



**Dr. Ulbrich & Kaminski**  
RECHTSANWÄLTE | NOTAR  
Grabenstr. 12 | 44787 Bochum  
Telefon +49 (0)234 579 521 - 0  
Telefax +49 (0)234 579 521 - 21  
E-Mail: kontakt@ulbrich-kaminski.de  
www.ulbrich-kaminski.de



**Beglaubigte Abschrift**

## Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen

Verkündet am: 18.11.2021.

**Az.: L 5 P 66/18**  
**S 27 P 16/17 SG Köln**



Megger  
Regierungsbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

**Im Namen des Volkes**

### Urteil

In dem Rechtsstreit

Seniorenpflege, GmbH.  
durch den Geschäftsführer

, vertreten  
GmbH,

**Klägerin und Berufungsklägerin**

**Proz.-Bév.:**

Dr. Ulbrich und Kaminski, Rechtsanwälte und Notar, Grabenstraße 12, 44787 Bochum

gegen

Landschaftsverband Rheinland Dezernat 7 - Soziales / Integration, vertreten durch die Direktorin, Kennedy-Ufer 2, 50679 Köln, Gz: - 71.31-02-0163 Sp -

**Beklagte und Berufungsbeklagter**

hat der 5. Senat des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen in Essen auf die mündliche Verhandlung vom 18.11.2021 durch den Vorsitzenden Richter am Landessozialgericht Dr. Nolte, die Richter am Landessozialgericht Pierscianek und Erkelenz sowie die ehrenamtliche Richterin van Zütphen und den ehrenamtlichen Richter Stadler für Recht erkannt:

**Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 13.07.2018 abgeändert.**

**Der Beklagte wird unter Abänderung des Bescheides vom 30.03.2016 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 07.07.2016 verurteilt, die anerkennungsfähigen Aufwendungen je Platz für die Einrichtung Seniorenzentrum , für den Zeitraum ab dem 01.01.2016 bis zum 31.12.2017 unter Berücksichtigung eines Bodenrichtwerts von 235 € und eines Erbbauzinssatzes von 5,00 % und im Übrigen nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen festzusetzen sowie der gesonderten Berechnung unter Berücksichtigung der sodann festgesetzten Werte zuzustimmen.**

**Die Klägerin trägt die Kosten des Klage- und Berufungsverfahrens zu 38 % und der Beklagte zu 62 %.**

**Die Revision wird nicht zugelassen.**

**Tatbestand:**

Die in \_\_\_\_\_ ansässige Klägerin ist Trägerin des Seniorenzentrums „ \_\_\_\_\_ das am \_\_\_\_\_ 2015 in Betrieb genommen wurde. Sie hat das Pflegeheim einschließlich des Grundstücks von der \_\_\_\_\_ gepachtet, Pachtvertrag vom 03.11.2014 mit Nachtrag vom 10.11.2014.

Am 12.11.2015 beantragte die Klägerin auf der Grundlage des am 16.10.2014 in Kraft getretenen Alten- und Pflegegesetz NRW (APG) und der am 02.11.2014 in Kraft getretenen Verordnung zur Ausführung des Alten- und Pflegegesetzes NRW und nach § 92 SGB XI (APG DVO) die Feststellung der anerkennungsfähigen Investitionsaufwendungen und deren Festsetzung. Im Rahmen des Feststellungsantrags gab die Klägerin u.a. an, die Grundstücksgröße betrage insgesamt 3.870 qm, davon durch einen Kindergarten fremdgenutzt 1.523,18 qm. Auf die selbstgenutzte Fläche entfielen nach Angaben der Klägerin 500 qm Verkehrsfläche und 346,82 qm Freifläche. Die Einrichtung verfüge über 75 vollstationäre Plätze. Auf Nachfrage des Beklagten übermittelte die Klägerin eine Mitteilung des Liegenschaftsmanagements der Stadt Duisburg mit dem nachstehenden Inhalt:

„Die Stadt Duisburg hat eine Anzahl älterer Erbbaurechtsverträge (etwa 20 Verträge), in denen vereinbart ist, dass – sofern eine Refinanzierbarkeit des Erbbauzins über die Pflegesätze nicht gegeben ist – bis auf weiteres ein Erbbauzins von 100,00 DM – heute 53,00 € - erhoben wird. Je nach Fallgestaltung ist dinglich ein angemessener Erbbauzins jedoch festgeschrieben. Da diese Frage bisher rechtlich nicht abschließend geklärt werden konnte, wurde beim Abschluss von Neuverträgen mit Stiftungen bzw. freien Trägern ein Erbbauzins auf Basis der Maßgaben des Rates der Stadt für gewerbliche Erbbaurechtsverträge abgeschlossen. Dies bedeutet, dass ein Erbbauzins von 6 % vom Verkehrswert eines fiktiv unbebauten Grundstücks angehalten wurde.“

Der Beklagte ermittelte für 2015 für das betroffene Grundstück einen Bodenrichtwert von 225,00 € anhand der entsprechenden Veröffentlichung des Oberen Gutachterausschuss für Grundstückswerte im Land NRW (OGA NRW), abrufbar unter [www.boris.nrw.de](http://www.boris.nrw.de).

Mit Bescheid vom 21.12.2015 stellte der Beklagte die anerkennungsfähigen Aufwendungen für die Einrichtung fest. Er ging dabei u.a. von einer berücksichtigungsfähigen Grundstücksfläche von 2.346,82 qm aus.

Mit Bescheid vom 22.12.2015 setzte der Beklagte die anerkennungsfähigen Investitionsaufwendungen für den Zeitraum vom 01.04.2015 bis zum 31.12.2015 nach § 12 APG DVO fest. Auf der Grundlage der Feststellungen in dem Bescheid vom 21.12.2015 und einer für die ersten drei Jahre nach Inbetriebnahme angenommenen - Belegungsquote von 80 % kam der Beklagte zu dem Ergebnis, dass tägliche Investitionsposten von 23,32 € festzusetzen seien. Mit Blick auf eine von der Klägerin erbetene Deckelung setzte der Beklagte die Investitionskosten pro Platz tatsächlich auf täglich 22,00 € für das Einzelzimmer fest. Im Rahmen der fiktiven Mietvergleichsberechnung setzte der Beklagte bei der Berechnung des fiktiven Nutzungsentgelts für das Grundstück nach § 8 Abs. 5 i.V.m. § 7 APG DVO einen ortsüblichen Erbbauzinssatz von 3,30 % und den vom OGA NRW für das Grundstück festgestellten Bodenrichtwert von 225,00 € an.

Gegen den Feststellungsbescheid vom 21.12.2015 erhob die Klägerin unter dem 18.01.2016 Widerspruch. Der ortsübliche Erbbauzinssatz in Duisburg betrage nach ihrem Kenntnisstand 6,00 %. Zudem fordere sie eine Offenlegung der gesamten Mietvergleichsberechnung. Der Beklagte teilte mit, er werte das Schreiben vom 18.01.2016 als Widerspruch gegen den Bescheid vom 22.12.2015, da die beanstandeten Punkte Gegenstand der Festsetzung seien. Das Widerspruchsverfahren ruht seitdem.

Auf den Folgeantrag der Klägerin vom 01.02.2016 stellte der Beklagte mit Bescheid vom 29.03.2016 die anerkennungsfähigen Aufwendungen für die Zeit ab dem 01.01.2016 neu fest. Diese Neufeststellung war erforderlich geworden, weil die Klägerin die Angaben zum Umfang der Fremdnutzung des Grundstücks - lediglich 1.139,45 qm anstelle der zuvor angegebenen 1.523,18 qm - und zur Größe der selbstgenutzten bebauten Fläche - 1.883,73 qm anstelle der zuvor angegebenen 1.500 qm - verändert hatte.

Mit Bescheid vom 30.03.2016 setzte der Beklagte die anerkennungsfähigen Investitionsaufwendungen für den Zeitraum vom 01.01.2016 bis zum 31.12.2017 auf täglich 19,81 € für das Einzelzimmer fest. Hierbei setzte sie für die Berechnung des fiktiven Nutzungsentgelts für das Grundstück nach § 8 Abs. 5 i.V.m. § 7 APG DVO einen Bodenrichtwert von 250,00 € und einen ortsüblichen Erbbauzinssatz von 3,00 % an.

Gegen beide Bescheide erhob die Klägerin Widerspruch. Der ortsübliche Erbbauzinssatz für die Stadt Duisburg betrage 6,00 %. Sie fordere darüber hinaus erneut die Offenlegung

der gesamten Mietvergleichsberechnung.

Mit einem zusammenfassenden Widerspruchsbescheid vom 07.07.2016 wies der Beklagte die Widersprüche gegen die Bescheide vom 29.03.2016 und 30.03.2016 als unbegründet zurück.

Streitig sei vorliegend allein die Höhe des ortsüblichen Erbpachtzinses im Rahmen der fiktiven Vergleichsberechnung der Miete.

Das methodische Vorgehen bei Anwendung des § 7 APG DVO stehe in seinem Ermessen. Dies ergebe sich aus der Begründung des Ordnungsgebers zu dieser Vorschrift.

In Ausübung dieses Ermessens gehe er jeweils von dem durch den OGA NRW aktuell veröffentlichten Bodenrichtwert des Vorjahres aus. Da in dem jährlich veröffentlichten Grundstücksmarktbericht NRW für die Stadt Duisburg kein solcher ermittelt und veröffentlicht sei, werde der NRW-weit ermittelte Erbbauzinssatz übernommen. Dieser betrage für 2016 und 2017 jeweils 3,00 %. Allein der Umstand, dass die Stadt Duisburg selbst Erbbaurechtsverträge abschließe, ersetze nicht die Analyse einer Kaufpreissammlung für das Stadtgebiet. Zudem beziehe sich der Erbbauzinssatz von 6,00 % für Gewerbegrundstücke der Stadt Duisburg auf den abgabepflichtigen Bodenwert. Dieser sei aber nicht vergleichbar mit dem Bodenrichtwert für ein Altenpflegeheim.

Im Einzelnen habe er den Bodenrichtwert mit der bebauten Fläche von 1.883,73 qm multipliziert. Von der anerkennungsfähigen Fläche von 2.730,55 qm sei sodann die bebaute Fläche von 1.883,73 qm abgezogen und der Differenzwert mit dem halben Bodenrichtwert multipliziert worden. Von den beiden Beträgen seien jeweils 3,00 % angesetzt worden. Bei der Berechnung sei zugunsten der Klägerin der Bodenrichtwert aus 2015 mit 250,00 € zugrunde gelegt worden. Der erst im 2. Quartal 2016 veröffentlichte Bodenrichtwert liege bei nur 235,00 €.

Hiergegen hat die Klägerin am 28.07.2016 Klage bei dem Sozialgericht Duisburg erhoben. Dieses hat den Rechtsstreit mit Beschluss vom 28.12.2016 an das örtlich zuständige Sozialgericht Köln verwiesen.

Zur Begründung hat die Klägerin ausgeführt, die fiktive Mietvergleichsberechnung sei fehlerhaft vorgenommen worden. Der Erbbauzinssatz sei mit 3,00 % zu niedrig angesetzt. Dieser beziehe sich auf Grundstücke des individuellen Wohnungsbaus. Für die Stadt Duisburg bestünde ein ortsüblicher Wert von 6,00 %, auf dessen Grundlage die Stadt selbst Erbbauverträge abschließe.

Zudem sehe § 7 Abs. 1 APG DVO eine anteilige Berücksichtigung bestimmter Flächen bzw. eines halben Bodenrichtwerts nicht vor. Der Landschaftsverband Westfalen-Lippe erkenne im Übrigen den Bodenrichtwert voll an. Dies führe zu einer Ungleichbehandlung von Einrichtungen in NRW.

Die Klägerin hat beantragt,

den Beklagten unter Aufhebung des Bescheides über die Festsetzung der anerken-  
nungsfähigen Aufwendungen für das Seniorenzentrum in Duis-  
burg vom 30.03.2016 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 07.07.2016  
zu verpflichten, den Antrag der Klägerin auf Festsetzung der Investitionskosten für  
den Zeitraum vom 01.01.2016 bis 31.12.2017 unter Beachtung der Rechtauffas-  
sung des Gerichts neu zu bescheiden.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat im Wesentlichen seine Ausführungen aus dem Widerspruchsbescheid wiederholt.  
Ergänzend hat er darauf verwiesen, dass der Bodenrichtwert aus 2015 in Höhe von  
250,00 € bei der Berechnung zum Ansatz gekommen sei, da zum Zeitpunkt der Entschei-  
dung der Wert für 2016 in Höhe von 235,00 € noch nicht bekannt gewesen sei. Die Be-  
rechnung mit dem hälftigen Bodenrichtwert beruhe auf dem sachlichen Grund, dass der  
Bodenrichtwert in der jeweiligen Bodenrichtwertzone in der Regel nicht die Bebauung mit  
einem Pflgewohnheim vorsehe und entsprechende Umrechnungskoeffizienten nicht vor-  
handen seien. Um nicht in jedem Einzelfall ein kostenverursachendes Gutachten des je-  
weiligen Gutachterausschusses einzuholen und um nicht eine weitere Verfahrensverzöge-  
rung zu verursachen, sei der Bodenrichtwert für die Frei- und Verkehrsflächen halbiert  
worden. Es sei zutreffend, dass vom Landschaftsverband Westfalen-Lippe der Bodenricht-  
wert für das gesamte Grundstück in Ansatz gebracht werde. Es sei allerdings darauf hin-  
zuweisen, dass dort die Bodenrichtwerte wesentlich niedriger seien. Würden im Übrigen  
die Freiflächen auch durch Dritte genutzt – hier durch die Kindertagesstätte – so erfolge  
nach § 7 Abs. 1 APG DVO lediglich eine anteilige Anerkennung. Es ergebe sich ein fiktiver  
jährlicher Erbbauzins von 17.303,55 €.

Mit Urteil vom 13.07.2018 hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen und sich der der Rechtsauffassung des Beklagten angeschlossen. Diesem sei Ermessen bei der Methodenwahl eingeräumt. Die grundsätzliche Anknüpfung an den Bodenrichtwert sei ebenso wenig zu beanstanden wie der Ansatz des halben Bodenrichtwerts für die Frei- und Verkehrsflächen. Dies diene dazu, eine Vergleichbarkeit der Nutzung durch ein Altenheim mit den der Bodenrichtwertbestimmung zugrunde liegenden Nutzungsarten herzustellen, und sei damit sachdienlich. Dies gelte auch für den Ansatz des NRW-weiten Erbbauzinssatzes von 3,00 %.

Gegen das ihr am 15.08.2018 zugestellte Urteil hat die Klägerin am Montag, den 17.09.2018 Berufung eingelegt. Zur Begründung hat sie ihr bisheriges Vorbringen wiederholt und dahingehend vertieft, dass § 7 Abs. 1 APG DVO nur dann eine anteilige Anerkennung der Freiflächen vorsehe, wenn diese neben der Nutzung durch die Einrichtung auch anderen Nutzungen unterliege. Dies sei, wie der Beklagte selbst festgestellt habe, vorliegend nicht der Fall. Eine Deckelung erfolge ansonsten schon über die Begrenzung der anerkennungsfähigen Freiflächen auf 50 qm pro Platz. Der Bodenrichtwert unterscheide zudem nicht zwischen bebauter und unbebauter Fläche.

Die Vorschrift des § 7 Abs. 1 APG DVO knüpfe im Übrigen an den ortsüblichen Erbbauzins an. Bei dem Ansatz eines NRW-weiten Erbbauzinssatzes könne nicht mehr von Ortsüblichkeit gesprochen werden. Für Duisburg existiere mit 6,00 % für Gewerbegrundstücke sogar ein konkreter Wert, wie sich dem entsprechenden Grundstücksmarktbericht 2016 entnehmen lasse.

Die Berechnungsmethode des Beklagten sei willkürlich, lebensfremd und verstoße damit letztlich gegen den vom BSG formulierten Tatsächlichkeitsgrundsatz.

Die Klägerin beantragt nunmehr,

das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 13.07.2018 zu ändern und

den Beklagten unter Abänderung des Bescheides vom 30.03.2016 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 07.07.2016 zu verurteilen, die anerkennungsfähigen Aufwendungen je Platz für die Einrichtung Seniorenzentrum

Duisburg, für den Zeitraum ab dem 01.01.2016 bis zum 31.12.2017 unter Berücksichtigung eines Bodenrichtwerts von 235 € und eines

Erbbauzinssatzes von 5,00 % und im Übrigen nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen festzusetzen sowie der gesonderten Berechnung unter Berücksichtigung der sodann festgesetzten Werte zuzustimmen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Zur Begründung hat er im Wesentlichen sein erstinstanzliches Vorbringen wiederholt. Er hat vertiefend ausgeführt, dass dem von der Klägerin zitierten Grundstücksmarktbericht zu entnehmen sei, dass im Jahr 2015 keine Erbbauverträge abgeschlossen worden seien. Der Teilmarkt sei in der Vergangenheit von der Stadt Duisburg geprägt worden. Der Umstand, dass die Stadt Duisburg selbst Erbbauverträge zu einem Zinssatz von 6,00 % abschließe, begründe für sich genommen noch nicht dessen Ortsüblichkeit. Auch beziehe sich der Zinssatz auf den abgabepflichtigen Bodenwert. Dieser sei nicht gleichzusetzen mit den in der Datenbank boris.nrw.de/borisplus aufgeführten Bodenwerten. Klarzustellen sei, dass der Beklagte nicht etwa Teile der Grundstücksfläche nicht anerkenne, sondern lediglich dem nicht bebauten Teil der Fläche einen reduzierten Bodenwert zuordne. Die Bodenrichtwerte orientierten sich an dem besonders hohen Ertragswert für Geschäftsgrundstücke. Einen solch hohen Ertrag könne das klägerische Grundstück allenfalls mit dem bebauten Teil erreichen, die unbebauten Teile könnten einen solchen Ertragswert hingegen nicht erzielen. Durch diese Berechnung entstehe eine Art Mischkalkulation. Die Angemessenheit dieser gleichmäßig auf alle Einrichtungen angewandten Berechnungsformel könne nicht in Zweifel gezogen werden.

Der Senat hat ein in dem Verfahren L 5 P 91/18 LSG NRW eingeholtes Gutachten des Dipl.-Ing. Bedorf - öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für die Bewertung von bebauten und unbebauten Grundstücken - vom 30.09.2020 in das Verfahren eingeführt und den Sachverständigen für das vorliegende Verfahren zu den Gegebenheiten in Duisburg ergänzend gehört. Auf den Inhalt des Gutachtens vom 05.10.2021 wird Bezug genommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt der Gerichtsakten sowie der Verwaltungsakten des Beklagten verwiesen.

**Entscheidungsgründe:**

Die Klage gegen den Feststellungsbescheid hat die Klägerin bereits erstinstanzlich zurückgenommen. Im Termin zur mündlichen Verhandlung am 18.11.2021 hat die Klägerin die Berufung insoweit zurückgenommen, als sie eine Berechnung der anerkennungsfähigen Aufwendungen unter Berücksichtigung eines Bodenrichtwerts von mehr als 235 € und eines höheren Erbbauzinssatzes als 5,00 % begehrt hat.

Die Klägerin hat im Termin zur mündlichen Verhandlung am 18.11.2021 die Berufung insoweit zurückgenommen, als sie eine Berechnung der anerkennungsfähigen Aufwendungen unter Berücksichtigung eines Bodenrichtwerts von mehr als 235 € und eines höheren Erbbauzinssatzes als 5,00 % begehrt hat.

Unter Berücksichtigung dieser Beschränkung ist die zulässige Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 13.07.2018 begründet.

Der hier allein streitgegenständliche Festsetzungsbescheid vom 30.03.2016 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 07.07.2016 ist insoweit rechtswidrig, als der Beklagte bei der Festsetzung der anerkennungsfähigen Aufwendungen für den Zeitraum vom 01.01.2016 bis zum 31.12.2017 für die Einrichtung Seniorenzentrum,

das fiktive Nutzungsentgelt für das Grundstück unter Ansatz eines lediglich häftigen Bodenrichtwert für die Frei- und Verkehrsflächen des Grundstücks und eines ortsüblichen Erbbauzinssatz von lediglich 3,00 % bestimmt hat.

Die Klägerin hat vielmehr Anspruch darauf, dass der Beklagte die anerkennungsfähigen Aufwendungen im streitgegenständlichen Zeitraum unter Berücksichtigung eines Bodenrichtwerts von 235 € und eines Erbbauzinssatzes von 5,00 % festsetzt sowie der gesonderten Berechnung unter Berücksichtigung der sodann festgesetzten Werte zustimmt.

a)

Dieser Festsetzungsanspruch ergibt sich aus § 82 Abs. 2, 3 Elftes Buch Sozialgesetzbuch – Soziale Pflegeversicherung (SGB XI) i.V.m. § 10 APG, § 12 Abs. 1 und 4 APG DVO, § 8 Abs. 5 i.V.m. § 7 APG DVO.

Nach § 12 Abs. 1 APG DVO erfolgt die Festsetzung der anerkennungsfähigen Aufwendungen auf Antrag des Trägers durch den für den Sitz der Pflegeeinrichtung zuständigen überörtlichen Träger der Sozialhilfe. Nach § 12 Abs. 4 APG DVO sind zur Ermittlung des festzusetzenden Betrages die für den Abrechnungszeitraum anerkennungsfähigen Aufwendungen zu ermitteln.

Nach § 8 Abs. 1 APG DVO sind die tatsächlich gezahlten beziehungsweise vertraglich geschuldeten Mietzinsen unter bestimmten Voraussetzungen anerkennungsfähig, wenn die langfristigen und sonstigen Anlagegüter nicht im Eigentum der Trägerin oder des Trägers stehen. Nach § 8 Abs. 2 APG DVO sind Aufwendungen für die Miete oder Pacht langfristiger und sonstiger Anlagegüter als betriebsnotwendig anzuerkennen, wenn das für sie zu zahlende Jahresentgelt die Summe nicht übersteigt, die für entsprechende Einrichtungen im Eigentum der Trägerin oder des Trägers jährlich anerkennungsfähig wäre (Vergleichsbetrag). Die Trägerin oder der Träger kann dabei entscheiden, ob die Vergleichsberechnung fiktiv oder konkret anhand der tatsächlichen von der Vermieterin oder dem Vermieter einrichtungsbezogen erbrachten Aufwendungen erfolgen soll. Die fiktive Vergleichsberechnung erfolgt nach § 8 Abs. 3 bis 10 APG DVO.

Nach § 8 Abs. 5 APG DVO erhöht sich der Vergleichsbetrag nach Absatz 1 um ein angemessenes Nutzungsentgelt, soweit der Mietvertrag neben den langfristigen und sonstigen Anlagegütern auch das der Einrichtung dienende Grundstück umfasst. Dessen Höhe ist in entsprechender Anwendung des § 7 APG DVO zu ermitteln.

Nach § 7 Abs. 1 APG DVO sind die tatsächlich gezahlten beziehungsweise vertraglich geschuldeten Pachtzinsen anerkennungsfähig, soweit sie im Rahmen der ortsüblichen Erbbauzinsen für vergleichbare Grundstücke liegen. Neben der Gebäudegrundfläche und den zur Erschließung erforderlichen beziehungsweise planungsrechtlich vorgeschriebenen Verkehrsflächen sind dabei Freiflächen bis max. 50 qm je von der Einrichtung vorgehaltenem Platz anzuerkennen. Unterliegen die Freiflächen neben der Nutzung durch die Einrichtung auch anderen Nutzungen, erfolgt eine anteilige Anerkennung.

Bei der Bestimmung des ortsüblichen Erbbauzinses folgt der Senat dem Grunde nach dem von dem Beklagten gewählten Ansatz, die im Feststellungsbescheid als berücksichti-

gungsfähig anerkannte Grundstücksfläche mit dem Produkt aus Bodenrichtwert und ortsüblichem Erbbauzinssatz zu vervielfältigen. Dieser Ansatz ist nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Bedorf grundsätzlich geeignet, einen ortsüblichen Erbbauzins im Sinne des § 9 Abs. 1 Satz. 1 ErbbauRG zu beschreiben.

aa)

Es ist zur Überzeugung des Senats auch nicht zu beanstanden, dass der Beklagte als maßgeblichen Bodenrichtwert denjenigen Wert ansetzt, der zum Zeitpunkt ihrer Ausgangsentscheidung für den betroffenen Zeitraum durch den OGA NRW in der Datenbank boris.nrw.de/borisplus veröffentlicht ist. Ein anderer Richtwert stünde auch den Parteien der hier zu betrachtenden fiktiven Erbbauzinsvereinbarung in der Regel nicht zur Verfügung. Lässt sich im Nachhinein nicht mehr ermitteln, ob der für den betroffenen Zeitraum geltende Wert zum Zeitpunkt der Entscheidung bereits veröffentlicht war, so ist er dennoch - aufgrund seiner größeren Sachnähe - maßgeblich.

Der Senat erachtet es im Übrigen als richtig, dass bei der Bestimmung des ortsüblichen Erbbauzinses Modifikatoren, die der jeweilige örtliche Gutachterausschuss hinsichtlich unüblicher Grundstücksgrößen vornimmt und die bei Überschreitung der im Sinne der APG DVO angemessenen Grundstücksgrößen ggf. noch weiterer Modifikationen bedürften, unbeachtet bleiben.

Angewendet auf den vorliegenden Fall ergibt sich ein Bodenrichtwert von 235,00 €.

Der Beklagte hat seine Ausgangsentscheidung für den Zeitraum ab dem 01.01.2016 mit Bescheid vom 30.03.2016 getroffen. Ausweislich der Verwaltungsakte des Beklagten war zu diesem Zeitpunkt für den Jahrgang 2016 bezogen auf das hier betroffene Grundstück in der o.g. Datenbank bereits ein Wert von 235,00 € ausgewiesen. Unerheblich ist, dass der Beklagte in der angefochtenen Entscheidung irrtümlich einen Wert von 250,00 € bei der Berechnung angesetzt hatte. Dieser einzelne Berechnungsfaktor erwächst nicht in Bestandskraft und steht daher zur vollen Überprüfung des Senats. Die Klägerin hat ihr Berufungsbegehren dementsprechend beschränkt.

Dieser Bodenrichtwert ist in voller Höhe auf die gesamte anerkannte Grundstücksfläche, vorliegend also auf 2.730,55 qm anzuwenden. Entgegen der Auffassung des Beklagten ist

der Bodenrichtwert hinsichtlich der Frei- und Verkehrsflächen nicht zu halbieren.

Dies ergibt sich in systematischer Hinsicht bereits aus § 7 Abs. 1 APG DVO Sätzen 2 und 3, nach denen ausgehend von der Gesamtfläche des Grundstücks die Freiflächen zum einen einer Deckelung pro Einrichtungsplatz unterworfen sind und zum anderen bei einer Nutzung durch Dritte deren lediglich anteilige Anerkennung erfolgt. Die von dem Beklagten vorgenommene, darüberhinausgehende weitere Einschränkung durch die Halbierung des Bodenrichtwerts für Frei- und Verkehrsflächen bedürfte angesichts dessen zumindest einer ausdrücklichen normativen Regelung. Die Begründung des Beklagten, die Bodenrichtwerte orientierten sich an dem besonders hohen Ertragswert für Geschäftsgrundstücke, einen solch hohen Ertrag könne das klägerische Grundstück aber allenfalls mit dem bebauten Teil, nicht aber mit den unbebauten Teilen erzielen, ist nicht tragfähig. Nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen bedarf widerspricht diese angestrebte „Mischkalkulation“, mit der auf die zurzeit ausgeübte und nicht auf die planungsrechtlich zulässige Art und das Maß der baulichen Nutzung für jedermann abgestellt wird, der Verkehrswertdefinition des § 194 Baugesetzbuch (BauGB). Erst bei der Bestimmung des Erbbauzinsatzes ist die konkrete vertragliche Nutzung maßgeblich. Vor diesem Hintergrund ist auch die Erwägung des Beklagten, aus Sicht der Bewohner der Einrichtung handele es sich in erster Linie um Wohnraumnutzung, unerheblich. Dass im Einzugsbereich des Landschaftsverbands Westfalen-Lippe geringere Bodenrichtwerte aufgerufen werden, mag zutreffen, erscheint allerdings als Argument bei der Bestimmung des ortsüblichen Erbbauzinses fernliegend.

Eine Drittnutzung der der Klägerin zugeordneten Freiflächen durch die benachbarte Kindertageseinrichtung ist nicht ersichtlich. Vielmehr hat der Beklagte, dem Vortrag der Klägerin folgend, im Feststellungsbescheid vom 29.03.2016 den durch die Kindertageseinrichtung fremdgenutzten Grundstücksteil bereits vorab vollständig zum Abzug gebracht.

Der von dem Sachverständigen Bedorf angeführte Abschlag von 20 % bei Ansatz des abgabefreien Bodenrichtwerts war vorliegend nicht vorzunehmen, da sich der Mietvertrag vorliegend auf die bereits erstellte Einrichtung bezog und die Erschließung daher bereits – auf Kosten des Vermieters oder eines Dritten (z.B. Bauträger) – erfolgt war. Zwar ist regelhaft nach § 134 BauGB der Erbbaurechtsnehmer Kostenschuldner der Erschließungsbeiträge. Der Abschlag ist aber, wie der Sachverständige überzeugend ausgeführt hat, nur

dann vorzunehmen, wenn der Erbbaurechtsnehmer die Erschließungskosten auch tatsächlich selbst trägt. Dies ist hier nicht der Fall.

bb)

Der Beklagte hat bei seiner Festsetzung einen ortsüblichen Erbbauzinssatz von 5,00 % anzunehmen.

Dies ergibt sich aus den überzeugenden Erwägungen des Sachverständigen Bedarf.

Der Senat folgt zunächst der Prämisse des Sachverständigen, dass es sich bei dem Betrieb einer Pflegeeinrichtung um eine gewerbliche, wenngleich nicht hochrentierliche Betätigung handelt. Auch der Beklagte räumt ein, dass der Betrieb einer Pflegeeinrichtung aus Sicht des Betreibers eine gewerbliche Nutzung darstellt. Der Landesgesetzgeber sah sich im Jahr 2003 durch die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts sogar in der Pflicht, den Wettbewerb unter den Pflegeeinrichtungen zu eröffnen (vgl. LT-Drs. 13/3498 S. 30).

Dieser Einordnung kann nicht entgegengehalten werden, das Bundessozialgericht habe ausdrücklich festgestellt, dass die Gewinnerzielung einer Pflegeeinrichtung nicht über die Refinanzierung der Investitionskosten, sondern nur über die Pflegesatzvereinbarungen erfolgen dürfe. Dass die Träger über die Refinanzierung der Investitionskosten keinen Gewinn erzielen dürfen, ist zutreffend. Das Bundessozialgericht hat aber, wie ausgeführt, eine anderweitige Gewinnerzielungsabsicht gerade nicht ausgeschlossen. Unabhängig von der etwaigen Frage eines Zusammenwirkens von Vermieter und Mieter bleibt festzustellen, dass der Vermieter die Einrichtung samt Grundstück an einen Marktteilnehmer mit Gewinnerzielungsabsicht vermietet. Gewerblich handelnde Marktteilnehmer müssen – so die unwidersprochene Feststellung des Sachverständigen Bedarf – einen höheren Erbbauzinssatz aufwenden, als im individuellen Wohnungsbau aufgerufen wird. Der Mieter muss den deshalb höheren Erbbauzins aufwenden, um die Einrichtung betreiben zu können. Er erzielt insoweit gerade keinen - ausgeschlossenen - Gewinn über die Refinanzierung seiner Investitionskosten. Solange der Landesgesetz- und -verordnungsgeber die Möglichkeit einer fiktiven Mietvertragsvergleichsberechnung eröffnet, ist dieses Ergebnis hinzunehmen.

Ausgehend hiervon hat der Sachverständige nachvollziehbar dargestellt, dass es für die

Bestimmung eines aktuellen ortsüblichen Erbbauzinssatzes bei gewerblicher Grundstücksnutzung zu dem hier relevanten Zeitpunkt - und bis heute - weder auf örtlicher Ebene, d.h. vorliegend in Duisburg, noch NRW-weit eine ausreichende Datengrundlage gab bzw. gibt. Ein im engeren Sinne ortsüblicher Erbbauzinssatz und damit auch der ortsübliche Erbbauzins, an den § 7 Abs. 1 Satz 1 APG DVO anknüpft, sind daher nicht ermittelbar.

Der Senat folgt daher dem Ansatz des Sachverständigen, zur Ausfüllung des Tatbestandes des § 7 Abs. 1 Satz 1 APG DVO an den im entsprechenden Grundstücksmarktbericht des OGA NRW ausgewiesenen durchschnittlichen Erbbauzinssatzes des individuellen Wohnungsbaus anzuknüpfen und diesen Wert um einen Aufschlag für die gewerbliche Nutzung zu ergänzen.

Der NRW-weite durchschnittliche Erbbauzinssatz des individuellen Wohnungsbaus beträgt vorliegend 3,00 %, der Aufschlag für die gewerbliche Nutzung 2 %.

Den NRW-weiten durchschnittlichen Erbbauzinssatz des individuellen Wohnungsbaus von 3,00 % hat der Sachverständige überzeugend dem Grundstücksmarktbericht 2017 des OGA NRW (S. 31) entnommen, der die im Jahr 2016 aktuell vereinbarten Erbbauverhältnisse abbildet. Bei einer Verwaltungsentscheidung, die zeitlich vor oder innerhalb des betroffenen Zeitraums erfolgt, hielt es der Senat für vertretbar, als Erkenntnisquelle auf den zum Zeitpunkt der Ausgangsentscheidung jüngsten veröffentlichten Grundstücksmarktbericht zurückzugreifen. Auch der Beklagte hat allerdings in seiner Entscheidung vom 30.03.2016 bereits den NRW-weiten Zinssatz von 3,00 % zugrunde gelegt.

Auch hinsichtlich der Bestimmung des Zuschlags für die gewerbliche Nutzung stützt sich der Senat auf die Einschätzung des Sachverständigen. Hiernach ergibt sich der Zuschlag mangels anderweitiger Erkenntnisquellen aus einer 2017 veröffentlichten Studie des Deutschen Erbbauverbands e.V. Dort sind aufgrund einer bundesweiten Befragung durchschnittliche Erbbauzinssätze für Gewerbe in Höhe von 6% bis 7% und Wohnnutzung in Höhe von 4% ermittelt worden. Der Senat folgt dem Sachverständigen in der Einschätzung, dass das Betreiben einer Pflegeimmobilie wegen staatlicher Regulierung als nicht hochrentierlich einzustufen ist und deshalb in diesem Segment die untere Quote für Gewerbenutzung von 6% anzusetzen ist. Solange sich keine anderweitigen Erkenntnisquellen ergeben, wird der Senat den Aufschlag in Höhe von 2 % berücksichtigen.

Aus der Summe der beiden Zinssätze ergibt sich der vorliegend maßgebliche Erbbauzinssatz von 5,0%.

Demgegenüber bildet der in der aktenkundigen Mitteilung des Liegenschaftsamts der Stadt Duisburg bezeichnete Erbbauzinssatz von 6 % nicht die aktuellen Gegebenheiten der Stadt Duisburg ab. Zwar trifft es zu, dass der Sachverständige ausgeführt hat, der vorgenannte Zinssatz könne - angesichts der Schwäche der Vergleichsdaten - noch am oberen Rand der Marktüblichkeit gewertet werden. Der Wert bezieht sich allerdings auf ältere Vorgänge, wie aus dem Grundstücksmarktbericht des Jahres 2016 für die Stadt Duisburg ersichtlich ist. Dort ist ausgeführt:

„Im Jahr 2016 wurden keine Erbbaurechtsbestellungen registriert. In der Vergangenheit wurde dieser Teilmarkt größtenteils von der Stadt Duisburg geprägt. Der hier vereinbarte Erbbauzins für Ein- und Zweifamilienhausgrundstücke betrug 4 % und für Gewerbegrundstücke 6 % des abgabenpflichtigen Bodenwertes.“

Auch vor dem Hintergrund, dass der ortsübliche Erbbauzinssatz angesichts einer gewissen Schwankungsbreite des Marktüblichen tendenziell nicht am oberen Rand, sondern im Mittelfeld anzusiedeln sein dürfte, hat der Senat den von dem Sachverständigen für 2016 ermittelten Wert von 5 % als vorzugswürdig erachtet.

Die Klägerin hat ihr Berufungsbegehren dementsprechend beschränkt.

b)

Der gesonderten Berechnung der geändert festzusetzenden Aufwendungen hat der Beklagte nach § 28 Abs. 2 APG DVO zuzustimmen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a Abs. 1 Satz 1 Hs. 3 SGG i.V.m. § 154 Abs. 1 VwGO.

Gründe für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor. Insbesondere die Voraussetzungen nach § 160 Abs. 2 Nr. 2 SGG sind nicht erfüllt. Die Entscheidung beruht ausschließlich auf der Auslegung landesrechtlicher Vorschriften, die der Revision zum BSG nicht zugänglich ist.

Der Streitwert war nach Anhörung der Beteiligten im Termin auf 50.000 € für beide Rechtszüge festzusetzen, § 197a Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 SGG i.V.m. §§ 63 Abs. 2 und 3, 52 Abs. 1, 47 Abs. 1 GKG.

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Dieses Urteil kann nur dann mit der Revision angefochten werden, wenn sie nachträglich vom Bundessozialgericht zugelassen wird. Zu diesem Zweck kann die Nichtzulassung der Revision durch das Landessozialgericht mit der Beschwerde angefochten werden.

Die Beschwerde ist von einem bei dem Bundessozialgericht zugelassenen Prozessbevollmächtigten innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils schriftlich oder in elektronischer Form beim

**Bundessozialgericht, Postfach 41 02 20, 34114 Kassel**  
oder  
**Bundessozialgericht, Graf-Bernadotte-Platz 5, 34119 Kassel**

einzu legen.

Die Beschwerdeschrift muss bis zum Ablauf der Monatsfrist bei dem Bundessozialgericht eingegangen sein.

Die elektronische Form wird durch Übermittlung eines elektronischen Dokuments gewahrt, das für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist und

- von der verantwortenden Person qualifiziert elektronisch signiert ist und über das Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP) eingereicht wird oder

- von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gem. § 65a Abs. 4 Sozialgerichtsgesetz (SGG) eingereicht wird.

Weitere Voraussetzungen, insbesondere zu den zugelassenen Dateiformaten und zur qualifizierten elektronischen Signatur, ergeben sich aus der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung -ERVV) in der jeweils gültigen Fassung. Weitergehende Informationen zum elektronischen Rechtsverkehr können über das Internetportal des Bundessozialgerichts ([www.bsg.bund.de](http://www.bsg.bund.de)) abgerufen werden.

Als Prozessbevollmächtigte sind nur zugelassen

- jeder Rechtsanwalt,
- Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, die die Befähigung zum Richteramt besitzen,
- selbständige Vereinigungen von Arbeitnehmern mit sozial- oder berufspolitischer Zwecksetzung für ihre Mitglieder,
- berufsständische Vereinigungen der Landwirtschaft für ihre Mitglieder,

- Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
- Vereinigungen, deren satzungsgemäße Aufgaben die gemeinschaftliche Interessenvertretung, die Beratung und Vertretung der Leistungsempfänger nach dem sozialen Entschädigungsrecht oder der behinderten Menschen wesentlich umfassen und die unter Berücksichtigung von Art und Umfang ihrer Tätigkeit sowie ihres Mitgliederkreises die Gewähr für eine sachkundige Prozessvertretung bieten, für ihre Mitglieder,
- juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der vorgenannten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

Die vorgenannten Vereinigungen, Gewerkschaften und juristischen Personen müssen durch Personen mit Befähigung zum Richteramt handeln. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse sowie private Pflegeversicherungsunternehmen können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen.

Ein Beteiligter, der zur Vertretung berechtigt ist, kann sich selbst vertreten. Handelt es sich dabei um eine der vorgenannten Vereinigungen, Gewerkschaften oder juristischen Personen, muss diese durch Personen mit Befähigung zum Richteramt handeln.

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des Urteils von einem zugelassenen Bevollmächtigten schriftlich oder in elektronischer Form zu begründen.

In der Begründung muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des Bundessozialgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts, von der das Urteil abweicht, oder ein Verfahrensmangel, auf dem die angefochtene Entscheidung beruhen kann, bezeichnet werden. Als Verfahrensmangel kann eine Verletzung der §§ 109 und 128 Abs. 1 Satz 1 Sozialgerichtsgesetz nicht und eine Verletzung des § 103 Sozialgerichtsgesetz nur gerügt werden, soweit das Landessozialgericht einem Beweisantrag ohne hinreichende Begründung nicht gefolgt ist.

Für die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision kann ein Beteiligter, der nicht schon durch die oben genannten Vereinigungen, Gewerkschaften oder juristischen Personen vertreten ist, Prozesskostenhilfe zum Zwecke der Beiordnung eines Rechtsanwalts beantragen.

Der Beteiligte kann die Prozesskostenhilfe selbst beantragen. Der Antrag ist beim Bundessozialgericht entweder schriftlich oder in elektronischer Form einzureichen oder mündlich vor dessen Geschäftsstelle zu Protokoll zu erklären.

Dem Antrag sind eine Erklärung des Beteiligten über seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse (Familienverhältnisse, Beruf, Vermögen, Einkommen und Lasten) sowie entsprechende Belege beizufügen. Hierzu ist der für die Abgabe der Erklärung vorgeschriebene Vordruck zu benutzen. Der Vordruck kann von allen Gerichten oder durch den Schreibwarenhandel bezogen werden.

Wird Prozesskostenhilfe bereits für die Einlegung der Beschwerde begehrt, so müssen der Antrag und die Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse - gegebenenfalls nebst entsprechenden Belegen - bis zum Ablauf der Frist für die Einlegung der Beschwerde (ein Monat nach Zustellung des Urteils) beim Bundessozialgericht eingegangen sein.

Mit dem Antrag auf Prozesskostenhilfe kann ein zur Vertretung bereiter Rechtsanwalt benannt werden.

Ist dem Beteiligten Prozesskostenhilfe bewilligt worden und macht er von seinem Recht, einen Anwalt zu wählen, keinen Gebrauch, wird auf seinen Antrag der beizuordnende Rechtsanwalt vom Bundessozialgericht ausgewählt.

Der Beschwerdeschrift und allen folgenden Schriftsätzen sollen Abschriften für die übrigen Beteiligten beigelegt werden.

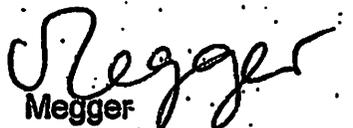
Das Bundessozialgericht bittet darüber hinaus um je zwei weitere Abschriften.

Dr. Nolte

Erkelenz

Pierscianek

Beglaubigt

  
Megger  
Regierungsbeschäftigte

