

Denkmalrecht in Deutschland im Denkmalnetz

Weitere Beiträge zum Denkmalrecht

Stichwort: Leseprobe Niedersachsen Grenzen der Erhaltungspflicht

Titel: § 7 DSchG Niedersachsen: Grenzen der Erhaltungspflicht

Autoren: Andreas Kleine-Tebbe und Dr. Dieter J. Martin

Fundstelle: Kleine-Tebbe / Martin, Denkmalrecht in Niedersachsen, 2013, Stand
12.7.2012/ 12.12.12

.....

§ 7 DSchG Niedersachsen Grenzen der Erhaltungspflicht

(1) Erhaltungsmaßnahmen können nicht verlangt werden, soweit die Erhaltung den Verpflichteten wirtschaftlich unzumutbar belastet.

(2) Ein Eingriff in ein Kulturdenkmal ist zu genehmigen, soweit

- 1. der Eingriff aus wissenschaftlichen Gründen im öffentlichen Interesse liegt,**
- 2. ein öffentliches Interesse anderer Art, zum Beispiel**
 - a) die nachhaltige energetische Verbesserung des Kulturdenkmals,**
 - b) der Einsatz erneuerbarer Energien oder**
 - c) die Berücksichtigung der Belange von alten Menschen und Menschen mit Behinderungen,**

das Interesse an der unveränderten Erhaltung des Kulturdenkmals überwiegt und den Eingriff zwingend verlangt oder

3. die unveränderte Erhaltung den Verpflichteten wirtschaftlich unzumutbar belastet.

(3) Unzumutbar ist eine wirtschaftliche Belastung insbesondere, soweit die Kosten der Erhaltung und Bewirtschaftung nicht durch die Erträge oder den Gebrauchswert des Kulturdenkmals aufgewogen werden können. Kann der Verpflichtete Zuwendungen aus öffentlichen oder privaten Mitteln oder steuerliche Vorteile in Anspruch nehmen, so sind diese anzurechnen. Der Verpflichtete kann sich nicht auf die Belastung durch erhöhte Erhaltungskosten berufen, die dadurch verursacht wurden, daß Erhaltungsmaßnahmen diesem Gesetz oder sonstigem öffentlichem Recht zuwider unterblieben sind.

(4) ¹ Absatz 1 und Absatz 2 Nr. 3 gelten nicht für das Land, die Gemeinden, die Landkreise und die sonstigen Kommunalverbände. ² Sie sind zu Erhaltungsmaßnahmen im Rahmen ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit verpflichtet.

Erläuterungen zu § 7 NDSchG

Inhalt

1. Vorbemerkungen
2. Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit
 - 2.1 Begriff der Zumutbarkeit
 - 2.2 Verhältnismäßigkeit
 - 2.3 Objektive Kriterien für die Zumutbarkeit
 - 2.3.1 Bedeutung des Denkmals
 - 2.3.2 Zustand des Denkmals
 - 2.3.3 Verlangte Maßnahmen
 - 2.4 Anspruch auf Zerstörung
3. Zumutbarkeit als Grenze (Absatz 1, Absatz 2 Nr. 3 und Absatz 3)
 - 3.1 Die zwei Regelungen des § 7
 - 3.2 Der Bauunterhalt (Absatz 3 Satz 3)
 - 3.3 Sonstige zumutbare Kosten
 - 3.4 Maßgebliche Grundstückseinheit
 - 3.5 Sonderbehandlung der Öffentlichen Hand (Absatz 4)
 - 3.6 Die Erwerbsumstände
 - 3.7 Die Verkaufsmöglichkeit
 - 3.8 Zuschüsse, Drittleistungen und Wertzuwachs (Absatz 3 Satz 2)
 - 3.9 Steuerliche Vorteile (Absatz 3 Satz 2)
 - 3.10 Besonderheiten bei Bodendenkmalen und Denkmalen der Erdgeschichte
4. Herbeiführen der Zumutbarkeit, Verfahren, Rechtsschutz
 - 4.1 Herbeiführen der Zumutbarkeit, Kompensationen
 - 4.2 Berechnung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit (Absatz 3 Satz 1)
 - 4.3 Verfahren und Rechtsschutz
 - 4.3.1 Verfahrensfragen
 - 4.3.2 Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen
 - 4.3.3 Obliegenheiten
 - 4.3.4 Rechtsschutzfragen
5. Genehmigungsdirektiven (Absatz 2)
 - 5.1 Wissenschaftliche Gründe (Absatz 2 Nr.1)
 - 5.2 Öffentliche Interessen anderer Art (Absatz 2 Nr. 2)
 - 5.3 Weitere Genehmigungsdirektiven des NDSchG

1. Vorbemerkungen

1.1 Die Novelle 2011 hat in § 7 Abs. 2 das „öffentliche Interesse anderer Art“ um die drei Beispiele der Buchst. a, b und c ergänzt. Siehe hierzu die Erl. 5.2.

1.2 § 7 nennt mit dem Zumutbarkeitserfordernis und dem Abwägungsgebot mit den in Abs. 2 aufgezählten anderen Interessen einige Grenzen der Erhaltungspflicht, die in der Praxis vor allem im Genehmigungsverfahren aber auch bei Anordnungen nach §§ 23 und 25 eine Rolle spielen. **Weitere Grenzen** zeigen sich im Genehmigungsverfahren, wenn z.B. über § 10 Abs. 3 Satz 1 die Gebote des § 6 Abs. 1 und 2 durchgesetzt werden (ähnlich § 12 Abs. 2 Satz 1 und § 13 Abs. 2 Satz 1) oder wenn die materiellen Bestimmungen zu Nutzung (§ 9) und zum Umgebungsschutz (§ 8) greifen.

1.3 § 7 ist die zentrale Vorschrift des NDSchG zu den das Denkmalrecht beherrschenden Zumutbarkeitsfragen, die allerdings auch in § 1, § 6 Abs. 3 Satz 1 (spezielle Zumutbarkeit), § 23 Abs. 2 Satz 1 § 29 Abs. 1 Satz 1 und § 32 Satz 2 NDSchG angesprochen werden. Bei der Novelle 2011 hat der Gesetzgeber die

Formulierungen zur Zumutbarkeit in § 7 NDSchG unverändert belassen, auch wenn es wohl Versuchen zu Änderungen und weiterer Detaillierung gegeben haben dürfte. Die Zurückhaltung ist umso höher anzurechnen, als die gesetzlichen Formulierungen des NDSchG zumindest in Details offensichtlich nicht mehr dem aktuellen Stand der Entwicklung der Rechtsprechung insbesondere in anderen Bundesländern entsprechen. Exekutive und Judikative haben auf die Zumutbarkeit bundesweit in den letzten Jahren in einer **inflationären Weise** abgestellt, welche den Denkmalschutz u.a. wegen der langen Verfahrensdauer vielfach zu einer Farce werden lässt. Nach Ergehen des wegweisenden Beschl. des BVerfG von 1999 (v. 2.3.1999 – 1 BvL 7/91 –, BVerfGE 100, 226 = EzD 1.1 Nr. 7) spielt die Zumutbarkeit aus rechtssystematischen Gründen **bei den meisten** auf Initiative eines Bauherrn eingeleiteten Denkmal-, Bau- und sonstigen **Verfahren keine Rolle**. Nur im Einzelfall kann sie Voraussetzung der Rechtmäßigkeit der Ablehnung eines Abbruchs eines Bau- oder der Beseitigung eines Bodendenkmals sein; die Amtliche Begründung zum Gesetzentwurf mit ihren Ausführungen zur Zumutbarkeit unter Nr. 4 b (Lt.-Drs. 16 3208) befindet sich nicht auf der Höhe der deutschen Rechtsprechung (insbesondere BVerfG 1999) und Rechtswissenschaft. Bei der denkmalrechtlichen (nicht aber bau- oder sicherheitsrechtlichen) Anordnung von Erhaltungsmaßnahmen ist sie auch ohne ausdrückliche Benennung in §§ 23 und 25 ohnehin Voraussetzung der Rechtmäßigkeit (siehe dort).

1.4 Nicht unerwähnt soll bleiben, dass die Grundgedanken des vorbildlichen § 7 Abs. 3 Satz 3 NDSchG zur Zurechnung des **unterlassenen Bauunterhalts** seit Jahrzehnten von vielen Behörden und Gerichten anderer Länder zitiert werden. Mittlerweile haben auch BVerwG und BayVGh die Grundlinie bestätigt und fortentwickelt: Der Bauunterhalt eines Denkmals muss ohne Rücksicht auf wirtschaftliche Zumutbarkeit von den Eigentümern geleistet werden (BVerwG Beschl. v. 21.4.2009 - 4 C 3.08 -, juris, BayVGh Ur. v. 18.10.2010 - 1 B 06.63 -, juris = BayVBl. 2011, 303).

1.5 Im Zusammenhang mit den Fragen der Zumutbarkeit sind auch die Neufassungen der Überschrift des Sechsten Teils „Ausgleich und Enteignung“ und des § 29 zum Ausgleich zu sehen, siehe die Einleitung zum Sechsten Teil. Lehnt die Denkmalschutzbehörde eine Kompensation bzw. einen Ausgleich trotz Anspruchs ab, muss der Betroffene **Primärrechtsschutz** suchen; eine Klage auf Ausgleich („dulden und liquidieren“) ist nicht (mehr) zulässig (z.B. BVerfG, Beschl. v. 2.12.1999 - 1 BvR 165/90 –, EzD 5.2 Nr. 2).

1.6 Literaturhinweise: *Martin* in Martin/Krautzberger (Hrsg.), Handbuch, Teil G Kap. II Nr. 3; *Davydov*, Denkmal – „Nur-Denkmal“ – „Nur-noch-Denkmal“. Der (begrenzte) Erkenntniswert der Wirtschaftlichkeitsberechnung im denkmalrechtlichen Erlaubnisverfahren, Denkmalpflege im Rheinland 3/2011, 119 ff.; *ders.* „Mit den Anforderungen des Denkmalschutzes unvereinbar ...“, NWVBl. 2012, 125 ff.

2. Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit

§ 7 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 3 NDSchG machen die Befreiung von der Erhaltungspflicht und den Anspruch auf Genehmigung **von wirtschaftlicher Unzumutbarkeit** für den Verpflichteten abhängig. Abs. 3 Satz 1 umschreibt die Unzumutbarkeit: Unzumutbar sei eine wirtschaftliche Belastung **insbesondere**, soweit die Kosten der Erhaltung und Bewirtschaftung nicht durch die Erträge oder den Gebrauchswert des Kulturdenkmals aufgewogen werden können. Ergänzt wird dies durch die

Detailregelungen der Sätze 2 (Zuwendungen und steuerliche Vorteile – siehe hierzu Erl. 3.8 und 3.9) und 3 (unterlassener Bauunterhalt – siehe hierzu Erl. 3.2). Die Formulierung „insbesondere“ in Abs. 3 Satz 1 deutet darauf hin, dass es wohl auch weitere, nicht im Gesetz geregelte Faktoren für die wirtschaftliche und eine sonstige (Un-)Zumutbarkeit geben kann. Allein aus dem Gesetzeswortlaut lassen sich im Übrigen nicht alle zum Teil sehr schwierigen Zweifelsfragen lösen; ergänzend ist auf Grundsätze zurück zu reifen, welche die kaum mehr übersehbare Rechtsprechung der deutschen Gerichte entwickelt hat.

2.1 Begriff der Zumutbarkeit

Im Denkmalrecht ist ein vom DSchG **angesonnenes Verhalten** dann **zumutbar**, wenn eine **Abwägung** aller einschlägigen **individuellen Gesichtspunkte** unter Berücksichtigung der **objektiven Lage** und unter Berücksichtigung des Verfassungsgrundsatzes der **Sozialbindung des Eigentums** (Art. 14 Abs. 2 Satz 1 GG) ergibt, **dass ein solches Verhalten in Fällen dieser Art billigerweise verlangt werden kann** (*Martin/Krautzberger* (Hrsg.) Teil G RdNr. 97).

Weder im Denkmalrecht noch im NDSchG gibt es einen einheitlichen Begriff der Zumutbarkeit. Erst in den letzten Jahren wird deutlich dass die Rechtsprechung (insbesondere BayVGH v. 18.10.2010 - 1 B 06.63 -, BayVBl. 2011, 303 im Anschluss an den Beschl. des BVerfG v. 2.3.1999 a.a.O.) unterscheidet zwischen der

„wirtschaftlichen Zumutbarkeit“ und der **„sonstigen Zumutbarkeit“**.

Dies geht nicht zuletzt auf die Dogmatik zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zurück (BayVGH a.a.O.). Allerdings ist die Zumutbarkeit nicht generell mit Verhältnismäßigkeit gleichzusetzen; die Zumutbarkeit angesonnener Verhaltensweisen ist vielmehr ein Unterfall des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

2.2 Verhältnismäßigkeit

Dies hat zur Folge, dass es in der Praxis der Behörden und Gerichte auf die wirtschaftliche Zumutbarkeit der Erhaltung eines Bau- oder Bodendenkmals oder eines Denkmals der Erdgeschichte erst dann ankommen kann, wenn nicht bereits aus anderen Gründen die Verhältnismäßigkeit („sonstige Zumutbarkeit“) insgesamt zu bejahen oder zu verneinen ist. Zu Konstellationen der „Unzumutbarkeit aus anderen Gründen“ z.B. bei Nutzungsuntersagungen siehe auch die Überlegungen bei *Schmaltz/Wiechert* (Rn. 47 ff. zu § 7). Ergebnis dieser Gewichtung ist die Berechnung der Zumutbarkeit im Einzelfall, siehe Erl. 5.

2.3 Objektive Kriterien für die Zumutbarkeit

Vielfach gestellt wird die Frage, ob es für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit allein auf objektive oder auch auf subjektive Umstände ankommt. Wie sich aus dem Gesamtzusammenhang dieser Darstellungen ergibt, haben die meisten Gerichte trotz fast durchgehender Bekenntnisse zur objektiven Betrachtung vielfach auf subjektive und individuelle Umstände (z.B. individuelle Steuervergünstigungen, Reichweite des „sehenden Auges“, Versäumen des Bauunterhalts durch Rechtsvorgänger) abgestellt. Dies hat zur Folge, dass Entscheidungen, bei denen es auf Zumutbarkeit ankommt, oft auf den konkreten Antragsteller „höchstpersönlich“ abgestellt werden müssen (z.B. wegen unterschiedlicher Steuervorteile).

2.3.1 Bedeutung des Denkmals

Eine erhöhte denkmalpflegerische Wertigkeit des Denkmals kann auch das Gewicht des Erhaltungs- oder Instandsetzungsverlangens erhöhen, BVerfG v. 2.3.1999 (a.a.O.).

2.3.2 Zustand des Denkmals

Gerade der jeweilige Zustand eines Denkmals macht gegebenenfalls Erhaltungsmaßnahmen nötig. Sofern nicht im Einzelfall der Bauunterhalt vernachlässigt wurde (siehe die Erl. 3.2 zu § 7 Abs. 3 Satz 3), nach § 25 NDSchG (siehe dort) die Wiederherstellung angeordnet ist, oder eine Sicherungs- oder Nutzungsanordnung nach BauO (Instandhaltungspflicht nach § 3 Abs. 1 BauO) bzw. BauGB Anforderungen stellt, ist davon auszugehen, dass bei (historischen) Ruinen allenfalls Sicherungsmaßnahmen (siehe die Erl. 2.2.4 zu § 6 Abs. 1 Satz 1: „wenn nötig“) zumutbar sind, sofern nicht die Zumutbarkeit in einem weiteren Umfang herbeigeführt wird (s. Erl. 4.1).

2.3.3 Verlangte Maßnahmen

Das breite Spektrum möglicher denkmalrechtlicher Erhaltungsanforderungen zeigt der Überblick über die Rechtsprechung. Es reicht vom Verlangen, Bauunterhalt zu leisten, bis hin zur **Versagung** beantragter **Abbruchgenehmigungen** (ein Beseitigungsverbot schränkt in der Regel die bestehende Nutzung eines Baudenkmals nicht ein, BVerfG v. 2.3.1999 a.a.O.). Anders liegt es nur, wenn im Ausnahmefall **keinerlei sinnvolle Nutzungsmöglichkeit mehr besteht**, auch ein dem Denkmalschutz aufgeschlossener Eigentümer keinen vernünftigen Gebrauch von dem Denkmal machen, es auch nicht veräußern kann (Erl. 3,7). Die Versagung eines **überzogenen Neubaus** im Ensemble (Gruppe) kann nach der Verkehrsauffassung zwar unangemessen sein (BayObLG v. 3.10.1988 1 Z 309/87 -, EzD 5.3 Nr. 5), in der Regel wird er schon am Baurecht scheitern (§ 34 BauGB), sodass es auf Zumutbarkeit nicht ankommt. Die Versagung einer Änderung der **bestehenden Nutzung** kann dann unzumutbar sein, wenn keine sinnvolle Nutzungsmöglichkeit z.B. durch denkmalverträgliche Alternativen mehr besteht (vgl. NdsOVG B. v. 15.12.2000 - 1 L 4242/99 -, V.n.b.). **Auflagen in Genehmigung:** Die Erhaltung eines genutzten Denkmals, die damit verbundene Verpflichtung, Eingriffe zu unterlassen und das Verlangen nach einer entsprechende Gestaltung der Fenster und der Fassade sind dem Kl. nicht wirtschaftlich unzumutbar (vgl. **NdsOVG** Ur. v. 30.8.1995 – 1 L 2255/94 -, juris, VG Hannover 18.4.2002 - 12 A 7640/98 -, V.n.b.). **Zu Anordnungen: Bauunterhalt** kann ohne Rücksicht auf Zumutbarkeit verlangt werden (Erl. 3.2); auch sonstige **Reparaturen** bis zur Wiederherstellung der ursprünglichen Gestaltungselemente mit einem Kostenaufwand im Einzelfall bis zu 250 000,- DM konnten ohne Kompensation verlangt werden bei Vorliegen einer Gefahr oder einer Verunstaltung (z.B. BVerwG v. 11.4.1989 – 4 B 65/89 -, EzD 5.1 Nr. 2). Beim Wiederherstellungsverlangen des § 25 NDSchG kommt es auf Zumutbarkeit nicht an, dasselbe gilt für bau- (Standicherheit, Brandschutz, Gestaltung) oder sicherheitsrechtliche Anforderungen (Erl. 3.3).

Die Zumutbarkeit ist auch nicht Rechtmäßigkeitsvoraussetzung bei den **städtebaulichen Geboten** der §§ 175 ff. BauGB und bei der Finanzierung von Sanierungsmaßnahmen. Schließlich erübrigt sich die Zumutbarkeitsprüfung im Einzelnen, wenn ohnehin eine unmittelbare Maßnahme der Behörden z. B. im Vollzug der Anordnungen nach § 23 NDSchG durchzuführen ist, wenn diese voll aus

öffentlichen Mitteln finanziert wird.

Aus den von einem Antragsteller verlangten Maßnahmen (z.B. Abbruch mit Ziel eines Neubaus) oder den Anforderungen der Denkmalbehörden ergeben sich die **Kosten**, die nach § 7 Abs. 3 Satz 1 Bezugsgröße für die Zumutbarkeitsberechnung sein können. Zu den Kosten siehe eingehend *Martin/Krautzberger* (Hrsg.), Handbuch, Teil H. Ungeklärt ist die Frage, ob nur die durch spezielle Gutachter ermittelten und ggf. von den Denkmalbehörden und vom Gericht anerkannten Kosten berücksichtigt werden (in diesem Sinn ein großer Teil der Rechtsprechung), oder ob nicht auch ein Vergleich der Erhaltungskosten mit den Kosten des vom Antragsteller geplanten **Neubaus** infrage kommen kann (in diesem Sinne auch – noch – *Schmaltz/Wiechert*, Rn. 21 zu § 7, 1. Auflage 1998, anders in der 2. Auflage Rn. 22).

2.4 Anspruch auf Zerstörung

Abwegig ist jedenfalls die Annahme einer **Automatik** in dem Sinne, dass ein Denkmal zerstört werden dürfe, wenn die Eigentumsverhältnisse nicht geklärt sind, wenn Eigentümer ohne Vermögen oder durch andere Verpflichtungen gebunden sind, oder die Erträge des Denkmals die Kosten nicht voll decken. Ebenso wenig ist bei sog. „Nur-Denkmalern“ (alle Bodendenkmale und Denkmale der Erdgeschichte, ferner Ruinen, Festungsanlagen, Parks, leer stehende oder funktionslose Gebäude oder Grundstücke, Funde, unbrauchbare Sammlungsgegenstände) im Hinblick auf ihre Ertragslosigkeit und angebliche „Folgekosten“ eine generelle Freigabe zur Zerstörung anzunehmen; die Zumutbarkeit kann zwar eingeschränkt sein, sie ist in der Regel aber durch Kompensationen bzw. Ausgleich herstellbar (siehe hierzu Erl. 4). In Anlehnung an BVerfG 1999 ist bei diesen Nur-Denkmalen entscheidend, dass das Zerstörungsverbot eine bisherige Nutzung nicht zusätzlich beeinträchtigt und ihre Vermarktung nicht ausgeschlossen ist. Im Übrigen wird es oft nur darauf ankommen, ein Denkmal durch Sicherungsmaßnahmen „über die Zeit“ zu bringen (wie hier z. B. VGHBW v. 10. 5. 1988 – 1 S 1949/87 -, EzD 2.2.6.1 Nr. 8).

3. Zumutbarkeit als Grenze (Absatz 1, Absatz 2 Nr. 3 und Absatz 3)

Seit dem Beschluss des BVerfG von 1999 ist eine Vielzahl von Entscheidungen ergangen, welche die zeitlich vorausliegenden Judikate aber auch gesetzliche Formulierungen oft zu Makulatur werden lassen. Speziell zum Thema Abbruch findet sich 2011 allein in der keineswegs erschöpfenden Datenbank von juris eine Auswahl von ca. 50 einschlägigen Folgeentscheidungen. Eine relative Ordnung in die Diskussion brachte u.a. der BayVGh (mit seinem Urt. v. 18.10.2010 - 1 B 06.63 –, juris = BayVBl. 2011, 303 mit Anm. *Martin*), der zwischen der „wirtschaftlichen Zumutbarkeit“ und der „sonstigen Zumutbarkeit“ unterscheidet, die z.T. dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht (siehe Erl. 2).

3.1 Die zwei Regelungen des § 7

§ 7 NDSchG enthält **zwei** zu unterscheidende Regelungen. 1. § 7 Abs. 1 verbietet den Behörden („können nicht verlangt werden“), von den Erhaltungspflichtigen (§ 6 Abs. 1 Satz 2) Erhaltungsmaßnahmen (siehe hierzu die Erl. zu § 6 Abs. 1) zu verlangen, soweit diese die Pflichtigen „wirtschaftlich unzumutbar“ belasten. Angesprochen ist damit insbesondere der Erlass von Anordnungen nach den §§ 23 und 25 (siehe aber dort). 2. § 7 Abs. 2 Nr. 3 weist die Behörden an („ist zu genehmigen“), Eingriffe in ein Denkmal zu genehmigen, wenn die Erhaltung den

Pflichtigen „wirtschaftlich unzumutbar“ belastet. Im Extremfall kann dies die – unbedingte - Anweisung zur Erteilung der Abbruchgenehmigung bedeuten und zum Entstehen eines entsprechenden Rechtsanspruchs führen.

3.2 Der Bauunterhalt (Absatz 3 Satz 3)

Nach Abs. 3 Satz 3 kann sich der Verpflichtete nicht auf die Belastung durch erhöhte Erhaltungskosten berufen, die dadurch verursacht wurden, daß **Erhaltungsmaßnahmen** diesem Gesetz oder sonstigem öffentlichem Recht zuwider **unterblieben** sind. Erste tatsächliche Voraussetzung für die Erhaltung von Denkmälern ist die Pflege (siehe Erl. 2.2.2 zu § 6). Nach § 6 Abs. 1 und 2 NDSchG ist insbesondere der Eigentümer verpflichtet, sein Denkmal im Rahmen des Zumutbaren zu erhalten, zu schützen und zu pflegen. Dies gilt insbesondere für die laufenden Maßnahmen, also den sog. **Bauunterhalt**. Nach § 7 Abs. 3 Satz 3 kann sich der Verpflichtete nicht auf die Belastung durch erhöhte Erhaltungskosten berufen, die dadurch verursacht wurden, dass Erhaltungsmaßnahmen entgegen § 6 Abs. 1 NDSchG oder sonstigem öffentlichem Recht (z.B. NBauO) zuwider unterblieben sind. Kosten und Folgekosten („Instandhaltungsstau“) bis zu einem ggf. mittlerweile eingetretenen ruinösen Zustand infolge pflichtwidrig unterlassener Unterhaltung bleiben also m.a.W. bei der Prüfung der Zumutbarkeit außer Acht. Als zumutbarer Bauunterhalt sind z.B. anzusehen die Schließung von Öffnungen im Dach und andere regelmäßig anfallende Arbeiten. Das BVerwG (Beschl. v. 21.4.2009 a.a.O.; a.A: z.B. *Haaß*, Privatnützigkeit und Wirtschaftlichkeitsberechnung im Denkmalschutz, NVwZ 2002, 1054): Die Erhaltungspflicht sei in erster Linie eine Rechtspflicht zu positivem Tun. Der Eigentümer muss u.a. Schäden an der Denkmalsubstanz beseitigen; beschädigte Teile muss er reparieren und, wenn dies nicht möglich ist, erneuern. Diese Erhaltungspflicht ist auf Dauer angelegt, der Eigentümer hat sie nach dem BVerwG grundsätzlich auf eigene Kosten zu erfüllen. Jedenfalls ein finanziell leistungsfähiger Eigentümer muss damit rechnen, einen nicht unerheblichen Teil der denkmalbedingten Mehrkosten selbst zu tragen. Die erhöhte Mühewaltung eines Eigentümers bei der Erhaltung des Denkmals werde ohnehin nicht kompensiert. Der BayVGh (Urt. v. 18.10.2010 a.a.O.) ergänzt dies mit deutlichen Worten: Das Unterlassen des Bauunterhalts führt dazu, dass die dadurch verursachten Kosten aus der Wirtschaftlichkeitsberechnung **auszuscheiden** sind. Es muss nicht ermittelt werden, ob dem Pflichtigen in jedem einzelnen der vergangenen Jahre wirtschaftlich zumutbar gewesen wäre, in den Erhalt zu investieren. Grundsätzlich ist auch das Unterlassen des Bauunterhalts durch **Rechtsvorgänger** (Erblasser, Verkäufer) dem aktuellen Pflichtigen zuzurechnen (OVG NW Beschl. v. 2.8.2007 – 10 A 3453/06 –, NRWE = EzD 2.2.5 Nr. 23); der Zustand wird sich regelmäßig z.B. im Kaufpreis ausgewirkt haben.

3.3 Sonstige zumutbare Kosten

3.3.1 Zumutbar ist dem Eigentümer, wenn die fehlende Vermietbarkeit, auf die sich der Eigentümer beruft, auf dessen eigener wirtschaftlicher Tätigkeit beruht oder wenn er die Voraussetzungen der behaupteten Unrentierlichkeit **selbst herbeigeführt** oder gesteigert hat (vgl. BVerfG v. 14.4.2010 a.a.O. und **NdsOVG** Beschl. v. 22.6.2010 - 1 ME 89/10 –, juris).

3.3.2 Bisweilen erbittert wird in der Literatur um die Fragen der Kostengruppen des Bauunterhalts, der baurechtlich veranlassten Kosten und des denkmalpflegerischen Mehraufwands gerungen. Der BayVGh (Urt. v. 18.10.2010 a.a.O.) bestätigt

vollinhaltlich eine Weisung der Obersten Denkmalschutzbehörde (Schreiben der Ministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst vom 14.1.2009 – weitgehend im Urteil wiedergegeben) und schließt auch die **bau- und sicherheitsrechtlich** veranlassten Kosten aus (ähnlich bereits **§ 7 Abs. 3 Satz 3 NDSchG**: „sonstigem öffentlichen Recht zuwider“). Sachgerecht sei insbesondere, dass nur der so genannte **denkmalpflegerische Mehraufwand** angesetzt wird. Die Instandhaltungskosten, die jeder Hauseigentümer für seine Immobilie aufwenden muss, bleiben außer Betracht (unter Bezug auf BVerwG v. 11.4.1989 a.a.O. und OVG MV Ur. v. 18.3.2009 –, juris RdNr. 50; a. A. wohl: OVG NRW Ur. v. 4.5.2009 – juris RdNr. 45, OVG LSA Ur. v. 15.12.2011 – 2 L 152/06 -, V.n.b., und z.B. *Haaß*, Privatnützigkeit und Wirtschaftlichkeitsberechnung im Denkmalschutz, NVwZ 2002, 1054). Manche Entscheidungen wollen in die Rechnung sogar abschätzbare oder nicht abschätzbare „Folgelasten“ einbeziehen (VGH BW Ur. v. 10.5.1988 – 1 S 1949/87 –, EzD 2.2.6.1 Nr. 8).

Zu teilen ist der Hinweis von *Schmaltz/Wiechert* (Rn. 46 zu § 7), dass bei rechnerischer Unwirtschaftlichkeit einer Gesamtanierung im Hinblick auf das Wort „soweit“ in § 7 Abs. 1 immer auch geprüft werden muss, ob eine **Teilsanierung** bzw. Teilerhaltung als ggf. wirtschaftliche, leichter finanzierbare und zumutbare **Alternative** ausreicht.

3.4 Maßgebliche Grundstückseinheit

Völlig uneinheitlich wird beantwortet, auf welche Einheit sich eine Wirtschaftlichkeitsberechnung beziehen muss, sofern eine solche denn notwendig ist. Die Antworten reichen von dem Denkmal (ohne einen Bezug zu dem Grundstück) über das aktuell bestehende „Teilgrundstück mit dem Denkmal“ (VGH BW Ur. v. 29.6.1992 – 1 S 2245/90 – juris), über das „gesamte Grundstück“ (VG Berlin Ur. v. 30.7.2002 – 16 A 238.94 – Schlüter –nicht rkr.) oder den einer „Teilung vorausgehenden Grundstückszuschnitt“ bis zu weiteren funktionalen Zusammenhängen und einer Gesamtanlage. Wichtige Hinweise gibt das BVerfG in dem auch für das Denkmalrecht grundlegenden **Altlastenbeschluss** (BVerfG v. 16.2.2002 – 1 BvR 242/91 – BVerfGE 102, 1 ff.; bestätigt für die aus einem Gesamtbestand herausgemessene Schlosskapelle durch OVG RP Ur. v. 2.12.2009 – 1 A 10547/09 – juris = EzD 2.2.6.1 Nr. 37 und BVerfG Beschl. v. 14.4.2010 – 1BvR 2140/08 – juris; mehrfach BayVGH u.a. Beschl. v. 27.1.2010 – 2 ZB 09.250 – V.n.b. und vom 14.9.2010 – 2 ZB 08.1815 – juris („gesamtes Ertragspotential“) und dem BayVGH (a.a.O.). Danach kann es zumutbar sein, über das Denkmal hinaus solches 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. Dies gelte insbesondere für Grundvermögen, das zusammen mit dem sanierungsbedürftigen Grundstück eine solche Einheit bildet. Im Fall Schlosskapelle hat das BVerfG 2010 ergänzt: Ein dem Denkmalschutz aufgeschlossener Eigentümer würde eine Gesamtanlage nicht zu dem Zweck, die Voraussetzungen einer (vermeintlichen) Unzumutbarkeit der Erhaltung eines Teils des Denkmals zu schaffen, oder jedenfalls unter Inkaufnahme dieser Folge eigentumsrechtlich aufspalten, und eine dem Denkmalschutz aufgeschlossene Person würde eine derartige Eigentumsposition nicht erwerben. Das **NdsOVG** schließlich verlangte, aus einem 5000 qm großen Grundstück eine Teilfläche von 1000 qm herauszutrennen und den **Erlös** zur Finanzierung der Erhaltung als

Eigenkapital **einzusetzen** (Urt. v. 24.3.2003 – 1 L 601/97 – EzD 2.2.6.3 Nr. 7. Ebenso VG Minden Urt. v. 23.2.2010 – 1 K 273/09 – V.n.b.).

3.5 Sonderbehandlung der Öffentlichen Hand (Absatz 4)

3.5.1 Nach § 7 Abs. 4 Satz 1 NDSchG gelten § 7 Absatz 1 und Absatz 2 Nr. 3 nicht für das Land, die Gemeinden, die Landkreise und die sonstigen Kommunalverbände. Sie sind nach Abs. 4 Satz 2 zu Erhaltungsmaßnahmen im Rahmen ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit verpflichtet.

3.5.2 Die Unanwendbarkeit des Abs. 1 und der Nr. 3 des Abs. 2 bedeutet, dass sich (zumindest) die hier genannten juristischen Personen des öffentlichen Rechts gegenüber einem Erhaltungsverlangen und im Genehmigungsverfahren (z.B. auf Abbruch) nicht auf **wirtschaftliche Unzumutbarkeit** berufen können. Für sie gilt stattdessen die besondere Grenze des Rahmens ihrer **finanziellen Leistungsfähigkeit**. Dies hat zur Folge, dass es in keinem Fall direkt auf die Vergleichsberechnung (Erl. 5) ankommen kann.

3.5.3 Der Kreis der in Abs. 4 Satz 1 genannten Personen ist auf **weitere** juristische Personen und auf ihre **Unterorganisationen** zu erweitern. Nicht auf Unzumutbarkeit berufen können sich z.B. der Bund und andere Länder (unzutreffend *Schmaltz/Wiechert* (Rn. 59 zu § 7 unter Hinweis auf eine überholte Entscheidung des NdsOVG von 1987) wie generell nach der Anweisung der Bayerischen Obersten Denkmalschutzbehörde (das genannte WFKMS vom 14.1.2009, siehe BayVGh v. 18.10.2010 a.a.O.) „juristische Personen, die mittelbar oder unmittelbar mindestens mehrheitlich im Staatsbesitz stehen. Maßgeblich ist nicht die privatrechtliche Organisationsform, denn Art. 14 GG schützt nicht das Privateigentum, sondern das Eigentum Privater (unter Hinweis auf BVerfG Beschl. v. 8.7.1982 - 2 BvR 1187/80 - E 61, 82, 108). Für Gemeinden auch z.B. VG Regensburg Urt. v. 20.1.2010 – RO 7 K 09.1518 – juris. Dies gilt nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG auch für staatliches Handeln in privatrechtlich organisierter Form (BVerfG Beschl. v. 7.6.1977 -- 1 BvR 108, 424/73 und 226/74 -, E 45, 63, 80) und für Unternehmen mit staatlichen Mehrheitsbeteiligungen. Beim derzeitigen Stand der Privatisierung sind die Unternehmen des Konzerns der Deutschen Bahn AG nicht grundrechtsfähig“ (BayVGh Urt. v. 3.8.2004 - 8 BV 03.275 - und BVerwG Urt. v. 4.5.2006 - 9 C 3/05 -, BVerwGE 126, 14). Nicht auf Unzumutbarkeit berufen können sich außerdem Unternehmen, deren sich die öffentliche Hand bei der Erledigung ihrer Aufgaben bedient (PPP - **Public Private Partnership**).

Nicht zu übersehen sind Urteile mit Zumutbarkeitsprüfungen bei **Gemeinden**, Bahn und Post (OVG Th Urt. v. 26.1.2008 – 1 KO 717/06 –, ThürVBl. 2009, 11 = EzD 2.2.5 Nr. 32 mit Anm. *Koehl*; hierzu *Martin*, Denkmalschutz in Thüringen zwischen Eigentumsgrundrecht und kommunaler Selbstverwaltung, ThürVBl. 2009, 97 ff. Bereits VGh BW Urt. v. 29.6.1992 – 1 S 2245/90 –, VBIBW 1993, 109 = DVBl. 1993, 118 zur ehemaligen Deutschen **Bundespost**. OVG LSA Urt. v. 29.1.2008 – 2 M 358/07 –, EzD 2.2.5 Nr. 28. Zur **Bahn** VG Gelsenkirchen Urt. v. 18.3.1997 – 14 K 261/95 –, EzD 3.4.5 Nr. 3). Nicht einheitlich beantwortet wird, ob sich Kirchen auf Unzumutbarkeit berufen können, wenn sie die Erhaltungslast insbesondere ungenutzter **Kirchen und Pfarrhöfe** überfordert. Gegenüber denkmalschutzrechtlichen Maßnahmen soll das kirchliche Eigentum durch Art 14 GG nicht anders als das Eigentum Privater geschützt sein, VGh BW Urt. v. 10.5.1988 – 1 S 1949/87 –, EzD 2.2.6.1 Nr. 8 = VBIBW 1989, 18 ff. Der VGh BW hat sich übrigens

„aufs Kreuz legen lassen“; der Pfarrhof ist 20 Jahre nach dem Urteil bestens saniert und erhalten. Bemerkenswert ist der vom Landeskirchenamt der Ev. Kirche in Mitteldeutschland mit Richtlinie für die Vergabe von Mitteln aus dem Fonds zur finanziellen Unterstützung des Abrisses nicht mehr benötigter nicht sakraler Gebäude und baulicher Anlagen eingerichtete sog. **Abrissfonds**. Zu den Kirchen siehe auch Er. 3.3.5 zu § 36.

3.5.4 Im Einzelfall kann zweifelhaft sein, was die Pflichtigkeit der in Abs. 4 Satz 1 genannten Personen im „Rahmen ihrer **finanziellen Leistungsfähigkeit**“ bedeutet. Nicht gleichzusetzen ist dies mit den konkreten Haushaltsansätzen; denn bei der Aufstellung ihres Haushalts müssen die Verpflichteten nach § 2 Abs. 2 auch ihre „besondere Pflicht“ insbesondere bei der Erhaltung ihrer eigenen Denkmale vorrangig berücksichtigen, siehe die Erl. 5 zu § 2). Nicht gleichgesetzt werden darf die Leistungsfähigkeit mit der wirtschaftlichen Zumutbarkeit, wenn auch gerade eine positive Ertragslage eines Denkmals, die Erwerbsumstände („sehenden Auges“, günstiger Kauf – siehe Erl. 3.6), Verkaufsmöglichkeit (Erl. 3.7), bestehende Fördermöglichkeiten (z.B. StBauF; Abs. 3 Satz 2 ist durch Abs. 4 Satz 1 nicht abbedungen), Auswirkungen unterlassenen Bauunterhalts (Abs. 3 Satz 3 ist durch Abs. 4 Satz 1 nicht abbedungen) und der von der Rspr. laufend zitierte „aufgeschlossene Eigentümer“ die Zumutbarkeit für die Verpflichteten des Abs. 4 positiv im Sinn des Bestehens der Erhaltungspflichten beeinflussen können. Jedenfalls wird man davon ausgehen können, dass die Verpflichteten des Abs. 4 sich nur in **seltenen Fällen** von der Erhaltungspflicht des § 6 befreien und auf mangelnde Leistungsfähigkeit berufen können.

3.6 Die Erwerbsumstände

Gestritten wird auch heute noch, ob es bei der ansonsten an objektiven Kriterien der Wirtschaftlichkeit ausgerichteten Prüfung der Zumutbarkeit auf die subjektiven Umstände des Erwerbs ankommen kann. Unwohl ist es vielen Gerichten offensichtlich dabei, gewisse Ungereimtheiten aus der Vorgeschichte mancher Fälle außer Acht zu lassen. Die Diskussionen machen sich an den Stichworten Spekulation, „Erwerb sehenden Auges“, Erwerb zu einem Symbolpreis, aus Prestige Gründen (also ohne Gewinnerzielungsabsicht) und Kenntnis der Risikofaktoren fest: Wurde eine Sache in spekulativer Absicht (z.B. nach der Wende im Beitrittsgebiet - instruktiv VG Magdeburg Beschl. v. 20.12.2005 – 4 A 69/04 MD –, EzD 2.2.6.1 Nr. 30 mit Anm. *Martin*). Dies gilt auch für den mehrfachen Eigentumswechsel im „Canaletto“ – Fall des SächsOVG Ur. v. 10.6.2010 – 1 B 818/06 –, juris = EzD 1.1 Nr. 32 mit Anm. *Martin* = SächsVBl. 2011, 29 ff.) und generell Übernahme von Denkmalen oder Grundstücken mit Bodendenkmalen und Denkmalen der Erdgeschichte „sehenden Auges“ (hierunter fallen auch Erwerbe zur Repräsentation oder aus Liebhaberei). Gleichgestellt ist sogar die fahrlässige Unkenntnis (bestätigt z.B. durch OVG RP Ur. v. 2.12.2009 – 1 A 10547/09 –, juris = EzD 2.2.6.1 Nr. 37 mit Anm. *Viebrock*; VG Regensburg Ur. v. 20.1.2011 - RO 7 K 09.1518 -, juris. A.A: z.B. *Haaß*, Privatnützigkeit und Wirtschaftlichkeitsberechnung im Denkmalschutz, NVwZ 2002, 1054). Die Kenntnis bzw. die fahrlässige Unkenntnis muss sich auf Denkmaleigenschaft und Zustand erworben. In allen diesen Fällen ist regelmäßig trotz einer dauerhaften Unterdeckung die Berufung auf Unzumutbarkeit verwehrt. Der Erwerber übernimmt freiwillig das Risiko der Erhaltungspflicht, seine Schutzwürdigkeit ist damit reduziert oder ausgeschlossen. Erzielt der Erwerber Vorteile aus dem Risiko z.B. durch einen günstigen Kaufpreis oder durch eine

Schenkung, ist sein Schutzbedürfnis ebenfalls reduziert (Grundsätze aus dem weitreichenden Altlastenbeschluss des BVerfG v. 16.2.2002 – 1 BvR 242/91 –, BVerfGE 102, 1 ff.).

Wer ein großes Grundstück mit einem Baudenkmal zu einem Preis erwirbt, der weit unter dem Verkehrswert für den Grund und Boden liegt, dem ist zuzumuten, einen Teil des Grundstücks zur Finanzierung der Instandhaltung des Baudenkmal zu verwerten (**NdsOVG** Ur. v. 24.3.2003 – 1 L 601/97 –, dbovg; Bedenken bei *Schmaltz/Wiechert* Rn. 30 zu § 7).

3.7 Die Verkaufsmöglichkeit

Vielfach unbeachtet bleibt in der Rechtsprechung eine eigentlich unmissverständliche Passage im Beschluss des BVerfG von 1999, wonach es bei der Beurteilung der fortbestehenden Privatnützigkeit darauf ankommt, ob der aufgeschlossene Eigentümer das Baudenkmal „**praktisch auch nicht veräußern kann**“. Dahinter steht die Absicht, die Denkmäler indirekt dadurch zu schützen, dass den nicht erhaltungswilligen oder – fähigen Eigentümern angesonnen wird, ihr Denkmal an einen Erhaltungswilligen abzugeben und in „leistungsfähige Hände“ zu überführen (BayVGH Ur. v. 18.10.2010 a.a.O., OVG RP Ur. v. 2.12.2009 a.a.O.; instruktiv auch VG Minden Ur. v. 23.2.2010 – 1 K 273/09 –, V.n.b.). Besteht eine Verkaufsmöglichkeit, „**erübrigt sich die Kostenberechnung**“ (so auch *Schmaltz/Wiechert* Rn. 44 zu § 7). Die Scheu der Rechtsprechung vor diesem Argument zeigen einige Entscheidungen, welche die im Wirtschaftsleben fast ausnahmslos bestehende Verkaufsmöglichkeit zwar bejahen, die aber trotzdem eine Wirtschaftlichkeitsprüfung anstellen (z.B. SächsOVG v. 10.6.2010 – a.a.O.). Nicht zu übersehen sind die hohen Kosten der Planungen und Gutachten zur Wirtschaftlichkeit, die trotz Offensichtlichkeit der Verkaufsmöglichkeit den Antragstellern aufgebürdet werden (vgl. z.B. den Fall Weberhaus des OVG Berlin-Brbg Ur. v. 17.9.2008 – 2 B 3.06 –, juris = EzD 2.2.5 Nr. 33).

Nicht recht verständlich erscheinen einige Entscheidungen, welche die Verkaufsmöglichkeit dann als irrelevant für die Zumutbarkeit ansehen, wenn bestimmte **soziale Gründe** einfließen. Entsprechende Andeutungen finden sich sowohl im Altlastenbeschluss des BVerfG (v. 16.2.2002 – 1 BvR 242/91 –, a.a.O. in Rn. 58), beim BayVGH (v. 18.10.2010, a.a.O.), der einbezieht „Vermögensverhältnisse, Kreditwürdigkeit oder Gesundheitszustand“ und bereits früher beim OVG NRW (v. 20.3.2009 – 10 A 1406/08 –, NRWE in Rn. 72): „etwa wenn es sich um ein von ihm selbst genutztes Wohnhaus oder um einen zur Sicherstellung seines Lebensunterhalts betriebenes Unternehmen handelt“. Wenn sich der Eigentümer von seinem Denkmal trennen und es abreißen will, kann doch wohl nicht ernsthaft auf diese formelhaft eingesetzten „subjektiven“ Umstände abgestellt werden, die noch dazu oft nur für einen gewissen Zeitraum bestehen. Zutreffend stellt das OVG MV fest, es komme nicht darauf an, ob der Eigentümer reich oder arm ist (Beschl. v. 7.5.2004 – 3 L 119/01 –, juris), d.h. auch arme Verpflichtete müssen ihre Denkmale erhalten.

Gestritten wird in der Praxis ebenfalls unnötig über die Frage, zu welchem **Preis** ein Denkmal abgegeben werden muss. Die Argumentation geht auf die seit dem Beschluss des BVerfG von 1999 eigentlich obsoletere frühere Dogmatik des Enteignungsrechts und die Rechtsprechung z.B. des BGH zurück und ist gekennzeichnet durch die Behauptung, ein Abschlag von 3, 10, 15 oder mehr

Prozent sei den Denkmaleigentümern zumutbar. Tatsächlich kommt es auch beim Verkauf von Denkmälern auf den Markt und damit den Verkehrswert an (eingehend hierzu *Schmaltz/Wiechert* Rn. 44, 51 ff., 56 zu § 7). Dies kann in der Praxis soweit führen, dass im Hinblick z.B. auf den vom bisherigen Eigentümer zu vertretenden Instandhaltungsstau (Erl. 3.2) dem Übernehmer ein Denkmal zu einem symbolischen Preis von 1 Euro oder sogar mit einer „Abstandssumme“ von 25.000 Euro angeboten wird (Fall der Sicherungsanordnung des OVG Berlin-Bbg Beschl. v. 18.8.2011 - 2 S 45.11 – V.n.b.; siehe auch OVG LSA Ur. v. 29.1.2008 – 2 M 358,418 –, EzD 2.2.5 Nr. 28).

3.8 Zuschüsse, Drittleistungen und Wertzuwachs (Absatz 3 Satz 2)

Nach § 7 Abs. 3 Satz 2 NDSchG sind Zuwendungen aus öffentlichen oder privaten Mitteln, die der Verpflichtete in Anspruch nehmen **kann**, anzurechnen. Völlig uneinheitlich ist bis heute die Rechtsprechung zur Berücksichtigung von nicht zugesagten, aber erreichbaren Zuwendungen der öffentlichen Hand. Viele Gerichte stellen darauf ab, ob die Zuwendungen bereits rechtsverbindlich zugesagt sind; nur in diesem Fall werde die Zumutbarkeit beeinflusst (statt vieler z.B. VGH BW Ur. v. 27.5.1993 – 1 S 2588/92 –, juris, dass. Ur. v. 11.11.1999 – 1 S 413/99 –, juris = EzD 2.2.5 Nr. 8; OVG Saar Ur. v. 20.11.2008 – 2 A 269/08 –, EzD 2.2.6.1 Nr. 38). Das OVG NRW (Ur. v. 4.5.2009 – a.a.O.) stellt auf „mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwartende öffentliche Mittel“ ab. Dies ist u.a. angesichts der langen Dauer der Verfahren reichlich praxisfremd. In keinem Land werden ohne die meist bei Beginn der Abbruchverfahren nicht vorliegenden denkmalverträglichen Erhaltungskonzepte Zuwendungen mit jahrelanger Bindung der Haushaltsmittel „ins Blaue“ bewilligt. Über die Fragen der Erhaltung soll ja erst gestritten werden. Konsequenz zieht deshalb der BayVGH (z.B. Ur. v. 18.10.2010 a.a.O.) bei der Wirtschaftlichkeitsberechnung mögliche Zuwendungen (Entschädigungsfonds, Denkmalfördermittel, Fördermittel der Bayerischen Landesstiftung) ohne Rücksicht auf Anträge und Bewilligung ab. Der Abbruchwillige muss es sich zurechnen lassen, wenn er keinerlei Anträge auf Fördermittel gestellt hat; er muss sich so behandeln lassen, als ob er einen Antrag gestellt und die zu erwartende Förderung erhalten hätte. Dies wird auch durch die Formulierung des § 7 Abs. 3 Satz 2 NDSchG vorgezeichnet: „Kann“. In diesem Sinn z.B. auch SächsOVG Ur. v. 10.6.2010 - 1 B 818/06 –, juris = EzD 1.1. Nr. 32, OVG RP Ur. v. 2.12.2009 – 1 A 10547/09 –, juris = EzD 2.2.6.1 Nr. 37 mit Anm. *Viebrock*; dezidiert VG Cottbus Ur. v. 22.3.2007 - 3 K221/04 –, V.n.b.; ferner auch **Nds OVG** Ur. v. 24.3.2003 – 1 L 601/97 –, dbovg).

Eine subjektive Komponente erfährt das Kriterium der Zumutbarkeit im Übrigen dadurch, dass in der Praxis nicht selten **Zuwendungen von dritter Seite** - also nicht seitens der öffentlichen - Hand gewährt werden. Ob auch private Zuwendungen die Zumutbarkeit beeinflussen können, wird ebenfalls kontrovers diskutiert, ist aber im Grundsatz zu bejahen. Entlastungen können auch von freiwilligen Leistungen privater Freunde (in diesen Fällen muss die Anrechenbarkeit mit Zurückhaltung geprüft werden), aber auch insbesondere von Institutionen herrühren, deren Zweck die Förderung der Denkmalpflege ist (wie z.B. Deutsche Stiftung Denkmalschutz, die niedersächsische Lotto- und die Sparkassenstiftung sowie die Stiftung Niedersachsen); die Förderung derartiger Institutionen würde dem Eigentümer nicht zuteil, wenn sie nicht zweckgerichtet für das Denkmal eingesetzt würde. Bei ihrer Bewilligung werden oft neben der Bedeutung von Denkmal und Maßnahme

zusätzlich die Leistungsfähigkeit des Eigentümers berücksichtigt (Beispiel: OVG MV Beschl. v. 7.5.2004 – 3 L 119/01 –, juris).

Noch nicht sehr viel Sorgfalt wurde auf die Beantwortung der Frage verwendet, ob auch **Versicherungsleistungen** in die Wirtschaftlichkeitsberechnung einzusetzen sind. Z.B. liegt es nahe, bei Versagung des Abbruchs nach einem Brand als Einnahmen auch die Leistungen der Brandversicherung einzusetzen. Maßgeblich können bereits die Versicherungsbedingungen sein, wenn sie z.B. den Einsatz für einen Neubau oder die Reparatur verlangen. In dieser Konstellation wird man kaum vertreten können, die Versicherungsleistung gehöre zum sonstigen Vermögen des Pflichtigen, das er für die Erhaltung nicht einsetzen muss (so aber OVG BEBB Beschl. v. 18.8.2011 - 2 S 45.11 –, V.n.b. – unter Hinweis auf sein Urt. v. 17.9.2008 - OVG 2 B 3.06 –, juris = EzD 2.2.5 Nr. 33 - Abbruch Weberhaus). Je nach Vertragslage wird sie eben konkret an das Denkmal gebunden sein und es ist zumutbar, sie für dieses einzusetzen.

Wie mit dem im Fall von Investitionen meist automatisch einhergehenden Wertzuwachs im Rahmen der Zumutbarkeitsrechnung umgegangen werden soll, ist ebenfalls weitgehend ungeklärt. Er wird eben nicht durch die Eigenleistungen des Pflichtigen ausgeglichen, sondern müsste als Zugewinn und damit als Entlastung des Pflichtigen anerkannt werden (siehe z.B. VG Gera Urt. vom 11.11.2004 – 4 K 1717/01 –, juris).

3.9 Steuerliche Vorteile (Absatz 3 Satz 2)

Nach § 7 Abs. 3 Satz 2 sind steuerliche Vorteile des Verpflichteten anzurechnen, welche der Verpflichtete in Anspruch nehmen **kann**.

Die Rspr. hat sich in einer Vielzahl von Fällen hierzu und zu den entsprechenden Obliegenheiten im Verfahren geäußert. Z.B. hat das OVG LSA (Urt. v. 15.12.2011 – 2 L 152/06 –, V.n.b.) verlangt, die **steuerlichen Vorteile** in Abzug zu bringen, die konkret festzustellen oder für die Zukunft zu schätzen sind (unter Hinweis auf OVG Bbg Urt. v. 17.9.2008 – 2 B 3.06 –, juris m. w. Nachw.). In Betracht kommen auch steuerliche Vorteile auf Grund eines (teilweisen) Erlasses der **Grundsteuer** nach § 32 Abs. 1 Nr. 1 GrStG. Im Regelfall muss sich die Prüfung auf einen längeren Zeitraum (mindestens drei Jahre; die Rechtsprechung ist aber nicht einheitlich) erstrecken. Die Kl. hatte lediglich angegeben, ihre Ertragssituation ermögliche es, dass Steuervergünstigungen grundsätzlich in voller Höhe berücksichtigt werden könnten, im Übrigen aber sich geweigert, die Steuerbescheide vorzulegen. Das OVG LSA hat darauf verwiesen, dass der Amtsermittlungsgrundsatz des § 86 Abs. 1 VwGO dort seine Grenze findet, wo der Verfahrensbeteiligte die in seiner Sphäre liegenden entscheidungserheblichen Umstände nicht darlegt und belegt, obwohl er dies könnte, und somit seine Obliegenheiten verletzt.

Nach NdsOVG (Urt. v. 24.3.2003 - 1 L 601/97 –, EzD 2.2.6.3 Nr. 7) ist die Höhe der Steuerersparnisse abhängig von dem Steuersatz, den der Eigentümer zu entrichten hat; die Prüfung muss sich auf mindestens drei Jahre erstrecken; zu berücksichtigen ist auch die auf die Baukosten zu zahlende **Mehrwertsteuer**. Im Übrigen sind nicht nur die denkmalspezifischen, sondern auch alle **anderen Steuervorteile** (allgemeine Abschreibung, Sanierungsabschreibung usw.) zu berücksichtigen, da § 7 Abs. 3 Satz 3 keine Einschränkung auf denkmalbedingte Vorteile enthält.

3.10 Besonderheiten bei Bodendenkmalen und Denkmalen der Erdgeschichte

Die Frage, wer die Kosten von Planungen, vorbereitenden Untersuchungen, Dokumentationen sowie anderen seitens der Antragsteller im Rahmen ihrer Obliegenheiten beizubringenden Unterlagen (Statik, Brandschutz, Umweltschutz, Wärmeschutz usw. usw.) zu tragen hat, steht im Umwelt- und Baurecht völlig außer Diskussion; denn diese Unterlagen gehören nach allgemeiner Ansicht „selbstverständlich“ zu Antrag und Vorhaben. Im Denkmalrecht wird hieraus gelegentlich ein Problem konstruiert. Insbesondere bei Bodendenkmalen werden erbitterte Diskussionen um die Fragen der Kostentragungspflichten geführt. Angesprochen ist das in § 6 Abs. 3 Satz 1 ausdrücklich geregelte Verursacher- oder besser Veranlasserprinzip, das die Pflicht zur Kostentragung der durch ein Investitionsvorhaben ausgelösten archäologischen Leistungen dem Bauherrn bzw. dem Antragsteller eines Bodendenkmale betreffenden Vorhabens auferlegt (siehe die Erl. zu § 6).

Sofern die dauerhafte Sicherung vor allem der als Funde übrig bleibenden beweglichen Denkmale Konservierungsmaßnahmen und eine Aufbewahrung für die Zukunft erfordert, gehören diese ebenfalls zu den unabweisbaren, vom Träger des Vorhabens veranlassten Kosten des Eingriffs. Bei den Kosten der wissenschaftlichen Auswertung der Funde, einer möglichen Publikation und der Präsentation für die Öffentlichkeit in einem Museum sind im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die Pflichten der Behörden trotz der Zwangsläufigkeit ihres Entstehens Zweifel angebracht, weil diese Positionen vorrangig öffentlichen Interessen dienen; eine vorherige Einigung der Beteiligten über diese Kosten z. B. in einem Vergleichsvertrag ist anzuempfehlen. Generell sollte wegen der anhaltenden Diskussionen um die Reichweite des Veranlasserprinzips jeweils bereits in den Genehmigungsbescheiden eine sorgfältig zu begründende eindeutige Regelung getroffen werden, von deren Unanfechtbarkeit das Gebrauchmachen von der Genehmigung abhängig gemacht werden kann.

4. Herbeiführen der Zumutbarkeit, Verfahren, Rechtsschutz

4.1 Herbeiführen der Zumutbarkeit

Im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung ist auch festzustellen, ob es im Einzelfall auf die Zumutbarkeit nicht ankommt oder ob sie hergestellt werden kann. Ob und wie sie im Einzelfall **herbeigeführt** werden kann, hat die Rspr. bisher nur vereinzelt und ohne erkennbares System geprüft. Das **BVerfG** hat im Beschl. v. 2.3.1999 (a.a.O.) die Entwicklung eines Systems von kompensatorischen Maßnahmen aus „Übergangsregelungen, Ausnahme- und Befreiungsvorschriften sowie sonstigen administrativen und technischen Vorkehrungen bis zur Übernahme zum Verkehrswert“ angedeutet. In der Praxis zeigen sich insbesondere die folgenden Möglichkeiten, die im Einzelfall auch kombiniert werden können und gegebenenfalls schon als Vorleistungen der Behörden zu früheren Zeitpunkten eingeräumt worden sein können: **Reduzierung** der denkmalschützerischen Anforderungen z. B. durch Verzicht auf bestimmte denkmalfachliche Standards; auf Freilegung von Fresken; Zurückstellen aufschiebbarer Maßnahmen; **Ausweitung** der Nutzungsmöglichkeiten z. B. durch Erweiterung des Baurechts auf dem Grundstück (Problem: Folgefälle; z.B. VG Berlin v. 25. 9. 2002 – 16 A 342/98 -, LKV 2003, 291 = EzD 2.1.1 Nr.5); ausnahmsweise Gestattung von Aufstockung, Ausbauten, Anbauten (Vgl. z. B. BayVGh v. 14. 3. 1988 - 14 B 87 00092 -, DenkmalpflegeInfo des BayLfD B/1987 S. 9); teilweise Aufgabe des Denkmals (z. B. BayVGh v. 8.11.1985, a.a.O. S. 369; Angebot der **Übernahme** des Eigentums auf die öffentliche Hand, wie es z. B. § 31

NWDSchG vorsieht (siehe hierzu OVG NW v. 15.8.1997 – 7 A 133/95 -, EzD 5.4 Nr. 3, dass. v. 20.3.2009 – 10 A 1406/08 -, NRW, sowie BVerwG v. 17.11.2009 - 7 B 25.09 -, www.bverwg.de/.; begründete Aussicht auf Kauf durch die öffentliche Hand (BWVGH v.12.12.1985, BRS 44, 310, 314 oder **Verkauf** an private Interessenten (BWVGH v. 10.5.1988 - 1 S 1949/87 -, EzD 2.2.6.1 Nr. 8, siehe auch OVG NW v. 4.5.2009 - 10 A 699/07 -, juris; zur Verkaufsmöglichkeit siehe aber auch Erl. 3.7).

4.2 Berechnung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit (Absatz 3 Satz 1)

Nach § 7 Abs. 3 Satz 1 NDSchG ist eine wirtschaftliche Belastung insbesondere unzumutbar, soweit die Kosten der Erhaltung und Bewirtschaftung nicht durch die Erträge oder den Gebrauchswert des Kulturdenkmals aufgewogen werden können. In den **Ausnahmefällen**, dass eine Berechnung tatsächlich durchgeführt werden muss, sind Kosten und Erträge einander gegenüberzustellen.

4.2.1 Entbehrlichkeit der Zumutbarkeitsprüfung

Insbesondere nach der ständigen Rechtsprechung bayerischer Gerichte ergibt sich somit ein Katalog von Situationen, in denen eine Zumutbarkeitsprüfung entbehrlich ist: Zu nennen sind insbesondere die Fälle, in denen ausschließlich Kosten entstehen, die entweder auf die Unterlassung des Bauunterhalts oder eine sonstige Verletzung denkmalrechtlicher Pflichten oder deren Folgewirkungen (Folgeschäden) oder auf bau- und sicherheitsrechtliche Vorschriften Verunstaltung, Statik, herabfallende Teile) zurückgehen oder bei denen kein denkmalpflegerischer Mehraufwand (z.B. nur Modernisierung) entsteht. Hat der Antragsteller das Denkmal in Kenntnis der Denkmaleigenschaft erworben, kann er sich nicht auf Unzumutbarkeit berufen. Dasselbe gilt, wenn das Denkmal nutzbar ist, wenn seitens der Behörden Kompensationen gewährt wurden oder wenn das Grundstück mit dem Denkmal veräußert werden kann.

4.2.2 Berechnungsschemata

Einige Bundesländer haben Formulierungen ihrer Gesetze und der Rechtsprechung aufgenommen und Vorgaben für die Berechnung der Zumutbarkeit mit selbst entwickelten Schemata für die Berechnung nach ihrem Erkenntnisstand erlassen. Diese Schemata sollen für die Zumutbarkeitsprüfungen der Denkmalschutzbehörden dienen, sie binden allerdings die Gerichte nicht. Zu nennen sind insbesondere die VV des MWFK Brandenburgs zur Prüfung der Zumutbarkeit im Rahmen von Erlaubnisverfahren und ordnungsrechtlichen Verfahren nach dem DSchG BB vom 16.4.2009, Abl. S. 959. **Kritik:** Diese VV knüpft nicht an § 7 (3) des DSchG BB an. Der Bezug zur DIN 276 ist verfehlt, weil diese Kostenberechnung nicht auf die denkmalspezifischen Kosten abstellt und deshalb nicht die Grundlage für die abgestrebte Wirtschaftlichkeitsberechnung sein kann. Nur für das Denkmal wird die Berücksichtigung von Risikoaufschlag, Instandhaltungskosten, Rücklage, Mietausfallwagnis, Verwaltungs- und Betriebskosten verlangt, die Gegenüberstellung zum Neubau aber verweigert. Aus dem EStG werden nur berücksichtigt die §§ 7 i, 10 f, 10 g, 11 b, nicht aber z.B. § 7 h (Modernisierung!). Abgestellt wird nicht auf „rote Null“ oder „schwarze Null“, sondern auf einen „nennenswerten wirtschaftlichen Erfolg“ des Investors. Nicht vorgesehen ist, ob eine andere Person das Denkmal erhalten könnte. Der Zeitpunkt für den Beginn der Zurechnung des unterlassenen Unterhalts wird nicht präzisiert. Das Unterlassen der Rechtsvorgänger des

Antragstellers wird nicht einbezogen. Der Spielraum des BVerfG für Kompensationen ist nicht ausgeschöpft (z.B. Entgegenkommen auf anderen Grundstücken).

Der **Kommentar** zum NDSchG von **Schmaltz/Wiechert** (2. Auflage 2012, S. 107 ff.) enthält ebenfalls eine „Wirtschaftlichkeitsberechnung für Baudenkmale“; dabei handelt es sich um die überarbeitete Fassung eines Papiers der „Arbeitsgemeinschaft Historische Fachwerkstädte“ ohne offiziellen Charakter. Abgesehen davon, dass nicht auf den Ausnahmefall abgestellt wird (siehe Erl. 4.2), gelten gegen das Schema dieselben o.g. Bedenken wie gegen die VV Brandenburgs. Die pauschalen Ansätze für Verwaltungs- und Betriebskosten, Mietausfallrisiko, Rücklagen usw. nach der BV entsprechen in den seltensten Fällen dem konkreten Denkmal. - Vor einer unkritischen Verwendung des Schemas kann nur gewarnt werden.

4.2.3 Auswahl ausführlicher Berechnungen der Rechtsprechung:

Der **BayVGH** (siehe den vollen Wortlaut des Urts. v. 18.10.2010 – 1 B 06.63 -, juris = BayVBl. 2011, 306 mit Anm. *Martin*) übernimmt vollinhaltlich das **Prüfungsschema der bayerischen Obersten Denkmalschutzbehörde** (beim Ministerium erhältliches Schreiben des MWFK vom 14. 1. 2009, B 4-K 5111.0-12c/31 828 07). Die Gerichte werden sich damit wesentlich leichter tun und vielleicht weniger oft voreilig Denkmäler aufgeben, die tatsächlich niemand ernsthaft beseitigen will. Schließlich klärt das Gericht wesentliche Grundfragen der Pflicht der Eigentümer zum Bauunterhalt: Das Unterlassen des Bauunterhalts führt dazu, dass die dadurch verursachte Kosten aus der Wirtschaftlichkeitsberechnung ebenso auszuscheiden sind wie bau- und sicherheitsrechtlich veranlasste und sonstige nicht denkmalbedingte Mehrkosten.

Das **NdsOVG** (Urt. v. 24.3.2003 – 1 L 601/97 – EzD 2.2.6.3 Nr. 7) ist auch ohne Verwendung eines „Schemas“ bemerkenswert ob seiner unvergleichlichen Akribie in allen Details der Berechnung.

Das **OVG Berlin-Brbg** stellt noch vor Erlass der o.g. VV Brandenburgs im Fall Weberhaus (wg. der Verkaufsmöglichkeit eigentlich überflüssige) intensive Berechnungen an, die letztlich zu Lasten des Klägers ausgehen (Urt. v. 17.9.2008 – 2 B 3.06 – juris = EzD 2.2.5 Nr. 33).

Auch das **OVG LSA** stellt im Fall Faberhochhaus umfängliche Berechnungen ohne Zugrundelegung eines Schemas an (Urt. v. 15.12.2011 – 2 L 152/06 – V.n.b.).

Vgl. ferner BayVGH Urt. v. 27.9.2007 - 1 B 00.2474 – BayVBl. 2008, 148 m. Anm. *Martin* S. 149; SächsOVG Urt. v. 10.6.2010 - 1 B 818/06 – juris = SächsVBl. 2011, 29 ff., 34 f. mit Anm. *Martin* – Canaletto.

Generell ist zu bemerken, dass es sich die Gerichte oft unnötig schwer machen, weil sie die Vorgaben des BVerfG zur meist **offensichtlichen Verkaufsmöglichkeit** (siehe Erl. 3.7) und die oft sehr fortgeschrittene Rechtsprechung der Gerichte anderer Bundesländer nicht beachten.

4.3 Verfahren und Rechtsschutz

4.3.1 Verfahrensfragen

Allgemein zum Genehmigungsverfahren siehe die §§ 10, 12, 13 und 24. Zu Besonderheiten des Verfahrens bei der Prüfung der Zumutbarkeit und zur Berechnung siehe Erl. 4.3.2 bis 4.3.4. Zur Berücksichtigung der weiteren Genehmigungsdirektiven des NDSchG siehe Erl. 5.

4.3.2 Rechtmäßigkeitsvoraussetzung Zumutbarkeit

Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit sind **Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen** denkmalrechtlicher Verwaltungsakte. Sie sind innerhalb der Verwaltungsverfahren zu beachten, zu prüfen und zu gewichten. Insbesondere die wirtschaftliche Zumutbarkeit ist bei der Ablehnung oder Ausgestaltung von Genehmigungen und beim Erlass von Anordnungen im Hinblick auf Art. 14 GG als abwägungserheblicher Belang einzustellen. Anders als z.B. das BayDSchG hat das NDSchG beim Erlass zwar kein Ermessen vorgesehen (Ausnahme § 6 Abs. 1: „können“, § 23 Abs. 1 „Ermessen“). Nötig ist aber trotz der scheinbar eindeutigen Formulierungen (§ 10 Abs. 3: „ist zu versagen“; demgegenüber § 7 Abs. 2 Nr. 3 „ist zu genehmigen“) auch bei den gebundenen Entscheidungen der §§ 10, 12 und 13 in jedem Einzelfall eine **Abwägung aller relevanten Umstände**.

4.3.3 Obliegenheiten

Zur **Beweislast** der Antragsteller für von ihnen behauptete Unzumutbarkeit siehe die Erl. zu § 24 – Genehmigungsverfahren -. Ohne die notwendigen Nachweise sind die Anträge unvollständig und können von der Denkmalschutzbehörde abgelehnt werden.

4.3.4 Rechtsschutzfragen

§ 24 NDSchG formuliert keine Rechtsfolgen bei unvollständigen Anträgen. Für die **entscheidende Behörde** kommen dann vier Alternativen in Betracht: Sie kann Unterlagen formlos nachfordern, die Entscheidung durch Verwaltungsakt aussetzen (dies ist das mildere Mittel gegenüber einer Ablehnung, wie sie z.B. § 69 NBauO vorsieht), den Antrag mangels Entscheidungsreife zurückweisen oder sie kann eine Genehmigung mit Nebenbestimmung nach §10 Abs. 3 Satz 2 i.V. mit § 36 VwVfG (z. B. Befunduntersuchung unter Vorbehalt der Abnahme der Ergebnisse) erlassen, wenn damit die Denkmalverträglichkeit zuverlässig abgesichert werden kann. Sind die Antragsunterlagen unvollständig, weil die Mitwirkungspflichten bzw. Obliegenheiten nicht erfüllt sind, ist der Antrag in der Regel formell und materiell nicht entscheidungsreif und deshalb unzulässig (*Kopp/Ramsauer*, § 22 VwVfG, Rn. 28). Er kann deshalb von der Behörde zumindest nach Fristsetzung ohne Weiteres zurückgewiesen werden. Die Behörde könnte zwar trotzdem in der Sache entscheiden (BVerwG v. 25.10.1989 - 6 C 62.87 – BVerwGE 84, 50). Zumindest das Fehlen der Unterlagen z.B. zu behaupteter Unzumutbarkeit wird es der Behörde in der Regel unmöglich machen, alle Umstände abzuwägen, sie kann also gar nicht verantwortlich in der Sache entscheiden.

Der Nachweis der Unzumutbarkeit soll sich im Einzelfall auch aus einem „**Beweis des ersten Anscheins**“ (mit großer Vorsicht anzuwenden *Schmaltz/Wiechert* Rn. 24

zu § 7) ergeben können. Wenn die Unzumutbarkeit offensichtlich ist, muss sie nicht nachgewiesen werden. Hierfür genügen aber weder eine vermeintliche (aber strittige) Unsanierbarkeit, dass die Bausubstanz „aufgebraucht“ sei (*Schmaltz/Wiechert* Rn. 58) oder eine infolge niedriger Decken behauptete fehlende Nutzbarkeit eines Baudenkmals noch die „nach Erfahrungswerten“ angeblich außer Verhältnis stehenden Sanierungskosten.

Die **Gerichte** verhalten sich nicht einheitlich. Insbesondere haben ihrerseits einzelne Gerichte in Abbruchverfahren trotz der gefestigten Rechtsprechung zu den Beibringungs- und Mitwirkungspflichten der Antragsteller und 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 gegeben (vgl. z.B. Nds OVG Urt. v. 24.3.2003 a.a.O., BayVGH Urt. v. 27.9.2007 a.a.O., SächsOVG Urt. v. 10.6.2010 a.a.O.). Ein vollständiger Antrag und die Erfüllung der entsprechenden Obliegenheiten sind aber in der Regel nicht nur Voraussetzung für eine Behördenentscheidung, sondern auch Sachentscheidungsvoraussetzung für die Rechtsbehelfsverfahren; unvollständig ist er nicht verbescheidungsfähig. Nicht in jedem Fall dürfte es deshalb notwendig sein, über § 115 Abs. 5 Satz 2 VwGO durch gerichtliche Hilfestellungen Sachen erst entscheidungsreif zu machen, deren verfahrensmäßiger Zustand sich allein der Kläger zurechnen lassen muss. Das VG Potsdam (Urt. v. 1.3.2012 - 11 K 1675/10 – V.n.b.) wies eine Klage ab, weil der Antrag **aufgrund formaler Mängel nicht bescheidungsfähig** war. Eine Verpflichtungsklage ist nicht entscheidungsreif, wenn nicht zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung alle vom Kläger beizubringenden Unterlagen vollständig und prüffähig vorliegen. Die Gerichte scheuen sich offenbar, allein wegen unvollständiger Antragsunterlagen eine Klage abzuweisen und erlassen Verbescheidungsurteile, auch wenn die Behörden den Antrag zurückweisen oder ablehnen konnten, ohne die Rechtswidrigkeit ihrer Entscheidung zu riskieren. Schon wegen der fortwirkenden Obliegenheitsverletzungen des Klägers könnten die Klagen oft abgewiesen werden. Anders kann es sein, wenn der Kläger im Prozess ein plausibles Wirtschaftlichkeitsgutachten vorlegt und das Gericht den Anspruch auf Abbrucherlaubnis bejaht.

5. Genehmigungsdirektiven des NDSchG (Absatz 2)

Nach Absatz 2 ist ein Eingriff in ein Kulturdenkmal zu genehmigen, soweit bestimmte andere öffentliche Interessen vorgehen. Abs. 2 wurde durch die Novelle 2011 geändert; in Nr. 2 wurden die „**öffentlichen Interessen anderer Art**“ um die **drei Beispiele** der Buchstaben a, b, c erweitert; Unverändert blieb damit der Stellenwert anderer öffentlicher Interessen. Das NDSchG enthält mehrere Direktiven für die Genehmigungen, welche die Vorgaben des § 6 und der §§ 8 und 9 ergänzen. Die Direktiven des § 7 Abs. 2 sind zwar als strikt zu beachtende Vorgaben für die gebundenen Entscheidungen formuliert („ist zu genehmigen“, also **kein Ermessen**); tatsächlich umschreiben sie aber lediglich öffentliche (Nr. 1 und 2) und private (Nr. 3) Belange, die in die **Abwägung** („überwiegt“) mit den ebenso strikt formulierten denkmalrechtlichen Geboten zur Erhaltung (§ 6 Abs. 1) und Verboten von Zerstörung und Beeinträchtigung (§ 6 Abs. 2) einzubeziehen sind.

5.1 Wissenschaftliche Gründe (Absatz 2 Nr. 1)

Im öffentlichen Interesse kann ein „Eingriff aus wissenschaftlichen Gründen“ nur liegen, wenn er einen Zugewinn für mindestens eine Disziplin der Wissenschaft erwarten lässt. Bei den Denkmälern der Erdgeschichte kann dies z.B. für erhoffte Erkenntnisse zur Entwicklung der Erde und des Lebens gelten. Bei Bodendenkmälern lässt zwar jede Ausgrabung wissenschaftliche Ergebnisse zu den Fundstätten und Funden erwarten, tatsächlich liegt eine Ausgrabung höchst selten im öffentlichen Interesse. Entsprechende Vorgaben formulieren die Charta von Lausanne, das Übereinkommen von Malta und die UNESCO-Prinzipien für Ausgrabungen (abgedruckt nur in *Martin/Viebrock/Bielfeldt*, Handbuch, Kz. 99.05 und 99.15). Im Einklang mit der Direktive des § 7 Abs. 2 Nr. 1 wird deshalb eine Grabung nicht bereits bei einem Forschungsinteresse („Luxusgrabung“), sondern erst bei der Notwendigkeit der Sicherung von sonst zerstörten Erkenntnisquellen („**Notgrabung**“ z.B. bei Erdbeben, Tagebau, Zufallsfunden) genehmigt werden können.

5.2 Öffentliche Interessen anderer Art (Absatz 2 Nr. 2)

§ 7 Abs. 2 Nr. 2 NDSchG nennt seit 2011 beispielhaft ausdrücklich drei „aktuelle“ Belange als öffentliche Interessen anderer Art, nämlich a) die nachhaltige energetische Verbesserung des Kulturdenkmals, b) den Einsatz erneuerbarer Energien oder c) die Berücksichtigung der Belange von alten Menschen und Menschen mit Behinderungen. Weitere öffentliche Interessen, die mit Denkmalschutz und Denkmalpflege in **Konkurrenz** treten können, sind u.a. Anforderungen des Baurechts (Bauplanungsrecht, Bauordnungsrecht (wie Standsicherheit, Brandschutz) sonstiges Sicherheitsrecht (herabfallende Teile eines Baudenkmals), Umwelt- und Naturschutz (Gründenkmal und Naturschutz – siehe hierzu z.B. *Schmaltz/Wiechert*, Rn. 2 zu § 7, 1. Aufl. 1998), Straßen- und Trassenbau, Informationstechnologie (Mobilfunksender, TV-Empfangsanlagen) Altstadtsanierung (Auswirkung auf die unterirdischen Bodendenkmale), die Befriedigung der Wohnbedürfnisse der Bevölkerung (NdsOVG Ur. v. 28.5.2002 – 1 LA 2929/01 –, dbovg). Siehe im Einzelnen zu möglichen Genehmigungen die Erl. 4.4 zu § 10.

5.2.1 Abwägung

Seit jeher ist anerkannt, dass Denkmalschutz und Denkmalpflege zwar öffentliche Interessen sind (vgl. die Erl. zu §§ 1 und 2), dass sie aber nicht vorrangig, sondern im Grundsatz gleichrangig neben anderen öffentlichen Interessen stehen. Ihre jeweils zu beachtende Besonderheit liegt allerdings in ihrer Einmaligkeit (oder Seltenheit), ihrer Standortbindung („in situ“), ihrer Unwiederbringlichkeit („was weg ist, ist weg“) und ihrer Unvermehrbarkeit; dies unterscheidet sie z.B. von nachwachsender Natur oder von anderen Belangen, die ggf. durch Alternativen (z.B. in der Trassenwahl) berücksichtigt werden können. Die besondere Wichtigkeit des Denkmalschutzes gegenüber anderen öffentlichen Belangen ergibt sich aus der Formulierung in Abs. 2 Nr. 2, dass ein anderer Belang einen Eingriff nur genehmigungspflichtig machen kann, wenn der andere Belang **„den Eingriff zwingend verlangt“**. Das Nebeneinanderstehen der verschiedenen konkurrierenden öffentlichen Belange erfordert einen Interessenausgleich, den die Denkmalschutzbehörde mit ihrer jeweiligen Genehmigung herbeiführen muss; sie hat im Verfahren eine entsprechende Abwägung („das Interesse an der unveränderten Erhaltung überwiegt“) vorzunehmen: Einem **nicht** aus dem Denkmalschutz

resultierenden Belang darf sie dabei aber **nur im Ausnahmefall** den Vorrang geben, wenn dieses andere Interesse den Eingriff „**zwingend verlangt**“. Rechnung trägt diese Einschränkung der bereits genannten Unwiederbringlichkeit. Nicht genügen können wirtschaftliche Belange eines Vorhabenträgers wie z.B. Einsparungen bei Trassen quer durch ein Gräberfeld oder unter Beseitigung eines Baudenkmals; diese sind – wenn überhaupt - allenfalls im Rahmen der Zumutbarkeit zu berücksichtigen. Gefordert sind damit im Einzelfall eine anspruchsvolle **Ermittlung** der von den Vorhabenträgern beizubringenden (Obliegenheiten) und zu beweisenden Nachweise anderer öffentlicher Interessen, ihre **Bewertung** und **Abwägung** auch unter Berücksichtigung möglicher **Alternativen** (Beispiele NdsOVG Ur. v. 13.3.2002 - 1 L 4339/00 – NdsVBl. 2002, 292 ff. und VG Oldenburg Ur. v. 11.08.2010 - 4 A 2207/07 - dbovg) sowie die **Entscheidung**, ob das andere Interesse den Eingriff in ein Kulturdenkmal **zwingend verlangt**.

5.2.2 Energetische Verbesserung des Denkmals (Absatz 2 Nr. 2 a)

Zur energetischen Verbesserung eines (Bau-) Denkmals sind gewisse unschädliche (Wahl der Heizquelle) und ggf. aber auch einschneidende technische Maßnahmen denkbar. Insbesondere kann es sich handeln um Dämmungen im Innern oder auf der Außenhaut eines Gebäudes und um die Auswechslung von Fenstern und Türen. Zu den Einzelheiten vgl. *Martin/Krautzberger* (Hrsg.), Handbuch, 3. Aufl. 2010, Teil F Kapitel IV Nr. 6. Denkmalrechtlich genehmigt werden können solche Eingriffe nach dem eindeutigen Wortlaut des Abs. 2 Nr. 2 a ausschließlich dann, wenn der „Eingriff zwingend verlangt“ ist. Dieses Erfordernis wird **in aller Regel nicht** vorliegen, weil die Eingriffe zur energetischen Verbesserung entweder aus denkmalpflegerischen Gründen bedenklich sind; denn sie stören regelmäßig die historische Ausgewogenheit des Bauklimas und verursachen Gefahren für die historische Bausubstanz oder das Erscheinungsbild. Zu den (infolge der Ausnahmeregelungen geringen) Auswirkungen der Energieeinsparungsverordnung EnEV siehe *Martin/Krautzberger* a.a.O. Teil F RdNr. 176 ff, 212 a.

5.2.3 Einsatz erneuerbare Energien (Absatz 2 Nr. 2 b)

Am, auf und in der Nähe von Bau-, Boden- und erdgeschichtlichen Denkmalen können mit unterschiedlichen Auswirkungen auf Substanz und Erscheinungsbild von Denkmalen u.a. eingesetzt werden Photovoltaik, Wind- und Wasserkraft, Biogas, Erdwärme usw. Zu Einzelheiten vgl. *Martin/Krautzberger* (Hrsg.), Handbuch, Teil D IV Nr. 6.

Denkmalrechtlich genehmigt werden können solche Eingriffe nach dem eindeutigen Wortlaut des Abs. 2 Nr. 2 b ausschließlich dann, wenn der „Eingriff zwingend verlangt“ ist. Dieses Erfordernis wird **in aller Regel nicht** vorliegen, weil die Installation von Solaranlagen (ausführliche Abwägung zur Anordnung der Beseitigung von Sonnenkollektoren in Fachwerklandschaft NdsOVG Ur. v. 3.5.2006 - 1 LB 16/05 -, NordÖR 2006, 304 = EzD 2.2.6.2 Nr. 47) oder die Errichtung von Windkraftanlagen im Umgebungsbereich von Baudenkmalen oder Ensembles (ausführlich z.B. zu Windkraftanlagen in der Nähe der Wartburg – Weltkulturerbe - VG Meiningen Beschl. v. 25.1.2006 - 5 E 386/05 Me -, ThVBl. 2006, 163) aus denkmalpflegerischen Gründen bedenklich sind. Sie können jeweils auch an anderen Standorten errichtet werden, welche Denkmalbelange nicht stören. Demzufolge werden entsprechende Eingriffe **praktisch nie** „zwingend verlangt“.

5.2.4 Alte und behinderte Menschen (Absatz 2 Nr. 2 c)

Dass die Belange von alten und behinderten Menschen auch bei der Erhaltung und Nutzung aller Denkmale berücksichtigt werden müssen, ergibt sich bereits aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben zum Schutz von Leben und Gesundheit. Vielfach wird es darauf ankommen, zumindest temporär entsprechende Vorkehrungen zu schaffen. Immer muss im Hinblick auf die Vorgabe des DSchG „Eingriff zwingend verlangt“ überlegt und geprüft werden, ob ein Eingriff tatsächlich unabweisbar nötig ist und ob nicht Alternativen bestehen. Zu der Parallelvorschrift des Art. 6 Abs. 4 BayDSchG führt der BayVGH Urt. v. 16.1.2012 - 2 B 11.2408 -, juris, aus, sie enthalte einen ausdrücklich festgeschriebenen öffentlichen Belang, welcher im Rahmen der zu treffenden Ermessensentscheidung zu berücksichtigen ist (Berücksichtigungsgebot), nicht aber ein Optimierungsgebot in dem Sinn, dass sich Maßnahmen zur Verbesserung der Barrierefreiheit in jedem Fall durchsetzen müssten. Das gilt auch für die Adaption ungeeigneter Gebäude z.B. für Zwecke eines Altenheims.

Heutzutage wird es z.B. selten darauf ankommen, dass ein Verwaltungsgebäude von behinderten Menschen betreten werden kann, weil meist technische Kommunikationsmöglichkeiten ausreichen (Verkehr online). Im Übrigen sind vielfach phantasievolle Lösungen gefragt, ohne dass vor jedes öffentliche Gebäude eine Rampe für Rollstühle oder im Gebäude Aufzüge installiert werden müsste.

5.3 Weitere Genehmigungsdirektiven des NDSchG

Das NDSchG hat seine Direktiven auf mehrere Standorte innerhalb des Gesetzes verstreut. Es handelt sich um die folgenden Gebote und Verbote, die jeweils uneingeschränkt oder mit Maßgaben zu beachten sind (siehe die Erl. zu den jeweiligen Bestimmungen):

5.3.1 Gebote des § 6 Abs. 1 zur Erhaltung (siehe dort),

5.3.2 Verbote des § 6 Abs. 2 zu Zerstörung und Beeinträchtigung (siehe dort),

5.3.3 Verbote und Gebote des § 8 zum Umgebungsschutz (siehe dort),

5.3.4 Gebote des § 9 zur Nutzung (siehe dort), und

5.3.5 Verbote der §§ 10 Abs. 3 Satz 1, 12 Abs. 2 Satz 1 und 13 Abs. 2 Satz 1, die bei der Genehmigung zu beachten sind.