

## Amtshaftung bei rechtswidrigem Bauvorbescheid

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

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 II 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. Ändert sich etwa die Sach- und Rechtslage während eines anhängigen Streitens 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 Baugenehmigung erteilten Baugenehmigung durch einen Nachbarn vor einem Scherbenhaufen. Auch die Rücknahme der Baugenehmigung durch die Behörde kann den Eigentümer und vor allem einen Erwerb 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 abschließend beurteilt, die für die 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 Bauvoranfragebescheid 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 Bauvoranfragebescheid berechtigt noch nicht, mit den Baumaßnahmen zu beginnen, sondern beinhaltet nur die 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.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> 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 Bauvoranfragebescheid zukommt.

Die Bebauungsgenehmigung<sup>3</sup> ist ihrem Wesen nach ein Ausschnitt aus dem feststellenden Teil der Baugenehmigung, der die Frage der bodenrechtlichen Bebauungsfähigkeit eines Grundstücks regelt.<sup>4</sup> Damit nimmt der Vorbescheid bereits einen Teil der sachlichen Prüfung des Baugenehmigungsverfahrens vorweg und regelt ihn abschließend. 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.<sup>5</sup>

### 3. Bindungswirkung des Bauvorbescheides

Mit dem Bauvorbescheid ist über die planungsrechtliche Zulässigkeit des beantragten Vorhabens abschließend entschieden. Gegen Änderungen in der planungsrechtlichen Situation ist der Bauherr durch die Bebauungsgenehmigung geschützt.

<sup>1</sup> *Drescher* Rechtsprobleme des baurechtlichen Vorbescheids 1993; *Goerlich* NVwZ 1985, 90; *Jarass* UPR 1983, 241; *Orloff* NVwZ 1983, 705; *Schenke* VBIBW 1985, 442; *ders.* DöV 1980, 489; *Schneider* BauR 1988, 13.

<sup>2</sup> Zur Prüfung des Landschaftsschutzes in einem Bauvorbescheidsverfahren für ein Vorhaben in einem festgesetzten Landschaftsschutzgebiet *BVerwG*, Urt. v. 19.4.1985 – C 25.84 – UPR 1985, 424.

<sup>3</sup> *BVerwG*, Urt. v. 23.5.1975 – 4 C 28.72 – BVerwGE 48, 242 = *Hoppe/Stüer* RzB Rdn. 299; Urt. v. 9.12.1983 – 4 C 44.80 – BVerwGE 68, 241.

<sup>4</sup> *BVerwG*, Urt. v. 9.12.1983 – 4 C 44.80 – BVerwGE 68, 241 = *BauR* 1984, 189 = *NJW* 1984, 1474 = *Hoppe/Stüer* RzB Rdn. 300 – Bebauungsgenehmigung.

<sup>5</sup> *BVerwG*, Urt. v. 23.5.1975 – 4 C 28.74 – BVerwGE 48, 242 = *Hoppe/Stüer* RzB Rdn. 299.

Allerdings nehmen die anderen Fragen, die im Rahmen der Prüfung einer Baugenehmigung zu untersuchen sind, nicht an der Bestandskraft 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 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 nicht abgearbeitet und stehen daher im Rahmen der Erteilung der Baugenehmigung erneut zur Prüfung und zur Disposition. Die Erteilung einer Baugenehmigung kann daher trotz der positiven Bebauungsgenehmigung etwa an immissionsschutzrechtlichen Bedenken oder landesrechtlichen Abstandsvorschriften scheitern. Auch die mangelnde Verfügbarkeit des Grundstücks durch den Bauherrn kann ein Gesichtspunkt sein, an dem die Baugenehmigung scheitert.

## 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 danach die Anstellungskörperschaft in Fällen, in denen ein Amtswalter schuldhaft die einem Dritten gegenüber bestehenden Amtspflichten verletzt.

### 1. 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 verweigerten gemeindlichen Einvernehmen können auch die Gemeinden schadensersatzpflichtig sein. Allerdings ist die Rechtsstellung 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 beabsichtigte gemeindliche Veränderungssperre nicht beschieden, und der Antrag später mit Hinweis auf die inzwischen in Kraft getretene Veränderungssperre abgewiesen, so liegt darin eine Amtspflichtverletzung.<sup>6</sup> In derartigen Fällen ist ein Fortsetzungsfeststellungsantrag vor dem Verwaltungsgericht statthaft mit dem Ziel, die Rechtswidrigkeit der Nichterteilung der Bebauungsgenehmigung festzustellen.<sup>7</sup> Dem Feststellungsantrag kann nicht der Einwand des 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.<sup>8</sup>

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 genehmigungsfähig 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 ihnen dadurch entstanden ist, dass sie das Grundstück nicht unter Verwendung des Vorbescheids nach Ablauf einer zur Entscheidung über die Bauvoranfrage angemessenen Bearbeitungszeit veräußern konnten.<sup>9</sup> Unter diesen Voraussetzungen kann daher die nicht rechtzeitig festgestellte Baulandqualität zu einem Schadensersatzanspruch führen. Derartige Ansprüche bestehen jedoch nur eingeschränkt. Bezogen auf die Bebauungsgenehmigung bestehen solche Ansprüche nur, 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 Bau freigabe 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 zu Stande gekommenen Veräußerungsvertrages erhalten hätte.<sup>10</sup> Denn die Amtspflichten beste-

<sup>6</sup> OLG Frankfurt, Urt. v. 29.5.1998 – 15 U 249/96 – ZfBR 1999, 58.

<sup>7</sup> BVerwG, B. v. 27.3.1998 – 4 C 14.96 – BVerwGE 106, 295 = DVBl.1998, 896.

<sup>8</sup> BVerwG, B. v. 2.10.1998 – 4 B 72.98 – NVwZ 1999, 523 – rechtmäßiges Alternativverhalten.

<sup>9</sup> BGH, Urt. v. 9.6.1994 – III ZR 37/93 – NJW-RR 1994, 1171.

<sup>10</sup> BGH, Urt. v. 10.3.1994 – III ZR 9/93 – BGHZ 125. 258 = DVBl. 1994, 695“ Gerade in der neueren Senatsrechtsprechung wird auf den Schutzzweck der verletzten Amtspflicht als Gesichtspunkt für die inhaltliche Bestimmung

hen in aller Regel nur gegenüber dem Antragsteller der Bauvoranfrage, nicht gegenüber Dritten, zu denen auch der Grundstückseigentümer rechnet. 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<sup>11</sup> in aller Regel nicht „Dritter“ i.S. des § 839 I 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.<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup>

Umgekehrt kann allerdings die Amtspflicht der Bauaufsichtsbehörde, einen inhaltlich unrichtigen positiven Bauvorbescheid nicht zu erteilen, drittschützende Wirkung auch zu Gunsten eines künftigen Käufers entfalten, der das Grundstück in Ver-

trauen auf jenen Bescheid von dessen ursprünglichem Adressaten erwirbt.

Bei Bauverwaltungsakten<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup> Deswegen entfalten derartige ablehnende Bescheide eine Drittbezogenheit im Sinne des Amtshaftungsrechtes grundsätzlich<sup>16</sup> nur zulasten des jeweiligen Antragstellers, nicht jedoch zulasten 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 gebunden, 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 Zwecke konkrete Aufwendungen für die Planung des Vorhabens tätigen. Dies gilt jedenfalls in den Grenzen eines überschaubaren zeitlichen und sachlichen Zusammenhangs.<sup>17</sup>

Dies gilt selbst dort, wo eine Rechtsnachfolge in die durch den Bauvorbescheid begründete Rechtsposition nach dem jeweils einschlägigen Landesrecht nicht möglich ist.<sup>18</sup> Unabhängig von der Möglichkeit einer Rechtsnachfolge ist ein Bauvorbescheid „objektbezogen“ und nicht lediglich personenbezogen, jedenfalls 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.<sup>19</sup>

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 pla-

---

und sachliche Begrenzung der Haftung abgestellt (Senatsurteile BGHZ 109, 380, 388 ff; 111, 272, 276; 113, 367, 372; 117, 363, 371; Urt. v. 13.7.1993 - III ZR 22/92 - BGHZ 123, 191 = NJW 1993, 2615; Urt. v. 14.10.1993 - III ZR 156/92, = BGHZ 123, 323 = NJW 1994, 253). 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-rechtlicher Nachweis über die Baulandqualität dient (Urt. v. 23.9.1993 - III ZR 139/92 = 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 (vgl. Urt. vom 23.9.1993 aaO). 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.“

<sup>11</sup> Etwa durch Verknüpfung der Bedingungen eines Veräußerungsvertrages mit dem Erlass eines Bauvorbescheides (Rücktrittsrecht, Fälligkeit der Kaufpreisforderungen).

<sup>12</sup> BGH, Urt. 24.2.1994 - III ZR 3/93 - NJW 1994, 2091 = DVBl. 1994, 1132.

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 6.6.1991 - III ZR 221/90 - BJW 1991, 2596 = DVBl. 1991, 1140.

<sup>14</sup> Baugenehmigungen oder Bauvorbescheiden

<sup>15</sup> BGH, Urt. v. 6.6.1991 - III ZR 221/90 = BGHR BGB § 839 I 1 Dritter 37; Urt. v. 6.5.1993 #.

<sup>16</sup> Von Ausnahmen abgesehen, BGHZ 93, 87 und BGHZ 119, 365, 367.

<sup>17</sup> BGH, Urt. v. 6.5.1993 - III ZR 2/92 - BGHZ 122, 317 = NJW 1993, 2307.

<sup>18</sup> BGH, Urt. v. 6.5.1993 #

<sup>19</sup> VGH München, Urt. v. 5.7.1993 - 22 RR 260/92 - NVwZ 1995, 931 = BayVBl. 1993, 635.

nungsrechtlich unzulässig, besteht keine Notwendigkeit zur Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens. Auch sind Amtshaftungsansprüche gegen die Gemeinde nicht gegeben.<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup>

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 gemeinschaftlichen 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.<sup>22</sup>

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 der Bau 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.<sup>23</sup>

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 Bauaufsichtsbehörde 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 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.<sup>24</sup>

## 2. Verzögerungsschaden

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

Wenn der Bauherr daher keine Baugenehmigung beantragt und lediglich einen Antrag auf 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<sup>25</sup>, 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

<sup>20</sup> OLG, Urt. v. 27.1.1998 – 1 U 73/96 – OLGR Koblenz 1998, 240 = Immobilien- und Baurecht 1998, 451.

<sup>21</sup> BGH, Urt. v. 26.3.1997 – III ZR 114/96 – BGHR BGB § 839 I 1 Kausalität 12.

<sup>22</sup> BGH, Urt. v. 1.7.1993 – III ZR 36/92 – NJW 1993, 3065; Urt. v. 21.2.1992 – III ZR 14/91 – BGHZ 118, 263 = DVBl. 1992, 1430.

<sup>23</sup> BGH, Urt. v. 25.10.1990 – III ZR 249/89 – BRS 53 (1991), Nr. 40.

<sup>24</sup> BGH, Urt. v. 18.6.1996 – III ZR 100/97 – NVwZ 1998, 1329 -

<sup>25</sup> BGH, Urt. v. 10.6.1985 – III ZR 2/84 – BGHZ 95, 28; Urt. v. 11.7.1985 – III ZR 62/84 – BGHZ 95, 238; Urt. v. 6.2.1986 – III ZR 96/84 – BGHZ 97, 114; Urt. v. 17.4.1986 – III ZR 202/84 – BGHZ 97, 361; Urt. v. 23.10.1986 – III ZR 112/85 – NVwZ 1978, 285 = BauR 1987, 426; Urt. v. 21.12.1989 – III ZR 132/88 – BGHZ 110, 12 = NJW 1990, 898; BVerwG, Urt. v. 16.3.1989 – 4 C 36.85 – BVerwGE 81, 329 = NVwZ 1989, 1157 = DVBl. 1989, 663 – Moers-Kapellen; zu weiteren Einzelheiten s. Battis in: Battis/Krautberger/Löhr § 18 Rdn. 12; s. auch u. Rdn. Fehler! Textmarke nicht definiert.

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 geltend gemachte Anspruch zunächst durch alle Instanzen ohne Erfolg geltend gemacht wird. Daran fehlt es bisher. Es ist nicht einmal ein bescheidungsfähiger Baugenehmigungsantrag gestellt.

**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 daraus 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 außerhalb 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 erreicht 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.