



Ab dem 3. Semester  
bis zum Referendariat

**JSR** *JURA*  
**INTENSIV**

# KOMPAKT Landesrecht Hessen

Prüfungsschema • Definitionen • Probleme

- ▶ Klausurrelevante Probleme im Überblick
- ▶ Prüfungsschemata mit Definitionen
- ▶ Prüfungsschemata mit Problemen
- ▶ Streitstände komprimiert dargestellt

 **ZUM SHOP**

Herr **Dr. Dirk Kues** ist Rechtsanwalt und Franchisenehmer des Repetitoriums **JURA INTENSIV** in Frankfurt, Gießen, Heidelberg, Mainz und Marburg. Er wirkt seit über 20 Jahren als Dozent des Repetitoriums und ist Redakteur der Ausbildungszeitschrift RA – Rechtsprechungs-Auswertung. Ferner ist er Autor der Crashkurs- und Kompaktreihe im Öffentlichen Recht sowie Co-Autor der Skripte Verwaltungsrecht AT, Verwaltungsprozessrecht und der Basis-Fälle Verwaltungsrecht AT & Verwaltungsprozessrecht aus der **JURA INTENSIV** Skriptenreihe.

#### **Autor**

Dr. Dirk Kues

#### **Verlag und Vertrieb**

Jura Intensiv Verlags UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG  
Duisburger Straße 95  
46535 Dinslaken  
info@verlag.jura-intensiv.de  
www.verlag.jura-intensiv.de

#### **Druck und Bindung**

Druckerei Busch GmbH, Raiffeisenring 31, 46395 Bocholt

ISBN 978-3-96712-152-0

Dieses Skript oder Teile dieses Skriptes dürfen nicht vervielfältigt, in Datenbanken gespeichert oder in irgendeiner Form übertragen werden ohne die schriftliche Genehmigung des Verlages.

© Februar 2024, Jura Intensiv Verlags UG & Co. KG

# Inhalt

<b>VERWALTUNGSPROZESSRECHT</b>	<b>1</b>
1. Teil: Klageverfahren	1
2. Teil: Vorläufiger Rechtsschutz	38
3. Teil: Widerspruchsverfahren	48
<b>ALLGEMEINES VERWALTUNGSRECHT</b>	<b>50</b>
1. Teil: Aufhebung von VA	50
2. Teil: Öffentlich-rechtlicher Vertrag	54
<b>KOMMUNALRECHT</b>	<b>55</b>
1. Teil: Kommunalverfassungsbeschwerde und Selbstverwaltungsgarantie	55
2. Teil: Kommunalverfassungsstreit	60
3. Teil: Ausschluss wegen Interessenwiderstreit und Hausrecht	62
4. Teil: Prüfung einer gemeindlichen Satzung	63
5. Teil: Zugang zu öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde	64
6. Teil: Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Kommunalaufsichtsbehörde	66
<b>POLIZEIRECHT</b>	<b>68</b>
1. Teil: Rechtmäßigkeit einer polizeilichen Einzelmaßnahme	68
2. Teil: Rechtmäßigkeit einer Gefahrenabwehrverordnung	79
3. Teil: Rechtmäßigkeit eines Kostenbescheids nach einer Vollstreckung bzw. unmittelbaren Ausführung	80
<b>BAURECHT</b>	<b>87</b>
1. Teil: Wirksamkeit eines Bauleitplans	87
2. Teil: Baugenehmigungsverfahren	91
3. Teil: Drittanfechtung im Baurecht	101
4. Teil: Eingriffsmaßnahmen der Baugenehmigungsbehörde	103

# VERWALTUNGSPROZESSRECHT

## 1. Teil: Klageverfahren

*Gutachten:* Auf die Fallfrage „Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?“ lautet der Obersatz: „Die Klage hat Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist“.

PRÜFUNGSSCHEMA

### GRUNDSCHEMA ANFECHTUNGSKLAGE, § 42 I 1. Fall VwGO

#### A. Zulässigkeit der Klage

##### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

1. Justizfreie Hoheitsakte
2. Aufdrängende Sonderzuweisungen
3. Generalklausel, § 40 I 1 VwGO
4. Abdrängende Sonderzuweisungen

##### II. Statthafte Klageart, § 42 I 1. Fall VwGO = Aufhebung eines VA i.S.d. § 35 VwVfG

##### III. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

##### IV. Erfolgloses, ordnungsgemäß durchgeführtes Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO

1. § 54 II 1 BeamStG bzw. § 126 II 1 BBG
2. § 68 I 2 VwGO
3. § 75 VwGO (sog. Untätigkeitsklage)

##### V. Klagegegner, § 78 I Nr. 1 VwGO

##### VI. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit, §§ 61, 62 VwGO

##### VII. Klagefrist, § 74 I VwGO

#### B. Objektive Klagehäufung, § 44 VwGO

#### C. Subjektive Klagehäufung bzw. Streitgenossenschaft, § 64 VwGO i.V.m. §§ 59 ff. ZPO

#### D. Beiladung, § 65 VwGO

#### E. Begründetheit der Klage

##### I. Ermächtigungsgrundlage für den VA

##### II. Formelle Rechtmäßigkeit des VA

1. Zuständigkeit
2. Verfahren
3. Form

##### III. Materielle Rechtmäßigkeit des VA

1. Tatbestand
2. Rechtsfolge

##### IV. Rechtsverletzung

## SCHEMA MIT DEFINITIONEN UND PROBLEMÜBERSICHT

## Anfechtungsklage - Verwaltungsrechtsweg

## A. Zulässigkeit der Klage

Ⓟ Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Zulässigkeit

## I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

## 1. Justizfreie Hoheitsakte

## DEFINITION

Hoheitsakte, die vor Gericht nicht angegriffen werden können (z.B. Art. 44 IV 1 GG).

## 2. Aufdrängende Sonderzuweisungen

§ 54 I BeamStG für Landesbeamte (z.B. Lehrer, Landespolizisten), § 126 I BGG für Bundesbeamte (z.B. Bundespolizisten)

## 3. Generalklausel, § 40 I 1 VwGO

## a) Öffentlich-rechtliche Streitigkeit (Abgrenzung zum Zivilrecht) – Theorien:

- Modifizierte Subjektstheorie bzw. Sonderrechtslehre

## DEFINITION

Die **streitentscheidende Norm** muss **ausschließlich** einen **Hoheitsträger berechtigen oder verpflichten**.

Ⓟ Öffentliches Recht = Sonderrecht des Staates

- Subordinationstheorie bzw. Über-/Unterordnungslehre

## DEFINITION

Es liegt eine **eindeutig hoheitliche Handlungsform** vor (z.B. VA) oder die umstrittene Maßnahme erging in einem **eindeutig hoheitlichen Rechtsbereich** (z.B. POR).

Ⓟ Was sind eindeutig zivilrechtliche Handlungen?

- Sachzusammenhang/actus contrarius bzw. Kehrseitentheorie

## DEFINITION

Wird eine hoheitliche Maßnahme aufgehoben, ist die Aufhebung ebenfalls hoheitlich.

*Gutachten:* In einer Klausur wählt man die Theorie, mit der sich die öffentlich-rechtliche Streitigkeit am schnellsten begründen lässt.

## b) Nichtverfassungsrechtlicher Art

### DEFINITION

Es dürfen keine am Verfassungsleben Beteiligten um Rechte und Pflichten streiten, die unmittelbar in der Verfassung geregelt sind (sog. **doppelte Verfassungsunmittelbarkeit**).

### 4. Abdrängende Sonderzuweisungen

Art. 14 III 4 GG, § 40 I 2 VwGO i.V.m. § 70 1. Hs. HSOG, § 40 II 1 VwGO (Staatshaftungsrecht)

Ⓟ § 23 I 1 EGGVG

## DIE WICHTIGSTEN PROBLEME – LÖSUNGSANSÄTZE

### Ⓟ Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Zulässigkeit der Klage

Maßgeblich ist der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung (bis zur letzten Gerichtsinstanz). Möglich: Klage kann bei Klageerhebung unzulässig sein, aber noch zulässig werden (oder umgekehrter Fall).

*[Fall: Ein unter Betreuung stehender, prozessunfähiger Kläger erhebt ohne Zustimmung seines Betreuers die Klage, der Betreuer genehmigt aber im Nachhinein die Klageerhebung → Klage ist zulässig.]*

### Ⓟ Verwaltungsrechtsweg/Öffentlich-rechtliche Streitigkeit - Modifizierte Subjektstheorie bzw. Sonderrechtslehre

Öffentliches Recht ist das Sonderrecht staatlicher Organe, während **Zivilrecht „Jedermannsrecht“** ist. Streitentscheidend ist die Norm, die die Ermächtigungsgrundlage für das umstrittene hoheitliche Handeln ist.

**BEISPIEL:** §§ 48, 49 VwVfG berechtigen ausschließlich den Staat, einen VA aufzuheben, sodass sie Vorschriften des öffentlichen Rechts sind. § 433 BGB ermöglicht es hingegen jedermann, Privatpersonen wie auch dem Staat, einen Kaufvertrag zu schließen. Folglich gehört § 433 BGB zum Zivilrecht.

### Ⓟ Verwaltungsrechtsweg/Öffentlich-rechtliche Streitigkeit - Subordinationstheorie bzw. Über-/Unterordnungslehre

Eindeutig zivilrechtliche Handlungen der Verwaltung sind z.B. Kauf von Büromaterial (sog. **fiskalische Hilfsgeschäfte**) oder erwerbswirtschaftliche Betätigungen der Verwaltung  
*Gutachten:* In einer Klausur wählt man die Theorie, mit der sich die öffentlich-rechtliche Streitigkeit am schnellsten begründen lässt. Denn: in einer öffentlich-rechtlichen Klausur liegt sowieso immer eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor.

### Ⓟ Abdrängende Sonderzuweisungen - § 23 I 1 EGGVG

#### Abgrenzung präventives ↔ repressives Handeln der Polizei

Präventives Handeln = POR.

Repressives Handeln = StPO.

In Zweifelsfällen **Schwerpunktbildung** nach Anlass und Zielrichtung des behördlichen Handelns.  
*Gutachten:* § 23 I 1 EGGVG ist nie einschlägig, weil ansonsten ab hier eine Strafrechtsklausur geschrieben würde.

## SCHEMA MIT DEFINITIONEN UND PROBLEMÜBERSICHT

### Anfechtungsklage – Statthafte Klageart

#### A. Zulässigkeit der Klage

##### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

##### II. Statthafte Klageart, § 42 I 1. Fall VwGO = Aufhebung eines VA i.S.d. § 35 VwVfG

*Gutachten:* Liegt eindeutig ein VA vor, wird dies mit einem Ergebnissatz festgestellt („Die dem Kläger erteilte Beseitigungsverfügung für seine Garage ist ein Verwaltungsakt i.S.v. § 35 S. 1 VwVfG“). Ist ein VA-Merkmal problematisch, wird nur dieses problematische VA-Merkmal genauer untersucht („Fraglich ist allein, ob die behördliche Maßnahme die erforderliche Regelungswirkung besitzt.“).

#### 1. Wichtige VA-Merkmale

##### a) Behörde

Legaldefinition in **§ 1 IV VwVfG**. Konkretisierende Merkmale:

- Einsetzung durch Hoheitsakt
- Unabhängig von einem Mitgliederwechsel
- Handelt unmittelbar im eigenen Namen nach außen
  - Ⓟ Gemeindevertretung
  - Ⓟ Beliehener und Verwaltungshelfer
- Übt Verwaltungstätigkeit aus, d.h. keine Gesetzgebung oder Respr.

##### b) Regelung

###### DEFINITION

Rechtsverbindliche Anordnung, die auf die Setzung einer **Rechtsfolge** gerichtet ist, d.h. Auferlegung einer Pflicht (z.B. Platzverweis, Abrissverfügung), Verleihung eines Rechts (z.B. Baugenehmigung) oder verbindliche Feststellung der Rechtslage (z.B. Feststellung der dauerhaften Dienstunfähigkeit eines Beamten).

Gegenbegriff: Realakt, z.B. Auskunft.

- Ⓟ Standardmaßnahmen im POR
- Ⓟ Verwaltungsvollstreckung

##### c) Einzelfall

Dieses VA-Merkmal dient der Abgrenzung vom Gesetz

- Ⓟ Allgemeinverfügung, § 35 S. 2 VwVfG
- Ⓟ Abgrenzung formelle ↔ materielle Gesetze
- Ⓟ Abgrenzung Satzung ↔ Rechtsverordnung (RVO)
- Ⓟ Abgrenzung Allgemeinverfügung ↔ materielle Gesetze

#### d) Außenwirkung

##### DEFINITION

Maßnahme muss **final** darauf gerichtet sein, Rechtswirkungen bei einer Person zu erzeugen, die außerhalb des handelnden Verwaltungsträgers steht.

Gegenbegriff: Verwaltungsinternum und Rechtsreflex.

Ⓟ Sonderstatusverhältnis

#### 2. Gegenstand der Anfechtungsklage, § 79 VwGO

Ⓟ Reformatio in peius/Verböserung

#### 3. Inhalts- und Nebenbestimmungen

Ⓟ Abgrenzung Inhaltsbestimmung ↔ Nebenbestimmung

Ⓟ Nebenbestimmung: Abgrenzung Bedingung ↔ Auflage

Ⓟ Anfechtbarkeit von Inhalts- und Nebenbestimmungen

## DIE WICHTIGSTEN PROBLEME – LÖSUNGSANSÄTZE

### Ⓟ VA/Behörde – Gemeindevertretung

Gemeindevertretung ist grds. nicht Behörde der Gemeinde, weil ihre Beschlüsse noch durch den Gemeindevorstand umgesetzt werden müssen. Folglich ist der **Gemeindevorstand grds. die Behörde der Gemeinde**. Ausnahme: Beschluss des Gemeindevorstands wirkt direkt, bedarf also keiner Umsetzung, z.B. Umbenennung einer Straße.

### Ⓟ VA/Behörde – Beliehener und Verwaltungshelfer

Beide sind Personen des Privatrechts, die Hoheitsrechte ausüben. Der **Beliehene** tut dies im **eigenen Namen**, ist damit selbst Behörde (z.B. Prüfer des TÜV), wohingegen der **Verwaltungshelfer** im **fremden Namen** handelt und damit nicht selbst Behörde ist, sondern nur für eine Behörde handelt (z.B. Abschleppunternehmer).

### Ⓟ VA/Regelung – Standardmaßnahmen im POR

Die meisten Standardmaßnahmen haben Regelungswirkung, weil sie Pflichten auferlegen (z.B. Platzverweis) oder vor ihrer Durchführung ein ausdrücklicher Befehl ergeht (z.B. „öffnen sie die Tür“). Demgegenüber fehlt Regelungswirkung bei heimlich durchgeführten Maßnahmen wie der Observation.

### Ⓟ VA/Regelung – Verwaltungsvollstreckung

Ersatzvornahme und unmittelbarer Zwang sind Realakte, enthalten keine konkludente Duldungspflicht (z.B. „dulde, dass ich dich schlage“). Androhung der Vollstreckung ist hingegen ein VA, weil die Verwaltung sich damit verbindlich für ein bestimmtes Zwangsmittel entscheidet. Ebenfalls VA ist die Festsetzung eines Zwangsmittels (z.B. des Zwangsgeldes).



### Ⓟ VA/Einzelfall – Allgemeinverfügung, § 35 S. 2 VwVfG

§ 35 S. 2 VwVfG beinhaltet drei Fälle: **adressatenbezogene** Allgemeinverfügung („bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis“, z.B. Auflösung einer Versammlung), **sachbezogene** Allgemeinverfügung bzw. dinglicher VA („öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache“, z.B. Umbenennung einer Straße, Widmung einer öffentlichen Straße), **benutzungsregelnde** Allgemeinverfügung („Benutzung durch die Allgemeinheit“, z.B. Verkehrszeichen).

### Ⓟ VA/Einzelfall – Abgrenzung formelle ↔ materielle Gesetze

**Formelle Gesetze** sind **Parlamentsgesetze**, also Gesetze vom Bundestag oder Landtag (förmliches Gesetzgebungsverfahren). **Materielle Gesetze** stammen von der **Verwaltung** (Satzung und RVO).

### Ⓟ VA/Einzelfall – Abgrenzung Satzung ↔ RVO

**Satzungen** ergehen, wenn eine Gemeinde ihre **Selbstverwaltungsaufgaben** per Gesetz regelt (z.B. Bebauungsplan gem. § 10 I BauGB). **RVO** betreffen demgegenüber **staatliche Aufgaben**, die der Gemeinde übertragen wurden (z.B. POR).

### Ⓟ VA/Einzelfall – Abgrenzung Allgemeinverfügung ↔ materielle Gesetze

Entscheidend ist, ob ein konkreter Sachverhalt geregelt wird (dann Allgemeinverfügung) oder unendlich viele Sachverhalte (dann RVO oder Satzung).

### Ⓟ VA/Außenwirkung – Sonderstatusverhältnis

Sonderstatusverhältnis = besondere Nähebeziehung zum Staat (z.B. Beamter, Richter). Maßnahmen gegenüber solchen Personen haben nur **Außenwirkung**, wenn der Adressat in seiner **persönlichen Rechtsstellung betroffen** ist (z.B. Einstellung, Beförderung, Entlassung) und nicht nur als sog. Glied der Verwaltung (z.B. Anweisung, wie ein Beamter seine Akten zu bearbeiten hat).

### Ⓟ Gegenstand der Anfechtungsklage – Reformatio in peius/Verböserung

Reformatio in peius/Verböserung = Adressat eines belastenden VA legt Widerspruch ein und der Widerspruchsbescheid verschlimmert seine Situation nochmals.

**BEISPIEL:** B legt Widerspruch gegen den ihm auferlegten Teilabriss seiner Garage ein und der Widerspruchsbescheid ordnet einen Komplettabriss an.

Hier kann gem. § 79 II 1 VwGO ausschließlich der Widerspruchsbescheid angegriffen werden.

### Ⓟ Abgrenzung Inhaltsbestimmung ↔ Nebenbestimmung

Inhaltsbestimmung legt den Inhalt des VA fest, ist der VA.

Nebenbestimmung (§ 36 VwVfG) bezieht sich auf einen VA, ist akzessorisch, regelt jedoch einen eigenständigen Sachverhalt.

**Abgrenzungsmethode:** Durch Auslegung der maßgeblichen Rechtsvorschriften ermitteln, was der begünstigende VA grundsätzlich gestattet. Tangiert die zugleich auferlegte Belastung den so ermittelten Inhalt des VA, handelt es sich um eine Inhaltsbestimmung, anderenfalls um eine Nebenbestimmung.

**BEISPIEL:** Die Pflicht, beim Führen eines Kfz eine Sehhilfe zu tragen, tangiert nicht das grundsätzliche Recht, alle Fahrzeuge einer bestimmten Klasse zu führen. Daher handelt es sich um eine Nebenbestimmung.

**Ⓟ Nebenbestimmung: Abgrenzung Bedingung ↔ Auflage**

Entscheidend ist der objektive Wille der Behörde, d.h. es kommt darauf an, wie wichtig ihr die Einhaltung der Nebenbestimmung ist. **Soll davon die Wirksamkeit des VA abhängen**, dann Bedingung (§ 36 II Nr. 2 VwVfG). Anderenfalls Auflage i.S.v. § 36 II Nr. 4 VwVfG (+).

**Ⓟ Anfechtbarkeit von Inhalts- und Nebenbestimmungen**

**Anfängliche Inhaltsbestimmung:** Anfechtungsklage (-), da Inhaltsbestimmung integraler Bestandteil des VA. Möglich ist Verpflichtungsklage auf Neuerlass des VA mit einem anderen Inhalt.

**Anfängliche Nebenbestimmung:** Nach h.M. grds. bei allen Nebenbestimmungen Anfechtungsklage (+), da § 113 I 1 VwGO die Teilaufhebung eines VA und damit auch dessen Teilanfechtung ermöglicht, ohne nach der Art der Nebenbestimmung zu differenzieren. Ausnahme: Die Aufhebung der Nebenbestimmung darf wegen Art. 20 III GG nicht dazu führen, dass der verbleibende VA (sog. Rest-VA) rechtswidrig wird. In diesem Fall Verpflichtungsklage auf Erlass einer fehlerfreien Nebenbestimmung.

**Nachträgliche Inhalts- und Nebenbestimmungen:** Anfechtungsklage (+)

Jura Intensiv

## 2. Teil: Kommunalverfassungsstreit

### PRÜFUNGSSCHEMA

#### SCHEMA MIT DEFINITIONEN UND PROBLEMÜBERSICHT

##### DEFINITION

Ein Kommunalverfassungsstreit (KVS) ist ein Streit zwischen Organen oder Organteilen einer kommunalen Selbstverwaltungseinrichtung um die ihnen zustehenden Kompetenzen.

**BEISPIELE:** Gemeindevertreter wehrt sich gegen Begrenzung der Redezeit durch den Vorsitzenden der Gemeindevertretung; Gemeindevertretung rügt eine Missachtung seiner Kompetenzen durch den Gemeindevorstand.

#### A. Zulässigkeit der Klage

##### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Ⓟ Nichtverfassungsrechtlicher Art

##### II. Statthafte Klageart

Leistungs- oder Feststellungsklage (je nach Begehren des Klägers).

Ⓟ Außenwirkung

Ⓟ Klageart sui generis

##### III. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog

Ⓟ Organrechte

##### IV. Ggf. Feststellungsinteresse

##### V. Klagegegner

Ⓟ Ausnahme vom Rechtsträgerprinzip

##### VI. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit

Ⓟ Dogmatische Herleitung

##### VII. Ggf. Verwirkung

#### B. Objektive Klagehäufung, § 44 VwGO

#### C. Subjektive Klagehäufung bzw. Streitgenossenschaft, § 64 VwGO i.V.m. §§ 59 ff. ZPO

#### D. Beiladung, § 65 VwGO

#### E. Begründetheit der Klage

Prüfungsaufbau der Leistungs- oder Feststellungsklage.

Ⓟ Prüfungsumfang beim KVS

#### DIE WICHTIGSTEN PROBLEME – LÖSUNGSANSÄTZE

##### Ⓟ Verwaltungsrechtsweg – nichtverfassungsrechtlicher Art

Trotz der Bezeichnung als „Kommunalverfassungsstreit“ handelt es sich nicht um eine verfassungsrechtliche Streitigkeit, weil hier keine Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten.

### Ⓟ Statthafte Klageart – Außenwirkung

M.M. hält Außenwirkung für gegeben, wenn das klagende Organ/der Organteil in eigenen Rechten betroffen ist. Jedoch **tritt der Betroffene hier nicht als natürliche Person, sondern in seiner hoheitlichen Funktion auf** (z.B. als Gemeindevertreter). Er rügt auch nicht private Rechtspositionen, sondern Rechte, die ihm als Gemeindeorgan oder Teil eines Gemeindeorgans zustehen. Daher lehnt die h.M. eine Außenwirkung grds. ab. **Ausnahme: Sanktionsmaßnahmen**, für die der Betroffene als Privatperson eintreten muss (z.B. Verhängung eines Ordnungsgeldes wegen Verletzung der Verschwiegenheitspflicht).

### Ⓟ Statthafte Klageart – Klageart sui generis

Da die VwGO auf Außenrechtsstreitigkeiten zugeschnitten ist (d.h. Bürger verklagt den Staat), ließe sich überlegen, keine der Klagearten der VwGO für einschlägig zu erachten, sondern von einer Klageart sui generis auszugehen. Das ist jedoch mit dem Argument abzulehnen, dass **Leistungs- und Feststellungsklage** in ihren Voraussetzungen so angepasst werden können, dass sie auf den KVS anwendbar sind.

*Gutachten:* In einer Klausur nur kurze Ausführungen zur Klageart sui generis, da sie heute von niemandem mehr vertreten wird.

Beachte: Beim KVS sind also die Leistungs- oder Feststellungsklage statthafte.

### Ⓟ Klagebefugnis – Organrechte

Da der Kläger beim KVS nicht als natürliche Person, sondern in seiner hoheitlichen Funktion (z.B. als Gemeindevertreter) klagt, kann er **keine Grundrechte, sondern nur sog. Organrechte** geltend machen. Das sind Rechte, die ihm in seiner Eigenschaft als Organ oder Organteil zugewiesen sind. Die **wichtigsten Organrechte** folgen aus **§ 35 I HGO** (Recht auf Teilnahme an Sitzungen der Gemeindevertretung, Abstimmungsrecht, Fragerecht, Rederecht).

### Ⓟ Klagegegner – Ausnahme vom Rechtsträgerprinzip

Da alle Beteiligten dem gleichen Rechtsträger angehören (der Gemeinde), **gilt das Rechtsträgerprinzip nicht**. Stattdessen wird **das Organ bzw. der Organteil verklagt, dessen Verhalten umstritten** ist.

**BEISPIEL:** Gemeindevertreter verklagt wegen Redezeitbeschränkung den Vorsitzenden der Gemeindevertretung.

### Ⓟ Beteiligungs- und Prozessfähigkeit – dogmatische Herleitung

Dogmatische Herleitung strittig (analoge Anwendung von §§ 61, 62 VwGO oder richterliche Rechtsfortbildung), im Ergebnis aber allg. anerkannt, weil KVS als Rechtsinstitut anerkannt ist.

*Gutachten:* Streit nur kurz darstellen.

### Ⓟ Begründetheit – Prüfungsumfang beim KVS

**Nur Prüfung der Organrechte**, da Kläger nur diese geltend machen kann

*Gutachten:* Ist besonders wichtig bei der Feststellungsklage, weil hier an sich eine vollständige Rechtmäßigkeitsprüfung (EGL, formelle und materielle Rechtmäßigkeit) erfolgt.

**BEISPIEL:** Rügt ein Gemeindevertreter eine Beschränkung seiner Redezeit sowie die Mitwirkung eines anderen Gemeindevertreters, den er für befangen hält, ist in der Begründetheit der Klage nur die Redezeitbeschränkung zu prüfen. Die Mitwirkung des anderen Gemeindevertreters mag zwar gegen § 25 HGO verstoßen, vermittelt dem Kläger aber kein Organrecht, sodass seine Klage insoweit schon in der Klagebefugnis scheidet.

## 6. Teil: Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Kommunalaufsichtsbehörde

### PRÜFUNGSSCHEMA

#### SCHEMA MIT PROBLEMÜBERSICHT

**BEISPIEL:** Die Gemeindevertretung der Gemeinde A fasst einen Beschluss, den die Kommunalaufsichtsbehörde für rechtswidrig hält und deshalb gegenüber der Gemeinde beanstandet. Die Gemeinde will sich hiergegen gerichtlich wehren.

#### A. Zulässigkeit der Klage

##### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

##### II. Statthafte Klageart

Ⓟ § 142 HGO

Ⓟ Außenwirkung

##### III. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

Ⓟ Subjektiv-öffentliches Recht

##### IV. Erfolgloses, ordnungsgemäß durchgeführtes Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO

Ⓟ § 16a II 1 HessAGVwGO

##### V. Klagegegner, § 78 I Nr. 1 VwGO

Ⓟ Organleihe

##### VI. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit, §§ 61, 62 VwGO

##### VII. Klagefrist, § 74 I VwGO

#### B. Objektive Klagehäufung, § 44 VwGO

#### C. Subjektive Klagehäufung bzw. Streitgenossenschaft, § 64 VwGO i.V.m. §§ 59 ff. ZPO

#### D. Beiladung, § 65 VwGO

#### E. Begründetheit der Klage

##### I. Ermächtigungsgrundlage für die Beanstandung

§ 138 HGO.

##### II. Formelle Rechtmäßigkeit der Beanstandung

###### 1. Zuständigkeit

Landrat oder Regierungspräsidium, § 136 II 1, III HGO

###### 2. Verfahren, § 28 HVwVfG

###### 3. Form, §§ 37 II, 39 HVwVfG

##### III. Materielle Rechtmäßigkeit der Beanstandung

###### 1. Rechtsverstoß der Gemeinde, § 138 HGO

**Inzidente Prüfung** der **Rechtmäßigkeit** des umstrittenen **gemeindlichen Handelns** (EGL, formelle und materielle Rechtmäßigkeit des gemeindlichen Handelns).

###### 2. Rechtsfolge. Ermessen

Frist von 6 Monaten für Handlung der Kommunalaufsichtsbehörde, § 138 HGO.

#### IV. Rechtsverletzung

## DIE WICHTIGSTEN PROBLEME – LÖSUNGSANSÄTZE

### Ⓟ Statthafte Klageart - § 142 HGO

§ 142 HGO ist nur **deklaratorisch**, weil die VwGO als Bundesgesetz die Klagearten abschließend regelt. Der Landesgesetzgeber hat also gar nicht die notwendige Befugnis, mit § 142 HGO die statthafte Klageart zu normieren.

*Gutachten:* § 142 HGO kann alternativ schon im Verwaltungsrechtsweg angesprochen werden, weil die Anfechtungsklage nur vor dem Verwaltungsgericht erhoben werden kann.

### Ⓟ Statthafte Klageart – Außenwirkung

Könnte fehlen, weil Gemeinde und Kommunalaufsichtsbehörde beide zum Staat gehören. Hat aber Kommunalaufsichtsbehörde in den **Selbstverwaltungsbereich** der Gemeinde eingegriffen (Rechtsaufsicht), kann die Gemeinde der Aufsichtsbehörde mit Art. 28 II 1 GG eine eigene Rechtsposition entgegenhalten. Es liegt dann eine ähnliche Beziehung wie im Verhältnis Bürger – Staat vor, sodass **Außenwirkung gegeben** ist. Betrifft die Maßnahme der Aufsichtsbehörde hingegen den Bereich der **staatlichen Aufgaben**, die der Gemeinde übertragen sind (Fachaufsicht), verfügt die Gemeinde über keine eigene Rechtsposition, sodass die **Außenwirkung fehlt**. Staatliche Aufgaben liegen allerdings nur vor, wenn dies im Gesetz ausdrücklich angeordnet ist (z.B. §§ 82 I, 85 I 2 HSOG oder § 60 I 2 HBO i.V.m. § 4 I 1, II HGO). Ansonsten ist der Selbstverwaltungsbereich der Gemeinde betroffen.

### Ⓟ Klagebefugnis – subjektiv-öffentliches Recht

Das subjektiv-öffentliche Recht folgt aus **Art. 28 II 1 GG**, das durch die Maßnahme der Aufsichtsbehörde möglicherweise verletzt ist.

### Ⓟ Erfolgreiches Vorverfahren - § 16a II 1 HessAGVwGO

Vorverfahren entfällt gem. § 16a II 1 HessAGVwGO, wenn das Regierungspräsidium die Kommunalaufsichtsbehörde ist. Das ist gem. § 136 II 1 HGO der Fall, wenn Maßnahmen einer kreisfreien Stadt (außer Frankfurt und Wiesbaden, s. § 136 I HGO) oder einer Sonderstatus-Stadt beanstandet werden. § 16a II 1 HessAGVwGO stützt sich auf die Öffnungsklausel des § 68 I 2 VwGO („wenn ein Gesetz dies bestimmt“), wonach auch der Landesgesetzgeber das Vorverfahren abschließen darf.

### Ⓟ Klagegegner – Organleihe

Klagegegner ist bei Maßnahmen der Kommunalaufsichtsbehörde immer das **Land Hessen**, weil es deren Rechtsträger ist. Das gilt auch, wenn der Landrat handelt, da gem. § 136 III HGO i.V.m. § 55 II HKO eine sog. Organleihe vorliegt, d.h. der Landrat wird für das Land tätig.

# POLIZEIRECHT

## 1. Teil: Rechtmäßigkeit einer polizeilichen Einzelmaßnahme

### A. Polizeiliche Generalklausel

#### PRÜFUNGSSCHEMA

#### GRUNDSHEMA GENERALKLAUSEL, § 11 HSOG

- I. Ermächtigungsgrundlage für die Maßnahme  
Generalklausel, § 11 HSOG
- II. Formelle Rechtmäßigkeit der Maßnahme
  1. Zuständigkeit
  2. Verfahren
  3. Form
- III. Materielle Rechtmäßigkeit der Maßnahme
  1. Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung
    - a) Öffentliche Sicherheit
    - b) Öffentliche Ordnung
    - c) Gefahr
  2. Verantwortlichkeit, §§ 6, 7, 9 HSOG
    - a) Verhaltensverantwortlichkeit, § 6 HSOG
    - b) Zustandsverantwortlichkeit, § 7 HSOG
    - c) Inanspruchnahme eines Nichtverantwortlichen, § 9 HSOG
  3. Rechtsfolge: Ermessen
    - a) Entschließungsermessen („OB“)
    - b) Auswahlermessen („WIE“)
      - aa) Auswahl des richtigen Verantwortlichen
      - bb) Auswahl des richtigen Mittels

#### SCHEMA MIT DEFINITIONEN UND PROBLEMÜBERSICHT

**Generalklausel – Ermächtigungsgrundlage, formelle Rechtmäßigkeit, Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung**

- I. Ermächtigungsgrundlage für die Maßnahme  
Generalklausel, § 11 HSOG

Beachte: Vorrangig sind Spezialgesetze (z.B. § 15 VersammlG) und die Standardmaßnahmen (§§ 12 ff. HSOG).

- Ⓟ Kein bloßes Gebot oder Verbot

## II. Formelle Rechtmäßigkeit der Maßnahme

### 1. Zuständigkeit

**Grds. zuständig** ist der **Gemeindevorstand/Magistrat** als **Behörde der allgemeinen Verwaltung** gem. §§ 1 I 1, 82 II 1 HSOG.

**Ausnahme:** In **Eilfällen** darf die **Polizei** in Gestalt des Polizeipräsidiums tätig werden gem. §§ 1 I 1, 2 S. 1, 94 S. 1 HSOG.

**Beachte:** In den Fällen des § 1 S. 1 HSOG-DVO handelt der Bürgermeister/Oberbürgermeister als örtliche Ordnungsbehörde gem. §§ 85 I 1 Nr. 4, 89 II 1 HSOG

### 2. Verfahren, § 28 HVwVfG

### 3. Form, §§ 37 II, 39 HVwVfG

## III. Materielle Rechtmäßigkeit der Maßnahme

### 1. Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung

#### a) Öffentliche Sicherheit

##### DEFINITION

Die öffentliche Sicherheit umfasst die **gesamte Rechtsordnung**, die **Individualrechtsgüter** sowie den Bestand und das Funktionieren des Staates und seiner Einrichtungen.

Ⓟ Herleitung eines Anspruchs auf polizeiliches Einschreiten

#### b) Öffentliche Ordnung (*subsidiär zur öffentlichen Sicherheit*)

##### DEFINITION

Die öffentliche Ordnung umfasst die Gesamtheit aller **ungeschriebenen Verhaltensregeln**, deren Beachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen Voraussetzung für ein geordnetes Zusammenleben ist.

Ⓟ Verfassungsmäßigkeit

Ⓟ Herleitung der ungeschriebenen Verhaltensregeln

#### c) Gefahr

##### DEFINITION

Eine Gefahr liegt vor, wenn **ex ante** aufgrund von Tatsachen die **hinreichende Wahrscheinlichkeit** besteht, dass es bei ungestörtem Geschehensablauf **in absehbarer Zeit** zu einer **Beeinträchtigung** der **öffentlichen Sicherheit oder Ordnung** kommt.

Ⓟ Gefahrenverdacht

Ⓟ Anscheinsgefahr

Ⓟ Schein- bzw Putativgefahr

Ⓟ Störung



## DIE WICHTIGSTEN PROBLEME – LÖSUNGSANSÄTZE

### Ⓟ Ermächtigungsgrundlage für die Maßnahme – kein bloßes Ge- oder Verbot

Ermächtigungsgrundlagen beinhalten eine behördliche Handlungsermächtigung, sie haben also eine Rechtsfolge. **Bloße Ge- oder Verbote** (z.B. Anleinplicht bei gefährlichen Hunden) sind somit **keine Ermächtigungsgrundlagen**.

### Ⓟ Öffentliche Sicherheit – Herleitung eines Anspruchs auf polizeiliches Einschreiten

Wenn im konkreten Fall ein Individualrechtsgut bedroht ist (z.B. bei einer Entführung), wandelt sich die Generalklausel von einer Ermächtigungsgrundlage in eine **Anspruchsgrundlage**, gerichtet auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über ein polizeiliches Einschreiten.

### Ⓟ Öffentliche Ordnung – Verfassungsmäßigkeit

Evtl. Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot (Art. 20 III GG), weil die Definition so ungenau ist. Aber: Begriff wird auch im GG verwendet (z.B. Art. 13 VII GG). Ist zudem durch jahrzehntelange Rechtsprechung hinreichend konkretisiert.

### Ⓟ Öffentliche Ordnung – Herleitung der ungeschriebenen Verhaltensregeln

Erfolgt nach h.M. unter Rückgriff auf die **Wertvorstellungen des GG**, insbesondere die **Ausstrahlungswirkung der GR**, weil sich hier die grundsätzlichen Vorstellungen über das Zusammenleben finden.

### Ⓟ Gefahr – Gefahrenverdacht

#### DEFINITION

Ex ante bestehen Anhaltspunkte dafür, dass eine **Gefahr bestehen könnte** (z.B. mögliche Umweltverschmutzung durch ablaufendes Löschwasser). Legitimiert ein behördliches Einschreiten.

### Ⓟ Gefahr – Anscheinsgefahr

#### DEFINITION

**Ex ante liegt** eine **Gefahr vor, ex post jedoch nicht**. Legitimiert ebenfalls ein behördliches Einschreiten.

**BEISPIEL:** Polizist schießt auf eine Person, die eine täuschend echte Nachbildung einer Waffe in der Hand hält.

### Ⓟ Gefahr – Schein- bzw. Putativgefahr

#### DEFINITION

Gefahr existiert nur in der **irrigen Vorstellung** des handelnden Beamten. Legitimiert kein behördliches Einschreiten, polizeiliche Maßnahme ist rechtswidrig.

**BEISPIEL:** Polizist hält Dreharbeiten für einen „Tatort“ für real.

### Ⓟ Gefahr – Störung

#### DEFINITION

Gefahr hat sich realisiert und dauert noch an (z.B. fortdauernde Geiselnahme).

## SCHEMA MIT DEFINITIONEN UND PROBLEMÜBERSICHT

### Generalklausel – Verursacher und Rechtsfolge

#### I. Ermächtigungsgrundlage für die Maßnahme

#### II. Formelle Rechtmäßigkeit der Maßnahme

#### III. Materielle Rechtmäßigkeit der Maßnahme (am Beispiel der Generalklausel)

##### 1. Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung

##### 2. Verantwortlichkeit, §§ 6, 7, 9 HSOG

###### DEFINITION

Kausal für eine Gefahr ist die Person bzw. die Sache, die unmittelbar die Gefahr setzt und damit die Gefahrenschwelle überschreitet (**Theorie der unmittelbaren Verursachung**).

###### a) Verhaltensverantwortlichkeit, § 6 HSOG

Ⓟ Zweckveranlasser

###### b) Zustandsverantwortlichkeit, § 7 HSOG

Ⓟ Latente Gefahr

###### c) Inanspruchnahme eines Nichtverantwortlichen, § 9 HSOG

Die strengen Voraussetzungen des § 9 I HSOG müssen **kumulativ** vorliegen.

###### DEFINITION

Gegenwärtig ist die Gefahr i.S.v. § 9 I Nr. 1 HSOG, wenn sie sich **bereits realisiert hat oder** die Realisierung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit **unmittelbar bevorsteht**.

Erhebliche Gefahr meint eine Gefahr für ein **bedeutsames Rechtsgut oder** (alternativ) die Gefahr eines **besonders großen Schadens**.

##### 3. Rechtsfolge: Ermessen

Grundsatz der **effektiven Gefahrenabwehr**, d.h. das Ermessen ist so auszuüben, dass die Gefahr möglichst schnell, sicher und kostengünstig abgewehrt wird.

Ⓟ Ermessensreduzierung auf null

###### a) Entschliebungsermessen („OB“ des Einschreitens)

Ⓟ Verstoß gegen Art. 3 I GG

###### b) Auswahlermessen („WIE“ des Einschreitens)

Verhältnismäßigkeitsprüfung.

Ⓟ Gefahrerforschungsmaßnahmen bei Gefahrenverdacht

## DIE WICHTIGSTEN PROBLEME – LÖSUNGSANSÄTZE

### Ⓟ Verhaltensverantwortlichkeit - Zweckveranlasser

#### DEFINITION

**Zweckveranlasser** ist derjenige, der durch sein Verhalten das Verhalten des unmittelbar Verantwortlichen hervorruft.

Auch der Zweckveranlasser ist neben dem unmittelbaren Verursacher für die Gefahr verantwortlich und kann daher Adressat der polizeilichen Maßnahme sein.

**Strittig** ist, aus welcher Perspektive das „hervorruft“ zu beurteilen ist. Nach einer Ansicht muss der Zweckveranlasser die Gefahrverursachung durch den unmittelbar Verantwortlichen wollen (**subjektive Theorie**). Dagegen spricht, dass subjektive Elemente dem POR wesensfremd sind, weil niemand bestraft, sondern „nur“ eine Gefahr abgewehrt werden soll. Daher stellt die Gegenauffassung auf eine **objektive Betrachtung** ab, d.h. entscheidend ist, ob das Verhalten des Zweckveranlassers aus der Sicht eines objektiven Dritten den unmittelbaren Verursacher zu seinem Verhalten veranlasst.

Beachte: Wer nur friedlich seine Grundrechte ausübt, kann nicht Zweckveranlasser sein.

**BEISPIEL:** Provoziert eine friedliche Versammlung gewalttätige Ausschreitungen von Gegendemonstranten, sind diese für die Gefahr alleine verantwortlich und nicht die friedliche Ausgangsversammlung.

### Ⓟ Zustandsverantwortlichkeit – latente Gefahr

#### DEFINITION

Latente Gefahr bedeutet, dass eine Sache erst bei Hinzutreten eines weiteren Umstandes eine Gefahr hervorruft.

### Ⓟ Rechtsfolge – Ermessensreduzierung auf null

**Kriterien** für eine Ermessensreduzierung auf null: Wert des bedrohten Rechtsguts, Intensität der Gefahr, Folgenbetrachtung (welche Folgen treten bei einem behördlichen Handeln ein?).

### Ⓟ Entschließungsermessen – Verstoß gegen Art. 3 I GG

Verstoß gegen Art. 3 I GG, wenn ohne sachlichen Grund in einem Fall eingeschritten wird und in einem anderen Fall nicht. Prüfungsschwerpunkt ist, ob ein sachlicher Grund vorliegt.

### Ⓟ Auswahlermessen – Gefährerforschungsmaßnahmen bei Gefahrenverdacht

Bei einem Gefahrenverdacht darf **grds. nur** die **Gefahr erforscht** werden, und zwar wegen des Amtsermittlungsgrundsatzes richtigerweise **nur durch die Behörde selbst**, also keine Abwälzung der Pflicht auf den Verdachtsverursacher. **Ausnahme:** Sind hochwertige Rechtsgüter bedroht (insbesondere Leib und Leben), dürfen endgültige Gefahrenabwehrmaßnahmen ergriffen werden.

## B. Standardmaßnahmen, §§ 12 ff. HSOG

Beachte: Dargestellt werden nur besonders prüfungsrelevante Standardmaßnahmen. Der Grundaufbau entspricht demjenigen der Generalklausel.

### PRÜFUNGSSCHEMA

#### SCHEMA WOHNUNGSVERWEIS MIT BETRETUNGSVERBOT, § 31 II HSOG

I. **Ermächtigungsgrundlage für Wohnungsverweis und Betretungsverbot**  
§ 31 II HSOG.

II. **Formelle Rechtmäßigkeit des Wohnungsverweises und Betretungsverbots**

1. **Zuständigkeit**

Grds. Gemeindevorstand/Magistrat als Behörde der allg. Verwaltung, im Eilfall die Polizei (s.o. Generalklausel).

2. **Verfahren, § 28 HVwVfG**

3. **Form, §§ 37 II, 39 HVwVfG**

III. **Materielle Rechtmäßigkeit des Wohnungsverweises und Betretungsverbots**

1. **Gegenwärtige Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit anderer Bewohner**

#### DEFINITION

Gegenwärtig ist eine Gefahr, die sich schon realisiert hat oder deren Realisierung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit direkt bevorsteht.

Wegen des mit dem Wohnungsverweis verbundenen Eingriffs in Art. 11 I GG und dem qualifizierten Gesetzesvorbehalt des Art. 11 II GG („strafbaren Handlungen“) muss die Realisierung der Gefahr einen **Straftatbestand** erfüllen.

2. **Verursacher**

Abschließende Regelung in § 31 II 1 HSOG (derjenige, der die andere Person bedroht). Daher keine Anwendung der §§ 6, 7, 9 HSOG.

3. **Rechtsfolge: Ermessen**

Befristung des § 31 II 3, 4 HSOG beachten.

**SCHEMA AUFENTHALTSVERBOT, § 31 III HSOG****I. Ermächtigungsgrundlage für das Aufenthaltsverbot**

§ 31 III HSOG.

**II. Formelle Rechtmäßigkeit des Aufenthaltsverbots****1. Zuständigkeit**

Grds. Gemeindevorstand/Magistrat als Behörde der allg. Verwaltung, im Eilfall die Polizei (s.o. Generalklausel).

**2. Verfahren, § 28 HVwVfG****3. Form, §§ 37 II, 39 HVwVfG****III. Materielle Rechtmäßigkeit des Aufenthaltsverbots****1. Drohende Straftat**

Tatsachen müssen die Annahme rechtfertigen, dass der Adressat des Aufenthaltsverbots in einem bestimmten örtlichen Bereich in einer Gemeinde eine Straftat begehen wird, § 31 III 1 HSOG.

**2. Verursacher**

Abschließende Regelung in § 31 III 1 HSOG (derjenige, der die Straftat begehen wird). Daher keine Anwendung der §§ 6, 7, 9 HSOG.

**3. Rechtsfolge: Ermessen**

Aufenthaltsverbot muss gem. § 31 III 1 HSOG auf einen bestimmten örtlichen Bereich innerhalb einer Gemeinde beschränkt sein, darf jedoch nicht die Wohnung erfassen. Ein „vergleichbar wichtiger Grund“ für ein Betreten ist z.B. ein Arztbesuch.

Zudem muss die Behörde die Beschränkungen des § 31 III 2, 3 HSOG beachten.

## 2. Teil: Baugenehmigungsverfahren

### PRÜFUNGSSCHEMA

#### GRUNDSHEMA ANSPRUCH AUF ERTEILUNG EINER BAUGENEHMIGUNG/ RECHTMÄSSIGKEIT EINER ERTEILTEN BAUGENEHMIGUNG

- I. **Anspruchsgrundlage/Ermächtigungsgrundlage für die Baugenehmigung**  
§ 74 I HBO.
- II. **Formelle Anspruchsvoraussetzungen/formelle Rechtmäßigkeit**
  1. **Zuständigkeit**
  2. **Verfahren**
  3. **Formgerechter Antrag auf Erteilung der Baugenehmigung, § 69 HBO/  
Form der Baugenehmigung, §§ 62 IV, 74 III 1 HBO**
- III. **Materielle Anspruchsvoraussetzungen/materielle Rechtmäßigkeit**
  1. **Genehmigungsbedürftigkeit, § 62 I HBO**
  2. **Genehmigungsfähigkeit**
    - a) **Vereinbarkeit mit dem Bauplanungsrecht**
      - aa) **§§ 14, 15 BauGB**
      - bb) **Bauliche Anlage i.S.v. § 29 I BauGB**
      - cc) **Festlegung des Gebiets**  
§§ 30, 34 oder 35 BauGB.
      - dd) **Voraussetzungen von §§ 30, 34 oder 35 BauGB**
      - ee) **Ggf. § 33 BauGB**
      - ff) **Ggf. § 37 BauGB**
      - gg) **Ggf. § 246 XIV BauGB**
    - b) **Vereinbarkeit mit dem Bauordnungsrecht**
    - c) **Vereinbarkeit mit sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften**

## SCHEMA MIT DEFINITIONEN UND PROBLEMÜBERSICHT

## Baugenehmigung – Verfahren: Gemeindliches Einvernehmen, § 36 BauGB

## I. Anspruchsgrundlage/Ermächtigungsgrundlage für die Baugenehmigung

§ 74 I HBO.

## II. Formelle Anspruchsvoraussetzungen/formelle Rechtmäßigkeit

## 1. Zuständigkeit

**Grds.** der **Kreisausschuss**, in **Sonderstatus-Städten und kreisfreien Städten** aber der **Magistrat**, § 60 I 1 Nr. 1, S. 3 HBO.

## 2. Verfahren

Gemeindliches Einvernehmen, § 36 BauGB.

## DEFINITION

Einvernehmen bedeutet, dass die Gemeinde dem Bauvorhaben **zustimmen** muss.

Entscheidung über das Einvernehmen wird gegenüber der Bauaufsichtsbehörde erklärt und ist mangels Außenwirkung kein VA (**Verwaltungsinternum**).

Sonderregel zu § 36 II 2 BauGB in § 246 XV BauGB.

Ⓟ Anwendungsbereich des § 36 BauGB

Ⓟ Welches Gemeindeorgan ist für Entscheidung über das Einvernehmen zuständig?

Ⓟ Eröffnet § 36 II 3 BauGB ein Ermessen?

Ⓟ Rechtsschutzmöglichkeiten der Gemeinde, wenn ihr versagtes Einvernehmen ersetzt wird

## 3. Formgerechter Antrag auf Erteilung der Baugenehmigung, § 69 HBO/

**Form der Baugenehmigung, §§ 62 IV, 74 III 1 HBO**

## III. Materielle Anspruchsvoraussetzungen/materielle Rechtmäßigkeit

## DIE WICHTIGSTEN PROBLEME – LÖSUNGSANSÄTZE

## Ⓟ Verfahren – Anwendungsbereich des § 36 BauGB

**H.M.:** § 36 BauGB ist nur anwendbar, wenn die **Gemeinde nicht zugleich untere Bauaufsichtsbehörde** ist, d.h. wenn der Kreisausschuss untere Bauaufsichtsbehörde ist. Denn § 36 BauGB soll verhindern, dass ein Bauvorhaben realisiert wird, von dem die Gemeinde nichts weiß und das möglicherweise einen zukünftigen B-Plan der Gemeinde gefährdet. Diese Gefahr besteht aber nicht, wenn die Gemeinde selbst die untere Bauaufsichtsbehörde ist, da sie dann in jedem Fall Kenntnis von dem Bauvorhaben hat und dieses durch Maßnahmen nach §§ 14, 15 BauGB verhindern kann.

**M.M.:** § 36 BauGB ist **immer anwendbar**, weil dem Wortlaut der Norm eine Einschränkung, wie sie die h.M. vorsieht, nicht zu entnehmen ist.

**Ⓟ Verfahren – welches Gemeindeorgan ist für die Entscheidung über das Einvernehmen zuständig?**

Da es um den Schutz zukünftiger B-Pläne und damit um die Planungshoheit geht, ist richtigerweise die **Gemeindevertretung** zuständig, da er auch für den Erlass der B-Pläne zuständig ist (vgl. § 51 Nr. 6 HGO).

**Ⓟ Verfahren – eröffnet § 36 II 3 BauGB ein Ermessen?**

Nach dem Wortlaut (+) („kann“). Nach dem Sinn und Zweck (-), also gebundene Entscheidung. Verweigert eine Gemeinde nämlich rechtswidrig ihr Einvernehmen, gibt es keinen vernünftigen Grund, dieses nicht zu ersetzen.

**Ⓟ Verfahren - Rechtsschutzmöglichkeiten der Gemeinde, wenn ihr versagtes Einvernehmen ersetzt wird**

Ersetzt die nach Landesrecht zuständige Behörde (= Bauaufsichtsbehörde) das versagte Einvernehmen und erteilt die Baugenehmigung, **muss** die Gemeinde **unstreitig** die **Baugenehmigung anfechten**, wenn sie das Bauvorhaben verhindern will; anderenfalls wird die Baugenehmigung nämlich bestandskräftig, sodass jeder Rechtsschutz zu spät kommt. **Strittig** ist, ob die **Gemeinde auch die Ersetzung ihres versagten Einvernehmens anfechten muss**. Die **Ersetzungsverfügung ist**, obwohl sie zwischen Bauaufsichtsbehörde und Gemeinde ergeht, ein **VA** wegen ihres Eingriffs in die Planungshoheit der Gemeinde, was für das Erfordernis einer Anfechtung spricht. Es lässt sich aber auch vertreten, dass die Ersetzungsverfügung nur ein Verfahrensschritt im Zusammenhang mit der Erteilung der Baugenehmigung ist, sodass sie gem. **§ 44a S. 1 VwGO** nicht anfechtbar ist.

*Gutachten:* In einer Klausur sind beide Ansichten gleich gut vertretbar. Man schneidet sich bei Bejahung des § 44a S. 1 VwGO auch kein Problem ab, da die Prüfung der Begründetheit der Anfechtungsklage gegen die Ersetzungsverfügung identisch ist mit derjenigen der Klage gegen die Baugenehmigung (Prüfung der in § 36 II 1 BauGB genannten Vorschriften).



Das Skript **KOMPAKT Landesrecht** basiert auf einer langjährigen Examensauswertung in Hessen und vermittelt das absolute Grundwissen im Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht.

Verwaltungsprozessrecht:

- Klagearten
- Normenkontrolle gem. § 47 VwGO
- Vorläufiger Rechtsschutz
- Widerspruchsverfahren

Verwaltungsrecht AT:

- Verwaltungsakt
- Öffentlich-rechtlicher Vertrag
- Nebenbestimmungen
- Aufhebung eines Verwaltungsaktes

Kommunalrecht:

- Kommunalverfassungsbeschwerde und Selbstverwaltungsgarantie
- Kommunalverfassungsstreit
- Befangenheit
- Hausrecht
- Gemeindliche Satzung
- Zugang zu öffentlichen Einrichtungen
- Kommunalaufsichtsrecht

Polizeirecht:

- Polizeiliche Generalklausel
- Standardmaßnahmen
- Versammlungsverbot und -auflösung
- Gefahrenabwehrverordnung
- Verwaltungsvollstreckung und unmittelbare Ausführung

Baurecht:

- Bauleitplanung
- Baugenehmigungsverfahren
- Drittschutz im Baurecht
- Eingriffsmaßnahmen der Baugenehmigungsbehörde

STAND: 6. Auflage, Februar 2024

ISBN 978-3-96712-152-0



9 783967 121520

21,90 €

Hat dir die Leseprobe aus dem Skript  
**KOMPAKT** Landesrecht - Hessen  
gefallen?

### Weitere Skripte aus der KOMPAKT-REIHE:

**KOMPAKT** Strafrecht

**KOMPAKT** Öffentliches Recht Bundesrecht

**KOMPAKT** Landesrecht

Baden-Württemberg · Nordrhein-Westfalen  
Sachsen · Hessen · Rheinland-Pfalz

**KOMPAKT** Zivilrecht

Sachenrecht u. gesetzliche Schuld-  
verhältnisse mit allg. Schadensrecht

Hier gelangst du direkt zum Skript



**JURA**  
**INTENSIV**