

**Titel:**

**Beseitigungsanordnung bezüglich Maschendrahtzaun und Bauwagen**

**Normenketten:**

BayBO Art. 57 Abs. 1 Nr. 7 lit. b, Art. 76 S. 1

BauGB § 35 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, Abs. 4

VwGO § 114

GG Art. 3 Abs. 1

BV Art. 118 Abs. 1

**Leitsätze:**

1. Sockellos iSd Art. 57 Abs. 1 Nr. 7 lit. b BayBO ist eine Einfriedung nur dann, wenn die Einfriedungspfosten unmittelbar, also ohne zusätzliche Halterung in den Erdboden eingebracht werden. Diese Voraussetzung wird nicht erfüllt, wenn die Pfosten, die aus Metall, Holz oder Beton oder jedem anderen Baustoff sein können, eingemauert bzw. einbetoniert sind. (Rn. 29) (redaktioneller Leitsatz)
2. Die landwirtschaftliche Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB setzt voraus, dass dem Eingriff in den Außenbereich ein auf Dauer angelegter Betrieb gegenübersteht, dem das geplante Vorhaben zu dienen bestimmt ist. Auch eine landwirtschaftliche Nebenerwerbsstelle kann ein Betrieb iSd § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB sein. An die Betriebseigenschaft sind jedoch strenge Anforderungen zu stellen. (Rn. 36) (redaktioneller Leitsatz)
3. Die Abgrenzung der Führung eines landwirtschaftlichen Betriebs von der bloßen Liebhaberei wird vor allem anhand der Kriterien der Betriebsgröße, der Gewinnerzielungsabsicht, der persönlichen Eignung des Betriebsinhabers und des gesicherten Zugriffs auf die notwendigen Nutzflächen vorgenommen. (Rn. 37) (redaktioneller Leitsatz)
4. Der Katalog der in § 35 Abs. 1 BauGB benannten privilegierten Vorhaben ist abschließend. Eine Erweiterung oder analoge Anwendung auf andere Vorhaben ist nicht zulässig. Vorhaben, die nicht unter einen der in Nr. 1 bis 8 des § 35 Abs. 1 BauGB genannten Privilegierungstatbestand fallen, sind sonstige Vorhaben iSd § 35 Abs. 2 BauGB, auf die gegebenenfalls § 35 Abs. 4 BauGB über die sog. begünstigten Vorhaben Anwendung findet. (Rn. 39) (redaktioneller Leitsatz)
5. Es ist mit dem Gleichheitsgrundsatz zu vereinbaren, wenn eine Behörde in einem Gebiet mit mehreren vergleichbaren Objekten aufgrund einer Stichtagsregelung oder anlassbezogen vorgeht. Sie braucht sich in einem solchen Fall nicht mit der Verschlechterung des bestehenden Zustandes zu begnügen, sondern darf darauf hinwirken, dass der festgestellte Missstand beseitigt wird. (Rn. 49) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Beseitigungsanordnung, Einfriedung und Bauwagen, offene, sockellose Einfriedung, Außenbereich, Erwerbsobstbau, sonstiges Vorhaben, Ermessen, Gleichbehandlungsgrundsatz, offenesockellose Einfriedung, landwirtschaftliche Privilegierung, Duldung

**Tenor**

I. Die Klage wird abgewiesen.

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

III. Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Kläger können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vorher in gleicher Höhe Sicherheit leistet.

**Tatbestand**

1

Die Kläger wenden sich gegen eine von der Stadt Bad Kissingen ausgesprochene Beseitigungsanordnung bezüglich einer Einfriedung in Form eines Maschendrahtzaunes und eines Bauwagens.

2

1. Die Kläger sind Miteigentümer der Grundstücke Fl.Nrn. ..., ..., ... und ... der Gemarkung G\* ... (Baugrundstück). Diese weisen zusammen eine Breite von ca. 25 m und eine Länge von ca. 100 m auf. Das Baugrundstück liegt westlich der Ortslage von G\* ... im Außenbereich und ist mit Obstbäumen bestanden.

3

Bei einer Baukontrolle am 25. September 2020 wurde durch Mitarbeiter der Stadt Bad Kissingen festgestellt, dass die Grundstücke Fl.Nrn. ..., ..., ... und ... der Gemarkung G\* ... mittels eines Maschendrahtzaunes, der über einbetonierte Metallpfosten gespannt ist, eingefriedet wurden. Die Bauarbeiten wurden vor Ort beim ausführenden Bauunternehmen mündlich eingestellt.

4

Mit Bescheid vom 28. September 2020 verfügte die Stadt Bad Kissingen, dass auf den Grundstücken Fl.Nrn. ..., ..., ... und ... der Gemarkung G\* ... die Bauarbeiten unverzüglich einzustellen seien. Die am 25. September 2020 mündlich verfügte Baueinstellung wurde bestätigt. Hiergegen erhoben die Kläger durch ihren Bevollmächtigten am 30. Oktober 2020 Klage zum Verwaltungsgericht Würzburg (W 5 K 20.1664).

5

Mit Schreiben vom 28. September 2020 forderte die Stadt Bad Kissingen die Kläger auf, die Einfriedung bis spätestens 31. Oktober 2020 freiwillig zu beseitigen und den Bauwagen zu entfernen, ansonsten sei sie gehalten, die Beseitigung anzuordnen.

6

Mit Schriftsatz ihres Bevollmächtigten vom 19. Oktober 2020 machte dieser geltend, dass die Einzäunung zulässig und notwendig sei, insbesondere um die Obstbäume bzw. das Obst zu schützen. Der Bauwagen diene landwirtschaftlichen Zwecken. Es werde beantragt, die Umzäunung zu erlauben/zu genehmigen. Auch befänden sich in der Nachbarschaft eingezäunte Pferdekoppeln.

7

Mit Schreiben vom 27. Oktober 2020 teilte die Beklagte dem Klägerbevollmächtigten mit, dass sie sich mit dem Vorbringen auseinandergesetzt habe und keine Anhaltspunkte erkennbar seien, die das Bauvorhaben zulassungsfähig erscheinen ließen. Eine förmliche Beseitigungsanordnung werde in Kürze ergehen.

8

2. Daraufhin gab die Stadt Bad Kissingen den Klägern mit Bescheid vom 30. Oktober 2020 auf, den Bauwagen vom Baugrundstück zu entfernen sowie die Einfriedung vollständig zu beseitigen (Nr. 1). Die sofortige Vollziehung der Nr. 1 wurde angeordnet (Nr. 2). Für den Fall, dass die in Nr. 1 dieses Bescheids festgelegten Pflichten nicht spätestens bis zum 11. Dezember 2020 erfüllt werden, wurde ein Zwangsgeld in Höhe von 3.000,00 EUR bei Nichtentfernung des Bauwagens (Nr. 2.b) und in Höhe von 5.000,00 EUR bei Nichtbeseitigung der Einfriedung (Nr. 3.b) für fällig erklärt. Die Kosten des Verfahrens wurden den Klägern auferlegt und die Bescheidgebühr auf 100,00 EUR festgesetzt (Nrn. 4 und 5).

9

Zur Begründung wurde ausgeführt, Rechtsgrundlage für den Erlass des Bescheids sei Art. 76 Satz 1 BayBO. Die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Vorschrift seien hinsichtlich des Bauwagens erfüllt. Der Bauwagen sei ohne die nach Art. 2 Abs. 1 Satz 1 und 3, Art. 55 Abs. 1 BayBO erforderliche Baugenehmigung und damit im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet worden. Die Herstellung rechtmäßiger Zustände durch die nachträgliche Genehmigung sei nicht möglich. Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit richte sich nach § 35 BauGB, weil das Vorhaben im Außenbereich liege; es handele sich nicht um ein privilegiertes Vorhaben, das öffentliche Belange i.S.d. § 35 Abs. 2 BauGB beeinträchtige. Es widerspreche dem rechtsgültigen Flächennutzungsplan der Stadt Bad Kissingen, der hier eine Fläche für die Landwirtschaft darstelle. Es beeinträchtige weiterhin die natürliche Eigenart der Landschaft und es sei die Entstehung einer Splittersiedlung zu befürchten. Auch hinsichtlich der Einfriedung seien die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 76 Satz 1 BayBO erfüllt. Die Einfriedung sei ohne die nach Art. 2 Abs. 1 Satz 1, Art. 55 Abs. 1, Art. 57 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. a), Abs. 2 Nr. 5 BayBO erforderliche Baugenehmigung und damit im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet worden. Die Herstellung rechtmäßiger Zustände durch die nachträgliche Genehmigung sei nicht möglich. Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit richte sich nach § 35 BauGB, weil das Vorhaben im Außenbereich liege, es handele sich ebenfalls nicht um ein privilegiertes Vorhaben, insbesondere diene es nicht einem land-

oder forstwirtschaftlichen Betrieb. Die Einfriedung beeinträchtige öffentliche Belange i.S.d. § 35 Abs. 2 BauGB, nämlich hier die natürliche Eigenart der Landschaft und es bilde für andere Grundstückseigentümer den Anreiz, ihre Grundstücke ebenfalls in unzulässiger Weise einzufrieden. Der Erlass der Beseitigungsanordnung stehe im pflichtgemäßen Ermessen der Bauaufsichtsbehörde. An der Herstellung rechtmäßiger Zustände bestehe grundsätzlich öffentliches Interesse, weil nur so dem „wilden“ Bauen wirksam begegnet werden könne. Das Interesse der Allgemeinheit an der Beseitigung sei hier höher zu bewerten als die persönlichen Interessen der Grundstückseigentümer, selbst wenn ihnen dadurch finanzielle Nachteile entstünden. Die Stadt Bad Kissingen pflege in gleich gelagerten Fällen regelmäßig durch Anordnung der Beseitigung einzuschreiten. Die Androhung der Zwangsgelder stütze sich auf Art. 29, 30, 31 und 36 BayVwVfG.

#### 10

3. Mit Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten vom 7. Dezember 2020, eingegangen bei Gericht am gleichen Tag, ließen die Kläger Klage erheben und in der mündlichen Verhandlung beantragen, den Bescheid der Stadt Bad Kissingen vom 30. Oktober 2020 aufzuheben.

#### 11

Zur Begründung der Klage ließen die Kläger durch ihren Bevollmächtigten ausführen: Die Frist zur Beseitigung sei viel zu kurz. Der Kläger zu 1) habe im Jahr 2019 beim Landratsamt Bad Kissingen vorgesprochen, weil er der Meinung gewesen sei, dass dieses für das Baugrundstück zuständig sei. Er habe unverbindlich beim dortigen Bauamt angefragt, ob er die Grundstücke mit einem Zaun versehen dürfe, wobei er die Gründe angegeben habe. Ihm sei gesagt worden, dass er dies dürfe und sogar eine Notwendigkeit hierfür gegeben sei. Die Gründe für die Einfriedung lägen darin, dass nicht der gesamte Grundbesitz von 4.000 bis 5.000 m<sup>2</sup>, sondern nur das Baugrundstück mit ca. 2.000 m<sup>2</sup> eingezäunt werden solle, weil dort Obstbaumbestand gegeben sei. Es befänden sich dort 20 Obstbäume. Wie sich aus dem Schreiben des Unterfertigten an die Beklagte und auch aus Zeitungsberichten ergebe, hätten die Kläger unter Obstdiebstahl zu leiden. Es sei scheinbar in Mode gekommen, über Nacht Bäume zu leeren und das Obst abzutransportieren. Der Kläger zu 1) gehe im Jahr 2021 in Rente und beabsichtige, den Obstbaumbestand innerhalb der Einfriedung zu erweitern. Die Einzäunung sei auch wegen Wildschäden notwendig und auch deshalb, weil der Grundbesitz immer wieder von Pkws, Geländewagen und Traktoren befahren werde. Deshalb sei bei der Stadt Bad Kissingen mit Schreiben des Unterfertigten vom 19. Oktober 2020 beantragt worden, die Einfriedung zu genehmigen. Es werde auch auf die landwirtschaftliche und gärtnerische Nutzung des Grundstücks hingewiesen. Es handele sich bei der Obstplantage um ein privilegiertes Vorhaben, welches nach Art und Umfang nur im Außenbereich durchgeführt werden könne. Auch würden durch die Einfriedung öffentliche Belange nicht beeinträchtigt. Auch habe in früherer Zeit bereits eine Zaunanlage bestanden. Gegen die von Seiten des Unterfertigten aufgezeigten Bezugsfälle habe die Beklagte scheinbar nichts unternommen. Die Beklagte könne sich auch nicht auf öffentliche Belange berufen, denn aus den vorgelegten Lichtbildern ergebe sich, dass eine Vielzahl von Bezugsfällen in der Nähe gegeben sei, welche von der Beklagten offensichtlich seit Jahren gebilligt würden und welche im Gegensatz zu der klägerischen Maßnahme auch nicht dem Schutz der Obstplantage dienten. Hinzuweisen sei darauf, dass seitens der Beklagten gegen diese Bezugsfälle scheinbar nichts unternommen worden sei. Aus Gleichbehandlungsgründen könne die Stadt Bad Kissingen nicht mit öffentlichen Belangen gehört werden. Die in Anlage beigefügten Unterlagen würden als Beweismittel bezeichnet. Die Lichtbilder zeigten zahlreiche Grundstücke in der Nähe des Baugrundstücks, so die eingezäunte F\* ... R\* ... und viele andere Grundstücke im Außenbereich, die mit einem Zaun versehen seien, bebaut seien oder auf denen sich Bauwägen befänden. Hieraus ergebe sich, dass die Beklagte sich nicht an das gehalten habe, was sie selbst in ihrem Bescheid ausgeführt habe.

#### 12

4. Die Stadt Bad Kissingen beantragte, die Klage abzuweisen.

#### 13

Zur Begründung wurde vorgetragen, die Beseitigungsanordnung sei rechtmäßig und verletze die Kläger nicht in ihren Rechten. Bei der Einfriedung und dem Bauwagen handele es sich nicht um privilegierte Vorhaben i.S.d. § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB. Beim zuständigen Amt für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten Bad Neustadt a.d. Saale sei auf die Kläger kein landwirtschaftlicher Betrieb registriert. Die erforderliche

Ernsthaftigkeit und Nachhaltigkeit einer landwirtschaftlichen Betriebsführung sei bei dem relativ geringen Umfang der verfügbaren Flächen und bei derzeit nur 20 Obstbäumen nicht dargelegt. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gebe es kein Recht auf Gleichbehandlung im Unrecht. Der öffentlichen Gewalt sei es lediglich verwehrt, bei Maßnahmen, die in die Rechte eines Betroffenen eingreifen würden, systemlos und willkürlich vorzugehen. Dies sei hier nicht der Fall. Vielmehr seien zwischenzeitlich die sich in dem Bauquartier westlich des Stadtteils G\* ... befindlichen sowie die darüber hinaus nördlich bzw. nordöstlich gelegenen, von Klägerseite benannten Bezugsfälle aufgenommen worden. Nach den personellen und zeitlichen Ressourcen der Bauaufsicht werde nach und nach geprüft, ob nachträglich rechtmäßige Zustände hergestellt werden könnten. In einem ersten Schritt seien 26 Grundstückseigentümer mit Schreiben vom 28. Februar 2021 und weitere 25 mit gleichlautendem Schreiben vom 1. März 2021 darüber informiert worden, dass es für die dortigen Anlagen keine Duldung gebe. Auch die aufgeführten Bezugsfälle weiter südlich in der Gemarkung G\* ... würden in naher Zukunft aufgenommen und ebenso behandelt. Der Vorgang der Kläger sei auch nicht willkürlich herausgegriffen worden. Vielmehr seien die Kläger zum Zeitpunkt der Baukontrolle gerade dabei gewesen, die Einfriedung zu errichten. Wären zu dem Zeitpunkt Bauarbeiten auch auf anderen Grundstücken festgestellt worden, wäre dort in gleicher Weise eingeschritten worden.

#### **14**

5. Die Kläger ließen durch ihren Bevollmächtigten hinsichtlich der in Nr. 2 des Bescheids vom 30. Oktober 2020 angeordneten sofortigen Vollziehung durch ihren Bevollmächtigten am 7. Dezember 2020 einen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO stellen (W 5 S 20.1987).

#### **15**

Mit Bescheid vom 17. Dezember 2020 hob die Stadt Bad Kissingen die Nr. 2 des Bescheids vom 30. Oktober 2020 auf (Nr. 1.1), Nr. 3 des Bescheids vom 30. Oktober 2020 wurde zu Nr. 2 und erhielt folgende Fassung: „2. Falls die in Nr. 1 festgelegten Pflichten nicht innerhalb eines Monats nach Unanfechtbarkeit dieses Bescheids erfüllt werden, werden Zwangsgelder zur Zahlung fällig und zwar a) ein Zwangsgeld von 3.000,- € bei Nichtentfernung des Bauwagens, b) ein Zwangsgeld von 5.000,- € bei Nichtbeseitigung der Einfriedung.“ (Nr. 1.2). Nr. 4 des Bescheids vom 30. Oktober 2020 wurde zu Nr. 3 (Nr. 1.3) und Nr. 5 des Bescheids vom 30. Oktober 2020 wurde zu Nr. 4 (Nr. 1.4). Nach Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache wurde das Verfahren W 5 S 20.1987 mit Beschluss des Gerichts vom 28. Dezember 2020 eingestellt.

#### **16**

6. Mit den Beteiligten wurde die Sach- und Rechtslage in der mündlichen Verhandlung vom 25. November 2021 erörtert. Wegen weiterer Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakte (auch in den Verfahren W 5 K 20.1664 und W 5 S 20.1987) sowie auf die vorgelegten Behördenakten Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

#### **17**

Die Klage, die explizit gegen den vollständigen Bescheid der Beklagten vom 30. Oktober 2020 gerichtet ist, hat keinen Erfolg.

#### **18**

1. Soweit sich die Klage gegen Nummern 2 bis 5 des Bescheids der Stadt Bad Kissingen vom 30. Oktober 2020 wendet, ist sie bereits unzulässig.

#### **19**

Die Stadt Bad Kissingen hat Nr. 2 des streitgegenständlichen Bescheids mit Nr. 1.1 des Bescheids vom 17. Dezember 2020 (ex nunc) aufgehoben, so dass diese kraft Gesetzes nicht mehr wirksam ist (Art. 43 Abs. 2 BayVwVfG). Damit ist die Anfechtungsklage mangels Beschwer unzulässig (BayVGh, B.v. 7.11.2016 - 20 ZB 16.941 - juris Rn. 2).

#### **20**

Mit Nr. 1.2 des Bescheids vom 17. Dezember 2020 hat die Stadt Bad Kissingen die Nr. 3 des Bescheids vom 30. Oktober 2020 zu Nr. 2 gemacht und - wie folgt - neu gefasst: „2. Falls die in Nr. 1 festgelegten Pflichten nicht innerhalb eines Monats nach Unanfechtbarkeit dieses Bescheids erfüllt werden, werden

Zwangsgelder zur Zahlung fällig und zwar a) ein Zwangsgeld von 3.000,- € bei Nichtentfernung des Bauwagens, b) ein Zwangsgeld von 5.000,- € bei Nichtbeseitigung der Einfriedung.“ Nr. 4 des Bescheids vom 30. Oktober 2020 wurde mit Nr. 1.3 des Bescheids vom 17. Dezember 2020 zu Nr. 3 und mit Nr. 1.4 des Bescheids vom 17. Dezember 2020 Nr. 5 des Bescheids vom 30. Oktober 2020 zu Nr. 4 gemacht. Der Bescheid der Beklagten wurde von Klägerseite in Nrn. 1.2 - 1.4 (bisher) nicht angegriffen, so dass der Bescheid insoweit in Bestandskraft erwachsen ist. Die Kläger haben insoweit die Klagefrist versäumt. Gemäß § 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO ist die Klage innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsakts zu erheben. Da der mit einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrungversehene Bescheid vom 17. Dezember 2020 ausweislich des Eingangsstempels am gleichen Tag beim Klägerbevollmächtigten eingegangen ist, endete die Monatsfrist mit Ablauf des 18. Januar 2021 (§ 57 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 222 Abs. 1 ZPO, §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 Alt. 2, 193 BGB). Bis zu diesem Zeitpunkt wurde aber von Klägerseite keine Klage gegen Nrn. 1.2. - 1.4. des Bescheids vom 17. Dezember 2020 erhoben, vielmehr lediglich der Rechtsstreit in Bezug auf die Aufhebung der Nr. 2 des Bescheids vom 30. Oktober 2020 durch Nr. 1.1 des Bescheids vom 17. Dezember 2020 für erledigt erklärt (vgl. Schriftsatz des Klägerbevollmächtigten vom 23.12.2020 im Verfahren W 5 S 20.1987).

## **21**

2. Soweit die Anfechtungsklage gegen Nr. 1 des Bescheids der Stadt Bad Kissingen vom 30. Oktober 2020 gerichtet ist, ist sie zwar zulässig, aber unbegründet.

## **22**

Der angefochtene Bescheid ist in Nr. 1 rechtmäßig und verletzt die Kläger nicht in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

## **23**

Sie findet ihre Rechtsgrundlage in Art. 76 Satz 1 BayBO, wonach die Bauaufsichtsbehörde die vollständige oder teilweise Beseitigung von im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichteten oder geänderten Anlagen anordnen kann, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände geschaffen werden können. Erforderlich ist demnach zum einen, dass im Fall einer genehmigungsbedürftigen Anlage, diese formell baurechtswidrig, d.h. ohne durch die erforderliche Baugenehmigung gedeckt zu sein, errichtet oder geändert wurde, und darüber hinaus materiell baurechtswidrig ist, d.h. sie auch nicht (nachträglich) genehmigt werden kann.

## **24**

2.1. Die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 76 Satz 1 BayBO liegen vor.

## **25**

Ein Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften ist gegeben. Sowohl die Einfriedung des Baugrundstücks als auch der dort abgestellte Bauwagen erweisen sich als formell und materiell rechtswidrig.

## **26**

2.1.1. Der Bauwagen und die Einfriedung stellen baugenehmigungspflichtige Vorhaben dar. Eine Baugenehmigung liegt hierfür nicht vor. Im Einzelnen:

## **27**

Nach Art. 55 Abs. 1 BayBO bedürfen die Errichtung, Änderung und Nutzungsänderung von Anlagen der Baugenehmigung, soweit in Art. 56 bis 58, 72 und 73 BayBO nichts anderes bestimmt ist. Eine solche Ausnahme liegt hier nicht vor.

## **28**

Insbesondere greift hier hinsichtlich der Einfriedung des Baugrundstücks der Verfahrensfreiheitstatbestand des Art. 57 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. a) BayBO („Mauern ... und Einfriedungen mit einer Höhe bis zu 2 m, außer im Außenbereich“) nicht ein, da sich die Einfriedung in Form eines Maschendrahtzauns, deren Bauarbeiten eingestellt wurde, nicht im Geltungsbereich eines Bebauungsplans gemäß § 30 BauGB oder im Innenbereich gemäß § 34 BauGB, sondern im Außenbereich gemäß § 35 BauGB befindet.

## **29**

Ebenfalls greift hinsichtlich der Einfriedung die Ausnahmegvorschrift des Art. 57 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. b) BayBO („offene, sockellose Einfriedungen im Außenbereich, soweit sie der Hoffläche eines

landwirtschaftlichen Betriebs, der Weidewirtschaft einschließlich der Haltung geeigneter Schalenwildarten für Zwecke der Landwirtschaft, dem Erwerbsgartenbau oder dem Schutz von Forstkulturen und Wildgehegen zu Jagdzwecken oder dem Schutz landwirtschaftlicher Kulturen vor Schalenwild sowie der berufsmäßigen Binnenfischerei dienen“) nicht ein. Ausweislich der in der Behördenakte (Bl. 22 ff.) enthaltenen Lichtbilder mit dem Datum „2020/09/25“ und den im streitgegenständlichen Bescheid wiedergegebenen Feststellungen der Bauaufsichtsbehörde im Rahmen der Baukontrolle vom 25. September 2020 wurden die Metallpfosten der Einzäunung mittels eines Punktfundaments einbetoniert. Mithin handelt es sich nicht um eine sockellose Einfriedung i.S.d. Art. 57 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. b) BayBO. Denn sockellos ist die Einfriedung nur dann, wenn die Einfriedungspfosten unmittelbar, also ohne zusätzliche Halterung in den Erdboden eingebracht werden (vgl. BayObLG, B.v. 13.7.1989 - 3 Ob OWi 100/89 - BayVBl. 1989, 730; Lechner/Busse in Busse/Kraus, Bayerische Bauordnung, Stand 143. Erg. Lief. Juli 2021, Art. 57 Rn. 230). Diese Voraussetzung wird nicht erfüllt, wenn die Pfosten, die aus Metall, Holz oder Beton oder jedem anderen Baustoff sein können, eingemauert bzw. einbetoniert sind (vgl. Spannowsky/Manssen, BeckOK Bauordnungsrecht Bayern, Stand 20. Edit. 1.11.2021, Art. 57 Rn. 121). Da mithin die klägerische Einfriedung schon wegen der Art ihrer Ausführung („sockellos“) nicht als verfahrensfrei eingestuft werden kann, kam es vorliegend auf die weitere Frage, ob die Einfriedung einem der og. privilegierten Zwecke i.S.v. Art. 57 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. b) BayBO dient, nicht mehr an. Auch diese Frage wäre allerdings zu verneinen (s.u. 2.1.2.).

### 30

Der Bauwagen gilt gemäß Art. 2 Abs. 1 Satz 3 BayBO als bauliche Anlage - und ist damit genehmigungspflichtig -, weil er nach seinem Verwendungszweck dazu bestimmt ist, ortsfest benutzt zu werden. Dies lässt sich zwanglos den klägerischen Angaben entnehmen. Die Kläger haben insoweit über ihren Bevollmächtigten vortragen lassen bzw. in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, dass der Bauwagen schon seit Jahren auf dem Baugrundstück stehe und der Bewirtschaftung des Grundstücks diene. Er diene als Unterstand bei schlechtem Wetter, in ihm befänden sich sämtliche für die Bewirtschaftung des Grundstücks notwendigen Geräte und Gerätschaften. Es sei nicht zumutbar, diesen Bauwagen ständig hin und her zu karren.

### 31

2.1.2. Die Vorhaben sind als materiell illegal einzustufen, weil sie sich als bauplanungsrechtlich unzulässig erweisen.

### 32

Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit der vg. Anlagen richtet sich nach § 35 Abs. 2 BauGB. Das Baugrundstück liegt im bauplanungsrechtlichen Außenbereich und die Anlagen sind nicht im Sinne des § 35 Abs. 1 BauGB privilegiert.

### 33

Anders als die Kläger meinen liegt insbesondere keine Privilegierung i.S.v. § 35 Abs. 1 Nr. 1, § 201 BauGB vor. Im Einzelnen:

### 34

Es handelt sich hier schon nicht um einen landwirtschaftlichen Betrieb i.S.d. vg. Vorschriften, dem das Vorhaben dienen könnte.

### 35

Der Begriff „Landwirtschaft“ ist in § 201 BauGB definiert. Danach ist Landwirtschaft im Sinne des Baugesetzbuches insbesondere der Ackerbau, die Wiesen- und Weidewirtschaft einschließlich Tierhaltung, soweit das Futter überwiegend auf dem zum landwirtschaftlichen Betrieb gehörenden, landwirtschaftlich genutzten Flächen erzeugt werden kann, die gartenbauliche Erzeugung, der Erwerbsobstbau, der Weinbau, die berufsmäßige Imkerei und die berufsmäßige Binnenfischerei.

### 36

Insbesondere liegt hier kein „Erwerbsobstbau“ in diesem Sinne vor. Erwerbsobstbau ist Obstbau in der Absicht ständiger Gewinnerzielung (vgl. Söfker in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, Stand 142. EL Mai 2021, § 201 Rn. 20). Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (U.v. 11.10.2012 - 4 C 9.11 - BauR 2013, 207) setzt die landwirtschaftliche Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB aber zusätzlich voraus, dass dem Eingriff in den Außenbereich

ein auf Dauer angelegter Betrieb gegenübersteht, dem das geplante Vorhaben zu dienen bestimmt ist. Ein landwirtschaftlicher Betrieb muss durch eine spezifisch betriebliche Organisation gekennzeichnet sein. Er erfordert eine Nachhaltigkeit der Bewirtschaftung, und es muss sich um ein auf Dauer gedachtes und auf Dauer lebensfähiges Unternehmen handeln. Auch eine landwirtschaftliche Nebenerwerbsstelle kann ein Betrieb im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB sein. An die Betriebseigenschaft sind jedoch strenge Anforderungen zu stellen.

### 37

Ob sich ein Betrieb auf Dauer als lebensfähig erweist, ist im Wege einer Prognose zu beantworten. Notwendig ist eine Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls. Dabei sind die Umstände, die für oder gegen die Annahme der Dauerhaftigkeit und Nachhaltigkeit des Betriebs sprechen, ihrerseits zu gewichten und ins Verhältnis zueinander zu setzen. Aber auch diese setzen begrifflich voraus, dass die fragliche landwirtschaftliche Tätigkeit dem Inhaber einen nachhaltigen Beitrag zur Sicherung seiner Existenz bietet und ihm entsprechend zusätzliches Einkommen und zusätzliche Ersparnisse vermittelt (vgl. Spieß in Jäde/Dirnberger, BauGB - BauNVO, 9. Aufl. 2018, § 35 BauGB Rn. 21, 22, 25). Die Abgrenzung der Führung eines landwirtschaftlichen Betriebs von der bloßen Liebhaberei wird vor allem anhand der Kriterien der Betriebsgröße, der Gewinnerzielungsabsicht, der persönlichen Eignung des Betriebsinhabers und des gesicherten Zugriffs auf die notwendigen Nutzflächen vorgenommen. Es kommt also auf eine Gesamtbewertung insbesondere unter Einbeziehung des Umfangs der landwirtschaftlichen Betätigung, der Verkehrsüblichkeit der Betriebsform, der Ernsthaftigkeit des Vorhabens und der Sicherung seiner Beständigkeit, der persönlichen Eignung des Betriebsführers und dessen wirtschaftlichen Verhältnissen an (BVerwG, U.v. 24.10.1980 - 4 C 35/78 - BauR 1981, 57; Spieß in Jäde/Dirnberger, BauGB - BauNVO, 9. Aufl. 2018, § 35 BauGB Rn. 22; Söfker in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, Stand 142. EL Mai 2021, § 35 Rn. 29).

### 38

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe kann bei den Klägern nicht von einem landwirtschaftlichen Betrieb i.S.v. § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB ausgegangen werden. Die Kläger sind im Eigentum eines Grundstücks in der Größenordnung von ca. 4.000 bis 5.000 m<sup>2</sup>, von denen sie ca. 2.000 m<sup>2</sup> eingezäunt haben. Es handelt sich um einen Obstbaumbestand von ca. 20 Bäumen, darunter Apfel, Birne, Kirsche, Zwetschge, wobei nach den Angaben der Kläger innerhalb der Einzäunung der Obstbaumbestand erweitert werden soll. Angesichts dieses geringen Umfangs der zur Verfügung stehenden Flächen wie auch in Anbetracht der niedrigen Zahl der zur Verfügung stehenden Obstbäume kann hier eine „Gewinnerzielungsabsicht“ und mithin ein „Erwerbs“-Obstbau nicht angenommen werden. Darüber hinaus fehlt es auch an der Dauerhaftigkeit und Nachhaltigkeit eines Betriebs. Diesbezüglich ist auch kein (konkretes) Betriebskonzept erkennbar. Zudem haben die Kläger auch nicht dargelegt, dass die Gewinnerzielung durch den „Betrieb“, wie sie ihn aktuell betreiben, als Nebenerwerb einen ausreichenden Umfang einnimmt.

### 39

Soweit der Klägerbevollmächtigte schriftsätzlich und nochmals in der mündlichen Verhandlung vorgebracht hat, dass es sich vorliegend um ein privilegiertes Vorhaben i.S.d. § 35 Abs. 1 BauGB handele, weil die Einzäunung notwendig sei, um die Streuobstwiese vor Schäden durch Befahren mit Fahrzeugen bzw. vor Obstdiebstahl zu schützen, kann dem die Kammer nicht folgen. Der Katalog der in § 35 Abs. 1 BauGB benannten privilegierten Vorhaben ist abschließend. Eine Erweiterung oder analoge Anwendung auf andere Vorhaben ist nicht zulässig. Vorhaben, die nicht unter einen der in Nrn. 1 - 8 des § 35 Abs. 1 BauGB genannten Privilegierungstatbestand fallen, sind sonstige Vorhaben i.S.d. § 35 Abs. 2 BauGB, auf die gegebenenfalls § 35 Abs. 4 BauGB über die sog. begünstigten Vorhaben Anwendung findet (vgl. Söfker in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, Stand 142. EL Mai 2021, § 35 Rn. 21).

### 40

Damit handelt es sich bei den zu beseitigenden Anlagen mangels Privilegierung um sonstige Vorhaben (§ 35 Abs. 2 BauGB). Diese können gemäß § 35 Abs. 2 BauGB im Einzelfall zugelassen werden, wenn ihre Ausführung oder Benutzung öffentliche Belange nicht beeinträchtigt und ihre Erschließung gesichert ist. Eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange liegt insbesondere in den in § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB aufgeführten Fällen vor. Vorliegend beeinträchtigen die auf dem Baugrundstück vorhandenen baulichen Anlagen in mehrfacher Hinsicht öffentliche Belange im Sinne dieser Vorschrift. Dies ergibt sich im Einzelnen aus Folgendem:

Zum einen widerspricht die auf dem Baugrundstück errichtete Einfriedung wie auch der dort abgestellte Bauwagen den Darstellungen des Flächennutzungsplans, der im Bereich des Baugrundstücks eine „Fläche für die Landwirtschaft“ vorsieht. Dieser Darstellung widersprechen die Errichtung einer Einfriedung und die Aufstellung eines Bauwagens. Zwar enthalten Darstellungen von Flächen für die Land- und Forstwirtschaft in einem Flächennutzungsplan regelmäßig keine qualifizierten Standortzuweisungen; dennoch setzen sich solche Darstellungen im Flächennutzungsplan bei sonstigen Vorhaben regelmäßig durch, es sei denn, es liegen besondere Umstände vor, nach denen diese Darstellung für das Vorhabengrundstück keine Aussagekraft hat (vgl. BayVGh, U.v. 8.8.2019 - 2 B 19.457 - juris). Solche Umstände sind vorliegend nicht erkennbar. Die von den Klägern errichtete Einzäunung und der abgestellte Bauwagen lassen sich in ihrer konkreten Ausgestaltung mit der im Flächennutzungsplan aufgeführten Nutzungsart in keinerlei Hinsicht, auch nicht mit Blick auf die von den Klägern zgedachte Funktion der Anlagen, vereinbaren.

Zum anderen führen die von den Klägern auf dem Baugrundstück errichteten Anlagen zu einer Beeinträchtigung von Belangen des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB. Die natürliche Eigenart der Landschaft und ihr Erholungswert sind beeinträchtigt, wenn die Außenbereichslandschaft entgegen ihrer Bestimmung für eine naturgegebene Bodennutzung und zur Erholung der Allgemeinheit für eine wesensfremde Benutzung in Anspruch genommen wird. Wesensfremd sind alle baulichen Anlagen, die nicht der land- oder forstwirtschaftlichen Bodennutzung oder der allgemeinen Erholung dienen. Dabei ist unerheblich, ob das Bauvorhaben sich unauffällig in die Umgebung einfügt (vgl. BVerwG, U.v. 30.4.1969 - IV C 63.68 - juris Rn. 17 sowie U.v. 25.1.1985 - 4 C 29.81 - juris Rn. 8). Die Landschaft soll in ihrer natürlichen Funktion und Eigenart bewahrt bleiben. Aus diesem Grund sollen bauliche Anlagen abgewehrt werden, die dem Außenbereich wesensfremd sind (vgl. BayVGh, U.v. 13.12.2018 - 2 B 18.1797 - juris Rn. 34). Die Errichtung einer nicht privilegierten baulichen Anlage steht dem Schutz der natürlichen Eigenart der Landschaft nur dann nicht entgegen, wenn sie nur unerhebliche Auswirkungen auf die Umgebung hat (vgl. BVerwG, U.v. 2.7.1963 - 1 C 110.62 - juris), was hier nicht der Fall ist. Die durch die Kläger vorgenommene Einfriedung und die Aufstellung eines Bauwagens stellt einen erheblichen Eingriff in die Landschaft dar und verändert die naturgegebene Situation deutlich. Sie grenzt sich von der Umgebung deutlich ab und führt damit zu einer beachtlichen Veränderung des Landschaftsbildes. Die Vorhaben widersprechen der naturgemäßen Nutzung der Landschaft und stören ihre natürliche Funktion und Eigenart.

Im Übrigen ließe die Zulassung zumindest hinsichtlich der Aufstellung des Bauwagens die Entstehung einer Splittersiedlung gem. § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 BauGB befürchten. Zielrichtung des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 BauGB ist es, die Entwicklung unorganischer Siedlungsstrukturen und damit die Zersiedelung des Außenbereichs zu verhindern (vgl. BayVGh, U.v. 31.10.2013 - 1 B 13.794 - juris Rn. 17; B.v. 24.4.2017 - 15 ZB 16.1598 - juris Rn. 12). Zu befürchten ist die Entstehung, Erweiterung oder Verfestigung einer Splittersiedlung nur dann, wenn das Vorhaben zu einer unerwünschten Splittersiedlung führt; unerwünscht in diesem Sinne ist eine Splittersiedlung, wenn mit ihr ein Vorgang der Zersiedlung eingeleitet oder gar schon vollzogen wird. Hierfür reicht es aus, dass bei einer Zulassung des Vorhabens weitere ähnliche Vorhaben in der Splittersiedlung nicht verhindert werden könnten und dadurch der Außenbereich zersiedelt werden würde. Auch eine Ausweitung eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils in den Außenbereich hinein ist ein Vorgang der städtebaulich unerwünschten, unorganischen Siedlungsweise, die zu vermeiden ein öffentlicher Belang im Sinne des § 35 Abs. 2 und 3 BauGB ist (vgl. BVerwG, B.v. 11.10.1999 - 4 B 77.99 - juris Rn. 6). Eine Ausweitung der Bebauung außerhalb des jeweiligen im Zusammenhang bebauten Ortsteils in den Außenbereich hinein soll daher planungsrechtlich auch unter dem Gesichtspunkt der Verhinderung einer Zersiedelung grundsätzlich nur auf der Grundlage eines Bebauungsplans bzw. ggf. einer Satzung nach § 34 Abs. 4 BauGB erfolgen (vgl. BayVGh, B.v. 12.5.2017 - 15 ZB 16.1567 - juris Rn. 39 m.w.N.). Eine Splittersiedlung ist nicht nur anzunehmen bei Gebäuden, die Wohnzwecken dienen, sondern auch bei anderen, bspw. gewerblichen Zwecken dienenden Anlagen, die zum - wenn auch nur gelegentlichen - Aufenthalt von Menschen bestimmt sind (BVerwG, U.v. 9.6.1976 - IV C 42.74 - BeckRS 2016, 49694). Dies ist hier (auch nach den eigenen Angaben der Kläger) hinsichtlich des Bauwagens der Fall.

Mithin können auch nicht - wie in Art. 76 Satz 1 BayBO geregelt - auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden, indem für die Vorhaben der Kläger eine nachträgliche Baugenehmigung beansprucht wird.

#### 45

2.2. Die Stadt Bad Kissingen hat das ihr im Rahmen der Beseitigungsanordnung nach Art. 76 Satz 1 BayBO zustehende Ermessen pflichtgemäß ausgeübt.

#### 46

2.2.1. Gerichtlich kann nach § 114 Satz 1 VwGO nur überprüft werden, ob überhaupt Ermessen ausgeübt wurde, ob die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder ob von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht worden ist. Die von der Behörde zu treffende Entscheidung umfasst sowohl die Frage, ob sie handeln will (Entschließungsermessen) als auch die Frage, wie sie handeln will (Auswahlermessen). Dabei hat sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten (Art. 40 BayVwVfG). Ein Ermessensfehler liegt zunächst dann vor, wenn die Behörde überhaupt kein Ermessen ausgeübt hat (so genannter Ermessensausfall), wenn sie die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten hat (so genannte Ermessensüberschreitung) oder wenn sie die Bandbreite ihrer Handlungsmöglichkeiten unterschätzt, also irrtümlich bestimmte Anordnungen für unzulässig gehalten hat (Ermessensunterschreitung). Ein Ermessensfehler liegt zudem dann vor, wenn die Behörde nicht alle nach Lage des Falles betroffenen Belange in ihre Ermessensentscheidung eingestellt, sie ihre Entscheidung also auf einer unzureichenden Tatsachengrundlage getroffen hat und schließlich wenn von dem durch die Befugnisnorm eingeräumten Ermessen nicht in einer dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Weise Gebrauch gemacht worden ist, die Behörde sich also von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen oder ein Belang willkürlich falsch gewichtet (so genannter Ermessensfehlergebrauch) worden ist (vgl. Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 114 Rn. 114a ff.; Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 114 Rn. 16 ff.). Ob die Ermessensausübung im Einzelfall pflichtgemäß oder fehlerhaft erfolgte, lässt sich nur anhand der nach Art. 39 Abs. 1 Satz 3 BayVwVfG erforderlichen Begründung ermitteln.

#### 47

Gemessen an diesem Maßstab sind Ermessensfehler nicht ersichtlich. Die Beklagte hat das ihr bei der Beseitigungsanordnung zustehende Ermessen - wie sich aus der Begründung des Bescheids ohne weiteres ergibt („Sind, wie hier, die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 76 Satz 1 BayBO erfüllt, so steht der Erlass einer Beseitigungsanordnung im pflichtgemäßen Ermessen der Bauaufsichtsbehörde“) - erkannt und in einer die gesetzlichen Grenzen nicht überschreitenden Art und Weise ausgeübt. Die Tatsache, dass die Bauaufsichtsbehörde überhaupt eingeschritten ist, um rechtmäßige Zustände herzustellen, bedurfte keiner besonderen Rechtfertigung (BayVGh, U.v. 28.6.2010 - 1 B 09.1911 - juris Rn. 83). Im Rahmen ihrer Abwägungsentscheidung durfte die Stadt Bad Kissingen dem hoch zu gewichtenden Interesse der Allgemeinheit an rechtmäßigen Bauzuständen und der Wiederherstellung und Sicherung der Rechtsordnung auch den Vorzug vor den persönlichen Interessen der Kläger und insbesondere daran, diese vor finanziellen Nachteilen zu bewahren, einräumen.

#### 48

2.2.2. In dem Verlangen der Beseitigung kann auch keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 118 Abs. 1 BV) erkannt werden. Gleichheitssatzwidrig ist eine Beseitigungsanordnung, wenn sie als systemlos oder willkürlich angesehen werden muss, weil die Behörde ohne vernünftigen, aus der Natur der Sache folgenden oder sonst wie einleuchtenden Grund im Wesentlichen gleiche Sachverhalte ungleich behandelt. Wenn in einem Gebiet, in dem sich bauordnungswidrige Zustände häufen, Ordnung geschaffen werden soll, so sind Zeit, Art und Maß der bauaufsichtlichen Maßnahmen so zu bestimmen, dass dem Einschreiten im Einzelfall ein der Sachlage angemessenes System zugrunde liegt und dass dieses System durchgeführt wird. Der Gleichheitssatz ist verletzt, wenn es dem Einschreiten an jedem System fehlt, für die Art des auch zeitlichen Vorgehens keinerlei einleuchtende Gründe sprechen und deshalb die Handhabung als willkürlich angesehen werden muss (BayVGh, U.v. 14.5.2021 - 1 B 19.2111 - BeckRS 2021, 12464; BVerwG, U. v. 2.3.1973 - 4 C 40.71 - DVBl. 1973, 636).

#### 49

Es ist aber mit dem Gleichheitsgrundsatz zu vereinbaren, wenn eine Behörde in einem Gebiet mit mehreren vergleichbaren Objekten aufgrund einer Stichtagsregelung (alle Veränderungen ab einem bestimmten Zeitpunkt) oder anlassbezogen vorgeht. Sie braucht sich in einem solchen Fall nicht mit der Verschlechterung des bestehenden Zustandes zu begnügen, sondern darf darauf hinwirken, dass der festgestellte Missstand beseitigt wird (vgl. BVerwG, B.v. 24.7.2014 - 4 B 34.14 - BeckRS 2014, 55543; VG Würzburg, U.v. 9.3.2012 - W 5 K 11.58 - juris).

## 50

Unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen ist ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz zu Lasten der Kläger nicht erkennbar. Damit ist auch das Vorbringen der Klägerseite, dass hier die Stadt Bad Kissingen Einzelfälle herausgreife und eine Vielzahl von Bezugsfällen in der Nähe gegeben sei, welche von der Beklagten offensichtlich seit Jahren gebilligt würden, nicht haltbar.

## 51

Die Klägerseite hat im Schriftsatz vom 11. Dezember 2020 unter Vorlage eine Sammlung von Lichtbildern zahlreiche angebliche Bezugsfälle in der näheren Umgebung angeführt. Die Beklagtenseite ist diesem Hinweis nachgegangen und hat hierzu mit Schriftsatz vom 15. März 2021 erläutert, dass sie zwischenzeitlich die sich im Bauquartier westlich des Stadtteils G\* ... befindlichen, sowie die darüber hinaus nördlich bzw. nordöstlich gelegenen, von Klägerseite genannten Bezugsfälle aufgenommen habe und dass nach den personellen und zeitlichen Ressourcen der Bauaufsicht nach und nach geprüft werde, ob nachträglich rechtmäßige Zustände hergestellt werden können. Andernfalls würden auch in diesen Fällen Beseitigungsanordnungen ausgesprochen. In einem ersten Schritt seien 26 Grundstückseigentümer mit Schreiben vom 18. Februar 2021 und weitere 25 mit gleichlautendem Schreiben vom 1. März 2021 darüber informiert worden, dass es für die dortigen baulichen Anlagen keine Duldung gebe. Auch die aufgeführten Bezugsfälle weiter südlich in der Gemarkung G\* ... würden in naher Zukunft aufgenommen und ebenso behandelt. Das klägerische Vorhaben sei auch nicht willkürlich herausgegriffen worden. Vielmehr seien die Kläger zum Zeitpunkt der Baukontrolle gerade dabei gewesen, die Einfriedung zu errichten. Die Bauaufsichtsbehörde habe daher mit einer Baueinstellung eingegriffen und das Verfahren mit einer Beseitigungsanordnung fortgeführt, um wieder rechtmäßige Zustände herzustellen. Wären zu dem Zeitpunkt Bauarbeiten auch auf anderen Grundstücken festgestellt worden, wäre dort in gleicher Weise eingeschritten worden. Dem ist die Klägerseite nicht entgegengetreten. Es ist hier weder ersichtlich noch in substantieller Weise von der Klägerseite vorgetragen worden, dass die Bauaufsichtsbehörde im vorliegenden Fall von ihrer Behördenpraxis, aktuelle Bezugsfälle aufzugreifen, ohne nachvollziehbaren Grund abgewichen wäre. Zwar hat der Kläger zu 1) in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, dass in jüngerer Zeit in der Nähe des Baugrundstücks eine Einzäunung für eine Pferdehaltung vorgenommen worden sei und auch eine Holzlege errichtet worden sei. Nach den Äußerungen der Vertreter der Beklagten ist aber davon auszugehen, dass der Bauaufsichtsbehörde diese Fälle bisher nicht zur Kenntnis gebracht wurden und dass sie nun diesen nachgehen wird.

## 52

Nach allem ist hier davon auszugehen, dass die Beklagte gegen neue ungenehmigte und nicht genehmigungsfähige Bauvorhaben einschreitet und somit ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung nicht gesehen werden kann, wenn sie im vorliegenden Fall die Beseitigung der neu gebauten Einzäunung des Grundstücks der Kläger und die Entfernung des aufgestellten Bauwagens verlangt.

## 53

Der ermessensfehlerfreie Erlass einer Beseitigungsanordnung kann ausgeschlossen sein, wenn die Bauaufsichtsbehörde durch vorausgegangenes positives Tun einen Vertrauenstatbestand zugunsten des Bauherrn geschaffen hat (z. B. BayVG, B. v. 21.11.1995 - 2 CS 95.3597 - juris). Dies kann durch eine förmliche Duldung erfolgen, die eine Zusicherung i. S. v. Art. 38 BayVwVfG darstellt, eine bauaufsichtliche Maßnahme nicht zu erlassen. Die Zusicherung bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform (Art. 38 Abs. 1 Satz 1 BayVwVfG). In Betracht kommt jedoch auch ein über die bloße Untätigkeit hinausgehendes besonderes Verhalten der Behörde (z. B. eine Duldungszusage; siehe hierzu etwa BayVG, U.v. 25.11.1997 - 27 B 95.3466 - juris), aufgrund dessen der Betroffene zu der Annahme berechtigt ist, dass die Behörde von der Beseitigungsbefugnis keinen Gebrauch mehr machen will (vgl. BayVG, B. v. 21.11.1995 - 2 CS 95.3597; BayVG, U. v. 17.6.1998 - 2 B 97.171; BayVG B. v. 2.9.2002 - 2 ZB 02.1700 - alle juris).

**54**

Beides ist hier nicht der Fall. Selbst wenn man den Vortrag der Klägerseite zugrunde legt, dass ein Mitarbeiter des - unzuständigen - Landratsamts Bad Kissingen tatsächlich erklärt haben sollte, dass die Einzäunung zulässig sein sollte, so hat hier gerade die Bauaufsichtsbehörde der Beklagten keinen Vertrauenstatbestand geschaffen. Im Übrigen hat die Klägerseite selbst erklärt, dass diese Aussage nur mündlich und „unverbindlich“ erfolgt sei.

**55**

Die Beseitigungsanordnung im Bescheid vom 30. Oktober 2020 entspricht auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Eine bauaufsichtliche Maßnahme entspricht dem aus dem Rechtsstaatsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV) folgenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wenn sie zur Erreichung des mit ihr verfolgten Zwecks geeignet und erforderlich ist und die dem Betroffenen auferlegte Belastung in einem angemessenen Verhältnis zu den mit der Maßnahme verfolgten Interessen steht. Art. 76 Satz 1 BayBO regelt mit dem Erfordernis, dass es ausgeschlossen sein muss, auf andere Weise als durch eine Beseitigung rechtmäßige Zustände zu schaffen, und der Verdeutlichung, dass nicht zwingend die vollständige Beseitigung der Anlage angeordnet werden muss („ganz oder teilweise“), wichtige Teilaspekte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ausdrücklich (BayVGH, U.v. 28.6.2010 - 1 B 09.1911 - juris m.w.N.).

**56**

Die Durchsetzung baurechtmäßiger Zustände stellt einen legitimen Zweck dar. Kommt es zu Verstößen gegen baurechtliche bzw. bauordnungsrechtliche Vorgaben, so ist die Bauaufsichtsbehörde grundsätzlich zum Handeln verpflichtet. Vorliegend ist die Beseitigungsanordnung gerade auch geeignet, den Verstoß zu beseitigen und baurechtmäßige Zustände herzustellen.

**57**

Weiterhin ist die Erforderlichkeit der Maßnahme zu bejahen, da ein milderer Mittel - hier v.a. Erteilung einer Baugenehmigung - ausscheidet.

**58**

Schließlich ist die Anordnung der Beseitigung auch angemessen, d.h. verhältnismäßig im engeren Sinne. Die Behörde hat hier eine zutreffende Abwägung zwischen den Belangen der Öffentlichkeit und den Interessen der Kläger vollzogen, wobei letztere mit Recht unterliegen mussten.

**59**

3. Nach allem konnte die Klage keinen Erfolg haben und war mit der Kostenfolge aus § 154 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 159 VwGO abzuweisen.

**60**

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 Abs. 2 i.V.m. §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.