

**Fraktion der CDU und Fraktion der Piraten  
in der BVV Charlottenburg-Wilmersdorf**

Rechtsgutachten zu Entschädigungsfragen im Zusammenhang mit der  
Festsetzung des Bebauungsplanes IX-205a „Kolonie Oeynhausen“

**Berlin, den 14. April 2015**  
**Dr. Michael Wild**

EAH-76732

**MALMENDIER PARTNERS**

Malmendier Hellriegel Rechtsanwälte





**Fraktion der CDU und Fraktion der Piraten  
in der BVV Charlottenburg-Wilmersdorf**

**Rechtsgutachten zu Entschädigungsfragen im Zusammenhang mit der  
Festsetzung des Bebauungsplanes IX-205a „Kolonie Oeynhausen“  
in Berlin-Charlottenburg-Wilmersdorf**

<b>A. ZUSAMMENFASSUNG .....</b>	<b>4</b>
<b>B. SACHVERHALT UND FRAGESTELLUNG .....</b>	<b>6</b>
<b>I. SACHVERHALT .....</b>	<b>6</b>
<b>II. FRAGESTELLUNG .....</b>	<b>10</b>
<b>C. RECHTLICHE WÜRDIGUNG .....</b>	<b>12</b>
<b>I. FUNKTIONSLOSIGKEIT DES BEBAUUNGSPLANES.....</b>	<b>13</b>
1. Rechtlicher Maßstab .....	13
2. Keine Funktionslosigkeit im vorliegenden Fall .....	14
<b>II. ERSCHLIESSUNG .....</b>	<b>16</b>
1. Begriff der Erschließung .....	17
2. Erschließungssituation.....	18
3. Rechtliche Bewertung der Erschließungssituation .....	19
a) <i>Forckenbeckstraße</i> .....	19
b) <i>Kissinger- und Reichenhaller Straße</i> .....	22
c) <i>Reichweite der Erschließung – Hintere Grundstücksbereiche</i> .....	23
3. Zusammenfassende Würdigung der Erschließung .....	26
<b>III. ISOLIERTE EIGENTUMSVERDRÄGENDE PLANUNG („SONDEROPFER“) .....</b>	<b>27</b>
1. Verfassungswidrigkeit der „Sonderopfer-Rechtsprechung“ .....	28
2. Keine „isolierte eigentumsverdrängende Planung“ .....	31
3. Ergebnis.....	33
<b>IV. SICHERUNG DER ERSCHLIEßUNG NACH § 124 BAUGB – ERSCHLIESSUNGSANGEBOT ...</b>	<b>34</b>
1. Anforderungen an ein Erschließungsangebot .....	34
2. Hinreichende Konkretisierung des Angebotes von Lorac .....	35
3. Geringere Anforderungen wegen „Passivität“ des Bezirksamtes? .....	39
4. Unzumutbarkeit wegen geänderter planerischer Vorstellungen.....	41
a) <i>Unzumutbarkeit nach Treu und Glauben – Ansatz des OVG Münster</i> .....	42



b) „Ernsthafte“ Planungsbemühungen .....	43
c) Ergebnis.....	44
5. Fazit .....	45
<b>V. HILFSWEISE: KRITERIEN FÜR DIE BESTIMMUNG DER ENTSCHÄDIGUNGSHÖHE (GUTACHTENFRAGE 2) .....</b>	<b>45</b>
1. Qualitätsstichtag – Vorwirkung des Bebauungsplanes .....	46
a) Grundsatz der „Vorwirkung der Enteignung“ .....	46
b) Anwendung der Kriterien im vorliegenden Fall .....	48
c) Kausalität.....	48
d) Bestimmtheit .....	49
e) Enteignung „mit Sicherheit zu erwarten“ .....	49
f) Ausschluss von der konjunkturellen Weiterentwicklung .....	50
g) Ergebnis.....	51
2. Qualität des Grundstücks.....	52
a) Grundstückszustand: Rohbauland .....	52
b) Auswirkungen der Festsetzung „Kleingärten“ im FNP .....	52
c) Auswirkungen auf den Entschädigungswert .....	54
3. Deckelung der Höhe der Entschädigung .....	55
<b>VI. GESAMTWÜRDIGUNG .....</b>	<b>56</b>



## A. ZUSAMMENFASSUNG

### **Gutachtenfrage 1 – Bestehen eines Entschädigungsanspruchs**

Lorac hätte im Falle der Festsetzung des B-Planes IX-205a unseres Erachtens keinen Anspruch auf Entschädigung gemäß § 42 Absatz 2 BauGB:

1. Die Grundstücke im Gebiet des Bebauungsplanentwurfes IX-205a sind seit jeher hinreichend erschlossen. Lediglich für das südöstliche Viertel des Plangebietes ist eine Erschließung aus rechtlicher Sicht nicht sicher zu bejahen, weil das dort gelegene Grundstück auf eine Zuwegung über die Nachbargrundstücke angewiesen ist. Soweit die Grundstücke erschlossen sind, ist die 7-Jahres-Frist des § 42 Absatz 2 BauGB abgelaufen, eine Entschädigung für die Aufhebung der Nutzbarkeit als Wohnbauflächen kann die Grundstückseigentümerin daher nicht beanspruchen.
2. Eine Entschädigung nach Ablauf der 7-Jahres-Frist kann auch nicht nach den Grundsätzen der „isolierten eigentumsverdrängenden Planung“ des Bundesgerichtshofes („Sonderopfer-Rechtsprechung“) verlangt werden, denn diese wurden vom Bundesverfassungsgericht im Dezember 2014 für verfassungswidrig erklärt; außerdem liegt hier gerade keine „isolierte“ Grünfestsetzung im Sinne dieser Rechtsprechung vor.
3. Auch soweit die Vorhabengrundstücke als bislang nicht erschlossen anzusehen sein sollten, bestünde unseres Erachtens kein Entschädigungsanspruch, denn das von der Grundstückseigentümerin unterbreitete Erschließungsangebot vom 1. Februar 2011 war „unzumutbar“ im Sinne von § 124 BauGB: Es war nicht ansatzweise so konkret, wie von der Rechtsprechung gefordert. Zudem waren dem Bezirk weitere Verhandlungen wegen des laufenden und ernsthaft betriebenen Bebauungsplanverfahrens nach Treu und Glauben unzumutbar. Insoweit sind wir anderer Auffassung als das Verwaltungsgericht Berlin und halten das noch nicht rechtskräftige Urteil vom 9. Mai 2014 für falsch.

### **Gutachtenfrage 2 – Höhe der Entschädigung (hilfsweise)**

Nach den Ergebnissen zu vorstehenden Punkten 1 bis 3 stellt sich die Frage der Entschädigungshöhe im vorliegenden Fall nicht. Hilfsweise, und – entgegen unseren obigen Schlussfolgerungen – unterstellt, die Vorhabengrundstücke wären bislang nicht hinreichend erschlossen und das Erschließungsangebot vom 1. Februar 2011 wäre zumutbar gewesen, lässt sich Gutachtenfrage 2 wie folgt beantworten:



4. Der Qualitätsstichtag für die Wertermittlung des Grundstücks wäre aufgrund der hier anzuwendenden Vorwirkungs-Rechtsprechung auf den Tag vor dem Aufstellungsbeschluss vom 20. Juni 2000 festzulegen.
5. Bei der Wertermittlung wäre auszugehen von der Qualität „Rohbauland“; im Hinblick auf den am Qualitätsstichtag bereits geänderten Flächennutzungsplan, der das Gebiet als Grünfläche darstellt, wäre davon aber ein erheblicher Abschlag vorzunehmen; insoweit kann nach unserer – insoweit nicht sachverständigen – Einschätzung der von Lorac tatsächlich gezahlte Kaufpreis ein Anhaltspunkt sein.
6. Speziell die gegenwärtige Grundstückseigentümerin Lorac ist schon deshalb nicht entschädigungsberechtigt, weil die Wertminderung bereits vor ihrem Erwerb der Vorhabengrundstücke eingetreten ist (wenn man eine Vorwirkung des Aufstellungsbeschlusses bejaht): Lorac hat ein bereits zu Kleingartenland herabgestuftes Grundstück zum Preis von Kleingartenland erworben; die spätere Realisierung der Herabstufung bedeutet für sie daher keinen zu entschädigenden Verlust.



## B. SACHVERHALT UND FRAGESTELLUNG

### I. SACHVERHALT

1. Der Geltungsbereich des Bebauungsplanentwurfes IX-205a umfasst die circa 93.000 qm große Fläche der vier Grundstücke Forckenbeckstraße 64 – 75, Kissinger Straße 27 in Berlin-Wilmersdorf (im Folgenden auch: die Vorhabengrundstücke).

Grundbuch von Berlin-Schmargendorf beim Amtsgericht Schöneberg, **Blatt 2076** (Flurstück Nr. 95/2), **Blatt 5481**, (Flurstücke Nr. 90/4, 1119/90, 1120/90, 1134/90, 1142/90, 1143/90), **Blatt 5554** (Flurstücke Nr. 1123/90, 1124/90, 1135/90, 1144/90, 1145/90, 1141/90) und **Blatt 5557** (Flurstücke Nr. 90/2, 1121/90, 1122/90, 1133/90). Hinzu kommt das Grundstück **Blatt 5487** (Flurstücke Nr. 88/2, 90/6), bei dem es sich aber um zwei Restflächen außerhalb der Baufelder handelt und das deshalb im weiteren außer Betracht bleiben kann.

Die im Wesentlichen rechteckige Fläche grenzt mit der nördlichen Schmalseite an die Forckenbeckstraße und reicht südlich bis zur Höhe der Reichenhaller Straße. Die gesamte Fläche ist unbebaut und wird seit 1904 kleingärtnerisch genutzt. Sie ist mit rund 300 Parzellen Teil der Kleingartenkolonie Oeynhausen, die sich in der südlichen Verlängerung weiter bis zur Friedrichshaller Straße erstreckt. Östlich angrenzend liegen weitere, große Kleingartenflächen. Westlich grenzen vier langgestreckte, mehrgeschossige Wohngebäude in offener Bauweise an, die Ende der 70er Jahre errichtet wurden. Nördlich, jenseits der Forckenbeckstraße, liegen Freiflächen und Sportanlagen, die sich in nordöstlicher Richtung jenseits der Stadtautobahn mit weiteren Kleingartenanlagen fortsetzen.

Die Grundstücke im Plangebiet gehörten ursprünglich der Bundespost und wurden von dieser an den Bezirksverband der Kleingärtner und Siedler Berlin-Wilmersdorf e.V. zum Zwecke der kleingärtnerischen Nutzung verpachtet. Mit Kaufvertrag vom 1. April 2008 veräußerte die Deutsche Post AG die Grundstücke an die Lorac Investment Management S.a.r.l. (im Folgenden: Lorac) zu einem Kaufpreis von rund EUR 600.000,00.

2. Planungsrechtlich gilt für die Grundstücke der Baunutzungsplan i. V. m. der Bauordnung für Berlin 1958 (BauO 1958), da ein jüngerer Bebauungsplan bisher nicht erlassen wurde. Der Baunutzungsplan stellt die Fläche, ebenso wie die östlich und südlich angrenzenden Grundstücke, als allgemeines Wohngebiet mit der Baustufe III/3 dar. Zusätzlich existieren Baufluchtlinien und förmlich festgesetzte Straßenfluchtlinien für die Fortsetzung des existierenden, rechtwinkligen Straßenrasters



des westlich angrenzenden Wohngebietes; das Plangebiet entspricht dabei der Breite und der Länge von zwei Baublöcken und wird etwa mittig durch die festgesetzte Verlängerung der Kissinger Straße durchschnitten und westlich, südlich und östlich von neuen Straßen umgeben. Die festgesetzten, umgebenden Straßen liegen jeweils bis zu ihrer Mitte im Plangebiet, die querende Verlängerung der Kissinger Straße liegt vollständig im Plangebiet; die festgesetzten Straßenflächen sind Teil der vorhandenen Grundstücke; im Grundbuch ist für die entsprechenden Teilflächen jeweils eine Verpflichtung des Eigentümers zur unentgeltlichen Überlassung als Straßenland an das Land Berlin eingetragen. Baulich wurden die Straßen bisher nicht hergestellt.

Der seit 1988 geltende Flächennutzungsplan für Berlin vom 8. April 1984 wies die südlich der verlängerten Kissinger Straße gelegenen Teile des Plangebietes als Grünfläche mit der Zweckbestimmung „Kleingärten“ aus. Erstmals im Flächennutzungsplan Berlin vom 1. Juli 1994 (nicht erst seit der Neubekanntmachung 1998) ist auch die nördliche Fläche als Grünfläche mit der Zweckbestimmung „Kleingärten“ dargestellt.

3. Am 26. August 1986 stellte das Bezirksamt Wilmersdorf für einen auch das jetzige Plangebiet umfassenden Bereich den Bebauungsplan IX-150 auf, der dort im Wesentlichen die existierenden Kleingartenflächen sichern sollte. Das Bebauungsverfahren wurde in der Folgezeit nicht aktiv betrieben. Durch Beschluss vom 16. Dezember 1999 forderte die Bezirksverordnetenversammlung Wilmersdorf das Bezirksamt dazu auf, die Kleingartenkolonien Oeynhausen und Mannheim durch Festsetzung eines entsprechenden Bebauungsplanes als Dauerkleingartenfläche zu sichern. Am 20. Juni 2000 verfasste das Bezirksamt dementsprechend einen Aufstellungsbeschluss für den Bebauungsplan IX-205, zugleich wurde das ältere Bebauungsverfahren IX-150 eingestellt. In der Folgezeit wurde die Öffentlichkeits- und die Trägerbeteiligung durchgeführt; aufgrund von Bedenken der Senatsverwaltung für Finanzen im Hinblick auf mögliche Entschädigungsfragen wurde das Verfahren seit Anfang 2003 nicht aktiv weiterbetrieben.

Am 8. September 2009 beschloss das Bezirksamt Charlottenburg-Wilmersdorf das Bebauungsverfahren aufzuspalten und für den hier zu untersuchenden Bereich als Bebauungsverfahren IX-205a weiter zu führen; Ziel war weiterhin die Sicherung der Kleingartennutzung. Vom 30. August 2010 bis zum 3. November 2010 wurde für den Bebauungsplanentwurf IX-205a die Öffentlichkeitsbeteiligung und bereits im September 2010 die Trägerbeteiligung durchgeführt. Im Mai 2012 legte das Stadtentwicklungsamt einen abschließenden Entwurf für die Auswertung der Öffentlichkeitsbeteiligung gemäß § 3 Absatz 2 BauGB vor, der die Festsetzung



des Bebauungsplanes unter der Voraussetzung empfiehlt, dass die Übernahme der Kosten eines eventuellen Übernahmeanspruchs der Eigentümerin vom Kleingartenverband Wilmersdorf e.V. vertraglich sicher gestellt werde.

4. Unter dem 1. Februar 2011 beantragte Lorac die Erteilung eines Bauvorbescheides für die Fläche. Mit drei Fragen wurde dabei zunächst die planungsrechtliche Zulässigkeit einer geschlossenen, dreigeschossigen Bebauung entsprechend den Vorgaben des Baunutzungsplanes und der Bauordnung 1958 abgefragt; eine vierte Frage richtete sich auf die Möglichkeit einer Befreiung von der festgesetzten geschlossenen Bauweise. Dem Vorbescheidsantrag beigefügt war ein knapp gehaltenes (rund eine Seite langes) Erschließungsangebot.

In der Folgezeit fanden zwischen Lorac und dem Bezirksamt wiederholt Gespräche statt, in deren Verlauf Lorac einen Antrag auf Aufstellung eines vorhabenbezogenen Bebauungsplanes ankündigte, mit dem eine Bebauung der westlichen Grundstückshälfte mit erhöhter Dichte festgesetzt werden sollte, während die östliche Hälfte unentgeltlich auf das Land Berlin zur dauerhaften Sicherung der Kleingärten übertragen werden sollte. Mit Beschluss vom 17. Januar 2013 nahm die Bezirksverordnetenversammlung diesen Vorschlag zustimmend zur Kenntnis. Mit Beschluss vom 15. August 2013 rückte die Bezirksverordnetenversammlung hiervon wieder ab, um die Berücksichtigung eines zwischenzeitlich zugelassenen Bürgerentscheides zur künftigen Nutzung der Fläche zu ermöglichen.

Mit Urteil vom 9. Mai 2014 verpflichtete das Verwaltungsgericht Berlin auf die Untätigkeitsklage von Lorac das Land Berlin, einen Vorbescheid für die Ausnahme von der geschlossenen Bauweise zu erteilen; im übrigen wurde die Verpflichtungsklage zurückgewiesen. Zusätzlich stellte das Verwaltungsgericht fest, dass der Bezirk verpflichtet sei, für das im Vorbescheidsantrag dargestellte Wohnbauvorhaben die planmäßigen Erschließungsanlagen herzustellen.

Verwaltungsgericht Berlin, Urteil vom 9. Mai 2014 – VG 19 K 177.12.

5. Am 25. Mai 2014 fand im Bezirk ein Bürgerentscheid statt. Die Abstimmungsfrage lautete wie folgt:

„Sind Sie dafür, dass das Bezirksamt Charlottenburg-Wilmersdorf aufgefordert wird, das Gebiet des Kleingärtnervereins Oeynhausens e.V. durch zügige Fortsetzung des Bebauungsplanverfahrens bis zur Planfestsetzung des bereits aufgestellten Bebauungsplanes IX-205a dauerhaft zu sichern, um die geplante Bebauung durch die Eigentümerin zu verhindern?“



Eine deutliche Mehrheit von 77,04% der Abstimmenden beantwortete die Frage mit „ja“.

Daraufhin beschloss die Bezirksverordnetenversammlung am 8. Juli 2014 eine Veränderungssperre für die Fläche. Mit Beschluss vom 15. Juli 2014 beanstandete das Bezirksamt die Veränderungssperre mit der Begründung, der Bebauungsplan sei wegen des bestehenden, nicht auszuschließenden Entschädigungsrisikos „in unbestimmter Millionenhöhe“ nicht festsetzungsfähig. Die dagegen angerufene Bezirksaufsicht (Senatsverwaltung für Inneres) hat noch nicht entschieden.

6. Im Verlauf des Planungsprozesses wurden zu verschiedenen Fragen einer eventuellen Entschädigung mehrere Gutachten eingeholt:

Klaus-Martin Groth/Jörg Beckmann, Rechtsgutachten „Bewertung des Entschädigungsrisikos für die Grundstücke Forckenbeckstraße 64-75, Kissingerstraße 27 in Berlin-Schmargendorf (Kleingartenkolonie Oeynhausen-Nord)“, 17. Juni 2009 (Auftraggeber: Bezirksamt Charlottenburg-Wilmersdorf).

Bernhard Haaß/Katrin Döber, Rechtsgutachten „Planungsschadensersatz bei Festsetzung der Grundstücke Forckenbeckstraße 64-75 in Berlin-Schmargendorf als ‚Private Dauerkleingärten‘ durch Bebauungsplan IX-205a“, 2. November 2010.

Klaus Finkelburg, Rechtsgutachten betreffend die rechtlichen Folgen einer Ausweisung der Grundstücke Forckenbeckstraße 64-75 und Kissinger Straße 27 im Bezirk Charlottenburg-Wilmersdorf, Ortsteil Schmargendorf, durch den Bebauungsplan IX-205a als Grünfläche mit der Zweckbestimmung „private Dauerkleingärten“, vom 21. Juli 2011 (Auftraggeber: Bezirksamt Charlottenburg-Wilmersdorf).

Eckart Scharmer/Matthias Blessing, Rechtsgutachten zu Fragen der Zulässigkeit der Bebauung gemäß § 30 BauGB und zur Anwendung der entschädigungsrechtlichen Reduktionsklausel gemäß § 42 Absatz 3 BauGB, 13. Dezember 2013 (Auftraggeber: Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umwelt).

Klaus Finkelburg, Rechtsgutachten zu der Frage ob und ggf. in welcher Höhe das Land Berlin, vertreten durch das Bezirksamt Charlottenburg-Wilmersdorf von Berlin, bei Festsetzung des Bebauungsplanentwurfs IX-205a Entschädigung an die Eigentümerin der Grundstücke der Kleingartenkolonie Oeynhausen zu zahlen hat, und zu ergänzenden Fragen, 16. Juni 2014 (Auftraggeber: Bezirksamt Charlottenburg-Wilmersdorf).

Christian-W. Otto, Stellungnahme zu dem Rechtsgutachten von Prof. Dr. K. Finkelburg über Fragen der Entschädigung infolge der Aufstellung des Bebauungsplans IX-205a und der Veränderungssperre, Juni 2014 (kein Auftraggeber).



Ulrich Battis, Gutachten zur Bestimmung des Qualitätsstichtages gemäß § 93 Absatz 4 BauGB bei Festsetzung des Bebauungsplandentwurfes IX-205a, 1. September 2014 (Auftraggeber: Lorac).

Walter Schwenk, Gutachten über den Verkehrswert (Marktwert) der Grundstücke Forckenbeckstraße 64, 67, 69, 71 und 75/Kissinger Straße 27 „Kolonie Oeynhausen“ in 14199 Berlin-Schmargendorf, 18. August 2014 (Auftraggeber: Bezirksamt Charlottenburg-Wilmersdorf).

Andreas Möller/Maximiliane Hatz, Gutachterliche Stellungnahme zu möglichen Entschädigungsansprüchen infolge der Festsetzung des Bebauungsplans XI-205a sowie zur Berechnung und zur Höhe eines Entschädigungsanspruchs, 6. Januar 2015 (Auftraggeber: Fraktion Bündnis 90/Die Grünen in der BVV Charlottenburg-Wilmersdorf).

Auf einzelne Ergebnisse und Argumente der verschiedenen Gutachten wird im Folgenden jeweils an passender Stelle kurz hingewiesen.

## II. FRAGESTELLUNG

Folgende Fragen sollen gutachterlich untersucht werden:

1. Hätte Lorac im Falle der Festsetzung des B-Planes IX-205a einen Anspruch auf Entschädigung gemäß § 42 Absatz 2 BauGB?
2. Wenn ein Entschädigungsanspruch gemäß Frage 1. bestehen würde: Wie wäre die Höhe einer eventuellen Entschädigung zu berechnen?

Insbesondere sollen folgende Aspekte betrachtet werden:

Zu Frage 1.:

Hat das Erschließungsangebot von 2011 Bedeutung für den Beginn der 7-Jahres-Frist des § 42 Absatz 2 BauGB?

Vorliegend beruht die (angebliche) Zulässigkeit der Bebauung des Grundstücks auf einer möglichen Erschließungspflicht des Bezirks, weil dieser ein zumutbares Erschließungsangebot abgelehnt habe (unsicher, noch nicht rechtskräftig festgestellt). Kann es richtig sein, dass in solchen Fällen der Beginn der Frist durch einseitiges Verhalten des Eigentümers (Abgabe des Angebotes) in Gang gesetzt wird (Gleichbehandlung, denn dies ist nur einem Großeigentümer möglich, nicht bei Einzelgrundstück; Unsicherheit über den genauen Beginn der Frist)?

Ist ein Erschließungsangebot im Hinblick auf die Entschädigungspflicht nach § 42 Absatz 2 BauGB unzumutbar, wenn bereits konkrete Schritte für eine Änderung des Bebauungsplanes unternommen wurden (hier: Aufstellungsbeschluss) und das Bebauungsplanverfahren nach wie vor weitergeführt wird?



Zu Frage 2.:

Welche Stichtage wären der Wertermittlung zugrunde zu legen?

Spielt es für die Höhe der von Lorac eventuell zu beanspruchenden Entschädigung eine Rolle, dass der jetzige Eigentümer das Grundstück im Jahre 2008 zu einem Preis erworben hat, der die fehlende Erschließung und das seit 2000 laufende Planungsverfahren berücksichtigt?

Welche Qualität hatte das Grundstück zu den Stichtagen 1986/2000 und 2008 und sind Änderungen in der Qualität seit 2008 zu verzeichnen?

Gegenstand der Prüfung sind ausschließlich Fragen des öffentlichen Bauplanungsrechts; bauordnungsrechtliche, zivilrechtliche und steuerrechtliche Aspekte haben wir nicht berücksichtigt. Unsere Untersuchung beinhaltet keinen rechtlichen Rat zur Erhebung oder den Verzicht auf etwaige Rechtsmittel in konkreten Verfahren oder Rechtsstreitigkeiten oder für konkrete Entscheidungen. Adressatin sind ausschließlich die Auftraggeberinnen, zu deren alleiniger Nutzung das Gutachten bestimmt ist; eine Haftung für den Inhalt des Gutachtens gegenüber Dritten wird ausgeschlossen. Die im Text zitierten Unterlagen (Gutachten, Vermerke, Schriftsätze, Schreiben, Stellungnahmen) wurden von den Auftraggeberinnen übergeben.



### C. RECHTLICHE WÜRDIGUNG

Einen Anspruch auf Entschädigung gemäß § 42 Absatz 2 BauGB hätte Lorac im Falle der Festsetzung des Bebauungsplanes IX-205a, wenn für die im Plangebiet gelegenen Grundstücke (i) vor Festsetzung des Planes eine bauliche Nutzung zulässig und (ii) die Erschließung gesichert ist; die Aufhebung der zulässigen Nutzung müsste innerhalb einer Frist von sieben Jahren, gerechnet ab ihrer erstmaligen Zulässigkeit, aufgehoben werden. Die Höhe der Entschädigung entspräche dann der Differenz zwischen dem Grundstückswert unter Berücksichtigung der aufgehobenen Nutzung einerseits und der nach dem festgesetzten Bebauungsplan künftig zulässigen Nutzung andererseits.

Lorac berührt sich eines solchen Anspruches und bejaht die genannten tatbestandlichen Voraussetzungen; für die Entschädigungshöhe verweist sie auf die Differenz zwischen Bauland und Kleingartenland. In den verschiedenen, inzwischen erstatteten Gutachten finden sich unterschiedliche Auffassungen zu allen Tatbestandsmerkmalen. Zur Beantwortung von **Gutachtenfrage 1** sind insbesondere folgende Fragen zu erörtern:

- Ist der geltende, für die Vorhabengrundstücke Baurecht begründende Baunutzungsplan **funktionslos**, so dass eine bauliche Nutzung schon vor Festsetzung des Bebauungsplanes IX-205a unzulässig ist (I.)?
- Sind die Vorhabengrundstücke bereits seit längerer Zeit hinreichend **erschlossen**, so dass die 7-Jahres-Frist bereits abgelaufen ist (II.)?
- Wäre die Festsetzung der Vorhabengrundstücke als Kleingartenland unter dem Gesichtspunkt einer „isolierten eigentumsverdrängenden Planung“ („**Sonderopfer**“) auch dann entschädigungspflichtig, wenn die 7-Jahres-Frist des § 42 Absatz 2 BauGB bereits abgelaufen wäre (III.)?
- Hat das **Erschließungsangebot** von Lorac vom 1. Februar 2011 zu einer Erschließungspflicht des Bezirks und damit zur „Sicherung der Erschließung“ geführt, oder war das Angebot seit der Änderung des Flächennutzungsplanes im Jahre 1994 unzumutbar (IV.)?

Für den Fall, dass sich aus der Prüfung der vorstehenden Punkte ergeben sollte, dass ein Entschädigungsanspruch dem Grunde nach bestehen sollte, wäre – gegebenenfalls hilfsweise – in Beantwortung von **Gutachtenfrage 2** außerdem zu erörtern, nach welchen Kriterien eine solche Entschädigung zu bemessen wäre; zu



klären wäre dazu insbesondere, welches der maßgebliche **Qualitätsstichtag** für die Bewertung des Zustandes der Vorhabengrundstücke vor Festsetzung des Bebauungsplanes IX-205a wäre, welche Qualität die Grundstücke zu diesem Zeitpunkt aufwiesen und ob die Höhe der Entschädigung durch den von Lorac für die Vorhabengrundstücke **gezählten Kaufpreis** der Höhe nach begrenzt ist (V.)?

Nach Erörterung der genannten Fragen sollen in einer abschließenden Gesamtwürdigung (VI.) die daraus für die Beantwortung der Gutachtenfragen zu ziehenden Konsequenzen erörtert werden.

## **I. FUNKTIONSLOSIGKEIT DES BEBAUUNGSPLANES**

Ein Entschädigungsanspruch von Lorac wäre von vorneherein ausgeschlossen, wenn für das Gelände kein Baurecht besteht. Das könnte deshalb der Fall sein, weil der – als übergeleiteter Bebauungsplan fortgeltende – Baunutzungsplan i.V.m. der BauO 1958 für den in Rede stehenden Bereich funktionslos und damit unwirksam geworden ist. Die Funktionslosigkeit liegt nahe, weil sich das Gebiet zwischen Kissinger Platz und Mecklenburgischer Straße seit Inkrafttreten des Bebauungsplanes insgesamt deutlich anders entwickelt hat, als im Baunutzungsplan dargestellt: Die seitdem ausgeführte Neubebauung östlich der Cunostraße orientiert sich nicht an den Festsetzungen zum Maß der baulichen Nutzung und zur Bauweise, das durch Straßenfluchtlinien festgesetzte Straßenraster östlich der geplanten Nenndorfer Straße wurde nicht realisiert und wesentliche Flächen des Areals wurden inzwischen anderweitig überplant und als private Dauerkleingärten (Bebauungsplan IX-55 mit Änderungsplänen IX-55-1 und IX-55-2a) oder als Standort für Schule, Schulsportplatz und Kindertagesstätte (Bebauungsplan IX-123) festgesetzt.

Gleichwohl kann nach den in der Rechtsprechung entwickelten Maßstäben (1.) vorliegend wohl nicht Funktionslosigkeit des Baunutzungsplanes im Bereich der Vorhabengrundstücke ausgegangen werden (2.).

### **1. Rechtlicher Maßstab**

Nach dem grundlegenden Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zur Funktionslosigkeit von Bebauungsplänen heißt es:

„Eine bauplanerische Festsetzung tritt wegen Funktionslosigkeit außer Kraft, wenn und soweit – erstens – die Verhältnisse, auf die sie sich bezieht, in der tatsächlichen Entwicklung einen Zustand erreicht haben, der eine Verwirklichung auf unabsehbare Zeit ausschließt. [...] Hinzutreten muss aber außerdem als zweite Voraussetzung eine



bestimmte Offenkundigkeit des Mangels. Die zur Funktionslosigkeit führende Abweichung zwischen der planerischen Festsetzung und der tatsächlichen Situation muss – zweitens – in ihrer Erkennbarkeit einen Grad erreicht haben, der einem etwa dennoch in die Fortgeltung der Festsetzung gesetzten Vertrauen die Schutzwürdigkeit nimmt.“

Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 29. April 1977 – 4 C 39.75, BVerwGE 54, 5 ff.

Für eine Funktionslosigkeit wegen nachträglicher Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse wurde dazu später präzisiert, dass eine bloße Änderung der Planungskonzeption durch die Gemeinde nicht ausreicht, um von einer Funktionslosigkeit ausgehen zu können.

Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 17. Juni 1993 – 4 C 7.91, NVwZ 1994, 281.

Eine bestimmte Planungskonzeption wird auch nicht schon dann sinnlos, wenn sie nicht mehr überall im Plangebiet umgesetzt werden kann.

„Erst wenn die tatsächlichen Verhältnisse vom Planinhalt so massiv und so offenkundig abweichen, dass der Bebauungsplan insoweit eine städtebauliche Gestaltungsfunktion unmöglich zu erfüllen vermag, kann von einer Funktionslosigkeit die Rede sein. Das setzt voraus, dass Festsetzungen unabhängig davon, ob sie punktuell durchsetzbar sind, bei einer Gesamtbetrachtung die Fähigkeit verloren haben, die städtebauliche Entwicklung noch in einer bestimmten Richtung zu steuern“.

Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 6. Juni 1997 – 4 NB 6.97, NVwZ-RR 1998, 415, 116.

## **2. Keine Funktionslosigkeit im vorliegenden Fall**

Nach unserer Einschätzung sprechen nach diesen Kriterien vorliegend überwiegende Gründe gegen die Annahme der Funktionslosigkeit. Der gegenwärtige tatsächliche und planungsrechtliche Zustand steht einer Wohnbebauung des Gebietes der Kolonie Oeynhausen-Nord nicht zwangsläufig entgegen:

- Die Errichtung von fünfgeschossigen Wohnhäusern in offener Bauweise zwischen Cuno- und geplanter Nenndorfer Straße steht der Realisierung für das Vorhabengrundstück vorgesehenen dreigeschossigen geschlossenen Wohnbebauung nicht entgegen.



- Die Festsetzung von Dauerkleingärten weiter östlich betrifft nicht das Vorhabengrundstück. Es ist auch nicht zu erkennen, dass insoweit Nutzungskonflikte durch gegenseitige Störungen drohen würden.
- Das den Festsetzungen des Baunutzungsplanes zugrundeliegende Straßenraster kann nicht mehr vollständig realisiert werden, weil die geplante, in Nord-Süd-Richtung verlaufende Lippspringer Straße und alle östlich davon vorgesehenen Straßen durch den Bebauungsplan XI-55 aufgehoben wurden. Ebenso wurden die geplante Nenndorfer-, Oeynhausener- und Pyrmonter Straße südlich der Reichenhaller Straße durch den Bebauungsplan IX-123 aufgehoben. Die die Vorhabengrundstücke umgebenden und durchkreuzenden Straßen sind jedoch weiterhin durch ff. Straßenfluchtlinien festgesetzt; sie wären im Falle ihrer Herstellung an zwei Seiten an die umgebenden, existierenden Straßen angebunden und könnten ihre Erschließungsfunktion erfüllen.
- Von großer Bedeutung ist die Entscheidung des Bebauungsplanes IX-123, die südliche Hälfte der Reichenhaller Straße weiterhin als Straßenland darzustellen. Damit wiederholt der Plangeber von 1972 ausdrücklich die entsprechende Festsetzung des Baunutzungsplanes und bringt zum Ausdruck, dass trotz der Überplanung der vormaligen Wohngebietsflächen im Bereich der Kolonien Oeynhausen-Süd und Friedrichshall die Festsetzungen des Baunutzungsplanes für den nördlich davon gelegenen Bereich der Kolonie Oeynhausen-Nord weiterhin umgesetzt werden sollen.
- Die tatsächliche Nutzung der Vorhabengrundstücke und auch der angrenzenden Flächen der Kolonie Mannheim und Oeynhausen-Süd als (faktische) Dauerkleingärten steht einer Realisierung einer Wohnbebauung weder tatsächlich noch rechtlich entgegen: Nach den Vorschriften des Bundeskleingartengesetzes (§ 9 Absatz 1 Nr. 4 und 5) ist es grundsätzlich möglich, Kleingarten-Pachtverhältnisse zum Zwecke einer planungsrechtlich zugelassenen Bebauung der Flächen zu kündigen, gegebenenfalls hat dies, für Dauerkleingärten, einen Anspruch der Kleingärtner auf Beschaffung von Ersatzland gemäß § 14 BKleingG zur Folge.
- Die im Bereich der geplanten Nenndorfer Straße (Westseite, Flurstück 96/25) eingetragenen Baulasten (Nutzung als Feuerwehrfläche und Zuwegung für die Wohnhäuser Cunostraße) stehen einer Verwirklichung des Baunutzungsplanes nicht entgegen: Zum einen dienen sie ausschließlich öffentlichen Belangen, so dass der Bezirk jederzeit darauf verzichten und sie löschen kann. Zum ande-



ren wäre eine Widmung der Flächen als öffentliche Straße inhaltlich mit den von den Baulasten gesicherten Zwecken vereinbar.

Insgesamt weichen nach unserer Einschätzung daher die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse vom Inhalt des geltenden Baunutzungsplan nicht „so massiv und so offenkundig ab“, dass dieser nicht mehr umgesetzt werden könnte. Die zweifelsohne bestehenden praktischen Schwierigkeiten einer Umsetzung führen noch nicht zur Unmöglichkeit, und das zugrundeliegende Grundkonzept einer durch ein rechtwinkliges Straßenraster erschlossenen Wohnsiedlung kann nach wie vor realisiert werden, wenn auch in verkleinertem Umfang.

Von einer Funktionslosigkeit der bauplanerischen Festsetzungen für die Vorhabengrundstücke kann daher nicht ausgegangen werden.

## **II. ERSCHLIESSUNG**

Voraussetzung für einen Entschädigungsanspruch nach § 42 Absatz 2 BauGB ist, dass der neue Bebauungsplan eine bislang zulässige bauliche Nutzung aufhebt. Voraussetzung für eine bauliche Nutzung wiederum ist gemäß § 30 Absatz 1 BauGB, dass „die Erschließung gesichert ist“. Eine gesicherte Erschließung ist anzunehmen, wenn das Baugrundstück bereits tatsächlich hinreichend erschlossen ist. Konkret ist daher zu fragen, ob, und gegebenenfalls: ab wann, die Vorhabengrundstücke bereits tatsächlich erschlossen sind; im Hinblick auf die 7-Jahres-Frist des § 42 Absatz 2 BauGB und einen möglicherweise vorgezogenen Stichtag für die Entschädigung ist dabei insbesondere zu klären, zu welchem Zeitpunkt eine Erschließung im genannten Sinne erstmals als gegeben anzusehen war.

Im Folgenden werden zunächst die allgemeinen rechtlichen Anforderungen an die Erschließung von Baugrundstücken dargestellt (1). Anschließend wird die gegebene Erschließungssituation dargestellt (2) und anschließend erörtert, inwieweit die jeweils seit langer Zeit vorhandenen Erschließungsstraßen Forckenbeckstraße sowie Kissinger und Reichenhaller Straße eine Erschließungsfunktion für die einzelnen Grundstücke des Plangebietes haben (3). Abschließend soll zusammenfassend gewürdigt werden, inwieweit, und ab welchem Zeitpunkt, von einer Erschließung der Vorhabengrundstücke ausgegangen werden kann (4).



## 1. Begriff der Erschließung

Das Baugesetzbuch enthält keine normative Konkretisierung des Begriffes der Erschließung. Klar ist, dass dafür nicht sämtliche in § 127 BauGB für die Zwecke des Erschließungsbeitragsrechts aufgeführten Anlagen vorhanden sein müssen. Der Erschließungsbegriff des § 30 BauGB ist vielmehr aus seinem konkreten Zusammenhang zu erschließen:

„Auszugehen ist vom Zweck der gesicherten Erschließung als bodenrechtliches Zulässigkeitsmerkmal: Gewährleistung einer der geordneten städtebaulichen Entwicklung entsprechenden Benutzbarkeit bebaubarer und bebauter Grundstücke. [...] Das Erfordernis der ausreichenden Erschließung will gewährleisten, dass die Grundstücke für Kraftfahrzeuge, besonders auch solche der Polizei, der Feuerwehr, des Rettungswesens und der Ver- und Entsorgung erreichbar sind, und zum anderen, dass der Gemeinde nicht als Folge der Genehmigung des Vorhabens unangemessene Erschließungsaufgaben aufgedrängt werden“.

Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 30. August 1985 – 4 C 48.81, NVwZ 1986, 38.

Zu fordern ist danach ein „gesicherter Zugang zu einer öffentlichen Straße“, wobei die angrenzende Straße in der Lage sein muss, den von der Nutzung der Anlagen ausgehenden zusätzlichen Verkehr ohne Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit oder des Straßenzustandes aufzunehmen.

Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, Stand September 2011, § 30 Rn. 46.

Bezugspunkt für die „Erschließung“ ist dabei einerseits das „Vorhaben“ im Sinne von § 29 BauGB, andererseits das Baugrundstück. Das Baugrundstück wiederum entspricht dem Grundstück im grundbuchrechtlichen Sinne.

Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Stand September 2011, § 30 Rn. 51 und Kalb/Külpmann, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, Stand April 2010, § 200 Rn. 5.

Als Kontrollüberlegung für die Frage der ausreichenden Erschließung kann die – hypothetische – Frage dienen, ob die Grundstückseigentümerin zu einem beliebigen Zeitpunkt seit Inkrafttreten des Baunutzungsplanes eine Baugenehmigung für ein plankonformes Bauvorhaben hätte erhalten können oder ob sie ihr unter Hinweis auf die fehlende Erschließung versagt worden wäre. Zu fragen ist also, ob auf den Grundstücken von Lorac ein oder mehrere Vorhaben zulässig sind oder waren, die jeweils von einer – im Baunutzungsplan vorgesehenen – öffentlichen Straße aus für Fußgänger und Fahrzeuge hinreichend erreichbar sind. Dabei ist hinsicht-



lich der – im Wesentlichen – vier Grundstücke, in die das Plangebiet zerfällt, zu unterscheiden.

## 2. Erschließungssituation

Drei der Grundstücke im Plangebiet grenzen unmittelbar an die Forckenbeckstraße an: Das die beiden westlichen Quadranten des Plangebietes umfassende Grundstück (Grundbuchblatt 2076, entspricht Flurstück 95/2) sowie beiden östlich angrenzenden Grundstücke, die zusammen den nord-östlichen Quadranten des Plangebiets bilden (Grundbuchblätter 5481 und 5557, entspricht Flurstücke 1120/90, 1121/90 u.a.).

Die ff. Straßenfluchtlinie verläuft dabei – soweit dies aus der amtlichen Flurkarte zu erkennen ist – auf den Vorhabengrundstücken; die Flurstücke 90/4 und 90/2 sind zwar Bestandteil der im Eigentum von Lorac stehenden Baugrundstücke, liegen aber innerhalb des Straßenlandes. Das Gleiche gilt für einen Streifen am Nordrand des Flurstücks 95/2.

Zwischen der nördlichen Grundstücksgrenze und der an dieser Stelle dreispurigen Fahrbahn (die südlichste Fahrbahn wird überwiegend zum Längsparken genutzt), mithin auf dem gemäß Flurkarte als Straßenland gewidmeten Straßengrundstück des Landes Berlin, liegt eine unbefestigte Böschung, über die mehrere Treppenaufgänge führen. Oberhalb der Böschung, immer noch innerhalb des Straßenlandes und auf dem Straßengrundstück, folgt ein öffentlicher, durch ein Geländer gesicherter Fußweg.

Das langgestreckte Grundstück, das die gesamte westliche Hälfte des Plangebietes einnimmt (Flurstück 95/2), reicht außerdem bis an die – wiederum laut Flurkarte – gewidmeten Flächen der Reichenhaller und der Kissinger Straße heran. Allerdings liegt zwischen dem Ende der beiden Fahrbahnen und der Grundstücksgrenze jeweils ein rund 5 m breiter, Streifen, der zu dem langgestreckten Flurstück 96/25 gehört.

Dieses lediglich rund 5 m breite Grundstück erstreckt sich in Nord-Süd-Richtung über die gesamte Länge des angrenzenden Flurstücks 95/2 und entspricht der westlichen Fahrbahn einschließlich Gehweg der geplanten, durch ff. Straßenfluchtlinien festgesetzten Nenndorfer Straße. Es steht im Eigentum des Landes Berlin, ist, weil Straßenland, nicht im Grundbuch verzeichnet, aber, laut Flurkarte, nicht als öffentliche Straße gewidmet.

Das Flurstück 96/25 ist im wesentlichen unbefestigt, abgesehen von mehreren Ausbuchtungen des unmittelbar westlich angrenzenden, privaten Fußgängerweges; solche Ausbuchtungen bis nahezu an die Grenze des Plangebietes gibt es un-



ter anderem im Zuge von Reichenhaller und Kissinger Straße. Im nördlichen und mittleren Bereich gibt es zum Plangebiet hin eine bewachsene Böschung (Höhenunterschied rund ein Meter), im südlichen Teil und insbesondere im Zuge der Reichenhaller Straße ist das Gelände eben. Die Böschung wird im Zuge der Kissinger Straße durch eine kombinierte Rampen- und Treppenanlage für Fußgänger überwunden, die noch auf dem Grundstück des Landes Berlin liegt.

Lediglich das den süd-östlichen Quadranten des Plangebiets bildende Grundstück (Grundbuchblatt 5554, Flurstück 1124/90 u.a.) grenzt an keine der existierenden Straßen an. Es wird allseitig von den ff. festgesetzten, aber nicht realisierten Straßen umgeben, von denen jeweils eine Fahrbahn auf dem Grundstück zu liegen käme.

### **3. Rechtliche Bewertung der Erschließungssituation**

Zu prüfen ist, ob diese Gegebenheiten den Anforderungen der Rechtsprechung an eine hinreichende Erschließung der Baugrundstücke im Sinne von § 30 Absatz 1 BauGB genügen. Dabei sollen zunächst die potentiellen Erschließungsstraßen – Forckenbeckstraße auf der einen Seite (a), Reichenhaller und Kissinger Straße auf der anderen Seite (b) – gesondert betrachtet werden. Anschließend ist zu fragen, inwieweit dadurch gegebenenfalls auch die hinteren Grundstücksbereiche, insbesondere das südöstliche Viertel, erschlossen werden (c).

#### **a) Forckenbeckstraße**

Nach den oben unter 1. skizzierten Maßstäben der Rechtsprechung ist ein Baugrundstück erschlossen, wenn es so an eine öffentliche Straße angrenzt, dass Fahrzeuge heranfahren können (1). Der Zugang von der Straße zum Grundstück muss tatsächlich möglich sein (2), gleichzeitig darf die Art und Weise des Zugangs nicht im Widerspruch zu der vom Bebauungsplan vorgesehenen Erschließung stehen (3). Schließlich müssen die Erschließungsstraßen zur Aufnahme des entstehenden Verkehrs geeignet sein (4).

##### *(1) Unmittelbares Angrenzen, Heranfahren*

Drei der Vorhabengrundstücke grenzen unmittelbar an die befahrbare öffentliche Forckenbeckstraße an: Sowohl das öffentliche, gewidmete Straßengrundstück, als auch die – breitere – Fläche der Straße gemäß ff. Straßenfluchtlinie grenzen unmittelbar an die Vorhabengrundstücke an, so dass der Zugang rechtlich ohne weiteres möglich ist.



Hier liegt ein entscheidender Unterschied zu einem vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof entschiedenen Fall: Dort wurde die direkte Anfahrbarkeit verneint, weil zwischen der Straße, das heißt den als Straße gewidmeten, öffentlichen Verkehrsflächen, und dem Baugrundstück ein öffentlicher, gerade nicht als Verkehrsfläche gewidmeter Grünstreifen lag, der hätte überfahren werden müssen (Beschluss vom 7. Februar 2005 – 25 B 01.1739, BayVBl 2006, 376, 377).

Die Tatsache, dass dabei zwischen dem Baugrundstück und Fahrbahn ein Streifen nicht ausgebautes Straßenland liegt, ist kein Hindernis für die Annahme ordnungsgemäßer Erschließung.

Verwaltungsgerichtshof München, Beschluss vom 18. Juli 1995 – 2 Cs 95.1918, BayVBl. 1995, 762: Es ging um eine vorhandene Straße mit einer Breite von 3,5 Metern, die nach dem Bebauungsplan auf sechs Meter verbreitert werden sollte; gleichwohl reichte sie nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes für die Erschließung des Baugrundstückes aus.

Auch die Böschung und der oberhalb verlaufende, mehr oder weniger ausgebaute Gehweg sind kein zwingendes Hindernis für die Annahme ausreichender Erschließung: Es ist gerade nicht erforderlich, dass Fahrzeuge *auf* das Grundstück fahren können, es reicht wenn sie *heran* fahren können.

Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 4. Juni 1993 – 8 C 33.91 NVwZ 1994, 299; ebenso Urteil vom 1. März 1991 – 8 C 59.89, NVwZ 1991, 1090, 1092.

Wir gehen dabei davon aus, dass die unbefestigte Böschung technisch kein Hindernis für die Verlegung der Wasser- und Kanal-Hausanschlüsse ist. Rechtlich ist die Verlegung ohne weiteres möglich, da es sich um öffentliches Straßenland handelt (vgl. § 12 Berliner Straßengesetz, BerlStrG)

## (2) *Tatsächliche Erreichbarkeit – „Zumutbarkeit“*

In rein tatsächlicher Hinsicht sind die Baugrundstücke unseres Erachtens von der Straße, d.h. der Fahrbahn aus, erreichbar. Die Überwindung der Böschung ist mittels der vorhandenen Treppen und gegebenenfalls gemäß § 9 BerlStrG herzustellende „Gehwegüberfahrten“ möglich und nicht „unzumutbar“.

Vgl. dazu Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 1. März 1991 – 8 C 59.89, NVwZ 1991, 1090, 1092.

Die Beurteilung der „Zumutbarkeit“ kann sich nur an Sinn und Zweck des Erschließungserfordernisses orientieren. Insofern gehen wir davon aus, dass über die vorhandenen Treppen und vom Anlieger herzustellenden Gehwegüberfahrten



die geplanten Wohnhäuser sowohl für Fußgänger als auch für die im Rahmen einer Wohnnutzung zu erwartenden Transporte (Müllabfuhr, Baufahrzeuge, Möbeltransporte, Feuerwehr) erreichbar sind. Soweit sich aus den heute geltenden Ausbauvorschriften für öffentliche Straßen und Grundstückszufahrten strengere Anforderungen an Treppen und Zugänge ergeben, insbesondere auch im Hinblick auf den barrierefreien Zugang, sind diese ohne Bedeutung, soweit sie nicht (wovon wir nicht ausgehen) bereits zum Zeitpunkt des Erlasses des Baunutzungsplanes 1958/60 in ähnlicher Weise in Kraft waren. Die Erreichbarkeit der Baugrundstücke nur für Fußgänger über die – schon bei Inkrafttreten des Baunutzungsplanes vorhandene – Böschung – kann unseres Erachtens daher als zumutbar angesehen werden.

Hinzuweisen ist dabei auf den straßenrechtlichen Anspruch der Anlieger auf Herstellung einer „Gehwegüberfahrt“ zu ihrem Grundstück gemäß § 9 Berliner Straßengesetz (BerlStrG); die Herstellung erfolgt auf Kosten des Anliegers und ist von der bauplanungsrechtlichen Erschließung zu unterscheiden: Sie setzt diese gerade voraus, es handelt sich lediglich um eine technisch Maßnahme. Unseres Erachtens erfasst dieser Anspruch auch die Herstellung – mindestens – benutzbarer Treppen über die Böschung, möglicherweise sogar die Errichtung von Überfahrten (die wohl gewisse Abgrabungen sowohl im Straßenland, als auch auf den Baugrundstücken erfordern würden. Das legt schon der Wortlaut von § 9 Absatz 1 BerlStrG nahe, wo „Gehwegüberfahrten“ als Querung der „nicht befahrbaren Straßenbestandteile“ definiert werden. Jedenfalls liegt im Falle von nicht mit Fahrzeugen zu befahrenden Grundstücken eine entsprechende Anwendung nahe.

(3) *Kein Widerspruch zum Bebauungsplan – „plangemäße“ Erschließung*

Die Erschließung über die nicht oder nur eingeschränkt zu überfahrende Böschung ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil sie nicht plangemäß ist: Die Festsetzung des Bebauungsplanes zur Erschließung sind zwar grundsätzlich zu beachten, allerdings lediglich in dem Sinne, dass die tatsächliche Erschließung den Festsetzungen nicht *widersprechen* darf. Die Gerichte haben in zahlreichen Konstellationen anerkannt, dass nicht das dem Bebauungsplan vorschwebende „Idealbild“ der Erschließung umgesetzt werden muss, solange nicht die – spätere – Umsetzung der planerischen Festsetzungen verhindert wird:

Verwaltungsgerichtshof München, Beschluss vom 18. Juli 1995 –  
2 Cs 95.1918, BayVBl. 1995, 762 m.w.N.

Vorliegend enthält weder der Baunutzungsplan, noch die übergeleiteten ff. Fluchtlinien oder die BauO 1958 Regelungen, die eine Befahrbarkeit der Grundstücke ausdrücklich zulassen oder voraussetzen. Es werden weder Verkehrsflächen oder Parkplätze auf den Baugrundstücken festgesetzt, noch Aus- und Einfahrten (§ 9



Absatz 1 Nr. 11 BauGB). Auch „Flächen für Aufschüttungen, Abgrabungen und Stützmauern, soweit sie zur Herstellung des Straßenkörpers erforderlich sind“ (§ 9 Absatz 1 Nr. 26 BauGB) sind nicht vorgesehen. Es gelten auch keine Höhenfestsetzungen für die Grundstücke, obwohl das unregelmäßige und zur Forckenbeckstraße hin abfallende Gelände – wovon wir ausgehen – schon zur Zeit der Festsetzung der Straßen als auch des Baunutzungsplanes so vorhanden war. Plangemäß wäre daher eine Bebauung auf dem jetzigen Niveau ebenso wie ein Abtragen des Geländes im Bereich der Baugrundstücke.

Die Zugänglichkeit über die Böschung ist daher zwar sicher nicht „ideal“, sie steht aber auch nicht im Widerspruch zum Bebauungsplan.

#### (4) *Zwischenergebnis*

Insgesamt gehen wir damit davon aus, dass die Forckenbeckstraße taugliche Erschließungsstraße ist.

Soweit die Gutachten Groth/Beckmann und Scharmer zum Ergebnis kommen, dass eine ordnungsgemäße Erschließung von der Forckenbeckstraße aus zu verneinen sei, ist deren Prüfung hinsichtlich der Grundstücksverhältnisse nicht exakt; sie berücksichtigen nicht, dass der öffentliche Straßenraum gemäß den geltenden Straßenfluchtlinien bis unmittelbar an die Baugrundstücke heranreicht. Das erkennen zutreffend Möller/Hatz, Seite 26, die zudem – wenn auch zweifelnd – von der „Zumutbarkeit“ des Zugangs über die Böschung ausgehen.

#### **b) *Kissinger- und Reichenhaller Straße***

Wie oben unter 2. dargestellt, kommen außerdem die Kissinger und die Reichenhaller Straße als Erschließungsstraßen in Betracht, die im derzeitigen Ausbauzustand kurz vor der Grenze der Vorhabengrundstücke enden und von ihnen lediglich durch einen wenige Meter breiten, unbefestigten Streifen getrennt werden. Im Grundsatz gilt hier das Gleiche wie im Falle der Forckenbeckstraße; es sind aber Besonderheiten zu berücksichtigen:

- Die beiden Straßen sind bis kurz vor die Grundstücksgrenze befestigt und befahrbar. Das gilt unabhängig davon, dass jeweils der hinterste Bereich der beiden Sackgassen durch Schranken abgetrennt und nur für Feuerwehrfahrzeuge zugelassen ist. Hierbei handelt es sich um eine bloße Verkehrsregelung; uns sind keine Gründe bekannt, weshalb diese nicht jederzeit geändert und einem neuen Verkehrsbedürfnis angepasst werden könnte.



- Im Bereich der Kissinger Straße existiert, auf dem Grundstückstreifen des Landes Berlin, eine öffentlich nutzbare Rampen- und Treppenanlage, die auf das angrenzende Vorhabengrundstück führt. Diese vermittelt in tatsächlicher Hinsicht die Zugänglichkeit für Fußgänger, Fahrräder, Kinderwagen und Rollstühle.

Problematisch ist insoweit, dass das obere Ende der Treppe knapp jenseits der Straßenbegrenzungslinie der Kissinger Straße liegt und stattdessen auf den vorhandenen Fußweg im Plangebiet orientiert ist. Wir gehen aber davon aus, dass diese Abweichung von den ff. Straßenfluchtlinien geringfügig und damit unbeachtlich ist.

- Im Bereich der Reichenhaller Straße gibt es keine Böschung. Der nur rund 2-3m breite, unbefestigte Streifen könnte hier ohne Weiteres durch eine „Gehwegüberfahrt“ überquert werden.

Allerdings gilt der Anspruch auf Herstellung einer solchen Überfahrt gemäß § 9 BerlStrG nur für „Straßenbestandteile“. Insofern kann zweifelhaft sein, ob er auf den hier zu untersuchenden, unbefestigten Streifen anwendbar ist: Dieser liegt innerhalb des Straßenlandes gemäß Bebauungsplan, gehört dem Straßenbaulastträger (Land Berlin) und ist ins Straßenregister eingetragen. Andererseits ist uns nicht bekannt, dass er auch förmlich als Straße gewidmet ist. Gleichwohl halten wir es nicht für ausgeschlossen, dass auch für die Reichenhaller Straße ein Anspruch auf Herstellung einer Überfahrt besteht.

Insgesamt spricht daher viel dafür, dass die Grundstücke im Plangebiet seit Herstellung der Reichenhaller und der Kissinger Straße auch durch diese erschlossen werden. Es ist schwer vorstellbar, dass die Bauaufsichtsbehörden in der Vergangenheit – also zwischen etwa 1960 und heute – die Pflasterung der beiden Grundstückszufahrten auf Kosten der Eigentümerin verweigert hätten (die Treppenanlage wurde ja tatsächlich errichtet) und Bauvorhaben im Plangebiet mit dem Argument untersagt hätten, dass sie von Reichenhaller Kissinger Straße nicht erreichbar seien.

### **c) Reichweite der Erschließung – Hintere Grundstücksbereiche**

Fraglich ist, ob auch die hinteren Bereiche der Vorhabengrundstücke erschlossen sind; das gilt insbesondere für das das süd-östliche Viertel des Plangebiets einnehmende Grundstück (Grundbuchblatt 5554, Flurstück 1124/90 u.a.), das selbst an keine der existierenden Straßen angrenzt. Es ist nur über die drei anderen Grundstücke erreichbar.



Grundsätzlich reicht eine Erschließung größerer Wohnanlagen auch durch innere Wohnwege oder Treppenanlagen aus, allerdings nur dann, wenn dies vom Bebauungsplan so vorgesehen ist.

Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 30. Januar 1992 – 4 NB 2.90, NVwZ 1992, 974, 975; Urteil vom 18. April 1986 – 8 C 51.85, NVwZ 1986, 1023.

Für eine ausreichende Erschließung muss ein Grundstück danach selbst an einer öffentlichen Erschließungsstraße liegen; Wohnwege und Privatstraßen reichen nur dann aus, wenn sie im Bebauungsplan vorgesehen sind. Das ist hier nicht der Fall.

Allerdings hat das Bundesverwaltungsgericht auch dann eine ausreichende Erschließung bejaht, wenn die vorgesehenen Straßen noch nicht komplett vorhanden waren und die Anbindung von Häusern nur durch private, rechtlich gesicherte Wege sichergestellt war:

„Abzustellen ist [...] darauf, ob die Erschließungsanlagen ungeachtet aller Mängel und der sich daraus ergebenden Verbesserungsbedürftigkeit doch immerhin ihrer Funktion als Erschließungsanlagen genügen. [...] Die Feststellungen des Berufungsgerichts zwingen zu dem Schluß, daß die Funktionsfähigkeit der hier in Rede stehenden Erschließungsanlagen nicht bezweifelt werden kann: Die Häuser der Kläger sind äußerstenfalls 50 m von einer voll ausgebauten öffentlichen Straße entfernt. Die von dieser Straße ausgehenden, in ihrer Existenz rechtlich gesicherten Wohnwege sind, so hergestellt, daß von der Straße aus die Reihenhausgrundstücke unschwer erreicht werden können'. Der ‚Zugang zu den Häusern‘ ist ‚nicht ernstlich erschwert‘, die Grundstücke sind ‚gefahrlos zugänglich‘. Die ‚Ver- und Entsorgungsleitungen sind ... funktionsfähig‘; aus ihrer etwaigen technischen Unvollkommenheit ergeben sich keinerlei ‚akute Gefahren‘. Alle diese Feststellungen des Berufungsgerichts ergeben zusammengefaßt das Bild einer zwar in den Einzelheiten mangelhaften, aber doch funktionsfähigen, für eine sachgerechte Nutzung der Grundstücke ausreichenden Erschließung“.

Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 4. Oktober 1974 - IV C 59/72, NJW 1975, 402, 403

Geht man von diesen – nicht ganz klaren – Vorgaben aus, stellt sich die Situation wie folgt dar:

- Die drei Grundstücke in den beiden nördlichen und im südwestlichen Viertel des Plangebietes grenzen selbst an öffentliche Straßen an, auch wenn der Bebauungsplan noch weitere Straßen vorsieht. Alle auf den Grundstücken zulässigen Gebäude sind daher ohne Inanspruchnahme fremder Flächen zu erreichen, die Zuwegung ist also „rechtlich gesichert“ und „funktionsfähig“.



Eine künftige Teilung der Grundstücke wäre dann nach § 7 BauO Bln nur zulässig, wenn entsprechende Wegerechte durch Baulasten gesichert würden; die Teilung ist aber für eine Bebauung nach den Festsetzungen des Bebauungsplanes jedenfalls nicht erforderlich, da keine Einzelhäuser vorgeschrieben sind.

- Das Grundstück im südöstlichen Viertel des Plangebietes grenzt selbst nicht an öffentliche Straßen an; der Zugang ist nur über die angrenzenden Flächen möglich. Eine rechtliche Sicherung der Zuwegung kann hier nur darin gesehen werden, dass die Nachbargrundstücke der selben Eigentümerin gehören. Ob dies ausreicht, ist zweifelhaft. In der Rechtsprechung gibt es zu dieser Konstellation keine Aussage. Für die Annahme einer Sicherung spricht aber, dass die Eigentümerin es selbst und ohne Mitwirkung Dritter in der Hand hat, die erforderlichen Wege dauerhaft zu sichern, indem sie entsprechende Dienstbarkeiten und Baulasten eintragen lässt.

Vgl. Schiller, in: Bracher/Reidt, Bauplanungsrecht, 8. Auflage 2014, Rn. 1385.

- Die Erschließung eventueller „Hinterlieger-Gebäude“ über Privatwege ist zwar vom Bebauungsplan nicht vorgesehen, aber auch nicht ausgeschlossen: Der grobkörnige Baunutzungsplan enthält zur inneren Erschließung und zur Gestaltung der Freiflächen keine Aussagen. Die Anlage von Wohnwegen innerhalb der Blöcke wäre damit jedenfalls möglich.
- Auch die Anlage von Privatwegen im Bereich der geplanten Straßen, soweit sie auf den Vorhabengrundstücken liegen, wäre unseres Erachtens zulässig, denn dies würde die spätere, plangemäße Errichtung der Straßen nicht verhindern oder erschweren. Die Gebäude würden funktional genau so erschlossen, wie vorgesehen.

Hier liegt ein Unterschied zu dem vom Bundesverwaltungsgericht entschiedenen Fall, wo ein Gebäude statt durch die im Bebauungsplan vorgesehene Stichstraße durch einen Privatweg erschlossen werden sollte: Dieser verlief abweichend von der geplanten Stichstraße auf einer anderen Seite des Gebäudes. Die spätere Herstellung der Straße wäre dadurch sinnlos geworden (Urteil vom 21.02.1986 - 4 C 10/83, NVwZ 1986, 646).

Insgesamt kann daher mit hoher Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass jedenfalls auch die hinteren Bereiche der drei Grundstücke in den westlichen und nördlichen Quadranten des Plangebiets durch die existierenden Straßen zur Gänze soweit erschlossen sind; lediglich für das Grundstück im süd-östlichen Quadranten ist dies zweifelhaft, wenn auch nicht ausgeschlossen.



### **3. Zusammenfassende Würdigung der Erschließung**

Festzuhalten ist, dass überwiegende Gründe dafür sprechen, dass die Vorhabengrundstücke über die vorhandene Forckenbeck-, und wohl auch über Reichenhaller und Kissinger Straße im Sinne von § 30 Absatz 1 BauGB soweit erschlossen sind, dass eine Baugenehmigung erteilt werden könnte. Auch wenn die Erschließungssituation hinter den Festsetzungen des Baunutzungsplanes i.V.m. den ff. Straßenfluchtlinien deutlich zurückbleibt, ist doch sichergestellt, dass an drei der vier Baugrundstücke unmittelbar herangefahren werden kann und dass sie von der Straße aus betreten werden können. Insoweit besteht nach Straßen- und Wegerecht grundsätzlich ein Anspruch auf die Herstellung entsprechender Gehwegüberfahren.

Erschlossen sind auch die hinteren Grundstücksbereiche, weil für diese ohne Widerspruch zum Bebauungsplan Privatwege und -straßen von der Eigentümerin angelegt werden können; diese Möglichkeit ist aufgrund des einheitlichen Eigentums rechtlich gesichert. Zweifelhaft, aber nicht ausgeschlossen, ist die ausreichende Erschließung lediglich für das Grundstück im südöstlichen Viertel des Plangebietes, das selbst nicht an eine öffentliche Straße angrenzt.

Die Annahme einer ausreichenden, bestehenden Erschließung des Plangebietes wird durch die in unterschiedlichen Zusammenhängen abgegebenen Stellungnahmen verschiedener zuständiger Behörden in der Vergangenheit ausnahmslos bestätigt:

Siehe Schreiben der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umwelt, GR A 12, an Frau Martina Kelz vom 11. September 2013; Vermerk des Bezirksamtes Charlottenburg-Wilmersdorf, Tiefbau- und Landschaftsplanungsamt, TiefGrün V 26 vom 10. Oktober 2011; Vermerk der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umwelt, GR A 12, vom 26. April 2012, Seite 1 und 3 f. – jeweils mit unterschiedlichen Begründungen, im Ergebnis aber eine bestehende Erschließung insbesondere über die Forckenbeckstraße bejahend.

Auch hat das Bezirksamt Charlottenburg-Wilmersdorf den Bauantrag (Antrag auf Erteilung eines Bauvorbescheides) der Lorac vom 1. Februar 2011 nicht wegen fehlender Erschließung zurückgewiesen, sondern mit dem – formalen und wohl zutreffenden – Argument, das abgefragte Vorhaben sei gemäß § 63 BauO Bln genehmigungsfrei gestellt; Voraussetzung für die Genehmigungsfreistellung nach dieser Vorschrift ist aber gerade die hinreichende Erschließung.

Sogar der Prozessbevollmächtigte von Lorac teilt diese Einschätzung:



„Die innere Erschließung der Grundstücke obliegt dem Bauherrn selbst, der dabei die bauordnungsrechtlichen Erfordernisse [...] beachten muss. Darüber hinaus verlangt § 30 Absatz 1 BauGB nur, dass das Baugrundstück als solches an einer dem öffentlichen Verkehr gewidmeten Straße liegt. Das ist vorliegend gegeben, weil die Pachtgrundstücke unmittelbar an das in vollständiger Breite als Forckenbeckstraße dem öffentlichen Verkehr gewidmete Flurstück 175 angrenzen“ (Schriftsatz Probandt & Partner vom 3. April 2014 im Verfahren LG Berlin – 12 O 353/13: Kündigungsklage gegen die Kleingartenpächter).

Für die Frage des Zeitraumes, in dem von einer bestehenden Erschließung im dargestellten Umfang auszugehen ist, ist zu berücksichtigen, dass sich die Rechtslage zumindest seit 1929 insoweit nicht entscheidend verändert hat; bereits die Bauordnung für die Stadt Berlin vom 9. November 1929 ordnete in § 6 Absatz 1 an:

„Bebaut werden dürfen [...] Grundstücke, die unmittelbar an einen öffentlichen Fahrweg (Fahrstraße) grenzen“.

Die Bauordnung 1958 weicht davon nicht wesentlich ab. Es ist daher davon auszugehen, dass sich an der Erschließungssituation rechtlich seit der Errichtung der Reichenhaller-, Kissinger-, und Forckenbeckstraße im jetzt vorhandenen Umfang nichts geändert hat, so dass seit diesem Zeitpunkt von einer Erschließung zumindest eines großen Teils des Plangebietes auszugehen ist.

Die Eigentümerin der Vorhabengrundstücke, seinerzeit also die Bundespost, hätte daher in den 70-iger oder 80-iger Jahren die Flächen jederzeit bebauen können: Angesichts der damals noch weniger hohen Anforderungen an die Erschließung und des damals bestehenden, erheblichen Interesses an der Errichtung von Wohnungen wäre mit hoher Wahrscheinlichkeit ein entsprechender Bauantrag seinerzeit genehmigt worden.

### **III. ISOLIERTE EIGENTUMSVERDRÄNGENDER PLANUNG („SONDEROPFER“)**

Die Grundstückseigentümerin Lorac beruft sich auf eine Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, wonach in Fällen einer „isolierten eigentumsverdrängenden Planung“, die nicht von einer gleichzeitigen allgemeinen Nutzungsbeschränkung im Plangebiet begleitet wird, ungeachtet des Ablaufs der 7-Jahres-Frist des § 42 Absatz 2 BauGB eine Entschädigung auf der Grundlage der vormaligen Nutzbarkeit des Grundstücks zu gewähren ist. Die Eigentumsgarantie des Artikel 14 Absatz 1 und 3 GG i.V.m. dem Gleichheitsgebot des Artikel 3 Absatz 1 GG verbiete es, einzelne Eigentümer, die in einem Plangebiet von eigentumsverdrängenden Festsetzungen betroffen seien, im Falle der Enteignung mit einem Sonder-



opfer im Verhältnis zu den übrigen Planbetroffenen ungleich und unzumutbar zu belasten.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 6. Mai 1999 – III ZR 174/98, BGHZ 141, 319 ff.; Urteil vom 11. Juli 2002 – III ZR 160/01, juris; Urteil vom 19. Juli 2007, 3 ZR 305/06, juris; Urteil vom 7. Juli 2011 – III ZR 156/10, juris. – Das Gutachten Haaß/Döber bejaht die Anwendung der „Sonderopfer-Rechtsprechung“ auf den vorliegenden Fall. Finkelnburg verneint sie und Möllers/Hatz lassen die Frage nach eingehender Prüfung dahinstehen.

Unseres Erachtens kann diese Rechtsprechung vorliegend schon deshalb nicht zur Anwendung kommen, weil das Bundesverfassungsgericht Ende 2014 die vom Bundesgerichtshof vorgenommene „verfassungskonforme Auslegung“ des § 42 Absatz 2, 3 BauGB für verfassungswidrig erklärt hat (1). Abgesehen davon ist die hier zu prüfende Situation mit den Sachverhalten der vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fälle nicht zu vergleichen, die tatbestandlichen Voraussetzungen einer „isolierten“ eigentumsverdrängenden Planung liegen nicht vor (2).

## **1. Verfassungswidrigkeit der „Sonderopfer-Rechtsprechung“**

Kernpunkt der skizzierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist der Gedanke, dass die starre Fristenregelung des § 42 Absatz 2, 3 BauGB in bestimmten Sonderkonstellationen mit dem Eigentumsgrundrecht und dem Gleichheitsgrundsatz des Grundgesetzes kollidiert und daher verfassungskonform so ausgelegt werden muss, dass trotz Ablauf der 7-Jahres-Frist eine Entschädigung für den Wegfall noch nicht ausgeübter Nutzungen durch einen Bebauungsplan zu gewähren sei. Die jüngste dieser vielen Entscheidungen lag nun dem Bundesverfassungsgericht vor, das diese Auslegung für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt hat:

„Die Annahme, im Ausgangsverfahren sei eine verfassungskonforme Auslegung der Reduktionsklausel [d.h.: § 42 Absatz 2, 3 BauGB] möglich gewesen, überschreitet die Grenzen einer vertretbaren Interpretation und ist damit von verfassungsrechtlicher Relevanz. Auch wenn nicht das Maß grober Fehlerhaftigkeit erreicht ist und die Rechtsprechung des Bundesgerichtshof in der Literatur seit mehr als einem Jahrzehnt nur vereinzelt auf Ablehnung stößt, wurden die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer verfassungskonformen Auslegung doch deutlich verfehlt. Der Bundesgerichtshof hat sich bereits bei seiner grundlegenden Annahme, mehrere Deutungsmöglichkeiten [...] seien gegeben und damit eine verfassungskonforme Auslegung eröffnet, über den klaren Wortlaut der herangezogenen Gesetzesnorm hinweggesetzt. Auch mit dem Ergebnis seiner Auslegung hat er den Grenzen, die der Normtext einer Interpretation setzt, keine Beachtung geschenkt und sich hierbei auf Rechtsprechung bezogen, die es zumindest als zweifelhaft erscheinen lässt, ob dem Gesetzeswortlaut die ihm zukommende Bedeutung zugebil-



ligt wurde. Vor allem aber lässt sich das Auslegungsergebnis nicht mit dem dokumentierten, offenkundigen Willen des Gesetzgebers vereinbaren“.

Bundesverfassungsgericht, Beschluss des 1. Senats vom 16. Dezember 2014 – 1 BvR 2142/11, juris, Rn. 98.

Der Rechtsprechung zur „isolierten eigentumsverdrängenden Planung“ ist damit der verfassungsrechtliche Boden entzogen: Zwar setzt sich das Bundesverfassungsgericht aus prozessualen Gründen nicht mit der Verfassungsmäßigkeit von § 42 Absatz 3 BauGB auseinander (Verfassungsbeschwerdeführer war die Enteignungsbehörde, die sich ausschließlich auf das Grundrecht aus Art. 101 Absatz 1 Satz 2; 103 GG und nicht auf Grundrechte berufen konnte). Die Gründe des Beschlusses lassen aber in keiner Weise erkennen, dass das Bundesverfassungsgericht daran irgendwelche Zweifel hatte: An mehreren Stelle wird die Begründung des Gesetzgebers für die (ausnahmslose) 7-Jahres-Ausschlussfrist für Entschädigungsansprüche ausführlich wiedergegeben; die Motivation des Gesetzgebers fasst das Bundesverfassungsgericht so zusammen:

„Speziell zu den Regeln für die Entschädigung bei Planungsschäden (§§ 40-44 BbauG) wurde bemängelt, dass die damals geltende unbeschränkte Plangewährleistung zur Erstarrung der Planung führe. Dass Planungsschäden uneingeschränkt entschädigt würden, Planungsgewinne aber den Eigentümer weitgehend verblieben, habe zur Folge, dass ‚– allgemein gesprochen – die Gewinne privatisiert, die Verluste aber sozialisiert‘ würden (BT-Drs. 7/2496, Seite 29)“.

Bundesverfassungsgericht, a.a.O., juris, Rn. 14.

An anderer Stelle weist das Gericht darauf hin, dass vom Gesetzgeber eine möglichst umfassende Befristung gewollt war,

„zumal nur dann eine spürbare Reduzierung der drückend hohen Entschädigungslasten und in der Folge erweiterte Freiräume für die als notwendig erkannten Planungsänderungen zu erwarten waren. Soweit infolge der ‚generellisierenden Fristenbestimmung‘ so der Bericht und Antrag des Ausschusses für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau (BT-Drs. 7/4793, Seite 40) aus Sicht des Gesetzgebers besondere schützenswerte Vertrauenstatbestände entstanden waren, sollte diesen mit der abschließenden Regelung für Härtefälle in § 42 Absatz 5 – 7 BauGB Rechnung getragen werden. Weder dort noch an anderer Stelle findet sich indessen ein Anhaltspunkt dafür, dass eine Ausnahme von der Befristung in den vom Bundesgerichtshof als verfassungswidrig eingeschätzten Konstellationen einer ‚isolierten‘ eigentumsverdrängenden Planung zugelassen werden sollte.“

Bundesverfassungsgericht, a.a.O., juris Rn. 96.



An keiner Stelle in seinem Beschluss deutet das Bundesverfassungsgericht auch nur an, dass es die Auffassung des Bundesgerichtshof teilen würde, die „umfassende Befristung“ sei verfassungswidrig und damit korrekturbedürftig; es fehlt insoweit sogar ein Hinweis, dass diese Frage offen oder dahingestellt bleiben könne. Die ausgiebigen Zitate aus der Gesetzesbegründung, mit denen der aufhebende Beschluss des Bundesverfassungsgerichts begründet wird, lassen eher das Gegenteil vermuten.

Bis auf Weiteres ist nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts von Folgendem auszugehen:

- Die vom Bundesgerichtshof vertretene Auslegung, wonach in Sonderfällen trotz Ablauf der 7-Jahres-Frist des § 42 Absatz 2, 3 BauGB eine Entschädigung für den Entzug von Nutzungen einen Bebauungsplan zu gewähren ist, ist nicht mehr anwendbar.
- Die Frage, ob § 42 Absatz 2, 3 BauGB insoweit verfassungswidrig und nichtig ist, ist offen, das Bundesverfassungsgericht hat aber keinen Hinweis in diese Richtung gegeben. Eine Klärung kann letztlich nur eine Vorlage der Regelungen an das Bundesverfassungsgericht im Wege eines Normenkontroll- oder Verfassungsbeschwerdeverfahrens bringen. Bis dahin ist nach Artikel 100 Absatz 1 GG das Gesetz als uneingeschränkt wirksam zu behandeln (Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts).
- Ob der Bundesgerichtshof selbst auch nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts an seiner Rechtsprechung festhält, ist offen: Das Bundesverfassungsgericht hat das Verfahren an den Bundesgerichtshof zurückverwiesen.

„Der Bundesgerichtshof erhält so Gelegenheit seine Auffassung zur Verfassungswidrigkeit des aus seiner Sicht anzuwendenden Gesetzesrechts zu überprüfen und für den Fall, dass er an seiner bisherigen Überzeugung festhält, über eine Vorlage nach Artikel 100 Absatz 1 i.V.m. § 80 BVerfGG zu beschließen“.

Bundesverfassungsgericht, a.a.O., juris, Rn. 101.

Ob und wann der Bundesgerichtshof einen solchen Vorlagebeschluss fasst oder ob sich das dortige Verfahren anderweitig erledigt, lässt sich nicht voraussagen. Bis zu einer – aus jetziger Sicht wenig wahrscheinlichen – Aufhebung von § 42 Absatz 2, 3 BauGB durch das Bundesverfassungsgericht ist aber jedenfalls von allen Gerichten und Behörden von deren (uneingeschränkter) Wirksamkeit auszugehen.



## 2. Keine „isolierte eigentumsverdrängende Planung“

Auch wenn die Rechtsprechungen des Bundesgerichtshofes zur „isolierten eigentumsverdrängenden Planung“ nicht mehr anwendbar sind, wollen wir darauf hinweisen, dass die vom Bundesgerichtshof entwickelten Voraussetzungen in vorliegendem Fall ohnehin nicht erfüllt sein dürften; Bedeutung könnte dies in dem – nicht absehbaren – Fall erlangen, dass das Bundesverfassungsgericht die Regelung des § 42 Absatz 2, 3 BauGB aufheben sollte.

Die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Entschädigung trotz Ablauf der 7-Jahres-Frist sind folgende: Der Bebauungsplan enthält (i) „igentumsverdrängende“ Festsetzungen, von denen (ii) im Plangebiet ein Grundstückseigentümer stärker betroffen ist, als die übrigen und durch die er (iii) unzumutbar belastet wird.

Prägnante Zusammenfassung der Voraussetzungen in dem jüngsten (vom Bundesverfassungsgericht aufgehobenen) Urteil des Bundesgerichtshof vom 7. Juli 2011 – 3 ZR 165/10, NVwZ 2011, 1399, 1400.

Zum Verständnis der Entscheidungen ist vorzuschicken, dass alle vier vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fälle, in denen ein „Sonderopfer“ bejaht wurde, aus dicht bebauten Berliner Innenstadtbezirken stammen und eine gleichartige Konstellation betrafen.

In drei Fällen ging es um Innenstadtgrundstücke in Prenzlauer Berg und Schöneberg: Es war jeweils eine kriegsbedingte Baulücke (200 – 600 qm), die von fünfgeschossigen Wohnhäusern umgeben war, als Spielplatz, Kita oder Grünfläche festgesetzt worden. Der vierte Fall aus dem Lützow-Kiez war komplizierter, aber gleichartig.

Aus unserer Sicht sind die anhand dieser Fälle entwickelten Voraussetzungen vorliegend nicht gegeben; es fehlt insbesondere an dem zweiten vom Bundesgerichtshof verlangten Kriterium, dem „Sonderopfer“ im Vergleich zu anderen Planbetroffenen:

- Wörtlich genommen ist schon das erste, vom Bundesgerichtshof genannte Kriterium nicht erfüllt, da es schon keine Ungleichbehandlung verschiedener Grundstücke innerhalb des Geltungsbereichs eines Bebauungsplanes gibt. Hierzu hat der Bundesgerichtshof jedoch klargestellt, dass nicht zwangsläufig der – vom Plangeber frei zu bestimmende – Geltungsbereich eines Bebauungsplanes das maßgebliche Vergleichsgebiet sein muss, sondern auch ein

„aus städteplanerischer Sicht einheitlich einzustufendes und fortzuentwickelndes Gebiet“.



Bundesgerichtshof, Urteil vom 11. Juli 2002 – 3 ZR 160/01,  
NJW 2003, 63, 64.

- Gemessen an dieser Definition drängt es sich vorliegend geradezu auf, dass maßgebliches Vergleichsgebiet vorliegend die zusammenhängenden Grünflächen (Kleingärten) sind, die nördlich von der Forckenbeck- und südlich von Friedrichshaller und Mecklenburgischer Straße begrenzt werden, im Westen vom Wohngebiet um den Kissinger Platz und im Osten vom Gewerbegebiet um die frühere Zigarettenfabrik. Dieses große, zusammenhängende und aus zahlreichen Grundstücken bestehende Gelände weist aus städtebaulicher Sicht einen einheitlichen Charakter auf, während die planerische Situation fragmentarisch, veraltet und daher „fortzuentwickeln“ ist. Dem gegenüber ist das angrenzende Wohn- ebenso wie das Gewerbegebiet vollständig und plangemäß bebaut, es besteht kein städtebaulicher Entwicklungsbedarf.

Soweit Möller/Hatz erwägen, den gesamten Ortsteil Schmargendorf als Vergleichsgebiet heranzuziehen, weil er im Baunutzungsplan einheitlich dargestellt ist, ist dies unseres Erachtens unsinnig, hier handelt es sich gerade nicht mehr um ein stadtplanerisch „einheitliches“ Gebiet, wie es der BGH verlangt. Auf der anderen Seite ist auch die Verengung des Blicks auf das Plangebiet (also die Kolonie Oeynhausen-Nord) zu eng, da sich südlich und östlich vom Erscheinungsbild her völlig gleichartige Flächen anschließen.

- Innerhalb des so beschriebenen Vergleichsgebietes ist die Festsetzung „Kleingartennutzung“ aus unserer Sicht keine Sonderbehandlung eines einzelnen Planbetroffenen. Denn ein großer Teil dieses Gebietes ist entweder bereits als Kleingartenfläche festgesetzt (Kolonie Kissingen im Bereich der Bebauungspläne IX-55 und IX-55-2a) oder wird faktisch so genutzt (Kolonie Mannheim). Die restliche Fläche (Oeynhausen-Süd) ist als Gemeinbedarfsfläche („Schule/Schulsportplatz und Kita“) ausgewiesen und damit ebenfalls fremdnützig. Lediglich die Fläche der Kolonie Mannheim, die unmittelbar östlich an das Plangebiet angrenzt, ist noch durch den Baunutzungsplan als Wohngebiet festgesetzt; auch insoweit ist allerdings ein Aufstellungsbeschluss für einen Bebauungsplan gefasst, der auch hier Kleingartennutzungen absichern soll. Eine Ungleichbehandlung, wie sie Ansatzpunkt für die Sonderopfer-Rechtsprechung ist, kommt allenfalls im Hinblick auf dieses letztgenannte Grundstück in Betracht. Angesichts der Flächenverhältnisse – weit über die Hälfte des Gebietes wären als Kleingartenland festgesetzt – kann aber von einer „isolierten“ Festsetzung nicht die Rede sein.
- Zweifelhaft ist schließlich auch das Kriterium der „Unzumutbarkeit“ der eigentumsverdrängenden-Grünflächenfestsetzung, denn, anders als in allen vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fällen, wurde die in Rede stehende Fläche



zu keinem Zeitpunkt für Wohnzwecke genutzt, sondern war immer Kleingartenland. Auch die gegenwärtige Eigentümerin hat das Gebiet, wie der geringe Kaufpreis von lediglich rund EUR 600.000 zeigt, als solches erworben. Würde man, nach dem – vom Bundesgerichtshof in diesen Fällen ausdrücklich herangezogenen – Grundsatz der Vorwirkung der Enteignung auf die Voreigentümerin, die Deutsche Post, abstellen, ist festzustellen, dass diese selbst die Kleingartennutzung begründet hat, und zwar zu einem Zeitpunkt, als die Wohngebietsstraßen bereits förmlich festgesetzt waren; sie hat an dieser Nutzung auch nach Inkrafttreten des Baunutzungsplanes festgehalten und zu keinem Zeitpunkt Anstalten unternommen, die Wohnnutzung tatsächlich zu realisieren. Es ist daher schwerlich überzeugend, dass eine Nutzung, welche die Post über einen Zeitraum von rund 90 Jahren aufrecht erhalten hat, heute – beziehungsweise zum Zeitpunkt des Aufstellungsbeschlusses für den Bebauungsplan IX-205a – auf einmal „unzumutbar“ sein soll.

Mit diesen Fragen hat sich insbesondere Scharmer intensiv auseinandergesetzt, um im Ergebnis eine Entschädigung nach den Grundsätzen der Rechtsprechung zu isolierten eigentumsverdrängenden Festsetzung tendenziell zu verneinen (Seite 36 ff. des Gutachtens). – Möller/Hatz, Seite 31 ff., bejahen einen Entschädigungsanspruch, argumentieren aber rein formal und setzen sich mit den verfassungsrechtlichen Grundlagen der BGH-Rechtsprechung nicht auseinander. Verfehlt ist ihre Annahme, vom Begriff des „Sonder-Opfers“ sei in vor allem auf den zweiten Teil abzustellen (so Seite 38): Die Anknüpfung an Art. 3 GG und auch der vom BGH gewählte Begriff der „isolierten“ eigentumsverdrängenden Planung belegen das Gegenteil.

Festzuhalten ist daher, dass es vorliegend gerade nicht um eine „isolierte“ eigentumsverdrängende Planung geht, weil die Grundstücke von Lorac inmitten von anderen Kleingärten liegen. Außerdem ist die geplante Nutzung nicht unzumutbar, weil sie seit jeher besteht und sich in der Höhe des Kaufpreises niedergeschlagen hat.

### **3. Ergebnis**

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Entschädigung für isolierte eigentumsverdrängende Festsetzungen ist im Ergebnis jedenfalls derzeit nicht anwendbar, da sie vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt wurde. Es ist nicht abzusehen, ob die Entschädigungsvorschrift des § 42 Absatz 2, 3 BauGB in absehbarer Zeit dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt werden wird, jedenfalls bis dahin ist von ihrer uneingeschränkten Wirksamkeit auch in vorliegendem Fall auszugehen.



Würde man die vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätze gleichwohl anwenden, wäre aus unserer Sicht ein Sonderopfer zu verneinen, da das gesamte Vergleichsgebiet faktisch und zu großen Teilen auch rechtlich seit jeher durch Kleingärten genutzt wird, so dass es an einer „isolierten“ Benachteiligung gerade der Grundstückseigentümerin Lorac fehlt.

#### **IV. SICHERUNG DER ERSCHLIEßUNG NACH § 124 BAUGB – ERSCHLIEßUNGSANGEBOT**

Unterstellt man, abweichend von dem vorstehend dargelegten Ergebnis, dass das Vorhabengrundstück derzeit und seit jeher nicht erschlossen ist, stellt sich die Frage, ob das Erschließungsangebot von Lorac vom 1. Februar 2011 dazu geführt hat, dass sich die Erschließungspflicht des Landes Berlin gemäß § 124 BauGB soweit verdichtet hat, dass von einer „gesicherten“ Erschließung auszugehen ist. Wäre das *nicht* der Fall, würde es sich bei den Flächen unabhängig von der Stichtagsfrage weiterhin um unerschlossenes Rohbauland handeln.

Nach Darstellung des rechtlichen Maßstabes für die Anforderungen an Erschließungsangebote (1.) prüfen wir zunächst, ob das von Lorac vorgelegte Erschließungsangebot hinreichend konkret war, um für den Bezirk „zumutbar“ im Sinne von § 124 BauGB sein (2.). Dabei ist insbesondere zu fragen, ob die Anforderungen an die Konkretisierung aufgrund der „Passivität“ des Bezirksamtes ausnahmsweise zu reduzieren sind (3.) Zu erwägen ist schließlich, ob es – seine hinreichende Konkretisierung unterstellt – gleichwohl im Hinblick darauf unzumutbar war, dass die Vorhabengrundstücke zum Zeitpunkt des Angebotes bereits planungsbefangen waren (4.).

##### **1. Anforderungen an ein Erschließungsangebot**

Wann ein Erschließungsangebot „zumutbar“ im Sinne von § 124 BauGB ist, hängt nach den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen von den Umständen des Einzelfalles ab. Zunächst muss ein Angebot soweit konkretisiert sein, dass die Gemeinde prüfen kann, ob sie es annehmen oder die Erschließung selbst durchführen will.

„Hierzu müsste die Gemeinde in die Lage versetzt werden, zu dem Angebot ‚ja‘ zu sagen. [...] Fehlen Einzelheiten, so ist die Gemeinde ihrerseits nicht berechtigt, von vorneherein die Unangemessenheit des Angebots festzustellen sondern muss den Anbietenden darauf hinweisen, so dass dieser gegebenenfalls das Angebot weiter ergänzen kann. [...] Zur Angemessenheit gehören nicht nur die Einzelhei-



ten der Vertragsdurchführung, sondern auch der Erfüllungsbereitschaft des Investors, also insbesondere auch Angaben zum zeitlichen Ablauf und zur Sicherung der Durchführungsverpflichtungen sowie gegebenenfalls Angaben zur Finanzierung der anfallenden Kosten. Auch zur Fremdanliegerproblematik muss ein Lösungsvorschlag unterbreitet werden“.

Grziwotz, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 124 Rn. 5 mit Nachweisen zur Rechtsprechung.

Daraus folgt, dass ein „zumutbares“ Erschließungsangebot im Grundsatz den selben Inhalt haben muss, wie der später abzuschließende Erschließungsvertrag.

Vgl. etwa Schimanek in: Beck'sches Formularbuch Immobilienrecht, 2001, Abschnitt E. Muster 1; Grziwotz, in: Ernst/Zinkahn/ Bielenberg, Stand August 2013, § 11, Rn. 426 (umfangreiches Vertragsmuster mit Erläuterungen).

Selbstverständlich muss die angebotene Erschließung den Festsetzungen des Bebauungsplanes entsprechen, es muss sich also um eine „planmäßige“ Erschließung handeln.

Quaas, in: Schrödter, Baugesetzbuch, 8. Auflage 2015, § 124 Rn. 3.

Die Konkretisierungsanforderungen fasst das Bundesverwaltungsgericht wie folgt zusammen:

Für ein zumutbares Erschließungsangebot genügt es jedenfalls nicht „wenn der Bauinteressent lediglich seine Bereitschaft erklärt, in Vertragsverhandlungen einzutreten. Vielmehr muss das Angebot so konkret sein, dass es auf seine Eignung überprüft werden kann, einen Zustand herbeizuführen, der die gleiche Gewähr der Verlässlichkeit bietet, wie wenn das Baugrundstück bereits erschlossen wäre [...] Ein Angebot, das diesen Zweck erfüllen soll, kann sich [...] nicht in der bloßen Erklärung erschöpfen, verhandlungsbereit zu sein, wenn unzweifelhaft ist, dass der Bauinteressent von seinen wirtschaftlichen Voraussetzungen her ohne Weiteres im Stande ist, die Erschließungsmaßnahmen durchzuführen. Die wirtschaftliche Potenz als solche ersetzt nicht den in einem förmlichen Antrag dokumentierten Nachweis der Bereitschaft, die im konkreten Fall erforderlichen Mittel aufzubringen“.

Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 18. Mai 1993 – 4 B 65.93, NVwZ 1993, 1101.

## **2. Hinreichende Konkretisierung des Angebotes von Lorac**

Gemessen an diesen Maßstäben erscheint das Angebot von Lorac (eingegangen am 2. Februar 2011 beim Bezirksamt – FB Bauaufsicht) als nicht hinreichend kon-



kret; zu den allermeisten Punkten enthält es keine konkreten, inhaltlichen Regelungsvorschläge, sondern sie werden lediglich in allgemeiner Form angesprochen.

- An erster Stelle fehlt es bereits an einer klaren Aussage, die Herstellung *welcher* Erschließungsanlagen angeboten wird: Zwar legt der – skizzenhafte – Lageplan zur Bauvoranfrage nahe, dass die beiden „inneren“ Erschließungsstraßen komplett und die „äußeren, das Vorhabengrundstück umgebenden“ Straßen jeweils bis zu ihrer Mitte hergestellt werden sollen. Zugleich wurde im Vorbescheidsantrag zunächst gefragt, ob die Kissinger- und die Reichenhaller Straße ebenfalls angebunden werden sollen (Frage später gestrichen). Darauf nimmt auch das Erschließungsangebot Bezug und formuliert:

„Soweit die Gemeinde andere oder ergänzende Anforderungen an eine rechtlich oder tatsächlich gesicherte Erschließung stellt, bitten wir, uns diese aufzugeben. Wir werden dann die von vornherein beantragte Maßgabe im Vorbescheidsantrag entsprechend ändern und den Anforderungen nachkommen“.

- Das Angebot enthält aber keinerlei nähere Angaben zur Ausgestaltung insbesondere der inneren Erschließungsstraßen und der – halben – äußeren Straßen, mit Ausnahme der etwas eingehenderen Angaben zur Gestaltung der Forckenbeckstraße. Der bloße Hinweis auf die „allgemein anerkannten Regeln der Bautechnik“ ist völlig vage. So wird nicht deutlich, ob und in welchem Umfang Parkplätze und Straßenbegleitgrün angelegt werden sollen, wo die leitungsgebundene Erschließung verlegt werden soll und ob die Straßen befahrbar oder lediglich für Fußgänger und Radfahrer dimensioniert werden sollen.

Soweit das Verwaltungsgericht Berlin im Urteil vom 9. Mai 2014 meint (ohne weitere Prüfung), das Angebot sei deswegen hinreichend konkret, weil es sich auf die „plangemäße Erschließung“ beziehe, verkennt dies die Komplexität einer Erschließungsmaßnahme: Das Planungsrecht regelt gerade nur die Grundzüge der Erschließung, während die allermeisten Fragen sowohl der straßenmäßigen als auch leitungsmäßigen Erschließung von der Verwaltung zu planen und zu prüfen und allenfalls durch technische Vorschriften und DIN-Normen vorgezeichnet sind.

- Eine konkrete Prüfung der angebotenen Erschließungsmaßnahmen war dem Bezirksamt auch deshalb nicht möglich, weil nicht klar war, welches Vorhaben damit erschlossen werden sollte. Aus dem bislang nur eingereichten Vorbescheidsantrag, selbst unter Berücksichtigung der später gestrichenen Fragen, ging nur hervor, dass dort Wohnhäuser mit einer bestimmten GFZ in geschlossener oder, alternativ, in offener Bauweise errichtet werden sollte. Aussagen über die Art der Wohnungen und somit die Zahl der künftigen Bewohner sowie über deren Erschließungsbedürfnisse wurden nicht gemacht.



- Das Angebot enthält keinen konkreten Plan für den Bauablauf, geschweige denn Termine, zu denen die Erschließungsmaßnahmen durchgeführt und abgeschlossen werden sollen.
- Es wird nicht deutlich, ob bereits eine Planung (Vorplanung, Grobplanung) der Erschließungsanlagen durchgeführt wurde oder wer diese gegebenenfalls durchführen soll. Dementsprechend fehlt auch eine Aussage dahingehend, ob und unter welchen Voraussetzungen die angebotenen Erschließungsanlagen für die geplanten Gebäude und deren Bewohner ausreichend dimensioniert sind und etwa die Anschlüsse an die umgebenen Straßen ausreichend dimensioniert sind oder Verkehrsregelungsmaßnahmen (Ampelanlagen) erfordern.
- Dementsprechend gibt es auch keine Kosteneinschätzung über das Volumen der Maßnahmen, die üblicherweise immer Inhalt des Erschließungsvertrages ist.
- Dort, wo das Angebot die angebotenen Erschließungsanlagen etwas näher konkretisiert (im Bereich der Böschung Forckenbeckstraße), steht es im Widerspruch zu den Festsetzungen des Bebauungsplanes: Angeboten wird ausdrücklich, „Fahrbahnen, Parkflächen, Geh- und Radwege, Straßenbeleuchtungen, Straßenbegleitgrün, Verkehrsflächen und Straßenzubehör, Straßenentwässerung usw.“ auf dem „noch nicht befestigten südlichen Teil (Böschung) vor unseren Grundstücken“ herzustellen, und zwar auf dem bereits „auf seiner ganzen Breite dem öffentlichen Verkehr gewidmeten Flurstück 175“. Konkret bedeutet das, dass der südseitige Ausbau der Forckenbeckstraße vollständig auf dem im Eigentum des Landes Berlin stehenden Grundstück erfolgen soll (dort, wo derzeit die Böschung und der Fußgängerweg liegen). Demgegenüber verläuft die ff. Straßenfluchtlinie einige Meter weiter südlich, auf den Grundstücken von Lorac. Die entsprechende Fläche soll nach dem Angebot also offenbar gerade nicht dem Land Berlin zum Zwecke der Herstellung von Erschließungsanlagen übereignet werden, sondern bei den Baugrundstücken verbleiben.
- Gar nicht behandelt wird die Frage des Umgangs mit Drittanliegern, obwohl es sich in der gegebenen Situation aufdrängt: von den zu errichtenden Straßen würden insbesondere auch die Grundstück der Kolonie Mannheim und auch die Häuser östlich der Cunostraße profitieren und wären somit potentiell Erschließungsbeitragspflichtig.



- Das Angebot enthält auch nicht – nicht einmal andeutungsweise – eine Erklärung, dass die Bauherrin den zukünftigen Unterhaltungsaufwand der Straßen übernimmt, was in der Rechtsprechung als Voraussetzung für die Zumutbarkeit verlangt wird.

Bundeverwaltungsgericht, Urteil vom 30. August 1985 – 4 C 48/81,  
NVwZ 1986, 38, 39.

- Im Erschließungsangebot – soweit es uns vorliegt – sind keinerlei Angaben zur Bonität oder Leistungsfähigkeit der Anbieterin Lorac enthalten, ersichtlich ist nur, dass es sich um eine Luxemburgische Gesellschaft mit beschränkter Haftung handelt. Auch wird nicht gesagt, welche Bank die angebotenen Bürgschaften bis zu welcher Höhe zu stellen bereit ist. Ein Angebot mit dem Inhalt, eine Bürgschaft in jeder beliebigen Höhe zu stellen, ist aber wenig glaubwürdig und in keinem Fall eine ausreichende Entscheidungsgrundlage.
- Weitere Regelungspunkte eines Erschließungsvertrages werden, im letzten Absatz des Erschließungsangebotes, lediglich in ganz allgemeiner Form angeboten, wenn es heißt:

„Wir verpflichten uns, mit der Gemeinde einen Erschließungsvertrag nach den Vorgaben des Bezirksamtes abzuschließen und sind in diesem Zusammenhang insbesondere bereit, Art und Umfang der Erschließungsanlagen, Planung, Beginn und Durchführung und Fertigstellung, Ausschreibung, Vergabe und Bauleitung, Baudurchführung, Haftung und Verkehrssicherung, Abnahme und Mängelansprüche, Übernahme und Gewährleistung, Sicherheitsleistungen, Haftungsausschluss des Landes Berlin u.a. zu regeln“.

Zu keinem dieser Punkte wird eine auch nur ansatzweise konkretisierte Regelung vorgeschlagen.

Insgesamt hat das Angebot somit nicht ansatzweise die Regelungsdichte eines Erschließungsvertrages. Der Sache nach wird vielmehr das Land Berlin aufgefordert den Entwurf eines Erschließungsvertrages mit dem von ihm gewünschten Inhalt vorzulegen. Das ist weit mehr, als die – der Gemeinde zuzumutende – Nachfrage zu „Einzelheiten“ der angebotenen Erschließung. In dem Schreiben von Lorac liegt daher gerade noch nicht das Angebot der Umsetzung eines in sich schlüssigen, sachlich und technisch durchgeprüften Erschließungskonzeptes, sondern lediglich eine Anfrage, welche Maßnahmen überhaupt durchgeführt werden sollen. Das Bezirksamt hätte dieses „Angebot“ keinesfalls lediglich mit „ja“ beantworten können, sondern zunächst selbst den gewünschten Leistungsinhalt konkretisieren müssen.



Angesichts des Fehlens von konkreten Inhalten ist das von Lorac vorgelegte Angebot, buchstäblich *jede* vom Land Berlin gewünschte Gestaltung der Erschließungsanlagen herzustellen, zudem sogar derart vage, dass es im Streitfall wohl nicht rechtlich einklagbar gewesen wäre.

Vgl. Grziwotz, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, Stand August 2013, § 124 Rn. 5: Der Erschließungsvertrag muss im Angebot noch nicht vollständig ausformuliert sein, zur Intensität der Konkretisierung kann aber auf die ähnliche Problematik bei einem Klageantrag zur Verurteilung, ein Angebot des Klägers anzunehmen, abgestellt werden (m.w.N.). zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes.

Es bietet daher keinesfalls „die gleiche Gewähr der Verlässlichkeit, wie wenn das Baugrundstück bereits erschlossen wäre“, sondern es handelt sich, in den Worten des Bundesverwaltungsgerichts, um eine „bloße Erklärung des Bauinteressenten, einen Erschließungsvertrag abschließen zu wollen“ was den Anforderungen des § 124 BauGB gerade nicht genügt.

Vgl. Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 13. Februar 2002 – 4 B 88.01, NVwZ-RR 2002, 413; Beschluss vom 10. September 1976, NJW 1977, 405; Beschluss vom 18. Mai 1993 – 4 B 65.93, NVwZ 1993, 1101.

Eine Annahme des Angebotes in der vorgelegten Form war daher jedenfalls unmöglich. Unseres Erachtens war es dem Bezirksamt aber auch nicht zuzumuten, detaillierte Konkretisierungswünsche explizit zu äußern, denn dies wäre in Ermangelung konkreter Daten zu nahezu allen notwendigen Regelungspunkten eines Erschließungsvertrages darauf hinausgelaufen, seinerseits ein Angebot für ein Erschließungsangebot zu entwerfen.

### **3. Geringere Anforderungen wegen „Passivität“ des Bezirksamtes?**

Das Verwaltungsgericht Berlin hat in seinem Urteil vom 9. Mai 2014 das Angebot deshalb für zumutbar gehalten, weil das Bezirksamt darauf mit „vollständiger Passivität“ reagiert und keinerlei Konkretisierungswünsche geäußert habe.

Es trifft zwar zu, dass das Bundesverwaltungsgericht die Anforderungen an die Konkretisierung des Erschließungsangebotes auch von der Verhandlungsbereitschaft der Gemeinde abhängig gemacht hat. In dem vom Verwaltungsgericht Berlin zitierten Urteil heißt es aber, unmittelbar im Anschluss an die vom Verwaltungsgericht Berlin zitierte Stelle:

„Entbehrlich ist ein den Umständen angepasstes, hinreichend konkretisiertes Angebot auch dann nicht, wenn die Gemeinde eine Ver-



weigerungshaltung an den Tag legt. [...] im Übrigen schafft er überhaupt erst dadurch, dass er die Leistungen, die er zu erbringen sich erbietet, wenigstens in groben Zügen bezeichnet, die Grundlage, von der aus sich beurteilen lässt, ob die Gemeinde sich im Streit um die Sicherung der Erschließung entgegenhalten lassen muss, auf ein ihr zumutbares Angebot nicht eingegangen zu sein“.

Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 18. Mai 1993 – 4 B 65.93, NVwZ 1993, 1101; vgl. auch BVerwG Urteil vom 22. Januar 1993 – 8 C 46/91, NJW 1993, 1102, 1105.

Daran hat das Bundesverwaltungsgericht auch später und ausdrücklich auch für den Fall einer „Verweigerungshaltung“ festgehalten:

„[...] das es für ein zumutbares Erschließungsangebot nicht genügt, dass der Bauinteressent lediglich seine Bereitschaft erklärt, in Verhandlungen über den Abschluss eines Erschließungsvertrages einzutreten. Vielmehr muss ein Angebot so konkret sein, dass es auf seine Eignung überprüft werden kann, eine gesicherte Erschließung zu gewährleisten. Das gilt im Grundsatz auch dann, wenn sich die Gemeinde von vorneherein abweisend verhält.“

Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 13. Februar 2002 – 4 B 88/01, NVwZ-RR 2002, 413.“

Abgesehen davon, dass das Angebot mangels Konkretisierung schon von vornherein unzumutbar war (siehe oben 2.), war das Bezirksamt vorliegend auch nicht vollständig passiv: Vielmehr wurde offensichtlich zunächst über den Inhalt des Vorbescheidsantrages verhandelt, der ja die Grundlage für den Umfang der erforderlichen Erschließung bildete; dies führte dann zur Streichung von drei der vier Fragen. Der Antrag erwies sich im Widerspruchs- und Klageverfahren zudem aus formalen Gründen als unzulässig. Das Erschließungsangebot hing während dieses Zeitraums gleichsam in der Luft, da kein Bezug zu einem konkreten, zur Genehmigung gestellten Vorhaben greifbar war. Das wiegt umso schwerer, weil sich der wesentliche Inhalt des Erschließungsangebotes gerade aus dem – unzulässigen – Vorbescheidsantrag ergab.

Parallel dazu wurde außerdem über ein alternatives Bebauungskonzept verhandelt, das durch einen Vorhaben- und Erschließungsplan umgesetzt werden sollte, und das das hier erörterte Erschließungsangebot überflüssig gemacht hätte.

Auch intern war das Bezirksamt nicht untätig: In einem Vermerk, von dem wir unterstellen, dass er Lorac zur Kenntnis gelangt ist, setzt sich das Tiefbauamt eingehend mit dem Angebot auseinander und rät aus mehreren Gründen von einer Annahme ab.



So sei eine Übernahme der inneren Erschließungsstraßen durch das Land Berlin wegen der damit verbundenen, erheblichen Folgelasten nicht leistbar; es wird auf die Notwendigkeit eines Verkehrsgutachtens hingewiesen, die ausreichenden Kapazitäten der öffentlichen Versorger müssten abgeklärt werden; gegebenenfalls sei ein Ausbau der dann stärker belasteten Fahrbahnen von Kissinger- und Reichenhaller Straße erforderlich; es müssen Regelungen zu Baumfällungen auf öffentlichem Straßenland getroffen werden. Ausdrücklich hingewiesen wird auch auf die festgesetzte Lage der Forckenbeckstraße auch auf den Grundstücken von Lorac. Abschließend heißt es:

„In diesem Schreiben werden zunächst nur wesentliche Punkte erwähnt, die hierbei zu berücksichtigen sind. Nach Vorliegen eines Vertragsentwurfes wird eine detaillierte Stellungnahme erfolgen. Die Höhe einer Vertragserfüllungsbürgschaft wird durch die voraussichtlichen Kosten der auf dem öffentlichen Straßenland erforderlichen Maßnahmen [...] bestimmt. Die Kostenschätzung ist durch ein vom Bauherren beauftragtes Planungsbüro vorzunehmen“. (Vermerk des Tiefbauamtes des Bezirks Charlottenburg-Wilmersdorf – TiefGrün V 26, vom 10. Oktober 2011)

Daran wird die – soweit es das Angebot überhaupt zuließ – detaillierte Prüfung des Angebotes durch das Bezirksamt ersichtlich; der Vermerk bestätigt auch die Einschätzung, dass es sich bei dem Schreiben von Lorac gerade noch nicht um ein „detailliertes Vertragsangebot“ handelte – ein solches verlangt die Rechtsprechung aber, abgesehen von der Möglichkeit bei fehlender Verhandlungsbereitschaft gewisse Details offen zu lassen.

Das unzureichend konkretisierte Angebot war daher unseres Erachtens auch nicht deshalb ausnahmsweise zumutbar, weil das Bezirksamt mit „vollständiger Passivität“ reagiert hätte.

Zumutbar war allenfalls – und dem hat sich der Bezirk gestellt – die Aufnahme von Gesprächen über das von der Grundstückseigentümerin geplante Vorhaben, das zum Zeitpunkt der Vorlage des Erschließungsangebotes (und, soweit bekannt, bis heute) lediglich in einem sehr allgemein gehaltenen und dann zurückgenommenen Vorbescheidsantrag beschrieben war.

#### **4. Unzumutbarkeit wegen geänderter planerischer Vorstellungen**

Zu erwägen ist schließlich, ob das Erschließungsangebot vom 1. Februar 2011 für den Bezirk Charlottenburg-Wilmersdorf auch deshalb „unzumutbar“ war, weil inzwischen geänderte, vom Baunutzungsplan abweichende Planungsvorstellungen bestanden, die sich bereits im Aufstellungsbeschluss für den Bebauungsplan IX-205a manifestiert hatten.



**a) Unzumutbarkeit nach Treu und Glauben – Ansatz des OVG Münster**

Ausgangspunkt für die Prüfung ist der Grundsatz, dass die Zumutbarkeit des Erschließungsangebotes jeweils unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen ist:

„Denn letztlich geht es um die Frage, ob die Gemeinde nach Treu und Glauben eine Bebauung verhindern darf, obwohl sie sie durch ihren Bebauungsplan im Grundsatz bereits für zulässig erklärt hat und der Bauinteressent geltend macht, für eine angemessene Erschließung selbst sorgen zu wollen.“

Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 13. Februar 2002 – 4 B 88.01, NVwZ-RR 2002, 413, unter Verweis auf BVerwGE 92, 24.

Vorliegend besteht die Besonderheit, dass zum Zeitpunkt des Erschließungsangebotes bereits ein Aufstellungsbeschluss für einen geänderten Bebauungsplan existierte. Das Oberverwaltungsgericht Münster hat in einer solchen Situation die Auffassung vertreten, dass während eines bereits laufenden Bebauungsplanverfahrens Verhandlungen über ein noch den alten, zu ändernden Bebauungsplan betreffendes Erschließungsangebot unzumutbar sind:

„Eine bereits durch einen Aufstellungsbeschluss dokumentierte Änderung der Planungsabsichten der Gemeinde macht die Annahme eines der Neuplanung entgegenstehenden Erschließungsangebots von vornherein unzumutbar. Die Annahme eines solchen Angebotes würde die Gemeinde zu Maßnahmen zwingen, die sich binnen kurzer Zeit bei Realisierung der Neuplanung als in städtebaulicher Hinsicht sinnlos, ja geradezu schädlich herausstellen können. Diese absehbaren gravierenden Nachteile führen angesichts der grundlegenden Wertung des § 123 Absatz 4 BauGB [heute: Absatz 3], der die Sicherung der Planungshoheit der Gemeinde auch im Hinblick auf Erschließungsmaßnahmen und deren städtebaulicher Auswirkungen bezweckt, dazu, dass den eingeleiteten und ernsthaft verfolgten gemeindlichen Planungen, auch wenn sie sich noch nicht in einen neuen rechtsverbindlichen Bebauungsplan oder in einer Veränderungssperre niedergeschlagen haben, der Vorrang vor dem auf ein Vertragsangebot gestützten Erschließungsbegehren eines Baubewerbers eingeräumt werden muss“.

Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 15. Juni 1988 – 7 A 675/87, Juris Rn. 31.

Der Ansatz des Oberverwaltungsgerichts Münster wurde vom Bundesverwaltungsgericht bislang nicht aufgegriffen, aber auch nicht verworfen.

In einer älteren Entscheidung hat das Bundesverwaltungsgericht, pauschal und in einem Nebensatz, festgestellt, dass der bloße „Entschluss“, einen Bebauungsplan aufzuheben oder zu ändern für die Unzumutbarkeit eines Erschließungsangebotes unbeachtlich sei. Dort lag aber bereits ein (mit einem Rechtsvorgänger) unterschritts-



reif ausgehandelter Erschließungsvertrag vor, dessen Unterzeichnung die Gemeinde verweigerte. Zum anderen gab es dort noch keinen Aufstellungsbeschluss für einen Änderungsbebauungsplan, sondern die Gemeinde hatte lediglich in einem Ratsbeschluss die Verwaltung beauftragt zu prüfen, für welche Bereiche mit welchen Festsetzungen neue Bebauungspläne aufgestellt werden sollen. Die Planungsabsicht war also inhaltlich und räumlich noch nicht weiter konkretisiert.

Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 10. September 1976 – 4 C 5.76, NJW 1977, 405, 407.

Aus unserer Sicht ist der Ansatz des Oberverwaltungsgerichts Münster eine überzeugende Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben für die gegebene Konstellation; wir legen ihn daher der weiteren Prüfung zugrunde.

**b) „Ernsthafte“ Planungsbemühungen**

Davon ausgehend sprechen aus unserer Sicht vorliegend überwiegende Gründe dafür, das Erschließungsangebot von Lorac für unzumutbar zu halten, weil dieses mit dem laufenden Bebauungsplanverfahren IX-205a nicht vereinbar war. Dieses wurde zum Zeitpunkt des Erschließungsangebotes „ernsthaft verfolgt“:

- Die planerische Absicht, die Wohngebietsfestsetzung des Baunutzungsplanes aufzuheben, bestand schon lange vor dem Erschließungsangebot, hatte sich in bereits zwei Aufstellungsbeschlüssen für Bebauungspläne sowie im Flächennutzungsplan niedergeschlagen und war auch deshalb nicht überraschend oder aus der Luft gegriffen, weil die seit rund 100 Jahren bestehende, tatsächliche Nutzung festgeschrieben werden sollte. Aus Sicht der langjährigen Grundstückseigentümerin, der Bundespost, und auch aus Sicht potentieller Käufer war es offenkundig, dass das Bebauungsplanverfahren, angesichts der auch damals schon begrenzten personellen und finanziellen Ressourcen des Bezirks, lediglich deshalb nicht zügig betrieben wurde, weil dafür mangels konkreter Bauabsichten keinerlei Anlass bestand.
- Ein solcher Anlass ergab sich erst nach dem Erwerb der Flächen durch Lorac 2008, die ihrerseits aber auch erst nach knapp drei Jahren eine Bauabsicht artikuliert, die aber noch völlig unkonkret war, wie der eingereichte Vorbescheidsantrag von Anfang 2011 zeigt.
- Bereits vorher, bald nach dem Erwerb der Flächen durch Lorac hatte das Bezirksamt das ruhende Bebauungsplanverfahren aufgegriffen und aktiv weiter betrieben (2009 Aufspaltungsbeschluss, 2010 Öffentlichkeitsbeteiligung und Trägerbeteiligung).



- Anschließend, im Jahre 2011, kam es dann zu Gesprächen und Verhandlungen zwischen Lorac und dem Bezirksamt, in deren Verlauf unter anderem eine Streichung der inhaltlichen Vorbescheidsfragen vereinbart wurde und über eine Alternativlösung (Erlass eines Vorhaben- und Erschließungsplanes) verhandelt wurde. Parallel dazu holte das Bezirksamt mehrere Rechtsgutachten zum Bebauungsplan ein und wies am 12. Juli 2012 den Vorbescheidsantrag zurück, über den anschließend ein Widerspruchsverfahren (Widerspruchsbescheid vom 19. Dezember 2013) und ein Verwaltungsgerichtsverfahren geführt wurden.
- Am 25. Mai 2014 wurde ein Bürgerentscheid zur weiteren Vorgehensweise abgehalten.
- Am 8. Juli 2014 wurde dann eine Veränderungssperre beschlossen.

Angesichts dieses zeitlichen Ablaufs kann nicht gesagt werden, der Bezirk habe das Bebauungsplanverfahren nicht „ernsthaft verfolgt“. Auf der anderen Seite hat auch Lorac, obwohl ihr sämtliche vom Bezirksamt eingeholten Rechtsgutachten und die Einwände gegen den Vorbescheidsantrag bekannt waren, zu keinem Zeitpunkt ihr Erschließungsangebot und ihr Bauvorhaben konkretisiert. Wir gehen zudem davon aus, dass während des gesamten Zeitraums mehr oder weniger intensive Gespräche zwischen beiden Seiten geführt wurden. Die Prüfung und Ausarbeitung eines Erschließungsvertrages, zeitgleich zum laufenden Bebauungsplanverfahren und dem Rechtsbehelfsverfahren über die (unzulässige) Bauvoranfrage war daher unseres Erachtens nach Treu und Glauben unzumutbar.

Das Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin vom 9. Mai 2014, das von einer konkludenten Ablehnung des Erschließungsangebotes ausgeht (Seite 22 des Urteilsdruckes), setzt sich mit dem zitierten Urteil des Oberverwaltungsgerichts Münster nicht auseinander und erwähnt weder den Aufstellungsbeschluss noch die geführten Gespräche und die intensiven Bemühungen des Bezirksamtes um eine Festsetzung des Bebauungsplanes. Auch das Gutachten Möller/Hatz setzt sich mit der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts Münster und den zustimmenden Ausführungen des Gutachtens Groth dazu nicht nachvollziehbar auseinander und verweist lediglich pauschal auf die Ausführungen des Verwaltungsgerichts Berlin.

### **c) Ergebnis**

Im Ergebnis sind wir daher der Auffassung, dass, auf der Grundlage von Treu und Glauben, überwiegende Gründe dafür sprechen, dass Verhandlungen über das Erschließungsangebot vor Erlass der Veränderungssperre aus Sicht des Bezirksamtes unzumutbar waren, weil einerseits das Änderungs-Bebauungsplanverfahren



ernsthaft betrieben wurde und andererseits Ungewissheit über die von Lorac beabsichtigte Bebauung bestand.

Ergänzend weisen wir auf Folgendes hin: Auch dann, wenn man das Verhalten des Bezirksamtes als treuwidrig beurteilen würde, hätte jedenfalls der Erlass einer Veränderungssperre vor dem 9. Mai 2014 der Argumentation des Verwaltungsgerichts Berlin den Boden entzogen, da – auch nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts – dadurch der alte, zu ändernde Bebauungsplan seine Wirkung verloren hätte und weder Bauvorhaben noch Erschließungsmaßnahmen mehr zulässig gewesen wären. Angesichts der eindeutigen Hinweise im Gutachten Groth/Beckmann und auch im Gutachten Finkelnburg, der auf die Notwendigkeit, qualifiziert auf das Erschließungsangebot zu reagieren, deutlich hingewiesen hat, ist es aus heutiger Sicht schwer verständlich, warum nicht früher zu diesem Mittel gegriffen wurde.

## **5. Fazit**

Im Ergebnis spricht daher unseres Erachtens alles dafür, dass das Erschließungsangebot von Lorac mangels Konkretisierung unzumutbar war. Das Bezirksamt hätte das vermeintliche Angebot weder in der vorgelegten Form annehmen können – dies hätte keinen vollziehbaren Vertrag ergeben –, noch war es ihm zuzumuten, wenigstens Konkretisierungswünsche explizit zu äußern, denn dies wäre in Ermangelung konkreter Daten zu nahezu allen notwendigen Regelungspunkten eines Erschließungsvertrages darauf hinausgelaufen, seinerseits ein Angebot für einen Erschließungsvertrag zu entwerfen.

Auch wenn man das Angebot als hinreichend konkret ansehen würde, war seine Annahme für den Bezirk nach Treu und Glauben unzumutbar, weil es mit dem laufenden und ernsthaft verfolgten Bebauungsplanverfahren unvereinbar war.

Wir weisen allerdings darauf hin, dass das Verwaltungsgericht Berlin in seinem Urteil vom 9. Mai 2014 zum gegenteiligen Ergebnis gelangt ist und dementsprechend die Erschließungspflicht des Landes Berlin gemäß § 124 BauGB förmlich festgestellt hat; sollte dieses Urteil rechtskräftig werden, wäre es für den Bezirk bindend und es müsste vom Bestehen einer Erschließungspflicht – und damit von der Sicherung der Erschließung gemäß § 124 BauGB – ausgegangen werden.

## **V. HILFSWEISE: KRITERIEN FÜR DIE BESTIMMUNG DER ENTSCHÄDIGUNGSHÖHE (GUTACHTENFRAGE 2)**

Unterstellt, die Vorhabengrundstücke wären – entgegen unseren obigen Schlussfolgerungen – bislang nicht hinreichend erschlossen, und gleichzeitig wäre das Er-



schließungsangebot vom 1. Februar 2011 zumutbar gewesen, stellt sich die Frage, nach welchen Kriterien die Entschädigungshöhe zu bestimmen wäre. Entscheidend dafür ist der maßgebliche Qualitätsstichtag (1) und der Grundstückszustand (Qualität) zu diesem Zeitpunkt (2). Abschließend stellt sich die Frage, ob eine etwaige Höhe der Entschädigung durch den von Lorac gezahlten Kaufpreis begrenzt ist (3).

## 1. Qualitätsstichtag – Vorwirkung des Bebauungsplanes

Zu prüfen ist, welche Grundstücksqualität für die Ermittlung der Entschädigungshöhe gemäß § 42 Absatz 2 BauGB maßgeblich wäre: In Betracht kommt einerseits der Beginn des Bebauungsplanverfahrens IX-205 durch den Aufstellungsbeschluss vom 20. Juni 2000, andererseits der noch in der Zukunft liegende Tag der Festsetzung des Bebauungsplanes. Im erstgenannten Fall wäre nur der Verlust unerschlossenen Baulandes zu entschädigen, im zweiten der Entzug von erschlossenem.

Die Entscheidung der Frage hängt davon ab, ob die in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes entwickelten Grundsätze der „Vorwirkung der Enteignung“ (a) hier anwendbar sind; das ist der Fall, wenn der Planaufstellungsbeschluss (oder ggf. ein anderes Ereignis in der Vergangenheit) für den späteren, die Herabstufung bewirkenden Bebauungsplan kausal (b) und im Hinblick auf die Festsetzung „Grünfläche“ hinreichend bestimmt war (c). Er musste die Eigentumsminde- rung „mit Sicherheit“ erwarten lassen (d) und einen Ausschluss der Vorhabengrundstücke von der konjunkturellen Weiterentwicklung bewirkt haben (e).

### a) Grundsatz der „Vorwirkung der Enteignung“

In Fällen einer Entziehung privaten Eigentums durch eine staatliche Maßnahme ist der Wert des Eigentums zu entschädigen. Eine Enteignung in diesem Sinne ist auch die – von § 42 Absatz 2 BauGB geregelte – Einschränkung der baulichen Nutzbarkeit eines Grundstücks durch einen Bebauungsplan, und zwar unabhängig davon, ob diese dogmatisch als Enteignung im engeren Sinne oder als Inhalts- und Schrankenbestimmung verstanden wird. Die Enteignungswirkung tritt in dieser Konstellation jedenfalls mit Inkrafttreten des Bebauungsplanes ein. Es ist jedoch anerkannt, dass unter bestimmten Umständen auf einen früheren Zeitpunkt abzustellen ist:

„Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats können auch vorbereitende, unverbindliche Planungen, die noch keinen Eingriff bilden, Vorwirkungen einer späteren Enteignung auslösen, indem sie Grundstücke von der konjunkturellen Weiterentwicklung ausschließen. Voraussetzung hierfür ist, dass die (unverbindliche) Pla-



nung ursächlich für die spätere Enteignung war, ein hinreichende Bestimmtheit hatte und die spätere verbindliche Planung, die dann zur Enteignung führte, mit Sicherheit erwarten ließ“.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 18. September 1986 – III ZR 83/85, NJW 1987, 1256.

Ein Urteil, das diese Rechtsprechung auf die Konstellation des § 42 Absatz 2 BauGB, also den Entzug von Eigentumspositionen unmittelbar durch einen Bebauungsplan, anwendet, gibt es, soweit ersichtlich, nicht, allerdings auch keine gegenteilige Aussage. Allerdings hat der Bundesgerichtshof anerkannt, dass unter bestimmten Umständen – sogar – ein Flächennutzungsplan eine Enteignungsvorwirkung haben kann.

Urteil vom 26. Januar 1978, III ZR 184/75, Juris.

Für den Fall einer Enteignung mittelbar aufgrund eines Bebauungsplanes (hier: Festsetzung einer Kita-Fläche mit anschließendem Enteignungsverfahren) hat der Bundesgerichtshof aber ausdrücklich anerkannt, dass es nicht erst auf den Zeitpunkt der Festsetzung des Bebauungsplanes ankommt:

„Die Enteignung ist die Folge einer verbindlichen Planung, die den Entzug des Grundeigentums mit Sicherheit erwarten ließ. Unter Berücksichtigung dieser Vorwirkung des Bebauungsplanes – ein-schließlich des Verfahrens, das zu seiner Festsetzung führte – bietet sich hier mithin ein davorliegender Zeitpunkt als maßgeblicher Qualitätsstichtag an.“

Bundesgerichtshof, Urteil vom 6. Mai 1999 – 3 ZR 174/98, BGHZ 141, 319 (Hervorhebung nur hier).

Eine enteignungsrechtliche Vorwirkung ist also auch im Bebauungsplanverfahren anzunehmen, sobald ein Schritt des Planungsprozesses dazu führt, dass das Grundstück „von der konjunkturellen Weiterentwicklung“ ausgeschlossen wurde. Das kann auch schon durch einen Aufstellungsbeschluss für einen Bebauungsplan bewirkt werden.

Wünschmann, in: Spannowsky/Uechtritz, BauGB, 1. Auflage 2009, § 95 Rn. 29; Groß, in: Ernst/Zinkahn/Bilenberg, BauGB, Stand April 2013, § 93 Rn. 87: „Planentwürfe können vorbereitenden Plänen gleichgestellt werden“. – Ebenso, trotz langwieriger Umwege, auch das Gutachten Battis, Seite 17: „Planaufstellungsbeschlüsse über Bebauungspläne [...] können [...] eine enteignungsrechtliche Vorwirkung entfalten, wenn sie die strengen Anforderungen der BGH-Rechtsprechung an die Vorwirkung vorbereitender Planungen erfüllen“.



Wichtig ist, dass der Bundesgerichtshof das Vorliegen einer enteignungsrechtlichen Vorwirkung nicht anhand starrer Kriterien prüft, sondern immer betont, dass die entscheidende Frage des Ausschlusses des Grundstücks von der konjunkturellen Weiterentwicklung sich aus den „tatsächlichen Umständen des Einzelfalles“ ergibt und daher der tatrichterlichen Würdigung unterliegt.

Der Versuch des Gutachtens Battis, abstrakte Kriterien zu formulieren, nach denen ein Aufstellungsbeschluss für einen Bebauungsplan Vorwirkung entfalten kann, ist daher von vornherein zum Scheitern verurteilt.

**b) Anwendung der Kriterien im vorliegenden Fall**

**c) Kausalität**

Die Kausalität des Aufstellungsbeschlusses vom 20. Juni 2000 für den – künftigen – Bebauungsplan IX-205a ist hier gegeben, weil und wenn die zum unterstellten Entschädigungsanspruch führende Festsetzung dort bereits enthalten war und im Laufe des Verfahrens nicht wesentlich geändert (erweitert) wird. Das ist hier der Fall, denn dem Beschluss lag bereits ein Planentwurf mit der Kleingartenfestsetzung zugrunde.

Anders wäre dies, wenn der Aufstellungsbeschluss ohne konkreten Planentwurf gefasst worden wäre, oder wenn die Grünflächenfestsetzung im Laufe des Verfahrens räumlich erweitert oder inhaltlich verändert worden wäre.

Der ohne weiteres gegebene Kausalitätszusammenhang ist vorliegend auch nicht dadurch unterbrochen, dass die Planungsabsicht zwischenzeitlich aufgegeben worden wäre, so dass der Aufstellungsbeschluss seine Wirkung verloren hätte: Er ist nach wie vor in einem formalen Sinne kausal für den späteren Bebauungsplan, solange das Bebauungsplanverfahren nicht abgebrochen und neu eingeleitet wird; das ist hier nicht geschehen, denn das allein dafür zuständige Bezirksamt hat gerade, trotz einer zwischenzeitlichen, anderslautenden Aufforderung seitens der Bezirksverordnetenversammlung, keinen entsprechenden Beschluss (Einstellung des Verfahrens oder Aufstellung eines anderen Bebauungsplanes mit verändertem Geltungsbereich) gefasst.

Das Gutachten Battis, Seite 28, stellt den Ablauf insofern verkürzend dar.

**d) Bestimmtheit**

Auch das zweite Kriterium, die hinreichende Bestimmtheit, ist gegeben, denn der Aufstellungsbeschluss lässt die beabsichtigte Festsetzung – Private Grünfläche mit Zweckbestimmung Dauerkleingärten – bereits genauso erkennen, wie der spätere Bebauungsplan.

**e) Enteignung „mit Sicherheit zu erwarten“**

Diskutiert wird dagegen das dritte Kriterium: Der vorbereitende Plan oder, hier, der veröffentlichte Planentwurf, muss die spätere Enteignung (hier: den Ausschluss der bislang zulässigen Nutzung) bereits „mit Sicherheit“ erwarten lassen. Was damit gemeint ist, ist nicht auf den ersten Blick klar, denn keine vorbereitende Planung führt „mit Sicherheit“ zur späteren Enteignung, und erst recht keine Vorbereitungshandlung. Gleichwohl billigt der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung der Auslegung von Planentwürfen, etwa im Planfeststellungsverfahren, und ganz allgemein dem zur Festsetzung führenden Verfahren eine enteignungsrechtliche Vorwirkung zu. Im Zusammenhang der zitierten Entscheidungen bezieht sich das Kriterium stets darauf, dass die jeweilige Planung – und eben nicht schon die vorwirkende Maßnahme –, sie, die spätere Enteignung „mit Sicherheit“ erwarten lassen muss. In der Konstellation des § 42 Absatz 2 BauGB ist das aber stets der Fall, weil hier bereits der Bebauungsplan selbst die Eigentumsbeeinträchtigung bewirkt.

In diesem Sinne präzisiert das Bayrische Oberste Landesgericht: Vorwirkung haben Maßnahmen „die von vornherein auf eine endgültige Entziehung von Grundstückssubstanz abzielen, also eine Enteignung mit Sicherheit erwarten lassen oder in ihrer Tendenz folgerichtig auf eine spätere Enteignung zuführen“ (Urteil vom 17. Juni 1991 – RReg. 1 Z 420/89, BayObLGZ 1991, 210, Hervorhebung nur hier).

Unter den genannten, hier gegebenen Voraussetzungen – Kausalität und Bestimmtheit – ist das dritte Kriterium hier daher als erfüllt anzusehen.

Anders ist das etwa in den in §§ 40 Absatz 2 und 85 BauGB geregelten Fällen, wo nach Festsetzung des Bebauungsplanes ein gesondertes Enteignungsverfahren durchgeführt wird, und wo oftmals nicht von vornherein klar ist, ob es tatsächlich zur Enteignung kommt oder ob die dort vorgesehenen, zusätzlichen Voraussetzungen für eine Geldentschädigung später erfüllt sein werden. – Soweit das Gutachten Battis (Seite 21 ff.) die Auffassung vertritt, bereits die die Vorwirkung begründende Maßnahme müsse die Enteignung „mit Sicherheit“ erwarten lassen, führt dies die klare Aussage des BGH ad absurdum, dass auch Vorbereitungshandlungen diese Wirkung haben können – obwohl sie naturgemäß nie die spätere Pla-



nungsentscheidung oder gar die Enteignung „mit Sicherheit“ erwarten lassen.

**f) *Ausschluss von der konjunkturellen Weiterentwicklung***

Ob die Veröffentlichung des Aufstellungsbeschlusses für den Bebauungsplan die Vorhabengrundstücke endgültig von der konjunkturellen Weiterentwicklung ausgeschlossen hat, ist in erster Linie keine rechtliche, sondern eine wertermittlungstechnische Frage.

Das Grundstückswertgutachten Schwenk (Seite 7) bejaht ohne weiteres, dass der Aufstellungsbeschluss vom 20. Juni 2000 die Grundstücksqualität „eingefroren“ habe; offen lässt er lediglich, ob die *rechtlichen* Anforderungen an die Annahme und Fortdauer der Vorwirkung vorliegen.

Deutliches – und aus unserer Sicht durchschlagendes – Indiz für einen Ausschluss des Grundstücks für der konjunkturellen Weiterentwicklung ist aber der im Jahre 2008, also nach dem Aufstellungsbeschluss, zwischen der Deutschen Post AG und Lorac vereinbarte Kaufpreis für die Vorhabengrundstücke, der eindeutig zeigt, dass die damaligen Kaufvertragsparteien nicht von einer Qualität als (Wohnungs-)Bauland ausgingen.

Der Preis betrug rund EUR 600.000; bei einer Bewertung als Rohbauland hätte er dagegen nach dem Gutachten Schwenk (Seite 71) zwischen EUR 28,0 und 29,6 mio. liegen müssen. Das sieht auch das Gutachten Scharmer (Seite 45) so.

Das Gutachten Battis argumentiert, diese Wirkung des Aufstellungsbeschlusses seit später entfallen oder unterbrochen worden, da der Bezirk seine Planungsabsichten aufgegeben oder geändert habe (Seite 24 ff.). Dem können wir aus drei Gründen nicht folgen:

- Für eine solche Argumentation gibt es keine Präjudizien in der Rechtsprechung; die Gerichte betonen vielmehr, dass selbst ein (sehr) langer Zeitraum (bis zu 80 Jahren bei der Festsetzung von öffentlichen Straßen) oder ein Ruhen des Verfahrens nicht zu einem Wegfall der Vorwirkung führen muss, was das Gutachten Battis (bei Fn. 54) selbst einräumt.

Vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 2. Februar 1978 - III ZR 90/76, NJW 1978, 941.

- Die Argumentation verkehrt Sinn und Zweck der Vorwirkungs-Rechtsprechung, deren Kern gerade darin liegt, dass nach Eintritt der Vorwirkung, und solange der Kausalitätszusammenhang nicht durchbrochen ist,



Wertänderungen außer Betracht bleiben sollen, und zwar gleichgültig, ob sie durch Maßnahmen des Eigentümers oder der Behörden bewirkt werden. Und der Kausalitätszusammenhang ist vorliegend, wie oben gesagt, gerade nicht durchbrochen, weil das Bezirksamt trotz zwischenzeitlicher politischer Diskussionen und Verhandlungen gerade nicht durch entsprechende Beschlüsse von der Planung Abstand genommen hat.

- Ob eine Kausalität besteht, kann immer erst ex post aus der Perspektive des Enteignungsbeschlusses beurteilt werden (auch das anerkennt Battis im Grundsatz).
- Von einer „Passivität“ des Bezirksamtes kann schließlich, wie oben unter C.IV.3. dargelegt, nicht die Rede sein.

#### **g) Ergebnis**

Insgesamt wäre daher vorliegend – wenn, hypothetisch, überhaupt ein Entschädigungsanspruch gemäß § 42 Absatz 2 BauGB bestünde – von einem Qualitätsstichtag unmittelbar vor Veröffentlichung des Aufstellungsbeschlusses für den Bebauungsplan IX-205 auszugehen, mithin am 19. Juni 2000.

Ebenso das Gutachten Finkelnburg 2011, Ergänzung vom 28. November 2011 (4.c), sowie Gutachten Finkelnburg 2014 (Seite 9); Gutachten Otto (Seite 4). – a.A. das Gutachten Möller/Hatz (Seite 42 ff.), im wesentlichen mit der gleichen Argumentation wie das Gutachten Battis; der von Möller/Hatz (Seite 43 oben) zusätzlich angesprochene Gedanke, man könne nicht gleichzeitig einen Anspruch nach § 42 Absatz 2 BauGB bejahen (der eine Erschließung voraussetzt) und von der Qualität „unerschlossenes Bauland“ für die Bewertung ausgehen, verkennt die Systematik der Entschädigungsvorschriften: Die Tatbestandsvoraussetzungen von § 42 Absatz 2 BauGB müssen im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bebauungsplanes vorliegen, während nach der Vorwirkungs-Rechtsprechung der Qualitätsstichtag früher liegen kann: Naturgemäß liegen dann die Tatbestandsvoraussetzungen der Entschädigungsnorm noch nicht vor, sonst hätte es ja schon damals einen Anspruch gegeben. Möller/Hatz führen diesen – unzutreffenden – Gedanken dann auch nicht weiter.

Bewertungsstichtag ist gemäß § 43 Absatz 2 Satz 2; 95 Absatz 1 Satz 2 BauGB, § 3 Absatz 1 ImmoWertV der Tag der Eigentumsentziehung, hier also das Datum des Inkrafttretens des Bebauungsplanes.



## 2. Qualität des Grundstücks

Die Bewertung des Grundstücks ist in erster Linie eine Tatsachenfrage und muss von einem Grundstückswertsachverständigen beurteilt werden. Aus rechtlicher Sicht können lediglich gewisse Rahmenbedingungen für die Wertermittlung angegeben werden:

### a) **Grundstückszustand: Rohbauland**

Auszugehen ist nach vorstehend hergeleitetem Ergebnis vom Grundstückszustand im Jahre 2000 vor Veröffentlichung des Aufstellungsbeschlusses für den Bebauungsplan IX-205; zu dieser Zeit entsprach der Entwicklungszustand der Vorhabengrundstücke im Sinne von § 5 Absatz 1 ImmoWertV der Entwicklungsstufe „Rohbauland“ im Sinne von § 5 Absatz 3 ImmoWertV; das gilt nicht für die Flächen der mit ff. Straßenfluchtlinien festgesetzten Straßen, die lediglich den Wert von Straßenland haben.

### b) **Auswirkungen der Festsetzung „Kleingärten“ im FNP**

Eine spezielle Bewertungskategorie im Sinne von „absterbendem Rohbauland“ gibt es nicht; soweit ersichtlich war die hier gegebene Konstellation – unerschlossenes Bauland wird durch den Flächennutzungsplan zurückgestuft, was aber noch nicht durch einen Bebauungsplan umgesetzt ist – noch nicht Gegenstand veröffentlichter Rechtsprechung. In anderen Zusammenhängen ist aber anerkannt, dass Änderungen des Flächennutzungsplanes für die Bewertung von Grundstücken von Bedeutung sein können:

- Nach § 4 Absatz 3 Nr. 1 ImmoWertV ist bei der Wertermittlung neben dem Entwicklungszustand insbesondere auch zu berücksichtigen, „ob am Qualitätsstichtag eine anderweitige Nutzung von Flächen absehbar ist“. Künftige Nutzungsänderungen sind daher bei der Wertermittlung zu berücksichtigen; das kann sich unseres Erachtens auch aus einem Flächennutzungsplan ergeben, dessen Aufgabe es ist, den Inhalt künftiger Bebauungspläne zu steuern (vgl. § 8 Absatz 2 BauGB). Das gilt jedenfalls dann, wenn mit der Umsetzung der vom Flächennutzungsplan intendierten, geänderten Festsetzung eines Gebietes aufgrund „konkreter Tatsachen“ (§ 2 Satz 2 ImmoWertV) zu rechnen ist.
- Der Inhalt des Flächennutzungsplanes kann die Bewertung der Bauerwartung für Bauerwartungsland im Sinne von § 5 Absatz 2 ImmoWertV beeinflussen.



Eine – wahrscheinliche – Änderung des Bebauungsplanes aufgrund einer Änderung des Flächennutzungsplanes ist nicht bereits von den Entwicklungsstufen des § 5 ImmoWertV (Bauerwartungsland – Rohbauland – Baureifes Land) erfasst und kann daher systematisch im Rahmen von § 4 Absatz 3 Nr. 1 berücksichtigt werden, vgl. Freise in: Brügelmann, BauGB, Stand 90. Ergänzungslieferung 2014, § 4 ImmoWertV, Rn. 18).

- Für die Quantifizierung der Bauerwartung im Rahmen von § 5 Absatz 2 ImmoWertV ist anerkannt, dass der Flächennutzungsplan ein wertbildender Faktor sein kann, wenn seine Umsetzung aufgrund konkreter Tatsachen zu erwarten ist; in der Neufassung des § 5 Absatz 2 wird in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf den „Stand der Bauleitplanung“ verwiesen. Das gilt auch, umkehrt, für eine die Bebauung ausschließende vorbereitende Planung (Flächennutzungsplan):

„Eine die Bebauung endgültig ausschließende Planung muss wegen der Möglichkeit einer Änderung der Bauplanung nicht unbedingt einer späteren Bebauung und damit einer Bauerwartung entgegenstehen. Dass sich eine Weiterentwicklung gegen eine vorläufige oder endgültige Planung vollzieht, muss aber als Ausnahme angesehen werden“.

Kleiber, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB Stand Juni 2010, § 5 ImmoWertV, Rn. 62, m.w.N. zur Rechtsprechung.

- Demgegenüber ist eine entgegenstehende Festsetzung in einem Flächennutzungsplan nicht dazu geeignet, die Eigenschaft einer Fläche als Bauland im Sinne von § 5 Absatz 4 ImmoWertV aufzuheben.
- Zu beachten ist, dass mit der Einordnung als „Rohbauland“ noch keine wertmäßige, sondern lediglich eine qualitative Einordnung erfolgt. Der tatsächliche Entwicklungszustand weist regelmäßig eine nicht unerhebliche Wertspanne auf, die nach den jeweils konkreten Umständen zu bestimmen ist.

Vgl. Kleiber, a.a.O., § 5 ImmoWertV, Rn. 6. – Zur Illustrierung verweisen wir auf eine Entscheidung, in der das Gericht für ein Rohbauland-Grundstück einen Wertabschlag von 50% gebilligt hat, weil das Landratsamt in einem einfachen Schreiben angekündigt hatte, dass die Fläche künftig möglicherweise als Naturschutzgebiet festgesetzt werden würde (Bayerisches Oberstes Landesgericht, Urteil vom 17. Juni 1991 – RReg. 1 Z 420/89, BayOLGZ 1991, 210, 214 ff.).

Insgesamt spricht aus unserer Sicht viel dafür, dass die Änderung des Flächennutzungsplanes im Jahre 1994 im Rahmen der Wertermittlung maßgeblich zu berücksichtigen ist, denn es gab – aus der Perspektive des Jahres 2000 – „konkrete Tatsachen“ im Sinne von § 2 Satz 2 ImmoWertV, die eine Realisierung der vom Flä-



chennutzungsplan vorgezeichneten Nutzungsänderung erwarten ließen: Hinter der Festsetzung stand die klar erkennbare Absicht des Landes Berlin, die bestehende Nutzung der Fläche langfristig zu sichern; sie war zudem erst relativ kurz vor dem Qualitätsstichtag aktualisiert worden.

Wir verweisen in diesem Zusammenhang auch auf das Kleingartenkonzept des Bezirks Charlottenburg-Wilmersdorf vom 5. Juni 2012 (Stadt II B 3), in dem die vorhandenen Kleingartenflächen im Bezirk mit ihrem jeweiligen Sicherungsstatus dargestellt sind. Die hier gegenständlichen Grundstücke werden dabei der Kategorie IVb zugeordnet, zu der es in den Erläuterungen heißt: „Privates Eigentum als Kleingarten verpachtet und im FNP als Kleingartenfläche dargestellt; Status: hoch gesichert“. Hierin kommt die jedenfalls im Jahre 2012 herrschende Auffassung zum Ausdruck, dass bereits die Darstellung einer Kleingartenfläche im Flächennutzungsplan zu einer „hohen“ Absicherung führt. – Auch das Gutachten Scharmer (Seite 45) geht davon aus, dass das Grundstück „lediglich einen durch die Vorwirkung der geplanten Herabzonung verminderten Wert hat“.

Dem Grundstücksmarkt musste daher klar sein, dass nach der Änderung des Flächennutzungsplanes spätestens dann mit einer Nachführung des Bebauungsplanes (und gegebenenfalls einer Veränderungssperre) zu rechnen war, sobald sich konkrete Bebauungsbemühungen abzeichnen würden. Dies gilt solange, wie keine Anzeichen bestehen, dass der Plangeber an der vom Flächennutzungsplan verfolgten Zielsetzung nicht mehr festhalten will. Bislang haben sich Bezirksamt und Bezirksverordnetenversammlung klar dazu bekannt, den Bebauungsplan mit Grünflächenausweisung weiter in Umsetzung des Flächennutzungsplanes verfolgen zu wollen.

### **c) *Auswirkungen auf den Entschädigungswert***

Wie sich vorstehende Erwägungen auf dem Grundstückswert konkret auswirken, können wir nicht beurteilen. Im Wertgutachten Schwenk wird die Änderung des Flächennutzungsplanes im Jahre 1994 allerdings nicht gewürdigt.

Zudem wird in diesem Gutachten, soweit wir sehen, nicht gefragt, ob und wie sich die aus heutiger Sicht unzeitgemäße Begrenzung der Bebauungstiefe von 13 Meter auf den Grundstückswert auswirkt; ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass in hiesigem Zusammenhang für die Bebaubarkeit strikt von geschlossener Bauweise auszugehen ist, da nach § 42 Absatz 2 BauGB eine Entschädigung nur für die planungsrechtlich ohne Befreiungen oder Ausnahmen zulässige Bebauung gewährt wird (Runkel, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, Stand Juli 2014, § 42 Rn. 33; Jäde in: Jäde/Dirnberger/Weiss, BauGB, 7. Auflage 2013, § 42, Rn. 3).



Wir gehen davon aus, dass die genannten Faktoren zu einem deutlichen Abschlag gegenüber planerischer unbelastetem Rohbauland führen müssen; wir halten es sogar für denkbar, dass der realistisch eingeschätzte Grundstückswert zum Stichtag 2000 sich im Bereich des von Lorac tatsächlich gezahlten Kaufpreises bewegt (wobei für die Wertverhältnisse am Grundstücksmarkt der Zeitpunkt der Festsetzung des Bebauungsplanes maßgeblich wäre, so dass sich eine Erhöhung der Bodenpreise zwischen 2000 und etwa 2015 werterhöhend auswirken würde). Davon abzuziehen wäre der Wert von Kleingartenland zum Stichtag etwa 2015 unter Berücksichtigung der tatsächlich vereinbarten Pacht; soweit uns bekannt, wurde dieser Wert bislang nicht ermittelt.

### **3. Deckelung der Höhe der Entschädigung**

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass Lorac, wenn sie denn entgegen der vorstehenden Erwägungen einen Anspruch nach § 42 Absatz 2 BauGB haben sollte, die Entschädigung nur für solche Wertminderungen beanspruchen kann, die nach ihrem Erwerb der Flächen eingetreten sind. Das gilt speziell in Fällen, in denen zwischen Eintritt der enteignungsrechtlichen Vorwirkung (hier: Aufstellungsbeschluss) und dem Wirksamwerden der Eigentumsentziehung (hier: Inkrafttreten des Bebauungsplanes) ein Eigentümerwechsel stattgefunden hat:

„Die Enteignungsentschädigung ist der Ausgleich für den bei dem jeweiligen Enteigneten (Entschädigungsberechtigten) eintretenden Rechtsverlust oder für andere bei ihm durch die Enteignung eintretende Vermögensnachteile. Daraus folgt, dass bei einem Eigentumswechsel der neue Eigentümer im Falle der Enteignung eine Mehrentschädigung, die sich aus vor seinem Rechtserwerb eingetretenen Vorwirkungen ergeben könnte, grundsätzlich nicht verlangen kann; sonst würde er für mehr entschädigt als ihm durch die Enteignung entzogen worden ist. Eine etwa in der Person des früheren Eigentümers begründete weitergehende Rechtsposition („Anwartschaft“) kann beim Entschädigungsanspruch des enteigneten neuen Eigentümers nur berücksichtigt werden, wenn sie durch Gesamtrechtsnachfolge oder Einzelrechtsnachfolge (Abtretung oder Übertragung) auf ihn übergegangen ist“.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 14. März 2002 - III ZR 320/00, NJW-RR 2002, 1240, 1241

„Nur so kann vermieden werden, dass der von der Vollenteignung betroffene Eigentümer, der möglicherweise das Grundstück zu dem unter Berücksichtigung der Herabstufung angemessenen Preis erworben hat, eine zu hohe Entschädigung erhält“.

Bundesgerichtshof, Beschluss vom 25. November 1991 - III ZR 65/91, NVwZ 1992, 603.



Lorac kann daher für den Wertverlust aufgrund der Herabstufung von Wohnbau-land zu Kleingartenland, die aufgrund der Vorwirkung bereits mit dem Aufstel-lungsbeschluss im Jahre 2000 entstanden, aber noch nicht fällig geworden war, keine Entschädigung verlangen, wenn sie keine Abtretung dieser Forderung durch die Verkäuferin nachweisen kann. Angesichts des gezahlten Kaufpreises (der Kaufvertrag im übrigen ist uns nicht bekannt), der in etwa dem Wert von Klein-gartenland entsprechen dürfte, ist das wenig wahrscheinlich.

Vgl. zur Abtretungsfrage eingehend das Gutachten Scharmer, Seite 44 ff. (im Ergebnis tendenziell verneinend, ebenfalls ohne Kenntnis des Kaufvertrages).

Festzuhalten ist, dass Lorac, wenn man eine Vorwirkung des Aufstellungsbe-schlusses bejaht, gar keine Entschädigung verlangen kann, da die Eigentumsent-ziehung dann insgesamt bereits vor dem Erwerb der Vorhabengrundstücke durch Lorac im Jahre 2008 stattgefunden hat: Lorac hat ein bereits zu Kleingartenland herabgestuftes Grundstück zum Preis von Kleingartenland erworben; die spätere Realisierung der Herabstufung bedeutet für sie daher keinen Verlust.

## **VI. GESAMTWÜRDIGUNG**

Insgesamt gehen wir aufgrund der dargelegten rechtlichen Würdigung davon aus, dass ein Entschädigungsanspruch von Lorac gemäß § 42 Absatz 2 BauGB nicht entsteht, wenn der Bebauungsplanentwurf IX-205 festgesetzt werden sollte. Die Grundstücke sind – mit Ausnahme möglicherweise des südöstlichen Viertels des Plangebietes – seit jeher durch die Forckenbeckstraße erschlossen, so dass zu-mindest für den überwiegenden Teil die 7-Jahres-Frist abgelaufen ist. Diese Ein-schätzung deckt sich mit den bisherigen Aussagen der Verwaltung, insbesondere haben weder die Senatsverwaltung noch das Bezirksamt den Vorbescheidsantrag von Lorac mit der Begründung fehlender Erschließung zurückgewiesen, sondern gerade umgekehrt damit, dass für die beantragte plangemäße Bebauung eines er-schlossenen Grundstücks aus formellen Gründen kein Vorbescheid erteilt werden kann. Es ist angesichts der örtlichen Gegebenheiten aus unserer Sicht lebens-fremd anzunehmen, in den 70er oder 80er Jahren wäre einem plangemäßen Woh-nungsbauvorhaben auf den Grundstücken die Genehmigung versagt worden.

Soweit danach wegen Ablaufes der 7-Jahres-Frist eine Entschädigung der entzo-genen Nutzungsmöglichkeiten ausgeschlossen ist, kann sie auch nicht nach den Grundsätzen der „isolierten eigentumsverdrängenden Planung“ („Sonderopfer-Rechtsprechung“ des Bundesgerichtshofes) verlangt werden. Abgesehen davon, dass eine „isolierte“ Grünfestsetzung wegen der Lage der Vorhabengrundstücke



inmitten anderer Kleingärten gerade nicht gegeben ist, hat jüngst das Bundesverfassungsgericht diese Rechtsprechung für verfassungswidrig, weil mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbar, erklärt. Ob in der Folge die Befristung des Entschädigungsanspruchs für Fälle der hier vorliegenden Art in einem weiteren (Normenkontroll-)Verfahren vom Bundesverfassungsgericht aufgehoben wird, ist nicht abzusehen, aus unserer Sicht aber unwahrscheinlich.

Soweit man insbesondere das südöstliche Vorhabengrundstück wegen des Fehlens einer Anbindung an eine öffentliche Straße als nicht erschlossen ansehen würde, wäre die Erschließung auch nicht wegen des Erschließungsangebotes von Lorac gesichert. Dieses Angebot genügt in keiner Weise den Anforderungen der Gerichte an die Konkretisierung, denn zu nahezu keiner notwendigen Regelung des angebotenen Erschließungsvertrages gibt es konkrete, unmittelbar annahmefähige Aussagen. Insbesondere sind, nach der Rücknahme von drei der vier Vorbescheidsfragen, alle wesentlichen Merkmale des zu erschließenden Vorhabens ebenso wie der Zeitplan und der Kostenrahmen völlig unklar. Das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 9. Mai 2014, das diese Frage bejaht, halten wir insofern für falsch. Da das Verwaltungsgericht die tatsächlichen Erschließungssituation aber nicht prüft, sondern ohne Prüfung unterstellt (Seite 21 des Urteils), dürfte das Urteil insoweit für einen künftigen Entschädigungsprozess keine Bindungswirkung haben.

In Beantwortung der **Gutachtenfrage 1** kann daher gesagt werden, dass ein Entschädigungsanspruch von Lorac im Falle der Festsetzung des Bebauungsplanentwurfes IX-205a unseres Erachtens nicht besteht. Das Erschließungsangebot hat daran nichts geändert, auch nicht für das allenfalls als unerschlossen anzusehende südöstliche Viertel des Plangebietes.

Soweit man zur Beantwortung von **Gutachtenfrage 2**, und abweichend von vorstehender Einschätzung, gleichwohl einen Entschädigungsanspruch bejahen würde, wäre im Rahmen der Wertermittlung für den Zustand des von der Herabzonung betroffenen Grundstücks die Vorwirkungs-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes anzuwenden; maßgeblicher Stichtag für die Grundstücksqualität wäre danach der Tag vor dem Aufstellungsbeschluss vom 20. Juni 2000. Soweit andere Gutachten hier zu einem abweichenden Ergebnis kommen, liegt dem eine Argumentation zugrunde, wonach Aufstellungsbeschlüsse oder eine Auslegung von Plänen nie enteignungsrechtliche Vorwirkung entfalten könnten. Dagegen steht aber die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, der die Vorwirkung gerade in diesen Fällen bejaht. Indiz für den „Ausschluss der Grundstücke von der konjunkturellen Weiterentwicklung“ bereits zu diesem Zeitpunkt ist nicht zuletzt



der von Lorac gezahlte Kaufpreis, der für Kleingarten-, aber nicht für Wohnbau-  
land angemessen war.

Ausgangspunkt für die Bewertung – die keine Rechtsfrage ist – wäre die Einord-  
nung der Flächen als Rohbauland; davon wäre aber im Hinblick auf den 1994 ge-  
änderten Flächennutzungsplan und den seitdem fortbestehenden, öffentlich er-  
kennbaren Willen des Landes Berlin, die bestehenden Kleingärten dauerhaft zu si-  
chern, ein erheblicher Abschlag vorzunehmen, da der Grundstücksmarkt eine je-  
derzeit mögliche Planänderung in diesem Sinne seinerzeit erwarten musste. Indiz  
dafür kann nach unserer – insoweit nicht sachverständigen – Einschätzung der  
von Lorac tatsächlich gezahlten Kaufpreis sein (dieser dann aber angepasst ent-  
sprechend der Bodenpreisentwicklung von 2008 bis heute). Vom so ermittelten  
Grundstückswert – nach heutigen Bodenpreisen – wäre der aktuelle Wert von  
Kleingartenland abzuziehen, der noch nicht ermittelt wurde.

Entschädigungsberechtigt ist Lorac wegen der enteignungsrechtlichen Vorwirkung  
des Aufstellungsbeschlusses aus dem Jahre 2000 in jedem Fall nur dann, wenn sie  
nachweisen kann, dass ihr der Entschädigungsanspruch abgetreten wurde, wofür  
uns keine Anhaltspunkte bekannt sind.

Berlin, den 14. April 2015