

RAe Klemm & Partner, Reetwerder 23a, 21029 Hamburg
Bezirksamt Steglitz-Zehlendorf
Immobilien, Umwelt und Tiefbau,
Straßen- und Grünflächenamt Fach-
bereich Tiefbau
Hartmannsweilerweg 63
14163 Berlin

Bitte stets angeben:

Akten-Nr. 00399/19

Sachbearb.: RA Britta Uhlmann

Sekretariat: Frau Liebholdt

Durchwahl: 040/725409-23

Hamburg, 12.06.2019 / uh

**Olivia und Lars Quell u.a. ./ Land Berlin u.a.; Einziehung Grünanlage;
Teilfläche Flurstück 3166, Flur 8, Gemarkung Lichterfelde, gelegen
am Dahlemer Weg 247, Berlin-Lichterfelde
Ihr Zeichen: TGV L 15.01.01.06**

Sehr geehrter Herr Müller-Ettler,

unseren mit Schreiben vom 03. Mai 2019 erhobenen Widerspruch begründen wir im Folgenden:

Die Teileinziehung der Grünanlage ist rechtswidrig und verletzt unsere Mandantschaft in ihren Rechten. Sie ist deswegen aufzuheben. Die Rechtswidrigkeit der Entscheidung ergibt sich zum einen daraus, dass die Voraussetzungen für eine Einziehung auf Tatbestandsebene nicht gegeben sind (dazu unter **I.**), und zum anderen daraus, dass das sich auf Rechtsfolgenseite ergebende Ermessen unter einem Totalausfall leidet (dazu unter **II.**). Diese objektive Rechtswidrigkeit verletzt unsere Mandantschaft in subjektiven Rechten (dazu unter **III.**).

.../

Partner:

Jürgen Bandelow

Fachanwalt für Familienrecht

Volkmar Meyhöfer

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Dr. Ulf Hellmann-Sieg

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Markus Wiegmann

Fachanwalt für Steuerrecht

Fachanwalt für Miet- und

Wohnungseigentumsrecht

Nils Asmussen, LL.M.

Fachanwalt für Arbeitsrecht

Ilka Wedemeyer

Fachanwältin für Familienrecht

Fachanwältin für Erbrecht

Gero Tuttlewski

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Markus Illmer

Fachanwalt für Arbeitsrecht

Angestellte Rechtsanwälte:

Dr. Kerstin Gröhn

Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Dr. Stefanie Grünewald

Rechtsanwältin

Britta Uhlmann, LL.M.

Rechtsanwältin

David Heuer

Rechtsanwalt

Clara Lankuttis

Rechtsanwältin

I. Fehlende Tatbestandsvoraussetzungen für die Einziehung der Grünanlage

Nach § 2 Abs. 4 Grünanlagengesetz (GrünanlG) kann eine öffentliche Grün- und Erholungsanlage vollständig oder teilweise eingezogen und in der Nutzungsart verändert werden, wenn sie für ihren Widmungszweck nicht mehr benötigt wird oder überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit dies erfordern.

Vorliegend ist keine der beiden alternativen Tatbestandsvoraussetzungen gegeben. Weder wird die Anlage nicht mehr für ihren Widmungszweck benötigt (dazu unter **1.**), noch erfordern überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit die Einziehung der Grünanlage (dazu unter **2.**).

1. Grünanlage wird weiterhin für den Widmungszweck benötigt

Zwar ist der Verfahrensakte nicht zu entnehmen, welchem Widmungszweck ganz konkret die in Rede stehende Grünanlage dient. Nach § 1 Abs. 1 GrünanlG dienen Grünanlagen jedoch entweder der Erholung der Bevölkerung oder sind von besonderer Bedeutung für das Stadtbild oder die Umwelt.

So liegt es auch hier. Die Grünanlage erfüllt (unabhängig von ihrer rechtlich gefassten Widmung) vorliegend beide Zwecke und wird weiterhin für beide Widmungszwecke benötigt.

Die Grünanlage bildet formal mit dem Heinrich-Laehr-Park eine Gesamtanlage. Sie dient der Bevölkerung trotz und gerade des dichten Bewuchs wegen zur Erholung. Die geschützte Grünanlage ergänzt für Erholungssuchende allein schon optisch das Landschaftsschutzgebiet des angrenzenden Heinrich-Laehr-Parks in idealer Weise, indem es mit ihm ein zusammenhängendes Waldgebiet mit Kronenschluss über den hindurchführenden Straßen (Dahlemer Weg und Wupperstraße) bildet und darüber hinaus als natür-

- 3 -

liches Rückzugsgebiet dient, in dem sich unterschiedliche Pflanzen- und Tierarten ungestörter entwickeln können als in der Parkanlage selbst. Diese Grün-Verbindung kann nicht weiter dadurch gewährleistet werden, dass allein im oberen Eck der nördlichen Grundstückshälfte ein Waldstück (so aktuell die zugrundeliegenden Planungen zur Rodung der Waldfläche) bestehen bliebe. Denn zum einen betrifft die Entwidmung der Grünfläche die gesamte nördliche Hälfte und somit auch dieses obere Teilstück, zum anderen ist diese Fläche zu klein, um die Grün-Verbindung weiter herzustellen.

Darüber hinaus erfüllt die Grünanlage auch weiterhin eine besondere Bedeutung für das Stadtbild und die Umwelt. Der Potentialeinschätzung und naturschutzfachlichen Ad-hoc-Begutachtung im Quickcheck-Verfahren zur Errichtung der MUF – die hier in Ermangelung einer eigens für die Einziehung der Grünanlage erfolgten umweltfachlichen/naturschutzfachlichen Bewertung herangezogen wird – ist zu entnehmen, dass die Fläche über mittlere bis hohe Biotopwerte verfügt und viele schützenswerte Pflanzen, Bäume und Tiere auf der Fläche vorhanden sind. An dieser Stelle nehmen wir Bezug auf die Potentialeinschätzung und verweisen für die einzelnen Ergebnisse auf die dort genannten Inhalte. Zusätzlich haben Anwohner noch weitere schützenswerte Tiere auf der Fläche entdeckt – neben verschiedenen Vögeln sind dort auch solche Tiere heimisch, die unter Anhang IV der FFH-Richtlinie fallen und somit besonders streng im Sinne von §§ 7 Abs. 2 Nr. 14, 44 Abs. 1 BNatSchG geschützt sind (Schutz der Individuen und ihrer Lebensräume, Fortpflanzungs- und Ruhestätten).

Bereits im Jahr 1984 wurde festgestellt, dass die dicht bewachsene Fläche neben dem Heinrich-Laehr-Park insbesondere dadurch besticht, dass die starke Verwilderung ein wertvolles Rückzugsgebiet für Kleintiere darstellt,

Drsn Nr. 9/1575 und 9/1973 vom 27.09.1984.

- 4 -

Zudem ist die Fläche auch Bestandteil des Landschaftsprogramms Berlin. Sowohl für den Programmplan Biotop- und Artenschutz als auch in Bezug auf Naturhaushalt/Umweltschutz ist die Fläche von besonderer Bedeutung.

Dies betrifft auch das im Tatbestand genannte Stadtbild – dieses wird laut Programmplan Landschaftsbild maßgeblich durch den Heinrich-Laehr-Park als Parkanlage mit historischen Gestaltungsmerkmalen geprägt.

Eine weitere maßgebliche Bedeutung für die Umwelt ergibt sich aus der ungewöhnlich starken Bewaldung der Fläche. Die Grünanlage erfüllt dadurch die Funktion eines „ökologischen Puffers“, indem sie für Frischluft, Abkühlung, Staubfilterung und Schallschutz sorgt.

Die besondere Bedeutung der Fläche für den Natur- und Artenschutz wird insbesondere dadurch deutlich, dass bereits im Jahr 1984 (während des Aufstellungsverfahrens für den Bebauungsplan XII-260) die Fläche als ökologisch besonders wertvoll eingestuft wurde:

„Dabei wurde festgestellt, daß sich das Gelände zu einem Gebiet von besonderen ökologischem Wert entwickelt hat. Gutachterliche Äußerungen der Unteren sowie der Oberen Naturschutzbehörden und des Landesbeauftragten bestätigen diese Einschätzung. Die Vegetation des Geländes besteht überwiegend aus einem natürlich entstandenen Wald, in dem sich Wildstauden angesiedelt haben. Eine solch mosaikartig zusammengesetzte Fläche stellt ein ideales Rückzugsgebiet für Flora und Fauna dar. Deshalb wird eine Vernetzung dieser Grünflächen und Vegetationsbestände mit dem Heinrich-Lehr-Park zu einem Gesamtsystem angestrebt, um so die notwendigen ökologischen Ausgleichs- und Grünliederungselemente in einem durch Gewerbe-, Industrie- und Wohnbauten sowie durch waldartige Bestände geprägten Gebiet zu erhalten. Dieses Gebiet ist aufgrund der angegebenen Gründe durch das Bundesnaturschutzgesetz § 2

- 5 -

Abs. 1 sowie durch das Berliner Naturschutzgesetz vom 30. Januar 1979 § 1 Abs. 1 u. 2 u. 8 sowie § 14 Abs. 1 vor einer Bebauung zu schützen.“

Beschluss über die Einstellung des Bebauungsplanverfahrens XII-208 und XII-260 vom 04.12.1984

Vor allem wegen der ökologischen Bedeutsamkeit der Fläche ist das damalige Bebauungsplanverfahren gescheitert.

Da die Fläche in den vergangenen 35 Jahren weiterhin unbebaut blieb und der Vegetationsbestand ungehindert weiterwachsen konnte, ist die ökologische Wertigkeit nach allen Denkgesetzen – wenn nicht jedenfalls gleich hoch geblieben – weiter gestiegen.

Ungeachtet dessen, dass die Fläche dringend einer umfassenden naturschutzfachlichen Bewertung bedarf, erweist sie sich aber auch aufgrund des bisherigen Kenntnisstands als nötig, um den vom Grünanlagengesetz bezweckten Umwelt- und Naturschutz weiterhin zu sichern.

2. Gründe des Wohls der Allgemeinheit erfordern keine Einziehung

Wie sowohl dem Antrag auf Teileinziehung der Senatsverwaltung als auch der Einziehungsentscheidung selbst zu entnehmen ist, erfolgt die Entscheidung, um auf der Fläche eine modulare Flüchtlingsunterkunft (MUF) zu errichten. Die Unterbringung geflüchteter Menschen zählt zu den vom Tatbestand erfassten Gründen des Wohls der Allgemeinheit. Ob dieser Grund vorliegend als überwiegend einzustufen ist, kann dahinstehen, da er jedenfalls die Einziehung nicht *erfordert*.

- 6 -

Denn auch dem Begriff des *Erforderns* wohnt eine Priorität inne, die dem Allgemeinwohlgrund vorliegend nicht zukommen kann: Das Bauvorhaben ist offensichtlich unzulässig und kann deswegen keine Priorität für sich in Anspruch nehmen.

Die Unzulässigkeit des Vorhabens ergibt sich aus seinen zahlreichen Verstößen gegen Vorschriften des öffentlichen Rechts. Um hier dem Vorwurf des Zirkelschlusses vorzubeugen, soll im Folgenden nicht mit dem entgegenstehenden Grünanlagenrecht argumentiert werden.

Aber auch das Grünanlagenrecht ausgeblendet liegen Unvereinbarkeiten mit verschiedenen Materien vor. Ohne eine entsprechende Widmung als Grünanlage ist die Fläche als Wald zu charakterisieren, sodass für eine Bebauung der Fläche eine Waldumwandlung nach § 6 Abs. 1 Landeswaldgesetzes erforderlich wäre. Diese soll nach § 6 Abs. 2 S. 3 Landeswaldgesetz nur erteilt werden, wenn die beabsichtigte Art der Bodennutzung den Zielen der Raumordnung und den Darstellungen und Festsetzungen der Bauleitplanung nicht widerspricht. Da hier aber bereits ein Widerspruch zur Darstellung im Flächennutzungsplan als Grünfläche/Parkanlage besteht, ist eine Überbauung der Fläche nicht möglich. Darüber hinaus sprechen auch diverse Artenschutzbelange gegen die mit der Waldumwandlung genehmigte Rodung des Waldes.

Das Vorhaben begegnet auch baurechtlich starken Bedenken, da hier der den Anwohnern zustehende Gebietserhaltungsanspruch durch die Errichtung einer Unterkunft zu sozialen Zwecken in einem ansonsten durch private Wohnnutzung geprägten allgemeinen Wohngebiets verletzt ist.

Letztlich scheitert die Bebauung der Fläche aber grundsätzlich an den Vorgaben des Naturschutzrechts und Artenschutzrechts. Auf der Fläche sind sowohl besonders geschützte Arten nach § 7 Abs. 2 Nr. 13 BNatSchG sowie zahlreiche streng geschützte Arten nach § 7 Abs. 2 Nr. 14 BNatSchG festgestellt worden. Diese Arten unterliegen sowohl dem

- 7 -

Zugriffsverbot nach § 44 Abs. 1 BNatSchG als auch insbesondere dem Verbot, ihre Fortpflanzungs- oder Ruhestätten aus der Natur zu entnehmen, sie zu beschädigen oder zu zerstören. Da für die Bebauung eine Rodung der Fläche (jedenfalls aber die Rodung der Teilfläche) erforderlich ist, wird der Lebensraum für die betroffenen Individuen halbiert und unbestreitbar Fortpflanzungs- und Ruhestätten auf der nördlichen Grundstückshälfte zerstört. Zudem werden durch das Befahren der Fläche mit schwerem Gerät die bodennahen Ruhestätten zerstört und deren neue Ansiedlung durch die massive Bodenverdichtung verhindert. Ausnahmen nach § 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 3 BNatSchG sind vorliegend nicht möglich.

Aus alldem ergibt sich, dass das Bauvorhaben bauplanungsrechtlich nicht umsetzbar ist. Folglich kann auch das mit der Einziehung verfolgte Allgemeinwohl-Ziel nicht umgesetzt werden – das Allgemeinwohl-Ziel kann die Einziehung der Grünanlage somit nicht *erfordern*. Das hiesige Einziehungsverfahren stellt somit auch keinen nur „formellen Zwischenschritt“ in der Gesamtplanung zur Errichtung der MUF dar. Die Einziehung der Grünanlage mit einer solchen ökologischen Qualität ist auch für sich genommen ein Verfahren, das eine ernst zu nehmenden Betrachtung erfordert.

Im Ergebnis ist somit keine der beiden alternativen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt.

II. Ermessensausfall auf Rechtsfolgenseite

Bereits nach dem Wortlaut von § 2 Abs. 4 GrünanlG handelt es sich um eine Ermessensvorschrift. Danach hat der Bezirk – sofern die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen würden – eine Ermessensentscheidung darüber zu treffen, ob und wie eine Einziehung der Grünanlage vertretbar wäre.

Nach dem Wortlaut des § 40 VwVfG hat die Behörde ihr Ermessen auszuüben. Die zur Entscheidung befugte Behörde ist somit jedenfalls dazu verpflichtet, Erwägungen anzu-

- 8 -

stellen und diese auch offenzulegen. Die Behörde muss sich ihrer Auswahlmöglichkeit bewusst sein und hinreichende Erwägungen über die zu treffende Entscheidung auf der Grundlage einer wesentlichen Tatsache anstellen und dies auch in der Begründung ihrer Entscheidung verdeutlichen,

Ruffert in: Knack/Henneke, Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Aufl., § 40, Rn. 48 f.

Die Verletzung dieser Pflicht führt zu einem Ermessensnichtgebrauch.

Ein Ermessensnichtgebrauch kann unter anderem

„auf der irrigen Rechtsansicht einer Behörde beruhen, ihr stehe ein Ermessen überhaupt nicht zu, ebenso auf der Verkennung ihrer Zuständigkeiten wie auf dem Außerachtlassung wesentlicher tatsächlicher Umstände oder persönlicher Umstände des Betroffenen.“

Ruffert in: Knack/Henneke, Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Aufl., § 40, Rn. 49.

Eine solche Ermessensentscheidung ist vorliegend nicht getroffen worden.

Denn bereits in der veröffentlichten Entscheidung ist keine inhaltliche Begründung enthalten, aus der eine Ermessensbetätigung hervorginge.

Auch in der uns vorliegenden Akteneinsicht der Verfahrensakte des Bezirksamts sind keinerlei Entscheidungsdokumente enthalten, denen zu entnehmen wäre, dass ein Ermessen durch die Behörde ausgeübt wurde. Denn in der Akte befinden sich keine internen Entscheidungsvorgänge zur rechtlichen Bewertung der Einziehung. Allein die Tatsache, dass keine fachliche Begutachtung/ behördeninterne Einschätzung zur Fläche zum Grünflächenschutz und Naturschutz vorgenommen wurde, führt zu einem Ermittlungs-

defizit der Behörde, das eine rechtsstaatliche Entscheidung nicht mehr möglich macht. Ein möglicherweise erfolgter Rückgriff auf die für die MUF durchgeführte Potenzialeinschätzung ist nicht zulässig, da diese naturschutzfachliche Bewertung und Potenzialeinschätzung zum einen für ein anderes Verfahren (mit anderer Zielrichtung) erstellt wurde, zum anderen aber auch inhaltlich nicht die Frage erörtert, welche Funktion die gewidmete Grünfläche erfüllt und welche Funktionen im Grünflächenverbund durch die Einziehung wegfallen.

Die allein der Akte zu entnehmende Differenzierung zwischen südlicher und nördlicher Teilfläche reicht nicht aus, um von einer Ermessenbetätigung auszugehen. Denn die im Vorlagedokument enthaltene Passage

„Der südlicher Teil der Grünanlage am Dahlemer Weg 247 steht mit mehr als 8000 m² weiterhin für die ökologische Funktion und für Erholungszwecke zur Verfügung.“

lässt nicht erkennen, warum überhaupt eine Einziehung der Grünfläche vertretbar sein soll. Die Differenzierung bezieht sich somit allenfalls auf das „Wie“, nicht aber auf das „Ob“ der Einziehung.

Darüber hinaus ist der Vorlage unter Punkt 7 „Auswirkungen auf die Nachhaltigkeit“ zu entnehmen, dass hier allein festgestellt wurde:

„Die Errichtung der MUF ist als Integrationsmaßnahmen dringend erforderlich.“

Zur inhaltlichen/fachlichen Bewertung der Auswirkungen der Entscheidung auf die *Nachhaltigkeit* gibt es keine Hinweise. Vielmehr spricht die mehrfach erwähnte *Dringlichkeit* dafür, dass eine Abwägung von Belangen nicht stattgefunden hat.

- 10 -

Darüber hinaus sind auch keine Erwägungen zur Zweckmäßigkeit einer Einziehung enthalten – immerhin der Kernbestandteil einer Ermessensentscheidung der Verwaltung. Der Verwaltungsvorgang erschöpft sich in der bloßen Feststellung, dass die Unterkunft auf der Fläche errichtet werden soll.

Eine eigene Willensbildung des Bezirks zu dem Antrag der Senatsverwaltung vom 11.03.2019 erfolgte nicht. Vielmehr erweckt die Verfahrensakte den Eindruck, dass ohne jegliche materiell-rechtliche Prüfung und Zweckmäßigkeitprüfung der Antrag des Senats „automatisch“ gebilligt und vom Bezirk ausgeführt wurde.

Ein solcher Ermessensausfall reicht (schon für sich betrachtet) aus, um die Rechtswidrigkeit der Entscheidung herbeizuführen.

Da die entscheidende Behörde die materielle Beweislast für die Rechtmäßigkeit ihrer Entscheidung trägt, also im Zweifel darüber beweispflichtig ist, dass sie ihr Ermessen ausgeübt hat,

BVerwG, Urteil vom 29. April 1983 – 1 C 5/83 –, juris, Rn. 25,

müssen sich die Hinweise auf das betätigte Ermessen auch in der Verfahrensakte wiederfinden. Aufgrund der nicht vorhandenen Hinweise auf eine Ermessensbetätigung ist von einem Ermessensausfall auszugehen.

Dieses Ermessen kann vorliegend auch nicht später nachgeschoben werden.

Da vorliegend auch die Tatbestandsvoraussetzungen für die Einziehung nicht gegeben sind, kann die rechtswidrige Entscheidung folglich durch eine künftige Ermessensbetätigung nicht in einer neuen Entscheidung ersetzt werden.

III. Verletzung in subjektiven Rechten

Durch die objektive Rechtswidrigkeit der Entscheidung ist unsere Mandantschaft auch in subjektiven Rechten verletzt. Unsere Mandanten sind Eigentümer der an die Grünanlage angrenzenden Grundstücke. Ihnen steht somit – neben dem Gemeingebrauch – auch der Anwohnergebrauch der Fläche zu. Durch die Widmung der Grünanlage wird die Fläche zu einer öffentlichen Sache, die nach ihrem Widmungszweck für die Erholung der Allgemeinheit bestimmt ist. Von diesem Widmungszweck sind die angrenzenden Eigentümer als Teil der Allgemeinheit ohnehin erfasst, jedoch auch im speziellen geschützt, da sie wegen der räumlichen Nähe einen besonderen Erholungswert durch die Fläche erfahren. Jegliche Beeinträchtigung dieses Widmungszwecks, der ausdrücklich drittschützend ausgestaltet ist („Erholung der Bevölkerung“), verletzt sie in ihren subjektiv-öffentlichen Rechten.

Der Gemeingebrauch und insbesondere der Anliegergebrauch erfolgen wegen des weitgehend unberührten Charakters der Waldfläche maßgeblich durch den Genuss der Erholungsfunktion(en) als „grüne Lunge“ inmitten der Stadt. Die von der Grünfläche ermöglichten Naturerfahrungen erfolgen somit weniger durch ein aktives Nutzen der Fläche selbst als durch ein Erleben der Wald- und Naturfunktionen von außen. Insbesondere der dichte Bewuchs und das Vorkommen geschützter Arten führen dazu, dass die Anwohner die Fläche als schützenswert erachten und sie nicht unbedarft zur Freizeit-zwecken nutzen würden. Zum Erhalt des Biotops haben die Anwohner (darunter auch unsere Mandantschaft) die Bürgerinitiative „Lebenswertes Lichterfelde“ gegründet und als Verein eintragen lassen.

Die Frischluft-, Staubfilter- und Abkühlungsfunktion sowie die Schallschutzwirkung der 1,6 ha großen Waldfläche sind speziell auch für die anliegenden Grundstücke unverzichtbar.

IV. Fazit

Da der Widerspruch nach § 80 Abs. 1 VwGO aufschiebende Wirkung entfaltet, hat die erfolgte Einziehung der Grünfläche keine rechtliche Wirkung. Dies ist im parallelen Verfahren zur Standortsuche für die MUF zu berücksichtigen – für dieses Verfahren ist die Fläche weiterhin als gewidmete Grünfläche zu betrachten.

Wir bitten um antragsgemäße Entscheidung und Aufhebung der rechtswidrigen Einziehungsentscheidung.

Mit freundlichen Grüßen

Britta Uhlmann, LL.M.
Rechtsanwältin