

Denkmalrecht in Deutschland

DSchG Niedersachsen

Autor: D. Martin

Hinweis: Stand 2013

Ziehen Sie zur Aktualisierung und Ergänzung weitere Beiträge aus dem Denkmalrecht in Deutschland und den Kommentar von Kleine-Tebbe und Martin. 2. Auflage 2013 hinzu.

§ 23 Anordnungen der Denkmalschutzbehörden

(1) Die Denkmalschutzbehörden treffen nach pflichtgemäßem Ermessen die Anordnungen, die erforderlich sind, um die Einhaltung der §§ 6 bis 17, 25, 27 und 28 sicherzustellen.

(2) ¹Wird ein Baudenkmal dadurch, daß es nicht genutzt wird, oder durch die Art seiner Nutzung gefährdet, so kann die Denkmalschutzbehörde anordnen, daß ein nach § 6 Abs. 1 Verpflichteter das Baudenkmal in bestimmter ihm zumutbarer Weise nutzt. ²Dem Verpflichteten ist auf Antrag zu gestatten, das Baudenkmal in einer angebotenen anderen Weise zu nutzen, wenn seine Erhaltung dadurch hinreichend gewährleistet und die Nutzung mit dem öffentlichen Recht vereinbar ist.

Übersicht

1. Vorbemerkungen
2. Die denkmalrechtliche Generalklausel (Absatz 1)
 - 2.1 Generalklausel und andere Befugnisnormen
 - 2.1.1 Verhältnis zu weiteren denkmalrechtlichen Befugnisnormen
 - 2.1.2 Verhältnis zum Baurecht
 - 2.1.3 Verhältnis zum Nds. SOG
 - 2.2 Instrumentarium zur Durchsetzung denkmalpflegerischer Ziele
 - 2.3 Mögliche Maßnahmen nach Absatz 1
 - 2.3.1 Anordnung bei Verstößen gegen die Erhaltungspflichten
 - 2.3.2 Anordnung zur Vorbeugung gegen Gefährdungen
 - 2.3.3 Maßnahmen bei Verstößen gegen Verfahrensvorschriften
 - 2.3.4 Speziell: Rückbau und Wiederherstellungsanordnung nach Absatz 1
 - 2.3.5 Vollzugsfragen bei Maßnahmen nach Absatz 1
 - 2.3.6 Speziell: Ersatzvornahme
 - 2.4 Verfahren bei der Anwendung der Generalklausel des Absatzes 1
 - 2.4.1 Anwendung der NBauO und des 8 Nds. SOG (Störer)
 - 2.4.2 Opportunitätsprinzip und Ermessen
 - 2.4.2.1 Opportunitätsprinzip
 - 2.4.2.2 Ermessen (Absatz 1)
 - 2.4.3 Weiteres Verfahren bei Maßnahmen nach Absatz 1
 - 2.4.4 Kostentragung und Zumutbarkeit bei Anordnungen
 - 2.4.5 Weitere Zumutbarkeitsfragen
3. Nutzungsanordnung für Baudenkmale (Absatz 2)
 - 3.1 System der Vorschriften zur Nutzung
 - 3.2 Befugnisnorm (Absatz 2 Satz 1)
 - 3.3 Antrag auf andere Nutzung (Absatz 2 Satz 2)
 - 3.4 Verfahren nach Absatz 2
 - 3.4.1 Verfahren bei Nutzungsanordnung nach Absatz 2 Satz 1
 - 3.4.2 Verfahren bei Antrag nach Absatz 2 Satz 2

1. Vorbemerkungen

1.1

§ 23 NDSchG enthält die umfassende Befugnisnorm für den Erlass von Verwaltungsakten zum Vollzug der ausdrücklich benannten Vorschriften des Denkmalschutzgesetzes. Absatz 2 ergänzt den Absatz 1 um Anordnungen betreffend die Nutzung von Baudenkmalen. Die Bestimmung wurde durch die Novelle 2011 nicht verändert.

1.2

§ 23 NDSchG ist neben den Genehmigungspflichten die wichtigste und anspruchsvollste Vorschrift für den behördlichen Vollzug des NDSchG. Enthalten ist darin insbesondere in Form der **denkmalrechtlichen Generalklausel** die Befugnisnorm, d. h. die Rechtsgrundlage für Verwaltungsakte und andere Maßnahmen der Behörden. Die meisten anderen Denkmalschutzgesetze enthalten demgegenüber denkmalrechtliche **Spezialermächtigungen** meist im Zusammenhang mit der Erhaltungspflicht, zu deren Durchsetzung Anordnungen, Zwangsmittel zu deren Durchsetzung und sog. unmittelbare Maßnahmen (nicht im NDSchG) der Behörden vorgesehen sind; hinzu treten Anordnungen zur Nutzung (§§ 9, 23 Abs. 2 NDSchG), zur Einstellung und insbesondere zur Wiederherstellung (siehe § 25 NDSchG).

1.3

Literaturhinweis: Bemerkenswert ausführlich ist die Kommentierung des § 23 NDSchG in *Schmaltz/Wiechert*, 2. Aufl. 2012.

2. Die denkmalrechtliche Generalklausel (Absatz 1)

2.1 Generalklausel und andere Befugnisnormen

Das deutsche Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, zu dem auch das Denkmalrecht gehört, kennt historisch zwei Systeme von Rechtsgrundlagen für Maßnahmen: das Generalklausel- und das Spezialermächtigungssystem. Niedersachsen folgt mit § 23 NDSchG dem „preußischen“ System der **Generalermächtigung**.

Die Generalklausel des § 23 Abs. 1 NDSchG steht in engem Zusammenhang mit der **Aufgabenzuweisungen** durch § 1 Abs. 1 Satz 1 und § 6 Abs. 1 Satz 1 NDSchG, welche den Anwendungsbereich zumindest sachlich etwas eingrenzen: „*die Kulturdenkmale zu schützen, zu pflegen, zu erforschen*“ und „*instandzuhalten, zu pflegen, vor Gefährdung zu schützen*“. Die Nennung weiterer Vorschriften macht § 23 NDSchG aber zur umfassenden Rechtsgrundlage.

2.1.1 Verhältnis zu weiteren denkmalrechtlichen Befugnisnormen

Das NDSchG enthält neben § 23 Abs. 1 NDSchG auch weitere Rechtsgrundlagen für den Erlass von Verwaltungsakten (sog. Befugnisnormen). Namentlich handelt es sich dabei um die §§ 6 bis 17, 25, 27 und 28 NDSchG. Unabhängig von deren nicht einheitlicher Formulierung und Ausgestaltung sichert § 23 Abs. 1 NDSchG deren „Einhaltung“ durch die Möglichkeit entsprechender Verwaltungsakte, auch wenn z. B. die Duldungs- und Auskunftspflichten des § 27 NDSchG bereits kraft Gesetzes gelten und deshalb ergänzender Verwaltungsakte zu ihrer Konkretisierung im Grundsatz gar nicht bedürfen. **Weitere belastende Verwaltungsakte** sind auch die Eintragung in das Denkmalverzeichnis (bei beweglichen Denkmalen wegen § 5

Abs. 1 Satz 2 NDSchG), die Enteignung bzw. Belastung (siehe die Erl. in *Kleine-Tebbe/Martin* zu § 30 NDSchG) und der Erlass von Bußgeldbescheiden nach § 27 NDSchG.

Zur Rekultivierungsanordnung nach **Naturschutzrecht** zum Schutz eines Bodendenkmals siehe VG Braunschweig, Ur. vom 12. 3. 2003 – 2 A 166/02 –, juris.

2.1.2 Verhältnis zum Baurecht

Neben den Denkmalschutzbehörden nach § 23 NDSchG haben auch die Bauaufsichtsbehörden und die Gemeinden vielfache Möglichkeiten zum Einsatz rechtlicher Instrumentarien zugunsten von Denkmalen.

2.1.2.1

Das **BauGB** gibt verschiedene Möglichkeiten für Gebote aus städtebaulichen Gründen: § 176 BauGB für ein Gebot, ein vorhandenes Gebäude den Festsetzungen eines Bebauungsplanes anzupassen; Absatz 2 dieser Vorschrift ermöglicht auch ohne Bebauungsplan ein Baugebot zur Schließung von Baulücken; vgl. hierzu BVerwG, Ur. vom 15. 2. 1990, ZfBR 1990 S. 143, und *Runkel*, Das Baugebot, ZfBR 1990 S. 163 ff. m. w. N. Nach § 179 BauGB kann der Abbruch bestimmter baulicher Anlagen veranlasst werden, z. B. von Nebenanlagen. Mit dem Modernisierungs- und Instandsetzungsgebot des § 177 BauGB können bei Missständen entsprechende Maßnahmen angeordnet werden, z. B. wenn die Nutzung beeinträchtigt ist, wenn die Anlage das Straßen- oder Ortsbild beeinträchtigt oder schließlich die bauliche Anlage erneuerungsbedürftig ist und wegen ihrer städtebaulichen insbesondere geschichtlichen oder künstlerischen Bedeutung erhalten bleiben soll. Die Kostentragungspflicht der **Gemeinden** gilt, soweit Kosten nicht aus Erträgen der Anlage erwirtschaftet werden können (vgl. auch BayVGh, Ur. vom 29. 12. 1989 – 2 AS 88.2292 –, V. n. b.). Instandsetzungsanordnungen nach § 23 Abs. 1 NDSchG werden bei Anwendung dieser Rechtsgrundlagen oft entbehrlich sein; § 175 Abs. 5 BauGB lässt die landesrechtlichen Vorschriften unberührt. **Muster** für die Anordnungen nach BauGB in *Martin/Krautzberger*, Teil E Kap. VII Nr. 1 – 3 und in DRD Nr.3.5.

2.1.2.2

Die **NBauO** gibt ebenfalls manche Möglichkeiten zum Schutz von Denkmalen. Auszugehen ist von den baulichen Anlagen, zu denen viele (Bau-)Denkmale und Gruppen (Ensembles) gehören. Nach § 10 NBauO sind bauliche Anlagen in der Form, im Maßstab, im Verhältnis der Baumassen und Bauteile zueinander, im Werkstoff einschließlich der Art seiner Verarbeitung und in der Farbe so durchzubilden, dass sie weder verunstaltet wirken noch das bestehende oder geplante Straßen-, Orts- oder Landschaftsbild verunstalten.

Nach § 58 Abs. 1 Satz 1 NBauO **haben** die Bauaufsichtsbehörden – soweit erforderlich – darüber **zu wachen** und darauf **hinzuwirken**, dass bauliche Anlagen, Grundstücke und Baumaßnahmen dem öffentlichen Baurecht (**zu dem auch das NDSchG gehört** – VG Braunschweig, Ur. vom 12. 7. 2006 – 2 A 8/05 –, V. n. b.; siehe auch VG Oldenburg, Ur. vom 12. 4. 2011 – 4 A 737/10 –, V. n. b., zur bauaufsichtlichen Ordnungsverfügung beim Denkmal) entsprechen. Sie **haben** zur Wahrnehmung dieser Aufgaben diejenigen Maßnahmen zu treffen, die nach pflichtgemäßem Ermessen erforderlich sind. Die beiden Befugnisnormen des § 23 NDSchG und des § 58 NBauO können nebeneinander und gleichzeitig angewendet werden (so auch *Schmaltz/Wiechert*, Rn. 4 zu § 7). **Muster** für eine Anordnung auf

der Grundlage beider Normen in *Martin/Krautzberger*, Teil E Kap. VII Nr. 3 und in DRD Nr. 3.5.

Nach § 56 NBauO sind die Eigentümer, Erbbauberechtigten, sonstige Gewaltinhaber (Besitzer) und ggf. Störer dafür verantwortlich, dass bauliche Anlagen und Grundstücke dem öffentlichen Baurecht (**also auch dem NDSchG**) entsprechen. Widersprechen bauliche Anlagen, Grundstücke, Bauprodukte oder Baumaßnahmen dem öffentlichen Baurecht (**auch dem NDSchG**) oder ist dies zu besorgen, so kann die Bauaufsichtsbehörde nach der **baurechtlichen Generalklausel** § 79 Abs. 1 NBauO nach pflichtgemäßem Ermessen die **Maßnahmen anordnen**, die zur Herstellung oder Sicherung rechtmäßiger Zustände erforderlich sind. Sie kann namentlich 1. die **Einstellung rechtswidriger** oder die **Ausführung erforderlicher Arbeiten verlangen**, 4. die **Beseitigung von baulichen Anlagen oder Teilen baulicher Anlagen anordnen** und 5. die **Benutzung von baulichen Anlagen untersagen**. Nach Absatz 2 Satz 5 gelten die Anordnungen auch gegenüber den Rechtsnachfolgern.

Zur **Einstellung** siehe auch Erl. 2.3.3.

Zusammenwirken: Es steht zu hoffen, dass auch in Niedersachsen Bauaufsichts- und Denkmalschutzbehörden stets gedeihlich zum Schutz der Denkmale zusammenwirken mögen.

2.1.3 Verhältnis zum Nds. SOG

Das NDSchG ist selbst ein Gesetz auf dem Gebiet des Polizeirechts, die das Gesetz vollziehenden Behörden sind gleichzeitig „allgemeine“ Polizeibehörden. Das NDSchG ist gegenüber dem Nds. SOG *lex specialis*, sodass auf dessen Befugnisnormen nicht zurückgegriffen werden muss und kann.

Auszug aus § 1 Nds. SOG **Aufgaben der Verwaltungsbehörden und der Polizei:**

(1) ¹Die Verwaltungsbehörden und die Polizei haben gemeinsam die Aufgabe der Gefahrenabwehr. ²Sie treffen hierbei auch Vorbereitungen, um künftige Gefahren abwehren zu können. ³Die Polizei hat im Rahmen ihrer Aufgabe nach Satz 1 insbesondere auch Straftaten (wie z. B. nach § 34 NDSchG – Zerstörung von Kulturdenkmalen) zu verhüten. (2) ¹Die Polizei wird in den Fällen des Absatzes 1 Satz 1 tätig, soweit die Gefahrenabwehr durch die Verwaltungsbehörden nicht oder nicht rechtzeitig möglich erscheint. ²Verwaltungsbehörden und Polizei unterrichten sich gegenseitig, soweit dies zur Gefahrenabwehr erforderlich ist. (3) Der Schutz privater Rechte obliegt den Verwaltungsbehörden und der Polizei nach diesem Gesetz nur dann, wenn gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und wenn ohne verwaltungsbehördliche oder polizeiliche Hilfe die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde.

Erläuterung zu Absatz 3: Der Denkmalschutz obliegt den Behörden nach § 1 und § 2 Abs. 1 NDSchG als öffentliche Aufgabe – § 1 Abs. 3 Nds. SOG hindert daher nicht ein Eingreifen der Polizei zum Schutz der Denkmale!

2.2 Instrumentarium zur Durchsetzung denkmalpflegerischer Ziele

Die weite Formulierung der nur durch § 1 und § 2 Abs. 1 NDSchG sachlich begrenzten Generalklausel des § 23 Abs. 1 NDSchG eröffnet ein **breites Instrumentarium** an behördlichen Möglichkeiten zur Durchsetzung denkmalpflegerischer Ziele. Die wichtigste Möglichkeit zur Gefahrenabwehr besteht in der rechtzeitigen **Durchsetzung der Genehmigungs- und der**

Erhaltungspflichten: Verhinderung ungenehmigter Handlungen, das Bestehen auf Verfahrenspflichten, Einstellung ungenehmigter Eingriffe; siehe hierzu Erl. 2.3.3.

Im Folgenden werden die möglichen Maßnahmen nach ihren **Zielen** dargestellt. Die Kommentare zu den Denkmalsgesetzen der anderen Bundesländer sind nur eingeschränkt vergleichbar. Ergänzende systematische Darstellungen finden sich u. a. in *Martin/Krautzberger*, Handbuch, Teil E Kap. IV Nr. 6 und 7 sowie in *Schmalz/Wiechert* zu § 23.

2.3 Mögliche Anordnungen nach Absatz 1

§ 23 NDSchG unterscheidet Anordnungen zur Einhaltung der §§ 6 bis 17, 25, 27 und 28 NDSchG (Absatz 1) und Anordnungen zur Nutzung (Absatz 2 – siehe Erl. 3).

Muster für die Anordnungen nach DSchG und Baurecht in *Martin/Krautzberger*, Teil E Kap. VII Nr. 1 – 3 und in DRD Nr.3.5.

Entsprechend dem Katalog des § 23 Abs. 1 NDSchG ergänzt die Befugnisnorm folgende Bestimmungen des Gesetzes:

- § 6 NDSchG Erhaltungspflicht; ermöglicht werden Anordnungen zu den in § 6 Abs. 1 und 2 NDSchG aufgeführten Pflichten (Erl. 2.3.1); möglich sind Anordnungen zur Durchsetzung von Untersuchung, Bergung und Dokumentation und zur Tragung der Kosten nach Maßgabe des § 6 Abs. 3 NDSchG;
- § 7 NDSchG Grenzen der Erhaltungspflicht: Möglich sind Anordnungen zur Klärung der Zumutbarkeit und zur Durchsetzung der Obliegenheiten im Zusammenhang mit § 27 Abs. 2 NDSchG (Auskunftspflicht);
- § 8 NDSchG Umgebungsschutz: Mögliche Anordnungen zur Gestaltung und Instandhaltung von Anlagen in der Umgebung eines Baudenkmals;
- § 9 NDSchG Nutzung: Den Vorgaben des § 9 NDSchG entsprechende Anordnungen gegen Gefährdungen ermöglicht § 23 Abs. 1 **und** Abs. 2 NDSchG (siehe hierzu Erl. 3);
- § 10 NDSchG Genehmigungspflicht: Einstellung ungenehmigter Maßnahmen; Anordnungen zur Einhaltung der Behördenbeteiligung nach Absätzen 5 und 6;
- § 11 NDSchG Anzeigepflicht: Anordnung mit Aufforderung zur Anzeige;
- § 12 NDSchG Ausgrabung: Einstellung ungenehmigter Maßnahmen, Herausgabe von Funden;
- § 13 NDSchG Erdarbeiten und Nachforschungen: Einstellung ungenehmigter Maßnahmen;
- § 14 NDSchG Bodenfunde: Einstellung der Maßnahmen, Durchsetzung der Herausgabe;
- § 15 NDSchG Überlassung von Bodenfunden: Durchsetzung der Herausgabe;
- § 16 NDSchG Grabungsschutzgebiet: Einstellung ungenehmigter Maßnahmen, Herausgabe von Funden;
- § 17 NDSchG Wirtschaftliche Nutzung: Schutzanordnungen mit Nutzungsbeschränkung;
- § 25 NDSchG Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes: Entsprechende Anordnung zum Wiederherstellen bzw. zur Rekonstruktion (siehe die ausführlichen Erl. zu § 25);
- § 27 NDSchG Duldungs- und Auskunftspflichten: Anordnungen zur Duldung des Betretens bzw. zur Erteilung von Auskünften;

- § 28 NDSchG Kennzeichnung: Anordnung zur Duldung von Kennzeichen.

2.3.1 Anordnung bei Verstößen gegen die Erhaltungspflichten

2.3.1.1

Eine der wesentlichen Einsatzmöglichkeiten des § 23 Abs. 1 NDSchG ist die sog. **Erhaltungs- bzw. Instandsetzungsanordnung** zur Durchsetzung der Erhaltungspflichten nach § 6 Abs. 1 und 2 NDSchG; zu deren Umfang siehe dort, zum weiten Spektrum von Wiederherstellungsanordnungen siehe Erl. zu § 25 NDSchG, zu Vollzugsfragen und zu unmittelbaren Maßnahmen siehe Erl. 2.3.5 und 2.3.6. Statt der Anordnung kann zur gütlichen Klärung der vielen möglichen Zweifelsfragen jeweils auch ein öffentlich-rechtlicher **Vertrag** geschlossen werden (§ 54 VwVfG). Pflichtige Adressaten können auch der **Bund**, das **Land** und andere Personen öffentlichen Rechts sein, siehe *Kleine-Tebbe/Martin* Erl. 2.1.1 bis 2.1.4 zu § 2 NDSchG.

2.3.1.2

Behördliche **Anordnungen zur Erhaltung** können und müssen die seitens der Behörden von den Pflichtigen nach § 6 NDSchG verlangten Handlungen **konkretisieren**, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen und willkürfrei sein.

2.3.1.2.1

Zur Bestimmtheit: Die Anordnung muss inhaltlich so hinreichend bestimmt sein (§ 37 Abs. 1 VwVfG), dass sie ggf. mit Mitteln des Verwaltungszwangs vollstreckt werden kann. Sie ist so präzise wie möglich abzufassen. In Ausnahmefällen kann auch ggf. eine genaue Zielvorgabe genügen (VGH BW, Urt. vom 12. 12. 1985 – 5 S 2653/84 –, BRS 44, 310; VG Düsseldorf, Urt. vom 29. 3. 2004 – 9 L 359/04 –, EzD 2.2.5 Nr. 11 mit Anm. *Kapteina*). Anzugeben sind auch die genauen Mittel, wie das Ziel zu erreichen ist (OVG NW, Beschl. vom 11. 5. 2000 – 10 B 306/00 –, BauR 2000 S. 1477); davon kann nur dann abgesehen werden, wenn sich das Mittel „von selbst versteht“, also z. B. bei einer Aufforderung zur Beseitigung einer Mauer (vgl. VG Aachen vom 5. 2. 2003 – 8 L 1284/02 –, juris). Verlangte Bauarbeiten müssen so konkret bezeichnet werden, dass der Adressat unter Berücksichtigung der ihm bekannten Umstände des Einzelfalls der Verfügung entnehmen kann, was genau von ihm gefordert und was ihm nicht mehr abverlangt wird. Unsicherheiten und unzureichende Präzision bei den Formulierungen gefährden den Erfolg einer Anordnung. Allgemeinere Ausführungen sind regelmäßig nur zulässig, wenn der Adressat die Zerstörungen, die zu beseitigen sind, selbst bewirkt hat (**NdsOVG**, Beschl. vom 26. 2. 2008 – 1 ME 4/08 –, juris). Außerdem muss die Verfügung taugliche Grundlage für eine Zwangsvollstreckung sein können. Zur inhaltlichen Bestimmtheit einer Sicherungsanordnung siehe z. B. auch OVG Bbg, Beschl. vom 19. 4. 2005 – 5 B 94/04 –, EzD 7.8 Nr. 22. Zur Geeignetheit siehe VG Lüneburg, Beschl. vom 1. 11. 2010 – 2 B 73/10 –, juris. Zu unbestimmter Anordnung VG Oldenburg, Beschl. vom 11. 12. 2008 – 4 B 2750/08 –, V. n. b. Bei der Festlegung von Art und Weise wird i. d. R. von einem **denkmalfachlichen Gutachten** des Landesamtes für Denkmalpflege auszugehen sein; auf die Vollstreckungsfähigkeit ist zu achten.

2.3.1.2.2

Zum Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit**: Das jeweils konkret Geforderte muss diesem Grundsatz entsprechen. Hieraus und aus dem Willkürverbot des Art. 3 GG folgt für die Behörden das Gebot zur Differenzierung und zu einem **abgestuften Vorgehen**. Sie dürfen nicht „mit Kanonen auf Spatzen schießen“, d. h. sie dürfen nur das verlangen, was zur Vermeidung von Gefahren für ein Denkmal zu dem konkreten Zeitpunkt erforderlich ist. Insbesondere dürfen sie in den seltensten Fällen z. B. eine Gesamtinstandsetzung eines Baudenkmals oder eine Modernisierung nach heutigen Wohnstandards verlangen, wenn mit abgestuften Teilmaßnahmen die erkannten Gefahren minimiert werden können. Die Praxis der Gerichte ist relativ zurückhaltend und hat meist nur die Anordnung der **Sicherung** eines Baudenkmals bestätigt, sofern es nicht um die Wiederherstellung früherer Zustände nach Maßgabe des § 25 NDSchG ging (siehe dort). Das Verlangte darf aber die Grenze des konkret Erforderlichen auch nicht unterschreiten und muss geeignet und notwendig sein, das Denkmal zumindest für eine Übergangszeit zu sichern (OVG NRW, Urt. vom 24. 4. 1989 – 10 B 833/89 –, n. v.). Gefordert werden können auch die Stellung eines Gerüsts und die Einholung vorbereitender Gutachten (HessVGH, Urt. vom 10. 3. 1992, HessVGRspr. 1992 S. 70). Zur Anordnung, Restaurierungsarbeiten abzustimmen, VG Braunschweig, Beschl. vom 27. 6. 2002 – 2 B 205/02 –, V. n. b.

2.3.1.2.3

Zum **Willkürverbot**: Eine negative **Vorbildwirkung** ist als Begründung für den Sofortvollzug einer Anordnung i. d. R. nur dann ausreichend, wenn konkrete Nachahmungstaten oder Anfragen für ähnliche Vorhaben durch die Behörde nachgewiesen werden (VG Oldenburg, Beschl. vom 30. 10. 2002 – 4 B 3840/02 –, dbovg). Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz folgt das Gebot eines systematischen Vorgehens der Behörden gegen alle im räumlichen und sachlichen Zusammenhang vorhandenen, vergleichbaren illegalen baulichen Anlagen. Das schließt nicht aus, dass auch ein zunächst isoliertes Vorgehen nach Lage des Einzelfalles sachgerecht und willkürfrei erscheinen kann, so z. B., wenn die Behörde zeitnah auf jüngste illegale Bautätigkeit reagiert (VG Oldenburg, Urt. vom 21. 4. 2005 – 4 A 59/03 –, juris). Zum Gleichheitssatz siehe ferner *Schmaltz/Wiechert*, Rn. 30 ff. zu § 7 mit weiteren Nachweisen zum Bau- und Denkmalrecht.

2.3.1.3

Auch wenn § 23 Abs. 1 NDSchG die **Zumutbarkeit** nicht gesondert als Voraussetzung für eine behördliche Anordnung verlangt, sind nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch hier subjektive Belange und insbesondere das Eigentumsgrundrecht des Art. 14 GG zu beachten. Allerdings läuft dies nicht generell darauf hinaus, dass nur im Rahmen der Wirtschaftlichkeit behördliche Anforderungen gestellt werden dürften, vielmehr kommt es entscheidend auf die Ursachen der Gefährdung des Denkmals an, siehe hierzu unten Erl. 3.6. Besonderheiten gelten insbesondere für das **Wiederherstellungsverlangen** nach § 25 NDSchG, weil hier regelmäßig ein Störer gegen das Gesetz verstoßen hat; Störer haften im Grundsatz ohne Rücksicht auf die Zumutbarkeit. Z. B. wird das Verlangen auch nur **provisorischer Erhaltungsmaßnahmen** zumutbar sein, wenn der Eigentümer seine Erhaltungspflichten bisher vernachlässigt hat, VG Sigmaringen, Beschl. vom 4. 12. 2003 – 2 K 1637/03 –, juris. Zu Zumutbarkeitsfragen siehe auch NdsOVG, Beschl. vom 22. 6. 2010 – 1 ME 89/10 –, V. n. b.

Weitere Einzelheiten zu Kostentragung und Zumutbarkeitsfragen in Erl. 2.4.

2.3.2 Anordnung zur Vorbeugung gegen Gefährdungen

2.3.2.1

Niemand darf ein Denkmal ohne Genehmigung verändern, beschädigen, ganz oder teilweise zerstören, transferieren; der vorbeugenden Kontrolle und damit der Vorbeugung gegen Gefahren dienen vor allem die Verfahrenspflichten der §§ 10, 12, 13 und 16 NDSchG, aber auch die Anzeigepflichten des § 11 NDSchG.

2.3.2.2

Die unterschiedlichen Arten von Denkmälern sind vielfältigen **Gefährdungen** ausgesetzt, die ihre Substanz, ihr Erscheinungsbild, oft sogar ihren rechtlichen Bestand gefährden (z. B. sog. Metropoleffekt durch schrittweises Beseitigen der Substanz bis zum Verlust der Denkmaleigenschaft). **Ursachen** der Gefährdungen sind Investitionsdruck, unterlassener Bauunterhalt, nicht denkmalgerechte Eingriffe, schädliche Nutzungen usw. Bei Unklarheiten hinsichtlich vermuteter Gefahren muss ggf. vorab deren Vorliegen und Intensität durch eine **Gefahrerforschung** untersucht werden. Hierzu sind in erster Linie die Denkmalbehörden im Rahmen ihres Aufgabenbereichs berufen. Die Beauftragung entsprechender Gutachten kann aber auch im Rahmen von Anordnungen nach § 23 NDSchG vom Pflichtigen auf dessen Kosten verlangt werden, wenn die Ursachen der Gefährdung offensichtlich auf dessen Verhalten (z. B. unterlassenen Bauunterhalt) zurückgehen (Rechtsgedanke des § 66 Abs. 2 Satz 1 Nds. SOG; siehe ergänzend *Schmaltz/Wiechert*, Rn. 16 zu § 23).

2.3.2.3

Die wichtigste Möglichkeit zur Gefahrenabwehr besteht in der rechtzeitigen **Durchsetzung der Genehmigungs- und der Erhaltungspflichten**: Verhinderung ungenehmigter Handlungen, das Bestehen auf Verfahrenspflichten, Einstellung laufender Eingriffe; siehe hierzu Erl. 2.3.3.

2.3.2.4 Weitere Rechtsgrundlagen zur Gefahrenabwehr

Im Einzelfall ist zu **prüfen und zu differenzieren**, welche weiteren Rechtsgrundlagen als Befugnisnormen gegenüber Beeinträchtigungen jedweder Art von Denkmälern in Betracht kommen. Die Auswahl der richtigen Bestimmungen entscheidet in der Regel über die Rechtmäßigkeit der Maßnahme, die Zuständigkeit, die korrekte Einhaltung des Verfahrens (insbesondere bei der Handhabung des Ermessens und der Zumutbarkeitsprüfung) und die Kostentragung. Bei Baudenkmalen können die bau- und die denkmalrechtlichen Befugnisnormen unabhängig voneinander angewendet werden (siehe auch *Jäde*, Bauaufsichtliche Maßnahmen, 2. Aufl. 2001, Rn. 175). Strukturell können die Anordnungen weitgehend einem einheitlichen Schema folgen; zu beachten ist lediglich ggf. das Erfordernis der Zumutbarkeit. Gliederung einer Anordnung und **Muster** in *Martin/Krautzberger*, Teil E Kap. VII Nr. 1 – 3 und DRD Nr. 3.5.

Das **BauGB** gibt verschiedene Möglichkeiten für Gebote aus städtebaulichen Gründen, die zum Teil auch gegen Gefährdungen von Ensembles (Gruppe § 3 Abs. 3 NDSchG) oder anderen Denkmälern eingesetzt werden können: § 176 BauGB für ein Gebot, ein vorhandenes Gebäude den Festsetzungen eines Bebauungsplanes anzupassen; Absatz 2 dieser Vorschrift ermöglicht auch ohne Bebauungsplan ein Baugebot zur Schließung von Baulücken. Nach § 179 BauGB kann der Abbruch bestimmter baulicher Anlagen veranlasst werden. Mit dem Modernisierungs- und Instandsetzungsgebot des § 177 BauGB können bei

Misständen in der Nähe von Denkmälern entsprechende Maßnahmen angeordnet werden (z. B. wenn das Straßen- oder Ortsbild beeinträchtigt ist). Die Kostentragungspflicht der **Gemeinden** gilt, soweit Kosten nicht aus Erträgen der Anlage erwirtschaftet werden können (vgl. auch BayVGh, Urt. vom 29. 12. 1989 – 2 AS 88.2292 –, V.n.b.). **Muster** für die Anordnungen nach BauGB in *Martin/Krautzberger*, Teil E Kap. VII Nr. 1 – 3 und in DRD Nr. 3.5.

Eine bisher kaum beachtete Rechtsgrundlage für Anordnungen ist **§ 79 NBauO**, siehe oben Erl. 2.1.2 und VG Braunschweig, Urt. vom 12. 7. 2006 – 2 A 8/05 –, V. n. b. § 79 NBauO ist die speziellere Befugnisnorm, bei deren Anwendung es zudem nicht auf die Zumutbarkeit, sondern nur auf die objektiven Gefährdungen des Denkmals bzw. durch das Denkmal ankommt (z. B. bei Hausschwamm, HessVGh, Beschl. vom 18. 1. 2006 – 9 TG 3162/05 –, EzD 2.2.5 Nr. 15). Soweit die NBauO reicht, ist deshalb vorrangig von deren Normen Gebrauch zu machen; die Kosten tragen die Verantwortlichen als Störer.

2.3.3 Maßnahmen bei Verstößen gegen Verfahrensvorschriften

2.3.3.1

Die wichtigste Möglichkeit zur Gefahrenabwehr besteht in der rechtzeitigen **Durchsetzung der Genehmigungs- und der Erhaltungspflichten**: Möglich sind die Verhinderung von ungenehmigten Handlungen, das Bestehen auf Beachtung der Verfahrenspflichten, ferner die Unterbindung bzw. Einstellung laufender Handlungen (z. B. das ungenehmigte Entfernen einer Sache, vgl. VG München, Urt. vom 24. 6. 1986 – M 17 S 86.3288, 3291 –, EzD 7.9 Nr. 20), gegebenenfalls eine Versiegelung des Tatorts und ein amtlicher Gewahrsam in Anlehnung an die Baueinstellung nach § 89 NBauO, da auch das NDSchG zu den hierfür maßgeblichen öffentlich-rechtlichen Vorschriften gehört. Der Durchsetzung gesetzlicher Pflichten dienen auch die Auskunftspflicht und das Betretungsrecht nach § 27 NDSchG, s. hierzu den Kommentar von *Kleine-Tebbe/Martin*.

2.3.3.2

Formelle und materielle Illegalität: Ungenehmigte Eingriffe in ein Denkmal sind in jedem Fall **formell illegal**; ob sie auch **materiell illegal** sind, hängt von ihrer Genehmigungsfähigkeit (Denkmalverträglichkeit usw.) ab. Nach dem Übermaßverbot sind Maßnahmen nach § 23 Abs. 1 NDSchG **zwar** im Grundsatz rechtswidrig, wenn ein Zustand nur formell wegen **Fehlens der Genehmigung** bau- oder denkmalrechtswidrig, materiell aber genehmigungsfähig ist (vgl. *Decker* in *Simon/Busse*, Erl. 61 ff. zu Art. 82 BayBO m. w. N. zu gleichgelagerten Fällen aus dem Baurecht). Dies schließt aber zumindest eine **Baueinstellung** oder eine ggf. vorläufige **Nutzungsuntersagung** allein wegen Fehlens der Genehmigung nicht aus (**NdsOVG** vom 8. 5. 1987 – 1 B 136/81 –, BRS 47 Nr. 199). Allerdings reicht die **formelle** Illegalität einer Maßnahme dann nicht aus, wenn die **Genehmigungsfähigkeit** der beanstandeten Maßnahme **offensichtlich** ist (VG Lüneburg, Urt. vom 25. 2. 2011 – 2 A 74/10 –, V. n. b.). Bei der Ermessenshandhabung zu berücksichtigen ist auch, ob die Behörden durch **Zögern** bzw. Duldung dazu beigetragen haben, dass gebotene Maßnahmen über einen langen Zeitraum hin unterblieben sind (BayVGh, Urt. vom 18. 10. 2010 – 1 B 06.63 –, juris; siehe hierzu auch *Schmaltz/Wiechert*, Rn. 36 ff. zu § 23 „Vertrauensgesichtspunkte“). Nach VGh BW (Beschl. vom 10. 2. 2005 – 8 S 2834/04 –, VBIBW 2005 S. 238) sind insbesondere Einstellungen in aller Regel sogar für

sofort vollziehbar zu erklären, mit denen sichergestellt werden soll, dass keine vollendeten Tatsachen geschaffen werden, die später nur schwer wieder rückgängig gemacht werden können (siehe auch VGH BW, Urt. vom 1. 2. 1993 – 8 S 1594/92 –, VBIBW 1993 S. 431 m. w. N.). Für die Einstellung reicht der durch Tatsachen belegte „Anfangsverdacht“ eines formellen **oder** materiellen Rechtsverstoßes also meist aus (VGH BW, Beschl. vom 10. 12. 1993 – 3 S 507/93 –, VBIBW 1994 S. 196). Laufende Arbeiten dürfen demgemäß schon dann gestoppt werden, wenn die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit oder jedenfalls der Notwendigkeit einer Ausnahmeerteilung ernstlich zweifelhaft ist (ebenso ThürOVG, Beschl. vom 29. 11. 1999 – 1 EO 658/99 –, NVwZ-RR 2000 S. 578). Zur Bindung an bestandskräftige Ablehnungen *Schmaltz/Wiechert*, Rn. 9 zu § 23.

2.3.3.3

Einstellung nach NDSchG und NBauO: Nach NDSchG und nach § 79 Abs. 1 NBauO besteht schon **vor Beginn** eines unerlaubten Eingriffs („ist dies zu besorgen“) unabhängig von der Wiederherstellungspflicht nach der Tat spätestens ab ihrer Insverksetzung, aber auch bei den ersten Anzeichen des Beginns die **Möglichkeit** zur **vorbeugenden** Anordnung der sofortigen Einstellung der Arbeiten in Bezug auf die zu schützenden Denkmale, z. B. mit der ausdrücklichen Untersagung oder Unterbindung derartiger Eingriffe in ihrem jeweiligen Stadium. Regelmäßig wird zunächst zur Sicherung des Denkmals vor Schäden die Einstellung anzuordnen sein; die Rückbau- bzw. Wiederherstellungsanordnung wird erst anschließend nach genauer Prüfung der Umstände und der rechtlichen Möglichkeiten folgen können. § 79 Abs. 4 Satz 2 NBauO sieht zusätzlich die Möglichkeit vor, die Baustelle zu versiegeln und die an der Baustelle vorhandenen Baustoffe, Bauteile, Baugeräte usw. in amtlichen Gewahrsam zu nehmen, wenn Arbeiten trotz schriftlich oder mündlich verfügter Einstellung fortgesetzt werden; Einzelheiten in der Literatur zur NBauO.

Adressaten sind in erster Linie die Handlungsstörer, siehe Erl. 2.4.1. Gegenüber den Eigentümern und Nutzungsberechtigten werden oft Duldungsanordnungen erforderlich sein. Da die Behörden gesetzlich zum Schutz der Denkmale verpflichtet sind, sind sie gehalten, vorrangig von beiden Befugnisnormen Gebrauch zu machen und ungenehmigte Eingriffe **einzustellen**; sie haben keinen Entscheidungsspielraum etwa nach dem Motto „dulde und liquidiere“. Eine **Frist** zur Geltendmachung ist nicht vorgesehen; jedoch kann das Einstellungsverlangen ggf. nach Treu und Glauben verwirkt sein, wenn die Behörde zu lange untätig bleibt (§ 242 BGB analog).

Weitere Inhalte der Einstellung betreffen die zumindest vorübergehende Untersagung einer denkmalschädlichen Nutzung, ggf. die Anordnung einer bestimmten Nutzung (siehe auch § 23 Abs. 2 Satz 1 NDSchG), die vorübergehende Beschränkung der wirtschaftlichen Nutzung von Grundstücken mit Bodendenkmalen (siehe auch die Erl. zu § 17 NDSchG), Schutz gegen Vandalismus. Zu Nutzung und Nutzungsbeschränkung siehe auch unten Erl. 3 sowie *Davydov* in *Martin/Krautzberger*, Teil D Kap. V.

2.3.4 Speziell: Rückbau- und Wiederherstellungsanordnung nach Absatz 1

Siehe hierzu *Kleine-Tebbe/Martin*, Erl. zu § 25 NDSchG. § 23 NDSchG sieht ausdrücklich vor, dass auch die materiellen Pflichten des § 25 NDSchG mit Anordnungen nach § 23 Abs. 1 NDSchG durchzusetzen sind, siehe dort.

Einzelfälle: NdsOVG, Urt. vom 26. 11. 1992 – 6 L 24/90 –, dbovg ungenehmigte Kunststoffenster; dass., Urt. vom 25. 7. 1997 – 1 L 6544/95 –, dbovg Fensterläden; dass., Urt. vom 8. 6. 1998 – 1 L 3501/96 –, NdsVBl. 1999 S. 14 = EzD 2.2.2 Nr. 10

(mit Anm. *Kapteina*) Beeinträchtigung eines Ensembles durch Dachgaube; dass., Urt. vom 21. 8. 1998 – 1 L 5891/96 –, dbovg = juris zum Ermessen zum denkmalschutzrechtlichen Einschreiten gegen Kunststofffenster; dass., Beschl. vom 16. 12. 2005 – 9 LA 352/03 –, V. n. b. zur Anordnung zum Fensteraustausch; dass., vom 3. 5. 2006 – 1 LB 16/05 –, dbovg Sonnenkollektoren im Ensemble; VG Oldenburg, Urt. vom 17. 9. 2002 – 4 B 3353/02 –, dbovg Sofortvollzug von Sicherungsmaßnahmen; dass., Urt. vom 25. 2. 2011 – 2 A 74/10 –, V. n. b. zur Beseitigung von Werbeanlagen; dass., Urt. vom 21. 4. 2005 – 4 A 59/03 –, juris zur Beseitigung von Stellplätzen im denkmalgeschützten Vorgartenbereich; VG Stade, Urt. vom 19. 2. 2004 – 2 A 591/01 –, juris zur Rückbauverfügung für nicht denkmalgerechte Fenster zur Beseitigung früherer Bausünden; VG Braunschweig, Urt. vom 25. 9. 2002 – 2 A 547/00 –, V. n. b. zur Anordnung zum Fensteraustausch.

2.3.5 Vollzugsfragen bei Maßnahmen nach Absatz 1

2.3.5.1

Anordnungen nach § 23 Abs. 1 NDSchG, die meist auf eine Handlung (Instandsetzung) oder eine Duldung (des Betretens) oder Unterlassung (schädigender Eingriffe) gerichtet sind, werden, auch wenn sie nicht der Gefahrenabwehr dienen, nach dem **Sechsten Teil des Nds. SOG** durchgesetzt; für die Durchsetzung eines Verwaltungsaktes ist die Verwaltungsbehörde zuständig, die für seinen Erlass zuständig ist (Rechtsgedanke des § 64 Abs. 3 Satz 1 Nds. SOG). Zu den Zwangsmitteln nach denkmalrechtlicher Anordnung siehe auch VG Oldenburg, Urt. vom 17. 9. 2008 – 4 A 5098/06 –, V. n. b.

Anordnungen auf der Grundlage des § 23 Abs. 1 NDSchG sind Verwaltungsakte, für deren **Formulierung** die allgemeinen Vorschriften des Verwaltungsverfahrenrechts gelten. Insbesondere wird ein vollzugsfähiger Inhalt durch entsprechend exakte Formulierungen vorausgesetzt. Unmittelbare Maßnahmen der Behörden sind ebenfalls Verwaltungsakte, soweit ihnen Eingriffscharakter zukommt. Es handelt sich dann auch nicht um **Realakte** im Sinne der herrschenden Meinung zum Allgemeinen Verwaltungsrecht, die sich in einem tatsächlichen Vorgang erschöpfen. Vielmehr liegt in der Ausführung der Maßnahme ein Vollzugsakt, der zwar einerseits eine Tathandlung darstellt, in dem aber zugleich die rechtliche Regelung, also der Verwaltungsakt, mit enthalten ist (entsprechende Rechtsakte im Sicherheitsrecht sind etwa die Durchsuchung, die Sicherstellung, die Festnahme usw.).

Ein Verwaltungsakt kann vollstreckt werden, wenn er unanfechtbar geworden ist oder wenn die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs entfällt (§ 64 Nds. SOG). Verwaltungsakte, die zu einer Handlung, einer Duldung oder einer Unterlassung verpflichten, werden mit Zwangsmitteln vollstreckt; Zwangsmittel sind Zwangsgeld und Zwangshaft, Ersatzvornahme und unmittelbarer Zwang (§ 65 Nds. SOG). Nach § 66 Abs. 2 Satz 1 Nds. SOG kann bestimmt werden, dass die **voraussichtlichen Kosten** der Ersatzvornahme im Voraus zu zahlen sind. Ein Zwangsgeld muss nach § 67 Abs. 1 Satz 2 Nds. SOG auch das wirtschaftliche Interesse der betroffenen Person an der Nichtbefolgung des Verwaltungsaktes berücksichtigen.

Zur Ersatzvornahme siehe auch Erl. 2.3.6.

2.3.5.2

Verfahrensfragen: Die Durchführung dieser Maßnahmen stellt im Übrigen selbst einen Verwaltungsakt dar; die Behörde kann deshalb gehalten sein, ein entsprechendes Verwaltungsverfahren durchzuführen; besonders beachten muss sie dabei die Grundsätze der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit.

Je nach Situation ist vor Durchführung der Maßnahmen gegenüber allen rechtlichen Betroffenen, wozu auch die dinglich und obligatorisch Berechtigten (Mieter, Besitzer) gehören, der Erlass einer **Duldungsanordnung** auf Grundlage des § 23 NDSchG erforderlich. Erst dadurch entsteht für sie die Verpflichtung zur Duldung der Maßnahmen. Ist kein weiterer Pflichtiger vorhanden, so ist eine Duldungsanordnung nicht erforderlich. Die Vollstreckungsvoraussetzungen müssen erfüllt sein: Die Duldungsanordnung muss deshalb entweder bestandskräftig oder sofort vollziehbar sein; die Voraussetzungen zur Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO werden in den hier einschlägigen Fällen meist gegeben sein. Eine Duldungsanordnung ist entbehrlich, soweit die Betroffenen mit der Maßnahme einverstanden sind oder soweit eine Duldungsverpflichtung in einem entsprechenden öffentlich-rechtlichen Vertrag enthalten ist (§ 54 Satz 2 VwVfG). Zur Verpflichtung zur **Duldung von Notreparaturen** an einem Baudenkmal vgl. BayVGH, Beschl. vom 25. 9. 1987 – 14 B 86.02814 –, EzD 2.2.7 Nr. 1.

2.3.5.3

Zum weiteren Verfahren siehe Erl. 2.4.3, zur Kostentragung Erl. 2.4.4.

2.3.6 Speziell: Ersatzvornahme

2.3.6.1 Vollstreckung ohne vorausgehende Anordnung

Anders als die meisten anderen deutschen Denkmalschutzgesetze enthält das NDSchG keine Rechtsgrundlage für sog. unmittelbare Maßnahmen der Behörden, denen keine Anordnung entsprechend § 23 Abs. 1 NDSchG vorausgehen muss. **In anderen Ländern** kann die Behörde selbst Sicherungsmaßnahmen durchführen (u. U. durch Beauftragte), wenn Verantwortlichkeiten, Zumutbarkeit oder Kostentragungspflichten sich nicht kurzfristig klären lassen, wenn eine Erhaltungsmaßnahme nicht zumutbar wäre oder wenn Rechtsmittel den Vollzug einer Anordnung verhindern. In **Niedersachsen** können die Behörden vor allem alle Handlungen vornehmen, die **nicht** in Rechte eingreifen, wie Beratungen, Hinweise auf Rechtslage, drohende Gefahren oder bestehende Störungen.

Nach § 64 Abs. 2 Nds. SOG kann im Übrigen eine notwendige Maßnahme, der keine Anordnung nach § 23 NDSchG vorausging, mit Zwangsmitteln nur ausnahmsweise durchgesetzt werden, wenn dies ... zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr ... erforderlich ist und die Verwaltungsbehörde oder die Polizei hierbei innerhalb ihrer Befugnisse handelt. Die betroffene Person ist zu benachrichtigen. Nach Satz 3 kann in den Fällen des Satzes 1 Nr. 1 die Ersatzvornahme auch gegen eine nach § 7 Nds. SOG verantwortliche juristische Person des **öffentlichen Rechts** angewendet werden, sofern diese dadurch nicht an der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gehindert wird. Zuständig ist die untere Denkmalschutzbehörde, die für den Erlass des Verwaltungsaktes zuständig ist.

Im Übrigen lässt § 23 Abs. 1 NDSchG aber **mit und nach** der vorausgehenden Anordnung auch deren **Ersatzvornahme nach Maßgabe des Nds. SOG** zu, siehe Erl. 2.3.6.2.

2.3.6.2 Ersatzvornahme nach vorausgehender Anordnung

Für die Ersatzvornahme gilt § 66 Nds. SOG. Wird die Verpflichtung zu einer sog. vertretbaren Handlung nicht erfüllt, so kann die Denkmalschutzbehörde auf Kosten der betroffenen Person die Handlung selbst ausführen oder eine andere Person mit der Ausführung beauftragen. Nach Absatz 2 Satz 1 kann bestimmt werden, dass die

betroffene Person die voraussichtlichen Kosten der Ersatzvornahme im Voraus zu zahlen hat.

Die Ersatzvornahme kann die Denkmalschutzbehörde (ggf. nach Festsetzung – siehe *Schmaltz/Wiechert*, Rn. 88 zu § 23) **selbst durchführen** (z. B. durch den eigenen Bauhof) oder durchführen lassen. Als Auftragnehmer kommen z. B. in Frage eine Gemeinde mit ihrem Bauhof (Amtshilfe), ein geeigneter Unternehmer bzw. Restaurator sowie letztlich ein Pflichtiger nach § 6 Abs. 1 Satz 2 NDSchG selbst (z. B. Vereinbarung über die Durchführung im Auftrag der Behörde bei fehlender Leistungsfähigkeit). Bei Ersatzvornahmen kann die Behörde auch die **Kosten** zunächst **vorstrecken** und ihre Erstattung erst nach **Abschluss** verlangen. Rechtsgrundlage für einen Erstattungsbescheid gegenüber dem Pflichtigen ist der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch (Gedanke des Ausgleichs der ungerechtfertigten Bereicherung entsprechend §§ 812 ff. BGB; siehe *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 29 Rn. 20 ff.). Zur Kostentragung siehe auch Erl. 2.4.4.

Die Ersatzvornahme enthält die ggf. erforderliche denkmalrechtliche Genehmigung, nicht aber unbedingt eine notwendige Baugenehmigung (s. *Jäde*, Bauaufsichtliche Maßnahmen, Rn. 187).

2.4 Verfahren bei der Anwendung der Generalklausel des Absatzes 1

Das NDSchG enthält nur einige Hinweise auf das Verwaltungsverfahren, das bei der Anwendung des § 23 NDSchG einzuhalten ist. Ausdrückliche Regelungen bringen lediglich die Zuständigkeitsvorschriften der §§ 19 ff. NDSchG, siehe Erl. 4.2. Zur Anwendung der sicherheitsrechtlichen Grundsätze hinsichtlich der Auswahl der Störer siehe Erl. 2.4.1, zum weiteren Verfahren siehe Erl. 2.4.2 ff. Viele **weitere Details** bringen *Schmaltz/Wiechert*, 2. Aufl., Rn. 36 ff. (Adressaten), Rn. 52 ff. (Verfahren) und Rn. 75 ff. (Durchsetzung).

2.4.1 Anwendung der NBauO und des § 8 Nds. SOG (Störer)

Das NDSchG gehört zum Sicherheits- und Polizeirecht im weiteren Sinne. Nach §§ 1, 70 Abs. 1 NVwVG, §§ 64 ff. Nds. SOG ist zur Auswahl der Personen, gegen die Maßnahmen nach § 23 Abs. 1 NDSchG zu treffen sind, auf das System der sog. **Störer** bzw. Nicht-Störer nach dem Nds. SOG (§§ 8, 80 bis 86) bzw. nach der NBauO (§§ 57 bis 62) zurückzugreifen. Auf die entsprechende **Spezialliteratur** zur NBauO und zum Sicherheitsrecht kann hier nur verwiesen werden (z. B. *Ipsen*, Nds. Polizei- und Ordnungsrecht sowie die Darstellungen zum Nds. SOG von *Waechter*, *Siefken* und *Saipa*; *Knemeyer*, Polizei- und Ordnungsrecht, *Lisken/Denninger* (Hrsg.): Handbuch des Polizeirechts. Gefahrenabwehr, Strafverfolgung, Rechtsschutz usw.).

Der „**Handlungsstörer**“ bzw. „Verhaltensstörer“ verursacht durch seine Handlung eine echte oder auch eine sog. Anscheinsstörung, ohne dass es auf sein Verschulden ankommt. In erster Linie ist dieser Störer in Anspruch zu nehmen. Störer kann nur sein, wer sich durch sein Verhalten außerhalb der Rechtsordnung stellt und z. B. ein Denkmal ohne Genehmigung verändert. Adressat kann deshalb **jeder** sein, der gegen das NDSchG verstößt, vgl. VG München, Urt. vom 24. 6. 1986 – M 17 S 86.3288, 3291 –, EzD 7.9 Nr. 20. Die Einzelheiten der Inanspruchnahme von Störern und anderen Personen gehören zu den Hauptgegenständen des Polizeirechts. Gegen den Handlungsstörer sind Maßnahmen zu richten, wenn eine Person ohne Genehmigung in ein Denkmal eingreift (Beschädigung, Veränderung,

Unterlassen von Erhaltung) und wenn ihr Tun mittels einer Einstellung unterbunden werden soll.

Gegen den **Zustandsstörer** (den Eigentümer oder den Inhaber der tatsächlichen Gewalt (Mieter, Pächter, Besitzer) wird vorzugehen sein, wenn z. B. von einem einsturzbedrohten Gebäude Gefahren ausgehen und Abstützungen, Sperrung oder sonstige Sicherungsmaßnahmen erforderlich sind. Diese Personen sind aber auch in Anspruch zu nehmen, wenn infolge unterlassenen Bauunterhalts eine Verunstaltung besteht oder die Verschlimmerung des Zustands durch das Entstehen weiterer Schäden droht. Übt der Inhaber der tatsächlichen Gewalt diese ohne den Willen des Eigentümers aus, so ist die Maßnahme gegen ihn zu richten, unabhängig von einer tatsächlichen persönlichen Verursachung. Strittig ist, wie im Fall einer **Dereliktion** vorzugehen ist; diese ist wohl rechtswirksam, macht aber den Handelnden zum Verhaltensstörer. Dasselbe gilt bei einer Rechtsnachfolge, also z. B. auch im Fall des Verkaufs während der Fortdauer der Störung. Gegen den Rechtsnachfolger als „fortdauernden“ Zustandsstörer ist aber eine neue Maßnahme erforderlich.

In diesem Zusammenhang sind zwei Entscheidungen von Bedeutung: Nach **VG Sigmaringen** (Beschl. vom 8. 1. 2003 – 2 K 1834/02 –, juris) muss beim Erlass einer Sanierungsverfügung nach § 7 Abs. 1 DSchG BW neben den Eigentümern (= **Zustandsstörer**) auch der Geschäftsführer einer Bauträger-GmbH als **Handlungsstörer** einbezogen werden, wenn er durch die Abdeckung des Daches die Behörde zum Einschreiten veranlasst hat und die GmbH wegen Konkurses als Adressat ausscheidet. Auch die **Wohnungseigentümer** sind grundsätzlich für das Dach der Gesamtanlage erhaltungspflichtig. Die Behörde muss auch die Heranziehung des Handlungsstörers im Rahmen der ihr obliegenden Ermessensabwägung prüfen. Der **VGH BW** (Beschl. vom 25. 3. 2003 – 1 S 190/03 –, juris = EzD 2.2.5 Nr. 14 mit Anm. *Martin*) ergänzt: Eine denkmalschutzrechtliche Anordnung zur Sicherung des im Gemeinschaftseigentum stehenden Daches kann an jeden Wohnungseigentümer unabhängig von der konkreten Lage seiner Wohnung innerhalb der Sachgesamtheit ergehen. Soweit sie durch zivilrechtliche Regelungen im Innenverhältnis von Instandsetzungsverpflichtungen befreit sind, kann eine derartige Vereinbarung die öffentlich-rechtliche Erhaltungspflicht nach dem DSchG grundsätzlich nicht aufheben.

Maßnahmen können auch gegen sog. **Nichtstörer** gerichtet werden. In Anspruch genommen werden kann z. B. ein Bauunternehmen zur Abstützung der einsturzbedrohten Scheune. Weitere Beispiele: Die Sicherungsmaßnahmen an einem Denkmal sind nur vom Nachbargrundstück aus durchführbar; die Maßnahme trifft auch eigentlich unbeteiligte Mieter.

2.4.2 Opportunitätsprinzip und Ermessen

2.4.2.1 Opportunitätsprinzip

Für die Behörden gilt beim Gebrauchmachen von der Befugnisnorm des § 23 NDSchG das Opportunitätsprinzip. Nach § 22 VwVfG entscheidet die Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen, ob und wann sie ein Verwaltungsverfahren durchführt. Siehe hierzu und zu seiner Geltung im Bereich des gesamten Sicherheitsrechts z. B. *Mayer*, Das Opportunitätsprinzip in der Verwaltung, 1963, und die Kommentare zum VwVfG. Es umschreibt die Handlungsfreiheit der Behörde innerhalb des Rahmens der Befugnisnorm, ob und mit Einsatz welcher Mittel sie gegenüber auszuwählenden Personen handeln möchte (auch: Entschließungs- und Auswahlermessen). Auch den Denkmalbehörden steht das Opportunitätsprinzip zu. In bestimmten Konstellationen gibt es aber sowohl eine Pflicht zum Einschreiten im Fall der sog.

„Ermessensreduzierung auf Null“; auch kann ein Anspruch eines Denkmaleigentümers auf ein behördliches Einschreiten bestehen (siehe hierzu *Kleine-Tebbe/Martin*, Erl. 2.2.2 zu § 2 NDSchG).

Das NDSchG hat insbesondere mit den Genehmigungspflichten und der Generalklausel des § 23 Abs. 1 NDSchG den Behörden ein wirksames Instrumentarium zur Durchsetzung denkmalpflegerischer Ziele bereitgestellt. Es entspricht sowohl den verfassungsrechtlichen Vorgaben, der Aufgabenzuweisung des § 2 NDSchG und dem durch das Bundesverfassungsgericht betonten hohen Rang des Denkmalschutzes, von diesen Rechtsgrundlagen tatsächlich Gebrauch zu machen. Zwar werden die hoheitlichen Befugnisse durch Nichtgebrauch seitens der Behörde und **langjährige Duldung** nicht verwirkt, möglich sein kann aber unter Gesichtspunkten des Vertrauensschutzes eine Einschränkung der Befugnisse (siehe hierzu *Schmaltz/Wiechert*, Rn. 33 zu § 23). Den Behörden wird bei einem zögerlichen Einsatz zu Recht von den Gerichten der Vorwurf gemacht, dass sie nicht rechtzeitig eingeschritten sind und z. B. der sog. „**Metropoleffekt**“ eintreten konnte, nämlich der Verlust der Denkmaleigenschaft durch schrittweise Beseitigung der Substanz (OVG NRW, Urt. vom 26. 8. 2008 – 10 A 3250/07 –, NRWE Rn. 89). Die Mahnung des Gerichts zum rechtzeitigen Eingreifen der Behörden zum Schutz von Denkmalen sollte einen Wandel insbesondere beim konsequenten behördlichen Vollzug des § 23 Abs. 1 NDSchG einleiten.

2.4.2.2 Ermessen (Absatz 1)

Die Behörden können und müssen bei Anordnungen nach § 23 Abs. 1 NDSchG ihr „pflichtgemäßes Ermessen“ ausüben. Nach **§ 40 NVwVfG** ist das Ermessen entsprechend dem **Zweck der Befugnisnorm** auszuüben, die gesetzlichen Grenzen des Ermessens sind einzuhalten. Zu Einzelheiten vgl. die Kommentare zum VwVfG. Je nach Sachlage kann das Ermessen auf Null reduziert sein, so dass praktisch kein Entscheidungsspielraum bleibt. Dies bedeutet: Die Behörde hat in der Regel keine Wahlfreiheit für ihre Entscheidung, sondern ist auf die Entscheidung verwiesen, die angesichts der besonderen konkreten Umstände des Falles nach Abwägen aller Für und Wider „dem Zweck der Ermächtigung“ am besten gerecht wird. Ermessensfehler wären das Nichterkennen des Ermessensspielraums (z. B. VG Ansbach, Urt. vom 24. 7. 2002 – AN 3 K 99.01379 –, EzD 2.2.6.1 Nr. 21), das Anstellen sachfremder Erwägungen, die Nichtberücksichtigung der besonderen Situation des Einzelfalles, die Unverhältnismäßigkeit einer Anforderung (vgl. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, Erl. 29 zu § 40). Das Gebot zur Abwägung mit den privaten Belangen folgt aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** (ebenso VG Berlin, Urt. vom 22. 5. 2002 – 16 A 368.97 –, EzD 2.2.6.1 Nr. 19, siehe hierzu auch Erl. 2.3.1.2.2. Zur Begründungspflicht bei der Ermessensentscheidung vgl. § 39 NVwVfG. Zur Nachprüfung von Ermessensentscheidungen siehe § 114 VwGO.

Abwägung: Die für und die gegen die Maßnahme sprechenden Gründe sind gegeneinander abzuwägen. Die Entscheidung liegt in dem durch § 1 und § 2 Abs. 1 NDSchG „kanalisierten“ Ermessen der Behörde. Angesichts dessen ist mit dem BayVGh (Urt. vom 27. 3. 1979 – 305 I 74 –, BayVBl 1979 S. 616, 617, im Anschluss an *Schleich/Rupf*, Denkmalschutz in der Bewährung, BayVBl 1975 S. 440 ff.) festzuhalten, dass in solchen Fällen zwar sorgfältig abzuwägen, aber „grundsätzlich den Belangen des Denkmalschutzes Vorrang zu geben ist“ (ähnlich *Ortmeier*, Veränderungen an Baudenkmalern, BayVBl 1990 S. 225, 227). Bei Anordnung der **sofortigen Vollziehung** ist zu berücksichtigen, welcher Aufwand durch die (vorläufige) Befolgung der Anordnung verloren geht, falls sich im

Hauptsacheverfahren herausstellen sollte, dass die Veränderung des Baudenkmals doch verwirklicht werden darf (OVG NRW, Beschl. vom 7. 11. 2005 – 10 B 1858/05 – , EzD 2.2.6.2 Nr. 41 mit Anm. *Kapteina*; siehe hierzu auch VG Düsseldorf, Beschl. vom 6. 10. 2005 – 9 L 1315/05 –, EzD 2.2.6.2 Nr. 40 mit Anm. *Kapteina*).

Ergebnis des Abwägungsvorgangs muss eine **Ermessensentscheidung** sein; die Behörde muss ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Befugnisnorm § 23 Abs. 1 NDSchG ausüben und die Grenzen des Ermessens einhalten. Auf jeden Fall ist von der Behörde eine den Maßstäben einer Ermessensentscheidung entsprechende umfängliche Abwägung insbesondere hinsichtlich der Grundsätze der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit (bei der allerdings die Kosten in der Regel keine Rolle spielen werden) anzustellen. Die Ausübung des Ermessens ist selbst dann nicht entbehrlich, wenn es etwa keinerlei rechtlich relevante Gründe für den von der Behörde beanstandeten Zustand gibt (siehe BayVGH, Urt. vom 21. 2. 1985 – 26 B 80 A 720 –, BayVBl 1986 S. 399, 401). Nach § 39 VwVfG sind in der Entscheidung das Für und Wider sowie die Gründe dafür anzugeben, dass bestimmten Gesichtspunkten der Vorrang gegeben wurde. Auf rechtsfehlerfreie Beurteilung und Ermessensausübung hat der Betroffene einen Anspruch. Zu den Rechtsfolgen bei Verkennung des Ermessens, Ermessensfehlern und Begründungsmängeln siehe statt vieler VG Ansbach, Urt. vom 24. 7. 2002 – AN 3 K 99.01379 –, EzD 2.2.6.1 Nr. 21, und *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 39 Rn. 56 ff., § 40 inbes. Rn. 67 ff. Solche Mängel können aber im Rechtsmittelverfahren geheilt werden (§ 68 VwGO i. V. m. § 45 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 VwVfG).

2.4.3 Weiteres Verfahren bei Anordnungen nach Absatz 1

2.4.3.1

Das weitere Verfahren bei Anwendung der denkmalrechtlichen Generalklausel des § 23 Abs. 1 NDSchG richtet sich insbesondere nach dem NVwVfG und unterscheidet sich nach der Art der getroffenen Maßnahmen.

2.4.3.2

Nach dem **Übermaßverbot** ist eine Anordnung rechtswidrig, wenn der erzeugte Zustand genehmigungsfähig ist (Einzelheiten in Erl. 2.3.3.2). In diesem Fall bleibt trotzdem die Verfolgung der Ordnungswidrigkeit nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 NDSchG (siehe VG Potsdam, Urt. vom 24. 5. 1995 – 2K836/92 –, V. n. b.).

2.4.3.3

Verfahren: Die Anordnung und die Duldungsanordnung sind Verwaltungsakte nach § 35 NVwVfG. **Sachlich zuständig** ist im Regelfall die untere Denkmalschutzbehörde, § 20 Abs. 1 Satz 1 NDSchG. Für das Verwaltungsverfahren ist das NVwVfG zu beachten: Beteiligte §§ 13 ff. NVwVfG, Opportunitätsprinzip § 22 NVwVfG, Amtsermittlung § 24 NVwVfG, Anhörung § 28 NVwVfG (hierzu ausführlich *Schmaltz/Wiechert*, Rn. 67 f. zu § 23. Der zu erlassende VA muss insbesondere im Hinblick auf seine Vollzugsfähigkeit eindeutig und bestimmt sein, § 37 VwVfG (lehrreich OVG Bbg, Beschl. vom 19. 4. 2005 – 5 B 94/04 –, EzD 7.8 Nr. 22); er ist als Ermessensentscheidung entsprechend sorgfältig zu begründen, §§ 39, 40 VwVfG. Häufig werden bereits in dem Verwaltungsakt z. B. ein Zwangsgeld anzudrohen und die sofortige Vollziehung anzuordnen sein (§ 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO; ausführlich hierzu *Schmaltz/Wiechert*, Rn. 58 ff. und 68 zu § 23). Zur **denkmalfachlichen Abstimmung** beteiligt die untere Denkmalschutzbehörde das Landesamt für Denkmalpflege, siehe hierzu die Erl. zu § 21.

2.4.3.4

Die **Adressaten** sind entsprechend den Pflichten des § 6 Abs. 1 NDSchG (Erhaltungspflichten) und des § 10 NDSchG (Genehmigungspflichten) zu ermitteln, siehe dort. In Frage kommen die Handlungs- und die Zustandsstörer, aber auch ihre Beauftragten und die Ausführenden (Architekt, Baufirma, Baggerführer usw.) und andere Schädiger (zum „Störer“ siehe Erl. 2.4.1). Auch juristische Personen des **öffentlichen Rechts** können in Anspruch genommen werden, wenn auch die zwangsweise Durchsetzung ihnen gegenüber regelmäßig ausgeschlossen ist (NdsOVG, Urt. vom 4. 9. 1992 – 1 M 146/92 –, OVG 43, 311; BVerwG vom 25. 7. 2002 – 7 C 24.01 –, BVerwGE 118, 1; siehe hierzu auch Erl. 2.1.3 zu § 2 und *Schmaltz/Wiechert*, Rn. 37 zu § 23). Ggf. wird eine **Duldungsanordnung** gegen den Eigentümer oder Mieter erforderlich, wenn er nicht selbst der Schädiger ist, siehe Erl. 2.3.5. Zur **Adressatenauswahl** siehe auch *Schmaltz/Wiechert*, Rn. 38 ff. zu § 23 m. w. N. insbesondere zum Verhältnis Eigentümer/Mieter, zu einem „Lastenausgleich“ (Rn. 42), zu Personenmehrheiten (Rn. 43) und zur Rechtsnachfolge (Rn. 48 ff., 73). Zur Adressateneigenschaft einer Person, welche die Sachherrschaft über ein Gebäude hatte, ohne schon Eigentümer zu sein, dieses dann aber vor Erlass der Bauverfügung verkauft und die Schlüssel an den Käufer übergibt, NdsOVG, Beschl. vom 26. 2. 2008 – 1 ME 4/08 – dbovg.

2.4.3.5

Muster in *Martin/Krautzberger*, Handbuch, Teil E Kap. E VII Nr. 1 f und in DRD 3.5.

2.4.4 Kostentragung und Zumutbarkeit bei Anordnungen

2.4.4.1

Das NDSchG hat keine Regelungen getroffen, wer die Kosten des Vollzugs der Anordnungen nach § 23 NDSchG zu tragen hat. Hierfür gelten die **allgemeinen Grundsätze**. Zu Kostentragungspflichten und zum Veranlasserprinzip ausführlich *Martin/Krautzberger*, Teil H Kap. III Nr. 1 mit weiteren Nachweisen aus Literatur und Rechtsprechung und die Erl. zu § 7 NDSchG. Im Grundsatz kann zugleich mit der Anordnung über die Tragung der dabei entstehenden Kosten entschieden werden; zumindest ein entsprechender Hinweis ist zu empfehlen.

2.4.4.2

In der Anordnung muss in der Regel auch festgelegt werden, wer die Kosten der verlangten Maßnahmen zu tragen hat. Zur **Klarstellung** der Kostentragung empfiehlt sich die Aufnahme einer entsprechenden Nebenbestimmung oder eines Hinweises in der Anordnung. Die Kostentragung wird sich vor allem nach den **materiellen Vorgaben des NDSchG** richten. Werden z. B. Investitionen zur Erhaltung des Denkmals, zu seiner Sicherung und ggf. zum Nachholen unterlassenen Bauunterhalts angeordnet, so sind hierfür die Grundgedanken der **Erhaltungspflicht** nach § 6 NDSchG heranzuziehen: Die Kosten treffen Eigentümer und Besitzer nach Zumutbarkeit (siehe dort); die durch das Fehlverhalten des **Versäumens des Bauunterhalts** ersparten Aufwendungen sind aber im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsberechnung abzuziehen (Grundsätze des § 7 Abs. 3 Satz 3 NDSchG – siehe dort). Notwendige Untersuchungs- und Dokumentationskosten werden sich regelmäßig im Rahmen des Zumutbaren halten, wenn sie nur einen relativ geringen Anteil an den Kosten erreichen und die zeitnahe Umsetzung der Pflichten entsprechend beschleunigen. Bei bloßen **Sicherungsanordnungen** und in **Eilfällen** kann es sich empfehlen, die Kosten bei objektiv geringem Interesse des

Eigentümers zumindest zunächst auf die öffentliche Hand zu übernehmen (VG Regensburg, Urt. vom 10. 11. 1993 – RO 8 S 93.1666 –, V. n. b.). Die Interessen sind abzuwägen; auch die Durchsetzbarkeit kostenintensiver denkmalpflegerischer Leistungen, die über die bautechnischen Notwendigkeiten hinausgehen (z. B. Restaurierung von Stuck statt einer bloßen statischen Sicherung), sollte eine Rolle spielen. Alle Kosten sind in das Verfahren einzubeziehen, dies gilt z. B. auch für die Kosten eines Gutachters, den die Behörde beauftragt; die Kosten können dem Eigentümer auferlegt werden, wobei die Rechtsgrundlage auch in der NBauO liegen kann.

Entstehen der Denkmalschutzbehörde **eigene Aufwendungen** (z. B. für den eigenen Bauhof), so sind die Störer zu deren Ersatz verpflichtet. Rechtsgrundlagen können die öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag (entsprechend §§ 677, 683, 670 BGB) oder ein Erstattungsanspruch in analoger Anwendung der §§ 80, 84 Nds. SOG sein. Die Kosten können im Verwaltungszwangsverfahren beigetrieben werden.

2.4.4.3

Bei der Inanspruchnahme von **Schädigern** eines Denkmals (z. B. auch nach Versäumen des Bauunterhalts) wird auf die Grundgedanken des Polizeirechts zurückzugreifen sein. Danach wird in der Regel der **Störer** die Kosten zur Beseitigung der Störung zu tragen haben. Das gilt auch für die Kosten der Wiederherstellung des früheren Zustandes nach dessen ungenehmigter Veränderung (Veranlasserprinzip). Auf **Unzumutbarkeit** kann sich der Schädiger wegen des objektiven Unrechtsgehalts seiner Handlungen in aller Regel nicht berufen: Die Kosten muss er ohne Ausgleichsanspruch nach § 29 NDSchG selber tragen, Zuschüsse und Steuererleichterungen werden kaum in Frage kommen, sofern nicht z. B. eine besonders aufwändige und qualitätvolle Restaurierung erreicht werden kann.

Mehrere Schädiger sind jeweils einzeln verantwortlich, so dass sich die Behörde wegen der Kosten an den oder die ihr geeignet erscheinenden halten kann (VGH BW, Beschl. vom 25. 3. 2003 – 1 S 190/03 –, NJW 2003 S. 2550 = EzD 2.2.8 Nr. 14); möglich ist auch eine Vorabentscheidung zur Klärung der Kostenfrage (so auch OVG Bln, Urt. vom 2. 11. 1989 – 2 B 6.87 –, EzD 2.2.8 Nr. 2).

2.4.4.4

Die Anforderungen an die **Prüfung der Kosten** dürfen zum Zeitpunkt der Maßnahmen nach § 23 Abs.1 NDSchG nicht überspannt werden, da i. d. R. **Projektunterlagen** mit konkreten Kosten oft noch nicht erstellt sind. Die Interessen sind abzuwägen; auch die Durchsetzbarkeit kostenintensiver denkmalpflegerischer Leistungen, die über die bautechnischen Notwendigkeiten hinausgehen (z. B. Restaurierung von Stuck statt einer bloßen statischen Sicherung), sollte eine Rolle spielen. Alle Kosten, die in Fällen von Sicherungsanordnungen ohnehin überschaubar sein werden, sind in das Verfahren einzubeziehen, dies gilt z. B. auch für die Kosten eines Gutachters, den die Behörde beauftragt; die Kosten können dem Eigentümer auferlegt werden, wobei die Rechtsgrundlage auch in der NBauO liegen kann.

2.4.5 Weitere Zumutbarkeitsfragen

2.4.5.1

Zum folgenden siehe auch *Martin/Mieth/Spennemann*, Die Zumutbarkeit im Denkmalrecht, 2014.

§ 23 Abs. 1 NDSchG verlangt nicht ausdrücklich die **Zumutbarkeit** als zusätzliche Voraussetzung für eine behördliche Maßnahme. Soweit eine Maßnahme (nur) der Durchsetzung der Erhaltungspflicht nach § 6 NDSchG dient, muss sie sich zwar im „Rahmen des Zumutbaren“ halten, siehe *Kleine-Tebbe/Martin*, Erl. zu § 6 und zu § 7 NDSchG. Bei allen Anordnungen auf der Grundlage des § 23 Abs. 1 NDSchG sind generell nach dem Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** die subjektiven Belange und insbesondere das Eigentumsgrundrecht des Art. 14 GG zu beachten. Allerdings läuft dies nicht generell darauf hinaus, dass nur im Rahmen der Wirtschaftlichkeit behördliche Anforderungen gestellt werden dürften, vielmehr kommt es entscheidend auf die Ursachen der Gefährdung des Denkmals an.

Die Zumutbarkeit ist in der Regel **Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit** des VA nach § 23 Abs. 1 NDSchG. Erwägt die Behörde eine offensichtlich hoch belastende Anordnung, so wirft dies im Vorfeld der Entscheidung auch die Fragen der ohne Rücksicht auf die Zumutbarkeit zu tragenden Kosten und ggf. einer Kompensation auf, siehe *Kleine-Tebbe/Martin*, Erl. zu § 29 NDSchG. Auch muss schon beim Erlass zumindest im Grundsatz geklärt sein, ob das Denkmal auf Dauer zu erhalten ist und welche Nutzung infrage kommt, sofern nicht eine Wiederherstellung oder Rekonstruktion als Sanktion im Sinn des § 25 NDSchG dienen soll.

2.4.5.2

Abwehr von Gefährdungen: Nur höchst eingeschränkt spielen Zumutbarkeitsfragen eine Rolle, wenn es um die Abwehr konkreter Gefahren für ein Denkmal geht, die von dem Adressaten der Maßnahme verursacht werden. **Niemand** und auch nicht der Eigentümer hat das Recht, ein Denkmal durch Handlungen oder Unterlassungen zu schädigen. Grund hierfür ist der hohe Stellenwert des Eigentums, den das BVerfG 1999 und das BVerwG 2009 besonders herausgestellt haben (siehe hierzu *Davydov*, Erl. zu § 6 DSchGBW). Konsequenterweise ermöglicht es § 23 NDSchG den Behörden, gegen Gefährdungen vorzugehen und z. B. die Beschädigung eines Denkmals durch Baumaßnahmen, durch ungeeignete Nutzungen oder durch sonstige Einwirkungen von außen zu unterbinden. Dabei handelt es sich um **Störungen** im Sinn des Sicherheitsrechts, gegen die unabhängig von vermeintlichen wirtschaftlichen Notwendigkeiten auf Seiten der Täter vorgegangen werden kann; auf die Zumutbarkeit kommt es deshalb bei dieser Konstellation **nicht** an.

2.4.5.3

Unterlassener Bauunterhalt: Die Unterlassung des Bauunterhalts führt zu Schäden, die bis zur Gefährdung des Bestandes eines Hauses führen können, wenn z. B. die Dächer über längere Zeit undicht waren. Ein rechtzeitiger Bauunterhalt liegt innerhalb der ob der Bedeutung der Kulturdenkmale gesteigerten Sozialpflichtigkeit des Eigentums; derartige **Grundleistungen** sind deshalb auf eigene Rechnung zu erbringen (Grundsatz des § 7 Abs. 3 Satz 3 NDSchG, std. Rspr.; Nachweise in *Kleine-Tebbe/Martin*, Erl. 2.1 zu § 6 NDSchG und Erl. zu § 7 Abs. 3 NDSchG). Das behördliche Anhalten zum Bauunterhalt und Anordnungen zur Nachholung versäumten Bauunterhalts auf der Rechtsgrundlage des § 23 und des § 25 NDSchG müssen dementsprechend zwar auch die Fragen der Zumutbarkeit im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit berücksichtigen; trotzdem wird im Ergebnis regelmäßig festzustellen sein, dass die Anordnung angesichts der vorausgehenden Pflichtenverstöße zumutbar ist.

2.4.5.4

Rückbau und Wiederherstellungsanordnung: Die besondere Vorgeschichte der jeweiligen Situation der Denkmale hat Auswirkungen auf die Zumutbarkeit bei diesen Anordnungen nach § 25 NDSchG. Der Sanktionscharakter der Vorschrift verbietet aber ebenso wie das Schadenersatzrecht des BGB, die Pflicht der Wiederherstellung von der Zumutbarkeit für den Verursacher bzw. **Störer** abhängig zu machen. Alle Schädiger und Störer sind unabhängig von Kosten, Wirtschaftlichkeit, eigenem Leistungsvermögen und Finanzierbarkeit zur Wiederherstellung im festzulegenden Umfang verpflichtet. Lediglich in Extremfällen wird das Verlangen gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot verstoßen können, das rechtstechnisch aber eindeutig von der Zumutbarkeit zu unterscheiden ist. Siehe hierzu den Rechtsgedanken des § 7 Abs. 3 Satz 3 NDSchG und *Kleine-Tebbe/Martin*, Erl. zum Bauunterhalt in Erl. 2.1 zu § 6 NDSchG. Weicht ein Bauherr von denkmalrechtlichen Vorgaben ab, kann er sich nicht auf die Unzumutbarkeit des Rückbaus berufen, zumal wenn die gewählte Ausführungsart aufwändiger ist als die ursprünglich genehmigte; Kosten eines Rückbaus in Höhe von ca. 200 000,- DM bei einem gesamten Sanierungsaufwand von über 2,6 Millionen DM sind nicht unverhältnismäßig, VG Stuttgart, Urt. vom 18. 12. 2002 – 2 K 2600/00 –, juris.

2.4.5.5

Sonstige Anordnungen zur Erhaltung und Instandsetzung: In jedem Einzelfall ist präzise zu ermitteln, welche Leistungen verlangt werden müssen und ob sonstige Erhaltungs- und Instandsetzungsarbeiten verlangt werden können. Dies wird auch von der Art der aufgrund des § 23 NDSchG verlangten Leistungen und ihren sonstigen Ursachen abhängen. Sehr instruktiv zur Zumutbarkeit von Sicherungsmaßnahmen am Beispiel von Brandruinen etwa HessVGH, Urt. vom 17. 5. 1990 – 4 TH 138/89 –, EzD 2.2.5 Nr. 1 u. a. zu Finanzierung, künftiger Nutzbarkeit und unterlassenem Bauunterhalt.

2.4.5.6 Weitere Einzelfälle

2.4.5.6.1

Bei vielen durch § 23 NDSchG ermöglichten Anordnungen wird es insbesondere auf wirtschaftliche Zumutbarkeit kaum ankommen: Nach § 8 NDSchG (Umgebungsschutz) mögliche Anordnungen zur Gestaltung und Instandhaltung von Anlagen in der Umgebung eines Baudenkmals können Mehrkosten auslösen. Zu Anordnungen zur Nutzung siehe Erl. 3. Die Einstellung ungenehmigter Maßnahmen betrifft Störer und ist deshalb nicht unzumutbar. Schutzanordnungen mit Nutzungsbeschränkung nach § 17 NDSchG betreffen ungenehmigte Eingriffe. Die Anordnung mit Aufforderung zur Anzeige nach § 11 NDSchG hat keine wirtschaftlichen Auswirkungen und ist nicht unzumutbar. Die Einstellung ungenehmigter Maßnahmen nach §§ 12, 13 und 16 NDSchG betrifft wieder Störer und ist zumutbar, dasselbe gilt für die Durchsetzung der Herausgabe der Bodenfunde nach §§ 14, 15 und 16 NDSchG. Anordnungen zur Duldung des Betretens bzw. zur Erteilung von Auskünften nach § 27 NDSchG und Anordnungen zur Duldung von Kennzeichen nach § 28 NDSchG haben in der Regel keine wirtschaftlichen Auswirkungen.

2.4.5.6.2

Bei bloßen **Sicherungsanordnungen** mit dem Ziel, einen zeitlichen Aufschub im Hinblick auf künftige Möglichkeiten zu erreichen, müssen die Fragen der

Zumutbarkeit differenziert werden; in Eilfällen wird es sich empfehlen, die Kosten bei geringem Interesse des Eigentümers zumindest zunächst auf die öffentliche Hand zu übernehmen (VG Regensburg, Urt. vom 10. 11. 1993 – RO 8 S 93.1666 –, V. n. b.).

Die Anforderungen an die Prüfung der **Kosten** dürfen zum Zeitpunkt der Anordnung nach § 23 NDSchG nicht überspannt werden, da i. d. R. **Projektunterlagen** mit konkreten Kosten oft noch nicht erstellt sind. Die Interessen sind abzuwägen; auch die Durchsetzbarkeit kostenintensiver denkmalpflegerischer Leistungen, die über die bautechnischen Notwendigkeiten hinausgehen (z. B. Restaurierung von Stuck statt einer bloßen statischen Sicherung), sollte eine Rolle spielen. Alle Kosten, die in Fällen von Sicherungsanordnungen ohnehin überschaubar sein werden, sind in das Verfahren einzubeziehen, dies gilt z. B. auch für die Kosten eines Gutachters, den die Behörde beauftragt; die Kosten können dem Eigentümer auferlegt werden, wobei die Rechtsgrundlage auch in der NBauO liegen kann.

3. Nutzungsanordnung für Baudenkmale (Absatz 2)

3.1 System der Vorschriften zur Nutzung

§ 23 Abs. 2 NDSchG ergänzt den § 10 Abs. 1 Nr. 3 NDSchG (Genehmigungspflicht für die Nutzungsänderung) und den § 9 Abs. 1 und 2 NDSchG (Nutzungsziele und erleichterte Genehmigung) speziell für Baudenkmale und Gruppen (Denkmalbereiche). Im Zusammenhang mit § 23 Abs. 2 NDSchG steht auch die Befugnisnorm des § 79 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 **NBauO**, die Benutzung von baulichen Anlagen zu untersagen, insbesondere Wohnungen für unbewohnbar erklären.

Während § 23 Abs. 2 NDSchG die Nutzung eines **Baudenkmal**s betrifft, besteht nach § 17 NDSchG in Verbindung mit § 23 Abs. 1 NDSchG die Möglichkeit, Anordnungen zur Beschränkung der wirtschaftlichen Nutzung von **Grundstücken** zu erlassen, auf denen sich ein Denkmal (z. B. Bau- oder Bodendenkmal, Denkmal der Erdgeschichte) befindet.

3.2 Befugnisnorm (Absatz 2 Satz 1)

§ 23 Abs. 2 Satz 1 NDSchG ist die **Befugnisnorm** für behördliche Anordnungen, dass ein nach § 6 Abs. 1 NDSchG Verpflichteter das **Baudenkmal** in bestimmter ihm zumutbarer Weise nutzen muss, wenn es entweder nicht genutzt oder durch die Art seiner Nutzung gefährdet wird.

Wird das Denkmal **überhaupt nicht** genutzt, so kann der Erhaltungsverpflichtete angewiesen werden, das Denkmal zu nutzen. Denkbar ist z. B. eine Anordnung, ein nutzbares Denkmal zu vermieten, um damit eine Nutzung zu gewährleisten. Gefährdet die **Art der ausgeübten Nutzung** das Denkmal in seiner Substanz oder in seinem Erscheinungsbild, kann die Nutzung nach Absatz 2 Satz 1 eingeschränkt oder modifiziert werden. Denkbar sind Anordnungen, in einem Fachwerkhaus keine Nutzung auszuüben, bei der viel Wasserdampf entsteht, der die Holzkonstruktionen angreift; in einem Gebäude mit Holzdecken keine schwere Lasten einzubringen; Weichholzböden nicht mit Stöckelschuhen zu betreten. Siehe auch *Davydov* in *Martin/Krautzberger*, Handbuch, Teil D Kapitel V m. w. N.

3.3 Antrag auf andere Nutzung (Absatz 2 Satz 2)

Dem Verpflichteten ist nach § 23 Abs. 2 Satz 2 NDSchG auf Antrag zu gestatten, das Baudenkmal in einer **angebotenen anderen Weise zu nutzen**, wenn seine Erhaltung dadurch hinreichend gewährleistet und die Nutzung mit dem öffentlichen

Recht vereinbar ist. Diese Möglichkeit wird auch als „Austauschmittel“ bezeichnet (*Schmaltz/Wiechert*, Rn. 23 zu § 23 m. w. N.).

Satz 2 steht im systematischen Zusammenhang mit der Genehmigungspflicht der Nutzungsänderung nach § 10 Abs. 1 Nr. 3 NDSchG und den Vorgaben des § 9 NDSchG. Will ein Eigentümer oder sonstiger möglicher Antragsteller (siehe die Erl. zu § 24 NDSchG) die bestehende Nutzung eines Baudenkmals ändern, muss er hierfür eine Genehmigung beantragen. Die untere Denkmalschutzbehörde **muss abwägen**, ob sie die Nutzungsänderung genehmigen kann, oder ob sie die Genehmigung für die Änderung der Nutzung wegen zu befürchtender Gefahren für das Denkmal versagt (siehe hierzu *Kleine-Tebbe/Martin*, Erl. 2.2.3 zu § 6 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 NDSchG sowie die Erl. 5 zu § 7 Abs. 2 NDSchG, Erl. 3.3.1.3 zu § 10 NDSchG). Materielle Vorgaben hierfür enthalten auch die Absätze 1 und 2 des § 9 NDSchG, siehe dort.

Da also für die Nutzungsänderung ohnehin eine Genehmigung notwendig ist und § 9 NDSchG hierfür bereits die notwendigen Vorgaben enthält, kommt dem § 23 Abs. 2 Satz 2 NDSchG kaum ein eigenständiger Regelungsinhalt zu.

3.4 Verfahren nach Absatz 2

3.4.1 Verfahren bei Nutzungsanordnung nach Absatz 2 Satz 1

Für die Anordnung gelten die Ausführungen zur Anordnung nach § 23 Abs. 1 NDSchG entsprechend. Auch hier hat die Behörde den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten und muss insbesondere ihre Direktiven sauber formulieren und begründen.

Adressat der Anordnung ist der Erhaltungspflichtige; siehe hierzu § 6 Abs. 1 Satz 2 NDSchG und *Kleine-Tebbe/Martin*, Erl. 2.3.1 zu § 6 NDSchG.

Während Absatz 1 nicht ausdrücklich auf Zumutbarkeit abstellt (siehe oben Erl. 2.4.5), gibt Absatz 2 der Behörde die Befugnis, dem Verpflichteten eine bestimmte, ihm **zumutbare** Nutzung aufzugeben. Es ist offensichtlich, dass das Gesetz hier nicht auf die wirtschaftliche Zumutbarkeit etwa im Sinn des § 7 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 3 NDSchG abstellt (a. A. offenbar *Schmaltz/Wiechert*, Rn. 17 zu § 23), sondern darauf, ob man ihm die neue (oder alte) Nutzung im Sinne des Sprachgebrauchs „zumuten“, also ansinnen kann. Zu dieser Bedeutung des Begriffs siehe auch *Kleine-Tebbe/Martin*, Erl. 2.1 zu § 7 NDSchG. Nicht ansinnen wird man einem Eigentümer z. B. in einem Gebäude ohne zeitgemäße Sanitäreinrichtungen oder sonstige Installationen zu leben. Eine Vermietung wird man je nach den Umständen einem Eigentümer nicht ansinnen, wenn das fragliche Denkmal mitten im privaten Lebensbereich des Eigentümers liegt.

3.4.2 Verfahren bei Antrag nach Absatz 2 Satz 2

Die Entscheidung über den Antrag wird regelmäßig auf einen Antrag innerhalb des Genehmigungsverfahrens nach §§ 10, 24 NDSchG getroffen, siehe dort. Denkbar ist aber auch, dass die Behörde bei Vorbereitung einer Anordnung den Betroffenen anhört und dieser innerhalb dieses Verfahrens formlos eine Nutzung nach seinen Vorstellungen „beantragt“.