

## Termin- und Kostensicherheit im Bauverlauf

13. Weimarer Baurechtstage

von

Evangelischen Bundesverband für Immobilienwesen in Wissenschaft und Praxis

1. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 66428 1

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

Esther Brandhorst\*

## Öffentliches Baurecht – Haftung für fehlerhafte Baugenehmigung oder deren rechtswidrige Versagung aus öffentlich-rechtlicher Sicht

### Inhaltsübersicht

#### I. Vorbemerkungen

#### II. Handlung/Unterlassung eines Beamten in Ausübung seines öffentlichen Amtes

#### III. Verletzung einer Amtspflicht

1. Erteilung einer rechtswidrigen Baugenehmigung
2. Rechtswidrige Versagung einer Baugenehmigung
3. Rechtswidrige Verzögerung einer Baugenehmigung
4. Amtspflicht zur Erteilung richtiger Auskünfte, Zusagen und Hinweise

#### IV. Drittbezogenheit der Amtspflicht

1. Rechtswidrige Versagung einer Baugenehmigung
2. Erteilung einer rechtswidrigen Baugenehmigung
3. Gemeindliches Einvernehmen

#### V. Schützwürdigkeit des Vertrauens

#### VI. Kausalzusammenhang zwischen Amtspflichtverletzung und Schaden

#### VII. Verschulden des Beamten

#### VIII. Keine anderweitige Ersatzmöglichkeit nach § 839 I 2 BGB

#### IX. Vorrang des Primärrechtsschutzes nach § 893 III BGB

#### X. Mitverschulden des Geschädigten

#### XI. Verjährung, Schaden, Prozessuales

### I. Vorbemerkungen

Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf das Haftungsmodell der Amtshaftung. Dieses beruht auf der persönlichen Haftung des Beamten nach § 839 BGB, die nach Art. 34 GG auf den Staat übergeleitet wird. Im Zusammenhang mit Bauverwaltungsakten, d.h. mit Baugenehmigungen sowie Bauvorbescheiden, sind insbesondere folgende Amtspflichtverletzungen denkbar:

- Die Bauaufsichtsbehörde erteilt eine rechtswidrige Baugenehmigung, die später aufgehoben wird
- Die Bauaufsichtsbehörde verzögert die Erteilung einer Baugenehmigung in rechtswidriger Weise
- Die Bauaufsichtsbehörde lehnt den Bauantrag in rechtswidriger Weise ab

Anhand der amtshaftungsrechtlichen Tatbestandsmerkmale sollen zu den vorgenannten Fallgestaltungen einige von der Zivilgerichtsbarkeit entwickelten Grundsätze dargestellt werden.

---

\* Die Verfasserin ist Rechtsanwältin in Koblenz.

## II. Handlung/Unterlassung eines Beamten in Ausübung seines öffentlichen Amtes

Die erste Voraussetzung des Amtshaftungstatbestandes, nämlich das Vorliegen einer Handlung bzw. eines Unterlassens eines Beamten in Ausübung seines öffentlichen Amtes, ist bei Entscheidungen der Bauaufsichtsbehörden unproblematisch erfüllt, da es sich bei den Mitarbeitern der Bauaufsichtsbehörden stets um Beamte oder Angestellte der jeweiligen öffentlich-rechtlichen Körperschaft handelt. Insoweit gilt der erweiterte Beamtenbegriff, wonach Beamte im haftungsrechtlichen Sinne – neben den Beamten in staatsrechtlichen Sinne – auch diejenigen Personen sind, die in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis (Angestellte und Arbeiter des öffentlichen Dienstes) zu einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft stehen. Auch die Mitglieder kommunaler Vertretungskörperschaften fallen unter den Beamtenbegriff, was z. B. im Zusammenhang mit der Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 BauGB relevant sein kann (dazu noch unten). Öffentlich bestellte Vermessungsingenieure sind hingegen keine Beamten im haftungsrechtlichen Sinne, wenn sie für einen Bauherrn Vermessungsarbeiten ausführen, die fehlerhaft sind und zu einem Baustopp führen.<sup>1</sup> Der öffentlich-rechtliche Charakter ihrer Tätigkeit beschränkt sich in der Regel auf die Landesvermessung, die Führung des Liegenschaftskatasters sowie die raumplanerischen und städtebaulichen Vermessungsaufgaben; die Lageplanerstellung und die Gebäudeeinmessung für einen Bauherrn sind hingegen rein privatrechtlicher Natur.

## III. Verletzung einer Amtspflicht

Weiteres Erfordernis ist die Verletzung einer Amtspflicht durch den Beamten, mithin die Verletzung einer Rechtspflicht des Staates gegenüber dem Bürger.

### 1. Erteilung einer rechtswidrigen Baugenehmigung

Im Falle der Erteilung einer rechtswidrigen Baugenehmigung liegt stets eine Amtspflichtverletzung vor, da die Bauaufsichtsbehörden – wie sämtliche Verwaltungsstellen – die Amtspflicht zu einem rechtmäßigen Verhalten haben. Dies folgt bereits aus dem Verfassungsgrundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, also aus Art. 20 III GG. Zu beachten ist allerdings, dass nach den Landesbauordnungen für viele Bauvorhaben inzwischen vereinfachte Genehmigungsverfahren gelten. In diesen Fällen sind auch die Amtspflichten der Bauaufsichtsbehörde entsprechend reduziert, da nämlich eine präventive Kontrolle ganz oder teilweise entfällt und die eingereichten Bauvorlagen nicht mehr umfassend zu prüfen sind. Etwas Anderes gilt lediglich dann, wenn sich aus den Bauvorlagen offenkundige Rechtsverstöße ergeben; dann muss die Bauaufsichtsbehörde die Baugenehmigung versagen, auch wenn der konkrete Rechtsverstoß nicht zu dem präventiven Prüfungsumfang zählt.

### 2. Rechtswidrige Versagung einer Baugenehmigung

Ebenso wie die rechtswidrige Erteilung einer Baugenehmigung stellt auch deren rechtswidrige Versagung stets eine Amtspflichtverletzung dar. Allerdings können reine

<sup>1</sup> BGH, Beschl. v. 29.11.2012 – III ZR 21/12.

Verfahrensfehler bei gebundenen Verwaltungsakten, zu denen grundsätzlich auch die Erteilung einer Baugenehmigung gehört, keinen Schaden verursachen, sondern nur materiell-rechtlich fehlerhafte Entscheidungen. So verursacht z. B. die Verletzung der Anhörungspflicht nach § 28 VwVfG bei der Versagung einer Baugenehmigung grundsätzlich keinen Schaden, wenn die Baugenehmigung in materiell-rechtlicher Hinsicht zu recht versagt wurde. Zu beachten ist zudem, dass auch eine nachträgliche Heilung der rechtswidrigen Versagung in Betracht kommen kann. Ein Amtshaftungsanspruch scheidet mithin aus, wenn die Baugenehmigung aufgrund einer Veränderungssperre nach § 14 BauGB versagt wurde, die zunächst wegen eines formellen Bekanntmachungsfehlers unwirksam war, aber durch eine erneute Bekanntmachung innerhalb der Bearbeitungsfrist (dazu noch unten) rückwirkend geheilt wird.<sup>2</sup>

### 3. Rechtswidrige Verzögerung einer Baugenehmigung

Auch die Verzögerung einer Genehmigungserteilung kann eine Amtspflichtverletzung darstellen, da jede Behörde die Amtspflicht hat, Anträge mit gebotener Beschleunigung zu bearbeiten und ohne Verzögerung zu bescheiden. Diese Amtspflicht hat im Baugenehmigungsverfahren wegen der finanziellen Auswirkungen für den Bauherrn besondere Bedeutung.<sup>3</sup> Zu der Frage, ab wann eine rechtswidrige Verzögerung vorliegt, enthalten die Landesbauordnungen teilweise nur eine spezialgesetzliche Wiederholung der allgemeinen Beschleunigungspflicht, teilweise aber auch konkrete Zeitvorgaben für die Bearbeitung eines Bauantrags. Ohne eine solche gesetzlich normierte Bearbeitungsfrist lässt sich nicht generell festlegen, ab welcher Dauer eine schuldhafte Verzögerung und damit eine Amtspflichtverletzung anzunehmen ist; dies hängt vielmehr von den Umständen des Einzelfalls, d. h. von Umfang und Schwierigkeit der zu treffenden Entscheidung ab. Allerdings leitet die Rechtsprechung aus § 75 VwGO, wonach eine Untätigkeitsklage zulässig ist, wenn über einen Antrag nicht innerhalb von drei Monaten entschieden wurde, her, dass die Bauaufsichtsbehörden im Regelfall eine Amtspflichtverletzung begehen, wenn sie einen Bauantrag nicht innerhalb dieser Frist bescheiden. Dabei beginnt die Frist erst dann zu laufen, wenn alle maßgeblichen Antragsunterlagen vorliegen. Allerdings handelt es sich bei der dreimonatigen Bearbeitungsfrist nicht um einen zwingenden Grundsatz; vielmehr kann auch bei einem kürzeren Zeitraum schon eine Amtspflichtverletzung vorliegen, etwa wenn es sich um die bloße Modifizierung eines früheren Bauantrags handelt.<sup>4</sup>

Es kommt aber auch eine gezielte und zulässige Verzögerung bei der Genehmigungserteilung in Betracht, um durch Aufstellung oder Änderung eines Bebauungsplans ein bislang zulässiges Vorhaben auszuschließen. Die Gemeinde kann nämlich einen konkreten Bauantrag zum Anlass für eine Bebauungsplanaufstellung oder -änderung nehmen und den Zeitraum für die Bearbeitung des Bauantrags dazu nutzen, einen entsprechenden Aufstellungsbeschluss nach § 2 I 2 BauGB zu fassen und von den Sicherungsmitteln der Zurückstellung bzw. der Veränderungssperre nach §§ 14 und 15 BauGB Gebrauch zu machen. Ein solches Vorgehen ist grundsätzlich nicht amtspflichtwidrig.<sup>5</sup> Amtspflichtwidrig ist diese bewusste Verzögerung nur dann, wenn die Sicherungsmittel noch nicht bis zum Ablauf der Bearbeitungsfrist für den Bauantrag

2 BGH, NVwZ 2004, 1143.

3 BGH, NJW 1991, 2696; NVwZ 1987, 168; NVwZ 1994, 405; NVwZ 1998, 1329.

4 BGH, NVwZ 1993, 299; OLG Jena, NVwZ-RR 2001, 702.

5 BVerwG, NVwZ 1999, 523; BGH, NVwZ 2007, 485; OLG Koblenz, OLGZR 2002, 110.

wirksam geworden sind.<sup>6</sup> Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass der Bauherr gegen einen Zurückstellungsbescheid Widerspruch oder je nach Bundesland auch unmittelbar Klage erheben kann. Hat die Bauaufsichtsbehörde nicht den Sofortvollzug des Zurückstellungsbescheides angeordnet, entfaltet der Widerspruch aufschiebende Wirkung, so dass die Bauaufsichtsbehörde zur Weiterbearbeitung des Bauantrags verpflichtet ist und amtspflichtwidrig handelt, wenn sie untätig bleibt.<sup>7</sup>

#### 4. Amtspflicht zur Erteilung richtiger Auskünfte, Zusagen und Hinweise

Im Zusammenhang mit Baugenehmigungen ist schließlich die Amtspflicht von Bedeutung, keine unrichtigen Auskünfte oder Zusagen zu erteilen. Dies betrifft insbesondere falsche behördliche Aussagen über die Bebaubarkeit eines Grundstücks;<sup>8</sup> auch wenn die Bauaufsichtsbehörde zu einer solchen Auskunft nicht verpflichtet ist, sondern auf die Möglichkeit einer verbindlichen Bauvoranfrage verweisen könnte. Keine Amtspflichtverletzung ist hingegen die Auskunft über einen bestehenden Bebauungsplan, wenn dieser später durch ein Gericht als unwirksam angesehen wird.<sup>9</sup> Ist dem Beamten jedoch die Unwirksamkeit des Bebauungsplans bekannt, stellt die gegenteilige Aussage gegenüber dem Bauwilligen eine Amtspflichtverletzung dar.<sup>10</sup> Die Aufstellung eines von der angekündigten Bauleitplanung abweichenden Bebauungsplans begründet dagegen ebenso wenig wie die unterlassene Aufstellung oder Änderung eines Bebauungsplans einen Amthaftungsanspruch wegen unrichtiger Auskunft.<sup>11</sup> Denn nach § 1 III BauGB besteht weder ein Planaufstellungsanspruch noch ein Anspruch auf einen bestimmten Planinhalt.

Die Bauaufsichtsbehörde hat schließlich die Amtspflicht, einen Bauherrn rechtzeitig von einem Nachbarwiderspruch zu unterrichten, um Schäden für diesen zu verhindern.<sup>12</sup> Insoweit wird die Unterrichtung des Bauherrn erst nach zwei Wochen oder noch später als nicht mehr unverzüglich erachtet; denn die Bauaufsichtsbehörde hat bei dem Eingang eines Widerspruchs keine rechtlichen Überlegungen anzustellen, sondern schlicht dessen Tatsache mitzuteilen.<sup>13</sup>

#### IV. Drittbezogenheit der Amtspflicht

Der Schadensersatzanspruch nach § 839 BGB setzt des Weiteren voraus, dass der Beamte die einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt hat. Diese Frage beantwortet sich im Einzelfall danach, ob die verletzte Amtspflicht zumindest auch den Zweck hatte, das Interesse gerade des Geschädigten zu schützen. Die Drittbezogenheit verlangt mithin nach einer „besonderen Beziehung“ zwischen der verletzten Amtspflicht und dem Geschädigten; sie scheidet aus, wenn die verletzte Amtspflicht ausschließlich öffentlichen Belangen dient. Bei Bauverwaltungsakten ist der Kreis der geschützten Dritten danach zu differenzieren, ob es sich um die Erteilung oder die Versagung einer Baugenehmigung handelt.

6 BGH, NVwZ 1994, 405.

7 BGH, NVwZ 2002, 123.

8 BGH, NJW 1978, 1522; NJW 1994, 2087; DVBl 2002, 1114.

9 OLG Saarbrücken, NVwZ-RR 1999, 159.

10 BGH, NJW 1990, 245.

11 BGH, BRS 53 Nr. 31; DVBl 1996, 209; NJW 1980, 826; NVwZ 2006, 1207.

12 BGH, NVwZ 2004, 638.

13 BGH, NVwZ 2004, 638.

## 1. Rechtswidrige Versagung einer Baugenehmigung

Bei der rechtswidrigen Versagung einer Baugenehmigung besteht die Amtspflichtverletzung nur gegenüber dem jeweiligen Antragsteller. Während die Erteilung einer Baugenehmigung vorhaben- und grundstücksbezogen ist und damit z. B. auch gegenüber Rechtsnachfolgern gilt, wirkt die Versagung nur gegenüber dem Antragsteller. Sie hat gegenüber einem anderen keine materielle Bestandskraft im Sinne einer Feststellungswirkung und berechtigt die Behörde nicht, einen erneuten Bauantrag ohne Sachprüfung abzulehnen. Der Grundstückseigentümer fällt daher nur dann in den Schutzbereich der verletzten Amtspflicht, wenn er selber Antragsteller war.<sup>14</sup> Folglich hat er keinen Amtshaftungsanspruch, wenn die Ablehnung des Bauantrags gegenüber dem Mieter oder dem Erwerber seines Grundstücks erfolgt ist.<sup>15</sup> Wird ein Grundstück veräußert und behält sich der Erwerber, der zugleich Antragsteller ist, den Rücktritt vom Kaufvertrag für den Fall der Versagung der Baugenehmigung vor, so hat der Verkäufer zwar ein wirtschaftliches Interesse an der Erteilung der Baugenehmigung, dennoch ist er nicht Dritter im Sinne des § 839 BGB.<sup>16</sup>

## 2. Erteilung einer rechtswidrigen Baugenehmigung

Da Zweck der Baugenehmigung ist, eine verlässliche Grundlage dafür zu bieten, dass das Vorhaben mit den Vorschriften des öffentlichen Rechts im Einklang steht, ist auch die Erteilung einer rechtswidrigen Baugenehmigung gegenüber dem Bauherrn stets eine Amtspflichtverletzung.<sup>17</sup> In diesen Fällen ist aber nicht nur auf die Interessen des Antragstellers selbst, sondern auch auf die Interessen derjenigen Rücksicht zu nehmen, die im schutzwürdigen Vertrauen auf die erteilte Genehmigung unmittelbar die Verwirklichung des Vorhabens in Angriff nehmen wollten und hierfür konkrete Aufwendungen gemacht haben,<sup>18</sup> also z. B. auf den Grundstückskäufer, der das Grundstück im Vertrauen auf die Baugenehmigung von dem Antragsteller erworben hat.<sup>19</sup> Dies beruht auf dem Umstand, dass die Baugenehmigung objektbezogen und nicht personenbezogen ist.

## 3. Gemeindliches Einvernehmen

Unter dem Gesichtspunkt der Drittbezogenheit der Amtspflicht hat die Rechtsprechung schließlich auch die Frage erörtert, ob eine Gemeinde bei der rechtswidrigen Versagung des Einvernehmens nach § 36 I BauGB unmittelbar gegenüber dem Bauherrn eine Amtspflicht verletzt. Dies wird vom BGH verneint, da die Bauaufsichtsbehörden seit dem BauROG 1998 gemäß § 36 II 3 BauGB ein rechtswidrig versagtes Einvernehmen ersetzen können. Nach der bis 1998 geltenden Fassung des § 36 BauGB kam ein Amtshaftungsanspruch in Betracht, wenn eine Gemeinde pflichtwidrig ihr Einvernehmen verweigerte, da die Bauaufsichtsbehörde dann gehindert war, die beantragte Baugenehmigung zu erteilen. Nach Auffassung des BGH genügte dies, um eine besondere Beziehung zwischen der verletzten Amtspflicht und dem Bauherrn zu bejahen, obwohl die Erteilung bzw. Verweigerung des Einvernehmens nur ein Verwaltungs-

<sup>14</sup> BGH, NVwZ 1987, 356.

<sup>15</sup> BGH, NVwZ 1987, 356; NVwZ 1990, 501.

<sup>16</sup> BGH, NVwZ 1994, 932; NVwZ-RR 2008, 670.

<sup>17</sup> BGH, NJW 1988, 2884; NJW 1993, 2303; NVwZ 1992, 911; NJW 2002, 432.

<sup>18</sup> BGH, NJW 1993, 2303.

<sup>19</sup> BGH, NJW 1994, 130; NVwZ 2002, 122.

internum darstellt. Nach der aktuell geltenden Fassung des § 36 II 3 BauGB kann hingegen die nach Landesrecht zuständige Behörde ein rechtswidrig versagtes Einvernehmen der Gemeinde ersetzen. Mit Grundsatzurteil vom 6.9.2010<sup>20</sup> hat der BGH daher entschieden, dass die Gemeinde bei rechtswidriger Versagung des Einvernehmens keine Amtspflichten unmittelbar gegenüber dem Bauherrn verletzt. Durch die Aufhebung der Bindungswirkung der Einvernehmensverweigerung und die damit einhergehende Erweiterung der Prüfungs- und Entscheidungskompetenz der Bauaufsichtsbehörde sei der Grund für die Annahme einer drittgerichteten Amtspflicht der Gemeinde entfallen. Auch aus dem Umstand, dass § 36 II 3 BauGB bzw. die entsprechenden Landesnormen als Kann-Vorschriften ausgestaltet seien, ergebe sich nichts Abweichendes. Denn jeder Bauwillige, dessen Vorhaben mit den bauplanungs- und bauordnungsrechtlichen Vorschriften in Einklang stehe, habe einen durch Art. 14 GG geschützten Anspruch auf Genehmigungserteilung. Erhebliche zeitliche Verzögerungen bei der Genehmigungserteilung, die dadurch entstehen könnten, dass die Gemeinde gegen das Ersetzen des Einvernehmens vorgeht, könnten hingegen nach wie vor zu einer Haftung der Gemeinde führen, da in diesem Fall der Bereich des bloßen Verwaltungsinternums verlassen werde. Auch wenn die Gemeinde die Verweigerung des Einvernehmens darauf stütze, dass das Vorhaben den Festsetzungen eines Bebauungsplans widerspreche, der Bebauungsplan aber unwirksam sei, müsse die Bauaufsichtsbehörde das gemeindliche Einvernehmen ersetzen. Zwar besteht nach Auffassung des BGH grundsätzlich keine Normverwerfungskompetenz der Bauaufsichtsbehörde in Bezug auf einen für unwirksam erachteten Bebauungsplan. Damit stehe jedoch nicht fest, dass die Bauaufsichtsbehörde diesen Plan ihrer Entscheidung über ein beantragtes Vorhaben zugrunde legen müsse. Vielmehr handele sie amtspflichtwidrig, wenn sie einen solchen Plan anwende. Erkenne sie die Unwirksamkeit, habe sie die Gemeinde und die Kommunalaufsicht von ihren Bedenken zu unterrichten. Die Gemeinde habe sodann den Bebauungsplan aufzuheben und ggf. den Fehler zu beseitigen. Deshalb sei die Bauaufsichtsbehörde auch ohne eigene Normverwerfungskompetenz nicht gehindert, das gemeindliche Einvernehmen nach Durchführung entsprechender Verfahrensschritte zu ersetzen.<sup>21</sup>

## V. Schützwürdigkeit des Vertrauens

Bei rechtswidrig erteilten Baugenehmigungen besteht über die Drittbezogenheit der verletzten Amtspflicht hinaus die weitere Anforderung, dass der Geschädigte schützwürdiges Vertrauen in den Bestand der Baugenehmigung haben muss. Der amthafungsrechtliche Vertrauensschutz reicht nämlich nur soweit, wie nach allgemeinem Verwaltungsrecht Vertrauensschutz in die Verlässlichkeit eines rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsaktes anerkannt wird. Gesichtspunkte, die einem Vertrauensschutz entgegenstehen, sind daher nicht erst bei der Frage des Mitverschuldens i. S. d. § 254 BGB (dazu noch unten) zu berücksichtigen, sondern bereits bei der Prüfung der objektiven Reichweite des durch das Amtshaftungsrecht gewährten Vermögensschutzes.<sup>22</sup>

Kein Vertrauensschutz und damit auch kein Ersatzanspruch besteht, wenn der Bauherr ein Vorhaben errichtet, das von dem genehmigten Vorhaben erheblich abweicht (sog.

<sup>20</sup> BGH, NVwZ 2011, 249.

<sup>21</sup> BGH, Urt. v. 25.10.2012 – III ZR 29/12.

<sup>22</sup> BGHZ 134, 268.

aliud).<sup>23</sup> Die Aufwendungen, die auf wesentlichen Abweichungen von der genehmigten Planung beruhen, liegen grundsätzlich nicht mehr im Schutzbereich der verletzten Amtspflicht. Selbst wenn zwischen der tatsächlichen Bauausführung und dem genehmigten Vorhaben eine gewisse Teilübereinstimmung besteht, ändert dies nichts daran, dass der Bauherr von der genehmigten Planung abgewichen ist und das Bauvorhaben insgesamt nicht in Ausnutzung der ihm erteilten Baugenehmigung ausgeführt hat. Es ist mithin nicht nach den Aufwendungen zu differenzieren, die für den genehmigten Teil der Anlage angefallen sind, und den Aufwendungen, die die abweichende Bauausführung betreffen; vielmehr entfällt der Vertrauensschutz des Bauherrn insgesamt.

Ist zugunsten eines Bauherrn die Zulässigkeit eines konkreten Vorhabens durch eine (rechtswidrige) Baugenehmigung bestandskräftig festgestellt worden und beruht das Erlöschen dieser Genehmigung nicht auf den Rechtsmängeln der Baugenehmigung, sondern ausschließlich darauf, dass der Bauherr nicht innerhalb der gesetzlichen Frist von der Baugenehmigung Gebrauch gemacht hat, kann er nicht den Ersatz des Schadens verlangen, der ihm daraus entstanden ist, dass er auf die Rechtmäßigkeit und Bestandskraft der Baugenehmigung vertraut hat. Insoweit ist die Bauaufsichtsbehörde auch nicht verpflichtet, den Bauherrn auf das Risiko hinzuweisen, das er eingeht, wenn er von der Baugenehmigung nicht innerhalb der gesetzlichen Frist Gebrauch macht.<sup>24</sup>

Ferner scheidet Vertrauensschutz in den Fällen des § 48 II 3 VwVfG aus, also bei arglistiger Täuschung, Drohung oder Bestechung gegenüber der Bauaufsichtsbehörde sowie bei grob fahrlässiger Unkenntnis des Bauherrn von der Rechtswidrigkeit der Baugenehmigung. Für die Frage, ob eine grob fahrlässige Unkenntnis vorliegt, ist auf die persönlichen Umstände und Fähigkeiten des Betroffenen abzustellen. Allerdings wird bei der Rücknahme einer rechtswidrigen Baugenehmigung das Rechtsanwendungsrisiko auch dann nicht in vollem Umfang von der Behörde auf den Antragsteller verlagert, wenn dieser über bessere Erkenntnisquellen und größere Erfahrung verfügt. So hat der BGH sogar bei einem Architekten als Bauherrn das Rechtsanwendungsrisiko für die Beurteilung der planungsrechtlichen Zulässigkeit nach § 34 BauGB nicht in vollem Umfang auf den Bauherrn verlagert, da es hier, anders als etwa bei der Einhaltung der Grenzabstände nach dem Bauordnungsrecht, die jeder Architekt bei der Planung zu beachten hat, um schwierige rechtliche Wertungen gehe. In diesen Fällen müsse der Bauherr bei der Beurteilung der planungsrechtlichen Zulässigkeit nicht klüger sein als die Bauaufsichtsbehörde.<sup>25</sup>

Besonders häufig stellt sich schließlich die Frage, unter welchen Voraussetzungen der durch die Erteilung einer rechtswidrigen Baugenehmigung geschaffene Vertrauenstatbestand im Falle einer Drittanfechtung beseitigt wird, ob also der Bauherr nach einer Nachbaranfechtung auf eigenes finanzielles Risiko weiterbaut, wenn die Baugenehmigung später aufgehoben wird. Teilweise wird dies als Frage des Mitverschuldens des Bauherrn nach § 254 BGB behandelt.<sup>26</sup> Die neuere Rechtsprechung des BGH geht allerdings dahin, dies als Frage des schutzwürdigen Vertrauens und damit als Frage der objektiven Reichweite der amthaftungsrechtlichen Verlässlichkeitsgrundlage anzusehen. Allerdings soll nach Auffassung des BGH das schutzwürdige Vertrauen nach einer Drittanfechtung nicht vollständig entfallen; vielmehr obliegt dem Bauherrn ab diesem Zeitpunkt eine größere Eigenverantwortung.<sup>27</sup> Maßgeblich für das Entfallen

23 BGH, NVwZ 1994, 821; NVwZ 2003, 376.

24 BGH, Beschl. v. 22.12.1992 – III ZR 96/91.

25 BGH, NVwZ 2004, 638.

26 So etwa noch BGH, NJW 1995, 1968; NJW 1985, 1692.

27 BGH, NJW 2002, 432; NJW 2008, 2502.

des schutzwürdigen Vertrauens soll dabei zum einen die Wirkung der Drittanfechtung, also die Frage sein, ob sie aufschiebende Wirkung entfaltet. Zum anderen soll es auf das Gewicht der vom Nachbarn vorgebrachten Anfechtungsgründe ankommen. Soweit die Anfechtung einer Baugenehmigung durch einen Nachbarn nach § 212a BauGB grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung entfaltet, sondern die Baugenehmigung kraft Gesetzes sofort vollziehbar bleibt, sei hieraus allerdings nicht zu folgern, dass der Vertrauensschutz des Bauherrn in vollem Umfang bestehen bleibt, wenn der Nachbar neben dem Widerspruch bzw. der Anfechtungsklage nicht auch einen Eilantrag auf Aussetzung der Vollziehung nach § 80a VwGO gestellt hat. Vielmehr kommt es dann maßgebend darauf an, ob der Bauherr die Möglichkeit der Rechtswidrigkeit ernsthaft in Betracht ziehen muss, ob also Anfechtungsgründe vorgebracht werden, die nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen sind. Hat der Nachbar hingegen auch einen Antrag auf Aussetzung der sofortigen Vollziehung gestellt und setzt der Bauherr sein Vorhaben dennoch fort, ohne die Entscheidung des Verwaltungsgerichts im Eilverfahren abzuwarten, nimmt er das in der Drittanfechtung liegende Risiko bewusst auf sich, so dass sein Vertrauensschutz in diesem Fall vollständig entfällt.<sup>28</sup> Für die Zeit zwischen der Erteilung der Baugenehmigung und der Kenntniserlangung von der Nachbaranfechtung hat der Bauherr hingegen vollen Vertrauensschutz; auch wenn die Einwände des Nachbarn bereits im Baugenehmigungsverfahren offengelegt wurden. Insoweit kann sich der Bauherr darauf rufen, dass er nicht klüger zu sein braucht als die Bauaufsichtsbehörde, die die Baugenehmigung trotz der Einwände erteilt hat.<sup>29</sup>

## VI. Kausalzusammenhang zwischen Amtspflichtverletzung und Schaden

Erforderlich ist ferner ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen der Amtspflichtverletzung und dem eingetretenen Schaden. Es ist also zu fragen, wie sich die Vermögenslage des Geschädigten darstellen würde, wenn die Amtspflichtverletzung nicht begangen worden wäre. Bei amtspflichtwidrig verweigerter oder verzögerter Erteilung einer Baugenehmigung ist dieses Verhalten grundsätzlich kausal für alle Nachteile, die bei pflichtgemäßem Handeln vermieden worden wären. Da der Bauherr nicht mit einem amtspflichtwidrigen Verhalten der Bauaufsichtsbehörde zu rechnen braucht, muss er sich bei Vertragsverhandlungen mit einem etwaigen Erwerbsinteressenten aber nicht durch entsprechende Vertragsklauseln, etwa der aufschiebend bedingten Wirksamkeit des Kaufvertrages durch die Erteilung der Baugenehmigung, gegen die Folgen etwaiger Pflichtverletzungen der Behörde absichern.<sup>30</sup>

Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch der behördliche Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens, also der Einwand sein, dass das durch ein amtspflichtwidriges Verhalten herbeigeführte Ergebnis durch ein rechtmäßiges Alternativverhalten ebenfalls herbeigeführt worden wäre. Dies betrifft z. B. Fälle, in denen ein Bauantrag rechtswidrig abgelehnt wurde, weil er gegen einen Bebauungsplan verstößt, der jedoch formell fehlerhaft und damit unwirksam ist. Soweit die Bauaufsichtsbehörde bei pflichtgemäßer Prüfung hätte feststellen müssen, dass der Bauleitplan unwirksam ist, hätte sie dem Antrag dennoch nicht stattgeben dürfen; vielmehr hätte sie dem Plangeber vor der Entscheidung die Gelegenheit geben müssen, den Fehler zu beheben. Da regelmäßig davon auszugehen ist, dass der Plangeber in diesen Fällen den Form-

28 BGH, NVwZ 1997, 714; NJW 2002, 432; NJW 2008, 2502.

29 BGH, NJW 2008, 2502.

30 BGH, BauR 2008, 494.