

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

ZPO § 304

Bei einer Revision gegen ein Grundurteil ist von Amts wegen zu prüfen, ob es einen nach Grund und Betrag streitigen Anspruch zum Gegenstand hat.

BGB § 254 Da Abs. 1

Zum Mitverschulden eines gewerbetreibenden Bauherrn, der Schadensersatzansprüche daraus herleitet, daß von ihm nach Erteilung einer Baugenehmigung begonnene Bauarbeiten wertlos geworden sind, weil die Genehmigung später auf Widerspruch von Nachbarn aufgehoben worden ist.

BGH, Urt. v. 12. Juni 1975 - III ZR 34/73 - OLG Hamm

LG Paderborn

III ZR 34/73

Urteil

12. Juni 1975
Groß,
Justizangestellte

in dem Rechtsstreit

des Landkreises H [REDACTED], vertreten durch den
Oberkreisdirektor,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma W [REDACTED] KG i.L., vertreten durch
Frau Johanna W [REDACTED], Hb [REDACTED]-O [REDACTED], Ha [REDACTED]

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juni 1975 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kreft und die Richter Dr. Krohn, Dr. Tidow, Peetz und Lohmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 27. Oktober 1972 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Beklagten erkannt worden ist.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die klagende Kommanditgesellschaft betrieb von 1926 bis zu ihrer Auflösung im Jahr 1970 in O[REDACTED] auf dem Grundstück eines früheren Kommanditisten ein Baugeschäft mit Baustoffhandlung. Das Betriebsgelände grenzt im Norden an die als Ortsdurchfahrt benutzte Hauptstraße. Es erstreckt sich nach Süden bis zur Neuen Straße, die



an der gegenüberliegenden Seite - am Hang - mit Wohnhäusern bebaut ist. In Ost-West-Richtung wird das Gelände von einem im gemeindlichen Eigentum stehenden Wassergraben durchschnitten. Auf der nördlichen Teilfläche befinden sich längs der Hauptstraße das Wohnhaus des Grundeigentümers, das Büro und ein Lagerplatz, an der Ostgrenze eine Halle, die den bei ihrer Errichtung dort verrohrten Wassergraben überbrückt. Nach Süden liegen anschließend einige Garagen. Die restliche 2.900 m² große südlich des Wassergrabens gelegene Teilfläche wurde bis zum Jahre 1965 als Wiese genutzt.

Die Klägerin wollte auf dieser Teilfläche die Produktion von Schwer- und Leichtbetonsteinen aufnehmen. Sie beantragte für die Errichtung der dazu notwendigen baulichen Anlagen Ende 1962 bei dem Bauamt des beklagten Landkreises die Erteilung einer Baugenehmigung. Die Anlage sollte bestehen aus einem Gebäude für die Rüttelpresse und einer Mischanlage, einer Einrichtung für das Rohmaterial und die Beschickung, einem Zementsilo, einer Seilbahn für die fertigen Steine und einem Lagerplatz mit Fahrbahnen für einen Rundverkehr mit Lastwagen. Mehrere Nachbarn, das Gewerbeaufsichtsamt und das Kreisplanungsamt erhoben wegen der von ihnen befürchteten erheblichen Störungen durch die Anlage Bedenken gegen das Bauvorhaben. Die Klägerin bat darauf im Frühjahr 1964, die Entscheidung über den Antrag auszusetzen.

Am 15. Juni 1965 wiederholte die Klägerin ihren Bauantrag, der jetzt auch schalldämpfende Baumaßnahmen vorsah. In dem nach dem 1. September 1965 offengelegten Flächennutzungsplan wurde das Betriebsgelände der Klägerin als "gemischte Baufläche" ausgewiesen. Am 16. August 1965 erteilte das Kreisbauamt der Klägerin den Bauschein unter mehreren Auflagen, die u.a. das Gewerbeaufsichtsamt und das Landesstraßenbauamt verlangt hatten. Nachdem mehrere Nachbarn Widerspruch eingelegt hatten, gab das Kreisbauamt der Klägerin am 9. Dezember 1965 auf, bis zur Entscheidung über die Widersprüche mit Arbeiten nicht zu beginnen und etwa schon begonnene Bauarbeiten einzustellen. Der Regierungspräsident wies am 8. März 1966 den hiergegen von der Klägerin erhobenen Widerspruch zurück und lehnte gleichzeitig unter Abänderung des Baubescheides den Bauantrag der Klägerin ab. Die von ihr gegen die Stilllegungsverfügung und die Zurückweisung ihres Bauantrages erhobenen Anfechtungsklagen wurden rechtskräftig abgewiesen.

Die Klägerin hat vorgetragen: Der Beklagte müsse ihr die Aufwendungen ersetzen, die sie im Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung bis zur Einstellung der Bauarbeiten gemacht habe. Ferner seien ihr die zur Wiederherstellung des Geländes in den früheren Zustand notwendigen Gelder zu ersetzen. Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie 64.161,20 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Die Beklagte hat ein schuldhaftes Verhalten ihrer Bediensteten bestritten und geltend gemacht: Das Kreisbauamt habe sämtliche in Betracht kommenden Stellen

gehört und deren Forderungen berücksichtigt. Zumindest treffe die Klägerin ein erhebliches Mitverschulden.

Die Vorinstanzen haben die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, das Landgericht bis zur Höhe von 58.681,20 DM, das Berufungsgericht bis zur Höhe von zwei Dritteln von 57.881,20 DM, und sie im übrigen abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte den Antrag auf Klagabweisung weiter. Die Klägerin bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht ist allerdings rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, daß der im Baugenehmigungsverfahren für den Beklagten tätig gewordene Bedienstete - im folgenden: der Beamte - der Klägerin fahrlässig eine den Bauvorschriften widersprechende Baugenehmigung erteilt hat und daß der Beklagte den der Klägerin infolgedessen entstandenen Schaden aus Amtspflichtverletzung (§ 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG) ersetzen muß.

1. Die zur Herstellung von Betonsteinen notwendigen baulichen Anlagen bedurften als bauliche Anlagen im Sinn von § 2 Abs. 2 BauO NRW einer bauaufsichtlichen Genehmigung nach § 80 Abs. 1 BauO NRW. Sie sollten unstreitig in einem im Zusammenhang bebauten Ortsteil errichtet werden, für den ein Bebauungsplan nicht bestand. Die Zulässigkeit des Bauvorhabens bestimmte sich mithin nach den Vorschriften der §§ 29, 34 BBauG. Nach der letzteren Vorschrift war die Genehmigung nur zu erteilen, wenn das Vorhaben "nach der vorhandenen Bebauung und Erschließung unbedenklich" war.

Aufgrund des rechtskräftigen Urteils des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 8. Juli 1970 in dem Rechtsstreit der Klägerin gegen den Regierungspräsidenten in Detmold (VII A 306/68) steht für die Zivilgerichte fest, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, daß die Erteilung der Baugenehmigung wegen der vorhandenen Bebauung gegen § 34 BBauG verstoßen hat. Denn das Oberverwaltungsgericht hat die Wirksamkeit und die Rechtmäßigkeit des die Baugenehmigung aufhebenden Widerspruchsbescheides aus diesem Grunde bejaht und deshalb die sich dagegen richtende Anfechtungsklage der Klägerin abgewiesen.

Die Zivilgerichte sind zwar nicht an die Gründe einer solchen zwischen den Parteien ergangenen verwaltungsgerichtlichen Entscheidung gebunden (BGHZ 20, 379, 383). Sie können aber wegen der grundsätzlichen

Gleichwertigkeit der Gerichtszweige die Rechtmäßigkeit der Aufhebung der Baugenehmigung nicht anders als das Oberverwaltungsgericht beurteilen, also nicht etwa die Baugenehmigung als rechtmäßig ansehen (BGHZ 9, 329; 10, 220; 15, 17, 19; BGH, Urt. v. 28. Mai 1962 - III ZR 33/60, WM 1962, 1008, 1011; Senatsurteil vom 27. Januar 1975 - III ZR 112/72 VersR 1975, 469, 470 = WM 1975, 426, 427).

2. Zur Beachtung von § 34 BBauG war der Beamte im Baugenehmigungsverfahren nicht nur gegenüber dem Beklagten, sondern auch gegenüber der Klägerin verpflichtet, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat. Den Baugenehmigungsbehörden obliegt es nicht nur allgemein, sondern auch gegenüber dem Bauherrn, eine den einschlägigen bauordnungsrechtlichen Vorschriften widersprechende Baugenehmigung nicht zu erteilen. Denn mit der Erteilung der Bauerlaubnis wird für ihn ein Vertrauenstatbestand geschaffen. Er darf nunmehr davon ausgehen, daß öffentlich-rechtliche Hindernisse einer dieser Erlaubnis entsprechenden Durchführung seines Bauvorhabens nicht entgegenstehen und er dementsprechend disponieren kann (BGHZ 60, 112, 116; ebenso schon das Senatsurteil NJW 1969, 234).

3. Das Berufungsgericht hat ein schuldhaftes Handeln des Beamten aus folgenden Gründen bejaht: Ihm hätte sich bei Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 BGB) wegen der schon vorhandenen Bebauung in der Umgebung des von der Klägerin für die Betonstein-

herstellung vorgesehenen Geländes Bedenken gegen ihr Bauvorhaben aufdrängen müssen. Selbst wenn nämlich die Fabrikationsanlage so gut hätte isoliert werden können, daß von ihr ausgehende Immissionen das zumutbare Maß nicht überschritten hätten, wäre doch zu beachten gewesen, daß die Erweiterung des Unternehmens der Klägerin zu einem größeren, die Anwohner erheblich störenden Verkehrsaufkommen geführt hätte.

a) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe nicht den der Baugenehmigungsbehörde nach der Natur der in § 34 BBauG geforderten Entscheidung zustehenden Beurteilungsspielraum berücksichtigt und daher auch den Rechtsbegriff der Fahrlässigkeit verkannt. Damit zeigt die Revision einen Rechtsfehler des Berufungsgerichts nicht auf. Die "Unbedenklichkeit" eines Bauvorhabens stellt zwar einen unbestimmten Rechtsbegriff dar (ebenso Zinkahn/Bielenberg, BBauG § 34 Rdn 16; vgl. auch Schütz/Frohberg, BBauG, 3. Aufl. § 34 Anm. II. 1). Um die richtige Anwendung dieses Begriffs geht es aber nicht mehr. Die "Bedenklichkeit" des Bauvorhabens der Klägerin steht aus den zu 1) erwähnten Gründen fest. In diesem Zusammenhang kommt es allein darauf an, ob der Beamte sie infolge Fahrlässigkeit nicht erkannt und deshalb eine dem Baurecht widersprechende Baugenehmigung erteilt hat.

Bei der Beurteilung dieser Frage war von dem Berufungsgericht zu erwägen, wie die Revision richtig ausführt, was ein den durchschnittlichen Anforderungen genügender pflichtgetreuer Beamter eines Kreisbauamts

zur Zeit der Erteilung der Bauerlaubnis, also am 16. August 1965, über die Anwendung von § 34 BBauG wissen mußte.

Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei darauf abgestellt, ob in dem Baugenehmigungsverfahren erkennbar war, daß gegen das Vorhaben der Klägerin wegen der vorhandenen Bebauung Bedenken bestanden. Dabei hat es den die Bebauung in einem als Mischgebiet ausgewiesenen Bereich regelnden § 6 Abs. 1 Baunutzungsverordnung nur als "Auslegungshilfe" herangezogen. Das begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Die von der Revision erwähnte neuere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wendet sich nur gegen eine früher vielfach angenommene weitergehende Bedeutung der Vorschriften der Baunutzungsverordnung für die Anwendung von § 34 BBauG (BVerwGE 32, 31).

Da das Berufungsgericht die tatsächlich vorhandene Bebauung und nicht ihre spätere Ausweisung in einem Flächennutzungsplan als wesentlich betrachtet hat, kommt es auch auf die von der Revision erwähnte, nach dem Jahre 1965 entwickelte Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts zur Unbeachtlichkeit solcher Pläne bei der Anwendung von § 34 BBauG nicht an (BVerwGE 35, 256).

b) Die von der Revision nicht im einzelnen angegriffenen Ausführungen des Berufungsgerichts zum Verschulden des Beamten bei der Erteilung der Baugene-

nehmung sind aus Rechtsgründen ebenfalls nicht zu beanstanden.

Nach § 69 BauO NRW sind besondere Anforderungen zur Verhinderung oder Beseitigung von Gefahren oder unzumutbaren Belästigungen durch gewerbliche Betriebe von den Baugenehmigungsbehörden nur im Einvernehmen mit dem staatlichen Gewerbeaufsichtsamt zu stellen. Dessen besondere Erfahrungen werden auf diese Weise im Baugenehmigungsverfahren verwertet. Seiner Stellungnahme kommt daher gerade dann eine besondere Bedeutung zu, wenn es darum geht, ob von einer geplanten Anlage Störungen zu erwarten sind. Das befreit die Baugenehmigungsbehörde aber nicht von der Verpflichtung, auch ihrerseits die damit zusammenhängenden Fragen zu prüfen und in eigener Verantwortung zu entscheiden (vgl. Senatsurteil in NJW 1969, 234). Es konnte den Beamten daher nicht entschuldigen, daß sich das Gewerbeaufsichtsamt nach Zusendung des Bauantrages vom 15. Juni 1965 nicht mehr so ablehnend verhielt wie bei dem Antrag der Klägerin aus dem Jahre 1962, sondern sich darauf beschränkte, einige Auflagen, insbesondere zum Immissionsschutz, zu machen.

Es fehlte dem Kreisbauamt jeder Anhalt dafür, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, daß jetzt nicht mehr mit erheblichen Störungen der Nachbarn durch sich außerhalb des Fabrikationsraumes abspielende Betriebsvorgänge zu rechnen war (Hin- und Hertransport der Steine, Be- und Entladen, Verkehr

von Schwerlastwagen auf einer schmalen Wohnstraße). Die Nachbarn hatten insbesondere deswegen gegen die Errichtung der Anlage schon bei dem ersten von der Klägerin gestellten Bauantrag protestiert. Das Kreisbauamt hat zwar gemeint, von einer erneuten Anhörung der Nachbarn wegen der Auflagen zum Immissionsschutz und wegen des Flächennutzungsplanes absehen zu können. Diese beiden Umstände waren aber nicht geeignet, Störungen der Anlieger durch die erwähnten Betriebsvorgänge zu beseitigen oder auch nur wesentlich zu verringern.

II.

Nach § 839 BGB in Verbindung mit § 249 BGB müssen dem Bauherrn die Aufwendungen ersetzt werden, die er im Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit der ihm erteilten Bauerlaubnis gemacht hat, wenn diese ihm infolge eines Verschuldens zu Unrecht erteilt worden ist. Das Berufungsgericht hat auf Grund des unstreitigen Sachverhalts danach "dem Grunde nach" als zu ersetzen angesehen alle durch die Erteilung des Bauscheins verursachten Aufwendungen der Klägerin in der Zeit zwischen dem 16. August 1965 und dem 9. Dezember 1965, also dem Zeitpunkt, in dem ihr Bau stillgelegt wurde. Dagegen wendet sich die Revision mit Recht nicht. Sie bittet aber nachzuprüfen, ob die Kosten für die Verrohrung des Bauplatzes

und zur Versetzung des Geländes in den früheren Zustand ersatzfähige Schäden darstellen.

1. Schadensersatzansprüche wegen der durch die Verrohrung des Wassergrabens entstandenen Kosten entfallen nach § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB, soweit die Klägerin wegen dieser Aufwendungen anderweit Ersatz verlangen kann. Insoweit kommen allein Ansprüche gegen die Stadt H8[REDACTED] als Rechtsnachfolgerin der Gemeinde O[REDACTED] in Betracht, weil jetzt diese Eigentümerin der Parzelle ist, auf der sich der Graben befand. Das Berufungsgericht hat das Bestehen derartiger Ansprüche verneint und zur Begründung ausgeführt: Für die ihr in Ansehung der Rohre aufgedrängte Bereicherung sei die - eine Erstattung der Kosten auch ablehnende - Stadt nicht verpflichtet, weil davon auszugehen sei, daß die Gemeinde Ovenhausen der Klägerin die Verrohrung nur unter der Voraussetzung gestattet habe, daß ihr dadurch keine Kosten entstünden. Gegen diese Ausführungen ist aus Rechtsgründen nichts einzuwenden. Ansprüche der Klägerin aus ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 in Verbindung mit §§ 946, 951 BGB würden zwar nicht schon entfallen, weil die Stadt H8[REDACTED] die Übernahme des für die Verrohrung geschaffenen Bauwerks als für sie nicht erforderlich ablehnt. Eine etwa bei der Gemeinde als ihrer Rechtsvorgängerin eingetretene Bereicherung müßte die Stadt als Gesamtrechtsnachfolgerin ausgleichen. Die Klägerin wendet sich aber nicht gegen die tatsächliche Annahme des Berufungsgerichts, sie habe sich mit der Gemeinde dahin verständigt, daß diese ihr für die - allein

im Interesse der Klägerin liegende - Verrohrung des Wassergrabens nichts zu erstatten habe. Dann aber scheiden anderweite Ersatzansprüche der Klägerin insoweit aus.

2. Soweit das Berufungsgericht die Klage auch wegen der Kosten für die Versetzung des Grundstücks in den Zustand vor der Erteilung der Baugenehmigung dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt hat, führt die Revision zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, weil die in § 304 ZPO für den Erlaß einer solchen Entscheidung aufgestellten Voraussetzungen fehlen.

a) Diese Frage ist von Amts wegen zu prüfen, weil sie eine Voraussetzung für das ganze weitere Verfahren betrifft. Es bedarf daher keiner der Vorschrift des § 554 Abs. 3 Nr. 2 b ZPO entsprechenden Verfahrensrüge, wie das Reichsgericht in älteren Entscheidungen gemeint hat (RGZ 75, 16, 19; 85, 214, 217; dem folgend Wieczorek, ZPO § 304 Anm. E IV; offen gelassen in BGH, LM ZPO § 304 Nr. 30). Die Aufhebung eines Urteils, das keine Grundlage in der Zivilprozeßordnung findet, kann nicht von einer Partei-rüge abhängen (vgl. dazu grundsätzlich Rimmelspacher, Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß S. 224). Es muß vielmehr von Amts wegen verhindert werden, daß sich das weitere Verfahren auf einer als unrichtig erkannten Grundlage aufbaut (RG HRR 1938, 1; ebenso RG JW 1935, 2954, Stein/Jonas/Schumann/Leipold, ZPO 19. Aufl. § 304 Anm. II 3 und Grundsky aaO § 559 Anm. IV 2 a, Thomas/Putzo, ZPO 7. Aufl. § 304 Anm. 3 c).

Ein Grundurteil darf nach § 304 ZPO erlassen werden, wenn ein Anspruch nach Grund und Betrag streitig ist. Das können nur auf die Zahlung von Geld oder die Leistung vertretbarer Sachen (§ 91 BGB) gerichtete Ansprüche sein (BGH, Urt. v. 30. Juni 1969, LM ZPO § 304 Nr. 30; RG JW 1938, 893, 894). Daran fehlt es hier nach dem vom Berufungsgericht insoweit zu Grunde gelegten Vortrag der Klägerin. Danach betrifft die Teilforderung in Höhe von 34.448 DM nicht - wie die anderen von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche - Aufwendungen, die die Klägerin im Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung gemacht hat, sondern den Betrag, den sie benötigt, um dem Verlangen des Grundstückseigentümers nachkommen zu können, das Gelände wieder in den früheren Zustand zu versetzen. Es handelt sich also um einen Anspruch der Klägerin, der auf die Befreiung von einer dem Grundeigentümer gegenüber bestehenden Verbindlichkeit gerichtet ist.

Grundsätzlich können zwar Schuldbefreiungsansprüche Gegenstand eines Grundurteils sein (RG JW 1935, 2954). Das gilt aber mit der sich aus dem Wesen eines Grundurteils (§ 304 ZPO) ergebenden Einschränkung, daß der Anspruch auf die Befreiung von einer Schuld gerichtet sein muß, die ihrerseits Gegenstand eines Grundurteils sein kann. Der Anspruch, von dem ein Kläger befreit werden will, muß daher auf Zahlung von Geld oder die Leistung vertretbarer Sachen gerichtet sein (Stein/Jonas/Schumann/Leipold aaO § 304 Anm. I 1; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO 33. Aufl. § 304 Anm. 2 A).

Um einen derartigen Anspruch geht es hier nicht. Die Klägerin beziffert zwar in ihrem Antrag die Höhe der Herstellungskosten. Sie erklärt aber gleichzeitig, daß sie dem Grundstückseigentümer nicht etwa diesen Betrag, sondern die Wiederherstellung des Platzes, also die Vornahme von Arbeiten am Grund und Boden des Geländes, schulde. Über derartige Verbindlichkeiten kann aber nicht durch Grundurteil entschieden werden (RG JW 1936, 3047).

Das Berufungsurteil muß daher in diesem Punkte *h* aufgehoben und die Sache insoweit an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden, damit nunmehr über den Schuldbefreiungsanspruch ungetrennt nach Grund und Höhe verhandelt und entschieden werden kann. Dabei wird die Klägerin auch Gelegenheit finden, ihren - angesichts des Umfanges dieses Postens auch recht knappen - Vortrag zu ergänzen,

III.

1. Die Revision rügt mit Recht, daß das Berufungsgericht nicht alle nach § 254 Abs. 1 BGB für ein Mitverschulden der Klägerin bei der Entstehung der geltend gemachten Schäden wesentlichen rechtlichen Besonderheiten des Sachverhalts berücksichtigt hat.

a) Die Erteilung einer Bauerlaubnis begründet für den Bauherrn, wie schon unter I 1 ausgeführt worden ist, einen Vertrauensstatbestand dahin, daß er sein Bauvorhaben nunmehr ~~wirklichen~~ wirklichen kann, ohne mit öffentlich-rechtlichen Hindernissen rechnen zu müssen. Ob ein Bauherr die Entstehung von Schäden mitzuverantworten hat, die bei ihm infolge der Aufhebung einer Baugenehmigung entstanden sind, hängt daher entscheidend davon ab, ob er auf die Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung vertrauen konnte, oder ob er Anlaß hatte, daran zu zweifeln und deshalb im eigenen Interesse gehalten war, dies bei der Inangriffnahme des Baus zu berücksichtigen.

b) Wenn gewerbliche Bauten errichtet werden sollen, muß der Bauherr die technische Eigenart der geplanten Anlagen und die sich daraus - auch bei voller Auslastung - für ihre gewerbepolizeirechtliche Zulässigkeit ergebenden Fragen kraft seiner Sachkunde unabhängig von der daneben bestehenden behördlichen Verantwortung stets selbst prüfen. Davon ist das Berufungsgericht im Anschluß an die schon erwähnte Entscheidung des Senats (NJW 1969, 234) richtig ausgegangen.

X c) Es können aber darüberhinaus auch bauordnungsrechtliche Bedenken von einem solchen Gewicht gegen die Zulässigkeit des Bauvorhabens bestehen, daß der Bauherr ihrerwegen nicht ohne weiteres auf die Rechtmäßigkeit der ihm erteilten Baugenehmigung vertrauen kann.

Wenn die zum Bauantrag gehörten Stellen aus bauordnungsrechtlichen Gründen Einwände gegen das Bauvorhaben erheben, aber schließlich dem Drängen des Bauherrn in

X
C
der Hoffnung nachgeben, "es ^{wird} schon gut gehen", und der Erteilung der Baugenehmigung unter Zurückstellung ihrer Bedenken doch zustimmen, kann ein Bauherr, der diese Entwicklung kennt oder kennen muß, das mit der Ausnutzung der auf diese Weise erlangten Baugenehmigung verbundene Risiko mindestens nicht ganz auf die für die Erteilung der Baugenehmigung zuständige Behörde abwälzen. Eine Erlaubnis, die erst nach Überwindung vieler, sachlich verständlicher Widerstände erlangt worden ist, kann nicht dasselbe Vertrauen in ihren rechtlichen Bestand begründen, wie es einer allseits als unbedenklich beurteilten Baugenehmigung zukommt. In solchen Fällen muß sich der Bauherr deshalb im wohlverstandenen eigenen Interesse eher als sonst darauf einrichten, daß es zu einer Überprüfung der Bauerlaubnis kommt und diese zu einer Einschränkung, wenn nicht gar einer Aufhebung der ihm erteilten Bauerlaubnis führt.

Nach dem Inhalt der dem Berufungsgericht vorgelegten, aber von ihm unter diesem Gesichtspunkt noch nicht im einzelnen ausgewerteten Bauakten liegt nahe, daß die Klägerin die Erteilung der Bauerlaubnis trotz des zunächst fast einmütigen Widerstandes aller beteiligten Stellen erst auf Grund ihrer vielfachen mündlichen und schriftlichen Eingaben bei den in Betracht kommenden Stellen sowie auch durch die Einladung an Mitglieder des Gemeinderats zur Besichtigung gleichartiger Betriebe wie dem geplanten erreicht

hat, ihr also bekannt gewesen ist, wie umstritten die Zulässigkeit ihres Bauvorhabens war.

d) Ein Bauherr trägt auch dann zur Entstehung des ihm zugestoßenen Schadens schuldhaft bei, wenn er mit den Bauarbeiten beginnt, obwohl er weiß oder mindestens damit rechnen muß, daß die von ihm geplante Erweiterung seines Betriebes geeignet ist, die Rechte der Nachbarn erheblich zu stören, weil er ihre ihm schon bekannten und nicht von vornherein ungerechtfertigten Bedenken gegen die Zulässigkeit seines Vorhabens in seinem Bauantrag nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat.

Das kommt hier in Betracht. Die Klägerin hatte zwar in ihrem dann genehmigten Bauantrag - anders als zuvor im ersten Bauantrag - schalldämmende Maßnahmen für den Fabrikationsraum vorgesehen. Die Bedenken des Betriebsplanungsamtes und der Nachbarn hatten sich aber in besonderem Maße auch gegen die sich im Freien abspielenden Betriebsvorgänge gerichtet. Diesen Einwänden hatte die Klägerin bei der Änderung ihres Bauantrages nicht Rechnung getragen.

e) Auf eine sichere Verwirklichung eines solchen Bauvorhabens kann der Bauherr erst recht dann nicht vertrauen, wenn ihm auf Grund besonderer Umstände bekannt ist oder er mindestens erwarten muß, daß sich die von den Auswirkungen des geplanten Betriebes betroffenen Nachbarn auch tatsächlich gegen die Baugenehmigung

wenden werden, er aber trotzdem mit Bauarbeiten beginnt, ohne sich zunächst mit ihnen insBenehmen zu setzen.

Eine solche Situation ist hier nicht auszuschließen. Verschiedene Nachbarn hatten sich bei der Anhörung zu dem ersten von der Klägerin schon im Jahr 1962 gestellten Bauantrag gegen ihr Bauvorhaben ausgesprochen. Die Gemeinde Ovenhausen hatte ihnen zugesagt, sie vor einer Entscheidung über das seinerzeit zurückgestellte Gesuch zu verständigen, dann aber nach Stellung ~~des~~ neuen Antrags hiervon und auch von einer erneuten Anhörung abgesehen, obwohl der Bauantrag in den für die Nachbarn besonders wichtigen Punkten nicht abgeändert worden war. Unter diesen Umständen lag es nicht fern, daß die Nachbarn Widerspruch gegen die Baugenehmigung einlegen würden, sobald sie von ihrer Erteilung erfuhren. Auch konnte wegen der schon erörterten Umstände nicht von vornherein angenommen werden, daß solche Rechtsbehelfe aussichtslos sein würden.

In diesem Zusammenhang gewinnt die bisher nicht aufgeworfene Frage Bedeutung, wann die Klägerin die jetzt nutzlos gewordenen Bauarbeiten durchgeführt hat. Solange sie mit Widersprüchen der Nachbarn ernstlich rechnen mußte, war es in ihrem eigenen Interesse angezeigt, jedenfalls mit der Vornahme solcher Arbeiten zu warten, die erhebliche Kosten verursachten und deren Ergebnis sich nur schwer rückgängig machen ließ.

X ✓ f) Wenn ein Bauherr sogar schon weiß, daß Nachbarn gegen die ihm erteilte Baugenehmigung - nach der Sachlage nicht aussichtslose - Widersprüche eingelegt haben, er aber dennoch sein Bauvorhaben durch weitere Investitionen vorantreibt, nimmt er das Risiko eines Schadens infolge der Aufhebung der Baugenehmigung auf Grund der Widersprüche bewußt auf sich. Wenn er dann auch noch ernstlich mit einem Erfolg der Widersprüche rechnen muß, kann er sich wegen der trotzdem noch vorgenommenen Aufwendungen nicht mehr auf einen durch die Erteilung der Baugenehmigung geschaffenen Vertrauenstatbestand berufen. Die Klägerin kann daher im eigenen Interesse gehalten gewesen sein, zur Vermeidung sonst zu erwartender Nachteile auch schon vor dem Erlaß der Stilllegungsverfügung weitere, nicht zur Erhaltung schon begonnener Arbeiten notwendige Aufwendungen zu unterlassen, wenn sie auf Grund der ihr bekannten Umstände ernstlich mit einem Erfolg der Widersprüche rechnen mußte.

g) Das Berufungsgericht hat alle diese für eine Mitverantwortlichkeit der Klägerin bei der Entstehung der von ihr behaupteten Schäden wesentlichen Umstände bisher nicht oder nur unvollkommen berücksichtigt. Seine Ausführungen vermögen daher seine Entscheidung nicht zu tragen. Das gilt im Ergebnis auch für Ansprüche der Klägerin nach § 41 Abs. 1 b, Abs. 2 des Ordnungsbehörden-gesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen, weil - wie das Berufungsgericht insoweit rechtsfehlerfrei ausgeführt hat - auch bei diesem Anspruch nach § 42 Abs. 4 des-selben Gesetzes ein Mitverschulden des Geschädigten zu berücksichtigen ist.

3. Das Berufungsgericht hat mit Recht Ansprüche der Klägerin nach § 51 Abs. 1 S. 2 GewO aF ausgeschlossen, weil diese Vorschrift nicht für Eingriffe in gewerbliche Anlagen gilt, die entgegen den gesetzlichen Bestimmungen errichtet worden sind.

4. Hiernach kann das angefochtene Urteil nicht bestehen bleiben, soweit zum Nachteil des Beklagten erkannt worden ist. Die Sache muß vollen Umfangs an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, weil ein Mitverschulden der Klägerin für alle geltend gemachten Ansprüche in Betracht kommt und das Berufungsgericht den Sachverhalt insoweit nur teilweise geprüft und mit den Parteien erörtert hat, die daher auch noch keine Gelegenheit gehabt haben, sich hierzu zu äußern.

Für die danach notwendige anderweite Verhandlung wird darauf hingewiesen, daß unterschiedliche Quoten für die einzelnen Schäden in Betracht kommen können, je nachdem, in welchem Umfang die Parteien zu deren Entstehung beigetragen haben.

Kreft

Dr. Krohn

Dr. Tidow

Die Richter Peetz und Lohmann
sind beurlaubt und verhindert,
ihre Unterschrift beizufügen.

Kreft