

Zumutbarkeitsfragen im denkmalrechtlichen Erlaubnisverfahren

BayVBl 2013, 257

von Dr. Dieter J. Martin, Ltd. Akad. Direktor i.R., ehemdem Universität Bamberg

Auslöser der scheinbar unendlichen Diskussionen um die Zumutbarkeit im Denkmalrecht sind fast ausschließlich Klagen auf Abbruch von Bau- und auf Beseitigung von Bodendenkmälern. Die höchst unterschiedlichen Konstellationen der Lebenssachverhalte unter Geltung der trotz einiger Leitentscheidungen der Bundesgerichte keineswegs harmonisierten 16 Denkmalschutzgesetze führen zu einer kaum mehr überschaubaren Vielfalt in der deutschen Rechtsprechung. So können Denkmaleigentümer und Investoren im Ländervergleich nicht mit gleichen oder gleichwertigen Entscheidungen rechnen. Der Beitrag wird damit zu einem Appell zur Vereinheitlichung des Denkmalrechts.

1. Einleitung

Sind die Diskussionen um die Zumutbarkeit im Denkmalrecht eine Chimäre? Homer beschreibt diese als feuerspeiendes Mischwesen mit den drei Köpfen eines Löwen, einer Ziege und einer Schlange, Sisyphos gelang es, sie mit Hilfe des geflügelten Pferds Pegasus zu töten¹. Im übertragenen Sinne bezeichnet der Begriff Chimäre ein Trugbild. Ernst nehmen müssen die nur scheinbar abgeschlossenen Diskurse um die Zumutbarkeit alle Denkmalschützer, weil Behörden und Gerichte oft verunsichert sind und Bau- und Bodendenkmäler zur Beseitigung freigeben. Es scheint, als hätte der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 2.3.1999² Schleusen geöffnet. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof formuliert im vermeintlichen Einvernehmen mit Prozessvertretern und außerbayerischen Gerichten: „Grundsätzlich ausschlaggebend ist, ob sich das Denkmal selbst trägt“; gelegentlich wird dies eingeschränkt auf für eine „geldwerte“ Nutzung bestimmte Denkmäler³. Es ist kein Wunder, dass sich auch weniger denkmalfreundliche Gerichte wie das OVG Rheinland-Pfalz und das VG Saarbrücken mit unzureichenden Formulierungen begnügen wie z.B. „Private Gründe überwiegen das öffentliche Interesse am Erhalt eines Baudenkmals, wenn die Kosten nicht durch Erträge oder den Gebrauchswert

¹ Homer, Ilias 6. Gesang, Verse 179 ff.: „Hieß er jenen zuerst die ungeheure Chimära töten, die göttlicher Art, nicht menschlicher, dort emporwuchs: Vorn ein Löw', und hinten ein Drach', und Geiß in der Mitte, schrecklich umher aushauchend die Macht des lodernden Feuers“. (Übersetzung J.H. Voß 1793).

² Beschl. v. 2.3.1999 Az. 1 BvL 7/91, BVerfGE 100, 226, im Folgenden „BVerfG 1999“, vielfach veröffentlicht u.a. in EzD 1.1 Nr. 7 mit Anm. Martin; Anmerkungen u.a. von Hönes, DStJ 1999/3, 119; Hammer, NVwZ 2000, 46; Ossenbühl, JZ 1999, 899; Schmidt, NJW 1999, 2847 und Martin, Bundesverfassungsgericht contra Denkmalschutz? BayVBl. 2000, 584 ff.

³ Z.B. BayVGH, Urt. v. 27.9.2007 Az. 1 B 00.2474, BayVBl. 2006 m. Anm. Martin unter Hinweis auf OVG NW, Urt. v. 15.8.1997 Az. 7 A 133/95, EzD 5.4 Nr. 3; ebenso VG Regensburg, Urt. v. 20.1.2011 Az. RO 7 K 09.1518, juris. Nota bene: Keiner ernsthaft „geldwerten Nutzung“ dienen u.a. alle kirchlichen Gebäude, Parks, Gärten, Friedhöfe, Verwaltungs- und Versorgungsgebäude (Krankenhäuser usw.), „herrschaftliche Bauten“ wie Schlösser, Burgen, Palais, die meisten landwirtschaftlichen Gebäude, alle Ruinen, die Nur-Denkmäler, alle Grundstücke mit Bodendenkmälern (Ausnahme: Sandgruben); alle beweglichen Denkmäler (Funde, Ausstattung, Zubehör; Ausnahme JU 52).

aufgewogen werden können“⁴. Angesichts dieses vermuteten Konsenses sehen sich die Vertreter der Eigentümer und der Investoren auf sicherem Terrain⁵. Zwar hatte der BayVGH auch schon früher eine Wirtschaftlichkeitsberechnung als maßgeblich angesehen⁶; neuerdings präzisiert er allerdings zum Teil in offenem Widerspruch zu anderen Gerichten seine Berechnungsgrundlagen in Anschluss an eine Dienstanweisung der obersten Denkmalschutzbehörde⁷, die er vollinhaltlich bestätigt und übernimmt⁸.

Erst in jüngster Zeit wurden in Bayern besonders publikumswirksam in Szene gesetzt die Zerstörungen von zwei jeweils 500 Jahre alten Baudenkmalern in Mittelfranken (Rosenzweighaus in Mühlhausen) und Schwaben (Lieber Augustin in Lindau). Im Fall Lindau hatte das zuständige Staatsministerium sogar die Stadt angewiesen, die Erlaubnis nicht zu erteilen⁹. Die Behörden verhalfen dem abbruchwilligen Hotelier letztlich zu einer Erlaubnis ohne jede Berücksichtigung denkmalpflegerischer Belange wie der nicht einmal erörterten Ersatzbebauung in einem der wichtigsten Ensemble Deutschlands und sogar ohne Dokumentation des bis zu einem halben Jahrtausend alten Baubestandes. Wo kein Kläger, da kein Richter – so blieben die beiden genannten bayerischen Fälle ohne richterliche Würdigung, da sich jeweils kein Kläger fand, der versucht hätte, den Weg der noch relativ neu als möglich erkannten Nachbarklage zu beschreiten und die Rechtsprechung vielleicht zu einem neuen Instrument zur Durchsetzung denkmalschützerischer Ziele hinzuführen¹⁰.

Bemerkenswert bei der Behandlung von Abbruchwünschen ist die Diskrepanz zwischen den bekannt gewordenen behördlichen Entscheidungen und den generellen Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung insbesondere der letzten Jahre, die in diesem Beitrag herausgestellt werden sollen. Erst allmählich verfeinert die Rechtsprechung ihre Grundsätze für den Umgang mit tatsächlich desolaten Denkmälern, angefangen von technisch bis zu Ruinen heruntergekommenen Bauten¹¹ bis zu zahllosen bisher trotz rechnerischer Unwirtschaftlichkeit bestens erhaltenen Denkmälern.

Zumutbarkeitsfragen können aber nicht nur in Genehmigungsverfahren auf Abbruch und Beseitigung von Denkmälern eine Rolle spielen, sondern auch bei den behördlichen Anordnungen zur Durchsetzung der denkmalrechtlichen Pflichten, die aber nicht Gegenstand dieser Abhandlung sind. Noch wenig durchgearbeitet ist die Problematik bei der Beseitigung von Bodendenkmälern, die Diskussion verharrt bei den Fragen der Durchsetzung der Kostentragung mittels des Veranlasserprinzips¹².

⁴ 1000.- Euro-Urteil des OVG RP v. 30.3.2006 Az. 1 A 10178/05, juris = EzD 2.2.6.1 Nr. 31.

⁵ *Basty/Beck/Haaß*, Rechtshandbuch Denkmalschutz und Sanierung, 2004; *Haaß*, Privatnützigkeit und Wirtschaftlichkeitsberechnung im Denkmalschutz, NVwZ 2002, 1054; *Füßer/Kreuter*, Die Abbruchgenehmigung im Denkmalrecht der neuen Bundesländer, LKV 2008, 102 ff.; gemeinsam ist diesen Beiträgen das bedenkliche Fehlen der einschlägigen Standardliteratur und der Entscheidungssammlung zum Denkmalrecht EzD mit den daraus resultierenden wissenschaftlichen Defiziten.

⁶ *BayVGH*, Urt. v. 27.9.2007, a.a.O.

⁷ Ministerialschreiben v. 14.1.2009 Az. Nr. B 4-K 5111.0-12c/31 828 (07), erhältlich beim Bayerischen Staatsministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst, 80372 München.

⁸ *BayVGH*, Urt. v. 18.10.2010 Az. 1 B 06.63, BayVBl. 2011, 303.

⁹ Jedermann zugänglich dokumentiert unter <http://rettet-den-lieben-augustin.de/>.

¹⁰ Zum aktuellen Stand der Diskussion *Kleine-Tebbe* in: *Kleine-Tebbe/Martin*, Denkmalrecht in Niedersachsen, 2013, Erl. 2.2.2 bis 2.2.7 zu § 2.

¹¹ Zur Rechtslage u.a. *Schwan*, Landesrechtliche Möglichkeiten in Thüringen beim Umgang mit verwahrlosten Immobilien (Schrottimobilien), ThürVBl. 2010, 49 ff.

¹² Zuletzt OVG NRW, Urt. v. 20.9.2011 Az. 10 A 1995/09, NRWE; s. hierzu Fußnote 54.

2. Stellung der obersten Denkmalschutzbehörde

Gerade im Fall Lindau zeigen sich die Unsicherheiten des behördlichen Instanzenzuges beim Durchsetzen des Denkmalschutzes. Tatsächlich kommt den zuständigen Ministerien eine bestimmende Rolle zu. Seit der Modifikation der Gemeinsamen Bekanntmachung von 1984 (GemBek)¹³ im Jahr 1994 entscheiden die unteren Denkmalschutzbehörden allein über Abbrucharträge, die Rolle des Landesamtes für Denkmalpflege ist zusätzlich durch die „Sollvorschrift“ des Art. 15 Abs. 2 BayDSchG eingeschränkt. Entgegen verbreiteter Meinung bedeutet diese bundesweit einmalige „Entmachtung“ einer oberen Landesbehörde keineswegs, dass sich die oberste und die höheren Denkmalschutzbehörden aus Vollzugsfragen des Denkmalschutzes sowohl im Allgemeinen wie in Einzelfällen heraushalten müssen. Im Gegenteil bedingt die Übertragung der weitreichenden Entscheidungsbefugnis auf die unteren Behörden wie in anderen Rechtsgebieten auch selbstverständlich die aufmerksame Kontrolle des Vollzugs im übertragenen Wirkungskreis durch Rechts- und Fachaufsicht. Diesen Aufgaben hat sich das Ministerium u.a. mit einer generellen Dienstanweisung gestellt und mit dem genannten MWFKS vom 14.01.2009 wesentliche Erkenntnisse der (nicht nur bayerischen!) obergerichtlichen Rechtsprechung als bindende Richtschnur für die nachgeordneten Behörden insbesondere für die Zumutbarkeitsprüfung in Abbruchverfahren aufgestellt.

3. Neue Erkenntnisse zur Zumutbarkeit

Seit dem Beschluss des BVerfG von 1999 ist eine Vielzahl von Entscheidungen ergangen, welche die zeitlich vorausliegenden Judikate und die Literatur oft zu Makulatur werden ließen. Speziell zum Thema Abbruch fand sich 2012 allein in der keineswegs erschöpfenden Datenbank von juris eine Auswahl von ca. 50 einschlägigen Folgeentscheidungen. Eine relative Ordnung in die Diskussion brachte der BayVGh mit seinem o.g. Urteil vom 18.10.2010, in dem er zwischen „wirtschaftlicher Zumutbarkeit“ und der „sonstigen Zumutbarkeit“ unterscheidet, die z.T. dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht. Wichtige bundesweit bedeutsame Themen sind insbesondere:

a) Der Bauunterhalt

Nach Art. 4 Abs.1 BayDSchG ist u.a. der Eigentümer verpflichtet, sein Denkmal im Rahmen des Zumutbaren zu erhalten, zu schützen und zu pflegen. Dies gilt insbesondere für die laufenden Maßnahmen, also den sog. Bauunterhalt und ist vielfach durch die Rechtsprechung bestätigt worden. Kosten und Folgekosten („Instandhaltungsstau“) bis zu einem ggf. mittlerweile ruinösen Zustand infolge pflichtwidrig unterlassener Unterhaltung bleiben bei der Prüfung der Zumutbarkeit außer Acht. Z. B. sind als zumutbar anzusehen die Schließung von Öffnungen im Dach und andere regelmäßig anfallende Arbeiten¹⁴. Das BVerwG sah 2009 keine verfassungsrechtlichen Bedenken¹⁵: Die Erhaltungspflicht sei in erster Linie eine Rechtspflicht zu positivem Tun. Der Eigentümer muss u.a. Schäden an der Denkmalsubstanz beseitigen; beschädigte Teile muss er reparieren und, wenn dies

¹³ „Vollzug des Denkmalschutzgesetzes“ - Gemeinsame Bekanntmachung der Bayerischen Staatsministerien des Innern und für Unterricht und Kultus vom 27.7.1984, MABl. S. 421, voller Wortlaut abgedruckt u.a. in: *Eberl/Martin*, Kommentar zum BayDSchG, 5. Aufl. 1997, Anhang 5.

¹⁴ Bemerkenswertes Beispiel *VG Cottbus*, Urt. v.22.3.2007 Az. 3 K221/04, V.n.b.

¹⁵ *BVerwG*, Beschl. v. 21.4.2009 Az. 4 C 3.08, juris = EzD 1.1 Nr. 17 mit Anm. *Martin*. A.A: z.B. *Haaß*, Privatnützigkeit und Wirtschaftlichkeitsberechnung im Denkmalschutz, NVwZ 2002, 1054.

nicht möglich ist, erneuern. Diese Erhaltungspflicht ist auf Dauer angelegt, der Eigentümer hat sie grundsätzlich auf eigene Kosten zu erfüllen. Jedenfalls ein finanziell leistungsfähiger Eigentümer muss damit rechnen, einen nicht unerheblichen Teil der denkmalbedingten Mehrkosten selbst zu tragen. Die erhöhte Mühewaltung bei der Erhaltung des Denkmals werde ohnehin nicht kompensiert. Der BayVGH ergänzt dies mit deutlichen Worten¹⁶: Das Unterlassen des Bauunterhalts führt dazu, dass die dadurch verursachten Kosten aus der Wirtschaftlichkeitsberechnung auszuschneiden sind. Es muss nicht ermittelt werden, ob dem Pflichtigen in jedem einzelnen der vergangenen Jahre wirtschaftlich zumutbar gewesen wäre, in den Erhalt zu investieren. Grundsätzlich ist auch das Unterlassen des Bauunterhalts durch Rechtsvorgänger (Erblasser, Verkäufer) dem aktuellen Pflichtigen zuzurechnen¹⁷; der Zustand wird sich regelmäßig z.B. im Kaufpreis ausgewirkt haben.

b) Sonstige zumutbare Kosten

Heftig wird in Literatur und Rechtsprechung um die Fragen der Kostengruppen des Bauunterhalts, der baurechtlich veranlassten Kosten und des denkmalpflegerischen Mehraufwands gerungen. Der BayVGH bestätigt im o. g. Urteil vom 18.10.2010 entgegen z.B. dem OVG NW vollinhaltlich das genannte WFKMS vom 14.1.2009 und schließt neben den Kosten und Folgekosten von unterlassenem Bauunterhalt durch den Eigentümer und seine Rechtsvorgänger auch die bau- und sicherheitsrechtlich veranlassten Kosten aus. Sachgerecht sei insbesondere, dass nur der so genannte denkmalpflegerische Mehraufwand angesetzt wird. Die Instandhaltungskosten, die jeder Hauseigentümer für seine Immobilie aufwenden muss, bleiben außer Betracht¹⁸. Manche Entscheidungen wollen in die Rechnung sogar abschätzbare oder nicht abschätzbare „Folgelasten“ einbeziehen¹⁹.

c) Maßgebliche Grundstückseinheit

Völlig uneinheitlich beantwortet die Rechtsprechung, auf welche Einheit sich eine Wirtschaftlichkeitsberechnung beziehen muss, sofern eine solche denn notwendig ist. Die Antworten reichen von dem aktuellen „Teilgrundstück mit dem Denkmal“²⁰ über das „gesamte Grundstück“²¹ oder den einer Teilung vorausgehenden Grundstückszuschnitt bis zu weiteren funktionalen Zusammenhängen und einer Gesamtanlage. Nach dem auch für das Denkmalrecht grundlegenden Altlastenbeschluss²² des BVerfG und dem BayVGH kann es zumutbar sein, Vermögen zur Sanierung einzusetzen, das zusammen mit dem

¹⁶ BayVGH, Urt. v. 18.10.2010, a.a.O.

¹⁷ OVG NW, Beschl. v. 2.8.2007 Az. 10 A 3453/06, NRWE = EzD 2.2.5 Nr. 23.

¹⁸ Unter Bezug auf BVerwG, Beschl. v. 11.4.1989 Az. 4 B 65/89, NJW 1989, 2638 und OVG MV, Urt. v. 18.3.2009 Az. 3 L 503/04, juris RdNr. 50; a. A. wohl: OVG NRW, Urt. v. 4.5.2009 Az. 10 A 699/07, juris RdNr. 45, und z.B. Haaß, Privatnützigkeit und Wirtschaftlichkeitsberechnung im Denkmalschutz, NVwZ 2002, 1054. Vgl. auch Martin/Krautzberger (Hrsg.), Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege, 3. Auflage 2010, Teil G II. 3, Rdnrn 158 f.

¹⁹ VGH BW, Urt. v. 10.5.1988 Az. 1 S 1949/87, EzD 2.2.6.1 Nr. 8.

²⁰ VGH BW, Urt. v. 29.6.1992 Az. 1 S 2245/90, juris.

²¹ VG Berlin, Urt. v. 30.7.2002 Az. 16 A 238.94, Schlüter, nicht rkr., V.n.b.

²² Altlastenbeschluss des BVerfG v. 16.2.2002 Az. 1 BvR 242/91, BVerfGE 102, 1 ff.; bestätigt für die aus einem Gesamtbestand herausgemessene Schlosskapelle durch OVG RP, Urt. v. 2.12.2009 Az. 1 A 10547/09, juris = EzD 2.2.6.1 Nr. 37 und BVerfG, Beschl. v. 14.4.2010 Az. 1 BvR 2140/08, juris; mehrfach BayVGH u.a. Beschl. v. 27.1.2010 Az. 2 ZB 09.250, V.n.b., und v. 14.9.2010 Az. 2 ZB 08.1815, juris („gesamtes Ertragspotential“). A.A. u.a. Haaß, a.a.O.

sanierungsbedürftigen Grundstück eine funktionale Einheit darstellt, etwa wenn es Bestandteil eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes oder sonstigen Unternehmens ist. Dies gelte insbesondere für Grundvermögen, das zusammen mit dem sanierungsbedürftigen Grundstück eine solche Einheit bildet. Im Fall Schlosskapelle hat das BVerfG 2010 ergänzt: Ein dem Denkmalschutz aufgeschlossener Eigentümer würde eine Gesamtanlage nicht zu dem Zweck, die Voraussetzungen einer (vermeintlichen) Unzumutbarkeit der Erhaltung eines Teils des Denkmals zu schaffen, oder jedenfalls unter Inkaufnahme dieser Folge eigentumsrechtlich aufspalten, und eine dem Denkmalschutz aufgeschlossene Person würde eine derartige Eigentumsposition nicht erwerben. Das OVG Nds schließlich verlangt, aus einem 5000 qm großen Grundstück eine Teilfläche von 1000 qm herauszutrennen und den Erlös zur Finanzierung der Erhaltung als Eigenkapital einzusetzen²³.

d) Sonderbehandlung der Öffentlichen Hand?

Nicht auf Unzumutbarkeit berufen können sich nach dem genannten bayerischen WFKMS vom 14.1.2009 „juristische Personen, die mittelbar oder unmittelbar mindestens mehrheitlich im Staatsbesitz stehen“. Maßgeblich sei nicht die privatrechtliche Organisationsform, denn Art. 14 GG schütze nicht das Privateigentum, sondern das Eigentum Privater²⁴. Dies gelte nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG auch für staatliches Handeln in privatrechtlich organisierter Form²⁵ und für Unternehmen mit staatlichen Mehrheitsbeteiligungen. Beim derzeitigen Stand der Privatisierung seien die Unternehmen des Konzerns der Deutschen Bahn AG nicht grundrechtsfähig²⁶ - dies ist insbesondere für zahllose desolate Eisenbahnanlagen von ausschlaggebender Bedeutung. Nicht zu verschweigen ist allerdings, dass einzelne Denkmalschutzgesetze das Erfordernis der Zumutbarkeit z.B. auch auf die Gemeinden erstrecken²⁷ und dass Urteile mit Zumutbarkeitsprüfungen bei Gemeinden, Bahn und Post vorliegen²⁸. Nicht einheitlich beantwortet wird, ob sich Kirchen auf Unzumutbarkeit berufen können, wenn sie die Erhaltungslast insbesondere ungenutzter Kirchen und Pfarrhöfe überfordert²⁹.

²³ OVG Nds, Urt. v. 24.3.2003 Az.1 L 601/97, EzD 2.2.6.3 Nr. 7. Ebenso VG Minden, Urt. v. 23.2.2010 Az. 1 K 273/09, V.n.b.

²⁴ BVerfG, Beschl. v. 8.7.1982 Az. 2 BvR 1187/80, BVerfGE 61, 82, 108. Für Gemeinden auch z.B. VG Regensburg, Urt. v. 20.1.2010 Az. RO 7 K 09.1518, juris.

²⁵ BVerfG, Beschl. v. 7.6.1977 Az. 1 BvR 108, 424/73 und 226/74, BVerfGE 45, 63, 80.

²⁶ BayVGh, Urt. v. 3.8.2004 Az. 8 BV 03.275, juris, und BVerwG, Urt. v. 4.5.2006 Az. 9 C 3/05, BVerwGE 126, 14.

²⁷ Z.B. § 10 Abs. 7 DSchG von Sachsen-Anhalt.

²⁸ OVG Thüringen, Urt. v. 26.1.2008 Az. 1 KO 717/06, ThürVBl. 2009, 11 = EzD 2.2.5 Nr. 32 mit Anm. Koehl; hierzu Martin, Denkmalschutz in Thüringen zwischen Eigentumsgrundrecht und kommunaler Selbstverwaltung, ThürVBl. 2009, 97 ff. Bereits VGh BW, Urt. v. 29.6.1992 Az. 1 S 2245/90, VBIBW 1993, 109 = DVBl. 1993, 118 zur ehemaligen Deutschen Bundespost; OVG LSA, Urt. v. 29.1.2008 Az. 2 M 358/07, EzD 2.2.5 Nr. 28. Zur Bahn VG Gelsenkirchen, Urt. v. 18.3.1997 Az. 14 K 261/95, EzD 3.4.5 Nr. 3.

²⁹ Gegenüber denkmalschutzrechtlichen Maßnahmen soll das kirchliche Eigentum durch Art 14 GG nicht anders als das Eigentum Privater geschützt sein, VGh BW, Urt. v. 10.5.1988, 1 S 1949/87, EzD 2.2.6.1 Nr. 8 = VBIBW 1989, 18 ff. Siehe auch Hönes, Rechtsfragen bei Denkmälern, die der Religionsausübung dienen, NWVBl. 2012, 369 ff. Der VGh BW hat sich übrigens „aufs Kreuz legen lassen“; der Pfarrhof ist 20 Jahre nach dem Urteil bestens saniert und erhalten. Bemerkenswert ist der vom Landeskirchenamt der Ev. Kirche in Mitteldeutschland mit Richtlinie für die Vergabe von Mitteln aus dem Fonds zur finanziellen Unterstützung des Abrisses nicht mehr benötigter nicht sakraler Gebäude und baulicher Anlagen eingerichtete sog. Abrissfonds.

e) Die Erwerbsumstände

Uneinheitlich beantwortet wird auch heute noch, ob es bei der ansonsten an objektiven Kriterien der Wirtschaftlichkeit ausgerichteten Prüfung der Zumutbarkeit auf die subjektiven Umstände des Erwerbs ankommen kann. Unwohl ist es vielen Gerichten offensichtlich dabei, gewisse Ungereimtheiten aus der Vorgeschichte mancher Fälle außer Acht zu lassen. Die Diskussionen machen sich an den Stichworten „Spekulation“, „Erwerb sehenden Auges“ und „Kenntnis der Risikofaktoren“ fest: Wurde eine Sache in spekulativer Absicht (z.B. nach der Wende im Beitrittsgebiet³⁰ oder zur Verwirklichung eines Neubaus) und generell „sehenden Auges“ (hierunter fallen auch Erwerbe zur Repräsentation oder aus Liebhaberei) oder sogar in fahrlässiger Unkenntnis³¹ der Denkmaleigenschaft und ihres Zustandes erworben, wird regelmäßig trotz einer dauerhaften Unterdeckung die Berufung auf Unzumutbarkeit verwehrt. Der Erwerber übernimmt freiwillig das Risiko der Erhaltungspflicht, seine Schutzwürdigkeit ist damit reduziert oder ausgeschlossen. Erzielt der Erwerber Vorteile aus dem Risiko z.B. durch einen günstigen Kaufpreis oder durch die Annahme einer Erbschaft oder einer Schenkung, ist sein Schutzbedürfnis ebenfalls reduziert³².

f) Die Verkaufsmöglichkeit

Vielfach unbeachtet bleibt in der behördlichen Praxis und in der Rechtsprechung die entscheidende Passage im Beschluss des BVerfG von 1999, wonach es bei der Beurteilung der fortbestehenden Privatnützigkeit darauf ankommt, ob der aufgeschlossene Eigentümer das Baudenkmal „praktisch auch nicht veräußern kann“. Dahinter steht die Absicht, die Denkmäler indirekt dadurch zu schützen, dass den nicht erhaltungswilligen oder – fähigen Eigentümern angesonnen wird, ihr Denkmal an einen Erhaltungswilligen abzugeben und in „leistungsfähige Hände“ zu überführen³³. Die Scheu der Rechtsprechung vor diesem Argument zeigen einige Entscheidungen, welche die im Wirtschaftsleben fast ausnahmslos bestehende Verkaufsmöglichkeit zwar bejahen, die aber trotzdem eine Wirtschaftlichkeitsprüfung anstellen³⁴.

Nicht recht verständlich erscheinen einige Entscheidungen, welche die Verkaufsmöglichkeit dann als irrelevant für die Zumutbarkeit ansehen, wenn bestimmte soziale Gründe einfließen. Andeutungen finden sich sowohl im Altlastenbeschluss des BVerfG, beim BayVGH, der einbezieht „Vermögensverhältnisse, Kreditwürdigkeit oder Gesundheitszustand“ und bereits früher beim OVG NRW: „etwa wenn es sich um ein von ihm selbst genutztes Wohnhaus oder um einen zur Sicherstellung seines Lebensunterhalts betriebenes

³⁰ Instruktiv *VG Magdeburg*, Beschl. v. 20.12.2005 Az. 4 A 69/04 MD, EzD 2.2.6.1 Nr. 30 mit Anm. *Martin*. Dies gilt auch für den mehrfachen Eigentumswechsel im „Canaletto“ – Fall des *SächsOVG*, Ur. v. 10.6.2010 Az. 1 B 818/06, juris = EzD 1.1 Nr. 32 mit Anm. *Martin* = *SächsVBl.* 2011, 29 ff.

³¹ Bestätigt z.B. durch *OVG RP*, Ur. v. 2.12.2009 Az. 1 A 10547/09, juris = EzD 2.2.6.1 Nr. 37 mit Anm. *Viebrock*; *VG Regensburg*, Ur. v. 20.1.2011 Az. RO 7 K 09.1518, juris. A.A. z.B. *Haaß*, a.a.O.

³² Grundsätze aus dem weitreichenden Altlastenbeschluss des *BVerfG* v. 16.2.2002 Az. 1 BvR 242/91, BVerfGE 102, 1 ff.

³³ *BayVGH*, Ur. v. 18.10.2010, a.a.O.; *OVG RP*, Ur. v. 2.12.2009, a.a.O. Instruktiv auch *VG Minden*, Ur. v. 23.2.2010 Az. 1 K 273/09, V.n.b.

³⁴ Z.B. *SächsOVG*, Ur. v. 10.6.2010, a.a.O. Nicht zu übersehen sind die hohen Kosten der Planungen und Gutachten zur Wirtschaftlichkeit, die trotz Offensichtlichkeit der Verkaufsmöglichkeit den Antragstellern aufgebürdet werden. Vgl. z.B. den Fall *Weberhaus* des *OVG Berlin-Brandenburg*, Ur. v. 17.9.2008 Az. 2 B 3.06, juris = EzD 2.2.5 Nr. 33.

Unternehmen handelt“³⁵. Gelegentlich wird vertreten, einem Eigentümer könne nicht der Verkauf eines Denkmals angesonnen werden, das sein einziges oder sein wesentliches Vermögen ist, oder das sich lange in Familienbesitz befindet. Wenn sich der Eigentümer von seinem Denkmal trennen und es abreißen will, kann aber nicht ernsthaft auf diese formelhaft eingesetzten „subjektiven“ Umstände abgestellt werden, die noch dazu oft nur für einen gewissen Zeitraum bestehen. Die Lebenserfahrung zeigt, dass sich der Eigentümer nach getätigtem Abbruch von dem nun oft leicht und teuer verkäuflichen Grundstück trennt. Zutreffend stellt das OVG MV fest, es komme nicht darauf an, ob der Eigentümer reich oder arm ist³⁶; deshalb können auch fehlende Kreditwürdigkeit und mangelnde Liquidität nicht zur Unzumutbarkeit der Erhaltung eines Denkmals führen.

Gestritten wird in der Praxis ebenfalls unnötig über die Frage, zu welchem Preis ein Denkmal abgegeben werden muss. Die Argumentation geht über die seit dem Beschluss des BVerfG von 1999 eigentlich obsoletere frühere Dogmatik des Enteignungsrechts und die Rechtsprechung z.B. des BGH zurück und ist gekennzeichnet durch die Behauptung, ein Abschlag von 3, 10, 15 oder mehr Prozent gegenüber Vergleichsobjekten ohne Denkmal sei den Denkmaleigentümern zumutbar. Tatsächlich kommt es auch beim Verkauf von Denkmälern auf den Markt und damit den Verkehrswert an. Dieser wird weder durch den aufgewendeten Kaufpreis³⁷, noch durch erbrachte Aufwendungen³⁸ eine sonst erzielbare Eigenkapitalverzinsung oder die Spekulation auf eine von der „Hypothek“ des Denkmals befreite Immobilie³⁹ bestimmt. In der Praxis hat dies soweit geführt, dass dem Übernehmer ein Denkmal zu einem symbolischen Preis von 1 Euro oder sogar mit einer „Abstandssumme“ von 25.000 Euro angeboten wurde⁴⁰.

g) Zuschüsse, Drittleistungen und Wertzuwachs

Völlig uneinheitlich ist bis heute die Rechtsprechung zur Berücksichtigung von nicht zugesagten, aber erreichbaren Zuwendungen der öffentlichen Hand. Viele Gerichte stellen darauf ab, ob die Zuwendungen bereits rechtsverbindlich zugesagt sind; nur in diesem Fall werde die Zumutbarkeit beeinflusst⁴¹. Das OVG NRW⁴² stellt auf „mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwartende öffentliche Mittel“ ab. Dies ist u.a. angesichts der langen Dauer der Verfahren reichlich praxisfremd. In keinem Land werden ohne die meist bei Beginn der Abbruchverfahren nicht vorliegenden denkmalverträglichen Erhaltungskonzepte Zuwendungen mit jahrelanger Bindung der Haushaltsmittel „ins Blaue“ bewilligt. Über die Fragen der Erhaltung soll ja erst gestritten werden. Konsequenterweise zieht deshalb der BayVGh (z.B. Urt. v. 18.10.2010 a.a.O.) bei der Wirtschaftlichkeitsberechnung mögliche Zuwendungen

³⁵ BVerfG, Beschl. v. 16.2.2002 Az. 1 BvR 242/91, a.a.O. in RdNr. 58, BayVGh. Urt. v. 18.10.2010, a.a.O., OVG NRW, Urt. v. 20.3.2009 Az. 10 A 1406/08, NRWE in RdNr. 72; dass. v. 31.5.2012 Az. 2 A 931/11, NRWE. Zweifelhaft ist, ob mit dieser Begründung ein Denkmal zum Abbruch freigegeben werden muss, nur weil es Teil eines Betriebsgeländes ist und die Erhaltung zur Störung von Betriebsabläufen führen könnte.

³⁶ OVG MV, Beschl. v. 7.5.2004 Az. 3 L 119/01, juris.

³⁷ VG Schwerin, Beschl. v. 24.5.2012 Az. 2 B 883/11, V.n.b.

³⁸ VG Berlin, Urt. v. 13.10.2011 Az. 16 K 28.10, openjur.

³⁹ OVG NW, Urt. v. 15.8.1997 Az. A 133/95, EzD 15.8.1997.

⁴⁰ Fall der Sicherungsanordnung des OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 18.8.2011 Az. 2 S 45.11, V.n.b.; s. auch OVG LSA, Urt. v. 29.1.2008 Az. 2 M 358,418, EzD 2.2.5 Nr. 28.

⁴¹ Statt vieler z.B. VGh BW, Urt. v. 27.5.1993 Az. 1 S 2588/92, juris, ders. Urt. v. 11.11.1999 Az. 1 S 413/99, juris = EzD 2.2.5 Nr. 8; OVG Saarland, Urt. v. 20.11.2008 Az. 2 A 269/08, EzD 2.2.6.1 Nr. 38.

⁴² Urt. v. 4.5.2009, a.a.O.

(Entschädigungsfonds, Denkmalfördermittel, Fördermittel der Bayerischen Landesstiftung) ohne Rücksicht auf Anträge und Bewilligung ab. Der Abbruchwillige muss sich so behandeln lassen, als ob er einen Antrag gestellt und die Förderung erhalten hätte⁴³.

Ob auch private Zuwendungen die Zumutbarkeit beeinflussen können, wird ebenfalls kontrovers diskutiert. Entlastungen können von freiwilligen Leistungen privater Freunde, aber auch von Institutionen herrühren, deren Zweck die Förderung der Denkmalpflege ist (wie z.B. Deutsche Stiftung Denkmalschutz oder Denkmalstiftung Baden-Württemberg); deren Förderung würde dem Eigentümer nicht zuteil, wenn sie nicht zweckgerichtet für das Denkmal eingesetzt würde. Bei ihrer Bewilligung werden oft neben der Bedeutung von Denkmal und Maßnahme zusätzlich die Leistungsfähigkeit des Eigentümers berücksichtigt⁴⁴. Es ist deshalb im Einzelfall zu prüfen, ob und wieweit derartige Zuwendungen von dritter Seite für die Zumutbarkeit eine Rolle spielen.

Noch nicht ausdiskutiert ist, ob auch Versicherungsleistungen in die Wirtschaftlichkeitsberechnung einzusetzen sind. Z.B. liegt es nahe, bei Versagung des Abbruchs nach einem Brand als Einnahmen auch die Leistungen der Brandversicherung einzusetzen. Maßgeblich können bereits die Versicherungsbedingungen sein, wenn sie z.B. den Einsatz für einen Neubau oder die Reparatur verlangen. In dieser Konstellation wird man kaum vertreten können, die Versicherungsleistung gehöre zum sonstigen Vermögen des Pflichtigen, das er nicht für die Erhaltung einsetzen muss⁴⁵. Je nach Vertragslage wird sie eben konkret an das Denkmal gebunden sein und es ist zumutbar, sie für dieses einzusetzen.

Wie mit dem im Fall von Investitionen meist automatisch einhergehenden Wertzuwachs im Rahmen der Zumutbarkeitsrechnung umgegangen werden soll, ist ebenfalls weitgehend ungeklärt. Er wird eben nicht durch die Eigenleistungen des Pflichtigen ausgeglichen, sondern müsste als Zugewinn und damit als Entlastung des Pflichtigen anerkannt werden⁴⁶.

h) Abbruchanspruch contra Abwehranspruch

Gesetzt den Fall, ein Anspruch auf Abbrucherlaubnis müsste im Einzelfall umständehalber bejaht werden – kann dem ein Abwehranspruch des benachbarten Denkmaleigentümers entgegenstehen? Kein Denkmalschutzgesetz enthält Aussagen über die Befugnisse eines Denkmaleigentümers, gegen denkmalrechtlich relevante Maßnahmen wie z.B. einen Abbruch in der Nachbarschaft – sei es an einem anderen Denkmal, an einem Teil des Ensembles oder einfach in der unmittelbaren Umgebung seines eigenen Denkmals – behördlich oder gerichtlich vorzugehen. Der BayVGH⁴⁷ hat dem Eigentümer ein Abwehrrecht gegen Maßnahmen „in der Nähe“ zuerkannt, wenn diese zu einer Beeinträchtigung des

⁴³ In diesem Sinn z.B. auch *SächsOVG*, Urt. v. 10.6.2010 Az. 1 B 818/06, juris = EzD 1.1. Nr. 32, *OVG RP*, Urt. v. 2.12.2009 Az. 1 A 10547/09, juris = EzD 2.2.6.1 Nr. 37 mit Anm. *Viebrock*; dezidiert *VG Cottbus*, Urt. v. 22.3.2007 Az. 3 K221/04, V.n.b.; ferner auch *NdsOVG*, Urt. v. 24.3.2003 Az. 1 L 601/97, dbovg.

⁴⁴ Beispiel: *OVG MV*, Beschl. v. 7.5.2004 Az. 3 L 119/01, juris.

⁴⁵ So aber *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 18.8.2011 Az. 2 S 45.11, V.n.b. – unter Hinweis auf sein Urt. v. 17.9.2008 Az. *OVG 2 B 3.06*, juris = EzD 2.2.5 Nr. 33 - Abbruch Weberhaus.

⁴⁶ S. z.B. *VG Gera*, Urt. v. 11.11.2004 Az. 4 K 1717/01, juris.

⁴⁷ *BayVGH*, Urt. v. 27.3.1992 Az. 26 CS 91.3589, V.n.b.; *BayVGH*, v. 27.1.1989 Az. 1 CS 88.02996, EzD 2.2.9 Nr. 4. Zum folgenden auch *Martin/Krautzberger*, a.a.O., Teil E Rdnrn. 226 ff.

Wesens, des Erscheinungsbildes oder der Wirkung seines Baudenkmals führen würden; sämtliche dieser Kriterien können erfüllt sein, wenn z.B. aus einer einheitlichen Häuserzeile ein Gebäude herausgebrochen würde. Nachbarklagen von Denkmaleigentümern gegen Bauvorhaben in ihrer näheren Umgebung nehmen an Zahl zu. Bemerkenswert ist insbesondere die Entscheidung des BVerwG vom 21. 4. 2009⁴⁸, die ihrerseits wohl auch von einem obiter dictum des BVerfG mit geprägt wurde⁴⁹. In seiner vielbeachteten, sehr ausführlichen und sorgfältig begründeten Entscheidung hat das BVerwG ein klares Bekenntnis zu den subjektivrechtlichen Abwehrrechten des Denkmaleigentümers abgegeben, der von Nachbarmassnahmen beeinträchtigt wird und dessen Denkmalinvestitionen dadurch drohen entwertet zu werden. Offen bleiben muss bis auf Weiteres, wie die Anspruchskonkurrenz von Abbruch und Abwehr aufzulösen ist; zu denken ist wohl auch hier an die „praktische Konkordanz“⁵⁰, deren Auswirkungen aber erst auszuloten wären.

i) Besonderheiten bei Bodendenkmälern

Die Frage, wer die Kosten von Planungen, vorbereitenden Untersuchungen, Dokumentationen sowie anderen seitens der Antragsteller im Rahmen ihrer Obliegenheiten beizubringenden Unterlagen (Statik, Brandschutz, Umweltschutz, Wärmeschutz usw. usw.) zu tragen hat, steht im Umwelt- und Baurecht völlig außer Diskussion; denn diese Unterlagen gehören nach allgemeiner Ansicht „selbstverständlich“ zu Antrag und Vorhaben. Im Denkmalrecht wird hieraus gelegentlich ein Problem konstruiert; insbesondere bei Bodendenkmälern wurde und wird erbittert um die Fragen der Kostentragungspflichten gestritten⁵¹. Angesprochen ist das in einigen Bundesländern⁵² ausdrücklich geregelte Verursacher- oder besser Veranlasserprinzip, das die Kosten der durch ein Investitionsvorhaben ausgelösten archäologischen Leistungen dem Bauherrn auferlegt⁵³. Gerechtfertigt wird dies mit den Erleichterungen und dem Wertzuwachs infolge der genehmigten Eingriffe. Im Einzelnen muss deshalb ein Veranlasser alle Kosten für Prospektion, zerstörungsfreie Untersuchung, Grabung, Bergung, Sicherung der Funde und die Dokumentation in allen Stufen tragen⁵⁴; die jeweilige Ausführung kann öffentlichen

⁴⁸ BVerwG, Beschl. v. 21.4.2009 Az. 4 C 3/08, EzD 2.2.6.4 Nr. 42. Indiskutabel OVG NRW, Urt. v. 8.3.2012 Az. 10 A2037/11, NRWE. Zum aktuellen Stand *Kleine-Tebbe/Martin*, Denkmalrecht in Niedersachsen, 2013, Erl. 2.2.2 bis 2.2.7 zu § 2.

⁴⁹ BVerfG, Beschl. v. 19.12.2006 Az. 1 BvR 2935/06, EzD 1.1 Nr. 19.

⁵⁰ S. hierzu z.B. BVerfG, Beschl. v. 27.11.1990 Az. 1 BvR 402/87, BVerfGE 83, 130 – Josefine Mutzenbacher.

⁵¹ Einzelheiten in der Kommentarliteratur; siehe z.B. *Davydov/Hönes/Otten/Ringbeck*, Kommentar zum DSchG NRW, 3. Aufl. 2012, vor § 11 Erl. 6.2; ferner *Martin/Krautzberger*, a.a.O., Teil H Erl. 106 sowie *Martin*, Verursacher, Veranlasser und Kostenfolgen im Denkmalrecht, BayVBl. 289 ff. und 332 ff.

⁵² Ein besonders negatives Beispiel ist der 2008 eingefügte § 21 Abs.3 DSchGRP mit kaum vollziehbaren Kostengrößen; hierzu *Martin*, Ein neues DSchG für RP, VR 2009, 88 ff.

⁵³ Ausführlich *Martin/Krautzberger*, a.a.O., Teil H Kapitel III Nr. 1, und *Nethövel*, Das „Verursacherprinzip“ im Denkmalrecht. Zur Haftung für dokumentierende Maßnahmen bei der Zerstörung von Boden- und Baudenkmalern. Diss. Universität Münster, 2007.

⁵⁴ Vergleichbar die Verfügung des Ministeriums für Stadtentwicklung und Verkehr des Landes NRW v. 16.2.1993 - I B 5 – 56.01 III B 1 betr. Berücksichtigung bodendenkmalpflegerischer Belange bei Straßenbaumaßnahmen. Siehe ferner die Richtlinien Brandenburgs zur Grabungsdokumentation in *Martin/Viebrock/Bielfeldt*, Handbuch, Kennzahl 99.50. Neuerdings einschränkend OVG NRW, Urt. v. 20.9.2011 Az. 10 A 1995/09; NRWE; dessen abwegige Argumentation („vom Gesetzgeber gewollte Ordnung der Materie“) würde letztlich dazu führen, dass (wegen § 22 Abs. 3 Nr. 3 DSchGNRW) die Denkmalbehörden sämtliche denkmalpflegerische Maßnahmen an privaten Denkmälern auf Kosten der öffentlichen Hand durchführen müssten.

Stellen, aber auch privaten Fachleuten übertragen werden. Die Konservierung vor allem der beweglichen Bodendenkmäler (Funde) und ihre Aufbewahrung gehören ebenfalls zu den unabweisbaren, vom Träger des Vorhabens veranlassten Kosten des Eingriffs. Bei den Kosten der wissenschaftlichen Auswertung der Funde, einer möglichen Publikation und der Präsentation für die Öffentlichkeit in einem Museum sind trotz der Zwangsläufigkeit ihres Entstehens Zweifel angebracht, weil diese Positionen vorrangig öffentlichen Interessen dienen. Eine vorherige Einigung der Beteiligten über alle Kosten z. B. in einem Vergleichsvertrag ist anzuzurufen. Generell sollte wegen der anhaltenden Diskussionen um die Reichweite des Veranlasserprinzips jeweils bereits in den Erlaubnisbescheiden eine sorgfältig zu begründende eindeutige Regelung getroffen werden, von deren Unanfechtbarkeit das Gebrauchmachen von der Erlaubnis abhängig gemacht werden kann.

4. Verfahrensfragen

Die Genehmigungs- und Erlaubnistatbestände der einzelnen Denkmalschutzgesetze enthalten regelmäßig nur eine Verfahrensvorschrift für die Beseitigung von Denkmälern, einige Gesetze erteilen auch zusätzliche materielle Maßgaben. Meist ist die Erteilung einer Erlaubnis eine Ermessensentscheidung; in einigen Ländern ist sie als gebundene Entscheidung nach einer trotzdem erforderlichen Abwägung ausgestaltet. Dies hat in der Praxis weitreichende Konsequenzen. Aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 BayDSchG ist im Einklang mit dem BVerfG zu folgern, dass die Denkmäler grundsätzlich unverändert zu erhalten sind und ein Abbruch in der Regel nicht genehmigt werden kann. Soll gleichwohl die Genehmigung erwogen werden, müssen die Behörden ihr Ermessen ausüben und gewissenhaft nach den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit zwischen allen einschlägigen Belangen abwägen.

a) Die Genehmigung als dinglicher Verwaltungsakt

Die denkmalrechtliche Abbruchgenehmigung ist ein sog. dinglich gebundener bzw. sachbezogener Verwaltungsakt mit der Möglichkeit der Rechtsnachfolge⁵⁵, der auf Antrag des Eigentümers oder eines sonstigen Investors ergeht. Nicht identisch ist ihr Rechtscharakter mit der in einigen Ländern noch erforderlichen konstitutiven Eintragung in die Denkmalliste⁵⁶. Sie entspricht vielmehr im Normalfall (immer noch) der Baugenehmigung, die kraft gesetzlicher Regelung (z.B. MBO, LandesbauOen) auch für einen Rechtsnachfolger des Antragstellers gilt. Nicht zu verkennen ist, dass anders als im Baurecht mit der Grenze der Zumutbarkeit denkmalrechtlicher Pflichten auch individuelle und sogar zeitabhängige Faktoren in die Entscheidung einbezogen werden, wie z.B. Steuervorteile⁵⁷ oder bestimmte soziale Umstände des Antragstellers⁵⁸, die sich im Lauf der Zeit ändern und positiv oder negativ auf die Zumutbarkeit auswirken können. Die Genehmigung entspricht in diesen Konstellationen solchen Genehmigungen des Gewerberechts, die auf persönliche

⁵⁵ Vgl. hierzu auch *Kreppel*, Rechtsnachfolge in anlagebezogene Zulassungsakte im Bereich des Umweltrechts, 1989, m. w. N.

⁵⁶ OVG NRW, Urt. v. 20.9.2011 Az. 10 A 2611/09, NRW bezeichnet diese als dinglichen Verwaltungsakt in Form der Allgemeinverfügung.

⁵⁷ Überdeutlich im 1000 Euro – Urteil des OVG RP v. 30.3.2006 Az. 1 A 10178/05, EzD 2.2.6.1 Nr. 31, das die unterschiedlichen Steuervorteile vor und im Ruhestand des Eigentümers mit entsprechend individueller Deckung oder Unterdeckung zeigt (das OVG hat sich leimen lassen, das Denkmal ist weiterhin erhalten und voll genutzt). Ebenso die akribische Berechnung des NdsOVG, Urt. v. 24.3.2003 Az. 1 L 601/97, dbovg.

⁵⁸ Strittig ist, ob von dem Ansinnen des Verkaufs aus „sozialen Gründen“ Ausnahmen gemacht werden müssen; s. oben unter Nr. 3 f.

Eigenschaften wie z.B. Zuverlässigkeit des Unternehmers abstellen. Wird entscheidend auf persönliche Umstände abgestellt, so kann die Genehmigung für den Antragsteller nur unter dem Vorbehalt gleichbleibender Umstände in seiner Person (*clausula rebus sic stantibus*) und nicht automatisch für den Rechtsnachfolger gelten, der deshalb ein neues Verfahren einleiten muss, in dem auf seine individuellen Umstände abzustellen ist. Folgt z.B. einem Privatmann eine Gemeinde als Eigentümer nach, so ist zu beachten, dass sich die Gemeinde generell nicht auf Unzumutbarkeit berufen kann⁵⁹. Dringend zu empfehlen ist eine entsprechende Formulierung der Genehmigung zur Höchstpersönlichkeit ihrer Geltung (siehe unten Nr. 4 e).

b) Abwägung der denkmalpflegerischen Belange

Auch wenn die Rechtsprechung oft auf Zumutbarkeitsfragen abzustellen hat, müssen vorrangig die Belange des Denkmalschutzes definiert sein. Geht es um ein Solitärdenkmal, dann bedarf es einer kategorienadäquaten Bewertung allein des fraglichen Objekts. Beim Ansinnen der Aufgabe eines Baudenkmals bedeutet dies auch die Einbeziehung seiner z.B. aus Alters-, Geschichts- und künstlerischen Gründen sich ergebenden individuellen Wertigkeit; 500 Jahre alten Zeugnissen wie den beiden eingangs erwähnten Baudenkmalern kommt deshalb ein hoher Stellenwert zu. Denkmäler stehen oft nicht allein; soll ein selbst geschützter oder auch nicht individuell geschützter Bau aus einem städtebaulichen Ensemble oder neben einem Denkmal herausgebrochen werden, kommt es für die Denkmalverträglichkeit des Abbruchs nicht allein auf die Beseitigung des Bestehenden, sondern im Weiteren auch auf die städtebaulichen Auswirkungen sowohl des Abbruchs (Baulücke) als auch des Neubaus an. Solange das Entstehen der Baulücke oder der Neubau nicht prüffähig denkmalverträglich für die übrige Bebauung sind und ihre Umsetzung rechtlich gesichert ist, kann denknotwendig die Behörde nicht alle Umstände abwägen und insbesondere ihr Ermessen nicht rechtmäßig ausüben.

c) Kompensationen

Die Kompensationen in Denkmalrecht und Praxis hat erstmals das BVerfG in seinem Beschluss vom 2.3.1999 ausführlicher thematisiert. In Betracht kommen u.a. Zuschüsse und Subventionen nach den verschiedensten Programmen, Steuervorteile (auch unabhängig von der Denkmaleigenschaft), Entgegenkommen der Behörden wie die Einräumung zusätzlichen Baurechts, Dispense von denkmal- und baurechtlichen Hindernissen⁶⁰, Verkaufsmöglichkeit an einen Liebhaber, an die Stiftung Denkmalschutz usw., einmalige oder ratenweise Geldzahlungen und Ausgleichsleistungen. Sie können von den Behörden zur Vermeidung sonst entstehender Unzumutbarkeit bzw. Unverhältnismäßigkeit eingesetzt werden und sind von Amts wegen z.B. im Rahmen eines denkmalrechtlichen Genehmigungsverfahrens oder bei Anordnungen anzubieten. Sie sind nach Möglichkeit „*uno actu*“ in den Verwaltungsakt aufzunehmen oder zumindest im Grundsatz verbindlich zuzusagen (wenn dies schon möglich ist) oder mit dem Vorbehalt einer gesonderten Entscheidung zu verbinden⁶¹. Ohne Kompensation ist

⁵⁹ S. oben Nr. 3 d.

⁶⁰ Vgl. z. B. *BGH*, Urt. v. 15.10.1992 Az. III ZR 147/91, *BGHZ* 120, 38; *BayVGH*, Urt. v. 15.12.1992 Az. I B 91.2581, V.n.b.

⁶¹ S. insbesondere *BayVGH* v. 27.9.2007, a.a.O. Zum o.g. Vorbehalt siehe den Altlastenbeschluss des *BVerfG* v. 16.2.2000, a.a.O., RdNr. 65.

ein sonst unzumutbarer oder unverhältnismäßiger Verwaltungsakt rechtswidrig, er muss im Verwaltungsrechtsweg angefochten werden (Primärrechtsschutz).

Bei allem Respekt vor der Judikative muss doch festgestellt werden, dass bis in die letzten Jahren die Anforderungen des BVerfG und mancher Gerichte an die Kompensationen doch zu abstrakt und praxisfern sind. Insbesondere scheitert das Anbieten von Kompensationen in der Praxis fast immer an notwendigen Anträgen der Betroffenen (z.B. auf behördliches Entgegenkommen bei sonst nicht möglicher Ausnutzung von Denkmälern und Grundstücken, auf Zuwendungen); oft wurde schon vor Jahren ein Entgegenkommen bereits im Vorfeld ohne strikte Bindung an den Abbruchfall und womöglich einem Rechtsvorgänger gewährt. Oft will der Abbruchwillige gar keine zusätzliche Bebauung etwa in seinem Park oder auf seinem Betriebsgrundstück. Der vom BVerfG ausdrücklich erwähnte Übernahmeanspruch des Eigentümers nach § 31 DSchGNW kann schließlich denknötwendig in keinem Fall entstehen, weil der Geltendmachung die Ablehnung des Abbruchs als „Maßnahme“ zeitlich vorausgehen müsste und automatisch ohne gleichzeitig ausgesprochene behördliche Übernahme rechtswidrig wäre⁶². Auch die vom BVerfG postulierte erst nachrangig zu gewährende Geldentschädigung ist nach fast allen Denkmalschutzgesetzen die Regel – usw. usw.

Ceterum censeo: Angesichts der Unsicherheiten und des Fehlens von gesicherter Rechtsprechung ist in einschlägigen Fällen eine vertragliche Vereinbarung der Beteiligten zweckmäßig, welche die Einzelheiten solchen Entgegenkommens, ihre Bedeutung im Rahmen der anstehenden Entscheidung und den einvernehmlichen Ansatz des Wertes des Entgegenkommens enthält⁶³.

d) Zur Funktion der Obliegenheiten

Nach ursprünglichen Zweifeln über die Beweislast bei behaupteter Unzumutbarkeit hat sich mittlerweile die Rechtsprechung gefestigt und sog. Obliegenheiten für die Antragsteller formuliert. Bei Abbruchanträgen sind nach der Rechtsprechung insbesondere des BVerfG, des BVerwG und des BayVGH im Hinblick auf den hohen Rang des Denkmalschutzes und auf das grundsätzliche Erhaltungsgebot für Denkmäler spezielle Unterlagen und Angaben erforderlich. „Da der Eigentümer das Denkmal im Rahmen des ihm Zumutbaren erhalten muss, muss er aber auch das ihm Zumutbare zur Klärung dieser Frage beitragen⁶⁴. Stellt er sich auf den Standpunkt, dass für ihn nur eine Beseitigung in Betracht kommt, obwohl sich das Denkmal in einem erhaltungsfähigen Zustand befindet, dann kann er (von den Behörden und Gerichten) nicht erwarten, dass von diesen die Zumutbarkeit im Einzelnen geprüft wird“.

Vom Antragsteller sind deshalb auf eigene Kosten zu erbringen⁶⁵:

- Nachweis der eigenen Bereitschaft zur Erhaltung und Vorlage einer mit den Behörden abgestimmten Erhaltungsplanung (BayVGH),

⁶² S. hierzu *Martin*, Zu § 31 DSchGNRW Übernahme von Denkmälern, NWVBl. 2012, 129. gegen *OVG NRW*, Urt. v. 20.3.2009 Az. 10 A 1406/08, EzD 5.4 Nr. 18 m. Anm. *Kapteina*.

⁶³ Ausführliche Hinweise in *Martin/Krautzberger*, a.a.O., Teil D RdNr. 58; G Rdnrn. 139 ff., 174 ff., 176; H 127.

⁶⁴ *VG Regensburg*, Urt. v. 5.3.2002 Az. RN K 01.1023, EzD 1.1 Nr. 9.

⁶⁵ Begründungen: *BVerfG*, Beschluss vom 2.3.1999, E 100, 226 = EzD 1.1 Nr. 7, *BVerwG*, Beschl. v. 17.11.2009 Az. 7 B 25.09 – juris = EzD 5.4 Nr. 17, *BayVGH*, Urt. v. 27.9.2007, BayVBl. 2008, 141 ff. mit Anm. *Martin*.

- Gutachten zur fehlenden technischen Erhaltungsfähigkeit (BVerfG) ⁶⁶,
- Nachweis der fehlenden Nutzung und fehlenden Nutzbarkeit (BVerfG),
- Nachweis der fehlenden Veräußerbarkeit (BVerfG) ⁶⁷
- Nachweis, in welcher Höhe die Erhaltungskosten über den unterlassenen Bauunterhalt und dessen Folgen hinausgehen und wieweit keine „sowieso-Kosten“ vorliegen („überschießende Kosten“),
- Nachweis der Unzumutbarkeit der Tragung der „überschießenden Kosten“ unter Vorlage einer entsprechenden Wirtschaftlichkeitsberechnung mit Nachweisen zu Zuschussanträgen und Steuervorteilen ⁶⁸.
- Ggf. Nachweis der Genehmigungsfähigkeit des Ersatzbaus,
- ggf. Vorlage zu fordernder Sicherheiten (bei Beginn des Abbruchs), und
- ggf. Abbruchdokumentation (erst bei/nach Erteilung der Genehmigung).

Die Kosten für fachgerechte Untersuchungen, Gutachten und sonstige Nachweise können beträchtliche Höhen erreichen. Aus diesem Grunde ist es jeweils erforderlich, genaue Überlegungen über Art und Umfang der geforderten Unterlagen anzustellen und nach den Grundsätzen der Geeignetheit, Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit differenziert die Einzelheiten für das Verwaltungsverfahren festzulegen. Erscheint der Antrag aus Sicht der Behörde aussichtslos (s. unten Nr. 5), so ist der Antragsteller rechtzeitig auf seine Kostenpflicht und die Folgen des Fehlens von Unterlagen hinzuweisen (Art 25 BayVwVfG). Die Kosten der erforderlichen Unterlagen für die Genehmigung des Antrags zur Veränderung seines Denkmals hat im Übrigen wie in jedem anderen öffentlich-rechtlichen Genehmigungsverfahren der Antragsteller als Veranlasser zu tragen; auf Zumutbarkeit kommt es regelmäßig nicht an ⁶⁹.

Vereinzelt wird postuliert, bei Überschuldung eines Denkmalgrundstücks und mangelnder Leistungsfähigkeit bzw. Vermögenslosigkeit des Eigentümers eines Denkmals müssten die Behörden einspringen und wegen Art. 14 GG von sich aus mit der Ablehnung des Abbruchs die Übernahme zum Verkehrswert anbieten, andernfalls hätte der Eigentümer einen Anspruch auf Einleitung des Entziehungsverfahrens ⁷⁰. Diese Konstruktion verkennt wohl die Zusammenhänge zwischen gewillkürtem Abbruchantrag und rechtsstaatlichem Gesetzesvollzug im Denkmalrecht.

⁶⁶ OVG RP, Urt. v. 2.12.2009 Az. 1 A 10547/09, EzD 2.2.6.1 Nr. 37. Das Urteil hebt sich damit von vereinzelt Auffassungen in der Literatur ab, nach der diese Nachweise im Rahmen der Amtsermittlung (§ 24 VwVfG) zusammen mit Planzeichnungen usw. Sache der Verwaltungsbehörde seien (vgl. *Strobl/Sieche*, DSchG für BW, § 8 Anm. 24). Jedenfalls hat das Land Rheinland-Pfalz gut daran getan, diese Obliegenheiten des Antragstellers klarstellend in die Novelle des DSchG aufzunehmen; der neu eingefügte § 13a DSchGRP hat hierdurch seine erste obergerichtliche Anerkennung gefunden. So auch *BVerwG*, Beschl. v. 17.11.2009 Az. 7 B 25.09, juris = EzD 5.4 Nr. 17 m. Anm. *Kapteina*. Auf die Frage der Geltung des § 31 DSchGNW musste das BVerwG aber nicht eingehen, es hat sich mit der Aussage begnügt, vor dem Erreichen der Grenze der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit, ein Denkmal zu erhalten, sei ein Ausgleichsanspruch durch Übernahme des Eigentums verfassungsrechtlich nicht geboten.

⁶⁷ OVG RP, Urt. v. 2.12.2009, a.a.O.

⁶⁸ *BVerwG*, Beschl. v. 17.11.2009 Az. 7 B 25.09, a.a.O.: Es ist mit der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie vereinbar, wenn dem Eigentümer die Darlegungs- und Beweislast dafür aufgebürdet wird, ob die Voraussetzungen eines Übernahmeanspruchs wegen wirtschaftlicher Unzumutbarkeit (hier nach § 31 DSchGNW) vorliegen.

⁶⁹ S. hierzu *Martin/Krautzberger*, a.a.O., Teil D Kapitel III Nr. 2 b–d, sowie Teil G Kapitel II Nr. 3 c.

⁷⁰ *Groth/Beckmann/Merget*, Eigentumsentziehung im Denkmalrecht, LKV 2011, 344 ff.

Die Rechtsfolgen bei unvollständigen oder unrichtigen Unterlagen sind in den Ländern unterschiedlich geregelt; in einzelnen Ländern treten Fiktionswirkungen auch dann ein, wenn die Frist schon mit der Einreichung des Antrages überhaupt und nicht erst ab Einreichung eines vollständigen Antrags beginnt (so z. B. aber § 66 Abs. 4 LBO RP). Anders als die meisten Landesbauordnungen enthält z.B. Art. 15 BayDSchG keine diesbezüglichen Aussagen. Für die entscheidende Behörde kommen dann vier Alternativen in Betracht: Sie kann Unterlagen formlos nachfordern, die Entscheidung durch Verwaltungsakt aussetzen (dies ist das mildere Mittel gegenüber einer Ablehnung, wie sie z.B. § 69 NBauO vorsieht), den Antrag mangels Entscheidungsreife zurückweisen oder sie kann eine Genehmigung mit Nebenbestimmung nach Art. 36 BayVwVfG (z. B. Befunduntersuchung unter Vorbehalt der Abnahme der Ergebnisse) erlassen, wenn damit die Denkmalverträglichkeit zuverlässig abgesichert werden kann. Sind die Antragsunterlagen unvollständig, weil die Mitwirkungspflichten bzw. Obliegenheiten nicht erfüllt sind, und werden sie auch nicht nachgereicht, ist der Antrag in der Regel formell und materiell nicht entscheidungsreif und deshalb unzulässig. Er kann deshalb von der Behörde zumindest nach Fristsetzung ohne Weiteres zurückgewiesen werden. Die Behörde könnte zwar trotzdem in der Sache entscheiden⁷¹. Zumindest das Fehlen der Unterlagen z.B. zu behaupteter Unzumutbarkeit wird es der Behörde in der Regel unmöglich machen, alle Umstände abzuwägen, sie kann also gar nicht verantwortlich in der Sache entscheiden.

Der Nachweis der Unzumutbarkeit soll sich im Einzelfall auch aus einem „Beweis des ersten Anscheins“ ergeben können⁷². Wenn die Unzumutbarkeit offensichtlich ist, muss sie nicht nachgewiesen werden. Hierfür genügen aber weder eine vermeintliche (aber strittige) Unsanierbarkeit, dass die Bausubstanz „aufgebraucht“ sei, eine infolge niedriger Decken behauptete fehlende Nutzbarkeit eines Baudenkmals oder die „nach Erfahrungswerten“ angeblich außer Verhältnis stehenden Sanierungskosten. Zu unterscheiden davon sind die Fälle der Entbehrlichkeit der Zumutbarkeitsprüfung (s. unten Nr. 5).

Die Gerichte verhalten sich nicht einheitlich. Insbesondere haben einzelne Gerichte trotz der gefestigten Rechtsprechung zu den Beibringungs- und Mitwirkungspflichten der Antragsteller und offensichtlichen Verstößen gegen diese Obliegenheiten seitens der Kläger von Gerichts wegen ausführliche Gutachten insbesondere zu Planungs- und Nutzungsalternativen oder zur Wirtschaftlichkeit bzw. zu weiteren Zumutbarkeitsfragen in Auftrag gegeben⁷³. Ein vollständiger Antrag und die Erfüllung der entsprechenden Obliegenheiten sind aber in der Regel nicht nur Voraussetzung für eine Behördenentscheidung, sondern auch Sachentscheidungsvoraussetzung für die Rechtsbehelfsverfahren; unvollständig ist er nicht verbescheidungsfähig. Nicht in jedem Fall dürfte es deshalb notwendig sein, über § 115 Abs. 5 Satz 2 VwGO durch gerichtliche Hilfestellungen Sachen erst entscheidungsreif zu machen, deren verfahrensmäßiger Zustand sich allein der Kläger zurechnen lassen muss. Das VG Potsdam⁷⁴ wies eine Klage ab, weil der Antrag aufgrund formaler Mängel nicht

⁷¹ BVerwG, Beschl. v. 25.10.1989 Az. 6 C 62.87, BVerwGE 84,50; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 13. Aufl. 2012, § 22 VwVfG, Rn. 64.

⁷² Mit Zurückhaltung anzuwenden *Schmaltz/Wiechert*, Niedersächsisches Denkmalschutzgesetz, 2. Aufl. 2011, Rn. 24 zu § 7.

⁷³ Vgl. z.B. *Nds OVG*, Urt. v. 24.3.2003, a.a.O., *BayVGH*, Urt. v. 27.9.2007, a.a.O., *SächsOVG*, Urt. v. 10.6.2010, a.a.O.

⁷⁴ Urt. v. 1.3.2012 Az. 11 K 1675/10, V.n.b.

bescheidungsfähig war. Eine Verpflichtungsklage ist nicht entscheidungsreif, wenn nicht zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung alle vom Kläger beizubringenden Unterlagen vollständig und prüffähig vorliegen. Die Gerichte scheuen sich offenbar, allein wegen unvollständiger Antragsunterlagen eine Klage abzuweisen und erlassen Verbescheidungsurteile, auch wenn die Behörden den Antrag zurückweisen oder ablehnen konnten, ohne die Rechtswidrigkeit ihrer Entscheidung zu riskieren. Schon wegen der fortwirkenden Obliegenheitsverletzungen des Klägers könnten die Klagen oft abgewiesen werden. Anders kann es sein, wenn der Kläger im Prozess ein plausibles Wirtschaftlichkeitsgutachten vorlegt und das Gericht den Anspruch auf Abbrucherlaubnis bejaht.

e) Formulierung der Erlaubnisse, Nebenbestimmungen

Eine Abbrucherlaubnis kann nur dann den gesetzlichen Erhaltungszielen und einer rechtmäßigen Ermessensentscheidung entsprechen, wenn sie nicht allein die „nackte“ Erlaubnis erteilt, sondern mittels Nebenbestimmungen den abzusehenden Verlust des Denkmals den Umständen entsprechend ausgestaltet. Hierfür bietet sich entweder die Zurückstellung des Abbruchartrags nach Art. 15 Abs. 5 BayDSchG bis zur Entscheidung über den Neubau an, alternativ die Erlaubnis des Abbruchs unter der aufschiebenden Bedingung der Genehmigung eines Neubaus. Die Belange des Denkmalschutzes bei Fällen im Ensemble und „in der Nähe“ verlangen die zusätzliche Bedingung, dass 1. erst nach Genehmigung des Neubaus das Denkmal abgebrochen werden darf und 2. die Durchführung des genehmigten Neubauvorhabens unanfechtbar rechtlich gesichert sein muss und 3. eine Sicherheitsleistung für die Verwirklichung dieses Neubaus geleistet ist. Diese Belange lassen sich unschwer durch Nebenbestimmungen mit der Erlaubnis verbinden; ihre Zulässigkeit nach Art. 36 Abs. 1 Satz 1 BayVwVfG zur Sicherstellung, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes erfüllt werden, steht außer Zweifel, weil nur damit eine vorschnelle Beseitigung des Denkmals verhindert werden kann. Die Behörden können nur mit diesen essentiellen Verfahrensschritten erreichen, dass sie nach dem Abbruch den denkmalpflegerischen Belangen hinterherlaufen müssen. Den Behörden ist zu empfehlen, entsprechend formulierte Textbausteine in ihre Textautomaten aufzunehmen.

Um die unter Nr. 4 a dargestellte Höchstpersönlichkeit derartiger Entscheidungen unzweifelhaft klarzustellen, müssen in die Bescheide entsprechende Hinweise zur persönlichen Geltung oder sogar die Bedingung der Bindung an die Person des Antragstellers und an gleichbleibende Umstände aufgenommen werden. Der Weg über einen nachträglichen Widerruf der bestandskräftigen rechtmäßigen Genehmigung ist weniger zu empfehlen, da er einen weiteren Verwaltungsakt mit Entschädigungsrisiko voraussetzt⁷⁵.

5. Entbehrlichkeit der Zumutbarkeitsprüfung

Die Prüfung der Zumutbarkeit ist entbehrlich, d.h. sie muss nicht durchgeführt werden, weil in diesen Fällen die Erfüllung der denkmalrechtlichen Pflichten ohne weiteres zumutbar ist, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen:

⁷⁵ Nach Art 49 Abs. 2 Nr. 3 i.V. mit Abs. 6 BayVwVfG. Unbefriedigend insoweit der entsprechende Passus Nr. 5 des o.g. BayWFKMS vom 14.1.2009.

1. Bei der Erhaltung bzw. Instandsetzung entstehen ausschließlich Kosten, die auf die Unterlassung des Bauunterhalts oder eine sonstige Verletzung denkmalrechtlicher Pflichten oder deren Folgewirkungen (Folgeschäden) zurückgehen. Die ist in mehreren Denkmalschutzgesetzen ausführlich formuliert.
2. Bei der Erhaltung bzw. Instandsetzung entsteht kein denkmalpflegerischer Mehraufwand, alle Kosten sind „Sowieso-Kosten“ bzw. gehen zurück auf bau- oder sicherheitsrechtliche Anforderungen (Verunstaltung, Standsicherheit, Brandschutz, Wärmeschutz; s. oben Nr. 3 a und b).
2. Der Antragsteller (Eigentümer oder Investor) hat das Baudenkmal bzw. das Grundstück mit dem Bodendenkmal in Kenntnis der Denkmaleigenschaft und der damit verbundenen denkmalrechtlichen Lasten erworben (Erwerb sehenden Auges, Kenntnis oder Kennenmüssen des Risikos). Er kann sich nicht auf Unzumutbarkeit berufen (strittig, s. oben Nr. 3 e).
3. Das Denkmal bzw. das Grundstück mit dem Bodendenkmal wird genutzt und die bestehende Nutzung wird durch die denkmalrechtlichen Pflichten nicht beeinträchtigt (BVerfG 1999). Das Eigentumsgrundrecht wird in solchen Fällen nicht eingeschränkt.
4. Die gewährten Kompensationen übersteigen den anerkennungsfähigen Erhaltungs- bzw. Instandsetzungsaufwand offensichtlich (Ergebnis von BVerfG 1999, s. oben Nr. 4 c).
5. Das Grundstück mit dem Denkmal kann veräußert werden; diese Möglichkeit schließt die Berufung auf Unzumutbarkeit in der Regel aus, solange nicht bestimmte Umstände einen Verkauf verbieten. (So ausdrücklich BVerfG 1999, s. oben Nr. 3 f).
6. Das Denkmal ist nicht für eine „geldwerte“ Nutzung bestimmt; in solchen Fällen kann es auch keine Wirtschaftlichkeitsberechnung mit der Gegenüberstellung von Erträgen und Belastungen geben. Einzelheiten sind noch ungeklärt (s. oben Nr.1).