

VON TROTT ZU SOLZ
LAMMEK
RECHTSANWÄLTE NOTARE

Gutachterliche Stellungnahme

**zu möglichen Entschädigungsansprüchen
infolge der Festsetzung des Bebauungsplans XI-205a
sowie zur Berechnung und zur Höhe
eines Entschädigungsanspruchs**

vorgelegt von:

Dr. Andreas Möller

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht

und

Maximiliane Hatz

Rechtsanwältin

www.vontrott-lammek.de

Kurfürstendamm 29, 10719 Berlin - Telefon: +49 30 59003300 - Telefax: +49 30 5900330-99 - kanzlei@vontrott-lammek.de
Commerzbank AG - BLZ 100 800 00 - Konto Nummer 04 100 700 00 - USt-IdNr: DE223783230
BIC: DRESDEFF100 - IBAN: DE87 1008 0000 0410 0700 00

Inhalt

A. Sachverhalt	4
B. Gutachtenauftrag / Fragestellung	6
C. Ergebnisse	7
D. Rechtliche Würdigung	11
I. Besteht ein Entschädigungsanspruch?	11
1. Übernahmeanspruch, § 40 Abs. 2 BauGB	11
a) Fremdnützige Festsetzung	11
aa) Ausweisung als Grünfläche	11
bb) Reduktion des Tatbestands zugunsten öffentlicher Nutzungen.....	11
(1) Wortlaut.....	12
(2) Systematik	12
(3) Teleologie	12
b) Wirtschaftliche Unzumutbarkeit	14
c) Zwischenergebnis	17
d) Rechtsfolge.....	17
2. Entschädigungsanspruch aus § 42 BauGB	18
a) Bisher zulässige Nutzung	18
aa) Anwendbarkeit des § 30 Abs. 1 BauGB	18
(1) Qualifizierter Bebauungsplan.....	19
(2) Keine Funktionslosigkeit einzelner Festsetzungen	19
bb) Übereinstimmung des Vorhabens mit den Festsetzungen.....	21
cc) Keine Einschränkungen durch Aufstellungsbeschlüsse.....	22
dd) Gesicherte Erschließung	22
(1) Planmäßige Erschließung	23
(2) Planmäßige Erschließung durch Forckenbeckstraße	24
(3) Erschließungsangebot.....	27
(4) Zwischenergebnis	29
b) Aufhebung der zulässigen Nutzung	29
c) Wertminderung.....	30
d) Plangewährleistungsfrist (Reduktionsklausel)	30
aa) Erschließungssicherung als Fristbeginn.....	31
bb) Nichtanwendbarkeit der Reduktionklausel	31
(1) Vorkonstitutionelles Planungsrecht.....	32
(2) Eigentumsverdrängende Planung	33
(a) Fremdnützige Planungsziele.....	33
(b) Situationsgebundenheit des Grundstücks	34
(c) Restnutzbarkeit	35
(3) Verstoß gegen Lastengleichheit.....	36
(a) Vergleichsgebiet	36
(b) Ungleichbehandlung.....	37
(c) Unzumutbarkeit	38
cc) Rechtsfolge	39
3. Übernahmeanspruch.....	40
4. Aufwendungsersatz, § 39 BauGB	40

II. Konkurrenzen / Ergebnisse	41
III. Höhe der Entschädigung	42
1. Fragestellungen / Entscheidungsrelevante Rechtsfragen zu Frage 2.....	42
2. Maßgeblicher Zeitpunkt	42
a) Keine enteignungsrechtliche Vorwirkung des Aufstellungsbeschlusses..	43
b) Argumentation Finkelnburg	44
aa) Wortlaut	44
bb) Regel-Ausnahme-Verhältnis	45
cc) Sinn und Zweck	45
dd) Systematik	45
ee) Zwischenergebnis	46
c) Keine enteignungsrechtliche Vorwirkung des Flächennutzungsplans	46
3. Anzurechnendes Mitverschulden	48
4. Wertermittlung	50
a) Prüfungsmaßstab	50
b) Ausgangsdaten	51
c) Verfahrenswahl	51
d) Anwendung der Deduktionsmethode	52
aa) Berücksichtigung von Befreiungen.....	52
bb) Wahl des Ausgangswertes.....	53
cc) Zu berücksichtigende Positionen	54
e) Zwischenergebnis	56
IV. Ergebnis zu III.: Höhe der Entschädigung.....	57

A. Sachverhalt

Gegenstand der rechtsgutachterlichen Untersuchung sind die Grundstücke Forckenbeckstraße 64-75/Kissinger Straße 27 in Berlin-Schmargendorf.

Die Grundstücke sind Teil der seit 1904 als Kleingartenkolonie Oeynhausens genutzten Fläche, die sich zu 38.587 m² in Landeseigentum befindet. Den größeren Flächenanteil stellen die im Privateigentum stehenden zu untersuchenden Grundstücke mit einem Flächenanteil von 92.785 m² dar.

Den nördlichen Abschluss der Kleingartenkolonie bildet die Forckenbeckstraße. Dort verläuft zwischen der Fahrbahn der Forckenbeckstraße und den Grundstücken ein Geländeversprung, sodass die höher liegenden Grundstücke der Kleingartenkolonie von der niedrig gelegenen Fahrbahn durch eine Böschung getrennt sind. Der Höhenunterschied zwischen der Fahrbahn und den Grundstücken nimmt von Westen Richtung Osten hin zu und erreicht auf dem Grundstück Forckenbeckstraße 75 ca. 3 m. Parallel zur Fahrbahn verläuft auf dem höheren Geländeneiveau ein Gehweg, der durch ein Geländer an der Böschung gesichert ist und von dem aus mehrere schmale Treppen auf die Fahrbahn herunter führen.

Am 01.07.1994 trat der erste Gesamt-Berliner Flächennutzungsplan in Kraft. Darin wurde die gesamte Fläche der Kleingartenanlage Oeynhausens zwischen Forckenbeck-, Friedrichshaller und Mecklenburgischer Straße als Grünfläche mit der Zweckbestimmung Dauerkleingärten dargestellt. Diese Darstellung wurde bis zur aktuell geltenden Fassung (Stand November 2009) fortgeschrieben.

Die Grundstücke liegen im Geltungsbereich des Baunutzungsplans 1958/1960, der die Fläche als allgemeines Wohngebiet der Baustufe III/3 ausweist. Gemäß § 7 Nr. 15 Bauordnung für Berlin 1958 (BO 58) gilt in einem allgemeinen Wohngebiet der Baustufe III/3 eine zulässige Zahl von 3 Geschossen, eine Grundflächenzahl (GRZ) von 0,3 und eine Geschossflächenzahl (GFZ) von 0,9 sowie geschlossene Bauweise mit einer maximalen Bebauungstiefe von 13 m. Für die Grundstücke waren bereits am 27.12.1901 f.f. Straßenfluchtlinien und am 15.07.1891 f.f. Baufluchtlinien gemäß dem Preußischen Fluchtliniengesetz förmlich festgelegt worden, so dass alle erforderlichen Festsetzungen eines qualifizierten Bebauungsplans vorliegen.

Bereits mit Aufstellungsbeschluss vom 26.08.1986 wurde vom Bezirksamt Wilmersdorf von Berlin ein Bebauungsplanverfahren zur Sicherung der kleingärtnerischen Nutzung

eingeleitet (Bebauungsplan IX-150). Eine weitere Planung unterblieb jedoch in der Folgezeit.

Mit Beschluss vom 20.06.2000 fasste das Bezirksamt Wilmersdorf den Aufstellungsbeschluss des Bebauungsplanverfahrens IV-205 für die Grundstücke Forckenbeckstraße 64-75/Kissinger Straße sowie Friedrichshaller Straße 1/Mecklenburger Straße 44, das die Festsetzung als Grünfläche mit der Zweckbestimmung „private Dauerkleingärten“ vorsah.

Im Laufe des Aufstellungsverfahrens beschloss das Bezirksamt den Geltungsbereich des in Aufstellung befindlichen Bebauungsplans IX-205 in zwei selbstständige Bebauungspläne IX-205a und IX-205b zu teilen. Die hier zu untersuchenden Grundstücke lagen danach im Umgriff des Bebauungsplanentwurfs IX-205a.

2008 trat ein Eigentümerwechsel ein. Die Grundstücke, die bis dahin im Eigentum der Deutschen Post AG standen, wurden von dieser mit Vertrag vom 01.04.2008 an die Lorac Investment Management S.à.r.l. veräußert, die eine Bebauung mit Wohngebäuden beabsichtigt.

Im Jahr 2010 legte der Bezirk Charlottenburg-Wilmersdorf den Bebauungsplan IX-205a öffentlich aus. Weitere Verfahrensschritte unterblieben in der Folgezeit. Bis heute befindet sich dieser Bebauungsplan im Verfahren und ist nicht festgesetzt worden.

Mit Antrag auf Bauvorbescheid vom 01.02.2011 zur Realisierung eines Wohnbauvorhabens reichte die Eigentümerin ein Erschließungsangebot beim Bezirksamt Charlottenburg-Wilmersdorf ein. Gegenstand des Angebots war, die für die geplante Wohnbebauung notwendige Erschließung auf eigene Kosten zu übernehmen. Der Bezirksamt Charlottenburg-Wilmersdorf ging auf das Erschließungsangebot nicht ein.

Die Bezirksverordnetenversammlung Charlottenburg-Wilmersdorf beschloss am 08.07.2014 den Erlass einer Veränderungssperre. Am 15.07.2014 beanstandete das Bezirksamt Charlottenburg-Wilmersdorf den Beschluss der Veränderungssperre. Die Bezirksverordnetenversammlung beantragte daraufhin die Entscheidung der Bezirksaufsichtsbehörde über die Beanstandung.

Über die Veränderungssperre ist bislang nicht entschieden worden.

Die Lorac Investment Management S.à.r.l. hat die Pachtverträge mit dem Bezirksverband der Kleingärtner Berlin-Wilmersdorf e.V. für die in ihrem Eigentum stehenden Grundstücke gekündigt. Über die Wirksamkeit der Kündigung und dem damit verbundenen Räumungsverlangen ist zwischen den Parteien ein Rechtsstreit anhängig.

B. Gutachtauftrag / Fragestellung

Das im Auftrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen in der Bezirksverordnetenversammlung Charlottenburg-Wilmersdorf erstattete Rechtsgutachten soll folgende Fragen klären:

1. Hätte die Grundstückseigentümerin im Falle der jetzigen Festsetzung des Bebauungsplans XI-205a, einen Anspruch auf Entschädigung?
2. Wie ist die Höhe eines Entschädigungsanspruchs, den die Eigentümerin bei Festsetzung des Bebauungsplans IX-205a geltend machen kann, zu berechnen und wie hoch wäre voraussichtlich eine zu zahlende Entschädigungsleistung?

C. Ergebnisse

1. Es ist davon auszugehen, dass eine Festsetzung des Bebauungsplans IX-205a Entschädigungsansprüche der Eigentümerin begründen würde.
2. Die Annahme eines Übernahmeanspruchs gemäß § 40 Abs. 2 BauGB ist gut vertretbar. Zwar wird in der Literatur vertreten, dass § 40 Abs. 1 Nr. 8 BauGB lediglich fremdnützige Festsetzungen umfassen würde, somit nur die Festsetzung öffentlicher Grünflächen erfasst wären. Diese Einschränkung erscheint jedoch sowohl im Hinblick auf den Wortlaut, wie auch auf Sinn und Zweck der Vorschrift keinesfalls zwingend, sodass nicht absehbar ist, ob sich die Rechtsprechung dieser Auffassung anschließen würde.
3. Aufgrund der erheblichen Minderung des Verkehrswertes infolge einer Festsetzung des Bebauungsplans IX-205a wäre die wirtschaftliche Unzumutbarkeit, das Grundstück behalten zu müssen, zu bejahen, da es unter Berücksichtigung der Art des Grundstücks und des Erwerbszwecks bei einem Festhalten am Grundstück für die Eigentümerin zu spürbaren, nicht nur unwesentlichen oder unbedeutenden finanziellen Verlusten kommen würde. Nach der Rechtsprechung ist eine Einzelfallbewertung vorzunehmen, wobei als Maßstab für das dem Eigentümer Zumutbare die durch die Herabzoning eintretende Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse, gemessen an seiner gesamten wirtschaftlichen Lage und den wirtschaftlichen Interessen heranzuziehen ist. In diesem Zusammenhang könnte auch der geringe Grundstückskaufpreis wertend berücksichtigt werden.
4. Die Voraussetzungen für einen Entschädigungsanspruch gemäß § 42 Abs. 2 BauGB bestehen dem Grunde nach.

5. In der vom Eigentümer vorgesehenen Wohnbebauung ist eine zulässige Nutzung zu sehen. Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit richtet sich gemäß § 30 Abs. 1 BauGB, da der Baunutzungsplan 1958/60 i.V.m. der Bauordnung 1958 (BO 58) und den förmlich festgelegten Straßen- und Baufluchtlinien nach dem Preußischen Fluchtliniengesetz als qualifizierter Bebauungsplan zu bewerten ist. Anhaltspunkte für die Funktionslosigkeit der Festsetzungen liegen nicht vor.
6. Eine planmäßige, den Festsetzungen des Baunutzungsplans i.V.m. den förmlich festgelegten Straßen- und Baufluchtlinien nach den Preußischen Fluchtliniengesetz entsprechende Erschließung des Grundstücks konnte aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten (insbes. Ausbaugrad der Forckenbeckstraße, fehlende unmittelbare Erreichbarkeit der Grundstücke durch die Böschung) nicht angenommen werden. Aufgrund des Erschließungsangebots der Eigentümerin ist für das Grundstück jedoch von einer gesicherten Erschließung auszugehen.
7. Ob die sog. „Reduktionsklausel“ gemäß § 42 Abs. 2 BauGB im vorliegenden Fall aufgrund einer gebotenen, verfassungskonformen Auslegung unanwendbar ist, braucht im Ergebnis nicht entschieden zu werden, da die Siebenjahresfrist noch nicht abgelaufen ist.

Die Rechtsprechung verlangt für die Nichtanwendbarkeit der Reduktionsklausel ein sog. „Sonderopfer“. Es ist zumindest nicht offensichtlich, dass im vorliegenden Fall ein solches Sonderopfer gegeben ist. Es erscheint jedoch nicht ausgeschlossen, dass die von der Rechtsprechung entwickelten Maßstäbe zur ausnahmsweisen Unanwendbarkeit der Reduktionsklausel im vorliegenden Fall eingreifen können. Insbesondere macht der BGH keine Einschränkungen aufgrund der Größe der betroffenen Grundstücke unter dem Gesichtspunkt, dass diese ein eigenständiges Plangebiet bilden könnten.

8. Ein Entschädigungsanspruch gemäß § 39 BauGB besteht dem Grunde nach. Die Aufstellungsbeschlüsse aus den Jahren 1984 und 2000 würden sich in einem Entschädigungsprozess voraussichtlich nicht mehr auf das schutzwürdige Vertrauen der Eigentümerin auswirken.

9. Der Anspruch auf Entschädigung durch Übernahme des Grundstücks gemäß § 40 Abs. 2 BauGB orientiert sich nach den entsprechend anzuwendenden enteignungsrechtlichen Vorschriften am Verkehrswert. Der Anspruch auf Entschädigung gemäß § 42 Abs. 2 BauGB gleicht die Minderung des Verkehrswerts infolge der Festsetzung aus.
10. Konkurrenzen: Bejaht man den Übernahmeanspruch gemäß § 40 BauGB, schließt dieser gemäß § 43 Abs. 3 Satz 1 BauGB einen Entschädigungsanspruch nach § 42 BauGB aus. Der Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen zur Vorbereitung der Bauvoranfrage aus § 39 BauGB besteht neben dem Anspruch aus § 40 oder § 42 BauGB.
11. Für die Feststellung der Entschädigungshöhe wäre als Qualitätsstichtag auf den Zeitpunkt der Festsetzung des Bebauungsplans IX-205a abzustellen.
12. Gegen die Annahme einer enteignungsrechtlichen Vorwirkung der Aufstellungsbeschlüsse aus 1986 oder 2000 sprechen vor allem der Sinn und Zweck sowie das Regel-Ausnahme-Verhältnis der §§ 93 ff. BauGB. Die Rechtsprechung des BGH zur Vorverlagerung geht ausdrücklich von einer Ausnahme aus. Die von der Rechtsprechung hergeleiteten Grundsätze und Voraussetzungen für diese Ausnahme sprechen nicht für eine Anwendung auf den vorliegenden Fall.

Entscheidend ist, ob die frühere Planungsmaßnahme mit der späteren Entziehung des Eigentums in ursächlichem Zusammenhang stand, eine hinreichende Bestimmtheit hatte und die spätere verbindliche Planung, die dann zur Enteignung führte, mit Sicherheit erwarten ließ. Dies dürfte aufgrund der ungewöhnlich langen Zeiträume und der Verfahrensabläufe nicht mehr anzunehmen sein.
13. Gegen die Annahme einer enteignungsrechtlichen Vorwirkung des Flächennutzungsplans spricht, dass die vom BGH in diesem Zusammenhang entwickelte Rechtsprechung nicht unmittelbar auf den vorliegenden Fall übertragbar ist.

14. Für die gutachterliche Bewertung einer ggf. zu leistenden Entschädigung der Höhe nach werden die vorliegenden Ausführungen zur Entschädigungshöhe daraufhin überprüft, ob zutreffende Tatsachen zugrunde gelegt wurden und die rechtlich einschlägigen Verfahren sowie Verfahrensgrundsätze angewandt wurden. Daran gemessen ist die vorliegende Stellungnahme des Gutachters *Schwenck* mit einer angenommenen Entschädigungshöhe von 31-35,9 Mio. Euro als plausibel zu bewerten.

Die überschlägige Betrachtung des (Rechts-)Gutachtens *Haaß* geht zwar im Grundsatz von zutreffenden Überlegungen aus, lässt jedoch wesentliche Kosten noch unberücksichtigt und gelangt aus diesem Grund zu der sehr viel höheren Summe von über 50 Mio. Euro.

D. Rechtliche Würdigung

I. Besteht ein Entschädigungsanspruch?

Für die Beantwortung der vom Gutachtauftrag umfassten Frage 1: „Hätte der Eigentümer im Falle der jetzigen Festsetzung des Bebauungsplans IX-205a, einen Anspruch auf Entschädigung?“, kommen insbesondere § 42 BauGB und § 40 BauGB als Anspruchsgrundlagen für einen Anspruch auf Schadensersatz oder Übernahme in Betracht.

1. Übernahmeanspruch, § 40 Abs. 2 BauGB

Der Übernahmeanspruch gemäß § 40 Abs. 2 BauGB setzt die Festsetzung einer der in § 40 Abs. 1 BauGB aufgeführten Nutzungen voraus.

a) Fremdnützige Festsetzung

aa) Ausweisung als Grünfläche

Die mit dem Bebauungsplanverfahren IX-205a beabsichtigte Festsetzung als Dauerkleingärten gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 15 BauGB wird von § 40 Abs. 1 Nr. 8 BauGB – Grünflächen – erfasst. Allerdings sieht der Bebauungsplanentwurf IX-205a die Festsetzung einer „privaten Grünfläche“ vor. Festzustellen ist daher, ob § 40 Abs. 1 Nr. 8 BauGB auch private Grünflächen erfasst oder ob hier der Tatbestand insoweit einer Einschränkung bedarf.

bb) Reduktion des Tatbestands zugunsten öffentlicher Nutzungen

In der Kommentarliteratur wird die Meinung vertreten, dass ein Übernahmeanspruch nach § 40 Abs. 2 BauGB nur hinsichtlich der Festlegung öffentlicher, nicht auch privater Grünflächen in Betracht komme.¹ Diese Einschränkung des Tatbestands hält *Finkelburg* auch hier für einschlägig, weist aber auf das Risiko einer abweichenden Rechtsprechung hin.²

¹ *Paetow*, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow, Berliner Kommentar (Stand: 06/2014), § 40 Rn. 10.

² *Finkelburg*, Gutachten vom 21.07.2011, Seite 6f.

(1) Wortlaut

Eine Einschränkung sieht der Wortlaut für § 40 Abs. 1 Nr. 8 BauGB nicht ausdrücklich vor. Die Regelung spricht lediglich von der Festsetzung als Grünfläche, ohne zu bestimmen, ob es sich um eine öffentliche Grünfläche handeln muss oder auch eine private Grünfläche erfasst ist.

(2) Systematik

Auch die systematische Auslegung verlangt nicht, die Regelung auf öffentliche Grünflächen zu beschränken.

Zwar geht aus dem systematischen Vergleich mit den Tatbestandsalternativen hervor, dass diese stets den Interessen Dritter oder der Verfolgung eines öffentlichen Zwecks dienen.³ Es ist hingegen nicht ausdrückliche Voraussetzung, dass eine öffentliche Trägerschaft vorliegt.

Der explizite Ausschluss des Übernahmeanspruchs für die Fälle der Nr. 1, 4 und 10 bis 14, in denen die Festsetzung dem Interesse oder einer rechtlichen Verpflichtung des Eigentümers dient, spricht ebenfalls gegen eine Erstreckung dieser Ausnahme auch auf den Fall der Nr. 8. Denn der Gesetzgeber hat die benannten Fälle des Katalogs offenkundig daraufhin überprüft, ob es ihrer Grundlage Fallgestaltungen gibt, in denen die aufgeführten Festsetzungen ausnahmsweise keine unverhältnismäßige Belastung des Eigentümers darstellen. Der Umstand, dass Nr. 8 nicht in dieser Ausnahmeregelung aufgenommen wurde, spricht jedenfalls gegen eine Einschränkung.

(3) Teleologie

Auch Sinn und Zweck des Übernahmeanspruchs geben keinen Anlass zu entsprechenden Einschränkungen des Gesetzeswortlauts im vorliegenden Fall.

Die über den Wortlaut hinausreichende Einschränkung wird von der Rechtsprechung in den Fällen abgelehnt, in denen die Interessenlage mit der einer eindeutig fremdnützigen Festsetzung im Ergebnis zumindest weitestgehend identisch ist. In einem in diesem Zusammenhang oft zitierten Urteil des OVG Saarlouis heißt es in den Leitsätzen zwar:

³ Hoffmann, in: Spannowsky/Uechtritz, BauGB, Stand 09/2014, § 40 Rn. 6.

„Die Bestimmung des § 40 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 BauGB bezieht sich abweichend vom Wortlaut nur auf die Festsetzung öffentlicher – nicht auch privater – Grünflächen im Verständnis des § 9 Abs. 1 Nr. 15 BauGB.“⁴

Das Gericht führt aber in den Entscheidungsgründen aus, es ließe sich mit guten Gründen vertreten, dass die Vorschrift im dort entschiedenen Fall aufgrund der weitreichenden öffentlichen Zweckbindung des als private Grünfläche ausgewiesenen Grundstücks entsprechend anwendbar sei. Die Interessenlage sei mit derjenigen bei der Festlegung einer heteronomen Nutzung als (öffentliche) Grünfläche im Ergebnis zumindest weitestgehend identisch.⁵

Der BGH führt in einem anderen Zusammenhang aus, die Gemeinde solle der Rechtsfolge des Übernahmeanspruchs nach § 40 BauGB nicht dadurch ausweichen können, dass sie die gewollte fremdnützige Festsetzung in das Gewand einer den Eigentümer scheinbar weniger belastenden Maßnahme kleide.⁶ In der Entscheidung ging es um eine als privates Ackerland ausgewiesene Fläche. Der BGH stellte fest, dass es für die Annahme einer eigentumsverdrängenden Planung nicht allein darauf ankomme, ob eine „formal fremdnützige Festsetzung im Sinne von § 40 Abs. 1 BauGB“ getroffen worden sei. Entscheidend seien vielmehr die Intention des Plangebers, die Situationsgebundenheit sowie die dem Eigentümer tatsächlich verbleibende Privatnützigkeit.

Vorliegend erscheint es unter diesem Gesichtspunkt nicht gerechtfertigt, die Festsetzung als private Dauerkleingärten mit der Festsetzung solcher privater Grünflächen gleichzusetzen, deren Nutzung zwar möglicherweise auch Gemeinwohlbelangen dient, die aber – wie z.B. private für das Landschafts- oder Ortsbild zu bewahrende Hausgärten – in erster Linie weiterhin dem Interesse der Eigentümer dienen soll.

Das OVG Berlin-Brandenburg hat zur Festsetzung von Kleingartenflächen ausgeführt, dass mit der Bereitstellung von Kleingartenland insbesondere den Freizeit- und Erholungsbedürfnissen desjenigen Teils der Bevölkerung entsprochen werde, der nicht über einen Hausgarten verfüge; sie diene danach einem Gemeinwohlbelang.⁷

Die Einschränkung der Regelung auf nur öffentliche Grünflächen erscheint somit im Hinblick auf Wortlaut, Systematik, wie auch auf Sinn und Zweck der Vorschrift keinesfalls zwingend, sodass nicht absehbar ist, ob sich die Rechtsprechung dieser Auffassung anschließen würde.

⁴ OVG Saarlouis, Urt. v. 25.06.2009 – 2 C 478/07 –, Ls. Nr. 9.

⁵ OVG Saarlouis, Urt. v. 25.06.2009 – 2 C 478/07 –, Juris Rn. 61.

⁶ BGH, Urt. v. 02.04.1992 – III ZR 25/91 –, Juris Rn. 34.

⁷ OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 29.09.2009 – 2 A 12.07 –, Ls. 5, Juris Rn. 43.

Übertragen auf den vorliegenden Fall ist festzustellen, dass die Ausweisung des gegenwärtig als allgemeines Wohngebiet festgesetzten Bereichs als private Grünfläche mit der Zweckbestimmung Dauerkleingärten der Eigentümerin zugunsten der Pächter der Kleingartenkolonie jede Bebauungsmöglichkeit nehmen würde. Es liegt somit eine Einschränkung der Eigentumsrechte vor, von der ausschließlich Dritte profitieren. Die Interessenlage ist somit nahezu identisch mit der Ausweisung einer öffentlichen Grünfläche.

Aufgrund der Diskrepanz zwischen der tatsächlich ausgewiesenen „privaten Grünfläche“ und der tatsächlich bestehenden Fremdnützigkeit der Festsetzungen weist *Scharmer* auf das Risiko eines Abwägungsfehlers mit der möglichen Unwirksamkeit des Bebauungsplans hin, sieht diesen Schluss jedoch nicht als zwingend an.⁸

Da die Prüfung der Wirksamkeit eines festgesetzten Bebauungsplans IX-205a nicht vom Gutachtenauftrag umfasst ist und sich eine Unwirksamkeit jedenfalls nicht zwingend aufdrängt, wird im Folgenden von der Wirksamkeit der in Aussicht genommenen Festsetzungen ausgegangen.

b) Wirtschaftliche Unzumutbarkeit

Weitere Voraussetzung für den Übernahmeanspruch nach § 40 Abs. 2 Nr. 1 BauGB ist die wirtschaftliche Unzumutbarkeit des weiteren Behaltens des Grundstücks oder seiner Nutzung in der bisherigen oder einer anderen zulässigen Weise.

Der Begriff der Unzumutbarkeit ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der durch die Rechtsprechung voll überprüfbar ist. Dennoch birgt er aufgrund seiner stark wertenden Komponente eine gewisse tatbestandliche Weite. Da es im Rahmen der Unzumutbarkeit um individuell spürbare Verluste geht, sind in diesem Zusammenhang grundsätzlich auch der günstige Kaufpreis sowie die Kenntnis von den Darstellungen im Flächennutzungsplan sowie den Aufstellungsbeschlüssen zu berücksichtigen. Ob eine Vermögensbeeinträchtigung, wie die Minderung des Verkehrswerts durch Herabzonung, es dem Eigentümer gemäß § 40 Abs. 2 Nr. 1 BauGB aus wirtschaftlicher Sicht unzumutbar macht, das Grundstück zu behalten, lässt sich nach der Rechtsprechung des BGH nur nach dem konkreten Sachverhalt entscheiden. Dabei ist allein auf die Person des gegenwärtigen Eigentümers und seine individuelle Vermögenslage abzustellen.

Die gesetzlichen Voraussetzungen sollen danach in der Regel vorliegen, wenn und soweit die Festsetzung im Bebauungsplan nach der Art des Grundstücks oder dem Beruf des

⁸ *Scharmer*, Gutachten vom 13.12.2013, Seite 41f.

Eigentümers bei einem Festhalten am Grundstück für diesen zu spürbaren, nicht nur unwesentlichen oder unbedeutenden finanziellen Verlusten führen kann.

Die Rechtsprechung bejahte die Unzumutbarkeit des Behaltens u.a. in Fällen des sog. Finanzierungsschadens. Mit dieser Fallgruppe werden Konstellationen erfasst, in denen der Eigentümer das Grundstück als hochwertiges Bauland oder Rohbauland erworben hat, einen entsprechend hohen Kaufpreis finanzieren musste und durch den mit der Herabzoning verbundenen Wertverlust nun „doppelt getroffen“ wird. Ihn treffen dann die Zinsbelastung und der Wertverlust besonders stark, sodass eine Unzumutbarkeit regelmäßig vorliegt.⁹

Einen solchen Finanzierungsschaden bejaht *Haaß* in seinem Gutachten mit der Begründung, die Bewirtschaftungskosten der Eigentümerin für Verwaltung und Finanzierung des Erwerbs würden die jährlichen Pachteinahmen übersteigen, sodass eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung nicht realisierbar wäre.¹⁰

Dass sich eine Weiternutzung des Grundstücks als private Grünfläche mit fremdnützigen Bindungen für einen Eigentümer als wirtschaftlich nicht sinnvoll erweist, wird sich nicht in Abrede stellen lassen. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass der mit dem Erwerb des Grundstücks verfolgte Zweck – die Entwicklung einer Wohnbebauung – entfallen ist, zum anderen durch den erheblichen Wertverlust der Liegenschaft.

Ob hierin jedoch ein von der Rechtsprechung des BGH gesehener Finanzierungsschaden vorliegen könnte, muss allerdings bezweifelt werden. Nach den vorliegenden Informationen verkaufte die Post AG das Grundstück im Rahmen eines Paketgeschäfts deutlich unter dem Marktwert für bebaubare Flächen in vergleichbarer Lage. Die Behauptung, dass sich der gezahlte Kaufpreis, der ungefähr dem marktüblichen Kaufpreis für eine als Kleingarten genutzte Grünfläche entspricht,¹¹ nicht mehr amortisieren würde, liegt jedenfalls nicht auf der Hand, wenn die Eigentümerin für das Grundstück einen Kaufpreis gezahlt hat, der dem Grundstückswert nach der zu erwartenden Herabzoning entspricht. Hier stellt sich daher die Frage, ob das Behaltenmüssen des herabgezonten Grundstücks als zumutbar zu bewerten ist, weil der gezahlte Kaufpreis so niedrig war, dass der durch die geplanten Festsetzungen eintretende Wertverlust als nicht spürbar qualifiziert werden muss. Der BGH führt aus:

„Mit der Herabzoning einer Fläche, z.B. von einem bebaubaren Grundstück zu einer Grünfläche, wird (...) vielfach eine dem Eigentümer sofort spürbar werdende Wertminderung seines Grund und Bodens verbunden sein. Doch

⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 25.11.1974 – III ZR 42/73 –, NJW 1975, 384 (385).

¹⁰ *Haaß*, Gutachten vom 02.11.2010, Seite 12.

¹¹ Vgl. *Unger*, Vermerk vom 29.09.2011, Seite 4.

mögen sich Fälle denken lassen, in denen zwar als Folge der Herabzoning eine Minderung des Verkehrswertes des Grundstücks eintritt, diese jedoch für den Eigentümer, weil er das Grundstück weder baulich nutzen noch veräußern wollte, noch beliehen hat, noch beleihen will, nicht spürbar wird.“

BGH, Urteil v. 29.04.1968 – III ZR 80/67 –, NJW 1968, 1278 (1279).

Dementsprechend könnte argumentiert werden, dass das Behaltenmüssen des Grundstücks aufgrund des geringen Kaufpreises nicht unangemessen erscheint, weil eine besondere finanzielle Belastung gerade nicht eintritt.

Teilweise wird in der Literatur vertreten, dass das Behaltenmüssen eines Grundstücks dann nicht als unzumutbar angesehen werden könne, wenn der Eigentümer sich einen zu erleidenden Wertverlust selbst zuzuschreiben habe, weil er die Liegenschaft zu einem spekulativen, über den Wert der Nutzbarkeit hinausgehenden Kaufpreis erworben habe.

Auf diese Frage geht auch *Finkelburg* ein. Er bejaht zwar eine objektive planbedingte Wertminderung, lehnt jedoch eine „subjektive Vermögensminderung“ der Eigentümerin mit Verweis auf den geringen Kaufpreis ab.¹² Diese Überlegung erscheint mit den genannten Argumenten grundsätzlich gut nachvollziehbar.

Der BGH sieht jedoch die Unzumutbarkeit des Behaltens des Grundstücks sogar bei Spekulationsgeschäften als gegeben an. Eine Art Mitverschuldensanteil gibt es nach der Rechtsprechung auch im Rahmen der Unzumutbarkeit offenbar nicht.¹³ Dass die Eigentümerin hingegen ein „gutes Geschäft“ gemacht hat, bzw. die Post AG das als allgemeines Wohngebiet festgesetzte Grundstück zu einem für Grünflächen üblichen Preis verkauft hat, wird daher nicht automatisch dazu führen können, dass die wirtschaftliche Unzumutbarkeit abgelehnt wird.¹⁴

Zu beachten ist auch, dass der gezahlte Kaufpreis nur ein Kriterium von mehreren ist, die das Gericht für die wirtschaftliche Unzumutbarkeit heranzieht. Daneben spielen insbesondere der Beruf des Eigentümers sowie der Verwendungszweck des Grundstücks eine Rolle.

Wenn aber die wirtschaftliche Unzumutbarkeit des Behaltens nicht dadurch ausgeschlossen wird, dass ein Eigentümer ein Grundstück als Bauerwartungsland zu einem spekulativen Preis in dem Bewusstsein eines laufenden Bebauungsplanverfahrens erworben hat, wird dies hier allein unter Verweis auf einen geringen Kaufpreis nicht abweichend zu bewerten sein. Denn beiden Fällen ist jedenfalls gemein, dass nicht nur ein planbedingter Vermögensverlust eingetreten ist, sondern, dass der Eigentümer das Grundstück erworben

¹² *Finkelburg*, Gutachten vom 16.06.2014, Seite 11f.

¹³ Vgl. BGH, Urt. v. 25.11.1974 – III ZR 42/73 –, NJW 1975, 384 (385).

¹⁴ Vgl. *Breuer*, in: Schrödter, BauGB, 7. Aufl. 2006, § 40 Rn. 22.

hat, um es als Bauland zu nutzen, was nun ausgeschlossen werden soll. Die Unzumutbarkeit des Behaltens aufgrund eines finanziellen Verlusts nimmt der BGH auch in Fällen an, in denen ein Grundstück ersichtlich für bauliche Zwecke erworben wurde und eine Herabzonung der Fläche praktisch auf „null“ dem Eigentümer jede wirtschaftlich sinnvolle Verwendungsmöglichkeit nimmt.¹⁵

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass von der Unzumutbarkeit auszugehen sein wird: Die gegenwärtige Eigentümerin hat das Grundstück – soweit ersichtlich unstrittig – nicht zur dauerhaften Fortführung der Verpachtung einer faktischen Kleingartenfläche erworben. Nach den bislang unwidersprochenen Ausführungen von *Haaß* erfolgt die Verpachtung gegenwärtig auch nicht kostendeckend.¹⁶ Ausschlaggebend für den Erwerb der Flächen, die Bestandteil eines größeren Immobilien-Portfolios der Deutschen Post AG waren, dürfte bei lebensnaher Betrachtung – neben der Einbindung in das „Verkaufspaket“ – jedenfalls auch die bauliche Verwertbarkeit der Flächen nach dem bestehenden Planungsrecht gewesen sein.

c) Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass ein Übernahmeanspruch grundsätzlich bestehen wird, soweit die Rechtsprechung nicht ebenfalls eine Einschränkung des Tatbestandes auf öffentliche Grünflächen vornimmt.

d) Rechtsfolge

Liegen die Voraussetzungen für die Entschädigung durch Übernahme des Grundstücks vor, ist vorrangig zu prüfen, ob eine Einigung über den Kauf zustande kommt. Wenn eine Einigung nicht erzielt wird, kann der Eigentümer die Entziehung des Eigentums verlangen. Dies erfolgt dann nach Enteignungsrecht: Gemäß § 43 Abs. 1 Satz 3 BauGB finden auf die Entziehung des Eigentums die Vorschriften über die Enteignung im 5. Teil des 1. Kapitels (§§ 93 BauGB ff) entsprechende Anwendung. Dementsprechend bemisst sich die zu leistende Entschädigung gemäß § 95 Abs. 1 Satz 1 BauGB, § 194 BauGB nach dem *Verkehrswert* des zu enteignenden Grundstücks.

Gemäß § 43 Abs. 3 Satz 1 BauGB sind in Fällen des § 40 BauGB solche planbedingten Wertminderungen nicht zu berücksichtigen, die bei Anwendung des § 42 BauGB nicht zu entschädigen wären. Diese Regelung harmonisiert für die Tatbestände des Planungsscha-

¹⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 25.11.1974 – III ZR 59/73 –, Juris Rn. 41ff.

¹⁶ *Haaß*, Gutachten vom 02.11.2010, S. 12.

densrechts die Bemessung der Entschädigung. Aus Gründen der Gleichbehandlung sind Wertminderungen, die in den Fällen des § 42 BauGB nicht zu entschädigen wären, auch in den Fällen der §§ 40, 41 BauGB nicht zu berücksichtigen, um somit die siebenjährige Plangewährleistungsfrist in § 42 Abs. 2 BauGB einheitlich anzuwenden.

Das Vorliegen der Voraussetzungen des § 42 BauGB ist somit unabhängig davon, ob der Übernahmeanspruch gemäß § 40 BauGB bejaht wird und dieser den Anspruch nach § 42 Abs. 2 BauGB als formell subsidiär sperrt oder nicht, zu prüfen.

2. Entschädigungsanspruch aus § 42 BauGB

§ 42 BauGB regelt eine planungsschadensrechtliche Entschädigung für Vermögensnachteile, die aufgrund eines planungsrechtlichen Eingriffs in die bisher zulässige Nutzung eines Grundstücks bewirkt wird.

a) Bisher zulässige Nutzung

Die bisherige bauliche oder sonstige Nutzung eines Grundstücks ist zulässig, wenn auf ihre Ausübung oder Verwirklichung ein Anspruch nach einem der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeitstatbestände (§§ 30, 34, 35 oder 33 BauGB) besteht, insbesondere also auch die Erschließung gesichert ist.¹⁷

Für die städtebaurechtliche Zulässigkeit sind in Gebieten nach § 30 Abs. 1 BauGB die Festsetzungen eines qualifizierten Bebauungsplans allein maßgebend. Nach § 30 Abs. 1 BauGB ist im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, der allein oder gemeinsam mit sonstigen baurechtlichen Vorschriften mindestens Festsetzungen über die Art und das Maß der baulichen Nutzung, die überbaubaren Grundstücksflächen und die örtlichen Verkehrsflächen enthält, ein Vorhaben zulässig, wenn es diesen Festsetzungen nicht widerspricht und die Erschließung gesichert ist.

aa) Anwendbarkeit des § 30 Abs. 1 BauGB

Für die Anwendbarkeit des § 30 Abs. 1 BauGB ist damit entscheidend, ob das Vorhaben im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplans liegt.

¹⁷ *Runkel*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: 07/2014, § 42 Rn. 1.

(1) Qualifizierter Bebauungsplan

Das Vorhaben liegt im Geltungsbereich des Baunutzungsplans vom 11.03.1958 in der Fassung vom 28.12.1960. An der Forckenbeckstraße 64-75 wurden gemäß dem Preußischen Fluchtliniengesetz von 1875 am 27.12.1904 Straßen- und Baufluchtlinien förmlich festgesetzt.

Gemäß § 173 Abs. 3 BBauG 1964 gelten der Baunutzungsplan hinsichtlich der hier vorliegenden Festsetzungen sowie die festgesetzten Straßen- und Baufluchtlinien als Bebauungsplan fort.¹⁸ Die Festsetzungen des Baunutzungsplans 1958/60 ergeben sich in Verbindung mit der Bauordnung für Berlin von 1958 (BO 58), indem der Baunutzungsplan für ein bestimmtes Gebiet eine Baustufe festsetzt und die BO 58 die daran knüpfenden konkreten Festsetzungen bestimmt bzw. konkretisiert. Der Baunutzungsplan enthält mit den planungsrechtlichen Vorschriften der BO 58 Festsetzungen über die Art und das Maß der baulichen Nutzung (vgl. § 7 Nr. 4-16 BO 58) sowie Festsetzungen zu den überbaubaren Grundstücksflächen (vgl. § 8 Nr. 1 u. 2 BO 58). Die übergeleiteten f.f. Straßen- und Baufluchtlinien des Preußischen Fluchtliniengesetzes treffen schließlich auch Festsetzungen zu örtlichen Verkehrsflächen.¹⁹

Der übergeleitete Baunutzungsplan stellt im Zusammenhang mit den förmlich festgesetzten Straßen- und Baufluchtlinien hier grundsätzlich einen qualifizierten Bebauungsplan dar, sodass sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben nach § 30 Abs. 1 BauGB richtet.²⁰

(2) Keine Funktionslosigkeit einzelner Festsetzungen

Die Festsetzungen des Baunutzungsplans i.V.m. der BO 58 sowie die förmlich festgesetzten Baufluchtlinien dürfen nicht funktionslos geworden sein.

Eine bauplanerische Festsetzung tritt wegen Funktionslosigkeit außer Kraft, wenn und soweit die Verhältnisse, auf die sie sich bezieht, in der tatsächlichen Entwicklung einen Zustand erreicht haben, der eine Verwirklichung der Festsetzung auf unabsehbare Zeit ausschließt und die Erkennbarkeit dieser Tatsache einen Grad erreicht hat, der einem etwa dennoch in die Fortgeltung der Festsetzung gesetzten Vertrauen die Schutzwürdigkeit nimmt.²¹

¹⁸ BVerwG, Beschl. v. 16.12.2003 – 4 B 105/03 –, ZfBR 2004, 383 (383).

¹⁹ OVG Berlin, Urt. v. 31.03.1992 – 2 A 9.88 –, Juris Rn. 33.

²⁰ VG Berlin, Urt. v. 06.05.2009 – 19 A 91/07 –, Juris Rn. 24; von *Feldmann/Knuth*, Berliner Planungsrecht, 3. Aufl. 1998, Rn. 45; *Dageförde* in: *Wilke/Dageförde/Knuth/Meyer/Broy-Bülow*, Bauordnung für Berlin, 6. Aufl. 2008, Anhang Rn. 13.

²¹ Grdl. BVerwG, Urt. v. 29.04.1977 – IV C 39/75 –, BVerwGE 54, 5 = NJW 1977, 2325 (2326); ferner z.B.: Urt. v. 05.08.1983 – 4 C 96.79 –, BVerwGE 67, 334 = NJW 1984, 138; Urt. v. 03.08.1990 – 7 C 41-43.89 –, BVerwGE 85, 273 = NJW 1991, 310 (312);

Zu beachten ist jedoch, dass sich aus einer vom Planinhalt abweichenden Bebauung aus der Zeit vor dem Inkrafttreten der Festsetzungen für deren Funktionslosigkeit nichts herleiten lässt. Es kommt vielmehr auf die Entwicklung nach dem Inkrafttreten der Festsetzungen an. Dem Plangeber ist es nicht verwehrt, Ortsteile zu überplanen, die bereits bebaut sind und so eine vorhandene Bebauung auf längere Sicht zu verändern. Er ist nicht darauf beschränkt, den vorgefundenen Baubestand festzuschreiben. Erst wenn sich das Plangebiet oder Teile davon abweichend von den Festsetzungen des Bebauungsplans baulich weiterentwickeln, kann die Schutzwürdigkeit des Vertrauens in die Geltung der planerischen Festsetzung verloren gehen. Deshalb trägt nicht bereits ein planwidriger Altbestand, sondern erst die Fortführung einer dem neuen Plan widersprechenden Bebauung zu dessen Funktionslosigkeit bei, wenn diese einen Zustand erreicht hat, dass mit einer Realisierung des Plans nicht mehr gerechnet werden kann.²²

Wie bereits oben festgestellt wurde, existiert die kleingärtnerische Nutzung der Grundstücke seit 1904. Die von dem Planinhalt abweichende Nutzung stammt demnach aus der Zeit vor dem Inkrafttreten der Festsetzungen des Baunutzungsplans. Der alleinige Umstand, dass die Grundstücke gegenwärtig weiter als Kleingärten genutzt werden, führt nach den oben dargestellten Anforderungen der Rechtsprechung nicht zur Funktionslosigkeit der Festsetzung allgemeines Wohngebiet. Der Plangeber musste nicht den vorgefundenen Baubestand bzw. Dauerkleingärten mit entsprechenden Nebenanlagen festschreiben. Er durfte vielmehr das zukünftig Zulässige neu regeln. Die Festsetzung ist auch nicht wegen eines längeren Zeitablaufs funktionslos geworden. Zu beachten ist auch in diesem Zusammenhang, dass nach der Festsetzung des Baunutzungsplans auf den Grundstücken im Wesentlichen keine bauliche²³, sondern eine gärtnerische Nutzung stattgefunden hat. Die tatsächliche Entwicklung der Grundstücke schließt damit die Verwirklichung der Festsetzung des Baunutzungsplans nicht aus, sodass auch das Vertrauen in die Fortgeltung der Festsetzungen weiterhin schutzwürdig ist.

Auch die durch die f.f. Straßen- und Baufluchtlinien getroffenen Festsetzungen der öffentlichen Verkehrsflächen dürfen nicht funktionslos geworden sein. Die oben genannten Anforderungen an eine Funktionslosigkeit von bauplanerischen Festsetzungen sind auf die Festsetzung örtlicher Verkehrsflächen durch f.f. Straßen- und Baufluchtlinien entsprechend anzuwenden.²⁴ Maßgeblich ist damit auch insoweit die abweichende Entwicklung der tatsächlichen Verhältnisse.

Urt. v. 17.06.1993 – 4 C 7.91 –, NVwZ 1994, 281; Beschl. v. 06.06.1997 – 4 NB 6.97 –, NVwZ-RR 1998, 415 (416); Urt. v. 03.12.1998 – 4 CN 3.97 –, NVwZ 1999, 986 (987); Urt. v. 28.04.2004 – 4 C 10.03 –, BauR 2004, 1567 (1568).

²² OVG Berlin, Urt. v. 06.09.2002 – 2 A 13/99 –, Juris Rn. 28.

²³ BVerwG, Urt. v. 17.02.1984 – 4 C 55/81 –, Juris Rn. 12 zu Gartenlauben als „Nebenanlagen“ einer gärtnerischen Nutzung.

²⁴ OVG Berlin, Urt. v. 06.09.1994 – 2 S 14/94 –, Juris Rn. 20.

Für eine abweichende Entwicklung der tatsächlichen Verhältnisse könnte sprechen, dass die Forckenbeckstraße in ihrem gegenwärtigen Ausbauzustand hinter der ursprünglich durch die Fluchtlinien vorgesehenen Dimensionierung zurückblieb und schmaler hergestellt wurde. So liegt die südliche Fluchtlinie hinter der zu den Kleingärten ansteigenden Böschung. Allerdings steht der in dieser Weise veränderte und reduzierte Ausbau des Straßenkörpers der Verwirklichung der festgestellten Fluchtlinien nicht entgegen. So kann beispielsweise die Böschung abgetragen, die Forckenbeckstraße auf die ursprünglich festgesetzte Breite ausgebaut und im Falle einer Bebauung der Grundstücke die durch Fluchtlinien festgelegten Erschließungsstraßen errichtet werden.

Damit sind auch die festgesetzten Fluchtlinien nicht als funktionslos anzusehen.

bb) Übereinstimmung des Vorhabens mit den Festsetzungen

Ein zulässiges Vorhaben darf gemäß § 30 Abs. 1 BauGB den Festsetzungen des qualifizierten Bebauungsplans, hier dem Baunutzungsplan 1958/1960 i.V.m. den f.f. Straßen- und Baufluchtlinien, nicht widersprechen.

Der Baunutzungsplan vom 11.03.1958 in der Fassung vom 28.12.1960 weist die Grundstücke Forckenbeckstraße 64-75 als allgemeines Wohngebiet der Baustufe III/3 aus. Zulässig im Hinblick auf die Art der baulichen Nutzung sind damit Wohngebäude; Ladengeschäfte sowie gewerbliche Kleinbetriebe und Gaststätten, wenn sie keine Nachteile oder Belästigungen für die nähere Umgebung verursachen können, und Fremdenheime (vgl. § 7 Nr. 8 BO 58). Hinsichtlich des Maßes der baulichen Nutzung sind in einem allgemeinen Wohngebiet der Baustufe III/3 drei Geschosse zulässig. Die bebaubare Fläche beträgt 0,3; die Geschossflächenzahl 0,9; die Baumassenzahl 3,6.

Durch den sog. A-Bebauungsplan IX-A vom 09.07.1971 (GVBl. S. 1230), wurden die übergeleiteten Planfestsetzungen hinsichtlich der Ermittlung des Maßes der baulichen Nutzung an die Regelungen der seit 1968 geltenden BauNVO (BGBl. I S. 1237, ber. BGBl. 1969 I S. 11) angepasst.²⁵

Für die überbaubare Grundstücksfläche bestimmt § 8 Nr. 1 lit. a BO 58, dass die größte Bebauungstiefe, gerechnet von der straßenseitigen zwingenden Baulinie, Baugrenze oder Baufluchtlinie, im allgemeinen Wohngebiet bei offener Bauweise 20 m und bei geschlossener Bauweise 13 m beträgt. Für die Baustufe III/3 gilt nach § 7 Nr. 16 BO 58 die geschlossene Bauweise. Folglich sind die Grundstücke bis zu einer Tiefe von 13 m bebaubar. Das Vorhaben ist auch insoweit zulässig, wenn es diese Grenze nicht

überschreitet. Das Vorhaben ist schließlich in geschlossener Bauweise zu errichten (§ 7 Nr. 16 BO 58).

Ein Vorhaben, das sich innerhalb dieses Rahmens hält, ist auf den Grundstücken Forckenbeckstraße 64-75 planungsrechtlich zulässig. Davon wird im vorliegenden Fall auszugehen sein.²⁶

cc) Keine Einschränkungen durch Aufstellungsbeschlüsse

Aus den Aufstellungsbeschlüssen aus den Jahren 1986 und 2000 ergeben sich keine Einschränkungen hinsichtlich des Zulässigkeitsrahmens, solange keine Plansicherungsinstrumente (Veränderungssperre, Zurückstellung) eingesetzt werden.

Groth weist hinsichtlich der Entschädigungsregelung des § 42 BauGB darauf hin, dass § 42 Abs. 5 BauGB leer liefe, wenn ein Aufstellungsbeschluss planschadensrechtlich als Einschränkung der bisher zulässigen Nutzbarkeit bewertet werden könnte.²⁷

Insofern ist festzuhalten, dass auch die Aufstellungsbeschlüsse aus dem Jahr 1986 sowie aus dem Jahr 2000 die planungsrechtliche Zulässigkeit einer Wohnnutzung bislang nicht ausgeschlossen haben.

dd) Gesicherte Erschließung

Eine zulässige Nutzung im Sinne von § 30 Abs. 1 BauGB setzt stets auch eine gesicherte Erschließung voraus, d.h. nach allgemeiner Auffassung den Anschluss des Baugrundstücks durch Straßen, Wege oder Plätze sowie die Ver- und Entsorgungsleitungen für Elektrizität, Wasser und Abwasser.²⁸

Der Begriff der Erschließung ist gesetzlich nicht definiert. Nach der Rechtsprechung richten sich die konkreten Anforderungen an die erforderlichen Erschließungsanlagen grundsätzlich nach dem jeweiligen Vorhaben.²⁹

Für die verkehrsmäßige Erschließung wird verlangt, dass das Baugrundstück einen gesicherten Zugang zu einer öffentlichen Straße hat, die eine Zufahrt von Kraftfahrzeugen einschließlich öffentlicher Versorgungsfahrzeuge grundsätzlich erlaubt. Die Straße muss dabei in der Lage sein, den von der Nutzung der baulichen Anlage ausgehenden zusätzlichen

²⁵ Vgl. *Korbmacher*, in: Dürr/Korbmacher, Baurecht für Berlin, 2. Aufl. 2001, Rn. 192; v. *Feldmann*, in: v. Feldmann/Knuth, Berliner Planungsrecht, 3. Aufl. 1998, Rn. 60.

²⁶ So auch *Finkelnburg*, Gutachten vom 16.06.2014, Seite 5; VG Berlin, Urt. v. 09.05.2014 – 19 K 177/12 –, UA Seite 14 ff.

²⁷ *Groth*, Gutachten vom 17.06.2009, Seite 11.

²⁸ VGH München, Urt. v. 29.09.1982 – 4 N 80 A.2156 –, BRS 39, Nr. 118.

²⁹ BVerwG, Urt. v. 30.08.1985 – 4 C 48/81 –, NVwZ 1986, 38 (38).

Verkehr ohne Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit oder des Straßenzustands aufzunehmen.

Zusätzlich ist für den Umfang der notwendigen Erschließungsanlage maßgebend, ob es sich um ein Vorhaben handelt, das – wie hier – im beplanten Innenbereich liegt. Liegt ein Bebauungsplan vor, der Festsetzungen zu den Verkehrsflächen trifft, richten sich die Anforderungen an eine ausreichende Erschließung nach der Rechtsprechung grundsätzlich nur nach diesen Festsetzungen.

(1) Planmäßige Erschließung

Im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplans bilden die Festsetzungen für die Erschließungsanlagen den Maßstab für die Beurteilung, ob die Erschließung eines Grundstücks gesichert ist oder nicht.³⁰

D.h., dass von den Festsetzungen des Bebauungsplans abweichende Erschließungsvarianten nicht zur plangemäßen Erschließung führen können.³¹

Setzt ein Bebauungsplan für die Erschließung bestimmter Grundstücksbereiche eine bestimmte Straßenführung fest – wie hier die f.f. Straßenfluchtlinien nach dem Preußischen Fluchtliniengesetz –, fehlt es somit an der gesicherten Erschließung, wenn eine Erschließung nur über eine davon abweichende Erschließungsvariante gegeben ist.³²

Die plangemäße Erschließung als Maßstab für die gesicherte Erschließung setzt entsprechend wirksame Festsetzungen voraus; sie dürfen nicht funktionslos geworden sein.³³

Die übergeleiteten f.f. Straßenfluchtlinien setzen im Norden der als Kleingartenanlage genutzten Grundstücke eine in Ost-West-Richtung verlaufende Straße (Forckenbeckstraße) fest, von der aus mehrere Straßen in Richtung Süden abzweigen und auf diese Weise aus dem gesamten Areal drei große Blöcke bilden.

Zur Feststellung, ob eine plangemäße bzw. wenigstens eine teilweise plangemäße Erschließung gegeben ist, ist zwischen den verschiedenen Grundstücksbereichen zu differenzieren:

Während für die im Inneren des Grundstücks gelegenen Flächen keine Straßen vorhanden sind und somit offensichtlich keine planmäßige Erschließung vorliegt, ist es für die unmittelbar am öffentlichen Straßenland gelegenen Grundstücksbereiche, insbesondere für den Bereich entlang der Forckenbeckstraße zumindest denkbar, dass bereits vor dem Erschließungsangebot durch die Eigentümerin eine gesicherte Erschließung gegeben war. In diesem

³⁰ BVerwG, Urt. v. 17.06.1993 – 4 C 7.91 –, BRS 55 Nr. 34; Urt. v. 21.02.1986 – 4 C 10.83 –, BauR 1986, 305 (306).

³¹ BVerwG, Urt. v. 21.02.1986 – 4 C 10.83 –, BauR 1986, 305 (306).

³² Vgl. BVerwG, Urt. v. 21.02.1986 – 4 C 10.83 –, BauR 1986, 305 (306).

Fall wäre für diese Teilbereiche die Siebenjahresfrist gemäß § 42 Abs. 2 BauGB bereits abgelaufen, weil die zulässige Nutzung länger als sieben Jahre bestand.

(2) Planmäßige Erschließung durch Forckenbeckstraße

Eine planmäßige Erschließung könnte für den Bereich der gemäß § 8 Nr. 1 BO 58 festgesetzten Bebauungstiefe von 13 m entlang der Forckenbeckstraße angenommen werden, wenn die Straße den f.f. Straßenfluchtlinien entspräche. Bei der hier zugrunde zu legenden Grundflächenzahl (GRZ) von 0,3 wäre die dreifache Tiefe der Bebauungstiefe als erschlossenes Bauland zu qualifizieren.

Zunächst ist festzustellen, dass der als Fahrbahn ausgebaute Teil der Forckenbeckstraße hinter den Festsetzungen der Straßenfluchtlinien zurückbleibt, d.h. schmaler ist, als planmäßig vorgesehen. Die funktionale Aufteilung in Straßenfläche, Geh- und ggf. Radweg sowie sonstige Teilanlagen der Erschließung, wie Straßenbegleitgrün, Gewegunterstreifen, Pkw-Stellflächen usw. wird jedoch von den Straßenfluchtlinien nicht vorgenommen, so dass die schmalere Fahrbahn noch nicht zwingend den Schluss auf eine nicht planmäßigen Erschließung zulässt.

Zwischen der ausgebauten Fahrbahn und dem Grundstück verläuft ein Geländeversprung an dessen Sockel die Straße und auf dessen Oberkante ein Gehweg verläuft.

Für die unmittelbar an die Forckenbeckstraße angrenzenden Teilbereiche der Kleingartenanlage geht *Groth* davon aus, dass diese aufgrund der bestehenden Geländetopographie nicht als erschlossen bewertet werden können.³⁴

Dieser Auffassung hat sich mit eingehender Begründung auch *Scharmer* angeschlossen.³⁵ Er begründet dies zum einen damit, dass die Böschung auch in den Bereichen bestehe, in denen die Straßenfluchtlinien die Einmündungsbereiche der Querstraßen festsetzen. Zum anderen wird darauf verwiesen, dass bei einer Erschließungsanlage ohne Gehwege, die ausgebauten Straße bis an die Grundstücksgrenze gebaut sein müsse.

Scharmer geht dabei auch der Frage nach, ob der Eigentümer auf eigene Initiative und ohne Zustimmung oder Genehmigung der Bezirksverwaltung eine Zuwegung auf der ausgewiesenen, aber noch nicht hergestellten öffentlichen Straßenfläche herstellen dürfe. Offen bleibt dabei, warum die Grundstückzufahrten, sollte auf Ihre Anlegung ein Anspruch des Eigentümers als Anlieger bestanden haben, ohne Zustimmung der Bezirksverwaltung, also gewissermaßen in verbotener Eigenmacht hätten angelegt werden sollen. Die Anlage einer

³³ Vgl. OVG Münster, Urt. v. 18.02.2010 – 10 A 2472/08 –, BRS 76 Nr. 140.

³⁴ *Groth*, Gutachten vom 17.06.2009, Seite 16.

³⁵ *Scharmer*, Gutachten vom 13.12.2013, Seite 17f.

Grundstückszufahrt über Flächen im öffentlichen Eigentum ist allein durch erhöhten baulichen Aufwand nicht grundsätzlich als unmöglich oder unzumutbar zu bewerten.

In diesem Zusammenhang ist grundsätzlich zu beachten, dass die Rechtsprechung schon eine hinter den Festsetzungen zurückbleibende verkehrsmäßige Erschließung als ausreichend anerkannt hat. Bei der Überplanung bereits in Teilen bebauter Gebiete mit vorhandenen Straßen können abweichend von den Festsetzungen über Erschließungsanlagen diese in Bezug auf die wege- bzw. straßenmäßige Erschließung ausreichend sein. Voraussetzung ist, dass die Nutzung der vorhandenen Straße als Erschließungsanlage den Festsetzungen des Bebauungsplans nicht widerspricht oder seine Verwirklichung erschwert und im Übrigen die allgemeinen Anforderungen an die straßenmäßige Erschließung erfüllt.³⁶

Trotz sehr genauer Betrachtung der Erschließungsproblematik geht *Scharmer* auf diese Rechtsprechung nicht ein.

In der zitierten Entscheidung wurde die Erschließung bejaht, obwohl die vorhandene Straße um ca. 3 m hinter den Festsetzungen des Bebauungsplans zurückblieb:

„Zwar trifft zu, dass dem Erfordernis einer i. S. d. § 30 BauGB gesicherten Erschließung grundsätzlich nur durch eine bebauungsplangemäße Erschließung Rechnung getragen wird, da die Erschließung (auch) den Zweck verfolgt, zu einer insgesamt geordneten städtebaulichen Entwicklung beizutragen (vgl. BVerwG vom 21.2.1986, NVwZ 1986, 646; vom 17.6.1993, NVwZ 1994, 281; vom 16.12.1993, BayVBl. 1994, 348). Davon wird jedoch abgewichen, wenn bereits vorhandene Straßen, die hinter den Festsetzungen des Bebauungsplans zurückbleiben, tatsächlich zur Erschließung ausreichen und der Verwirklichung der von der Gemeinde geplanten Erschließung nicht im Wege stehen (vgl. BayVGH vom 8.6.1994, 26 CS 94.954; Löhr, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 4. Aufl. 1994, Rdnr. 15 zu § 30).“

Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Im vorliegenden Fall wäre somit zu prüfen, ob die Forckenbeckstraße bereits zum Zeitpunkt der Festsetzung des Baunutzungsplans bzw. der f.f. Straßenfluchtlinien bestand und ob sie den von der Rechtsprechung beschriebenen Anforderungen entspricht. Würde dieser Argumentation nicht gefolgt, käme man zu dem Ergebnis, dass aufgrund des Zurückbleibens der Forckenbeckstraße hinter den Festsetzungen auch für die Teilbereiche entlang der Forckenbeckstraße keine planmäßige Erschließung gegeben ist.

³⁶ VGH München, Beschl. v. 18.07.1995 – 2 CS 95.1918 –, BRS 57 Nr. 85; *Mitschang*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 30 Rn. 20; *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: 07/2014, § 30 Rn. 46.

Die Rechtsprechung fordert für die wege- bzw. straßenmäßige Erschließung, dass das Baugrundstück einen gesicherten Zugang zu einer öffentlichen Straße hat, die eine Zufahrt von Kraftfahrzeugen einschließlich öffentlicher Versorgungsfahrzeuge grundsätzlich erlaubt. Die Straße muss dabei in der Lage sein, den von der Nutzung der baulichen Anlage ausgehenden zusätzlichen Verkehr ohne Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit oder des Straßenzustands aufzunehmen.³⁷

Es erscheint zwar eher unproblematisch, dass die Forckenbeckstraße den durch eine Randbebauung entstehenden Verkehr die erforderlichen Kapazitäten hat. Problematisch ist hier jedoch, dass die Grundstücksgrenze gerade nicht an die ausgebaute Verkehrsfläche, sondern an den Gehweg oberhalb der Böschung angrenzt, der in seinem gegenwärtigen Ausbaustand eine unmittelbare Zufahrt nicht erlaubt.

Bei Wohngebäuden sieht es die Rechtsprechung zwar als ausreichend an, dass das Grundstück nur von Personenwagen und Kleintransportern angefahren werden kann. Für Großfahrzeuge wie Krankenwagen, Feuerwehr oder Müllabfuhr braucht hingegen nur eine Zufahrtsmöglichkeit bis zur Höhe des jeweiligen Grundstücks vorhanden zu sein, so dass man von dort mit kleineren Fahrzeugen bzw. zu Fuß zu dem Grundstück gelangen kann.³⁸

In der zitierten Entscheidung konkretisierte das Bundesverwaltungsgericht das Erfordernis des Heranfahrenkönnens an ein Grundstück. Das Gericht führt im Einzelnen aus: Die Erreichbarkeit sei auch gegeben,

„wenn zwischen der Fahrbahn und dem Grundstück noch ein zur öffentlichen Straße gehörender Streifen von ortsüblicher Breite liegt. Eine für das bebauungs- und in der Folge das erschließungsbeitragsrechtliche Erschlossensein hinreichende Erreichbarkeit in Gestalt der Möglichkeit, an ein Anliegergrundstück heranzufahren, ist folglich auch dann gegeben, wenn dieses Grundstück von der Fahrbahn durch einen zu dieser öffentlichen Straße gehörenden Gehweg und/oder Radweg getrennt ist, es sei denn, die Überwindung des dadurch bedingten Zwischenraums stellt sich im Einzelfall als unzumutbar dar.“

Dass die Böschung und der Gehweg grundsätzlich auch zur öffentlichen Straße gehören, wird vorliegend aufgrund von § 2 Abs. 2 Nr. 1a) Nr. 1b) BerlStrG bejaht. Danach gehört zur öffentlichen Straße der Straßenkörper, zu dem u.a. auch Böschungen zählen. Öffentliche Straßen im Sinne der Vorschrift sind gemäß § 2 Abs. 1 BerlStrG Straßen, Wege und Plätze, die dem öffentlichen Verkehr gewidmet sind.

³⁷ BVerwG, Urt. v. 28.10.1981 – 8 C 4.81 –, BVerwGE 64, 186 (195).

³⁸ BVerwG, Urt. v. 01.03.1991 – 8 C 59/89 –, BVerwGE 88, 71 (78).

Soweit ein Heranfahrenkönnen durch Personen- und kleinere Versorgungsfahrzeuge für die Bebaubarkeit genügen soll, erscheint es jedoch im vorliegenden Fall zum einen zweifelhaft, ob der Böschungsbereich noch als ortsübliche Breite angesehen werden kann und ob aufgrund des Geländeversprungs noch eine zumutbare Erreichbarkeit gegeben ist.

Dies ist eine Einzelfallbewertung, die ggf. vom Gericht zu treffen wäre und hier nicht mit hinreichender Sicherheit antizipiert werden kann.

Für eine zumutbare Erreichbarkeit und damit für die Erschließung des Randbereichs entlang der Forckenbeckstraße spricht, dass in regelmäßigen Abständen Treppen in die Böschung gelassen wurden. Die Erreichbarkeit über eine zu diesem Zweck bestimmte Einrichtung liegt damit vor. Auch ist es in anderen Regionen der Bundesrepublik Deutschland aufgrund anderer topographischer Gegebenheiten nicht unüblich, dass keine durchgehende Ebenerdigkeit aller parallel verlaufenden Teileinrichtungen einer Erschließungsanlage vorhanden ist.

Gegen eine zumutbare Erreichbarkeit spricht hingegen, dass der Höhenunterschied zwischen dem Geländeniveau der Straße und dem Geländeniveau der Grundstücke teilweise mehr als 2 m beträgt und somit als erheblich zu bezeichnen ist.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass das VG Berlin in seiner Entscheidung vom 09.05.2014 davon ausgegangen ist, dass bis zum Zeitpunkt des Erschließungsangebots keine gesicherte Erschließung bestand.³⁹ Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass auch die Rechtsprechung eher nicht zu einer zumutbaren Erreichbarkeit tendieren würde. Im Rahmen einer Risikoermittlung sollte deshalb davon ausgegangen werden, dass die zu untersuchenden Grundstücke auch in ihrem Randbereich an der Forckenbeckstraße noch nicht als erschlossen anzusehen sind.

(3) Erschließungsangebot

Geht man – wie hier unterstellt – davon aus, dass eine gesicherte Erschließung auch für die an der Forckenbeckstraße gelegenen Grundstücksteile noch nicht gegeben ist, stellt sich die Frage, ob durch das Erschließungsangebot der Eigentümerin, das sie im Zusammenhang mit der Einreichung des Bauvoranfrage einreichte, von einer gesicherten Erschließung auszugehen ist.

Grundsätzlich gilt, dass gemäß § 123 Abs. 3 BauGB kein Anspruch auf eine Erschließung besteht. Es besteht vielmehr eine allgemeine Erschließungspflicht der Gemeinde.

³⁹VG Berlin, Urt. v. 09.05.2014 – 19 K 177/12 –, UA Seite 21.

Diese kann sich jedoch nach der Rechtsprechung durch die Erteilung von Baugenehmigungen, die Erhebung von Vorausleistungen oder durch ein substantiiertes Erschließungsangebot des Eigentümers verdichten.⁴⁰

Gemäß § 124 BauGB ist die Gemeinde verpflichtet, die Erschließung durchzuführen, wenn sie einen Bebauungsplan im Sinne des § 30 Absatz 1 erlassen hat und ein zumutbares Angebot zum Abschluss eines städtebaulichen Vertrags über die Erschließung ablehnt. Für die Gemeinde entsteht durch das Erschließungsangebot zwar kein Kontrahierungszwang, sie wird aber mittelbar angehalten, eine Erschließung zügig umzusetzen.⁴¹ Ausreichend ist also nicht jedes beliebige Erschließungsangebot, sondern nur ein zumutbares.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sind Erschließungsangebote zumutbar, wenn erwartet werden kann, dass der Bauherr zur regelgerechten Erschließung von seiner organisatorischen Struktur und Finanzkraft her in der Lage ist. Dabei muss das Angebot so konkret sein, dass es auf seine Eignung überprüft werden kann, einen Zustand herbeizuführen, der die gleiche Gewähr der Verlässlichkeit bietet, als wenn das Baugrundstück bereits erschlossen wäre. Als unzumutbar werden Angebote insbesondere angesehen, „die aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht ausreichend verlässlich sind, die sich also gar nicht eignen, die Erschließung wahrhaft zu sichern, d.h. einen Zustand herbeizuführen, der in seiner Verlässlichkeit die fehlende Erschließung gleichsam ersetzt“.⁴²

Ohne entsprechende Nachweise aus Rechtsprechung oder Literatur aufzuzeigen geht *Groth* von einer Unzumutbarkeit der Annahme von Erschließungsangeboten aus, weil nach entgegenstehenden Aufstellungsbeschlüssen ein längerer Zeitraum verstrichen ist.⁴³

Finkelnburg sieht die grundsätzliche Möglichkeit eines zumutbaren Erschließungsangebots, das nach seiner Schlussfolgerung zur Annahme der gesicherten Erschließung führe⁴⁴ und verweist darauf, dass allein eine beabsichtigte neue Planung nicht die Unzumutbarkeit begründen könne.⁴⁵ Hinsichtlich konkreter Angaben, welche Anforderungen aus seiner Sicht für eine gesicherte Erschließung vorliegen müssen, hält sich das Gutachten jedoch zurück.

Demgegenüber geht *Haaß* davon aus, dass eine Erschließungspflicht nach Treu und Glauben besonders in den Fällen zu bejahen sei, in denen die Gemeinde zu erkennen gebe, einen qualifizierten Bebauungsplan nicht mehr verwirklichen zu wollen und somit „ein Fall

⁴⁰ Vgl. BVerwG, Urt. v. 04.10.1974 – IV C 59.72 –, NJW 1975, 402 (402); Urt. v. 28.10.1981 – 8 C 4.81 –, BVerwGE 64, 186 (189); BVerwG, Urt. v. 22.01.1993 – 8 C 46/91 –, BVerwGE 92, 8 (22); Urt. v. 20.05.2010 – 4 C 7/09 –, BRS 75 Nr. 2.

⁴¹ Vgl. BVerwG, Urt. v. 22.01.1993 – 8 C 46/91 –, BVerwGE 92, 8 (23)

⁴² BVerwG Urt. v. 20.05.2010 – 4 C 7/09 –, BRS 75 Nr. 2.

⁴³ *Groth*, Gutachten vom 17.06.2009, Seite 20.

⁴⁴ *Finkelnburg*, Gutachten vom 28.11.2011, Seite 2 f.

⁴⁵ *Finkelnburg*, Gutachten vom 21.07.2011, Seite 13.

ausdrücklich verweigerter Planverwirklichung“ gegeben sei.⁴⁶ Eine im Ergebnis ähnliche Bewertung dieser Frage nimmt auch *Scharmer* vor.⁴⁷

Festzuhalten ist jedenfalls, dass ein Angebot, anders als Groth annimmt, nicht deshalb als unzumutbar zurückgewiesen werden kann, weil die Gemeinde mittlerweile beschlossen hat an der alten Planung nicht mehr festzuhalten und stattdessen einen neuen Bebauungsplan aufzustellen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat dazu klargestellt, dass ein Plangeber der Festsetzungen getroffen hat, sich daran festhalten lassen muss, solange diese wirksam sind. Wenn die Gemeinde einen qualifizierten Bebauungsplan nicht mehr ausführen wolle, müsse sie sich der vom Gesetz dafür vorgegebenen Mittel bedienen und den Plan entsprechend aufheben oder ändern und sich der vom Gesetz daran geknüpften Rechtsfolge – der sich ggf. ergebenden Entschädigungspflicht – stellen.⁴⁸

Im Übrigen kann hinsichtlich der gesicherten Erschließung aufgrund des zumutbaren Erschließungsangebots vollumfänglich auf die Ausführungen des Verwaltungsgerichts Berlin im Urteil vom 09.05.2014 – 19 K 177/12 –, U.A., Seite 20ff. verwiesen werden.

Das Verwaltungsgericht weist insbesondere zutreffend darauf hin, dass die Anforderungen an ein Erschließungsangebot niedriger seien, wenn die Gemeinde –im vorliegenden Fall die Bezirksverwaltung – vollkommen passiv geblieben sei.

(4) Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass für den überwiegenden Teil der als Kleingartenanlage genutzten Grundstücke eine gesicherte Erschließung durch das mit der Bauvoranfrage eingereichte Erschließungsangebot der Eigentümerin hergestellt wurde.

Bejaht man für Grundstücke entlang der Forckenbeckstraße trotz der Böschung die zumutbare Erreichbarkeit, hätte hier bereits vor dem Erschließungsangebot eine gesicherte Erschließung vorgelegen.

b) Aufhebung der zulässigen Nutzung

Ein Anspruch gemäß § 42 Abs. 2 BauGB setzt weiterhin voraus, dass die zulässige Nutzung geändert oder aufgehoben wurde.

⁴⁶ *Haab*, Gutachten vom 02.11.2010, Seite 19.

⁴⁷ *Scharmer*, Gutachten vom 13.12.2013, Seite 25 ff.

⁴⁸ BVerwG, Urt. v. 22. 01.2993 – 8 C 46/91 –, BVerwGE 92, 8 (21).

Durch die mit der beabsichtigten Festsetzung im Bebauungsplan IX-205a einhergehende Ausweisung der Grundstücke als private Grünfläche mit der Zweckbestimmung Dauerkleingarten wird die zulässige Nutzung als Bauland aufgehoben.⁴⁹ Ab dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens der neuen Festsetzung kann die Eigentümerin auf ihrem Grundstück die von ihr beabsichtigten Wohnbauprojekte nicht mehr verwirklichen.

c) Wertminderung

Durch die Aufhebung der zulässigen Nutzung müsste gemäß § 42 Abs. 2 BauGB eine nicht nur unwesentliche Wertminderung des Grundstücks eintreten.

Eine nicht nur unwesentliche Wertminderung ist nach der Rechtsprechung anzunehmen, wenn die Grenze zum Sonderopfer überschritten ist. Vorausgesetzt wird eine spürbare Beeinträchtigung von Vermögenswerten, wobei diese objektbezogen zu ermitteln ist, d.h. ohne Berücksichtigung der persönlichen Vermögensverhältnisse des jeweiligen Eigentümers.⁵⁰

Die Rechtsprechung hat eine Wertminderung von über 12 % als wesentlich angesehen⁵¹, bei einer Wertminderung bis zu 3,6 % sah der Bundesgerichtshof die „Opfergrenze“ noch nicht als überschritten an.⁵² In der Literatur werden z.T. 5 %⁵³ oder 10 %⁵⁴ Wertminderung als maßgeblich für eine Entschädigung zugrunde gelegt.

Unabhängig davon, ob bereits 5 % als ausreichend bewertet werden oder die Opfergrenze erst bei einem Wertverlust von 10 % oder 12 % anzunehmen ist, wird im vorliegenden Fall die Wesentlichkeitsgrenze jedenfalls überschritten sein. Selbst unterstellt, entschädigungsfähig wäre lediglich der Rohbaulandwert, wäre der Wertverlust nach der Herabzonung in private Grünflächen dennoch höher als die genannten Werte, sodass keine Unwesentlichkeit der Wertminderung angenommen werden könnte.

d) Plangewährleistungsfrist (Reduktionsklausel)

Gemäß § 42 Abs. 2 BauGB kann der Eigentümer innerhalb einer Frist von sieben Jahren ab Zulässigkeit einer baulichen Nutzung Entschädigung verlangen, wenn die zulässige Nutzung seines Grundstücks aufgehoben oder geändert wird und dadurch eine nicht nur unwe-

⁴⁹ *Finkelnburg*, Gutachten vom 16.06.2014, Seite 6.

⁵⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 29. 4. 1968 – III ZR 80/67 –, NJW 1968, 1278 (1279); Urt. v. 25.11.1974 – III ZR 42/73 –, NJW 1975, 384 (385).

⁵¹ BGH, Urt. v. 30. 5. 1963 – III ZR 230/61 –, NJW 1963, 1916 (1917).

⁵² BGH, Urt. v. 04.06.1962 – III ZR 207/60 –, Juris Rn. 64.

⁵³ *Jäde* in: *Jäde/Dirnberger/Weiss*, BauGB, 7. Aufl. 2013, § 42 Rn. 10.

⁵⁴ *Tyczewski/Freund*, Einzelhandelssteuerung im Lichte des Planungsschadensrechtes, BauR 2007, 491 (496).

sentliche Wertminderung des Grundstücks eintritt. Nach Ablauf der Siebenjahresfrist, kann der Eigentümer nur eine Entschädigung für Eingriffe in die ausgeübte Nutzung verlangen.

aa) Erschließungssicherung als Fristbeginn

Fristbeginn gemäß § 42 Abs. 2 BauGB ist der Zeitpunkt, in dem die zu entschädigende Nutzung zulässig geworden ist.

Grundsätzlich soll es für den Beginn der Siebenjahresfrist im Geltungsbereich qualifizierter Bebauungspläne maßgeblich sein, ab welchem Zeitpunkt die Erschließung gesichert war.⁵⁵ Dies entspricht auch der Bewertung im vorliegenden Fall.

Dementsprechend geht auch *Haaß* davon aus, dass die Siebenjahresfrist mit dem Erschließungsangebot zu laufen begann und folglich noch nicht abgelaufen ist.⁵⁶

Ob § 42 Abs. 3 BauGB im vorliegenden Fall verfassungskonform auszulegen ist und die Reduktionsklausel aus diesem Grund ausnahmsweise nicht zur Anwendung kommt, könnte demnach grundsätzlich offenbleiben, da die Frist jedenfalls gewahrt wäre.

bb) Nichtanwendbarkeit der Reduktionklausel

Geht man davon aus, dass die Grundstücke entlang der Forckenbeckstraße bereits vor dem Erschließungsangebot über eine gesicherte Erschließung verfügten, käme es jedoch darauf an, ob die verfassungskonforme Auslegung dazu führt, die Reduktionsklausel im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung kommen zu lassen.

Der BGH hat in bestimmten Fällen eine verfassungskonforme Auslegung des § 42 Abs. 2 und 3 BauGB für notwendig angesehen und die Siebenjahresfrist nicht angewandt:

„Die (Wert-)Garantie des Eigentums und der in Art. 14 Abs. 1 und 3 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG verankerte Grundsatz der Lastengleichheit verbieten es, einzelne Eigentümer, die in einem Plangebiet von eigentumsverdrängenden Festsetzungen betroffen sind, im Falle der Enteignung mit einem (weiteren) Sonderopfer und im Verhältnis zu den übrigen Planbetroffenen ungleich und unzumutbar zu belasten. Das führt dann, wenn die die spätere Enteignung auslösende eigentumsverdrängende Planung (§ 40 Abs. 1 BauGB) nicht von einer gleichzeitigen allgemeinen Nutzungsbeschränkung im Plangebiet begleitet wird – also bei „isolierter“ eigentumsverdrängender Planung –

⁵⁵ *Breuer*, in Schrödter, BauGB, 8. Aufl. 2015 [Manuskript], § 42 Rn. 64.

⁵⁶ *Haaß*, Gutachten vom 02.11.2010, Seite 22.

ungeachtet des Ablaufs der Sieben-Jahres-Frist des § 42 Abs. 2 und 3 BauGB zu einer Enteignungsentschädigung nach derjenigen Grundstücksqualität (Nutzbarkeit), die das enteignete Grundstück vor der es herabzonenden Ausweisung im Bebauungsplan besaß und die übrigen Grundstücke im Plangebiet weiter besitzen (Senatsurteil vom 6. Mai 1999 aaO).“

Damit setzte der BGH in den Fällen, in denen die verfassungskonforme Auslegung zur Unanwendbarkeit der Siebenjahresfrist führte, voraus, dass eine eigentumsverdrängende Festsetzung vorliegen musste und dass der Eigentümer dadurch ungleich gegenüber anderen Eigentümern behandelt werde, da nur seine Grundstücke von der Planung betroffen würden.

Ob diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall gegeben wären, ist festzustellen.

(1) Vorkonstitutionelles Planungsrecht

*Haaf*⁵⁷ wirft zunächst die Frage auf, ob die Reduktionsklausel im Falle der Unvordenklichkeit und des vorkonstitutionellen Planungsrechts Anwendung finden könnte und lehnt dies ab.

Es erscheint hier aber zweifelhaft, ob im vorliegenden Fall unvordenkliches Baurecht gegeben ist. Unvordenklichkeit wird nach der Rechtsprechung nur dann angenommen, wenn die Entstehung einer rechtlichen Situation im Dunkeln liegt, da ihre Entstehung nicht dokumentiert ist. Entsprechende Fälle betreffen z.B. Baulücken in alten Siedlungsbereichen, bei denen nicht geklärt werden kann, ob sie jemals bebaut waren, eine Bebaubarkeit nach der Verkehrsanschauung aber stets vorausgesetzt wurde. Da hier jedoch davon ausgegangen werden kann, dass die Bebaubarkeit der zu untersuchenden Grundstücke mit der förmlichen Festsetzung der Baufluchtlinien in einer seinerzeit ländlichen Außenbereichslage entstanden ist, bleibt für entsprechende Betrachtungen kein Raum.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem vorkonstitutionellen Charakter der f.f. Bau- und Straßenfluchtlinien, weil diese durch § 173 Abs. 3 BBauG 1964 wirksam in geltendes – nachkonstitutionelles – Bundesrecht übergeleitet wurden. Das Alter der Festsetzungen schließt eine Anwendung der Reduktionklausel mithin noch nicht aus.

⁵⁷ *Haaf*, Gutachten vom 02.11.2010, Seite 22.

(2) Eigentumsverdrängende Planung

Der BGH hat eine verfassungskonforme Auslegung für notwendig erkannt, wenn eine „eigentumsverdrängende“ Planung der Gemeinde vorliegt.

Eine solche eigentumsverdrängende Planung nahm die Rechtsprechung in Fällen an, in denen eine „ausschließlich fremdnützige“ Planung im Sinne von § 40 Abs. 1 BauGB getroffen wurde, die dem Grundstück jegliche Privatnützigkeit nahm.⁵⁸

Im hier zu beurteilenden Fall ist es – wie bereits dargestellt – nicht offensichtlich, ob der Tatbestand des § 40 Abs. 1 Nr. 8 BauGB vorliegt. Da der geplante Bebauungsplan keine öffentliche, sondern eine private Grünfläche festsetzt, könnte argumentiert werden, dass grundsätzlich eine gewisse Nutzungsmöglichkeit beim Eigentümer verbleibe, auch wenn diese faktisch nicht besteht.

*Scharmer*⁵⁹ weist in diesem Zusammenhang jedoch zutreffend darauf hin, dass die Rechtsprechung den Begriff der eigentumsverdrängenden Festsetzung nicht auf Festsetzungen im Sinne von § 40 Abs. 1 BauGB beschränkt.

Der BGH verweist für den Begriff der eigentumsverdrängenden Planung auf eine frühere Entscheidung⁶⁰ in der darauf abgestellt wird, ob der konkreten Ausweisung nach den Umständen des Einzelfalls eine die Privatnützigkeit aufhebende Wirkung zukommt. In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt hatte die Gemeinde eine „private Fläche für Landwirtschaft“ festgesetzt. Das Gericht führte jedoch aus, dass die Gemeinde sich den von § 40 BauGB vorgeschriebenen Rechtsfolgen nicht dadurch entziehen könne, dass sie die gewollte fremdnützige Festsetzung in das Gewand einer den Eigentümer scheinbar weniger belastenden Maßnahme kleide.⁶¹

Entscheidungserhebliche Kriterien für die Feststellung der eigentumsverdrängenden Planung sind danach insbesondere das von der Gemeinde verfolgte Planungsziel sowie die Frage, ob die Festsetzung im Wesentlichen auf der natürlichen Lage und Beschaffenheit des Grundstücks beruht und welche Restnutzbarkeit den Eigentümern nach dem Plan gegebenenfalls verbleibt.⁶²

(a) Fremdnützige Planungsziele

Nach der Rechtsprechung kommt es entscheidend auf das von der Gemeinde tatsächlich verfolgte Planungsziel an. Festzustellen ist danach, ob es dem Plangeber primär um die

⁵⁸ BGH, Urt. v. 06.05.1999 – III ZR 174/98 – NJW 1999, 3488 (3489);

⁵⁹ *Scharmer*, Gutachten vom 13.12.2013, Seite 38.

⁶⁰ Siehe bereits unter I.1.a) bb) (3) Seite 11.

⁶¹ BGH, Urt. v. 02.04.1992 – III ZR 25/91 –, NJW 1992, 2233 (2236).

Realisierung fremdnütziger Ziele geht – etwa die Bereitstellung von der Bebauung freizuhaltenen Flächen – oder sich diese vielmehr als Nebenfolge ergeben.

Wie bereits im Rahmen der Ausführungen zur Fremdnützigkeit der geplanten Festsetzung im Sinne § 40 Abs. 1 BauGB dargestellt, geht es dem Plangeber im vorliegenden Fall um die Erhaltung der Kleingartenkolonie zugunsten der Pächter. Die Nutzung der Fläche als Kleingarten ist nicht Nebenwirkung der geplanten Festsetzung, sondern das vorrangige Ziel. Die beabsichtigte Freihaltung des Grundstücks von Bebauung zugunsten der Nutzer der Kleingartenkolonie stellt sich unabhängig davon, ob dies als formal „private Grünfläche“ oder als „öffentliche Grünfläche“ festgesetzt wird, jedenfalls als fremdnützig dar.

Dem stimmen auch *Haaß*⁶³ und *Scharmer*⁶⁴ zu, *Finkelburg*⁶⁵ äußert jedenfalls ernstliche Bedenken daran, ob die Grünfläche mit der beabsichtigten Zweckbindung noch als privatnützig gelten kann.

(b) Situationsgebundenheit des Grundstücks

Unter dem Kriterium der Situationsgebundenheit des Grundstücks versteht die Rechtsprechung, die Annahme, dass das Eigentum an einem Grundstück als Ausprägung von Art. 14 Abs. 2 GG nicht isoliert betrachtet werden kann, sondern durch seine konkrete Lage oder besondere topographische Gegebenheiten geprägt wird:

„Zur Abgrenzung von Sozialbindung des Eigentums (Art. 14 GG Abs. 2 GG) und Enteignung (Art. 14 Abs. 3 GG) hat der erkennende Senat folgende Grundsätze entwickelt: Jedes Grundstück wird durch seine Lage und Beschaffenheit, sowie seine Einbettung in die Landschaft und Natur, also seine „Situation“ geprägt. Darauf muss der Eigentümer bei der Ausübung seiner Befugnisse im Hinblick auf die Sozialbindung des Eigentums Rücksicht nehmen. Daher lastet auf jedem Grundstück gleichsam eine aus seiner Situationsgebundenheit abzuleitende immanente Beschränkung der Rechte des Eigentümers, aus der sich Schranken seiner Nutzungs- und Verfügungsmacht, vor allem in Bezug auf die Erfordernisse des Natur- und Denkmalschutzes, ergeben. Wie diese Grenzen im Einzelfall zu ziehen sind, ist jeweils aufgrund einer wertenden Beurteilung der Kollision zwischen den berührten Belangen

⁶² BGH, Urt. v. 02.04.1992 – III ZR 25/91 –, NJW 1992, 2233 (2236).

⁶³ *Haaß*, Gutachten vom 02.11.2010, Seite 7 ff.

⁶⁴ *Scharmer*, Gutachten vom 13.12.2013, Seite 39.

⁶⁵ *Finkelburg*, Gutachten vom 21.07.2011, Seite 7.

des Allgemeinwohls und den betroffenen Eigentümerinteressen festzustellen.⁶⁶

Aus dieser Situationsgebundenheit kann sich nach der Rechtsprechung des BGH im Einzelfall ergeben, dass sich ein Grundstück für eine bestimmte Bauleitplanung besonders aufdrängt.

Es ist somit für den vorliegenden Fall entscheidend darauf abzustellen, ob die natürlichen Gegebenheiten der betroffenen Grundstücke die Festsetzung als private Grünfläche mit der Zweckbindung Dauerkleingärten „vorzeichnen“.

Betrachtet man allein die Lage des Grundstücks sowie die Beschaffenheit des Geländes drängt sich hieraus nicht die Nutzung als Kleingartenanlage auf. Das Grundstück eignet sich nicht mehr für derartige Zwecke als andere Grundstücke in vergleichbaren Lagen Berlins.

*Scharmer*⁶⁷ führt zutreffend aus, dass sich etwas hiervon Abweichendes nur dann ergeben könne, wenn die tatsächliche Nutzung ebenfalls zur Situationsgebundenheit zählen würde, und lehnt dies mit Verweis auf die Rechtsprechung des BGH ab, der zwar auch die Nutzung berücksichtigt, diese allerdings nicht als entscheidend bewertet.

Entscheidend ist nach Auffassung des BGH vielmehr, ob eine zulässige Nutzungsmöglichkeit, die sich nach der Lage und Beschaffenheit anbietet, untersagt oder wesentlich eingeschränkt worden ist.⁶⁸

Diesen Maßstab zugrunde gelegt, erscheint die Annahme einer aus der Grundstückssituation heraus gebotene Festsetzung der privaten Grünfläche mit der Zweckbestimmung Dauerkleingärten eher zweifelhaft.

(c) Restnutzbarkeit

Schließlich stellt der BGH auf die Frage ab, ob dem Eigentümer trotz der zu beurteilenden Festsetzung eine Restnutzbarkeit verbliebe. Auch diesbezüglich kann auf die Ausführungen zur Fremdnützigkeit im Sinne des § 40 Abs. 1 BauGB verwiesen werden. Es ist nicht davon auszugehen, dass die Festsetzung der Flächen als Dauerkleingärten dem Eigentümer einen angemessenen privatnützigen Handlungsspielraum belassen könnte.

⁶⁶ BGH, Urt. v. 26.01.1984 – III ZR 216/82 –, NJW 1984, 1169 (1170).

⁶⁷ *Scharmer*, Gutachten vom 13.12.2013, Seite 40.

⁶⁸ BGH, Urt. v. 26.01.1984 – III ZR 216/82 –, NJW 1984, 1169 (1170).

(3) Verstoß gegen Lastengleichheit

Darüber hinaus wird für die ausnahmsweise Nichtanwendbarkeit der Siebenjahresfrist verlangt, dass den Eigentümer neben der eigentumsverdrängenden Planung auch ein „Sonderopfer“ trifft. Gemeint ist damit, dass der Eigentümer im Vergleich zu anderen Eigentümern „unzumutbar ungleich“ getroffen wird.⁶⁹

Da die Rechtsprechung als Kriterium für das Sonderopfer auf eine Ungleichbehandlung abstellt, kommt es entscheidend auf den hier gewählten Vergleichsmaßstab an: Wird dieser großzügig gewählt und umfasst neben den betroffenen Grundstücken auch die weiteren unmittelbar angrenzenden Bereiche, die der Baunutzungsplan als allgemeines Wohngebiet der Baustufe III/3 festsetzt, wäre die isolierte Betroffenheit der Eigentümerin im Vergleich zu den anderen Eigentümern anzunehmen.

Eine auf die als Kleingartenkolonie genutzten Grundstücke beschränkte Betrachtung würde hingegen eine besondere ungleiche Behandlung der Eigentümerin voraussichtlich nicht erkennen lassen, da die Planung sich in diesem Fall als eine allgemeine Herabstufung der Nutzbarkeit darstellen würde, die alle betroffenen Grundstücke gleichermaßen trifft, die hier lediglich zufällig in der Hand eines Eigentümers sind.

(a) Vergleichsgebiet

Maßgeblich für die Frage eines Verstoßes gegen die Lastengleichheit ist somit das nach städtebaulichen Kriterien konkret heranzuziehende Vergleichsgebiet.⁷⁰

Die Rechtsprechung stellt für das heranzuziehende Vergleichsgebiet nicht alleine auf das Plangebiet ab, sondern auf ein aus städteplanerischer Sicht einheitlich einzustufendes und fortzuentwickelndes Gebiet:

„Es kommt hierbei nicht in einem technisch-formalen Sinne allein auf die von der Gemeinde in dem die Enteignung begründenden Bebauungsplan vorgenommene Abgrenzung an (sonst hätte es die Gemeinde unter Umständen in der Hand, durch Begrenzungen des Plangebiets Einfluss auf die Höhe der Entschädigung zu nehmen, vgl. Berkemann aaO S. 1287), sondern darauf, ob aus städteplanerischer Sicht ein einheitlich einzustufendes und fortzuentwickelndes Gebiet vorliegt.“⁷¹

⁶⁹ BGH, Urt. v. 06.05.1999 – III ZR 174/98 –, NJW 1999, 3488 (3490); Urt. v. 11.07.2002 – III ZR 160/01 –, ZfBR 2002, 799 (800).

⁷⁰ So auch *Scharmer*, Gutachten vom 13.12.2013, Seite 43.

⁷¹ BGH, Urt. v. 11.07.2002 – III ZR 160/01 –, ZfBR 2002, 799 (800).

Hier ist es deshalb nahe liegend, dass die Rechtsprechung neben den als Kleingartenkolonie genutzten Flächen auch die umliegenden (Wohn-)Gebiete als Vergleichsmaßstab heranziehen würde.

Das im Baunutzungsplan als allgemeines Wohngebiet der Baustufe III/3 festgesetzte Gebiet, das auch die hier betroffenen Flächen umfasst, ist insgesamt sehr viel größer als das die hier relevante Fläche. Das Allgemeine Wohngebiet reicht im Süden teilweise bis an die Lentzeallee, im Westen entlang der Hundekehlestraße bis zum Hohenzollerndamm.

Aber selbst wenn dieser, beinahe den gesamten Ortsteil Schmargendorf umfassende Bereich nicht als Vergleichsgebiet geeignet erscheint, werden jedenfalls die unmittelbar an die Kleingartenkolonie angrenzenden Grundstücke zwischen der Forckenbeckstraße im Norden, der Tölzer Straße im Westen und der Reichenhaller Straße im Süden aus städteplanerischer Sicht mit den betroffenen Grundstücken nach dem vom BGH entwickelten Maßstab ein einheitliches Gebiet im Sinne der Rechtsprechung bilden. Sowohl die Geländeverhältnisse als auch die städtebauliche Struktur lässt eine Zäsurwirkung nicht zwingend annehmen, sodass jedenfalls die Eigentümer in diesem Gebiet vergleichbar sind mit der vom Bebauungsplan IX-205a gegebenenfalls betroffenen Eigentümerin.

(b) Ungleichbehandlung

Ein Sonderopfer im Sinne der Rechtsprechung setzt eine Ungleichbehandlung des betroffenen Eigentümers im Verhältnis zu den übrigen Eigentümern voraus. Eine Ungleichbehandlung kann hier insofern gesehen werden, als die Eigentümer der angrenzenden Gebiete, die ihr Baurecht bereits realisiert haben, die Qualität ihrer Grundstücke als Bauland behalten, während die Eigentümerin der Kleingartenkolonie ihr Grundstück nicht würde bebauen können. Die Eigentümerin würde somit ungleich behandelt.

Gegen die Annahme eines Sonderopfers und die damit verbundene Nichtanwendbarkeit der Reduktionsklausel des § 42 Abs. 3 BauGB könnte hier eingewandt werden, dass sich die Interessenlage im vorliegenden Fall als abweichend von den von der Rechtsprechung zu entscheidenden Fällen erweist.

Der Bebauungsplan IX-205a wählt nicht willkürlich ein einzelnes Grundstück unter vielen aus, sondern betrifft eine über 90.000 m² große Fläche, die sich aus mehreren Grundstücken zusammensetzt. Dass diese Grundstücke alle im Eigentum derselben Person stehen, kann keine Auswirkungen auf die rechtliche Bewertung haben.

Allerdings geht die Rechtsprechung davon aus, dass allein der Umstand, dass auch weiteren Grundstückseigentümern ein unzumutbares Sonderopfer abverlangt werde, der Belas-

tung des konkret Betroffenen nicht die Qualität eines Sonderopfers nehme. Deshalb könne auch nicht allein auf die Anzahl der betroffenen Grundstücke abgestellt werden, um daraus folgend ein Sonderopfer zu bejahen oder zu verneinen⁷²

„Vielmehr ist eine Gesamtbetrachtung des Plangebiets erforderlich und eine Beurteilung danach, wie sich die Situation nach der Entziehung des Eigentums für den Entschädigungsberechtigten konkret darstellt.“⁷³

Mithin stellt der BGH weniger auf die „Sonder-“, sondern vielmehr auf die „Opfer“-Stellung des betroffenen Eigentümers ab. Eine Ungleichbehandlung wäre nach Maßgabe der Rechtsprechung somit wohl auch hier zu bejahen.

(c) Unzumutbarkeit

Die Ungleichbehandlung muss sich darüber hinaus jedoch auch als unzumutbar erweisen. Dies setzt eine tatrichterliche Wertung der Gesamtsituation im Einzelfall voraus.

Eine unzumutbare Ungleichbehandlung kann nach der Rechtsprechung des BGH dann nicht angenommen werden, wenn der von der eigentumsverdrängenden Planung Betroffene zugleich im Wesentlichen der Nutznießer der Planung in Hinblick auf seine weiteren Grundstücke im Plangebiet ist.⁷⁴

Dass die Eigentümerin Nutznießer der Planung sein wird, kann im vorliegenden Fall ausgeschlossen werden. Auch bei Betrachtung anderer als der durch die Planung betroffenen Grundstücke ergibt sich kein Vorteil für die Eigentümerin durch die Erhaltung der Kleingartenkolonie. Unter Zugrundelegung dieses Kriteriums wäre von der Unzumutbarkeit auszugehen.

Scharmer berücksichtigt im Rahmen der Prüfung der Unzumutbarkeit der Ungleichbehandlung eine Vorwirkung der künftigen Festsetzung sowie den günstigen Kaufpreis, zu dem die Eigentümerin das Grundstück erworben hat und lehnt die Unzumutbarkeit damit im Grundsatz ab. Er weist aber darauf hin, dass etwas anderes dann gelten würde, wenn die Eigentümerin bereits die aus der Vorwirkung erwachsende entschädigungsrechtliche Rechtsposition durch Abtretung erworben hätte, was jedoch im Einzelfall nachzuweisen wäre.⁷⁵

Zwar kommt es für die Feststellung der Unzumutbarkeit auf eine wertende Betrachtung der Gesamtumstände an. Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob die von *Scharmer* aufgeführten

⁷² BGH, Urt. v. 19.07.2007 – III ZR 305/06 –, LKV 2008 186 (187).

⁷³ BGH, Urt. v. 07.07.2011 – III ZR 156/10 –, NVwZ 2011, 1399 (1401).

⁷⁴ BGH, Urt. v. 19.07.2007 – III ZR 305/06 –, LKV 2008 186 (187).

⁷⁵ *Scharmer*, Gutachten vom 13.12.2013, Seite 46.

Kriterien, gemessen an der Rechtsprechung des BGH, eine entscheidende Rolle spielen würden. Aus der im Wesentlichen durch Billigkeitsgesichtspunkte geprägten Rechtsprechung des BGH lässt sich kein abschließender Katalog maßgeblicher Kriterien ableiten. Zum einen wird jedoch – anderes als *Scharmer* ohne nähere Prüfung annimmt – im vorliegenden Fall nicht ohne Weiteres eine enteignungsrechtliche Vorwirkung eines Planaufstellungsbeschlusses anzunehmen sein. Zum anderen sind die vom BGH herangezogenen Umstände wegen Art. 14 Abs. 1 GG grundstücksbezogen. Die Frage, ob der Eigentümer ein Grundstück zu einem günstigen Kaufpreis erworben hat, stellt sich hingegen nicht als unmittelbar eigentumsbezogen dar.

Demgegenüber geht *Haaß* aufgrund der erheblichen Dauer des Bebauungsplanverfahrens sowie des im Kleingartenentwicklungsplan von 2004 festgestellten Rückgangs der Nachfrage nach Kleingartenflächen davon aus, dass die Eigentümerin vorliegend darauf vertrauen durfte, dass die Bebaubarkeit der Fläche erhalten bleibe.⁷⁶

cc) Rechtsfolge

Ob die Siebenjahresfrist im vorliegenden Fall zur Anwendung käme oder nicht, kann – wie bereits dargestellt – im Ergebnis dahinstehen, da die Frist jedenfalls nicht abgelaufen ist.

Käme es hingegen doch auf die Frage der Anwendbarkeit an, weil ein Gericht von einer hinreichenden tatsächlichen Erschließung der an die Forckenbeckstraße grenzenden Flächen ausginge, sprechen gute Gründe dafür, dass auch im vorliegenden Fall die einschränkende Rechtsprechung des BGH zur Anwendung käme. Die Frage, ob eine festgestellte Ungleichbehandlung unzumutbar, d.h. als unverhältnismäßig zu beurteilen wäre, hängt jedoch entscheidend von der richterlichen Wertung ab, sodass der Ausgang eines Rechtsstreits insoweit nicht mit hinreichender Sicherheit antizipiert werden kann.

e) Rechtsfolge

Der Anspruch auf Entschädigung gemäß § 42 Abs. 2 BauGB bemisst sich nach dem Unterschied zwischen dem Wert des Grundstücks auf Grund der zulässigen Nutzung und seinem Wert, der sich infolge der Aufhebung oder Änderung ergibt. D.h., es kommt auf die Differenz zwischen dem *Verkehrswert* des Grundstücks vor der Festsetzung und dem *Verkehrswert* des Grundstücks infolge der Festsetzung an. Da das Gesetz ausdrücklich auf den objektiven Wert des Grundstücks abstellt, kommt es auch im Rahmen des Entschädigungsanspruchs gemäß § 42 Abs. 2 BauGB nicht auf die Höhe des tatsächlich gezahlten Kaufprei-

⁷⁶ *Haaß*, Gutachten vom 02.11.2010, Seite 25.

ses an. Ist der Restwert eines Grundstücks nach der Überplanung nur noch sehr gering oder nicht mehr vorhanden, ist dementsprechend der volle Verkehrswert zu entschädigen.

3. Übernahmeanspruch

Gemäß § 42 Abs. 9 BauGB besteht auch ein Übernahmeanspruch nach § 40 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BauGB, wenn die zulässige Nutzung eines Grundstücks aufgehoben wird. Aufgrund der Verweisung besteht der Übernahmeanspruch jedoch nur, wenn es dem Eigentümer wirtschaftlich nicht mehr zuzumuten ist, das Grundstück zu behalten oder es in der bisherigen oder einer anderen zulässigen Art zu nutzen.

Für die Frage der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit verweisen wir auf die Ausführungen im Rahmen von § 40 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB.

4. Aufwendungsersatz, § 39 BauGB

Für Architekten- und Vermesserhonorare geht *Haaß* von einem nach § 39 S. 1 zu ersetzenden Vertrauensschaden in Höhe von 99.405,46 Euro aus.

Ungeachtet der für eine Bauvoranfrage recht hoch erscheinenden Summe, die in einem Entschädigungsprozess detailliert zu unterlegen wäre, stellt sich hier die Frage, ob ein entsprechender Anspruch dem Grunde nach besteht.

Ein Anspruch aus § 39 BauGB, der den Ersatz konkreter Aufwendungen erfasst, die im Vertrauen auf eine bestimmte Planungslage getätigt wurden, unterfallen nach der Rechtsprechung des BGH nicht der Reduktionsklausel, weil entsprechende Aufwendungen auch noch nach Ablauf der Siebenjahresfrist als grundsätzlich schutzwürdig angesehen werden.⁷⁷

Weiter stellt sich hier jedoch die Frage, ob die Aufstellungsbeschlüsse aus den Jahren 1986 und 2000 zu Einschränkungen des schutzwürdigen Vertrauens führen können.

Grundsätzlich kann ein ortsüblich bekannt gemachter Aufstellungsbeschluss die Eignung besitzen, ein schutzwürdiges Vertrauen in den Fortbestand des Bebauungsplans in Frage zu stellen.⁷⁸

Vorliegend ist jedoch auch zu berücksichtigen, dass das Bebauungsplanverfahren über geraume Zeit nicht fortgesetzt wurde. Es ist somit äußerst zweifelhaft, ob der Eigentümerin

⁷⁷ BGH, Beschl. v. 28.10.2004 – III ZR 25/04 –, Juris Rn. 7 m.w.Nachw. aus der Lit.

⁷⁸ *Battis*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 12. Aufl. 2014, § 39 Rn. 9 m.w.Nachw.

vorliegend das Vertrauen im Hinblick auf das über 10 Jahre lang ruhende Verfahren noch abgesprochen werden könnte, zumal die geltend gemachten Aufwendungen zur Erarbeitung einer Bauvoranfrage erforderlich waren, den Stillstand des Verfahrens zu beenden.

Im Ergebnis dürfte deshalb davon auszugehen sein, dass der geltend gemachte Anspruch dem Grunde nach besteht.

II. Konkurrenzen / Ergebnisse

Mit der Bejahung des Übernahmeanspruches verbliebe der Eigentümerin gemäß § 43 Abs. 3 Satz 1 BauGB kein Wahlrecht, das Grundstück zu behalten und lediglich die Minderung des Verkehrswerts gegenüber dem Land Berlin zu liquidieren. Insoweit geht der Übernahmeanspruch vor und schließt den reinen Entschädigungsanspruch aus § 42 BauGB aus. Dadurch soll in Fällen der in § 40 Abs. 1 BauGB aufgeführten fremdnützigen Festsetzungen verhindert werden, dass der Eigentümer das Grundstück behalten und bis zu dessen endgültiger plangemäßer Verwendung Vermögensnachteile in Geld liquidieren kann.

Daneben besteht der Anspruch zum Ersatz der Aufwendungen für die Erstellung der Bauvoranfrage dem Grunde nach.

III. Höhe der Entschädigung

1. Fragestellungen / Entscheidungsrelevante Rechtsfragen zu Frage 2

Für die Beantwortung der vom Gutachtenauftrag umfassen Frage 2: „Wie ist die Höhe eines Entschädigungsanspruchs, den die Eigentümerin bei Festsetzung des Bebauungsplans IX-205a geltend machen kann, zu berechnen und wie hoch wäre voraussichtlich eine zu zahlende Entschädigungsleistung?“, kommt es in rechtlicher Hinsicht insbesondere auf die Frage an, ob und inwieweit die Aufstellungsbeschlüsse oder der Flächennutzungsplan bei der Ermittlung der Entschädigungshöhe zu berücksichtigen sind. Dies bezieht sich auf den für die Wertermittlung maßgeblichen Zeitpunkt. Weiter ist festzustellen, ob es sich minderdend auf die Höhe der Entschädigungssumme auswirken kann, dass die Eigentümerin Kenntnis von der Darstellung im Flächennutzungsplan bzw. den Aufstellungsbeschlüssen hatte oder hätte haben müssen, ob der Eigentümerin daher eine Art „Mitverschulden“ an der festsetzungsbedingten Wertminderung anzurechnen ist. Schließlich ist zu klären, ob die gewählten Wertermittlungsverfahren vertretbar sind und zutreffend angewandt wurden.

2. Maßgeblicher Zeitpunkt

Während *Battis*⁷⁹ und *Johlen*⁸⁰ und in ihren Gutachten als maßgeblichen Zeitpunkt ausdrücklich auf die Aufhebung der zulässigen Nutzung durch die Überplanung abstellen bzw. *Haaß*⁸¹ dies nicht in Frage stellt, geht *Finkelnburg*⁸² davon aus, dass es auf den Zeitpunkt vor dem Aufstellungsbeschluss 2000 bzw. 1986 ankomme, dementsprechend lediglich nicht erschlossenes Bauerwartungsland vorgelegen habe. Dieser Auffassung hat sich auch *Otto* angeschlossen.⁸³

Die Annahme, dem Aufstellungsbeschluss käme eine enteignungsrechtliche Vorwirkung zu, sodass der entscheidungserhebliche Zeitpunkt vorverlagert werden müsste, mit der Folge, dass lediglich eine Entschädigung für die Überplanung von Bauerwartungsland zu leisten wäre, erscheint in mehrerlei Hinsicht zweifelhaft.

Zum einen ist die Annahme der enteignungsrechtlichen Vorwirkung der Aufstellungsbeschlüsse von 2000 oder 1986, gemessen an den von der Rechtsprechung verlangten Voraussetzungen für eine solche Vorverlagerung, nicht überzeugend.

⁷⁹ *Battis*, Gutachten vom 01.09.2014, Seite 20ff.

⁸⁰ *Johlen*, Gutachten vom 30.06.2014, Seite 3ff.

⁸¹ *Haaß*, Gutachten vom 02.11.2010, Seite 26.

⁸² *Finkelnburg*, Gutachten vom 24.08.2011, Seite 3; Gutachten vom 16.06.2014 Seite 9.

⁸³ *Otto*, Gutachten Juni 2014, Seite 4.

Zum anderen würde dies – unterstellt eine enteignungsrechtliche Vorwirkung der Aufstellungsbeschlusses wäre anzunehmen – auch nicht den von *Finkelnburg* gezogenen Schluss rechtfertigen, dass somit lediglich von der Qualität des Grundstücks als Bauerwartungsland auszugehen wäre, denn nicht erschlossenes Bauerwartungsland ist nicht gemäß § 42 Abs. 2 BauGB entschädigungsfähig. Wird jedoch der Anspruch nach § 42 Abs. 2 BauGB dem Grunde nach bejaht, kann folglich nicht von einem nicht erschlossenen Grundstück als Entschädigungsgrundlage ausgegangen werden.

Gemäß § 93 Abs. 4 BauGB ist für die Bemessung der Entschädigung der Zustand des Grundstücks in dem Zeitpunkt maßgebend, in dem die Enteignungsbehörde über den Enteignungsantrag entscheidet.

Es geht darum, den tatsächlich erlittenen Wertverlust zu ermitteln und entsprechend ausgleichen zu können. Im Einzelfall kann es daher geboten sein, ausnahmsweise auf einen früheren Zeitpunkt abzustellen, wenn sich der tatsächlich erlittene Wertverlust bereits durch eine Planungsmaßnahme zu dem früheren Zeitpunkt manifestiert hat.

a) Keine enteignungsrechtliche Vorwirkung des Aufstellungsbeschlusses

Ob eine solche Vorverlagerung notwendig ist, entscheidet sich danach, ob die staatliche Maßnahme mit dem späteren Grundstücksentzug zu einem einheitlichen Sachverhaltskomplex zusammengezogen werden kann. D.h., dass zwischen der vorausgehenden Maßnahme und dem späteren tatsächlichen Eingriff eine so enge Verbindung besteht, dass die spätere Maßnahme (hier: Festsetzung des Bebauungsplans) bei wertender Betrachtung schon als in der ersten Maßnahme (hier: Aufstellungsbeschluss für Bebauungsplanverfahren) mit angelegt angesehen werden kann.

Nach der Rechtsprechung ist zu prüfen, ob die frühere Maßnahme mit der späteren Entziehung des Eigentums in ursächlichem Zusammenhang stand, eine hinreichende Bestimmtheit hatte und die spätere verbindliche Planung, die dann zur Enteignung führte, mit Sicherheit erwarten ließ.⁸⁴

Dies zugrunde gelegt, kommt im vorliegenden Fall eine enteignungsrechtliche Vorwirkung des Aufstellungsbeschlusses nicht in Betracht.

Vorab ist festzustellen, dass es selbstverständlich nicht den im Batts-Gutachten geprüften und zutreffend abgelehnten allgemeinen Rechtssatz gibt, demzufolge vorbereitende Planungsmaßnahmen per se eine enteignungsrechtliche Vorwirkung hätten. Denn es handelt

⁸⁴ BGH, Urt. v. 29.01.1968 – III ZR 2/67 –, NJW 1968, 892 (892); Urt. v. 26.01.1978 – III ZR 184/75 –, VerwRSpr 1979, 36 (37).

sich bei der Rechtsprechung zur Vorwirkung vorbereitender Planungsmaßnahmen gerade um die Ausnahme von der Regel, dass entsprechend § 93 Abs. 4 BauGB im Grundsatz auf den Zeitpunkt der Entscheidung über die Enteignung bzw. hier der Aufhebung der zulässigen Nutzung abzustellen ist. Einem allgemeinen Rechtssatz, nach dem stets auf vorbereitende Planungsmaßnahmen abzustellen wäre, muss deshalb nicht näher nachgegangen werden.

Gegen die Darstellungen im *Finkelburg*-Gutachten zur Vorverlagerung des entscheidungserheblichen Zeitpunkts auf 2000 bzw. auf 1986 bestehen durchgreifende Bedenken:

b) Argumentation Finkelburg

Finkelburg kommt in seiner ergänzenden Stellungnahme „Höhe der Entschädigung“ zu dem zutreffenden Ergebnis, dass ein Anspruch auf Entschädigung gemäß § 42 Abs. 2 BauGB bestünde, sobald die Sicherung der Erschließung herbeigeführt würde.

Für die Ermittlung der Höhe wendet er jedoch die Rechtsprechung des BGH zur enteignungsrechtlichen Vorwirkung auf den Aufstellungsbeschluss zum Bebauungsplan an und schließt daraus, dass im vorliegenden Fall entschädigungsfähig lediglich die Qualität „Bauerwartungsland“⁸⁵ bzw. Rohbauland⁸⁶ wäre, da zum maßgeblichen Zeitpunkt (Mai 2000 bzw. April 1986) noch keine gesicherte Erschließung bestand.

Diese Schlussfolgerung ist jedoch zweifelhaft.

Das Planschadensrecht verweist in § 43 Abs. 1, Abs. 2 BauGB auf das Enteignungsrecht. Für das Verfahren und die Wertermittlung bedeutet dies, dass die §§ 93 ff. BauGB für das Planschadensrecht entsprechende Anwendung finden – soweit in den §§ 39 ff. BauGB nicht ausdrücklich eine abweichende Regelung getroffen ist.

aa) Wortlaut

Aus dem Wortlaut des § 42 Abs. 2 BauGB sowie aus § 93 Abs. 4 BauGB folgt, dass der Qualifizierungszeitpunkt der Zeitpunkt des Eingriffs ist. D.h., bei Aufhebung oder Änderung der zulässigen Nutzung durch Überplanung ist die Qualität des betroffenen Grundstücks in diesem Zeitpunkt für die Wertermittlung maßgeblich.

Wie bereits dargestellt, nimmt der BGH in bestimmten Fällen eine Vorverlagerung des entscheidenden Zeitpunkts an.

⁸⁵ *Finkelburg*, Gutachten vom 24.08.2011, Seite 4f.

⁸⁶ *Finkelburg*, Gutachten vom 16.06.2014, Seite 9f.

bb) Regel-Ausnahme-Verhältnis

Würde diese Ausnahme jedoch auf Aufstellungsbeschlüsse angewandt, würde daraus folgen, dass das Regel-Ausnahme-Verhältnis umgedreht würde.

Der Plangeber ist zwar nicht verpflichtet, einen Aufstellungsbeschluss zu fassen, das Fehlen des Aufstellungsbeschlusses führt daher nicht zur Unwirksamkeit der Bauleitplanung. Allerdings entspricht es der allgemeinen Praxis, dass in der Regel zunächst ein Aufstellungsbeschluss aufgestellt wird. Der Qualitätsstichtag wäre stets auf den Zeitpunkt des Aufstellungsbeschlusses vorzuverlagern. Der vom Gesetz vorgesehene Zeitpunkt der Festsetzung des Bebauungsplans käme nach dieser Argumentation kaum mehr zur Anwendung.

cc) Sinn und Zweck

Sinn und Zweck der Ausnahme-Rechtsprechung zum maßgeblichen Zeitpunkt auf einen vorverlagerten Zeitpunkt ist, dass nachträgliche, auf der früheren Planungsmaßnahme beruhende Wertveränderungen unberücksichtigt bleiben sollen.

Der Sinn und Zweck dieser Ausnahme ist jedoch im vorliegenden Fall nicht einschlägig, wenn mit der Vorverlagerung des Qualitätsstichtags auf den Zeitpunkt des Planaufstellungsbeschlusses 1986 oder 2000 das Erschließungsangebot bei der Wertermittlung unberücksichtigt bleiben soll. Denn das Erschließungsangebot beruht nicht auf dem Aufstellungsbeschluss.

dd) Systematik

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts darf die Gemeinde ein Erschließungsangebot eines Eigentümers nicht mit der Begründung als unzumutbar ablehnen, dass sie mittlerweile andere Planungsabsichten verfolge und den einmal getroffenen Festsetzungen daher nicht mehr zur Realisierung verhelfen will. Dies ist ihr deshalb verwehrt, weil sich die Gemeinde solange an ihrer Bauleitplanung festhalten lassen muss, bis sie neue Festsetzungen wirksam beschlossen hat, wofür im Einzelfall eine entsprechende Entschädigung zu leisten ist.

„Will eine Gemeinde einen von ihr erlassenen qualifizierten Bebauungsplan nicht mehr ausführen, muss sie diesen Plan aufheben oder ändern (§ 2 Abs. 4

BauGB/§ 2 Abs. 6 BBauG) und sich der daraus etwa folgenden Entschädigungspflicht (§ 42 BauGB/§ 44 BBauG) stellen.⁸⁷

Wenn die Gemeinde also nicht mit Verweis auf einen neuen Aufstellungsbeschluss ein Erschließungsangebot ablehnen darf, sondern sich eine Erschließungspflicht verdichtet und eine gesicherte Erschließung anzunehmen ist, ist das Erschließungsangebot als rechtlich relevant zu behandeln. Dies muss folglich auch bei der Wertermittlung im Rahmen einer Entschädigung gelten. Das Erschließungsangebot kann somit nicht mit Verweis auf eine „enteignungsrechtliche Vorwirkung“ unberücksichtigt bleiben.

Dies würde zu dem widersprüchlichen Ergebnis führen, dass die Gemeinde das Erschließungsangebot im Rahmen von § 30 BauGB nicht mit Verweis auf einen neuen Aufstellungsbeschluss als unzumutbar zurückweisen dürfte, sondern gegen sich gelten lassen müsste, dies jedoch im Rahmen der Entschädigung unbeachtlich wäre. Dagegen spricht auch, dass das Bundesverwaltungsgericht auf die aus der Umplanung folgende Entschädigungspflicht abstellt.⁸⁸

ee) Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass an einer enteignungsrechtlichen Vorwirkung der Aufstellungsbeschlüsse jedenfalls sehr erhebliche Zweifel bestehen.

Im Ergebnis scheint sich diese Fragestellung jedoch ohnehin nicht so erheblich auszuwirken, wie zunächst erwartet werden könnte. Dies zeigt sich vor allem beim Vergleich der verschiedenen Wertermittlungen, die *Schwenck*⁸⁹ vornimmt. Da die Grundstücksbewertungspraxis bei werdendem Bauland davon ausgeht, dass sich die bauliche Nutzbarkeit im Preisverhalten des Grundstücksverkehrs nicht erst ab der Erlangung der Baureife auswirkt, sondern schon zu einem früheren Zeitpunkt die bloße Chance einer künftigen Bebauung die Bodenpreisbildung wesentlich beeinflusst,⁹⁰ scheinen die eher geringen Unterschiede nachvollziehbar.

c) Keine enteignungsrechtliche Vorwirkung des Flächennutzungsplans

Auch dem Flächennutzungsplan wird im vorliegenden Fall keine enteignungsrechtliche Vorwirkung zukommen können. Als vorbereitender Bauleitplan entfaltet der Fläche-

⁸⁷ BVerwG, Urt. v. 22.01.1993 – 8 C 46/91 –, BVerwGE 92, 8 (21).

⁸⁸ BVerwG, Urt. v. 22.01.1993 – 8 C 46/91 –, BVerwGE 92, 8 (20ff.).

⁸⁹ *Schwenck*, Gutachten vom 18.08.2014, Seite 71.

⁹⁰ *Seele*, Bodenwertermittlung durch deduktiven Preisvergleich, VR 60/8, 393 (400).

nnutzungsplan keine unmittelbare Außenwirkung und hat daher grundsätzlich auch keine enteignungsrechtliche Wirkung.

Allerdings hat der BGH auch schon die enteignungsrechtliche Vorwirkung eines Flächennutzungsplans anerkannt. Das Gericht erkannte dabei, dass der Flächennutzungsplan eine mittelbare Auswirkung auf die Nutzungs- und Verwertungsmöglichkeiten entfalte und ihm dadurch eine enteignungsrechtliche Vorwirkung zukomme:⁹¹

„Der Flächennutzungsplan enthält als vorbereitender Bauleitplan (§ 1 Abs. 2 BBauG in der hier noch anzuwenden den Fassung, die bis zum 31. Dezember 1976 galt) nur „Darstellungen“ der Art der Bodennutzungen in den Grundzügen (§ 5 Abs 1 BBauG) und nicht wie der Bebauungsplan (§§ 1 Abs 2, 8 Abs. 1 BBauG) „rechtsverbindliche Festsetzungen“ (vgl. Schlichter/Stich/Tittel BBauG 2. Aufl 1977 § 5 Rdn 6). Daher hat der Flächennutzungsplan die Grundstücksqualität, die vor seinem Erlass bestand, rechtlich nicht geändert und das später abgetretene Gelände auch nicht zur öffentlichen Verkehrsfläche herabgezont (Ernst/Zinkahn/Bielenberg aaO Rdn 133; Schrödter BBauG 3. Aufl § 5 Rdn 15). Diesen Standpunkt hat nach dem gesamten Begründungszusammenhang – trotz einiger missverständlicher Formulierungen – auch das Berufungsgericht vertreten. Mittelbare Auswirkungen eines Flächennutzungsplanes als eines vorbereitenden Plans können jedoch darin bestehen, dass er die Nutzungsmöglichkeiten und Verwertungsmöglichkeiten tatsächlich beeinträchtigt und dadurch unter den oben beschriebenen Voraussetzungen eine Vorwirkung entfaltet (vgl Ernst/Zinkahn/Bielenberg aaO Vorbem vor §§ 40-44 Rdn 100; Schlichter/Stich/Tittel aaO § 5 Rdn 8; Schrödter aaO).“

Aus diesem Grund ist eine enteignungsrechtliche Vorwirkung des Flächennutzungsplans nicht prinzipiell ausgeschlossen. Allerdings wird auch hier vorausgesetzt, dass die vorbereitende Maßnahme (hier: Flächennutzungsplan) mit dem späteren tatsächlichen Eingriff (hier: Festsetzung des Bebauungsplans) zu einem einheitlichen Sachverhaltskomplex zusammengezogen werden kann. Daran bestehen schon aufgrund der zeitlichen Zusammenhänge erhebliche Zweifel.

Zudem weist *Battis* zutreffend darauf hin, dass sich die genannte Rechtsprechung des BGH auf die Konstellation bezieht, in der noch keine verbindliche Bauleitplanung, sondern nur der Flächennutzungsplan besteht.⁹²

⁹¹ BGH, U. v. 26.01.1978 – III ZR 184/75 –, VerwRSpr 1979, 36 (37).

⁹² *Battis*, Gutachten vom 01.09.2014, Seite 13f.

Hat die Gemeinde noch keinen Bebauungsplan festgesetzt, liegt es auf der Hand, dass den vorbereitenden Darstellungen des Flächennutzungsplans als wertbildende Faktoren eine hohe Bedeutung zukommen kann.

Liegt jedoch bereits – wie im vorliegenden Fall – eine verbindliche Bauleitplanung mit entsprechenden Festsetzungen vor, wird aus einer abweichenden Darstellung im Flächennutzungsplan nicht zwangsläufig folgen können, dass die dort vorgesehene bauliche Nutzung mit hinreichender Sicherheit zu erwarten ist.⁹³

Entscheidend ist bei der gebotenen Einzelfallbetrachtung, dass es jedenfalls schwer vertretbar sein wird, die Änderung des Flächennutzungsplans und die geplante Festsetzung des Bebauungsplans als einheitlichen Sachverhaltskomplex zu bewerten.

3. Anzurechnendes Mitverschulden

Die Vorstellung, dass die Eigentümerin ein Grundstück trotz eines hohen Verkehrswerts zu einem niedrigen Preis erworben hat und nun im Falle einer Überplanung eine hohe Entschädigungssumme erwartet, erscheint nicht ohne weiteres nachvollziehbar. Es stellt sich daher die Frage, ob sich die Kenntnis der Eigentümerin von den Darstellungen im Flächennutzungsplan sowie von den Aufstellungsbeschlüssen mindernd auf die Höhe der Entschädigungssumme auswirken kann.

Ein „Mitverschulden“ an einem planbedingten Wertverlust kann im Rahmen der Ermittlung der Höhe der Entschädigung nach der Rechtsprechung nicht berücksichtigt werden.

Den Gedanken eines „Mitverschuldens“ kennt das Planschadensrecht nicht. Die Überlegung, dass den Eigentümer, der trotz möglicher Herabzonung des Baulands in der Zukunft ein Grundstück kauft, den Vermögensschaden „mitverursacht“ habe und dies im Rahmen der Entschädigungshöhe anzurechnen wäre, wird von der Rechtsprechung ausdrücklich abgelehnt. Der BGH begründet dies damit, dass dem Käufer und neuen Eigentümer des zu entschädigenden Grundstücks schon kein Verschulden an der Herabzonung treffe. Er führt dazu aus:

„Das Zuwarten auf eine Übernahme der Flächen gegen Entschädigung kann dem Eigentümer auch nicht deshalb angesonnen werden, weil er [...] „die Spürbarkeit eines durch Herabzonung von Grundstücken eintretenden Vermögensnachteils bewusst in Kauf genommen“ habe. [...] Jedenfalls lässt sich aber in einem Fall wie dem vorliegenden nicht feststellen, dass der

⁹³ Vgl. *Battis*, Gutachten vom 01.09.2014, Seite 13f.

Eigentümer die „Entstehung eines Vermögensnachteils“ schuldhaft mitverursacht hat. Der Eigentümer hat zu dem Herabzonungsschaden keinen Beitrag geleistet, er hat diese Nachteile (durch den vorherigen Erwerb der betroffenen Flächen) nur „auf sich gelenkt“. Die in § 93 Abs. 3 S. 2 BBauG getroffene Regelung hat demgegenüber Fälle im Auge, bei denen ein entsprechendes Verhalten des Betroffenen den Schaden als solchen entweder überhaupt abgewendet oder doch gemindert hätte (Brügelmann/Pohl aaO § 93 Anm. 4). Die Ausweisung eines Grundstücks im verbindlichen Bebauungsplan als öffentliche Grünfläche steht in dieser Weise nicht zur Disposition des Eigentümers.⁹⁴

Diese Überlegung ist zutreffend und wäre auch im vorliegenden Fall entscheidend. Insbesondere geht es der Eigentümerin hier vorrangig tatsächlich um die Entwicklung des Grundstücks, so dass auch der Vorwurf rechtsmissbräuchlichen Verhaltens durch den absichtlichen Erwerb der Fläche in Aussicht auf eine hohe Entschädigung ohne die Absicht einer tatsächlichen plangemäßen Nutzung nicht durchgreifen könnte.

Entscheidend nach der Rechtsprechung ist in diesem Zusammenhang vor allem, dass die Entschädigung nach dem Planschadensrecht „objektbezogen“ ist.⁹⁵ Die Notwendigkeit einer Entschädigung im Fall der Herabzonung besteht nach den hier maßgeblichen Regelungen nicht nur gegenüber der neuen Eigentümerin. Sie hätte auch gegenüber der Post AG bestanden, da es insoweit nicht auf die Person des Eigentümers ankommen kann. Der BGH führt dazu aus:

„Der Eingriff ist ‚objektbezogen‘ [...]; über seine Zulässigkeit bestimmt allein das Gesetz. Richtig ist allerdings, dass ein Eigentümerwechsel, der vor dem Inkrafttreten des herabzonenden Bebauungsplans erfolgt, zum Nachteil der Gemeinde dazu führen kann, dass die wirtschaftlichen Interessen und Verhältnisse des neuen Eigentümers für das ‚Spürbarwerden‘ der Planungsmaßnahme ‚anfälliger‘ sind als es die des früheren Eigentümers gewesen wären. Das kann dem Erwerber aber im Rahmen der sinngemäßen Anwendung des § 254 BGB nicht entgegengehalten werden. Das Bundesbaugesetz erfasst in § 95 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 einige spezielle Verhaltensweisen des Enteigneten vor und während der Einleitung des Enteignungsverfahrens und knüpft daran die Folge einer Nichtberücksichtigung entsprechender Werterhöhungen bei der Bemessung der Entschädigung. Neben dieser Sonderregelung ist für eine Anwendung des § 254 BGB auf

⁹⁴ BGH, Urt. v. 25.11.1974 – III ZR 59/73 –, BRS 34 Nr. 119.

⁹⁵ BGH, Urt. v. 25.11.1974 – III ZR 59/73 –, BRS 34 Nr. 119.

Sachverhalte, die vor der Einleitung des Enteignungsverfahrens liegen, grundsätzlich kein Raum (Ernst/Zinkahn/Bielenberg aaO § 93 Rdn. 64 a. E.). Dazu gehört auch der Erwerb von Bauerwartungsland vor dessen verbindlicher Ausweisung im Bebauungsplan als öffentliche Grünfläche, mag dieser Erwerb auch in der Hoffnung erfolgt sein, die erworbene Fläche werde in absehbarer Zeit in die Qualität von Bauland hineinwachsen (im Ergebnis ebenso Schrödter, DVBl. 1974, 438).⁹⁶

Ein „Mitverschuldensanteil“ der Eigentümerin, weil diese das Grundstück von der Post AG gekauft hat, obwohl ihr der Flächennutzungsplan und der Aufstellungsbeschluss von 1986 sowie der Aufstellungsbeschluss von 2000 bekannt waren, kann somit ausgeschlossen werden.

4. Wertermittlung

a) Prüfungsmaßstab

Soweit es um die konkrete Ermittlung der Entschädigungshöhe geht, kann sich die rechtsgutachterliche Überprüfung des Gutachtens über den Verkehrswert von *Schwenck* sowie auf den Vermerk zum Grundstückswert durch *Unger* – Vermessungsamt des Bezirks Charlottenburg-Wilmersdorf (Stadt III E) vom 29.09.2011 zu den unterschiedlichen Grundstückswert-Szenarien nur auf die zutreffende Anwendung der zur Ermittlung herangezogenen Verfahren sowie Verfahrensgrundsätze und eine allgemeine Plausibilitätskontrolle beziehen.

Bei der Wahl der Verfahren sowie bei einzelnen im Rahmen der Wertermittlung getroffenen Bewertungen steht dem Gutachter ein gerichtlich nicht überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu. Ob die Methode eines Gutachters im Einzelnen sachgerecht ist oder nicht, ist keine Rechtsfrage, sondern eine nicht reversible Tatfrage.⁹⁷

Im Rahmen einer gerichtlichen Überprüfung würde ein Gericht eingereichte private Wertgutachten oder durch das Gericht beauftragte Sachverständigengutachten ebenfalls nur auf Plausibilität und Vereinbarkeit mit der ImmoWertV bzw. mit allgemeinen Verfahrensprinzipien überprüfen.

⁹⁶ BGH, Urt. v. 25.11.1974 – III ZR 59/73 –, BRS 34 Nr. 119.

⁹⁷ Vgl. BVerwG, Beschl. v. 28.07.2010 – 4 B 11.10 –, ZfBR 2010, 695 (695).

Dies zugrunde gelegt, kann die persönliche und unverbindliche Schätzung *Finkelburgs* auf 5 bis 10 Mio. €⁹⁸ nicht überprüft werden, da die genannten Zahlen nicht näher plausibilisiert werden.

b) Ausgangsdaten

Sowohl *Schwenck* als auch *Unger* gehen zunächst von einem zutreffenden Sachverhalt aus und ebenfalls von zutreffenden bauplanungsrechtlichen Voraussetzungen durch den Baunutzungsplan i.V.m. der BO 58 und dem f.f. Straßen- und Baufluchtlinien.

Da die rechtliche Bewertung gegen eine enteignungsrechtliche Vorwirkung bis zum Zeitpunkt des Aufstellungsbeschlusses 1986 bzw. 2000 spricht, wird in erster Linie die Ermittlung *Schwencks* zu den Verkehrswerten für Bauland zum Stichtag 18.08.2014 auf Plausibilität hin überprüft. Das Gleiche ist für den Vermerk *Ungers* festzuhalten.

Schwenck legt, aufgrund seines Gutachterauftrags, den Qualitätsstichtag nicht selbst fest, sondern orientiert sich zum einen an der Auffassung *Finkelburgs* und prüft den Rohbauwert zum Zeitpunkt des Planaufstellungsbeschlusses sowie den Baulandwert zum Zeitpunkt der Begutachtung. Dabei berücksichtigt er jeweils auch eine ggf. bestehende Wartezeit.

Auch *Unger* nimmt keine eigene juristische Bewertung vor, sondern orientiert sich an den von *Groth*, *Haafß* und *Finkelburg* getroffenen Annahmen und ermittelt, die verschiedenen Szenarien jeweils zugrunde gelegt, nach jeder der Ausgangssituationen eine zu erwartende Entschädigung.

Da die vorliegende rechtliche Beurteilung das Ergebnis von *Groth*, der davon ausgeht, dass eine Entschädigung allein für eine Grünfläche zu leisten wäre, nicht bestätigt, wird vorrangig das „Szenario 2“ betrachtet. Dieses Szenario kommt der rechtlichen Bewertung des vorliegenden Falls am nächsten.

c) Verfahrenswahl

Hinsichtlich der Verfahrenswahl gibt *Schwenck* zutreffend wieder, dass für den Verkehrswert unbebauter Grundstücke nach § 16 ImmoWertV vorrangig das Vergleichswertverfahren anzuwenden ist. Das Gutachten stellt sodann dar, dass das Vergleichswertverfahren

⁹⁸ *Finkelburg*, Gutachten vom 16.06.2014, Seite 13.

anhand von Verkaufsfällen insbesondere bei der Bewertung von Bauland als regelmäßig geeignet erscheint.⁹⁹

Grundsätzlich gilt – wie bereits dargestellt – dass das Vergleichswertverfahren die vom Ordnungsgeber vorrangig anzuwendende Methode ist. Die Rechtsprechung stellte bereits 1996 klar:

„Kann eine in der WertV 88 vorgesehene Methode nicht angewandt werden, hindert dies nicht, andere Methoden zu entwickeln und anzuwenden. Die Verordnung ist insoweit nicht abschließend.“¹⁰⁰

Dies gilt auch für die später in Kraft getretene ImmoWertV. Die allgemein anerkannten Grundsätze der ImmoWertV müssen jedoch bei der Wertermittlung beachtet werden.¹⁰¹

Die Bodenwertermittlung durch deduktiven Preisvergleich bei werdendem Bauland nach *Seele* ist in der Wertermittlungspraxis allgemein anerkannt.¹⁰² Obwohl das Verfahren zur WertV entwickelt wurde, gilt es auch als mit der ImmoWertV vereinbar.¹⁰³

Zwar legt die ImmoWertV fest, dass das Vergleichswertverfahren mit Vergleichswerten oder Bodenrichtwerten vorrangig zu wählen ist. Allerdings geht die Wertermittlungspraxis davon aus, dass gerade im Entwicklungsstadium des werdenden Baulandes entscheidende Voraussetzungen für das Vergleichswertverfahren fehlen.¹⁰⁴ Hiervon geht auch *Schwenck* aus. *Unger* stellt ebenfalls dar, dass die Wertermittlung durch eine Deduktion erfolgen kann.¹⁰⁵

d) Anwendung der Deduktionsmethode

aa) Berücksichtigung von Befreiungen

Ebenfalls relevant und bislang nicht thematisiert ist die Frage, ob im Rahmen der Wertermittlung mögliche Befreiungen gemäß § 31 Abs. 2 BauGB von der festgesetzten GFZ von 0,9 auf eine GFZ von 1,2 zu berücksichtigen wären. Dieser Frage ist bislang weder *Schwenck* noch *Unger* nachgegangen, obwohl sich eine mögliche gebotene Berücksichtigung der im Rahmen von Befreiungen zulässigen GFZ spürbar in der Wertermittlung niederschlagen würde.

⁹⁹ *Schwenck*, Gutachten vom 18.08.2014, Seite 33.

¹⁰⁰ BVerwG, Urt. v. 16.01.1996 – 4 B 69/95 –, BRS 58 Nr. 243.

¹⁰¹ Vgl. BVerwG, Urt. v. 17.05.2002 – 4 C 6/01 –, Juris Rn. 21.

¹⁰² *Reuter*, Deduktiver Preisvergleich für werdendes Bauland im Kontext der ImmoWertV – Erster Teil, *immobilien & bewerten*, 2/2011 52 (52).

¹⁰³ *Reuter*, Anmerkungen zum deduktiven Preisvergleich für werdendes Bauland unter Beachtung der ImmoWertV, *fub* 5/2009, 193 (195).

¹⁰⁴ *Reuter*, Deduktiver Preisvergleich für werdendes Bauland im Kontext der ImmoWertV – Erster Teil, *immobilien & bewerten*, 2/2011 52 (52).

¹⁰⁵ *Unger*, Vermerk vom 29.09.2011, Seite 5.

Gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 ImmoWertV ergeben sich Art und Maß der baulichen oder sonstigen Nutzung in der Regel aus den für die planungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben maßgeblichen §§ 30, 33 und 34 des Baugesetzbuchs und den sonstigen Vorschriften, die die Nutzbarkeit betreffen. Demnach ist grundsätzlich von der zulässigen Nutzung auszugehen. Die Abweichungsentscheidung nach § 31 Abs. 2 BauGB ist gerade nicht Teil der zulässigen Nutzung, sie weicht vielmehr von dieser ab und findet daher nach § 6 Abs. 1 Satz 1 ImmoWertV grundsätzlich keine Berücksichtigung.

Gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 ImmoWertV ist jedoch die Nutzung maßgebend, die im gewöhnlichen Geschäftsverkehr zugrunde gelegt wird, wenn vom Maß der zulässigen Nutzung in der Umgebung regelmäßig abgewichen wird. Diese marktüblich realisierte Nutzung wird auch als *lagetypische Nutzung* bezeichnet und setzt eine regelmäßige Befreiungspraxis voraus.¹⁰⁶

Liegt tatsächlich eine vom Bebauungsplan abweichende Nutzung im maßgeblichen Zeitraum vor, sind jedoch ggf. damit verbundene Kosten für die Befreiung ebenfalls zu berücksichtigen.¹⁰⁷

Im Fall der vom Baunutzungsplan i.V.m. des BO 58 festgesetzten GFZ ist die Annahme einer regelmäßigen Abweichung von der grundsätzlich zulässigen Nutzung durchaus naheliegen. Die Befreiungspraxis der West-Berliner Bezirksverwaltungen von den Festsetzungen des Baunutzungsplans i.V.m. der BO 58 kann durchaus als durchaus weitreichend insbesondere in den innenstadtnäheren Lagen bewertet werden. Der Bezirk Charlottenburg-Wilmersdorf bildet insoweit keine Ausnahme. Auch in der näheren Umgebung der als Kleingartenkolonie genutzten Grundstücke ist eine Vielzahl von Befreiungen vom Maß der baulichen Nutzung, insbesondere von der festgesetzten GFZ von 0,9 erteilt worden, wie sich aus den mit E-Mail der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vom 27.11.2014 weitergeleiteten Unterlagen *Haaß*‘ zur Dokumentation der Befreiungspraxis im Bezirk zeigt.

bb) Wahl des Ausgangswertes

Im Rahmen des Wertermittlungsverfahrens nach der Deduktionsmethode ist der Bodenwert *B* der Berechnung zugrunde zu legen. Hierunter ist nach *Seele* der Wert zu verstehen, der für das – aus dem werdenden Bauland zu entwickelnde – erschließungsbeitragsfreie baureife Land nach den allgemeinen Wertverhältnissen zum Stichtag zu erwarten ist.

Schwenck ermittelt anhand der Vergleichsmethode mit Verkaufswerten nach Anpassung der Werte durch einen Lagezuschlag und einen konjunkturellen Zuschlag als arithmetisches

¹⁰⁶ Vgl. *Kleiber*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: 07/2014, ImmoWertV, § 6 Rn. 13.

Mittel einen Wert von 714 €/m²¹⁰⁸. Dies entspricht annähernd dem ursprünglich von *Haaß*¹⁰⁹ zugrunde gelegten Wert von 750 €/m².

Als Bodenwert B legt *Schwenck* jedoch nicht den anhand von Vergleichskäufen im Vergleichswertverfahren ermittelten Wert zugrunde, sondern zieht den angepassten Bodenrichtwert heran, der im Fall des Baulands zum vom Gutachten gewählten Wertermittlungstichtag 100 €/m² geringer ist als der mit der Vergleichswertmethode ermittelte Wert:

Diese gutachterliche Entscheidung von *Schwenck* führt somit im Ergebnis für die betrachteten Fälle Ia und Ib zu niedrigeren Werten als bei einer Anwendung des Vergleichswerts, für die Fälle IIa und IIb führt dies zu höheren Werten, da der für das Deduktionsverfahren für Rohbauland im Jahr 2000 zugrunde gelegte Bodenrichtwert mit 777 €/m² leicht über dem ermittelten Vergleichswert mit 754 €/m² liegt.

Demgegenüber legt *Unger* in seiner Bewertung einen Ausgangswert von lediglich 560 €/m² zugrunde. Als Anmerkung hierzu wird lediglich ausgeführt, der Wert ergebe sich aus dem umgebungsbezogenen Richtwert unter Würdigung der bestehenden Marktverhältnisse und unter Berücksichtigung der Lage und der GFZ-Unterschiede.¹¹⁰

Konkrete Angaben – etwa die herangezogenen umgebungsbezogenen Richtwerte – zu dieser Erklärung liegen nicht vor, sodass die erhebliche Differenz zwischen dem von *Schwenck* gewählten Ausgangsbodenwert von 614 €/m² und dem von *Unger* gewählten Wert von 560 €/m² nicht aus sich heraus nachvollziehbar ist. Es ist jedoch davon auszugehen, dass die Differenz – soweit sie nicht auf gutachterlicher Wertung beruht – auf die unterschiedlichen Zeitpunkte der Bewertung und die innerhalb der Zwischenzeit eingetretene Wertsteigerung für Wohnbauflächen zurückzuführen ist.

Dagegen könnte jedoch sprechen, dass auch das von *Haaß* mit E-Mail vom 26.11.2014 an die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen überreichte Wertgutachten der Sachverständigen *Dipl.-Ing Robert Vorreiter* und *Katja Giller* vom 27.08.2014 einen Ausgangswert von 567 € wählt. Dieser Wert kommt der Annahme *Ungers* sehr nahe.

cc) Zu berücksichtigende Positionen

Die Deduktionsmethode für werdendes Bauland geht von der Überlegung aus, dass sich die bauliche Nutzbarkeit im Preisverhalten des Grundstücksverkehrs nicht erst ab der Erlangung der Baureife auswirkt. Schon zu einem früheren Zeitpunkt beeinflusse die bloße

¹⁰⁷ Vgl. *Freise*, in: Brügelmann, BauGB, Stand: 2014, ImmoWertV, § 6 Rn. 23.

¹⁰⁸ *Schwenck*, Gutachten vom 18.08.2014, Seite 40.

¹⁰⁹ *Haaß*, Gutachten vom 02.11.2010, Seite 25.

¹¹⁰ *Unger*, Vermerk vom 29.09.2011, Seite 6.

Chance einer künftigen Bebauung die Bodenpreisbildung. Ausgehend von dem Preis für vergleichbares baureifes Land, bestimmt sich der Preis des werdenden Baulands insbesondere durch die Wartezeit sowie die zu tätigenen Aufwendungen.¹¹¹

*Haaß*¹¹² legt seiner überschlägigen Wertermittlung den Ausgangswert von 750 €/m² zugrunde und berücksichtigt die zu erwartenden Erschließungskosten mit ca. 50 €/m². Die abzutretenden Verkehrsflächen berücksichtigt er, indem er seinen Ausgangswert nur dem nutzbaren Bauland zugrunde legt. Weitere wertbildende Faktoren, wie die erforderliche Freimachung, Bodenneuordnung, mögliche Entschädigungskosten sowie Zinsaufwendungen bei einer Wartezeit bleiben bei seiner Betrachtung unberücksichtigt, während diese Parameter sowohl bei *Schwenck* als auch bei *Unger* gewürdigt werden.

Soweit *Schwenck* die weiteren im Rahmen der Deduktionsmethode zu berücksichtigenden Werte (Entschädigungskosten für Pächter, Beräumungskosten, Erschließungskosten, Entwicklungskosten, Wartezeit, Zinsen) schätzt, können diese Schätzwerte nicht auf ihre Richtigkeit hin überprüft werden.

Die Methode von *Seele* geht ebenfalls von einer Schätzung durch den Gutachter aus.¹¹³ Daher erscheint das Vorgehen anhand von Schätzwerten als solches gerechtfertigt. Die Kosten für die Beräumung werden mit 960.000 €, Entschädigungskosten mit 3.000.000 €, die Kosten der Erschließung mit 4.290.000 € bzw. 3.650.000 € sowie Kosten für Neuordnung mit 100.000 € veranschlagt. Die konkreten Veranschlagungen werden jeweils nachvollziehbar begründet, die Berechnungen werden dargestellt und erscheinen plausibel.

In der Stellungnahme von *Unger* werden ebenfalls verschiedenen Kostenpositionen vom Ausgangswert in Abrechnung gestellt. So sind nach der Darstellung von dem Ausgangswert 180 €/m² als Erschließungsaufwand, 50 €/m² als Freimachungsaufwand sowie 50 €/m² für sonstige Kosten, wie zum Beispiel die Bodenneuordnung abzuziehen. Im Rahmen der sonstigen Kosten werden auch längere unrentierliche Wartezeiten mitberücksichtigt, sodass die Berechnung *Ungers* in etwa der Berechnung *Ib* im *Schwenck*-Gutachten entspricht.

Wie sich die Kosten im Vermerk *Ungers* konkret zusammensetzen bzw. auf welchen Quellen die konkreten Werte beruhen, ist nicht unmittelbar erkennbar, was jedoch wohl darauf zurückzuführen sein dürfte, dass es sich nicht um ein öffentliches Gutachten, sondern um einen internen amtlichen Vermerk handelt, der eine eher überschlägige Wertermittlung enthält.

¹¹¹ *Seele*, Bodenwertermittlung durch deduktiven Preisvergleich, VR 60/8, 393 (400).

¹¹² *Haaß*, Gutachten vom 02.11.2010, Seite 25.

¹¹³ *Reuter*, Anmerkungen zum deduktiven Preisvergleich für werdendes Bauland unter Beachtung der ImmoWertV, fub 5/2009, 193 (194) m.w.N.

Die von *Unger* angenommene Kostenposition des Erschließungsaufwands in einer Höhe von 180 €/m²¹¹⁴ weicht erheblich von der Berechnung *Schwencks* ab, der die veranschlagten Kosten für die Herstellung der Erschließung nicht anhand der gesamten Grundstücksgröße, sondern isoliert für die Straßenfläche berechnet. *Unger* veranschlagt somit im Rahmen des Erschließungsaufwandes 16.701.300 €.

Allerdings berücksichtigt *Unger* bei diesen Kosten des Erschließungsaufwands bereits den Wert, der durch die Abtretung der Verkehrsflächen einzustellen ist. Diesen Wert berücksichtigt *Schwenck* gesondert indem er im weiteren Verlauf der Wertermittlung lediglich 77,7 % des Grundstückswerts veranschlagt und somit die ca. 22,2 % Straßen- und Wegeflächen von der Gesamtfläche aus der Wertermittlung herausnimmt.¹¹⁵

Für die 19.050 m² abzutretende Erschließungsflächen würden nach dem Vorgehen von *Schwenck* 11.696.700 € anfallen. Zusammen mit den Kosten für die Herstellung der Erschließung kommt *Schwenck* daher auf einen Wert von 15.982.950 €, der der Größenordnung des von *Unger* angenommenen Erschließungsaufwandes in Höhe von 180 €/m² (16.701.300 €) im Wesentlichen entspricht.

Die Bedenken *Haaß'* aus der E-Mail an die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vom 26.11.2014, die 180 €/m² seien möglicherweise zu Unrecht für die gesamte Grundstücksfläche herangezogen worden, ist somit zurückzuweisen. Es handelt sich lediglich um eine Einbeziehung dieser Position an anderer Stelle.

Da im Vermerk *Ungers* bereits eine längere unrentierliche Vorhaltezeit kostenmäßig mitberücksichtigt wird, entspricht die Ermittlung im Wesentlichen der Ermittlung *Schwencks* unter Ib, denn im Rahmen dieser Berechnung wird ebenfalls eine längere Wartezeit unterstellt. Während *Unger* die längere Wartezeit durch eine Pauschale berücksichtigt¹¹⁶, ermittelt *Schwenck* entsprechend der Deduktionsmethode nach *Seele* einen Abzinsungsfaktor.¹¹⁷

e) Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Vorgehensweisen von *Schwenck* und *Unger* einander sehr ähnlich sind und grundsätzlich zu vergleichbaren Ergebnissen kommen. Sie erscheinen aus rechtlicher Sicht plausibel. Abweichungen zwischen beiden Ermittlungen sind – abgesehen von gutachterlichen Gewichtungen – in erster Linie auf die unterschiedlichen Beurteilungszeitpunkte zurückzuführen.

¹¹⁴ *Unger*, Vermerk vom 29.09.2011, Seite 6.

¹¹⁵ *Schwenck*, Gutachten vom 18.08.2014, Seite 64f.

¹¹⁶ *Unger*, Vermerk vom 29.09.2011, Seite 6.

¹¹⁷ *Schwenck*, Gutachten vom 18.08.2014, Seite 66f.

Aufgrund der langjährigen Verwaltungspraxis im Bezirks Charlottenburg-Wilmersdorf auch in der unmittelbaren Umgebung des Grundstücks erscheint es sehr gut vertretbar, dass Befreiungen von der GFZ ausnahmsweise bei der Verkehrswertermittlung zu berücksichtigen sind.

IV. Ergebnis zu III.: Höhe der Entschädigung

Abschließend ist festzuhalten, dass der für den Fall einer Entschädigung ermittelte Verkehrswert anhand der aufgezeigten Methoden grundsätzlich nicht zu beanstanden ist. Wird eine mögliche Wartezeit – wie im Vermerk *Ungers* und im Gutachten *Schwencks* unter Ib – berücksichtigt, was aufgrund der Rechtslage, insbesondere Streitigkeiten mit den Pächtern, geboten erscheint, sind die veranschlagten Werte (*Schwenck* Ib: 31.000.000 € bzw. *Unger*: 26.000.000 €) grundsätzlich als realistische Kenngrößen einzustufen. Dabei ist jedoch darauf hinzuweisen, dass sich ggf. eine Erhöhung der Entschädigungswerte bei einer Berücksichtigung etwaiger Befreiungsansprüche ergeben kann.

Die von *Groth* geschätzte Entschädigung (die nach *Unger* ca. 870.000 € entspräche) ist aufgrund der rechtlichen Bewertung nicht als realistisch zu beurteilen. Die von *Haaß* veranschlagte Summe in Höhe von 50.000.000 € berücksichtigt wesentliche wertbildende, hier konkret wertmindernde Faktoren nicht und erscheint aus diesem Grund zwar nicht als Ergebnis, sondern allenfalls als Ausgangswert für eine weitere Wertermittlung geeignet.

Die persönliche und unverbindliche Schätzung *Finkelburgs* erscheint aufgrund der fehlenden Plausibilisierung nicht aussagekräftig.

Berlin, den 06.01.2015

Dr. Andreas Möller

Maximiliane Hatz