

**Titel:**

**Zaun im Außenbereich, Beseitigungsanordnung, Frühere Duldung entfallen bzw. überwunden**

**Normenketten:**

BayBO Art. 76 S. 1

BayVwVfG Art. 38

BauGB § 35

**Schlagworte:**

Zaun im Außenbereich, Beseitigungsanordnung, Frühere Duldung entfallen bzw. überwunden

**Tenor**

I. Die Klage wird abgewiesen.

II. Die Kläger haben die Kosten des Verfahrens als Gesamtschuldner zu tragen. Die Beigeladene trägt ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

III. Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Kostenschuldne darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des jeweils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der Kostengläubiger vorher Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

**Tatbestand**

**1**

Die Kläger wenden sich gegen eine Beseitigungsanordnung betreffend einen Zaun.

**2**

Die Kläger sind Eigentümer des Grundstücks Fl.-Nrr. 440/5, Gemarkung S. , an dessen westlicher Grenze ein Zaun verläuft. Dieser besteht im Wesentlichen aus Draht und weist weite Maschen auf. Die Pfosten sind teilweise einbetonierte Metallpfosten (vor allem im nördlichen und südlichen Abschnitt), teilweise Pfosten aus Holz oder behelfsmäßigen Materialien (im mittleren Bereich). Das Grundstück liegt nach Angaben der Beteiligten und auch nach dem Eindruck des Gerichts im Augenschein im bauplanungsrechtlichen Außenbereich. Entlang des Zaunes und der Grundstücksgrenze befindet sich ein Graben bzw. Bachlauf.

**3**

Bereits mit Schreiben vom ... Mai 2000 wurde seitens des Klägers zu 1. ein Antrag auf Genehmigung eines Zauns auf dem streitgegenständlichen Grundstück gestellt. Der Beklagte legte im hiesigen Verfahren die entsprechende Behördenakte (i.F.: Baugenehmigungsakte 2000) vor. Eine Genehmigung wurde im damaligen Verfahren nicht erteilt. Mit Schreiben vom ... Januar 2002 wurde dem Kläger zu 1. jedoch mitgeteilt, dass der Zustand geduldet würde, „solange nicht weitere öffentliche Belange hinzutreten“ (vgl. Bl. 42 der Baugenehmigungsakte 2000). Auf das Schreiben wird Bezug genommen.

**4**

Im Rahmen einer Baukontrolle am ... Juli 2021 stellte der Beklagte den streitgegenständlichen Zaun fest. Die Akte des eingeleiteten Beseitigungsverfahrens (i.F.: Beseitigungsverfahrensakte 2021) legte der Beklagte ebenfalls vor. Auf die in dieser Akte befindlichen Schreiben zur Anhörung der Kläger und die Stellungnahmen der Kläger wird Bezug genommen.

**5**

Mit Bescheid vom ... März 2022, den Klägern ausweislich PZU zugestellt am ... März 2022, ordnete der Beklagte die Beseitigung des Zauns auf dem streitgegenständlichen Grundstück durch die Kläger innerhalb einer Woche ab Bestandskraft an und drohte für den Fall der nicht fristgerechten Erfüllung eine Zwangsgeld in Höhe von 1.500,- Euro an.

**6**

Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt, bei einer Baukontrolle am ... Juli 2021 sei ein Zaun entlang des Bachlaufs an der westlichen Grundstücksgrenze festgestellt worden. Eine Aufforderung zur Beseitigung sei mit Schreiben vom ... August 2021 erfolgt. Die Kläger hätten sich dahingehend geäußert, dass eine Duldung aus Jahr 2002 bestünde. Eine erneute Baukontrolle am ... März 2022 habe ergeben, dass nichts beseitigt worden sei. Bei dem Zaun handele es sich um eine bauliche Anlage, die ohne Baugenehmigung und damit im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet worden sei. Sie sei nicht verfahrensfrei nach Art. 57 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. a) BayBO. Das Grundstück liege im Außenbereich. Es sei ein sonstiges Vorhaben und eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange gegeben. Das Vorhaben widerspreche den Darstellungen des Flächennutzungsplanes, der eine Fläche für Landwirtschaft darstelle (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauGB). Auch würden die natürliche Eigenart der Landschaft und das Landschaftsbild beeinträchtigt (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB). Zudem widerspreche das Vorhaben dem Wasserrecht (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BauGB) und gefährde Wasserwirtschaft und Hochwasserschutz (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 BauGB). Nach Einschätzung des Wasserwirtschaftsamtes ... kämen die Zaunpfosten in Anbetracht des Einzugsgebietes von ca. 2 km<sup>2</sup> des angrenzenden Gewässers (Gewässer dritter Ordnung) im faktischen Überschwemmungsgebiet zum Liegen. Die Zaunanlage, die fast im Tiefpunkt errichtet worden sei, habe eine abflussbehindernde Wirkung. Für die Beurteilung von Anlagen in faktischen oder berechneten Überschwemmungsgebieten werde der materielle Gehalt des § 78a Abs. 1 Nr. 1 WHG herangezogen. Demnach sei die Errichtung von Anlagen, die den Wasserabfluss behindern könnten, untersagt. Zwar sei mit Schreiben vom ... Januar 2002 für den Zaun eine Duldung ausgesprochen worden, jedoch nur, solange nicht weitere öffentliche Belange hinzuträten. Es seien lediglich die baurechtlichen und naturschutzrechtlichen Belange geprüft worden. Mittlerweile seien wasserrechtliche Belange betroffen. Der Erlass der Beseitigungsanordnung stehe im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde. Die Ermessenausübung beruhe auf sachgerechten Erwägungen. Die Behörde habe sich zu der Anordnung entschlossen, um ihrer Aufgabe der Bekämpfung baurechtswidriger Zustände zu entsprechen. Sie entspreche auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Auf den Bescheid wird im Übrigen Bezug genommen.

**7**

Hiergegen ließen die Kläger mit Schriftsatz ihrer Bevollmächtigten vom 5. April 2022, bei Gericht eingegangen per EGVP am 12. April 2022, Klage zum Bayerischen Verwaltungsgericht München erheben und beantragen,

**8**

Der Bescheid des Beklagten vom ...03.2022, zugestellt am ...03.2022, wird aufgehoben.

**9**

Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt, auf dem im Außenbereich befindlichen Grundstück der Kläger befinde sich seit Jahrzehnten an der westlichen Grundstücksgrenze ein Zaun. Es handele sich dabei um einen weitmaschigen Wildschutzzaun. Vor 20 Jahren sei ein nachträglicher Antrag auf Genehmigung gestellt worden. Mit Schreiben des Beklagten am ... Januar 2002 sei mitgeteilt worden, dass der Zaun aus Sicht des Naturschutzes nicht störe, aber wegen seiner Präzedenzfallwirkung nicht genehmigungsfähig sei. Er könne lediglich geduldet werden, solange nicht weitere für die Belange hinzuträten. Am Zustand habe sich seither nichts geändert. Das nunmehrige Beseitigungsverlangen sei mit wasserrechtlichen Belangen begründet worden. Die angegebene Begründung erscheine floskelhaft und willkürlich. Sie setze sich in Widerspruch zum Schreiben vom ... Januar 2002. Es seien seit 2002 gerade keine weiteren Belange hinzugetreten. Die Belange vor Ort hätten sich nicht geändert. Auch widerspreche das Vorhaben weder dem Wasserrecht, noch gefährde es die Wasserwirtschaft bzw. den Hochwasserschutz. Der Beklagte sei an die bisherige Duldung gebunden. Auf den Schriftsatz vom ... April 2022 wird im Übrigen Bezug genommen.

**10**

Der Beklagte beantragt

**11**

Klageabweisung.

**12**

Zur Begründung wird in der Klageerwiderung vom ... Oktober 2024 im Wesentlichen ausgeführt, der Beklagte sehe sich an die ausgesprochene Duldung nicht gebunden. Zum einen sei der Zaun verändert worden; er sei nach Süden verlängert (BA Bl. 30) und – wie aus den Fotos der Baukontrolle 2021 ersichtlich

– erneuert worden. Die Kläger könnten sich daher nicht mehr auf die Duldung berufen. Zum anderen komme eine Duldung auf unbegrenzte Zeit nicht in Betracht. Ein Aufgreifen nach 20 Jahren und einer Erneuerung und Erweiterung der Zaunanlage sei gerechtfertigt. Neben den genannten wasserrechtlichen Belangen seien weitere öffentliche Belange beeinträchtigt. Die natürliche Eigenart der Landschaft und das Landschaftsbild, § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB, könnten auch durch einen Zaun wie hier beeinträchtigt sein. Der Zaun zerschneide die Landschaft und stehe teilweise sogar im Bach/Graben. Darüber hinaus werde das Landschaftsbild durch den Zaun verunstaltet. Er werde als störend empfunden, insbesondere, weil sich sein Zweck dem Betrachter mangels Privilegierung nicht erschließe. Der Flächennutzungsplan stelle Landwirtschaft dar, § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauGB. Weiterhin liege im Sinne von § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 BauGB eine Gefährdung der Wasserwirtschaft und des Hochwasserschutzes vor, insoweit werde auf Bescheid Bezug genommen. Im Übrigen wird auf den Schriftsatz Bezug genommen.

### **13**

Die Klagepartei führt mit weiterem Schriftsatz vom \*. November 2024 im Wesentlichen aus, es handele sich nicht um einen Maschendraht-, sondern einen Wildschutzzaun. Es habe keine Veränderung des Zauns seit seiner Errichtung vor mehr als 20 Jahren gegeben, auch nicht nach Süden; es seien lediglich morsche Holzpfosten durch neue ersetzt worden. Die außerhalb des Klägergrundstücks gelegene Vertiefung, in der sich Schmelz-/Regenwasser sammle, sei im Laufe der Zeit immer wieder verschoben worden. Dies sei bereits vor dem Setzen des Zauns erfolgt. Der Zaun liege innerhalb des Grundstücks und stehe nicht in der Vertiefung. Der Zaun sei kaum wahrzunehmen und stelle weder eine optische Beeinträchtigung dar, noch verändere er das Landschaftsbild negativ. Im Übrigen wird auf den Schriftsatz Bezug genommen.

### **14**

Das Gericht hat am 13. November 2024 Beweis erhoben über die örtlichen und baulichen Verhältnisse durch Einnahme eines Augenscheins. Wegen der bei dem Augenschein getroffenen Feststellungen wird auf das Protokoll Bezug genommen.

### **15**

Ebenfalls am 13. November 2024 fand die mündliche Verhandlung statt. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung erklärte der Vertreter des Beklagte, der streitgegenständliche Bescheid werde in seinem verfügbaren Teil Nr. 1 wie folgt geändert: Die Beseitigungsfrist betrage nunmehr bis spätestens 6 Monate nach Bestandskraft des Bescheides. Im Übrigen wird hinsichtlich der Einzelheiten der mündlichen Verhandlung auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

### **16**

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichtsakte sowie auf die vorgelegten Behördenakten Bezug genommen.

## **Entscheidungsgründe**

### **A.**

### **17**

Die Klage hat keinen Erfolg.

### **18**

Die zulässige Klage ist unbegründet. Der angefochtene Bescheid des Landratsamts ... vom ... März 2022 ist rechtmäßig und verletzt die Kläger nicht in ihren Rechten, § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

### **19**

Rechtsgrundlage für die angegriffene Beseitigungsanordnung ist Art. 76 Satz 1 BayBO. Nach dieser Vorschrift kann die Bauaufsichtsbehörde die teilweise oder vollständige Beseitigung von im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichteten oder geänderten Anlagen anordnen, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können. Die Tatbestandsvoraussetzungen sind vorliegend erfüllt, weil die nicht genehmigte und nicht bestandsgeschützte Anlage (nachfolgend unter I.) auf dem klägerischen Grundstück nicht genehmigungsfähig ist (nachfolgend unter II.). Auch die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Ermessensausübung sind eingehalten, auch unter Berücksichtigung der im Jahr 2002 ausgesprochenen Duldung (nachfolgend unter III.).

### **20**

I. Bei dem Zaun auf dem klägerischen Grundstück entsprechend der Beschreibung in dem gegenständlichen Bescheid nebst Lageplan – nur insoweit ist der Zaun von dem hiesigen Streitgegenstand umfasst – handelt es sich um eine nicht genehmigte und nicht bestandsgeschützte Anlage. Der Zaun mit den einbetonierten bzw. sonst mit dem Erdboden fest verbundenen Pfosten stellt schon eine bauliche Anlage i.S.v. Art. 2 Abs. 1 Satz 1 BayBO und damit nach Art. 2 Abs. 1 Satz 4 BayBO eine Anlage dar. Eine Baugenehmigung wurde für den Zaun nicht erteilt, insbesondere nicht in dem im Jahr 2000 angestrebten Genehmigungsverfahren. Bestandsschutz auf dieser oder anderer Grundlage ist nicht ersichtlich. Insbesondere kommt einer ausgesprochenen Duldung, unabhängig davon, ob sich die Kläger auf eine solche vorliegend noch berufen können, keine Legalisierungswirkung zu.

## 21

II. Der streitgegenständliche Zaun ist nicht genehmigungsfähig und damit (auch) materiell rechtswidrig, da er gegen Bauplanungsrecht verstößt. Es handelt sich um eine nicht privilegierte Anlage im Außenbereich, die öffentliche Belange beeinträchtigt, § 35 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 BauGB.

## 22

Der Vorhabenstandort liegt schon nach dem Vortrag der Beteiligten im bauplanungsrechtlichen Außenbereich. Dies deckt sich mit dem Eindruck, den das Gericht während des Augenscheins gewinnen konnte. Eine Privilegierung des Zauns nach § 35 Abs. 1 BauGB ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, sodass ein sonstiges Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB vorliegt. Als solches ist es nicht genehmigungsfähig, da es öffentliche Belange beeinträchtigt. Insbesondere widerspricht das Vorhaben den Darstellungen des Flächennutzungsplans (1.), beeinträchtigt die natürliche Eigenart der Landschaft und ihren Erholungswert (2.), gefährdet die Wasserwirtschaft oder den Hochwasserschutz (3.) und lässt die Verfestigung einer Splittersiedlung befürchten (4.).

## 23

1. Der Zaun beeinträchtigt den öffentlichen Belang nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauGB, da das betroffene Grundstück im Flächennutzungsplan als Waldfläche dargestellt und die Bebauung mit einem Zaun dieser Darstellung widerspricht.

## 24

2. Der Zaun stellt außerdem eine Beeinträchtigung der natürlichen Eigenschaft der Landschaft und ihres Erholungswertes dar, § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 Var. 4 BauGB. Dieser Begriff ist nicht vorrangig im optischen oder ästhetischen Sinne zu verstehen, sondern im funktionellen. Es ist nach der in dem Gebiet natürlichen und naturgemäßen Nutzungsweise der Landschaft zu fragen und zu prüfen, ob die betreffenden Anlagen dieser Nutzungsweise widersprechen und daher als der Landschaft wesensfremd anzusehen sind (vgl. BeckOK BauGB, 62. Ed., § 35, Rn. 87 f.; Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 152. EL, § 35, Rn. 96). Dies findet seine Begründung in der Entscheidung des Gesetzgebers, den Außenbereich mit seinem Erholungswert für die Allgemeinheit grundsätzlich vor dem Eindringen wesensfremder Nutzungen zu bewahren, und ihn daher insbesondere von Bebauung freizuhalten (ständige Rspr. des BVerwG, vgl. U. v. 30.4.1969 – IV C 63.68; vgl. auch BayVGh, U. v. 13.12.2018 – 2 B 18.1797 – juris). Nicht erforderlich ist, dass die Anlagen an exponierter Lage stehen und vom Betrachter unmittelbar wahrgenommen werden können.

## 25

Gemessen daran sind vorliegend die natürliche Eigenart der Landschaft und ihr Erholungswert beeinträchtigt. Nach dem Eindruck, den das Gericht im Rahmen des durchgeführten Augenscheins gewinnen konnte und ausweislich der bei der Gerichtsakte befindlichen Auszüge aus dem BayernAtlas (insbes. dem Luftbild) befinden sich in der näheren Umgebung weit überwiegend Äcker und Wiesen sowie licht bewaldete bzw. baumbestandene Flächen. Es handelt sich um eine typische vom Menschen geschaffene Kulturlandschaft, die sowohl einer landwirtschaftlichen und naturnahen Bewirtschaftung als auch der Erholung der Allgemeinheit in der freien Natur dient. Bauliche Anlagen erscheinen hier als Fremdkörper. Dies gilt auch für Anlagen wie den streitgegenständlichen Zaun, da auch solche Anlagen dem Außenbereich – der grundsätzlich von Bebauung freizuhalten ist – wesensfremd sind. Der Zaun bildet einen Fremdkörper in der Landschaft und greift in deren natürliche Funktion und Eigenart ein. Durch den Zaun kommt es vorliegend zu einer Parzellierung bzw. Aufteilung der ansonsten frei zugänglichen Landschaft, vor allem mit Blick auf eine hierdurch jedenfalls auch erreichte Abgrenzung des klägerischen Grundstücks von

den angrenzenden Flächen. Die Landschaft ist gerade nicht mehr in ihrer natürlichen Eigenart vorhanden. Unabhängig davon ist wegen des Zaunes der Erholungswert eingeschränkt bzw. hier nicht mehr vorhanden.

## 26

3. Der Zaun gefährdet die Wasserwirtschaft oder den Hochwasserschutz, § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 BauGB. Der Bescheid führt unter Berufung auf eine Einschätzung des Wasserwirtschaftsamtes ... zutreffend aus, dass die Zaunpfosten des streitgegenständlichen Zaunes in Anbetracht des Einzugsgebietes von ca. 2 km<sup>2</sup> des angrenzenden Gewässers (Gewässer dritter Ordnung) im faktischen Überschwemmungsgebiet zum Liegen kämen. Die Zaunanlage, die fast im Tiefpunkt errichtet worden sei, habe eine abflussbehindernde Wirkung. Für die Beurteilung von Anlagen in faktischen oder berechneten Überschwemmungsgebieten werde der materielle Gehalt des § 78a Abs. 1 Nr. 1 WHG herangezogen. Demnach sei die Errichtung von Anlagen, die den Wasserabfluss behindern könnten, untersagt. Dies hat das Landratsamt zutreffend dem Bescheid zugrundegelegt. Ebenso hat der in der mündlichen Verhandlung und bei dem gerichtlichen Augenschein anwesende Vertreter des Wasserwirtschaftsamtes ... nachvollziehbar und überzeugend dargelegt, dass und warum dem streitgegenständlichen Zaun eine abflusshindernde Wirkung bezogen auf den Graben zukomme. Es ist nachvollziehbar, dass an einem Zaun, der sich im Abflussquerschnitt befindet, Verklausungen bilden können und insbesondere im Fall des Bemessungshochwassers („hundertjähriges Hochwasser“) angesichts der zu erwartenden Abflussmengen auch an dem streitgegenständlichen Zaun erhebliche Wassermengen stauen können. Den fachlichen Stellungnahmen ist die Klagepartei nicht hinreichend entgegengetreten, wobei zu berücksichtigen ist, dass amtlichen Auskünften und Gutachten des Wasserwirtschaftsamtes als kraft Gesetzes eingerichtete Fachbehörde (Art. 63 Abs. 3 Satz 1 BayWG) nach ständiger Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs eine besondere Bedeutung zukommt (vgl. etwa BayVGh, B.v. 5.3.2018 – 8 ZB 17.867 – juris Rn. 22). Insbesondere ändert es an dem Ergebnis entsprechend der fachlichen Stellungnahme vor allem mit Blick auf das Bemessungshochwasser nichts, wenn – wie klägerseits vorgetragen – jedenfalls bisher keine Verklausungen vorgekommen sind. Auch hierzu führte der Vertreter des Wasserwirtschaftsamtes in der mündlichen Verhandlung für das Gericht überzeugend aus, dass solche Verklausungen auch zu erwarten wären, wenn sie in der Vergangenheit noch nicht vorgekommen seien.

## 27

4. Durch den streitgegenständlichen Zaun ist zudem die Verfestigung der vorhandenen Splittersiedlung (Bebauung auf Fl.-Nrn. 440/3, 440/7 und 440/8, jeweils Gemarkung S. ...) zu befürchten, § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 BauGB. Die Verfestigung einer Splittersiedlung ist die Auffüllung des bereits in Anspruch genommenen räumlichen Bereichs, d.h. die Vergrößerung des baulichen Bestands auch ohne zusätzliche Ausdehnung in den Außenbereich (vgl. Mitschang/Reidt in: Battis/Krautzberger/Löhr, 15. Aufl. 2022, BauGB § 35 Rn. 96). Durch den errichteten Zaun wird eine Fläche, die nach Klägerangaben und nach dem Ergebnis des gerichtlichen Augenscheins jedenfalls auch in hausgartenähnlicher Weise genutzt wird (Kinderspielgeräte), deutlich und auf Dauer von den sonstigen Außenbereichsflächen abgegrenzt. Insoweit führt der streitgegenständliche Zaun nach dem Eindruck, den das Gericht im Rahmen des Augenscheins gewinnen konnte, zu einer nicht ohne Gewicht bleibenden, jedenfalls optischen und faktischen – d.h. bezogen auf die Zugangsmöglichkeit – Trennung der an das klägerische Anwesen anschließenden Flächen vom Außenbereich, sodass diese jedenfalls faktisch der Splittersiedlung zugeschlagen werden und diese dadurch verfestigt und intensiviert wird.

## 28

III. Das Landratsamt hat auch das ihm durch Art. 76 Satz 1 BayBO eingeräumte Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Weise fehlerfrei ausgeübt (Art. 40 BayVwVfG, § 114 Satz 1 VwGO). Dies gilt insbesondere unter Beachtung der im Jahr 2002 ausgesprochenen Duldung. Einer ausgesprochenen Duldung kommt im Rahmen einer Beseitigungsanordnung ermessenslenkende Wirkung zu (1.). Die vorliegende Duldung entfällt zwar nicht schon wegen hinzutretender neuer öffentlicher Belange; sie entfaltet jedoch im vorliegenden Fall deshalb keine Wirkung mehr, da sich der Zaun nunmehr anders darstellt als von der Duldung umfasst (2.). Unabhängig davon und selbständig tragend hat das Landratsamt hier jedoch – selbst wenn man von einem Fortwirken der Duldung ausgeht – diese durch entsprechende Ermessenserwägungen überwunden (3.). Schließlich sind keine sonstigen Ermessensfehler erkennbar (4.).

## 29

1. Das im Rahmen einer Beseitigungsanordnung auszuübende Ermessen der Bauaufsichtsbehörde kann durch ein vorausgegangenes positives Tun der Bauaufsichtsbehörde gelenkt sein, wenn ein

Vertrauenstatbestand zugunsten des Betroffenen geschaffen wurde. Dies kann im Einzelfall so weit gehen, dass der ermessensfehlerfreie Erlass einer Beseitigungsanordnung ausgeschlossen ist. Eine Form des positiven, einen Vertrauenstatbestand schaffenden Tuns der Bauaufsichtsbehörde ist beispielsweise der Erlass einer Duldung, also einer Zusicherung im Sinne des Art. 38 BayVwVfG (vgl. m.w.N. zum Ganzen Decker in: Busse/Kraus, BayBO, 155. EL August 2024, Art. 76 Rn. 227). Eine solche, das Schriftformerfordernis nach Art. 38 Abs. 1 Satz 1 BayVwVfG wahrende Zusicherung ist in dem Schreiben des Landratsamtes vom ... Januar 2002 enthalten.

### 30

2. Diese Duldung entfällt – anders als der Beklagte vorträgt – nicht schon wegen hinzutretender neuer öffentlicher Belange, namentlich wasserrechtlicher Belange. Diese Belange sind nicht „neu“ im Sinne des Schreibens vom ... Januar 2002. Neu in diesem Sinne könnten nur solche Belange sein, die sich nach Erlass der Duldung ergeben haben oder wenigstens der Behörde erst nach diesem Zeitpunkt zur Kenntnis gelangt sind. Fragen des Hochwassers und wasserrechtliche Fragen im Zusammenhang mit dem Graben waren jedoch schon Gegenstand des Baugenehmigungsverfahrens 2000 (vgl. etwa die damalige Stellungnahme des Wasserwirtschaftsamtes ... vom 26.7.2000 auf Bl. 15 f. der zugehörigen Akte) und sind damit nicht neu.

### 31

Allerdings sind die Rechtswirkungen der ausgesprochenen Duldung – also ihre ermessenslenkende Wirkung bezüglich der vorliegenden Beseitigungsanordnung – vorliegend entfallen, da sich der Zaun nunmehr anders darstellt als von der Duldung umfasst.

### 32

a) Unabhängig davon, dass eine Duldung – anders als eine Baugenehmigung – keine Legalisierungswirkung entfaltet (dazu näher unter 3.), bezieht sie sich ebenso wie eine Baugenehmigung stets auf ein bestimmtes und schon wegen Art. 37 Abs. 1 BayVwVfG notwendigerweise anhand der Duldung bzw. der Baugenehmigung bestimmtes Vorhaben (vgl. zur Frage nach der Rechtsnatur einer Zusicherung Tiedemann in: BeckOK VwVfG, 66. Ed. 1.1.2025, § 38 VwVfG Rn. 13 m.w.N.; Art. 37 Abs. 1 BayVwVfG ist jedenfalls entsprechend anwendbar). Dieses wird im Falle einer Baugenehmigung durch den Bauantrag und die genehmigten (und gestempelten) Bauvorlagen (Art. 64 BayBO i.V.m. der BauVorIV) konkretisiert. Im Falle der Duldung fehlt es an vergleichbar konkreten gesetzlichen Vorgaben zu den zugrunde zu legenden Unterlagen; es ist daher in Anlehnung an die genannten Normen und nach den allgemeinen Grundsätzen zur Auslegung des Inhalts der Duldung auf den Inhalt des Verwaltungsvorganges und dabei insbesondere auf das von dem Betroffenen zur Prüfung durch die Behörde gestellte Vorhaben abzustellen. Dies gilt jedenfalls, wenn eine Duldung – wie hier – Ergebnis eines zuvor durch den Bauherrn eingeleiteten Baugenehmigungsverfahrens ist; denn Gegenstand eines solchen Verfahren ist entsprechend Art. 64 BayBO stets nur das zur Genehmigung gestellte Vorhaben, nicht ein anderes Vorhaben. Anders mag dies allenfalls sein, wenn sich die Duldung explizit auf ein anderes Vorhaben oder einen Teil des Vorhabens bezieht oder wenn etwa eine Bauaufsichtsbehörde von sich aus oder auf Anzeige eines Dritten ein (illegales) Vorhaben aufgreift, dieses zum Gegenstand eines (Beseitigungs-)Verfahrens macht und sodann – aus welchen Gründen auch immer – eine Duldung erlässt.

### 33

b) Gegenstand des damaligen Verfahrens und damit der ausgesprochenen Duldung ist vorliegend der Zaun, wie ihn der Kläger zu 1. mit seinem Schreiben vom ... Mai 2000 nebst beigefügtem Lageplan (Bl. 2 f. der Baugenehmigungsakte 2000) zum Gegenstand des damaligen Verwaltungsverfahrens gemacht hat. Bezüglich des hier streitgegenständlichen Teil des Zaunes ist Gegenstand der Duldung daher nur der Teil des Zaunes entlang der westlichen Grenze des streitgegenständlichen Grundstücks, der auf Höhe der Grenze zwischen den Grundstücken Fl.-Nrn. 594 und 419, jeweils Gemarkung S. , endet. Jedenfalls zum Zeitpunkt des gerichtlichen Augenscheins erstreckte sich der Zaun jedoch entlang der gesamten Westgrenze des Grundstücks und damit erheblich weiter Richtung Süden als von der Duldung erfasst. Die Abweichung ist so beträchtlich, dass sie den Charakter des Gesamtvorhabens verändert, da ein Zaun entlang der Westgrenze, der sich um etwa ein Drittel der von der Duldung umfassten Länge länger darstellt, eine erheblich abweichende Quantität und auch Qualität aufweist als das von der Duldung umfasste Vorhaben. Dies ergibt sich auch und vor allem aus dem Eindruck, den das Gericht im Rahmen des Augenscheins von dem Zaun – bezogen auf die unterschiedlichen Abschnitte des Zauns – im Rahmen des durchgeführten Augenscheins gewinnen konnte. Besonders hinzuweisen ist auf die Tatsache, dass der

Zaun in dem südlichen Bereich massiver ausgeführt ist als in dem mittleren Bereich, nämlich mit einbetonierten Stahlrohrpfosten. Diese Ausführung findet sich im mittleren Bereich nicht, sondern erst wieder im nördlichen Bereich. Die im Jahr 2002 ausgesprochene Duldung umfasst daher von vornherein schon nicht den südlichen Teil des Zaunes entlang der Westgrenze und auch nicht die restlichen Abschnitte entlang der Westgrenze, da sich der Zaun insoweit in seiner Gesamtheit anders darstellt, als dies Gegenstand der damaligen Duldung ist. Dabei kann offen bleiben, ob der Zaun tatsächlich verändert wurde. Jedenfalls stellt er sich nun und zum Zeitpunkt des Erlasses der Beseitigungsanordnung anders dar, als es Gegenstand der Duldung war.

#### **34**

c) Dem steht nicht entgegen, dass sich auf Bl. 27 der Baugenehmigungsakte 2000 ein Lageplan findet, in dem unter anderem die gesamte Westgrenze des gegenständlichen Grundstücks rot markiert ist. Selbst wenn man davon ausgeht, dass dieser Lageplan den damals tatsächlich bestehenden Zaun darstellen soll, bedeutet dies nach Auslegung der Duldung nicht, dass diese auch den südlichen Abschnitt des Zaunes erfassen soll. Denn Herr über den Gegenstand eines Baugenehmigungsverfahrens (ein solches war hier Ausgangspunkt der Duldung) ist der Bauherr, der mit seinem Bauantrag und den eingereichten Unterlagen das konkrete Vorhaben bestimmt, vgl. schon oben. Auch sonst sind weder aus der Duldung selbst noch der übrigen Baugenehmigungsakte 2000 Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass sich die Duldung (auch) auf den südlichen Teil des Zaunes entlang der Westgrenze des gegenständlichen Grundstück bezieht.

#### **35**

3. Unabhängig davon und selbständig tragend hat das Landratsamt hier jedoch – selbst wenn man von einem Fortwirken der Duldung ausgeht – diese durch entsprechende Ermessenserwägungen überwunden.

#### **36**

a) Von einer baurechtlichen Duldung geht – anders als etwa von einer Baugenehmigung – keine Legalisierungswirkung aus. Die Bauaufsichtsbehörde begibt sich nicht (vollständig) der rechtlichen Möglichkeit, dem Baurechtsverstoß zu gegebener Zeit ein Ende zu setzen (vgl. BVerwG, U.v. 4.6.1996 – 4 C 15/95 – juris Rn. 23). Würde man auch bei einer Duldung eine Legalisierungswirkung annehmen, würden die strengen verfahrensrechtlichen und sonstigen Anforderungen an den Erlass einer Baugenehmigung (oder eines Vorbescheids, etc.) umgangen (vgl. Decker in Busse/Kraus, BayBO, 155. EL August 2024, Art. 76 Rn. 229; hierzu auch BVerwG, B.v. 5.8.1977 – IV B 1.77 – juris Rn. 3). Die Duldung hat daher (allein) die oben unter 1. beschriebene ermessenslenkende Wirkung. Entsprechend kann – unabhängig von der Frage, ob eine „ewige“ Duldung überhaupt möglich ist (verneinend m.w.N. Decker in Busse/Kraus, BayBO, 155. EL August 2024, Art. 76 Rn. 229) – eine ausgesprochene Duldung jedenfalls durch Ermessenserwägungen, die entsprechend hohen Anforderungen genügen, überwunden werden. Insbesondere muss sich die Behörde hierzu in entsprechender Tiefe mit der Existenz der Duldung und dem entstandenen Vertrauensschutz auseinandersetzen.

#### **37**

b) Dies ist vorliegend geschehen. Auch unter Beachtung der erhöhten Anforderungen, die sich – das Vorliegen einer Duldung für den gesamten Zaun entlang der Westgrenze des gegenständlichen Grundstücks unterstellt – an die entsprechende Ermessensbetätigung ergeben, sind keine Ermessensfehler der Behörde erkennbar, § 114 VwGO, Art. 40 BayVwVfG.

#### **38**

Das Landratsamt hat in dem streitgegenständlichen Bescheid deutlich gemacht, dass es eine Ermessensentscheidung trifft und zugleich die maßgeblichen Erwägungen näher dargelegt (vgl. S. 2 des Bescheids). So wurde die Notwendigkeit der Verfügung u.a. mit der Aufgabe der Bauaufsichtsbehörde, baurechtswidrige Zustände zu beseitigen, begründet. Es wurde auf eine mögliche Bezugsfallwirkung hingewiesen und die Verhältnismäßigkeit geprüft. Ebenso wurden die Interessen der Kläger an dem Erhalt der Anlage abgewogen. Zugleich ging das Landratsamt in dem Bescheid auf das Bestehen der Duldung ein. Spätestens in der Klageerwiderung mit Schriftsatz vom ... Oktober 2024 finden sich ab Seite 2 ausführliche Erwägungen dazu, dass und aus welchen Gründen sich die Behörde nicht mehr an die Duldung aus dem Jahr 2002 gebunden sieht. Diese Erwägungen sind als sog. nachgeschobene Ermessenserwägungen auszulegen. Die Ergänzung der Ermessenserwägungen ist hier nach § 114 Satz 2 VwGO auch wirksam, da insbesondere in dem Bescheid überhaupt schon Ermessenserwägungen angestellt sind. Die so ergänzte Ermessensausübung der Behörde erweist sich in der gerichtlichen Nachprüfung auch unter Beachtung des

wegen der Duldung erhöhten Maßstabs als fehlerfrei. Insbesondere setzt sich die Behörde mit dem Wesen der Duldung, dem zwischenzeitlichen Zeitablauf von über 20 Jahren, der Frage einer „ewigen“ Duldung, einer möglichen Veränderung des Zaunes und dem Hinzukommen neuer Belange auseinander. Auch wenn das Gericht mit der Bewertung nicht in allen Einzelheiten (etwa der Bewertung des Hochwasserschutzes als „neu“) übereinstimmt, erweisen sich die ergänzten Ermessenserwägungen als fehlerfrei (nur insoweit prüft das Gericht). Fehlerhaft wären – mit Blick auf eine unterstellt bestehende Duldung – etwa das Ignorieren derselben oder nur oberflächliche Erwägungen, warum diese nun nicht mehr gelten soll. Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall.

### 39

c) Weiterhin ergeben sich aus einer bestehenden Duldung und dem durch sie geschaffenen Vertrauenstatbestand noch erhöhte Anforderungen an die Ermessensausübung bezüglich der Frist für eine Beseitigung. Es muss eine angemessene Übergangsfrist eingeräumt werden, die etwa die Länge des Zeitraums der Duldung berücksichtigt (vgl. Decker in Busse/Kraus, BayBO, 155. EL August 2024, Art. 76 Rn. 230). Auch insoweit bestehen vorliegend hinsichtlich der zu Protokoll des Gerichts geänderten Beseitigungsfrist bis spätestens sechs Monate nach Bestandskraft des Bescheides keine rechtlichen Bedenken (mehr).

### 40

4. Auch sind keine sonstigen Ermessensfehler der Beseitigungsanordnung – unabhängig von den bereits im Rahmen der Duldung angesprochenen Punkten – erkennbar. Im Fall eines wie hier materiell illegalen Vorhabens ist die Beseitigungsanordnung grundsätzlich angezeigt, auch wenn diesbezüglich kein sogenanntes intendiertes Ermessen vorliegt. Bei der Entscheidung, ob gegen eine keine formelle Bestandskraft genießende und materiell illegale Anlage eingeschritten wird, ist zu beachten, dass dem der Bauaufsichtsbehörde durch Art. 76 Satz 1 BayBO eingeräumten Ermessen die Tendenz eigen ist, die im öffentlichen Interesse an der Wiederherstellung baurechtmäßiger Zustände grundsätzlich gebotene Pflicht zum Einschreiten zu verwirklichen (vgl. Decker in Busse/Kraus, BayBO, 148. EL September 2022, Art. 76, Rn. 208 m.w.N.). Die Verhinderung und grundsätzlich auch die Beseitigung von „unheilbar“ rechtswidrigen Anlagen liegt im besonderen Interesse der Allgemeinheit an einer geordneten baulichen Entwicklung. Das Landratsamt hat auch die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände sachgerecht gewichtet und das eröffnete Ermessen ohne Ermessensfehler ausgeübt.

### 41

IV. Schließlich sind auch die in Bezug auf die Beseitigung des Zaunes auf Grundlage der Art. 29, Art. 31, Art. 36 VwZVG erlassene Zwangsgeldandrohung sowie die Nebenentscheidungen nicht zu beanstanden. Eine Zwangsgeldandrohung stellt vorliegend das mildeste (Zwangs-)Mittel dar. Sie ist auch verhältnismäßig. Insbesondere berücksichtigt die Höhe des angedrohten Zwangsgelds das wirtschaftliche Interesse des Klägers, Art. 31 Abs. 2 VwZVG, und liegt auch innerhalb des Rahmens des Art. 31 Abs. 2 Satz 1 VwZVG. Einwände gegen die konkrete Höhe wurden von der Klägerseite auch nicht erhoben.

### 42

Nach alledem wird die Klage abgewiesen.

B.

### 43

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO und hinsichtlich der Beigeladenen, die keinen Antrag gestellt und sich dadurch keinem Kostenrisiko ausgesetzt hat, aus § 162 Abs. 3 VwGO, orientiert an dem aus der Regelung des § 154 Abs. 3 Halbs. 1 VwGO folgenden Maßstab.

C.

### 44

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 Abs. 1 und Abs. 2 VwGO i.V.m. §§ 708 ff. ZPO.