Kontrahierungspflicht bestehen. Er muß die Prüfungen dann vornehmen und erhält dafür ein entsprechendes Honorar. Die Erklärung des Auftraggebers, er werde die Leistungen

zwar in Anspruch nehmen, aber nicht vergüten, ist unbeachtlich, da sie im Widerspruch zum eigenen Verhalten des Auftraggebers steht (protestatio facto contraria).

Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Bernhard Stüer, Münster/Osnabrück

Amtshaftung bei rechtswidrigem Bauvorbescheid

Die Baugenehmigungsbehörden sind verpflichtet. Bauanträge innerhalb einer angemessenen Bearbeitungszeit sachlich richtig zu bescheiden. In kritischen Fällen geht es dabei vielfach um die Entscheidung widerstreitender Interessen von Bauherrn und Nachbarn, Bei Abweichungen von dem Bebauungsplan (§31 BauGB), bei Genehmigungen während der Aufstellung eines Bebauungsplans (§33 BauGB), im nicht beplanten Innenbereich (§34 BauGB) und im Außenbereich (§35 BauGB) sind auch die Gemeinden in die Pflicht genommen. Sie müssen innerhalb von zwei Monaten über die planungsrechtliche Zulässigkeit des beantragten Vorhabens im Rahmen der Entscheidung über die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens befinden. Bei rechtswidriger Versagung kann ihr Einvernehmen ersetzt werden (§36 Abs. 2 Satz 3 BauGB).

1. Problemaufriß

Die Pflicht zur korrekten Verwaltungsentscheidung ist für Bauverwaltungen und Gemeinden durchaus nicht ohne Risiko. Fehlerhafte Entscheidungen über Baugesuche können Amtshaftungsansprüche nach §839 BGB, Art. 34 GG begründen, für die die Anstellungskörperschaft einzustehen hat. Das gilt sowohl für die fehlerhafte Ablehnung eines Bauantrages wie für seine rechtswidrige positive Bescheidung. Andert sich etwa die Sach- und Rechtslage während eines anhängigen Streites um die Erteilung einer Baugenehmigung, so sind solche Rechtsänderungen zu berücksichtigen. Die Ablehnung eines Baugesuchs kann daher etwa durch eine im Verfahren erlassene Veränderungssperre nachträglich ihre Rechtfertigung erfahren. Wäre der Bauantrag ordnungsgemäß behandelt worden, wäre die Baugenehmigung allerdings längst erteilt und die nachträglich erlassene Veränderungssperre käme zu spät.

Wird einem Baugesuch zu Unrecht stattgegeben, kann sich darauf ein Vertrauen gründen. das bei einer nachträglichen Aufhebung der Baugenehmigung enttäuscht wird. Der Käufer eines Baugrundstücks etwa sieht sich bei der erfolgreichen Anfechtung der von der Baugenehmigungsbehörde erteilten Baugenehmigung durch einen Nachbarn vor einem Scherbenhaufen. Auch die Rücknahme der Baugenehmigung durch die Behörde kann den Eigentümer und vor allem einen Erwerber in einen finanziellen Ruin stürzen, weil sein Grundstück ohne Baugenehmigung nahezu wertlos ist. Für diese klassischen Fälle hat die Rechtsprechung den Rechtsgrundsatz entwickelt, daß Baugenehmigungsbehörde und Gemeinde für die Richtigkeit ihres Handelns einstehen müssen und den so Betroffenen einen gerechten Schadensausgleich zu gewähren haben.

Nicht ganz so einfach ist die Rechtslage. wenn der Bauherr sich mit einer Bauvoranfrage begnügt. Denn im Rahmen einer solchen eingeschränkten Antragstellung werden nicht alle öffentlich-rechtlichen Fragen abschlie-Bend beurteilt, die bei Erteilung einer Baugenehmigung zu prüfen sind. Bei einer Bauvoranfrage stehen nur einzelne Ausschnitte aus dem öffentlich-rechtlichen Prüfungskatalog zur Entscheidung an. Vor allem enthält der positive Bauvorbescheid noch keine Baufreigabe in einem verfügenden Teil. Sollen auch hier die vollen Entschädigungspflichten der Baugenehmigungsbehörden und der Gemeinden drohen oder sind die Haftungsrisiken der öffentlichen Hand hier nur eingeschränkt? Denn der positive Bauvorbescheid berechtigt noch nicht, mit den Baumaßnahmen zu beginnen, sondern beinhaltet nur die BauR 10/2000 STÜER

Klärung bestimmter Vorfragen. Wegen dieses beschränkten Prüfungsausschnittes erscheint es sachgerecht, die Behörden auch nicht in dem Umfang in die Pflicht zu nehmen wie dies bei einer rechtswidrigen Entscheidung über einen Bauantrag üblich ist.

2. Bebauungsgenehmigung als Entscheidung über die planungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens

Zur Klärung bestimmter Fragen, die in der Baugenehmigung zu entscheiden sind, kann eine Bauvoranfrage gestellt werden [1]. Sie wird durch Bauvorbescheid beschieden. Die Bauvoranfrage dient dazu, bereits vor endgültiger Bescheidung des Bauantrages einzelne Fragen der Zulässigkeit des Bauvorhabens zu klären. Vielfach wird eine solche Bauvoranfrage zur Klärung der Frage der Bebaubarkeit des Grundstücks überhaupt gestellt [2]. Die planungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens kann durch eine Bebauungsgenehmigung bestätigt werden. Mit der Bauvoranfrage können aber auch andere Teilfragen der Zulässigkeit des Vorhabens geklärt werden. Der Entscheidungsgegenstand wird dabei durch den Antrag bestimmt. Dies gilt vor allem auch hinsichtlich der Detailschärfe, die dem positiven Bauvorbescheid zukommt.

Die Bebauungsgenehmigung [3] ist ihrem Wesen nach ein Ausschnitt aus dem feststellenden Teil der Baugenehmigung, der die Frage der bodenrechtlichen Bebauungsfähigkeit eines Grundstücks regelt [4]. Damit nimmt der Vorbescheid bereits einen Teil der sachlichen Prüfling des Baugenehmigungsverfahrens vorweg und regelt ihn abschlie-Bend. Seiner Rechtsnatur nach ist der Vorbescheid ein feststellender Verwaltungsakt und ein vorweggenommener Teil der Baugenehmigung. Die Vorschriften über die Baugenehmigung sind daher vom Grundsatz her auch auf den Vorbescheid anwendbar. Allerdings enthält der Bauvorbescheid noch keine Freigabe der Ausführung und auch keine Entscheidung über Fragen, die nicht Gegenstand der Bauvoranfrage waren. Hierzu bedarf es vielmehr einer abschließenden Baugenehmigung, mit der der verfügende, die Bauausführung gestattende Teil, verbunden ist [5].

3. Bindungswirkung des Bauvorbescheides

Mit der Bebauungsgenehmigung ist über die planungsrechtliche Zulässigkeit des beantragten Vorhabens abschließend entschieden. Gegen Änderungen in der planungsrechtlichen Situation ist der Bauherr durch die Bebauungsgenehmigung geschützt. Allerdings nehmen die anderen Fragen, die im Rahmen der Prüfung einer Baugenehmigung zu untersuchen sind, nicht an der Bindungswirkung der Bebauungsgenehmigung teil.

Abgesehen von der planungsrechtlichen Zulässigkeit des Vorhabens ist die Vereinbarkeit des Vorhabens mit anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften daher auch nach Erteilung der Bebauungsgenehmigung zu prüfen und steht auch im Hinblick auf Änderungen der Sach- und Rechtslage zur vollen Disposition.

Etwa zwischenzeitlich eingetretene Änderungen sind deshalb in die Prüfung der Vereinbarkeit mit öffentlich-rechtlichen Vorschriften einzubeziehen. Die Bebauungsgenehmigung bindet nur hinsichtlich der Beurteilung der planungsrechtlichen Zulässigkeit, nicht im Hinblick auf andere öffentlich-rechtliche Vorschriften, deren Beurteilung nicht Gegenstand der Bebauungsgenehmigung gewesen sind. Daher kann die Erteilung der Baugenehmigung etwa an der Unvereinbarkeit mit Vorschriften des Landesrechts (etwa Bauordnungsrechts) oder immissionsschutzrechtlichen Regelungen scheitern, die nicht Gegenstand der planungsrechtlichen Beurteilung gewesen sind.

Auch die Nichtverfügbarkeit des Grundstücks kann ein solcher Umstand sein, der zur Nichterteilung der Baugenehmigung aus anderen als planungsrechtlichen Gesichtspunkten führen kann. Derartige Prüfungsfelder sind durch die Bebauungsgenehmigung noch

^[1] Drescher, Rechtsprobleme des baurechtlichen Vorbescheids 1993; Goerlich, NVwZ 1985, 90; Jarass, UPR 1983, 241; Ortloff, NVwZ 1983, 705; Schenke, VBIBW 1985, 442; ders., DöV 1980, 489; Schneider, BauR 1988, 13; Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2. Aufl. 1998, Rdnr. 1367.

^[2] Zur Prüfung des Landschaftsschutzes in einem Bauvorbescheidsverfahren für ein Vorhaben in einem festgesetzten Landschaftsschutzgebiet BVerwG, Urteil v. 19.4.1985 — 4 C 25.84 –, BauR 1985, 544.

^[3] BVerwG, Urteil v. 23.5.1975 - 4 C 28.72 -, BauR 1975, 394 = Hoppe/Stüer, RzB, Rdnr. 299; Urteil v. 9.12.1983 - 4 C 44.80 -, BVerwGE 68, 241 = BauR 1984, 189 - Bebauungsgenehmigung.

^[4] BVerwG (Fußn. 3), BauR 1984, 189.

^[5] BVerwG (Fußn. 3), BauR 1975, 394.

nicht abgearbeitet und stehen daher im Rahmen der Erteilung der Baugenehmigung erneut zur Prüfling und zur Disposition. Die Erteilung einer Baugenehmigung kann daher trotz der positiven Bebauungsgenehmigung etwa an immissionsschutzrechtlichen Bedenken oder landesrechtlichen Abstandsvorschriften scheitern.

II. Schadensersatzansprüche aus Amtshaftung

Wird die Baugenehmigung auf Grund derartiger Umstände nicht erteilt, stellt sich die Frage von Amtshaftungsansprüchen. Nach § 839 BGB, Art. 34 GG haftet die Anstellungskörperschaft in Fällen, in denen ein Amtswalter schuldhaft die einem Dritten gegenüber bestehenden Amtspflichten verletzt.

Amtshaftungsansprüche bei rechtswidrigem Bauvorbescheid in der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat sich wiederholt mit Amtshaftungsansprüchen bei rechtswidrigem Bauvorbescheid befaßt und dazu folgende Grundsätze entwickelt: Die Baugenehmigungsbehörden haben die Amtspflicht, den Antrag auf Bauvoranfrage innerhalb der für das jeweilige Vorhaben üblichen Bearbeitungszeiten zu bescheiden. Verletzen sie diese Pflichten schuldhaft, so können sich vom Grundsatz her daraus Schadensersatzansprüche aus Amtshaftung nach §839 BGB, Art. 34 GG ergeben. Bei verweigertem gemeindlichen Einvernehmen können auch die Gemeinden schadensersatzpflichtig sein. Allerdings ist die Rechtsstellung des Antragstellers auf Grund einer Bauvoranfrage schwächer als bei dem Antrag auf Erteilung einer Baugenehmigung. Denn anders als die Baugenehmigung berechtigt die Bebauungsgenehmigung nicht zur Ausführung von Bauarbeiten.

Schadensersatz kann sich vor allem im Hinblick auf die Veränderung der Rechtslage ergeben, wenn die Baugenehmigungsbehörde eine Bauvoranfrage nicht zeitgerecht beschieden hat und sich die Rechtslage später zu Ungunsten des Antragstellers ändert und daher der ursprünglich bestehende Bauanspruch entfällt oder eingeschränkt wird. Wird

etwa eine Bauvoranfrage im Hinblick auf eine lediglich beabsichtigte gemeindliche Veränderungssperre nicht beschieden, und der Antrag später mit Hinweis auf die inzwischen in Kraft getretene Veränderungssperre abgewiesen, so liegt darin eine Amtspflichtverletzung [6]. In derartigen Fällen ist ein Fortsetzungsfeststellungsantrag vor dem Verwaltungsgericht statthaft mit dem Ziel, die Rechtswidrigkeit der Nichterteilung der Bebauungsgenehmigung festzustellen [7]. Dem Feststellungsantrag kann nicht der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens in dem Sinne entgegengehalten werden, daß die Gemeinde, wenn sie die Rechtslage erkannt hätte, einen Antrag auf Zurückstellung nach § 15 BauGB gestellt oder eine Veränderungssperre nach §§ 16, 16 BauGB erlassen hätte [8].

Bedeutsam sind die Prüfungsgegenstände, wie sie sich auf Grund der Bauvoranfrage ergeben. Lehnt die Behörde eine beantragte Bauvoranfrage zu mehreren Planungsvarianten mit unterschiedlicher baulicher Ausnutzung insgesamt ab, obwohl das Bauvorhaben jedenfalls nach einem der Vorschläge genehmigungspflichtig gewesen wäre, so kann aus dem Umstand allein, daß die Antragsteller im Klageweg vorrangig auch die weitergehende Planung verfolgt haben, nicht zwingend der Schluß gezogen werden, sie hätten von der Genehmigung einer Variante mit geringerer baulicher Ausnutzung nicht Gebrauch gemacht. War die Bereitschaft erkennbar, sich jedenfalls auch mit einem Bauvorbescheid hinsichtlich einer genehmigungsfähigen Planung zu begnügen, ist die Pflichtverletzung für den Schaden ursächlich geworden, der den Antragstellern dadurch entstanden ist, daß sie das Grundstück nicht unter Verwendung des Vorbescheids nach Ablauf einer zur Entscheidung über die Bauvoranfrage an-Bearbeitungszeit gemessenen veräußern konnten [9]. Unter diesen Voraussetzungen kann daher die nicht rechtzeitig festgestellte Baulandqualität zu einem Schadensersatzanspruch führen. Derartige Ansprüche be-

^[6] OLG Frankfurt, Urteil v. 29.5.1998 - 15 U 249/96 -, ZfBR 1999, 58.

^[7] BVerwG, Beschluß v. 27.3.1998 - 4 C 14.96 -, BVerwGE 106, 295 = BauR 1998, 999.

^[8] BVerwG, Beschluß v. 2.10.1998 – 4 B 72.98 –, NVwZ 1999, 523BRS 60 Nr. 100 – rechtmäßiges Alternativverhalten.

^[9] BGH, Urteil v. 9.6,1994 - III ZR 37/93 -, NJW-RR 1994, 1171.

stehen jedoch nur eingeschränkt. Bezogen auf die Bebauungsgenehmigung sind solche Ansprüche nur gegeben, wenn gerade die positive Entscheidung über die planungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben Anknüpfungspunkt für den Schaden gewesen ist. Die Entschädigungspflicht bezieht sich nicht auf Schäden, die erst an die Baugenehmigung geknüpft sind und eine Baufreigabe voraussetzen.

Vor allem sind nicht alle Schäden, die sich in diesem Zusammenhang ergeben können, in den Schutzbereich der Amtspflichten einbezogen. Das gilt etwa für die Maklerprovision, die ein Dritter im Falle des zustande gekommenen Veräußerungsvertrages erhalten hätte [10]. Denn die Amtspflichten bestehen in aller Regel nur gegenüber dem Antragsteller der Bauvoranfrage, nicht gegenüber Dritten, zu denen auch der Grundstückseigentümer gehört. Schäden, die dieser im Hinblick auf die zögerliche Behandlung einer Bauvoranfrage erleidet, sind daher nicht in den Schutzbereich der behördlichen Amtspflichten aufgenommen.

So verliert der Grundsatz, daß der Grundstückseigentümer trotz eines erheblichen wirtschaftlichen Interesses an der Durchführung des Bauvorhabens [11] in aller Regel nicht "Dritter" i.S. des §839 Abs.1 BGB ist, sofern ein anderer einen Antrag auf einen Bauvorbescheid gestellt hat, auch dann nicht seine Geltung, wenn der Eigentümer in dem Verwaltungsrechtsstreit des Antragstellers über die Rechtmäßigkeit des Bauverwaltungsaktes beigeladen worden ist [12]. Denn besteht auf seiten des Grundstückseigentümers oder -käufers kein konkretes Interesse an der Durchführung eines bestimmten Bauvorhabens, vermag das nur allgemeine wirtschaftliche Interesse an der Bebaubarkeit des Grundstücks diese nicht in den Schutzbereich der Amtspflichten eines Verwaltungsverfahrens einzubeziehen, an dem sie nicht beteiligt sind [13].

Umgekehrt kann allerdings die Amtspflicht der Bauaufsichtsbehörde, einen inhaltlich unrichtigen positiven Bauvorbescheid nicht zu erteilen, drittschützende Wirkung auch zugunsten eines künftigen Käufers entfalten, der das Grundstück in Vertrauen auf jenen Bescheid von dessen ursprünglichem Adressaten erwirbt.

Bei Bauverwaltungsakten [14] ist der Kreis der geschützten Dritten unterschiedlich zu bestimmen, je nachdem ob es um die Erteilung oder um die Versagung des betreffenden Bescheides geht. Die Versagung einer Baugenehmigung oder eines Bauvorbescheides wirkt nur im Hinblick auf den Antragsteller. Anderen gegenüber entfaltet der Versagungsbescheid grundsätzlich keine materielle Bestandskraft im Sinne einer Feststellungswirkung. Die bestandskräftige Versagung einer Baugenehmigung berechtigt die Behörde vor allem nicht, einen neuen Bauantrag eines anderen Antragstellers ohne Sachprüfung abzulehnen [15]. Deswegen entfalten derartige ablehnende Bescheide eine Drittbezogenheit im Sinne des Amtshaftungsrechtes grundsätzlich [16] nur zu Lasten des jeweiligen Antragstellers, nicht jedoch zu Lasten Dritter, selbst wenn der Bescheid deren wirtschaftliches Interesse berührt.

Im Gegensatz dazu ist die Baugenehmigung oder der entsprechende Bauvorbescheid nicht an die Person des Antragstellers ge-

^[10] BGH, Urteil v. 10.3.1994 - III ZR 9/93 -, BGHZ 125, 258 = DVBI. 1994, 695; "Gerade in der neueren Senatsrechtsprechung wird auf den Schutzzweck der verletzten Amtspflicht als Gesichtspunkt für die inhaltliche Bestimmung und sachliche Begrenzung der Haftung abgestellt (Senatsurteile BGHZ 109, 380, 388 ff.; BGHZ 111, 272, 276; BGHZ 113, 367, 372; BGHZ 117, 363, 371; BGHZ 123, 191 = BGHZ 123, 323). Der Ersatzanspruch hängt dementsprechend davon ab, daß gerade das im Einzelfall berührte Interesse nach dem Zweck und der rechtlichen Bestimmung des Amtsgeschäfts geschützt werden sollte. Der Schutzbereich der bei der Entscheidung über eine Bauvoranfrage wahrzunehmenden Amtspflichten wird durch die wirtschaftliche Funktion mitgeprägt, die der Bauvorbescheid auf dem Grundstücksmarkt entfalten kann. Diese Funktion kann auch darin bestehen, daß der Bescheid als öffentlich-rechtli-cher Nachweis über die Baulandqualität dient (= BGH NJW 1994, 130). Dementsprechend dient der Vorbescheid als Ausweis der baulichen Nutzbarkeit des Grundstücks, und zwar in der Regel entweder zum Zwecke der Bebauung durch den Antragsteller selbst oder zum Zwecke der Veräußerung des baureifen Grundstücks. Im letzteren Falle dient der Vorbescheid als preisbildender Faktor auf dem Grundstücksmarkt. Die bei der Entscheidung über die Bauvoranfrage wahrzunehmenden Amtspflichten schützen dementsprechend das Interesse an der baulichen Nutzbarkeit. Mit diesem Interesse ist das hier in Rede stehende Interesse des Klägers an der Erlangung der Provision für die "Baureifmachung" der Grundstücke nicht vergleichbar.

^[11] Etwa durch Verknüpfung der Bedingungen eines Veräußerungsvertrages mit dem Erlaß eines Bauvorbescheides (Rücktrittsrecht, Fälligkeit der Kaufpreisforderungen).

^[12] BGH, Urteil v. 24.2.1994 - III ZR 6/93 -, NJW 1994, 2091 = DVBI. 1994, 1132.

^[13] BGH, Urteil v. 6.6.1991 - III ZR 221/90 -, NJW 1991, 2596 = DVBI. 1991, 1140.

^[14] Baugenehmigungen oder Bauvorbescheiden.

^[15] BGH, Urteil v. 6.6.1991 – III ZR 221/90 –, BGHR BGB §839 Abs.1 Satz1 Dritter 37; Urteil v. 6.5.1993 – III ZR 2/92 –, BGHZ 122, 317 = BauR 1994, 98.

^[16] Von Ausnahmen abgesehen, BGHZ 93, 87 = BauR 1985, 438 und BGHZ 119, 365, 367 = DVBI. 1993, 105.

bunden, sondern auf das Grundstück und das Bauvorhaben bezogen. Bei der Erteilung des Vorbescheides ist daher nicht nur auf die Interessen des Antragstellers selbst, sondern auch auf diejenigen Rücksicht zu nehmen, die im berechtigten, schutzwürdigen Vertrauen auf den Bescheid unmittelbar die Verwirklichung des konkreten Bauvorhabens in Angriff nehmen wollen und zu diesem Zweck konkrete Aufwendungen für die Planung des Vorhabens tätigen, wenn ein überschaubarer zeitlicher und sachlicher Zusammenhang gegeben ist. [17].

Dies gilt selbst dort, wo eine Rechtsnachfolge in die durch den Bauvorbescheid begründete Rechtsposition nach dem jeweils einschlägigen Landesrecht nicht möglich ist [18]. Unabhängig von der Möglichkeit einer Rechtsnachfolge ist ein Bauvorbescheid "objektbezogen" und nicht lediglich personenbezogen, iedenfalls so weit er die Feststellung trifft, daß das Vorhaben planungsrechtlich zulässig ist, weil das Grundstück im Bereich eines rechtsverbindlichen Bebauungsplans liegt. In den sachlichen Schutzbereich der Amtshaftung wegen der Erteilung des rechtswidrigen Bauvorbescheides können dann auch die Aufwendungen fallen, die der Erwerber im Vertrauen auf die durch den Bescheid bestätigte Baulandqualität für den Erwerb des Grundstücks vorgenommen hat. Allerdings ist dieses Vertrauen nur während der Bindungswirkung des Bauvorbescheides geschützt [19].

Amtshaftungsansprüche gegen die Gemeinde wegen Nichterteilung des gemeindlichen Einvernehmens sind nur gegeben, wenn der Bauherr auf die Erteilung der beantragten Bebauungsgenehmigung einen Anspruch hat. Ist das Vorhaben planungsrechtlich unzulässig, besteht keine Notwendigkeit zur Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens, Auch sind Amtshaftungsansprüche gegen die Gemeinde nicht gegeben [20]. Schadensersatzansprüche scheiden ebenfalls wegen fehlender Kausalität aus, wenn das Bauvorhaben, auf das sich die Bauvoranfrage bezog, aus anderen Gründen nicht genehmigungsfähig war, also kein Anspruch auf einen positiven Bauvorbescheid bestand, selbst wenn die Baugenehmigungsbehörde die Bauvoranfrage mit unzutreffenden Gründen abgelehnt hat [21].

Im Falle der rechtswidrigen Ablehnung einer Bauvoranfrage bestimmt sich die haftungsrechtliche Zurechnung danach, wie sich die Entscheidung der Bauaufsichtsbehörde im Außenverhältnis zu dem Antragsteller darstellt. Wird der Bescheid zutreffend nur damit begründet, daß die Gemeinde das erforderliche Einvernehmen verweigert hat, hat grundsätzlich allein die Gemeinde für den dem Antragsteller entstehenden Schaden aufzukommen. Geht hingegen aus dem ablehnenden Bescheid der Bauaufsichtsbehörde hervor, daß sie das Vorhaben auch auf Grund einer eigenen Sachprüfung und Überzeugungsbildung für unzulässig hält, ist je nachdem, ob sie sich auf die Versagung des gemeindlichen Einvernehmens als zusätzlichen Grund für die rechtswidrige Ablehnung stützt oder nicht, eine gemeinschaftliche Verantwortlichkeit zusammen mit der Gemeinde oder eine alleinige Haftung der Bauaufsichtsbehörde gegeben [22].

Die Gemeinde ist an ihr früheres, im Rahmen einer Bauvoranfrage erteiltes Einvernehmen gebunden und darf daher dem Bauvorhaben nicht mehr mit der Begründung widersprechen, daß sich das Vorhaben in die Bebauung der Umgebung und in das Landschaftsbild nicht einfüge. Dabei ist es unerheblich, ob das Einvernehmen der Gemeinde überhaupt erforderlich gewesen war. Es genügt vielmehr, daß die Beaufsichtigungsbehörde die Gemeinde am Baugenehmigungsverfahren beteiligt hat, weil sie deren Einvernehmen für erforderlich hielt [23].

Die zuständigen Amtsträger der Gemeinde haben auch in einem solchen Fall die Amtspflicht gegenüber einem Bauwilligen, die Erteilung der von ihm begehrten Baugenehmigung, auf die er einen Anspruch hat, nicht durch ein Verhalten zu hindern, das die Bau-

^[17] BGH, Urtell v. 6.5.1993 - III ZR 2/92 -, BGHZ 122, 317 = BauR 1994, 94.

^[18] BGH (Fußn. 17), BauR 1994, 94.

^[19] ObLG München, Urteil v. 5.7.1993 - 22 RR 260/92 -, NVwZ 1995, 931 = BayVBI. 1993, 635.

^[20] OLG Koblenz, Urteil v. 27.1.1998 – 1 U 73/96 –, OLGR Koblenz 1998, 240 = Immobilien- und Baurecht 1998, 451.

^[21] BGH, Urteil v. 26.3.1997 - III ZR 114/96 -, BGHR BGB §839 Abs.1 Satz1 Kausalität 12.

^[22] BGH, Urteil v. 1.7.1993 - III ZR 36/92 -, BauR 1993, 707 = NJW 1993, 3065; Urteil v. 21.5.1992 - III ZR 14/91 -, BGHZ 118, 263 = BauR 1992, 595.

^[23] BGH, Urteil v. 25.10.1990 - III ZR 249/89 -, BRS 53 Nr. 40.

BauR 10/2000 STÜER

aufsichtsbehörde als unberechtigte Verweigerung des für erforderlich gehaltenen Einvernehmens nach §36 BauGB werten muß. Dabei macht es keinen Unterschied, aus welchem Rechtsgrund das Einvernehmen der Gemeinde im konkreten Fall entbehrlich war.

Auch wenn die Ablehnung einer Bauvoranfrage objektiv rechtswidrig war, weil sie sich auf einen nicht wirksamen Bebauungsplan gründet und deshalb erst nach einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren ein positiver Bauvorbescheid nach richtiger Beurteilung der planungsrechtlichen Zulässigkeit auf der Grundlage des §34 BauGB ergeht, steht dem antragstellenden Grundstückseigentümer wegen der verzögerten Bescheidung seiner Bauvoranfrage kein Amtshaftungsanspruch gegen die Gemeinde zu, wenn die zuständigen Amtsträger bei der rechtswidrigen Entscheidung nicht schuldhaft gehandelt haben, weil sie die Nichtigkeit des Bebauungsplans nicht ohne weiteres erkennen konnten und weil die Ablehnung der Bauvoranfrage bei unterstellter Wirksamkeit des Bebauungsplanes rechtsfehlerfrei erfolgt ist [24].

2. Verzögerungsschaden

Aus dieser Rechtsprechung leiten sich folgende Überlegungen ab: Da die Bebauungsgenehmigung keine Baufreigabe beinhaltet und daher nicht zum Beginn der Baumaßnahmen berechtigt, können Verzögerungsschäden aus der Nichterteilung der Bebauungsgenehmigung grundsätzlich nicht abgeleitet werden. Die Verpflichtung zur Erteilung der Bebauungsgenehmigung schützt daher nicht vor Schäden, die durch Verzögerungen in der Realisierung der beabsichtigten Baumaßnahme eintreten. Denn die Bebauungsgenehmigung berechtigt nicht zum Beginn der Bauausführung. Verzögerungsschäden im Hinblick auf eine (verspätet) erteilte Bebauungsgenehmigung sind daher entschädigungsrechtlich ohne Belang.

Wenn der Bauherr daher keine Baugenehmigung beantragt und lediglich eine Bauvoranfrage stellt, tauscht er das geringere Kostenrisiko gegen einen Verlust von Ansprüchen ein, die sich aus möglichen Verzögerungsschäden ergeben. Denn solange eine Baugenehmigung nicht erteilt ist, darf – abgesehen

von Freistellungsfällen – mit der Realisierung des Vorhabens nicht begonnen werden. Verzögerungsschäden sind daher im Zusammenhang mit einer fehlerhaft behandelten Bauvoranfrage aus Amtshaftungsgesichtspunkten nicht zu erstatten.

3. Änderungen der Sach- oder Rechtslage

Amtshaftungsansprüche könnten damit begründet werden, daß die Erteilung der Baugenehmigung nunmehr an Umständen scheitert, die im Zeitpunkt der Antragstellung für die Bauvoranfrage noch nicht eingetreten waren.

a) Grundsatz des Primärrechtsschutzes

Eine derartige Veränderung der Umstände kann Amtshaftungsansprüche allerdings nur begründen, wenn zunächst der Rechtsschutz auf Erteilung der Baugenehmigung ausgeschöpft ist. Denn nach dem Grundsatz des Vorrangs des Primärrechtsschutzes [25], der auch für Amtshaftungsansprüche gilt, kann ein Amtshaftungsanspruch erst geltend gemacht werden, wenn der Betroffene alle Möglichkeiten ausgeschöpft hat, die erstrebte Genehmigung zu erhalten. Der Betroffene darf nicht den ihn belastenden Eingriffsakt bestandskräftig werden lassen und dann aus Amtshaftungsgrundsätzen eine Entschädigung oder einen Schadensersatz verlangen. Es würde vielmehr als Mitverschulden zu werten sein, wenn der Betroffene den Rechtsweg zur Durchsetzung seines (vermeintlichen) Anspruchs auf Genehmigung nicht beschreitet, sondern (sofort) einen Schadensersatzanspruch geltend macht. Amtshaftungsansprüche setzen daher voraus, daß der in der Sache erhobene Anspruch zunächst durch alle Instanzen ohne Erfolg geltend gemacht wird.

^[24] BGH, Urteil v. 18.6.1996 - III ZR 100/97 -, NVwZ 1998, 1329 = BRS 60 Nr. 159.

^[25] BGH, Urteil v. 10.6.1985 - III ZR 2/84 -, BGHZ 95, 28; Urteil v. 11.7.1985 - III ZR 62/84 -, BGHZ 95, 238; Urteil v. 6.2.1986 - III ZR 96/84 -, BGHZ 97, 114 = BauR 1986, 552; Urteil v. 17.4.1986 - III ZR 202/84 -, BGHZ 97, 361; Urteil v. 23.10.1986 - III ZR 112/85 -, NVwZ 1978, 285 = BauR 1987, 426; Urteil v. 21.12.1989 - III ZR 132/88 -, BGHZ 110, 12 = NJW 1990, 898; BVerwG, Urteil v. 16.3.1989 - 4 C 36.85 -, BVerwGE 81, 329 = NVwZ 1989, 1157 = DVBI. 1989, 663 - Moers-Kapellen; zu weiteren Einzelheiten siehe Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 18 Rdnr. 12; Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, Rdnr. 894, 994.

b) Bebauungsgenehmigung schützt nicht vor Änderungen der Sach- oder Rechtslage außerhalb der beschiedenen planungsrechtlichen Zulässigkeit

Vor allem aber schützt die erteilte Bebauungsgenehmigung nicht vor Änderungen der Sach- oder Rechtslage außerhalb des durch sie festgestellten Umfangs der planungsrechtlichen Zulässigkeit. Widerspricht das Vorhaben daher außerhalb des durch die Bebauungsgenehmigung festgestellten Inhalts öffentlich-rechtlichen Vorschriften, so ergeben sich aus der Versagung keine Amtshaftungsansprüche. Dies gilt nicht nur für den Fall, daß das Vorhaben von Anfang an öffentlich-rechtlichen Vorschriften außerhalb des Planungsrechts nicht entsprach. Auch bei einer nachträglichen Änderung der Sach- oder Rechtslage außerhalb der planungsrechtlichen Zulässigkeit kann das Vorhaben abgelehnt werden, ohne daß sich damit ein Amtshaftungsanspruch begründen ließe. Denn die Bebauungsgenehmigung schützt nicht vor einer Änderung der Sach- oder Rechtslage au-Berhalb ihres festgestellten Inhalts. Auch hier gilt der Grundsatz, daß der Bauherr das geringere Kostenrisiko einer Bebauungsgenehmigung gegen einen Verlust von Schadensersatzansprüchen aus dem Gesichtspunkt der Amtshaftung eintauscht, wenn sich im nachhinein die Sach- oder Rechtslage zu seinen Ungunsten ändert. Der Bauherr muß sich daher entscheiden: Will er gegen eine Änderung der Sach- oder Rechtslage auch außerhalb der eigentlichen planungsrechtlichen Zulässigkeit geschützt sein, so muß er durch einen Bauantrag sicherstellen, daß entweder eine Baugenehmigung erteilt wird oder bei entsprechendem Verschulden Schadensersatz aus Amtshaftung zu leisten ist, wenn sich im nachhinein die Sach- oder Rechtslage zu Ungunsten des Bauherrn ändert. Beschränkt sich der Bauherr dagegen auf eine Bauvoranfrage, so hat er ein wesentlich geringeres Kostenrisiko, ist allerdings auch nicht geschützt dagegen, daß sich außerhalb der zur Prüfung gestellten Fragen die Sach- oder Rechtslage im nachhinein zu Ungunsten des Bauherrn ändert. Und Verzögerungsschäden können bei einer Bauvoranfrage ebenfalls nicht geltend gemacht werden.

Der Bauherr sollte daher überlegen, ob er sich in kritischen Fällen mit einer Bauvoranfrage begnügt. Dies hat den Vorteil, daß die aufzuwendenden Kosten geringer als bei einem Bauantrag sind, ist zugleich aber mit der Kehrseite verbunden, daß nur in begrenztem Umfang Schadensersatzansprüche durchsetzbar sind, wenn die Bauverwaltung die positive Bescheidung zu Unrecht verweigert.

Notar Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

Zur Strafbarkeit von Amtsträgern beim Abschluß städtebaulicher Verträge

Im Zusammenhang mit Baulandausweisungen versuchen Gemeinden in zahlreichen Fällen, an den Bodenwertsteigerungen zu partizipieren. Zu diesem Zweck abgeschlossene Vereinbarungen sind, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vorliegen, nichtig. Die handelnden Amtsträger können sich zudem strafbar machen

1. "Planungsgewinnabschöpfung" in der Praxis

Die Aufstellung eines Bebauungsplans durch die Gemeinde darf nicht von zusätzlichen Leistungen des Bürgers abhängig gemacht werden, soweit dies das Gesetz nicht ausdrücklich erlaubt [1]. Auch die in diesem Zusammenhang entstehenden Aufwendungen, insbesondere ihren Verwaltungsaufwand, muß die Gemeinde grundsätzlich aus ihren allgemeinen Einnahmen [2] bestreiten [3]. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz hat die Rechtsprechung zunächst lediglich im Bereich der Folgekosten anerkannt, wenn diese Voraussetzung oder Folge des Vorhabens eines Privaten waren und nicht im Rahmen

^[1] Alig. A. s. nur Busse, DNotZ 1999, 402 f.

^[2] Siehe nur Oerder, BauR 1998, 22, 26.

^[3] BVerwG, DVBI. 1993, $263 = D\ddot{O}V$ 1993, 163 = NJW 1993, 180 = ZfBR 1993, 84.