



Fabian Thiel

1 Das Eigentum an Wohnraum für Normalverdiener zwischen Sozialgut und Immobilienklasse

Die Bau- und Immobilienwirtschaft ist ein wichtiger Beteiligter an der Grundstücksnutzung. Den Immobilien- und Wohnungsmarkt („Markt für Wohnen“) kann man gewiss als ein zentrales Segment der Gesamtwirtschaft ansehen. Die Wohnung ist gar das zentrale Objekt eines Güterverbundes, mit einer volkswirtschaftlichen Schlüsselposition für den Baulandmarkt, Arbeitsmarkt, Wohnungsmarkt und Konsumgütermarkt (Beispiel: Privatisierung ehemaliger Mietwohnungen). Der Markt hat sich innerhalb kurzer Zeit von einem Mieter- in einen Investorenmarkt gewandelt.¹ Wohnungspolitik kann als essenzieller Bestandteil der Eigentumpolitik verstanden werden, denn Wohnungspolitik dient als Verteilungs- und Versorgungspolitik sozialpolitischen Zielen und erfüllt überdies als Instrument der Eigentumbildung gesellschaftspolitische Funktionen. Wohnungspolitik widmet sich damit in erster Linie der Förderung des privaten Eigentums an der Wohnung. Dies ergibt sich ganz unproblematisch aus § 1 Abs. 6 Nr. 2 BauGB.

¹ Hämmerlein, Wohnökonomie, 2006, S. 52 ff. und S. 103.

F. Thiel (✉)

Frankfurt University of Applied Sciences, Fb1 – Architektur, Bauingenieurwesen und Geomatik, Frankfurt am Main, Deutschland
E-Mail: fabian.thiel@fb1.fra-uas.de

2 „Eigentum verpflichtet“ – aber wen?

Der Wohnungsmarkt behält den Charakter des Angebotsvolumens verfügbarer Wohnungen für den Wohnungsbedarf privater Haushalte an den von den Wohnungsnachfragern ausgewählten Standorten. Zu bedenken ist stets: Die Nutzung einer Wohnung ist rivalisierend und ausschließend. Im Vordergrund stehen der materielle, der emotionale und der ideelle Nutzen. Der Einsatz städtebaurechtlicher Maßnahmen ist durchaus zwiespältig zu sehen, denn sie stehen im Spannungsfeld zwischen Kostenerhöhung und Steigerung der Bodenpreise einerseits² und der Vermeidung von Vermögensumverteilungen mit dem Resultat einer Konzentration des Grundstückseigentums in der Hand weniger Personen und Gesellschaften andererseits.³ Der Grundsatz „Eigentum verpflichtet“ nach Art. 14 Abs. 2 GG gilt auch und vor allem für die Wohnungswirtschaft. Die Wohnung sei ein „Wirtschaftsgut contra Sozialgut“; beim Sozialgut Wohnung sei das Wohnen der Nutzungsvorgang des Gutes Wohnung.⁴

Art. 14 Abs. 2 GG wird gegenwärtig kontrovers diskutiert.⁵ Muss sich der Eigentümer beim Eigentumsgebrauch, etwa seines Grundstücks, selbst beschränken, oder ist Art. 14 Abs. 2 GG ein Programmsatz, der sich an den Gesetzgeber richtet? Die Antwort ist eindeutig: Art. 14 Abs. 2 GG richtet sich vorrangig an den Gesetzgeber; er richtet sich hinsichtlich der Vollzugsakte an die Verwaltungsgerichte und Behörden. Umstritten ist, ob sich Art. 14 Abs. 2 GG ausschließlich an den Gesetzgeber richtet. Herrschende Auffassung ist, Art. 14 Abs. 2 GG richte sich zwar an den Grundrechtsträger, begründe aber keine positiv-rechtlichen Pflichten, sei also nicht justiziabel. Das Kernproblem ist damit angerissen: Die Gerichte haben kein Mandat, am Gesetz vorbei Konkretisierungen der Sozialbindung vorzunehmen und durchzusetzen. Anders die liberale Meinung: Auch für den Rechtsanwender und für den Verwaltungsbeamten, etwa in der Baugenehmigungsbehörde, kann Art. 14 Abs. 2 GG Richtschnur sein, wenn das Gesetz ihm einen Entscheidungsspielraum gibt, und dabei macht es keinen Unterschied, ob man Art. 14 Abs. 2 GG unmittelbar oder durch eine Generalklausel anwendet. Könnten Genehmigungsbehörden Art. 14 Abs. 2 GG unmittelbar anwenden, könnten sie mithin einem Eigentümer nach Beendigung der Geschäftstätigkeit bzw. bei fehlender Rentabilität aufgeben, beispielsweise einen beantragten Verbrauchermarkt in einem nach § 34 BauGB zu beurteilen-

² *Cezanne*, Volkswirtschaftslehre, 2005, S. 196 ff.; *Eekhoff*, Wohnungs- und Bodenmarkt, 2. Aufl. 2006, S. 185 ff.

³ *Güttler*, Marktverhalten, Bodenpreisbildung, Planung, qualitative Faktoren, Instrumente der Bodenpolitik. In: Dieterich-Buchwald/Dieterich, Neue Perspektiven des Bodenrechts, 1997, S. 79.

⁴ *Jenkis*, Wirtschaftsgut contra Sozialgut. In: Frankfurter Allgemeine Zeitung, Ausgabe Nr. 185 v. 11.08.2006, S. 41.

⁵ Vgl. *Habeck*, „Wir haben verlernt, dass Eigentum Verpflichtung bedeutet“. In: Berliner Zeitung, Nr. 87 v. 13./14. April 2019, S. 5; vgl. auch *Thiel*, Eigentum verpflichtet. Die Bedeutung des Art. 14 Abs. 2 GG für die Planung, RaumPlanung, 2018, 50; *de Hesselle/Bödow*, Eigentum verpflichtet: Überlegungen zur Mietpreisbremse, in: Latour/Lewkowicz/Wienbracke (Hrsg.), An den Schnittstellen von Recht und Wirtschaft, 2016, S. 227–242; *Pestalozza*, NJW 1982, 2169 (2170).

den Gebiet wieder abzureißen und Bodenversiegelungen vollständig zu beseitigen, wie es etwa durch § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB für bestimmte Außenbereichsvorhaben heute schon möglich ist? In diesem Fall müsste geantwortet werden: Nein. Denn es gibt „keine Zuständigkeit des Richters“ (*Gerhard Anschütz*), Art. 14 Abs. 2 GG unmittelbar anzuwenden. Zu bedenken ist allerdings, dass Eigentum erst hoheitlich geschaffen wird, ausgeformt durch die einfachen Gesetze, etwa durch das Baugesetzbuch oder die Landesbauordnungen. Deren Normen bestimmen, dass eine Baugenehmigung nur und erst dann zu erteilen ist, wenn dem betreffenden Bauvorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen.

Die Auslegung von Art. 14 Abs. 2 GG bleibt bis in die Gegenwart hinein obskur und dunkel.⁶ Warum ist dies so? Art. 14 Abs. 2 GG ist gegenüber dem Bauplanungs- und Bauordnungsrecht das höherrangige Recht als verfassungsimmanente Schranke, die aus der Verfassung selbst abgeleitet wird und nicht erst der Konkretisierung durch den Gesetzgeber bedarf. Eine behördliche Maßnahme, die Art. 14 Abs. 2 GG konkretisiert, kann schlechterdings keinen Eingriff darstellen. Da aber nur bei Eingriffen eine Entschädigung gezahlt wird (vgl. Art. 14 Abs. 3 GG) und zudem bei der ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung als *aliud* der Enteignung,⁷ wäre der – entschädigungslose – Weg der Beschränkung möglich. Eine unmittelbare, beschränkende Anwendung der Sozialbindung ist denk- und durchsetzbar, wenn die Rechtsfigur der grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmenden Sozialbindung bejaht würde, um sie trennscharf von den beiden anderen Instrumenten des Art. 14 GG abzugrenzen. Rechtspraktisch lassen sich für diesen Weg indes bislang keine Belege finden.

Art. 14 Abs. 2 GG kann die Eigentümerrechte begrenzen, aber die Baufreiheit ist stets die Grenze dessen, was der Eigentümer hinzunehmen hat. Wenn das Objekt also nicht mehr zugleich, sondern ausschließlich dem Allgemeinwohl dient, muss sich der Eigentümer von dem Objekt verabschieden. Interessant ist auch das Halbteilungsgrundsatz-Urteil,⁸ von dem sich das BVerfG später diskret verabschiedet hat.⁹ Nach allgemeiner Meinung ist Art. 14 Abs. 2 GG sowohl Grund als auch Grenze dessen, was dem Eigentümer an Beeinträchtigungen etwa bei der Grundstücksnutzung zugemutet werden darf. Wenn das Allgemeinwohl eine Beschränkung des Eigentumsgebrauchs nicht erfordert, ist diese Beschränkung sogar unzulässig, und sie wäre auch nur insofern zulässig, als sie tatsächlich erforderlich ist. Dahinter verbirgt sich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Grund und Boden steht stets im Konflikt zwischen Allgemeinwohl und Renditeerwartung. Ein Eigentümer trägt schließlich auch beträchtliche Patronatsrisiken, etwa Leerstandsrisiken bei einer Investition in falscher Lage, etwa in einem Auf-

⁶ *Schneider*, „Eigentum verpflichtet“ – Zur Entstehung von Art. 14 Abs. 2 Grundgesetz. In: Peine/Wolff (Hrsg.), *Nachdenken über Eigentum. Festschrift für Alexander v. Brünneck*, 2011, S. 67 und S. 81.

⁷ *Lege*, Die ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung: Enteignung zweiter Klasse? In: *Deppenheuer/Shirvani* (Hrsg.), *Die Enteignung*, 2018, S. 221–234.

⁸ BVerfGE 93, 121 – Vermögensteuer.

⁹ BVerfGE 115, 97 – Halbteilungsgrundsatz.

gabe- bzw. Absiedelungsgebiet in manchen Regionen Ostdeutschlands und Westdeutschlands. Wer aber entscheidet den Konflikt zwischen Rendite und Risiko? Bei guter Konjunktur wird jeder Eigentümer einen wertvollen Wald abholzen, wenn er hierüber verfügen kann und er nicht durch Fachgesetze daran gehindert wird. Aber entscheiden der Eigentümer (d. h. Zivilgerichte) oder die öffentlichen Gerichte bzw. Verwaltungsbehörden über den *highest and best use* eines Grundstücks? Entscheidet wirtschaftliche oder politische Vernunft? Der Staat sollte basierend auf Art. 14 und womöglich auch 15 GG, etwa in Schrumpfsregionen,¹⁰ Eigentumsregeln definieren, wie man Grund und Boden handelt oder im Sinne des Grundstücksverkehrsgesetzes Sanktionsmöglichkeiten vorsehen, wenn sich ein Eigentümer nicht an die vereinbarten Regeln hält. Vor diesem Hintergrund betrachtet sind verschiedene juristische Dogmen höchst fragwürdig, etwa das Planungsschadensrecht (§§ 39–44 BauGB), bei dem eine staatliche Leistung dahinter steht. Der Eigentümer hat, auch wenn er keinerlei Investitionen tätigt, während der Dauer von sieben Jahren die Garantie, eine Wertsteigerung seines Grundstücks, die ihm durch die öffentliche Planung und ohne sein Zutun zugewachsen ist, behalten zu dürfen. Denn nimmt die Behörde die Planung innerhalb von sieben Jahren zurück, muss sie ihn entschädigen (§ 42 Abs. 2 BauGB). Ist es nicht bedenkenwert, wenn sich in diesem Fall der unpolitisch gebliebene Leitsatz „Eigentum verpflichtet“ (der sich nach bisheriger h. M. an den Staat richtet) dazu führt, dem Eigentümer einen Gewinn als Grundstückswertsteigerung zu garantieren, für den er keinerlei Gegenleistung erbracht hat?

Heute ist nicht zu bestreiten, dass sich die Sozialbindung aus Art. 14 Abs. 2 GG in der Neuzeit in ihr rechtsgeschichtliches Gegenteil verkehrt hat. Aus einer „Grundpflicht“, die sich ausschließlich an den Eigentümer richten sollte, wurde – etwa im Denkmalschutz – postuliert, dass das Eigentum nicht allein, sondern lediglich zugleich dem Wohl der Allgemeinheit dient. Daher führen denkmalschutzrechtliche Erhaltungspflichten,¹¹ die die Privatnützigkeit des Eigentums vollständig aufheben (wenn mithin etwas übrig bleibt, welches das Wort „Eigentum nicht mehr verdient“), stets zu einer Ausgleichspflicht nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG i. V. m. Art. 14 Abs. 2 GG. Wenn man allerdings bedenkt, was die Allgemeinheit im Planungs- und Immobilienbereich aufwendet, damit entsprechende, von Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG garantierte Rechte überhaupt erst entstehen und also garantiert werden können, sollte man ihrem „Wohle“ nach Art. 14 Abs. 2 Satz 2 GG zumindest den gleichen Rang – als Eigentümergrundpflicht – zukommen lassen. Das Baugesetzbuch kennt zahlreiche Normen, die die Sozialbindung des Eigentums konkretisieren und fortentwickeln. Auch die Regelungen des Naturschutzrechts konkretisieren die Sozialbindung des Grundstückseigentums durch Nutzungsbeschränkungen, die entschädigungs- und ausgleichslos hinzunehmen sind, weil sie die Situationsgebundenheit eines Grundstücks festschreiben.¹²

¹⁰Dazu Thiel, DÖV 2017, 689 (699).

¹¹BVerfGE 100, 226 – Denkmalvilla.

¹²BVerwGE 94, 1 – Naturschutzverordnung „Herrsinger Moos“.

3 Wohnungen als Wirtschafts- und Konsumgüter

Am Beispiel der Wohnimmobilie lässt sich die Raum-Zeit-Dimension und die eigentumspolitische Implikation des wohnökonomischen Werts des Bodens anschaulich illustrieren: „Real estate is space and money over time“.¹³ Der Erwerb der Wohnung ist ein Investitionsvorhaben durch den Eigentümer. Die Wohnung ist ein Wirtschaftsgut; die selbst genutzte Wohnung für private Haushalte stellt hierbei ein Konsumgut dar.¹⁴ Derzeit ist die Privatisierung der Wohnungsvermögen von Bund, Ländern, Gemeinden und öffentlichen Unternehmungen an Investmentgesellschaften und Fonds (Kapitalsammelstellen) in vollem Gange. Damit einher geht auch eine zunehmende Verflechtung von Wohnungswirtschaft und (globaler) Finanzindustrie. Die Wohnungswirtschaft entwickelt sich kontinuierlich zum Investment Banking. Hierfür hat sich der Begriff „Finanzialisierung“ etabliert. 7,5 Mio. Wohnungen sind in Deutschland ein immerhin in der Theorie denkbare Privatisierungspotenzial. Die Veräußerung großer Wohnungsbestände, die sich überwiegend im Eigentum der öffentlichen Hand befinden, ist indes keine Wohnungsprivatisierung.¹⁵ Folgende Unternehmen des Wohnungsbaus lassen sich anführen: Wohnungsgenossenschaften, Kapitalgesellschaften, öffentliche und private Sanierungs- und Entwicklungsträger, öffentliche Landesentwicklungs- und Wirtschaftsförderungsgesellschaften¹⁶ sowie Heimstätten und private Bauträgerunternehmen zur Generierung privaten Wohneigentums.

Auch das private Baurecht und Bauvertragsrecht (§§ 650a-650v BGB) hat einen Anteil an der Schaffung von Wohnungseigentum. Auf der privateigentumsrechtlich orientierten Unternehmensseite treten Bauträger,¹⁷ Baubetreuer und Einzelbauer-

¹³ *Schulte/Vogt*, Grundlagen der Investition in Immobilien. In: Schulte (Hrsg.), Handbuch Immobilien-Investition, 1998, S. 22.

¹⁴ Zum wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Wohnungsbegriff siehe *Oettle*, Die Wohnung als Wirtschaftsgut. In: Festschrift für Jenkis, 1991, S. 239 ff.

¹⁵ *Hämmerlein*, Wohnökonomie, 2006, S. 54, 69.

¹⁶ *Albers* vermutet, dass die Flexibilisierung dieser Gesellschaften, im Vergleich zu öffentlichen Körperschaften, dadurch gewonnen wird, dass die Beschlussfassung in den demokratisch legitimierte Gremien ebenso umgangen werden kann wie eine effektive Bürgerbeteiligung. Siehe *Albers*, Stadtentwicklungsplanung. In: ARL, Handwörterbuch der Raumordnung, 2005, S. 1069. Diese Feststellung von *Albers* lässt sich durch zahllose Beispiele belegen, in denen Wirtschaftsförderungsgesellschaften (z. B. GmbHs) in Trägerschaft der Gemeinden oder der Landkreise undurchsichtige, nachgerade unkontrollierbare Grundstücksgeschäfte tätigen und hierdurch nicht selten an den Rand der Insolvenz geraten, aus der sie dann nur durch öffentlich finanzierte Bürgerschaften und Bankkredite zu retten sind.

¹⁷ Die wohnungswirtschaftliche Bedarfsdeckung wird zusätzlich von Generalunternehmern, Generalübernehmern und Projektentwicklern sichergestellt, deren Tätigkeit im Wesentlichen auf dem Privateigentum an Grundstücken aufbaut. Hiermit verknüpft ist die Bauherrenfunktion. Der Bauherr ist „Herr des Verfahrens“. Damit jemand als Bauherr im öffentlich-rechtlichen Sinne fungieren kann, muss er regelmäßig Grundstückseigentum erlangt haben oder Erbbauberechtigter sein. Der Bauherrenbegriff ist vielgestaltig. Es existieren darüber hinaus mannigfaltige (zivilrechtliche) Möglichkeiten für den Grundstückseigentümer, sich als Bauherr vertreten zu lassen und bestimmte Eigentümeraufgaben an Dritte zu delegieren.

ren hinzu. Generalübernehmer (GÜ) stellen Unternehmen dar, die Planung und Ausführung von Wohn- und Gewerbebauvorhaben „in einer Hand“ anbieten, aber auf fremdem Grundstück – auf dem des Eigentümers und zugleich Bauherren – agieren. Die Rechtskonstruktion, die dem GÜ-Geschäftsmodell zu Grunde liegt, ist für einen Bauherrn indes sehr konfliktträchtig. Dies gilt besonders für den Fall der Insolvenz des GÜ, obwohl der Grundstückseigentümer dadurch gesichert ist, dass er Raten und Abschläge erst dann zahlt, wenn ihm ein adäquater Vermögenswert (d. h. die Bauleistung auf seinem Grundstück) bereits zugeflossen ist.¹⁸ Der Bauträgermarkt wächst seit Anfang der 1980er-Jahre rasant, nicht zuletzt zur Eigentumsbildung, unterbrochen von einigen immobilienkonjunkturellen Dellen wie etwa 2008–2010. Es herrscht eine starke Konkurrenz am Markt – analog zum Bau- und Immobilienfinanzierungsmarkt – um Absatzgrenzen auf dem expandierenden Wohneigentumsmarkt zu erschließen.¹⁹ Bauträger projektieren und bauen zumeist Geschosswohnungsbauten oder Ein- und Mehrfamilienhäuser auf eigenen Grundstücken. Bauträger treten als Bauherren (und zunächst als Grundstückseigentümer) auf, um die Objekte anschließend zu veräußern und das Grundstückseigentum auf den Erwerber zu übertragen. Grundsätzlich korrespondiert im Makler- und Bauträgerrecht (§ 34c GewO in Verbindung mit den Regelungen der MaBV) die Tatsache, wem das Eigentum an dem zu bebauenden Grundstück zufällt, mit der Bauherreneigenschaft.²⁰ So ist es das ganz maßgebliche Kennzeichen des Bauträgers, dass er auf einem ihm gehörenden oder von ihm zu beschaffenden Grundstück baut. Bei der Baubetreuung hingegen steht das Grundstück im Eigentum des Baubetreuten. Der Betreute trägt somit als Grundstückseigentümer auch das Bauherrenrisiko.

4 „Innen vor Außen“ – (Umwelt-)Politisch motivierte Baulandverknappungen im Außenbereich

Eine nennenswerte, wenngleich bislang kaum beachtete planerische Reglementierung und Verhinderung der Eigentumsbildung breiter Kreise der Bevölkerung resultiert aus den in jüngster Zeit zu beobachtenden Versuchen, quantitative Mengenziele zur Begrenzung der Flächenneuanspruchnahme – Umwandlung bisheriger Natur- und Außenbereichsflächen in Flächen für Siedlungs- und Verkehrszwecke – in den Landesplanungsgesetzen zu implementieren. Bemerkenswert sind insbesondere entsprechende Gesetzgebungsversuche der Partei Bündnis 90/Die Grünen in Sach-

¹⁸ Everts, in: Grziwotz (Hrsg.), MaBV, Kommentar zur Makler- und Bauträgerverordnung, 2006, § 1 Rn. 20.

¹⁹ Die Folgen dieser Entwicklung beschreibt Heuer sehr eindringlich. Die Konsequenzen münden nicht selten in Zwangsversteigerung und Insolvenz, weil bestimmte Nachfragerschichten „unvorbereitet ins Eigenheim gingen“. Heuer, Risiken der Wohneigentumsbildung. Zum Problem der Verwertung von Eigenheimen bei Zwangsversteigerungen. In: Engelhardt/Thiemeyer (Hrsg.), Festschrift für Helmut Jenkis, 1987, S. 215–234.

²⁰ Marcks, MaBV, 9. Aufl. 2014, § 34c GewO, Rn. 36–38.

sen und Bayern. Die Fraktion hat am 18.08.2018 einen Entwurf zum „Gesetz zur Begrenzung des Flächenverbrauchs im Freistaat Sachsen“ (SächsFläVBG-E) in den sächsischen Landtag²¹ eingebracht.²² Ziel des Gesetzes gemäß der Antragsteller ist es, den Flächenverbrauch in Sachsen zu bremsen. Die Antragsteller tragen vor, dass in Sachsen im Jahr 2017 täglich 4,3 Hektar pro Tag für Siedlungs- und Verkehrsflächen neu in Anspruch genommen worden seien, obwohl das Land zwischen 2005–2015 ca. 220.000 Einwohner verloren habe. Die Folgen der Flächeninanspruchnahme seien „irreversibel“ mit Wirkungen auf den Einzelhandel, die nähräumliche Versorgung und die Außenränder der Gemeinden.

Initiiert wird die Änderung von Art. 1 des Landesplanungsgesetzes vom 11. Juni 2010²³ um einen § 1a. Im Jahr 2017 hat die in der sächsischen Landesstatistik ausgewiesene Siedlungs- und Verkehrsfläche 2461,82 km² betragen. Dies entspricht ca. 14,4 % der Gesamt-Landesfläche von 18.449,97 km². Der vorliegende Gesetzentwurf zielt somit auf die Freihaltung („Unterschützstellung“) von 85,6 % der bislang nicht versiegelten Bodenfläche des Freistaats ab. Dies entspricht rund 15.793,17 km². Mit der in dem Gesetz vorgenommenen Ergänzung des Gesetzes über die Raumordnung und Landesplanung des Freistaats Sachsen solle geregelt werden, dass der Flächen„verbrauch“ in Sachsen bis zum Jahr 2020 auf 0 Hektar verbindlich zu begrenzen sei. Sollte der Gesetzentwurf angenommen werden, müssten etwa 85,6 % des Staatsgebiets dauerhaft einer nicht-baulichen Nutzung zugeführt werden, wie sich aus Abb. 9.1 ergibt. Die Neubaulandproduktion im Wesentlichen durch Bauleitplanung (§ 1 Abs. 2 BauGB) wäre weitgehend eingeschränkt. Abb. 9.1 illustriert der besseren Übersicht halber eine bereinigte Darstellung der Konsequenzen dieser „Unterschützstellung“²⁴ mit Gemeinden über 10.000 Einwohnern.

Zur Umsetzung des SächsFläVBG-E nach den Vorgaben des vorliegenden Gesetzentwurfs ist eine sehr große Zahl von Grundstücken und Grundstückseigentümern erforderlich, die nicht mehr situativ gegenüber anderen Grundstücken gebunden sind, sondern die alle gleichermaßen unter Schutz gestellt werden sollen, um die Zielerreichung sicherzustellen. Der Wert der nichtbaulich genutzten, freigehaltenen Grundstücke wird – wenn die genannten Ziele erreicht werden sollen – einerseits deutlich geringer sein als der politische Nutzen der Zielerreichung. Andererseits sind zukünftig erhebliche bauliche Grundstücksnutzungsverknappungen zu erwarten, mit Auswirkungen auf den Wert der verbliebenen baulich nutzbaren Grundstücke in den Innenbereichen der sächsischen Gemeinden, vor allem der Wachstumsgemeinden.

Etlche Normen des Wertermittlungsrechts (vgl. vor allem die §§ 3–6 ImmoWertV), aber auch die Baulandumlegung auf bisherigen Außenbereichsflächen

²¹ Sächsischer Landtag, 6. Wahlperiode, Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, Gesetzentwurf vom 18. August 2018, LT-Drucksache 6/14409.

²² Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen zur Begrenzung des Flächenverbrauchs im Freistaat Sachsen (Sächsisches Flächenverbrauchsbegrenzungsgesetz – SächsFläVBG-E), mit Begründung, S. 5 ff.

²³ Sächsisches Landesplanungsgesetz vom 11.12.2018 (SächsGVBl. S. 706).

²⁴ Vergleichbar mit dem Regelungsinhalt von § 22 BNatSchG.

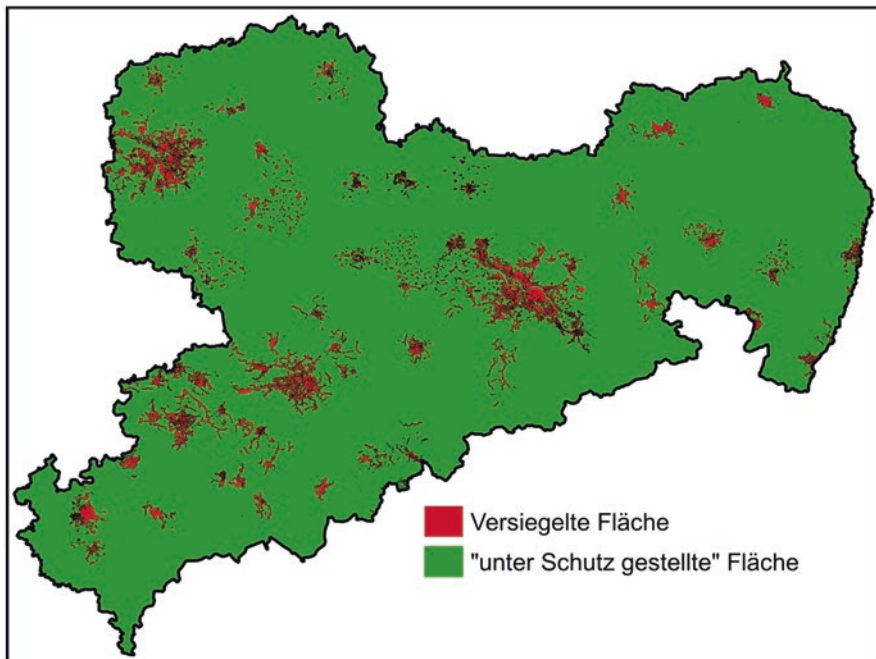


Abb. 9.1 Bereits versiegelte und zukünftig unversiegelt zu lassende Fläche im Freistaat Sachsen. Darstellung mit Gemeinden über 10.000 Einwohnern; Stand 2017 (Kartendarstellung: Nicolas Diedrich)

(§§ 45 ff. BauGB) und die städtebauliche Entwicklungsmaßnahme (§§ 165 ff. BauGB) wären für sächsische Kommunen und Gutachterausschüsse damit weitgehend obsolet, wenn sie keine nachnutzungsfähigen Flächen haben oder Flächenzertifikate erwerben möchten bzw. können. Eine Baulandproduktion zur Umsetzung von § 1 Abs. 6 Nr. 2 BauGB fände praktisch nicht mehr statt. Baulandentwicklungswerte in einem geschätzten hohen Milliardenbereich würden verhindert.²⁵ Im Innenbereich sind Wertsteigerungen aus der Flächenentwicklung generell erheblich schwieriger nachweisbar, da oftmals nur residuale Bodenwerte vorliegen, die eine zukünftige wirtschaftliche Nutzung (highest and best use) unterstellen. Durch das sächsische 0 Hektar Ziel ab 2020 würden indessen Grundstücke vermehrt vom üblichen Grundstücksverkehr ausgeschlossen (*res extra commercium*). Diese Flächen werden nicht verkehrsfähig, solange die planerische nichtbauliche Festsetzung besteht. Die Grundstücke sind situationsgebunden und durch Gesetz oder Rechts-

²⁵ Davy argumentiert, dass das Ziel-30-ha in Deutschland nur durch Freihaltevereinbarungen zwischen Vorhabenträgern und Eigentümern dauerhaft nichtbaulich zu nutzender Grundstücke umgesetzt werden kann. Der Autor errechnet einen Markt für Freihaltevereinbarungen für Deutschland in Höhe von 150 Mrd. Euro. Vgl. Davy, Freiraumsicherung und Bodenpolitik – Was passieren müßte, wenn wir das Ziel-30-ha ernst nähmen, in: Klemme/Selle (Hrsg.), Siedlungsflächen entwickeln, 2010, S. 270.

verordnung der Landesregierung unter nicht-baulichen Schutz gestellt. Auch ein Erwerber eines solchen Grundstücks würde als dingliche Drittwirkung²⁶ zur ausschließlich nicht-baulichen Nutzung verpflichtet.

Dabei ist indes immer zu beachten, dass Grundstücke in der Hand eines Privateigentümers – jedenfalls theoretisch und de jure gefordert – einen sozialen, ökologischen und anderen Gemeinwohlbezug haben und dass dieser Gemeinwohlbezug steuerrechtlich motivierte Verhaltensweisen und Anreize („perverse Effekte“) eigentlich überwiegen müsste.²⁷ Folgerichtig werden zur Beseitigung der sich aus dem Verhalten nicht-kooperationsbereiter Grundstückseigentümer ergebenden Hemmnisse für eine Grundstücksverfügbarkeit bisweilen die Vorteile kommunaler Grundstücksreserven als Ausfluss des Gemeinwohlbezugs von Grundstücken ins Feld geführt. Die Revitalisierung strategisch bedeutsamer Grundstücke kann gewiss der Eigentümerstellung einer Gemeinde Impulse oder planerische Initiativen verschaffen.²⁸ Diese Initiativen wären bei einer vorherigen Einbindung oder bei notwendiger Kooperation mit privaten Grundstückseigentümern hinsichtlich eines von der Gemeinde präferierten Grundstücksnutzungskonzepts nicht in gleichem Maße sichergestellt.

Aus Sicht der Immobilienbewertung und der Forschung zum Bodenmarkt könnte sich die interessante Frage ergeben, ob durch § 1a Abs. 2 SächsFläVVG-E ein neuer Teilmarkt für diejenigen Grundstücke entsteht, die nur durch ein handelbares Flächenzertifikat einer baulichen oder verkehrlichen Nutzung zugeführt werden dürfen. Diese Grundstücke werden gewiss nicht wertlos, aber ihre Nutzung unterliegt bestimmten Voraussetzungen und Bedingungen, die nicht (allein) von den Tatbestandsvoraussetzungen des § 194 BauGB gedeckt sind. Vergleichbare Teilmärkte ergeben sich heute schon für Ausgleichsgrundstücke (§ 1a Abs. 3 BauGB) oder für Grundstücke, zu deren Nachnutzung ein förmlicher Entwidmungsakt nötig ist und die dem Fachplanungsrecht unterliegen. Die Frage, wann im Falle von Herabzonenmaßnahmen Entschädigungspflichten nach den §§ 39 ff. BauGB entstehen, hängt ganz maßgeblich von der Bewertung der betroffenen Grundstücke ab. Denn Voraussetzung für den Ersatz eines Planungsschadens ist eine nicht nur unwesentliche Wertminderung der Grundstücke. Die Grundstückswertermittlung ist damit zur Bestimmung der planschadensrechtlichen Entschädigungshöhe – die u. U. auch negativ sein kann – in allen Fällen der Schlüssel zum Erfolg.

²⁶ Zimmermann, ImmoWertV, Kommentar, 1. Aufl. 2010, § 1 Rn. 133.

²⁷ Dieterich, Bodenordnung und Bodenpolitik. In: Jenkis, Kompendium der Wohnungswirtschaft, 4. Aufl. 2001, S. 516, 517.

²⁸ Wachter, Bodenmarktpolitik, 1993, S. 28.

5 Die Baufreiheit

Baufreiheit hat eine subjektive – bauherrenbezogene – und eine eigentumsverfassungsrechtlich-objektive Komponente. Mit dem Terminus der Baufreiheit, die durch das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 ausdrücklich eingeräumt wird, sind tief verwurzelte ideologische Vorurteile verbunden.²⁹ Dem ehemaligen Bundesbauminister *Schneider* war es ein Anliegen, den Grundsatz der Baufreiheit – einer Präambel gleich – dem im Jahr 1986 novellierten Baugesetzbuch voranzustellen.³⁰ Dazu ist es nicht gekommen. Seit jeher ist allerdings umstritten, inwiefern man die Baufreiheit inhaltlich dem verfassungsrechtlich geschützten Grundstückseigentum unterordnet oder nicht.³¹ Gewiss kann nur der in Bezug auf ein Grundstück verfügungsberechtigte private und öffentliche Bauherr ein Bauvorhaben und somit die Grundstücksnutzung veranlassen.³² Der Bauherr ist „frei zu bauen“, genauso wie er auch darin „frei ist, nicht zu bauen“. Er hat das Recht auf Brachfall, gleichsam das Recht auf die negative Baufreiheit, die in der nichtbaulichen Grundstücksnutzung besteht, und das Recht auf Leerstand, solange es ihm oder ihr beliebt. Möglicherweise wird die jüngst diskutierte verstärkte Anordnung eines Baugebots nach § 176 BauGB, etwa in der Stadt Tübingen, eine geringfügige Einschränkung der Baufreiheit bewirken (vgl. § 176 Abs. 8 und 9 BauGB).

Von der Baufreiheit ist in der baurechtlichen und bodenordnerischen Realität nicht mehr viel übrig geblieben. Die Sondervorteile von Eigentümern von Bauvorhaben in Gebieten nach § 34 BauGB liegen in der Baufreiheit, in die nach der herrschenden Meinung nur eingegriffen werden darf, wenn es eine gesetzliche Grundlage hierfür gibt. Von „Baufreiheit“ ist in Art. 14 GG indessen explizit gar nicht die Rede. Wäre es aus Art. 14 Abs. 2 GG heraus deshalb nicht möglich, beispielsweise die Baugenehmigung für einen Verbrauchermarkt zu befristen, um der Allgemeinheit nicht eine Investitionsruine zu überlassen? Die herrschende juristische Meinung lehnt ein solches, direkt verfassungsgestütztes Vorgehen entschieden ab.³³ Einige Stimmen in der Fachliteratur möchten die Baufreiheit deshalb als Element der Eigentumsgarantie nach Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG interpretieren. Dem widersprechen andere Autoren unter Hinweis auf die Inhalt und Schranken setzenden Regelungsbereiche des Baugesetzbuchs, des Flurbereinigungsgesetzes und auf die aus

²⁹Treffend *Krebs*, Baurecht, in: Schmidt-Assmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2003, 4. Kap, Rn. 27.

³⁰Instruktiv hierzu *Krautzberger*, Gesetzgebung und gesellschaftliche Entwicklung. In: Coulmas (Hrsg.), Festschrift für Schmidt-Eichstaedt, 2006, S. 114; siehe auch *Schneider*, Die Entwicklung der Wohnungseigentumspolitik. In: Voigtländer/Depenheuer (Hrsg.), Wohneigentum, 2014, S. 23–42.

³¹*Ott*, Bodenrecht. In: Reh binder (Hrsg.), Recht im sozialen Rechtsstaat, 1973, S. 154; *Sendler*, DÖV 1974, 83.

³²*Frick*, Städtebau und Städtebaurecht. In: Coulmas (Hrsg.), Festschrift für Gerd Schmidt-Eichstaedt zum Städtebaurecht, 2006, S. 74.

³³*Leisner*, Sozialbindung des Eigentums, 1972, S. 185 ff.

der kommunalen Bauleitplanung entwickelten Planwerke. Solange eine nachträgliche Einschränkung von zunächst gewährten, theoretisch unbegrenzt Gültigkeit besitzenden Eigentumsrechten verfassungsrechtlich nur im naturschutz- und denkmalschutzrechtlichen Ausnahmefall zulässig ist, solange wird die Kontroverse um die Baufreiheit, die nach wie vor gleichsam einer ideologischen Glaubensfrage gleichkommt, im Grunde keine Befriedung erfahren.

6 Boden als „vergessener Faktor“

6.1 *Bodenordnung und Baulandbeschaffung als Grundbedingung für Wohneigentumsbildung und sozialen Wohnbau*

Boden ist der „vergessene Faktor“³⁴ in der Eigentumsordnung, Baulandentwicklung und Urbanisierung. Urbanisierung prägt europäische Städte seit Jahrhunderten. Dieser Prozess verläuft nicht geradlinig, sondern in Schüben. Aktuell erleben zahlreiche deutsche Städte einen solchen Schub, weil es viele junge Menschen aus dem In- und Ausland in Städte zieht. Die enorme Dynamik dieser Entwicklung hat Wohnungspolitiker, Stadtplaner und Bodenpolitiker überrascht. Die Mieten und Preise steigen auf fast allen Immobilienmarktsegmenten, weil das Angebot dem Nachfrageanstieg nicht hinterherkommt. Folglich muss mehr Wohn- und Gewerberaum geschaffen werden. Bezugsfertige Eigenheime und attraktiv geschnittene Miet- und Eigentumswohnungen im Geschosswohnungsbau innerhalb des zentrumsnahen Siedlungskörpers unter Einhaltung städtebaulich verträglicher Dichte fehlen. Derzeit ist die Stadt als Wohnort augenscheinlich (wieder) gefragt. Das Bauland in den Städten ist jedoch knapp und somit teuer. Die Wohnungsnachfrager wählen oftmals ein „Eigenheim auf der Etage“ im Rahmen von Wohnungseigentum (WEG).³⁵

Reicht der Appell an Grundstückseigentümer aus, sie mögen doch (endlich) erkennen, wie vorteilhaft Planen und Bauen in Einklang mit Natur und Landschaft ist und wie attraktiv eine kreislauffähige Grundstücksnutzung gestaltet sein kann³⁶? Unter Eigentumspolitik ist nicht nur die Politik zur Förderung und gegebenenfalls zur gerechteren Verteilung des Eigentums zu verstehen. Sie ist vor allem die gesetzliche und richterliche Ausgestaltung des Eigentums an Grundstücken. Eigentumspolitik ist mithin die Steuerung unterschiedlicher Eigentumsarrangements durch Maßnahmen des Staates.³⁷ Eine „differenzierte Eigentumspolitik“ umfasst Individual-,

³⁴Die – unverändert treffende – Formulierung geht zurück auf *Pfannschmidt*, Vergessener Faktor Boden – Marktgerechte Bodenbewertung und Raumordnung, 1990.

³⁵Näher *Froese*, Wohnungseigentum zwischen individualgrundrechtlicher Gewährleistung und kollektiver Einbindung, 2015.

³⁶*Ganser*, Können sich Landschaft und Wohneigentum vertragen? In: Schwäbisch Hall Stiftung (Hrsg.), Kultur des Eigentums, 2006, S. 267, 275.

³⁷Lesenswert *Binswanger*, Eigentumsgarantie und Eigentumsordnung in einer revidierten Bundesverfassung. In: Lendi/Nef, Staatsverfassung und Eigentumsordnung, 1981, S. 55 ff.

Gemeinschafts- und Genossenschaftseigentum sowie Gemeineigentum an Grund und Boden, Naturschätzen und Produktionsmitteln nach Art. 15 GG. Verfügungsgewalt, Begrenzung von Eigentum und Enteignung seien wichtige Säulen einer zeitgemäßen, bewussten Eigentumpolitik. Der Staat habe die Kultur des Eigentums zu schützen, müsse aber auch dessen sozial verantwortliche Nutzung einfordern.³⁸ Insbesondere Raum bedeutsame Planungen und Maßnahmen formen die Eigentumpolitik durch das Städtebaurecht aus, soweit deren Planungsmaterie das Grundstück ist.³⁹ Wenn im Folgenden von Eigentums-„Politik“ die Rede ist, so ist der politische Prozess der Rechtsetzung für die Gesamtsteuerung der Grundstücksnutzung angeschnitten und weniger parteipolitisch oder gar ideologisch motivierte Auseinandersetzungen um die jeweils als „richtig“ anerkannte Grundstücksnutzung.

6.2 Eigentumpolitik und Bodenrecht

Eigentumpolitik hat mithin nichts von ihrer Aktualität eingebüßt: Der Staat kommt demgemäß um eine bewusste Eigentumpolitik nicht herum.⁴⁰ Dies gilt in besonderem Maße für das Ziel der Bremsung der Baulandproduktion, da an Grundstücken bekanntlich vor allem private Verfügungsrechte bestehen. Die hohen Grundstückspreise in den Ballungszentren verursachen ein Ausweichen der Wohngebiete in die Stadtrandlagen oder in den peri-urbanen bzw. ländlichen Raum hinein. Gut erschlossene Siedlungsräume inmitten der Agglomerationen mit wenig Umgebungsgrün oder an stark frequentierten Verkehrsstraßen entleeren sich demgegenüber großflächig. Im Umland der Agglomerationsräume sowie in den verdichteten und ländlichen Kreisen verstädterter Räume kann auch für die Zukunft mit den höchsten absoluten Zuwachsraten gerechnet werden. Das Bodenrecht konkretisiert die Eigentumpolitik „parzellenscharf“ durch entsprechende Regelungen im Städtebaurecht. Bodenrechtliche Aspekte umfassen in erster Linie die Rechtsbeziehungen der Menschen zur Nutzung von Grundstücken. Das Bodenrecht umfasst neben der privatrechtlichen Verfügungsmacht zudem auch die Staatslehre und das Verwaltungsrecht. Das private Eigentum an Grundstücken im sachenrechtlichen Sinn ist ein gewichtiger Teilbereich des Bodenrechts. Hinzu kommen Alleineigentum und Miteigentum (Stockwerkeigentum), Pacht und Miete. Das Hypothekarwesen ist ein klassisches Institut der Immobilienfinanzierung. Hinzu treten Erbbaurecht und das Wohnungseigentumsrecht.

³⁸ Scheel, Eigentum – was geht den Staat das an? In: Schwäbisch Hall Stiftung (Hrsg.), Kultur des Eigentums, 2006, S. 179, 185.

³⁹ Sandler, DÖV 1974, 73.

⁴⁰ Engel, Die soziale Funktion des Eigentums. In: v. Danwitz/Deppenheuer/Engel (Hrsg.), Bericht zur Lage des Eigentums, 2002, S. 11, 95. Das Spannungsverhältnis zwischen Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG und Art. 15 Satz 1 GG als die (vermeintlichen) Gegenpole staatlicher Eigentumpolitik erwähnt Engel im Rahmen der „bewussten Eigentumpolitik des Staates“ allerdings nicht.

Ein – bislang unerreichtes – gesellschaftliches Ziel ist dabei insbesondere die Herstellung eines ausgewogenen Verhältnisses von Individual- und Sozialfunktionen des Grund und Bodens. Daher ist eine Analyse, ob der Gesetzgeber die ihm zukommende Pflicht, für eine ausgewogene Zurverfügungstellung mit Miet- und Eigentumswohnungen zu sorgen erfüllt, heute mehr denn je erforderlich. Das Grundstückseigentum muss sachenrechtlich und schuldrechtlich von den Rechtsformen der Miete und Pacht abgegrenzt werden. In der Bundesrepublik ist auf Grund schuldrechtlicher Rechtsbeziehungen die Pacht – erst recht gilt dies für den Bereich des Mietrechts in Bezug auf Wohn- und Gewerberaum⁴¹ – als Grundstücksnutzungsform vielseitig ausgeprägt. Man denke nur an die Landpacht, die Kleingartenpacht⁴² oder die Jagdpacht. Miet- und Pachtrechte sind durch schuldrechtlich vereinbarte Nutzungsüberlassungsverträge abgesichert. Durch diese schuldrechtlich-vertraglichen Konstruktionen sind die eingeräumten Nutzerrechte im Spannungsverhältnis zum jeweiligen Grundstückseigentümer stark ausgeweitet. Diese Nutzerrechte finden ihren besonderen Ausdruck im Angewiesensein bestimmter Personengruppen auf die Nutzung eines Grundstückseigentumsobjekts (z. B. einer Wohnung) zur freien Lebensgestaltung.⁴³ Diese Angewiesenheit begründe, so das BVerfG, für den Eigentümer eine besondere Rücksichtnahmepflicht.⁴⁴ Der Gesetzgeber habe die Eigentumsrechte von Mietern und Vermietern „sozialadäquat“ auszugleichen. Der Eigentumsschutz des Mieters bleibt staatsgerichtet, denn

„(...) der Großteil der Bevölkerung kann zur Deckung seines Wohnbedarfs jedoch nicht auf Eigentum zurückgreifen, sondern ist gezwungen, Wohnraum zu mieten. Das Besitzrecht des Mieters erfüllt unter diesen Umständen Funktionen, wie sie typischerweise dem Sacheigentum zukommen. (...) Es stellt eine privatrechtliche Rechtsposition dar, die dem Mieter wie Sacheigentum zugeordnet ist.“⁴⁵

Die Sozialpflichtigkeit des Eigentums nach Art. 14 Abs. 2 GG sorgt dafür, dass das für Wohnzwecke genutzte Eigentum in gesteigertem Maße belastet wird, und zwar unabhängig davon, ob die Wohnung im Eigentum des Bewohners steht oder

⁴¹Die Wohnungsmieter sind von Entscheidungen der Immobilieneigentümer in einem wesentlichen Teil ihres Lebens betroffen. Mietgesetze lassen das Wohnraummietverhältnis von der Veräußerung der Immobilie unberührt und koppeln die Erhöhung der Miete in der Regel an Zustimmungspflichten.

⁴²In Hamburg werden sämtliche stadteigenen Kleingartenflächen durch einen Generalpachtvertrag an den Landesbund der Gartenfreunde e. V. verpachtet, der seinerseits die Grundstücke an die einzelnen Kleingartenvereine unterverpachtet. Es existieren bspw. in Hamburg 36.500 Kleingartenparzellen, die eine erhebliche Grundstücksreserve für die Innenentwicklung darstellen und die bei baulicher Inanspruchnahme durch Grundstücke aus dem „Kleingartenersatzpool“ zur Stellung von Ersatzland substituiert werden. Dazu *Ramsauer*, Umweltschutzrecht. In: Hoffmann-Riem/Koch, Hamburgisches Staats- und Verwaltungsrecht, 2006, S. 304 f.

⁴³*Oettle*, Die Wohnung als wirtschaftliches Gut. In: Engelhardt/Thiemeyer, Festschrift für Jenkis, 1987, S. 235 ff., S. 239 ff.; *Kreuter-Kirchhof*, Der rechtliche Status des Wohneigentums. In: Voigtländer/Depenheuer (Hrsg.), Wohneigentum, 2014, S. 97 (S. 124 f.).

⁴⁴BVerfGE 89, 1 (6); BVerfGE 38, 348 (370).

⁴⁵BVerfGE 89, 1 (6 ff.).

nicht.⁴⁶ Dennoch ist der Schritt zur Umdeutung des Art. 14 Abs. 2 GG in ein Grundrecht mit unmittelbarer Drittwirkung – mithin hin zu einem „Grundrecht der Nichteigentümer“ – nur noch ein kurzer.⁴⁷ Die Baulandproduktion findet durch ökonomische Anreizinstrumente statt.⁴⁸ Sie wird maßgeblich beeinflusst von Faktoren, die außerhalb des Umwelt- und Planungsrechts liegen. Wirtschaftliche, wirtschaftspolitische und steuerliche Rahmenbedingungen dominieren. Dennoch kann auf das Recht zur Steuerung der Grundstücksnutzung nicht verzichtet werden. Denn wenn Knappheitsprobleme auftreten, kann ihnen der Rechtsanwender nicht ausweichen.⁴⁹ Anreizinstrumente sollen vor allem die Innenentwicklung des bestehenden Stadt- und Dorfraumes verbessern. Gefragt sind daher immobilienökonomische Steuerungsinstrumente, die ein Verharren vieler revitalisierungsfähiger Grundstücke im Brachestatus (Grundstücksblockaden) beseitigen und insoweit das Baulandmanagementversagen überwinden.

Grundstücke stellen eine feste, unvermehrte Größe dar, die sich wegen der außerordentlichen Knappheit des Angebots im Hinblick auf die Veränderung der Nachfrage im Allgemeinen vollkommen unelastisch verhält. Das Angebot kann bei steigender Nachfrage mengenmäßig nicht entsprechend angepasst werden, mit der Konsequenz, dass der ursprüngliche Gleichgewichtspreis⁵⁰ (vgl. Abb. 9.2) einer determinierten Marktsituation nicht gehalten werden kann. Nach *Samuelson/Nordhaus* gilt jedoch: „Aufgrund des unelastischen Bodenangebots arbeitet Boden immer für den gerade erzielbaren Preis“.⁵¹ Es ist indes von einer suboptimalen Nutzung der Grundstücke für Wohn- und Gewerbeimmobilien und für Verkehr auszugehen. Wenn Grundstücke bewertet werden, dann wird grundsätzlich nicht das Gebäude selbst bewertet, sondern nur das dahinter liegende Eigentumsrecht (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG/§ 903 BGB), also die rechtlichen Gegebenheiten nach § 194 BauGB.

Die Forderung nach mehr Kompaktheit und Innenentwicklung,⁵² welche in die Umsetzung von Strategien zur Verminderung der zusätzlichen Baulandproduktion im Außenbereich eingebettet ist, kann indessen durchaus negative Auswirkungen auf den Bodenmarkt und die Bodenpreisbildung haben. Denn je intensiver das vorhandene Bauland ausgenutzt wird und je weniger Wohnbau- und Gewerbebaugrundstücke durch Baulandproduktion im Außenbereich erstmals bereitgestellt

⁴⁶ BVerfGE 38, 348.

⁴⁷ Zu Art. 14 Abs. 2 GG als Grundrecht der Nichteigentümer: *Hösch*, Eigentum und Freiheit, 2000, S. 189 ff.

⁴⁸ *Güttler*, Marktverhalten, Bodenpreisbildung, Planung, qualitative Faktoren, Instrumente der Bodenpolitik. In: *Dieterich-Buchwald/Dieterich*, Neue Perspektiven des Bodenrechts, 1997, S. 81 f.

⁴⁹ *Brandt/Sanden*, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit neuer übergreifender Rechtsinstrumente zur Begrenzung des Flächenverbrauchs, 2003, S. 17; *Losch* et al., Ökonomische Instrumente zum Schutz der Bodenflächen. In: Akademie für Raumforschung und Landesplanung, Flächenhaushaltspolitik, 1999, S. 197 f.

⁵⁰ *Baßeler/Heinrich/Koch*, Grundlagen und Probleme der Volkswirtschaft, 1995, S. 183.

⁵¹ *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, 2005, S. 383 f. Aus diesem Grund führt die Besteuerung der Grundrente nicht zu volkswirtschaftlichen Verzerrungen oder Ineffizienzen.

⁵² Vgl. § 13a BauGB und § 13b BauGB: Erleichterte Innenentwicklung und Nachverdichtung ohne Umweltsprüfung und Umweltbericht und erleichterte Außenentwicklung zur Baulandschaffung.

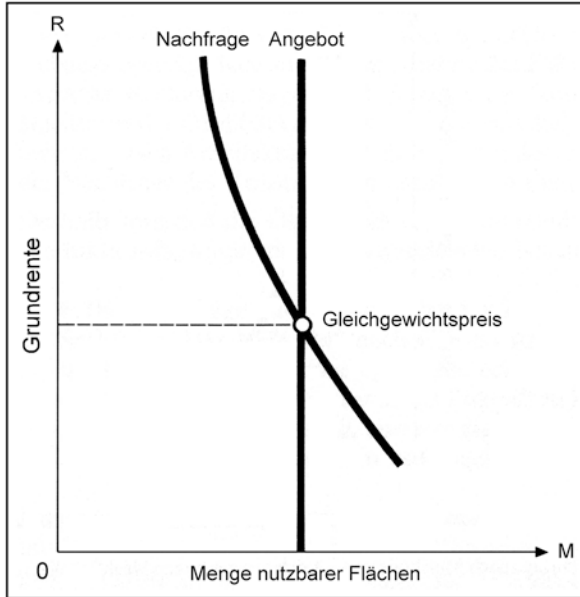


Abb. 9.2 Elastizität des Grundstücksangebots (Eigene Darstellung)

werden, desto mehr ist die Grundrente im Steigen begriffen und folgerichtig der daraus resultierende Grundstückswert. Hier ist der Liegenschaftszinssatz (§ 14 Abs. 3 ImmoWertV) von Bedeutung. Zu diesem Zinssatz – der trotz seines Namens kein klassischer Zinssatz ist – verzinsen sich die Baugrundstücke langfristig in ihrer Rentierlichkeit.⁵³ Denn bei unbebauten Grundstücken ist der tatsächliche Ertrag zugleich auch der erwartete Ertrag.⁵⁴ Insgesamt gesehen ist festzuhalten, dass die Geschehnisse auf dem Bodenmarkt und ihre Beeinflussung durch die Boden- und Baulandpolitik die bestimmenden Faktoren der Stadtentwicklung sowie der Stadtplanung sind.⁵⁵

⁵³ Sprengnetter, Grundstücksbewertung, Band II, 68. EL, S. 3.04/1/5.

⁵⁴ Güttler, Marktverhalten, Bodenpreisbildung, Planung, qualitative Faktoren, Instrumente der Bodenpolitik. In: Dieterich-Buchwald/Dieterich, Neue Perspektiven des Bodenrechts, 1997, S. 78, 90; Sandner/Weber, Lexikon der Immobilienwertermittlung, 2003, S. 143 ff.

⁵⁵ Pfannschmidt, Vergessener Faktor Boden – Marktgerechte Bodenbewertung und Raumordnung, 1990, S. 18, 45; Epping, Bodenmarkt und Bodenpolitik in der Bundesrepublik Deutschland, 1977.

7 Rechtliche Möglichkeiten zur Beschleunigung der Prozesse für städtische Baulandentwicklung und sozialen Wohnungsbau

7.1 Politische Vorgaben

Das folgende Kapitel verzichtet darauf, die umfangreichen Ausführungen zum rechtlichen Status des Wohneigentums und insbesondere zu den Möglichkeiten (und Grenzen) der Schaffung von Wohneigentum für breite Schichten der Bevölkerung zu wiederholen. Hierzu sei auf die Ausführungen von *Kreuter-Kirchhof* zu Kapungsgrenzen, Vergleichsmieten, sowie Milieuschutz- und Sanierungssatzungen verwiesen. Substanziell Neues hat sich seit der Publikation „Wohneigentum“ (*Voigtländer/Depenheuer*, 2014) in diesen Regelungsbereichen nicht ergeben.⁵⁶ Freilich soll nun ausführlich zu den jüngsten (boden-)politischen Entwicklungen Stellung bezogen werden: Der am 12. März 2018 unterzeichnete Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD kündigt auf den Zeilen 5113 f. (S. 109) für die neue Legislaturperiode eine Enquête-Kommission für eine „nachhaltige Baulandmobilisierung und Bodenpolitik“ an. Zudem enthält der Koalitionsvertrag Hinweise für weitere Novellen im städtebaurechtlichen Bereich. Möglicherweise wird es bald erneut eine Städtebaurechtsnovelle und also keine „städtebauliche Denkpause“ geben. Ganz im Gegenteil. Aktuelle Positions- und Strategiepapiere des DIFU, vhw und Deutschen Städtetags fordern angesichts zunehmender Aufgaben und Baulandknappheiten in den wachsenden Gemeinden eine „neue bodenpolitische Agenda“. Dabei wird im steten Wandel vor allem bei folgenden Aufgaben bundespolitischer Prüf- und Handlungsbedarf erblickt: Renaissance der Idee der (Teil-)Abschöpfung von planungsbedingten Bodenwertsteigerungen: Geprüft werden sollte, so die Vorschläge, eine generelle Regelung für die Teilabschöpfung von planungsbedingten Wertsteigerungen bei der Aufstellung von Bebauungsplänen, beispielsweise im Umfang von 50 % bis max. 70 % des Bodenwertzuwachses.⁵⁷

Derzeit bemühen sich immer mehr Städte um den Abschluss von städtebaulichen Verträgen (§ 11 BauGB), um die Investoren nach dem Vorbild der „Sozialgerechten Bodennutzung“ (SoBoN) der Landeshauptstadt München an den Kosten für Kitas und Schulen zu beteiligen und ihnen den Bau von geförderten Sozialwohnungen abzuverlangen. Nach der Städtebaurechtsnovelle 2017⁵⁸ und dem Verfahren der EU-Kommission gegen Gemeinden in Bayern und Nordrhein-Westfalen ist nun-

⁵⁶Vgl. die Ausführungen von *Kreuter-Kirchhof*, in: Voigtländer/Depenheuer (Hrsg.), *Wohneigentum*, 2014, S. 97 ff. (insbes. S. 116–122).

⁵⁷Kritisch und nach wie vor höchst lesenswert: *Leisner*, Wertzuwachsbesteuerung und Eigentum, 1978, insb. zur Geschichte und Rechtfertigung der „Abschöpfung“ planungsbedingter Bodenwertsteigerungen seit den Physiokraten (S. 30–66) und zur Abgrenzung einer Wertzuwachssteuer von einer Wertzuwachsabgabe (S. 83–95).

⁵⁸Gesetz v. 04.05.2017, BGBl. I, S. 105.

mehr auch europarechtlich abgesichert,⁵⁹ dass Gegenstand eines städtebaulichen Vertrages auch der Erwerb angemessenen Wohnraums durch einkommensschwächere und weniger begüterte Personen der örtlichen Bevölkerung sein kann (§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB). Die Bundesregierung beabsichtigt, „die Kommunen bei der Aktivierung von Bauland und Sicherung bezahlbaren Wohnens“ zu unterstützen; hierbei sind weitere Verbesserungen im Bauplanungsrecht angestrebt, des Weiteren eine Abstimmung mit immissionschutzrechtlichen Vorschriften und eine Weiterentwicklung des beschleunigten Bebauungsplanverfahrens.⁶⁰

Dem Modell der Landeshauptstadt München sind mittlerweile zahlreiche Kommunen gefolgt, etwa Berlin durch das Programm der „kooperativen Baulandentwicklung“ oder Frankfurt durch die geplante Einführung eines Planungswertausgleichs. Begründet wird dies unter anderem mit der Sozialpflichtigkeit des Eigentums. Derzeit werden in Frankfurt sogar Überlegungen angestellt, dass bereits rechtsverbindliche Planungen geändert werden, um öffentlich geförderten Wohnungsbau umzusetzen. Beabsichtigt der Eigentümer eine vom bestehenden Baurecht abweichende Art oder ein abweichendes Maß der baulichen Nutzung, so kann diese Baurechtsmodifizierung durchaus zu einem Planungswertausgleich nach § 42 BauGB führen. In der Praxis stellen sich zahlreiche Fragen, die bislang nicht alle beantwortet sind:

- Ist von einem Verkehrswert der vorhandenen Bebauung und unter Beachtung der derzeitigen ausgeübten Nutzung auszugehen?
- Sind Freilegungskosten zu berücksichtigen?
- Ist bei dem betroffenen Grundstück von der zukünftigen Nutzungsart Wohnbauland und der Entwicklungsstufe Rohbauland auszugehen?
- Ist bei einem bisher noch nicht bebauungsfähigen Grundstück von der Entwicklungsstufe Bauerwartungsland auszugehen?

Eine Kooperation mit Eigentümern wird hier nur durch die Aufstellung von Bebauungsplänen erreicht. In Gebieten, in denen die Vorhabenzulassung nach § 34 BauGB zu beurteilen ist, finden sowohl SoBoN als auch vergleichbare Vertragsgestaltungen keine Anwendung, was den Grundstückseigentümern in diesen Gebieten erhebliche Sondervorteile verschafft. Denn ein Bauvorhaben ist bereits dann im Wesentlichen zulässig, wenn die Erschließung gesichert ist und es sich in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt. Die Kriterien sind rein baulicher Art: Art und Maß der baulichen Nutzung, die Bauweise und die Grundstücksausnutzung sowie keine Beeinträchtigung des Ortsbildes. Eine Regelung, die das Allgemeinwohl oder soziale Aspekte berücksichtigt, findet sich im Rahmen des § 34 BauGB nicht. Demgemäß ließe sich § 34 BauGB als maximale Ausprägung der Baufreiheit interpretieren.⁶¹

⁵⁹ Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission gegen Deutschland, Nr. 2006/4271 (eingestellt am 14.07.2017); max. 50 %ige Gewichtung des Kriteriums der Ortsgebundenheit bei Einheimischenmodellen.

⁶⁰ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 2018, S. 109 f.

⁶¹ Vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 14. Aufl. 2016, Art. 14 Rn. 58a.

§ 34 BauGB kommt damit der Gewährleistung der europäischen Grundfreiheiten als subjektive (öffentliche) Rechte⁶² wie etwa der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 ff. AEUV) oder der unionsrechtlichen Eigentumsgewährleistung entgegen. Die primärrechtlich garantierten Grundfreiheiten sind dann verletzt, wenn ihre Einschränkung den Unionsgrundrechten widerspricht; die Einschränkung muss gesetzlich vorgesehen sein.⁶³ Wird ein Vorhaben nach rein baulichen Kriterien des § 34 BauGB als zulässig eingestuft, so hat der nationale und europäische Bauwerber Anspruch auf die Erteilung der Genehmigung, mit positiven Auswirkungen auf den Marktwert nach § 194 BauGB. Hier wird vorgeschlagen,⁶⁴ dass die Gemeinden die Möglichkeit erhalten sollten, bei Bauvorhaben im Rahmen der Vorhabenzulassung nach § 34 BauGB einen Anteil an sozialem Wohnraum einzufordern, der sich im Umfang an den lokalen Gegebenheiten (Wohnraumbedarf und transparente kommunale Vorgaben) orientiert. Dazu sollte das Instrument „Städtebauliche Satzung“ nach § 34 Abs. 4 BauGB die Festlegung von inhaltlichen Kriterien des Bebauungsplans nach § 9 Abs. 1 BauGB auch für Bauvorhaben im Bereich bebauter Ortsteile ermöglichen. Bauherren, die diese Wohnungen in ihre Projekte nicht integrieren können, sollte die Möglichkeit einer Ausgleichszahlung gegeben werden, die zweckgebunden für den sozialen Wohnungsbau verwendet wird. Entstehende Infrastrukturfolgelasten sollten ebenfalls berücksichtigt und eine Beteiligung an diesen verpflichtend geregelt werden können.

7.2 Öffentlich geförderter Wohnungsbau: Beispiel Frankfurt am Main

„Der soziale Wohnungsbau muss mindestens auf heutigem Niveau und langfristig verstetigt werden. Dafür ist es erforderlich, dass der Bund auch in Zukunft gemeinsam mit den Ländern Verantwortung für die soziale Wohnraumförderung übernehmen kann. Falls erforderlich, wird dazu eine Grundgesetzänderung vorgenommen.“⁶⁵ Im Folgenden soll kurz die Praxis in der Stadt Frankfurt zur Bewertung des von der Bundesregierung in der nächsten Legislaturperiode ausdrücklich geförderten und geforderten öffentlichen Wohnungsbaus vorgestellt werden. Gentrifizierung wird gewiss stetig nun sogar zum Mittelschichtproblem. Die städtische Woh-

⁶² EuGH, Slg. 1963, 3, 25 – van Gend & Loos; vgl. Ehlers, DVBl 2004, 1441, 1445 f.; Ehlers, Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten. In: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 7 I 5 Rn. 10.

⁶³ Die Grundfreiheiten sind *leges specialis* gegenüber den Unionsgrundrechten (vgl. Art. 52 Abs. 2 GRCH). Schindler, Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten, 2001, S. 125 ff.

⁶⁴ Deutsches Institut für Urbanistik/vhw Bundesverband für Wohnen und Stadtentwicklung e.V., Bodenpolitische Agenda 2020–2030, Warum wir für eine nachhaltige und sozial gerechte Stadtentwicklungs- und Wohnungspolitik eine andere Bodenpolitik brauchen, Oktober 2017, S. 19.

⁶⁵ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 2018, S. 110 (Zeilen 5151–5154).

nungspolitik – und die Bundesregierung fordert dies⁶⁶ – soll gegen den zunehmenden Preisdruck in den Innenstädten auf den sozialen Wohnungsbau abzielen. Die Stadtverwaltung von Frankfurt betont drei Instrumente, um der Gentrifizierung der ansässigen Wohnbevölkerung entgegenzuwirken: a. Wahrnehmung des Vorkaufsrechts in Milieuschutzgebieten, b. Planungswertausgleich, c. Realisierung von öffentlich gefördertem Wohnungsbau. Auf die Probleme des Planungswertausgleichs ist an anderer Stelle schon vertieft eingegangen worden.⁶⁷ In diesem Beitrag soll die (vermehrte) Realisierung des öffentlich geförderten Wohnungsbaus thematisiert werden, und zwar am Beispiel des gegenwärtigen Wohnungsmarktumfelds in der Stadt Frankfurt.

Die Stadt Frankfurt überlegt, die öffentliche Bindung geförderter Wohnungen auf 30 Jahre zu verlängern. Als landesrechtliche Grundlage ist das Gesetz über die soziale Wohnraumförderung⁶⁸ heranzuziehen. § 10 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes definiert die Wohnungsgrößen: Bei Bestimmungen der Länder über die Grenzen für Wohnungsgrößen sind folgende Grundsätze zu berücksichtigen (...). Die Größe der zu fördernden Wohnung muss entsprechend ihrer Zweckbestimmung angemessen sein. Die das Gesetz ergänzende Landesrichtlinie konkretisiert das Kriterium der „Angemessenheit“. Punkt 4.2.1 der Landesrichtlinie besagt, dass die förderungsfähige Wohnfläche (Regelwohnfläche) bei Wohnungen für 1 Person bis 45 m², bei Wohnungen für 2 Personen bis 60 m² und für jede weitere Person 12 m² mehr beträgt. Bei Wohnungen mit drei Zimmern zzgl. Bad und Küche ist die förderungsfähige Wohnfläche unabhängig von der beabsichtigten Belegung auf 72 m² begrenzt. Punkt 4.2.5 der Richtlinie setzt fest, dass alle Wohnungen direkten Bezug zum Freiraum haben sollen, und zwar im Erdgeschoss durch Haus-/Mietergärten, Terrassen, im Obergeschoss durch Balkone, Loggien, nicht beheizbare Wintergärten oder Terrassen. Bauliche Anlagen dieser Art sollen eine der Haushaltsgröße entsprechende nutzbare Fläche i. d. R. von mindestens 4 m² und eine Tiefe von mindestens 1,75 m haben. Punkt 4.2.6 legt fest, dass Fenster und Balkon- oder ähnliche Türen, die im Erdgeschoss liegen oder sonst ohne Hilfsmittel von außen erreichbar sind, mit einbruchshemmenden Verriegelungen, mit Klapp- oder Rollläden bzw. innen liegendem Sichtschutz ausgestattet werden sollen. Einbruchshemmende Wohnungseingangstüren sind vorzusehen. Dies schränkt die Baufreiheit des Grundstückseigentümers erheblich ein. Bundesrechtlich bestimmt § 9 Abs. 1 Nr. 7 und 8 BauGB: Im Bebauungsplan können aus städtebaulichen Gründen festgesetzt werden: [...] die Flächen, auf denen ganz oder teilweise nur Wohngebäude, die mit Mitteln der sozialen Wohnraumförderung gefördert werden können, errichtet werden dürfen. In Frankfurt ergänzt die „Magistratsvorlage M 9“ v. 17.01.2014:⁶⁹ Der Magistrat wird beauftragt [...] soweit die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen gegeben sind, städtebauliche Verträge mit dem Ziel abzuschließen, 30 % der durch neu auf-

⁶⁶ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 2018, S. 109 (Zeilen 5110–5114).

⁶⁷ Thiel, *Bezahlbarer Wohnraum durch Bodenwertabschöpfung? – Steuerrechtliche und wertermittlungstechnische Aspekte*, GuG 2017, 290–297.

⁶⁸ Hessisches Wohnraumförderungsgesetz (HWOFG).

⁶⁹ Stadt Frankfurt am Main/Stadtplanungsamt, *Plan.Werk 2015, Jahrbuch, 2016*, S. 16.

gestellte Bebauungspläne zusätzlich ermöglichten BGF Wohnen für den geförderten Wohnungsbau zu sichern.

Fraglich ist nun der Einfluss der landesrechtlichen und kommunalen Förderung auf den Bodenwert (Land Hessen finanziert im 1. Förderweg, Stufe 1 und 2, die Stadt Frankfurt bezuschusst durch den Förderweg 2). Es ist eine Berechnung des Werteinflusses auf den Bodenwert durch Mietmindererträge vs. Einsparung durch Kredite und Zuschüsse vorzunehmen. Der Grundstückseigentümer hat im Rahmen der Sozialbindung (Art. 14 Abs. 2 GG) eine Einschränkung durch gebundene Mieten (gedeckelt auf 5,50 Euro/m²), durch die Vorgabe der Wohnungsgrößen und der Ausstattung (z. B. Passivhaus, barrierefrei) hinzunehmen. Demgegenüber sind die Vorteile der Fördermittelvergabe (Darlehen oder Zuschüsse), Mietzuschüsse und günstige Kreditkonditionen aufzurechnen.⁷⁰ Die Kapitalisierung der Mietmindererträge zwischen Fördermiete und Marktmiete erfolgt über den Bindungszeitraum. Erforderlich ist eine Kapitalisierung der Mietmindererträge zwischen dem Ende des Bindungszeitraums und dem Erreichen der Marktmiete, also eine Diskontierung auf die Gegenwart sowie die Berechnung der Zinszahlungen der Förderkredite über den Bindungszeitraum und eine Berechnung der Zinszahlungen vergleichbarer Bankkredite in Höhe der Fördermittel und Zuschüsse.

Bewertung (vgl. Abb. 9.3): Bei einem angenommenen Grundstückswert von 64.820.000 Euro bedeutet dies eine Wertminderung von 15 %. Dies gilt unter der Annahme, dass 30 % der genehmigten BGF als geförderter Wohnungsbau errichtet werden, und zwar 15 % Förderweg 1 – Stufe 1, 5 % Förderweg 1 – Stufe 2, 10 % Förderweg 2, bei Baukosten von 1700 Euro/m² BGF, einer Grundstücksgröße von 1000 m² und angenommenen Liegenschaftszinssätzen in Anlehnung an den IMB der Stadt Frankfurt 2017.⁷¹ Unter städtebaulichen Folgekosten wird auch die Entwicklung von öffentlich gefördertem Wohnungsbau verstanden. Die Regelung über den öffentlich geförderten Wohnungsbau wird ebenfalls in städtebaulichen Verträgen festgelegt und wirkt zumeist wertmindernd. Bei einem eventuell beabsichtigten Verkauf muss beachtet werden, dass der Alteigentümer nicht den vollen zukünftigen Baulandwert erhält, sondern dass die von der Stadt geforderte Planungsgewinnabschöpfung mit in die Projektkalkulation einbezogen wird. Zukünftig werden in neuen Bebauungsplänen in Frankfurt⁷² entsprechende Ausweisungen/Festsetzungen an Kontingentierungen für öffentlich geförderten Wohnungsbau vorgenommen.

Diese Ausweisungen sorgen allerdings nur dafür, dass die Bauherren gewisse Einschränkungen hinsichtlich der Grundrisskonzeption und Ausstattung haben. Sie sind nicht verpflichtet, die mietpreisreduzierenden Einschränkungen des öffentlich geförderten Wohnungsbaus umzusetzen sowie die Fördermittel der Stadt und des Landes in Anspruch zu nehmen. In der augenblicklichen Niedrigzinsphase und bei einem hohen Mietpreisniveau können die Einschränkungen des öffentlich geförderten Wohnungsbaus für eine Preisreduzierung pro Quadratmeter Bruttogeschossflä-

⁷⁰Dazu ausführlich Kleiber, Verkehrswertermittlung von Grundstücken, 7. Aufl. 2014, S. 2746–2749.

⁷¹Immobilienmarktbericht der Stadt Frankfurt am Main 2017.

⁷²Magistratsvorlage „M9“ der Stadt Frankfurt am Main v. 17.01.2014.

Ein Beispiel für eine Finanzierung mit Landesmitteln sähe folgendermaßen aus (alle Beträge in Euro):	
Fördermittel Land (Basis Bodenwert und m² (WFgef.):	9.234.000
Zuschuss 10 %:	923.400
Fördermittel Stadt:	6.303.795
Höhe des aufzunehmenden Bankkredits (inkl. Disagio)	16.461.195
Damit ergeben sich durch den Einsatz der Förderprogramme für den Investor folgende Ersparnisse :	
Zinszahlungen bei einer Finanzierung der Mittel über einen üblichen Bankkredit	7.269.572,21
Disagio Bankkredit	658.447,81
Disagio Förderkredite Land Hessen und Stadt Frankfurt	- 159.994,95
Zinszahlungen aus dem Förderkredit des Landes Hessen	- 993.223,85
Verwaltungskostenbeitrag aus dem Darlehen der Stadt Frankfurt	- 378.227,80
Zinszahlungen aus dem Darlehen der Stadt Frankfurt	- 565.476,93
Ersparnis durch den Einsatz der Förderprogramme	5.831.096,49
Ergebnis: Gegenüberstellung der Mietminderung einerseits und Förderung andererseits:	
Ersparnis durch den Einsatz der Förderprogramme	5.831.096
Mietmindererträge Stufe 1 (inkl. Mietzuschuss)	<u>-15.569.089</u>
=	-9.737.993

Abb. 9.3 Förderungs- und Finanzierungsmodell für sozial geförderten Wohnungsbau in Hessen (Beispiel: Frankfurt am Main)

che von über 400 Euro/m² sorgen. In Gebieten mit einem niedrigen Mietniveau kann sich der Einfluss des öffentlich geförderten Wohnungsbaus allerdings auch werterhöhend auswirken. Es gibt mithin Lagen, in denen der geförderte Wohnungsbau sogar einen Vorteil darstellt. Ein Abschlag ist auch geringfügig abhängig vom Förderweg (Zone 4329): 30 % im Förderweg 1 – Stufe 1: Abschlag 20,9 %; 30 % im Förderweg 1 – Stufe 2: Abschlag 21,6 %; 30 % im Förderweg 2: Abschlag 20,6 %. Bei 100 % gefördertem Wohnungsbau beträgt der Abschlag rd. 68 %. In sog. Top-Lagen wird das Grundstück bei hoher Ausnutzung (ab WGFZ 4,0) bei 100 % gefördertem Wohnungsbau sehr stark im Wert gemindert.

7.3 Öffentliche (revolvierende) Boden- und Infrastrukturfonds

Der Deutsche Städtetag plädiert für einen Wohnbauland- und Gewerbegrundstücksfonds auf Bundes- oder Landesebene; der Verband schätzt, dass mit ihm mindestens 5–10 % des jährlichen Wohnungsbedarfs befriedigt werden könnten. Das entspräche bei einer mittleren bis hohen Bebauungsdichte Mitteln für den Erwerb von rund 150 bis 600 Hektar Wohnbauland pro Jahr.⁷³ Bodenfonds sind regelmäßig revolving und zuschussbedürftig. Die revolvingierenden Fonds finanzieren sich aus den Erträgen, beispielsweise können aus Überschüssen Grundstücksankäufe getätigt werden, etwa mit wohnungs- und arbeitsmarktpolitischen Zielvorstellungen. Der Bund und vor allem die Länder wären beim Aufbau von Bodenfonds gefordert. Zudem wären die kommunalpolitischen Rahmenbedingungen zu verändern. Ins Auge gefasst ist die Beseitigung von Regularien in den Ländern, die dem Aufbau regionaler und kommunaler Boden- und Infrastrukturfonds bislang noch entgegenstehen. Zum anderen sollten Bund und Länder den Aufbau von Bodenfonds – etwa für Gewerbe oder Wohnen – unterstützen, indem sie finanzielle Beiträge leisten, z. B. in Form von Mitteln aus der Wohnungs- bzw. Städtebauförderung,⁷⁴ dem Stadtumbau und von Sacheinlagen etwa in Form bundes- oder landeseigener Grundstücke, und sie sollten organisatorische Begleitung zur Verfügung stellen.

Bund und Länder sollten, so die Bundesregierung, Liegenschaftsfonds begründen und/oder ihre Flächen in Genossenschaften, kirchliche und kommunale Wohnungsunternehmen, nicht gewinnorientierte Stiftungen und Initiativen „im Sinne der Gemeinwohlorientierung“⁷⁵ einbringen. Zu prüfen wäre indes die haushaltsrechtliche Zulässigkeit der „Abschöpfung“ von Folgekosten (§ 11 Abs. 1 Satz 2 BauGB) und Einstellung in den Fonds, etwa zur Förderung bodenbevorratender Maßnahmen. Die finanzielle Ausstattung der Kommunen ist zu verbessern. Art. 115 GG n.F. und die Finanzverfassung von Bund und Ländern sowie die Haushaltsgesetze (BHO/LHO) stehen dem bislang noch entgegen. Nicht zuletzt verstoßen Überlegungen, Bodenfonds auf Bundes-, Landes- oder Kommunalebene einzurichten und diese aus zweckgebundenen öffentlichen Einnahmen – etwa einem Planungswertausgleich oder „Abschöpfungs“-Einnahmen aus der Baulandentwicklung – zu finanzieren, gegen das Nonaffektationsprinzip, also den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Gesamtdeckung im Haushaltsrecht (vgl. § 7 HGrG und § 8 Satz 1 BHO).⁷⁶

⁷³ Deutscher Städtetag, Neuausrichtung der Wohnungs- und Baulandpolitik, September 2017, S. 12.

⁷⁴ Jährlich fielen 80.000 bis 100.000 Wohnungen aus der Sozialbindung; vgl. Wohnraumbedarf in Deutschland und den regionalen Wohnungsmärkten. Vgl. Prognos, Endbericht der Studie zum Wohnungsbautag 2017 im Auftrag des Verbändebündnis Wohnungsbau. Stuttgart und Freiburg; https://www.prognos.com/uploads/tx_atwpubdb/Prognos_Studie_Wohnungsbautag_2017.pdf (zuletzt abgerufen am 19.04.2019).

⁷⁵ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 2018, S. 111 (Zeilen 5210–5213).

⁷⁶ Dazu Thiel, ZfBR 2019, 245 sowie die sehr lesenswerte Dissertation von Matuschka, Das Nonaffektationsprinzip, 2019, S. 33 ff.

7.4 Städtebaurechtliches Vorkaufsrecht

Im landwirtschaftlichen Bereich gibt es jüngst – vor allem durch Initiativen Mecklenburg-Vorpommerns und Niedersachsens – Bestrebungen für bodenrechtliche⁷⁷ Eingriffe in den Grundstücksverkehr. Erwogen und politisch gefordert ist die Überarbeitung der Regelungen zur Vergabe⁷⁸ der noch verbliebenen Flächen der Bodenverwertungs- und -verwaltungs GmbH (BVVG).⁷⁹ Ziel ist die Vermeidung übermäßiger Spekulation, die Erhaltung traditioneller Bewirtschaftungsformen sowie die Pflege der Landschaft und die Eindämmung der Landkonzentration auf dem Bodenmarkt. Auch ein Vorkaufsrecht für ortsansässige Betriebe ist geplant.⁸⁰ Die Europäische Kommission hat sich zu vorkaufsrechtlichen Instrumenten in den Mitgliedstaaten zurückhaltend geäußert und eine weitere Prüfung angekündigt. Auch im Bereich des städtebaulichen Vorkaufsrechts⁸¹ werden derzeit Reformvorschläge unterbreitet. DIFU/vhw⁸² schlagen vor, die Regelungen des Besonderen Vorkaufsrechts (§ 25 BauGB) insofern zu erweitern, als in einem durch Satzung zu bestimmenden Teilbereich einer Stadt generell ein preislimitiertes Vorkaufsrecht gilt, und nicht nur unter den Voraussetzungen des § 28 Abs. 3 Satz 1 BauGB. Der Deutsche Städtetag spricht sich ebenfalls für ein Satzungsrecht nach § 25 BauGB aus, mit dem Bodenbevorratung betrieben werden soll. Dieses ist jedoch vor dem Hintergrund des Beihilfenrechts derzeit nicht ohne Weiteres möglich, das einem gezielten Aufkauf von Grundstücken durch die öffentliche Hand reserviert gegenübersteht.⁸³ Gemeinden sollten Vorkaufsrechte auch beim Verkauf von WEG-Rechten und bei Gesellschaftsanteilen („share deals“) ausüben dürfen, bei denen das Vorkaufsrecht bisher gänzlich wirkungslos geblieben ist.⁸⁴ Zudem sollte klarstellend geregelt werden, dass auch die Durchsetzung des Vorrangs der Innenentwicklung (§ 1 Abs. 5 Satz 3 BauGB; § 1a Abs. 2 BauGB) ein ausreichender Gemeinwohlgrund zur Ausübung des Vorkaufsrechts ist.

⁷⁷ „Bodenrecht“ zielt in erster Linie auf die Vermeidung von Bodennutzungskonflikten ab; vgl. etwa BVerwGE 88, 24 (29).

⁷⁸ Instruktiv EuGH, Urt. v. 16.07.2015, C-39/14, BVVG, Rn. 43 ff. (noch nicht in aml. Slg.).

⁷⁹ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 2018, S. 87 (Zeilen 4043–4049).

⁸⁰ Hier besteht eine Kollision mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK; dazu instruktiv EGMR, Urt. v. 01.02.2000, NJOZ 2005, 1048, Rn. 43 – Mazurek vs. Frankreich.

⁸¹ Wird das Vorkaufsrecht konventionswidrig ausgeübt, sieht der EGMR die Restitution des Grundstücks durch Rückübertragung als angemessenen Schadensersatz an bzw., falls das nicht möglich ist, als Entschädigung zum Marktwert; vgl. EGMR, Urt. v. 22.09.1994, Hentrich vs. Frankreich, EuGRZ 1996, 602.

⁸² Deutsches Institut für Urbanistik/vhw Bundesverband für Wohnen und Stadtentwicklung e.V., Bodenpolitische Agenda 2020–2030, Kap. IV (S. 15).

⁸³ Europäische Kommission, 30.10.2001 – 2002/865/EG (Graf-von-Henneberg-Porzellan-GmbH); ABl 2002/L 307/1, Rn. 86; Europäische Kommission, 20.10.2005 – 2006/900/EG (Componenta Oy), 2006/L 353/36, Rn. 36.

⁸⁴ Deutscher Städtetag, Neuausrichtung der Wohnungs- und Baulandpolitik, September 2017, S. 10.

Das Vorkaufsrecht der §§ 24 ff. BauGB ist ein Instrument der gemeindlichen Bodenpolitik. Es ist in der Ausgestaltung kompliziert und tatbestandlich voraussetzungsvoll. Vorkaufsrechte haben keinen enteignenden Charakter und stellen keinen unzulässigen Eingriff in die durch Art. 2 GG geschützte Vertragsfreiheit dar. Die Vorschriften des dritten Abschnitts des BauGB regeln neben der Aufrechterhaltung einer Plansicherung zugleich die Zurverfügungstellung von Instrumenten zur Steuerung des gemeindlichen Grundstücksportfolios.⁸⁵ Die Gemeinde kann ihre Plan verwirklichenden Vorstellungen unter der Prämisse der Einwirkung auf den Bodenmarkt für Innen- und Bestandentwicklungsprojekte nach § 24 Abs. 1 BauGB durch die Ausübung des Vorkaufsrechts beim Erwerb von Grundstücken im Geltungsbereich eines Bebauungsplans realisieren. Voraussetzung ist, dass der Plan für das (neu) zu nutzende Grundstück eine Verwendung für öffentliche Zwecke vorsieht, etwa für naturschutzrechtliche Ausgleichszwecke. Das Vorkaufsrecht erfasst den Aufkauf von unbebauten Grundstücken im Innenbereich, die einer baulichen Nutzung oder Wiedernutzung mit Wohn- und Gewerbegebäuden zugeführt werden sollen.⁸⁶ Liegt der Tatbestand eines Vorkaufs „nur“ zu öffentlichen Zwecken vor und wird eine entsprechende Nutzung im Bebauungsplan ausgewiesen, können die Planungsträger auch „nur“ ausschließlich das allgemeine Vorkaufsrecht zur Anwendung bringen.

Das Vorkaufsrecht darf nur zum Wohl der Allgemeinheit ausgeübt werden. Dieses Wohl der Allgemeinheit (§ 24 Abs. 3 Satz 1 BauGB)⁸⁷ liegt in der Praxis regelmäßig dann vor, wenn hinsichtlich einer bestimmten gemeindlichen Aufgabe von der Existenz überwiegender Vorteile für das Gemeinwohl ausgegangen werden kann. Abzustellen ist hierbei unter anderem auf den Sicherungszweck (Verwendungszweck) der ausgearbeiteten Vorkaufssatzung⁸⁸ (§ 24 Abs. 3 BauGB). Allgemeinwohlgründe sind ferner dann zu bejahen, wenn das vorzukaufende Grundstück für eine plankonforme Siedlungs- und Verkehrsnutzung von einem Planungsträger benötigt wird. Die Gemeinwohlschwelle ist bei dem Vorkaufsrecht niedriger als bei der städtebaulichen Enteignung, so dass es nicht erforderlich ist, dass das Wohl der Allgemeinheit i. S. d. § 87 Abs. 1 BauGB das Vorkaufsrecht erfordert.⁸⁹ Ein Überschreiten der kommunalen Planungskompetenz liegt dann vor, wenn mit der Aufstellung der Vorkaufssatzung Sicherungsinstrumente für eine Ökologisierung der Nutzungsplanung nach § 5 Abs. 2 Nr. 10 BauGB instrumentalisiert werden sollen. Letzteres ist Aufgabe des Landesgesetzgebers im Rahmen seiner Befugnisse auf dem Gebiet des Landschaftsschutzes.⁹⁰ Vorkaufsrechtliche Maßnahmen der Kom-

⁸⁵ Instruktiv zu den Bodenrechtsdebatten um das Vorkaufsrecht als Wohnbaulandmobilisierungsinstrument: *Bielenberg*, Bodenrechtspolitik im Rück- und Ausblick. In: Driehaus/Birk (Hrsg.), Festschrift für Weyreuther, 1993, S. 50, 53; *Dieterich*, Bodenordnung und Bodenpolitik. In: Jenkis, Kompendium der Wohnungswirtschaft, 4. Aufl. 2001, S. 522 f.

⁸⁶ OVG Münster, NVwZ 1999, 432 ff.

⁸⁷ BVerwG, NVwZ 1994, 282.

⁸⁸ BVerwG, NJW 1990, 2703 f.

⁸⁹ BVerwG, NJW 1990, 2703 f.

⁹⁰ BVerwG, NVwZ 1991, 62 f.

munen sind nach allgemeiner juristischer Ansicht Ausprägungen inhalts- und schrankenbestimmender Normen, die die Sozialbindung des Grundstückseigentums nach Art. 14 Abs. 2 BauGB konkretisieren.⁹¹

Es existieren einige Legitimationsanforderungen, denn bei der Anwendung des Vorkaufsrechts nach § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB können Konsequenzen auftreten mit der Folge, dass gemäß § 28 Abs. 4 Satz 1 BauGB Kompensationszahlungen zu leisten sind. Dies gilt dann, wenn der Erwerb von Grundstücken zur Aufrechterhaltung einer Bebauungsplanung notwendig erscheint und es nach dem definierten Verwendungszweck auch enteignet werden könnte. So darf die Gemeinde das Vorkaufsrecht erst dann anwenden, wenn ein Grundstück oder ein Grundstücksteil qua Kaufvertrag nach § 433 BGB zur Veräußerung gelangt. Nach überwiegender Auffassung ruht das allgemeine Vorkaufsrecht des § 24 BauGB als öffentlich-rechtliche Last auf sämtlichen der in § 24 Abs. 1 BauGB aufgeführten Gebieten.⁹² Auf Seiten der Eigentümer sind zivilrechtliche Vorkaufsrechte nach Eintritt des Vorkaufsfalles als sonstige vermögenswerte Rechte anzusehen, die dem Bereich des Privatrechts („eigenverantwortliche Entscheidung“) zuzuordnen sind.⁹³

Frage ist, ob die in § 28 BauGB geregelten Aufkauf- und Finanzierungsmodalitäten einer kostengünstigen Grundstücksvorratspolitik der Gemeinde⁹⁴ im Wege stehen. In der Literatur wird bisweilen bemängelt, dass Kommunen auf Grund defizitärer Finanzlagen im Zweifel kapitalstarken Investoren unterlegen sind.⁹⁵ Erschwerend kommt die Rechtsprechung des BVerwG hinzu, dass das Vorkaufsrecht nicht als Element preiswerten Grundstückserwerbs durch die Kämmerer der Kommunen missbraucht werden dürfe.⁹⁶ Dies heißt indes nicht, dass die Gemeinde jeden überhöhten Kaufpreis vertraglich zu akzeptieren hat und damit die Preis dämpfenden Wirkungen ihrer bevorratenden (allerdings nicht rein vorsorglichen), nach objektiven Maßstäben zu beurteilenden Grundstückspolitik im Interesse einer geordneten städtebaulichen Entwicklung im selben Atemzug wieder zunichtemachen muss. Überschreitet der vereinbarte Kaufpreis den Verkehrswert in einer dem Rechtsverkehr erkennbaren Weise deutlich, erlaubt § 28 Abs. 3 Satz 1 BauGB eine Anpassung des Preises an den Marktwert mit dem Wertermittlungsstichtag Kaufzeitpunkt. Eine Gemeinde soll in die Lage versetzt werden, eine Entschädigung grundsätzlich am Verkehrswert (Marktwert) zu orientieren – oder unterhalb dieser Wertschwelle. Außerdem sollen die Gemeinden nach § 28 Abs. 4 BauGB vor auf sie

⁹¹ BGH, BauR 1988, 580 (581); BVerwG, GewArch. 1991, 268 ff.

⁹² Köster, in: Schrödter, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 24 Rn. 7; Kröninger, in: Ferner/Kröninger, BauGB, 2005, § 24 Rn. 2.

⁹³ BVerwGE 83, 201 (209).

⁹⁴ Die Kostengünstigkeit der Anwendung dieses Rechtsinstruments stellt einen Nachhaltigkeitsfaktor dar; in diesem Zusammenhang könnte man auch von einer Sozialverträglichkeitsprüfung im Rahmen gemeindlicher Budgetplanungen bei der haushaltsrechtlichen Vorbereitung (Haushaltstellerstellung) sprechen.

⁹⁵ Vgl. zu dem Problem Dieterich, Bodenordnung und Bodenpolitik. In: Jenkis, Compendium der Wohnungswirtschaft, 4. Aufl. 2001, S. 536 (540).

⁹⁶ BVerwG, NJW 1991, 293 f.

zukommenden überhöhten Grundstückspreisen „geschützt“ werden. Eine Ermessensausübung im Rahmen des § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB ist im Hinblick auf die Formulierung „(...) bestimmt die Gemeinde“ (§ 28 Abs. 4 Satz 1 BauGB) ausgeschlossen. Vielmehr sind die Kommunen verpflichtet, den Kaufpreis an den Entschädigungswert anzupassen.⁹⁷

Die entscheidende Frage im Rahmen des § 28 Abs. 3 BauGB lautet: Wann sind Kaufverträge „preisüberzogen“? Denn nur wenn ein überhöhter Preis vorliegt, der den Bodenwert in einer dem Rechtsverkehr erkennbaren Weise deutlich übersteigt, kann eine Gemeinde das Vorkaufsrecht zum Verkehrswert (Marktwert) ausüben (§ 28 Abs. 3 und 4 BauGB).⁹⁸ Eine deutliche Überschreitung des Verkehrswerts (§ 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB) soll nach Auffassung der Rechtsprechung bei einer Überhöhung von mehr als 20 % gegeben sein.⁹⁹ Eine wichtige Rolle erhalten in diesem Kontext erneut die Gutachterausschüsse: § 193 BauGB bestimmt, dass als Ermittlungsbasis des Marktwertes die Kaufpreissammlungen zu Grunde zu legen sind. Der Grundstückseigentümer darf nicht zu einem Verkauf zum Verkehrswert gezwungen werden. Limitiert werden kann der Erwerbspreis lediglich in den Fällen der Grundstückszuordnung nach § 24 Abs. 1 Nr. 1 BauGB, mithin für diejenigen Grundstücke, die unter Zugrundelegung eines Bebauungsplans für öffentliche Zwecke oder für Ausgleichsmaßnahmen auf Grund der Eingriffsregelung (§ 1a Abs. 3 BauGB) zu nutzen sind (§ 28 Abs. 4 BauGB). Dass neben der Reduzierung des Marktwertes unter Umständen aber auch die Abgeltung eines höheren Kaufpreises sinnvoll sein kann, zeigen Stimmen aus dem Fachschrifttum. Denn die Herabsetzung des Preises kann ein Rücktrittsrecht des Veräußerers nach sich ziehen. Sinnvoll ist die Orientierung am Marktwert auch deshalb, weil der Marktwert im Enteignungsentschädigungsverfahren ohnehin gebraucht wird.¹⁰⁰ Ein Erwerb von Teilen eines Grundstücks dürfte sich dann als zweckmäßig erweisen, wenn der Marktwert pro m² des Grundstücks (etwa bei Straßenland) niedriger liegt als der im Kaufvertrag vereinbarte Preis für das Grundstück (etwa bei Bauland).

7.5 Vergabeverfahren („Konzeptvergaben“) von Grundstücken

Neben den Festsetzungen im Rahmen der Bauleitplanung macht eine vorausschauende und aktivierende Bodenpolitik Kommunen handlungsfähig. Durch den (Zwischen-)Erwerb von Schlüsselgrundstücken und Entwicklungsflächen können sie aktiv Einfluss auf die Entwicklung ihrer Stadt nehmen. Es gibt Festpreisverfahren

⁹⁷ *Brohm*, Öffentliches Baurecht, 2002, § 2 Rn. 8.

⁹⁸ *Stüer*, Der Bebauungsplan, 2006, Rn. 869.

⁹⁹ LG Karlsruhe, NJW 1995, 1164, a. A.: *Kröniger*, in: Ferner/Kröniger, BauGB, 2005, § 28 Rn. 12, der auf den absoluten Differenzbetrag im Einzelfall abstellt und nicht mit prozentualen Schwellenwerten arbeiten möchte.

¹⁰⁰ *Peine*, Öffentliches Baurecht, 4. Aufl. 2003 Rn. 735; *Köster*, in: Schrödter, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 28 Rn. 42 f.

und Mindestpreisverfahren (Konzeptbieterverfahren), die den Bauinteressenten Verpflichtungen und Bindungen auferlegen. Das Land Hessen erarbeitet derzeit einen Leitfaden für Kommunen und kommunale Unternehmen und Stiftungen, der sie in die Lage versetzen soll, Grundstücke nach inhaltlichen Konzepten zu vergeben. Es soll auch geprüft werden, wie Grundstücke zu einem geringeren als dem Marktwert (§ 194 BauGB) veräußert werden können, um besondere soziale oder wohnungspolitische Ziele zu verfolgen. Auf die Leistungsfähigkeit der Gebietskörperschaft ist Rücksicht zu nehmen,¹⁰¹ interessanterweise nicht jedoch auf die wirtschaftlichen Interessen der Bauwerber. Im Rahmen der Vergabe können drei Verfahren unterschieden werden:¹⁰² (i) Dialogische Konzeptverfahren, d. h. Klärung der Quartiersentwicklung im „Dialog“ zwischen Kommune und Investor, wobei der Dialogprozess dem eigentlichen Konzeptverfahren voran gestellt wird; (ii) die Konzeptverfahren nach dem Wettbewerbsprinzip, bei denen die erwünschte Nutzung im Wesentlichen im Voraus bereits feststeht. Ziel des Konzeptverfahrens ist es, sowohl die Kreativität von Bewerbern und des reinen, unverfälschten Marktes¹⁰³ zu prüfen, als auch die Stadtgesellschaft einzubinden. Der dritte Typus (iii), das Konzeptverfahren im Stil einer Ausschreibung, kombiniert einen geringen Aufwand, vorherige Nutzungsfestlegung mit minimalen dialogischen Komponenten und der Suche nach dem geeigneten Partner für die Projektumsetzung, etwa Baugruppen mit dem Ziel des individuellen Eigentumserwerbs.

Die Vergabe öffentlicher Grundstücke nach Konzeptqualität statt nach dem höchsten Preis ist ein zentraler Schlüssel auf dem Weg zu einer lebendigen, sozial gerechten und funktional gemischten Stadt und damit zur Schaffung von Urbanität und „urbaner Governance“.¹⁰⁴ Die Konzeptvergabe führt zwar im Regelfall zu einer künstlichen Kaufpreisdämpfung (Grundstück) und Kostenminderung, die allerdings der Projektqualität zugutekommt. Nach h. M. bestehen keine beihilfenrechtlichen Bedenken (vgl. Art. 107 AEUV). Aus der Schenkungs- und Vermögensteuerrechtsprechung des BVerfG ist indes zu entnehmen, dass am Verkehrswert (gemeinen Wert) nicht ohne Weiteres „manipuliert“ werden darf, um soziale oder wirtschaftliche Interessen zu schützen. Fraglos kann der Schutz dieser Interessen legitim sein, doch darf gleichsam „Schönrechnen“ nie ein gerechtfertigtes Mittel der Verkehrswertermittlung (§ 194 BauGB) sein. In der Praxis empfiehlt es sich, wie folgt vorzugehen: (i) Verkehrswertermittlung unter Berücksichtigung der anerkannten Verfahren (§ 8 ImmoWertV) und (ii) Festlegung eines „Discounter-Preises“ für sämtliche, auch aus anderen EU-Ländern stammende Unternehmen, die sozialen Wohnungsbau betreiben. Möglicherweise sind zur Marktwertermittlung auch

¹⁰¹ Vgl. Hessisches Ministerium für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Interessenbekundungsverfahren „formloser Teilnahmewettbewerb vor Beschränkten Ausschreibungen und Freihändigen Vergaben oder sonstigen Verfahren“, 2017.

¹⁰² *Favier/Schüler*, Etablierte Regeln für das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb auf dem Prüfstand des neuen Rechts, ZfBR 2016, 761.

¹⁰³ Kritisch *Ziegler*, Wettbewerb ohne Wettbewerb? – Zur Beschaffung in „defekten“ Märkten, ZfBR 2018, 37, (42).

¹⁰⁴ Dazu *Jarass Cohen*, Vergaberecht und städtebauliche Kooperation, 2013.

nicht-normierte Verfahren heranzuziehen. Die ImmoWertV erlaubt in solchen Fällen ausdrücklich „marktkonforme Modelle“ (§ 1 Abs. 2 Satz 2 ImmoWertV).

Um die Projekt- und Bauqualität zu sichern, sind entsprechende Anforderungen und Bewertungskriterien notwendig, im Bereich des Vergaberechts als Bauauftrag auch Zuschlagskriterien. Hier können in der Praxis zahlreiche Fehler auftreten. Die Varianten der Konzeptvergabe unterscheiden sich in der Gewichtung des Preises innerhalb der Zuschlags-/Wertungskriterien: Ist ein Festpreis (\geq Verkehrswert) Voraussetzung für den Erwerb eines Grundstücks, dann umfassen die Qualitätskriterien in Summe 100 % der Zuschlagskriterien. Bei einem Bestgebotsverfahren findet neben den qualitativen Kriterien auch der Preis eine Berücksichtigung. Zur Bewertung der Angebote wird bereits mit der Bekanntmachung die Gewichtung von Konzeptqualität und Kaufpreisangebot festgelegt. Die Qualität des Konzepts wird anhand aufgabenspezifischer Kriterien bewertet, die bei einer Vergabe nach Festpreis (\geq Verkehrswert) eine Gewichtung der Konzeptqualität von 100 % vorsehen, und im Bestgebotsverfahren eine 70 %ige Gewichtung des Konzepts und einen 30 %igen Anteil des Kaufpreises festlegen.

7.6 *Haushaltsrechtliche Restriktionen: Finanzausstattung und Schuldenbremse*

Art. 115 Abs. 1 Satz 2 GG a. F. (i. V. m. Art. 109 Abs. 3 GG) hat sich als untaugliche verfassungsrechtliche Domestizierung der Kreditaufnahme bei einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts nach Art. 109 Abs. 2 GG erwiesen. Keynes ist dies freilich nicht anzulasten. *Schuppert* spricht anschaulich von einer Steuerungsschwäche des Staatsschuldenrechts.¹⁰⁵ Die Änderung von Art. 115 GG im Gefolge des BVerfG-Urteils vom 9. Juli 2007 hat die liegenschaftspolitische Steuerungskraft der Gemeinden gewiss eingeschränkt. Das BVerfG hat anlässlich der Überprüfung des Bundeshaushalts 2004 festgestellt, dass die Kompetenz für eine mögliche Revision des Regelungskonzepts der Art. 115 Abs. 1 Satz 2 und Art. 109 Abs. 2 GG beim verfassungsändernden Gesetzgeber, nicht beim Bundesverfassungsgericht liegt. Freilich ist an der (erneuten) Revisionsbedürftigkeit der geltenden verfassungsrechtlichen Regelungen gegenwärtig kaum noch zu zweifeln. Die staatliche Verschuldungspolitik in der Bundesrepublik hat in den seit der Finanz- und Haushaltsreform 1967/69 vergangenen fünf Jahrzehnten praktisch durchgehend einseitig zur Vermehrung der Schulden beigetragen.¹⁰⁶ Nunmehr hat es der Gesetzgeber bekanntlich mit einer Verfassungsänderung des Art. 115 GG versucht. Zum Vorteil? Mit der „Schuldenbremse“ wurde zwar ein Entschuldungsmechanismus

¹⁰⁵ *Schuppert*, Kommentierung zu Art. 115 GG. In: Umbach/Clemens, Grundgesetz, 2002, Band II, Art. 115 Rn. 12 f.

¹⁰⁶ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 09. Juli 2007 – 2 BvF 1/04 – Rn. (1–220) = BVerfGE 119, 96. Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat Art. 115 GG einen geänderten Normtext und Regelungsinhalt (Abschied von *Keynes*) gegeben.

eingeführt. Was mit der Ökonomisierung des Haushaltsrechts begann,¹⁰⁷ hat sich in der Praxis indessen als ein Hindernis für eine aktive Liegenschaftspolitik der Kommunen heraus gestellt. Die Forderung, grundsätzlich Preis limitierende Vorkaufsrechte (§ 28 Abs. 3 BauGB) zweckgebunden für die Förderung sozial gebundenen Wohnraums auszuüben, wird sich im gegebenen Rahmen des Art. 115 GG und den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gemäß § 7 BHO, in den LHO sowie den Gemeindeordnungen daher als weitgehend zahnlos erweisen. Zudem wird gefordert, einen Zwischenerwerb im Rahmen eines bodenpolitischen Zwischenerwerbsmodells grunderwerbsteuerfrei zu stellen.

8 Bodenmarkt: Immobilienbewertung als Instrument zur Transparenzschaffung und Baulandentwicklung

8.1 Grundlagen der Grundstückswertermittlung

Zu den wenigen Gebieten unseres Wirtschaftslebens, auf denen noch immer wissenschaftlicher Dilettantismus anzutreffen sei, gehöre leider auch das Gebiet der Verkehrswertermittlung von Grundstücken. So könne es nicht verwundern, dass das Vertrauen in die Objektivität der Grundstücksschätzungen nicht allzu groß sei.¹⁰⁸ Dieser Befund muss einigermaßen erstaunen. Denn Grundstückswerte stellen zentrale Bestandteile der ökonomischen Analyse des Landmanagements dar, vor allem hinsichtlich der Immobilienökonomie.¹⁰⁹ Diese Aussage, die die Objektivität der Wertermittlung anzweifelt, ist auch deshalb verwunderlich, weil jeder Gutachterausschuss eine staatliche Behörde ist. Bei einer „Schlechtachtung“ von Grundstückswerten kommen Haftungsansprüche wegen Amtspflichtverletzung in Frage.¹¹⁰ In Deutschland muss der Marktwert von Grundstücken ermittelt werden. Dieser Wert wird teilweise als der Preis bezeichnet, den ein hoch interessierter Käufer nach langem Zögern mit schmerzverzerrtem Gesicht noch akzeptiert.¹¹¹ Man hat es mit einem Wertpluralismus zu tun, was noch durch die im Einzelfall unterschiedliche Anwendung der einschlägigen Wertermittlungsverfahren verschlimmert wird. Außerdem wird stets die höchste und beste Nutzung (highest and best use value) eines jeden Grundstücks als immanenter Grundsatz unterstellt. Aus Investorensicht ist dies bei der Berechnung der Rentabilität oder bei der Einschätzung einer Nutzungsmöglichkeit (property in transition) nur allzu verständlich.¹¹² Neuerdings wer-

¹⁰⁷ *Schuppert*, Art. 109 GG. In: Umbach/Clemens, GG, Band II, Art. 109 Rn. 14.

¹⁰⁸ *Simon/Simon*, in: Simon/Kleiber/Joeris/Simon, Schätzung und Ermittlung von Grundstückswerten, 2005, S. 1.

¹⁰⁹ *Eckhoff*, Wohnungs- und Bodenmarkt, 2. Aufl. 2006, S. 193.

¹¹⁰ *Köster*, in: Schrödter, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 192 Rn. 6.

¹¹¹ *Kleiber/Simon*, Marktwertermittlung unter Berücksichtigung der Wertermittlungsrichtlinien, 2004, S. 100.

¹¹² *Kleiber/Simon*, Marktwertermittlung unter Berücksichtigung der Wertermittlungsrichtlinien,

den vermehrt „negative Verkehrswerte“ (Unwerte) festgestellt, so beispielsweise bei der Industriebrachgrundstückswertermittlung im Falle von Kontaminationen und stark störenden baulichen Anlagen (z. B. tiefe Betonfundamente).¹¹³ Normalerweise versucht die Grundstückswertermittlung, dass sich Vergleichswert, Ertragswert und Sachwert in etwa entsprechen, womit eine rechnerische Anpassungsleistung entbehrlich ist. Erst bei einer Übereinstimmung/Plausibilisierung ist der Marktwert der überzeugendste Bodenpreis.¹¹⁴ Nach welchen Grundstückswertermittlungsmethoden sind Grundstücke, für die es auf Grund von Bevölkerungsverkleinerungen keine Nachfrage mehr gibt, nach der Systematik der ImmoWertV und der Wert-RL am überzeugendsten zuverlässig und rechtssicher zu bewerten?

Das Regelverfahren für die Ermittlung von Grundstückswerten stellt das Vergleichswertverfahren dar.¹¹⁵ Als regelmäßig diffizil erweist sich hierbei die rechnerische Vornahme von Marktanpassungszuschlägen oder -abschlägen. Zu- und Abschläge müssen dann durchgeführt werden, wenn die herangezogenen Vergleichsgrundstücke qualitative Unterschiede gegenüber dem zu bewertenden Grundstück aufweisen. Dieses Verfahren kann nur dann funktionieren, wenn hinreichende Informationen aus den Grundstückskaufverträgen zur Beurteilung des Marktgeschehens hervorgehen (vgl. § 193 BauGB). Vergleichskaufpreise liegen indes im Stadtumbau nur in bestimmten nachgefragten Lagen in hinreichender Zahl vor.¹¹⁶ Die auswertbaren Kaufpreise sind allerdings oftmals nicht (mehr) aktuell, was zugleich ein wesentliches Problem der Wertermittlung intendiert.¹¹⁷ Kauftransaktionen sind dann nicht messbar. Die Gutachterausschüsse begeben sich in Marktsituationen nachgebender Immobilienmarktsegmente in den Bereich der Hypothese.¹¹⁸ Die Sachverständigen können (lediglich) nach Möglichkeiten suchen, das Verfahren zur Vergleichswertermittlung durch die rechnerische Einarbeitung von Abschlägen zu modifizieren. Auf Grund fehlender Daten in den Kaufpreissammlungen sind deshalb von den örtlichen Gutachterausschüssen in der Vergangenheit Abschläge von bis zu 10 % vorgenommen worden.¹¹⁹ Das Ertragswertverfahren hingegen liefert hinreichende Informationen über eine optimierte wirtschaftliche, ertragsorientierte (Aus-)Nutzung der zu bewertenden Immobilien. Für Gebäude er-

2004, S. 92 ff.

¹¹³ Eine Zurückhaltung gegenüber negativen Verkehrswerten sei heute nicht mehr angebracht. So *Dieterich*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 2017, § 194 Rn. 34a.

¹¹⁴ *Simon*, in: Simon/Cors/Halaczinsky/Teß, Handbuch der Grundstückswertermittlung, 2003, S. 14 f.

¹¹⁵ Bericht der vhw-Arbeitsgruppe Stadtumbau – Besonderes Städtebaurecht und Städtebauförderung, 2003, S. 31.

¹¹⁶ Siehe die empirische Erhebung bei: Forum Baulandmanagement (Hrsg.), Grundstückswertfragen im Stadtumbau, 2007, S. 62 ff.

¹¹⁷ *Reuter*, Bodenordnung bei Stadtumbau und Stadtrückbau, Institut für Städtebau Berlin, 2003, S. 8 f.

¹¹⁸ *Schubert*, Grundstücksbewertung in Rückbaugebieten, Institut für Städtebau Berlin, 2003, S. 2 ff.

¹¹⁹ Ministerium für Stadtentwicklung, Wohnen und Verkehr des Landes Brandenburg, Rechts- und Verfahrensinstrumente beim Stadtumbau, 2002, S. 74 f.

mittelt es den nachhaltig erzielbaren jährlichen Reinertrag (§ 18 Abs. 1 ImmoWertV) und kapitalisiert deren Ertrag. Aus dieser Zielrichtung heraus findet jenes Verfahren primär für Geschäftsgrundstücke und Wohnbaugrundstücke mit mehreren Wohnungen (z. B. für Geschosswohnungsbau) Anwendung. Die Tauglichkeit des Ertragswertverfahrens zur Ermittlung des Marktwerts im Stadtumbau wird ebenfalls in Zweifel gezogen. Dies geschieht mit der Begründung, dass auf Grund mangelhafter Nachfrage und wegen Leerstandes keine marktüblich erzielbaren Mieteinkünfte als rechnerische Basis des Ertragswertverfahrens zu erwarten sind.

8.2 Grundstückswertermittlung bei Revitalisierung zur Förderung des Wohneigentums

Ein erhebliches Potenzial zur Schaffung von Miet- und Eigentumswohnungen liegt im Innenbereich. Dort gibt es oftmals aber nur residuale Bodenwerte, vor allem bei Revitalisierungs- und Abrissprojekten. Bei einer Vermietung von lediglich 50 % des Wohnungsbestands entspricht der Ertragswert der Liegenschaft dem Liquidationswert (§ 16 Abs. 3 ImmoWertV). Unter Berücksichtigung der Bewirtschaftungskosten aus dem Rohertrag verbleibt kein Ertragsanteil für die Ermittlung des Liegenschaftswerts. Unter Umständen kann durch die Berücksichtigung der Freilegungskosten gar ein negativer Bodenwert entstehen.¹²⁰ Muss das Grundstück freigelegt werden, so empfiehlt es sich, dass statt mit sechs oder sieben Stockwerken das Grundstück zukünftig nur noch zweigeschossig bebaut wird.¹²¹ Einer vollständigen Baurechtseliminierung standen und stehen Bilanzierungsgründe und die Altschuldenproblematik der Wohnungsunternehmen entgegen. Unter Zugrundelegung von Prognosen und Hoffnungen besteht jüngst die berechtigte Annahme, dass in 10 oder 20 Jahren die Nachfrage nach Geschosswohnungsbauten mit gehobener – dann zeitgemäßer – Qualität in den ostdeutschen Bundesländern wieder spürbar gestiegen ist.¹²² Die Ermittlung des Marktwerts mit Hilfe des Sachwertverfahrens ist dann zweckmäßig, wenn ausreichende Nachfrage und hinlängliche Nutzung der Gebäudesubstanz unterstellt werden können.¹²³ Diese Annahme ist hingegen bei flächenhaftem Leerstand unbegründet.

Aus diesem Grund scheidet die Anwendbarkeit des Sachwertverfahrens im Stadtumbau dann aus, wenn nicht (mehr) nachfragegerechte Immobilien zur Bewertung anstehen. Weder das Vergleichs-, noch das Ertrags-, noch das Sachwertverfahren führen folgerichtig im Stadtumbau zu einem best use, also zu dem, „was man aus

¹²⁰ Kleiber, Wertermittlung und Stadtumbau. In: vhw Forum Wohneigentum, 2003, 305 (309); Davy, Grundstückswerte, Stadtumbau und Bodenpolitik. In: vhw Forum Wohneigentum, 2005, 67 (72).

¹²¹ Siehe die Ergebnisse des Privateigentumsfördernden Architektenwettbewerbs: Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, Stadtumbau Ost, Ergebnisse des Wettbewerbs, 2003.

¹²² Dieterich/Koch, GuG 2002, 344 (348).

¹²³ Dieterich/Kleiber, Die Ermittlung von Grundstückswerten, 9. Aufl. 2002, S. 115.

einem Grundstück machen kann“.¹²⁴ Über diese Frage herrscht in der Wertermittlungsfachwelt weitgehend Einigkeit.¹²⁵ Das kostenorientierte Residualwertverfahren hat den (prognostizierten) Aufwand und die Erlöse (d. h. die Einnahmen aus dem Verkauf baureifer Grundstücke) als Parameter in den Berechnungen zu verarbeiten.¹²⁶ Als äußerst problembehaftete Wertermittlungsmethode ist das Residualwertverfahren indes nur unter engen Voraussetzungen zur Wertermittlung geeignet. Diese Voraussetzungen sind dann nicht gegeben, wenn eine Konkurrenzsituation der Nutzer auf dem Immobilienmarkt einschließlich ihrer jeweiligen Nutzungskonzeptionen wegen fehlender Marktteilnehmer in einem Stadtumbaugebiet nicht vorliege. Trotz der Kritik erweist sich das Residualwertverfahren zur Ermittlung von Bodenwerten als durchaus geeignet, wenn es um die Schaffung neuer Baurechte auch auf freigelegten Grundstücken mit negativen Bodenwerten geht,¹²⁷ um die zukünftige, plausibelste Nachnutzung zu prognostizieren.¹²⁸ Letzteres bedeutet für das Immobilienmarktsegment Plattenwohnungsbau, dass vom Ende her gedacht und gerechnet werden muss. Der Bodenwert ist beispielsweise für eine künftige (und vor allem auch vernünftige) Einfamilienhaus-Bebauung zu Grunde zu legen.¹²⁹ Für Plattenbauten ist von einem deduktiv errechneten Anfangswert von 15 EUR/m² und einem Endwert (Bodenwert für eine zukünftige EFH-Bebauung) von 95 EUR/m² auszugehen. Bei ökologisch aufgewerteten Grundstücken (Grünflächen) ist hingegen als bestmögliche Verwendung ein „Quasi-Verkehrswert“ anzunehmen, der sich nicht genau quantifizieren lässt.¹³⁰

Die Wertermittlung von unbebauten, nichtbaulich genutzten Grundstücken weist ebenfalls Defizite auf. Nicht mit in die klassische Marktwertermittlung aufgenommen wurde in Deutschland die Bewertung der Leistungen des Bodens hinsichtlich Eignung, Leistung, Belastbarkeit und Risikoabschätzung. Es sind lediglich für die Wertermittlung landwirtschaftlich genutzter Grundstücke Ackerwertzahlen und Bonitätszuschläge je nach Fruchtbarkeit des Bodens anzuwenden.¹³¹ Frühere Vorschläge zur Novellierung der Verkehrswertermittlung beruhten in erster Linie auf der Überlegung, den ständig steigenden Grundstückspreisen zu begegnen. Öffentliche Mittel für Entschädigung und Fördermaßnahmen seien ausschließlich nach einem sozial gerechten und wirtschaftlich vertretbaren Preis – nach dem Gemeinen

¹²⁴ So *Dieterich*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 2017, § 194 Rn. 143.

¹²⁵ Ministerium für Stadtentwicklung, Wohnen und Verkehr des Landes Brandenburg, Rechts- und Verfahrensinstrumente beim Stadtumbau, 2002, S. 70; *Brenner*, Wettbewerb Stadtumbau Ost – Eindrücke aus den Workshops. In: Bundesbaublatt, 7/2002, 24 f.

¹²⁶ *Kleiber*, WiVerw, 1/1997, 63 (67 f.).

¹²⁷ *Reuter*, Bodenordnung bei Stadtumbau und Stadtrückbau, Institut für Städtebau Berlin, 2003, S. 10 f.

¹²⁸ Mit instruktiven Fallbeispielen: *Reuter*, Zur Ermittlung von Bodenwerten beim Stadtumbau. In: Wertermittlungs-Forum, 2/2006, 55 ff.

¹²⁹ *Kleiber*, Wertermittlung und Stadtumbau. In: vhw Forum Wohneigentum, 2003, S. 305.

¹³⁰ *Dieterich/Koch*, GuG 2002, 344 (347).

¹³¹ Vgl. zur Wertermittlung von reinem und begünstigtem Agrarland: *Fischer/Lorenz/Biederbeck/Astl*, Verkehrswertermittlung von bebauten und unbebauten Grundstücken, 2005, S. 43 ff.

Wert (Verkehrswert) – zu gewähren.¹³² Der „Gemeine Wertbegriff“ ist zwar heute als antiquiert anzusehen,¹³³ vor allen Dingen, wenn permanent bewertet werden muss. Dennoch sind aus ihm wichtige eigentumspolitische Aussagen zu gewinnen. So ist der Terminus Gemeiner Wert aus dem jeweilig gültigen Verständnis des sozialpflichtigen Grund und Bodens und eines Rechtsverhältnisses auf Gegenseitigkeit zwischen der Allgemeinheit und dem Individuum abzuleiten.¹³⁴

8.3 Grundstückswertermittlung und Kreditsystem („Boden und Geld“)

Die Normen der ImmoWertV repräsentieren spiegelbildlich die monetarisierbaren Elemente der aus dem Innehaben von Grundstückseigentum ableitbaren eigenverantwortlichen Lebensgestaltung des Einzelnen im vermögensrechtlichen Bereich.¹³⁵ Die Interdependenz von staatlicher Planung und Herausbildung des jeweiligen Grundstückswerts ist vielschichtig. Die entstehende Grundstücksnutzungssituation leitet sich gemäß § 5 ImmoWertV aus definierten Entwicklungszuständen ab.¹³⁶ Nach § 6 ImmoWertV ist der Entwicklungszustand unter anderem in einem Zusammenhang mit Art und Maß der baulichen Nutzung, mit den Wert beeinflussenden Rechten und den Belastungen zu sehen. Wertbeeinflussende Faktoren, die auf den jeweiligen Darstellungen des Flächennutzungsplans (§ 5 BauGB) beruhen und eine Bauerwartung der Eigentümer begründen, können sich darüber hinaus aus dem Verhalten der Gemeinde sowie aus ihrer Einschätzung der Situation der allgemeinen städtebaulichen Entwicklung ergeben. Die Verkehrswerte der Grundstücke eines bestimmten Entwicklungszustands (§§ 5 und 6 ImmoWertV) weisen hinsichtlich der Situationsmerkmale eine erhebliche Bandbreite (Wertspannen) auf. Teilweise können Wertspannen für Bauerwartungsland von 30 % – 80 % des Wertes mit der Entwicklungsstufe „Bau-reifes Land“ auftreten,¹³⁷ sodass stets auf die tatsächlichen Marktverhältnisse wie Preisniveau sowie Angebot und Nachfrage zu rekurrieren ist.¹³⁸ Die Renditeerwartungen von Grundstückseigentümern lassen sich aus der von der Natur der Sache her ergebenden Möglichkeit der Grundstücksnutzung sowie einer wirtschaftlichen Nutzungsperspektive ableiten.¹³⁹ Zusätzlich erhalten Grundstückseigentümer durch Flä-

¹³² *Bonczek*, Stadt und Boden, 1978, S. 160 ff.

¹³³ *Simon/Simon*, in: *Simon/Kleiber/Joeris/Simon*, Schätzung und Ermittlung von Grundstückswerten, 2005, S. 12; *Seer*, in: *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 23. Aufl. 2018, § 16 Rn. 16.

¹³⁴ *Bonczek*, Stadt und Boden, 1978, S. 17.

¹³⁵ BVerfGE 24, 367 (389); BVerfGE 50, 290 (339).

¹³⁶ Den Darstellungen des Flächennutzungsplans kommt hinsichtlich der verschiedenen Entwicklungsstufen eine wichtige Bedeutung für die Grundstückswertermittlung zu.

¹³⁷ *Fischer/Lorenz/Biederbeck/Astl*, Verkehrswertermittlung von bebauten und unbebauten Grundstücken, 2005, S. 63.

¹³⁸ BGH, NJW 1963, 1492.

¹³⁹ BGH, BRS 45, Nr. 133.

chennutzungs- und Bebauungsplanung einen Planungsvorteil in die Hand. Jener verdichtet sich zu einer Verbreiterung ihrer Dispositionsbefugnisse über die ihnen gehörenden Grundstücke. Diese Befugnisse umfassen das Recht, ein Grundstück selbst baulich zu nutzen, zu beleihen, durch einen anderen Marktteilnehmer in Wert setzen zu lassen oder es zu veräußern.

Bankjuristisch betrachtet darf gemäß § 12 des Hypothekendarlehensgesetzes (HBG) der anlässlich der Beleihung angenommene Grundstückswert den Verkehrswert (Marktwert; Fair Value) nicht übersteigen.¹⁴⁰ Ferner existiert eine Beleihungsgrenze von 60 % des Objektmarktwerts (Beleihungswert) für hypothekarisch gesicherte Darlehen und Kreditverbriefungen („securitization“),¹⁴¹ die sich aus den Beleihungsrichtlinien der öffentlich-rechtlichen Sparkassen entnehmen lässt. Auch für Pfandbrief- und Kommundarlehen gelten analoge Beleihungsgrenzen.¹⁴² Angesichts der Imponderabilien beleihen private und öffentliche Kreditinstitute nur einen bestimmten Teil des ermittelten Beleihungswerts, der eine Art in die Zukunft gerichteter Dauerwert ist. Bausparkassen hingegen, die ebenfalls wesentlich an der Grundstücksnutzungsfinanzierung beteiligt sind, sind weder Hypothekenbanken oder Versicherungsunternehmen, noch unterliegen sie der Versicherungsaufsicht. Interessanterweise kann die 60 %-Beleihungsgrenze überschritten werden, wenn Bund, Land, eine Gemeinde, eine andere Körperschaft des öffentlichen Rechts, eine öffentlich-rechtliche Bausparkasse oder eine andere öffentlich-rechtliche Kreditanstalt (z. B. eine Landesbank), bei der die öffentliche Hand unmittelbar haftet, eine Bürgschaft übernehmen.¹⁴³ Neben dem klassischen Hypothekengeschäft hat sich ein umfangreiches Kreditportfoliogeschäft der privaten Geschäftsbanken durch Kreditderivate, strukturierte Finanzprodukte und andere Verbriefungen im Immobilienbereich entwickelt. Immobilien sind ein wichtiger Teil der Vermögenszusammenstellung (Asset Allocation) von Investoren. Neben Immobilien treten unternehmerische Beteiligungen, Stiftungen, Versicherungen und Finanzierungen, die von den Kreditinstituten im Rahmen von „Private Banking“ verwaltet werden.

Abhängig von der Strukturierung eines Portfolios, können unterschiedlichste Risiken entstehen, wenn Kredite durch Schuldner nicht zurückgezahlt werden (Ausfallrisiko) oder wenn an Schuldner mit nicht einwandfreier Bonität (Subprime-Kreditvergabe) Hypotheken mit anfänglich niedrigen Zinsen, im weiteren Verlauf aber umso höheren Zinsen für die Eigenheimfinanzierung vermittelt werden.¹⁴⁴ Private Geschäftsbanken mussten in der sog. „Wirtschafts- und Finanzkrise“, die bei genauer Betrachtung eine Privateigentumskrise war und noch ist, in der Folge mit Zahlungsausfällen rechnen und gerieten (bzw. geraten derzeit, März 2020, erneut?) in

¹⁴⁰ *Bellinger/Kerl*, Hypothekendarlehensgesetz, 5. Aufl. 1995, § 12 Rn. 5.

¹⁴¹ Zur wertpapiermäßigen Unterlegung von Anlagepositionen: *Dieterich*, Der deutsche Bodenmarkt am Anfang des 21. Jahrhunderts – effektive Bodennutzung und „securitization“, 2001, S. 6 f.

¹⁴² Siehe zum Kommundarlehen: *Hoffmann*, in: *Derleder/Knops/Bamberger*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2004, § 15 Rn. 30 ff.

¹⁴³ *Simon/Kleiber/Joeris/Simon*, Schätzung und Ermittlung von Grundstückswerten, 2005, S. 607.

¹⁴⁴ „Die Kreditkrise spitzt sich wieder zu“. Siehe *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 02.11.2007, S. 13.

Liquiditätsschwierigkeiten, die durch monetäre Unterstützungsmaßnahmen der Notenbanken („lender of last resort“) aufgefangen werden müssen. Auf Grund dieser Entwicklungen wird die Steuerung des Ausfallrisikos eingegangener Kreditengagements zukünftig ein zentraler Baustein sowohl des bankeninternen Kreditportfolio- und Kreditrisikomanagements¹⁴⁵ durch eine Schadenfalldatenbank (kreditpolitische Maßnahme) als auch veränderter staatlicher Steuerungs- und Aufsichtsverfahren in Bezug auf die darlehensgebenden Geschäftsbanken sein (geldpolitische Maßnahme).¹⁴⁶ Die Absicherung des Risikos stellt den obersten Grundsatz dar, da das Pfandobjekt von der Warte des Kreditgebers einen dauerhaften Wert haben muss.¹⁴⁷ Dieser Grundsatz wurzelt im Phänomen der Unvermehrbarkeit und vor allem Unzerstörbarkeit des Grund und Bodens. Entscheidend ist stets der Einfluss ungünstiger Hypothekenbedingungen auf den Marktwert (bebauter) Grundstücke¹⁴⁸ mit der für den Eigentümer (Schuldner) drohenden Gefahr der Eintragung einer Zwangshypothek durch den Gläubiger im Falle der Nichtzurückzahlung des Darlehens.¹⁴⁹

Die Ursachen der Zwangsversteigerung von Eigenheimen und Eigentumswohnungen sind vielschichtig. Es sind dies Mängel in der Kreditsachbearbeitung und Beleihungspraxis sowie eigentümerbezogene und objektbezogene Gründe.¹⁵⁰ Beispiel: Wohneigentumsentwicklung in Ostdeutschland und Stadtumbau (§§ 171a–d BauGB). Die gegenwärtige Situation in Ostdeutschland trifft die Kreditwirtschaft insofern, als besicherte, partiell noch nicht ausfinanzierte Immobilien abgerissen werden und die Grundstücke durch Herabzonung und anschließende „Wiederaufforstung“ (sog. Tundraisierung) die Baulandqualität verlieren. Die Rückbau-Maßnahmen, die heute eingeleitet werden, sind zumeist mit einer erneuten Kreditierung (auch) derjenigen Immobilien verknüpft, die ursprünglich mit Hypotheken und Grundschulden saniert worden waren. Hierdurch entsteht ein „monetärer Teufelskreis“ insbesondere für kommunale Wohnungsunternehmen und Genossenschaften. Die wichtigste Voraussetzung für wirtschaftliches Wachstum ist die Einführung des Geldes und eine stetig voranschreitende Ausbreitung der Geldwirtschaft. Eigentum sei latenter Vermögenswert, Vermögenswert sei Geldwert.¹⁵¹ In der Tat gilt der ein-

¹⁴⁵ Jung, Die Optimierung eines Retail-Kreditportfolios unter Berücksichtigung von Kreditverbriefungen, 2007, S. 11 ff.

¹⁴⁶ Aus dieser Forderung ergeben sich Konsequenzen für das gesamte Recht an Grundstücken hinsichtlich der Sinnhaftigkeit der Privateigentumsbildung, der Grundstücksbeleihung und der (100%-)Fremdfinanzierung von Wohnobjekten. Dazu angesichts der subprime-Krise geradezu prophetisch Heuer, Risiken der Wohneigentumsbildung. In: Engelhardt/Thiemeyer (Hrsg.), Festschrift für Jenkis, 1987, S. 215 ff., S. 234.

¹⁴⁷ Simon/Kleiber/Joeris/Simon, Schätzung und Ermittlung von Grundstückswerten, 2005, S. 606.

¹⁴⁸ Dazu Bellinger/Kerl, Hypothekenbankgesetz, § 11 Rn. 27 ff.

¹⁴⁹ Die Immobiliarvollstreckung basiert auf dem Gedanken der Wirtschaftseinheit von Grundstücken. Denn die Vollstreckung erfasst auch diejenigen Gegenstände auf dem Grundstück, die von einer Hypothek erfasst sind. Siehe nur Baur/Stürmer/Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, 2006, S. 440.

¹⁵⁰ Heuer, Risiken der Wohneigentumsbildung. In: Engelhardt/Thiemeyer (Hrsg.), Festschrift für Jenkis, 1987, S. 233.

¹⁵¹ Suhr, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, 1976, S. 189.

deutige Befund: Ohne Geld kein Eigentum am Grund und Boden – und umgekehrt. Eine wichtige Funktion kommt in dieser immobilienökonomischen Analyse den Geldbeschaffungsinstitutionen wie Hypothekenbanken und anderen Immobilienfinanzierungsinstitutionen zu. All diese Investoren spekulieren auf eine steigende Grundrente (Wertentwicklung des Bodens). Die Gesamtkapitalrendite eines Immobilieninvestments sollte hierbei höher sein als die Fremdkapitalzinsen (Leverage-Effekt), damit mit wenig Eigenkapital eine hohe Fremdkapitalverzinsung eintritt. Nötig ist für die Steigerung der Rendite auch die Vereinbarung einer anfänglich tilgungsfreien Zeit. Somit verflochten sich Wohnungswirtschaft und Finanzindustrie kontinuierlich weiter. Die Investmentgesellschaften erstreben Renditen von 6 % durch Mieterträge, aber 20 % Renditen durch Verkäufe von Mietwohnungen im Rahmen von Wohnungsprivatisierungen.¹⁵² Das Spannungsverhältnis zwischen Privateigentümern und Nicht-Privateigentümern lässt sich anschaulich an der Debatte um die Wohneigentumsquote und die Miet-Wohnungsprivatisierung in der Bundesrepublik darlegen.

Das Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (Wohnungseigentumsgesetz – WEG) verfolgt seit 1951 auch sozialpolitische Ziele. Namentlich suchte und sucht das WEG möglichst vielen Bundesbürgern den Weg in das „Eigene“ auf der Etage“ gangbar zu gestalten.¹⁵³ Das WEG trifft in seinem ersten Teil detaillierte Regelungen zum Wohnungseigentum, von dem 81 % der Bevölkerung glaubt, es sei eine gute Immobilienanlageform. 32 % der Westdeutschen und 21 % der Ostdeutschen würden sich für eine Eigentumswohnung entscheiden. Wohnungseigentum ist nach § 1 WEG ein Miteigentums- und Teileigentumsanteil (besonders ausgestaltetes Bruchteilseigentum) an einem Grundstück in Verbindung mit dem Sondereigentum an einer Wohnung oder einem nicht zu Wohnzwecken dienenden, in sich abgeschlossenen Gebäudeteil (§ 1 Abs. 2 und 3 WEG). Wohnungseigentum kann somit nur mit einem Miteigentumsanteil verknüpft werden. Indem die Miteigentümer sich gegenseitig – jeder jedem solidarischgemeinschaftlich – Sondereigentum an einer Wohnung oder an anderen Räumen verschaffen, engen sie allerdings den Bereich des gemeinschaftlichen Eigentums ein. Man unterscheidet im Einzelnen (§§ 2 ff. WEG) das Sondereigentum nur an der Wohnung (Privates Voll-eigentum), das Miteigentum an dem Grundstück (Miteigentümerstellung), das Teileigentum (Sondereigentum an gewerblichen oder wohnbaulichen Grundstücken und fractional ownership an Grundstücken mit zugeteilten Nutzungsrechten) sowie das Gemeinschaftseigentum an den gemeinschaftlich benutzten Anlagen und Einrichtungen eines Gebäudes (personenrechtliche Gemeinschaftsstellung im Sinne eines Mitgliedschaftsrechts). Konflikte zwischen den Miteigentümern treten vor allem dann auf, wenn die zeitliche Abfolge der Nutzungsrechte der Miteigentümer in der entsprechenden Miteigentumsordnung (Teilungserklärung) nicht oder nur defizitär geregelt ist.

¹⁵² Hämmerlein, Wohnökonomie, 2006, S. 64 ff.

¹⁵³ Bundesregierung, BT-Drucks. 16/887.

9 Wohnungserbbaurecht: Potenzial und Fortentwicklung von Erbbaurechtsverträgen

Das Erbbaurecht feierte am 15.01.2018 sein 99-jähriges Jubiläum.¹⁵⁴ Im Jahr 2019 wird es mithin 100 Jahre alt. Es stellt nach § 1 Abs. 1 ErbbauRG das veräußerliche und vererbliche Recht dar, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben. Damit einher geht die Möglichkeit, eine zeitlich befristete bauliche Nutzung von Grundstücken, die sich im Eigentum anderer Personen, Unternehmen oder Kommunen befinden, zu realisieren. Als Gegenleistung für das eingeräumte Nutzungsrecht (am Grundstück) wird regelmäßig ein jährlicher „Pachtzins“ vereinbart, der Erbbau(rechts)zins. Deutschlandweit sind ca. 5 % der Grundstücke im Erbbaurecht vergeben.¹⁵⁵ Nach herrschender Meinung verschafft das Erbbaurecht dem Erbbauberechtigten (Erbbaurechtsnehmer) Eigentum am Bauwerk¹⁵⁶ und damit einen ökonomischen Vorteil. Das Erbbaurecht kann als das „rechte und echte Maß“ zwischen kollektivem Regelungsbedarf und individueller Freiheit interpretiert werden.¹⁵⁷ Es war seit der Zeit des Bodenreformers Damaschke (1865–1935) und ist auch heute noch Teil der Eigentumspolitik und auch des Städtebaurechts. Das Bündnis für bezahlbares Wohnen und Bauen auf Bundesebene plädiert für eine vermehrte Ausgabe von Erbbaurechten, eine Kombination aus Erbbaurechtsbestellung und Bebauungsplanaufstellung bzw. Satzungsbeschluss, fordert aber zugleich eine „marktgerechte Nutzung von Erbbaurechten“.

Mit dieser Forderung nicht konform gehen Überlegungen, den Erbbaurechtszins durch Kopplung mit Konzeptvergaben und der Errichtung von Bodenfonds auf Bundes- oder Landesebene nebst Einräumung von Belegungsrechten unterhalb des Marktniveaus rechnerisch „hinzutrimmen“ und dem Erbbaurechtsnehmer bei Beendigung des Erbbaurechts eine Subvention als Entschädigung (vgl. § 27 ErbbauRG) zu gewähren. Jeder Versuch, den Erbbaurechtszins zu begrenzen, nimmt dem Erbbaurecht seine Chancengleichheit mit dem privaten Volleigentum (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG/§ 903 BGB). Für die Erbbaurechtsvergabe im gewerblichen Bereich mag es begründete Ausnahmen geben. In Frankfurt/Main werden im gewerblichen Bereich Erbbaurechtszinsen von 6 % des Bodenwerts problemlos akzeptiert. Dies ist darauf zurückzuführen, dass Erbbaurechtsnehmer die Erbbaurechtszinsen steuerlich abschreiben und als Betriebsausgabe ansetzen können.¹⁵⁸

¹⁵⁴ Dazu *Thiel*, BauR 2018, 1188; *Schmidt-Räntsch*, ZfIR 5–6/2019, 165.

¹⁵⁵ V. *Oefeles/Winkler/Schlögel*, Handbuch Erbbaurecht, 6. Aufl. 2016, § 1 Rn. 15.

¹⁵⁶ *MüKo/v. Oefele*, Kommentar zum BGB, § 912 BGB Rn. 25.

¹⁵⁷ Mit instruktiven Beispielen für die Integration des Erbbaurechts in das Städtebaurecht: *Schreiber*, Die Bodenpolitik der Stadt Frankfurt a. M. am Beispiel der Vergabe von Erbbaurechten vom Jahr 1901 bis zum Jahr 2000, 2002, S. 82, 86; *Articus*, Erbbaurechte in der kommunalen Praxis. In: Der langfristige Kredit, Heft 13/1999, S. 426–427; *Kofner*, Das Erbbaurecht im internationalen Vergleich, DW 2004, 176.

¹⁵⁸ *Debus/Schüßler*, zfv 2018, 266 (267 f.).

9.1 Das Erbbaurecht als rechtliches „Zwitterwesen“

Nach § 1 Abs. 1 ErbbauRG stellt das Erbbaurecht ein Recht dar, auf einem fremden Grundstück ein Bauwerk zu errichten und zu unterhalten. Das Bauwerk ist dabei Teil des zwingenden gesetzlichen Inhalts des Erbbaurechts sowie als dessen wesentlicher Teil anzusehen.¹⁵⁹ Ein Bauwerk ist nach gefestigter Rechtsprechung des BGH eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und bodenfremdem Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache.¹⁶⁰ Ein Gebäude stellt ein Bauwerk dar, welches durch räumliche Umfriedung Schutz gewährt und den Eintritt von Menschen gestattet.¹⁶¹ Die Einordnung des Erbbaurechts als beschränktes dingliches Recht kennzeichnet aber nur die eine Seite des Erbbaurechts. Auf der anderen Seite ist das fest mit diesem Recht verbundene Bauwerk Grundstücksbestandteil (§§ 93, 946 BGB). Nur das Erbbaurecht und das Wohnungseigentumsrecht (WEG) bewirken eine rechtliche Verselbstständigung des Bauwerks.¹⁶² An dem Bauwerk entsteht somit ein von dem Grundstück losgelöstes Eigentum, welches untrennbar mit dem Erbbaurecht verbunden ist. Die Bestellung eines Erbbaurechts an einem Grundstück, das nicht (wieder-)bebaut werden soll, ist ausgeschlossen.¹⁶³ Das Erbbaurecht ist mithin weder lediglich ein Benutzungsrecht oder nur ein beschränktes dingliches Recht, noch entsteht ein geteiltes Eigentum oder Miteigentum zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten.¹⁶⁴ Das Erbbaurecht ist somit gleichsam ein rechtliches Zwitterwesen. Denn wesentliche Inhalte des Grundstückseigentums werden von diesem getrennt und in einem grundstücksgleichen Recht (§ 200 Abs. 2 BauGB) verselbstständigt. „Letzteres ist übertrag- und belastbar sowie untrennbarer Bestandteil des wirtschaftlich eigentumsähnlichen Bauwerkseigentums“.¹⁶⁵ Das Bauwerk gilt nach der gesetzlichen Formulierung als wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts i. S. d. §§ 93 ff. BGB.¹⁶⁶ Der Loslösung des Bauwerks von dem Grundstückseigentum folgt darüber hinaus die unauflöbliche Zuordnung des Bauwerks zum Erbbaurecht als dessen wesentlicher Bestandteil gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 ErbbauRG.

¹⁵⁹ Das Bauwerk muss nach § 1 Abs. 2 ErbbauRG wirtschaftlich die Hauptsache bleiben.

¹⁶⁰ RGZ 56, 41 (43); BGHZ 57, 60 (61); BGHZ 117, 19 (25).

¹⁶¹ BGH, DB 1972, 2298.

¹⁶² Überzeugend *Rapp*, Identische Strukturen bei Wohnungseigentum und Erbbaurecht. In: Festschrift für Wenzel, 2005, S. 271 ff.

¹⁶³ *Hustedt*, in: Ingenstau/Hustedt, ErbbauRG, Kommentar, 11. Aufl. 2018, § 1 Rn. 20 ff.

¹⁶⁴ V. *Oefele/Winkler/Schlögel*, Handbuch Erbbaurecht, 6. Aufl. 2016, § 1 Rn. 32 ff.

¹⁶⁵ BGH, NJW 1974, 1137.

¹⁶⁶ *Bardenhewer*, in: Ingenstau/Hustedt, ErbbauRG, 11. Aufl. 2018, § 12 Rn. 11; *Staudinger/Rapp*, ErbbauRG, Neubearbeitung 2017, § 12 Rn. 2.

9.2 Bodenwert und Erbbaurechtszins

Bei dem erheblichen Anstieg der Grundstückspreise nach dem Zweiten Weltkrieg – Vogel berichtet in einem jüngsten Beitrag von deutschlandweiten Baulandpreissteigerungen von 1600 % im Zeitraum von 1962–2015, bei Mietsteigerungen von 495 % – hat das Erbbaurecht einen schweren Stand. Der Preisindex stieg hingegen lediglich um 302 %. Für die Landeshauptstadt München errechnet Vogel Baulandpreissteigerungen im Zeitraum von 1950 bis 2015 in Höhe von beeindruckenden 34.263 %, wobei der allgemeine Preisindex zwischen 1976 und 1992 „nur“ um 62,9 % gestiegen sei.¹⁶⁷ Der Erbbauzins ist der Dreh- und Angelpunkt des Erbbaurechts. Zu den Themenkomplexen Erhöhung, Senkung und Anpassung des Erbbauzinses liegt eine schier unüberschaubare Fülle von Rechtsprechung vor.¹⁶⁸ Theoretisch kann die Bestellung eines Erbbaurechts auch auf unentgeltlichem Wege erfolgen.¹⁶⁹ Die Zahlung einer aus wiederkehrenden Leistungen bestehenden Vergütung nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Erbbaurechtsgesetz stellt den Regelfall dar. Der Erbbauzins ist nicht Teil des Erbbaurechts, sondern ist eine davon unabhängige Belastung des Erbbaurechts.¹⁷⁰ Der Erbbauzins als Nutzungsentgelt sollte nach herkömmlicher Definition unter dem Kapitalmarktzins, also zwischen 4 % und 6 % liegen. In Zeiten dramatisch veränderter Kapitalmarktbedingungen können Erbbauzinssätze von 4–5 % nicht mehr als marktgerecht (vgl. § 9a Erbbaurechtsgesetz) angesehen werden,¹⁷¹ wenn alternativ eine Finanzierung für einen Grundstückskauf für weniger als die Hälfte dieses Zinssatzes zu realisieren ist.¹⁷² Dies gilt unabhängig vom jeweils herrschenden Erbbauzinsniveau.

Die Frage „Wann darf erhöht werden?“ muss durch Auslegung und Übereinkunft der Vertragspartner geklärt werden. In Rede stehen hier stets die Zulässigkeit einer Erhöhung eines Erbbauzinses im Hinblick auf die Billigkeitsschranke – etwa formelle Voraussetzungen für eine Neufestsetzung eines Erbbauzinses anhand einer Anpassungsklausel – und die Berücksichtigung einer Billigkeitsschranke bei einem

¹⁶⁷ Vogel, Die verdrängte Herausforderung der steigenden Baulandpreise. In: Süddeutsche Zeitung vom 10. November 2017, S. 7 f. (<http://www.sueddeutsche.de/muenchen/wohnen-die-verdraengte-herausforderung-der-steigenden-baulandpreise-1.3744678?reduced=true>, letzter Zugriff am 01.02.2018); auch Rapp spricht im Zusammenhang mit § 9a Erbbaurechtsgesetz von einem „sozialen Bodenrecht“ und stellt auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses sowie auf die Unbilligkeit der Erhöhung ab; vgl. Staudinger/Rapp, Erbbaurechtsgesetz, Neubearbeitung 2017, § 9a Rn. 1 und Rn. 6 ff.

¹⁶⁸ Klink, Das Erbbaurecht, ein Weg zum Eigenheim, 1999, S. 31 ff.

¹⁶⁹ BGH, NJW 1970, 944.

¹⁷⁰ LindelRichter, Erbbaurecht und Erbbauzins, 2001, S. 93 ff.

¹⁷¹ Hustedt, in: Ingenstau/Hustedt, Erbbaurechtsgesetz, 11. Aufl. 2018, § 9a Rn. 21.

¹⁷² Simon/Simon, in: Simon/Kleiber/Joeris/Simon, Schätzung und Ermittlung von Grundstückswerten, 2005, S. 484. Dies stellt gemäß einer empirischen Untersuchung den Hauptgrund für die mangelnde Attraktivität des Erbbaurechts dar. Siehe hierzu die ertragreiche Untersuchung von Klink, Das Erbbaurecht, ein Weg zum Eigenheim, 1999, S. 1 ff.; Löhr, Zur Ermittlung eines marktgerechten Erbbauzinses – ein Praktikermodell. In: ZIO – Zeitschrift für Immobilienökonomie, 3, 2017, S. 18.

Erhöhungsverlangen. Strittig ist besonders die „Änderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse“ i. S. d. § 9a Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG, d. h. das Verhältnis zwischen der Entwicklung der Lebenshaltungskosten und der Entwicklung des Einkommens im Rahmen der Frage nach der Billigkeit einer Erhöhung und welche Bedeutung der Veränderung der Einkommensverhältnisse in Relation zu der Entwicklung der Lebenshaltungskosten für eine Beurteilung des Vorliegens einer allgemeinen Verbesserung der Lebenshaltung zukommt. Im Übrigen enthält § 9a ErbbauRG keinen Verbotscharakter.¹⁷³

Übermäßige Steigerungen des Erbbauzinses kann der Erbbaurechtsnehmer durch § 9a ErbbauRG mit dem Hinweis auf die Unbilligkeit der Erbbauzinserrhöhung zurückweisen und verhindern.¹⁷⁴ Es besteht hier fraglos ein in der Praxis bislang unauflösender Widerspruch zwischen der Billigkeitsanforderung und der Notwendigkeit zur marktgerechten Anpassung und erstmaligen Festsetzung des Erbbaurechtszinses. Die Erhöhung des Erbbauzinses orientiert sich an der (höchst umstrittenen) Rechtsprechung des BGH, nach der Steigerungen des Erbbauzinsniveaus auf dem arithmetischen Mittel zwischen der Inflations- sowie der Bruttolohn- und Gehaltsentwicklung beruhen.¹⁷⁵ Nach Ablauf des Erbbaurechts kann vor neuerlicher Vergabe unter Umgehung des § 9a ErbbauRG der Erbbauzins an die jeweils vorfindlichen Kapitalmarktverhältnisse angepasst werden. Solange aber § 9a ErbbauRG eine Bindung des Erbbauzinses an die Entwicklung der Grundstückswerte nicht zulässt, wird zwangsläufig die Verzinsung des erbbaurechtlich genutzten Grundstücks beinahe zwangsläufig anderen Grundstücksnutzungserträgen „hinterher hinken“.¹⁷⁶ Je länger die Erbbaurechtslaufzeit dauert, umso schwerer wiegt dieser strukturelle Nachteil. Die Akademie für Raumforschung und Landesplanung schlägt als Ausweg aus dem Rentabilitätsdilemma zwischen Erbbauzins und Kapitalmarktzins eine zeitliche, regelmäßige Anpassung der Erbbauzinsen an die Amortisierungsfristen gewerblicher Investitionen (10–30 Jahre) und den zwingenden Heimfall eines Erbbaurechts bei Nichteinhaltung der vereinbarten Grundstücksnutzung vor.¹⁷⁷

Mitte der 1970er-Jahre wurde über eine Reanimation des Erbbaurechts im Kontext ordnungs- und planungsrechtlicher Verfügungsbeschränkungen zur Regulierung des Bodenmarkts diskutiert. Die aufstehenden Gebäude sollten sich im – zeitlich befristeten – Volleigentum der Nutzungseigentümer (Nutzungseigentum) befinden, schlug *Vogel* vor. Den Kommunen wäre hiernach das Verfügungseigentum über die auf ihrem Territorium belegenen Grundstücke zugesprochen worden.¹⁷⁸ Für

¹⁷³ V. *Oefeke/Winkler/Schlögel*, Handbuch Erbbaurecht, 6. Aufl. 2016, § 6 Rn. 190.

¹⁷⁴ BGHZ 68, 152; 77, 188; 87, 198; 94, 25; BGH, GuG 1996, 310; BGH, Urt. v. 23.05.1980 – VZR 129/76, zur problematischen Berechnung des Erbbauzinses anhand des arithmetischen Mittels aus der allgemeinen wirtschaftlichen Wachstumsrate und der indexierten Preisentwicklung.

¹⁷⁵ BGHZ 75, 279 (287); BGH, NJW 1981, 2567.

¹⁷⁶ *Joeris*, Wertermittlung im Zusammenhang mit Erbbaurechten. Institut für Städtebau Berlin der Deutschen Akademie für Städtebau und Landesplanung, Manuskript 444/5 zur Tagung 444, 2003.

¹⁷⁷ Akademie für Raumforschung und Landesplanung, Flächenhaushaltspolitik, Ein Beitrag zur nachhaltigen Raumentwicklung, 2004, S. 4.

¹⁷⁸ *Vogel*, NJW 1972, 1544 (1547); *Knothe*, Das Erbbaurecht, 1987, S. 336 ff.

die ostdeutschen Bundesländer ist im Rahmen des Erbbaurechts das Sachenrechtsbereinigungsgesetz¹⁷⁹ von Bedeutung. Das Gesetz passte die tatsächlichen Rechtsverhältnisse an Grundstücken in der ehemaligen DDR dem Rechtssystem der Bundesrepublik an und sah wahlweise die Begründung von Erbbaurechten an Gebäuden volkseigener Grundstücke vor. Erbbaurechtsgeber sind vor allem institutionelle Grundstückseigentümer in Gestalt von Gemeinden, Kirchen, Versicherungen, Immobilienunternehmen, Projektentwicklern und Körperschaften des öffentlichen Rechts. Daneben fungieren in dieser Funktion auch Unternehmen (in Bayern in nennenswertem Umfang interessanterweise auch Brauereiunternehmen), Stiftungen und Naturschutzverbände.¹⁸⁰

9.3 *Dogmatische Ähnlichkeiten zwischen WEG und ErbbauRG: Reformvorschläge*

Weitgehende rechtsdogmatische Ähnlichkeit des Erbbaurechts besteht mit dem Wohnungseigentumsrecht (WEG), die beide besondere Formen des Eigentums an einem Gebäude regeln.¹⁸¹ Erstens sind das mit dem Erbbaurecht verbundene Gebäude und das mit dem Miteigentumsanteil verbundene Sondereigentum besondere Bestandteile des Rechts, mit dem sie verbunden sind. Zweitens birgt die Sonderform des Eigentums besonderes Streitpotenzial, da beide Sonderformen dadurch gekennzeichnet sind, dass mehrere Alleineigentümer – Sondereigentümer beim Wohnungseigentum und Grundstückseigentümer und Gebäudeeigentümer beim Erbbaurecht – langfristig aneinander gebunden sind. Zur Bildung von Sonder- und Gemeinschaftseigentum beim Wohnungserbbaurecht nach § 30 WEG (Geschosswohnungsbau mit Eigentumswohnungen in erbbaurechtlicher Nutzung) muss ein Bauträger und Projektentwickler das Erbbaurecht in Wohnungs- und Teilerbbaurechte aufteilen. Anschließend verpflichtet er sich im Kaufvertrag zur Herstellung der Wohnung nebst Verschaffung des Wohnungserbbaurechts.¹⁸² Ein Gebäude einschließlich Grund und Boden steht insofern im wohnungseigentumsrechtlichen Gemeinschaftseigentum, als es vorher nicht zur Begründung von Sondereigentum gekommen ist.

Durch die Möglichkeit der Abschöpfung der Bodenwertsteigerung, etwa durch Einheimischenmodelle¹⁸³ für Ortsansässige zur Förderung der Gebäudeeigentumsbildung im Erbbaurecht als „Eigentum auf Zeit“ und die damit verbundenen Vorteile hinsichtlich Laufzeit und Flexibilität der Zweckbindungsverträge, vermag das

¹⁷⁹ Gesetz zur Sachenrechtsbereinigung im Beitrittsgebiet (Sachenrechtsbereinigungsgesetz) v. 21.09.1994, BGBl. I, S. 2457.

¹⁸⁰ Bundesverband Deutscher Stiftungen (Hrsg.), Erbbaurecht für Stiftungen, 1996, S. 16 ff.

¹⁸¹ Rapp, in: Festschrift für Wenzel, 2005, S. 271 ff.; Grziwotz, in: Freckmann/Frings/Grziwotz, Das Erbbaurecht in der Finanzierungspraxis. Die Erbbaurechts-Grundschild als Kreditsicherheit, 2006, S. 25 ff.

¹⁸² Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 2004 Rn. 574; ausführlich Drasdo, WohnungsErbbauR. In: Ingenstau/Hustedt, ErbbauRG, 11. Aufl. 2018, Anh. III zum Wohnungserbbaurecht.

¹⁸³ Schlögel, ZfIR 2016, 175 (177).

Eigentum eine weitere Konkretisierung der Sozialbindung zu erfahren. *Von Oefele* schlägt, basierend auf entsprechenden Eingaben der Bundesnotarkammer (BNotK), eine „Eigentumsspaltung“ statt der Annahme eines bloßen dinglichen Rechts vor. Das Grundproblem des Erbbaurechts liegt darin, dass der Grundsatz der Bodenakzession (§§ 93, 946 BGB) durchbrochen wird. Zum Bauwerkseigentum kommt noch die Nutzung des unbebauten Grundstücks gemäß § 1 Abs. 2 ErbbauRG hinzu. Viel spricht für den Vorschlag der BNotK, analog zu den Regelungen des Wohnungseigentumsgesetzes (WEG) eine Unterteilung in zwei Phasen vorzusehen: Unbebautes Grundstück (Phase 1) und Eigentumsspaltung (Phase 2). Es wurde daher eine Neufassung von § 1 Abs. 1 ErbbauRG wie folgt vorgeschlagen: „Das Eigentum an einem Grundstück kann in der Weise geteilt werden, dass das Eigentum an Bauwerken auf oder unter der Oberfläche und die Grundstücksnutzung abgespalten werden (Erbbaurecht). Das Erbbaurecht kann sich auch auf eine künftige Errichtung von Bauwerken beziehen. Mehrere Erbbaurechte am selben Grundstück sind unzulässig.“ Ferner: Klauseln, die in jedem Erbbaurechtsvertrag enthalten sind, wären gesetzlicher Inhalt des Erbbaurechts. Es könnte dann eine genaue Kostenregelung für die Verkehrssicherungspflicht, für Altlasten und für den Heimfall bei einem Zahlungsverzug des Erbbauzinses gemäß § 9 Abs. 4 ErbbauRG getroffen werden.¹⁸⁴ Eine für den Gesetzgeber kostenneutrale Reform des Erbbaurechts, die eine Angleichung der Regelungen des ErbbauRG an das WEG mit sich brächte, leistete einen erheblichen Beitrag zur Wohneigentumsbildung im zeitlich befristeten Gebäudeeigentum sowie zur Akzeptanz und Modernisierung des Erbbaurechts insgesamt.

9.4 Fortentwicklung und Bewertung; Grunderwerbsteuer

Erbbaurechte verlangen langfristige Betreuung und Überwachung. Nur wenige Verwaltungsbedienstete können oder wollen das leisten, erst recht nicht in kleineren Kommunen. Treten Probleme auf, müssen sachkundige Mitarbeiter oder im Erbbaurecht erfahrene Notare sich des Problems annehmen. Weitere Kosten können dann entstehen. Von Bedeutung sind ferner Notar- und Grundbuchaufwendungen sowie die nicht zu unterschätzenden Belastungen durch die Grunderwerbsteuer. Zum Problemkomplex „Grunderwerbsteuer und Wohnungseigentum“ liegen bereits durch *van Suntum/Schultewolter* gut durchdachte Diagnosen und Vorschläge auf dem Tisch. Die genannten Autoren gingen in ihrem Beitrag von 2014¹⁸⁵ indessen davon aus, dass es angesichts des geringen Aufkommens und der fehlenden Systemhaftigkeit der Steuer keinen Grund gebe, warum man an ihrer Erhebung festhalten sollte.¹⁸⁶ Gewiss verletzt die Grunderwerbsteuer als Sonderumsatzsteuer den Grundsatz der Neutralität der Besteuerung, und sie diskriminiert fraglos Immobilien ge-

¹⁸⁴ *V. Oefele*, DNotZ 2011, 503 (513).

¹⁸⁵ *Van Suntum/Schultewolter*, Die Besteuerung des Wohneigentums. In: Voigtländer/Deppenheuer (Hrsg.), Wohneigentum, 2014, S. 207 f.

¹⁸⁶ *Van Suntum/Schultewolter* (Fn. 185), S. 208.

genüber anderen Konsumalternativen. Im Jahr 2018 betragen die Einnahmen aus der Grunderwerbsteuer erhebliche 14,1 Mrd. Euro. Steuerrechtlich wären 2–3 % Grunderwerbsteuer vertretbar. In Deutschland variiert sie jedoch derzeit (2019) zwischen 3,5 % in Bayern und 6,5 % u. a. in Nordrhein-Westfalen, Brandenburg und Schleswig-Holstein.¹⁸⁷ Hinzu kommen Maklercourtage und Notarkosten. Bei einem Höchstsatz von 6,5 % Grunderwerbsteuer können beim Erwerb von Wohnungseigentum im Verkehrswert von 400.000 Euro ca. 62.500 Euro Erwerbsnebenkosten anfallen.

Die Grunderwerbsteuer wird bei der Bestellung von Erbbaurechten sofort zur Zahlung fällig. Es bestehen weitere Risiken für das rechtliche Schicksal des Erbbaurechts wie etwa Instandhaltung des Gebäudes, Insolvenzeintritt, Ausgestaltung und Zeitpunkt des Heimfalls. All diese Aspekte müssen individuell zwischen Erbbaurechtsnehmer und Erbbaurechtsgeber abgestimmt werden. Der zwangsversteigerungsfeste¹⁸⁸ Erbbauzins (§ 9 ErbbauRG), auf den vertraglich auch verzichtet werden könnte, nimmt zudem nicht grundsätzlich die Spekulation aus einer Grundstücksnutzung heraus. Denn ein Eigentümer wird bei ökonomischer Betrachtungsweise den Erbbauzins an der langfristig zu erzielenden Verzinsung des Grundstückswerts orientieren.¹⁸⁹ Eine empirische Untersuchung des Autors unter kreisfreien Städten in Rheinland-Pfalz über die Art der Verwaltung von Erbbaurechten ergab zwei wesentliche Erkenntnisse: einerseits hatten die Kommunen ihre Erbbaurechtsvertragskonditionen kaum an die seit dem Jahr 2008 dramatisch veränderten Verhältnisse auf den Kapitalmärkten angepasst. Andererseits dominieren in vielen Kommunen bei der Festlegung des Erbbauzinses gleichsam „politische, hingetrimmte“ Preise. Die Festlegung fand vorrangig durch Gemeinde- und Stadtratsbeschluss statt und orientierte sich an der haushaltsrechtlichen Kassenlage, aber nicht am Kapitalmarkt. Nur gewerblich-institutionelle Anleger verhalten sich (kapitalmarkt-)konform; sie konzentrieren sich auf das gewerbliche Segment, in dem Erbbaurechte gerne verwendet werden und auch, im Gegensatz zum Wohnungssektor, weitgehend störungsfrei verlaufen.

¹⁸⁷ Immobilienzeitung, „Steuer für Grunderwerb auf Rekordhöhe“, Ausgabe 7/2019 v. 07.02.2019, S. 9.

¹⁸⁸ Rapp, Die versteigerungsfeste Erbbauzinsreallast. In: FS für Brambring 2011, S. 305–317.

¹⁸⁹ Dazu ausführlich *Freckmann/Frings/Grziwotz*, Das Erbbaurecht in der Finanzierungspraxis, 2. Aufl. 2009.

10 Diversität von Gemeinnützigkeit, Genossenschaften und Stiftungseigentum

10.1 (Wohnungs-)Gemeinnützigkeit: Renaissance?

Die Wohnungsgemeinnützigkeit erlebt derzeit eine gewisse Renaissance in der Debatte um „bezahlbares Wohnen“.¹⁹⁰ Angesichts steigender Marktwerte für den Boden in sämtlichen Entwicklungsstufen (§ 5 ImmoWertV) in Metropolregionen haben freilich die gemeinnützigen Unternehmen gegenwärtig einen gravierenden Wettbewerbsnachteil, der nur durch steuerliche und bodenpolitische Sondervorteile ausgeglichen werden kann. Derzeit wird diskutiert, (öffentlichen) gemeinnützigen Wohnungsbaugesellschaften Grundstücke zur Verfügung zu stellen, die Gemeinden über das städtebaurechtliche Vorkaufsrecht (§§ 24–28 BauGB) vorher erworben haben. Hier ist zu differenzieren: Das allgemeine Vorkaufsrecht gilt z. B. im Geltungsbereich eines B-Plans. Das besondere Vorkaufsrecht kann z. B. im Geltungsbereich einer Erhaltungssatzung geltend gemacht werden, dies aber nur innerhalb von zwei Monaten nach Mitteilung des Kaufvertrags. Den Ankauf zum Kaufpreis bzw. Ankauf zum Verkehrswert regelt § 28 Abs. 3 BauGB. Eine „deutliche Überschreitung“ dürfte bei über 30 % des Verkehrswerts beginnen. Die Regelungen zum Vorkaufsrecht sind insg. kompliziert und rechtsmittelanfällig; zudem drohen latent Verstöße gegen das unionsrechtliche Wettbewerbs- und Beihilfenrecht.

Gemeinnützigkeit ist generell geeignet und erforderlich, die Lebensgrundlagen des Gemeinwesens zu festigen, zu sichern oder zu erhalten. Gemeinnützig handelt, dessen oder deren Tätigkeit darauf gerichtet ist, die Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet selbstlos zu fördern (§ 52 Abs. 1 Satz 1 AO).¹⁹¹ Gemeinnützigkeit stellt einen ausfüllungsbedürftigen, unbestimmten Rechtsbegriff dar. Die steuerrechtliche Norm des § 52 Abs. 2 AO liefert auch nur einen groben Beispielskatalog. Auch der Dritte Sektor – neben der Öffentlichen Hand und der Privatwirtschaft als den anderen beiden Sektoren – lässt sich nicht eindeutig einer bestimmten Rechtsform zuordnen. Zwar wurde als Ergebnis der Vorgänge um die Neue Heimat die institutionelle Förderung von Wohnungsunternehmen mit der Aufhebung der steuerbefreiten Wohnungsgemeinnützigkeit – der gemeinnützigen Wohnungsunternehmen (GWU) – beendet.¹⁹² Seit dieser Zeit kommen lediglich noch Wohnungsgenossenschaften mit gemeinnütziger Unternehmensausrichtung in den Genuss der ehemaligen Steuerbefreiungen.¹⁹³ Das Ende der Gemeinnützigkeitsidee bedeutete diese Rechtsänderung im Jahr 1990 allerdings nicht. Denn die Unternehmensformen der (ehemals) gemeinnützigen Wohnungswirtschaft sind heute

¹⁹⁰ Vgl. Kapitel „Lebenswerte Städte, attraktive Regionen, bezahlbares Wohnen“, Koalitionsvertrag, Kap. „Wohnen“, zwischen CDU, CSU und SPD, 2018, S. 109–111 (insb. Zeilen 5212 f.).

¹⁹¹ Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, Verein, Stiftung, GmbH, 2005, S. 5 ff.

¹⁹² Die Zukunft der Gemeinnützigkeitsidee betont Püttner, Wohnungsgemeinnützigkeit und Verfassungsrecht. In: Engelhardt/Thiemeyer (Hrsg.), Festschrift für Jenkis, 1987, S. 261 ff.

¹⁹³ Hämmerlein, Wohnökonomie, 2006, S. 107.

unabhängig von gewährten Steuervorteilen recht vielfältig. Sie bestehen aus Stiftungen, Bauvereinen, Genossenschaften,¹⁹⁴ Vereinen, Wohnungsbaugesellschaften in den Rechtsformen GmbH und AG sowie aus öffentlichen Landesentwicklungsgesellschaften.¹⁹⁵

In diesem Rahmen können gemeinwirtschaftliche Unternehmen der Grundstücksnutzung wie erwähnt auch in privatrechtlicher Form (GmbH, GmbH & Co KG, AG) organisiert sein, solange sichergestellt ist, dass der Staat als Garant gemeinwirtschaftlicher Handlungsformen bereitsteht. Die Unternehmen der gemeinnützigen Wohnungswirtschaft (GWU) erfüllen durchweg diese Kriterien. Sie müssen im Gefolge der „Neuen Heimat“-Affäre mit einem erheblichen Imageproblem leben, dem allerdings durch gesetzgeberische Initiativen für mehr Transparenz und Kontrolle im gemeinnützigen Wirtschaftsverhalten beizukommen ist.¹⁹⁶ In Frage kommt außerdem die Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft (eG), die die Bundesregierung ausdrücklich fördern möchte.¹⁹⁷ Der gemeinwirtschaftliche und gemeinnützige Charakter von Genossenschaften ist umstritten. Die Reanimation der steuerlichen Wohnungsgemeinnützigkeit steht derzeit in Rede; eine Studie zur „Neuen Wohnungsgemeinnützigkeit“¹⁹⁸ hat jüngst beachtliche Aufmerksamkeit auch jenseits der Fachveröffentlichungen gefunden. Ob dieser Vorstoß durch Einräumung von Steuervorteilen,¹⁹⁹ möglicherweise unterstützt durch die vermehrte Gründung kommunaler Wohnungsunternehmen oder Landgesellschaften – mit unabhärbaren beihilfenrechtlichen Folgen – Erfolg versprechend ist, kann derzeit nur zurückhaltend beurteilt werden. Das Kernproblem der aktiven steuernden Liegenschafts- und Baupolitik ist durchweg die mangelnde Verfügbarkeit an Grundstücken im Eigentum der Kommunen und somit das Fehlen strategischer bodenpolitischer Ziele, die im Idealfall in einem liegenschaftspolitischen Grundsatzbeschluss im Gemeinderat oder in der Stadtverordnetenversammlung niedergelegt werden sollten.

¹⁹⁴ Mit dem Zusatz „gemeinnützig“ bis zum Jahr 1990; vgl. §§ 22 WGG, 22 WGGDV; dazu *Jenkis*, Kommentar zum Wohnungsgemeinnützigkeitsrecht, 1988.

¹⁹⁵ *Jenkis*, Die gemeinnützige Wohnungswirtschaft zwischen Kritik und Reformvorschlägen – Eine Replik, 1980.

¹⁹⁶ *Püttner*, Wohnungsgemeinnützigkeit und Verfassungsrecht. In: Engelhardt/Thiemeyer (Hrsg.), Festschrift für Jenkis, 1987, S. 267.

¹⁹⁷ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 2018, S. 111 (Zeilen 5210–5213).

¹⁹⁸ *Kuhnert/Leps*, Neue Wohnungsgemeinnützigkeit. Wege zu langfristig preiswertem und zukunftsgerechtem Wohnraum, Wiesbaden, 2017.

¹⁹⁹ Vgl. die Vorarbeiten und Reformüberlegungen vor Abschaffung der Wohnungsgemeinnützigkeit: *Thieme*, Die Stellung des Wohnungsgemeinnützigkeitsrechts im Rechtssystem. In: *Jenkis* (Hrsg.), Kommentar zum Wohnungsgemeinnützigkeitsrecht, 1988, S. IL-LXV.

10.2 *Stiftungsrecht für Immobilienstiftungen*

Das Stiftungsrecht ist Teil des Rechts der Non-Profit-Organisationen, was gleichbedeutend mit dem Recht des „Dritten Sektors“ ist. Die Bedeutung der Rechtsform der rechtsfähigen Stiftung nimmt zu.²⁰⁰ Insbesondere sind auf den Feldern Biotop-schutz, Artenschutz, Kreislaufwirtschaft, Energie und Verkehr zahlreiche Immobilien-, Privat-, Banken- und Firmenstiftungen gegründet worden. Hinzu treten die Stiftungen der öffentlichen Hand. Die Rolle der Stiftungen ist es nicht, die Steuerungsfunktionen des Staates zu substituieren. Sondern Stiftungen „produzieren“ social capital, welches transitorische Güter erzeugt. Stiftungen sind demgemäß benevolenzeffizient, wie *Birger Priddat* treffend konstatiert.²⁰¹ Der Stiftung fehlt auf Grund der Gemeinnützigkeit der owner, also eine Person mit Anspruch auf Gewinnausschüttung (nondistribution constraint). Sie hat auch keine Mitglieder und verbietet die Existenz von Eigentümern, Anteilseignern, Gesellschaftern oder Mitgliedern.²⁰² Eine Stiftung gehört und verwaltet sich selbstständig; sie kennt kein Eigentum. Das (Individual-)Eigentum wird daher gleichsam neutralisiert.

Das Eigentum verliert also seinen in anderen gesellschaftlichen Bereichen ganz oder partiell berechtigten Herrschaftsanspruch. Das Stiftungseigentum (Stiftungsvermögen) wird auf diese Weise zum bloßen Nutzungseigentum. Die rechtliche Konstruktion einer Stiftung ist allerdings im Hinblick auf Kontrollmöglichkeiten der Destinatäre, der Publizitäts- und Haftungsvorschriften sowie der Steuerbefreiungen nicht gänzlich unproblematisch.²⁰³ Denn die im Kapitalgesellschaftsrecht entwickelten Vorschriften über Kapitalausstattung, Insolvenzantragspflicht oder Arbeitnehmerschutz bleiben bei wirtschaftlich tätigen Stiftungen (Unternehmen als Bestandteil des Stiftungsvermögens) maßgeblich hinter der Regeldichte für GmbHs und Aktiengesellschaften zurück.²⁰⁴ Um Missbräuche zu vermeiden, sind umfangreiche stiftungsrechtliche Aufsichtsverfahren erforderlich, etwa über externe Kontroll- und Beratungsgremien als Steuerungsinstanzen.

²⁰⁰ *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2006, § 23 Rn. 55.

²⁰¹ *Priddat*, Benevolenzeffizienz: Stiftungsmodernisierung. In: Priddat (Hrsg.), Gemeinwohlmodernisierung, 2006, S. 111–121.

²⁰² *Thymm*, Das Kontrollproblem der Stiftung und die Rechtsstellung der Destinatäre, 2007, S. 66; *Seifart/v. Campenhausen*, Handbuch des Stiftungsrechts, 1999, § 8 Rn. 132 f.

²⁰³ *Thymm* (Fn. 202), S. 16 ff.

²⁰⁴ *Rawert*, Stiftung und Unternehmen. In: Non profit law yearbook, 3/2004, S. 1, 3 ff.

11 Reform der Grundsteuer und Wohnungseigentum

11.1 Reformmodelle und bisherige Diskussion

Seit November 2016 nimmt das Modell der neuen Grundsteuer in Deutschland Gestalt an, wenn auch kein Konsens²⁰⁵ zwischen Bundesfinanzministerium und Bundesländern für ein bundeseinheitliches Modell gefunden werden konnte. Die Steuer wird wohl ein (rechtsmittelanfälliges und aus Grundstückswertermittlungssicht mit der Daumenregel arbeitendes) Hybrid-Konstrukt bleiben: Zukünftig wird es – nach gegenwärtigem Stand – einen Kostenwert²⁰⁶ statt eines Einheitswerts geben, mit dem Sachwertverfahren als methodischem Königsweg zur Festlegung des typisierten Gebäudewertanteils, einem Mietansatz und mit dem Bodenrichtwert zur Ermittlung der bodenbezogenen Komponente. Das Modell ist damit komplexer als ein reines Flächenmodell, wie es von Bayern favorisiert wird. Eine Typisierung der Bemessungsgrundlage bewirkt fast zwangsläufig einen Konflikt mit dem Gleichheitssatz aus Art. 3 GG und ist gegen die Vorteile eines effizienten Steuerverwaltungsablaufs abzuwägen. Eine ökologische oder liegenschaftspolitische Rechtfertigung für die neue Grundsteuer fehlt. Ungeahnte Probleme und streitanfällige Herausforderungen stellen sich bei beiden Komponenten der Grundsteuer, sowohl bei dem Gebäudewert, als auch beim Boden(richt)wert (§ 84 BewG). Bei den aufstehenden Gebäuden soll mit Pauschalherstellungskosten gearbeitet werden, wobei eine Differenzierung z. B. nach Unterkellerung und Dachform stattfindet.

Das Jahr 1995 markiert die (fiktive) Trennlinie zwischen niedrigeren (vor 1995) und höheren (nach dem 1. Januar 2005 geltenden) Pauschalherstellungskosten (vgl. Begr. zum BewG-E, Anl. 35). Eine Wertminderung wird durch einen „Abschlag“ vorgenommen, der im Ermessen des Immobilienbewerbers liegt.²⁰⁷ Hinsichtlich der Bodenwertkomponente zieht man Bodenrichtwerte heran, die mit der Grundstücksfläche multipliziert werden (§ 235 Abs. 2 BewG-E). Dies soll ab dem Hauptfeststellungszeitpunkt zum 1. Januar 2022 geschehen. Bis zum Jahr 2026 bleiben nach gegenwärtigem Stand noch die bisherigen Einheitswerte als Basis für die Grundsteuer erhalten (vgl. Begr. BewG-E, S. 43). Danach soll eine turnusmäßige Fortschreibung erfolgen. Das bisherige dreistufige Verfahren der Steuerfestsetzung soll beibehalten werden: Zunächst wird ein Grundsteuerwert berechnet, der den bisherigen Einheitswert ersetzt. Durch Multiplikation des Grundsteuerwerts mit einer (ggf. landesspezifischen) Steuermesszahl ergibt sich auf der zweiten Stufe der

²⁰⁵ Immobilienzeitung, „Die neue Grundsteuer hat kaum Fans“, Ausgabe 12/2019 v. 21.03.2019, S. 8.

²⁰⁶ Zur Kritik am Kostenwert: Marx, DStZ 2017, 19 (22 ff.); Seer, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 23. Aufl. 2018, § 16 Rn. 40.

²⁰⁷ Für die Korrektur der Wertabweichungen für die zu bewertenden Grundstücke vom Referenzgrundstück liegen ebenfalls verschiedene Vorschläge vor, z. B. eine Reduzierung (Abschlag) des Bodenrichtwerts (BRW) um 20 %, anschließend Multiplikation mit der Grundstücksfläche oder eine Multiplikation von BRW mit der Grundstücksfläche und einem Faktor 0,5 (ursprüngliches „Thüringer Modell“) bzw. mit Vergleichs- und Ertragsfaktoren bei bebauten Grundstücken (ursprüngliches „Nord-Modell“).

Grundsteuermessbetrag. Durch Anwendung eines Grundsteuerhebesatzes auf den Grundsteuermessbetrag gelangt man zur Grundsteuer, wobei den Kommunen – wie bislang auch – ein Hebesatzrecht zusteht.

Dem Eigentümer wird eine abstrakte Leitungsfähigkeit unterstellt, die ihn im Vergleich zu anderen grundbesitzenden Miteigentümern zumindest nicht benachteiligt (Argument: Kein Verstoß gegen den Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG).²⁰⁸ Diese Auffassung ist indes problematisch, denn es kann nicht von einem regelmäßigen Ertragsstrom aus der Grundstücksnutzung ausgegangen werden, etwa in Stadtbaugebieten oder bei sog. „Schrottimmobilien“. Auch das Äquivalenzprinzip kann bei der Grundsteuer nicht ohne Weiteres zugrunde gelegt werden, da eine Zurechnung von Gemeindeleistungen zwar bei Erschließungsbeiträgen, Straßenausbaubeiträgen oder Anliegergebühren treffsicher erfolgen kann, nicht jedoch bei Nicht-Ausschließbarkeit von Nutzungen und öffentlichen Gütern etwa von gemeindeeigenen Parks, Schulen, Spielplätzen, Straßenführung, aber auch einer nachhaltigen Stadtplanung, die vermehrt die Innenentwicklung durch geeignete Maßnahmen in den Blick zu nehmen hat (vgl. §§ 1 Abs. 5 Satz 3 und § 1a Abs. 2 BauGB). Problematisch ist bereits die anteilmäßige Umlegung von kommunalen Leistungen auf die Grundstückseigentümer durch die Grundsteuer. Zu bedenken ist daher, dass die relative Höhe der Grundsteuer als ein Äquivalent der kommunalen Leistungen und der Zurverfügungstellung lokaler öffentlicher Güter für die Grundeigentümer anzusehen ist. Die Nutzung der bereitgestellten öffentlichen Güter setzt eine räumliche Nähe zum Grundeigentum (in der steuerrechtlich ungenauen Terminologie: Grundbesitz) voraus, sodass die Äquivalenz regelmäßig über den Raumbezug zum Grundbesitz realisiert wird.²⁰⁹ Als weitere Rechtfertigungstatbestände kommen die Auskömmlichkeit der Steuer als gemeindeseitige Einnahmequelle in Betracht (Fiskalziel). Das Fiskalziel ist hier die breite Bemessungsgrundlage in Form der (bisherigen) Einheitswerte; es führt idealerweise zu einem weitgehend konjunkturabhängigen Einnahmestrom aus der Grundsteuer im Sinne einer „Property Tax“.²¹⁰ Zukünftig wird die grundsteuerliche Bemessungsgrundlage Parameter enthalten, die auf Wertveränderungen des Grundbesitzes reagieren.

²⁰⁸ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 06.12.1983 = BVerfGE 65, 353.

²⁰⁹ Vgl. Wissenschaftlicher Beirat beim BMF, Reform der Grundsteuer, 2010, S. 2; *Siebert*, Reform der Grundsteuer, Eine ökonomische Analyse aktuell diskutierter Reformmodelle, 2016, S. 34; *Lemmer*, Zur Reform der Grundsteuer, 2004.

²¹⁰ Vgl. die interessante Untersuchung von *Feldmann*, Reformperspektiven der Grundsteuer für die Gemeindefinanzierung im Sinne einer Property Tax, Theoretische Aspekte und Modellrechnungen für die Stadtgemeinde Bremen, 2013.

11.2 Lenkungswirkung

Freilich ist damit noch nichts über die Lenkungswirkung gesagt. Aus flächenhaushaltspolitischer Perspektive sollte eine reformierte Grundsteuer Auswirkungen auf den Bodenmarkt haben, d. h. baulandmobilisierende Wirkungen in Innenbereichen, aber auch bspw. in Stadtumbaugebieten entfalten. Diese Entfaltungswirkung ist wichtig für sog. Einzelgrundstücke als nutzbare Baulandreserve; m. E. wird zu Recht das Argument von einem erhöhten Nutzungsdruck als effektives Lenkungsinstrument vorgebracht. Diese Argumentation ist freilich nicht unumstritten. Auf Aspekte wie administrative Praktikabilität – d. h. Erhebungsaufwand bei der Neubewertung der 35 Millionen Grundstücke (Bodenwert plus ggf. Bebauung) – wurde bereits eingegangen. Im Kern sind die Voraussetzungen für ein kostengünstige(re)s Massenbewertungsverfahren, das flankiert wird durch GIS, ALKIS© und ATKIS sowie sonstige bei den Landesämtern für Geoinformation und Bodenmanagement vorfindliche Daten und Instrumente, gegeben. Die Befürworter des gegenwärtig vorliegenden Reformmodells bejahen die Aspekte der Gerechtigkeit und Akzeptanz im Modell, da die Grundsteuerreform nicht Mehreinnahmen generieren soll. Allerdings führt die Reform zu Belastungsverschiebungen und, je nach Sichtweise, zu unbefriedigenden bodenmarktorientierten Lenkungswirkungen.

Ursprünglich wurde von dem Wissenschaftlichen Beirat beim Bundesministerium der Finanzen im Jahr 2010 auf den Mietwert statt den Verkaufswert abgestellt. Liegenschaftspolitische Argumente spielten, soweit ersichtlich, erneut keine Rolle. International wird bei der Grundsteuer (Property Tax) ganz überwiegend auf die Verkaufswerte rekurriert. Nach Auffassung des Bundeslandes Hamburg würden Eigentümer und Mieter künftig auf Basis fiktiver Veräußerungspreise bzw. Verkaufswerte zur Grundsteuer herangezogen, die insbesondere für Mieter keine praktische wirtschaftliche Bedeutung hätten.²¹¹ Auch Eigentümer betrachteten ihre selbst genutzten Immobilien nicht durchgängig als Handelsware, deren Wertentwicklung sie jederzeit durch Verkauf realisieren könnten. Beispiel: Ein Grundstückseigentümer, dessen Einfamilienhaus (typisiert: unterkellert/Dachgeschoss) zu Beginn des Jahres 2005 fertiggestellt wurde, wird nach neuem Recht 18,6 % mehr Grundsteuer zahlen müssen als sein Nachbar, der das gleiche Gebäude vor dem 31. Dezember 2004 realisiert hat. Diese unausweichliche Differenz ist Folge einer Pauschalierung, die den Jahreswechsel 2004/2005 zur Bildung unterschiedlicher Gebäudeklassifizierungen heranzieht. Jene Belastungsunterschiede werden im vorliegenden Gesetzentwurf nicht näher erläutert. Weitere Argumente gegen das Sachwertverfahren lassen sich anführen: Es fehlt im Steuermodell ein typisierender Marktanpassungsfaktor. Bei der Verkehrswertermittlung nach dem Sachwertverfahren wird der Sachwertfaktor auf den vorläufigen Sachwert angelegt, um zum Marktwert nach § 194 BauGB zu gelangen (§ 14 Abs. 2 Nr. 1; § 21 ImmoWertV). Auch sind im Modell bislang keine

²¹¹ Vgl. Stellungnahme des hamburgischen Finanzsenators *Tschentscher* in der Sitzung des Bundesrats am 04.11.2016, 950. Sitzung, Stenografischer Bericht (http://www.bundesrat.de/Shared-Docs/downloads/DE/plenarprotokolle/2016/Plenarprotokoll-950.pdf?__blob=publicationFile&v=2), zuletzt abgerufen am 19.04.2019.

besonderen objektspezifischen Grundstücksmerkmale (§ 8 Abs. 3 ImmoWertV) vorgesehen. Somit fehlen in diesem Massenbewertungsverfahren zwei im Sachwertverfahren essenzielle Marktanpassungsfaktoren und Zu- oder Abschlagskomponenten. Dieses Fehlen ist im gegenwärtigen Reformmodell zu einem erheblichen Teil dafür verantwortlich, dass sich die steuerlichen Kostenwerte in der beachtlichen Spanne zwischen 54 % (Geschosswohnung/Zentrum/Altbau) und 181 % (EFH/Peripherie/Neubau) der Verkehrswerte bewegen.

11.3 Kritik an der (reinen) Bodenwertsteuer; Auswirkungen auf das Wohneigentum

Zudem wird als Kritikpunkt die Außerachtlassung von durchgeführten Sanierungen eines Eigentümers, die sich in der Verkehrswertermittlung regelmäßig in höheren Marktwerten und Mietzinseinnahmen niederschlägt, gesehen.²¹² Auch die Ermittlung der Gebäudegrundfläche als Bruttogrundfläche (BGF), ohne auf Wert erhöhende – oder Wert senkende – gebäudetypische, architektonische Ausstattungen und eine Wohnwert bezogene Grundfläche abzustellen, steht in der Kritik. Freilich ist eine individuelle Bewertung auf Grund der tatsächlichen Ausstattung und Qualität von 35 Millionen Gebäuden unrealistisch, ja unmöglich. Beide „Typisierungen“ verletzen aber wohl den Gleichheitssatz. Die Frage, ob solche Belastungsunterschiede mit der Forderung nach steuerlicher und verfassungsrechtlicher Gleichbehandlung (Art. 3 GG) vereinbar sind, dürfte die Gerichte noch beschäftigen.²¹³ Auch hat der Gesetzgeber in seinem Entwurf keine Fristenregelung vorgesehen, etwa eine zeitliche „Streckung“ der neuen Steuerart oder eine ratenweise Vollstreckung. Zu berücksichtigen ist, dass in den meisten Staaten der Welt die Grundsteuer wertorientiert erhoben wird und nur ein einziger Staat eine reine Bodenwertsteuer hat (Estland). Fraglich ist aber, ob durch das Abstellen auf das kostenorientierte Sachwertverfahren, mit dem man die 35 Millionen neuer Bewertungsfälle bewerten möchte, die Ungleichbehandlung nach neuem Recht gleichsam „erkauft“ werden kann. Dies soll ab den dem Hauptfeststellungszeitpunkt zum 1. Januar 2022 folgenden Kalenderjahren geschehen. Danach soll eine turnusmäßige Fortschreibung erfolgen. Es gibt nur noch zwei Arten von Grundvermögen: erstens Grundvermögen und zweitens land- und forstwirtschaftliches Vermögen. Beide Vermögensarten führen zu verschiedenen Grundsteuerarten. Die bisherige (Grund-)Steuerart „Betriebsvermögen“ entfällt.

Anlässlich der Sitzung des Bundesrats am 4. November 2016 wies der (damalige) Finanzsenator der Freien und Hansestadt Hamburg, *Tschentscher*, auf eine in Hamburg durchgeführte Stichprobe von 800 Bewertungsfällen hin; diese waren

²¹² Vgl. *Löhr*, Zum neuen Grundsteuer-Reformmodell der Länderfinanzminister – gerecht und verlässlich? In: *Betriebsberater*, 2016, 2075 (2080).

²¹³ So die Vorhersage von *Richter*, Reform der Grundsteuer: Ein Plädoyer für eine wertorientierte und gleichmäßige Besteuerung von Boden und Gebäuden. In: *ifo Schnelldienst* 69(22), S. 4.

nach dem Modell der neuen Grundsteuer nach Gebäudedaten und Bodenrichtwerten (§ 196 BauGB) gegliedert und wurden zum Vergleich den bisherigen Einheitswerten gegenüber gestellt. Das Reformmodell führte in Hamburg gegenüber dem bisherigen Modell zu im Durchschnitt rund 10-fach höheren Immobilienbewertungen, wobei sich die Spanne der Faktoren bei 5- bis 40-facher Überhöhung gegenüber den bisherigen Bewertungsergebnissen zeigte. *Tschentscher* führt diese Diskrepanz zurück auf den zu großen Einfluss der Bodenrichtwerte, die aus lageabhängigen Immobilienverkaufspreisen ermittelt werden und die neben dem echten Nutzungswert auch Komponenten enthalten, die sich aus spekulativem Marktgeschehen oder aus dem Zinsniveau auf dem Kapitalmarkt ergeben. Die Bodenrichtwertermittlung ist in der Tat die Achillesverse des Grundsteuermodells. Zudem steht derzeit die Frage nach der Umlegbarkeit der Grundsteuer auf die Mietnebenkosten in Rede.²¹⁴ Die Steuer muss in jedem Fall aus dem Ertrag des Grundstücks heraus geleistet werden und der gesteigerten Verantwortung des Eigentümers aus Art. 14 Abs. 2 GG, Art. 20 Abs. 1, Art. 20a GG Rechnung tragen. *Löhr* hingegen rechtfertigt die Heranziehung der Bodenrichtwerte, da sie den Gutachterausschüssen ohnehin schon vorlägen (Argument der Kosteneffizienz bei der Steuererhebung; administrative Praktikabilität) und am ehestem dem Besteuerungsprinzip der Leistungsfähigkeit entsprechen.²¹⁵ Hier wird stattdessen auf die Nichtbesteuerung des (reinen) Bodenwerts im Reformmodell rekurriert, wodurch man eine „Chance verтан“ habe und eine Abkehr vom Äquivalenzprinzip erfolgt ist. Als Nachteil eines jeden Grundsteuersystems wurde bereits in früheren Fachveröffentlichungen die erforderliche kontinuierliche Anpassung der Bodenrichtwerte und eine permanente (Neu-)Bewertung von Gebäuden erachtet.

Seit dem 1. Juli 2009 gibt es nur noch zonale Bodenrichtwerte mit „möglichst homogenen Strukturen“.²¹⁶ In kaufpreisarmen Lagen oder kleineren Gemeinden ist hingegen unter Umständen lediglich mit einer statistischen Fortschreibung in der Vergangenheit ermittelter Bodenrichtwerte zu rechnen, was unterschiedliche – möglicherweise auch spekulationsbedingte – Lagequalitäten in derselben Bodenrichtwertzone nach sich ziehen könnte. Im Rahmen der steuerlichen Bewertung ist zudem vom Bundesverfassungsgericht eine maximale Abweichung des einzelnen Grundstücks von dem Bodenrichtwert nur in einer Spanne von +/- 20 % als zulässig erachtet worden.²¹⁷ *Josten* hat bereits im Jahr 2000 darauf hingewiesen, dass

²¹⁴ Stellungnahme des hamburgischen Finanzsenators *Tschentscher* in der Sitzung des Bundesrats am 04.11.2016, 950. Sitzung, Stenografischer Bericht (http://www.bundesrat.de/SharedDocs/downloads/DE/plenarprotokolle/2016/Plenarprotokoll-950.pdf?__blob=publicationFile&v=2), zuletzt abgerufen am 19.04.2019; *Tschentscher*, Reformmodell der Finanzministerkonferenz führt zu extremen Grundsteuerbewertungen und übermäßigen Belastungen in Metropolregionen, in: ifo Schnelldienst 69(18), 23–26.

²¹⁵ *Löhr*, Zum neuen Grundsteuer-Reformmodell der Länderfinanzminister – gerecht und verlässlich? In: Betriebsberater, 2016, 2075 (2077 ff.).

²¹⁶ Vgl. ausführlich und zutreffend *Schaper*, Sonderfall: Bodenwertermittlung. In: Schaper/Moll-Amrein, Wertermittlungsverfahren, 2016, S. 77 ff.

²¹⁷ Vgl. BVerfG, Urt. vom 07.11.2006 – I BvL 10/02. Die Spanne ist den Gutachterausschüssen indessen nicht vorgeschrieben.

zukünftig gemäß den Bodenrichtwertzonen unterschiedliche Hebesätze (Grundsteuermesszahlen) durch die Gemeinden zu entwickeln wären, woraus sich zusätzlicher Verwaltungsaufwand ergäbe.²¹⁸ Wichtige Anwendungsfragen bei der Bodenrichtwertermittlung sind: Wie kann eine Bodenwertentwicklung belegt werden, wenn innerhalb der Bodenrichtwertzone – es gibt keine reinen lagetypischen Bodenrichtwerte mehr – Aufwertungen stattfinden oder wenn eine Verbesserung der Aufenthaltsqualität erreicht wurde? Zwar sind die Bodenrichtwerte nicht bindend; auch können aus ihnen keine Ansprüche gegenüber den Trägern der Bauleitplanung und Bodenordnung abgeleitet werden.²¹⁹ Zukünftig stellen sich jedenfalls im Rahmen der Grundsteuer vermehrt die Schwierigkeiten in der Darstellung der Wert beeinflussenden Merkmale eines jeden Bodenrichtwertgrundstücks.

12 Zusammenfassung

Der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 12. März 2018 strebt zwar keine Eingriffe in das Eigentumsrecht Privater an, stellt für diese Legislaturperiode indes umfassende bodenpolitische und planungsrechtliche Initiativen in Aussicht. Es soll die Eigentumsbildung breiter Kreise der Bevölkerung verbessert werden, andererseits sollen insbesondere die Wohnungsgenossenschaften eine Förderung erfahren. Es soll vor allem Eigentum an bezahlbarem Wohnraum geschaffen werden. Stellt sich, unter anderen Vorzeichen, nun eine „neue soziale Frage“? Zu einer städtebaulichen Atempause wird es mithin in den nächsten Jahren nicht kommen. Dies gilt für die Bodenpolitik (Eigentumspolitik), die Bodenordnung und insbesondere die Wohnungswirtschaft. Besonders brisant sind Modifizierungen bei der Grundstücksvergabe und Bewertung von Liegenschaften durch die BImA hinsichtlich der angestrebten Unterwertveräußerung sowie die Förderung von Stiftungen, Initiativen und Genossenschaften im Wohnungsbereich, die gemeinnützige Zwecke verfolgen.

Am Beispiel der Stadt Frankfurt am Main konnte gezeigt werden, dass die Bewertung öffentlich geförderten Wohnungsbaus – im gegenwärtigen Marktumfeld – zu erheblichen Bodenwertminderungen und Einschränkungen der Baufreiheit der Grundstückseigentümer führen kann. Möglicherweise wird die Vorgabe fester Quoten (Kontingentierungen) an sozial gebundenen Wohnungen zu Klageverfahren betroffener Grundstückseigentümer führen, da diese Einschränkungen zu europarechtlichen Kollisionen führen können, etwa in Bezug auf Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheiten sowie auf das europäische Eigentumsgrundrecht. Die wahre, gewaltig unterschätzte „Gefahr“ für eine optimierte Baulandentwicklung und damit für die Schaffung von Wohneigentum für breite Schichten der Be-

²¹⁸ Dazu grundlegend *Josten*, Die Bodenwertsteuer – eine praxisorientierte Untersuchung zur Reform der Grundsteuer, 2000, S. 129 ff.

²¹⁹ Vgl. *Debus*, Bodenrichtwertableitung in der Praxis. In: Pohnert (Hrsg.), Kreditwirtschaftliche Wertermittlungen, 2015, S. 65–75.

völkerung rührt indes von politisch motivierten, quantifizierten Mengenzielen zur Reduzierung des Flächen-„verbrauchs“ her. Diese Diskussion, die seit dem Jahr 1998 unter der damaligen Umweltministerin *Angela Merkel* geführt wird, hat in jüngster Zeit in den Freistaaten Bayern und Sachsen eine erhebliche Dynamik erfahren. Hier ist die weitere Entwicklung – mit großer Sorge beobachtend – abzuwarten. Denn: „Eine Gesellschaft, die nichts neu baut, gibt sich auf!“ (Zitat *Hartmut Dieterich*).