

III ZR 81/62

Verkündet am 11. Juli 1963
Scheibl, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2230 044

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

In dem Rechtsstreit

der St[REDACTED]e T[REDACTED], v[REDACTED] d[REDACTED] d[REDACTED] R[REDACTED] d[REDACTED]
St[REDACTED], di[REDACTED] v[REDACTED] d[REDACTED] d[REDACTED] St[REDACTED]r in T[REDACTED],
B[REDACTED] W[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Fräulein Lucie B[REDACTED], T[REDACTED], P[REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 11. Juli 1963 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter
Dr. Kreft, Dr. Beyer, Gähtgens und Dr. Reinhardt
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Köln vom 18. Januar 1962 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung - auch über die Kosten des Revisions-
rechtszuges - an das Berufungsgericht zurück-
verwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, die am [REDACTED] 1938 geboren ist und bis zur Volljährigkeit von ihrer Mutter gesetzlich vertreten wurde, ist Eigentümerin des Grundstücks in T [REDACTED], L [REDACTED] str. Nr. [REDACTED], das eine Straßenfront von 21,49 m hat, an der einen Seite an das jetzt der Y [REDACTED] KG (Fabrik für Verbandstoffe und pharmazeutische Präparate) gehörige Grundstück und an der anderen Seite an die im Jahre 1958 erst geplante A [REDACTED]-Sch [REDACTED]-Straße angrenzt. Die Grenze zum Nachbargrundstück der Y [REDACTED] KG verläuft nicht senkrecht zur L [REDACTED]straße, sondern schräg in Richtung auf die A [REDACTED]-Sch [REDACTED]-Straße hin.

Im Jahre 1958 beabsichtigten die Klägerin und ihre Mutter, auf dem Grundstück in offener Bauweise ein Wohnhaus mit einer Straßenfront (zur L [REDACTED]straße) von 9,99 m und einer Tiefe von 8,49 m zu bauen, das etwa in der Mitte des Grundstücks stehen sollte, so daß ein Abstand von mehr als 3 m zur Nachbargrenze gewahrt blieb; die Mutter der Klägerin erbat hierfür am 3. Juli 1958 bei dem St [REDACTED]t der Beklagten die Genehmigung und reichte die entsprechenden Pläne des Architekten D [REDACTED] ein. Da jedoch das St [REDACTED]t zur Wahrung einer Baufluchtlinie an der geplanten A [REDACTED]-Sch [REDACTED]-Straße Wert darauf legte, den Bau in Richtung auf das Grundstück der Y [REDACTED] KG hin zu versetzen, strebte der Stadtbaumeister P [REDACTED] den Tausch von Grenzflächen zwischen den Nachbarn an, durch den die Grundstücksgrenze senkrecht zur L [REDACTED]straße gestellt werden sollte, so daß bei einer Versetzung des Baues der vorgeschriebene Abstand zur Grundstücksgrenze gewahrt bliebe. Hierüber fanden Besprechungen statt, deren Inhalt im einzelnen streitig ist.

Am 17. Juli 1958 steckte der Bauingenieur Pö[REDACTED] vom St[REDACTED]t der Beklagten den Bauplatz ab, jedoch in der Weise, daß der Bauplatz - abweichend von dem Bauplan - etwa 3 m zum Nachbargrundstück hin versetzt wurde, so daß an der gartenwärts gelegenen Ecke nur ein Abstand von 0,35 m zur Grundstücksgrenze blieb. Am 19. Juli 1958 ließ die Klägerin auf dem abgesteckten Bauplatz die Ausschachtung und am 23. Juli 1958 den Bau selbst beginnen. Die Y[REDACTED] KG, die inzwischen Eigentümerin des Nachbargrundstücks geworden war, erhob bei dem St[REDACTED]t Einspruch. In einer Verhandlung bei dem St[REDACTED]t am 5. August 1958 einigten sich die Y[REDACTED] KG und der Schwager der Klägerin, W. K[REDACTED], der für die Klägerin und ihre Mutter auftrat, dahin, daß zur Begradigung der Grundstücksgrenze Grenzflächen ausgetauscht werden sollten. Auf die Bitte des St[REDACTED]ts um Nachreichung einer Vollmacht erwiderte K[REDACTED] unter dem 15. August 1958, die Klägerin sei mit dem vorgesehenen Tausch nicht einverstanden, weil sie mehr Land abgeben solle als die Y[REDACTED] KG und sich für überverteilt halte. St[REDACTED]meister P[REDACTED] besprach die Angelegenheit am 21. August 1958 mit der Mutter der Klägerin und K[REDACTED] und beantragte darauf beim Katasteramt die Vermessung der Grenzflächen. Am 12. September 1958 erteilte die Bauaufsichtsbehörde die Baugenehmigung nach den eingereichten Plänen; in dem beigelegten Lageplan war rot die bestehende Grenze und gelb die Grenze eingezeichnet, wie sie nach einem Grundstückstausch verlaufen sollte. Der Bauschein enthielt u.a. die Auflage:

"Baufluchtlinie und Sockelhöhe werden vom St[REDACTED]t an Ort und Stelle angegeben".



Am 1. Oktober 1958 wurden die auszutauschenden Grenzflächen von einem Beamten des Katasteramts vermessen; das Protokoll wurde von der - damals noch minderjährigen - Klägerin unterschrieben. Am 27. Oktober 1958 erteilte die Bauaufsichtsbehörde den Rohbauabnahmeschein.

Anfang Dezember 1958 unterrichtete die Y [REDACTED] KG die Bauaufsichtsbehörde darüber, daß die Mutter der Klägerin ihr gegenüber erklärt habe, sie halte sich an die Vereinbarung vom 5. August 1958 nicht für gebunden; die Y [REDACTED] KG erklärte, daß sie eine etwa bereits erteilte Einwilligung zurücknehme, sie kündigte Schadensersatzansprüche an und bat, den Bau der Klägerin stillzulegen. Unter dem 12. Dezember 1958 teilte auch Kurth dem St [REDACTED] mit, daß die Klägerin sich an die Vereinbarung nicht halte, solange nicht "vernünftige und für uns tragbare Vorschläge" gemacht würden. Hierauf widersprach die Bauaufsichtsbehörde mit Verfügung vom 17. Dezember 1958 die Baugenehmigung, weil sie dem geltenden Recht widerspreche, auf Grund von Angaben erteilt worden sei, die sich nachträglich als unrichtig herausgestellt hätten, und nicht erteilt worden wäre, wenn die Sachlage bei Erteilung der Genehmigung bekannt gewesen wäre. Unter dem 19. Dezember 1958 gab die Behörde dem Bauunternehmer unter Androhung eines Zwangsgeldes auf, die Bauarbeiten sofort einzustellen. Der Bau wurde daraufhin stillgelegt. Die Beschwerde der Klägerin wurde von dem Oberkreisdirektor des Siegkreises unter dem 18. März 1959 zurückgewiesen. Die Klägerin erhob Anfechtungsklage vor dem Landesverwaltungsgericht Köln (3 K 559/59). In dem Verhandlungstermin am 22. September 1959 erklärte der Vertreter der beklagten Kreisverwaltung nach Erörterung,

daß er den Bescheid vom 18. März 1959 sowie den Widerruf der Baugenehmigung aufhebe; die Parteien erklärten daraufhin die Hauptsache für erledigt und das Verfahren wurde nach Klaglosstellung der Klägerin eingestellt.

Im gegenwärtigen Rechtsstreit fordert die Klägerin nach den Grundsätzen der Amtshaftung von der Beklagten Schadensersatz wegen der Kosten der anwaltlichen Vertretung im Beschwerdeverfahren (148,30 DM) sowie wegen des Schadens, der ihr durch die Verzögerung der Fertigstellung des Hauses um etwa 10 Monate entstanden sei. Sie hat Mietausfall und entgangene Nutzung in dieser Zeit mit 3.045 DM errechnet und behauptet, die Verzögerung werde überdies Mehrkosten verursachen, deren endgültige Höhe sich noch nicht feststellen lasse, die aber jetzt schon mit mindestens 2.396,25 DM angenommen werden müßten. Hiernach hat die Klägerin beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 3.193,30 DM nebst 5 % Zinsen seit Klagezustellung zu verurteilen und die Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz des weiter durch die Stilllegung ihres Neubauvorhabens entstandenen und noch entstehenden Schadens festzustellen.

Die Beklagte hat um Klageabweisung gebeten. Sie hat eine schuldhafte Amtspflichtverletzung ihrer Bediensteten in Abrede gestellt und sich darauf berufen, der Schaden der Klägerin beruhe allein darauf, daß die Klägerin und ihre Mutter sich an getroffene Vereinbarungen nicht gehalten und das Vertrauen der Behörde auf die getroffenen Vereinbarungen mißbraucht hätten.

Das Landgericht hat dahin erkannt, daß die Beklagte verpflichtet sei, der Klägerin den Schaden zu ersetzen, der ihr durch die Stilllegung ihres Neubauvorhabens auf

Grund der Verfügung vom 17. Dezember 1958 entstanden sei und noch entstehen werde. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und die Urteilsformel dahin gefaßt:

- "1. Der von der Klägerin geltend gemachte Zahlungsanspruch wird dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.
2. Es wird festgestellt, daß die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen durch die Stilllegung ihres Bauvorhabens auf Grund der Verfügung der Beklagten vom 17. Dezember 1958 schon entstandenen, aber noch nicht bezifferbaren, sowie den noch entstehenden Schaden zu ersetzen".

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage. Die Klägerin bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat dahinstehen lassen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Stilllegung des Bauvorhabens der Klägerin oder einen Widerruf der Baugenehmigung am 17. Dezember 1958 deshalb gegeben gewesen seien, weil - wie die Beklagte vorgetragen habe - die Genehmigung von einer Änderung der Grundstücksgrenzen abhängig gewesen oder auf Grund unrichtiger Angaben der Klägerin oder ihrer Mutter über einen Grundstückstausch erteilt worden sei. Selbst wenn - so führt das Berufungsurteil aus - die Bauaufsichtsbehörde an sich das Bauvorhaben hätte stilllegen oder die Genehmigung hätte widerrufen dürfen, hätten die Beamten der Beklagten ihre Amtspflichten dadurch verletzt, daß sie vor der Verfügung vom 17. Dezember 1958

nicht geprüft hätten, ob nicht von einer Stilllegung des Baues deshalb abgesehen werden könne und müsse, weil unter den gegebenen Umständen ein Dispens von der Einhaltung des Bauwichts zu erteilen sei. Ein Dispens sei nach § 5 Abs. 2 der Baupolizeiverordnung für die Stadtgemeinden des Regierungsbezirks Köln vom 22. Mai 1930 (Amtsblatt 1930, Beilage zu Nr. 21) - BauO - zulässig gewesen, weil Gründe des allgemeinen Wohles eine Abweichung von der zwingenden Vorschrift eines Bauwichts von 3 m (§ 8 Abs. 2 BauO) erforderlich gemacht hätten. Denn der Bauplatz sei - entgegen dem ursprünglichen Bauplan - in Richtung auf die Grenze des Grundstücks der Y [REDACTED] KG nur verschoben worden, um den städtebaulichen Erwägungen der Beklagten für die im öffentlichen Interesse geplante Anlage der A [REDACTED]-Sch [REDACTED]-Straße Rechnung zu tragen. Hierzu habe die Klägerin sich freiwillig verstanden, ohne daß die Beklagte eine rechtliche Handhabe gehabt hätte, den Bau an der ursprünglich vorgesehenen Stelle zu verhindern. Deshalb sei ein Dispens aus Gründen des allgemeinen Wohles gerechtfertigt gewesen. Dafür, daß dem erhebliche öffentliche oder private Interessen entgegengestanden hätten, habe die Beklagte nichts vorgebracht. Ihr Vortrag lasse weder entgegenstehende sicherheitspolizeiliche, noch überwiegende private Interessen der Y [REDACTED] KG erkennen. Vielmehr könne die Unbedenklichkeit eines Dispenses daraus geschlossen werden, daß der Oberkreisdirektor, nachdem das Landesverwaltungsgericht auf die Möglichkeit eines Dispenses hingewiesen hatte, die Verfügung vom 17. Dezember 1958 aufgehoben habe.

Statt das Bauvorhaben stillzulegen, hätte die Bauaufsichtsbehörde der Klägerin jedenfalls anheimgeben müssen, Befreiung zu beantragen. Zwar bestehe grundsätzlich

ein Anspruch auf einen Dispens nicht; vorliegend wäre jedoch die Verweigerung ermessensmißbräuchlich gewesen, weil die Klägerin den Bauplatz auf ihrem Grundstück nur verschoben habe, um der Beklagten die Anlage der A[REDACTED]-Sch[REDACTED]-Straße zu ermöglichen, und damit den öffentlichen Belangen ohne Zwang nachgegeben habe. Unter diesen Umständen würde ein Ermessensmißbrauch nur dann nicht vorliegen, wenn die Einhaltung des Bauwuchs durch den Austausch von Grundstückszipfeln unter tragbaren Bedingungen hätte erreicht werden können. Die Y[REDACTED] KG aber habe unzumutbare Forderungen gestellt. Es bedeute daher eine Verletzung von Amtspflichten, daß die Bediensteten der Beklagten den Bau - ungeachtet der Möglichkeit eines Dispenses - stillgelegt hätten. Dies sei schuldhaft geschehen, weil eine Befreiung offensichtlich nicht in Erwägung gezogen worden sei.

Die verletzte Amtspflicht habe den Beamten auch der Klägerin gegenüber obgelegen, wenn auch nicht diese, sondern ihre Mutter als damalige gesetzliche Vertreterin den Antrag im eigenen Namen angebracht und die Bauerlaubnis erhalten habe. Denn die Bearbeitung eines Baugesuchs berühre nach der besonderen Natur des Amtsgeschäfts die Belange des Grundstückseigentümers, auf dessen Grund und Boden das geplante Bauwerk ausgeführt werden solle.

Infolge der Verzögerung der Fertigstellung des Hauses, insbesondere dadurch, daß sie erst später habe vermieten können, habe die Klägerin einen Schaden erlitten, was die Beklagte ernstlich nicht mehr in Zweifel ziehe. Dieser Schaden wäre nicht entstanden, wenn die Beamten pflichtgemäß - statt das Bauvorhaben stillzulegen - der Klägerin anheimgegeben hätten, Befreiung von der Einhaltung des Bauwuchs zu beantragen.

Ein Mitverschulden an der Entstehung dieses Schadens brauche die Klägerin sich nicht entgegenhalten zu lassen, ohne daß es der Erörterung bedürfe, ob ihre Mutter sich - wie die Beklagte meine - unkorrekt insofern verhalten habe, als sie die Beklagte im Unklaren über die Durchführung des Tausches der Grundstückszipfel gelassen habe, und ob die Klägerin sich das Verhalten ihrer Mutter anrechnen lassen müsse. Denn der Schaden der Klägerin sei erst dadurch entstanden, daß die Beamten - nachdem festgestellt, daß der angeregte Tausch nicht durchgeführt werde, - die Möglichkeit eines Dispenses nicht erwogen hätten. Das frühere Verhalten der Mutter der Klägerin könne hierfür nicht ursächlich gewesen sein.

Da die Klägerin von anderer Seite Ersatz ihres Schadens nicht erlangen könne, insbesondere nicht ersichtlich sei, inwiefern ihr Architekt ersatzpflichtig sein solle, sei der Zahlungsanspruch dem Grunde nach gerechtfertigt und der Feststellungsanspruch begründet.

II.

1. Ohne Erfolg beruft die Revision sich darauf, daß der Oberkreisdirektor mit seinem Beschwerdeentscheid vom 18. März 1959 den Widerruf der Baugenehmigung uneingeschränkt bestätigt habe. Denn der Umstand, daß die vorgesetzte Dienstbehörde die Maßnahmen gebilligt hat - was hier übrigens doch mit einer Einschränkung hinsichtlich der Begründung geschehen ist -, vermag das Verhalten der Beamten der Bauaufsichtsbehörde, die ihre Entscheidung in eigener Verantwortung zu treffen hatten, weder zu rechtfertigen noch zu entschuldigen (vgl. BGB RGRK 11. Aufl. zu § 839 Anm. 46 mit Nachweisen).

Auch die verfahrensrechtliche Rüge, das Berufungsgericht habe bei seiner Entscheidung außer Betracht gelassen, daß die Y [REDACTED] KG aus nachbarrechtlichen Gründen dem Bau widersprochen habe, greift nicht durch. Es liegt nichts dafür vor, daß das Berufungsgericht bei seiner Entscheidung den im Tatbestand des landgerichtlichen Urteils, der im Berufungsurteil in Bezug genommen ist, und in den inhaltlich vorgetragenen Bau-Haus-Akten festgehaltenen Widerspruch der Y [REDACTED] KG übersehen hätte. Den Ausführungen auf Blatt 10 des Berufungsurteils ist vielmehr zu entnehmen, daß das Berufungsgericht den Widerspruch der Y [REDACTED] KG als einem Dispens nicht hinderlich angesehen hat. Denn dort heißt es, die Beklagte habe nicht dargetan, daß die Y [REDACTED] KG der Erteilung eines Dispenses aus nachbarrechtlichen Gründen hätte widersprechen können; ein Widerspruch wäre allenfalls berechtigt gewesen, wenn den für einen Dispens sprechenden öffentlichen Belangen erhebliche nachbarliche Interessen gegenübergestanden hätten, ein Hindernis dieser Art aber sei dem Vortrag der Beklagten nicht zu entnehmen. Aus diesen Ausführungen kann geschlossen werden, daß das Berufungsgericht die Tatsache des Widerspruchs nicht übersehen, aber dessen Erheblichkeit für die Entschließung der Bauaufsichtsbehörde verneint hat. Ein Verfahrensfehler liegt hiernach nicht vor. Ob der Widerspruch des Nachbarn der Erteilung eines Dispenses jedenfalls entgegengestanden hätte - wie die Revision meint -, ist eine materielle Frage, deren Beantwortung hier nach der gegenwärtigen Prozeßlage nicht geboten ist.

2. Die Revision stellt weiter zur Erörterung, ob nicht der Widerruf der Baugenehmigung am 17. Dezember 1958 als eine Ermessensentscheidung zu werten sei. Die Beamten des

Bauaufsichtsamts hätten hier erwägen müssen, ob nicht - angesichts der Erklärung der Y■■■■ KG, sie nehme eine etwa bereits erteilte Einwilligung zurück, und der Erklärung von K■■■■, die Klägerin fühle sich durch die Vereinbarung vom 5. August 1958 nicht gebunden, - als zweckmäßigstes Vorgehen die in ihr Ermessen gestellte Zurücknahme der Bauerlaubnis in Betracht komme. Selbst wenn diese Entscheidung fehlerhaft gewesen sein sollte, könne nach den Grundsätzen in BGHZ 4, 302, 311 ein anspruchsbegründender Ermessensfehler nicht angenommen werden.

Dazu ist zu sagen: Die Baugenehmigung ist eine sogenannte "gebundene" Erlaubnis, d.h. die Erteilung der Genehmigung liegt nicht im Ermessen der Behörde, sondern die Genehmigung muß erteilt werden, wenn besondere, im Gesetz vorgesehene Versagungsgründe nicht vorliegen; demgemäß darf die Baugenehmigung nicht aufgehoben (widerrufen) werden, ohne daß das Gesetz hierzu eine Handhabe bietet (BGHZ 26, 10, 11). Der Widerruf steht also nicht im Ermessen der Behörde. Hier hatte die Behörde den Widerruf auf § 24 des Ordnungsbehördengesetzes - OBG - gestützt, der die Rücknahme oder nachträgliche Einschränkung einer ordnungsbehördlichen Erlaubnis oder Bescheinigung nur unter bestimmten, genau festgelegten Voraussetzungen, u.a. dann zuläßt, wenn die Erteilung dem geltenden Recht widersprach und noch widerspricht (§ 24 Abs. 1 Buchst. b). Ob dies zutrifft, ist eine Rechtsfrage, nicht eine Ermessensentscheidung. Erst dann, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für einen Widerruf der Erlaubnis rechtlich geprüft und festgestellt sind, kann Raum für die von der Revision erwogene Interessenabwägung sein. Das meint die Revision offenbar auch, wenn sie den Widerruf als eine Ermessensentscheidung bezeichnet, denn sie geht von der Baurechtswidrigkeit der erteilten Baugenehmigung aus.

Diesen Ausgangspunkt muß das Revisionsgericht sich in der gegenwärtigen Prozeßlage zu eigen machen. Das Berufungsgericht hat ausdrücklich unerörtert gelassen, ob die Baugenehmigung im Widerspruch zum geltenden Baurecht stand und ob die Voraussetzungen für einen Widerruf gegeben waren; es spricht allerdings von dem "rechtswidrigen Bauvorhaben", läßt aber nicht erkennen, ob es damit seine eigene Ansicht oder die der Parteien wiedergeben will. Nach dem bisherigen Erörterungsstande ist jedenfalls davon auszugehen, daß z.Zt. der Stilllegung des Baues ein baurechtswidriger Zustand gegeben war. Von welcher Hand die farbigen Grenzeinzeichnungen und die sonstigen Veränderungen auf dem Bauplan stammen, ist nicht geklärt. Gleichwohl erledigt sich die im Rechtsstreit aufgeworfene Frage, ob nicht die - auf Grund des eingereichten Bauplans erteilte - Bauerlaubnis gesetzmäßig gewesen sei, die Klägerin aber an anderer Stelle einen ungenehmigten Bau aufgeführt habe, mit der Erwägung, daß nach der Auflage 3 des Bauscheines die Baufluchtlinie vom St. [REDACTED] an Ort und Stelle angegeben werden sollte und unstreitig die Klägerin auf dem Bauplatz gebaut hat, den der Beauftragte des St. [REDACTED] am 17. Juli 1958 abgesteckt hatte. Dieser Bauplatz, der der Klägerin an Ort und Stelle bezeichnet und der durch die spätere schriftliche Bauerlaubnis bestätigt wurde, hielt nicht den vorgeschriebenen Bauwich von mindestens 3 m von der Nachbargrenze ein (§ 8 II Abs. 1 BauO), obwohl der Klägerin ein Dispens (§ 5 BauO) nicht erteilt worden war. Die Annahme, mit der Baugenehmigung könne stillschweigend Befreiung erteilt worden sein, verbietet sich hier schon deshalb, weil eine wirk-same Befreiung gemäß § 5 Abs. 2 BauO in Verbindung mit § 2 Abs. 2 des Gesetzes für baupolizeiliche Zuständig-

keiten vom 15. Dezember 1933 (Gesetzsammlung S. 491) die Zustimmung des Regierungspräsidenten voraussetzte, die unstreitig nicht eingeholt worden war.

War der genehmigte Bau baurechtswidrig, so war der Widerruf der Baugenehmigung nach § 24 OBG an sich zulässig. Der Beginn des noch nicht vollendeten Baues schloß die Möglichkeit des Widerrufs nach der Sachlage nicht aus, wenn dieser Bau - wovon hier auszugehen ist - z.Zt. seiner Genehmigung wie z.Zt. des Widerrufs baurechtswidrig war (vgl. Baltz-Fischer, Preuß.Baupolizeirecht 6. Aufl., S. 157; vgl. auch Evers Bl. GBW 1962, 241, 243). Gleichwohl kann der Revision nicht in ihrer Auffassung beigetreten werden, der Widerruf könne - wenn § 24 OBG ihn zuließ - nicht amtspflichtwidrig gewesen sein. Zwar muß ein als gesetzwidrig erkannter oder erkennbarer belastender Verwaltungsakt in der Regel widerrufen werden (BGB-RGRK 11. Aufl. zu § 839 Anm. 33); anders kann es jedoch beim gesetzwidrig begünstigenden Verwaltungsakt wie der baurechtswidrig erteilten Bauerlaubnis liegen. Hier kann aus der allgemeinen Amtspflicht, Eingriffe von hoher Hand in die Rechtssphäre von Privatpersonen in den Grenzen des unumgänglich Notwendigen zu halten (vgl. BGHZ 18, 366, 368), die Pflicht zur Prüfung folgen, ob und in welcher Weise das Vertrauen auf den Bestand der Bauerlaubnis Schutz verdient. Denn Widerruf oder Rücknahme eines begünstigenden rechtswidrigen Verwaltungsaktes können - nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts - im Einzelfall ausgeschlossen sein, wenn ein schutzwürdiges Interesse des Begünstigten an der Aufrechterhaltung des öffentlichen Interesses an der Beseitigung des rechtswidrigen Verwaltungsaktes überwiegt (BVerwGE 5, 312; 6, 1; 8, 261; 9, 251; NJW 1961, 1130 Nr. 27; vgl. auch Becker DöV 1963, 459).

Ein Beamter, der seine Pflichten ernst nahm, durfte daher die Bauerlaubnis nicht, nachdem sich ihre Baurechtswidrigkeit ergeben hatte, ohne weiteres widerrufen; er mußte vielmehr die entstandene Gesamtlage bedenken und unter Berücksichtigung der verschiedenen widerstreitenden Interessen die der Sache angemessene Lösung zu finden suchen. Dabei kam hier ersichtlich besondere Bedeutung der Frage zu, wie es denn überhaupt zu einem baurechtswidrigen Zustand hatte kommen können, obwohl doch - wovon das Berufungsgericht ausgeht - sowohl die Klägerin und ihre Mutter als auch das St[REDACTED]t bestrebt gewesen waren, die Angelegenheit richtig zu ordnen, und wessen Verhalten der entstandene baurechtswidrige Zustand zuzurechnen war. Es war also der Entwicklung der Sache und den Ursachen nachzugehen, die zu der Lage im Dezember 1958 geführt hatten. Dies alles zu bedenken, war, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, - wenn auch die Mutter der Klägerin ohne Angabe des gesetzlichen Vertreterverhältnisses die Baugenehmigung beantragt und erhalten hatte - eine Amtspflicht, die auch der Klägerin gegenüber bestand, weil diese als Bauherrin und Grundstückseigentümerin nach der Natur des Amtsgeschäfts, d.h. seinem Zweck und seiner rechtlichen Bestimmung nach, durch die Entscheidung betroffen wurde (BGB-RGRK 11. Aufl. zu § 839 Anm. 41).

3) Es war daher sachgemäß, daß das Berufungsgericht seine Entscheidung nicht auf die Zulässigkeit eines Widerrufs abgestellt hat, sondern den Erwägungen nachgegangen ist, die vor einem Widerruf pflichtgemäß hätten angestellt werden müssen. Das Berufungsgericht hat die, eine Schadensersatzpflicht auslösende, Amtspflichtverletzung darin gesehen, daß die Beamten nicht geprüft hätten, ob von einer

Stillegung des Baues nicht deshalb abzusehen sei, weil der Klägerin unter den gegebenen Umständen Befreiung von der Bestimmung über den Bauwisch hätte erteilt werden müssen. Das Berufungsgericht entnimmt sodann dem Inhalt der vorgetragenen Beiakten, daß die Klägerin die Baustelle freiwillig aus Gründen des allgemeinen Wohles verschoben habe, und folgert hieraus, daß die Voraussetzungen für einen Dispens vorgelegen hätten, da erhebliche öffentliche oder private Interessen nicht entgegengestanden hätten. Anstatt das Bauvorhaben stillzulegen - so führt das Berufungsurteil weiter aus - hätten die Beamten der Klägerin jedenfalls anheimgeben müssen, einen Antrag auf Bewilligung des Dispenses zu stellen; einem solchen Antrage hätte entsprochen werden müssen, die Versagung wäre ermessenswidrig gewesen. Dadurch, daß die Beamten ungeachtet der Möglichkeit der Befreiung das Bauvorhaben stillgelegt hätten, hätten sie daher ihre Amtspflicht verletzt. Diese Pflichtverletzung sei auch schuldhaft geschehen, weil die Beamten die Möglichkeit einer Befreiung "offensichtlich" überhaupt nicht erwogen hätten.

Ob das Berufungsgericht dabei bedacht hat, daß eine Befreiung vom vorgeschriebenen Bauwisch nur mit Zustimmung des Regierungspräsidenten erteilt werden konnte, ist den Entscheidungsgründen nicht zu entnehmen; doch bedarf die Frage, ob der Regierungspräsident nach der Sachlage einem Dispens zugestimmt haben würde, gegenwärtig der Erörterung nicht. Die Revision rügt mit Recht, daß das Berufungsgericht, indem es den Beamten vorwirft, sie hätten "offensichtlich" die Möglichkeit einer Befreiung überhaupt nicht erwogen, eine prozessual unzulässige Unterstellung zum Nachteil der Beklagten vornimmt. Das

Berufungsgericht spricht an drei Stellen der Entscheidungsgründe davon, daß die Beamten diese Prüfung versäumt hätten, ohne erkennen zu lassen, aus welchen Umständen es diese seine Überzeugung entnimmt. Um eine unstreitige oder um eine offenkundige Tatsache (§ 291 ZPO) handelt es sich nicht. Die Beklagte hat niemals zugestanden, daß ihre Beamten die Möglichkeit eines Dispenses nicht erwogen hätten oder daß die Baugenehmigung widerrufen worden sei, weil man an einen Dispens nicht gedacht habe; in diese Richtung ging nicht einmal der Vortrag der Klägerin. Eine das Revisionsgericht bindende tatsächliche Feststellung liegt insoweit nicht vor (§ 561 Abs. 2 ZPO).

Muß das Revisionsgericht hiernach von dem Vortrag der Beklagten ausgehen, so erhalten die Dinge ein anderes Gesicht. Die Beklagte hat in der Berufungsbegründung (dort Bl. 3) ausgeführt, die Baugenehmigung sei widerrufen worden, weil die Klägerin sich an die Vereinbarungen, die der Erteilung der Baugenehmigung zugrunde lagen, nicht gehalten und sich damit treuwidrig und arglistig erzeigt habe; sie hat die einzelnen Umstände, in denen die Beamten ein treuwidriges und arglistiges Verhalten der Klägerin und ihrer Vertreter gesehen haben sollen, im Einzelnen unter Beweisangebot geschildert (insbesondere Berufungsbegründung Bl. 7, 8) und in der mündlichen Verhandlung vorgetragen. Dieser Vortrag war entscheidungserheblich. Der Senat hat den Widerruf selbst eines fehlerfreien begünstigenden Verwaltungsaktes für zulässig erachtet, wenn die Geltendmachung des durch den Verwaltungsakt erworbenen Rechts seitens des Begünstigten gegen Treu und Glauben verstoßen würde (LM zu Verwaltungsrecht - Allgemeines (Verwaltungsakt: Widerruf) Nr. 3). Auf den Schutz

ihrer Vertrauens in den Bestand einer baurechtswidrigen Baugenehmigung würde die Klägerin sich keinesfalls berufen dürfen, wenn sie schuldhaft unrichtige Vorstellungen der Behörde hervorgerufen hätte (BVerwGE 6, 1; 8, 261, 268). Wenn also das Verhalten der Klägerin oder das ihrer Mutter - wie die Beklagte bisher unwiderlegt vorgetragen hat - darauf angelegt war, die Beamten des Bauaufsichtsamtes zu täuschen oder wenn es wenigstens von den Beamten so verstanden werden konnte und verstanden wurde, daß die Klägerin sich an Vereinbarungen, die der Baugenehmigung zugrunde lagen, nicht halten wollte, dann hatten die Beamten keine Veranlassung, sie konnten wenigstens schuldlos davon absehen, die Baugenehmigung auf dem Wege des Dispenses aufrechtzuerhalten. Denn es mußte, wenn eine Schutzwürdigkeit der Klägerin entfiel, dem öffentlichen Interesse an der Beseitigung eines baurechtswidrigen Zustandes jedenfalls der Vorrang zuerkannt werden. Auch die allgemeine Amtspflicht, im Rahmen des Zumutbaren dem Bürger die Wahrung seiner Rechte zu ermöglichen und zu erleichtern (BGHZ 18, 366, 368; vgl. LM zu BGB § 839 Fe Nr. 9), findet dort eine Grenze, wo die Verwaltung mißbraucht werden soll.

Das Berufungsgericht durfte daher nicht dahinstehen lassen, ob die Baugenehmigung auf Grund unrichtiger Angaben der Klägerin oder ihrer Mutter erteilt worden sei, sondern hätte die hiernech gebotenen tatsächlichen Feststellungen treffen müssen.

4) Das Berufungsurteil läßt sich daher mit der ihm gegebenen Begründung nicht halten; es kann auch mit anderer Begründung nicht aufrechterhalten bleiben.

Der erkennende Senat neigt dazu, die Prüfung, ob der Klägerin gegenüber amtspflichtwidrig gehandelt würde, bereits in einem früheren Zeitpunkt anzusetzen, als das Berufungsgericht dies getan hat. Nach ständiger Rechtsprechung begründet die Antragstellung in einem behördlichen Genehmigungsverfahren eine besondere Beziehung zwischen dem Antragsteller und der Behörde, aus der Amtspflichten zur gewissenhaften, förderlichen und sachdienlichen Behandlung und Bescheidung des Gesuchs erwachsen; insbesondere ist dies für das Verhältnis zwischen einem Bauwilligen und der Baugenehmigungsbehörde anerkannt (vgl. BGHZ 11, 193; LM zu BGB § 839 C Nr. 54; BGH Urteil v. 27. Mai 1963 - III ZR 48/62 -). Wenn - wie hier unstreitig ist - die Behörde Wert auf eine Änderung des Baugesuchs, d.h. eine Verschiebung der Baustelle legte, obwohl - wovon das Berufungsgericht ausgegangen ist - das geltende Baurecht keine Handhabe für eine Versagung der Bauerlaubnis nach dem vorgelegten Bauplan bot, und die Klägerin freiwillig diesem Wunsche nachkommen wollte, so begründete dieser Sachverhalt für die Beamten die Pflicht, Sorge dafür zu tragen, daß die Klägerin nicht durch ihr Entgegenkommen einen Schaden erleide, insbesondere die Pflicht, für klare Verhältnisse zu sorgen, die das Anliegen der Klägerin mit den Interessen der Allgemeinheit in Einklang brachten. Es ist nicht zu verkennen, daß sich in dem Verfahren einige Unklarheiten ergaben, die bis heute nicht geklärt sind. Wenn der Beauftragte des St[REDACTED] - wie unstreitig ist - am 17. Juli 1958 an Ort und Stelle den Bauplatz absteckte und - ebenfalls unstreitig - erklärte, daß mit der Ausschachtung begonnen werden könne, so konnte das nur den Sinn haben und mußte von der Klägerin dahin verstanden werden, daß an dieser

Stelle gebaut werden solle, wie es dann später auch als Auflage 3 in den Bauschein aufgenommen wurde. Im Juli 1958 aber hatte das St[REDACTED] nach dem gegenwärtigen Erörterungsstand noch keinerlei Sicherheit oder auch nur berechnete Erwartung dafür, daß die angestrebte Grenzveränderung in der gewünschten Weise geregelt werden könnte. Denn die Vereinbarung hierüber wurde erst am 5. August 1958 unter Mitwirkung des St[REDACTED]meisters getroffen. Diesem aber konnte nicht entgehen, daß auch durch die Vereinbarung klare Verhältnisse noch nicht geschaffen waren, weil sie der Form des § 313 BGB ermangelte und überdies für die Klägerin von einem Vertreter ohne Nachweis der Vollmacht geschlossen worden war. Die Vereinbarung ist auch in sich nicht ohne weiteres verständlich. Wenn - wie die Beklagte vorgetragen hat - das St[REDACTED] nach der Vereinbarung des Austauschs von Grenzflächen die Sicherheit gehabt habe, daß die Beteiligten hiernach verfahren würden, dann ist unklar, weshalb es für notwendig befunden wurde, in den vorletzten Absatz noch die Bestimmung aufzunehmen, daß die Klägerin bis auf ca. 35 cm an die östliche Grenze heran gehen dürfe. Diese Bestimmung konnte - soweit die Prozeßlage erkennen läßt - sinnvoll nur sein, wenn eben doch mit der Möglichkeit gerechnet wurde, daß der abgesprochene Grundstückstausch nicht zustande kommen würde, oder wenn die Beteiligten sich darüber im klaren waren, daß sie durch die Vereinbarung noch nicht gebunden seien; ob aber damit die Y[REDACTED] KG ihre Einwilligung zur Abweichung vom Grenzwich für jeden Fall - auch für den des Scheiterns des Grundstückstausches - geben oder ob es sich dabei nur um eine vorläufige Regelung handeln sollte, die eine Abweichung vom Grenzwich bis zu dem von den Beteiligten

als sicher angenommenen Tausch zu rechtfertigen bestimmt war, ist in tatsächlicher Hinsicht offen. Die Annahme, das St[REDACTED]t habe bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt in der Vereinbarung vom 6. August 1958 eine hinreichende Sicherheit dafür sehen dürfen, daß der Bau auf dem abgesteckten Bauplatz dem Baurecht nicht widerspreche, begegnet hiernach gegenwärtig begründeten Bedenken. Was der St[REDACTED]meister am 21. August 1958 mit der Mutter der Klägerin und Ku[REDACTED] abgesprochen hat, ist - ebenso wie die Vorgänge bei der späteren Grenzverhandlung - nicht festgestellt worden. Nach dem Stande der bisherigen Erörterungen läßt sich die Möglichkeit, daß das St[REDACTED]t durch Halbheiten und Unklarheiten im Verfahren wesentlich zu einer Entwicklung beigetragen habe, aus der es später einen anderen Ausweg als den des Widerrufs nicht mehr sah, weder mit Sicherheit ausschließen noch bejahen. Es bedarf vielmehr der Feststellung des Verhaltens der Klägerin und ihrer Vertreter, um beurteilen zu können, vor welche Lage die Beamten sich gestellt sahen und welche Tatsachen sie als gegeben ansehen durften, schließlich aber auch - falls eine schuldhaftes Amtspflichtverletzung sich ergeben sollte - um die Frage der Mitverursachung entscheiden zu können.

5) Der weiteren Sachaufklärung würde es nur dann nicht bedürfen, wenn die Klage - wie die Revision meint - deshalb abweisungsreif wäre, weil die Klägerin die Möglichkeit, Ersatz ihres Schadens von ihrem Architekten zu erlangen, nicht ausgeräumt habe (§ 839 Abs. 1 Satz 2 BGB). Jedoch trifft dies nicht zu. Zwar würde der Architekt der Klägerin für den durch eine schuldhaftes Vertragsverletzung entstandenen Schaden haften. Ob er es aber bei der Beratung und Wahrung der Interessen der Klägerin an etwas hat fehlen lassen, läßt sich nach dem gegenwärtigen Erörterungsstand nicht mit einiger Sicherheit beurteilen.

Das Berufungsurteil muß daher aufgehoben werden, da es auch mit anderer Begründung nicht aufrecht erhalten oder die Klage nicht schon jetzt abgewiesen werden kann; die Sache muß an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, um diesem die weiter gebotene Tatsachenfeststellungen zu ermöglichen. Die Kostenentscheidung wird dem Berufungsgericht übertragen, weil der sachliche Erfolg des Rechtsmittels von der künftigen Entscheidung des Berufungsgerichts abhängt.

Dr. Pagendarm

Dr. Kreft

Dr. Beyer

Gähtgens

Dr. Reinhardt