

Denkmalrecht in Deutschland

Weitere Beiträge zum Denkmalschutz – 5.2.5 Verfahren

Abbruch – zu einem zentralen Thema des Denkmalschutzes

Beitrag von Dr. Dieter J. Martin, Ltd. Akad. Direktor i.R., Bamberg, Stand 2013

1. „Was weg ist, ist weg“

Die Zahl der Denkmäler ist endlich – beseitigte Bau- und Bodendenkmäler sind unwiederbringlich. Bemerkenswert ist die Diskrepanz zwischen vielen behördlichen Entscheidungen bei der Behandlung von Abbruchwünschen und den generellen Vorgaben der in ihrer Entwicklung keineswegs abgeschlossenen Rechtsprechung. Das Bundesverfassungsgericht hat 1999¹ das „Hohe Lied des Denkmalschutzes“ gesungen und dessen hohen Wert gegenüber dem Eigentumsgrundrecht herausgestellt. Erst allmählich verfeinern sich die Grundsätze u.a. für den Umgang mit desolaten, von bis zu Ruinen heruntergekommenen² bis zu zahllosen trotz rechnerischer Unwirtschaftlichkeit bestens erhaltenen Baudenkmalern. Kaum durchgearbeitet sind die Probleme der Beseitigung von Bodendenkmälern³.

2. Stellung der obersten Denkmalschutzbehörden, Richtlinien

Die rechtlichen Möglichkeiten reichen weit über die bisherige Praxis hinaus. Auch den zuständigen Ministerien kommt eine bestimmende Rolle zu. Das bayerische Ministerium hat mit einer Dienstanweisung (MWFKS⁴) wesentliche Direktiven für Abbruchverfahren erteilt, welche der BayVGH 2010⁵ vollinhaltlich übernommen hat. Brandenburg und Mecklenburg-Vorpommern haben nicht unumstrittene Richtlinien zur Zumutbarkeit erlassen⁶.

3. Denkmalverträglichkeit trotz Abbruch?

Es gibt kein absolutes Erhaltungsgebot für Denkmäler, sondern nur die formelle Genehmigungspflicht u.a. für deren Beseitigung. Materiell ergibt sich aus der Erhaltungspflicht spiegelbildlich ein Beseitigungsverbot. Aus dem Eigentumsgrundrecht folgt die Baufreiheit im Rahmen der Gesetze; wegen der Anknüpfung des Denkmalbegriffs an das Erhaltungsinteresse der Allgemeinheit und der individuellen Erhaltungspflichten kann es aber eine „Abbruchfreiheit“ nicht geben. Das Postulat, ein Denkmal müsse „sich selbst tragen“, verblasst angesichts des vom BVerfG herausgestellten Ranges des Denkmalschutzes als einer

¹ Beschl. vom 2.3.1999, E 100, 226, vielfach kommentiert und interpretiert. Zu den hier erörterten zentralen Fragen der Zumutbarkeit siehe grundlegend *Martin/Mieth/Spennemann*, Die Zumutbarkeit im Denkmalrecht, 2013 – im Erscheinen. Download von Auszügen einschlägiger Entscheidungen unter Nr. 2.1 und 2.4 unter www.denkmalnetzbayern.de/index.php/menueeintrag/index/id/65.

² Zur Rechtslage u.a. *Schwan*, Landesrechtliche Möglichkeiten beim Umgang mit verwahrlosten Immobilien (Schrottimmobilen), ThürVBl. 2010, 49 ff.

³ Zuletzt OVG NW vom 20.9.2011, NRWE.

⁴ WKMS vom 14.1.2009 Nr. B 4-K 5111.0-12c/31 828 (07) zum Vollzug des DSchG - Prüfung der Zumutbarkeit im Erlaubnisverfahren nach Art. 6; download unter Nr. 3.3 unter www.denkmalnetzbayern.de/index.php/menueeintrag/index/id/67.

⁵ BayVGH vom 18.10.2010, juris = BayVBl. 2011, 303 m. Anm. *Martin*.

⁶ Brandenburg: VV des Ministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kultur zur Prüfung der Zumutbarkeit usw. vom 16.4.2009, ABl. 959; Mecklenburg-Vorpommern: Gemeinsame Hinweise zur Ermittlung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit/Unzumutbarkeit usw. Download jeweils unter Nr. 3.3 (wie Fußnote 4).

Gemeinwohlaufgabe von hohem Rang zur hohlen Formel. Leider werden die Rechtssätze des Beschlusses oft nicht konsequent umgesetzt: Ein Beseitigungsverbot schränkt denknötwendig die aktuelle Nutzung nicht ein. Ein Eigentümer muss dies nur dann nicht hinnehmen, wenn für ein Denkmal keinerlei Nutzungsmöglichkeit mehr besteht und er es praktisch auch nicht veräußern kann. Auch wenn das vielfach überlesen und manchmal bestritten wird, bestätigt sich damit der Schluss, dass nur im Ausnahmefall⁷ die Beseitigung eines Denkmals erlaubt werden darf. Regelfall ist damit für Eigentümer und Behörden das Er- und Behaltenmüssen.

Im Fokus steht die vollständige Beseitigung; rechtlich gleichzustellen sind dem Totalabbruch Behandlungen, welche trotz Weiterbestehens von Resten zu einem Untergang der Denkmaleigenschaft führen, wie Entkernungen und Sanierungen jeweils ohne Rücksicht auf die konstituierenden Merkmale eines Denkmals, selbst wenn diese im Laufe der Jahre schichtenweise genehmigt wurden⁸. Die Summe der Eingriffe kann zum Verlust der Identität und damit zum Untergang des Denkmals führen⁹. Bei vielen Abbrüchen werden zudem die städtebaulichen Belange vernachlässigt. Der BayVGh hat u.a. 2008¹⁰ die Gleichstellung der Ensembles mit Einzeldenkmälern bestätigt: Zu bewahren sind umfassend Erscheinungsbild und Substanz. Soll ein Denkmal aus einem Ensemble oder neben einem Denkmal beseitigt werden, kommt es deshalb zusätzlich auf die Auswirkungen auf diese umliegenden Denkmäler an. Ein Abbruch kann ermessensfehlerfrei nur genehmigt werden, wenn die Neubauplanung genehmigungsfähig und ihre alsbaldige Umsetzung zugunsten des Schließens der Lücke rechtlich und finanziell gesichert ist. Bei Bodendenkmälern gehören zu einer fachlich einwandfreien Ausführung¹¹ jeden Eingriffs Prospektion, zerstörungsfreie Untersuchung, Grabung, Bergung, Sicherung der Funde und die Dokumentation in allen Stufen, ferner der Umgang mit der Fundstelle (z.B. Erhalt im entstehenden Neubau). Abgesehen von der Tatsache, dass jedes Bodendenkmal mit seiner Ausgrabung und damit der Entfernung aus dem Fundzusammenhang unwiederbringlich verloren geht, kann der Verzicht auf die Erhaltung in situ nur vertreten und die Zerstörung nur erlaubt werden, wenn die genannten Belange zumindest annähernd gewahrt werden.

4. Neueres zur Zumutbarkeit

Der Beschluss des BVerfG von 1999 hat eine Vielzahl von älteren Entscheidungen und Literatur zu Makulatur werden lassen. Speziell zum Thema Abbruch findet sich 2012 allein bei juris eine Auswahl von ca. 50 Folgeentscheidungen. Eine relative Ordnung in die Diskussion brachte der BayVGh mit dem o.g. Urteil von 2010, in dem er präzise zwischen „wirtschaftlicher“ und „sonstiger Zumutbarkeit“ unterscheidet, die z. T. dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht. Wichtige bundesweit bedeutsame Themen sind insbesondere:

⁷ So z.B. auch WFKMS a.a.O., BayVGh vom 27.9.2007, BayVBl. 2008, 148 m. Anm. *Martin*; Anm. *Spennemann* in DSI 4/2009, 93 ff.

⁸ Dies führt zu dem Fatalismus der Metropolentscheidung des OVG NW Urt. vom 26.8.08, u.a. in NRWE. Siehe hierzu die bittere Anmerkung von *Upmeyer*, Tod eines Baudenkmals, BauR 2008, 1507.

⁹ Statt vieler *SächsOVG* vom 23.6.2006, juris.

¹⁰ Urt. vom 3.1.2008, BayVBl. 2008, 477.

¹¹ Einzelheiten in *Martin/Krautzberger* (Hrsg.), Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege, 3. Aufl. 2010, Teil I.

a) Der Bauunterhalt

Die Denkmalschutzgesetze verpflichten den Eigentümer, sein Denkmal im Rahmen des Zumutbaren zu erhalten, zu schützen und zu pflegen. Dies gilt insbesondere für den sog. Bauunterhalt und die Schließung von Öffnungen im Dach und andere regelmäßig anfallende Arbeiten¹². Kosten für „Instandhaltungsstau“ und dessen Folgekosten bis zu einem ggf. mittlerweile eingetretenen ruinösen Zustand bleiben außer Ansatz. Das BVerwG sah 2009 keine verfassungsrechtlichen Bedenken¹³: Der Eigentümer muss u. a. Schäden beseitigen, beschädigte Teile reparieren oder erneuern. Diese Erhaltungspflicht habe er grundsätzlich auf eigene Kosten zu erfüllen; jedenfalls ein finanziell leistungsfähiger Eigentümer müsse damit rechnen, einen nicht unerheblichen Teil der denkmalbedingten Mehrkosten selbst zu tragen. Der BayVGh ergänzt¹⁴: Die durch Unterlassen des Bauunterhalts verursachten Kosten sind aus der Wirtschaftlichkeitsberechnung auszuscheiden, es muss nicht ermittelt werden, ob es 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 zuzurechnen¹⁵; der Zustand wird sich regelmäßig auch im Kaufpreis ausgewirkt haben.

b) Sonstige zumutbare Kosten

Um die zu berücksichtigenden Kostengruppen wird bisweilen kompromisslos gerungen. Der BayVGh¹⁶ schließt entgegen z.B. dem OVG NW neben den Kosten und Folgekosten von unterlassenem Bauunterhalt durch den Eigentümer und seine Rechtsvorgänger auch die bau- und sicherheitsrechtlich veranlassten Kosten aus; nach § 7 Abs. 3 S. 3 NdsDSchG sind auszuscheiden Kosten für Maßnahmen, die „sonstigem öffentlichem Recht zuwider unterblieben sind“. Sachgerecht ist nach BayVGh zudem insbesondere, dass nur der so genannte denkmalpflegerische Mehraufwand angesetzt wird. Die Instandhaltungskosten, die jeder Hauseigentümer für seine Immobilie aufwenden muss, bleiben außer Betracht. Manche Gerichte wollen in die Rechnung sogar abschätzbare oder nicht abschätzbare „Folgelasten“ einbeziehen¹⁷.

c) Maßgebliche Grundstückseinheit

Völlig uneinheitlich wird beantwortet, auf welche Einheit sich eine Wirtschaftlichkeitsberechnung beziehen muss, sofern eine solche denn notwendig ist. Die Annahmen reichen von dem aktuellen „Teilgrundstück mit dem Denkmal“¹⁸ über das „gesamte Grundstück“¹⁹ oder den einer Teilung vorausgehenden Grundstückszuschnitt bis zu weiteren funktionalen Zusammenhängen und einer Gesamtanlage. Nach dem auch für das Denkmalrecht grundlegenden

¹² Bemerkenswert VG *Cottbus* vom v.22.3.2007 - 3 K221/04 – V.n.b.

¹³ BVerwG vom 21.4.2009, juris = EzD 1.1 Nr. 17 mit Anm. *Martin*. A.A. z.B. *Haaß*, Privatnützigkeit und Wirtschaftlichkeitsberechnung im Denkmalschutz, NVwZ 2002, 1054.

¹⁴ BayVGh vom 18.10.2010, a.a.O.

¹⁵ OVG NW vom 2.8.2007, NRWE = EzD 2.2.5 Nr. 23.

¹⁶ Vom 18.10.2010 a.a.O. unter Bezug auf BVerwG vom 11.4.1989, NJW 1989, 2638 und OVG MV vom 18.3.2009, juris RdNr. 50; a. A. wohl: OVG NW vom 4.5.2009, juris RdNr. 45 und z.B. *Haaß*, Privatnützigkeit, a.a.O. Vgl. auch *Martin/Krautzberger*, a.a.O., Teil G II. 3, RdNr. 158 f.

¹⁷ VGHBW vom 10.5.1988, EzD 2.2.6.1 Nr. 8.

¹⁸ VGHBW vom 29.6.1992, juris.

¹⁹ VG Berlin vom 30.7.2002 – 16 A 238.94 – Schlüter – nicht rkr.

Altlastenbeschluss²⁰ des BVerfG kann es zumutbar sein, Vermögen zur Sanierung einzusetzen, das zusammen mit dem sanierungsbedürftigen Grundstück eine funktionale Einheit darstellt, etwa wenn es Bestandteil eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes oder sonstigen Unternehmens ist. Im Fall Schlosskapelle hat das BVerfG 2010 ergänzt: Ein dem Denkmalschutz aufgeschlossener Eigentümer würde eine Gesamtanlage nicht zu dem Zweck aufspalten, die Voraussetzungen einer (vermeintlichen) Unzumutbarkeit der Erhaltung eines Teils des Denkmals zu schaffen, und eine dem Denkmalschutz aufgeschlossene Person würde eine derartige Eigentumsposition nicht erwerben. Das NdsOVG schließlich verlangte sogar, aus einem großen Grundstück eine Teilfläche herauszutrennen und den Erlös als Eigenkapital zur Erhaltung einzusetzen²¹.

d) Sonderbehandlung der Öffentlichen Hand?

Nicht auf Unzumutbarkeit berufen können sich juristische Personen, die mittelbar oder unmittelbar mindestens mehrheitlich im Staatsbesitz stehen²². Maßgeblich ist nicht die privatrechtliche Organisationsform, denn Art. 14 GG schützt nicht das Privateigentum, sondern das Eigentum Privater. Dies gilt auch für öffentliches Handeln in privatrechtlich organisierter Form²³ und für Unternehmen mit öffentlichen Mehrheitsbeteiligungen (z.B. Sparkassen). Beim derzeitigen Stand der Privatisierung sind die Unternehmen des Konzerns der Deutschen Bahn AG nicht grundrechtsfähig²⁴. Nicht zu übersehen ist allerdings, dass einzelne Gesetze das Erfordernis der Zumutbarkeit z.B. auch auf Gemeinden erstrecken²⁵ und dass Urteile mit Zumutbarkeitsprüfungen bei Gemeinden, Bahn und Post vorliegen²⁶. Nicht einheitlich beantwortet wird, ob sich Kirchen auf Unzumutbarkeit berufen können²⁷.

e) Die Erwerbsumstände

Gestritten wird, ob es bei der ansonsten an objektiven Kriterien der Wirtschaftlichkeit ausgerichteten Prüfung auf subjektive Umstände des Erwerbs ankommen kann. Stichworte sind „Spekulation“, „Erwerb sehenden Auges“ und „Kenntnis der Risikofaktoren“: Wurde eine Sache in spekulativer Absicht (z.B. nach der Wende im Beitrittsgebiet²⁸) und generell „sehenden Auges“ (hierunter fallen auch Erwerbe zur

²⁰ Altlastenbeschluss des BVerfG vom 16.2.2002, E 102, 1 ff.; ebenso OVGRP vom 2.12.2009, juris und BVerfG vom 14.4.2010, juris; mehrfach BayVGH u.a. vom 27.1.2010 – 2 ZB 09.250 – V.n.b. und vom 14.9.2010, juris („gesamtes Ertragspotential“). A.A. u.a. Haaß a.a.O.

²¹ NdsOVG vom 24.3.2003, EzD 2.2.6.3 Nr. 7, VG Minden Urt. vom 23.2.2010 – 1 K 273/09 – V.n.b.

²² Das o.g. bayerische WFKMS vom 14.1.2009 unter Bezug auf BVerfG vom 8.7.1982, E 61, 82, 108. Für Gemeinden z.B. VG Regensburg vom 20.1.2010, openjur.

²³ BVerfG vom 7.6.1977, E 45, 63, 80.

²⁴ BayVGH vom 3.8.2004 - 8 BV 03.275, de jure, BVerwG vom 4.5.2006, E 126, 14.

²⁵ Z.B. § 10 Abs. 7 DSchGLSA.

²⁶ OVGTh vom 26.1.2008, EzD 2.2.5 Nr. 32 mit Anm. Koehl; hierzu Martin, Denkmalschutz in Thüringen zwischen Eigentumsgrundrecht und kommunaler Selbstverwaltung, ThürVBl. 2009, 97 ff. Bereits VGHBW vom 29.6.1992, VBIBW 1993, 109 zur ehemaligen Bundespost. OVGLSA vom 29.1.2008, EzD 2.2.5 Nr. 28. Zur Bahn VG Gelsenkirchen vom 18.3.1997, EzD 3.4.5 Nr. 3.

²⁷ Das kirchliche Eigentum werde durch Art 14 GG nicht anders als das Eigentum Privater geschützt, VGHBW vom 10.5.1988, EzD 2.2.6.1 Nr. 8. Der Pfarrhof ist bestens saniert und erhalten.

²⁸ Instruktiv VG Magdeburg vom 20.12.2005, EzD 2.2.6.1 Nr. 30 mit Anm. Martin. Dies gilt auch für den mehrfachen Eigentumswechsel im „Canaletto“ – Fall des SächsOVG vom 10.6.2010, juris = EzD 1.1 Nr. 32 mit Anm. Martin.

Repräsentation oder aus Liebhaberei) oder sogar in fahrlässiger Unkenntnis²⁹ der Denkmaleigenschaft und des Zustandes erworben, wird regelmäßig trotz einer dauerhaften Unterdeckung die Berufung auf Unzumutbarkeit verwehrt. Der Erwerber übernimmt freiwillig das Risiko der Erhaltungspflicht; erzielt er Vorteile aus dem Risiko z.B. durch einen günstigen Kaufpreis oder durch Annahme einer Schenkung, ist sein Schutzbedürfnis ebenfalls reduziert³⁰.

f) Die Verkaufsmöglichkeit

Vielfach unbeachtet bleibt die entscheidende Passage des BVerfG von 1999, wonach es bei der Beurteilung der 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 überführen³¹. Die Scheu vor diesem Argument zeigen einige Entscheidungen, welche die im Wirtschaftsleben fast ausnahmslos bestehende Verkaufsmöglichkeit zwar bejahen, die aber trotzdem eine Wirtschaftlichkeitsprüfung anstellen³².

Nicht recht verständlich erscheinen 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 „Vermögensverhältnisse, Kreditwürdigkeit oder Gesundheitszustand“ einbezieht, und bereits früher beim OVG NW: „etwa wenn es sich um ein von ihm selbst genutztes Wohnhaus oder um einen zur Sicherstellung seines Lebensunterhalts betriebenes Unternehmen handelt“³³. Wenn sich der Eigentümer von seinem Denkmal trennen und es abreißen will, kann nicht ernsthaft auf diese formelhaft eingesetzten „subjektiven“ Umstände abgestellt werden, die noch dazu oft nur vorübergehend bestehen.

Gestritten wird auch über den Preis, zu dem ein Denkmal abgegeben werden muss. Die Argumentation geht u.a. auf frühere Urteile des BGH zurück und ist gekennzeichnet durch die Behauptung, nur ein Abschlag von 3, 10, 15 oder mehr Prozent sei zumutbar. Tatsächlich kommt es auf den Marktwert an. Dies führt soweit, dass in der Praxis ein Denkmal zu einem symbolischen Preis von 1 Euro oder sogar mit einer „Abstandssumme“ von 25.000 Euro angeboten wurde³⁴.

²⁹ Bestätigt z.B. durch *OVGRP* vom 2.12.2009, juris; *VG Regensburg* vom 20.1.2011 a.a.O. A.A. z.B. *Haaß*, a.a.O.

³⁰ Grundsätze aus dem Altlastenbeschluss des *BVerfG* vom 16.2.2002 a.a.O.

³¹ *BayVGh* vom 18.10.2010 a.a.O., *OVGRP* vom 2.12.2009 a.a.O. Instruktiv auch *VG Minden* Ur. vom 23.2.2010 – 1 K 273/09 – V.n.b.

³² Z.B. *SächsOVG* vom 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* vom 17.9.2008, juris.

³³ *BVerfG* vom 16.2.2002 a.a.O. in RdNr. 58, *BayVGh* vom 18.10.2010, a.a.O., *OVGNW* vom 20.3.2009, NRWE in RdNr. 72.

³⁴ Fall der Sicherungsanordnung des *OVG Berlin-Brandenburg* vom 18.8.2011 - 2 S 45.11 – V.n.b.; siehe auch *OVGLSA* vom 29.1.2008, EzD 2.2.5 Nr. 28.

g) Zuschüsse, Drittleistungen und Wertzuwachs

Nach manchen Gerichten wird die Zumutbarkeit nur durch rechtsverbindlich zugesagte Zuwendungen beeinflusst³⁵. Das OVG NW³⁶ will nur „mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwartende öffentliche Mittel“ ansetzen. Beides ist u.a. angesichts der langen Dauer der Verfahren praxisfremd; denn in keinem Land werden ohne die bei Beginn der Abbruchverfahren meist nicht vorliegenden denkmalverträglichen Erhaltungskonzepte Zuwendungen mit jahrelanger Bindung der Haushaltsmittel „ins Blaue“ bewilligt. Konsequenterweise zieht deshalb der BayVGH bei der Wirtschaftlichkeitsberechnung „mögliche“ Zuwendungen ab. Der Abbruchwillige muss sich so behandeln lassen, als ob er einen Antrag gestellt und die zu erwartende Förderung erhalten hätte³⁷.

In der Praxis werden gelegentlich Entlastungen von dritter Seite gewährt. Ob auch freiwillige Leistungen privater Freunde, aber auch von Institutionen, deren Zweck die Förderung der Denkmalpflege ist (wie z.B. Deutsche Stiftung Denkmalschutz oder Denkmalstiftung Baden-Württemberg - bei ihrer Bewilligung wird oft auch die Leistungsfähigkeit des Eigentümers berücksichtigt³⁸) die Zumutbarkeit beeinflussen können, wird kontrovers beantwortet. Noch nicht ausdiskutiert ist, ob z.B. Leistungen der Brandversicherung bei Versagung des Abbruchs nach einem Brand einzusetzen sind, die wohl kaum zum unantastbaren sonstigen Vermögen des Pflichtigen gerechnet werden können³⁹.

Wie mit dem im Fall von Investitionen in ein Denkmal meist automatisch einhergehenden Wertzuwachs im Rahmen der Zumutbarkeitsrechnung umgegangen werden soll, ist ebenfalls weitgehend ungeklärt. Er wird nicht notwendig durch Eigenleistungen des Pflichtigen ausgeglichen, sondern müsste als Zugewinn und damit als zusätzliche Entlastung des Pflichtigen anerkannt werden⁴⁰.

h) Abbruchanspruch contra Abwehranspruch

Viele Gerichte (u.a. auch der BayVGH⁴¹) haben Eigentümern Abwehrrechte gegen Baumaßnahmen „in der Nähe“ zuerkannt, wenn diese zu einer Beeinträchtigung seines Baudenkmals oder zur Entwertung von Investitionen führen würden. Dies kann u.a. eintreten, wenn aus einer einheitlichen Häuserzeile ein Gebäude herausgebrochen würde. Nachbarklagen nehmen an Zahl zu. Bemerkenswert ist insbesondere BVerwG vom 21. 4. 2009⁴², der wohl auch von einem obiter dictum des BVerfG mit geprägt wurde⁴³. Offen bleiben muss bis auf Weiteres, wie die denkbare

³⁵ Z.B. *VGHBW* vom 27.5.1993, juris, *dass.* vom 11.11.1999, juris; *OVG Saar* Ur. v. 20.11.2008, EzD 2.2.6.1 Nr. 38.

³⁶ Ur. vom 4.5.2009 – a.a.O.

³⁷ *BayVGH* vom 18.10.2010 a.a.O.; in diesem Sinn z.B. auch *SächsOVG* vom 10.6.2010, juris, *OVGRP* vom 2.12.2009 a.a.O.; dezidiert *VG Cottbus* Ur. vom 22.3.2007 - 3 K221/04 – V.n.b.; ferner auch *NdsOVG* vom 24.3.2003, dbovg.

³⁸ Beispiel: *OVGMV* vom 7.5.2004, juris.

³⁹ So aber *OVG BEBB* vom 18.8.2011 - 2 S 45.11 – V.n.b. – unter Hinweis auf sein Ur. vom 17.9.2008, juris.

⁴⁰ Siehe z.B. *VG Gera* vom 11.11.2004, juris.

⁴¹ *BayVGH* vom 27.3.1992 - 26 CS 91.3589 – V.n.b.; *ders.* vom 27.1.1989, EzD 2.2.9 Nr. 4. Zum folgenden auch *Martin/Krautzberger*, a.a.O., Teil E RdNr. 226 ff.

⁴² *BVerwG* vom 21.4.2009, EzD 2.2.6.4 Nr. 42; zum aktuellen Stand *Kleine-Tebbe/Martin*, *Denkmalrecht in Niedersachsen*, 2012, Erl. 2.2.2 bis 2.2.7 zu § 2.

⁴³ *BVerfG* vom 19.12.2006, EzD 1.1 Nr. 19.

Anspruchskonkurrenz von Abbruch und Abwehr aufzulösen ist; zu denken ist wohl auch hier an die „praktische Konkordanz“⁴⁴, deren Auswirkungen aber erst auszuloten wären.

i) Besonderheiten bei der Beseitigung von 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 selbst bestimmtem Vorhaben. Im Denkmalrecht wird hieraus gelegentlich ein Problem konstruiert und insbesondere bei Bodendenkmälern wird um die Kostentragungspflichten gestritten⁴⁵. Angesprochen ist das in einigen Bundesländern⁴⁶ ausdrücklich geregelte Verursacher- oder besser Veranlasserprinzip⁴⁷. Gerechtfertigt wird die Auferlegung der Kosten durch die Überlegung, dass infolge von Eingriffen in Denkmäler wie z. B. infolge der Beseitigung von Bodendenkmälern regelmäßig die Nutzung eines Grundstücks eröffnet oder erweitert wird, seine Wirtschaftlichkeit und sein Wert steigen und häufig Finanzierungsinstrumente sowie Steuervorteile in Anspruch genommen werden können; dies gilt eingeschränkt sogar bei Bahn- und sonstigen Trassen. Hieraus abzuleiten ist, dass ein Veranlasser alle Kosten für Prospektion, zerstörungsfreie Untersuchung, Grabung, Bergung, Sicherung der Funde und die Dokumentation in allen Stufen tragen muss; die jeweilige Ausführung kann öffentlichen Stellen, aber auch privaten Fachleuten übertragen werden. Sofern die dauerhafte Sicherung vor allem der beweglichen Bodendenkmäler (Funde) Konservierungsmaßnahmen und eine Aufbewahrung für die Zukunft erfordert, gehören diese ebenfalls zu den vom Träger des Vorhabens veranlassten unabweisbaren Kosten. Bei der wissenschaftlichen Auswertung, einer Publikation und der Präsentation für die Öffentlichkeit sind trotz der Zwangsläufigkeit des Entstehens der Kosten Zweifel angebracht, weil diese Positionen vorrangig öffentlichen Interessen dienen. Eine vorherige Einigung der Beteiligten über diese Kosten z. B. in einem Vergleichsvertrag und eine eindeutige und sorgfältig zu begründende Regelung in der Genehmigung sind unerlässlich.

5. Verfahrensfragen

Die Genehmigungstatbestände der Denkmalschutzgesetze enthalten regelmäßig nur Verfahrensvorschriften für die Beseitigung von Denkmälern, einige Gesetze erteilen auch zusätzliche materielle Maßgaben. Meist steht die Erteilung einer Genehmigung im Ermessen; in einigen Ländern ist sie als gebundene Entscheidung nach einer trotzdem erforderlichen Abwägung ausgestaltet. Wird die Genehmigung erwogen, müssen die Behörden nach allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts ihr

⁴⁴ Siehe hierzu z.B. *BVerfG* vom 27.11.1990, E 83, 130.

⁴⁵ Einzelheiten in der Kommentarliteratur; siehe z.B. *Davydov/Hönes/Martin/Ringbeck*, Kommentar zum DSchG NRW, 3. Auflage 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.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ Ausführlich *Martin/Krautzberger*, a.a.O. Teil H Kapitel III Nr. 1 und *Nethövel*, Das „Verursacherprinzip“ im Denkmalrecht. Diss. Münster 2007. Siehe auch die Neufassung 2013 des § 29 DSchGNRW.

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 Rechtsnachfolge⁴⁸, der auf Antrag des Eigentümers oder eines sonstigen Investors ergeht. 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. Steuervorteile⁴⁹ oder bestimmte soziale Umstände des Antragstellers⁵⁰, die sich im Lauf der Zeit ändern und positiv oder negativ auf die Zumutbarkeit auswirken können. Wird entscheidend auf persönliche Umstände abgestellt, so kann die Genehmigung für den Antragsteller nur unter dem ausdrücklichen 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. Unerlässlich ist eine entsprechende Formulierung zur Höchstpersönlichkeit der Genehmigung (siehe unten Nr. 5 e).

b) Abwägung der denkmalpflegerischen Belange, Ermessen

Vor Prüfung der Zumutbarkeitsfragen 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; z.B. kommt 500 Jahre alten Zeugnissen ein hoher Stellenwert zu. Soll ein selbst als Einzeldenkmal geschützter oder auch ein nicht individuell geschützter Bau aus einem städtebaulichen Ensemble oder aus dem Nähebereich eines Denkmals herausgebrochen werden, kommt es für die Denkmalverträglichkeit des Abbruchs nicht allein auf die Beseitigung des Bestehenden, sondern auch auf die städtebaulichen Auswirkungen sowohl des Abbruchs (Baulücke) als auch des Neubaus an (siehe oben Nr. 3).

c) Kompensationen

Die Kompensationen in Denkmalrecht und Praxis hat erstmals das BVerfG in seinem Beschluss vom 2.3.1999 ausführlicher, wenn auch sehr abstrakt thematisiert. In Betracht kommen breit gefächert u.a. Zuschüsse, Steuervorteile, Entgegenkommen der Behörden wie die Einräumung zusätzlichen Baurechts, Dispense von denkmal- und baurechtlichen Hindernissen⁵¹, eine Verkaufsmöglichkeit, Geld- und Ausgleichsleistungen. Sie können von den Behörden zur Vermeidung sonst entstehender Unzumutbarkeit bzw. Unverhältnismäßigkeit eingesetzt werden. Nach Möglichkeit sind sie „*uno actu*“ in den Verwaltungsakt aufzunehmen oder zumindest im Grundsatz verbindlich zuzusagen oder mit dem Vorbehalt einer gesonderten

⁴⁸ Hierzu *Kreppel*, Rechtsnachfolge in anlagebezogene Zulassungsakte im Bereich des Umweltrechts, 1989, m. w. Nachw.

⁴⁹ Überdeutlich im 1000 Euro – Urt. des *OVGRP* vom 30.3.2006, EzD 2.2.6.1 Nr. 31. Ebenso die akribische Berechnung des *NdsOVG* Urt. vom 24.3.2003, dbovg.

⁵⁰ Siehe oben Nr. 4.

⁵¹ Z. B. *BGH* vom 15.10.1992, NJW 1993, 457; *BayVGH* vom 15. 12. 1992 - I B 91.2581 – V.n.b.

Entscheidung zu verbinden⁵². Ohne Kompensation ist 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 Jahre 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 usw.

d) Zu den Obliegenheiten der Antragsteller

Nach ursprünglichen Zweifeln über die Beweislast bei behaupteter Unzumutbarkeit hat sich mittlerweile die Rechtsprechung gefestigt und sog. Obliegenheiten für die Antragsteller formuliert. Bei Abbrucharträgen sind im Hinblick 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 beitragen⁵³. 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 erbringen⁵⁴:

- Nachweis der eigenen Bereitschaft zur Erhaltung und Vorlage einer mit den Behörden abgestimmten Erhaltungsplanung (BayVGH),
- Gutachten zur fehlenden technischen Erhaltungsfähigkeit (BVerfG⁵⁵),
- Nachweis der fehlenden Nutzung und fehlenden Nutzbarkeit (BVerfG),
- Nachweis der fehlenden Veräußerbarkeit (BVerfG),
- 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 Steuervorteilen⁵⁶,
- Im Einzelfall Nachweise zur Genehmigungsfähigkeit eines Ersatzbaus, Vorlage von Sicherheiten (bei Beginn des Abbruchs), und ggf. Abbruchdokumentation (erst bei/nach Erteilung der Genehmigung).

Die Kosten für diese Nachweise können beträchtliche Höhen erreichen. Deshalb ist es erforderlich, jeweils genaue Überlegungen über Art und Umfang der geforderten Unterlagen anzustellen und nach den Grundsätzen der Geeignetheit, Notwendigkeit

⁵² Insbesondere *BayVGH* vom 27.9.2007 a.a.O. Zum o.g. Vorbehalt siehe den Altlastenbeschluss des *BVerfG* vom 16.2.2000, a.a.O., RdNr. 65.

⁵³ *VG Regensburg* vom 5.3.2002, EzD 1.1 Nr. 9.

⁵⁴ Begründungen: *BVerfG* vom 2.3.1999 a.a.O., *BVerwG* vom 17. 11. 2009, juris, *BayVGH* vom 27. 9. 2007 a.a.O.

⁵⁵ *OVGRP* vom 2.12.2009, EzD 2.2.6.1 Nr. 37. Siehe auch die Neufassung des § 13a DSchG RP 2008.

⁵⁶ *BVerwG* vom 17.11.2009 a.a.O.: Es ist mit der Eigentumsgarantie vereinbar, wenn dem Eigentümer die Darlegungs- und Beweislast dafür aufgebürdet wird, ob die Voraussetzungen eines Übernahmeanspruchs wegen wirtschaftlicher Unzumutbarkeit (hier nach § 31 NW) vorliegen.

und Verhältnismäßigkeit differenziert die Einzelheiten für das Verwaltungsverfahren festzulegen. Die Kosten der Unterlagen für die Genehmigung seines eigenen Antrags zur Veränderung eines Denkmals hat im Übrigen wie in jedem anderen öffentlich-rechtlichen Genehmigungsverfahren der Antragsteller als Veranlasser zu tragen; auf Zumutbarkeit kommt es regelmäßig nicht an⁵⁷. Vereinzelt wird postuliert, bei Überschuldung eines Denkmalgrundstücks und mangelnder Leistungsfähigkeit 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 Entziehungsverfahrens⁵⁸; diese Konstruktion verkennt die Zusammenhänge zwischen gewillkürtem Abbruchantrag und rechtsstaatlichem Gesetzesvollzug im Denkmalrecht. Der Nachweis der Unzumutbarkeit soll sich im Einzelfall auch aus einem „Beweis des ersten Anscheins“ ergeben können⁵⁹. Wenn die Unzumutbarkeit offensichtlich ist, müsse sie nicht nachgewiesen werden. Hierfür genügen aber weder eine vermeintliche (aber regelmäßig bestrittene) Unsanierbarkeit, dass die Bausubstanz „aufgebraucht“ sei oder eine infolge niedriger Decken behauptete fehlende Nutzbarkeit eines Baudenkmals, noch die „nach Erfahrungswerten“ angeblich außer Verhältnis stehenden Sanierungskosten.

Erscheint der Antrag aus Sicht der Behörde aussichtslos, so ist der Antragsteller rechtzeitig auf seine Kostenpflicht und die Folgen des Fehlens von Unterlagen hinzuweisen (§ 25 VwVfG). Die Rechtsfolgen bei unvollständigen oder unrichtigen Unterlagen sind in den Ländern unterschiedlich geregelt; in einzelnen Ländern treten Fiktionswirkungen ein. Die Behörden können fehlende Unterlagen nachfordern. Werden Mitwirkungspflichten bzw. Obliegenheiten nicht erfüllt, ist ein Antrag in der Regel formell und materiell nicht entscheidungsreif und deshalb unzulässig⁶⁰. Er kann zumindest nach Fristsetzung ohne Weiteres zurückgewiesen werden. Die Behörde könnte zwar trotzdem in der Sache entscheiden⁶¹; zumindest das Fehlen der Unterlagen z.B. zu behaupteter Unzumutbarkeit wird es der Behörde in der Regel aber unmöglich machen, alle Umstände abzuwägen und verantwortlich in der Sache entscheiden.

Einzelne Gerichte haben in Abbruchverfahren trotz der gefestigten Rechtsprechung zu den Beibringungs- und Mitwirkungspflichten der Antragsteller und trotz offensichtlichen Verstößen gegen diese Obliegenheiten seitens der Kläger von Gerichten wegen ausführliche Gutachten insbesondere zu Planungs- und Nutzungsalternativen oder zur Wirtschaftlichkeit bzw. zu weiteren Zumutbarkeitsfragen in Auftrag gegeben⁶². Nicht in jedem Fall dürfte es 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 Potsdam⁶³ hat eine Klage abgewiesen, weil der Antrag aufgrund formaler Mängel nicht bescheidungsfähig war. Die Gerichte scheuen sich offenbar, allein wegen unvollständiger Antragsunterlagen eine Klage

⁵⁷ Siehe hierzu *Martin/Krautzberger*, a.a.O., Teil D Kap. III Nr. 2 b–d, sowie Teil G Kap. II Nr. 3 c.

⁵⁸ *Groth/Beckmann/Merget*, Eigentumsentziehung im Denkmalrecht, LKV 2011, 344 ff.

⁵⁹ Mit großer Vorsicht anzuwenden *Schmaltz/Wiechert*, NdsDSchG, Rn. 24 zu § 7.

⁶⁰ *Kopp/Ramsauer*, § 22 VwVfG, Rn. 28.

⁶¹ *BVerwG* vom 25.10.1989, E 84,50.

⁶² Vgl. z.B. *NdsOVG* vom 24.3.2003 a.a.O., *BayVGH* vom 27.9.2007 a.a.O., *SächsOVG* vom 10.6.2010 a.a.O.

⁶³ Urt. v. 1.3.2012 - 11 K 1675/10 – V.n.b.

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 viele Klagen abgewiesen werden. Anders kann es sein, wenn der Kläger im Prozess ein plausibles Wirtschaftlichkeitsgutachten vorlegt, eine Verkaufsmöglichkeit definitiv ausscheidet und das Gericht den Anspruch auf Abbrucherlaubnis bejaht.

e) Formulierung der Erlaubnisse, Nebenbestimmungen

Eine von Behörde oder Gericht erteilte Abbruchgenehmigung kann nur dann den gesetzlichen Erhaltungszielen und einer rechtmäßigen Ermessensentscheidung entsprechen, wenn sie nicht allein die „nackte“ Genehmigung erteilt, sondern mittels Nebenbestimmungen oder Maßgaben den abzusehenden Verlust des Denkmals den Umständen entsprechend ausgestaltet oder abmildert. Hierfür bietet sich in Nähe- und Ensemblefällen entweder die Zurückstellung des Abbruchartrags bis zur Entscheidung über den Neubau an, alternativ die Genehmigung des Abbruchs unter der aufschiebenden Bedingung der Genehmigung eines Neubaus und der zusätzlichen Bedingung, dass erst nach Genehmigung des Neubaus und dessen rechtlicher und finanzieller Sicherstellung (Sicherheitsleistung) abgebrochen werden darf.

Um die unter Nr. 4 a dargestellte Höchstpersönlichkeit derartiger Entscheidungen unzweifelhaft klarzustellen, müssen in die Bescheide und Urteile entsprechende Hinweise zur persönlichen Geltung oder sogar die Bindung an die Person des Antragstellers und an gleichbleibende Umstände aufgenommen werden. Der Weg über einen nachträglichen Widerruf der bestandskräftigen rechtmäßigen Genehmigung⁶⁴ ist weniger zu empfehlen, da er einen weiteren Verwaltungsakt ggf. unter Entschädigungsrisiko voraussetzt.

⁶⁴ So das o.g. bayerische WKMS von 2009.