlichen Geländeoberfläche und bildet mit dieser einen Hohlraum. Im südlich hinter den Garagen beginnenden Gartenbereich ist auf Seiten der Beigeladenen grenzständig die Einfriedung zunächst für etwa 2,5 m als reine Mauer fortgesetzt, auf die sodann mit deren treppenartigem Abfallen als Sockel der Holzzaun gesetzt ist. Am südlichen Ende ragt der Sockel aufgrund der Abtreppung nur noch unwesentlich aus dem Erdreich der Beigeladenen heraus, so dass an diesem Ende des Zaunes vom Beigeladenen-Grundstück aus gesehen fast nur noch der Holzzaun sichtbar ist. Die südliche Grundstücksgrenze der Beigeladenen ist mit einem Stabgitterzaun und einem Betonsockel gegen das sich anschließende, etwa 65 cm tieferliegende Wiesengrundstück abgegrenzt. Auf Seiten des Klägers befindet sich im südlichen, hinter den Garagen befindlichen Gartenteil wiederum Baumbewuchs in Grenznähe, der etwa 4 m vom oberen Ende des Holzzaunes der Beigeladenen aus nach oben aufwächst. Direkt an die Garage angebaut ist ein Taubenstall mit einer Firsthöhe von 2,30 m. Weiter südlich und durch einige Treppen abgestuft steht ein Gewächshaus. An der Südgrenze des klägerischen Grundstücks geht dieses ohne Versatz in das sich anschließende Wiesengrundstück über.

## 3

Beide Grundstücke sind Teil des Bebauungsplans Nr. \* für das Gebiet „...“ des Marktes ... (Beklagter) vom ..., in dessen § 7 unter „Einfriedung“ unter anderem geregelt ist, dass diese eine Gesamthöhe von 1m nicht überschreiten darf und sich dem Gelände anpassen muss und nicht abtreppen darf. Der Sockel darf nicht höher als 30 cm sein. Grelle Farben sind unzulässig. Besteht die Einfriedung aus einer Hecke, ist diese regelmäßig zu schneiden; dornige Gewächse sind nicht gestattet. In der Begründung zu diesem Bebauungsplan sind keine näheren Ausführungen zum Zweck der Regelungen zu den Einfriedungen enthalten.

## 4

Hinsichtlich der Südgrenze des Beigeladenengrundstücks findet sich in den Behördenakten eine beim Markt ... am 4. Mai 2017 eingegangene händische Zeichnung der Beigeladenen, mit der sie das Anlegen einer L-förmigen Stützmauer in Höhe von einem Meter anzeigen. Das zur Südgrenze hin abwärts verlaufende Grundstück der Beigeladenen soll in Folge so aufgefüllt werden, dass die L-förmige Betonstützmauer das Erdreich noch um 10 cm überragt.

## 5

Nachdem bei einer Baukontrolle durch das Landratsamt ... am 14. August 2019 festgestellt worden war, dass die Beigeladenen an deren östlicher Grundstücksseite eine Einfriedung errichtet hatten, die nördlich der Garage etwa 2,30 m hoch und südlich der Garage inklusive der darunterliegenden Mauer mehr als 2 m hoch ist, forderte das Landratsamt die Beigeladenen mit Schreiben vom 27. September 2019 auf, die ohne Baugenehmigung und unter Verstoß gegen das Abstandsflächenrecht errichtete Einfriedung bis 30. November 2019 insoweit anzupassen, als dass sie den Anforderungen des § 7 des Bebauungsplans Nr. 6 des Marktes ... für das Gebiet „...“ entspricht.

## 6

Mit Eingang am 28. November 2019 reichten die Beigeladenen bei der Marktgemeinde ..., dem Beklagten, einen Antrag auf isolierte Befreiung von den Festsetzungen eines Bebauungsplans für das Vorhaben „Einfriedung, Sockelmauer mit Sichtschutz auf der Ostseite“ ein. Als Norm, von der abgewichen werden soll, ist § 7 des Bebauungsplans Nr. \* „...“ mit den dortigen Festsetzungen zur Gesamthöhe von 1 m und der Höhe des Sockels von 0,3 m sowie zur Anpassung an das Gelände (Abtreppe) angegeben. In der Bauzeichnung ist für die Einfriedung nördlich des Garagengebäudes eine Sockelhöhe von 35 cm, eine Zaunhöhe von 1,65 m und eine Gesamthöhe von 2,0 m eingezeichnet. Südlich des Garagengebäudes fällt das Gelände auf eine Distanz von etwa 17,5 m deutlich ab, bis es schließlich auf die letzten 7,75 m der Grundstücksgrenze nach Süden in einer Ebene ausläuft. Dort, im südlichsten Teil der Grundstücksgrenze, soll der Zaun zunächst ohne Sockel mit einer Höhe von 2 m errichtet werden. Mit dem Anstieg des Geländes ist unter dem Zaun ein treppenartig ansteigender Sockel vorgesehen; der aufgesetzte Zaun steigt ebenfalls mit seiner Oberkante in etwa parallel zur Linie des Urgeländes an. Die erste Treppenstufe mit einer Länge von 5 m beginnt mit einer Höhe von 1 m ab Geländeoberfläche und verjüngt sich sodann wegen des unter ihr ansteigenden Geländes. Kurz vor Beginn der nächsten Treppenstufe beträgt die Gesamthöhe, also Sockel plus Zaun, 1,90 m. Die nächste, ebenfalls 5 m lange Treppenstufe ist um 60 cm gerechnet von der Oberkante der vorherigen Stufe nach oben gesetzt und verjüngt sich der Höhe nach wiederum wegen des ansteigenden Geländes. Kurz vor Beginn der letzten Treppenstufe beträgt die Höhe von Sockel und Zaun, gerechnet von der Urgelände-Höhe an knapp 2 m. Die letzte, 2,75 m lange Sockelstufe beginnt wiederum 60 cm über der Oberkante der vorherigen Stufe, verjüngt sich aber nicht, da die unter ihr liegende Geländeoberfläche durch eine mit zwei Pfeilern befestigte Aufschüttung eben ausgestaltet ist. Am Ende der letzten Stufe beträgt die Gesamthöhe von Sockel und Zaun ab Urgelände-Höhe 2 m. Ab Ende des Zaunes bis zum Garagengebäude ist eine durchgehende Mauer vorgesehen, die höhenmäßig etwas über die Unterkante der Garage der Beigeladenen hinausragt.

## 7

Mit Beschluss des Marktgemeinderats vom 9. Dezember 2019 stimmte der Beklagte bei 14:0 (Im Protokoll 15:0, aber mit der Angabe, dass ein Mitglied abwesend war) Stimmen dem Bauvorhaben der Beigeladenen mitsamt der Erteilung der isolierten Befreiung zu, wobei die Gesamthöhe der Einfriedung auf maximal 2,0 m begrenzt wurde. Im angenommenen Beschlussvorschlag der Verwaltung wurde die Zustimmung des Marktes ... damit begründet, dass das Gebot der nachbarschaftlichen Rücksichtnahme „aufs äußerste“ verletzt worden sei und zudem wegen der Verjähmung ein Rückschnitt des von Klägersseite zu den Beigeladenen herüberwachsenden Baumbestandes ausgeschlossen sei. Daher werde unter Abwägung aller Gründe eine isolierte Befreiung ausgesprochen. Der Beschlussfassung ging eine ausführliche Diskussion im Gemeinderat voraus, in dem einerseits die drohende Präzedenzfallwirkung einer Befreiung erörtert wurde, andererseits die unzumutbare Situation für die Beigeladenen ohne eine Einfriedung. Schließlich wurde das gemeindliche Einvernehmen nach § 36 BauGB mit Formblatt am 27. Januar 2020 erteilt.

## 8

Der Kläger und die Beigeladenen waren bereits in der Vergangenheit (mittelbar) in außergerichtlichem Kontakt. So forderten die Beigeladenen den Kläger bereits im Jahr 2016 anwaltlich dazu auf, hinüberwachsende Hecken zurückzuschneiden. Umgekehrt machte der Kläger und seine Ehefrau den Beklagten darauf aufmerksam, dass die Beigeladenen im Begriff seien, eine unzulässige Einfriedung zu errichten. Die Beigeladenen wiederum hatten im Vorfeld ihres Befreiungsantrages dem Beklagten zur Kenntnis gegeben, dass sie seit September 2013 in ihrem Anwesen wohnten und dieses umfangreich renoviert hätten. Nachdem der Kläger und seine Frau einer Bitte nach Rückschneidung des überwachsenden Bewuchses nicht nachgekommen seien, hätten sie selbst einen Landschaftsgärtner damit beauftragt. Die Einfriedung sei nötig, um dem Überwuchs auf Dauer Herr zu werden. Im Übrigen - was die Klägersseite bestreitet - hätten der Kläger und seine Frau „spannerhaftes Verhalten“ an den Tag gelegt und sie, die Beigeladenen, fast täglich, über die Mauer lehnd, beobachtet. Auch deswegen bräuchten sie die Einfriedung mit Sichtschutz. Im Übrigen sei seitens des Klägers mehrfach die Polizei verständigt worden, u.a. wegen Parkens der Beigeladenen auf der öffentlichen Straße, Sachbeschädigung der Hecke und mutwilliger Zerstörung des Klägereigentums.

## 9

Mit Bescheid vom 27. Januar 2020 gewährte der Beklagte den Beigeladenen eine isolierte Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplanes Nr. \* „...“ hinsichtlich des Vorhabens „Errichtung eines Sockels mit Gartenzaun als Einfriedung“ auf dem Grundstück FINr. ... Die Gesamthöhe der Einfriedung dürfe maximal 2,0 m betragen und das Abtreppen des Sockels sei gestattet (Ziffer I., in Ziffer II. und III. folgen Kostenentscheidungen). Zur Begründung wurde ausgeführt, dass das Vorhaben nach Art. 57 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b BayBO keiner Baugenehmigung bedürfe. Die sachliche Zuständigkeit des Marktes ... ergebe sich somit aus Art. 63 Abs. 3 BayBO. Nach der Sach- und Rechtslage habe dem Antrag nach § 31 Abs. 2 BauGB stattgegeben werden können, da die strenge Durchführung des Bebauungsplanes im vorliegenden Falle zu einer nicht beabsichtigten Härte für den Bauherrn führen würde. Die Abweichung sei auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar. Auch in städtebaulicher Hinsicht sei die Abweichung vertretbar.

#### 10

Ein Zustellungsdatum hinsichtlich dieses Bescheids an den Kläger ist in den Akten nicht zu finden, es findet sich lediglich eine tabellenartige Aufstellung, nach der der Bescheid am 27. Januar 2020 an den Kläger in Abdruck verschickt worden sei.

#### 11

Gegen den Bescheid vom 27. Januar 2020 hat der Kläger durch seine Prozessbevollmächtigte am 10. März 2020 Klage erhoben. Zur Begründung trägt er vor, dass ihm der Bescheid erst am 11. Februar 2020 (Poststempel vom 10. Februar 2020) zugestellt worden und damit die Klage nicht verfristet sei. Ansonsten mute es seltsam an, dass der Marktgemeinderat bereits in der Sitzung am 9. Dezember 2019 über die Befreiung entschieden habe und der Kläger erst mit auf den selben Tag datiertem Schreiben vom Bauantrag der Beigeladenen in Kenntnis gesetzt worden sei. Im Übrigen sei der Bescheid rechtswidrig, da er nachbarschützende Normen verletze. Verstoßen werde gegen Art. 6 BayBO, das Gebot der Rücksichtnahme und Nachbarschutz vermittelnde Festsetzungen des Bebauungsplans hinsichtlich der maximal zulässigen Höhe der Einfriedung. Durch die Festsetzung in § 7 des Bebauungsplans, dass Einfriedungen eine Gesamthöhe von 1 m nicht überschreiten dürften, habe die Gemeinde erreichen wollen, dass eine ausreichende Belüftung und Belichtung zwischen den Grundstücken herrsche. Des Weiteren werde gegen die drittschützende Abstandsflächenregelung des Art. 6 Abs. 9 Nr. 3 BayBO [aktuell wohl Art. 6 Abs. 7 Satz 1 Nr. 3 BayBO] verstoßen, da die tatsächliche Höhe der Einfriedung bei über 3 m liege, wenn man die ursprüngliche Geländehöhe auf Seiten der Beigeladenen berücksichtige und die von diesen rechtswidrig vorgenommenen Aufschüttungen beiseitelasse. Dieses ursprüngliche Geländeniveau sei in den Bauvorlagen falsch, nämlich zu hoch, eingezeichnet. Insofern liege auch ein Verstoß gegen den ebenfalls drittschützenden § 8 des Bebauungsplans vor, der Aufschüttungen nur bis zu einer Höhe von 1 m ab vorhandenem Gelände gestatte. Jedenfalls aber sei das Gebot der Rücksichtnahme verletzt. Eine Befreiung habe daher auch nicht unter Berufung auf die Einzelfallgerechtigkeit erteilt werden dürfen, hier handele es sich vielmehr um eine ermessensfehlerhafte Gefälligkeitsentscheidung des Beklagten. Den Beigeladenen drohe keine unzumutbare Härte, wenn sie ihre Einfriedung gemäß den Festsetzungen des Bebauungsplans errichten würden. Auch könne nicht zugunsten der Beigeladenen berücksichtigt werden, dass zivilrechtliche Beseitigungsansprüche hinsichtlich der hinüberwachsenden Bäume und Sträucher verjährt seien; diese hätten die Beigeladenen hinzunehmen und könnten die Verjährung nicht über das öffentliche Recht umgehen. Durch eine 2 m hohe Einfriedung werde der Kläger umgekehrt erheblich in den Belangen der Belichtung und Belüftung seines Grundstücks gestört. In tatsächlicher Hinsicht werde bestritten, dass die klägerischen Bäume 8 m hoch seien und dessen Grundstück überwuchert sei.

#### 12

Der Kläger beantragt,

den Bescheid des Beklagten vom 27. Januar 2020 aufzuheben.

#### 13

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

#### 14

Zur Begründung führt er aus, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des § 31 Abs. 2 BauGB für eine Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplans vorliegen. Zunächst würden die Grundzüge der

Planung im Sinne des § 31 Abs. 2 BauGB nicht berührt. Im Übrigen sei § 31 Abs. 2 Nr. 3 BauGB einschlägig, nach dem eine Befreiung möglich sei, wenn die Durchführung des Bebauungsplans zu einer offenbar nicht beabsichtigten Härte führen würde und wenn die Abweichung auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar sei. Ein Bebauungsplan diene nämlich auch dazu, unter den Nachbarn einen Interessenausgleich zu gewährleisten, von dem durch Befreiung zumindest teilweise abgewichen werden solle. Durch die erteilte Befreiung werde in diesen Interessenausgleich nicht erheblich störend eingegriffen. Wie aus dem Gemeinderatsbeschluss hervorgehe, habe der Beklagte das ihm zustehende Ermessen unter ausführlicher Würdigung der Interessen des Klägers und der Beigeladenen korrekt ausgeübt. Insbesondere sei auch berücksichtigt worden, dass der Kläger selbst eine teilweise 8 m hohe Einfriedung, bestehend aus Bäumen und Sträuchern, unmittelbar an der Grenze unterhalte. Schließlich sei auch in die Abwägung einzustellen gewesen, dass die Ansprüche der Beigeladenen gegen den Kläger auf einen Rückschnitt dessen überwachsener Bepflanzung bereits zivilrechtlich verjährt seien. Bestritten werde die Behauptung der Klägerseite, dass Art. 6 BayBO und das Gebot der Rücksichtnahme verletzt seien sowie eine unzulässige Aufschüttung vorgenommen worden sei.

**15**

Die Beigeladenen beantragen,  
die Klage abzuweisen.

**16**

Zur Begründung führen sie aus, dass die Klage bereits unzulässig, jedenfalls aber unbegründet sei. Die Klageerhebung sei verspätet erfolgt, da nach Art. 41 Abs. 2 Satz 1 BayVwVfG ein schriftlicher Verwaltungsakt, der im Inland durch die Post übermittelt werde, am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben gelte. Der Bescheid sei laut tabellarischer Aktennotiz des Beklagten am 27. Januar 2020 in Richtung des Klägers zur Post aufgegeben worden. Die bloße Behauptung des Klägers, ihm sei der Bescheid erst am 11. Februar 2020 zugestellt worden, sei unsubstantiiert und damit unbeachtlich. Im Übrigen sei die Klage auch unbegründet, die Voraussetzungen für eine Befreiungsentscheidung nach § 31 Abs. 2 BauGB lägen vor. Insbesondere würde hier die Durchführung des Bebauungsplans zu einer offenbar nicht beabsichtigten Härte führen. Dies ergebe sich aus der massiven grenznahen Bepflanzung des Klägergrundstücks, deren Überwuchs der Kläger sich in der Vergangenheit nicht angenommen habe. Die Einfriedung biete den Beigeladenen insofern Schutz und fungiere außerdem als Sichtschutz gegen das erhebliche Interesse des Klägers an der Lebensführung der Beigeladenen. Der soziale Wohnfriede erfordere im vorliegenden Fall eine Einfriedung. Die Befreiung sei auch mit den nachbarlichen Interessen vereinbar, insbesondere werde das Gebot der Rücksichtnahme nicht verletzt. Die geplante 2 m hohe Einfriedung habe keinerlei Auswirkung auf die Belichtung, Besonnung und Belüftung des Klägergrundstücks. Falls tatsächlich nicht ausreichend Licht und Sonne auf dessen Grundstück gelange, sei dies allein der massiven Bepflanzung durch den Kläger anzulasten. Schließlich sei Art. 6 Abs. 7 Satz 1 Nr. 3 BayBO nicht verletzt, da die Einfriedung eine maximale Höhe von 2 m aufweise und die davor bestehende mit einer Höhe von 2,30 m entsprechend zurückgebaut worden sei. Es werde bestritten, dass eine unzulässige Aufschüttung vorgenommen und die Geländehöhe in den Bauvorlagen nicht zutreffend eingezeichnet sei. Zu guter Letzt halte der Kläger selbst die Abstandsflächen nicht ein.

**17**

In der mündlichen Verhandlung gaben die Beigeladenen an, ihren südlichen Grundstücksbereich aufgefüllt und die nach Süden stehenden L-Steine selbst gesetzt zu haben. Dem sei eine Anfrage an den Markt ... vorausgegangen, der mit Verweis auf den Bebauungsplan, wonach Auffüllungen bis zu 1 m Höhe möglich seien, zugestimmt habe.

**18**

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes wird ergänzend auf den Inhalt der Gerichtsakte und der beigezogenen Behördenakten verwiesen. Hinsichtlich des Verlaufs der mündlichen Verhandlung und der Inaugenscheinnahme am 6. Mai 2021 wird auf die Sitzungsniederschrift und die gefertigten Lichtbilder Bezug genommen.

## **Entscheidungsgründe**

**19**

Die Klage ist zulässig, aber unbegründet.

## 20

1. Die Klage ist zulässig, insbesondere ist sie nicht gemäß § 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO verfristet. Nach dieser Vorschrift muss die Anfechtungsklage innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsakts erhoben werden. Da der Beklagte ausweislich der Behördenakten über keinen Nachweis für die Zustellung des streitgegenständlichen Bescheids vom 27. Januar 2020 an den Kläger verfügt, sondern lediglich in einer tabellarischen Zusammenstellung des Schriftverkehrs in der Streitsache „...-Marktgemeinde ...“ die Versendung an den Kläger am 27. Januar 2020 notiert hat, der Kläger aber vorträgt, dass ihm der Bescheid erst am 11. Februar 2020 (Poststempel vom 10. Februar 2020) zugestellt worden sei, kann nicht auf die Bekanntgabefiktion des Art. 41 Abs. 2 Satz 1 BayVwVfG zurückgegriffen werden. Nach dieser gilt zwar ein schriftlicher Verwaltungsakt, der im Inland durch die Post übermittelt wird, am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben. Jedoch beinhaltet Art. 41 Abs. 2 Satz 1 BayVwVfG nicht die Vermutung, ob und wann der Verwaltungsakt zur Post aufgegeben wurde. Dass dieser Zeitpunkt feststeht, ist vielmehr Voraussetzung der Zugangsvermutung. Beweispflichtig ist insoweit die Behörde (Stelkens in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 41 Rn. 119 f.). Die tabellarische Übersicht des Beklagten über die wechselseitigen Korrespondenzen in der Streitsache genügt nicht, um dieser Beweispflicht gerecht zu werden. Dort ist in Zeile 27 lediglich notiert, dass am 27. Januar 2020 ein Abdruck des Bescheids an den Kläger verschickt worden sei. Einen Anscheinsbeweis, dass ein Bescheid am Tage seiner Herstellung oder Datierung zur Post aufgegeben wurde, gibt es nicht (Stelkens a.a.O.).

## 21

2. Die Klage ist jedoch unbegründet.

## 22

Der Bescheid des Beklagten vom 27. Januar 2020 verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten, § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

## 23

Eine Anfechtungsklage hat nach § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO nämlich nur dann Erfolg, wenn die angefochtene Baugenehmigung rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt. Dafür genügt nicht die objektive Verletzung einer Rechtsnorm. Die Rechtsverletzung muss sich aus einer Norm ergeben, die zumindest auch dem Schutz des Nachbarn dient (Schutznormtheorie, s. BayVGh, B.v. 23.6.2017 - 15 ZB 16.920 - BayVBI 2019, 596 Rn. 8). Zudem müssen die als verletzt gerügten Normen Teil des Prüfprogramms der genehmigenden Behörde sein.

## 24

a) In formeller Hinsicht war der beklagte Markt ... für die isolierte Befreiungsentscheidung hinsichtlich der Festsetzungen seines Bebauungsplans Nr. \* „...“ vom ... zuständig. Dies ergibt sich aus Art. 63 Abs. 3 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 BayBO, nach dem über Ausnahmen und Befreiungen nach Art. 63 Abs. 2 Satz 1 BayBO bei verfahrensfreien Bauvorhaben die Gemeinde nach Maßgabe der Art. 63 Abs. 1 und 2 BayBO entscheidet. Art. 63 Abs. 2 Satz 1 BayBO wiederum regelt das Erfordernis eines gesonderten schriftlichen und begründeten Antrags u.a. für Befreiungen von den Festsetzungen eines Bebauungsplans.

## 25

Es handelt sich auch um ein verfahrensfreies Bauvorhaben im Sinne des Art. 57 Abs. 1 Nr. 7 a) BayBO, der Mauern einschließlich Stützmauern und Einfriedungen, Sichtschutzzäune und Terrassentrennwände mit einer Höhe bis zu 2 m umfasst. Die Basis für die Abmessung der maximal zwei Höhenmeter ist die natürliche oder festgelegte Geländeoberfläche und zwar auch dann, wenn das Nachbargrundstück tiefer liegt als das Baugrundstück (OVG RhPf, B.v. 6.6.2011 - 8 A 10377/11 - NVwZ-RR 2011, 757; Lechner/Busse in Busse/Kraus, BayBO, 140. EL Februar 2021, Art. 57 Rn. 216; Weinmann in Spannowsky/Manssen, BeckOK Bauordnungsrecht Bayern, 18. Ed. 1.4.2021, Art. 57 BayBO Rn. 118).

## 26

Gemäß der durch die Beigeladenen mit dem Antrag auf die Erteilung einer isolierten Befreiung eingereichten Bauzeichnungen sowie der im Ortstermin händisch vorgenommenen Messungen hält die geplante Einfriedung eine maximale Höhe von 2 m ein. Soweit der Kläger pauschal vorbringt, die Beigeladenen hätten ihr Grundstück rechtswidrig aufgeschüttet, womit die den Bauzeichnungen zugrundeliegende natürliche Geländeoberfläche zu hoch angesetzt sei, dringt er damit nicht durch. Denn der Bebauungsplan Nr. „...“ des Beklagten sieht in dessen § 8 vor, dass Aufschüttungen und Abgrabungen bis zu 1,0 m ab vorhandenem Gelände zulässig seien. Eine solche im Südteil ihres Gartens vorgenommen

zu haben, tragen die Beigeladenen selbst vor. Diesbezüglich liegt auch eine Anzeige an den Markt ... vom 4. Mai 2017 vor, in der die Beigeladenen unter Eingabe einer händischen Zeichnung das Anlegen einer Stützmauer zur Grundstücksbegrenzung sowie ein Auffüllen im Bereich vor der Stützmauer in einer maximalen Höhe von 0,65 m ankündigten. Wenn aber der Bebauungsplan selbst eine Aufschüttung gestattet, dann kann die zulässigerweise veränderte Geländeoberfläche, wie sie sich vor der Ausführung des Bauvorhabens darstellt, als Basispunkt für die Höhe der baulichen Anlage herangezogen werden (Molodovsky/Famers/Waldmann, BayBO, 51. Update März 2021, Art. 2 Rn. 96). Dafür, dass die Beigeladenen im Sinne des § 8 des Bebauungsplans Nr. „...“ diesbezüglich oder im Übrigen unzulässige Aufschüttungen vorgenommen und folglich eine unzutreffende Linie des Urgeländes in den Bauzeichnungen eingetragen hätten, spricht von der pauschalen Behauptung der Klägersseite abgesehen nach der Aktenlage unter Einbezug der Bauakten zum renovierten Bestandsgebäude der Beigeladenen und den im Rahmen der Inaugenscheinnahme getroffenen Feststellungen nichts. Zwar hat das Verwaltungsgericht gemäß § 86 Abs. 1 Satz 1 VwGO unter Heranziehung der Beteiligten die Pflicht zur Amtsermittlung, jedoch sind in tatsächlicher Hinsicht nur dann weitere Aufklärungsmaßnahmen veranlasst, wenn sich diese nach den Umständen des Einzelfalls dem Gericht aufdrängen mussten (Dawin in Schoch/Schneider, VwGO, 39. EL Juli 2020, § 86 Rn. 61 ff. m.w.N.), was hier nicht der Fall ist.

## 27

Selbst wenn man aber mit dem Kläger davon ausgehen würde, dass die Einfriedung der Beigeladenen wegen eines unzutreffenden Ausgangspunkts für die Höhenmessung eine Höhe von 2 m überschreite und damit keine Verfahrensfreiheit nach Art. 57 Abs. 1 Nr. 7 a) BayBO mehr gegeben und somit ein reguläres (vereinfachtes) Baugenehmigungsverfahren durch das Landratsamt durchzuführen gewesen wäre, so begründete dies keine Rechtsverletzung des Klägers. Dieser hat keinen Anspruch auf die Durchführung eines bestimmten Genehmigungsverfahrens, sondern nur darauf, dass seine materiellen Rechten gewahrt werden (BayVGH, U.v. 19.5.2011 - 2 B 11.397 - juris Rn. 19; VG Würzburg, U.v. 6.3.2014 - W 5 K 13.1017 - juris Rn. 25; Weinmann in Spannowsky/Manssen, BeckOK Bauordnungsrecht Bayern, 18. Ed. 1.4.2021, Art. 63 Rn. 56).

## 28

b) Der Bescheid des Beklagten vom 27. Januar 2020 zugunsten der Beigeladenen verletzt den Kläger auch in materieller Hinsicht nicht in seinen Rechten.

## 29

aa) Der Prüfungsmaßstab ist hier allein, ob der Kläger im in § 31 Abs. 2 BauGB verankerten Gebot der Rücksichtnahme verletzt ist und nicht, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 31 Abs. 2 BauGB für eine Befreiungsentscheidung im Einzelnen vorliegen. Denn bei § 7 des Bebauungsplans Nr. \* „...“ des Beklagten - „Einfriedung“ -, auf den sich der Kläger beruft, handelt es sich nicht um eine nachbarschützende Festsetzung des Bebauungsplans, von der befreit wurde (BVerwG, U.v. 6.10.1989 - 4 C 14/87 - juris; BayVGH, B.v. 18.6.2018 - 15 ZB 17.635 - juris Rn. 13; B.v. 24.3.2009 - 14 CS 08.3017 - juris Rn. 33 ff.; Reidt in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 14. Aufl. 2019, Vorbm. zu §§ 29-38 Rn. 63 f.).

## 30

Festsetzungen zum Maß der baulichen Nutzung, wie in § 7 des Bebauungsplans Nr. \* „...“, haben nicht schon kraft Gesetzes nachbarschützende Funktion. Solche Festsetzungen vermitteln Drittschutz nur dann, wenn sie nach dem Planungswillen der Gemeinde diese Funktion haben sollen, was im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln ist (BayVGH, B.v. 25.9.2013 - 14 ZB 12.2033 - juris Rn. 21; Dirnberger in Busse/Kraus, BayBO, 140. EL Februar 2021, Art. 66 Rn. 356 ff.). Der textlichen Festsetzung in § 7 des Bebauungsplans Nr. „...“ lässt sich ein dahingehender Planungswille des Beklagten nicht entnehmen. Die Festsetzungen zur maximal zulässigen Höhe der Einfriedung sowie deren Sockel und zum Verbot des Abtreppens lassen keinen nachbarschützenden Charakter erkennen. Vielmehr ergibt sich in einer Zusammenschau mit den übrigen in § 7 enthaltenen Festsetzungen, nämlich, dass grelle Farben unzulässig sind und dass, sollte die Einfriedung aus einer Hecke bestehen, diese regelmäßig zu schneiden ist und dornige Gewächse nicht gestattet sind, dass es der Gemeinde um eine einheitliche Gestaltung des Ortsbildes im Plangebiet ging, also um einen im öffentlichen Interesse liegenden städtebaulichen Aspekt. Dafür spricht auch, dass sich der Begründung zum Bebauungsplan Nr. „...“, die zu seiner Auslegung herangezogen werden kann (Mitschang/Reidt in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 14. Aufl. 2019, § 9 Rn. 233 f.), keinerlei Anhaltspunkte für eine drittschützende Aufladung der Festsetzungen aus § 7 entnehmen lassen (so im Ergebnis in einem vergleichbaren Fall BayVGH, U.v. 7.8.2009 - 15 B 09.1239 - juris Rn. 26).

### 31

Das insofern maßgebliche Gebot der Rücksichtnahme ist nicht zulasten des Klägers verletzt. Das drittschützende Rücksichtnahmegebot wird aktiviert, „wenn in qualifizierter und individualisierter Weise auf schutzwürdige Interessen eines erkennbar abgegrenzten Kreises Dritter Rücksicht zu nehmen ist“ (BVerwG, U.v. 5.12.2013 - 4 C 5/12 - NVwZ 2014, 370 Rn. 21). Die Anforderungen, die das Rücksichtnahmegebot an die Zulässigkeit des Vorhabens stellt, hängen wesentlich von den besonderen Umständen des Einzelfalls ab. Je empfindlicher und schutzwürdiger die Stellung des durch das Vorhaben Betroffenen ist, desto mehr kann er an Rücksichtnahme verlangen. Je verständlicher und unabweisbarer die Interessen des Bauherrn sind, desto weniger muss er sich in Rücksichtnahme üben. Es ist also darauf abzustellen, was einerseits dem Rücksichtnahmebegünstigten und andererseits dem Rücksichtnahmeverpflichteten nach Lage der Dinge zuzumuten ist (BayVGh, B.v. 15.10.2019 - 15 ZB 19.1221 - juris Rn. 15; B.v. 5.4.2019 - 15 ZB 18.1525 - BeckRS 2019, 7160 Rn. 9; s.a. Söfker in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 140. EL Oktober 2020, § 34 Rn. 141).

### 32

Im Hinblick auf das Maß der baulichen Nutzung kommt es wie bei der Prüfung des Einfügens in die Eigenart der näheren Umgebung nach § 34 Abs. 1 BauGB nicht auf die „Feinheiten der Berechnungsregeln“ der BauNVO an, sondern auf die von außen wahrnehmbare Erscheinung des Gebäudes im Verhältnis zur Umgebungsbebauung und die absoluten Maße, insbesondere Grundfläche, Geschosszahl, Höhe und Volumen des Baukörpers (BVerwG, U.v. 23.3.1994 - 4 C 18/92 - NVwZ 1994, 1006; Mitschang/Reidt in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 14. Aufl. 2019, § 34 Rn. 28 m.w.N.). Eine Verletzung des drittschützenden Rücksichtnahmegebots liegt nach der Rechtsprechung allerdings erst dann vor, wenn dem Vorhaben in der Gesamtschau eine „erdrückende“ oder „abriegelnde“ Wirkung zukommt (BayVGh, B.v. 23.4.2014 - 9 CS 14.222 - juris Rn. 12). Dies kann vor allem bei nach Höhe und Volumen „übergroßen“ Baukörpern in geringem Abstand zu benachbarten Wohngebäuden anzunehmen sein (BayVGh, a.a.O.). Bejaht hat die Rechtsprechung eine Verletzung des Rücksichtnahmegebots etwa für ein 12-geschossiges Gebäude in einer Entfernung von 15 m zum 2 ½-geschossigen Nachbarwohnhaus (BVerwG, U.v. 13.3.1981 - 4 C 1/78 - juris Rn. 32 ff.), drei 11,5 m hohe Düngekalksilos im Abstand von 6 m zu einem 2-geschossigen Wohnhaus (BVerwG, U.v. 23.5.1986 - 4 C 34/85 - juris Rn. 12 ff.), hingegen verneint für einen Höheunterschied von wenigen Metern bei einem Abstand zwischen beiden Gebäuden von etwa 2 m (SächsOVG, B.v. 17.12.2014 - 1 B 216/14 - juris Rn. 10 ff.; w.N. zur Rspr. bei Söfker in EZBK, BauGB, 140. EL Oktober 2020, § 34 Rn. 142).

### 33

Diesen Maßstab zugrunde gelegt, ist keine Verletzung des Rücksichtnahmegebots zulasten des Klägers ersichtlich, weil der Einfriedung der Beigeladenen keine in diesem Sinne erdrückende, abriegelnde Wirkung, gleich einer Gefängnishofsituation, zukommt (so die Formulierung bei NdsOVG, B.v. 15.1.2007 - 1 ME 80/07 - juris Rn. 13, s.a.: „Dem Grundstück muss gleichsam die Luft zum Atmen genommen werden.“). Ein derartiger Eindruck hat sich der Kammer im Rahmen der Inaugenscheinnahme nicht offenbart. Im südlichen Bereich des klägerischen Gartens an der Grenze zu den Beigeladenen befindet sich signifikanter Baumbewuchs, der die Einfriedung der Beigeladenen in Form eines Holzzaunes um mehrere Meter überragt. Auf der Höhe des Zaunes befindet sich in diesem Bereich überdies noch dichtes Grün. Der Zaun der Beigeladenen ist also zu einem Gutteil durch den Bewuchs im klägerischen Garten ver- und bedeckt und hat keineswegs eine optisch erdrückende Wirkung. Im nördlichen Teil des Gartens des Klägers befindet sich zudem grenznah ein Gewächshaus, dessen Giebelseite zur Einfriedung der Beigeladenen zeigt. Noch weiter nördlich und durch Treppen abgestuft weiter oben liegend steht noch ein 2,30 m firsthoher Taubenstall. Auch diese beiden Gebäude nehmen dem Zaun der Beigeladenen eine etwa erdrückende Wirkung, wenn auch in diesem Teil des Gartens der Bewuchs dünner als im südlichen Abschnitt ausfällt. Eine drohende Verschattung des klägerischen Gartens ist nicht zu befürchten. Zugegeben hält die Einfriedung der Beigeladenen zu einem gewissen Teil die Einstrahlung durch die Nachmittagssonne auf das Klägergrundstück ab, allerdings nicht in einem Maße, das sich zu einer Verletzung des Rücksichtnahmegebots verdichten würde. Insofern ist nämlich auch in Rechnung zu stellen, dass der stattliche Baumbewuchs auf dem klägerischen Grundstück in Grenznähe zu den Beigeladenen ebenfalls deren Besonnung aus östlicher bis südöstlicher Richtung mindern dürfte. Schließlich spricht gegen die Verletzung des Rücksichtnahmegebots, dass die Einhaltung der bauordnungsrechtlichen Abstandsflächen eine diesbezügliche Verletzung in der Regel ausschließt (vgl. BayVGh, B.v. 8.5.2019 - 15 NE 19.551, 15 NE 19.579 - juris Rn. 35). Wenn nun aber der Landesgesetzgeber in Art. 6 Abs. 7 Satz 1 Nr. 3 BayBO

(vormals Art. 6 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 BayBO a.F.) Stützmauern und geschlossene Einfriedungen mit einer Höhe bis zu 2 m innerhalb der Abstandsflächen und ohne eigene Abstandsflächen gestattet, bringt er damit typischerweise zum Ausdruck, dass derlei Anlagen keine unzumutbare Beeinträchtigung der Belange Belichtung, Belüftung und sozialer Wohnfriede mit sich bringen.

**34**

bb) Soweit der Kläger auf eine Verletzung des Abstandsflächenrechts, Art. 6 BayBO, rekurriert, ist er hiermit im Rahmen der Klage gegen die Erteilung einer isolierten Befreiung nach § 31 Abs. 2 BauGB bereits deshalb ausgeschlossen, weil Art. 6 BayBO überhaupt nicht Prüfungsprogramm des beklagten Marktes ... war, sondern eben nur die Voraussetzungen der bauplanungsrechtlichen Regelung des § 31 Abs. 2 BauGB.

**35**

Im Übrigen läuft der abstandsflächenrechtliche Einwand auch inhaltlich ins Leere, da die geplante Einfriedung der Beigeladenen gemäß Art. 6 Abs. 7 Satz 1 Nr. 3 BayBO (vormals Art. 6 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 BayBO a.F.) innerhalb der Abstandsflächen und ohne eigene Abstandsflächen gestattet ist.

**36**

3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1, Abs. 3, § 162 Abs. 3 VwGO. Nachdem die Beigeladenen einen Antrag gestellt, sich durch Sachvortrag am Verfahren beteiligt und sich damit dem Kostenrisiko nach § 154 Abs. 3 VwGO ausgesetzt haben, entspricht es der Billigkeit, dass sie ihre außergerichtlichen Kosten ersetzt erhalten, § 162 Abs. 3 VwGO.

**37**

Die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung beruht auf § 167 Satz 1 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.