

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 10. September 2014

Verwaltungsrichter Burkhard, Abteilungspräsident
Verwaltungsrichter Daum und Keller
Gerichtsschreiber Schurter

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt ...
Appellantin



gegen

Einwohnergemeinde Ittigen
handelnd durch den Gemeinderat, Rain 7, Postfach, 3063 Ittigen
vertreten durch Fürsprecher ... und Fürsprecher ...
Appellatin

und

Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland
Poststrasse 25, 3071 Ostermundigen

betreffend Schadenersatz aus Vertragsverletzung (Zwischenentscheid des
Regierungsstatthalteramts Bern-Mittelland vom 16. Mai 2013; vkv 2/2011)

Sachverhalt:

A.

Die Viertelsgemeinde (heute: Einwohnergemeinde, EG) Ittigen schloss am 3. Juni 1976 mit den Mitgliedern der Erbgemeinschaft B.____ eine Vereinbarung ab, welche die Zielvorstellungen der Ortsplanung sichern und die beiderseitigen Interessen wahren sollte. Die Mitglieder der Erbgemeinschaft anerkannten darin im Hinblick auf einen neuen Zonenplan verschiedene planerische Festlegungen für ihr Grundeigentum und verzichteten insoweit für sich und allfällige Rechtsnachfolgerinnen und Rechtsnachfolger auf eine Einsprache gegen die neue baurechtliche Grundordnung. Ausserdem beinhaltete die Vereinbarung die Verpflichtung der Erbgemeinschaft, der Viertelsgemeinde Ittigen die (damalige) Parzelle Gbbl. Nr. 1____ samt Gebäuden auf den 31. Dezember 2040 unentgeltlich abzutreten. Nach der Auflösung der Erbgemeinschaft veräusserte A._____ im Jahr 2004 als Alleineigentümerin den verbleibenden Teil des Grundstücks Nr. 1____. Sie verpflichtete sich gegenüber der Käuferschaft, für sämtliche Forderungen aus der Vereinbarung mit der Gemeinde vom 3. Juni 1976 aufzukommen; die erwähnte Vereinbarung wurde ausdrücklich nicht auf die Käuferschaft überbunden.

B.

Mit Eingabe vom 17. Juni 2011 erhob die EG Ittigen beim Regierungsstatthalteramt (RSA) Bern-Mittelland Klage gegen A._____ und verlangte die Bezahlung von Fr. 400'000.-- wegen Verletzung der Vereinbarung vom 3. Juni 1976. Mit Klageantwort vom 19. September 2011 stellte A._____ das Begehren, auf die Klage sei nicht einzutreten, eventuell sei sie abzuweisen. Sie verkündete zwei Notaren, die an den Grundstücksgeschäften mitgewirkt hatten, den Streit. In prozessualer Hinsicht beantragte sie, das Verfahren sei auf die Frage der Zuständigkeit der angerufenen Verwaltungsjustizbehörde zu beschränken. Am 21. Februar 2012 leitete der Regierungsstatthalter des Verwaltungskreises Bern-Mittelland die Akten zum Entscheid über die Zuständigkeit an das Verwaltungsgericht weiter. Mit rechtskräftigem Urteil vom 17. August 2012 (publiziert in BVR 2012 S. 567) hat das Verwaltungsgericht die Zuständigkeit der Verwaltungsjustizbehörden bejaht und die Akten zur weiteren

Behandlung an das RSA Bern-Mittelland weitergeleitet. Dieses hat die Klage der EG Ittigen am 16. Mai 2013 dem Grundsatz nach gutgeheissen.

C.

Am 20. Juni 2013 hat A. _____ Appellation erhoben mit folgenden Rechtsbegehren:

- «1. Die Appellation sei gutzuheissen und die Klage abzuweisen.
2. Der Zwischenentscheid des Regierungsratthalteramtes Bern-Mittelland vom 16. Mai 2013 [...] sei aufzuheben.
3. Eventualiter sei die Sache zur weiteren Abklärung und/oder Neuurteilung an die Vorinstanz zu verweisen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten der Appellatin.»

Die EG Ittigen beantragt mit Appellationsantwort vom 5. August 2013, die Klage sei – soweit von der Vorinstanz bereits beurteilt – gutzuheissen und die Streitsache sei zur Festsetzung der Höhe des Schadenersatzes an das RSA Bern-Mittelland zurückzuweisen.

Das RSA Bern-Mittelland hat mit Eingabe vom 25. Juli 2013 auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Erwägungen:

1.

1.1 Im Klageverfahren ergangene Urteile unterer Verwaltungsjustizbehörden können mit Appellation vor das Verwaltungsgericht gebracht werden, soweit die Gesetzgebung nichts anderes vorsieht (Art. 93 Abs. 1 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]). Der Entscheid des Regierungsratthalters vom 16. Mai 2013 betrifft eine Streitigkeit aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen der Appellantin und der EG Ittigen und stellt damit ein solches Urteil dar (Art. 88 Bst. d VRPG), weshalb die Appellation grundsätzlich

zulässig ist. Aus der fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung – Hinweis auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde – der Vorinstanz ist der Appellantin kein Nachteil erwachsen.

1.2 Der Regierungsstatthalter hat mit Urteil vom 16. Mai 2013 (erst) den Grundsatz der Haftung beurteilt, womit er über einen materiellen Aspekt der Streitsache befunden hat. Insoweit würde nach dem vor dem 1. Januar 2009 geltenden kantonalen Verfahrensrecht ein Teilentscheid vorliegen (BVR 2002 S. 481 E. 2b; BGE 134 II 137 E. 1.3.1, 133 V 477 E. 3.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 61 N. 2, Art. 49 N. 15). Ob solche (altrechtlichen) Teilentscheide wie bisher als Endentscheide oder neu wie nach dem Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) nur noch unter zusätzlichen Voraussetzungen als Zwischenentscheide anfechtbar sind, hat das Verwaltungsgericht bisher nicht geklärt (BVR 2010 S. 411 E. 1.2.2 f. und 1.2.6; VGE 2012/116 vom 24.6.2013, E. 1.3, 2011/468 vom 29.2.2012, E. 1.5, 2010/147 vom 10.9.2010, E. 1.4; Markus Müller, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 2011, S. 139 f.). Wie es sich damit verhält, kann auch hier offenbleiben, da das Urteil des Regierungsstatthalters nicht nur als (altrechtlicher) Teil-, sondern auch als Zwischenentscheid appellabel ist: Das VRPG enthält keine Vorschriften bezüglich der Appellation gegen Zwischenentscheide, die im Klageverfahren ergangen sind. Die Zulässigkeit von Rechtsmitteln gegen solche Entscheide hat sich sinngemäss nach den Voraussetzungen für die Anfechtung von Zwischenverfügungen im Beschwerdeverfahren zu richten (vgl. für dieses Art. 74 Abs. 3 i.V.m. Art. 61 VRPG). Dafür spricht insbesondere der Umstand, dass im aufgehobenen Art. 94 Abs. 2 VRPG (der eine spezielle Rechtsmittelfrist von 10 Tagen vorsah) für die Appellation gegenüber Zwischenentscheiden ausdrücklich auf Art. 61 VRPG (Zwischenentscheide im Beschwerdeverfahren) Bezug genommen wurde (Fassung vom 23. Mai 1989 [GS 1989 S. 299], in Kraft bis 31.12.2008; vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 94 N. 7; vgl. auch BVR 2002 S. 481 E. 2; ferner Beat Stalder, Materielle Enteignung, in Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2013, S. 587 N. 146). Nach Art. 61 Abs. 2 und 3 Bst. b VRPG sind Zwischenverfügungen, die nicht Zuständigkeit und Ausstand betreffen, im Beschwerdeverfahren selbständig anfechtbar, wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt: Einerseits würde das Durchdringen der Appellantin im Hauptbegehren zur Abweisung der Klage und damit

sofort zu einem Endentscheid führen, andererseits hat der Regierungsstatthalter das Einholen eines Gutachtens über den Wert eines Grundstücks im Jahr 2040 in Aussicht gestellt und gerade aus Kostengründen (erst) über den Grundsatz der Haftung entschieden. Auf die form- und fristgerechte Appellation ist demnach einzutreten (Art. 94 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 VRPG).

1.3 Dem Verwaltungsgericht stehen die gleichen Erkenntnisbefugnisse wie der Vorinstanz zu. Es würdigt die Vorbringen der Parteien in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nach pflichtgemäsem Ermessen (Art. 93 Abs. 2 i.V.m. Art. 92 Abs. 1 VRPG; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 93 N. 7).

1.4 Die Appellantin verlangt die Durchführung eines Parteiverhörs und die Einvernahme mehrerer Zeugen. Dabei geht es ihr offenbar um den Nachweis, dass die streitige Vereinbarung vom 3. Juni 1976 eine übermässige Bindung nach Art. 27 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) darstelle (Appellation, Rz. 31) und ausserdem wegen veränderten Verhältnissen sowie Schlechterfüllung der Gemeinde dahingefallen sei (Appellation, Rz. 69). Sie legt jedoch nicht dar, zu welchen Fragen, die in einem schriftlichen Verfahren nicht geklärt werden können (vgl. Art. 31 VRPG), die erwähnten Personen Auskunft geben könnten. Gründe für die Abnahme der beantragten Beweismittel sind auch nicht ersichtlich, da der massgebliche Sachverhalt aus den Akten hervorgeht. In Bezug auf Fragen, die bis ins Jahr 1976 zurückreichen, wäre der Wert allfälliger Zeugenaussagen ohnehin als gering einzustufen. Aus den dargelegten Gründen sind die beantragten Beweise nicht geeignet, den vorliegenden Entscheid zu beeinflussen. Die Beweisanträge werden daher abgewiesen (vgl. Art. 18 Abs. 2 VRPG; statt vieler BVR 2012 S. 252 E. 3.3.3, 2011 S. 97 E. 4.2.1; BGE 136 I 229 E. 5.3).

2.

Die Gemeinde macht eine Verletzung der Vereinbarung vom 3. Juni 1976 durch die Appellantin geltend. Es geht um folgenden Sachverhalt:

2.1 Die Mitglieder der Erbengemeinschaft B.____ (nachfolgend: Erbengemeinschaft) waren Eigentümer der Grundstücke Ittigen Gbbl. Nrn. 2____ (heute Nrn. 3____, 4____, 5____, 6____ und 2____), 1____ und 7____. Am 3. Juni 1976 schloss die Viertelsgemeinde (heute: EG) Ittigen mit der Erbengemeinschaft eine Vereinbarung ab (nachfolgend:

Vereinbarung 1976); dies im Hinblick auf einen neuen Zonenplan, welcher den Stimmberechtigten zum Beschluss vorgelegt werden sollte und die Um- bzw. Einzonung verschiedener Grundstücke der Erbgemeinschaft vorsah. Aus einem Vergleich zwischen dem alten Zonenplan 1953 und dem Zonenplan 1976 für das Teilgebiet Worblauen II, die Bestandteil der Vereinbarung 1976 bildeten, gehen die geplanten Um- bzw. Einzonungen hervor (vgl. Ziff. 17; Klagebeilage 1; Replikbeilagen 1 und 2). Im Gegenzug anerkannten die Mitglieder der Erbgemeinschaft planerische Festlegungen für ihr Grundeigentum und verzichteten insoweit für sich und allfällige Rechtsnachfolgerinnen und Rechtsnachfolger auf Einsprachen gegen die vorgesehene neue baurechtliche Grundordnung (Ziff. 2 der Vereinbarung). In Bezug auf die im Planungsgebiet ausgeschiedenen Frei- und Grünflächen bzw. Landschaftsschutzgebiete verzichteten sie auf jegliche Entschädigungsansprüche gegenüber der Gemeinde (Ziff. 3.1 der Vereinbarung). Sodann verpflichteten sie sich unter anderem, der Gemeinde die Parzelle Nr. 1___ samt Gebäuden auf den 31. Dezember 2040 unentgeltlich abzutreten, wobei das bestehende Wohngebäude bis zu diesem Zeitpunkt «entsprechend dem baulichen Charakter unterhalten, aber nicht ersetzt werden kann»; bereits mit Ablauf der Baubewilligung für den Coop-Pavillon am 23. Mai 1978 sollte überdies der westliche Teil der Parzelle Nr. 1___ unentgeltlich an die Gemeinde übergehen (Ziff. 3.2 der Vereinbarung). Die Vereinbarung ist vollumfänglich auf allfällige Rechtsnachfolgerinnen und Rechtsnachfolger zu übertragen und von diesen gegebenenfalls weiterzuübertragen (Ziff. 11 der Vereinbarung). Die Erbgemeinschaft verpflichtete sich weiter, zur Sicherstellung der Vereinbarung «zum Abschluss der notwendigen Dienstbarkeits- und Abtretungsverträge Hand zu bieten»; die Gemeinde wurde ermächtigt, die diesbezüglichen grundbuchlichen Eintragungen zu Lasten der entsprechenden Parzellen zu ihren Gunsten und auf ihre Kosten vornehmen zu lassen (Ziff. 12 der Vereinbarung). Die Vereinbarung sollte in Kraft treten, sobald der neue Zonenplan der Viertelsgemeinde Ittigen durch die (damalige) kantonale Baudirektion genehmigt war (Ziff. 14 der Vereinbarung). In der Folge (das genaue Datum ist nicht aktenkundig) wurde die neue baurechtliche Grundordnung erlassen. Mit öffentlich beurkundetem Abtretungsvertrag vom 3. Mai 1978 wurde der für den Coop-Pavillon bestimmte Teil der Parzelle Nr. 1___ entsprechend Ziff. 3.2 der Vereinbarung mit Nutzen und Gefahr ab 23. Mai 1978 an die Viertelsgemeinde Ittigen übertragen. Dieser Teil der Parzelle wurde neu als selbständiges Grundstück Nr. 8___ im Grundbuch eingetragen (Klagebeilage 3).

2.2 Die Vereinbarung 1976 bezieht sich auf einen Ausschnitt aus dem Zonenplan der Gemeinde Ittigen von 1976 (Replikbeilage 1). Danach sollte der nordwestliche Teil der Parzelle Nr. 2___ (heute Nrn. 3___, 4___, 5___, 6___ und 2___) einer Kernzone (7'340 m²) mit einer Ausnutzungsziffer (AZ) von 0,8 bzw. einer Wohnzone W4 (4'000 m²; AZ 0,6) für eine Gesamtüberbauung (GüB) zugewiesen werden (Bruttogeschossfläche [BGF]: 8'272 m²). Das Grundstück Nr. 7___ wurde im südwestlichen Teil einer Wohnzone W3 zugewiesen (AZ von 0,5; BGF von 7'750 m²); der östliche Teil im Halte von 13'000 m² wurde zu einer Gewerbezone erklärt (ohne Festlegung einer AZ). Ein Streifen von 7'951 m² entlang der Aare wurde als Freihaltefläche bezeichnet. Insgesamt betrug die nutzbare Bruttogeschossfläche damit 16'022 m² zuzüglich des in der Gewerbezone gelegenen Anteils. Aufgrund einer erneuten Zonenplanänderung, insbesondere im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des kantonalen Gesetzes vom 6. Juni 1982 über See- und Flussufer (SFG; BSG 704.1), schlossen die Parteien im Hinblick auf die Überbauung der (damaligen) Parzellen Nrn. 2___ und 7___ am 13. September 1984/7. März 1985 einen Nachtrag zur Vereinbarung 1976 ab (Klagebeilage 5; nachfolgend Nachtrag 1985). Darin bekräftigten sie die Gültigkeit der Vereinbarung 1976 mit Ausnahme der Ziff. 9, die aufgrund der bereits erfolgten Überbauung der Parzelle Nr. 9___ hinfällig geworden war (Ziff. 1 des Nachtrags). Bestandteil der Vereinbarung 1976 und des Nachtrags 1985 ist ein dem Nachtrag beigefügter Plan, in dem das vorgesehene Bauvolumen (neu) dargestellt war (von der kantonalen Baudirektion am 10.5.1985 genehmigter Überbauungsplan Nr. 150; Replikbeilagen 4 und 5). Danach verblieb der nordwestliche Teil der Parzelle Nr. 2___ teilweise in der Kernzone K und in der Wohnzone W und insgesamt in der GüB 14 und umfasste neu ein Nutzungsmass von 10'166 m². Der südwestliche Teil der Parzelle Nr. 7___ verblieb in der Wohnzone W3 sowie ebenfalls in der GüB 14 und umfasste neu eine nutzbare BGF von 5'978 m². Der östliche Parzellenteil verblieb in der Gewerbezone, ohne dass eine nutzbare BGF ausgeschieden worden wäre (vgl. Überbauungsplan Nr. 150; Replikbeilagen 4 und 5). Zudem wurde vereinbart, dass die Vereinbarung 1976 und der Nachtrag 1985 dahinfallen, sofern das tatsächlich realisierbare Bauvolumen wesentlich vom vorgesehenen Bauvolumen abweichen würde (Ziff. 3 des Nachtrags).

2.3 In der Folge konnte die Überbauung auf dem nordwestlichen Teil der damaligen *Parzelle Nr. 2___* so wie im Überbauungsplan Nr. 150 vorgesehen mit einer BGF von rund 10'000 m² realisiert werden: auf der heutigen Parzelle Nr. 2___ befindet sich ein Geschäftshaus, auf den Parzellen Nrn. 4___ und 5___ je ein grosser Wohnblock; das

Grundstück Nr. 3___ wird von den Parzellen Nrn. 4___ und 5___ dominiert und besteht im Wesentlichen aus einer Gartenanlage und einem Teil der gemeinsamen Einstellhalle (vgl. Grundbuchauszug). Die *Parzelle Nr. 7___* wurde am 7. November 1984, während der laufenden Vertragsverhandlungen für den Nachtrag 1985, an C. ___ verkauft (vgl. Grundbuchauszug), der in der Folge als Mitglied der Bauherrengemeinschaft Worblaufen-Ost am 20. Mai 1985 ein Baugesuch für das Erstellen von vier Terrassenhäusern mit insgesamt 36 Wohnungen und zwei Einstellhallen einreichte. Die Realisierung der Überbauung scheiterte zunächst am Widerstand der auf der angrenzenden Parzelle in der Industriezone gelegenen D. ___ AG. Diese machte vor allem geltend, die mit dem Betrieb der ... unvermeidbar verbundenen Emissionen stünden einer Wohnüberbauung am projektierten Standort entgegen (vgl. BVR 1988 S. 164). Der weitere Verlauf des Baubewilligungsverfahrens ist nicht aktenkundig; jedenfalls ist die Parzelle bis heute nicht überbaut. Im Zug der Ortsplanungsrevision 1993 wurde die Freifläche entlang der Aare ausgedehnt und die restliche Parzelle Nr. 7___ einer Zone mit Planungspflicht (ZPP b Nr. 22 «Worblaufen-Ost II, Worblaufenstrasse») zugewiesen (Replikbeilage 6). 1994 trat die Überbauungsordnung Nr. 216 ZPP b Nr. 22 in Kraft (Replikbeilage 7). Mit der Ortsplanungsrevision 2008 wurde die Parzelle Nr. 7___ einer Zone ZPP C «Worblaufen Ost» zugewiesen (Klagebeilage 4).

2.4 Am 19. Januar 2004 wurde die Erbengemeinschaft aufgelöst und die Appellantin wurde Alleineigentümerin des Grundstücks Nr. 1___, welches sie daraufhin zum Verkauf ausschrieb. Mit Schreiben vom 19. April 2004 wandte sich die EG Ittigen, die von den Verkaufsabsichten erfahren hatte, an die Appellantin und berief sich auf die Vereinbarung vom 3. Juni 1976. Gleichzeitig teilte sie der Appellantin mit, sie beabsichtige, von ihrem Recht Gebrauch zu machen und die Abtretung im Grundbuch eintragen zu lassen (vgl. Klagebeilage 8). Am 4. Mai 2004 antwortete die Appellantin, sie sei nicht bereit, zu einer grundbuchlichen Sicherstellung einer früheren Vereinbarung Hand zu bieten oder gar eine Abtretung im Grundbuch eintragen zu lassen (Klagebeilage 7). Am 18. Oktober 2004 veräusserte sie die Liegenschaft für Fr. 950'000.-- an Dritte, wobei sie sich gegenüber diesen verpflichtete, für sämtliche Forderungen aus der Vereinbarung 1976 unter vollständiger Schadloshaltung der Käuferschaft aufzukommen; die Abtretungsverpflichtung wurde ausdrücklich nicht auf die Käuferschaft überbunden (Klageantwortbeilage 8).

3.

Umstritten und zu klären ist vorab, wie die Abwicklung der Vereinbarung 1976 von den Parteien gedacht war.

3.1 Öffentlich-rechtliche Verträge sind grundsätzlich gleich wie privatrechtliche Verträge auszulegen (BGE 122 I 328 E. 4e; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, § 35 N. 1; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, N. 1103). Die Auslegung richtet sich daher in erster Linie nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Vertragsparteien (vgl. Art. 18 Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts [OR; SR 220]); ist ein solcher Wille nicht feststellbar, so ist der Vertrag gemäss Vertrauensprinzip nach dem mutmasslichen Parteiwillen auszulegen, das heisst so, wie ihn die Parteien nach Treu und Glauben vernünftigerweise verstehen durften (BGE 138 III 659 E. 4.2.1, 135 V 237 E. 3.6, 125 III 305 E. 2b, je mit Hinweisen; BVR 1994 S. 440 E. 5b). Das Gericht hat den Inhalt bzw. die Rechtsnatur der vertraglichen Beziehung von Amtes wegen zu ermitteln (zum Ganzen BVR 2010 S. 180 E. 3.2.1 mit Hinweisen; BGE 131 III 217 E. 3; vgl. auch BGer 2C_828/2013 vom 24.3.2014, E. 2.2; Wolfgang Wiegand, in Basler Kommentar, 5. Aufl. 2011, Art. 18 OR N. 47).

3.2 Ausgangspunkt der Streitigkeit bildet die Vereinbarung 1976 und die darin enthaltene Verpflichtung der Erbgemeinschaft, der Viertelsgemeinde Ittigen die Parzelle Nr. 1___ im Jahr 2040 unentgeltlich abzutreten. Die Verpflichtung erfolgte im Gegenzug für die erweiterten baulichen Nutzungsmöglichkeiten aufgrund der geplanten neuen baurechtlichen Grundordnung der Gemeinde. Die Leistung der Erbgemeinschaft trägt damit Züge einer vertraglichen Planungs-Mehrwertabschöpfung, die nicht mit einer Geldleistung, sondern durch Abtretung von Land erfolgen sollte. Die Vereinbarung 1976 stellte das eigentliche Verpflichtungsgeschäft im Sinn eines Grund- bzw. Hauptvertrags dar. Dabei handelt es sich um einen dem Verwaltungsrecht zuzuordnenden öffentlich-rechtlichen Vertrag, wie das Verwaltungsgericht bereits in seinem Urteil vom 17. August 2012 festgehalten hat (BVR 2012 S. 567 E. 2.3). Zu einem späteren Zeitpunkt haben die Parteien Abtretungsverträge zur Umsetzung des Grundvertrags vorgesehen bzw. abgeschlossen (vgl. Vertrag vom 3.5.1978, Klagebeilage 3). Schliesslich sollte der Eintrag des Eigentumsübergangs im Grundbuch erfolgen. Dabei handelt es sich um das Verfügungsgeschäft, welches dem Zivilrecht unterliegt (Art. 656 Abs. 1 ZGB). Das zweistufige Vorgehen mit einem Grundvertrag und einzelnen Abtretungsverträgen

leuchtet insofern ein, als man mit dem Grundvertrag vorab die ortsplanerischen Aspekte abschliessend geregelt hat (z.B. Einspracheverzicht); die Details für die Regelungen des Eigentumsübergangs an den Grundstücken (Dienstbarkeiten, nähere Bezeichnung des Grundstücks usw.) sollten in einem zweiten späteren Schritt erfolgen und daraufhin durch das Verfügungsgeschäft (dritter Schritt) vollzogen werden (vgl. dazu im Detail die nachfolgenden Erwägungen).

4.

4.1 Die Appellantin beruft sich auf einen Formmangel bei Vertragsabschluss, da die Verpflichtung zur Übertragung der Parzelle Nr. 1___ hätte öffentlich beurkundet werden müssen. Das Verwaltungsgericht habe in seinem Urteil vom 17. August 2012 festgehalten, dass, auch wenn die Vereinbarung 1976 dem öffentlichen Recht unterstehe, für die Frage, ob gestützt darauf die Übertragung des Grundstücks in das Eigentum des Gemeinwesens verlangt werden könne, das Bundeszivilrecht massgebend sei und insoweit eine Zivilrechtsstreitigkeit vorliege (Appellation, Rz. 11). Ziff. 14 der Vereinbarung 1976 mache klar, dass die Rechtswirkungen erst mit der Genehmigung durch die kantonale Baudirektion eintreten sollten. Aufgrund dieser Unsicherheit hätten die Parteien bewusst darauf verzichtet, hinsichtlich der Übertragung der Grundstücke formgültige, d.h. öffentlich beurkundete Abtretungsverträge abzuschliessen, was mit erheblichem (Kosten-)Aufwand verbunden gewesen wäre. Die Parteien hätten sich mithin darauf beschränkt, die Rahmenbedingungen für die allenfalls zukünftig («nach Rechtskraft der Vereinbarung») abzuschliessenden Hauptverträge festzulegen. Dass die Parteien von einem eigentlichen Vorvertrag ausgegangen seien, ergebe sich auch aus dem Umstand, dass für die Übertragung des westlichen Parzellenteils Nr. 1___ (heutige Parzelle Nr. 8___) am 5. Mai 1978 ein separater formgültiger Abtretungsvertrag abgeschlossen worden sei. Die Vereinbarung 1976 erfülle die Formvorschriften einer vorvertraglichen Verpflichtung zur Abtretung eines Grundstücks nach Art. 22 Abs. 2 OR indes nicht. Der von der Vorinstanz angestellte Vergleich mit dem Enteignungsvertrag sei unzutreffend, da es sich bei der Enteignung um eine öffentlich-rechtliche Form des Eigentumsübergangs von Grundstücken handle, die nicht öffentlich beurkundet werden müsse.

4.2 Das Verwaltungsgericht hat sich in dem von der Appellantin zitierten Urteil ausdrücklich auf den «sachenrechtlichen Vorgang der Eigentumsübertragung (zivilrechtliches Verfügungsgeschäft)» bezogen, wofür das Bundeszivilrecht massgebend ist (vgl. BVR 2012 S. 567 E. 2.4 mit Hinweisen). Zur Gültigkeit des *Verpflichtungsgeschäfts* und möglichen Schadenersatzfolgen in diesem Zusammenhang hat es sich hingegen nicht geäussert. Darauf ist an dieser Stelle einzugehen:

4.2.1 Zivilrechtlich bedarf der Vertrag auf Eigentumsübertragung von Grundstücken zu seiner Verbindlichkeit der öffentlichen Beurkundung (Art. 657 Abs. 1 ZGB; Art. 216 Abs. 1 OR [Kaufvertrag]; Art. 242 Abs. 2 und Art. 243 Abs. 2 OR [Schenkung]). Wo das Gesetz zum Schutz der Vertragsschliessenden für die Gültigkeit des künftigen Vertrags eine bestimmte Form vorschreibt, gilt diese auch für den Vorvertrag (Art. 22 Abs. 2 und Art. 216 Abs. 2 OR). Sowohl ein Vertrag auf Abtretung eines Grundstücks als auch ein entsprechender Vorvertrag müssen daher zu ihrer Gültigkeit öffentlich beurkundet werden. Die zivilrechtlichen Formvorschriften dienen in erster Linie dem Schutz der Vertragsparteien vor Übereilung (vgl. BGE 112 II 330 E. 3a, 102 Ia 553 E. 4c). Auf öffentlich-rechtliche Verträge ist das Bundeszivilrecht indes nicht unmittelbar anwendbar. Diese unterliegen in erster Linie dem kantonalen Verwaltungsrecht. Sieht dieses keine (vollständige) Regelung vor, so kann zur Lückenfüllung auf OR und ZGB als ergänzendes kantonales Recht zurückgegriffen werden (BGE 122 I 328 E. 1a/bb mit Hinweisen). Nach Lehre und Praxis bedürfen öffentlich-rechtliche Verträge zu ihrer Gültigkeit zumindest der (einfachen) Schriftlichkeit; mündliche Vereinbarungen werden als unzulässig erachtet (Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 34 N. 3; Frank Klein, Die Rechtsfolgen des fehlerhaften verwaltungsrechtlichen Vertrags, Diss. Zürich 2003, S. 192; vgl. BGer 1C_61/2010 vom 2.11.2010, E. 4.1). Zur Frage, ob öffentlich-rechtliche Verträge, welche die Übertragung von Grundeigentum zum Gegenstand haben, öffentlich beurkundet werden müssen, besteht eine differenzierte Rechtsprechung:

4.2.2 Bei der Zwangsverwertung von Grundstücken etwa ist keine öffentliche Beurkundung erforderlich und wird das Eigentum mit dem Zuschlag erworben (vgl. Art. 229 Abs. 1 OR). Dieses geringe Mass an formellen Anforderungen lässt sich dadurch erklären, dass der Steigerung ein genau festgelegtes Vorverfahren voranzugehen hat und dass der Zuschlag öffentlich erfolgt und demgemäss der Kontrolle der Öffentlichkeit unterstellt ist (BGE 106 III 79 E. 7 mit Hinweisen). Die mit der öffentlichen Beurkundung verbundene Aufgabe des staatlichen Organs, die

Parteien vor unbedachten Geschäften zu schützen, wird in diesem Fall nicht von der Notarin oder vom Notar wahrgenommen, sondern von der Konkursbeamtin oder dem Konkursbeamten. Diese oder dieser ist nicht Vertreterin bzw. Vertreter der Gläubiger- oder Schuldnerschaft, sondern hat sich einer unabhängigen, unparteiischen, jeden Interessenkonflikt vermeidenden Amtsführung zu befleissigen. Ähnlich wie bei einem vor Gericht erzielten Vergleich oder bei dem in einem Enteignungsverfahren geschlossenen Vertrag rechtfertigt dies, vom Erfordernis der notariellen öffentlichen Beurkundung abzusehen (BGer 7B.232/2000 vom 7.12.2000, E. 3a; vgl. auch BGE 128 III 104 E. 3).

4.2.3 Das Verwaltungsgericht hat sodann eine noch vor Inkrafttreten von Art. 142 des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0) betreffend den (vertraglichen) Ausgleich von Planungsvorteilen sowie des heute gültigen VRPG in einfacher Schriftform abgeschlossene öffentlich-rechtliche Vereinbarung über die Abgabe für Infrastrukturkosten an die Gemeinde als Ausgleich für Planungsmehrwerte geschützt, welche unter anderem die Abtretung von Landflächen zum Inhalt hatte. Dort lag allerdings nicht die Frage des Formzwangs im Streit; vielmehr wurde die Berufung auf Vertragsmängel durch die Gegenpartei als Verstoss gegen Treu und Glauben gewertet, nachdem die Gemeinde ihre vertraglichen Leistungen erbracht hatte (BVR 1985 S. 315, bestätigt durch BGer 26.3.1985). Nicht anwendbar sind die zivilrechtlichen Formvorschriften auf öffentlich-rechtliche Vereinbarungen, die im Rahmen eines Enteignungsverfahrens abgeschlossen werden, nachdem das Verfahren ordnungsgemäss eingeleitet worden ist (BGE 102 Ia 553 E. 4 mit Hinweisen). Anders verhält es sich dagegen bei Vereinbarungen über Landabtretungen vor Einleitung des Enteignungsverfahrens (BGE 102 Ia 553 E. 4b, 101 Ib 277 E. 6a mit Hinweisen) oder Vereinbarungen über die Abtretung von Grundstücksteilen im Rahmen einer Grenzregulierung (BGE 89 II 287 E. 4). Solche Vereinbarungen müssen öffentlich beurkundet werden. Auch die Übertragung von Grundeigentum, die der Erschliessung im Rahmen einer Baubewilligung dient, bedarf der öffentlichen Beurkundung (BGE 112 II 107 E. 2 mit Hinweisen; vgl. auch BGer 1P.299/2005 vom 14.12.2005, E. 1.2.1; so auch BGer 4C.162/2005 vom 18.5.2006, in ZBGR 2007 S. 268 E. 3.2; vgl. zum Ganzen auch Wiederkehr/Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band 1, 2012, Rz. 3007 ff.).

4.2.4 Aufgrund der vorstehenden Ausführungen und insbesondere im Licht der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass ein

öffentlich-rechtlicher Vertrag, der die Übertragung von Grundeigentum als Abschöpfung von Planungsmehrwerten zum Gegenstand hat, zu seiner Gültigkeit öffentlich beurkundet werden muss. Die zivilrechtlichen Formvorschriften bei Grundstücksveräusserungen dienen, wie bereits ausgeführt, dem Schutz der Vertragsparteien vor übereilten Vertragsabschlüssen. Nur wenn dieser Schutzzweck auf andere Weise, z.B. durch ein staatliches Organ oder ein gesetzlich vorgeschriebenes Übereignungsverfahren, sichergestellt wird, kann ausnahmsweise vom Erfordernis der öffentlichen Beurkundung abgesehen werden. Die Vorinstanz hat ausgeführt, in der Vereinbarung 1976 sei der Schutz der Parteien vor Übereilung durch das vorangehende langwierige Planungsverfahren sichergestellt. Gegen diese Auffassung spricht vor allem der Umstand, dass es sich vorliegend um eine Vereinbarung zwischen privaten Grundeigentümern und der Gemeinde handelte, wobei diese als Vertragspartei in erster Linie ihre eigenen Interessen wahrnahm und nicht als neutrales Organ auftrat. Überdies erfolgte die Abtretung nicht im Rahmen eines gesetzlich vorgegebenen Verfahrens. Der Einwand der Gemeinde, dass nur die Abtretungsverträge der öffentlichen Beurkundung bedürfen, nicht aber der Grundvertrag von 1976 (so Appellationsantwort, Ziff. 3.2), leuchtet insofern nicht ein, als die Problematik des Übereilungsschutzes auch beim Grundvertrag besteht; dies sogar noch in verstärktem Mass, weil dort die grundlegenden Abmachungen zwischen den Parteien getroffen worden sind. Ob unter diesen Umständen vom Erfordernis einer öffentlichen Beurkundung ausnahmsweise abgesehen werden konnte, erscheint zweifelhaft, kann aber aufgrund der nachfolgenden Ausführungen offenbleiben.

4.3 Selbst wenn das gültige Zustandekommen des Vertrags zu verneinen wäre, könnte die Appellantin daraus nichts für sich ableiten: Rechtsprechung und Lehre sind sich darin einig, dass die Nichtigkeits- und Ungültigkeitsfolgen formunwirksamer Verträge einzuschränken sind. So ist die Formungültigkeit unbeachtlich und die Berufung darauf unstatthaft, wenn sie gegen Treu und Glauben verstösst und einen offenbaren Rechtsmissbrauch im Sinn von Art. 2 Abs. 2 ZGB darstellt. Ob dies im Einzelfall zutrifft, ist unter Würdigung aller Umstände des konkreten Falls zu prüfen. Dabei kommt der freiwilligen und irrtumsfreien Erfüllung des mangelhaften Vertrags durch die Parteien – wenn nicht vollständig, so doch in der Hauptsache – besondere Bedeutung zu (BGE 140 III 200 E. 4.2, 116 II 700 E. 3b, 112 II 107 E. 3; BGer 4C_162/2005 vom 18.5.2006, in ZBGR 2007 S. 268 E. 3.2, 1P.360/2006 vom 15.1.2007, E. 4.2 f.). – Vorliegend hat die Erbengemeinschaft die Leistungen der Gemeinde aufgrund der Vereinbarung 1976 praktisch vollständig bezogen, auch wenn

sie behauptet, die Gemeinde habe den Vertrag nicht gehörig erfüllt (vgl. dazu hinten E. 7). Es bedarf keiner weiteren Erklärung, dass die Leistungen der Gemeinde kaum mehr rückgängig gemacht werden können, nachdem die Erbgemeinschaft infolge der Einzonungen verschiedene Grundstücke überbaut oder zu Baulandpreisen verkauft hat. Auch ihre eigenen Leistungen hat die Erbgemeinschaft bereits in erheblichem Umfang widerspruchsfrei erfüllt, wie die Gemeinde zu Recht anmerkt: So hat sie auf Einsprachen und Entschädigungsansprüche aufgrund der damaligen Planung verzichtet. Weiter hat sie einen Pauschalbeitrag von Fr. 60'000.-- an verschiedene Kosten geleistet, der Gemeinde Dienstbarkeiten eingeräumt und Freiflächen von rund 32'500 m² auf der Parzelle Nr. 9___ zugestanden. Insbesondere aber hat sie, ohne sich auf einen Formmangel zu berufen, den westlichen Teil der Parzelle Nr. 1___ (heutige Parzelle Nr. 8___) bereits unentgeltlich an die Gemeinde abgetreten (vgl. auch Appellation, Rz. 42). Insgesamt ist somit von der Gültigkeit der streitigen Vereinbarung auszugehen.

5.

Weiter beruft sich die Appellantin auf die Nichtigkeit des Vertrags wegen übermässiger Bindung nach Art. 27 ZGB.

5.1 Im öffentlichen Recht findet sich keine spezifische Bestimmung, welche die Vertragsparteien vor der Eingehung übermässiger Bindungen durch verwaltungsrechtliche Verträge schützt. Art. 27 Abs. 2 ZGB bestimmt für den Bereich des Zivilrechts, dass sich niemand seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grad beschränken kann. Als unzulässig werden dabei entweder der Gegenstand der Bindung oder deren Übermass betrachtet. Bei der Beurteilung des Übermasses ist in erster Linie auf die Intensität und die Dauer der Bindung abzustellen, wobei die beiden Faktoren einander ergänzen und allenfalls sogar substituieren können. So hängt die zulässige Dauer der Bindung vom Gegenstand der Beschränkung ab. Sie ist etwa bei Verpflichtungen zu wiederkehrenden Leistungen oder Bezügen kürzer als beim Verzicht, während einer absehbaren Dauer über eine Sache zu verfügen. Als weitere Beurteilungskriterien sind die fehlende Parität und der Grad der Fremdbestimmtheit zu nennen. Es sind aber auch entlastende Elemente, insbesondere Gegenleistungen, zu berücksichtigen. Entscheidend ist das Zusammenspiel aller Faktoren, welche das Übermass begründen

bzw. mildern (vgl. Claire Huguenin, in Basler Kommentar, 4. Aufl. 2010, Art. 27 ZGB N. 9 f. mit Hinweis auf BGE 114 II 159 E. 2a [betreffend Bierlieferungsvertrag] und weitere; VGE 23250 vom 3.9.2008, E. 4.5.1 mit weiteren Hinweisen). Sog. «ewige Verträge» können auch im Verwaltungsrecht problematisch sein, beispielsweise wenn das Gemeinwesen allfällige im öffentlichen Interesse liegende Rechtsänderungen aufgrund der eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen über einen längeren Zeitraum nicht durchsetzen kann. Das Verbot übermässiger Bindung stellt demnach einen allgemeinen Rechtsgrundsatz dar (vgl. BGE 127 II 69 E. 5b), mithin eine Rechtsnorm, die wegen ihrer allgemeinen Tragweite in allen Rechtsgebieten im öffentlichen Recht wie auch im Privatrecht Geltung hat (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N. 184 ff.; weiterführend: VGE 23250 vom 3.9.2008, E. 4.5.2).

5.2 Die Appellantin sieht die übermässige Bindung vor allem darin, dass das Grundstück erst im Jahr 2040 abgetreten werden sollte. Diese Verpflichtung stelle ein unentgeltliches Kaufrecht zu Gunsten der Gemeinde dar, wie es heute auf höchstens 10 Jahre abgeschlossen werden könne. Auch wenn das frühere Recht keine solche Befristung gekannt habe, bedeute dies nicht, dass Kaufrechte damals auf unbestimmte Zeit gültig gewesen wären. Die vereinbarte Abtretung nach rund 65 Jahren habe erhebliche Verpflichtungen mit sich gebracht, ohne dass funktionelle oder sachliche Gründe dafür bestanden hätten (Appellation, Rz. 31). Zu den Verpflichtungen gehörten die Gebäudeversicherung, verschiedene Gebühren, Einkommens-, Vermögens- und Erbschaftssteuern, der Gebäudeunterhalt sowie die Beteiligung an Kosten für Erneuerungsarbeiten an umliegenden Strassen und der Kanalisation; schliesslich sei es der Erbgemeinschaft nicht gestattet gewesen, das Grundstück wirtschaftlich zu nutzen, z.B. mit Hypotheken zu belasten, da dies einer Wertminderung gleichgekommen wäre. Die sofortige Abtretung wäre damit deutlich vorteilhafter gewesen (Appellation, Rz. 35 f.). Mit Blick auf den Anstieg der Grundstückswerte stehe die Gegenleistung der Gemeinde in einem erheblichen Missverhältnis zum jetzigen oder zu dem per Ende 2040 bestehenden Verkehrswert des Grundstücks.

5.3 Vorliegend wurde kein «unentgeltliches Kaufrecht» vereinbart, sondern eine zweiseitige Vereinbarung abgeschlossen, die als Leistung der Appellantin unter anderem die Übertragung der Parzelle Nr. 1___ an die Gemeinde per Ende 2040 vorsah. Aus dem zitierten BGE 138 III 659, wo es um die Befristung von Kaufrechten unter übergangsrechtlichen Gesichtspunkten ging, kann die Appellantin daher von vornherein nichts für sich ableiten. Es erübrigt sich, darauf weiter einzugehen. Die zur

Diskussion stehende Abtretungsverpflichtung kann am ehesten mit einer Nutzniessung verglichen werden, welche von Gesetzes wegen für (maximal) 100 Jahre zulässig ist (Art. 749 Abs. 2 ZGB). Gleiches gilt beispielsweise für Baurechtsverträge (Art. 779I Abs. 1 ZGB). Der 1976 vereinbarte Abtretungszeitpunkt im Jahr 2040 vermag deshalb für sich betrachtet keine übermässige Bindung zu begründen. Eine solche könnte höchstens darin liegen, dass die Appellantin während dieser Zeit Leistungen zu erbringen gehabt hätte, die von ihrer Intensität her in keinem vernünftigen Verhältnis zu den Gegenleistungen der Gemeinde stehen. Diese Voraussetzung ist offenkundig nicht erfüllt: Die Verpflichtung zur Übertragung der Parzelle Nr. 1___ nach 65 Jahren ist Bestandteil eines zweiseitigen Vertrags, wonach die Gegenleistung der Gemeinde namentlich in der Um- und Einzonung verschiedener Grundstücke der Erbgemeinschaft bestand. Die Erbgemeinschaft konnte dadurch verschiedene Grundstücke überbauen oder zu Baulandpreisen verkaufen. Die Gemeinde legt im Übrigen plausibel dar, dass die Abtretung im Jahr 2040 auf die ungefähre Lebensdauer des Gebäudes abgestimmt ist (Appellationsantwort, Rz. 4.5). Damit gingen für die Erbgemeinschaft nicht in erster Linie Verpflichtungen einher. Vielmehr wurde auf die Interessen der damaligen Eigentümerschaft Rücksicht genommen. Inwiefern gewisse Einschränkungen der Nutzungsmöglichkeit wie etwa die fehlende Möglichkeit, die Liegenschaft mit Hypotheken zu belasten, eine übermässige Bindung darstellen sollen, ist nicht ersichtlich. Auch dass mit der Vereinbarung eine Unterhaltungspflicht des Gebäudes verbunden gewesen wäre, geht weder aus der Vereinbarung noch aus anderen Beweismitteln hervor. Entgegen der Behauptung der Appellantin «musste» das Gebäude nicht entsprechend dem baulichen Charakter unterhalten werden (vgl. Appellation, Rz. 31/IX), sondern es «konnte» bzw. durfte (nur) unterhalten, nicht aber ersetzt werden (vgl. Ziff. 3.2 der Vereinbarung). Ob diese Regelung sinnvoll und für die Appellantin insgesamt vorteilhaft war, muss hier nicht beurteilt werden. Jedenfalls sind nahezu alle Aufwendungen, welche die Appellantin anführt, mit der Nutzung der Liegenschaft verbunden, und können mithin nicht ernsthaft als Grundlage für eine übermässige Bindung angeführt werden. Im Übrigen legt die Appellantin nicht dar, dass sie im Vorfeld der Veräusserung an Dritte im Jahr 2004 irgendwelche Anstrengungen unternommen hätte, die Liegenschaft bereits damals (und nicht erst im Jahr 2040) an die Gemeinde abzutreten. Im Gegenteil hielt sie vor dem Verkauf der Liegenschaft gegenüber der Gemeinde ausdrücklich fest, sie sei nicht bereit, zu einer grundbuchlichen Sicherstellung einer früheren Vereinbarung Hand zu bieten oder gar eine Abtretung im Grundbuch eintragen zu lassen. Vor diesem Hintergrund ist ihre Argumentation, die Verpflichtung zur Abtretung im Jahr 2040 habe eine übermässige

Bindung dargestellt, widersprüchlich. Auch die Entwicklung der Grundstückspreise ist nicht geeignet, ein erhebliches Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung zu begründen. Ob ein solches vorliegt, beurteilt sich allein aufgrund des Grundstückswerts im Zeitpunkt des Abtretungsvertrags 1976. Sowohl die Aussicht auf eine Wertsteigerung als auch das Risiko eines Wertverlusts lagen seither nicht mehr bei der Appellantin, sondern bei der EG Ittigen. Im Übrigen kann nach allgemeiner Erfahrung ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass auch die von der Gemeinde im Gegenzug für die Landabtretung eingezonten Grundstücke der Erbengemeinschaft im Lauf der Zeit an Wert gewonnen haben, wie die Gemeinde zu Recht anmerkt (Appellationsantwort, Rz. 4.7).

5.4 Anzumerken bleibt, dass die von der Appellantin in Tabellenform dargestellte Übersicht über die jeweiligen Leistungen der Parteien (vgl. Appellation, Rz. 39) keine Rückschlüsse auf deren Wert zulässt. Soweit sich die Appellantin sodann unter dem Titel «übermässige Bindung» nach Art. 27 ZGB sinngemäss auch auf eine Übervorteilung nach Art. 21 OR wegen eines offenbaren Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung beruft, sind ihre Ausführungen zu wenig substantiiert, sodass darauf nicht näher einzugehen ist.

6.

6.1 Die Appellantin macht weiter geltend, der Anspruch der Gemeinde auf Abtretung des Grundstücks sei bereits verjährt gewesen, als sie dieses veräussert habe, bzw. die Gemeinde habe auf ihren Anspruch verzichtet. Würde diese Auffassung zutreffen, vermöchte die Veräusserung im Jahr 2004 keine Schadenersatzpflicht der Appellantin auszulösen. – Grundlage für die Beurteilung bildet Ziff. 12 der Vereinbarung 1976 mit folgendem Inhalt:

«Der Grundeigentümer verpflichtet sich, zur Sicherstellung der Vereinbarung nach deren Rechtskraft, auf erste Aufforderung hin zum Abschluss der notwendigen Dienstbarkeits- und Abtretungsverträge Hand zu bieten. Er ermächtigt die Viertelsgemeinde Ittigen, die diesbezüglichen grundbuchlichen Eintragungen zulasten der entsprechenden Parzellen und zugunsten der Viertelsgemeinde Ittigen auf ihre Kosten vornehmen zu lassen.»

Die Vorinstanz hat erwogen, dem Wortlaut lasse sich nicht klar entnehmen, wann die Umsetzung der Abtretungsverpflichtung hätte erfolgen sollen. Den wirklichen Parteiwillen zu ergründen, erscheine aufgrund des lange zurückliegenden

Vertragsabschlusses schwierig. Betrachte man jedoch die Übertragung desjenigen Teils der Parzelle Nr. 1___, auf dem der Coop-Pavillon gestanden habe (heutige Parzelle Nr. 8___), so stelle man fest, dass der entsprechende Abtretungsvertrag erst am 5. Mai 1978 abgeschlossen worden sei, mithin knapp zwei Jahre nach Abschluss der Vereinbarung 1976 und kurz vor dem darin genannten Abtretungstermin. Es erscheine somit plausibel, dass die Meinung bestanden habe, mit der Umsetzung der Vereinbarung 1976 bis zum vereinbarten Abtretungstermin zuzuwarten. Aufgrund der langen Dauer der Verpflichtung sei zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses davon auszugehen gewesen, dass die verfügungsberechtigten Personen bis zur effektiven Übertragung der Parzelle wechseln würden. Da die im Jahr 2040 Berechtigten vom Grundbuchamt ohnehin um Zustimmung zur Übertragung angefragt worden wären, sei es naheliegend gewesen, dass auch die Umsetzung der Vereinbarung 1976 erst im Jahr 2040 durch Abschluss eines Abtretungsvertrags erfolgen sollte. Die Appellantin stellt sich dagegen auf den Standpunkt, die Gemeinde hätte sofort nach Rechtskraft der Vereinbarung den Abschluss der notwendigen Dienstbarkeits- und Abtretungsverträge verlangen können und die Erbgemeinschaft wäre verpflichtet gewesen, «zum Abschluss der notwendigen Dienstbarkeits- und Abtretungsverträge Hand zu bieten und die Parzelle Nr. 1___ samt Gebäude auf die Viertelsgemeinde Ittigen zu übertragen». Zu diesem Zeitpunkt habe die Verjährung zu laufen begonnen, womit allfällige vertragliche Ansprüche mit Ablauf von 10 Jahren seit Inkrafttreten der Vereinbarung verjährt seien (Appellation, Rz. 53 ff.).

6.2 Es mag, wie die Appellantin ausführt, wohl zutreffen, dass die Gemeinde ihren Anspruch auf Abtretung des Grundstücks durch Eintragung im Grundbuch (Abschluss eines Dienstbarkeitsvertrags) hätte sicherstellen können. Der Verzicht der Gemeinde hierauf lässt ihren obligatorischen Anspruch gegenüber der Appellantin indes unberührt. Der Umstand, dass die Gemeinde der Appellantin mit Schreiben vom 19. April 2004 mitteilte, sie beabsichtige nun, von dem ihr zugesicherten Recht Gebrauch zu machen und die vereinbarte Abtretung (als Anmerkung) im Grundbuch eintragen zu lassen, sagt mithin nichts darüber aus, wann der Anspruch auf Abschluss des Abtretungsvertrags zur Vereinbarung 1976 und Vollzug des Verfügungsgeschäfts fällig geworden ist.

6.3 Zur Verjährung haben die Parteien in der Vereinbarung 1976 nichts geregelt. Es ist deshalb auf die (dispositive) zivilrechtliche Regelung zurückzugreifen, die vermutungsweise den mutmasslichen Parteiwillen wiedergibt (vgl. hinten E. 8.1): Bei

der Vereinbarung 1976 handelte es sich um den Grundvertrag (vorne E. 3.2). Er kann im hier interessierenden Zusammenhang mit einem Vorvertrag verglichen werden, dessen Wirkung vom Eintritt weiterer Bedingungen abhängig gemacht wurde, insbesondere von der Genehmigung des Zonenplans durch die kantonale Baudirektion (vgl. auch BGE 122 I 328 E. 4f). Ansprüche aus Vorverträgen nach Art. 22 OR verjähren nach der allgemeinen zivilrechtlichen Regelung in zehn Jahren ab Fälligkeit der Forderung (Art. 127 i.V.m. Art. 130 Abs. 1 OR), wobei die Frist sowohl für Kontrahierungs- als auch für Schadenersatzansprüche ab dem verabredeten Kontrahierungszeitpunkt läuft (Eugen Bucher, in Basler Kommentar, 5. Aufl. 2011, Art. 22 OR N. 52). Entscheidend ist somit der massgebliche Kontrahierungszeitpunkt, ab welchem die Gemeinde den Abschluss des Abtretungsvertrags (zweiter Schritt) verlangen konnte. Nicht zu überzeugen vermag diesbezüglich das Argument der Appellantin, dass die Abtretung per 31. Dezember 2040 vorgesehen gewesen sei und die Übertragung daher früher und mithin sofort, d.h. bereits 1976 hätte verlangt werden und erfolgen können. Es leuchtet ohne weiteres ein, dass es nicht dem Willen der Vertragsparteien entsprach, dass die Gemeinde sofort nach Rechtskraft der Vereinbarung den Abschluss eines Abtretungsvertrags hätte verlangen können. Ansonsten wäre nämlich die Verpflichtung der Erbgemeinschaft überflüssig gewesen, die Abtretungsverpflichtung bei der Weiterveräusserung mitzuübertragen. Diese Verpflichtung diene dem Schutz der Gemeinde im Fall von allfälligen Handänderungen, da auf die lange Zeitdauer hinaus nicht absehbar war, in wessen Eigentum sich die Liegenschaft später befinden würde. Ob es grundbuchrechtlich überhaupt möglich gewesen wäre, das Eigentum am Grundstück bereits 1976 abzutreten, wobei Nutzen (und Gefahr) erst rund 65 Jahre später übergehen sollten, ist höchst fraglich. In Bezug auf den vorgesehenen Kontrahierungszeitpunkt überzeugt der von der Vorinstanz angestellte Vergleich mit der Übertragung des ersten Parzellenteils, die kurz vor dem vereinbarten Abtretungstermin stattfand. Da die Abtretung somit vor 2040 nicht verlangt werden konnte, ist die Fälligkeit nicht schon im Jahr 1976 eingetreten und die vertraglichen Ansprüche der Gemeinde waren nicht verjährt, als die Appellantin das Grundstück im Jahr 2004 veräusserte. Durch den Verkauf des Grundstücks war die Realerfüllung nicht mehr möglich, womit aus dem Abtretungsvertrag nur noch allfällige Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden können (vgl. dazu insbesondere hinten E. 8). Die Frist dafür begann mit der Vertragspflichtverletzung, d.h. mit der Veräusserung im Jahr 2004 zu laufen (vgl. BGE 137 III 16 E. 2.4.1), womit die Verjährung im Zeitpunkt der Klageeinreichung noch nicht eingetreten war.

7.

7.1 Die Appellantin ist der Auffassung, die Vereinbarung 1976 mit Nachtrag 1985 sei wegen Schlechterfüllung der Gemeinde dahingefallen, weil das tatsächlich realisierbare wesentlich vom vereinbarten Bauvolumen abgewichen sei. Ziff. 3 des Nachtrags sieht diesbezüglich Folgendes vor:

«Der vorliegende Nachtrag zur Vereinbarung vom 3. Juni 1976 wird im Hinblick auf die Überbauung der Parzellen Nrn. 2___ und 7___ abgeschlossen.

Das vorgesehene Bauvolumen ist in einem diesem Nachtrag zur Vereinbarung vom 3. Juni 1976 beigelegten Plan dargestellt. Sofern das Bauvolumen wesentlich davon abweicht, fallen die Vereinbarung vom 3. Juni 1976 und der vorliegende Nachtrag dahin. Der Plan mit dem eingezeichneten Bauvolumen ist Bestandteil der Vereinbarung vom 3. Juni 1976 und dem vorliegenden Nachtrag.»

Die Vorinstanz hat Folgendes ausgeführt: Gemäss Überbauungsplan Nr. 150 befindet sich die Parzelle Nr. 2___ einerseits in der Kernzone K und andererseits in der Wohnzone W4 und als Ganzes in der Zone für Gesamtüberbauungen. Die gesamte Nutzungsfläche habe gemäss Überbauungsplan rund 10'000 m² betragen. Der südwestliche Teil der Parzelle Nr. 7___ habe sich in der Wohnzone W3 und in der Zone GüB 14 befunden mit einer nutzbaren Bruttogeschossfläche von 5'978 m², der Ostteil der Parzelle sei – ohne Festlegung einer Bruttogeschossfläche – in der Gewerbezone G verblieben (vgl. Zonenplan 1976; Replikbeilage 2). Der Zonenplan sei mit der Genehmigung durch die kantonale Baudirektion in Rechtskraft erwachsen. Aufgrund der letzten Zonenplanrevision im Jahr 2008 könne auf der Parzelle Nr. 7___ eine Bruttogeschossfläche von 18'672 m² realisiert werden. Das zulässige Bauvolumen liege damit über der im Zeitpunkt des Nachtrags 1985 nutzbaren Fläche von 5'978 m². Damit liege eine Vergrösserung des Bauvolumens zu Gunsten der Appellantin vor, welche kein Dahinfallen der Vereinbarung 1976 mit Nachtrag 1985 bewirke.

7.2 Die Appellantin bemängelt, die Vorinstanz habe die (fehlende) Abweichung des Bauvolumens nur in quantitativer, nicht aber in qualitativer Hinsicht untersucht. Die Ortsplanungsrevision 1993 habe es beim Grundstück Nr. 7___ mit einer Vergrösserung der Freifläche entlang der Aare verunmöglicht, an dieser attraktiven Lage Überbauungen zu errichten (Appellation, Rz. 64). Stattdessen sei direkt an der Worblaufenstrasse eine Terrassenüberbauung mit sehr hoher Dichte zur Diskussion gestanden, was zu erheblichem Schattenwurf, weniger Intimsphäre, einer höheren Lärmbelastung durch die Nachbarschaft und anderen Unannehmlichkeiten geführt

hätte. Diese qualitativen Einschränkungen wären ohne die Freifläche erheblich geringer ausgefallen (Appellation, Rz. 66). Zudem befinde sich die Parzelle seit der Ortsplanungsrevision 1993 in einer Zone mit Planungspflicht (ZPP C) mit besonderen Vorschriften hinsichtlich Planungszweck, Art und Mass der Nutzung, Gestaltung, Erschliessung sowie Lärmempfindlichkeit (Appellation, Rz. 67 ff.). Die Freihaltung des Hangfusses und die Flächen für die Freizeitnutzung stellten nunmehr höchste Ansprüche an eine mögliche Überbauung (landschaftlich, städtebaulich, Lärmimmissionen). Dementsprechend habe die Liegenschaft bis heute nicht überbaut werden können.

7.3 Die Gemeinde hält dem entgegen, die Parteien seien in der Vereinbarung 1976 von einer infolge der Einzonungen realisierbaren BGF von rund 16'000 m² ausgegangen. Nach geltender baurechtlicher Ordnung könnten allein auf der Parzelle Nr. 7___ noch 18'672 m² BGF realisiert werden, nachdem mit der Überbauung des Nordwestteils bereits 10'000 m² realisiert worden seien. Damit habe die Gemeinde in quantitativer Hinsicht eine massive Ausdehnung der ursprünglich geplanten Nutzung ermöglicht. Die Zuweisung der Parzelle Nr. 7___ in eine ZPP sei der Sache nach nichts anderes als die bereits 1976 erfolgte Einteilung in eine Zone für Gesamtüberbauungen und könne daher (in qualitativer Hinsicht) keine veränderten Verhältnisse darstellen. Das Grundstück sei mithin stets mit der Pflicht zum Durchlaufen eines nachträglichen Planungsverfahrens belegt gewesen. Auch die geringfügige Ausdehnung der Freifläche entlang der Aare 1993 stelle keine Schlechterfüllung der Gemeinde oder Benachteiligung der Appellantin dar, zumal die Nutzungsmöglichkeiten massiv erhöht wurden. Die Gemeinde habe somit die Einzonungen als Grundlage für die Mehrwertabschöpfung vorgenommen und bis heute aufrechterhalten.

7.4 Ob «qualitative Einschränkungen» überhaupt eine Schlechterfüllung durch die Gemeinde begründen könnten, erscheint fraglich, bezieht sich doch der Begriff «Bauvolumen» im Sinn von Ziff. 3 des Nachtrags 1985 von seinem Wortlaut her allein auf quantitative Aspekte. Wie es sich damit verhält, kann aufgrund der nachfolgenden Erwägungen offenbleiben. In quantitativer Hinsicht gingen die Parteien für die Parzellen Nrn. 2___ und 7___ insgesamt unbestrittenerweise von einer BGF von rund 16'000 m² aus. Dazu kam die Gewerbezone (Parzelle Nr. 7___), wo die Bruttogeschossfläche nicht beziffert wurde. Die im Plan skizzierten Nutzungsmöglichkeiten wurden in die Ortsplanung 1976 übernommen, auch bezüglich der Ausnutzungsziffern ergaben sich keine Abweichungen. Aufgrund der Einzonungen

konnten die Grundstücke Nrn. 2___ sowie 4___ und 5___ (damals noch Parzelle Nr. 2___) überbaut werden. Die Parzelle Nr. 7___ hat die Erbengemeinschaft bereits im Jahr 1984 und damit lange vor den angeführten Planungsmassnahmen verkauft. Dass die Freifläche in der Ortsplanungsrevision 1993 ausgedehnt wurde, ist für die Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit darum nicht relevant. Jedenfalls hätte die Appellantin darlegen müssen, inwiefern sich allfällige planungsrechtliche Massnahmen nach dem Landverkauf noch zu ihren Ungunsten auf die Vereinbarung 1976 auswirkten. Weiter ist anzumerken, dass bereits mit Vereinbarung 1976 der südliche Teil der Parzelle Nr. 7___ entlang der Aare als Freifläche zur unentgeltlichen Nutzung der Gemeinde zugewiesen wurde. Es bestand somit gar nicht die Absicht, in diesem Bereich eine Überbauung zu realisieren. Hinzu kommt schliesslich, dass mit der Einzonung – auch wenn hierfür eine Abgeltung geleistet wird – keine «ewige» Wertgarantie verbunden ist, wie die Gemeinde zu Recht bemerkt (BGE 122 I 328 E. 4; vgl. auch BGer 1A.215/1997 vom 25.2.1998, in ZBI 1999 S. 542 E. 6b zum «dynamischen Charakter» von Nutzungsplänen). Es kann mithin nicht von einer Schlechterfüllung durch die Gemeinde gesprochen werden, welche die Einzonungen gemäss Vereinbarung vorgenommen und der Erbengemeinschaft damit die Überbauung bzw. den Verkauf mehrerer Parzellen zu entsprechenden Baulandpreisen ermöglicht hat.

8.

Die Vorinstanz ist somit zu Recht von einem gültigen öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen der Viertelsgemeinde Ittigen und der Erbengemeinschaft ausgegangen. Die vertraglichen Rechte und Pflichten sind auf die EG Ittigen und auf die Appellantin als jeweilige Rechtsnachfolgerinnen der Viertelsgemeinde bzw. der Erbengemeinschaft übergegangen. Die EG Ittigen verlangt Schadenersatz gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR, weil die Appellantin die Parzelle Nr. 1___ ohne Überbindung der Abtretungspflicht an Dritte veräussert und dadurch ihre Verpflichtung gemäss Vereinbarung 1976 nicht erfüllt habe.

8.1 Da das öffentliche Recht keine Regelung über die Folgen von Vertragsverletzungen enthält und die Parteien in der streitigen Vereinbarung nichts geregelt haben, kann Art. 97 Abs. 1 OR als subsidiäres kantonales Recht (und als Ausdruck des «hypothetischen Parteiwillens») analog herangezogen werden (vgl. BGE

122 I 328 E. 7b; VGE 21375 vom 15.1.2003, E. 8c; Thomas Müller-Tschumi, Leistungsstörungen bei verwaltungsrechtlichen Verträgen, in Häner/Waldmann [Hrsg.], Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, 2007, S. 69 und 83 mit Hinweis). Art. 97 Abs. 1 OR lautet wie folgt:

Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.

Für eine Haftung nach Art. 97 Abs. 1 OR ist damit zunächst erforderlich, dass die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden kann. Die Bestimmung findet mit Ausnahme des Schuldnerverzugs, der nach einzelnen Lehrmeinungen ausschliesslich über Art. 107 OR erfasst wird, Anwendung auf alle Fälle der nicht gehörigen Erfüllung oder positiven Vertragsverletzung (Wolfgang Wiegand, a.a.O., Art. 97 OR N. 1 f.; vgl. auch BGE 137 III 16 E. 2.3 mit Hinweisen). Sofern im Zeitpunkt einer positiven Vertragsverletzung für alle Beteiligten erkennbar ist, welcher Schaden in welcher Frist auftreten wird, führt der mit der Vertragsverletzung einsetzende Fristenlauf der Verjährung zu keinen wesentlichen Schwierigkeiten, selbst wenn der Schaden erst lange nach Ablauf der Verjährungsfrist eintritt, da dieser zukünftige Schaden abgeschätzt, eingeklagt und zugesprochen werden kann. In derartigen Fällen besteht objektiv kein Grund, mit der Schadensliquidation bis zum Schadenseintritt zuzuwarten (BGE 137 III 16 E. 2.4.1 [betreffend Asbestopfer]).

8.2 Eine Haftung nach Art. 97 Abs. 1 OR setzt sodann das Bestehen eines Schadens, die Kausalität zwischen der schädigenden Handlung und dem Eintritt des Schadens sowie ein Verschulden voraus. Das Verschulden wird nach Art. 97 Abs. 1 OR vermutet, wobei der Schädigerin oder dem Schädiger der Nachweis offensteht, dass sie oder ihn keinerlei Verschulden trifft. Schaden ist nach ständiger Rechtsprechung die ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen und entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BVR 2008 S. 163 E. 7.1; BGE 132 III 186 E. 8.1, 132 III 359 E. 4).

8.3 Die Appellantin bestreitet den Eintritt eines Schadens sowie die Fälligkeit allfälliger Ansprüche. Sie macht geltend, die Primärpflicht sei durch die Veräusserung nicht (objektiv) unmöglich geworden, sondern könne von ihr noch bis Ende 2040 erfüllt werden. Erst wenn der definitive Ausfall der Primärpflicht feststehe, könne die

Gemeinde einen Sekundäranspruch auf Schadenersatz geltend machen. Selbst wenn sie die Vereinbarung 1976 verletzt hätte, wäre demnach der Gemeinde noch kein Schaden entstanden. Im Übrigen hätte die Gemeinde ihre Rechte aus einer allfälligen (antizipierten) positiven Vertragsverletzung verwirkt, da sie nicht unverzüglich den Vertragsrücktritt erklärt habe (Appellation, Rz. 73 ff.; vgl. auch Rz. 88).

8.4 Zunächst ist auf die Möglichkeit bzw. Unmöglichkeit der Vertragserfüllung einzugehen.

8.4.1 Kann die Erfüllung einer Forderung nach Vertragsschluss überhaupt nicht mehr bewirkt werden, liegt ein Fall nachträglicher Unmöglichkeit vor. Dabei ist zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit zu unterscheiden. Erstere ist gegeben, wenn niemand mehr in der Lage ist, die Forderung zu erfüllen; Letztere, wenn die Erfüllung zwar an sich möglich, aber die Schuldnerin oder der Schuldner dazu ausserstande ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann das Leistungshindernis in der nachträglich weggefallenen Verfügungsmacht der Schuldnerin oder des Schuldners über den Leistungsgegenstand bestehen. Dabei ist einschränkend zu präzisieren, dass das Leistungshindernis für die Schuldnerin oder den Schuldner erst dann unüberwindbar wird, wenn diese bzw. dieser überhaupt keine Möglichkeit mehr hat, die Verfügungsmacht zurückzuerlangen oder die zur Leistungserfüllung notwendigen Zustimmungen der Verfügungsberechtigten einzuholen (BGE 138 III 659, nicht publ. E. 5.2 [BGer 4A_189/2012 vom 2.10.2012], 135 III 212 E. 3.1 mit weiteren Hinweisen; Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2012, S. 457 mit weiteren Hinweisen).

8.4.2 Vorliegend ist mit dem Verkauf der per Ende 2040 abzutretenden Liegenschaft an Dritte die Vertragserfüllung aus Sicht der Appellantin nachträglich subjektiv unmöglich geworden: Rein theoretisch ist zwar denkbar, dass die Appellantin die Liegenschaft bis im Jahr 2040 wieder erwerben und diese der Gemeinde unentgeltlich abtreten würde. Diese Möglichkeit ist aber mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen, da der Appellantin die Verfügungsmacht über das Grundstück fehlt und nicht ernsthaft damit gerechnet werden kann, dass sie diese zurückerlangen kann und wird. Wie die Gemeinde zutreffend bemerkt, ist die Situation mit dem Doppelverkauf einer «Speziessache» vergleichbar, bei dem die Lehre ebenfalls von einer subjektiven Unmöglichkeit der Schuldnerin oder des Schuldners ausgeht (vgl. etwa Simone Gloor, Das vertragliche Übernahmeverschulden – Einordnung und Erweiterung zur fahrlässigen Leistungsübernahme, Diss. Zürich 2012,

S. 81; vgl. zur Schadenersatzpflicht beim Doppelverkauf eines Grundstücks auch BGE 137 III 293 E. 2.1 mit Hinweisen, ferner 114 II 329 E. 2a; BGer 4C.273/2002 vom 28.11.2002, E. 3.2). Da die Appellantin nicht mehr Eigentümerin des Grundstücks ist, kann sie die ihr obliegende Leistungspflicht offensichtlich nicht erfüllen (vgl. BGer 20.7.1981, in ZBI 1982 S. 72 E. 2 [betreffend Abtretung von Land als Realersatz im Rahmen eines Enteignungsvertrags]). Ferner handelt sie widersprüchlich, wenn sie sich im Jahr 2004 ausdrücklich weigerte, für eine Abtretung oder Sicherstellung Hand zu bieten, sich aber gleichzeitig darauf beruft, sie könne die Liegenschaft bis im Jahr 2040 immer noch abtreten. Durch den Verkauf an Dritte ohne Übertragung der Abtretungspflicht hat sie ihren Willen, die obligatorische vertragliche Verpflichtung nicht zu erfüllen, klar zum Ausdruck gebracht. Sie ist somit weder in der Lage noch gewillt, die vertragliche Leistung zu erbringen, womit von einer dauerhaften subjektiven Unmöglichkeit der Vertragserfüllung auszugehen ist.

8.4.3 Wie die Vorinstanz zutreffend erkannt hat, hat die Appellantin eine positive Vertragsverletzung begangen, indem sie die Liegenschaft veräusserte, ohne die Pflicht zur Abtretung des Grundstücks an die Gemeinde auf die Käuferschaft zu übertragen (vgl. Ziff. 11 der Vereinbarung 1976). Als Folge der Nichterfüllung dieser Verpflichtung kann die Gemeinde Schadenersatzansprüche gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR geltend machen.

8.5 Es fragt sich, ob der Gemeinde ein Schaden entstanden ist und entsprechende Ansprüche auch fällig sind.

8.5.1 Hierzu hat die Vorinstanz erwogen, dass die Verpflichtung zur Abtretung einer Liegenschaft im Jahr 2040 ein bedingtes Recht bzw. eine konkrete Anwartschaft darstelle, die für die Gemeinde bereits zum aktuellen Zeitpunkt einen finanziellen Wert verkörpere. Das Recht bzw. die Anwartschaft sei unter den gegebenen Umständen erloschen. Dementsprechend sei der Gemeinde ein Schaden entstanden. – Die Appellantin bringt dagegen vor, der Gemeinde sei durch den Verkauf der Liegenschaft kein Schaden entstanden, weil ihr Vermögen vor und nach dem Verkauf gleich gross sei. Ein allfälliger Schaden könne erst im Jahr 2040 entstehen.

8.5.2 Für die Entstehung des Schadenersatzanspruchs und die Berechnung des Schadens ist der Zeitpunkt massgebend, in dem der Schuldner oder die Schuldnerin die Verpflichtung hätte erfüllen sollen (BGE 109 II 474 E. 3; Wolfgang Wiegand, a.a.O., Art. 97 OR N. 51 mit Hinweisen). Es wurde bereits ausgeführt, dass die Erfüllung der

Verpflichtung, nämlich die Abtretung der Liegenschaft im Jahr 2040, für die Appellantin nicht mehr möglich ist. Die Unmöglichkeit der Leistung führt dazu, dass die Schadenersatzpflicht anstelle der Primärpflicht tritt. Wenn die Sicht der Appellantin zutreffen würde, wäre die obligatorische Vereinbarung auf Übertragung des Grundstücks wertlos gewesen. Dass das Abtretungsrecht einen Wert aufweist, zeigt sich bereits daran, dass das Grundstück ohne die Abtretungsverpflichtung im Jahr 2004 zum Preis von Fr. 950'000.-- verkauft wurde. Die Appellantin räumt ein, dass es mit der Verpflichtung faktisch nicht möglich gewesen wäre, das Objekt zu verkaufen (vgl. Appellation, Rz. 31 S. 13). Indem die Appellantin das Grundstück veräusserte, ohne die Vereinbarung auf die neuen Eigentümer zu übertragen, kann sie ihre vertragliche Verpflichtung nicht mehr erfüllen. Der Verlust des vertraglichen Anspruchs auf Übertragung der Liegenschaft im Jahr 2040 kann insofern als entgangener Gewinn qualifiziert werden. Demnach ist der Gemeinde ein Schaden entstanden, welcher abgeschätzt werden kann, womit die entsprechenden Ansprüche auch fällig sind. In diesem Zusammenhang bleibt noch anzufügen, dass sich die Appellantin auch insofern widersprüchlich verhält, als sie sich einerseits auf die Verjährung sämtlicher Ansprüche beruft mit der Begründung, die Gemeinde hätte die Vertragserfüllung unmittelbar nach Abschluss der Vereinbarung 1976 verlangen können, andererseits aber behauptet, der Anspruch sei noch gar nicht fällig.

8.6 Erforderlich ist sodann die Kausalität zwischen der Vertragsverletzung und dem Eintritt des Schadens. Diesbezüglich ist die Vorinstanz zum Schluss gelangt, die Appellantin sei ihrer Verpflichtung zur Übertragung der Abtretungsverpflichtung nicht nachgekommen und habe dadurch den Schaden verursacht. Die Vertragsverletzung sei nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet, den eingetretenen Schaden herbeizuführen (E. 7.4 des Urteils). Die Appellantin hält dem entgegen, indem die Gemeinde darauf verzichtet habe, innerhalb von 10 Jahren, d.h. der angeblichen Verjährungsfrist, seit Inkrafttreten der Vereinbarung 1976 die Erbengemeinschaft zur grundbuchlichen Sicherstellung aufzufordern oder einen separaten und öffentlich zu beurkundenden Abtretungsvertrag abzuschliessen, habe sie die Kausalität unterbrochen. Die Gemeinde habe diese Massnahmen selbst dann nicht in Betracht gezogen, als sie von den Verkaufsabsichten der Appellantin erfahren habe, womit die adäquate Kausalität durch Selbstverschulden der Gemeinde unterbrochen worden sei. – Diesen Vorbringen kann nicht gefolgt werden: Dass die Gemeinde die Abtretung der Liegenschaft nicht bereits unmittelbar nach Rechtskraft der Vereinbarung 1976 verlangen konnte, wurde bereits im Zusammenhang mit der Verjährung aufgezeigt (vorne

E. 6.3). Die Appellantin verletzte eine Vertragsbestimmung, die dem Schutz der Gemeinde vor der Veräusserung der Liegenschaft durch die Erbengemeinschaft diene. Wer eine solche Vertragspflicht verletzt und damit einen Schaden bewirkt, kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, die Gegenpartei habe nicht die erforderlichen Schutzmassnahmen zur Abwehr dieses Schadens getroffen. Von einem Selbstverschulden der Gemeinde ist unter diesen Voraussetzungen nicht auszugehen (vgl. dazu BVR 2014 S. 297 E. 6.3.2).

8.7 Schliesslich bestreitet die Appellantin, dass ihr ein Verschulden anzulasten sei. Sie sei in rechtlichen Fragen gänzlich unerfahren und habe sich beim Verkauf der Liegenschaft auf den Rat des Notars verlassen, der sie auch an der Beurkundung vertreten habe. Der Notar habe sie dahingehend beraten, dass die Gemeinde über keine vertraglichen Ansprüche mehr verfüge (Klagebeilage 7). Sowohl er als auch der verurkundende Notar hätten die Übertragung von Ziff. 11 der Vereinbarung 1976 für entbehrlich gehalten, insbesondere weil sie von der Verjährung ausgegangen seien. Darauf habe sie sich als damals 64- und heute fast 73-jährige Frau verlassen dürfen. Überdies treffe die Gemeinde ein erhebliches Mit- bzw. Selbstverschulden, da sie mögliche Sicherungsmassnahmen unterlassen habe. – Die Appellantin stand vor der Veräusserung im Schriftenwechsel mit der Gemeinde, die auf ihren Anspruch aus der Vereinbarung 1976 bestand. Die Handlungen und das Wissen ihres Vertreters hat sich die Appellantin anrechnen zu lassen (vgl. etwa auch Roland Brehm, Berner Kommentar, 4. Aufl. 2013, Art. 60 OR N. 23; BGer 4A_647/2010 vom 4.4.2011, E. 3.1). Inwiefern ihr Alter etwas ändern sollte, ist nicht ersichtlich. Dass die Gemeinde kein Mitverschulden trifft, wurde bereits ausgeführt (vorne E. 8.6). Die Appellantin hat damit den von ihr verursachten Schaden zu vertreten.

8.8 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Veräusserung des Grundstücks ohne Überbindung der (obligatorischen) Abtretungspflicht zur nachträglichen Unmöglichkeit der Vertragserfüllung geführt hat bzw. dass eine positive Vertragsverletzung vorliegt. Die von der Appellantin verschuldete Vertragsverletzung hat (kausal) zu einem Schaden der Gemeinde geführt, womit die Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind, wie die Vorinstanz korrekt entschieden hat. Die Appellation erweist sich damit als unbegründet und die Klage vom 17. Juni 2011 ist dem Grundsatz nach gutzuheissen. Soweit die Appellantin schliesslich noch geltend macht, der Schaden sei nicht genügend substantiiert, ist ihr entgegenzuhalten, dass die Gemeinde ihre Forderung beziffert und begründet hat, wobei die Begründetheit der Forderung nicht Gegenstand

des vorliegenden Verfahrens bildet. Die Akten sind mithin zur Fortsetzung des Verfahrens an das RSA Bern-Mittelland zurückzuweisen.

9.

9.1 Die Verfahrens- und Parteikosten im Appellationsverfahren sind nach Massgabe des Obsiegens bzw. Unterliegens der Parteien zu verlegen (Art. 109 Abs. 1 VRPG; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 109 N. 2). Wer als unterliegend bzw. obsiegend zu gelten hat, bestimmt sich aufgrund der Anträge der Parteien, wie sie im Zusammenhang mit der Begründung zu verstehen sind (BVR 2002 S. 381 E. 10b/bb). In der hier zu beurteilenden Frage nach dem Grundsatz der Schadenersatzpflicht unterliegt die Appellantin vollständig, weshalb ihr die Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens aufzuerlegen sind und sie der Gemeinde die Parteikosten zu ersetzen hat (Art. 109 Abs. 1 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG). Art. 104 Abs. 4 VRPG ist im Klageverfahren nicht anwendbar (BVR 2008 S. 5, nicht publ. E. 9.2 [VGE 22765 vom 1.6.2007]; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 104 N. 16, Art. 109 N. 2).

9.2 Ausgangspunkt für die Festlegung der Parteikosten bildet der Streitwert (vgl. Art. 41 Abs. 2 des kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 [KAG; BSG 168.11]; Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und Art. 7 der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes [Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811]). Der Streitwert ist gestützt auf die Angaben der Klägerin (der Gemeinde) zu ermitteln, selbst wenn deren Bezifferung des Schadens zu hoch ausfallen sollte (vgl. Art. 3 PKV i.V.m. Art. 91 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 [Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272]). Diese macht einen Schaden von Fr. 400'000.-- geltend. Bei diesem Streitwert ist für das Honorar ein Rahmen von Fr. 11'800.-- bis Fr. 49'200.-- vorgesehen (Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 PKV). Als Richtlinie bei der Bemessung des Honorars kann – gleich wie nach der Praxis des Verwaltungsgerichts in Enteignungssachen – die interpolierte mittlere Normalgebühr, hier ausmachend Fr. 27'200.--, dienen (BVR 2006 S. 108 E. 4.4; VGE 23265/23266 vom 20.5.2009, E. 2.3 mit weiteren Hinweisen). Gestützt auf Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 PKV wird für die von der bisherigen Anwältin oder vom bisherigen Anwalt geführten Rechtsmittelverfahren bis zu 50 % des Honorars gemäss Art. 5 PKV zugesprochen. Zu beachten ist weiter, dass die Gebühr zu ermässigen ist, wenn wie vorliegend nur über die Grundsatzfrage des Bestehens eines Schadenersatzanspruchs zu befinden ist

(BVR 2008 S. 5, nicht publ. E. 9.3 [VGE 22765 vom 1.6.2007]; BVR 2006 S. 108 E. 4.4 [betreffend materielle Enteignung] mit Hinweis auf BVR 1995 S. 167 E. 3). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts wird für die Behandlung der Grundsatzfrage allein in der Regel die Hälfte der ordentlichen Gebühr gesprochen (VGE 23265/23266 vom 20.5.2009, E. 2.3 mit Hinweisen). Insgesamt erscheint unter diesen Umständen und angesichts der in Art. 41 Abs. 3 KAG genannten Kriterien das vom Rechtsvertreter der Gemeinde beantragte Honorar von Fr. 16'702.50 (zzgl. MWSt) für das verwaltungsgerichtliche Verfahren als zu hoch. Zwar stellten sich zahlreiche schwierige (Rechts-)Fragen; zugleich wurden aber nur ein einfacher Schriftenwechsel und keine Beweismassnahmen durchgeführt. Die Parteikosten für das verwaltungsgerichtliche Verfahren sind somit pauschal auf Fr. 10'000.-- zuzüglich 8 % MWSt, ausmachend insgesamt Fr. 10'800.--, zu bestimmen.

9.3 Die bis dahin aufgelaufenen Verfahrenskosten für das Verfahren vor dem RSA Bern-Mittelland sind ebenfalls der Appellantin aufzuerlegen (Art. 109 Abs. 1 VRPG). Den Parteikostenersatz für das erstinstanzliche Verfahren wird das RSA Bern-Mittelland noch festlegen (vgl. Zwischenentscheid, Ziff. 4).

10.

Das vorliegende Urteil stellt einen letztinstanzlichen kantonalen Entscheid in einer Angelegenheit des öffentlichen Rechts dar, gegen den die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht zulässig ist (Art. 82 Bst. a i.V.m. Art. 86 Abs. 1 Bst. d BGG). Da erst über den Grundsatz der Haftung entschieden wird, handelt es sich um einen Zwischenentscheid nach Art. 93 Abs. 1 BGG, der nur selbständig anfechtbar ist, wenn er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Bst. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Bst. b; grundlegend zur Anfechtung von Zwischentscheiden gemäss BGG: BGE 133 V 477 E. 4.1.3; BVR 2010 S. 411 E. 1.2.2 f.; spezifisch etwa BGer 4A_220/2010 und 4A_222/2010 vom 11.10.2010, E. 3).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Klage vom 17. Juni 2011 wird dem Grundsatz nach gutgeheissen. Die Akten gehen zur Fortsetzung des Verfahrens an das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland.
2. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 6'000.--, werden der Appellantin auferlegt.
3. Die Appellantin hat der Einwohnergemeinde Ittigen für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die Parteikosten, festgesetzt auf Fr. 10'800.-- (inkl. MWSt), zu ersetzen.
4. Die Kosten des Verfahrens vor dem Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'000.--, werden der Appellantin auferlegt.
5. Zu eröffnen:
 - der Appellantin
 - der Einwohnergemeinde Ittigen
 - dem Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland

Der Abteilungspräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.