

BGHR: ja

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

III ZR 36/93

vom

27. September 1994

in dem Rechtsstreit

S [REDACTED] B [REDACTED] GmbH,
vertreten durch die Geschäftsführerin M [REDACTED] S [REDACTED]
P [REDACTED], M [REDACTED] -K [REDACTED] -Straße 5, E [REDACTED], c/o B [REDACTED]
[REDACTED] G [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Stadt W [REDACTED],
vertreten durch den ersten Bürgermeister, W [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Rinne und die
Richter Dr. Wurm, Dr. Deppert, Streck und Schlick
am 27. September 1994
gemäß § 554 b ZPO

beschlossen:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 11. Februar 1993
- 1 U 3438/92 - wird nicht angenommen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Revisionsverfahrens (§ 97 Abs. 1 ZPO).

Streitwert: 1.009.000 DM.

- 3 -

G r ü n d e

Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung.
Die Revision hat im Ergebnis auch keine Aussicht auf Erfolg
(vgl. BVerfGE 54, 277).

I.

Die Klägerin verlangt wegen der Nichtverwirklichung der Baumaßnahme W. entgangenen Gewinn in Höhe von 1.009.000 DM mit der Behauptung, wenn die Beklagte der Empfehlung der Regierung von O. in ihrem Schreiben vom 8. April 1986 Rechnung getragen und nicht stattdessen gegen die Tekturgenehmigung vom 2. April 1986 am 14. April 1986 Widerspruch eingelegt und dann am 20. Juni 1986 Anfechtungsklage erhoben hätte, hätte sie das Bauvorhaben im Mai 1986 in Angriff nehmen und daraus einen entsprechenden Gewinn (kalkulatorische Erlöse für 16 Eigentumswohnungen nebst Hobbyräumen und Garagen abzüglich kalkulatorischer Gesamtkosten) erzielen können.

II.

Das Berufungsgericht hat Ansprüche der Klägerin aus Amtspflichtverletzung im Ergebnis zu Recht verneint. Die Beklagte hat schon nicht pflichtwidrig gehandelt.

1. Die Rüge der Revision, die Beklagte sei schon mangels einer Klagebefugnis nicht berechtigt gewesen, gegen die der Klägerin am 2. April 1986 erteilte Tekturgenehmigung in dem



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



verwaltungsgerichtlichen Verfahren vorzugehen, greift nicht durch.

Das Landratsamt W■■■■-S■■■■ hat dem Tekturantrag der Klägerin vom 17. Februar 1986 durch Tekturbaugenehmigung vom 2. April 1986 zu der ursprünglichen Baugenehmigung vom 25. September 1985 stattgegeben, ohne daß die Beklagte dem zugestimmt hätte. In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren hat sich die Beklagte darauf berufen, ihr Einvernehmen wäre nötig gewesen und sei von ihr zu Recht verweigert worden. Erteilt die Baugenehmigungsbehörde die Baugenehmigung ohne Einschaltung der Gemeinde, weil sie deren Einvernehmen für entbehrlich hält, so muß diese das Recht haben, im Klagewege vor den Verwaltungsgerichten gegen die Baugenehmigung vorzugehen und geltend zu machen, ihr Einvernehmen wäre doch erforderlich gewesen und sie hätte es, ohne den Rechtsanspruch des Bauwerbers auf eine Baugenehmigung zu verletzen, versagen dürfen. Dies folgt aus der Planungshoheit der Gemeinde (vgl. BVerwGE 92, 66, 68 m.w.N.).

Für die Klagebefugnis der Gemeinde reicht es aus, daß sie geltend macht, durch die Erteilung der Baugenehmigung ohne ihr Einvernehmen in ihrer gemeindlichen Planungshoheit verletzt zu sein (vgl. Kopp, VWGO 9. Aufl. § 42 Rn. 37 m.w.N.). Ob sich das Bauvorhaben tatsächlich nicht in Einklang mit den Festsetzungen ihres Bebauungsplanes befindet und ob dem Bauwerber auch nicht ein Rechtsanspruch auf Zulassung des Vorhabens nach §§ 31, 33 bis 35 BauGB zusteht (Krautzberger in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB 4. Aufl. § 36 Rn. 6), ist grundsätzlich eine Frage der Begründetheit der Klage.

2. Auch wenn der Widerspruch der Beklagten gegen die Tekturgenehmigung und die Klage vor den Verwaltungsgerichten nach der objektiven Sach- und Rechtslage letzten Endes erfolglos geblieben wäre - eine Entscheidung in der Hauptsache ist nicht ergangen -, bedeutet dies nicht, daß die Beklagte mit ihrem Vorgehen ihre Amtspflichten verletzt hat.

a) In diesem rechtlichen Zusammenhang hat der Senat ausgeführt (BGHZ 110, 253, 256 unter Bezugnahme auf Senatsurteil vom 27. Mai 1957 - III ZR 21/56 - LM BGB §§ 839 Fl. Nr. 3):

"Eine Behörde darf bei einer anderen eine bestimmte gegen einen Dritten gerichtete Maßnahme nicht beantragen, wenn sie erkennt oder nur mangels gehöriger Prüfung nicht erkennt, daß die gesetzlichen Voraussetzungen für diese Maßnahme nicht gegeben sind. Das schließt allerdings nicht aus, daß eine Behörde bei Anwendung der in derartigen Fällen zu fordernden Sorgfalt nach Prüfung der ihr zur Verfügung stehenden Unterlagen einen Sachverhalt - objektiv - dahin beurteilen kann und darf, es liege ernstlich die Möglichkeit nahe, daß die zur Entscheidung über den Antrag zuständige Stelle die Voraussetzungen für die in Rede stehende Maßnahme als vorliegend werde erachten müssen, während die für die Anordnung der Maßnahme selbst allein zuständige Stelle mit Recht diese Voraussetzungen doch nicht für gegeben ansieht. In einem solchen Fall handelt die beantragende Behörde nicht pflichtwidrig ...".

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe ist der Beklagten ein amtspflichtwidriges Verhalten nicht anzulasten. Sie konnte bei Einlegung des Widerspruchs gegen die der Klägerin erteilte Tekturgenehmigung und bei Durchführung des

verwaltungsgerichtlichen Verfahrens die Sach- und Rechtslage dahin beurteilen, daß sie sich mit ihrer Ansicht, das Bauvorhaben der Klägerin sei auch mit den geänderten Plänen dreigeschossig, durchsetzen werde.

b) Bei dem Vorhaben der Klägerin stellte sich die Frage, ob das Kellergeschoß als drittes - nach dem Bebauungsplan unzulässiges - Vollgeschoß zu werten sein würde. Die Klägerin hatte nämlich vorgesehen, daß das Gelände entlang der westlichen Gebäudewand so weit ausgeschoben werden sollte, daß der Kellerfußboden ebenerdig zu liegen kommen würde.

Problematisch würde die Frage, ob das Kellergeschoß als drittes Vollgeschoß anzusehen war, nur dann, wenn bei der nach Art. 2 Abs. 4 Satz 2 BayBO vorzunehmenden Prüfung nicht das gesamte Kellergeschoß hätte zugrunde gelegt werden können, sondern wenn eine getrennte Berechnung nach Gebäudeteilen hätte erfolgen müssen. Dies wäre der Fall, wenn wegen des von der Klägerin geplanten Höhenunterschiedes von zuletzt 0,55 m innerhalb der Wohngeschosse - sog. Split-Level-Bauweise - nicht von einem einheitlichen Geschoß gesprochen werden könnte.

Bei geringfügig in der Höhe versetzten Räumen ist noch ein einheitliches Geschoß gegeben, erst bei stärker gegeneinander versetzten Fußbödenhöhen (z.B. einem halbgeschossigen Versatz) muß das Gebäude (gedanklich) vertikal in Teile mit jeweils gleichen Geschoßebenen unterteilt und die Zahl der Geschosse für jeden dieser Teile gesondert ermittelt werden (Thiel/Rößler/Schumacher, Baurecht in Nord-

rhein-Westfalen, Stand November 1993 § 2 LBauO Rn. 82; OVG Lüneburg, BRS 36 Nr. 123). Gleiches gilt, wenn ein Gebäude mit gegeneinander versetzten Ebenen unterschiedliche Geschosshöhen aufweist, was dazu führen kann, daß innerhalb eines Gebäudes die Zahl der Geschosse unterschiedlich ist, auch wenn der obere Abschluß keinen Versatz aufweist (Thiel/Rößler/Schumacher aaO; HessVGH BRS 39 Nr. 103). Wäre aufgrund der Split-Level-Bauweise der Klägerin im Rahmen der Berechnung nach Art. 2 Abs. 4 BayBO eine vertikale Teilung des Gebäudes vorzunehmen, bestände die Möglichkeit, daß der Kellergeschoß-Teil an der westlichen Gebäudewand als Vollgeschoß zu werten wäre. Da bei unterschiedlicher Zahl der Vollgeschosse in den Gebäudeteilen die höhere Geschoszahl maßgeblich ist (HessVGH BRS 39 Nr. 103; Simon, BayBauO 11. Aufl. Art. 2 Rn. 124 a; Müller, Das Baurecht in Hessen Band 1 1993 § 2 Anm. 4.1.1), könnte sich dann bei getrennter Berechnung tatsächlich eine nach dem Bebauungsplan unzulässige Zahl von drei Vollgeschossen ergeben.

c) Die Beklagte durfte bei der Beurteilung des Tekturantrages der Klägerin vom 17. Februar 1986 und in der Folgezeit während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ernstlich mit der Möglichkeit rechnen, daß ein Versatz von 0,55 m zu einer getrennten Berechnung der Zahl der Vollgeschosse nach Gebäudeteilen führen und ihre ablehnende Haltung deshalb Erfolg haben würde.

Zu der Frage, von welchem Höhengsprung innerhalb eines Gebäudes an eine vertikale Teilung vorzunehmen und die Zahl der Geschosse für jeden dieser Teile gesondert ermittelt werden mußte, hatte sich in Literatur und Rechtsprechung

noch keine einheitliche Meinung gebildet. So wurde auf einen "durchgängigen erheblichen Niveauunterschied" abgestellt (Bergemann, Die neue Landesbauordnung für Baden-Württemberg, Stand Juli 1992 § 2, Begriffe, Stichwort: Geschosse), eine Differenz von zwei bis drei Stufen noch für unerheblich (OVG Lüneburg BRS 36 Nr. 123; Grosse-Suchsdorf/Schmaltz/Wiechert, NdsBauO 5. Aufl. § 2 Rn. 34; ähnlich Koch/Molodovsky/Rahm, BayBO Stand September 1993 Art. 2 Rn. 5), eine halbe Geschoßhöhe oder ein Versatz von 1 m aber für nicht mehr hinnehmbar gehalten (Grosse-Suchsdorf aaO, Simon aaO Art. 2 Rn. 124 a). Schließlich wurde auch auf das Erfordernis einer Treppe als Abgrenzungskriterium verwiesen (Rößler, Kommentar zur Landesbauordnung für Nordrhein-Westfalen 3. Aufl. § 2 Anm. 4; vgl. auch Koch/Molodovsky aaO; a.A.: Simon aaO). Eine Treppe besteht nach DIN 18064 aus mindestens 3, höchstens 19 cm hohen Stufen, so daß danach jedenfalls ein Höhenunterschied von 50 bis 60 cm eine getrennte Berechnung erforderlich machen würde.

Auch die Stellungnahme des B [REDACTED] Innenministeriums vom 12. März 1986, die der beklagten Stadt von der Regierung in O [REDACTED] am 8. April 1986 mitgeteilt worden war, hatte nicht die erforderliche Klarheit im Sinne der Klägerin gebracht.

Das B [REDACTED] Innenministerium hat für die Frage eines einheitlichen Geschosses in erster Linie darauf abgestellt, ob zur Überwindung des Höhenunterschiedes innerhalb des Geschosses eine Treppe erforderlich ist, die gemäß DIN 18064 aus mindestens drei Stufen besteht. Diese Ansicht ist

nach dem oben dargestellten Meinungsstand jedenfalls vertretbar und wird auch von dem Kommentar von Rößler geteilt (aaO). Unter Zugrundelegung dieses Abgrenzungsmerkmals ist die Ansicht der Beklagten mindestens nachvollziehbar, wenn nicht gar zutreffend, wegen der von der Klägerin vorgesehenen, zur Überwindung eines Niveauunterschiedes von 0,55 m auch vorgeschriebenen drei Stufen müsse die Zahl der Vollgeschosse gesondert ermittelt werden. Soweit den weiteren Ausführungen in dem Schreiben des B [REDACTED] Innenministeriums zu entnehmen sein sollte, daß das Ministerium einen Versatz von bis zu 0,57 m (3 x 0,19 m) als noch unschädlich angesehen hat, ist dies, worauf die Beklagte zu Recht hinweist, mit dem zuvor genannten Abgrenzungsmerkmal des Erfordernisses einer Treppe nicht vereinbar.

d) Der Beklagten ist es nicht als Pflichtverletzung anzulasten, wenn sie bei der von ihr vertretbar vorgenommenen getrennten Berechnung der Gebäudeteile zu dem Ergebnis gelangt ist, daß der westliche Teil des Kellergeschosses als Vollgeschoß zu werten ist.

Der Kreisbaumeister A [REDACTED] hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof vom 29. Oktober 1986 zu Protokoll erklärt, auch bei getrennter Berechnung nach den beiden versetzten Ebenen sei das Untergeschoß dann kein Vollgeschoß, wenn an der Westseite das natürliche Gelände nicht abgegraben werde (keine Terrassenabgrabung). Dieser Berechnung liege die Berechnungsmethode der Entscheidung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs zugrunde, die auch im vorliegenden Fall von der obersten Baubehörde vorgeschlagen worden sei. Daraufhin einigten sich alle Be-

teiligten einschließlich der beigeladenen Klägerin darauf, daß an der Westseite des Bauvorhabens jegliche Terrassenabgrabung zu unterbleiben habe. Erst damit war aus der vertretbaren Sicht der Beklagten sichergestellt, daß auch bei getrennter Berechnung nach allen denkbaren Methoden keine drei Vollgeschosse errichtet werden sollten. Eine entsprechende Tekturgenehmigung wurde der Klägerin am 21. Januar 1987 erteilt.

III.

Auch im übrigen läßt das Berufungsurteil entscheidungserhebliche Rechtsfehler zum Nachteil der Klägerin nicht erkennen.

Rinne

Wurm

Deppert

Streck

Schlick