

## REPETITORIUM

# Grundfälle zur Staatshaftung im Baurecht

Von Akad. Rätin Jeanine Greim und Fabian Michl, Regensburg\*

Nach der grundlegenden Entscheidung des *BGH* vom 16. 9. 2010 zur Haftung der Gemeinde bei rechtswidrig verweigertem Einvernehmen<sup>1</sup> sind verstärkt baurechtliche Prüfungsaufgaben mit staatshaftungsrechtlichem Bezug zu erwarten. Studenten, Examenkandidaten und Referendare sind daher gut beraten, sich Kenntnisse in diesem prüfungsrelevanten Rechtsgebiet anzueignen. Dieser Beitrag stellt anhand von Grundfällen die wesentlichen Argumentationslinien dar, die auch in einer Klausur erwartet werden können.

## I. Rechtswidrige Versagung der Baugenehmigung

**Fall 1:** B beantragt die Erteilung einer Baugenehmigung für ein Mietshaus. Der Antrag wird von der Baugenehmigungsbehörde trotz eindeutiger Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens abgelehnt. Nach erfolgreicher Klage vor dem Verwaltungsgericht verwirklicht B das Vorhaben, ärgert sich aber vor allem über die erlittenen Mietausfälle. Hat er wegen der Verzögerung Ansprüche gegen den Rechtsträger der Baugenehmigungsbehörde?

### 1. Dualismus im Haftungsrecht

Da allgemein nach Ansprüchen gefragt wird, kommen sowohl Schadensersatz (Amtshaftungsanspruch aus § 839 BGB i. V. m. Art. 34 Satz 1 GG) als auch Entschädigung (Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff) in Betracht. Beide Haftungsinstitute schließen sich nicht aus;<sup>2</sup> wegen seiner günstigeren Rechtsfolgen steht der Amtshaftungsanspruch hier aber am Beginn der Prüfung.

### 2. Amtshaftungsanspruch

#### a) Handeln eines Amtsträgers in Ausübung eines öffentlichen Amtes

Der zuständige Sachbearbeiter hat als Beamter im haftungsrechtlichen Sinne<sup>3</sup> bei Ablehnung des Bauantrags sein öffentliches Amt ausgeübt.

#### b) Amtspflichtverletzung

Amtspflichten sind Pflichten, die dem Handelnden gegenüber seinem Dienstherrn obliegen.<sup>4</sup> Mit der rechtswidrigen Versagung der Baugenehmigung hat der Sachbearbeiter seine Amtspflicht zu rechtmäßigem Verwaltungshandeln verletzt.<sup>5</sup>

#### c) Drittbezogenheit

Die Frage, ob der Anspruchsteller zu dem Kreis der »Dritten« im Sinne von § 839 BGB gehört, beantwortet sich danach, ob die Amtspflicht – wenn auch nicht notwendig allein, so doch auch – den Zweck hat, das Interesse gerade dieses Geschädigten wahrzunehmen.<sup>6</sup> In einem Dreischritt sind zu prüfen: die generelle Drittbezogenheit (1), die personale Drittbezogenheit (2) und die sachliche Drittbezogenheit der Amtspflicht (3).

Die generell drittbezogene (1) Amtspflicht zu rechtmäßigem Verwaltungshandeln bei Verbescheidung eines Bauantrags schützt den Bauwerber B (2) gerade auch vor Verzögerungsschäden (3).<sup>7</sup>

#### d) Verschulden

Bei der Prüfung des Verschuldens ist ein objektiver Verschul-

densmaßstab zugrunde zu legen, der auf den pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten abstellt.<sup>8</sup> Indem der Sachbearbeiter die eindeutige Rechtslage verkannte, handelte er fahrlässig.

#### e) Kausaler Schaden

Infolge der verzögerten Realisierung des Vorhabens, die auf die ursprüngliche Versagung der Baugenehmigung zurückzuführen ist, hat B Mietausfälle erlitten.

#### f) Kein Haftungsausschluss

Von einem Dritten vermag B keinen Ersatz zu verlangen, so dass die Subsidiaritätsklausel des § 839 I 2 BGB dem Anspruch nicht entgegensteht. Durch seine Klage auf Erteilung der Baugenehmigung hat B dem Gebot des Vorrangs des Primärrechtsschutzes (§ 839 III BGB) Rechnung getragen.

#### g) Art und Umfang des Schadensersatzes

B kann die entgangenen Mieteinnahmen nach den §§ 249 ff. BGB ersetzt verlangen (vgl. § 252 BGB).

#### h) Anspruchsgegner und Rechtsweg

Nach der heute zu Art. 34 Satz 1 GG überwiegend vertretenen Anvertrauenslehre<sup>9</sup> haftet der Rechtsträger der Baugenehmigungsbehörde als Hoheitsträger, der dem Sachbearbeiter sein Amt anvertraut hat.

Der Anspruch ist gem. Art. 34 Satz 3 GG i. V. m. § 40 II 1 Hs. 1 Var. 3 VwGO vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen. Sachlich zuständig ist gem. § 71 II Nr. 2 GVG das Landgericht.

## 3. Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff

### a) Rechtsgrundlage

Seit dem Nassauskiesungsbeschluss des *BVerfG*<sup>10</sup> kann der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff nicht mehr auf eine Analogie zu Art. 14 III GG gestützt werden.<sup>11</sup> Nach h. M.<sup>12</sup>

\* Die Autorin *Greim* ist als akademische Rätin, der Autor *Michl* als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für öffentliches Recht, insb. deutsches und europäisches Verwaltungsrecht (*Prof. Dr. Gerrit Manssen*) an der Universität Regensburg tätig.

<sup>1</sup> *BGH* NVwZ 2011, 249 ff.

<sup>2</sup> St. Rspr.; vgl. zuletzt *BGHZ* 170, 260, 272 m. Anm. *Schoch* JK 7/07, GG Art. 34/31.

<sup>3</sup> Vgl. *Erichsen/Ehlers/Grzeszick* Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 44 Rdn. 15.

<sup>4</sup> *Erichsen/Ehlers/Grzeszick* Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 44 Rdn. 16.

<sup>5</sup> *MünchKomm-BGB/Papier*, 5. Aufl. 2009, § 839 Rdn. 193 m. w. N.

<sup>6</sup> *Staudinger/Wurm* BGB, Neubearbeitung 2007, § 839 Rdn. 169 m. w. N.

<sup>7</sup> *Erichsen/Ehlers/Grzeszick* Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 44 Rdn. 19 m. w. N.

<sup>8</sup> *Erichsen/Ehlers/Grzeszick* Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 44 Rdn. 28 m. w. N.

<sup>9</sup> *Ossenbühl* Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 112 f. m. w. N.

<sup>10</sup> *BVerfGE* 58, 300 ff. m. Anm. *von Mutius* JK 82, GG Art. 14 I 2/13.

<sup>11</sup> *Erichsen/Ehlers/Grzeszick* Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 44 Rdn. 64.

<sup>12</sup> *BGHZ* 90, 17, 31; vgl. *Erichsen/Ehlers/Grzeszick* Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 45 Rdn. 66.

findet er (nunmehr) seine Rechtsgrundlage im erstmals in den §§ 74, 75 Einl. PrALR positivierten allgemeinen Aufopferungsgedanken. Zutreffender dürfte eine gewohnheitsrechtliche Geltung des Rechtsinstituts sein.<sup>13</sup>

#### b) Eigentumsrechtlich geschützte Rechtsposition

Der Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung nach den Vorschriften der jeweiligen Landesbauordnung ist eine dem Art. 14 GG unterfallende Rechtsposition, unabhängig von der Anerkennung einer verfassungsrechtlichen »Baufreiheit«<sup>14</sup>.

#### c) Rechtswidriger Eingriff

Problematisch ist die Eingriffsqualität der rechtswidrigen Nichterteilung der Baugenehmigung. Unterlassen stellt nach der Rechtsprechung des BGH grundsätzlich keinen Eingriff dar. Eine Ausnahme wird für den Fall anerkannt, dass die Unterlassung sich ihrer Wirkung nach wie ein in den Rechtskreis des Betroffenen eingreifendes Handeln qualifizieren lässt (sog. qualifiziertes Unterlassen). Die Nichterteilung der Baugenehmigung bewegt sich dabei nicht mehr auf der Ebene des »Nichtgewährens«, sondern steht im Widerspruch zum Genehmigungsanspruch und greift somit als qualifiziertes Unterlassen in das Eigentum des Bauwerbers ein.<sup>15</sup>

#### d) Unmittelbarkeit

Mit dem verzögerten Baubeginn aufgrund der Nichterteilung der Genehmigung haben sich die im öffentlich-rechtlichen Handeln des Sachbearbeiters angelegten typischen Gefahren für das Eigentum verwirklicht.<sup>16</sup>

#### e) Sonderopfer

Nach h. M. indiziert die Rechtswidrigkeit des Eingriffs das Sonderopfer.<sup>17</sup>

#### f) Vorrang des Primärrechtsschutzes

Der Anspruch entfällt nicht analog § 254 BGB,<sup>18</sup> da B rechtzeitig Primärrechtsschutz ergriffen hat.

#### g) Anspruchsumfang

Orientierungspunkt für den Anspruchsumfang beim enteignungsgleichen Eingriff ist die Enteignungsentschädigung. Die Entschädigung soll (nur) Kompensation für das erlittene Sonderopfer sein. Entschädigt werden deshalb vor allem die Nachteile an der Eigentumssubstanz, daneben auch eng damit zusammenhängende Folgeschäden. Schwieriger gestaltet sich die Begründung einer angemessenen Entschädigung in den Fällen, in denen das Grundstück noch gar nicht bebaut ist. Da die Entschädigung nur wegen der Nachteile zu gewähren ist, die infolge des Eingriffs an dem Objekt selbst eintreten, kann die Höhe der Nutzungsentschädigung nur aus der entgangenen Nutzung an Grund und Boden entnommen werden. Würde bei Bemessung der Entschädigung auch auf die entgangenen Nutzungen des auf dem Grundbesitz ohne die rechtswidrige Verweigerung der Baugenehmigung errichteten Gebäudes abgestellt werden, so würde damit wegen Nachteilen entschädigt, die nicht an dem Eingriffsobjekt selbst, nämlich an dem Grundstück, entstanden sind. Deshalb scheidet i. d. R. eine Entschädigung wegen entgangener Nutzung erst künftig zu erbauender Häuser aus. Allerdings bemisst sich die zu gewährende Bodenrente nach dem Betrag, den ein Bauwilliger für die Gestattung zur Errichtung eines Hauses auf diesem Grundstück zu zahlen bereit gewesen wäre (Miet-, Pacht- oder Erbbauzins). Hiervon ist der Wert der Nutzungen abzuziehen, die zu ziehen der Be-

troffene durch die vorübergehende Bausperre nicht gehindert gewesen ist.<sup>19</sup>

#### h) Anspruchsgegner und Rechtsweg

Anspruchsgegner ist der Rechtsträger der Baugenehmigungsbehörde als Hoheitsträger, dessen Aufgaben mit der Maßnahme wahrgenommen wurden. Über Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff entscheiden gem. § 40 II 1 Hs. 1 Var. 1 VwGO die ordentlichen Gerichte.

## II. Rechtswidrige Verweigerung des Einvernehmens

**Fall 2:** B beantragt die Erteilung einer Baugenehmigung für ein genehmigungsfähiges Mietshaus. Die Gemeinde verweigert rechtswidrig das erforderliche Einvernehmen. Die Baugenehmigungsbehörde macht von der nach § 36 II 3 BauGB i. V. m. der Landesbauordnung (LBO) bestehenden Möglichkeit zur Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens keinen Gebrauch und lehnt die Erteilung der Baugenehmigung ab. Nach erfolgreicher Klage vor dem Verwaltungsgericht erhält B die Baugenehmigung und verwirklicht das Vorhaben. Hat er wegen der Verzögerung Ansprüche gegen die Gemeinde und den Rechtsträger der Baugenehmigungsbehörde?

### 1. Ansprüche gegen die Gemeinde

#### a) Amtshaftung

Die rechtswidrige Verweigerung des Einvernehmens stellt eine Verletzung der Amtspflicht zu rechtmäßigem Verwaltungshandeln dar. Problematisch erscheint allein die Drittbezogenheit der Amtspflicht. Der Umstand, dass die Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen ein reines Verwaltungsinternum zwischen der Gemeinde und der Bauaufsichtsbehörde darstellt,<sup>20</sup> steht der Drittgerichtetheit der Amtspflicht nicht von vornherein entgegen.<sup>21</sup> Die drittgerichtete Amtspflicht setzt auch kein einklagbares subjektives öffentliches Recht auf Befolgung der Amtspflicht voraus.<sup>22</sup>

Fraglich ist jedoch, ob die Ersetzungsbefugnis der Baugenehmigungsbehörde nach § 36 II 3 BauGB i. V. m. der entsprechenden Regelung der LBO der Drittbezogenheit entgegensteht. Nach der alten Rechtslage bis zum Inkrafttreten des BauROG<sup>23</sup> 1998 existierte keine bundesrechtliche Regelung zur Aus-

<sup>13</sup> Vgl. Ipsen DVBl. 1983, 1029, 1037 m. w. N.

<sup>14</sup> Vgl. zur »Baufreiheit« Maunz/Dürig/Papier GG, Art. 14 Rdn. 57 (Stand: Juli 2010) m. w. N. zum Streitstand.

<sup>15</sup> Erichsen/Ehlers/Grzeszick Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 45 Rdn. 69; Detterbeck/Windthorst/Sproll Staatshaftungsrecht, 2000, § 17 Rdn. 28 jew. m. w. N.

<sup>16</sup> Erichsen/Ehlers/Grzeszick Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 45 Rdn. 72 m. w. N.

<sup>17</sup> Erichsen/Ehlers/Grzeszick Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 45 Rdn. 76.

<sup>18</sup> Erichsen/Ehlers/Grzeszick Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 45 Rdn. 84.

<sup>19</sup> BGH NJW 1959, 2156, 2159; so wohl auch Ossenbühl Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 266.

<sup>20</sup> Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Söfker BauGB, § 36 Rdn. 23 (Stand: März 2011); Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen Öffentliches Recht in Bayern, 5. Aufl. 2011, 4. Teil, Rdn. 23.

<sup>21</sup> Spannowsky/Uechtritz/Hofmeister BeckOK-BauGB, § 36 Rdn. 45 (Stand: Juli 2011); Jäde UPR 2011, 125. Ähnlich verhält es sich mit den Verwaltungsvorschriften, die als lediglich behördeninterne Rechtsvorschriften ohne unmittelbare Außenwirkung drittgerichtete Amtspflichten begründen, wenn sie im Interesse bestimmter außenstehender Bürger erlassen worden sind (vgl. dazu Detterbeck Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2011, Rdn. 1067).

<sup>22</sup> Detterbeck Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2011, Rdn. 1067.

<sup>23</sup> Gesetz zur Änderung des Baugesetzbuchs und zur Neuordnung des Rechts der Raumordnung vom 18. 8. 1997, BGBl. I S. 2081.

gestaltung einer landesrechtlichen Ersetzungsbefugnis. Die Baugenehmigungsbehörde war daher – abgesehen von den Möglichkeiten der Kommunalaufsicht bzw. eigenständigen Ersetzungsregelungen in den Landesbauordnungen – an die Verweigerung des Einvernehmens gebunden. Eine Ersetzung kam nur durch das Gericht in Betracht. Damals war die Amtspflicht, das Einvernehmen nicht rechtswidrig zu verweigern, als drittstimmend zu qualifizieren, da die Verweigerung notwendig und bestimmungsgemäß die Rechtsstellung des Bauwilligen berührte.<sup>24</sup>

Mit Urteil vom 16. 9. 2010<sup>25</sup> hat der *BGH* erstmals auf Grundlage der neuen Rechtslage entschieden und die Drittgerichtlichkeit der gemeindlichen Amtspflicht verneint. Soweit die Baugenehmigungsbehörde über eine Ersetzungsbefugnis verfüge, sei der entscheidende Grund für die Annahme einer drittgerichteten Amtspflicht der Gemeinde bei der Einvernehmensentscheidung entfallen. Aufgrund der Ersetzungsbefugnis werde die Prüfungs- und Entscheidungskompetenz der Bauaufsichtsbehörde erweitert und folglich die Bindungswirkung der negativen Entscheidung der Gemeinde für die Baugenehmigungsbehörde aufgehoben.<sup>26</sup> Der Verneinung einer drittgerichteten Amtspflicht der Gemeinde stehe auch nicht entgegen, dass sowohl die bundesrechtliche Regelung des § 36 II 3 BauGB als auch die streitgegenständliche Regelung der bayerischen Bauordnung (Art. 67 I 1 BayBO) als »Kann-Bestimmungen« ausgestaltet sind. Es spreche viel dafür, dass es sich bei diesen Vorschriften um bloße Befugnisnormen handelt, deren Rechtsfolge nicht im Ermessen der Behörde steht. Zudem habe der Bauwillige, dessen Vorhaben mit den materiell-rechtlichen Vorschriften in Einklang steht, einen durch Art. 14 GG geschützten Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung.<sup>27</sup> Irrelevant sei auch, dass die in der Bauordnung geregelte Ersetzungsbefugnis nach der Intention des Landesgesetzgebers materiell eine kommunalaufsichtliche Regelung darstellen soll. Zwar überlasse die bundeseinheitliche Vorgabe des § 36 II 3 BauGB dem Landesgesetzgeber die Ausgestaltung der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens, jedoch handele es sich dabei um eine »ureigene bauplanungsrechtliche Regelung«, die durch den Landesgesetzgeber nicht zu einem bloßen Mittel der Kommunalaufsicht umgestaltet werden dürfe.<sup>28</sup>

Die Entscheidung des *BGH* führt zu einer Haftungsverlagerung von der Gemeinde auf den Rechtsträger der Baugenehmigungsbehörde. Sie ist über den bayerischen Rechtsraum hinaus von erheblicher Relevanz. Indem der *BGH* die bundesrechtliche Ersetzungsregelung des § 36 II 3 BauGB als eine dem Grunde nach abschließende, materiell dem Bauplanungsrecht zuzuordnende Vorschrift interpretiert, belässt er den Landesgesetzgebern kaum Spielräume.<sup>29</sup> Unabhängig von der Ausgestaltung der landesrechtlichen Regelungen als »Kann-Bestimmungen«<sup>30</sup>, »Soll-Bestimmungen«<sup>31</sup>, zwingende Ersetzungsbestimmungen<sup>32</sup> oder reine Zuständigkeitsregelungen<sup>33</sup> ist bei rechtswidriger Nichterteilung der Baugenehmigung und unterlassener Ersetzung des rechtswidrig verweigerten, nach §§ 31 ff. BauGB erforderlichen Einvernehmens lediglich der Rechtsträger der Bauaufsichtsbehörde einem Amtshaftungsanspruch ausgesetzt.<sup>34</sup> Zu einer Haftung der Gemeinde kommt es nur, wenn diese Rechtsmittel gegen die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens durch die Bauaufsichtsbehörde ergreift.<sup>35</sup>

Die Entscheidung des *BGH* ist in der Literatur auf ein geteiltes Echo gestoßen.<sup>36</sup> Hauptkritikpunkte sind die Überdehnung der verfassungsrechtlichen Eigentumsgewährleistung<sup>37</sup> sowie der Bundeskompetenz für das Bodenrecht (Art. 74 I Nr. 18 GG)<sup>38</sup>. Der *BGH* verkenne, dass Art. 14 GG ein normkonkretisiertes

Grundrecht darstellt und die Baufreiheit durch die einfachgesetzlichen Regelungen als Inhalts- und Schrankenbestimmungen eingeschränkt wird. Auch dürfe der Bundesgesetzgeber in § 36 II 3 BauGB keine detaillierten verfahrensrechtlichen Bestimmungen für das Verhältnis zwischen Gemeinde und Bauaufsichtsbehörde treffen. Im Ergebnis ist indes dem *BGH* zu folgen. Mag es auch seinen verfassungsrechtlichen Ausführungen an dogmatischer Tiefe fehlen, so ist es dennoch überzeugend, mit einer in Literatur und verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung vertretenen Ansicht § 36 II 3 BauGB – ohne Rückgriff auf Art. 14 GG – angesichts seiner Entstehungsgeschichte, aber entgegen seinem Wortlaut als bloße Befugnisnorm ohne Ermessen zu lesen.<sup>39</sup> Ebenso lassen sich die kompetenzrechtlichen Bedenken ausräumen: Die Regelung des Ersetzungsverfahrens stellt einen Annex zur originär bauplanungsrechtlichen Regelung des Einvernehmenserfordernisses in den §§ 31 ff. BauGB dar.

Nach der im Ergebnis zutreffenden Ansicht des *BGH* hat B also keinen Amtshaftungsanspruch gegen die Gemeinde; es fehlt an der Drittbezogenheit der verletzten Amtspflicht.

### b) Enteignungsgleicher Eingriff

Dem B steht nach Ansicht des *BGH* auch kein Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff gegen die Gemeinde zu. Da die Versagung des gemeindlichen Einvernehmens wegen der Ersetzungsbefugnis einen »behördeninternen« Vorgang ohne Bindungswirkung für die Baugenehmigungsbehörde darstellt, ist der Eingriffstatbestand allein im außengerichteten Handeln der Baugenehmigungsbehörde, nämlich in der Ablehnung des Bau-

24 Siehe zur alten Rechtslage *Desens* DÖV 2009, 197, 199 f.; *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Söjker* BauGB, § 36 Rdn. 48 a (Stand: März 2011) m. w. N.

25 *BGH* NVwZ 2011, 249 ff.

26 *BGH* NVwZ 2011, 249, 250.

27 *BGH* NVwZ 2011, 249, 250.

28 *BGH* NVwZ 2011, 249, 251. Der bayerische Gesetzgeber hatte zudem versucht, die Haftung des Rechtsträgers der Bauaufsichtsbehörde auszuschließen, indem er in Art. 67 I 2 BayBO explizit regelte, dass kein Anspruch des Bauwerbers auf Ersetzung des Einvernehmens besteht. Der *BGH* erklärte diese Vorschrift für unbeachtlich.

29 *Jäde* ZfBR 2011, 427, 431 f. weist jedoch zutreffend darauf hin, dass § 36 II 3 BauGB nicht alle einvernehmenspflichtigen Konstellationen innerhalb des BauGB erfasst (vgl. etwa § 14 II 2 und §§ 22 V 1 BauGB) und dass zudem einige Landesbauordnungen für die Abweichung von örtlichen Bauvorschriften ein Einvernehmenserfordernis vorsehen.

30 § 54 IV LBO B.-W.; Art. 67 BayBO; § 80 II BauONRW; § 71 LBauO Rh.-Pf.; § 72 LBO Saarl.

31 § 70 BbgBO; § 69 ThürBO.

32 § 71 LBauO M.-V.; § 71 SächsBO; § 70 BauO LSA.

33 § 22 III DVO-BauGB Hessen; § 2 DVO-BauGB Nds.; § 1 III NBehZustÜVS.-H. Allein in Schleswig-Holstein ist die Zuständigkeit für die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens den Kommunalaufsichtsbehörden zugewiesen. Bei Behördenidentität von Baugenehmigungs- und Kommunalaufsichtsbehörde ergeben sich keine Probleme mit der vom *BGH* geschaffenen »Ersetzungspflicht«. Fallen die Behörden auseinander, führt erst eine Amtspflicht zur Herbeiführung der Ersetzung des Einvernehmens bei der zuständigen Stelle zu einem Amtshaftungsanspruch des Rechtsträgers der Baugenehmigungsbehörde; vgl. *Jäde* UPR 2011, 125, 129.

34 *Jäde* Gemeinde und Baugesuch, 4. Aufl. 2011, Rdn. 157.

35 *BGH* NVwZ 2011, 249, 250.

36 Zust. *Dippel* NVwZ 2011, 769, 775; *Jeromin* BauR 2011, 456, 461; *Schlarmann/Krappel* NVwZ 2011, 215, 216; krit. *Dimberger* Bayerischer Gemeindetag 2011, 139 ff. (frei zugänglich unter <http://www.bay-gemeindetag.de>); *Jäde* UPR 2011, 125 ff.

37 *Dimberger* Bayerischer Gemeindetag 2011, 139, 141; *Jäde* UPR 2011, 125, 126 f.; *Koch/Molodovsky/Famers* BayBO, Art. 67 Rdn. 21 (Stand: Feb. 2011).

38 *Dimberger* Bayerischer Gemeindetag 2011, 139, 142; *Jäde* UPR 2011, 125, 127 f.

39 Siehe dazu ausführlich *Dippel* NVwZ 2011, 769, 774.

antrags und der unterlassenen Ersetzung des Einvernehmens, zu erblicken.<sup>40</sup> Alternativ könnte man auch die Unmittelbarkeit des Eingriffs ablehnen.

## 2. Ansprüche gegen Rechtsträger der Baugenehmigungsbehörde

Mit dem *BGH* ist B auf Ansprüche gegen den Rechtsträger der Baugenehmigungsbehörde zu verweisen.

### a) Amtshaftungsanspruch

Die Baugenehmigungsbehörde trifft die drittbezogene Amtspflicht, die Baugenehmigung unter Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens zu erteilen.<sup>41</sup> Durch die Versagung der Baugenehmigung unter Verweis auf das rechtswidrig verweigerter Einvernehmen hat der Sachbearbeiter diese ihm gegenüber B obliegende Amtspflicht schuldhaft verletzt. B hat daher einen Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens aus § 839 BGB i. V. m. Art. 34 Satz 1 GG gegen den Rechtsträger der Baugenehmigungsbehörde.

### b) Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff

Hier ergeben sich keine Unterschiede zu Fall 1.

## III. Fehlerhafte Bauleitplanung (insb. Altlasten-Problematik)

**Fall 3:** B errichtet ein Einfamilienhaus, das er mit seiner Familie bewohnt. Für das Grundstück und seine Umgebung ist im Bebauungsplan ein reines Wohngebiet festgesetzt. Bei der Aufstellung des Plans war den Gemeinderatsmitgliedern bewusst, dass das Gelände früher als Industriemülldeponie genutzt worden war; eine Untersuchung auf Gesundheitsgefahren hielten sie jedoch für überflüssig. Schon bald leidet B an Atembeschwerden. Es stellt sich heraus, dass das Haus aufgrund der aus dem Boden austretenden giftigen Gase dauerhaft unbewohnbar ist. B fragt sich, ob er die Gemeinde in Anspruch nehmen kann. Schließlich habe er auf die Festsetzungen des Bebauungsplans vertraut, als er das Grundstück bebaut.

### 1. Amtshaftungsanspruch

Bei dem Beschluss des Bebauungsplans handelten die Gemeinderatsmitglieder als Beamte im haftungsrechtlichen Sinn in Ausübung ihres Amtes. Die Amtspflichtverletzung liegt nach st. Rspr. des *BGH*<sup>42</sup> darin, dass es die Gemeinderatsmitglieder versäumt haben, die durch Altlasten verursachte Gefahrensituation aufzuklären und diejenigen Gefahrenpotentiale zu berücksichtigen, die ihnen im Zeitpunkt der Beschlussfassung über den Bebauungsplan bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen. Daraus ergibt sich zugleich der Fahrlässigkeitsvorwurf.<sup>43</sup> Problematisch ist allein die Frage nach der Drittbezogenheit dieser Amtspflicht:

#### a) Generelle Drittbezogenheit

Beim Erlass eines Bebauungsplans als Satzung (vgl. § 10 I BauGB) handelt es sich um einen Akt der Rechtssetzung. Entgegen einer starken Literaturansicht<sup>44</sup> verneint der *BGH* in st. Rspr.<sup>45</sup> bei normativem Unrecht die generelle Drittbezogenheit: Die Pflicht zum Erlass rechtmäßiger Normen bestehe aufgrund deren abstrakt-generellen Charakters grundsätzlich nur im Gemeininteresse. Eine Sonderrolle nimmt aber der Erlass von Bebauungsplänen ein. Der Kreis der Planbetroffenen ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung eingeeignet, die Adressaten seien individualisiert; mithin bestehe eine besondere Beziehung zwischen dem Rechtssetzungsakt Bebauungsplan und den geschützten Interessen bestimmter Betroffener, so dass drittbezogene Amtspflichten beim Erlass von Bebauungsplä-

nen nicht von vorneherein ausgeschlossen seien.<sup>46</sup> Zu differenzieren sei nach der Art des Planungsfehlers: Das Entwicklungsgebot (§ 8 II 1 BauGB), Bekanntmachungs- (§§ 3, 10 III 1 BauGB) und Kennzeichnungspflichten (§ 9 V BauGB) bestehen nur im Interesse der Allgemeinheit; ihre Nichtbeachtung soll also keinen Amtshaftungsanspruch auslösen.<sup>47</sup> Auch dem Abwägungsgebot aus § 1 VII BauGB spricht der *BGH* den Drittbezug grundsätzlich<sup>48</sup> ab.

Illustre Ausnahme von dieser restriktiven Linie ist die sog. Altlasten-Rechtsprechung, der dem Fall 3 vergleichbare Sachverhalte zugrunde liegen.<sup>49</sup> Der *BGH* begründet die generelle Drittbezogenheit der verletzten Amtspflicht – wider Erwarten – nicht über das Abwägungsgebot.<sup>50</sup> Dreh- und Angelpunkt seiner Argumentation ist vielmehr § 1 VI Nr. 1 BauGB. Das Gebot, bei der Bauleitplanung die Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse zu berücksichtigen, diene nicht nur dem Schutz der Allgemeinheit; vielmehr schütze es auch gerade die Personen, die in dem konkreten Plangebiet wohnen werden.<sup>51</sup> Diese Ausnahme vom Grundsatz, dass die Planung der Allgemeinheit zu dienen bestimmt ist, rechtfertige sich aus der überragenden Bedeutung der Rechtsgüter von Leben und Gesundheit.<sup>52</sup> Wenn die Gemeinderatsmitglieder die sog. Planungsleitlinie des § 1 VI Nr. 1 BauGB nicht beachten, verletzen sie also nach Ansicht des *BGH* eine generell drittbezogene Amtspflicht.

Das ist im Ergebnis richtig. Die Begründung über § 1 VI Nr. 1 BauGB ist freilich wenig überzeugend. Diese Vorschrift ist lediglich Teil einer beispielhaften Aufzählung von abwägungserheblichen Belangen; ihr kommt nicht mehr als eine Orientierungsfunktion zu.<sup>53</sup> Rechtliche Bedeutung erlangt der Belang der gesunden Wohn- und Arbeitsverhältnisse erst i. V. m. dem Abwägungsgebot (§ 1 VII BauGB). Doch die Ableitung einer drittbezogenen Amtspflicht aus dem Abwägungsgebot vermeidet der *BGH* konsequent. Über die Gründe für diese Haltung kann man nur spekulieren.<sup>54</sup> Stimmig begründen lässt sich die generelle Drittbezogenheit der Amtspflicht im Einklang mit der h. M. im Schrifttum<sup>55</sup> jedenfalls allein mit § 1 VII BauGB, demzufolge

40 *BGH* NVwZ 2011, 249, 251.

41 Zur abweichenden Rechtslage in Schleswig-Holstein s. Fn. 32.

42 Seit BGHZ 106, 323, 327.

43 *Ossenbühl* JZ 1989, 1125, 1126; *Wurm* UPR 1990, 201.

44 *Maurer* Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 26 Rdn. 51; MünchKomm-BGB/Papier, 5. Aufl. 2009, § 839 Rdn. 261 m. w. N.

45 Zuletzt BGHZ 134, 30, 32; w. N. bei MünchKomm-BGB/Papier, 5. Aufl. 2009, § 839 Rdn. 260.

46 BGHZ 84, 292, 300; 92, 34, 51 f. m. Anm. von *Mutius* JK 85, GG Art. 14 I 1/21; BGHZ 106, 323, 331 f.; 108, 224, 227 f.; *BGH* NJW 1984, 2519.

47 Vgl. *Hebeler* VerwArch. 98 (2007), 140 f. m. w. N. aus der Rspr.

48 Anderes soll nach BGHZ 92, 34, 51 f. m. Anm. von *Mutius* JK 85, GG Art. 14 I 1/21 bei Verletzung des auch bei der Planaufstellung zu beachtenden Rücksichtnahmegebots gelten. Zu Recht krit. *Papier* JZ 1984, 993, 994; *Dolde* NVwZ 1985, 250, 252; *Hebeler* VerwArch. 98 (2007), 136, 153.

49 BGHZ 106, 323 ff.; 108, 224 ff.; 109, 380 ff. m. Anm. *Coester-Waltjen* JK 90, BGB § 839/3; BGHZ 113, 367 ff.; 117, 363 ff.; *BGH* UPR 1992, 438 f.; BGHZ 121, 65 ff.; *BGH* NVwZ 1994, 91 f.; BGHZ 123, 363 ff.; *BGH* NJW 1993, 384 ff.; *BGH* NVwZ 1998, 318 f.

50 So ausdrücklich BGHZ 113, 367, 369.

51 BGHZ 106, 323, 332.

52 BGHZ 109, 380, 389 m. Anm. *Coester-Waltjen* JK 90, BGB § 839/3.

53 Vgl. *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Söfker* BauGB, § 1 Rdn. 108 (Stand: Dez. 2006).

54 Vgl. etwa *Ibler* BauR 1995, 595, 599; *Hebeler* VerwArch. 98 (2007), 136, 152 f.

55 *Papier* JZ 1984, 993, 994; *Dolde* NVwZ 1985, 250, 252; *Schink* DÖV 1988, 529, 535; *Rehinder* JuS 1989, 885, 888; *Hebeler* VerwArch. 98 (2007), 136, 155 f. Vgl. auch *BVerwG* DVBl 1999, 100, wonach das Abwägungsgebot i. S. d. Schutznormlehre drittschützend ist.

gerade auch private Belange bei der Abwägung zu berücksichtigen sind; Leben und Gesundheit sind dabei nur zwei von vielen.

#### b) Personale Drittbezogenheit

In der Logik des *BGH* steckt § 1 VI Nr. 1 BauGB zugleich den geschützten Personenkreis ab: Die Amtspflicht bezwecke den Schutz gerade der Personen, die in dem konkreten von der jeweiligen Planung betroffenen Gebiet wohnen *werden*;<sup>56</sup> mithin auch Erwerber nach dem Erlass des Bebauungsplans. Neben die »Bewohner«<sup>57</sup> treten in der Rechtsprechung Personen, die anderen (»Vierten«) gegenüber für Gesundheitsgefahren verantwortlich sind, etwa Bauträger mit Weiterveräußerungsabsicht (§§ 434 ff. BGB)<sup>58</sup> und Arbeitgeber (§ 618 I BGB)<sup>59</sup>. Nicht geschützt sein sollen Eigentümer, die überhaupt nicht die Absicht haben, das Grundstück zu bebauen sowie Kreditgeber des Bauherrn, die reine Vermögensinteressen verfolgen.<sup>60</sup>

Gegenüber dieser wenig einsichtigen Kasuistik<sup>61</sup> ist die Bestimmung der personalen Drittbezogenheit anhand der Kriterien des Abwägungsgebots vorzugswürdig: geschützter »Dritter« ist demnach derjenige, dessen Belange in die Abwägung einzustellen waren und abwägungsfehlerhaft vernachlässigt wurden.<sup>62</sup>

#### c) Sachliche Drittbezogenheit

Die sachliche Drittbezogenheit ergibt sich nach dem *BGH* aus der Funktion des Bebauungsplans: Durch die Ausweisung eines Wohngebiets werde das Vertrauen erweckt, dass keine Gesundheitsgefahren durch Altlasten zu befürchten seien. Der Bebauungsplan biete dem Bürger die alleinige »Verlässlichkeitsgrundlage« auch für seine finanziellen Dispositionen.<sup>63</sup> Die Amtspflicht aus § 1 VI Nr. 1 BauGB schütze demnach nicht nur vor Gesundheitsschäden, sondern auch vor Vermögensschäden, die aus der Unbewohnbarkeit des verseuchten Grundstücks folgen. Voraussetzung soll eine »unmittelbare Beziehung« des Vermögensschadens zur Gesundheitsgefahr sein.<sup>64</sup> Vom *BGH* anerkannte Schadenspositionen sind fehlgeschlagene Aufwendungen für Grundstückserwerb und Hausbau sowie Nutzungsausfallschäden,<sup>65</sup> nicht aber der bloße Minderwert des Grundstücks, wenn dieses trotz Altlasten bewohnbar ist.<sup>66</sup>

Überzeugender ist auch hier ein Rückgriff auf das Abwägungsgebot: Die sachliche Drittbezogenheit umfasst demnach Schadenspositionen, vor deren Eintritt § 1 VII BauGB schützen soll. Auf den ersten Blick geht damit eine weite Ausdehnung der gemeindlichen Haftung einher.<sup>67</sup> Ein geeignetes Korrektiv bietet aber die Abwägungslehre selbst: Abwägungserheblich sind nur solche Betroffenheiten, die mehr als geringfügig, in ihrem Eintritt wahrscheinlich und für die Gemeinde bei der Planung erkennbar sind.<sup>68</sup>

In Fall 3 kann B somit jedenfalls Gesundheitsschäden sowie die Vermögensschäden ersetzt verlangen, die sich aus der Unbewohnbarkeit des Hausgrundstücks ergeben.<sup>69</sup>

## 2. Ansprüche aus enteignungsähnlichem Eingriff und Aufopferung

Bei rechtswidriger Bauleitplanung findet das spezielle Planungsschadensrecht der §§ 39 ff. BauGB keine Anwendung, so dass grundsätzlich ein Rückgriff auf den Anspruch aus enteignungsähnlichem Eingriff möglich ist.<sup>70</sup> Für den Bereich der Altlasten fehlt es indes am Eingriff in eine Eigentumsposition: Die Rechtsstellung des Eigentümers wird durch den Bebauungsplan nicht verschlechtert.<sup>71</sup>

Soweit Gesundheitsbeeinträchtigungen in Rede stehen, kommt ein Anspruch nach Aufopferungsgrundsätzen in Be-

tracht. Nach h. M. umfasst die Aufopferungsentschädigung aber nur Vermögensschäden infolge der Gesundheitsbeeinträchtigung, nicht immaterielle Schäden.<sup>72</sup>

In Fall 3 hat B also keinerlei Entschädigungsansprüche gegen die Gemeinde.

## IV. Faktische Veränderungssperre

**Fall 4:** B möchte im Außenbereich einen Schweinemastbetrieb errichten, dem öffentliche Belange nicht entgegenstehen. Die Gemeinde sieht jedoch ihre städtebaulichen (Fern-)Ziele in Gefahr und erlässt – nachdem sie die Aufstellung eines Bebauungsplans für das Gebiet beschlossen hat – eine Veränderungssperre. Konkrete Planungsabsichten verfolgt sie dabei nicht; es geht ihr zunächst darum, das Vorhaben des B zu verhindern. Unter Verweis auf die Veränderungssperre lehnt die Baugenehmigungsbehörde, die von den Absichten der Gemeinde weiß, den von B gestellten Bauantrag ab. Die dagegen erhobene Verpflichtungsklage des B hat Erfolg, da das Verwaltungsgericht die Veränderungssperre mangels sicherungsfähiger Planung als nichtig ansieht. In der Zwischenzeit ist dem B aber Gewinn entgangen. Hat er wegen der Verzögerung Ansprüche gegen die Gemeinde und den Rechtsträger der Baugenehmigungsbehörde?

### 1. Ansprüche gegen die Gemeinde

#### a) Amtshaftungsanspruch

Mit dem Beschluss einer rechtswidrigen – faktischen<sup>73</sup> – Veränderungssperre verletzen die Gemeinderatsmitglieder ihre Amtspflicht zu rechtmäßigem Handeln. Die Veränderungssperre ist rechtswidrig, wenn die beabsichtigte Planung nicht sicherungsfähig, insb. nicht hinreichend konkretisiert<sup>74</sup> ist. In Fall 4 verfolgt die Gemeinde keinerlei konkrete Planungsabsichten, die Veränderungssperre ist also rechtswidrig.<sup>75</sup>

<sup>56</sup> BGHZ 106, 323, 332.

<sup>57</sup> Vgl. zum Schutz des Mieters *Leinemann* NVwZ 1992, 146 ff.

<sup>58</sup> BGHZ 108, 224, 228; 117, 363, 366.

<sup>59</sup> *BGH* NJW 1993, 384, 385.

<sup>60</sup> BGHZ 108, 224, 229.

<sup>61</sup> Vgl. die überzeugende Kritik von *Hebeler* *VerwArch.* 98 (2007), 136, 155 f.

<sup>62</sup> Vgl. zu diesem Personenkreis m. w. N. *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Söfker* BauGB, § 1 Rdn. 195 (Stand: Dez. 2007).

<sup>63</sup> BGHZ 106, 323, 334 f.; zust. *Papier* DVBl. 1989, 508, 509; krit. *Ossenbühl* JZ 1989, 1125, 1126; *ders.* DÖV 1992, 761, 768; abl. *Salzwedel* EWiR 1989, 1191 f.

<sup>64</sup> BGHZ 109, 380, 390 m. Anm. *Coester-Waltjen* JK 90, BGB § 839/3; BGHZ 121, 65, 68; 123, 363, 366.

<sup>65</sup> BGHZ 106, 323, 335.

<sup>66</sup> BGHZ 121, 65, 68 f. Die Kasuistik ist schwer überschaubar und wenig überzeugend; vgl. detailliert und krit. *Hebeler* *VerwArch.* 98 (2007), 136, 144 f./156 f.

<sup>67</sup> Das dürfte ein gewichtiger Grund für die Scheu des *BGH* vor dem Abwägungsgebot sein.

<sup>68</sup> *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Söfker* BauGB, § 1 Rdn. 188 (Stand: Sept. 2005) m. w. N.

<sup>69</sup> Der Amtshaftungsanspruch ist (nicht nur) in den Altlasten-Fällen gem. § 839 I 2 BGB ausgeschlossen, wenn dem Geschädigten Ersatzansprüche gegen Dritte (z. B. Verkäufer) zustehen.

<sup>70</sup> Vgl. BGHZ 92, 34 ff. mit Anm. *Papier* JZ 1984, 993 f.

<sup>71</sup> *Rotermund/Krafft* Haftungsrecht in der kommunalen Praxis, 4. Aufl. 2008, Rdn. 478; vgl. auch *Boujong* WiVerw. 1991, 59, 81. Bei anderen Planungsfehlern ist ein Entschädigungsanspruch aber denkbar.

<sup>72</sup> BGHZ 20, 61, 68 ff.; 22, 43, 46 f.; zust. *Detterbeck/Windthorst/Sproll* Staatshaftungsrecht, 2000, § 16 Rdn. 68 f.; krit. *Ossenbühl* Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 139 ff.

<sup>73</sup> Vgl. zum Begriff *Fronhöfer* Begriff und rechtliche Behandlung der sog. faktischen Bausperre, 1986, S. 24 ff.

<sup>74</sup> Vgl. *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock* BauGB, § 14 Rdn. 43 ff. (Stand: Januar 2011).

<sup>75</sup> Ob darüber hinaus eine reine Negativplanung vorliegt, ist zweifelhaft, da die Gemeinde städtebauliche Ziele verfolgt; vgl. *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock* BauGB, § 14 Rdn. 47 (Stand: Januar 2011).

Zentral ist wiederum die Frage nach der Drittbezogenheit dieser Amtspflicht. Obschon die Veränderungssperre gem. § 16 I BauGB als Satzung erlassen wird, ist die Drittbezogenheit unter dem Gesichtspunkt des normativen Unrechts nicht von vorneherein ausgeschlossen: Was für den Bebauungsplan gilt, muss erst recht für die ihn sichernde Veränderungssperre gelten, die sich prinzipiell nur an Bauwillige richtet.<sup>76</sup> Wie beim Erlass eines Bebauungsplans treffen die Gemeinderatsmitglieder nach h. M. auch beim Beschluss über die Veränderungssperre grundsätzlich nur Amtspflichten gegenüber der Allgemeinheit.<sup>77</sup> Eine Ausnahme wird nur dann anerkannt, wenn Planung und Veränderungssperre »geradezu die Verhinderung des konkret in Rede stehenden Bauvorhabens zum Ziel gehabt hatten.«<sup>78</sup>

Das ist nicht richtig: Wenn der Veränderungssperre rechtswidrige Planungsabsichten zugrunde liegen,<sup>79</sup> kann sich die Drittbezogenheit der Amtspflicht nach der hier vertretenen Auffassung (vgl. Fall 3) schon aus den i. R. d. Planung verletzten Vorschriften – insb. dem Abwägungsgebot des § 1 VII BauGB – ergeben; der so vermittelte Drittbezug schlägt gleichsam auf die Veränderungssperre durch. Im Übrigen verletzt eine rechtswidrige Veränderungssperre den Betroffenen in seinem Eigentumsgrundrecht, ob dies final oder faktisch geschieht, kann keine Rolle spielen;<sup>80</sup> jedenfalls dadurch wird nach überzeugender Ansicht die Drittbezogenheit begründet.<sup>81</sup>

Im Fall 4 ist die Amtspflicht schon nach dem restriktiven Ansatz der h. M. drittbezogen, da die Gemeinde gezielt das Vorhaben des B verhindern will. Auch soll gerade B als Eigentümer geschützt werden (personale Drittbezogenheit) und zwar vor Schäden, die ihm durch die Verzögerung seines Vorhabens entstehen (sachliche Drittbezogenheit). Die Gemeinderatsmitglieder handelten auch fahrlässig. Die Veränderungssperre hat den Verzögerungsschaden i. S. eines adäquaten Kausalzusammenhangs verursacht. B hat gem. § 839 III BGB Rechtsmittel ergriffen. Dass er u. U. auch Ansprüche gegen den Rechtsträger der Baugenehmigungsbehörde hat, schließt unter dem Gesichtspunkt der »Haftungseinheit der öffentlichen Hand« den Amtshaftungsanspruch gegen die Gemeinde nicht gem. § 839 I 2 BGB aus.<sup>82</sup> B kann die Gemeinde wegen seiner Verzögerungsschäden also gem. § 839 BGB i. V. m. Art. 34 Satz 1 GG in Anspruch nehmen.

#### b) Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff

Die spezielle Entschädigungsregelung des § 18 BauGB betrifft nur rechtmäßige Veränderungssperren<sup>83</sup> und ist auf rechtswidrige Veränderungssperren auch nicht analog anwendbar.<sup>84</sup> Es bleibt also Raum für den Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff.<sup>85</sup>

Der Erlass einer rechtswidrigen Veränderungssperre greift in das von Art. 14 GG geschützte Grundeigentum in rechtswidriger Weise ein. Die Ablehnung des Bauantrags durch die Baugenehmigungsbehörde unterbricht den Unmittelbarkeitszusammenhang nicht;<sup>86</sup> vielmehr realisiert sich die typische Gefahr des Erlasses einer Veränderungssperre: Die Verwirklichung des Vorhabens wird verzögert.

Bei der faktischen Veränderungssperre gilt nach der Rechtsprechung des BGH der Satz »Die Rechtswidrigkeit des Eingriffs indiziert das Sonderopfer« nicht. Vielmehr sei zwischen formellen und materiellen Fehlern der Veränderungssperre zu unterscheiden. Materielle Mängel führen zur Entschädigungspflicht. Formelle hingegen seien so lange hinzunehmen, als eine Veränderungssperre hätte wirksam erlassen werden können und sich angesichts der »Situationsgebundenheit« des Grund-

stücks lediglich als Inhaltsbestimmung i. S. v. Art. 14 I 2 GG dargestellt hätte.<sup>87</sup> Diese Differenzierung ist kurios und »absolut fehl am Platze«<sup>88</sup>, denn sie koppelt den Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff an die enteignungsrechtliche »Sonderopfertheorie« des BGH, die seit einer Entscheidung aus dem Jahr 1960<sup>89</sup> insoweit keine Bedeutung mehr hat und nach dem Nassaukesionsbeschluss des BVerfG<sup>90</sup> nicht mehr zu halten ist.<sup>91</sup>

In Fall 4 ist die Veränderungssperre materiell rechtswidrig, so dass auch nach Ansicht des BGH das Sonderopfer des B zu bejahen ist. B hat mit Erhebung der Verpflichtungsklage dem Vorrang des Primärrechtsschutzes gem. § 254 BGB analog Rechnung getragen. Er ist daher nach den Grundsätzen des enteignungsähnlichen Eingriffs von der Gemeinde durch eine Bodenrente zu entschädigen.<sup>92</sup>

## 2. Ansprüche gegen den Rechtsträger der Baugenehmigungsbehörde

### a) Amtshaftungsanspruch

Für einen Amtshaftungsanspruch gegen den Rechtsträger der Baugenehmigungsbehörde, die den Antrag des B abgelehnt hat, gibt es mehrere Anknüpfungspunkte:

Die Versagung der Baugenehmigung unter Verweis auf die nichtige Veränderungssperre ist bei Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens rechtswidrig und damit auf den ersten Blick auch amtspflichtwidrig (vgl. Fall 1). Bei der Veränderungssperre ist aber eine andere Betrachtung angezeigt: Auch für die Amtspflicht gilt der Grundsatz *impossibilia nulla obligatio est*<sup>93</sup>. Ist es der Behörde überhaupt möglich, die Baugenehmigung trotz faktischer Veränderungssperre zu erteilen? Um diese Frage zu beantworten, muss man sich der Frage nach der Normverwerfungskompetenz der Verwaltung annehmen. Es werden hierzu »alle denkbaren Auffassungen« vertreten.<sup>94</sup> Der BGH

76 Schenke WiVerw. 1994, 253, 343.

77 Schlick BauR 2008, 290, 294.

78 Schlick BauR 2008, 290, 294; Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Runkel BauGB, § 18 Rdn. 21 (Stand: April 2009).

79 Vgl. Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock BauGB, § 14 Rdn. 53 ff. (Stand: Januar 2011).

80 Vgl. die überzeugend begründete Ansicht von Schenke WiVerw. 1994, 253, 343.

81 Maunz/Dürig/Papier GG, Art. 34 Rdn. 195 (Stand: Jan. 2009) m. w. N.

82 Ossenbühl Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 84 f. m. w. N.

83 Bruegelmann/Grauwogel BauGB, § 18 Rdn. 79 (Stand: Juni 1993).

84 Schenke WiVerw. 1994, 253, 350 f.

85 St. Rspr. seit BGH, NJW 1966, 884, 885; vgl. zusammenfassend BGHZ 58, 124, 129 ff.

86 Zum Vollzug eines Bebauungsplans BGHZ 92, 34, 41 f. m. Anm. von Mutius JK 85, GG Art. 14 I 1/21; krit. Papier JZ 1984, 993 f., der darin die Begründung einer »partiellen öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung« sieht.

87 BGHZ 58, 124, 129 ff.; 78, 152, 159 ff.; ebenso OLG Oldenburg NVwZ 1993, 593, 594.

88 Schmitt-Kammler NJW 1990, 2515, 2518.

89 BGHZ 32, 208, 211.

90 BVerfGE 58, 300 ff. m. Anm. von Mutius JK 82, GG Art. 14 I 2/13.

91 Vgl. die eingehende Darstellung bei Schenke WiVerw. 1994, 253, 353 ff.; abl. auch Schrödter/Breuer BauGB, 7. Aufl. 2006, § 18 Rdn. 54; Bruegelmann/Grauwogel BauGB, § 18 Rdn. 77 (Stand: Juni 1993); Erichsen/Ehlers/Grzeszick Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 45 Rdn. 76; BerlKomm-BauGB/Halama, § 18 Rdn. 136 f. (Stand: Dez. 2008); Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Runkel, § 18 Rdn. 31 (Stand: April 2009); dem BGH zust. Battis/Krautzberger/Löhr BauGB, 11. Aufl. 2009, § 18 Rdn. 4.

92 BGH NJW 1994, 3158, 3160; BGHZ 170, 99, 107 f.

93 Celsus Dig. 50, 17, 185.

94 Maurer Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 4 Rdn. 66 m. w. N.; vgl. auch Erichsen/Ehlers Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 2 Rdn. 120 ff.

sah sich in einer Entscheidung zu Haftungsfragen bei einer Veränderungssperre »nicht genötigt, die Frage abschließend zu beantworten.«<sup>95</sup> Jedenfalls für den Bereich der Bauleitplanung ist eine Verwerfungs- oder Nichtanwendungskompetenz aus Gründen der Rechtssicherheit abzulehnen.<sup>96</sup> Dafür spricht auch § 47 II 1 VwGO, der es der Behörde ermöglicht, einen Normenkontrollantrag zu stellen.<sup>97</sup> Zudem kann sie die Gemeinde auf den Fehler hinweisen und eine Korrektur – ggf. im Wege der Kommunalaufsicht – veranlassen. Da die Behörde demnach bei ihrer Entscheidung die Veränderungssperre nicht einfach übergehen darf, handelt sie nicht schon deshalb amtspflichtwidrig, weil sie die Genehmigung versagt.<sup>98</sup>

Die Baugenehmigungsbehörde verletzt entgegen *Schenke*<sup>99</sup> auch nicht dadurch eine drittgerichtete Amtspflicht, dass sie keine kommunalaufsichtlichen Maßnahmen oder ein Normenkontrollverfahren einleitet: Die Kommunalaufsicht dient nur Interessen der Allgemeinheit, nicht aber des Einzelnen;<sup>100</sup> eine Rechts- und damit Amtspflicht zur Antragstellung nach § 47 VwGO existiert nicht.<sup>101</sup>

Nach Ansicht des *BGH* trifft die Sachbearbeiter der Baugenehmigungsbehörde aber die drittbezogene Amtspflicht, den Bauwilligen auf die Bedenken gegen die Wirksamkeit der Veränderungssperre hinzuweisen und vor Entscheidung über den Bauantrag die Gemeinde und die Kommunalaufsicht anzuhören. Die Baugenehmigungsbehörde muss also das Verfahren vorübergehend aussetzen.<sup>102</sup> Jedenfalls was die Anhörung der Gemeinde betrifft,<sup>103</sup> wird damit ein gangbarer Mittelweg aufgezeigt.<sup>104</sup> Entscheidet die Baugenehmigungsbehörde ohne diesen Zwischenschritt, verletzt sie eine drittgerichtete Amtspflicht, die den Bauwilligen gerade vor Schäden schützen soll, die aus einer vorläufigen, rechtswidrigen Ablehnung seines Bauantrags resultieren. In Fall 4 hat die Baugenehmigungsbehörde das Verfahren nicht ausgesetzt, sondern den Bauantrag ohne weiteres abgelehnt und somit eine drittbezogene Amtspflicht verletzt.

Problematisch ist indes der Kausalzusammenhang zwischen dieser Amtspflichtverletzung und dem Verzögerungsschaden: Es ist zu prüfen, wie sich die Vermögenslage des Bauwilligen darstellen würde, wenn sich die Baugenehmigungsbehörde rechtmäßig verhalten,<sup>105</sup> d. h. das Verfahren ausgesetzt, dem Bauwilligen einen Hinweis erteilt und die Gemeinde zur Sache angehört hätte. Der Hinweis auf die rechtlichen Bedenken hätte dem Bauwilligen ein Vorgehen nach § 47 VwGO nahegelegt. Bei lebensnaher Betrachtung ist mit einem solchen Verfahren aber ebenfalls eine erhebliche Verzögerung verbunden, so dass der Verzögerungsschaden gleichfalls entstanden wäre. Anderes gilt für die Anhörung der Gemeinde: Diese ist verpflichtet, eine für nichtig erkannte Norm aufzuheben.<sup>106</sup> Im Gegensatz zum Bebauungsplan (vgl. § 1 VIII BauGB) kann die Veränderungssperre ohne große Verzögerung durch einfachen Satzungsbeschluss aufgehoben werden.<sup>107</sup> Mit der Aufhebung der Veränderungssperre steht der Erteilung der Baugenehmigung nichts mehr im Wege, so dass der Verzögerungsschaden bei amtspflichtgemäßem Verhalten der Baugenehmigungsbehörde mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit<sup>108</sup> wesentlich geringer gewesen wäre. Hinsichtlich der Schadenshöhe steht dem Anspruchsteller im Prozess die Beweiserleichterung des § 287 ZPO zur Seite.<sup>109</sup>

B hat also einen Amtshaftungsanspruch gegen den Rechtsträger der Baugenehmigungsbehörde.

#### b) Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff

Ein Anspruch gegen den Rechtsträger der Bauaufsichtsbehörde ergibt sich auch aus den Grundsätzen über den enteignungs-

gleichen Eingriff. Der Vollzug von rechtswidrigen untergesetzlichen Rechtsnormen, die – wie die Veränderungssperre – in von Art. 14 GG geschützte Rechtspositionen eingreifen, stellt einen entschädigungspflichtigen, enteignungsgleichen Eingriff dar.<sup>110</sup> In Fall 4 kann B vom Rechtsträger der Baugenehmigungsbehörde eine angemessene Entschädigung in Form einer Bodenrente verlangen.

#### V. Fazit

Die Fallbeispiele zeigen, dass bei der Lösung einer staatshaftungsrechtlichen Klausur stets an Amtshaftungs- und Entschädigungsansprüche zu denken ist. Die Schwerpunkte liegen dann zumeist bei der Prüfung der Drittbezogenheit der Amtspflicht bzw. beim unmittelbaren Eingriff in eine eigentumsrechtlich geschützte Rechtsposition. Im Einzelnen ist vieles streitig und damit vieles vertretbar. Ohne kritische Auseinandersetzung mit der *BGH*-Judikatur kann eine gute Klausur indes nicht gelingen; Staatshaftungsrecht ist *case law*. Der *BGH* wurde in diesem Beitrag viel gescholten. Vor allem seine »eigene« Eigentumsdogmatik, die nicht immer im Einklang mit jener des *BVerfG* steht, sowie die Inkonsequenz mancher Rechtsprechungslinien gibt Anlass zur Kritik. Zur Verteidigung des *BGH* ist aber der geringe Kodifikationsgrad des Staatshaftungsrechts anzuführen: Die gesetzgeberische Untätigkeit provoziert nachgerade den »dogmatischen Flickenteppich«<sup>111</sup>, auf dessen Grundlage die ordentliche Gerichtsbarkeit urteilen muss. Wer das Staatshaftungsrecht – wenigstens in seinen Grundzügen – durchdringen will, muss die in der Rechtsprechung immer wieder virulenten Grundfälle kennen, an denen sich die zentralen Probleme dieses Rechtsgebiets exemplarisch nachvollziehen lassen. Die Verknüpfung mit den verwaltungsrechtlichen Themen sollte dann keine Probleme mehr bereiten.

95 *BGH NVwZ* 2004, 1143, 1144.

96 Vgl. auch *BayVGH BayVBl.* 1982, 653, 654.

97 *Maurer Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18. Aufl. 2011, § 4 Rdn. 68.

98 Irreführend *BGH NVwZ* 1987, 168, 169, wonach die Bediensteten amtspflichtwidrig handeln, wenn sie einen unwirksamen Bebauungsplan anwenden. Aus den folgenden Ausführungen ergibt sich, dass damit (wohl) nur eine Hinweis- und Aussetzungspflicht vor Ablehnung gemeint ist. Eindeutiger: *OVG Saarland DÖV* 1990, 153, 155.

99 *WiVerw.* 1994, 253, 344.

100 Vgl. *MünchKomm-BGB/Papier*, 5. Aufl. 2009, § 839 Rdn. 258 m. w. N. auch zu den wenig überzeugenden Ausnahmen von diesem Grundsatz.

101 *Maurer Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18. Aufl. 2011 § 4 Rdn. 68.

102 Vgl. *Steiner DVBl.* 1987, 483, 486.

103 Hins. der Anhörung der nicht im Individualinteresse tätigen Kommunalaufsicht ist dem *BGH* nicht beizupflichten, da insoweit schwerlich ein Drittbezug bejaht werden kann.

104 So auch *OVG Saarland DÖV* 1990, 152, 154.

105 *Ossenbühl Staatshaftungsrecht*, 5. Aufl. 1998, S. 71 m. w. N.

106 *BVerwG DVBl.* 1984, 481, 483.

107 Vgl. *Battis/Krautzberger/Löhr BauGB*, 11. Aufl. 2009 § 17 Rdn. 8.

108 Vgl. *Tremml/Karger Der Amtshaftungsprozess*, 2. Aufl. 2004, Rdn. 1140.

109 Vgl. *Tremml/Karger Der Amtshaftungsprozess*, 2. Aufl. 2004, Rdn. 1133.

110 *Boujong FS Geiger*, 1989, 430, 443; *Ossenbühl Staatshaftungsrecht*, 5. Aufl. 1998, S. 236; *Detterbeck/Windthorst/Sproll Staatshaftungsrecht*, 2000, § 17 Rdn. 25.

111 *Erichsen/Ehlers/Grzeszick Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Aufl. 2010, § 43 Rdn. 3.