

Nachschlagewerk: ja

Amtliche Sammlung: nein

GewO § 18

Die für die Gewerbe genehmigung zuständige Behörde hat gleichzeitig die etwaige Bauerlaubnis zu erteilen.

GewO § 19 a; BGB § 839 C, Fe

Trotz Übernahme der Gefahr durch den Unternehmer kann eine Haftung der Behörde bestehen bleiben, wenn sie sich bei Gestattung der sofortigen Bauausführung einer Amtspflichtverletzung schuldig gemacht hat.

BGH, Urt. v. 4. Mai 1959 - III ZR 35/58 OLG Oldenburg

Verkündet
am 4. Mai 1959
Scheibl, Justiz-Assistent,
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Stadt O [REDACTED], vertreten durch den Verwaltungsaus-
schuß,

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Gießerei Günther B [REDACTED], O [REDACTED], J [REDACTED]-
straße [REDACTED]/[REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr. [REDACTED] -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 4. Mai 1959 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Prof.Dr.Geiger sowie der Bundes-
richter Dr. Kreft, Dr. Arndt, Dr. Beyer und Dr.Hußla
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das
Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Oldenburg (Oldbg.) vom 10. Januar 1958 auf-
gehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung
und Entscheidung, auch über die Kosten der Re-
vision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin betrieb in Osnabrück auf dem Grundstück J [REDACTED] straße eine Eisengießerei und benutzte dabei später einen Kupolofen, ohne die nach § 16 GewO erforderliche Genehmigung zu besitzen. Auf Beanstandung der beklagten Stadt beantragte die Klägerin nachträglich die Genehmigung. Im Genehmigungsverfahren versagte der Bauausschuß im Mai 1950 seine Zustimmung, weil die J [REDACTED] straße nach der Bauordnung zum Wohngebiet gehörte. Die Beklagte legte dem Inhaber der Klägerin deshalb nahe, den Betrieb in Industriegelände zu verlegen. Die Verhandlungen zogen sich jahrelang hin. Anfang 1955 verfügte schließlich die Beklagte die Einstellung des Betriebes in der J [REDACTED] - straße zum 1. August 1955, weil die Genehmigung für diesen in einem dicht besiedelten Wohngebiet belegenen Betrieb nicht erteilt werden könne.

Für die Klägerin bot sich demnächst die Gelegenheit, ein Grundstück an der Mindener Straße von einer Firma R [REDACTED] zu pachten, die dort bis 1954 eine Maschinenfabrik betrieben hatte. Dieser Ortsbereich war in den Bebauungsplänen der Stadt als Wohngebiet ausgewiesen und im Ausbau begriffen; es standen dort schon Wohnblocks und Siedlungen. Nach § 7 der am 1. April 1955 in Kraft getretenen neuen Bauverordnung der Stadt O [REDACTED] vom 12. Oktober 1954 war dort die Errichtung und Erweiterung aller die Eigenart des Gebietes störenden Bauanlagen und Betriebe, insbesondere gewerblicher Anlagen unzulässig. Von diesem Verbot konnte die Bauaufsichtsbehörde mit Zustimmung des Regierungspräsidenten als höherer Bauaufsichtsbehörde

Befreiung (Dispens) erteilen (§ 5 BauVO). Das Bauordnungsamt der Beklagten teilte der Klägerin auf ihre Anfrage unter dem 6. April 1955 mit, daß das Grundstück R. in einem Baugebiet liege, wo die Errichtung und Erweiterung gewerblicher Betriebe unzulässig sei; die Stadt wolle aber die beabsichtigte Aufstellung von zwei Kupolöfen nicht als eine Erweiterung des Betriebes ansehen, wenn die Klägerin die Auflagen des Gewerbeaufsichtsamtes erfülle und eine Belästigung der Nachbarn nicht eintrete; in dem Schreiben hieß es weiter, daß die beabsichtigte Aufstellung der Öfen aber öffentlich bekanntgemacht und dann mit Einsprüchen aus der Nachbarschaft gerechnet werden müsse.

Am 12. Mai 1955 beantragte die Klägerin förmlich die Erlaubnis zum Betrieb von zwei Kupolöfen auf dem Grundstück M. Straße . Nach der Veröffentlichung erhoben 71 Anlieger Einspruch, weil die M. Straße eine Wohngegend und zu befürchten sei, daß die Öfen durch Gase, Rauch und Funken die Nachbarn belästigen würden. Der zur Entscheidung über den Antrag berufene Beschlußausschuß der Stadt stellte die üblichen Ermittlungen an und verhandelte in einem Termin am 30. Juni 1955 mit den Beteiligten, darunter mehreren Anliegern und den Vertretern verschiedener Ämter. Durch Beschluß vom selben Tage wies der Ausschuß die Einwendungen der Anlieger zurück und erteilte die beantragte Genehmigung unter verschiedenen Auflagen. Einem Antrag der Klägerin entsprechend enthielt der Beschluß gemäß § 19 a GewO den Zusatz, daß der Klägerin "auf ihre Gefahr, unbeschadet des Rechtsmittelverfahrens, die unverzügliche Ausführung dieser Anlage gestattet" werde. Die Klägerin begann alsbald mit den Arbeiten für die Aufstellung der Öfen.

Im August 1955 erhoben drei Anlieger Klage gegen die Stadt mit dem Antrag, den Beschluß aufzuheben. Das Landesverwaltungsgericht Hannover beteiligte die Klägerin an dem Verfahren als Beigeladene und gab der Stadt auf, die Ausnahmeerlaubnis der Bauaufsichtsbehörde sowie die Zustimmung des Regierungspräsidenten nachzureichen. Der Regierungspräsident erklärte jedoch, daß er sich zur Dispensentscheidung nicht in der Lage sehe und den Ausgang des gerichtlichen Verfahrens abwarten möchte. Durch Urteil vom 5. Januar 1956 hob darauf das Verwaltungsgericht den Beschluß vom 30. Juni 1955 als rechtswidrig auf, weil die Errichtung des Betriebes in einem Wohngebiet ohne Dispenserteilung verboten und die rechtswirksame Erteilung eines Dispenses nicht nachgewiesen sei. Kein Beteiligter legte gegen das Urteil Rechtsmittel ein. Die Klägerin gab das Gelände an ihre Verpächterin zurück und mußte es wieder in den früheren Zustand versetzen.

Die Klägerin verlangt von der Stadt Ersatz des ihr entstandenen Schadens aus dem Gesichtspunkt der Amtspflichtverletzung und hat dazu vorgetragen: Der Beschlußausschuß hätte die Bauordnung beachten, sich um die Erteilung des Dispenses sowie der Zustimmung des Regierungspräsidenten bemühen müssen und ohne diese Klärung die Genehmigung nicht erteilen dürfen. Im Gegenteil habe die Beklagte wiederholt erklärt, daß gegen die Errichtung der Anlage keine Bedenken beständen. Bei ordnungsmäßiger Erteilung des Dispenses oder bei Ablehnung des Antrages wegen fehlenden Dispenses hätte die Klägerin die jetzt entstandenen Kosten nicht gehabt. Sie macht mit der Klage zunächst einen Teilbetrag von 1.100 DM nebst Zinsen geltend, und zwar in erster Linie Baukosten, hilfsweise sonstige vergebliche Aufwendungen.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Sie meint, die etwa unrichtige Behandlung des Antrages habe keinen Schaden verursacht. Ihre Organe hätten nicht schuldhaft gehandelt. Sie habe das Verhalten des Regierungspräsidenten nicht zu vertreten. Die Klägerin hätte sich selbst um diese Zustimmung bemühen und Berufung gegen das verwaltungsgerichtliche Urteil einlegen müssen. Die Klägerin könne auch keinen Ersatz verlangen, da sie die Arbeiten auf eigene Gefahr vor Rechtskraft der Entscheidung begonnen habe. Mindestens schließe das mitwirkende Verschulden der Klägerin alle Ansprüche aus.

Das Landgericht hat den Schadensersatzanspruch der Klägerin dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten, mit der sie ihren Abweisungsantrag weiter verfolgt. Die Klägerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

Der Revision ist der Erfolg nicht zu versagen.

Nach § 839 BGB, Art. 34 GG hat die Beklagte der Klägerin den Schaden zu ersetzen, der dadurch entstanden ist, daß die Bediensteten der Beklagten in Ausübung des ihnen anvertrauten öffentlichen Amtes die der Klägerin gegenüber obliegenden Amtspflichten schuldhaft verletzt haben.

1.) Die Verletzung der Amtspflicht sieht das Berufungsgericht darin, daß der Beschlusausschuß einen rechtswidrigen Bescheid erlassen habe, weil er nach

§ 18 GewO bei Erteilung der Gewerbe genehmigung auch die baupolizeilichen Vorschriften mit zu beachten hatte. Der Beschluß habe gegen zwingende Bauverbote verstoßen, weil es sich mindestens um eine Erweiterung gewerblicher Anlagen gehandelt habe; zwar sei ein Dispens möglich gewesen, doch habe dazu die Zustimmung des Regierungspräsidenten gefehlt.

Die Revision wendet sich dagegen nicht. Die Rechtswidrigkeit des Bescheides steht im übrigen auf Grund des rechtskräftigen verwaltungsgerichtlichen Urteils auch für das jetzige Verfahren fest. Denn die Rechtskraft des Urteils erstreckt sich auch auf die Klägerin als Beigeladene (§§ 80, 39, 41 MRVO Nr.165). Die Zivilgerichte haben ein zwischen den Parteien wirksames rechtskräftiges verwaltungsgerichtliches Urteil zu beachten (BGHZ 10, 220; 15, 17).

Das Berufungsgericht hat zwar dabei ebenso wie das Verwaltungsgericht einen wesentlichen Gesichtspunkt nicht beachtet, doch ändert das am Ergebnis nichts: Die Bestimmung des § 18 GewO, wonach die für die Gewerbe genehmigung zuständige Behörde zugleich die baupolizeilichen Vorschriften zu beachten hat, hat die Bedeutung, daß nur eine einzige Genehmigung erteilt wird. Der Beschlußausschuß hatte also die Gewerbe genehmigung unter Beachtung der Bauordnung zu erteilen, wobei seine Genehmigung gleichzeitig die Baugenehmigung enthielt (vgl. § 1 E BauVO); daraus folgt weiter, daß der Beschlußausschuß auch die nach der Bauordnung erforderlichen Dispense selbst zu erteilen hatte (PrOVG 37, 309; Baltz-Fischer, Preußisches Baupolizeirecht 6.Aufl. 1934 S. 36; Landmann-Rohmer, GewO 11.Aufl. 1956 § 18, 4; Runderlaß des Reichs- und Preußischen Ministers des Innern vom 6. März 1935, MBliV 1935, 359).

Möglicherweise hatte deshalb hier der Beschlußausschuß den erforderlichen Dispens erteilt. Dagegen spricht zwar, daß Dispense nicht stillschweigend erteilt, sondern ausdrücklich erklärt werden müssen (PrOVG 104, 256). Das bedarf aber keine Entscheidung. Denn selbst wenn der Beschluß vom 30. Juni 1955 den erforderlichen Baudispens enthielt, wäre er gesetzwidrig und fehlerhaft erteilt, weil die vorgeschriebene Zustimmung des Regierungspräsidenten fehlte (BGHZ 2, 315/319), so daß das Verwaltungsgericht ihn - wie geschehen - wegen Verstoßes gegen zwingende Vorschriften der Bauverordnung aufheben mußte.

Der Fehler wirkte sich auch bei der Erlaubnis der sofortigen Ausführung aus, weil diese nur gestattet werden durfte, wenn mit einer endgültigen Genehmigung zu rechnen war (Landmann-Rohmer Gewerbeordnung § 19 a, 2). Vor Zustimmung des Regierungspräsidenten oder ihrer Zusage war der Ausgang des Genehmigungsverfahrens aber völlig offen.

2.) Die Pflichten, die die Bediensteten der Beklagten dadurch verletzt haben, bestanden auch der Klägerin gegenüber. Die Klägerin hatte den Antrag auf Genehmigung gestellt und es war Amtspflicht der beteiligten Beamten, darüber sachgerecht nach Maßgabe der bestehenden Gesetze zu befinden und insbesondere eine vorzeitige Bauausführung nur zu gestatten, wenn mit einer endgültigen Genehmigung zu rechnen war. Diese Pflichten bestanden nach ihrem Zweck auch der Klägerin gegenüber. Dagegen hat die Revision ebenfalls nichts vorgebracht.

3.) Die Gesetzesverletzung war ferner für die Schäden ursächlich. Hätte der Ausschuß die Bauverord-

nung beachtet, dann galt folgendes: Entweder hätte der Regierungspräsident seine Zustimmung versagt, dann hätte der Ausschuß den Antrag ablehnen müssen und die Klägerin hätte mit dem Bau nicht begonnen. Hätte dagegen der Regierungspräsident seine Zustimmung erteilt, dann wäre der Antrag der Klägerin genehmigt worden und der Bescheid rechtskräftig geworden, weil davon ausgegangen werden kann, daß der Ausschuß wiederum eine Gefährdung oder Belästigung der Nachbarschaft verneint hätte und keine anderen Versagungsgründe vorlagen. Auch gegen diese Würdigung hat die Revision Bedenken im einzelnen nicht vorgetragen.

4.) Das Berufungsgericht bejaht das Verschulden der Beamten, weil sie die Bauordnung hätten kennen und beachten müssen. Das Verschulden des Beschlußausschusses sei gering, weil er immerhin das Bauordnungsamt beteiligt habe. Aber der Ausschuß hätte erkennen müssen, daß es sich mindestens um eine Erweiterung des bisherigen Betriebes gehandelt habe. Auf jeden Fall, selbst wenn der Bauausschuß von Verschulden freizustellen sei, treffe die Beamten des Bauordnungsamtes ein Verschulden, weil sie hätten erkennen müssen, daß mindestens eine Betriebserweiterung vorliege und dazu nach der Bauordnung für den Baudispens die Zustimmung des Regierungspräsidenten notwendig sei. Das Bauordnungsamt hätte vorher klären müssen, ob diese Zustimmung erteilt werden sollte.

Auch das zeigt keinen Rechtsfehler.

5.) Die Revision meint, der Anspruch sei durch § 839 Abs. 3 BGB ausgeschlossen. Danach tritt die Haftung des Beamten nicht ein, wenn der Verletzte

es schuldhaft unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Dazu hat das Berufungsurteil folgendes ausgeführt: Der Klägerin habe gegen die Erteilung der Genehmigung kein Rechtsmittel zugestanden und ein Rechtsmittel gegen das verwaltungsgerichtliche Urteil sei zwecklos gewesen. Dagegen entfalle eine Haftung nicht schon deshalb, weil die Klägerin nicht die Rechtskraft des ersten Bescheides abgewartet habe.

a) Der Revision kann nicht zugestimmt werden, daß es gleich liege, ob die Klägerin einen Rechtsbehelf gegen eine belastende Entscheidung versäumt oder die Rechtskraft eines begünstigenden Verwaltungsaktes nicht abgewartet hat. Weder der Wortlaut noch der Sinn des § 839 Abs. 3 BGB erfordern diese Gleichstellung. § 839 Abs. 3 BGB enthält eine erhebliche Benachteiligung des durch eine Amtspflichtverletzung Betroffenen, weil hier leichteste Fahrlässigkeit alle Ansprüche vollständig ausschließt. Derartige Bestimmungen dürfen nicht ohne zwingenden Anlaß erweiternd ausgelegt werden. Es mag ein mitwirkendes Verschulden sein, daß die Klägerin vor Rechtskraft von der im Gesetz vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, aber es handelt sich nicht um einen Fall der Versäumung eines Rechtsmittels im Sinne des § 839 Abs. 3 BGB.

b) Die Revision wendet sich weiter gegen die Annahme, ein Rechtsmittel gegen das verwaltungsgerichtliche Urteil sei zwecklos gewesen, weil übersehen sei, daß die damaligen Kläger überhaupt nicht zur Klage befugt gewesen seien. Auch das fällt nicht unter § 839 Abs. 3 BGB. Hier lag die schädigende Amtshandlung in der Erteilung einer gesetzwidrigen Genehmigung

und nicht in der Aufhebung durch das Verwaltungsgericht. Rechtsmittel im Sinne des § 839 Abs. 3 BGB sind nur solche Rechtsbehelfe, die die benachteiligende Amtshandlung beseitigen und die Abwendung des dadurch entstandenen Schadens ermöglichen können. Dazu gehört nicht die Versäumung eines Rechtsmittels mit dem Ziel, den rechtswidrigen Verwaltungsakt im Ergebnis aufrecht zu erhalten, weil er für den Betroffenen günstig ist. Auch das kann höchstens unter dem Gesichtspunkt eines mitwirkenden Verschuldens gewertet werden.

6.) Die Revision meint weiter, die Klägerin habe auf eine Haftung verzichtet, da sie die vorläufige Bauerlaubnis "auf eigene Gefahr" beantragt habe. Das Berufungsgericht hat dazu ausgeführt, daß die Klägerin mit dieser Erklärung nur diejenigen Nachteile übernommen habe, die die Beklagte nicht zu vertreten habe.

Der Senat stimmt auch diesen Ausführungen des Berufungsgerichts im Ergebnis zu. Abzulehnen ist jedoch die Auffassung der Revision, die Erklärung der Klägerin habe zu einem Verzicht, einem Erlaßvertrag oder sonst einer privatrechtlichen oder öffentlichrechtlichen Vereinbarung geführt. Der Beschluß vom 30. Juni 1955 gehörte in den Bereich der hoheitlichen Betätigung der Stadt und war ein Verwaltungsakt. Nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 19 a GewO hatte die Beklagte die vorläufige Bauerlaubnis davon abhängig zu machen, daß der Unternehmer "auf eigene Gefahr" handelte. Dieser Verwaltungsakt setzte zwar einen Antrag voraus, doch war dabei wesentlich nur, daß dieser Antrag "vor Schluß der Verhandlung" zu stellen war, damit die übrigen Beteiligten sich dazu äußern konnten. Dieses Antrags-erfordernis änderte nichts daran, daß der Haftungsaus- schluß sich aus dem Hoheitsakt und nicht aus der Zustimmungserklärung der Klägerin ergab.

Auch darin ist dem Berufungsgericht zuzustimmen, daß in den Fällen des § 19 a GewO nicht jede Haftung der Behörde ausgeschlossen ist und daß nicht alle nachteiligen Folgen auf den Unternehmer übergehen.

Dem Unternehmer wird im Anwendungsbereich der Vorschrift die unverzügliche Ausführung der für den geplanten Betrieb vorgesehenen Baulichkeiten auf seine Gefahr gestattet, ohne daß dadurch dem Rekursverfahren vorgegriffen wird. Das bedeutet dem Grundsatz nach, daß der Unternehmer, wenn er die Rechtskraft des Genehmigungsbescheids nicht abwartet und in der abschließenden Entscheidung die Genehmigung versagt erhält, die Beseitigung der unverzüglich errichteten baulichen Anlagen nach § 147 GewO hinnehmen und die aus seinem alsbaldigen Handeln entstehenden Schäden selbst tragen muß. Dieses Risiko, das § 19 a GewO dem Unternehmer überbürdet, ist aber nicht unbegrenzt, sondern muß eine sinnvolle, der Interessenlage des Unternehmers entsprechende Beschränkung erfahren, wie eine solche vernünftigerweise mit jeder Übernahme oder Überbürdung eines wirtschaftlichen Risikos verbunden zu sein pflegt.

Die gesetzliche Regelung wollte (vgl. den Gesetzesentwurf in Reichstagsverhandlungen 1898/1900, Stenogr. Berichte, 2. Anlageband, Aktenstück Nr. 165) unter Wahrung der Einheitlichkeit der baupolizeilichen und der gewerbepolizeilichen Genehmigung die Möglichkeit eröffnen, die Bauausführung vor Abschluß des Genehmigungsverfahrens in Angriff zu nehmen und auf diese Weise aner kennenswerten Belangen des Unternehmers an einer alsbaldigen Erstellung der Baulichkeiten Rechnung zu tragen. Dabei wurde die dem erstinstanzlichen Bescheid vorangehende Erörterung aller gegen eine Genehmigung sprechenden Bedenken und Einwendungen Dritter als eine ausreichen-

de Gewähr dafür angesehen, daß von der Möglichkeit nur in Fällen Gebrauch gemacht werde, in denen durch die weitere Hinausschiebung der Bauten bis zum Eintritt der Rechtskraft des Genehmigungsbescheids überwiegende Interessen des Unternehmers ernstlich gefährdet würden. Dem wohlverstandenen Interesse des Unternehmers ist andererseits erst dann richtig gedient, wenn die unverzügliche Bauausführung nur in Fällen gestattet wird, in denen anzunehmen ist, daß der Unternehmer die von ihm erbetene Genehmigung ohne eine wesentliche Änderung des Plans der Bauanlagen erhalten wird. Daß eine solche Annahme vorliegen muß, ist denn auch allgemein in Lehre wie Praxis anerkannt und in Durchführungsbestimmungen (siehe für Preußen und Bayern bei Landmann/Rohmer, Komm.z.GewO, § 19 a, 2) ausdrücklich vorgeschrieben.

Daraus folgt: Der Antragsteller darf grundsätzlich davon ausgehen, daß die Behörde ihm nur dann die einstweilige Bauausführung gestattet, wenn sie nach einer sorgfältigen Prüfung seines Antrags die endgültige Genehmigung des Objekts ohne wesentliche Änderung des Bauplans erwartet. Die Behörde, die unter Außerachtlassung der gebotenen Sorgfalt dies nicht beachtet, verletzt schuldhaft eine ihr gegenüber dem Antragsteller obliegende Amtspflicht (§ 839 BGB). Von dieser Sicht aus ist das Risiko des Unternehmers zu beschränken. Es geht zwar an sich auf seine Gefahr, daß die im Lauf des verwaltungsmäßigen oder verwaltungsgerichtlichen Instanzenzuges mit der Sache befaßten Stellen als eine Folge des begrenzten menschlichen Erkenntnisvermögens bei der sorgfältigen Anwendung des Gesetzes, der genauen Abwägung der widerstreitenden verschiedenen Interessen, bei dem sorgsamem Durchschreiten des ihnen eingeräumten Beur-

teilungs- und Ermessensspielraums zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen können. Er braucht es aber nicht auf sich zu nehmen, daß ihm die Genehmigungsbehörde fahrlässig, ohne die gebotene Sorgfalt und ohne hinreichende Aussicht auf eine ihm günstige Endentscheidung eine einstweilige Erlaubnis erteilt, ihn dabei jedoch nicht über die Zweifelhaftigkeit der Sach- und Rechtslage belehrt und ihn derart zu schädigenden baulichen Maßnahmen ermuntert und veranlaßt. In solchen Fällen wird das Schadensbild davon beherrscht, daß ein pflichtwidriges Verhalten der Behörde, nicht jedoch ein "eigenes Verhalten" den Antragsteller zu seinen schädlichen Maßnahmen bestimmt. Dementsprechend hat dann die Behörde für den durch ihre Pflichtwidrigkeit entstehenden Schaden einzustehen. Die Freistellung der Haftung gemäß § 19 a GewO greift also nicht mehr in einem Falle ein, in dem die schuldhaftige Amtspflichtverletzung der Genehmigungsbehörde darin (mit-) besteht, daß die Behörde den Antragsteller nicht über das für ihn mit einer Bauausführung bei Zweifelhaftigkeit der Sach- und Rechtslage verbundene ungewöhnliche Risiko aufgeklärt hat.

Gerade so aber kennzeichnet sich der vorliegende Fall. In dem Ortsbereich, in dem früher die Firma R. ihre Fabrik betrieben hatte und auf deren Grundbesitz jetzt die Klägerin ihren Betrieb unter Aufstellung von zwei Kupolöfen statt bisher einem Ofen aufnehmen wollte, war nach der zwischenzeitlich von der Beklagten erlassenen neuen Bauverordnung die Errichtung und Erweiterung aller die Eigenart des als Wohngebiet ausgewiesenen Geländes störenden baulichen Anlagen und Betriebe, insbesondere gewerblicher Anlagen, unzulässig.

Von diesem Verbot konnte die Bauaufsichtsbehörde mit Zustimmung des Regierungspräsidenten Befreiung (Dispens) erteilen. Das allgemeine, umfassende Verbot der Bauordnung ließ bei gewissenhafter Prüfung eine Genehmigung des von der Klägerin gestellten Antrags nicht erwarten. Die Aufstellung von zwei Kupolöfen seitens der Klägerin als eine bloße Fortführung und unwesentliche Veränderung des früheren Betriebs der Firma R [REDACTED] anzusehen, war bei sachgemäßer Beurteilung ein Ausweg, der keinen Erfolg versprach. Die Frage, ob der Klägerin ein Dispens erteilt werden könne, war nicht geklärt. Die Beklagte war bisher an den Regierungspräsidenten, der der Dispensierung zustimmen mußte, nicht herangetreten. Die Beklagte hätte daher nach dem oben Ausgeführten der Klägerin keine vorläufige Erlaubnis erteilen dürfen oder zumindest die Klägerin entsprechend belehren müssen. Die Beklagte hatte zwar gegenüber der Klägerin auf deren Anfrage in dem Schreiben ihres Bauordnungsamts vom 6. April 1955 zum Ausdruck gebracht, daß dem Antrag der Klägerin gewisse Bedenken und Schwierigkeiten entgegenständen. Dieser Schriftwechsel fand aber statt, noch bevor die Klägerin ihren förmlichen Antrag auf Genehmigung stellte. Nachdem im weiteren Verlauf der Beschlußausschuß der Beklagten auf den von der Klägerin mittlerweile eingebrachten Antrag nach Vornahme der üblichen Ermittlungen und nach einer Verhandlung mit den Beteiligten die Einwendungen der Anlieger zurückgewiesen und der Klägerin die nachgesuchte Genehmigung unter verschiedenen Auflagen erteilt hatte, vertraute die Klägerin darauf, die Beklagte habe einen gangbaren Weg für die Erteilung der Genehmigung gefunden und habe mit Rücksicht hierauf und im Einklang mit der Regelung des § 19 a GewO die einstweilige Bauerlaubnis erteilt. Das Schadensbild wird daher von dem als schuldhaft pflichtwidrig zu wertenden Vor-

gehen seitens der Beamten der Beklagten geprägt. Dies bedeutet, daß die Beklagte schadensersatzpflichtig geworden ist und nicht gemäß § 19 a GewO von der Haftung freigestellt wird.

7.) Die Revision meint schließlich, die Klägerin müsse sich ein mitwirkendes Verschulden entgegenhalten lassen.

Das Berufungsgericht hat dazu ausgeführt, die Klägerin sei gegenüber der amtlichen Auskunft der zuständigen Behörde zu weiteren Nachforschungen nicht verpflichtet gewesen; jedenfalls habe sie erst während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens Bedenken bekommen können, und dürfe die bis dahin entstandenen Kosten ersetzt verlangen.

Der Senat kann dieser Auffassung des Berufungsgerichts nicht zustimmen. Die Klägerin mußte sich darüber klar sein, daß der Beschluß über die Erteilung der Genehmigung möglicherweise im Rechtsmittelverfahren aufgehoben werden konnte und daß sie dann alle Kosten, die mit dem Bau der Öfen zusammenhingen, vergeblich aufgewendet hatte. Auf die Möglichkeit einer Anfechtungsklage gegen einen günstigen Bescheid war sie mehrfach hingewiesen. Sie hatte trotzdem in ihrem Antrag vom 25. Juni 1955 gebeten, ihr die sofortige Bauausführung auf eigene Gefahr unbeschadet des Rechtsmittelverfahrens zu gestatten. Der Beschluß hatte dieselbe Einschränkung nochmals betont. Die Klägerin hatte aus dem Verfahren und insbesondere der eingehenden mündlichen Verhandlung ersehen, daß eine Vielzahl organisierter Anlieger ihrem Bauvorhaben widersprach. Sie hatte bei ihrem Betrieb in der J. [REDACTED] straße erlebt, daß derartige Einwendungen

in Wohngebieten Erfolg haben konnten. Keinesfalls konnte sie sich mit dem vorangegangenen Schreiben vom 6. April 1955 beruhigen, wie das Berufungsgericht meint; im Gegenteil mußte dieses Schreiben sie zu besonderer Vorsicht veranlassen, weil die Behörde vorschlug, die Aufstellung der beiden Öfen auf dem neuen Betriebsgrundstück als Fortführung und unwesentliche Veränderung eines bestehenden Betriebs anzusehen. Die Zweifelhaftheit dieser Begründung lag nicht fern; denn die Klägerin wollte ihre Betriebsstelle verlegen und die doppelte Anzahl von Öfen aufstellen, obwohl sie schon für den bis dahin betriebenen ersten Ofen keine Genehmigung bekommen hatte. Das alles mußte die Klägerin veranlassen, selbst die Rechtslage gründlich und möglichst durch einen sachkundigen Berater überprüfen zu lassen, bevor sie mit Arbeiten begann, die nach ihrer Erklärung fast 100.000 DM Kosten verursachten. Der Stadtinspektor Sch. hatte auch den Inhaber der Klägerin über die Bedeutung der Bauordnung belehrt. Bei Anwendung dieser der Klägerin zuzumutenden Vorsichtsmaßnahmen hätte diese erkennen können und müssen, daß der Ausgang des Verfahrens unsicher und daß es gefährlich war, schon vor Rechtskraft mit kostspieligen Arbeiten zu beginnen.

Die Klägerin hat möglicherweise auch nicht alles getan, um den Schaden zu mindern oder abzuwenden. Sie durfte insbesondere nicht das abweisende verwaltungsgerichtliche Urteil und den ablehnenden Bescheid des Regierungspräsidenten widerspruchslos hinnehmen. Der Regierungspräsident hatte keine Sachentscheidung getroffen und konnte durch eine Aufsichtsbeschwerde zu einer eindeutigen Stellungnahme veranlaßt werden. Nach § 5 der Bauverordnung durfte er die Zustimmung nicht deshalb verweigern, weil bereits ein Prozeß schwebte, sondern mußte er

sie erteilen, wenn der Dispens mit dem öffentlichen Interesse vereinbar war oder die Versagung zu einer offenbar nicht beabsichtigten Härte geführt hätte. Bei dem für die Klägerin günstigen Ergebnis der Beweisaufnahme vor dem Beschlußausschuß war diese Zustimmung möglicherweise erreichbar gewesen; doch muß dies das Berufungsgericht klären. Dabei hat es festzustellen, wie der Regierungspräsident oder das Ministerium nach ihrer allgemeinen Praxis in Fällen dieser Art vorgehen (BGH III ZR 77/58 vom 23. Februar 1959 = NJW 1959, 1125). Selbst wenn das Berufungsgericht zu der Feststellung kommt, daß nach Erzwingung einer Zustimmung des Regierungspräsidenten eine Berufung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren vollen Erfolg gehabt hätte, nötigt das nicht zur vollständigen Klagabweisung, weil auch die Beklagte von sich aus alle diese Maßnahmen hätte ergreifen können und müssen, nachdem sie die vorläufige Bauerlaubnis erteilt und festgestellt hatte, daß die Klägerin mit kostspieligen Arbeiten begonnen hatte.

Irrig ist allerdings die Auffassung der Revision, eine Berufung gegen das verwaltungsgerichtliche Urteil hätte schon deshalb ohne Sachprüfung Erfolg haben müssen, weil die Anlieger zur Klagerhebung nicht befugt gewesen seien. Das ist unrichtig, weil der Beschlußausschuß die Anlieger förmlich am Verfahren beteiligt und der Bescheid ihre Einwendungen ausdrücklich zurückgewiesen hatte. In solchen Fällen bestehen gegen die Klagbefugnis der durch den Verwaltungsakt unmittelbar betroffenen Anlieger keine Bedenken (vgl. Pietzonka, NJW 1957, 1582; Redecker, NJW 1959, 749).

Jedenfalls müssen alle diese Umstände unter dem Gesichtspunkt eines mitwirkenden Verschuldens der Klä-

gerin gemäß § 254 BGB gewürdigt werden. Das Urteil muß deshalb aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden; die Abwägung in derartigen Fällen ist Aufgabe des Tatrichters.

Dr. Geiger

Dr. Kreft

Dr. Arndt

Dr. Pagendarm

Dr. Hußla