

# NomosStudienbuch

Rausch

# Landesrecht Baden- Württemberg

Studienbuch



**Nomos**





# NomosStudienbuch

Dr. Jan-Dirk Rausch

# Landesrecht Baden-Württemberg Studienbuch



Nomos

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-5377-2 (Print)

ISBN 978-3-8452-9516-9 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

## Vorwort und Benutzungshinweise

Dieses Studienbuch ist an den Anforderungen des Ersten und des Zweiten juristischen Staatsexamens ausgerichtet. Sämtliche hier dargestellten Rechtsgebiete sind in gleichem Maße examensrelevant. Das Studienbuch soll darüber hinaus auch für Studierende der Hochschulen für die öffentliche Verwaltung, für Referendarinnen und Referendare, die aus anderen Bundesländern kommen, und für Praktiker hilfreich sein, die sich in die Materie des baden-württembergischen Verwaltungsrechts einarbeiten möchten.

Entsprechend seiner Bezeichnung verfolgt dieses Werk das Ziel, die jeweiligen Rechtsgebiete in verständlicher Form zu vermitteln. Dabei liegt der Schwerpunkt auf der Darstellung der klausur- und examenstypischen Konstellationen. Diese ist so gestaltet, dass mithilfe des erarbeiteten systematischen Wissens, insbesondere hinsichtlich der Ermächtigungsgrundlagen und der Zuständigkeiten in den jeweiligen Rechtsgebieten, auch auf den ersten Blick als atypisch erscheinende Klausurfälle gelöst werden können.

Das Studienbuch gliedert sich in die Kapitel Baurecht, Kommunalrecht, Polizeirecht, Verwaltungsvollstreckungsrecht und Landesverfassungsrecht. Sie sind alle strukturell gleich aufgebaut und nehmen alle landesrechtlichen Spezifika des materiellen Rechts auf. Da sich zwischen den einzelnen Rechtsgebieten Überschneidungen ergeben, wird auf die Kapitel untereinander verwiesen. Dabei kommt es bewusst in angemessenem Umfang zu Wiederholungen. Fragen des Verwaltungs- und Verfassungsprozessrechts werden angesprochen, um ein entsprechendes Problembewusstsein zu schaffen; ebenso werden Regelungen des Verwaltungsverfahrenrechts, wie etwa zum Begriff des Verwaltungsaktes, zu dessen Bekanntgabe oder zur Anhörung, nur erörtert, soweit sie das jeweilige Rechtsgebiet konkret betreffen.

Die Orientierung an der Vermittlung des erforderlichen Prüfungswissens bringt es mit sich, dass die jeweiligen Rechtsgebiete nur im Hinblick auf ihre Klausurrelevanz, nicht aber vollständig dargestellt werden können. Dies würde den Umfang eines Studienbuches übersteigen. Gleichwohl erhebt dieses Werk den Anspruch, das für ein erfolgreiches Staatsexamen erforderliche Wissen umfassend und hinreichend zu vermitteln.

Wer den Inhalt dieses Buches kennt und verstanden hat, wird seine persönliche Prüfungsreife jedoch nur dann erlangen, wenn es ihm gelingt, dieses Wissen auch in die im Examen geforderten Klausuren umzusetzen. Hierzu ist ein umfangreiches Training an examenstypischen Fällen erforderlich, idealerweise in Lehrveranstaltungen, in denen die Möglichkeit zu ausführlichen Rückfragen besteht, und in Klausurenkursen, in denen eine umfassende Fehleranalyse betrieben wird. Im Gegensatz zum materiellen Wissen verlangt die Klausurfähigkeit zusätzliche Erfordernisse, die sich nur durch das regelmäßige Schreiben von Klausuren und die eigenständige Erarbeitung von Fallgliederungen erlernen lassen, wie zB das Erkennen von Problemen, die richtige Schwerpunktsetzung, das Bewusstsein für logische Zusammenhänge, die Fähigkeit zur eigenen Argumentation, die Wahrnehmung von Informationen des Aufgabenstellers über

rechtliche Problemstellungen und die Ausformulierung in präziser und verständlicher Sprache.

Nach den Erkenntnissen der Lernpsychologie bleiben bei ausschließlichem Lesen nur etwa zehn Prozent des Stoffes im Gedächtnis präsent. Die reine Lektüre eines Buches ist daher ähnlich ineffektiv wie der Besuch einer „Vorlesung“, deren Funktion der Dozent oder die Dozentin allzu wörtlich nimmt. Um diesem Problem ein wenig zu begegnen, sind in diesem Studienbuch Fragen zur Lernkontrolle aufgenommen sowie Fälle und Lösungen wiedergegeben. Bei letzteren handelt es sich um beispielhaft – und in keiner Weise abschließend – aufgenommene typische Konstellationen, die aber bei weitem nicht den Umfang einer fünfständigen Examensklausur erreichen. Es soll mit den Fällen in erster Linie gezeigt werden, wie die Lösung einer Klausur zu gliedern und sprachlich auszuformulieren ist. Bewusst wurde darauf verzichtet, direkt an den Anschluss des Sachverhalts die jeweilige Lösung abzudrucken. Ein Lerneffekt tritt nur ein, wenn sich die Leserin oder der Leser des Sachverhalts zunächst stichwortartig eine eigene Lösung des Falles überlegt und erst dann die Lösung nachschlägt.

Auch die Fragen zur Lernkontrolle werden nur dann zu einem Wissenserfolg führen, wenn sie nicht nur überhaupt, sondern in kontrollierbarer Form beantwortet werden, sei es etwa durch das Niederschreiben von Antwort-Stichwörtern oder durch das wechselseitige Abfragen in einer Arbeitsgruppe.

Soweit in diesem Studienbuch Fußnoten aufgeführt sind, dienen sie dem Quellennachweis und der Vertiefung. Um die Lesbarkeit dieses Studienbuches zu erleichtern, wurde bewusst auf einen allzu umfangreichen Fußnotenapparat verzichtet. Die Fußnoten sollten somit nur nachgelesen werden, falls sich das Verständnis nicht bereits aus dem geschriebenen Text ergibt oder wenn man – etwa bei der Lösung von Hausarbeiten – auf weiterführende Quellen angewiesen ist. Die Randnummern bei Gerichtsentscheidungen beziehen sich auf die Datenbank *juris* sowie auf die kostenlosen Datenbanken *rechtsprechung-im-internet.de* und *landesrecht-bw.de*.

Dieses Buch konnte in Konzept, Aufbau und Darstellung nur aufgrund der mehrjährigen Erfahrung in meinen Lehrveranstaltungen in Heidelberg und Freiburg zur Vorbereitung auf die Staatsexamina entstehen. Allen Studierenden, die mit großer Motivation die ihnen unbekanntem Rechtsgebiete verstehen lernen wollten und wollen und die durch den lebhaften und kreativen Unterrichtsdialog zum Entstehen dieses Buches beigetragen haben, sei hiermit herzlich gedankt. Ebenso gilt mein Dank dem Nomos-Verlag, der sich dieses Projektes gerne angenommen hat, und Jacqueline Kolinger, die das Manuskript nicht nur mit schätzenswerter Genauigkeit angefertigt, sondern mich auch stets zu dessen Fertigstellung angetrieben hat.

Die zweite Auflage soll besser werden als die erste. Deshalb sind Anregungen unter [jan-dirk@anwalt-verfassungsrecht.de](mailto:jan-dirk@anwalt-verfassungsrecht.de) gerne willkommen.

Karlsruhe-Durlach, im Februar 2020

Dr. Jan-Dirk Rausch

# Inhalt

Vorwort und Benutzungshinweise .....	5
§ 1 Baurecht .....	15
I. Einführung .....	15
II. Bauordnungsrecht und Bauplanungsrecht .....	16
1. Verfassungsrechtlicher Hintergrund .....	16
2. Verknüpfung von Bauordnungsrecht und Bauplanungsrecht in Klausuren .....	18
III. Die zuständigen Behörden .....	19
1. Die Zuständigkeit der unteren Baurechtsbehörde .....	19
2. Weisungsrecht und Selbsteintrittsrecht der Fachaufsichtsbehörde ..	20
3. Zuständigkeiten der Gemeinden als Selbstverwaltungskörper- schaft .....	21
a) Der Erlass von örtlichen Bauvorschriften .....	21
b) Der Erlass von Satzungen nach dem BauGB .....	22
IV. Die Ermächtigungsgrundlagen der LBO .....	22
1. Allgemeines zum bauordnungsrechtlichen Verfahrensrecht .....	22
2. Die Baugenehmigung .....	24
a) Genehmigungspflichtiges Vorhaben .....	24
b) von der Baurechtsbehörde zu prüfende Vorschriften .....	26
c) Anspruch .....	28
d) Nebenbestimmungen zur Baugenehmigung .....	28
e) Vereinfachtes Baugenehmigungsverfahren (§ 52 LBO) .....	29
f) Kenntnisgabeverfahren .....	30
3. Der Bauvorbescheid .....	31
a) Keine Ermessensentscheidung .....	31
b) Einzelne Fragen des Vorhabens .....	31
c) Rechtliche Wirkung des Vorbescheides .....	32
4. Die Teilbaugenehmigung .....	33
5. Die Abbruchanordnung .....	34
a) Anlage .....	34
b) „In Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errich- tet“ und „nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände herge- stellt werden können“ .....	34
c) Ermessen .....	36
6. Nutzungsuntersagung und Einstellung von Arbeiten .....	38
a) Nutzungsuntersagung .....	38
b) Einstellung von Arbeiten .....	40
7. Die bauordnungsrechtliche Generalklausel (§ 47 Abs. 1 LBO) .....	40
8. Weitere bauordnungsrechtliche Ermächtigungsgrundlagen .....	41

9. Die bauordnungsrechtliche und die bauplanungsrechtliche Befreiung .....	42
a) Allgemeines .....	42
b) Die Befreiung gemäß § 31 Abs. 2 BauGB .....	42
c) Die bauordnungsrechtliche Befreiung nach § 56 Abs. 5 LBO ...	44
V. Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben .....	45
1. Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens und die Verknüpfung mit den Ermächtigungsgrundlagen der LBO .....	45
2. Die Prüfung der Anwendbarkeit der §§ 30 ff. BauGB (§ 29 BauGB) .....	46
3. Vorhaben im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes (§ 30 BauGB) .....	47
a) Qualifizierter und einfacher Bebauungsplan .....	47
b) Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit im Geltungsbereich eines Bebauungsplans .....	48
4. Die Zulässigkeit von Vorhaben im unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB) .....	51
a) Die Voraussetzungen des Einfügens in § 34 Abs. 1 BauGB .....	52
b) § 34 Abs. 2 BauGB und der Verweis auf die BauNVO .....	52
c) Abweichungen nach § 34 Abs. 3a BauGB und Satzungsermächtigung nach § 34 Abs. 4 BauGB .....	53
5. Die Zulässigkeit von Vorhaben im Außenbereich (§ 35 BauGB) ...	53
a) Der Außenbereich als freizuhaltende Fläche und die Systematik der Norm .....	53
b) Privilegierte Vorhaben (§ 35 Abs. 1 BauGB) .....	54
c) „Entgegenstehen“ und „Beeinträchtigen“ .....	57
d) Die „teilprivilegierten“ Vorhaben in § 35 Abs. 4 BauGB .....	58
6. Das kommunale Einvernehmen nach § 36 BauGB .....	59
a) Funktion und Anwendbarkeit der Norm .....	59
b) Folgen der Verweigerung des Einvernehmens .....	60
VII. Die Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Bebauungsplänen .....	62
1. Vorüberlegungen .....	62
2. Die Überprüfung von Gesetzesverstößen im Einzelnen .....	63
a) Planaufstellungsbeschluss .....	64
b) Öffentlichkeitsbeteiligung, § 3 Abs. 1 BauGB .....	65
c) Beteiligung der Träger öffentlicher Belange (§ 4 BauGB) .....	65
d) Billigungs- und Auslegungsbeschluss .....	65
e) Auslegung des Planentwurfs (§ 3 Abs. 2 BauGB) .....	66
f) Satzungsbeschluss (§ 10 Abs. 1 BauGB) .....	66
g) Inkrafttreten mit Bekanntmachung (§ 10 Abs. 3 BauGB) .....	67
h) Inhaltliche Fehler im Bebauungsplan .....	68
VII. Weitere planungsrechtliche Instrumente .....	73
1. Der Flächennutzungsplan .....	73
2. Veränderungssperre und Rückstellung .....	74

3. Abrundungssatzungen .....	75
4. Erhaltungssatzung .....	75
5. Örtliche Bauvorschriften .....	76
VIII. Ausgewählte Regelungen des materiellen Bauordnungsrechts .....	76
1. Abstandsvorschriften (§ 5 ff. LBO) .....	76
2. Brandschutz (§ 15 LBO) .....	77
3. Stellplätze (§ 37 LBO) .....	77
4. Verunstaltungsverbote (§ 11 LBO) .....	78
IX. Baurechtlicher Bestandsschutz .....	79
1. Schutz vorhandener baulicher Anlagen .....	80
a) Wirkung und mögliche Erledigung einer Baugenehmigung .....	80
b) Unverhältnismäßigkeit von Abbruchanordnungen .....	81
2. Wiederrichtung, Neuerrichtung und Erweiterung von baulichen Anlagen .....	81
a) Grundsätzliches .....	81
b) Bestandsschutz nach § 34 Abs. 3a und § 35 Abs. 4 BauGB .....	82
X. Baurechtlicher Nachbarschutz .....	84
1. Allgemeines .....	84
2. Drittschützende Vorschriften des Bauordnungsrechts .....	86
3. Drittschützende Vorschriften des Bauplanungsrechts .....	87
a) „Bodenrechtliche Schicksalsgemeinschaft“ und Gebot der Rücksichtnahme .....	87
b) Die Vorschriften des Gebots der Rücksichtnahme im Einzelnen .....	89
4. Rechtsschutz von Nachbargemeinden .....	91
XI. Prozessuales .....	92
1. Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen .....	92
2. Vorläufiger Rechtsschutz im Baurecht .....	93
3. Normenkontrollverfahren .....	93
XII. Fragen zur Lernkontrolle .....	94
XIII. Fälle .....	96
<b>§ 2 Kommunalrecht .....</b>	<b>100</b>
I. Einführung .....	100
II. Inhalt und Reichweite der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie ....	101
1. Der Inhalt der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie im Einzelnen .....	102
a) „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ .....	102
b) Die „Hoheiten“ der Gemeinde .....	105
2. Selbstverwaltungs- und übertragene Aufgaben in der kommunalen Verwaltung .....	108
a) Selbstverwaltungsaufgaben .....	108
b) Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises .....	110

3. Gemeinden, Große Kreisstädte, Stadtkreise, Landkreise, Regierungsbezirke .....	114
III. Organe der Gemeinde und ihr Handeln .....	116
1. Der Gemeinderat .....	117
2. Der Bürgermeister .....	119
3. Fraktionen .....	121
4. Ausschüsse .....	123
5. Verfahren im Gemeinderat .....	124
a) Einberufung .....	125
b) Öffentlichkeit der Sitzung .....	128
c) Ablauf der Gemeinderatssitzung .....	130
6. Kommunalverfassungsrechtliche Konfliktpotentiale .....	138
a) Problemstellung .....	138
b) Beispiele .....	139
IV. Kommunalaufsicht .....	141
1. Rechtsaufsicht und Fachaufsicht .....	141
2. Zuständigkeiten bei der Rechtsaufsicht .....	145
3. Instrumente der Rechtsaufsicht .....	146
4. Sonderfall Ersetzung des Einvernehmens nach § 36 BauGB .....	149
5. Fachaufsicht .....	149
V. Öffentliche Einrichtungen .....	150
1. Begriff .....	151
2. Widmung und Rechtsform einer öffentlichen Einrichtung .....	151
3. Der Anspruch auf Benutzung einer öffentlichen Einrichtung .....	155
4. Die Zulassung zur öffentlichen Einrichtung als Ermessensentscheidung .....	157
VI. Weitere Fragestellungen des materiellen Kommunalrechts .....	158
1. Wirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinden .....	158
2. Grundsatz der Haushaltssparsamkeit .....	159
3. Kommunales Amtsblatt .....	160
4. Bürgerbegehren und Bürgerentscheid .....	161
5. Ortschaftsräte und Bezirksbeiräte .....	162
VII. Besonderheiten bei den Landkreisen .....	163
1. Veränderte Vorgaben des Art. 28 Abs. 2 GG für die Landkreise ....	163
2. Organe und organisationsrechtliche Regelungen .....	164
3. Übertragung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft auf die Landkreise? .....	165
VIII. Prozessuales .....	165
1. Klage auf Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen .....	165
2. Kommunalverfassungsstreitigkeiten .....	166
3. Rechtsschutz gegen Aufsichtsmaßnahmen .....	169
4. Kommunalverfassungsbeschwerde .....	170
IX. Fragen zur Lernkontrolle .....	170
X. Fälle .....	172

§ 3	Polizeirecht .....	179
	I. Einführung .....	179
	II. Präventive und repressive Tätigkeit der Polizei .....	181
	III. Die polizeirechtlichen Ermächtigungsgrundlagen .....	182
	1. Die gemeinsame Struktur aller Ermächtigungsgrundlagen .....	185
	a) „Gefahr“ als Voraussetzung polizeilichen Einschreitens .....	185
	b) Die Polizeipflichtigen bei Einzelmaßnahmen (§§ 6, 7, 9 PolG) .	190
	c) Ermessensentscheidung .....	193
	d) Verhältnismäßigkeit .....	194
	2. Die Suche nach der richtigen Ermächtigungsgrundlage im Polizei-	
	recht .....	195
	a) Erster Schritt: Wer hat gehandelt? (Wer soll handeln)? .....	196
	b) Zweiter Schritt: Vorrangige Spezialgesetze .....	197
	c) Dritter Schritt: Polizeiliche Standardmaßnahmen .....	198
	d) Die Anwendbarkeit der polizeilichen Generalklausel .....	199
	IV. Zuständigkeiten im Polizeirecht .....	199
	1. Zuständigkeit der Polizeibehörde .....	200
	2. Zuständigkeiten des Polizeivollzugsdienstes .....	201
	3. § 2 Abs. 2 PolG als zusätzliche Zuständigkeitsnorm .....	202
	4. Zuständigkeits-Besonderheiten in der Verwaltungsvollstreckung ..	204
	5. Kommunale Vollzugsbedienstete, Amtshilfe und Vollzugshilfe .....	204
	a) Gemeindliche Vollzugsbedienstete .....	204
	b) Amtshilfe und Vollzugshilfe .....	205
	V. Die wichtigsten polizeilichen Standardmaßnahmen .....	207
	1. Identitätsfeststellung (§ 26 PolG) .....	208
	2. Die Ermächtigungsgrundlagen des § 27a PolG .....	210
	3. Gewahrsam (§ 28 PolG) .....	212
	4. Durchsuchung von Personen und Sachen .....	215
	5. Betreten und Durchsuchung von Wohnungen .....	216
	6. Sicherstellung und Beschlagnahme .....	218
	7. Erkennungsdienstliche Maßnahmen .....	220
	8. Überblick über die polizeiliche Datenerhebung .....	221
	a) Grundrechtsrelevanz .....	221
	b) Allgemeine Regeln der Datenerhebung .....	223
	VI. Die polizeiliche Generalklausel .....	223
	VII. Der Anspruch auf polizeiliches Einschreiten .....	225
	VIII. Polizeiliche Realakte .....	227
	1. Unmittelbare Ausführung versus Verwaltungsvollstreckung .....	228
	a) Abgrenzung zwischen unmittelbarer Ausführung und Verwal-	
	tungsvollstreckung .....	228
	b) Die Voraussetzungen der unmittelbaren Ausführung	
	insgesamt .....	229
	c) Der Tatbestand des § 8 Abs. 1 PolG .....	230
	2. Speziell: Abschleppfälle als unmittelbare Ausführung .....	232

IX. Die Polizeiverordnung .....	234
1. Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen einer Polizeiverordnung .....	234
2. Örtliche Alkoholkonsumverbote gemäß § 10a PolG .....	237
X. Ausgewählte Probleme des materiellen Polizeirechts .....	239
1. Unterbringung von Obdachlosen .....	239
2. Gefährderansprache .....	239
3. Der Einsatz von Bodycams .....	240
4. Die Polizeipflicht von Hoheitsträgern .....	241
5. Die Rechtsnachfolge im Polizeirecht .....	242
XI. Polizeikosten .....	244
1. Kostenersatz bei der unmittelbaren Ausführung (§ 8 Abs. 2 PolG) .....	245
2. Kostenbescheide bei der Ersatzvornahme (§§ 25, 31 LVwVG) und beim unmittelbaren Zwang durch Verwaltungsbehörde und Polizei (§§ 26, 31 LVwVG sowie § 52 Abs. 4 PolG iVm § 31 LVwVG) ....	246
3. Gebührenbescheide gemäß §§ 3, 4 LGebG .....	247
XII. Entschädigung und Schadensersatz bei polizeilichen Maßnahmen .....	248
1. Entschädigungsansprüche aus § 55 PolG .....	248
2. Amtshaftung (§ 839 BGB/Art. 34 GG) .....	249
3. Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff .....	250
XIII. Exkurs: Versammlungsrecht .....	251
1. Das Versammlungsgrundrecht (Art. 8 Abs. 1 GG) .....	252
2. Die Anwendbarkeit der Ermächtigungsgrundlagen des VersG und PolG auf versammlungsrechtlich relevante Sachverhalte .....	253
3. Der Begriff der öffentlichen Ordnung im Versammlungsrecht .....	254
XIV. Prozessuales .....	256
1. Rechtsschutz bei erledigten polizeilichen Maßnahmen .....	256
2. Anspruch auf polizeiliches Einschreiten .....	260
3. Inhaltskontrolle von Polizeiverordnungen .....	261
XV. Fragen zur Lernkontrolle .....	262
XVI. Fälle .....	263
<b>§ 4 Verwaltungsvollstreckungsrecht .....</b>	<b>271</b>
I. Einführung .....	271
II. Zeitliche Abfolge der Verwaltungsvollstreckung .....	273
1. Grund-Verwaltungsakt .....	273
2. Androhung .....	275
3. Vollstreckungshandlung .....	276
a) Zwangsgeld .....	277
b) Ersatzvornahme .....	277
c) Unmittelbarer Zwang .....	278
III. Die Rechtmäßigkeitsprüfung von Vollstreckungsmaßnahmen .....	279
1. Bezeichnung der Ermächtigungsgrundlage .....	280
2. Formelle Rechtmäßigkeitsprüfung .....	280

3. Materielle Rechtmäßigkeitsprüfung .....	282
a) Allgemeine Verwaltungsvollstreckungsvoraussetzungen .....	282
b) Besondere Verwaltungsvollstreckungsvoraussetzungen .....	284
IV. Prozessuales .....	285
V. Fragen zur Lernkontrolle .....	286
VI. Fälle .....	287
<b>§ 5 Landesverfassungsrecht</b> .....	<b>290</b>
I. Einführung .....	290
II. Die Landesverfassung als nachkonstitutionelles Recht .....	292
1. Die demokratiedefizitäre Gründung und Aufrechterhaltung des Landes Baden-Württemberg .....	292
2. Die Verknüpfungsnormen Art. 2 Abs. 1, Art. 23 und Art. 25 LV ...	295
III. Verfahren vor dem VerfGH .....	297
1. Das Verhältnis zu den verfassungsrechtlichen Rechtsbehelfen des Bundesrechts .....	297
2. Die Verfahren vor dem VerfGH im Einzelnen .....	298
3. Insbesondere: Die Landesverfassungsbeschwerde .....	300
a) Überblick über die Voraussetzungen der Verfassungsbe- schwerde .....	300
b) Die Zulässigkeitsvoraussetzungen im Einzelnen .....	301
IV. Fragen zur Lernkontrolle .....	306
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	<b>307</b>



## § 1 Baurecht

**Literatur:** *Battis/Krautzberger/Löhr*, Baugesetzbuch, 13. Aufl., 2016; *Bohmer*, Die Ersetzungsbezugnis bei verweigertem gemeindlichem Einvernehmen – Aktuelle Rechtslage zu Amtshaftungsansprüchen und Neufassung des § 54 Abs. 4 LBO, VBIBW 2015, 369; *Dürr/Leven/Speckmaier*, Baurecht Baden-Württemberg, 16. Aufl., 2018; *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, Baugesetzbuch, Stand: 1. Februar 2019; *Finkelnburg/Ortloff/Otto*, Öffentliches Baurecht Bd. II, 7. Aufl., 2018; *Finkelnburg/Ortloff/Kment*, Öffentliches Baurecht Bd. I, 7. Aufl., 2017; *Gehrke/Brebsan*, Genießt der baurechtliche Bestandsschutz noch Bestandsschutz?, NVwZ 1999, 932; *Kopp/Schenke*, VwGO, 25. Aufl., 2019; *Kröniger/Aschke/Jeromin*, Baugesetzbuch mit Baunutzungsverordnung, 4. Aufl., 2018; *Mager*, Die Auswirkungen der Präklusions-Rechtsprechung des EuGH auf das Baurecht, VBIBW 2017, 54; *Mampel*, Verkehrte Eigentumsordnung – Das Unwesen des verfassungsunmittelbaren Bestandsschutzes, ZfBR 2002, 327; *Mann/Sennekamp/Uechtritz*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., 2019; *Martini/Finkenzeller*, Die Abwägungsfehlerlehre, JuS 2012, 126; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., 2017; *Rausch*, Sind Sportwettbüros „Vergnügungsstätten“ im Sinne der Baunutzungsverordnung?, DÖV 2009, 667; *H. Schulte*, Das Dogma Baufreiheit, DVBl. 1979, 133; *Spannowsky/Uechtritz*, Beck OK BauGB, Stand: 1. Mai 2019; *Steinberg/Wickel/Müller*, Fachplanung, 4. Aufl., 2012; *Stelkens*, Planerhaltung bei Abwägungsmängeln nach dem EAG Bau – zugleich Versuch einer Abgrenzung zwischen § 1 Abs. 7 und § 2 Abs. 3 BauGB, UPR 2005, 81; *Stelkens/Bonk/Sachs*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Aufl., 2018; *Voßkuhle/Kaiser*, Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Bebauungsplan, JuS 2014, 1074.

### I. Einführung

Das öffentliche Baurecht gehört zu den beliebtesten Rechtsgebieten in den Prüfungen 1 des Ersten und Zweiten Juristischen Staatsexamens. Hier lassen sich insbesondere durch die Verknüpfung von Bauordnungsrecht und Bauplanungsrecht zahlreiche Fallvarianten bilden. Genau diese Verknüpfung scheint es jedoch oft zu sein, die in der Fallbearbeitung besondere Schwierigkeiten zu bereiten scheint. Verständlicher wird die Materie, wenn man sich zum einen die beiden Rechtsgebiete bewusst macht und zum anderen auf die Gesetze der Logik achtet. Das Auswendiglernen von Aufbauschemata („Genehmigungspflichtigkeit und Genehmigungsfähigkeit“) ist wenig hilfreich. Vielmehr fördert ein gründlicher Blick in die Reihenfolge der Tatbestandsmerkmale der baurechtlichen Ermächtigungsgrundlagen – also der Normen, die die Behörden zum Handeln ermächtigen – genau das Verständnis, das für einen logisch strukturierten Fallaufbau benötigt wird.

Baurechtsklausuren werden – sieht man von der Besonderheit der Normenkontrolle 2 gegen Bebauungspläne oder andere Satzungen einmal ab – von einer, gerne auch von mehreren Ermächtigungsgrundlagen aus entwickelt. Zusätzlich kann auch das Verwaltungsvollstreckungsrecht relevant werden (wenn zB die Baurechtsbehörde ein Haus abreißen lässt). Wer also die Voraussetzungen der – ihrer Zahl nach überschaubaren – Ermächtigungsgrundlagen in die richtige logische Reihenfolge bringen kann, daran orientiert die Subsumtion vornimmt und weiß, dass die Zuständigkeitsnormen zumeist dieselben sind, kommt in einer Klausur sehr weit.

### 3 Typische Klausurkonstellationen sind:

- a) die Verpflichtungsklage auf Baugenehmigung oder Vorbescheid
- b) die Anfechtungsklage gegen eine Nutzungsuntersagung, eine Abbruchanordnung, die Einstellung von Arbeiten oder gegen eine atypische Anordnung gem. § 47 Abs. 1 LBO
- c) die Anfechtungsklage eines Drittbetroffenen (evtl. auch einer Gemeinde) gegen eine Baugenehmigung oder einen Vorbescheid
- d) die Normenkontrolle gegen Bebauungspläne.

In den Beispielen a) bis c) stehen die Ermächtigungsgrundlagen im Mittelpunkt; die Normenkontrolle von Bebauungsplänen (oder anderen Satzungen) stellt eine Besonderheit dar.

### 4 Die inhaltliche Kontrolle von Bebauungsplänen kann darüber hinaus auch in einer Anfechtungs- oder Verpflichtungsklagsituation erscheinen, wenn sich die Frage stellt, ob ein Bauvorhaben unzulässig ist, weil der zugrunde liegende Bebauungsplan nichtig ist. Hiervon soll zunächst nicht die Rede sein. Zuerst geht es um das grundlegende Verständnis.

## II. Bauordnungsrecht und Bauplanungsrecht

### 1. Verfassungsrechtlicher Hintergrund

- 5 Das öffentliche Baurecht – das private Baurecht, also insbesondere das Werkvertragsrecht, ist nicht Gegenstand dieses Buches – wird traditionell in Bauordnungsrecht und Bauplanungsrecht unterteilt. Dies ist keinesfalls willkürlich, sondern findet seine Ursache darin, dass die beiden Rechtsmaterien in unterschiedlichen Gesetzen geregelt sind. Bauplanungsrecht findet sich grundsätzlich im Bundesrecht (v.a. BauGB, BauNVO), Bauordnungsrecht im Landesrecht (LBO). Über seltene, aber nicht unbedeutende Ausnahmen wird zu sprechen sein.
- 6 Dass Bauordnungsrecht und Bauplanungsrecht in unterschiedlichen Gesetzen des Bundes- und Landesrechts geregelt sind, ist den Gesetzgebungskompetenzen des Bundes geschuldet. Das legendäre **Baurechtsgutachten des BVerfG** aus dem Jahre 1954 hat Auskunft darüber erteilt, wo der Bundesgesetzgeber tätig werden darf und welche Regelungsmaterien dem Landesrecht vorbehalten sind. Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG hat der Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das Bodenrecht. Was das ist, hat das Baurechtsgutachten<sup>1</sup> präzisiert:
- 7 Zur Materie „**Bodenrecht**“ iSv Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG gehören nur solche Vorschriften, die den Grund und Boden unmittelbar zum Gegenstand rechtlicher Ordnung haben, also die rechtlichen Beziehungen des Menschen zum Grund und Boden regeln.<sup>2</sup> Dies umfasst die Vorbereitung und Leitung der gesamten Bebauung in Stadt und Land, der zu ihr gehörigen baulichen Anlagen und Einrichtungen sowie der mit der Bebauung in Verbindung stehenden Nutzung des Bodens (Recht der städtebauli-

---

1 BVerfG 1 PBvV 2/52.

2 BVerfG 1 PBvV 2/52, Rn. 75.

chen Planung),<sup>3</sup> die Maßnahmen, welche aufgrund eines Bebauungsplanes die bauliche Nutzung des Baulandes durch Herstellung der für die Allgemeinheit bestimmten Verkehrs- und Erholungsflächen sowie Versorgungs- und Entwässerungsanlagen mit ihrem Zubehör ermöglichen (Recht der Erschließung)<sup>4</sup> sowie – weniger prüfungsrelevant – die Umlegung, die Bodenbewertung und das Bodenverkehrsrecht.<sup>5</sup>

Das **Bauordnungsrecht** wurde definiert als „a) die aus der Planung sich ergebenden 8  
Auswirkungen auf Bauvorhaben und auf bestehende Gebäude, b) grundsätzliche Anforderungen baukonstruktiver, baugestalterischer und bauwirtschaftlicher Art an Bauwerke und Baustoffe, c) die Grundlagen des Genehmigungsverfahrens und der Ordnung des Bauvorgangs, d) die Pflicht zur ordnungsmäßigen Unterhaltung und Instandsetzung oder Beseitigung bei gefährlichen oder ordnungswidrigen Zuständen“.<sup>6</sup> Hieraus hat das BVerfG unter Rückgriff auf die Weimarer Reichsverfassung die Folgerung gezogen, „dass das Baupolizeirecht mit dem allgemeinen Polizeirecht weiterhin zur Zuständigkeit der Länder gehört.“<sup>7</sup>

Dies erklärt das bis heute vorhandene, für Studierende zunächst ungewohnte Nebeneinander von Bundesrecht (BauGB, BauNVO) und Landesrecht (LBO) im Baurecht. 9  
Bundes- und Landesrecht haben in diesen Gesetzen eine unterschiedliche Zielrichtung und können sich somit grundsätzlich nicht überschneiden, selbst dann nicht, wenn sie wortgleiche Begriffe verwenden. So dürfen insbesondere die Begriffe der „baulichen Anlage“ in § 2 Abs. 1 LBO und § 29 Abs. 1 BauGB nicht gleichgesetzt werden.

Soweit der Bundesgesetzgeber seine Kompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG nicht 10  
ausgeschöpft hat, darf im Bodenrecht auch der Landesgesetzgeber tätig werden (Art. 72 Abs. 1 GG). Ein Beispiel dieser eher seltenen Normen sind die örtlichen Bauvorschriften nach § 74 LBO, die weitgehend bauplanungsrechtlich ausgerichtet sind. Das Land durfte § 74 LBO erlassen, weil der Bund diese Thematik im BauGB nicht geregelt hat.<sup>8</sup>

Nach dem Gesagten dienen damit BauGB und BauNVO in erster Linie der Planung, 11  
während die LBO mit ihren materiellen Regelungen die Gefahrenabwehr, also die Verhinderung von Schäden (insbesondere Grundrechtsverletzungen an Eigentum und körperlicher Unversehrtheit) durch bauliche Anlagen abdeckt (zB Brandschutz und Standicherheit).

Darüber hinaus enthält die LBO die äußerst wichtigen **Ermächtigungsgrundlagen**, wie 12  
etwa die Baugenehmigung, § 58 Abs. 1 LBO, oder die Abbrucharordnung, § 65 Abs. 1 Satz 1 LBO. Eine Ermächtigungsgrundlage ist stets daran zu erkennen, dass sie einer Behörde eine Handlungsmöglichkeit einräumt („Die Baugenehmigung ist zu erteilen, wenn ...“, § 58 Abs. 1 LBO; „Die Baurechtsbehörde kann ...“, § 66 Abs. 1

3 AaO Rn. 72.

4 AaO Rn. 100.

5 AaO Rn. 92 ff.

6 AaO Rn. 106 ff.

7 AaO Rn. 116.

8 Vertiefend BVerwG 4 C 8.06, Rn. 9 ff.

LBO). Zudem enthält die LBO die nicht minder wichtigen **Zuständigkeitsnormen**, die durch das LVG ergänzt werden (v.a. §§ 48 Abs. 1, 46 Abs. 1 Nr. 3 LBO, 15 LVG).

- 13 Dass sich Ermächtigungsgrundlagen und Zuständigkeiten im Landesrecht finden, ist wiederum eine Folge des Umstandes, dass Verwaltung gem. Art. 30, 83 GG im Regelfall Sache der Länder ist. Hinzu kommt die grundsätzliche Gesetzgebungskompetenz der Länder für das Verwaltungsverfahrenrecht (Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG).
- 14 Das Bundesrecht stellt im Hinblick auf die bauplanungsrechtliche (BauGB, BauNVO) Zulässigkeit einzelner baulicher Anlagen keine Verwaltungsverfahren zur Verfügung. Um sich Geltung zu verschaffen, sind die materiellen Vorschriften des Bauplanungsrechts also darauf angewiesen, sich in die Ermächtigungsgrundlagen der LBO gewissermaßen integrieren zu lassen. Dieser Zusammenhang macht gleichzeitig einen wesentlichen Inhalt vieler Klausuren aus.

### **2. Verknüpfung von Bauordnungsrecht und Bauplanungsrecht in Klausuren**

- 15 Da sich unter diesen verfassungsrechtlichen Voraussetzungen das Bauplanungsrecht seinen Weg in die Ermächtigungsgrundlagen der LBO suchen muss, müssen diese ihrerseits ihrem Wortlaut nach aber auch dafür geeignet sein – und sie sind es, wie ein Blick auf die wichtigsten Normen zeigt:
- 16 Nach § 58 Abs. 1 Satz 1 LBO ist die Baugenehmigung zu erteilen, wenn „**keine von der Baurechtsbehörde zu prüfenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen.**“ Solche Vorschriften sind, neben anderen, auch solche des BauGB und der BauNVO, soweit die Normen im Einzelfall anwendbar sind. Bei der Abbruchanordnung (§ 65 Abs. 1 Satz 1 LBO) muss die Anlage „im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet“ worden sein, bei der Nutzungsuntersagung (§ 65 Abs. 1 Satz 2 LBO) muss die Anlage „im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften genutzt“ werden und bei der atypischen Verfügung (§ 47 Abs. 1 LBO) ist zu prüfen, ob „die baurechtlichen Vorschriften sowie die anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften über die Errichtung und den Abbruch von Anlagen“ befolgt werden.
- 17 Von daher sind die Normen des Bauplanungsrechts, soweit sie im konkreten Einzelfall anwendbar sind, als „öffentlich-rechtliche Vorschriften“ bei der Subsumtion einer Ermächtigungsgrundlage problemlos unterzubringen.
- 18 Der Wortlaut öffnet die Ermächtigungsgrundlagen aber nicht nur gegenüber dem BauGB, sondern auch gegenüber anderen Materien, insbesondere solchen, die über kein eigenes Genehmigungsverfahren verfügen (vgl. § 58 Abs. 1 Satz 2 LBO), wie etwa die §§ 22 ff. BImSchG, das Denkmalrecht und (mit Ausnahmen) das Naturschutzrecht.
- 19 **Beispiel:**  
Kleingärtner G will ein Gartenhaus mit einem drei Meter hohen Kamin errichten, um auch seine Abfälle dort verbrennen zu können. Welche Rechtsgebiete sind bei der Baugenehmigung (§ 58 Abs. 1 LBO) als „öffentlich-rechtliche Vorschriften“ zu prüfen?
- 20 Gewiss aus dem Bauordnungsrecht die Standsicherheit (§ 13 LBO) und der Brandschutz (§ 15 LBO). Aus dem BauGB muss geprüft werden, ob das Gartenhaus im Au-

ßenbereich liegt (§ 35 BauGB) und danach planungsrechtlich zulässig ist. Darüber hinaus handelt es sich um eine Anlage gem. §§ 22 ff. BImSchG, so dass auch immissionsschutzrechtliche Normen zu prüfen sind. Sofern das Gartenhaus in einem Schutzgebiet des Naturschutzrechts liegen sollte, wären auch naturschutzrechtliche Normen zu prüfen.

Es geht hier noch nicht darum, die einzelnen Vorschriften exakt zu subsumieren, sondern zu zeigen, wie sich die Öffnung der einzelnen Ermächtigungsgrundlagen auswirkt. Ob in einer Falllösung die LBO aufbaumäßig vor dem BauGB oder in umgekehrter Reihenfolge geprüft wird, ist logisch gleichwertig und sollte nach Kriterien der guten Lesbarkeit entschieden werden. 21

### III. Die zuständigen Behörden

Üblicherweise wird bei der Rechtmäßigkeitsprüfung eines Verwaltungsaktes zwischen formeller und materieller Rechtmäßigkeit unterschieden. 22

#### Rechtmäßigkeitsprüfung eines Verwaltungsaktes 23

1. Bezeichnung der Ermächtigungsgrundlage
2. Formelle Rechtmäßigkeit des VA
  - a) Zuständigkeit
  - b) Verfahren und Form
3. Materielle Rechtmäßigkeit des VA

Auch dieser Aufbau folgt einer Logik: Ohne die Ermächtigungsgrundlage zu kennen, lässt sich nicht ermitteln, aus welchem Gesetz sich die Zuständigkeit ergibt. Und die Trennung zwischen formeller und materieller Rechtmäßigkeit erfolgt, weil formelle Fehler in einem Verwaltungsakt andere Rechtsfolgen erfahren können (§§ 45, 46 LVwVfG) als materielle. 24

Die Ermittlung der behördlichen Zuständigkeit stellt den Beginn der formellen Prüfung jedes baurechtlichen Verwaltungsaktes dar und ist damit eine regelmäßige wiederkehrende Aufgabe. 25

#### 1. Die Zuständigkeit der unteren Baurechtsbehörde

§ 48 Abs. 1 LBO bestimmt lapidar, dass die untere Baurechtsbehörde sachlich zuständig ist. Eine Regelung über die örtliche Zuständigkeit enthält die LBO nicht, hier ist auf § 3 Abs. 1 Nr. 1 LVwVfG zurückzugreifen. 26

Wer als untere Baurechtsbehörde in Betracht kommt, ist in § 46 LBO geregelt: Der weitaus häufigste Fall ist dabei § 46 Abs. 1 Nr. 3 LBO, wonach „die unteren Verwaltungsbehörden“ auch untere Baurechtsbehörden sind. Aufgabenzuweisungen an die unteren Verwaltungsbehörden sind im besonderen Verwaltungsrecht Baden-Württembergs sehr häufig anzutreffen.<sup>9</sup> Nach § 15 Abs. 1 LVG sind untere Verwaltungsbehör-

9 ZB § 62 Abs. 3 PolG, § 57 Abs. 1 Nr. 3 LNatSchG, § 23 Abs. 2 Nr. 3 LAbfG, § 80 Abs. 2 Nr. 3 WG.

den in den Landkreisen die **Landratsämter** und die **Großen Kreisstädte**<sup>10</sup> (Nr. 1) sowie in den **Stadtkreisen** die Gemeinden (Nr. 2).<sup>11</sup>

- 28 Für die Ermittlung der Zuständigkeit ist also von Bedeutung, in welchem Ort das vom baurechtlichen Verwaltungsakt betroffene Vorhaben liegt: Liegt es in einem Stadtkreis,<sup>12</sup> ist die Gemeinde zuständig. Sämtliche Stadtkreise Baden-Württembergs sind in § 12 LVG abschließend genannt. Befindet sich das Vorhaben in einer Großen Kreisstadt, so ist diese – also auch die Gemeinde – zuständig.<sup>13</sup> In allen anderen Fällen handelt das Landratsamt mit der Konsequenz, dass in diesen Fällen nicht das Landratsamt als Behörde<sup>14</sup> oder gar der Landkreis verklagt werden muss, sondern das Land Baden-Württemberg, weil das Landratsamt in seiner Funktion als untere Verwaltungsbehörde und damit als staatliche Behörde des Landes agiert (§ 1 Abs. 3 Satz 2 LKrO).
- 29 Üblicherweise ergibt sich daher als Zuständigkeit bei bauordnungsrechtlichen Verwaltungsakten aus §§ 46 Abs. 1 Nr. 3, 48 Abs. 1 LBO, § 15 Abs. 1 Nr. 1 (oder 2) LVG.
- 30 Demgegenüber ist eine Behördeneigenschaft als untere Baurechtsbehörde iSv § 46 Abs. 2 LBO äußerst selten. Hier handelt es sich um Gemeinden und Verwaltungsgemeinschaften (§§ 59 ff. GemO), die beim zuständigen Regierungspräsidium als höherer Baurechtsbehörde (§ 46 Abs. 1 Nr. 2 LBO) einen entsprechenden Antrag auf Übertragung der Zuständigkeit gestellt und diese dann auch übertragen bekommen haben, weil sie sie originär nicht besaßen.
- 31 Wenn eine Gemeinde untere Baurechtsbehörde ist und ein **eigenes Vorhaben der Gemeinde** betroffen ist, gegen das Einwendungen erhoben werden, wäre es dem Rechtsschutz nicht dienlich, wenn die Gemeinde sich selbst die Baugenehmigung erteilen könnte. In diesen Fällen verlagert sich deshalb die Zuständigkeit gem. § 48 Abs. 2 LBO auf die nächsthöhere Behörde, also das Regierungspräsidium (§ 46 Abs. 1 Nr. 2 LBO).

### 2. Weisungsrecht und Selbsteintrittsrecht der Fachaufsichtsbehörde

- 32 Die Wahrnehmung der bauordnungsrechtlichen Befugnisse ist eine Aufgabe des Landes, das diese Aufgaben, wie dargestellt, den Stadtkreisen, den Großen Kreisstädten und den Landratsämtern zugewiesen hat. Das Land hat folglich Einwirkungsmöglichkeiten auf die Baurechtsbehörden.
- 33 Die Regierungspräsidien führen die Fachaufsicht über die Stadtkreise, die Großen Kreisstädte und die Landratsämter (§§ 20 Abs. 2 Satz 1, 21 LVG); sie sind gleichzeitig höhere Baurechtsbehörde (§ 46 Abs. 1 Nr. 2 LBO).<sup>15</sup> In dieser Funktion können sie

---

10 Ein Fall des § 19 Abs. 1 LVG, wonach die Großen Kreisstädte nicht tätig werden dürfen, liegt im Baurecht nicht vor.

11 Vgl. zum Begriff der Gemeinde §§ 1, 3 GemO.

12 Vgl. hierzu Kapitel Kommunalrecht, Rn. 68.

13 Das Land Baden-Württemberg vermeldet 89 Große Kreisstädte; [http://www.kommunalwahl-bw.de/staedte\\_und\\_gemeinden.html](http://www.kommunalwahl-bw.de/staedte_und_gemeinden.html); eine gesetzliche Liste gibt es nicht, die Information muss in einer Prüfungsaufgabe mitgeteilt sein.

14 Behörden sind in Baden-Württemberg vor Gericht nicht beteiligtenfähig, da eine Regelung gem. § 61 Nr. 3 VwGO nicht existiert.

15 In dieser Funktion entscheiden sie auch über Widersprüche, § 73 Abs. 1 Nr. 1 VwGO.

gem. § 47 Abs. 5 Satz 1 LBO den nachgeordneten Behörden, also insbesondere den unteren Baurechtsbehörden, unbeschränkt **Weisungen** erteilen. Diese erstrecken sich nicht nur auf die Rechtmäßigkeit, sondern auch auf die **Zweckmäßigkeit** des Verwaltungshandelns und wirken zunächst im Innenverhältnis.

#### **Beispiel:**

Das Regierungspräsidium weist die unteren Baurechtsbehörden an, Bauüberwachungen durchzuführen (vgl. § 66 LBO).

Leistet eine Baurechtsbehörde einer ihr erteilten Weisung innerhalb einer gesetzten Frist keine Folge, so kann gem. § 47 Abs. 5 Satz 2 LBO die **Fachaufsichtsbehörde** die erforderlichen **Maßnahmen selbst treffen**, also beispielsweise eine Baugenehmigung erteilen oder eine Abbruchanordnung erlassen. Nach der Rechtsprechung des VGH Mannheim<sup>16</sup> soll damit aber im Außenverhältnis gegenüber dem Bürger keine Zuständigkeitsverlagerung auf die Fachaufsichtsbehörde verbunden sein, ua weil die Norm, anders als beispielsweise § 48 Abs. 2 LBO, den Begriff der „Zuständigkeit“ nicht erwähnt. Greift also das Regierungspräsidium in die Zuständigkeit einer Großen Kreisstadt oder eines Stadtkreises ein und erlässt gem. § 47 Abs. 5 Satz 2 LBO die begehrte Baugenehmigung selbst, so bleibt hiernach die Gemeinde Klagegegner, etwa in einer Drittbetroffenenklage, auch wenn sie für den Verwaltungsakt nichts kann.

Die Rechtsprechung des VGH Mannheim ist insofern nicht unproblematisch, als die Tätigkeit des Regierungspräsidiums als solche nach außen wirksam wird und deshalb für den Betroffenen nicht ohne Weiteres erkennbar ist, dass die alte Zuständigkeit einer Gemeinde als untere Baurechtsbehörde aufrechterhalten bleibt. Dies lässt sich im Falle einer Klage gegen den falschen Klagegegner (Land als Rechtsträger des Regierungspräsidiums anstelle des Stadtkreises oder der Großen Kreisstadt) nur mithilfe eines Hinweises des Gerichts nach § 86 Abs. 3 VwGO korrigieren, der nach Art. 19 Abs. 4 GG zur Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes unerlässlich ist. Im Falle des Selbsteintritts des Regierungspräsidiums gegenüber dem Landratsamt stellt sich diese Problematik nicht, da bei beiden Behörden der Klagegegner das Land ist.

### **3. Zuständigkeiten der Gemeinden als Selbstverwaltungskörperschaft**

Soweit die Gemeinden im Bauordnungsrecht tätig werden, indem sie bauordnungsrechtliche Verwaltungsakte erlassen, nehmen sie eine vom Land Baden-Württemberg übertragene Aufgabe wahr. Sie sind, wie dargestellt, an Weisungen gebunden.

#### **a) Der Erlass von örtlichen Bauvorschriften**

Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn sie gem. § 74 LBO **örtliche Bauvorschriften** erlassen. § 74 LBO enthält insgesamt vier Ermächtigungen zum Erlass von Satzungen: zur Durchführung baugestalterischer Absichten und zum Schutz von Bauten, Straßen, Plätzen und Ortsteilen (Abs. 1), zu Modifikationen der Stellplatzverpflichtung (Abs. 2), zur Vorbeugung von Überschwemmungen (Abs. 3) und zur Anlage von Kinderspielplätzen (Abs. 4). Bei diesen Bauvorschriften handelt es sich um **Satzungen**. So-

<sup>16</sup> VGH Mannheim 3 S 2145/14, Rn. 2.

wohl der gesetzlich vorgegebene Inhalt der örtlichen Bauvorschriften als auch die gesetzlich vorgeschriebene Handlungsform („Satzung“) zeigen, dass es hier nicht mehr um Bauordnungsrecht geht, wie es im Baurechtsgutachten definiert wurde,<sup>17</sup> sondern um Städtebaurecht, also Bauplanungsrecht, welches der kommunalen Planungshoheit zugewiesen ist. Nicht zufällig verweist § 74 Abs. 6 LBO ergänzend auf die Vorschriften des BauGB. Es findet sich damit in der LBO eine Ermächtigungsgrundlage zum Erlass von **bauplanungsrechtlichen** Vorschriften, die nur deshalb in die LBO aufgenommen werden konnte, weil der Bundesgesetzgeber insoweit seine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG nicht ausgeschöpft hat, so dass für das Landesrecht eine Regelungsmöglichkeit verblieb.

- 39 Folglich werden örtliche Bauvorschriften auch wie Bebauungspläne gerichtlich überprüft.<sup>18</sup> Nach Auffassung des VGH Mannheim bestimmen örtliche Bauvorschriften ebenso wie Bebauungspläne gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG Inhalt und Schranken des Eigentums. Die Gemeinde ist beim Erlass örtlicher Bauvorschriften verpflichtet, die von ihnen berührten öffentlichen und privaten Belange in gleicher Weise unter- und gegeneinander gerecht abzuwägen, wie dies auch beim Erlass eines Bebauungsplans zu geschehen hat (§ 1 Abs. 7 BauGB). Der Gemeinde kommt dabei ebenso wie bei der Aufstellung von Bebauungsplänen ein Abwägungsspielraum zu. Entsprechend den zu § 1 Abs. 7 BauGB entwickelten Grundsätzen<sup>19</sup> ist die Abwägung der Gemeinde deshalb von den Verwaltungsgerichten nur eingeschränkt daraufhin überprüfbar, ob eine Abwägung überhaupt stattgefunden hat, ob in sie an Belangen eingestellt worden ist, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt worden musste, ob die Bedeutung der von der Planung berührten öffentlichen und privaten Belange richtig erkannt worden ist und ob der Ausgleich zwischen den betroffenen öffentlichen und privaten Belangen in einer Weise vorgenommen worden ist, die zu ihrer objektiven Wichtigkeit in einem angemessenen Verhältnis steht.<sup>20</sup>

### b) Der Erlass von Satzungen nach dem BauGB

- 40 Im Bauplanungsrecht gibt es zugunsten der Gemeinden über den Bebauungsplan (§ 10 Abs. 1 BauGB) hinaus weitere Satzungermächtigungen, etwa die Veränderungssperre, § 14 BauGB, die Erschließungssatzung, § 132 BauGB, die Ausgleichssatzung als Naturschutzmaßnahme, § 135 BauGB sowie die städtebauliche Erhaltungssatzung, § 172 BauGB. Auch hier dienen die Satzungen als Rechtsvorschriften der Durchsetzung der kommunalen Planungshoheit.

## IV. Die Ermächtigungsgrundlagen der LBO

### 1. Allgemeines zum bauordnungsrechtlichen Verfahrensrecht

- 41 Gem. § 9 LVwVfG ist ein Verwaltungsverfahren auf den Erlass eines Verwaltungsaktes (oder auf den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages) gerichtet. Vorliegend interessieren nur die Verwaltungsakte. Das Gebrauchmachen von einer Ermäch-

---

17 Vgl. oben Rn. 8.

18 VGH Mannheim 3 S 920/17, Rn. 28; zur Überprüfung von Bebauungsplänen unten Rn. 249 ff.

19 Grundlegend BVerwG 4 C 50.72, Rn. 45.

20 VGH Mannheim 9 S 920/17, Rn. 27 f.

tigungsgrundlage in einem Bescheid oder Widerspruchsbescheid bildet den Abschluss des Verwaltungsverfahrens, welches dem Schutz des Adressaten oder des Drittbetroffenen dient.

Entsprechend gibt es spezifisch baurechtliche **Verfahrensvorschriften** wie zB die §§ 53 bis 55 LBO oder auch allgemeine Vorschriften wie die §§ 24 ff. LVwVfG. Ein Verstoß gegen Verfahrensvorschriften ist grundsätzlich an den §§ 45, 46 LVwVfG zu messen, sofern keine Spezialregelungen existieren. Nach § 45 Abs. 1 Nr. 3 LVwVfG ist ein Verfahrensfehler unbeachtlich, wenn die erforderliche Anhörung eines Beteiligten nachgeholt wird. Dies gilt nicht nur für die allgemeine Anhörung nach § 28 Abs. 1 LVwVfG, sondern auch für eine Spezialnorm wie § 53 LBO.<sup>21</sup> Nach § 45 Abs. 2 LVwVfG können Handlungen nach Abs. 1 bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden. Bezüglich der Anhörung ist das BVerwG allerdings der Auffassung, dass im gerichtlichen Verfahren dann die Funktion der Anhörung für den Entscheidungsprozess der Behörde nicht mehr erfüllt würde. Äußerungen und Stellungnahmen von Beteiligten im gerichtlichen Verfahren stellen daher nach der Rechtsprechung keine nachträgliche Anhörung im Sinne dieser Regelung dar.<sup>22</sup> 42

Nach § 46 LVwVfG ist ein Verfahrensfehler unbeachtlich, wenn offensichtlich ist, dass die Gesetzesverletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat. Offensichtlichkeit wird angenommen, wenn der fehlende Einfluss für jeden Dritten unmittelbar aus der Entscheidung selbst oder aus den Vorgängen bei ihrem Erlass oder ihrer Verkündung ohne Weiteres zu erkennen ist.<sup>23</sup> 43

Der Ablauf des baurechtlichen Genehmigungsverfahrens ist in den §§ 53 ff. LBO geregelt. Diese Normen gehen den Vorschriften des LVwVfG vor, sofern sie sich mit diesen überschneiden. Insbesondere stellen die Vorschriften der **Nachbarbeteiligung** (§ 55 LBO) Spezialregelungen zur allgemeinen Anhörungsregelung des § 28 LVwVfG dar. Das Baugenehmigungsverfahren beginnt mit der Einreichung des Bauantrags bei der Gemeinde (§ 53 Abs. 1 Satz 1 LBO). Bei der Nachbarbeteiligung im Genehmigungsverfahren ist nur die Beteiligung der Angrenzer zwingend ausgestaltet (§ 55 Abs. 1 Satz 1 LBO). Nach § 55 Abs. 1 Satz 3 LBO kann die Gemeinde auch sonstige Nachbarn benachrichtigen. Die Gemeinde muss die Einwendungen der Drittbetroffenen sammeln, eine eigene Stellungnahme abgeben und den Vorgang an die Baurechtsbehörde weiterleiten (§ 55 Abs. 2 Satz 4 LBO). Dieses Prozedere ist auf die Konstellation zugeschnitten, dass die Baugenehmigung vom Landratsamt erteilt wird. Ist die Gemeinde selbst Baurechtsbehörde, kann es keine Weiterleitung an das Landratsamt geben. 44

Wer seine Einwendungen, die die Bezeichnung des verletzten Rechtsguts und eine zumindest grobe Darlegung der im Einzelnen befürchteten Beeinträchtigungen enthalten müssen,<sup>24</sup> nicht innerhalb von vier Wochen nach Zustellung vorgebracht hat, ist mit 45

21 Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 45 Rn. 70.

22 BVerwG 3 C 14.09, Rn. 37; BVerwG 3 C 16.11, Rn. 18.

23 Mann/Sennekamp/Uechtritz-Emmenegger, VwVfG, § 46 Rn. 91.

24 VGH Mannheim 3 S 1933/17, Leitsatz.

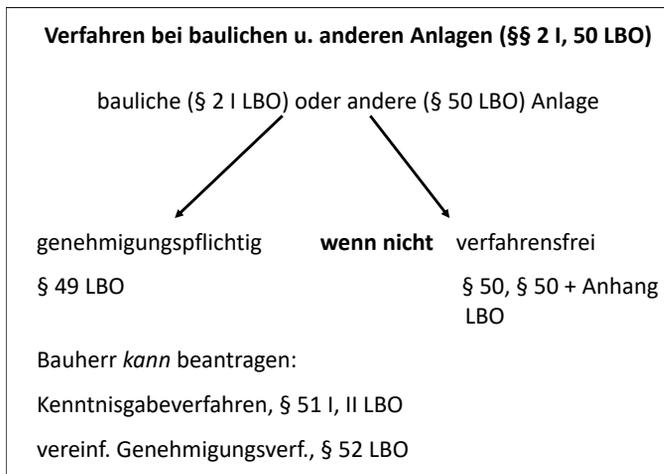
diesen Einwendungen ausgeschlossen (**materielle Präklusion**, § 55 Abs. 2 Satz 2 LBO), dh er verliert für eine Drittbetroffenenklage die Klagebefugnis.<sup>25</sup> Darauf muss der Drittbetroffene hingewiesen werden (§ 55 Abs. 2 Satz 3 LBO).<sup>26</sup> Die materielle Präklusion wirkt für den Nachbarn rechtsschutzverkürzend, gleichzeitig schützt sie den Bauherrn in seinem Anspruch auf Baugenehmigung und dient damit der Verfahrensbeschleunigung und der Rechtssicherheit.<sup>27</sup> Das BVerfG hat die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der materiellen Präklusion schon früh bejaht.<sup>28</sup> Für das Umweltrecht hat der EuGH jedoch zwischenzeitlich entschieden, dass die Präklusionsvorschriften im Planfeststellungsrecht und im UmwRG gegen EU-Richtlinien verstoßen.<sup>29</sup> Insofern bedarf es für Baugenehmigungen mit Umweltbezug möglicherweise einer gesetzgeberischen Korrektur,<sup>30</sup> ansonsten greift der Anwendungsvorrang der Unionsrechts.

## 2. Die Baugenehmigung

- 46 Nach § 58 Abs. 1 Satz 1 LBO ist die Baugenehmigung zu erteilen, wenn dem genehmigungspflichtigen Vorhaben keine von der Baurechtsbehörde zu prüfenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen.

### a) Genehmigungspflichtiges Vorhaben

- 47 Ob ein Vorhaben genehmigungspflichtig ist, ergibt sich aus der **Zusammenschau von § 49 und § 2 LBO**: Nach § 49 LBO bedürfen die Errichtung und der Abbruch **baulicher Anlagen** sowie der in § 50 aufgeführten anderen Anlagen und Einrichtungen der Baugenehmigung, soweit in §§ 50, 51, 69 oder 70 LBO nichts anderes bestimmt ist.



25 Kopp/Schenke, VwGO, § 42 Rn. 179.

26 Zu den strengen Voraussetzungen im Einzelnen VGH Mannheim 3 S 2016/07, Rn. 3f. sowie 3 S 1982/16, Rn. 38 f.

27 Vgl. zur materiellen Präklusion im Planfeststellungsrecht *Steinberg/Wickel/Müller*, Fachplanung, § 2 Rn. 135.

28 BVerfG 2 BvR 1187/80, Rn. 77 ff. (Sasbach).

29 EuGH C-137/14, Kommission .J. Bundesrepublik Deutschland, curia.europa.eu.

30 Mager VBIBW 2017, 54 (59).

Im Mittelpunkt steht damit zunächst der bauordnungsrechtliche Begriff der „baulichen Anlage“, der in § 2 Abs. 1 Satz 1 LBO legaldefiniert ist: Bauliche Anlagen sind unmittelbar mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen. Eine Verbindung mit dem Erdboden besteht auch dann, wenn die Anlage durch eigene Schwere auf dem Boden ruht oder wenn die Anlage nach ihrem Verwendungszweck dazu bestimmt ist, überwiegend ortsfest benutzt zu werden. 48

**Beispiel:**

Sind folgende Objekte bauliche Anlagen: ein Weihnachtsmarkthäuschen, ein Festzelt, eine Mülltonne, ein abgestellter Wohnwagen? 49

Bezüglich des Weihnachtsmarkthäuschens und des Festzeltes ist die Antwort eindeutig; sie können von Menschen betreten werden und sind daher sogar als Gebäude iSv § 2 Abs. 2 LBO zu qualifizieren, einem häufigen Anwendungsfall einer baulichen Anlage. Beim Wohnwagen ist zu differenzieren: ist er abgemeldet und dauerhaft an derselben Stelle, etwa in einem Garten, abgestellt, dann wird er überwiegend ortsfest benutzt und ist daher eine bauliche Anlage. Ist er dagegen zugelassen und nur vorübergehend im öffentlichen Straßenraum abgestellt, besteht kein ortsfester Benutzungszweck. Die Mülltonne schließlich ruht nicht aufgrund ihrer eigenen Schwere auf dem Boden, da sie wegbewegt werden kann und wird auch nicht ortsfest benutzt, weil sie regelmäßig zur Leerung weggenommen wird. 50

In § 2 Abs. 10 kennt die LBO darüber hinaus auch noch eine Definition des Begriffs „Bauprodukte“. 51

Nach §§ 49, 50 LBO können auch andere Anlagen als bauliche Anlagen genehmigungspflichtig sein. Hier kennt die LBO als nicht-bauliche Anlagen die Anlagen der Außenwerbung (§ 2 Abs. 9 LBO) sowie die Fiktionen des § 2 Abs. 1 Satz 3 LBO, wonach bestimmte Anlagen als bauliche Anlagen „gelten“. Ob solche Anlagen genehmigungspflichtig sind, bestimmt sich nach §§ 49, 50 Abs. 1 LBO iVm dem Anhang zu § 50 Abs. 1 LBO. Sind diese Anlagen im Anhang nicht als verfahrensfrei aufgeführt, sind sie genehmigungspflichtig. 52

Bei **Vorhaben von Hoheitsträgern** tritt gem. § 70 Abs. 1 LBO an die Stelle der Baugenehmigung die Zustimmung. Am Prüfungsumfang in materieller Hinsicht ändert sich dabei nichts, weil § 70 Abs. 2 LBO insbesondere auf § 58 LBO verweist. 53

Besonderheiten gelten für die **Nutzungsänderung** und den **Abbruch** baulicher Anlagen. Eine Nutzungsänderung im bauordnungsrechtlichen Sinne liegt vor, wenn einer Anlage – wenigstens teilweise – eine neue, dh andere Zweckbestimmung gegeben wird.<sup>31</sup> 54

**Beispiel:**

Lehrlingswohnheim in Asylbewerberunterkunft,<sup>32</sup> Wohnnutzung in gewerbliche Nutzung.<sup>33</sup> 55

31 VGH Mannheim 8 S 1528/13, Rn. 10.

32 VGH Mannheim 8 S 1528/13.

33 VGH Mannheim 3 S 248/15, Rn. 73.

56 Die Nutzungsänderung wird in § 2 Abs. 13 Nr. 1 LBO, einer etwas versteckten Vorschrift, der Errichtung gleichgestellt und ist damit grundsätzlich genehmigungspflichtig. Sie ist jedoch verfahrensfrei, muss also in keiner Weise der Behörde mitgeteilt werden, wenn für die neue Nutzung keine anderen oder weitergehenden Anforderungen gelten als für die bisherige Nutzung (§ 50 Abs. 2 Nr. 1 LBO). Damit sind rechtliche Anforderungen gemeint. Als weitergehende Anforderungen kommen insbesondere in Betracht der Brandschutz (§ 15 LBO) und die Stellplatzpflicht (§ 37 LBO), vor allem wenn die Anlage bei der neuen Nutzung von mehr Menschen frequentiert wird als bei der vorangegangenen.

57 **Beispiel:**

Umnutzung eines Wohnhauses in ein Café.

58 Der Abbruch einer Anlage ist zwar gem. § 49 LBO ebenfalls grundsätzlich genehmigungspflichtig. Häufig wird jedoch § 50 Abs. 3 LBO eingreifen, wonach insbesondere der Abbruch freistehender Gebäude der Gebäudeklassen 1 und 3 (vgl. § 2 Abs. 4 Nr. 1 und 3 LBO) verfahrensfrei ist. Ansonsten ist beim Abbruch von Anlagen ein Kenntnisgabeverfahren durchzuführen<sup>34</sup> (§ 51 Abs. 3 LBO). Ein genehmigungspflichtiger Abbruch ist daher eine eher seltene Konstellation. Auch Instandhaltungsarbeiten sind verfahrensfrei (§ 50 Abs. 4 LBO).<sup>35</sup>

**b) von der Baurechtsbehörde zu prüfende Vorschriften**

59 Nach § 58 Abs. 1 Satz 1 LBO ist die Baugenehmigung zu erteilen, wenn dem genehmigungspflichtigen Vorhaben keine von der Baurechtsbehörde zu prüfenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen.

60 Die reine Wortauslegung ergibt zweierlei: erstens, dass privatrechtliche Vorschriften, etwa Pachtverträge, Dienstbarkeiten oder gar die Eigentumsituation, hinsichtlich der Baugenehmigung keine Rolle spielen. Dies wird auch anhand von § 58 Abs. 3 LBO deutlich, wonach die Baugenehmigung unbeschadet privater Rechte Dritter erteilt wird. Die zweite Erkenntnis aus dem Wortlaut ist indessen bedeutungsvoller: die Formulierung der „von der Baurechtsbehörde zu prüfenden“ öffentlich-rechtlichen Vorschriften zwingt zu dem Umkehrschluss, dass es auch öffentlich-rechtliche Vorschriften geben muss, die die Baurechtsbehörde gerade nicht zu prüfen hat.

61 Die Erklärung hierfür liefert § 58 Abs. 1 Satz 2 LBO. Normen, über die eine andere Behörde in einem eigenen Genehmigungsverfahren zu entscheiden hat, dürfen bei der Baugenehmigung nicht geprüft werden, etwa Bestattungsrecht<sup>36</sup> oder Gaststättenrecht.<sup>37</sup> Dagegen gehören ua Normen des Denkmalrechts oder die §§ 22 ff. BImSchG zum Entscheidungsprogramm der Baugenehmigung, auch wenn in einer Prüfungsklausur hier keine Schwerpunkte und schon gar keine vertieften Ausführungen erwartet werden können, da diese Materien nicht zum Prüfungsstoff gehören.<sup>38</sup>

---

34 Dazu unten Rn. 81 ff.

35 Zur Abgrenzung zwischen Instandhaltung und Umbau vertiefend VGH Mannheim 8 S 93/11, Rn. 20.

36 VGH Mannheim 3 S 2679/08, Rn. 20.

37 VGH Mannheim 3 S 235/15, Rn. 29.

38 Immissionschutzrecht ist allerdings im Assessorexamen Pflichtstoff, § 51 Abs. 2 Nr. 4 JAPrO.

Von großer, vor allem auch praktischer Bedeutung sind die materiellen **Normen des Bauordnungsrechts**; sie gehören allein schon deshalb stets zum Entscheidungsprogramm der Baugenehmigung, weil die Beachtung der Einhaltung dieser Vorschriften gem. § 47 Abs. 1 Satz 1 LBO zu den originären Aufgaben der Baurechtsbehörden gehört.<sup>39</sup> 62

Dass darüber hinaus die **Normen über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit** von Vorhaben, also die §§ 30 ff. BauGB (ggf. iVm Vorschriften der BauNVO) bei der Baugenehmigung zu prüfen sind, ist kein Automatismus. Dies liegt an der Formulierung des § 29 Abs. 1 BauGB. Danach gelten die Normen über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit (nur) bei „Vorhaben, die die Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung von baulichen Anlagen zum Inhalt haben“ und für Aufschüttungen und Abgrabungen größeren Umfangs. Vor der Subsumtion bauplanungsrechtlicher Normen (§§ 30 ff. BauGB) ist somit positiv festzustellen, dass die Voraussetzungen des § 29 Abs. 1 BauGB gegeben sind. 63

Dabei wäre es ein grober systematischer Fehler, den bauplanungsrechtlichen und den bauordnungsrechtlichen Begriff der „baulichen Anlage“ gleichzusetzen. Denn beide Rechtsgebiete verfolgen, wie sich schon aus dem Baurechtsgutachten des BVerfG<sup>40</sup> ergibt, unterschiedliche Zielrichtungen. 64

Maßgeblich ist hier der **Anlagenbegriff des Bauplanungsrechts**, der nicht nur verlangt, dass die Anlage „in einer auf Dauer gedachten Weise künstlich mit dem Erdboden verbunden ist“,<sup>41</sup> sondern auch deren „**bodenrechtliche Relevanz**“. Bodenrechtliche Relevanz ist gegeben, wenn das Vorhaben die in § 1 Abs. 6 BauGB genannten Belange in einer Weise berührt oder berühren kann, die geeignet ist, das Bedürfnis nach einer ihre Zulässigkeit regelnden verbindlichen Bauleitplanung hervorzurufen.<sup>42</sup> Gemeint ist damit, dass durch das Vorhaben, bei einer verallgemeinernden Betrachtungsweise, Planungsüberlegungen der Gemeinde, etwa einen Bebauungsplan zu erlassen, herausgefordert werden. 65

**Beispiel:**

Ein Marktstand ist keine bauliche Anlage iSv § 29 BauGB, da er jederzeit an einem anderen Ort aufgestellt werden kann und somit die kommunale Planung nicht beeinflusst, ein im Bodensee liegendes Ausflugsschiff ebenfalls nicht,<sup>43</sup> da der Bodensee nicht Territorium einer Gemeinde ist und somit der Bauleitplanung nicht zugänglich ist. 66

Die Thematik der bodenrechtlichen Relevanz kommt auch bei **Nutzungsänderungen** iSv § 29 Abs. 1 BauGB zum Tragen, wo ebenfalls nicht auf den bauordnungsrechtlichen Begriff der Nutzungsänderung zurückgegriffen werden darf. Eine Nutzungsänderung im Sinne des § 29 Abs. 1 BauGB liegt mithin vor, wenn die Variationsbreite der genehmigten Nutzung verlassen wird und dadurch bodenrechtliche Belange neu berührt werden können, sich also die Genehmigungsfrage unter bodenrechtlichem As- 67

39 Zu den materiellen bauordnungsrechtlichen Anforderungen an Bauvorhaben vgl. unten Rn. 157 ff.

40 Oben Rn. 6 ff.

41 BVerwG 4 C 33.71, Leitsatz; *Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt*, BauGB, § 29 Rn. 10.

42 BVerwG 4 C 18.00, Rn. 18.

43 VGH Mannheim 5 S 3071/94, Rn. 37.

pekt neu stellt.<sup>44</sup> Der bauplanungsrechtliche Begriff der Nutzungsänderung ist damit enger als der bauordnungsrechtliche.

- 68 In jedem Klausurfall muss demnach, wie in der Praxis auch, zunächst erörtert werden, ob das zu beurteilende Vorhaben gem. § 29 Abs. 1 BauGB den Anwendungsbereich des Bauplanungsrechts eröffnet. Dies ist bei der Neuerrichtung beliebiger, dauerhafter Gebäude der Fall, da die Planungsvorstellungen der Gemeinde für diesen Standort von diesem Gebäude beeinflusst werden. Erst nach der Bejahung des Anlagenbegriffs kann die Zuordnung zu den §§ 30 ff. BauGB erfolgen. Wie dies zu geschehen hat, wird unten im Abschnitt über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben erörtert.<sup>45</sup>

### c) Anspruch

- 69 Stehen keine von der Baurechtsbehörde zu prüfenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegen, so hat der Antragsteller auf die Baugenehmigung einen Anspruch („... ist zu erteilen ...“). Diese rechtliche Konstruktion wird als „Kontrollerlaubnis“ oder „präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ bezeichnet.<sup>46</sup> Den Anspruch auf Baugenehmigung muss es geben, weil es dem Staat nicht gestattet wäre, die grundrechtlich grundsätzlich nicht verbotene Bautätigkeit unter eine Ermessensentscheidung zu stellen. Was nicht aufgrund verfassungsmäßiger Gesetze verboten ist, darf nicht über Ermessensentscheidungen verboten werden.<sup>47</sup> Zweckmäßigkeit- oder Billigkeitsargumente einer Behörde haben hier keinen Platz, auch wenn es eine Baufreiheit aus Art. 14 GG dahin gehend, „nach Belieben“ bauen zu dürfen, nie gegeben hat.<sup>48</sup> Sie besteht aber im Rahmen der verfassungsmäßigen Gesetze.

### d) Nebenbestimmungen zur Baugenehmigung

- 70 In der Praxis sehr häufig und in Klausuren gut vorstellbar sind Nebenbestimmungen zur Baugenehmigung. Rechtsgrundlage für die Befügung einer Nebenbestimmung ist § 36 Abs. 1 LVwVfG, weil es sich bei der Baugenehmigung um einen Verwaltungsakt handelt, auf den ein Anspruch besteht (§ 58 Abs. 1 LBO). Von den in § 36 Abs. 2 LVwVfG genannten Arten der Nebenbestimmungen kommen eine Befristung oder ein Widerrufsvorbehalt bei der Baugenehmigung grundsätzlich nicht in Betracht, da dies mit der Rechtsnatur der Baugenehmigung als gebundene Entscheidung nicht vereinbar wäre und gewissermaßen „durch die Hintertür“ ein Ermessen begründet würde.<sup>49</sup> Vielmehr muss, wenn sich im Laufe der Zeit Gefahren abzeichnen, die von der genehmigten Anlage ausgehen, gem. § 58 Abs. 6 Satz 1 oder Satz 2 LBO ein neuer eigenständiger Verwaltungsakt erlassen werden.<sup>50</sup>
- 71 Dagegen sind Auflagen oder Bedingungen in Baugenehmigungen regelmäßig anzutreffen. Während die Definition der Auflage in § 36 Abs. 2 Nr. 4 LVwVfG sehr allgemein

---

44 BVerwG 4 C 10.09, Rn. 12; VGH Mannheim 8 S 1528/13, Rn. 10.

45 Unten Rn. 157 ff.

46 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9 V 3.

47 Vgl. BVerfG 1 BvR 921/85, Rn. 87.

48 *H. Schulte* DVBl. 1979, 133.

49 Vgl. *Finkelnburg/Ortloff/Otto*, Öffentliches Baurecht Bd. II, § 8 V 3.

50 Vgl. VGH Mannheim 8 S 2322/07, Rn. 21.

gehalten ist und auf die allermeisten Nebenbestimmungen zutreffen wird, enthält der Begriff der Bedingung (§ 36 Abs. 2 Nr. 2 LVwVfG) ein zeitliches Element.

**Beispiel:**

72

Die Baugenehmigung wird unter der aufschiebenden Bedingung erteilt, dass die Genehmigung einer anderen Behörde beigebracht wird (Bedingung);<sup>51</sup> die Baugenehmigung wird mit der Auflage verbunden, das Abwasser auf eine vorgeschriebene Art in die Kanalisation einzuleiten (Auflage).

Problematisch ist dabei stets, ob gegen solche Nebenbestimmungen isoliert mit der Anfechtungsklage vorgegangen werden kann. Dazu ist es zunächst erforderlich, dass die anzufechtende Nebenbestimmung selbst den Charakter eines Verwaltungsakts aufweist:

73

**Beispiel:**

74

Der Satz: „Auf die Einhaltung der Abstandsvorschriften ist zu achten“ hat selbst dann keinen Regelungscharakter, wenn die Behörde selbst hierfür die Überschrift „Auflage“ benutzen sollte. Maßgeblich ist die Definition des Verwaltungsaktes in § 35 LVwVfG. Danach fehlt es hier an einer Einzelfallregelung. Anders wäre es, wenn die Behörde einen Abstand von (zB) 2,50 Metern zur Grundstücksgrenze anordnen würde.

Hat die Nebenbestimmung Regelungscharakter, so ist nach der Rechtsprechung des BVerwG eine isolierte Anfechtung der Nebenbestimmung möglich, wenn der verbleibende Rest-Verwaltungsakt rechtmäßiger- und sinnvollerweise bestehen bleiben kann.<sup>52</sup>

75

Materiellrechtlich kann eine Nebenbestimmung zur Baugenehmigung nur rechtmäßig sein, wenn sie gem. § 36 Abs. 1 LVwVfG sicherstellt, dass „die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes“, also der Baugenehmigung, erfüllt werden. Die materielle Rechtfertigung für eine Nebenbestimmung kann sich somit nur aus den „von der Baurechtsbehörde zu prüfenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften“ iSv § 58 Abs. 1 Satz 1 LBO ergeben. Der Behörde ist es dabei verwehrt, den Anspruch auf Baugenehmigung mithilfe von Nebenbestimmungen auszuhöhlen. Beispielsweise kann im Wege der Auflage eine bestimmte Anzahl von Stellplätzen vorgeschrieben werden (§ 37 LBO) oder auch ein Lärmgrenzwert (§§ 22 ff. BImSchG, wenn die Anlage nicht immissionsschutzrechtlich genehmigungspflichtig ist). Wird die Nebenbestimmung nicht von materiellen Vorschriften, die Anforderungen an die Baugenehmigung stellen, getragen, so ist sie rechtswidrig.

76

**Beispiel:**

77

Eine Baugenehmigung für eine Gaststätte darf keine Nebenbestimmung zur Zuverlässigkeit des Gastwirts enthalten. Dies ist Sache des gaststättenrechtlichen Genehmigungsverfahrens.

**e) Vereinfachtes Baugenehmigungsverfahren (§ 52 LBO)**

In § 52 LBO ist das vereinfachte Baugenehmigungsverfahren geregelt. Der Begriff ist missverständlich, denn nicht das Verfahren ist vereinfacht, sondern die Baugenehmigung. Diese beschränkt sich, anders als im Falle der „normalen“, alle von der Bau-

78

51 Finkelburg/Orloff/Otto, Öffentliches Baurecht Bd. II, § 7 III 3 b (str.).

52 BVerwG 1 B 23.95, Rn. 10 mwN; weitere Nachweise bei Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 55.