

solche Schäden nicht in Betracht, die darauf beruhen, dass der wirtschaftliche Wert des Grundstücks etwa aus (unbegründeter) Furcht vor solchen Kontaminationen oder im Hinblick auf seine Nähe zu dem kontaminierten Gebiet gemindert ist (vgl. *BGHZ* 109, 380, 394).

- 276 d) Zur vergleichbaren Problematik bei den Staatshaftungsgesetzen der neuen Länder vgl. *BGHZ* 142, 259 und unten bei Rdn. 333 und 414.

### 7. Ersatzleistung

- 277 Auch in den Fällen der Verweigerung einer Genehmigung kann ein Verzögerungsschaden eintreten, wenn der Berechtigte die Genehmigung erst nach einem längeren verwaltungsgerichtlichen Verfahren erstreitet. Abweichend von den Rechtsfolgen eines enteignungsgleichen Eingriffs ist der Betroffene jedoch bei Anwendung des OBG NRW nicht darauf verwiesen, grundsätzlich nur eine **Entschädigung in Höhe der sog. Bodenrente** zu erhalten.

- 278 a) Zu ersetzen ist der erlittene **Vermögensschaden** (§ 40 I 1 OBG NRW). Für entgangenen Gewinn, der über den Ausfall des gewöhnlichen Verdienstes oder Nutzungsentgelts hinausgeht, und für Vermögensnachteile, die nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der zu entschädigenden Maßnahme stehen, ist jedoch eine Entschädigung nur zu leisten, wenn und soweit dies zur Abwendung unbilliger Härten geboten erscheint (§ 40 I 2 OBG NRW).

- 279 b) Auch ein **entgangener Gewinn** wird danach grundsätzlich im Umfang des gewöhnlichen Verdienstes oder Nutzungsentgeltes ersetzt. Dies knüpft an die Rechtsprechung zum Ausgleich von Sonderopfern an, die eine Entschädigung regelmäßig nur für Eingriffe in bereits vorhandene konkrete Werte gewährt (vgl. *BGHZ* 14, 363 [367]; *BGH NJW* 1986, 182). Dieser Gewinnausfall muss nicht in „unmittelbarem Zusammenhang“ mit der zu entschädigenden Maßnahme stehen. Diese Einschränkung gilt nur für andere Vermögensnachteile (*BGH NJW* 1986, 182). Gewinne anderer Art (etwa Spekulationsgewinne, vgl. *BGH NJW* 1983, 758; *NJW* 2002, 2553: verhinderte Aktienanlage in Standardwerten), die nach dem gewöhnlichem Verlauf der Dinge oder den besonderen Umständen des Falles (aus der Sicht ex post) erwartet werden konnten, sind dagegen nur in Härtefällen zu ersetzen. Für die Ermittlung des entgangenen Gewinns kann auf § 252 S. 2 BGB zurückgegriffen werden (*BGH BGHR BGB* § 252 S. 2 Darlegungslast 5). Das Kriterium des „unmittelbaren Zusammenhangs“ betrifft die Zurechenbarkeit der hoheitlichen Maßnahme: Nötig ist ein innerer Zusammenhang mit dieser Maßnahme, d. h. es muss sich eine besondere Gefahr verwirklichen, die bereits in der hoheitlichen Maßnahme selbst angelegt war (*BGHZ* 131, 163: Haftung für Wohnungsschäden nach Einweisung des früheren Mieters). Hiernach sind u. a. verzögerungsbedingte Baumehrkosten zu ersetzen. Die für den enteignungsgleichen Eingriff entwickelten Grundsätze über die Höhe der Entschädigung wegen rechtswidriger Bau- oder Veränderungssperren („Bodenrente“) gelten nicht, denn das Ordnungsbehördengesetz Nordrhein-Westfalen geht als spezialgesetzliche Konkretisierung den allgemeinen Grundsätzen über den enteignungsgleichen Eingriff vor (*BGHZ* 72, 273; *BGH BGHR NRW OBG* § 40 I 2 Vermögensnachteil 1).

### 8. Mitverschulden

- 280 Hat bei der Entstehung des Schadens und/oder bei den Schadensfolgen (haftungsausfüllende Kausalität) ein Verschulden des von der Maßnahme Betroffenen mitgewirkt (vgl. § 254 I und II BGB), so ist nach § 40 IV OBG NRW das Mitverschulden bei der Bemessung der Entschädigung zu berücksichtigen (*BGH NJW* 1986, 182; *VersR* 1989, 594).

- 281 a) Das Mitverschulden kann darin bestehen, es unterlassen zu haben, sich mit Mitteln des Primärrechtsschutzes (Widerspruch, Antrag auf aufschiebende Wirkung desselben,

Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage) gegen die Versagung einer beantragten Genehmigung zu wenden (*BGH NJW* 1995, 2918). Dabei ist zu beachten, dass der Stellenwert des Primärrechtsschutzes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, beginnend mit dem Urteil vom 26.1.1984 (*BGHZ* 90, 17) zunehmend betont worden ist. Unterlässt es daher der Betroffene schuldhaft, eine ihn belastende hoheitliche Maßnahme mit den zulässigen Rechtsmitteln abzuwehren, so kann er regelmäßig eine Entschädigung für solche Nachteile nicht verlangen, die er durch den Gebrauch der Rechtsmittel hätte vermeiden können (*BGH*, aaO S. 32).

**b)** Eine besondere Risikolage entsteht, wenn eine erteilte, noch nicht bestandskräftige Genehmigung von einem Dritten erfolgreich angefochten wird. Wenn und soweit eine Genehmigung geeignet ist, schutzwürdiges Vertrauen des Adressaten in ihren Bestand zu begründen, kommt diese Vertrauensgrundlage im Falle der Anfechtung des Bescheids durch Dritte jedenfalls dann nicht ohne weiteres völlig in Wegfall, wenn und solange der Verwaltungsakt sofort vollziehbar ist. Allerdings besteht ab dem Vorliegen der Drittanfechtung grundsätzlich eine größere Eigenverantwortung des Bauherrn unter dem Gesichtspunkt des § 254 BGB (§ 40 IV OBG NRW). Ist zulässigerweise Widerspruch eingelegt oder Klage erhoben, verbunden mit dem Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, so hat der Bauherr die Möglichkeit, dass die ihm erteilte Genehmigung rechtswidrig ist, jedenfalls dann ernsthaft in Betracht zu ziehen, wenn Anfechtungsgründe vorgebracht werden, deren Richtigkeit nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen ist. Setzt er in einer solchen Situation sein Vorhaben entsprechend der Genehmigung fort, ohne die Entscheidung des Gerichts der Hauptsache über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abzuwarten, so nimmt er das in der Drittanfechtung liegende Risiko bewusst auf sich (*BGHZ* 149, 50 = *BGH NJW* 2002, 432, unter Hinweis auf *BGH DVBl* 2001, 1435; *WM* 1997, 375 [393] – Mülheim-Kärlich, fortgeführt durch *BGH NVwZ* 2004, 638 und *NJW* 2008, 2502; zum Mitverschulden eines Bauherrn, der sofort die erteilte Baugenehmigung ausnutzt, die später auf Widerspruch von Nachbarn aufgehoben wird, vgl. *BGH NJW* 1975, 1968; zur bewussten Risikoübernahme durch vorzeitigen Baubeginn s. ferner *BGH NJW* 1985, 265 und *NJW* 1985, 1692). Vergleichbare Einschränkungen des Vertrauensschutzes bestehen auch gegenüber amtlichen Auskünften (vgl. neuerdings *BGH MDR* 2002, 944).

**c)** Ein Bauherr muss sich im Übrigen gem. § 40 IV OBG NRW die fehlerhafte Planung des Bauvorhabens durch seinen Architekten nach § 278 BGB anspruchsmindernd entgegenhalten lassen, wenn über die Baugenehmigung monatelang mit dem Bauamt verhandelt worden war und er sich hierbei eines Architekten als „Verhandlungshelfer“ bedient hatte (*BGH BRS* 53 Nr. 75).

## 9. Anderweitige Ersatzmöglichkeit

Das OBG NRW enthält kein dem § 839 I 2 BGB entsprechendes Verweisungsprivileg der haftenden Körperschaft, jedoch ist gem. § 40 III OBG NRW die Entschädigung nur **gegen Abtretung** der Ansprüche zu gewähren, die dem Entschädigungsberechtigten aufgrund der Maßnahme, auf der die Entschädigungsverpflichtung beruht, gegen Dritte zustehen. Dies entspricht der Regelung in § 255 BGB. Bestehen solche Ansprüche, ist die Ordnungsbehörde nur Zug um Zug gegen Abtretung solcher Ansprüche zur Leistung der Entschädigung verpflichtet. Die insoweit „kongruenten“ Ersatzansprüche dürften sich mit den Ansprüchen gegen Dritte decken, auf die der Geschädigte bei fahrlässiger Amtspflichtverletzung (§ 839 I 2 BGB) verwiesen werden kann.

## 10. Konkurrenzen

**a)** Der in § 39 I Buchst. b OBG NRW normierte Ersatzanspruch wegen rechtswidrigen Verhaltens einer Ordnungsbehörde geht als **spezialgesetzliche Konkretisierung** den

allgemeinen Grundsätzen über den enteignungsgleichen Eingriff vor. Deshalb ist in den von § 39 I Buchst. b OBG NRW erfassten Fällen ein Entschädigungsanspruch wegen enteignungsgleichen Eingriffs ausgeschlossen. Wenn daher die dreijährige Verjährungsfrist des OBG NRW (§ 41) für Entschädigungsansprüche wegen rechtswidriger ordnungsbehördlicher Maßnahmen abgelaufen ist, kann der Geschädigte keine Ansprüche wegen (allgemeinen) enteignungsgleichen Eingriffs, die einer dreißigjährigen Verjährung unterliegen, mehr geltend machen (BGHZ 72, 273; 82, 361; BGH VersR 1989, 594). Ansprüche aus § 839 BGB sind jedoch nicht ausgeschlossen (u. a. BGH BGHR GG vor Art. 1/enteignungsgleicher Eingriff – Bausperre 3).

- 286**    **b)** Ansprüche auf Ersatz des durch die Rücknahme einer rechtswidrigen Baugenehmigung entstandenen Vermögensschadens gem. § 48 III 1 VwVfG werden durch § 39 I Buchst. b OBG NRW nicht verdrängt (BGH BGHR NRW OBG § 39 I Buchst. b – Maßnahme 6). Über sie ist – nach Festsetzung durch die Behörde, § 48 III 4 VwVfG – im Verwaltungsrechtsweg zu entscheiden. Die frühere Zuweisung in den ordentlichen Rechtsweg für den Fall, dass auch eine Entschädigung wegen enteignungsgleichen Eingriffs in Betracht kam (§ 48 VI VwVfG a. F.), ist entfallen. Sie hätte insoweit auch nicht Platz gefunden, denn der enteignungsgleiche Eingriff gibt in den Fällen der nachträglichen Aufhebung einer Baugenehmigung deren Empfänger keine Anspruchsgrundlage für einen Entschädigungsanspruch ab (vgl. Rdn. 240 f.).
- 287**    **c)** Der Ausgleichsanspruch des § 48 III 1 VwVfG entfällt, wenn die Baugenehmigung, die von einem Dritten angefochten worden ist, während des Vorverfahrens oder während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens aufgehoben wird, soweit dadurch dem Widerspruch abgeholfen oder der Klage stattgegeben wird (§ 50 VwVfG). Dies schließt nach allgemeiner Auffassung Amtshaftungsansprüche wegen Erteilung einer rechtswidrigen Genehmigung nicht aus (Stelkens/Bonk, VwVfG, § 50 Rdn. 2, m. w. Nachw.). Wegen insoweit gleicher Interessenlage gilt dies auch für Ansprüche nach § 39 I Buchst. b OBG NRW (vgl. BGHZ 134, 268 [285] – Mülheim-Kärlich; s. dazu auch Krohn in FS Boujong, 1996, S. 573 [586]).

### III. Entschädigungsansprüche nach weiteren Polizei- oder Ordnungsbehörden-gesetzen der „alten“ Länder (neue Länder s. Rdn. 307)

- 288**    **1.** Einen vom Verschulden unabhängigen Entschädigungsanspruch wegen widerrechtlicher Maßnahmen der Ordnungsbehörden gewähren außer Nordrhein-Westfalen (OBG NRW) die Länder:

**Bremen:** BremPolG vom 6. 12. 2001, BremGBL. S. 441, § 56 I 2 i.V.m. § 2 Nr. 2;

**Niedersachsen:** NdsSOG i.d.F. vom 19. 1. 2005, Nds. GVBl. S. 9, § 80 I 2 i.V.m. § 1 I 1;

**Hessen:** HSOG i.d.F. vom 14. 1. 2005, GVBl. S. 14, § 64 I 2 i.V.m. § 1 I 1;

**Saarland:** SPolG i.d.F. vom 26. 3. 2001, ABl. S. 1074, § 68 I 2 i.V.m. § 1 I;

**Rheinland-Pfalz:** POG i.d.F. vom 10. 11. 1993, GVBl. S. 595, § 68 I 2 i.V.m. § 1 I 1;

**Berlin:** ASOG i.d.F. vom 11. 10. 2006, GVBl. S. 930, § 59.

Soweit in den vorstehenden Regelungen die Bauaufsichtsbehörden nicht ausdrücklich genannt sind, sondern von „Verwaltungsbehörden“ mit der Aufgabe der Gefahrenabwehr (Niedersachsen), „Gefahrenabwehrbehörden“ (Hessen), „allgemeinen Ordnungsbehörden“ (Rheinland-Pfalz) aber auch generell von rechtswidrigen Maßnahmen der „Polizei“ bei der Gefahrenabwehr die Rede ist (Saarland, Bremen), schließt dies eine Haftung der Bauaufsichtsbehörden nicht aus. Zwar hat sich im Bauordnungsrecht der Länder für die ordnungsbehördliche Aufgabe der Bauaufsicht eine Parallelordnung zum allgemeinen Polizei- und Ordnungsbehördenrecht entwickelt, die diesem insoweit die unmittelbare Anwendung nimmt. Jedoch entsprechen die den Bauaufsichtsbehörden zugewiesenen Aufgaben der Gefahrenabwehr derjenigen des allgemeinen Polizeirechts und die vom Bauordnungs-

recht geregelten Sachfragen sind weiterhin identisch mit denjenigen, die sich im allgemeinen Ordnungsrecht stellen. Das besondere Recht der Entschädigung für ordnungsbehördliche rechtswidrige Maßnahmen ist daher in den vorgenannten Ländern auch auf Maßnahmen der Bauaufsicht anwendbar (so vor allem *Götz*, Allg. Polizei- und Ordnungsrecht, § 15 Rdn. 22, § 21 Rdn. 22; *Treffler*, Staatshaftung im Polizeirecht, 1993, B IV 2., S. 50f.; wohl a. A., wenn auch nicht tragend, *BGHZ* 125, 258 für das Polizei- und Ordnungsbehördengesetz Rheinland-Pfalz 1993, weil angesichts der abschließenden Regelung der Bauaufsicht in der Landes-BauO die Bauaufsichtsbehörden nicht als „allgemeine Ordnungsbehörden“ angesehen werden könnten. Dem hat sich das *OLG Zweibrücken* angeschlossen (U. v. 2. 8. 2007 – 6 U 17/06). Gegen diese mehr formale und für eine funktionale Betrachtungsweise wohl auch *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, S. 408: „Zirkelschluss“). Die vorgenannten Entschädigungsregelungen lehnen sich inhaltlich mehr oder minder stark an das Ordnungsbehördengesetz von Nordrhein-Westfalen an.

**2. Keine entsprechenden Entschädigungsvorschriften für rechtswidrige ordnungsbehördliche Maßnahmen bestehen in den Ländern** 289

**Hamburg:** SOG i.d.F. vom 18. 7. 2001, GVBl. S. 251, § 10 III 1;

**Schleswig-Holstein:** LVerwG vom 2. 6. 1992, GVBl. S. 992, § 221;

**Baden-Württemberg:** PolG i.d.F. vom 13. 1. 1992, GBl. S. 1, § 55 i.V.m. § 9 I;

**Bayern:** PAG i.d.F. vom 14. 9. 1990, GVBl. S. 397, Art. 70 II.

Zu den weiteren Ausnahmen in den neuen Ländern vgl. Rdn. 307.

#### IV. Staatshaftungsgesetze (StHG) der neuen Länder

##### 1. Verschuldensunabhängige Unrechtshaftung

§ 1 StHG statuiert eine **verschuldensunabhängige staatliche Unrechtshaftung**, die 290 – soweit ihr Anwendungsbereich reicht – als spezialgesetzliche Konkretisierung den allgemeinen, auf Richterrecht beruhenden Grundsätzen über den enteignungsgleichen Eingriff vorgeht (*BGH NVwZ-RR* 1997, 204, unter Hinweis auf *BGHZ* 72, 273). Mit der *Amtshaftung* (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG) besteht Anspruchskonkurrenz (u. a. *BGHZ* 143, 18 [23]; 142, 259 [273]).

##### 2. Geltung in den neuen Ländern

Das StHG ist in **Berlin** (Gesetz vom 21. 9. 1995, GVBl. Bln 1995 S. 607), **Mecklenburg-Vorpommern** (GVBl M-V 2009, S. 281) und **Sachsen** (Gesetz vom 17. 4. 1998, Sächs. GVBl. S. 151) aufgehoben worden. Davon nicht betroffen sind bereits entstandene Ansprüche. **Sachsen-Anhalt** hat das StHG durch Änderungsgesetz vom 24. 8. 1992 (GVBl. LSA 1992 S. 655 in der Fassung 1. 1. 1997) erheblich modifiziert und dabei den verschuldensunabhängigen Anspruch des StHG in einen gesetzlichen Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff gewandelt (vgl. dazu *Herbst/Lühmann*, Die Staatshaftungsgesetze der neuen Länder, 1997, Teil I § 5 Anm. 5 ff.). Die Länder **Brandenburg**, **Sachsen-Anhalt** und **Thüringen** (in der Fassung v. 2. 10. 1998, GVBl 1998, 336) haben andererseits die Haftung für rechtswidrige Maßnahmen von *Ordnungsbehörden* inzwischen eigenständig geregelt. Die für rechtswidrige Bauverwaltungsakte und Auskünfte der Bauaufsichtsbehörden geltenden Entschädigungsbestimmungen dieser Gesetze treten in diesen Ländern **neben** das (modifizierte bzw. unveränderte) StHG. In **Brandenburg** ist die Haftung der Bauaufsichtsbehörde nach dem StHG (GBl DDR I 1969, 35 in der Fassung 14. 6. 1993 GVBl I S. 199) und § 38 I b OBG durch § 51 VI BbgBauO ausgeschlossen (siehe dazu auch *Gelen*, LKV 2009, 15 [16]). Somit ist die Schadensersatzpflicht in diesem Bundesland auf Fälle begrenzt, in denen die Bauaufsichtsbehörde schuldhaft gehandelt hat und daher Amtshaftungsansprüche im Raum stehen (vgl. *Reimus* in: *Reimus/Semtner/Langer*, Die neue

Brandenburgische Bauordnung, § 51 Rdn. 10). **Berlin** hat im ASOG von 1992 ebenfalls eine Entschädigungsregelung für rechtswidrige Maßnahmen von Ordnungsbehörden getroffen, die einen Teil der durch den Wegfall des StHG bewirkten Haftungslücke ausfüllt. Wegen näherer Einzelheiten zu diesen Gesetzen und ihrem Einfluss auf die Geltung des StHG vgl. Rdn. 307.

### 3. Haftende Körperschaft

- 292 Die Schadensersatzpflicht erfasst **staatliche und kommunale Organe des betreffenden (Bundes-)Landes**, nicht auch des Bundes oder anderer Länder (*Herbst/Lühmann*, aaO Teil III § 1 I StHG Anm. 6; zur Frage der Verantwortlichkeit bei Anweisung einer übergeordneten Behörde siehe *BGH MDR* 2009, 258). „Mitarbeiter“ oder „Beauftragte“ i.S.d. § 1 I StHG sind neben den Beamten im staatsrechtlichen Sinne diejenigen Personen, die hoheitliche Befugnisse wahrnehmen, die ihnen vom Staat oder von einer sonst dazu befugten Körperschaft anvertraut worden sind. Dies schließt die im Bereich der Bauaufsicht und Bebauungsplanung tätigen Träger hoheitlicher Befugnisse ein (zur Bauleitplanung vgl. Rdn. 331; zur Verjährung *BGH NJW-RR* 2011, 305).

### 4. Bauleitplanung

- 293 Da Maßnahmen der Bauleitplanung – anders als beim OBG NRW – im StHG bei den haftungsbegründenden Tätigkeiten nicht ausgenommen sind, kommt auch insoweit eine Haftung infrage. Soweit es das von der Gemeinde nach § 36 BauGB zu erklärende Einvernehmen betrifft, kann die rechtswidrige Versagung unter denselben Voraussetzungen wie bei § 839 BGB (dort Rdn. 92 ff.) zur Haftung führen.

### 5. Bauverwaltungsakte

- 294 Hinsichtlich der infrage kommenden Bauverwaltungsakte ergeben sich gegenüber der Amtshaftung ebenfalls keine Unterschiede. Namentlich kann eine Haftung auch bei rechtswidrigen (positiven) Bauverwaltungsakten eintreten, wenn diese etwa auf Nachbarwiderspruch hin später aufgehoben werden (vgl. *BGH NJW* 2001, 3054 – Zulassung einer Wohnbebauung in nur 50 m Entfernung zu einer Rinderzuchtanlage; *BGHZ* 142, 259).

### 6. Drittbezug

- 295 Nach dem Wortlaut des Staatshaftungsgesetzes ist die Verletzung einer drittschützenden Amtspflicht nicht Voraussetzung der Haftung, vielmehr soll es **allein auf die Rechtswidrigkeit des Handlungserfolges** ankommen (so auch grundlegend *BGHZ* 166, 22, siehe dazu zustimmend *Grzeszick*, *JZ* 2006, 795 ff. m. w. Nachw.). Geht man hiervon aus, so würde eine Haftung für rechtswidrige Bebauungspläne auch in den Fällen eintreten, in denen der Rechtswidrigkeitsgrund in der Nichtbeachtung einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung besteht, deren Erfüllung allein im öffentlichen Interesse liegt. Ein solches Verständnis ist abzulehnen. Die Begrenzung der Ersatzpflicht auf Schäden, gegen welche die haftungsbegründende Norm Schutz gewähren soll, ist ein allgemein anerkannter Grundsatz des deutschen Amts- und Staatshaftungsrechts, das auch bei der Auslegung des StHG in der Form der Überleitung durch den Einigungsvertrag zu beachten ist (vgl. *Krohn*, Enteignung, Entschädigung, Staatshaftung, S. 81; *Herbst/Lühmann*, aaO Teil III § 1 I StHG Anm. 65). Zur Begründung eines Ersatzanspruchs genügt daher nicht schon die Rechtswidrigkeit des Handlungserfolges; dafür bedarf es vielmehr der Verletzung einer Handlungspflicht, die zumindest auch den Schutz des Geschädigten gegen solche Schadensfolgen bezweckt (vgl. *BGHZ* 142, 259 = *NJW* 2000, 427, im Anschluss an *BGHZ* 123, 363 = *NJW* 1994, 253; grundsätzlich zustimmend auch *Herbst/Lühmann*, aaO Teil III § 1 I StHG Anm. 76 f., m. w. Nachw.).

## 7. Verschulden

Die Haftung nach dem Staatshaftungsgesetz setzt **kein Verschulden** des Amtsträgers voraus. Angesichts der weitgehenden Objektivierung des Verschuldens (vgl. u.a. *BGH VIZ* 2001, 221 m. w. Nachw.) ist jedoch insoweit der Unterschied zur Verschuldenshaftung (Amtshaftung) – wenn überhaupt – gering. Keinesfalls läuft die Anwendung des Staatshaftungsgesetzes aber auf eine Gefährdungshaftung hinaus. Ein Ersatzanspruch besteht nur, wenn die planende Körperschaft den zu beachtenden objektiven Sorgfaltsstandard vernachlässigt hat (so *BGHZ* 142, 259 zu den Pflichten der Baugenehmigungsbehörde bei der Erteilung einer Baugenehmigung).

## 8. Verweisungsprivileg (§ 3 III StHG)

a) Ein Schadensersatzanspruch besteht insoweit nicht, als ein Ersatz des Schadens auf andere Weise erlangt werden kann. Diese Verweisungsklausel beschränkt sich – anders als § 839 I 2 BGB – nicht auf fahrlässige Pflichtverletzungen. Eine Verweisung wird jedoch auch hier nur stattfinden dürfen, wenn und soweit sie dem Betroffenen zumutbar ist (*Herbst/Lühmann*, aaO Teil III § 3 Rdn. 11).

b) Im Baurecht kommen namentlich Ansprüche gegen Architekten in ihrer Eigenschaft als Planer in Betracht. Zwar schulden die Architekten eine genehmigungsfähige Planung. Die Bewältigung schwieriger immissionsschutzrechtlicher Belange kann jedoch von ihnen nicht verlangt werden (*BGH NJW* 2001, 3054). Auch die Prüfung, ob ein geplantes Vorhaben den Anforderungen des § 15 BauNVO entspricht, wird regelmäßig nicht von dem planenden Architekten zu verantworten sein (vgl. *BGH WM* 2002, 94). Das gilt erst recht für einen Bauunternehmer, der die Planung des Bauvorhabens übernommen hat (*BGH VersR* 1990, 789; zur Haftung eines Rechtsanwalts *BGH NJW-RR* 2011, 305).

c) Die von der Rechtsprechung im Bereich der Amtshaftung bewirkten Restriktionen des Verweisungsprivilegs im Bereich des Versicherungsrechts (vgl. *BGHZ* 70, 7; 79, 26; 85, 230; 100, 313; *BGH NJW* 1983, 2191; dazu u. a. *Krohn VersR* 1991, 1085 [1088]) haben für das öffentliche Baurecht keine Bedeutung.

## 9. Umfang des Schadensersatzes

Grundsätzlich richtet sich der Ersatzanspruch auf **vollen Schadensersatz einschließlich des entgangenen Gewinns** (*Herbst/Lühmann*, aaO Teil III § 3 II StHG Anm. 6 f., so auch *OLG Brandenburg*, NJ 2007, 507). Dies erscheint hinnehmbar, wenn – wie vorstehend ausgeführt – nur der Schaden zu ersetzen ist, den die im Einzelfall verletzte Amtspflicht vermeiden will. Es werden also nur solche Schadenspositionen erfasst, die in den Schutzbereich der verletzten Rechtsnorm fallen, da der Bürger über das StHG keinen allgemeinen mit Schadensersatzansprüchen bewehrten Gesetzesvollziehungsanspruch hat (*BGHZ* 166, 22). Das hat besondere Bedeutung in den Altlastenfällen. Die dort für Bebauungspläne bestehende Vertrauenshaftung richtet sich auf das negative Interesse (vgl. *BGHZ* 108, 224 = *DVBl* 1990, 354; *BGHZ* 142, 259). Dies überträgt sich aber auch auf Bauverwaltungsakte, die auf der Grundlage solcher Bebauungspläne ergehen (vgl. dazu oben Rdn. 275 und unten Rdn. 405 f.).

## 10. Schadensabwendungspflicht und Mitverschulden

a) Im Amtshaftungsrecht und im Anwendungsbereich des enteignungsgleichen Eingriffs steht dem Verletzten nicht das Wahlrecht zu, von einer Anfechtung ihn rechtswidrig belastender Maßnahmen folgenlos absehen und sich auf einen Schadensersatzanspruch bzw. Entschädigungsanspruch beschränken zu können (für die Amtshaftung vgl. *BGHZ* 113, 17 = *NJW* 1991, 1168; für den enteignungsgleichen Eingriff vgl. *BGHZ* 90, 17; 110, 12

= NVwZ 1990, 501). Angesichts der allgemeinen Bedeutung des Primärrechtsschutzes für die staatliche Unrechtshaftung gilt dieser Grundsatz unverändert auch im Anwendungsbereich des § 2 StHG (vgl. *BGH NJW* 2001, 3054; *BGH NVwZ-RR* 2009, 363). Unterlässt es daher der Betroffene, den Eingriff mit den zulässigen Rechtsmitteln abzuwehren, so kann er regelmäßig eine Entschädigung für solche Nachteile nicht verlangen, die er durch den Gebrauch der Rechtsmittel hätte vermeiden können (vgl. dazu näher *Herbst/Lühmann*, aaO Teil III § 2 StHG Anm. 6f.) Das Nichtausschöpfen des Primärrechtsschutzes muss auf einem Verschulden des Geschädigten beruhen. Dabei ist darauf abzustellen, welches Maß an Umsicht und Sorgfalt von Angehörigen des betreffenden Personenkreises verlangt werden muss (*BGH VersR* 1997, 238, unter Hinweis auf *BGHZ* 113, 17 = *NJW* 1991, 1168).

- 302** **b)** Die Erteilung einer Baugenehmigung ist Ausübung staatlicher Tätigkeit i.S.d. § 1 I StHG, die im Falle ihrer Rechtswidrigkeit Schadensersatzpflichten des jeweiligen „Organs“ auslösen kann (*BGHZ* 142, 259 [273]). Auch hier stellt sich daher, ebenso wie bei § 839 BGB und § 39 I Buchst. b OBG NRW, schon im Vorfeld der Mitverschuldensprüfung die Frage, ob der Genehmigungsempfänger bereits tatbestandsmäßig Vertrauensschutz verlangen kann und in welcher Weise eine (im Ergebnis erfolgreiche) Drittanfechtung der Genehmigung die Haftungslage beeinflusst. Insoweit wird auf die Ausführungen zum Ordnungsbehördengesetz Nordrhein-Westfalen unter Rdn. 265, 272 f. verwiesen.

### 11. Vorverfahren und Rechtsweg

- 303** **a)** Gem. § 5 I StHG ist der Schadensersatz „bei dem staatlichen Organ oder der staatlichen Einrichtung zu beantragen, durch deren Mitarbeiter oder Beauftragten der Schaden verursacht wurde“. Dies ist dahin auszulegen, dass der Antrag bei dem ersatzpflichtigen rechtsfähigen Hoheitsträger einzureichen ist (*Herbst/Lühmann*, aaO Teil III § 5 I StHG Anm. 9). Das Land **Thüringen** hat diese Bestimmung durch Art. 1 des Ersten Thüringer Gesetzes zur Änderung des Staatshaftungsgesetzes vom 22. 4. 1997 (GVBl. Thü. S. 165) aufgehoben.
- 304** **b)** Gegen die Entscheidung über den Schadensersatzantrag ist innerhalb eines Monats nach Zustellung oder Bekanntgabe der Entscheidung die Beschwerde zulässig (§ 6 StHG). Die Länder **Brandenburg** (Gesetz vom 14. 6. 1993 – GVBl. Brand. 1993 S. 202) und **Thüringen** haben das Beschwerdeverfahren aufgehoben (vgl. *Herbst/Lühmann*, aaO Teil III § 6 a StHG Anm. 10).
- 305** **c)** Das Antrags- und das Beschwerdeverfahren sind Sachurteilsvoraussetzung. Wird es nicht durchgeführt, ist die auf einen Anspruch nach dem StHG gestützte Klage unzulässig (h. M.; vgl. die Nachweise bei *Herbst/Lühmann*, aaO Teil III § 6 a StHG Anm. 17 mit Fn. 35). Wenn allerdings die in Anspruch genommene Körperschaft sich weigert, gem. § 5 III StHG über Grund und Höhe des geltend gemachten Schadensersatzanspruches zu entscheiden, kann der Geschädigte unmittelbar das Zivilgericht anrufen (*BGH NJW* 2001, 3054; *OVG Greifswald NJ* 1997, 273; *OLG Jena OLGR* 1999, 131 [132]; zu weiteren Fällen der unmittelbaren Eröffnung des Rechtsweges vgl. *Herbst/Lühmann*, aaO Teil III § 6 a StHG Anm. 21 bis 25).
- 306** **d)** Das Vorverfahren eröffnet den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten (§ 6 a StHG). Ausschließlich zuständig ist das **Landgericht**, in dessen Bezirk „das Organ seinen Sitz hat, aus dessen Verhalten der Anspruch hergeleitet wird“. In den hier behandelten Fällen ist dies das Landgericht, in dessen Bezirk die in Anspruch genommene planende Körperschaft liegt.

### 12. Konkurrenz zwischen Ansprüchen nach dem StHG und Polizei- bzw. Ordnungsbehördengesetzen in den neuen Ländern

- 307** Die Länder **Sachsen-Anhalt** (§ 69 I 2 SOG LSA in der Fassung vom 23. 9. 2003, GVBl. LSA S. 214) und **Thüringen** (§ 68 I 2 PAG vom 4. 6. 1992, Thür. GVBl. S. 199, i.V.m. § 52