

## **Denkmalrecht in Deutschland im Denkmalnetz**

### **Zu 3.2 Erlaubnis und Genehmigung in Bayern**

Stichwort: Erlaubnispflicht Bayern, Verhältnis zu anderen Genehmigungen, Voraussetzungen, Hinweise zum Verfahren

Titel: Die Erlaubnis nach Art. 6 Bayerisches Denkmalschutzgesetz

Autor: Dr. Dieter J. Martin

Fundstelle: Originalbeitrag für Denkmalrecht in Deutschland, online im Denkmalnetzbayern

Stand: 14. Juli 2013

---

#### **Zu Art. 6 BayDSchG Maßnahmen an Baudenkmalern**

##### **(1) <sup>1</sup> Wer**

- 1. Baudenkmal beseitigen, verändern oder an einen anderen Ort verbringen oder**
- 2. geschützte Ausstattungstücke beseitigen, verändern, an einen anderen Ort verbringen oder aus einem Baudenkmal entfernen**

will, bedarf der Erlaubnis. <sup>2</sup> Der Erlaubnis bedarf auch, wer in der Nähe von Baudenkmalern Anlagen errichten, verändern oder beseitigen will, wenn sich dies auf Bestand oder Erscheinungsbild eines der Baudenkmal auswirken kann. <sup>3</sup> Wer ein Ensemble verändern will, bedarf der Erlaubnis nur, wenn die Veränderung eine bauliche Anlage betrifft, die für sich genommen ein Baudenkmal ist, oder wenn sie sich auf das Erscheinungsbild des Ensembles auswirken kann.

(2) <sup>1</sup> Die Erlaubnis kann im Fall des Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 und 2 versagt werden, soweit gewichtige Gründe des Denkmalschutzes für die unveränderte Beibehaltung des bisherigen Zustands sprechen. <sup>2</sup> Im Fall des Absatzes 1 Satz 2 kann die Erlaubnis versagt werden, soweit das Vorhaben zu einer Beeinträchtigung des Wesens, des überlieferten Erscheinungsbilds oder der künstlerischen Wirkung eines Baudenkmal führen würde und gewichtige Gründe des Denkmalschutzes für die unveränderte Beibehaltung des bisherigen Zustands sprechen.

(3) <sup>1</sup> Ist eine Baugenehmigung oder an ihrer Stelle eine bauaufsichtliche Zustimmung oder abgrabungsaufsichtliche Genehmigung erforderlich, entfällt die Erlaubnis. <sup>2</sup> Ist in den Fällen des Art. 18 Abs. 2 der Bayerischen Bauordnung (BayBO) keine Baugenehmigung oder bauaufsichtliche Zustimmung, jedoch eine durch die Denkmaleigenschaft bedingte Abweichung nach Art. 63 Abs. 1 Satz 1 BayBO erforderlich, schließt die Erlaubnis nach diesem Gesetz die Zustimmung im Einzelfall nach Art. 18 Abs. 2 BayBO und die Abweichung nach Art. 63 Abs. 1 Satz 1 BayBO ein.

**(4) Bei Entscheidungen nach den Abs. 1 bis 3 sind auch die Belange von Menschen mit Behinderung und von Menschen mit sonstigen Mobilitätsbeeinträchtigungen zu berücksichtigen.**

**Erläuterungen zu Art. 6 BayDSchG**

**INHALTSÜBERSICHT**

I. Vorbemerkungen	1-5
II. Verhältnis zu Genehmigungs-, Erlaubnis- und Planfeststellungspflichten nach anderen Gesetzen	6-40
1. Bau- und Abgrabungsrecht (Abs. 3 Satz 1)	7-28
2. Andere Rechtsbereiche	29
a) Subventionen und Steuervorteile	30
b) Planfeststellung	31
c) Bundesfernstraßengesetz	32
d) Straßen- und Wegegesetz	33
e) Wasserrecht	34
f) Naturschutzrecht	35
g) Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost	36
h) Bahn	37
i) Gemeinde- und Stiftungsrecht	38
k) Gesetz gegen Abwanderung von Kulturgut	39
l) weitere Verfahrensarten	40
III. Erlaubnispflicht	41-75
1. Rechtsnatur von Erlaubnispflicht und Erlaubnis	42-44
2. Verhältnis Baugenehmigung und Erlaubnis	45
3. Erlaubnispflichtige Maßnahmen	46-66
a) bei Baudenkmalern (Abs. 1 S. 1 Nr. 1)	47-56
b) bei Ausstattungstücken (Abs. 1 S. 1 Nr. 2)	57
c) bei Veränderungen in der Nähe von Baudenkmalern (Abs. 1 S. 2)	58-64
d) bei Ensembles (Abs. 1 S. 3)	65, 66
4. „Gebundene Erlaubnis“, Inhalt und Verfahren	67-75
a) Die behördliche Entscheidung	68, 69
b) Inhalt der Erlaubnis	70
c) Unbestimmte Rechtsbegriffe	71
d) Abwägung	72
e) Ermessen	73, 74
f) Verfahren	75
IV. Denkmalrechtliche Grundsätze für Erlaubnis und Genehmigung	76-200
1. Denkmalverträglichkeit	77-103
2. Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit	104-130
3. Verhältnis zum Baurecht (Abs. 3)	131-134
4. Abweichungen für Bauprodukte (Abs. 3 S. 2)	135
5. Behinderungen, Mobilitätsbeeinträchtigungen (Abs. 4)	136
6. Einzelprobleme	137-199
V. Nebenbestimmungen	200-220
VI. Verträge	221-226
VII. Sanktionen	227
VIII. Ausgleichs- und Entschädigungsansprüche	228

1

I. Vorbemerkungen

2

### 1. Normenhistorie:

a) Art. 6 wurde bereits mehrfach geändert. Zur Rechtslage vor 1982 s. die 2. Auflage. Das G vom 10.8.1982 (GVBl. S. 682) hat Art. 6 I neu gefasst, II S. 2 geändert und IV aufgehoben. Das G vom 27.12.1999 (GVBl. S. 532) trug insbesondere dem zwischenzeitlich erlassenen Bay. AbgrabungsG (BayAbgrG) Rechnung und glich das Verhältnis der Erlaubnis zur abgrabungsrechtlichen Genehmigung dem Verhältnis zur Baugenehmigung an. Das Bayerische Behindertengleichstellungsgesetz hat Abs. 4 eingefügt. Das G vom 24.7.2003 (GVBl. S. 475) hat die bisherige Überschrift „Veränderungsverbote“ in „Maßnahmen an Baudenkmalern“ geändert; dem Abs. 1 wurde Satz 3 (zu Ensembles) angefügt. Das Modellkommunengesetz vom 10.4.2007 hat das DSchG zwar nicht geändert; es sah aber Direktiven für den Vollzug vor (siehe hierzu anschließend). § 9 des G vom 20.12.2007 (GVBl. S. 958) hat den alten Satz 2 des Art. 6 Abs. 3 DSchG aufgehoben. Die aktuelle Neufassung des Art. 6 Abs. 3 geht auf § 3 Nr. 1 des G vom 27.7.2009 (GVBl. S. 385, 391) zurück.

b) **Modellkommunengesetz:** Das Gesetz zur Erweiterung und Erprobung von Handlungsspielräumen der Kommunen (Modellkommunengesetz) vom 10.4.2007 (GVBl. S. 271) hatte zwar das DSchG nicht geändert, aber zum 1.5.2007 einige gesetzliche sog. „Maßgaben“ verfügt. Zu Einzelheiten siehe die Kommentierung in der 6. Auflage 2007. Das Gesetz brachte auch in Bayern (in anderen Ländern ist dies längst geltendes Recht) erstmals die **Fiktion der denkmalrechtlichen Erlaubnis**. Das hiermit geschaffene **Sonderrecht** begegnete verfassungsrechtlichen Bedenken, weil der verfassungsrechtlich verbürgte Denkmalschutz infolge der unterschiedlichen Behandlung von Denkmälern in der Praxis stark eingeschränkt und entwertet wurde (vgl. hierzu Eberl in *Schönere Heimat*, 2006./3 S. 165 und Einleitung Erl. Nr. XXX). Bedenklich erschien auch die Änderung des Gesetzesvollzugs durch bloße sog. Maßgaben, denen keine förmliche Änderung des Gesetzestextes entsprach. Der BayVerfGH hat in einem Popularklageverfahren unter dem 22.9.2008 - Vf. 9-VII-07 (GVBl. S. 832 = openJur 2012, 94502 = EzD 1.2 Nr. 8) die Art. 2 Nr. 2, Art. 3 Nr. 2 und Art. 4 Nr. 2 des Gesetzes wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 Satz 1 und Art. 118 Abs. 1 BV für nichtig erklärt. Die Bayerische Staatskanzlei (16. WP/Drs 16/9903): hat am 17.10.2011 auf eine Anfrage zur Evaluierung des Modellkommunengesetzes „die Option (Einführung einer Genehmigungsfiktion für die denkmalrechtlich Erlaubnis mit zweimonatiger Bearbeitungsfrist) als nicht bedeutsam angesehen, weil innerhalb der 2-Monatsfrist in der Regel ein Bescheid erteilt wird.“ Das Gesetz trat mit Ablauf seiner Befristung am 30.04.2011 außer Kraft.

3

**2. Verfahrenspflichten:** Art. 6 enthält als praktisch bedeutsamsten Tatbestand des Gesetzes die formelle Erlaubnispflicht (sog. Verfahrenspflicht) für Veränderungen, die unmittelbar oder mittelbar zur Beeinträchtigung von Baudenkmalern führen können. Das Gesetz begnügt sich allerdings mit einer äußerst knappen Formulierung der materiellen Voraussetzungen (sog. Denkmalverträglichkeit) in Abs. 2 - „soweit“ - und der daraus abzuleitenden Rechtsfolgen (kritisch zu diesem bundesweiten Defizit aller Denkmalschutzgesetze auch Moench, *Die Entwicklung des DSchR*, NVwZ

1988, 304, 309). Wie die mittlerweile umfängliche Rechtsprechung zeigt, stellt die Bestimmung an die Sorgfalt der Behörden hohe Anforderungen, was die Ermittlung der relevanten Tatsachen, die Abwägung und die Ermessensausübung angeht. Die Erlaubnispflicht als solche dient im Übrigen ausschließlich dem öffentlichen Interesse, die Verfahrensvorschrift entfaltet keine nachbarschützende Wirkung. Dies schließt allerdings nicht aus, dass wegen der Eigentumsgarantie im Erlaubnisverfahren die Grundrechte der Eigentümer benachbarter Denkmäler in einer im Einzelfall zu prüfenden Weise berücksichtigt werden können und müssen (Stichworte Nachbarschutz, Abwehrrecht). (Vgl. hierzu auch die Erl. zu Art. 15 BayDSchG in Eberl/Martin/Spennemann; zu Abwehrrechten Spennemann in DRD unter [www.denkmalnetzbayern.de/uploads/59519e09523ec1fea86e45074af8bc16.pdf](http://www.denkmalnetzbayern.de/uploads/59519e09523ec1fea86e45074af8bc16.pdf)).

4

Zum **Verfahren** bei Erlaubnis, Baugenehmigung und abgrabungsaufsichtlicher Genehmigung s. die Erl. zu Art. 11 und 15 DSchG in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG, mit den weiterführenden Hinweisen zu BayBO, BayAbgrG, BayVwVfG und Gemeinsamer Bekanntmachung (insbesondere Beteiligung des LfD, der Heimatpfleger, Verstoß gegen die Beteiligungspflichten usw.).

5

**Zu Abwehrrechten:** Art. 6 als in der Praxis bedeutsamster Tatbestand des DSchG enthält nur die formellen Erlaubnispflichten (sog. Verfahrenspflicht); zu individuellen **Abwehrrechten** vgl. Kleine-Tebbe/Martin, Erl. 2.2.2 – 2.2.7 zu § 2 NdsDSchG und Spennemann in DRD unter [www.denkmalnetzbayern.de/uploads/59519e09523ec1fea86e45074af8bc16.pdf](http://www.denkmalnetzbayern.de/uploads/59519e09523ec1fea86e45074af8bc16.pdf)).

6

## **II. Verhältnis zu Genehmigungs-, Erlaubnis- und Planfeststellungspflichten nach anderen Gesetzen**

Vgl. zum folgenden auch die Einleitung von Eberl zu Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG, 2013.

7

### **1. Bau- und Abgrabungsrecht**

8

#### **a) Baugenehmigung und Zustimmung nach BayBO, Genehmigung nach BayAbgrG (Art. 6 III S.1)**

Die zahlenmäßig überwiegenden Verwaltungsverfahren, in denen über Belange von Bau- und Bodendenkmälern entschieden wird, waren früher Baugenehmigungs- und Zustimmungsverfahren nach Art. 59 ff., 73 BayBO (2008). Auch nach den Novellen zur BayBO von 1994, 1998 usw. (nunmehr i. d. F. vom 14.8.2007, GVBl S. 588, zuletzt geändert mit G vom 8.4.2013, GVBl S. 174) sind zahlreiche Vorhaben zur Änderung und Nutzungsänderung an Baudenkmalern, im Ensemblebereich oder in der Nähe von Baudenkmalern sowie im Geltungsbereich von Gestaltungssatzungen

(hierzu Art. 81 BayBO) baugenehmigungspflichtig. Das AbgrG hat bestimmte Tatbestände aus der BayBO ausgegliedert; danach sind bestimmte Abgrabungen einschließlich der erforderlichen Anlagen genehmigungspflichtig, Art. 6 I AbgrG; Einzelheiten in der Literatur zur BayBO; Vollzugshinweise in Simon/Busse Anhang 239 c. Zu einer abgrabungsrechtlichen Genehmigung für den Abbau von Kies in Nähe einer Wallfahrtskirche s. VG Augsburg U. v. 19.1.2011 Au 4 K 10.870, V.n.b.

9

#### **Maßnahmen von Baudienststellen des Bundes, des Landes und der Bezirke:**

Sind die Leitung der Entwurfsarbeiten und die Bauüberwachung nicht verfahrensfreier Bauvorhaben einer Baudienststelle des Bundes (nicht aber der Bahn oder Post und anderer rechtlich selbständiger juristischer Personen), des Landes und der Bezirke übertragen, gilt ein besonderes Verfahrensrecht. Sie unterliegen aber in vollem Umfang dem materiellen – auch örtlichen - Bau- und Denkmalrecht; sie sind keineswegs in irgendeiner Weise privilegiert, vgl. Leisner, Denkmalschutz und „Staatsbauten“, BayVBl 2003, 385 ff. Sie bedürfen nur keiner „Baugenehmigung“, stattdessen einer „**Zustimmung**“ der Regierung (Art. 73 I BayBO). Dies gilt nicht nur für Maßnahmen an staatlichen Objekten sondern auch, wenn z.B. ein Hochbauamt ein kirchliches Vorhaben in Erfüllung einer staatlichen Baupflicht durchführt. Einzelheiten zur komplizierten Rechtslage hinsichtlich der Rolle der Gemeinden und der Nachbarn bei Lechner in Simon/Busse, Erl. des Art. 73 BayBO.

10

**Bauaufsichtliche Zustimmung bei Landkreisen und Gemeinden:** Nach Art. 73 V BayBO gelten für nicht verfahrensfreie Bauvorhaben der Landkreise und Gemeinden (nicht aber z.B. von Zweckverbänden, gemeindlichen Unternehmen, Stiftungen mit eigener Rechtspersönlichkeit) Art. 73 I S. 2 bis 4 sowie II und III entsprechend, soweit diese mit geeigneten Fachkräften ausreichend besetzt und diesen Bediensteten die Leitung der Entwurfsarbeiten und die Bauüberwachung übertragen sind. Ob dann eine Zustimmung oder eine Baugenehmigung zu erteilen ist, ist strittig (siehe Lechner a.a.O.). An Stelle der Regierung ist die untere Bauaufsichtsbehörde zuständig. Widerspricht die Gemeinde nicht und stimmen sämtliche Nachbarn zu (genau prüfen!) entfällt ein Verfahren. Die Kommune trägt die Verantwortung dafür, dass die Vorhaben den öffentlich-rechtlichen Vorschriften, also insbesondere dem DSchG entsprechen.

11

**Erlaubnispflicht statt Zustimmungspflicht:** Es gilt der **Grundsatz:** Entfällt die baurechtliche Genehmigungs- bzw. Zustimmungspflicht aus welchen Gründen auch immer, so tritt immer die **denkmalrechtliche Erlaubnispflicht** ein. Nicht vorgesehen ist eine Freistellung von der Erlaubnispflicht etwa bei scheinbar einfachen oder unbedeutenden Maßnahmen; die entsprechende Rechtskonstruktion des Zustimmungsverfahrens wie z.B. Art. 73 I S. 4 BayBO hat der Gesetzgeber für das Erlaubnisverfahren wegen der für erforderlich erachteten denkmalfachlichen Sachkunde nicht übernommen.

12

**Bauvorhaben** im Sinn von Art. 73 I BayBO sind **alle** Maßnahmen bzw. Änderungen an den baulichen Anlagen (s. Art 3 I BayBO und hierzu Lechner in Simon/Busse Rn.

67 ff. zu Art. 3 BayBO), also auch die Beseitigung, alle Änderungen der **Nutzung** und des **Äußeren** wie z.B. der Fassade einer Kirche, Dachgauben, das Auswechslung von Fenstern, die Änderung der Fensterteilung, erhebliche Änderungen des Außenanstrichs, Anbringung von Werbeanlagen, ferner Anbauten. Für Ausnahmen von der Baugenehmigungspflicht bzw. die Genehmigungsfreistellung gelten die Art. 57 und 58 BayBO; **zusätzlich** sind baurechtlich genehmigungs- und damit zustimmungsfrei die in Art. 73 I S. 4 BayBO genannten Maßnahmen an oder in Gebäuden, soweit sie nicht das Bauvolumen erweitern oder zu einer genehmigungspflichtigen Nutzungsänderung führen oder wenn die Gemeinde nicht widerspricht und die Nachbarn zustimmen. Soweit nach diesen Vorschriften der BayBO eine Baugenehmigungs- bzw. Zustimmungspflicht für Bauvorhaben und andere Maßnahmen entfällt, sind sämtliche Maßnahmen gleichwohl denkmalrechtlich erlaubnispflichtig.

13

**Zuständigkeiten:** Mit der Einfügung des Art. 11 IV S. 2 DSchG (G vom 24.7.2003, GVBl S. 475) ist die Regelzuständigkeit für die Erteilung der Erlaubnis für Bauvorhaben des Bundes, des Landes und der Bezirke, nicht aber für Maßnahmen der Landkreise und Gemeinden von der Unteren auf die Höhere DSchBehörde, also die **Regierung** übergegangen; hier kommt es - anders als nach Baurecht - nach dem nicht harmonisierten Wortlaut also auf die Trägerschaft, nicht auf die Beteiligung einer Baudienststelle an, Landkreise und Gemeinden sind nicht einbezogen. Die Zuständigkeitsverlagerung gilt aber nicht für sämtliche sonstige Zuständigkeiten der Unteren DSchBehörde beim Vollzug des Art. 15. Die **Regelzuständigkeiten** der **Unteren** Bauaufsichtsbehörde für den Vollzug der Art. 75 (Einstellung von Arbeiten), 76 (Beseitigung von Anlagen, Nutzungsuntersagung) und Art. 54 (Befugnisse der Bauaufsichtsbehörden, insbesondere bei bestandsgeschützten Anlagen und wenn bestehende Anlagen wesentlich geändert werden) BayBO bzw. der Unteren DSchbehörde für den Vollzug dieser über Art. 15 I entsprechend anzuwendenden Vorschriften gehen nicht auf die höhere Behörde über, sondern **verbleiben den unteren Bau- und Denkmalbehörden**. Die unteren Behörden können z.B. auch bei staatlichen Vorhaben laufende Maßnahmen einstellen, die Baustelle versiegeln, die Beseitigung oder Wiederherstellung anordnen oder die Benutzung untersagen.

14

**Einzelfälle:** Ein vollständiger **Abbruch** eines Denkmals in Regie einer Baudienststelle von Bund, Land oder Bezirk oder von Landkreisen und Gemeinden bedarf nach Art. 73 I Satz 1, 2 eines baurechtlichen Zustimmungsverfahrens mit Umpolung in ein Anzeigeverfahren bei Gemeinde und Regierung (ausführlich begründet von Lechner, Rn 25 a ff., 25 g zu Art. 73 BayBO). Teilabbrüche sind demgegenüber meist gesondert zu prüfende Änderungen baulicher Anlagen (vgl. Lechner Rn. 84 ff., 91 ff. zu Art. 3 BayBO; siehe auch Erl. 25 a ff. zu Art. 73 und Erl. 430 ff. zu Art. 57 BayBO). Wie sämtliche aus sonstigen Gründen nicht baugenehmigungspflichtige Maßnahmen ist der Abbruch nunmehr (Art. 11 IV 4 S. 2 n.F. DSchG) seitens der höheren DSchBehörde erlaubnispflichtig. Teilabbrüche im **Innern** von Gebäuden sind deshalb erlaubnispflichtig, z.B. das Einbringen oder Ändern von Grundrissen, Trennwänden, Bodenbelägen oder Türen. Ebenfalls erlaubnispflichtig sind wie bei allen Denkmälern Maßnahmen an der Ausstattung von Kirchen wie z.B. an Altären, Bänken, Beichtstühlen, Glocken und Orgeln. Dazu

gehört jeweils auch die Vorbereitung dieser Maßnahmen, also z.B. eine Befunduntersuchung oder archäologische Grabung.

15

Bauvorhaben der Bayer. **Verwaltung der staatlichen Schlösser, Gärten und Seen** sollen nach der Bek. vom 24.3.1975 (MABl S. 447) mit dem LfD als Träger der öffentlichen Belange vor Einleitung des baurechtlichen Zustimmungsverfahrens abgestimmt werden. Bedenken bestehen gegen die weitere – offenkundig rechtswidrige -, zumindest durch Zeitablauf längst außer Kraft getretene Regelung, dass eine erforderliche denkmalrechtliche Erlaubnis seit 1975 generell als erteilt gilt. Diese Regelung missachtet die gesetzliche Erlaubnispflicht als solche, die gesetzliche Zuständigkeitszuweisung und schließlich das den zuständigen Behörden eingeräumte Ermessen und ist deshalb rechtswidrig und nach dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 GG nicht anzuwenden. Sie ist auch mit dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 118 Abs. 1 BV) unvereinbar, weil sie gegen das Gebot der Systemgerechtigkeit und Folgerichtigkeit eines Regelungssystems verstößt (vgl. die Argumentation des VerfGH vom 22.9.2008 Vf. 9-VII-07, GVBl. S. 832 = openJur 2012, 94502 = EzD 1.2 Nr. 8 zum Modellkommunengesetz). Dies hat zur Folge, dass bei Vorhaben der Schlösserverwaltung an Denkmälern **ausnahmslos** entweder ein Zustimmungsverfahren nach Art. 73 BayBO oder ein Erlaubnisverfahren nach Art. 6 DSchG durchgeführt werden muss; zuständig ist jeweils die Regierung, welche ein entsprechendes Verfahren durchzuführen hat. S. auch die Erl. zu Art. 15.

16

Weitere **Änderungen im Bereich der BayBO**, die mit Entbürokratisierung, Deregulierung, Abbau von Investitionshemmnissen usw. begründet werden, sind zu erwarten. Soweit nicht auch die Erlaubnistatbestände des DSchG aufgeweicht werden sollten, verbleibt es bei der Auffangfunktion der denkmalrechtlichen Verfahrenspflichten.

17

**Im Einzelnen gilt** (s. dazu auch Eberl in der Einleitung zu Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG):

18

Der (Total-) **Abbruch** (nicht aber ein Teilabbruch, für den u. U. Sicherheits- und Gestaltungsanforderungen zu stellen sind) von Denkmälern und von Anlagen in der Nähe von Denkmälern (Art. 6 I S. 2: wenn sich dies auf Bestand oder Erscheinungsbild eines Baudenkmals auswirken kann) ist nach Art. 57 V BayBO zwar meist nicht baugenehmigungs- sondern stattdessen baurechtlich nur mehr anzeige- und damit allerdings denkmalrechtlich erlaubnispflichtig nach Art. 6; wegen Art. 68 V BayBO darf der Bauherr nicht vor Erteilung der Erlaubnis beginnen. Der vollständige Abbruch unterliegt nicht den planungsrechtlichen Vorschriften der §§ 29 ff. BauGB. Zum Abbruch vgl. auch Lechner in Simon/Busse, Rn. 424 ff. zu Art. 57 BayBO und unten Erl.Nr. 139.

Die **Änderung** oder Nutzungsänderung von Baudenkmalern ist nur nach Maßgabe der Art. 55 ff. BayBO baugenehmigungs- bzw. zustimmungspflichtig; sonstige Änderungen von Denkmälern sind jedenfalls erlaubnispflichtig nach Art. 6. Die Freistellung von der Baugenehmigungspflicht entbindet also in keinem Fall von der Erlaubnispflicht.

Von der Baugenehmigungspflicht **freigestellt** sind nach den Katalogen der Art. 55 ff. BayBO u. a. generell **Instandhaltungsarbeiten** (Art. 57 VI; siehe hierzu die Erl. zu Art. 4 BayDSchG in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG, und Lechner/Busse in Simon/Busse Rn. 437 ff. zu Art. 57 BayBO) und z.B. Einfriedungen geringer Höhe (Art. 57 I Nr. 7), wenn es sich nicht um Baudenkmal, Ensembles oder Nähefälle handelt; dies hat zur Folge, dass **baugenehmigungspflichtig** u. a. sind:

- Mauern und Einfriedungen bestimmter Höhe (Einzelheiten zur Rechtslage und ihrer Entwicklung bei Lechner in Simon/Busse, Erl. 214 ff. zu Art. 57 BayBO).
- jede Änderung des Äußeren einer baulichen Anlage wie z. B. der Fassade, Verkleidungen, Verputze, Anstriche, Dächer, Dachfenster (zu liegenden Dachfenstern s. Art 57 I Nr. 11 d), Fenster, Türen; baugenehmigungsfrei sind lediglich Instandhaltungsmaßnahmen nach Maßgabe des Art. 57 VI und nach Maßgabe des Art. 57 I Nr. 16 e die dort ausdrücklich genannten unbedeutenden Maßnahmen, für die dann aber immer die Erlaubnispflicht nach Art. 6 gilt (Erl.Nr. 48 ff., ferner die Erl. zu Art. 4 BayDSchG in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG, und Eberl in der Einleitung; Einzelheiten zur Baugenehmigungsfreiheit bei Lechner in Simon/Busse, Erl. 1 ff., 34 ff. zu Art. 57 BayBO).
- Änderungen im Innern an tragenden und aussteifenden Bauteilen wie Wänden und Decken; Art. 57 I Nr. 11; dies bedeutet dass andere Änderungen im Innern zwar nicht baugenehmigungs- sondern stattdessen erlaubnispflichtig sind (Einzelheiten bei Lechner/Busse in Simon/Busse, Erl. 276 ff. zu Art. 57 BayBO).
- Nutzungsänderungen (die im Übrigen als solche anders als in anderen Bundesländern weder nach Art. 5 noch nach Art. 6 DSchG erlaubnispflichtig sind, soweit sie nicht mit sonstigen Veränderungen eines Denkmals einhergehen), insbesondere der Ausbau von Dächern oder Scheunen zu Wohnzwecken, werden meist baugenehmigungspflichtig sein, weil eben andere öffentlich-rechtliche Anforderungen des DSchG zu stellen sind bzw. weil Baudenkmal betroffen sind (Nr. 1 und Nr. 2 in Verbindung mit Art. 57 IV Nr. 1 BayBO).
- Werbeanlagen und Automaten sind neben den sog. satzungskonformen Anlagen nach Maßgabe des Art. 57 I Nr. 13 BayBO baugenehmigungsfrei; erst ab nunmehr 1 qm Größe sind sie baugenehmigungspflichtig; zur komplizierten Rechtslage Lechner in Simon/Busse, Rn. 299 ff. zu Art. 57 BayBO. Siehe auch Erl.Nr. 193 ff.
- Solarenergieanlagen und Sonnenkollektoren sowie, soweit sie in, auf oder an einer bestehenden baulichen Anlage errichtet werden, die damit verbundene Änderung der Nutzung oder der äußeren Gestalt der Anlage sind im Geltungsbereich einer städtebaulichen oder einer Satzung nach Art. 81, die Regelungen über die

Zulässigkeit, den Standort und die Größe der Anlage enthält, dann baugenehmigungsfrei. wenn sie den Festsetzungen der Satzung entsprechen, Art. 57 II Nr. 9 BayBO. Im Übrigen gilt für sie Verfahrensfreiheit nach Art. 57 I Nr. 3 aa) in, auf und an Dach- und Außenwandflächen sowie, soweit sie in, auf oder an einer bestehenden baulichen Anlage errichtet werden, die damit verbundene Änderung der Nutzung oder der äußeren Gestalt der Anlage, bb) gebäudeunabhängig mit einer Höhe bis zu 3 m und einer Gesamtlänge bis zu 9 m. Sie sind dann baugenehmigungs-, aber nicht erlaubnisfrei; Einzelheiten bei Lechner in Simon/Busse, Rn. 160 ff., 402 f. zu Art. 57 BayBO. S. auch Erl.Nr. 175 - 182.

- Antennen und Masten: Nach Art. 57 I Nr. 5 sind baugenehmigungsfrei Masten mit einer freien Höhe bis zu 10 m, Antennen und ähnliche Anlagen, soweit sie in, auf oder an einer bestehenden baulichen Anlage errichtet werden, die damit verbundene Änderung der Nutzung oder der äußeren Gestalt der Anlage,. An Baudenkmalern, in deren Nähe und in Ensembles sind sie generell erlaubnispflichtig. Sind sie verunstaltend, kann in allen Fällen nach BayBO und DSchG vorgegangen werden (s. Lechner in Simon/Busse, Rn. 176 ff. zu Art. 57 BayBO). Vgl. auch Erl.Nr. 143.

21

Zur **Genehmigungsfreistellung** nach Art. 58 BayBO: Auch für Baudenkmalern und Ensemble- sowie Nähefälle kann diese Freistellung von der Baugenehmigungspflicht infrage kommen, wenn das Vorhaben im Geltungsbereich eines Bebauungsplans liegt und den Festsetzungen des Bebauungsplans und den Regelungen örtlicher Bauvorschriften im Sinn des Art. 81 Abs. 1 nicht widerspricht. Ist ein Vorhaben danach genehmigungsfrei, so gilt stattdessen die Erlaubnispflicht des Art. 6. Einzelheiten bei Taft in Simon/Busse, Rn. 1 ff. zu Art. 58 BayBO.

22

Es gilt somit der **Grundsatz**, dass bei Denkmälern immer die Erlaubnispflicht eintritt, wenn im Einzelfall kein Baugenehmigungs- oder Zustimmungsverfahren notwendig sein sollte.

23

Bei Zweifeln über die Baugenehmigungspflicht kann eine schriftliche **Auskunft** der Bauaufsichtsbehörde eingeholt werden. Ein Baugenehmigungsantrag kann in einen Erlaubnisantrag umgedeutet werden, BayVGH U. v. 30.6.1994 26 B 93.835, V.n.b. Die denkmalrechtliche Erlaubnisfähigkeit kann auch Gegenstand eines Verfahrens auf baurechtlichen **Vorbescheid** nach Art. 71 BayBO sein, VG München U. v. 27.6.2012 M 9 K 11.3432, openJur 2012, 128263; a.A. OVG RP U. v. 17.1.1999 8 A 10537/99, EzD 3.3 Nr. 13, und VG Potsdam U. v. 1.11.2001 5 K 1457/97, EzD 3.3 Nr. 9. Voraussetzung ist allerdings, dass das Vorhaben nicht insgesamt baurechtlich verfahrensfrei ist und nur dem DSchG unterliegt (s. Decker in Simon/Busse, Rn. 64, 66).

24

Die Baugenehmigungspflicht ist für ein **einheitlich beantragtes Vorhaben** im Grundsatz einheitlich zu beurteilen; das bedeutet, dass z. B. baugenehmigungsfreie Teilmaßnahmen oder genehmigungspflichtige Veränderungen an einem Denkmal von der Baugenehmigungspflicht für die Gesamtmaßnahme erfasst werden, wenn sie

unselbständige Teile sind und mit der Gesamtmaßnahme eine Einheit bilden (z. B. Abbruch eines Denkmals bei Genehmigung eines Neubaukomplexes, Instandhaltung, denkmalpflegerische Behandlung von Bauteilen). Dem Antragsteller ist es aber als Herrn des Verfahrens nicht verwehrt, zunächst nur die „isolierte“ denkmalrechtliche Erlaubnis für eine **Teilmaßnahme** zu beantragen. Dies kann einschneidende Folgen für das Verfahren haben, z. B. wenn sich Zumutbarkeitsfragen stellen. Nur soweit die Baugenehmigungspflicht reicht, entfällt die denkmalrechtliche Erlaubnis infolge der sog. **Konzentrationswirkung** nach Art. 6 III.

25

**Unterschiedlicher Prüfungsumfang** bei Baugenehmigung und Erlaubnis: Mit Ausnahme der Sonderbauten i. S. von Art. 2 IV BayBO prüft die Bauaufsichtsbehörde nach Art. 59 S. 1 BayBO nur 1. die Übereinstimmung mit den §§ 29 bis 38 BauGB und örtlichen Bauvorschriften, 2. Abweichungen im Sinn des Art. 63 sowie 3. andere öffentlich-rechtliche Anforderungen, soweit – wie nach Art. 6 III Satz 1 - wegen der Baugenehmigung eine Erlaubnis nach DSchG entfällt. Zu den zu prüfenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften gehört also auch das DSchG. Dementsprechend kann die Baugenehmigung die Erlaubnis materiell rechtlich voll einschließen. Zur Verwirklichung der Beseitigung eines Denkmals im Rahmen eines mit dem Vorbescheid geprüften Gesamtvorhabens ist daher die Baugenehmigung ausreichend; einer isolierten denkmalrechtlich Erlaubnis bedarf es dafür nicht mehr, VG München U. v. 27.6.2012 M 9 K 11.5262, openJur 2012, 128228.

26

Sofern und soweit eigentlich erlaubnispflichtige Maßnahmen z. B. mangels Entscheidungsreife (wenn z. B. die Befunduntersuchung noch fehlt) noch nicht in die Baugenehmigung mit einbezogen werden sollen, muss dies in dieser ausdrücklich und deutlich kenntlich gemacht werden (BayVGH v. 18. 3. 1993 Gr. S. 1/1992 - 1 B 90.3063, BayVBl 1993, 370); stattdessen wird vielfach z.B. auch ein Vorbehalt isolierter Entscheidungen (VG München U. v. 27.6.2012 a.a.O.) oder nachträglicher Nebenbestimmungen möglich sein (s. Erl.Nr. 200 ff.).

Im Gegensatz zum Baugenehmigungsverfahren sind im (isolierten) **Erlaubnisverfahren** keineswegs alle öffentlich-rechtlichen Vorschriften, sondern ausschließlich die „Gründe des Denkmalschutzes“ zu prüfen. Zu letzteren gehören aber nicht nur die Einbeziehung denkmalpflegerischer bzw. restauratorischer Belange, sondern darüber hinaus z.B. der Erhalt insgesamt und die Gefahrenabwehr (Brandschutz, Statik, Befall mit Schädlingen). Die Erlaubnis kann also eine Baugenehmigung nicht einschließen oder ersetzen, aber auch baurechtlich relevante Fragen klären. Zum baurechtlichen Vorbescheid s. Erl.Nr. 23.

Zur **Rechtsnatur** der Baugenehmigung s. Lechner in Simon/Busse, Rn. 9 ff. zu Art. 68 BayBO. Sie kann – anders als in der Literatur und Rechtsprechung behauptet wird - , allerdings nicht ausnahmslos ein „sachbezogener Verwaltungsakt“ mit „dinglichem Charakter“ sein (so z.B. Lechner a.a.O. Rn. 52, 54 ff.); denn mit der Einbeziehung der Grenze der Zumutbarkeit denkmalrechtlicher Pflichten werden auch individuelle und sogar zeitabhängige Faktoren in die Entscheidung einbezogen, wie z.B. Steuervorteile oder bestimmte soziale Umstände des Antragstellers, die sich im Lauf der Zeit ändern und positiv oder negativ auf die Zumutbarkeit auswirken

können. Wird z.B. bei Genehmigung eines Denkmalabbruchs in einer Baugenehmigung entscheidend auf persönliche Umstände abgestellt, so kann diese Baugenehmigung für den Antragsteller nur unter dem Vorbehalt gleichbleibender Umstände in seiner Person (*clausula rebus sic stantibus*) und nicht automatisch für den Rechtsnachfolger gelten, der deshalb ein neues Verfahren einleiten muss, in dem auf seine individuellen Umstände abzustellen ist. Folgt z.B. einem Privatmann eine Gemeinde als Eigentümer nach, so ist zu beachten, dass sich die Gemeinde generell nicht auf Unzumutbarkeit berufen kann. Dringend zu empfehlen ist eine entsprechende Formulierung der Baugenehmigung zur Höchstpersönlichkeit ihrer Geltung. S. Martin, Zumutbarkeitsfragen im denkmalrechtlichen Erlaubnisverfahren, BayVBI 2013, 257, und Martin/Mieth/Spennemann, Die Zumutbarkeit im Denkmalrecht, 2013, Kapitel 3 Nr. 3.5.

27

### **Zum Vollzug des BauGB:**

b) Die Vorschriften des früheren § 19 BauGB über die Teilungsgenehmigung sind aufgehoben: vgl. hierzu die 5. Auflage.

c) Städtebauförderung: s. Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG, Einleitung und die Erl. zu Art. 22.

d) Bauleitpläne, Verordnungen: s. Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG, Einleitung und die Erl. zu Art. 3.

28

e) **Umweltverträglichkeitsprüfung:** Dass **Denkmalschutzbelange** bei der Umweltprüfung (UP) **Prüfungsgegenstand** sind, ist in der Verwaltungspraxis nicht Allgemeingut. Die Möglichkeiten der UVP sowie der UP für den Schutz von Kulturgütern aller Art z. B. bei der Bauleitplanung aber auch in Genehmigungsverfahren aller Art sind in ihrer Wirksamkeit für die Denkmalbelange bei weitem **weder tatsächlich noch rechtlich ausgelotet**. Die UVP erstreckt sich nach § 2 I Nr. 2 UVPG auch auf Kulturgüter (s. Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG, Einleitung). Allerdings ist ihre Auswirkung auf den DSch in der Praxis dadurch geschmälert, dass sie nur ein sogenannter unselbständiger Teil der Verfahren ist. Für Denkmäler hat dies die wichtige positive Folge, dass sie vor allem in die Prüfung durch die Erfassung und Bewertung überhaupt einbezogen werden. Damit ist eine „höhere Richtigkeitsgewähr“ erreichbar in den Genehmigungsverfahren z. B. im Bau-, Umwelt-, Eisenbahn- und Straßenbaurecht und im Bebauungsplanverfahren. Ausführlich m. w. Nachweisen Martin in Martin/Krautzberger Teil F I Nr. 5).

29

## **2. Andere Rechtsbereiche**

30

a) **Subventionen und Steuererleichterungen:** In den zahlreichen Verfahren zur Förderung des Wohnungsbaus, der Investition, des Städtebaus, der Wohnungsmodernisierung sowohl durch Zuschüsse als auch durch Steuererleichterungen ist eine enge Abstimmung zwischen Förderungs- und

Baugenehmigungs- bzw. Erlaubnisverfahren erforderlich. Hinweise enthält die GemBek in Nr. 5. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass Baugenehmigung oder Erlaubnis nicht entbehrlich sind, wenn ein Zuschussverfahren (Art. 22), ein Entschädigungsfondsverfahren (Art. 21) oder ein Verfahren zur Erteilung einer Steuerbescheinigung (Art. 25) durchzuführen ist. Dabei ist zu beachten, dass wegen der unterschiedlichen Zuständigkeiten des LfD einerseits und der Genehmigungsbehörden andererseits diese Verfahrensarten völlig selbständig nebeneinander stehen; dies gilt insbesondere für die sanierungsrechtlichen Genehmigungen. Zuwendungen können nur gewährt und Steuerbescheinigungen nur ausgestellt werden, wenn die Verfahrensvorschriften für Baugenehmigung und Erlaubnis entsprechend dem Gutachten des LfD eingehalten sind (s. Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG, Erl. zu Art. 15.

31

b) **Planfeststellung:** In den Planfeststellungsverfahren nach den verschiedenen Gesetzen gelten regelmäßig die Grundsätze der Konzentrationswirkung und der Substitution; sie haben Ausdruck gefunden in Art. 75 Abs. 1 VwVfG. Danach stellt die Planfeststellung die Zulässigkeit eines Vorhabens im Hinblick auf alle von ihm berührten öffentlichen Belange fest; neben der Planfeststellung sind andere behördliche Entscheidungen nach Landes- oder Bundesrecht, insbesondere öffentlich-rechtliche Genehmigungen, Verleihungen, Erlaubnisse, Bewilligungen, Zustimmungen und Planfeststellungen nicht erforderlich. Die Planfeststellung regelt alle öffentlich-rechtlichen Beziehungen zwischen dem Träger eines Vorhabens und den durch den Plan Betroffenen und ersetzt die Erlaubnis nach DSchG und die Baugenehmigung. Verschiedene Gesetze wiederholen diesen Grundsatz: § 18 b Bundesfernstraßengesetz (s. Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG, Einleitung, § 21 I Bundeswasserstraßengesetz (s. Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG, Einleitung), § 29 I Personenbeförderungsgesetz (U- und Straßenbahnen), § 10 Luftverkehrsgesetz (Eberl in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG, Einleitung). In allen diesen Fällen muss auch den Normen des DSchG Rechnung getragen und das LfD beteiligt werden. Vgl. auch, Axer, Die Konzentrationswirkungen der Planungen, DÖV 1995, 495, und Spannowsky, Planfeststellung und Denkmalschutz, ZfBR 2000, 239 ff..

32

c) **Bundesfernstraßengesetz:** Soweit kein Planfeststellungsverfahren erforderlich ist, gilt die Einstandspflicht nach § 4 FStrG; wegen der ausdrücklichen Formulierung des Satz 3 ist hier bei Baudenkmalern das Erlaubnisverfahren ausdrücklich nicht ausgenommen, d. h. es ist durchzuführen. Zum Planfeststellungsverfahren vgl. auch Erl.Nr. 31 sowie Eberl in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG, Einleitung.

33

d) **Bayer. Straßen- und Wegegesetz:** Die Planfeststellung ersetzt auch hier (Erl.Nr. 31) die Erlaubnis nach DSchG; vgl. Eberl in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG, Einleitung. Soweit kein Planfeststellungsbeschluss ergeht, ist insbesondere bei Baumaßnahmen zur Erfüllung der Straßenbaulast (Art. 9 I) die

denkmalrechtliche Erlaubnis nicht entbehrlich. Den Belangen des DSch kommt auch hier besonderes Gewicht zu.

34

e) **Wasserrecht:** Bei der Planfeststellung nach dem Bundeswasserstraßengesetz, dem Wasserhaushaltsgesetz und dem Bayer. Wassergesetz (z. B. Gewässerausbau, Hochwasserschutzanlagen, Kiesabbau) entfällt ein gesondertes denkmalrechtliches Erlaubnisverfahren (Erl.Nr. 31). Das LfD ist im Anhörungsverfahren zu beteiligen. Mangels anderslautender Bestimmung befreien aber die wasserrechtlichen Erlaubnisse und Bewilligungen und die Genehmigung von Rohrleitungsanlagen nach WHG und BayWG nicht von der denkmalrechtlichen Erlaubnispflicht; das DSchG ist in vollem Umfang anzuwenden. Soweit allerdings für derartige Anlagen eine wasserrechtliche Genehmigung entfällt, weil eine baurechtliche Genehmigung erforderlich ist, gilt Art. 6 III 1, 7 I 3. Soweit wegen einer Gesetzgebungslücke kein Erlaubnisverfahren nach Landesdenkmalrecht durchzuführen ist, muss die Bundeswasserstraßenverwaltung trotzdem das materielle Denkmalrecht anwenden, vgl. BVerwG vom 25.9.2008 7 A 4.07 EzD 2.2.4 Nr. 41; siehe hierzu Mast/Göhner, Wasserwegebau und Denkmalschutz, LKV 2009, 65 ff. und Eberl in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG, Einleitung.

35

f) **Naturschutzrecht:** Es gibt vielfältige Berührungspunkte; u.a. sind nach § 1 Abs. 4 BNatSchG insbesondere Naturlandschaften und historisch gewachsene Kulturlandschaften, auch mit ihren Kultur-, Bau- und Bodendenkmälern, vor Beeinträchtigungen zu bewahren. Die Denkmalschutzbehörden haben die für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden bereits bei der Vorbereitung aller öffentlichen Planungen und Maßnahmen, die die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege berühren können, hierüber zu unterrichten und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, soweit nicht eine weiter gehende Form der Beteiligung vorgesehen ist (§ 3 V BNatSchG). Erlaubnisse und Genehmigungen nach Naturschutzrecht ersetzen die denkmalrechtliche Erlaubnis nicht. Vgl. auch unten Erl.Nr. 169 ff., ferner Eberl in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG, Einleitung.

36

g) **Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost:** Vgl. auch Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG, Einleitung. Denkmäler der Post und ihrer Nachfolgeunternehmen sind wie alle privaten Denkmäler zu behandeln; deshalb gelten die Baugenehmigungs- und Erlaubnispflichten der Art. 6 und 7 DSchG. Zu Zumutbarkeitsfragen bei den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost (§ 1 PostUmwG: Deutsche Post AG, Deutsche Telekom AG, Deutsche Postbank AG) sind wegen der Aufgabe der Mehrheitsbeteiligung des Bundes grundrechtsfähig. Insoweit ist VGH BW Ur. vom 29.6.19921 S 2245/90, DVBl 1993, 118 zwar überholt; die dort genannten Maßstäbe für die Berücksichtigung der vermögensrechtlichen Belange der nicht grundrechtsfähigen Unternehmen in der Entscheidung gelten allerdings nach wie vor. Die Bundesanstalt Post und Telekommunikation, durch die der Bund die verbliebenen hoheitlichen Aufgaben der ehem. Bundespost wahrnimmt, ist wiederum nicht grundrechtsfähig. S.

hierzu Martin/Mieth/Spennemann, Die Zumutbarkeit im Denkmalrecht, 2013, Kap. 2 Nr. 2.3.4 und unten Erl.Nr. 104 ff., 113 f.

37

h) **Bahn:** Das Eisenbahnneuordnungsgesetz von 1993 hat die Bahn privatisiert. Das Eisenbahn-Bundesamt ist trotzdem zuständige Genehmigungs- und Planfeststellungsbehörde für die Eisenbahnen des Bundes; anstelle eines Planfeststellungsverfahrens kann auch eine Plangenehmigung infrage kommen, sofern nicht für unbedeutende Fälle beide entfallen; letzteres ist nicht anzunehmen, wenn der öffentliche Belang Denkmalschutz berührt wird (§ 18 III Nr. 1 AEG). Zur Berücksichtigung des DSch im Planfeststellungsverfahren s. Erl.Nr. 31. Die Belange des DSch sind wie alle anderen öffentlichen Belange in die Planfeststellung einzubeziehen; dies gilt auch für die Kostentragung durch den von der Planfeststellung Begünstigten. Vgl. auch Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG, Einleitung. Da die Länder hier aber keine eigenen Rechte geltend machen können, soll nach der Rechtslage in Nordrhein-Westfalen eine Klage wegen Verletzung des DSchG unzulässig sein (vgl. OVG NW v. 18.8.1994 20 A 2935/92, V.n.b.; s. hierzu Eberl in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG, Einleitung.

38

i) **Gemeinde- und Stiftungsrecht:** Die Genehmigungsvorbehalte des Kommunalrechts für die Veräußerung von Sachen mit besonderem wissenschaftlichen usw. Wert sind bereits 1990 aufgehoben worden. Nach Art. 27 I Nr. 4 des StiftungsG bedürfen der Genehmigung der Stiftungsaufsichtsbehörde die Veräußerung oder die wesentliche Veränderung von Sachen, die einen besonderen wissenschaftlichen, geschichtlichen oder künstlerischen Wert haben, besonders Archive und Registraturen sowie Teile von solchen. Vgl. auch Eberl in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG, Einleitung.

39

k) Gesetz zum Schutz deutschen Kulturgutes gegen **Abwanderung:** Das Gesetz begründet mit § 1 IV eine Genehmigungspflicht für die Ausfuhr von Kunstwerken und anderem Kulturgut, welches in das „Verzeichnis national wertvollen Kulturgutes“ eingetragen ist; betroffen sein können vor allem Ausstattungsstücke von Baudenkmalern. Über die Genehmigung entscheidet die Beauftragte des Bundes für Kultur und Medien. Die Erlaubnispflicht nach DSchG entfällt daneben nicht: Einzelheiten bei Fechner in Martin/Krautzberger Teil B Kapitel VI; Eberl in Bruckmeier/Hartl/Hörtnagl/Eberl, Kulturgüter. S. weiter Eberl in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG, Einleitung.

40

l) **Weitere Verfahrensarten:** Die formelle wie die materielle Rechtslage ist in den verschiedenen Gesetzen unterschiedlich; teilweise werden Genehmigungen und Erlaubnisse ersetzt, teilweise ist die denkmalrechtliche Erlaubnis erforderlich. Zu nennen sind u. a. die Rechtsbereiche Atomgesetz, Immissionsschutz, Abfallbeseitigung, Luftverkehr, Bestattungswesen, Gewerbebereich, Flurbereinigung und Enteignung. Eine Übersicht gibt Dohm in Simon/Busse Art. 56 BayBO Rn. 9 ff.;

vgl. ferner Eberl in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG, Einleitung.

41

### III. Erlaubnispflicht

42

#### 1. Rechtsnatur von Erlaubnispflicht und Erlaubnis

Entgegen der früheren amtlichen Überschrift des Art. 6 handelt es sich materiell nicht um Veränderungsverbote, sondern entsprechend der Ausgestaltung der Baugenehmigungspflicht um die Rechtskonstruktion der „Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt“. Anders aber letztlich gleichbedeutend HessVGH v. 25.3.1983 3 TH 15/83, HessVGRspr. 1983,81: „umfassendes und absolutes Veränderungsverbot mit Genehmigungsvorbehalt“. Formell sind das Erlaubnis- wie das Baugenehmigungsverfahren zur vorbeugenden Verwaltungskontrolle vorgeschaltet (Lechner in Simon/Busse Rn. 9 ff. zu Art. 68 BayBO). Die Erlaubnis als formale Schranke ist deshalb im Grundsatz nur feststellender, mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt i.S. Art. 35 BayVwVfG mit der hoheitlichen Erklärung, dass dem Vorhaben im Zeitpunkt der Entscheidung das Denkmalschutzgesetz nicht entgegensteht (ebenso für die Baugenehmigung BVerwG v. 2.7.1963 - I C 110.62 -, BayVBl 1964, 18; hierzu kritisch Friauf, DVBl 1971, 713 ff., 719 ff.); mit der Freigabe entfaltet die Erlaubnis auch ihre Gestattungs- bzw. Gestaltungswirkung, dass in das Denkmal eingegriffen werden darf (vgl. z.B. Finkelburg/Ortleff, Öffentliches Baurecht II, § 8 I 1).

43

Auch die Erlaubnis ist (nur) im Grundsatz ein sachbezogener bzw. **dinglicher Verwaltungsakt** mit der grundsätzlichen Möglichkeit der Rechtsnachfolge (zur Rechtsnatur der Baugenehmigung s. Lechner in Simon/Busse, Rn. 9 ff. zu Art. 68 BayBO; vgl. hierzu auch Kreppel, Rechtsnachfolge in anlagebezogene Zulassungsakte im Bereich des Umweltrechts, 1989, Karlsruhe, m. w. Nachw.). Sie kann allerdings dann nicht allein „sachbezogen“ und „dinglich“ sein, wenn wie häufig bei der Prüfung der Zumutbarkeit individuelle und sogar zeitabhängige Faktoren in die Entscheidung einbezogen werden, wie z.B. Steuervorteile oder bestimmte soziale Umstände des Antragstellers, die sich im Lauf der Zeit ändern und positiv oder negativ auf die Zumutbarkeit auswirken können. Die Erlaubnis entspricht in diesen Konstellationen solchen Genehmigungen des Gewerberechts, die auf persönliche Eigenschaften wie z.B. Zuverlässigkeit des Unternehmers abstellen. Wird entscheidend auf persönliche Umstände abgestellt, so kann diese für den Antragsteller nur unter dem Vorbehalt gleichbleibender Umstände in seiner Person und nicht automatisch für den Rechtsnachfolger gelten. Folgt z.B. nach Erlaubnis eines Abbruchs einem Privatmann eine Gemeinde als Eigentümer nach, so ist dann zu beachten, dass sich die Gemeinde nicht auf Unzumutbarkeit berufen kann; (nach Schmaltz/Wiechert Rn. 3 zu § 10 NdsDSchG soll die Genehmigung in diesen Fällen „nicht zugunsten des Rechtsnachfolgers“ gelten; eine Begründung wird nicht genannt). Notwendig ist deshalb jeweils eine entsprechende Formulierung zur Höchstpersönlichkeit der Geltung der Erlaubnis. S. Martin, Zumutbarkeitsfragen im denkmalrechtlichen Erlaubnisverfahren, BayVBl 2013, 257, Martin/Mieth/Spennemann, Die Zumutbarkeit im Denkmalrecht, 2013, Kapitel 3 Nr.

3.5, und

[www.denkmalnetzbayern.de/uploads/e4df4734c1060cda3efea140a67f57cd.pdf](http://www.denkmalnetzbayern.de/uploads/e4df4734c1060cda3efea140a67f57cd.pdf).

44

**Vertrag:** s. unten Erl.Nr. 221 ff.

45

## 2. Verhältnis Baugenehmigung und Erlaubnis

S. hierzu oben Erl.Nr. 8 ff. Die Baugenehmigungspflicht ist im Übrigen für ein **einheitliches Vorhaben** einheitlich zu beurteilen; das bedeutet, dass z. B. baugenehmigungsfreie Teilmaßnahmen (wie ein Abbruch) oder erlaubnispflichtige Veränderungen an einem Denkmal von der Baugenehmigungspflicht für die Gesamtmaßnahme erfasst werden, wenn sie unselbständige Teile sind und mit der Gesamtmaßnahme eine Einheit bilden (z. B. Abbruch eines Denkmals bei Genehmigung eines größeren Neubaukomplexes, restauratorische Behandlung von Ausstattungen wie Böden, Stuckdecken, Türen, Fenster, Wandflächen); dies kann einschneidende Folgen für das Verfahren haben, wenn z.B. eine Genehmigungsfiktion eintreten kann oder sich Zumutbarkeitsfragen stellen. Vgl. hierzu Lechner in Simon/Busse Rn. 12 ff. zu Art. 57 BayBO und die dort nachgewiesene Rspr. des BayVGh. Siehe auch VG München U. v. 27.6.2012 M 9 K 11.5262, openJur 2012, 128228, dass. v. 27.6.2012 M 9 K 11.3432, openJur 2012, 128263.

46

## 3. Erlaubnispflichtige Maßnahmen

Erlaubnispflichtig sind nach Abs. 1 folgende Maßnahmen:

47

a) nach S. 1 Nr. 1 bei **Baudenkmalern** (zu Bodendenkmalern s. Art. 7)

aa) Die **Beseitigung** von Baudenkmalern, also deren Abbruch und Zerstörung, so dass sie ganz oder in einzelnen Teilen nicht mehr existieren. Gemeint das vollständige oder **teilweise** physische oder auch nur **rechtliche** Beseitigen des Denkmalwerts eines Denkmals. Die Beseitigung ist also abweichend vom Sprachgebrauch nicht unbedingt mit der Vernichtung der Substanz gleichzusetzen; vielmehr kommt es darauf an, ob der Denkmalcharakter, also die Eigenschaft als Denkmal untergeht. Auch das schrittweise Umgestalten oder das Verändern des Erscheinungsbildes eines Denkmals können ein teilweises Beseitigen sein. Der physischen Beseitigung der Denkmalsubstanz steht die Aushöhlung bzw. Vernichtung der rechtlichen Denkmaleigenschaft durch schrittweise Veränderungen gleich, sog. Metropoleffekt. S. auch Martin, Abbruch – zu einem zentralen Thema des Denkmalschutzes - in <http://www.denkmalnetzbayern.de/uploads/98fccb983afade7af62a26f1d3d4a79d.pdf> und unten Erl.Nr. 139 ff.

48

bb) „**Verändern**“ ist, auch wenn es im Wortlaut nicht auf den ersten Blick deutlich wird, der **umfassende Begriff** für die in Art. 6 angesprochenen Eingriffe in

**Baudenkmäler.** Erlaubnispflichtig ist das Verändern auch dann, wenn eine vermeintlich geringfügige Maßnahme dazu dient, die gesetzliche Erhaltungspflicht zu erfüllen (HessVGH v. 25. 3. 1983, HessVGRspr. 1983, 81). Das Verändern erfasst z.T. abweichend von der Rechtslage in anderen Bundesländern alle Maßnahmen, welche die Substanz oder auch bloß das Erscheinungsbild eines Denkmals betreffen. Bloße Änderungen der Nutzung sind keine Veränderungen in diesem Sinne; das gilt auch für die Aufteilung in Wohnungseigentum, solange keine baulichen Maßnahmen erforderlich werden (zur Rechtslage in anderen Bundesländern s. Viebrock in Martin/Krautzberger Teil E Kapitel IV Nr. 1 a).

49

Erforderlich ist eine **Änderung des bisherigen Zustandes**, wie z.B. beim Baudenkmal eine Änderung des Materials der Dachdeckung, der Fassade, des Grundrisses, des statischen Gefüges, jeder Eingriff in den in situ „ruhenden“ Bestand z.B. durch bloße Such- und Befundöffnungen. Erfasst sind auch geringfügige Maßnahmen, wie z. B. Anstrich, Farbgebung oder Fensterteilung. Eine tiefgreifende Charakter- oder Qualitätsänderung ist ebenso wenig erforderlich wie eine erhebliche Beeinträchtigung. Ausdrücklich zu betonen ist, dass auch fachgerechte **Konservierungsmaßnahmen**, Restaurierungen und Reparaturen erlaubnispflichtig sind; auch wenn es ihr Ziel ist, ein Denkmal unverändert zu erhalten, ist jede Restaurierung zwangsläufig eine Veränderung der Substanz des Denkmals. Dies gilt z. B. für die Sicherung von Malerei und Stuck, die Tünchung der Innen- und Außenwände, die Ergänzung von Details, die chemische Behandlung (z. B. Acrylisierung); eine Charakter- oder Qualitätsänderung ist somit für das Entstehen der Erlaubnispflicht nicht erforderlich.

50

Angeknüpft wird an den **bestehenden Zustand**, der nach dem Verständnis des Denkmalrechts insgesamt das geschützte Denkmal ausmacht, auch wenn dieser nicht der Originalzustand ist, auch wenn er rechtswidrig zustande gekommen ist und auch wenn sonstige „Vorbelastungen“ bestehen (BayVGH v. 28. 12. 1981, BayVBl. 1982, 278 f.; zu Fenstern ThürOVG v. 27. 6. 2001 – 1 KO 138/99 -, EzD 2.2.8 Nr. 18). Denkmal ist also auch eine **Bausünde** wie ein schwarz eingebautes Plastikfenster! Zu Bausünden s. auch Erl.Nr. 147. Die Erlaubnispflicht ist unabhängig vom Zustand des Denkmals; erlaubnispflichtig ist auch der Abbruch eines baufälligen Hauses, einer Ruine oder der Reste eines Denkmals.

51

Zu den Veränderungen gehören **alle**, nicht nur die von außen sichtbaren **Änderungen**, also z. B. Teilabbruch (bei Ensembles auch Abbruch eines einzelnen zu dem Ensemble gehörenden Gebäudes), Umgestaltung der Fassade (auch z. B. Freilegen von Fachwerk), des Daches, der Dachdeckung, Veränderungen des Grundrisses, Aufstockung, Anbringung von Werbeanlagen (vgl. z. B. BayVGH v. 6.4.1979 19 II 78, BayVBl 1980, 21), Platten, Schutzverkleidungen oder Antennen, alle Änderungen im Innern eines Baudenkmals. Zu Einzelheiten s. die Erl.Nr. 137 ff. Auch scheinbar geringfügige Maßnahmen gehören nach bayerischer Rechtslage und Rechtsprechung hierher, z. B. Trockenlegung, Änderung der Fenster oder Fensterläden, ebenso reine Reparaturen, etwa das Anbringen eines neuen Farbanstrichs (BayObLG B. v. 9.8.1993 3 ObOWi 69/93, BayVBl 1994, 157 = EzD

2.2.8 Nr. 3) oder Verputzes, das Eindecken eines schadhaft gewordenen Daches (auch bei unveränderter Beibehaltung der bisherigen Dachform). Weiter zählen zu den erlaubnispflichtigen Veränderungen auch alle Maßnahmen an Baudenkmalern, die von außen nicht sichtbar sind, z. B. die Erneuerung von Stukkaturen in Räumen, von Innentüren, Fußböden, der Einbau einer Heizung usw. Alle Änderungen i.S. des Art. 3 BayBO sind auch Veränderungen i.S. des Art. 6. Auf die **Dauer** der Veränderung kommt es nicht an; erlaubnispflichtig sind deshalb auch vorübergehende Maßnahmen wie z.B. eine Werbeaktion. Auch kommt es nicht auf die **feste Verbindung** mit dem Denkmal an; auch das Aufstellen von Hinweistafeln oder das Hängen von Fahnen ist eine Veränderung.

52

Es kommt nicht darauf an, ob die Maßnahmen nach der BayBO genehmigungspflichtig sind oder nicht. Das ergibt sich aus Abs. 3, der für die Fälle, in denen nach den baurechtlichen Bestimmungen eine Baugenehmigung erforderlich ist, eine abweichende Regelung für das Verfahren trifft. Auch geringe Änderungen sind der Erlaubnispflicht des Abs. 1 unterworfen, weil das Erscheinungsbild eines Baudenkmalers häufig schon durch geringfügige Veränderungen, z. B. durch den Einbau sprossenloser Fenster (nunmehr ebenso BWVGH v. 23.7.1990 1 S 2998/89, DVBl. 1990, 1113, 1114; zur Baugenehmigungspflicht vgl. BayVGH v. 30.7.1979 89 IV 78, BayVBl. 1980 m. Anm. v. Kalkbrenner) oder durch Entfernung von Fensterläden erheblich beeinträchtigt werden kann. Erlaubnispflichtig können z. B. auch Gewässerunterhaltungsmaßnahmen an einem geschützten Kanalsystem oder Pflegemaßnahmen in einer Gartenanlage sein.

53

Im **Innern** von Gebäuden sind zumindest **denkmalrechtlich** erlaubnispflichtig z. B. das Ändern von Grundrissen, das Einbringen oder Ändern von Trennwänden, Bodenbelägen oder Türen. Dasselbe gilt für Maßnahmen an der Ausstattung von Kirchen, wie z. B. an Altären, Bänken, Beichtstühlen, Glocken und Orgeln. Dazu gehört jeweils auch die Vorbereitung dieser Maßnahmen, also z. B. Untersuchung, Prospektion, Befunderhebung mit Eingriffscharakter.

**Veränderungen des Erscheinungsbildes** sind alle von außen sichtbaren Änderungen, also z. B. die Umgestaltung der Fassade (auch z. B. Freilegen von Fachwerk), des Daches (Gauben, Fenster), der Dachdeckung, Schutzverkleidungen oder Antennen. Auch scheinbar geringfügige Maßnahmen gehören hierher, z. B. Änderung der Fenster, der Fensterteilung (BWVGH v. 23. 7. 1990 1 S 2390/98, DVBl. 1990, 1113 = EzD 2.2.6.2 Nr. 34) oder Fensterläden, ebenso reine Reparaturen, etwa ein neuer Farbanstrich (BayObLG v. 9. 8. 1993 3 ObOWi 59/93, EzD 2.2.8 Nr. 3), das Eindecken eines Daches (auch bei unveränderter Beibehaltung der bisherigen Dachform).

54

cc) Die **Verbringung** von Baudenkmalern **an einen anderen Ort**. Das Verbringen von ganzen Baudenkmalern von ihrem Standort an einen anderen Ort ist relativ selten; hierunter fällt insbesondere die Transferierung (Translozierung, s. auch Erl.Nr. 186) von Baudenkmalern nach durchgeführtem Abbruch aber auch ganzer Gebäude. Dagegen werden laufend Bildstöcke, Denkmäler i.S. des allgemeinen Sprachgebrauchs (Erl. zu Art. in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum

BayDSchG), Kleindenkmäler und Ausstattungsstücke durch Abtransport im Ganzen transferiert (Losch, Denkmalschutz im Kleindenkmalbereich, BWVPr. 1987, 172). Bei Baudenkmalen, ihren Teilen und bei Zubehör (VG Würzburg v. 18. 12. 2003 W 5 K 03.187, EzD 2.2.3 Nr. 4) ist der **Abbau** als solcher bereits als Verändern erlaubnispflichtig.

55

Besteht die Möglichkeit des **Fortbestehens der Denkmaleigenschaft** trotz Abbau und Transferierung (vgl. Eberl Erl. zu Art. 1 in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG; nach Moench/Schmidt, a.a.O. S. 104 soll die Denkmaleigenschaft in jedem Fall der Translozierung verloren gehen - diese Ansicht ist zu eng und entspricht nicht dem Stand der Diskussion in der deutschen Denkmalpflege), so ist der Ortswechsel als solcher erlaubnispflichtig; denn das Fortbestehen der Denkmaleigenschaft kann u. a. davon abhängig sein, ob ein geeigneter neuer Standort gefunden wird (z. B. kann die Erlaubnis für die Verbringung eines oberbayerischen Stadels in eine andere Hauslandschaft ein bestimmendes Merkmal des Denkmals untergehen lassen). Entfällt die Erlaubnispflicht wegen Untergangs der Denkmaleigenschaft, so kann eine nur nach der BayBO zu beurteilende Baugenehmigungspflicht für die Wiedererrichtung entstehen. Zum Problembereich der Rekonstruktion usw. s. Erl. zu Art. 1 in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG; vgl. auch unten Erl.Nr. 173. Sofern durch den Abbruch die Denkmaleigenschaft untergeht, ist eine Erlaubnis für die Verbringung an einen anderen Ort begrifflich nicht mehr erforderlich; bei Fortbestehen der Denkmaleigenschaft trotz Abbau ist auch der Ortswechsel als solcher erlaubnispflichtig.

56

Auf die **Dauer** des Ortswechsels z.B. für eine Ausstellung kommt es nicht an.

57

b) nach Satz 2 bei historischen **Ausstattungsstücken**, die durch Art. 1 II geschützt sind (s. Eberl Erl. zu Art. 1 in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG, und unten Erl.Nr. 144).

aa) die Beseitigung solcher Ausstattungsstücke, also die Handlungen, die dazu führen, dass solche Ausstattungsstücke nicht mehr vorhanden sind;

bb) die Veränderung solcher Ausstattungsstücke, also jede Umgestaltung (vgl. dazu oben Erl.Nr. 30, insbesondere zur Frage der Reparaturen);

cc) die Verbringung solcher Ausstattungsstücke an einen anderen Platz entweder innerhalb des Baudenkmalen oder zusammen mit dem Baudenkmal;

dd) die Entfernung solcher Ausstattungsstücke aus dem Baudenkmal, gleichgültig zu welchem Zweck, für welche Dauer (auch z. B. vorübergehend für eine Ausstellung oder Restaurierung) und wohin (z. B. in ein Museum) sie erfolgen soll.

58

c) Nach I Satz 2 sind erlaubnispflichtig **Veränderungen in der Nähe** von Baudenkmalen (oder Ensembles, s. Erl.Nr. 65) durch Errichten, Verändern oder

Beseitigen von Anlagen, wenn sich diese Maßnahmen auf Bestand oder Erscheinungsbild eines Baudenkmals auswirken können. Von der Erlaubnispflicht freigestellt sind seit 1982 derartige Maßnahmen dann, wenn sie sich nicht auf Bestand oder Erscheinungsbild eines Baudenkmals auswirken; hieraus kann aber nicht auf die Freistellung von der Baugenehmigungspflicht nach der BayBO geschlossen werden. Da Satz 2 eine Beeinträchtigung des äußeren Erscheinungsbildes von Baudenkmalern durch Veränderungen in ihrer Nähe unter Kontrolle bringen will, werden geplante Maßnahmen, die zu äußerlich wahrnehmbaren Veränderungen („Erscheinungsbild“) in der Nähe von Baudenkmalern führen können, einer eingehenden Prüfung zu unterziehen sein. Darüber hinaus wird besonders darauf zu achten sein, ob die geplanten Maßnahmen sich auf andere als optisch bemerkbare Weise (z. B. durch Luftverunreinigung, Erschütterungen), zum Schaden („auf Bestand“) benachbarter Baudenkmalern auswirken können. Weitere Einzelheiten bei Moench/Schmidt a.a.O. S. 114 ff., die allerdings passagenweise zu großzügig zu Lasten der Denkmäler gutachten. Vgl. auch Erl.Nr. 153 ff. zum Ensemble.

59

Auch für die Anwendung von Satz 2 ist die Ausweitung des Baudenkmalbegriffs auf **Ensembles** (Art. 1 III) von großer Bedeutung. Geschützt können im Einzelfall ganze Stadtkerne sein (vgl. Art. 1 Erl. Nr. 51 ff.), wobei auch alle Veränderungen erlaubnispflichtig sind, die den Anblick der Stadtsilhouette beeinträchtigen können, sei es auch nur von einem einzigen wichtigen Punkt aus (VG Bayreuth v. 11.7.1991 B 2 K 91.74, V.n.b.).

60

Sind die Anlagen, die in der Nähe von Baudenkmalern liegen, selbst Baudenkmalern i.S. des Art. 1 II, so fallen die geplanten Maßnahmen außerdem unter S. 1 Nr. 1; vgl. auch Erl.Nr. 168 und 153 ff.

61

aa) Satz 2 gilt für **Anlagen aller Art**, nicht nur für Gebäude, also z. B. auch für Führung und Oberflächengestaltung von Straßen, Plätzen, Brücken, Gartenanlagen, Alleen, Teiche und sonstige angelegte Gewässer, Flug- und Parkplätze (einschließlich der Parkuhren), Tiefgaragen, Heizkraftwerke, Beleuchtungskörper, Werbeanlagen, Telefonhäuschen, Brief- und Schaltkästen usw.

62

bb) Es muss sich um Anlagen in der **Nähe** von Baudenkmalern handeln. Die Nähe kann nicht in Metern angegeben werden; abzustellen ist auf den **Wirkungsbereich** des Denkmals; dieser kann auf die Nachbarschaft begrenzt sein, er kann aber bei beherrschenden Burgen oder Kirchen sehr weit reichen. Man wird sagen können, dass eine Anlage dann in der Nähe eines Baudenkmals gelegen ist, wenn ihre Errichtung, Veränderung oder Beseitigung für ein Baudenkmal, insbesondere sein äußeres Erscheinungsbild nachteilige Wirkungen haben kann; denn soweit zieht Art. 6 I S. 2 selbst den gesetzlichen Schutzbereich. Der Wirkungsbereich von Landmarken (Türme, Höhenburgen, freistehende Kirchen) und großer Ortskernensembles („Gruppen“) reicht ebenfalls oft sehr weit (Beispiel Waldschlösschenbrücke in Dresden!); im Einzelfall können Maßnahmen

erlaubnispflichtig sein, die den Anblick der Stadtsilhouette beeinträchtigen, sei es auch nur von einem einzigen wichtigen Punkt aus (VG Bayreuth v. 11. 7. 1991 B 2 K 91.74, V.n.b.). Weit in die Landschaft hinein wirken insbesondere Windkraftanlagen, die häufig das Erscheinungsbild von Siedlungen und Denkmalbereichen beeinträchtigen (zur Wartburg siehe VG Meiningen v. 25. 1. 2006 5 E 386/05 Me, ThürVBl. 2006, 163). Ggf. ist unter Einschaltung des Landesamtes vorab zu klären, ob eine erlaubnispflichtige Maßnahme vorliegt. Zu einer abgrabungsrechtlichen Genehmigung für den Abbau von Kies in Nähe einer Wallfahrtskirche s. VG Augsburg U. v. 19.1.2011 Au 4 K 10.870, V.n.b.

63

cc) **Erlaubnispflichtig** sind die **Errichtung, die Veränderung und die Beseitigung** von Anlagen in der Nähe. Errichtung ist die Hervorbringung einer neuen Anlage, z. B. ein Neubau oder die Anlage einer neuen Straße. Zum Begriff der Anlage vgl. auch die Literatur zur BayBO, z. B. Lechner in Simon/Busse, Rn. 17 ff. zu Art. 1. Wegen der Begriffe Veränderung und Beseitigung gilt das oben in Erl.Nr. 48 ff., 58 ff. Ausgeführte entsprechend. Satz 2 gilt im Übrigen für **Anlagen aller Art**, nicht nur für Gebäude, also z. B. auch für Führung und Oberflächengestaltung von Straßen und Plätzen, für die Verbreiterung einer in der Nähe eines Baudenkmals vorbeiführenden Straße, die Beseitigung von Bäumen aus einer zu einem Denkmal führenden Allee, die Umstellung der Feuerungsanlagen eines Gewerbebetriebs, für Abgrabungen, Anpflanzungen, Werbeanlagen usw. Erlaubnispflichtig sind die Errichtung, aber auch die Veränderung und die Beseitigung. Zu typischen **Einzelfällen** wie Solar- und Windkraftanlagen, Stromleitungen, Antennen s. Erl. Nr. 137 ff.

64

**Veränderungen in der Nähe** sind nur erlaubnispflichtig, wenn sich diese Maßnahmen auf Bestand oder Erscheinungsbild eines Baudenkmals auswirken können. Es genügt, dass sie das Erscheinungsbild eines Denkmals **auch nur beeinflussen** können, also wenn sie gleichzeitig mit diesem wahrgenommen werden könnten. Nicht notwendig ist, dass das Denkmal selbst überhaupt beeinträchtigt wird (siehe VG Schwerin v. 6. 4. 2004 2 A 1182/02, V.n.b.). Bei Maßnahmen, die sich auf **andere als optisch** bemerkbare Weise (z. B. durch Luftverunreinigung, Erschütterungen, Geräusche) zum Schaden der Substanz benachbarter Denkmäler auswirken können, sind zur Abwehr von Schäden und Gefahren die Befugnisnormen für Maßnahmen nach Art. 4 III, IV DSchG zu prüfen.

65

d) **Veränderungen in Ensembles (Abs. 1 S. 3)**: Satz 3 wurde erst mit Gesetz vom 24.7.2003 (GVBl S. 475) in Art. 6 eingefügt. Die Bestimmung knüpft an die Ensembles i.S. des Art. 1 III an. Erlaubnispflichtige Veränderungen „an einem Baudenkmal“ lagen nach der ursprünglichen Fassung wegen der Besonderheiten des Ensemblebegriffs auch immer dann vor, wenn sie lediglich ein Gebäude eines Ensembles betrafen, das nicht Einzeldenkmal war. Die Neufassung befreit Gebäude im Ensemble, die nicht selbst den Denkmalbegriff des Art. 1 erfüllen, von der Erlaubnispflicht, sofern sich die Änderung nicht auf das Erscheinungsbild des Ensembles auswirken kann. Verloren gegangen ist damit die wichtige Auffangfunktion des Erlaubnisverfahrens, sofern derartige Maßnahmen auch nicht mehr baugenehmigungspflichtig sind. Art. 6 I S. 3 hat zur Folge, dass die

Erlaubnispflicht nur eintritt, wenn sich eine geplante Veränderung auf das äußere Erscheinungsbild des Ensembles auswirken kann; diese Rechtskonstruktion ist im Hinblick auf die Rechtsklarheit nicht zweifelsfrei, weil tatsächlich erst nach Prüfung entsprechender Antragsunterlagen festgestellt werden kann, ob die Erlaubnispflicht besteht.

66

Erlaubnispflichtig ist eine Maßnahme im Ensemble nur mehr, wenn die Veränderung eine bauliche Anlage betrifft, die für sich genommen ein Baudenkmal ist, oder wenn sie sich auf das Erscheinungsbild des Ensembles auswirken kann. Soweit Bestandteile also nicht Einzeldenkmäler sind, sind Veränderungen ihres Bestandes und ihres äußeren Erscheinungsbildes nur noch dann erlaubnispflichtig, wenn das äußere Erscheinungsbild des Ensembles auch nur geringfügig verändert werden kann. Insbesondere wird dies bei allen Maßnahmen am **Äußeren** anzunehmen sein, z.B. Fassaden, Dach, Fenster, Farbigkeit, ggf. Bewuchs, Werbeanlagen usw.; nicht aber bei Änderungen im Innern dieser Gebäude. Freigestellt sind dagegen Maßnahmen im **Innern** dieser Gebäude, soweit sie sich nicht im Einzelfall auf den Bestand eines anderen Denkmals (z. B. Standsicherheit) auswirken können. Zur Erlaubnisfähigkeit von Vorhaben im Ensemble und zu den Empfehlungen des Landesdenkmalrat s. auch Erl.Nr. 153 ff.

67

#### 4. „Gebundene Erlaubnis“, Inhalt und Verfahren

68

##### a) Die behördliche Entscheidung

Die in Art. 6 I genannten Veränderungen sind nicht schlechthin verboten (s. Erl.Nr. 42 f. – anderes gilt in anderen Bundesländern). Ob und wie sie durchgeführt werden können, ist mit der Erlaubnis (bzw. der Baugenehmigung oder anderen Rechtsakten) zu entscheiden. Auf Erteilung der Erlaubnis besteht ein Rechtsanspruch, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind; es gibt aber keinen über den Wortlaut des DSchG hinausreichenden etwa unmittelbar über das Eigentumsgrundrecht („Baufreiheit“) oder eine sonstige „verfassungskonforme“ Auslegung des DSchG zu konstruierenden Anspruch auf Abbruchgenehmigungen für Denkmäler oder für sonstige Eingriffe oder Beschädigungen; für Bayern ergibt sich dies unmittelbar aus Art. 141 BV und dem Kulturstaatsprinzip (ähnlich OVG NW U. v. 18.5.1984 11 A 1776/83, NVwZ 1986, 685 = EzD 2.2.6.1 Nr. 6; a. A. offenbar NdsOVG U. v. 4.10.1984 6 A 11/83, NJW 1986, 1892, diesem „im Ergebnis“ folgend Moench, Die Entwicklung des DSchRechts, NVwZ 1988, 304, 309, und Strobl/Majocco/Sieche, § 8 DSchGBW, RdNr. 2); darüber hinaus ist generell davon auszugehen, dass das DSchG in seinerseits verfassungskonformer Art und Weise den Inhalt und die Schranken des Eigentums bestimmt, so dass die Rechtslage den Schutz des Eigentümers dem Denkmalschutzgedanken unterordnet (Erl. zu Art. 20 in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG).

69

Auswirkungen des **Beschlusses des BVerfG** v. 2.3.1999 (1BvL 7/91, BVerfGE 100, 226 = EzD 1.1 Nr. 7 mit Nachweis der Anmerkungen; Volltext auch unter

[www.bverfg.de/entscheidungen/ls19990302\\_1bvl000791.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls19990302_1bvl000791.html)) auf die Erlaubnispflicht. Nicht mit Sicherheit auszuschließen sind im Hinblick auf die eindeutige Argumentation des Beschlusses die Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit auch der bayerischen Erlaubnispflicht in Art. 6 Abs. 1 (in diesem Sinn Martin in der Anmerkung zu dem Beschluss in BayVBI 2000, 584 ff.); die Verfassungsmäßigkeit bejaht „gerade noch“ die bayerische Rspr., siehe z.B. VG Ansbach U. v. 24.7.2002 AN 3 K 99.01379, EzD 2.2.6.1 Nr. 21. Das BVerfG ermuntert mit seinen Aussagen die **Gesetzgeber** des Bundes und der Länder zu einem effektiven Denkmalschutz auch mit Auswirkungen in das Eigentumsgrundrecht hinein; für vermeintlich „eigentümerfreundliche“ Regelungen zulasten des Gemeinguts Denkmal besteht kein Zwang. Gestaltungen durch den Gesetzgeber sind umso freier, je stärker der für den Denkmalschutz bestätigte soziale Bezug des Objektes ist; Begrenzungen sind „in diesem Rahmen“ als Ausfluss der Sozialbindung nach Art. 14 Abs. 2 GG grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen. Das BVerfG verpflichtet die **Behörden** bei Meidung der Rechtswidrigkeit, ihre denkmalrechtlichen Eingriffe (wie z.B. die Versagung von Abbrüchen) in das Eigentum so auszugestalten, dass über eventuelle Ansprüche bereits mit dem Eingriff entschieden wird. Haben sie in solchen Fällen in Verkennung des Eigentumsgrundrechts entschieden, so ist ihr Verwaltungsakt rechtswidrig und die Frage der Entschädigung (oder einer Übernahme als Kompensation) stellt sich nicht. Dies gilt zumindest für die gezielten Eingriffe und zwar auch und gerade dann, wenn sich die Behörde der Rechtswidrigkeit nicht bewusst war. Die Adressaten sind gehalten, gegen Eingriffe vom Primärrechtsschutz Gebrauch zu machen. Zu weiteren Einzelheiten s. die Erl. zu Art. 20 in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG.

70

### **b) Inhalt der Erlaubnis**

Die Erlaubnis kann entweder versagt oder uneingeschränkt oder mit Nebenbestimmungen erteilt werden. Formulierungshilfen sind im praxiserprobten sog. „Textbuch“ in Martin/Krautzberger, Teil E VII Nr. 5 enthalten; siehe auch [www.denkmalnetzbayern.de/uploads/e4df4734c1060cda3efea140a67f57cd.pdf](http://www.denkmalnetzbayern.de/uploads/e4df4734c1060cda3efea140a67f57cd.pdf). Durch entsprechende Nebenbestimmungen (Erl.Nr. 200 ff.) muss angestrebt werden, dass die denkmalpflegerischen Grundsätze beachtet, geeignete Restaurierungsmethoden angewandt und Baustoffe verwendet werden, die den bereits vorhandenen Materialien entsprechen oder mit der vorhandenen Substanz vergleichbar sind. Bei Vorhaben an oder in der Nähe von Denkmälern und Ensembles ist es in der Regel notwendig, besonders sorgfältig auf die Einhaltung der Gestaltungsvorschriften des Baurechts zu achten.

71

### **c) Unbestimmte Rechtsbegriffe**

Die meisten Tatbestandsmerkmale des Art. 6 sind sog. unbestimmte Rechtsbegriffe, die der Auslegung bedürfen. Dies gilt insbesondere für die Anknüpfungstatbestände des Abs. 1 wie beseitigen, verändern, Nähe, Bestand, Erscheinungsbild, gewichtige Gründe des Denkmalschutzes, unveränderte Beibehaltung, künstlerische Gründe. Die Behörden und die Gerichte müssen jeweils sorgfältig die entscheidenden Umstände ermitteln und unter die Rechtsbegriffe subsumieren, damit also das Gesetz konkretisieren. Dabei haben sie einen gewissen Beurteilungsspielraum, der

aber immer voll gerichtlich überprüfbar ist (s. z.B. BVerwG E 94, 307, 309; 100, 221, 225, ferner die Literatur zum Allgemeinen Verwaltungsrecht, z.B. Maurer, § 7 III Nr. 1 ff.).

72

#### d) Abwägung

Das BVerfG hat dem Denkmalschutz einen hohen Stellenwert innerhalb der Rechtsgüter eingeräumt. Allerdings bestehen neben dem Schutz der Denkmäler viele andere private und öffentliche Rechtsgüter, die regelmäßig oder zumindest in Einzelfällen in Konkurrenz geraten können. Im Extremfall steht das öffentliche Erhaltungsinteresse dem privaten Grundrecht des Eigentums gegenüber. Die Rechtsordnung stellt die Aufgabe, die Konflikte zu lösen und dabei die verschiedenen Rechtsgüter gegeneinander abzuwägen. Ergebnis können sowohl Kompromisse als auch strikte Lösungen zugunsten eines Rechtsguts sein. Das BayDSchG enthält (anders als andere Gesetze) keine Regelungen für die Lösung von Konfliktfällen. Aus dem insoweit vergleichbaren § 7 II NdsDSchG lässt sich aber übertragen, dass u.a. berücksichtigungsfähig sein können **öffentliche Interessen anderer Art**, zum Beispiel wissenschaftliche Gründe, die nachhaltige energetische Verbesserung eines Denkmals, der Einsatz erneuerbarer Energien, wenn diese Belange im Einzelfall das Interesse an der unveränderten Erhaltung des Denkmals **überwiegen** und den **Eingriff zwingend verlangen** (siehe u.a. die Rspr. des NdsOVG U. 3.5.2006 1 LB 16/05, dbovg, und des VG Meiningen B. v. 25.1.2006 5 E 386/05 Me, ThVBl. 2006, 163 zu den Solar- und Windkraftanlagen; s. a. Erl. 138 ff.). 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, Straßen- und Trassenbau, Informationstechnologie (Mobilfunksender, TV-Empfangsanlagen) Altstadtsanierung, die Wohnbedürfnisse der Bevölkerung. Für eine Veränderung können z. B. sprechen Gründe des Brandschutzes (OVG NW v. 21. 12. 1995 10 A 1891/91, EzD 2.2.4 Nr. 2), des Verkehrs (BayVGh v. 22. 12. 1994 14 B 94.806, EzD 2.2.6.1 Nr. 4), der Verkehrssicherheit für die Passanten (OLG Karlsruhe v. 19. 12. 1990 1 Ss 58/90, EzD 2.2.8 Nr. 6), des Naturschutzes, der besseren Versorgung der Bevölkerung (mit Geschäften ebenso wie mit öffentlichen Einrichtungen, NdsOVG U. v. 28.5.2002 1 LA 2929/01, dbovg) usw. Bei vielen dieser Belange wird es meist denkmalverträgliche Lösungen geben; ein Denkmal muss z.B. nicht abgebrochen werden, wenn es in einem Wasserschutzgebiet liegt. Die Behörden sind gehalten, sich nicht jeweils ohne eigene Überlegungen und ohne eine gewissenhafte Abwägung manchen apodiktischen Forderungen zur Berücksichtigung anderer Belange entgegenzustellen.

73

#### e) Ermessen

a) Die Entscheidung über die Erlaubnis steht nach Art. 6 II BayDSchG („kann versagt werden“ - anders andere deutsche Denkmalschutzgesetze) im **Ermessen** der Behörde, sie ist keine sog. gebundene Entscheidung. Sie ist nach Art. 6 II erst nach Ausübung des **Ermessens** zu erteilen, wenn das Vorhaben dem DSchG entspricht. Der Antragsteller hat zunächst nur einen **Rechtsanspruch** darauf, dass

bei Einschränkung oder Versagung der Erlaubnis vom Ermessen („kann“) pflichtgemäß Gebrauch gemacht wird. Je nach Sachlage kann das Ermessen auf Null reduziert sein, so dass praktisch ein Anspruch auf die Erlaubnis entstehen kann. Nach Art. 40 BayVwVfG hat die Untere Denkmalschutzbehörde ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten. 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 U. v. 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 Einzelfalls, die Unverhältnismäßigkeit einer Anforderung (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, Erl. 29 zu § 40). Bemerkenswert sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen des BayVGH zur Bedeutung des Ermessens in den U. v. 27.9.2007 (Abbruch als Ausnahmefall, Obliegenheiten [www.landesanwaltschaft.bayern.de/documents/00a02474b.pdf](http://www.landesanwaltschaft.bayern.de/documents/00a02474b.pdf)), 27.1.2010 (Abbruch, Zumutbarkeit, Nutzbarkeit, wirtschaftliche Einheit), 14.9.2010 (Aufstockung, Zumutbarkeit., wirtschaftliche Einheit), 18.10.2010 (Abbruch Sandizell, WFKMS, Bauunterhalt, Verkauf [www.landesanwaltschaft.bayern.de/images/PDFs/2011/1a63b.pdf](http://www.landesanwaltschaft.bayern.de/images/PDFs/2011/1a63b.pdf)), und 4.9.2012 (Abbruch, Zumutbarkeit, Sanierungsstau, Abstimmung mit Behörden) – Auszüge der Entscheidungen online unter [www.denkmalnetzbayern.de/uploads/a8cf21938659c329704f740823277503.pdf](http://www.denkmalnetzbayern.de/uploads/a8cf21938659c329704f740823277503.pdf).

Zu Ermessenentscheidungen im Zusammenhang mit den Zumutbarkeitsfragen siehe Martin/Mieth/Spennemann, Die Zumutbarkeit im Denkmalrecht, 2013, Kap. 3 Nr. 3.3.2.

74

**Nicht** Teil der Ermessensentscheidung ist die Abwägung mit den öffentlichen (oben Erl.Nr. 72) und den unten (Erl.Nr. 104 ff.) genannten privaten Belangen; das Gebot zur Abwägung mit den privaten Belangen folgt aus dem verfassungsrechtlich zu beachtenden Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** und ist Teil der gebundenen Entscheidung (ebenso VG Berlin v. 22.5.2002 16 A 368.97, EzD 2.2.6.1 Nr. 19; siehe auch unten zur Zumutbarkeit Erl.Nr. 104 ff.). Zur Begründungspflicht bei der Ermessensentscheidung vgl. Art. 39 I S. 3 BayVwVfG. Zur Nachprüfung von Ermessensentscheidungen s. § 114 Verwaltungsgerichtsordnung (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, Erl. zu § 114). Zur besonderen Bedeutung des Art. 141 BV bei der Ermessensentscheidung s. Erl.Nr. 78.

75

## f) Verfahren

Zu Verfahren, Antrag, Antragsunterlagen und Entscheidung bei Erteilung der Erlaubnis vgl. die Erl. zu Art. 15 I, II und IIa in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG; zu den Grundsätzen des Verwaltungsverfahrens s. das Verwaltungsverfahrensgesetz. Zur Kostenentscheidung vgl. Art. 17 DSchG.

#### IV. Denkmalrechtliche Grundsätze für Erlaubnis und Baugenehmigung

##### 1. Denkmalverträglichkeit:

**a) Versagung und Einschränkung der Erlaubnis:** Art 6 II enthält mit seinem abstrakten und deshalb auslegungsbedürftigen Formulierungen die Grundsätze für die **Versagung** der Erlaubnis. Die Formulierung betrifft nach ihrem engen Wortlaut zunächst nur den in der Praxis sehr seltenen Fall, dass ein bisheriger Zustand unverändert beibehalten werden soll. Bedenken gegen die Bestimmtheit der abstrakten und generalisierenden Anforderungen deshalb u.a. bei Hammer, NVwZ 2000, 46; dagegen Strobl/Sieche, § 8 DSchGBW, RdNr. 5. Das Wort „soweit“ erweitert den Anwendungsbereich aber dahingehend, dass sowohl **alle Stufen** von möglichen Eingriffen als auch alle Grade der Intensität dieser Eingriffe und Maßnahmen erfasst werden. Angesprochen wird mit diesem Satz generell das Gebot der Denkmalverträglichkeit für den Umgang mit Denkmälern: Alle vorgesehenen Maßnahmen an Denkmälern müssen hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf die Denkmäler untersucht und beurteilt werden.

Die **Ziele** der Denkmalverträglichkeit sind die Optimierung der durch zuführenden Maßnahme nach der gesetzlichen Vorgabe, die Denkmäler möglichst unverfälscht zu erhalten (ausdrücklich anerkannt z. B. von VG München v. 19.6.1995, M 8 K 94.308, V.n.b.). Diese „Oberpflicht“ gliedert sich entsprechend den Anforderungen des praktischen Umgangs mit Denkmälern in verschiedene „Unterpflichten, siehe die detaillierte **Zusammenstellung** unter [www.denkmalnetzbayern.de/uploads/ead2de97083f0f0fb414e2f8ab508c55.pdf](http://www.denkmalnetzbayern.de/uploads/ead2de97083f0f0fb414e2f8ab508c55.pdf)

Zu den **Prüfungskriterien** gehören u.a.:

- Substanzschutz und damit Respektierung des Bestandes,
- Wissenschaftliches Vorgehen bei der Vorbereitung und Durchführung,
- Geeignetheit bzw. Notwendigkeit eines Eingriffs,
- Minimierung der Eingriffe,
- Erhaltung von Kunstwert und Geschichtswert,
- Erhaltung von Überlagerungen,
- Bewahrung von Rahmen, Ausstattung und Harmonie,
- Reversibilität,
- Vermeidung von Verfälschungen,
- Material- und Technikgerechtigkeit,
- Dokumentation.

Wenn und soweit die beabsichtigten Maßnahmen ein Denkmal oder seine Ausstattung unter Verstoß gegen die Grundsätze der Denkmalverträglichkeit beeinträchtigen würden und soweit gewichtige Gründe des DSch (wobei das Wort hier nicht im technischen Sinn des Art. 12 II 1, sondern im Sinn der Erhaltung von Baudenkmalern zu verstehen ist) vorliegen, besteht die Möglichkeit, die Erlaubnis zu **versagen**. Dies gilt unmittelbar für die Fälle, in denen die unveränderte Beibehaltung des bisherigen Zustandes erforderlich ist; dann ist die Erlaubnis insgesamt zu versagen. Ist zwar nicht eine gänzlich unveränderte Beibehaltung des bestehenden Zustandes, wohl aber die Beachtung denkmalpflegerischer Belange erforderlich, so sind Vorhaben entsprechend auszurichten oder zu reduzieren oder es sind entsprechende Nebenbestimmungen zur Sicherstellung der Denkmalverträglichkeit vorzusehen (Erl.Nr. 200 ff.); in diesen Fällen gelten die materiellen Grundsätze des Abs. 2 entsprechend.

**b) Beeinträchtigung:** Das DSchG geht - ohne dass dies ausdrücklich in den Tatbestand aufgenommen wäre – davon aus, dass die Einwirkungen i. S. des Abs. 1 S. 1 generell ein Denkmal **beeinträchtigen können**. Die Frage, **ob** die einzelnen beabsichtigten, im Erlaubnis- oder Baugenehmigungsantrag vollständig aufzuführenden Maßnahmen ein Baudenkmal und/oder seine geschützten Ausstattungsstücke beeinträchtigen können, ist deshalb vorab zu prüfen. Sofern es sich nicht um fachgerechte Instandsetzungs- und Instandhaltungsmaßnahmen entsprechend den Gutachten des LfD handelt, ist dies regelmäßig anzunehmen. Die Unteren Denkmalschutzbehörden sind insofern tatsächlich (wenn auch nach den Verfahrensvorschriften nicht rechtlich) an die fachliche Beurteilung des LfD gebunden; unabhängig davon ist im Anschluss an diese Feststellung nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, ob trotzdem eine Erlaubnis erteilt werden muss. Bei Vorhaben in der **Nähe** von Baudenkmalern (Abs. 1 S. 2) ist die Beeinträchtigung zum ausdrücklichen einschränkenden Tatbestandsmerkmal gemacht. Erste Voraussetzung der Versagung einer Erlaubnis ist deshalb die Beeinträchtigung des Wesens, des überlieferten Erscheinungsbildes oder der künstlerischen Wirkung eines Baudenkmals. Fehlt es an einer Beeinträchtigung, so besteht kein Grund, eine Erlaubnis zu versagen; vgl. BWVGH U v. 20.6.1989 1 S 98/88, NVwZ RR 1990, 296 = EzD 2.2.6.4 Nr. 8 zum Abbruch einer Anlage in der Nähe eines Denkmals.

Das Wesen eines Baudenkmals wird z. B. **beeinträchtigt**, wenn in unmittelbarer Nähe einer durch die freie Landschaft führenden als Denkmal geschützten Allee ein Baugebiet ausgewiesen wird. Eine Beeinträchtigung der künstlerischen Wirkung eines Baudenkmals kann z. B. eintreten durch die Errichtung eines Gebäudes dicht neben einem in einer Parkanlage als Solitärbau konzipierten Schloss. Häufig wird in Fällen dieser Art auch eine Beeinträchtigung des Wesens des Baudenkmals gegeben sein. Als eine Beeinträchtigung des überlieferten Erscheinungsbildes eines Baudenkmals ist z. B. die Errichtung eines Hochhauses am Rande einer als Ensemble anzusprechenden Altstadt mit charakteristischer Silhouette anzusehen. Über Satz 2 kann daher auch, wie über § 35 BauGB, auf die Freihaltung eines Grundstücks vor weiterer Bebauung gedrungen, im Vorfeld einer Stadtsilhouette

kann einer Zersiedlung entgegengewirkt werden. Dagegen wird in der Regel nicht der Abbruch eines Gebäudes neben einem Baudenkmal verhindert werden können, vgl. BWVGH U v. 20.6.1989, 1 S 98/88, NVwZ RR 1990, 296 = EzD 2.2.6.4 Nr. 8. Zu Beeinträchtigungen siehe auch die umfangreichen Nachweise bei Strobl/Sieche, § 8 DSchGBW, RdNr. 15 ff.

81

**Kategorienadäquanz:** Die Denkmalverträglichkeit muss immer „kategorienadäquat“ beurteilt werden, d. h. sie muss sich an den für das Schutzobjekt maßgeblichen denkmalrechtlichen Bedeutungskategorien der Denkmalfähigkeit orientieren (z. B. OVG BE v. 6. 3. 1997 2 B 33/91, EzD 2.1.2 Nr. 34; dass. v. 31. 10. 1997 2 B 19/93 -, OVG 23, 5 = EzD 2.1.2 Nr. 26). Ebenso formuliert das OVG NW (v. 30. 7. 1993 7 A 1038/92, NVwZ-RR 1994, 135 = EzD 2.2.1 Nr. 4): Bei der Entscheidung ist danach zu unterscheiden, aus welchen Gründen die betreffende Anlage denkmalwert ist. Nur eine solcherart differenzierende Betrachtungsweise wird dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gerecht und verhindert Beschränkungen über Art. 14 Abs. 1 GG hinaus, insoweit zutreffend BWVGH v. 27. 6. 2005 1 S 2953/04, BauR 2005, 140 = EzD 2.2.6.2 Nr. 45. Aus diesen Erkenntnissen erfolgt der klare Auftrag an die für die Genehmigung zuständigen Behörden, im Rahmen des Verfahrens zunächst die Bedeutungskategorien herauszuarbeiten, um an diesen Parametern die Denkmalverträglichkeit der konkreten Vorhaben zu ermitteln. Auswirkungen kann dies insbesondere haben, wenn ein Geschichtsdenkmal verfälscht wird, ein Kunstdenkmal entstellt oder ein städtebauliches Denkmal seiner städtebaulichen Aussage beraubt wird.

82

**c) Verunstaltung:** Die Frage der Beeinträchtigung ist nicht gleichzusetzen mit einer Verunstaltung. Während es bei der Verunstaltung nach ständiger Rechtsprechung (seit BVerwG v. 28.6.1955 I C 146.53, E 2, 172, 177) auf das Empfinden des sogenannten gebildeten Durchschnittsbetrachters ankommt (Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG, Einleitung), ist die Frage der Beeinträchtigung eines Denkmals ausschließlich nach denkmalfachlichen Gesichtspunkten zu beurteilen. Berufen zur Begutachtung ist das LfD als Fachbehörde für alle Fragen des DSch (Art.12 I S. 1, II S. 2 Nr. 1 und 5; einhellige Rspr, z. B. OVG NI v. 5.9.1985 6 A 54/83, BRS 44, 298, ferner dass. v. 9.4.1987, NuR 1988, 254, v. 2.10.1987, NVwZ 1988, 1143 und OVG NW v. 23.2.1988 7 A 1936/86, EzD 2.1.2 Nr. 1. Zweifel an der alleinigen Maßgeblichkeit des LfD und Forderung nach unabhängigen Sachverständigen bei Moench/Schmidt a.a.O. S. 64 f.). Für die Annahme einer Beeinträchtigung braucht zudem die Bedeutungsschwelle der Verunstaltung bei weitem nicht erreicht zu sein; zu möglichen Überschneidungen s. Strobl/Sieche, § 8 DSchGBW, RdNr. 16. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch die unterschiedliche Aufgabenstellung von Denkmalpflege, Baukultur (s. § 1 Abs. 6 Nr. 5 usw. BauGB) und Stadtbildpflege; letzteren sind Milieu und reizvolle Bausituation auch dann angelegen, wenn es sich nicht um Denkmäler handelt. Die an bloßen Gestaltwerten orientierte Stadtbildpflege ist von den denkmalpflegerischen Grundsätzen und Zielen scharf zu trennen (vgl. Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG, Erl. zu Art. 1, und Einführung). Vgl. in diesem Zusammenhang auch die differenzierende Darstellung bei Moench/Schmidt, a.a.O. S. 3 ff. und unten Erl.Nr. 137 ff.

Nicht gleichbedeutend mit einer Verunstaltung muss z.B. die Verwendung eines falschen Materials sein. Die Grundsätze der **Materialgerechtigkeit** (Verwendung traditioneller Materialien) und der **Technikgerechtigkeit** (Anwendung traditioneller Techniken der Bearbeitung) gelten unabhängig davon (siehe z.B. BayVGH U v. 6.11.1996 2 B 94.2926, EzD 2.2.6.2 Nr. 11), wenn auch oft bei einem falscher Materialien gleichzeitig eine Verunstaltung vorliegen kann (siehe die Ausführungen unter Erl.Nr. 146, 150, 159 ff.).

83

**d) Unveränderte Erhaltung:** Ist bei Durchführung eines Vorhabens eine Beeinträchtigung (Erl.Nr. 48 ff.) eines Baudenkmals zu erwarten, so ist zu ermitteln, ob und gegebenenfalls welche gewichtigen Gründe des DSch für die unveränderte Beibehaltung des bisherigen Zustandes oder für die Einhaltung denkmalpflegerischer Grundsätze sprechen. Verdient ein Denkmal schon wegen seiner geschichtlichen, kulturellen oder sonstigen Bedeutung der Nachwelt erhalten zu werden, muss dies in aller Regel in der überkommenen Form geschehen; nur auf diese Weise vermag es einen unverfälschten, wirklichkeitsbezogenen Eindruck aus früherer Zeit zu vermitteln (BayVGH U v. 15.12.1981 Nr. 12 I 78, V.n.b.). Entsprechendes gilt nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit für die Festsetzung von Nebenbestimmungen, sofern Vorhaben sonst nicht erlaubt oder genehmigt werden könnten (Erl.Nr. 200 ff.).

84

**e) Grundsätze der Denkmalpflege:** Die Beurteilung von Maßnahmen auf ihre Vereinbarkeit mit den „Gründen des Denkmalschutzes“ (Abs. 2 Sätze 1 und 2) beziehungsweise auf ihre Denkmalverträglichkeit hin setzt die Kenntnis und Anerkennung der Grundsätze der Denkmalpflege voraus (s. auch die **Zusammenstellung der Grundsätze** der Denkmalverträglichkeit online unter [www.denkmalnetzbayern.de/uploads/ead2de97083f0f0fb414e2f8ab508c55.pdf](http://www.denkmalnetzbayern.de/uploads/ead2de97083f0f0fb414e2f8ab508c55.pdf) und die Erl. zu Art. 12 in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG). Die deutschen Denkmalschutzgesetze haben weitgehend darauf verzichtet, die materiellen Inhalte der Denkmalpflege und des Denkmalschutzes zu definieren und zu formulieren; sie haben sich in der Regel auf dem Art. 6 Abs. 2 S. 1 DSchG vergleichbare abstrakte Generalklauseln beschränkt. Damit kommt den Vollzugsbehörden die anspruchsvolle Aufgabe zu, entsprechende Vorgaben und Begründungen für jede einzelne Problemstellung gutachtlich zu formulieren und umzusetzen. Hilfen für die Praxis zur Anwendung der fachlichen Grundsätze geben neben dem mittlerweile beachtlichen Bestand an bestätigenden Gerichtsurteilen zu denkmalfachlichen Fragen und zur Anerkennung des Sachverständes der staatlichen Denkmalämter (Erl. zu Art. 12 in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG) die internationalen Übereinkommen über derartige Grundsätze (Erl.Nr. 85) und die Grundaussagen deutscher Denkmalschutzorganisationen (Erl.Nr. 86). Diesen kommt allerdings selbst **keine unmittelbare Rechtswirkung** zu; sie müssen jeweils durch Rechtsakte wie Genehmigungen, Erlaubnisse oder Verträge umgesetzt werden.

85

An **internationalen Übereinkommen** zu den Fragen der Denkmalverträglichkeit, die weltweit anerkannte Grundsätze der Denkmalpflege formulieren, sind insbesondere zu erwähnen die Chartre von Venedig, Washington, Florenz und Lausanne

(Archäologie). Wichtige Aussagen der **Charta von Venedig** über die Konservierung und Restaurierung von Denkmälern (1964 – Kommentar in Martin/Krautzberger Teil D Kap.I I Nr. 4): Gleichwertigkeit von Kunst- und Geschichtswert (Art. 1), Pflege als oberster Grundsatz (Art. 4), Bewahrung des Rahmens und der Harmonie (Art. 6), Einheit von Denkmal und Ausstattung (Art. 8), Ausnahmecharakter von Restaurierungsmaßnahmen (Art. 9), Verbot der Hypothese, Gebot von vorbereitenden und begleitenden Untersuchungen sowie Dokumentation (Art. 9, 16), Einsatz moderner Techniken (Art. 10), Absage an die Stilreinheit, Respekt vor sich überlagernden Zuständen (Art. 11), Grundsätze für Ergänzungen und Hinzufügungen (Art. 12, 13). Die Charta von **Washington** zur Denkmalpflege in historischen Städten (1987 – abgedruckt in Martin/Viebrock/Bielfeldt Kennzahl 48.12) formuliert Grundsätze und Ziele und nennt Methoden und Mittel. Hieraus zu entnehmen sind vor allem Hilfen für die Behandlung von Ensembles, weil die Beziehungen der materiellen und geistigen Elemente einer Stadt angesprochen werden. Aus ihrer Bedrohung werden Forderungen abgeleitet für das äußere Erscheinungsbild, Strukturen, Funktionen; herausgestellt wird der interdisziplinäre Charakter der Aufgabenstellung. Die Charta von **Florenz** (1981 – abgedruckt u.a. in Martin/Krautzberger Teil D Kap. VII Nr. 5 b) befasst sich mit Spezialfragen der Gartendenkmalpflege; sie sieht die Gärten als lebende und sich ständig verändernde Denkmäler, deren Erhaltung spezielle Maßnahmen erfordert. Auch für die Restaurierung gelten eigene Regeln (Art. 15 ff.). Die genannten Übereinkommen gehen von gemeinsamen Grundsätzen der Denkmalpflege aus; sie haben eine gemeinsame Sprache gefunden. Einzelheiten in Petzet, Grundsätze der Denkmalpflege, 2010; eine Zusammenstellung auch in Denkmalschutz/Texte zum Denkmalschutz und zur Denkmalpflege, herausgegeben vom Deutschen Nationalkomitee für Denkmalschutz, Bonn 1993.

86

An Grundaussagen **deutscher Denkmalschutzorganisationen** liegen zu den Fragen der Denkmalverträglichkeit u. a. vor:

- DNK-Empfehlungen zu Gestaltungssatzungen (1980)
- DNK-Entschießung zur Rettung vor Umwelteinflüssen (1983)
- DNK-Siedlungen der 20er Jahre (1985)
- DNK-Nutzung von Denkmälern (1985)
- DNK-Schutz bei Katastrophen (1985)
- DNK-Denkmalschutz im ländlichen Raum (1988)
- DNK-Bauten der 50er Jahre (1990)
- Vereinigung der Landesdenkmalpfleger u.a. über kulturelles Erbe im ländlichen Raum (1988), zur Erneuerung historischer Stadtbereiche (1990), Straßen und Plätze (1990), neu entwickelte Ersatzstoffe bei der Instandsetzung (1990), Ausbau von Dachräumen (1991), Fenster (1991), Untersuchungen und Dokumentation, Bebauungspläne, Bauforschung (2001), Energieeinsparung (ENEV 2007, 2009), Solaranlagen (2010), Inventarisierung (2005);

Nachweis von Fundstellen in Martin/Krautzberger Übersicht 3 in Teil D Kapitel II Nr. 2; einige sind abgedruckt u.a. in Denkmalschutz, DNK 1993. Zur VdL s. [www.denkmalpflege-forum.de/](http://www.denkmalpflege-forum.de/).

Zu den Empfehlungen des bayerischen Landesdenkmalrats für Baumaßnahmen innerhalb und in der Nähe von Ensembles s. unten Erl. Nr. 153 ff. und die Erl. zu Art. 14 in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG. Zur Anerkennung und Verwertbarkeit bei der Rechtsprechung dieser Grundaussagen z. B. VG Kassel v. 3.9.1990 2/3 E 794/87, V.n.b. (S. 11).

87

#### f) Gewichtige Gründe

Die Beurteilung der Denkmalverträglichkeit (ob gewichtige Gründe des DSch vorliegen), ist eine Fachfrage, die in jedem Einzelfall zu prüfen ist. Es handelt sich um einen uneingeschränkt nachprüfbaren unbestimmten Rechtsbegriff auf der Tatbestandsseite der Norm, der mit Ermessen auf ihrer Rechtsfolgeseite gekoppelt ist (BayVGH U. v. 8.5.1989 14 B 88.02426, BayVBI 1990, 208; s. auch oben Erl.Nr. 73 f.). Berufen zur Beurteilung ist in erster Linie das Landesamt für Denkmalpflege, weil nur sehr wenige untere Denkmalschutzbehörden über ausreichenden und geschulten Sachverstand hinsichtlich der Fachfragen verfügen. Dies gilt z.B. in Restaurierungsfragen, in städtebaulichen Fragen, in Fragen der Untersuchung und Bergung. Die Bewertung der Fachbehörde kann durch eine laienhafte bloß andere Beurteilung nicht erschüttert werden (NdsOVG U. v. 30.6.2009 7 KS 186/06, NdsVBI. 2010,11), sie kann auch durch langjährige Verwaltungserfahrung in einer unteren Denkmalschutzbehörde nicht ersetzt werden. Anders als im Baugestaltungsrecht kommt es nicht auf den sogenannten gebildeten Durchschnittsmenschen an, also auf das Empfinden jedes für ästhetische Eindrücke offenen Betrachters, da die Beurteilung ein **Vertrautsein** mit dem zu schützenden Baudenkmal und seiner Epoche voraussetzt (unter Hinweis auf NdsOVG U. v. 5.9.1985 6 OVG A 54/83, OVG 39, 323, 325 und seine std. Rspr.; ebenso OVG NW U. v. 3.9.1996 10 A 1453/92, NRWE, und v. 22.01.1998 11 A 688/97, NRWE).

88

Im **Denkmalrecht** gelten also andere Voraussetzungen u.a. hinsichtlich der Gestaltung und eintretender Beeinträchtigungen. Im Baurecht ist hinsichtlich einer Verunstaltung abzustellen auf einen das ästhetische Empfinden des Beschauers nicht bloß beeinträchtigenden, sondern verletzenden Zustand (vgl. BVerwG U. v. 28.6.1955 I C 146.53, BVerwGE 2, 172); dabei kommt es auf einen gebildeten ästhetischen Eindrücken offenen Durchschnittsbetrachter ankommt (BayVGH U. v. 9.6.2000 2 B 96.2571, BayVBI 2001, 211) und es muss bei einem nicht unbeträchtlichen, in durchschnittlichem Maße für ästhetische Eindrücke aufgeschlossenen Teil der Betrachter nachdrücklich Protest ausgelöst werden (allg. Auffassung, u.a. BVerwG B. v. 13.4.1995 4 B 70.95, NJW 1995, 2648, HessVGH U. v. 24.11.1995 4 UE 1290/92, BRS 57 Nr. 289). Die Rechtsprechung der anderen Bundesländer ist nicht einheitlich. Ob eine Beeinträchtigung erheblich ist, sei nach dem **Urteil eines sachverständigen Betrachters** (so Viebrock, § 16 Rdnr. 26 HessDSchG), zumindest jedoch eines für die Belange der Denkmalpflege **aufgeschlossenen** Durchschnittsbetrachter festzustellen (so HessVGH U. v. 2.3.2006 4 UE 2636/04, EzD 2.2.6.2 Nr. 68; BWVGH B. v. 23.7.1999 1 S 2998/89

BRS 50 Nr. 135; ders. U. v. 16.11.2005 1 S 2953/04, juris = EzD 2.2.6.2 Nr. 51; OVG RP B. v. 16.8.2011 8 A 10590, juris). Mit der zweifelhaften Begründung, dieses Empfinden sei ganz wesentlich durch die tatsächliche Entwicklung der letzten Jahre beeinflusst, dass PV-Anlagen gerade auf Scheunendächern in ländlich strukturierten Gegenden **heute zum normalen Erscheinungsbild gehörten**, hat der BWVGH für die dortige Rechtslage eine Anlage unter Missachtung des „für die Denkmalpflege aufgeschlossenen Betrachters“ zugelassen (B. v. 1.9.2011 1 S 1070/11, juris; Kritik u.a. von Davydov, Urteilsanmerkung, REE 2011, 245).

89

Ob die Gründe **gewichtig** sind, ist gesondert festzustellen; dabei ist davon auszugehen, dass im Grundsatz bei jedem Denkmal das Erhaltungsinteresse besteht und damit Gründe für die unveränderte Beibehaltung des bisherigen Zustandes indiziert sind - ebenso gegen BayVGH v. 21.2.1985 das VG Augsburg U v. 20.5.1987 Au 4 K 86 A.672, V.n.b. Der BayVGH U. v. 27.3.1979 305 I 74, BayVBI 1979, 616 führt aus: „Ist aber dem 1821 erbauten Schulhaus der Charakter eines Baudenkmals im Sinne des Art. 1 Abs. 2 DSchG beizumessen, konnte auch aus gewichtigen, für dessen unveränderte Belassung sprechenden Gründen die zum Abbruch erforderliche Baugenehmigung nach Art. 6 III S. 2 in Verbindung mit II S. 1 versagt werden“ (617). Das Gericht bestätigte damit das VG München (U. v. 6.5.1974 M 1 III 74, BayVBI 1974, 649), indem es im Grundsatz bereits die Gründe, die eine Sache zu einem Denkmal machen, schon für sich genommen als so gewichtig einstufte, dass sie die Versagung der Erlaubnis oder der Baugenehmigung rechtfertigen können. Dieser Meinung wird in der Regel zu folgen sein. Demgegenüber geht BayVGH U. v. 21.2.1985 (a.a.O.; ebenso VG Ansbach U. v. 31.10.2000 AN 9 K 99.01493, EzD 2.2.6.2 Nr. 19 mit Anm. Eberl, und VG Ansbach U. v. 24.7.2002 AN 3 K 99.01379, EzD 2.2.6.1 Nr. 21) davon aus, dass die Anforderungen des Art. 6 II gegenüber Art. 1 I verschärft seien, da denkmalpflegerisch untergeordnete Objekte auszuscheiden seien. Das U. v. 8.5.1989 hat ausdrücklich offengelassen, ob eine gegenüber Art. 1 I gesteigerte Bedeutung vorliegen muss (a.a.O. S. 209). Im Hinblick auf diese noch nicht abschließend geklärte Rechtsfrage sollte in jedem Einzelfall die Gewichtigkeit der Gründe besonders geprüft werden. S. auch die Erl. zu Art. 1 in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG

90

### **g) Zu berücksichtigende und nicht zu berücksichtigende Umstände**

91

#### **aa) Zu berücksichtigende Umstände und Faktoren**

**Zu berücksichtigen** sind bei der Entscheidung über Baugenehmigung oder Erlaubnis (im Einzelfall mit unterschiedlicher Tragweite) folgende Faktoren:

– Ob ein Denkmal aus tatsächlichen Gründen in naher Zukunft unabwendbar dem Verfall anheim gegeben ist (BayVGH v. 21. 2. 1985, BayVBI. 1986, 399, und v. 27. 9. 2007 1 B 00.2474, juris = EzD 1.1 Nr. 18). Dieses Kriterium gilt allerdings nicht bei Denkmälern, die gerade als Ruinen oder Reste zu erhalten sind (z. B. Burgruinen, Teile und Reste von Denkmälern); hiervon zu unterscheiden ist die Situation, dass lediglich eine kostenaufwändige umfassende Sanierung oder Konservierung nötig ist (BayVGH v. 8. 10. 1990 B 89.320, V.n.b.; zumindest

missverständlich OVG NW v. 4. 12. 1991 7 A 1113/90, NVwZ 1992, 1218 = EzD 2.2.6.1 Nr. 2).

92

– Ob bei einer Baumaßnahme mangels genügend verbleibender Substanz eine bloße Rekonstruktion entstände und die Identität des Denkmals im Kern untergehen müsste (BayVGh v. 22. 9. 1986 14 B 85 A.1511, BayVBl. 1987, 597 = EzD 2.2.6.1 Nr. 7). S. zur Rekonstruktion auch Erl. Nr. 173.

93

– Ob für ein Denkmal überhaupt eine annehmbare Nutzung in Betracht kommt, oder ob es nur gleichsam als Museum bestehen bleibt. Spätestens seit dem Beschl. des BVerfG vom 2.3.1999 ist es notwendig, in der Begründung zu verdeutlichen, dass ggf. die Gebote einer Kompensation (s. die Erl. zu Art. 20 in iEberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG) und die Verkaufsmöglichkeit (s. Erl.Nr. 116 f.) beachtet sind.

94

Die untere Denkmalschutzbehörde hat zu ermitteln, welche **sonstigen öffentlichen Belange** für die Erlaubnis sprechen und diese **abzuwägen**. Dabei ist jeweils sorgfältig zu prüfen, ob diesen Interessen nicht auch auf eine die Belange des Denkmalschutzes wahrende oder weniger beeinträchtigende Weise Rechnung getragen werden kann, s. oben Erl.Nr. 72.

95

**Bedeutung des Denkmals:** Die Gewichtigkeit der Gründe kann sich zwar auch aus der Bedeutung des Denkmals ergeben. Ob aber eine gesteigerte Denkmalbedeutung („Unverzichtbarkeit“ von Denkmälern mit überörtlicher Bedeutung, nicht nur ortsgeschichtlicher Bezug, nationales Denkmal oder sogar Welterbestätte) das öffentliche Erhaltungsinteresse verstärken kann, ist umstritten. Eine erhöhte denkmalpflegerische Wertigkeit des Denkmals kann das Gewicht des Erhaltungs- oder Instandsetzungsverlangens erhöhen, so auch BVerfG v. 2.3.1999, E 100, 226, Volltext unter [www.bverfg.de/entscheidungen/ls19990302\\_1bvl000791.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls19990302_1bvl000791.html). Im Einzelfall kann der Stellenwert eines Denkmals so hoch sein, dass seine gänzlich unveränderte Erhaltung ungeachtet aller für einen Abbruch oder eine Veränderung sprechenden Gründe geboten ist (BayVGh U. v. 21.2.1985, BayVBl. 1986, 399, 401, Martin in Kleine-Tebbe/Martin, Denkmalrecht in Niedersachsen, 2013, Erl. 4.3.1.3 zu § 10.). Dasselbe gilt für die Abwägung innerhalb der Zumutbarkeitsprüfung anlässlich eines Abbruchartrags: Ohne Gewicht sind im Grundsatz die Häufigkeit des Denkmaltyps, das Erreichen einer „Bedeutungsschwelle“ (wie hier BayVGh U. v. 14. 3. 1988 14 B 87.00500, V.n.b., und U. v. 27.9.2007 1 B 00.2474, EzD 1.1 Nr. 18 = BayVBl 2008, 148 = [www.landesanwaltschaft.bayern.de/documents/00a02474b.pdf](http://www.landesanwaltschaft.bayern.de/documents/00a02474b.pdf)) die künstlerische Vollendung oder ein originaler Erhaltungszustand; denn der Gesetzgeber hat bewusst auf eine Klassifizierung der Denkmäler verzichtet und allein auf die ideelle Wertigkeit abgestellt. Auch bei vermeintlich „geringwertigen“ Denkmälern liegen deshalb so lange gewichtige Gründe für den bisherigen Zustand vor, als keine noch gewichtigeren Gründe für die Änderung oder den Abbruch bestehen (ebenso VG Augsburg 20. 5. 1987 Au 4 K 86 A.672, V.n.b., und BayVGh 27.9.2007 a.a.O.; irrig

BWVG 10. 5. 1988 1 S 524/87, NVwZ 1989, 238 = EzD 2.2.6.1 Nr. 1; missverständlich HessVG 29. 5. 1981, ESVGH 31, 277). Die Erlaubnis zur Beseitigung soll in Betracht kommen, wenn die Denkmalbedeutung besonders gering ist, im Rahmen einer Wirtschaftlichkeitsrechnung spielt sie aber keine Rolle so OVG NW vom 20.3.2009 10 A 1406/08, NRWE = EzD 5.4 Nr. 18 = [www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg\\_nrw/j2009/10\\_A\\_1406\\_08urteil20090320.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2009/10_A_1406_08urteil20090320.html).

96

**Art und Intensität** des beabsichtigten Eingriffs müssen ins Verhältnis gesetzt werden zu den „gewichtigen Gründen“. Einem Abbruch und damit der Vernichtung werden in aller Regel gewichtige Gründe des Denkmalschutzes entgegenstehen (ebenso sogar Haaß in Basty/Beck/Haaß, Rechtshandbuch RdNr. 404). Sonstige Eingriffe müssen versagt werden, wenn sie ohne Not oder nicht fachgerecht durchgeführt werden. Bei untergeordneten Teilen eines Denkmals können Beeinträchtigungen eher hingenommen werden (OVG NW v. 2. 11. 1988 7 A 1826/86, BRS 48.291 = EzD 2.2.1 Nr. 5). Veränderungen an nicht nutzbaren Denkmälern, die ohne Eingriffe dem Verfall anheim gegeben wären, können hingenommen werden, wenn damit die Erhaltung auf Dauer gewährleistet wird (ähnlich § 9 Abs. 1 Satz 1 NdsDSchG); das Fehlen einer Nutzung in einer Übergangszeit rechtfertigt einen Abbruch nicht (BayVG v. 14. 3. 1988 14 B 87.00500, V.n.b.). Für die Gewichtigkeit der Gründe kann es schließlich auch auf gewisse sozialpsychologische Umstände ankommen: zu befürchtende **Bezugsfälle**, die negative Vorbildwirkung von Bausünden, die Wirkung auf die Öffentlichkeit (BayVG v. 11. 12. 1991 14 B 91.167, BayVBl. 1992, 376, 377 = EzD 3.3 Nr. 8). Je mehr ein Denkmal im Interesse der Öffentlichkeit steht, je mehr sich die Öffentlichkeit damit identifiziert (Kirchen, Pfarrhöfe, Schulhäuser, bekannte archäologische Stätten), umso gewichtiger kann im Einzelfall das Anliegen der „unveränderten Beibehaltung“ sein.

97

Nicht als Gründe des Denkmalschutzes, aber im Rahmen der Entscheidung trotzdem zu berücksichtigen ist bei Baugenehmigungen, ob das Vorhaben **öffentlich-rechtlichen Vorschriften** (zu denen auch das DSchG gehört) widerspricht. Eine entsprechende Formulierung fehlt für die denkmalrechtliche Erlaubnis, deren Reichweite zwar auf das Denkmalrecht eingeschränkt ist, die aber auch z.B. mögliche Gefahren für das Denkmal einschließen muss (siehe Art. 4 I Satz 1 – siehe dort).

98

#### **bb) Nicht zu berücksichtigende Umstände**

**Nicht berücksichtigt** werden kann bei der Entscheidung über Erlaubnis und Baugenehmigung für ein Denkmal eine Reihe von Umständen, die nichts darüber aussagen können, ob Gründe für eine **Erhaltung** des Denkmals sprechen:

99

**Kosten und Rendite:** Unberücksichtigt bleiben **im Regelfall** die bei Erhaltungsmaßnahmen entstehenden Kosten oder die Einschränkungen hinsichtlich Rendite und Gewinn, die bei Denkmälern häufig eintreten. Das DSchG vermeidet

gerade durch die Bereitstellung von Vorteilen (insbesondere Steuer und Zuschüsse) das Hineinwirken wirtschaftlicher Faktoren in die Frage der Genehmigungsfähigkeit (im Grundsatz zutreffend, wenn auch im Lichte des Beschlusses des BVerfG von 1999 teilweise zu hinterfragen, z. B. BayVGh v. 22. 12. 1994 14 B 94.806, EzD 2.2.6.1 Nr. 4; HessVGh v. 16. 3. 1995 4 UE 3505/88, EzD 5.3 Nr. 3; ders. v. 18. 1. 2006 9 TG 3162/05, EzD 2.2.5 Nr. 15; anders für die dortige Rechtslage BWVGh v. 27. 5. 1993, BRS 55, 375). Nicht ausschlaggebend kann insbesondere die oft entsprechend den privaten Interessen und Vorlieben des Antragstellers gewillkürte Kostenschätzung des Antragstellers für einen anspruchsvollen Ausbau mit tief greifenden Eingriffen in die Substanz sein (VG München v. 25. 4. 2002 M 11 K 01.3201, EzD 2.2.6.1 Nr. 18). Abzustellen ist auf die zur Erhaltung des Denkmals notwendigen Maßnahmen. Die Tragung erhöhter Kosten lässt sich bei nutzbaren Denkmalen auch damit rechtfertigen, dass ohne entsprechende Aufwendungen zur Herstellung der Denkmalverträglichkeit (Erl.Nr. 123 f.) ein Eingriff oft gänzlich abgelehnt werden müsste; die Kostentragung ist demgegenüber das „mildere Mittel“. Zu Bauunterhalt, sicherheitsrechtlich veranlassten Kosten und zum denkmalpflegerischen Mehraufwand s. unten Erl.Nr. 110 ff.

100

**Fehlen sinnvoller Nutzungsmöglichkeit:** Lediglich für den eng umrissenen **Ausnahmefall** hat das BVerfG festgestellt: „Anders liegt es, wenn im Ausnahmefall keinerlei sinnvolle Nutzungsmöglichkeit mehr besteht, auch ein dem DSch aufgeschlossener Eigentümer keinen vernünftigen Gebrauch von dem Denkmal macht, es auch nicht **veräußern** kann und damit die Privatnützigkeit nahezu vollständig beseitigt wird“ (BVerfG v. 2. 3. 19991 BvL 7/91, BVerfGE 100, 226 = EzD 1.1 Nr. 7 = [www.bverfg.de/entscheidungen/lis19990302\\_1bvl000791.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/lis19990302_1bvl000791.html)). Es ist nicht zulässig, diese Aussage dadurch zu konterkarieren, dass nun in jedem Einzelfall aus wirtschaftlichen Interessen des Antragstellers ein Verfassungsverstoß der Verweigerung der Zerstörung des Denkmals konstruiert wird (so aber wohl Haaß in Basty/Beck/Haaß, Rechtshandbuch, RdNr. 437 ff.). Zur Verkaufsmöglichkeit s. Erl.Nr. 116 f. Siehe zusammenfassend zur Zumutbarkeit die Erl.Nr. 104 ff.

101

**Unterlassene Instandsetzung:** Unberücksichtigt bleiben im Grundsatz der **Zustand** und die technische **Erhaltungsfähigkeit** als solche, zumal wenn der Eigentümer eine Verwahrlosung erst herbeigeführt hat (NdsOVG v. 2. 10. 1987, NVwZ 1988, 1143). Zur Zurechnung von unterlassenem Unterhalt usw. s. Erl.Nr. 110 f. Auch die Erhaltbarkeit **im bisherigen Zustand** ist nicht wesentlich (BayVGh v. 12. 6. 1978, BayVBl. 1979, 118, 119). Zum Bauunterhalt s. auch unten Erl.Nr. 110.

102

**Belastungen der öffentlichen Hand** bleiben unberücksichtigt, die auf den Staat, die Kreise oder die Gemeinden zukommen können, wenn z. B. gegebenenfalls eine Kompensationspflicht (s. die Erl. zu Art. 20 in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG) entstehen könnte. Siehe auch BayVGh v. 22. 12. 1994 14 B 94.806, EzD 2.2.6.1 Nr. 4; OVG NW v. 18. 5. 1984 11 A 1776/83, EzD 2.2.6.1 Nr. 6 und v. 4. 12. 1991 7 A 1113/90, NVwZ 1992, 1218 = EzD 2.2.6.1 Nr. 2.

103

Die für und die gegen die Zulassung des Vorhabens sprechenden Gründe sind gegeneinander **abzuwägen**; s. Erl.Nr. 68 ff. zum besonderen Stellenwert des Denkmalschutzes und wann ein anderes Interesse „**den Eingriff zwingend verlangt**“.

104

## 2. Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit

Art 4 I macht die Erhaltungspflicht und damit indirekt den Anspruch auf Erlaubnis davon abhängig, ob die Erhaltungspflichten den Pflichtigen zuzumuten sind. Das BayDSchG hat – anders als andere Denkmalschutzgesetze – die Zumutbarkeit nicht weiter umschrieben; dies ist unschädlich, da der unbestimmte Rechtsbegriff auslegungsfähig ist. Allein aus dem Gesetzeswortlaut lassen sich trotzdem 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.

105

**Literatur:** Zusammenfassend Martin/Mieth/Spennemann, Die Zumutbarkeit im Denkmalrecht, 2013; Martin, Die Zumutbarkeit im denkmalrechtlichen Erlaubnisverfahren, BayVBl 2013, 257. **Rechtsprechung** insbesondere in EzD, BRS Band 77 und auch unveröffentlichte (V.n.b.) Entscheidungen online in Denkmalrecht in Deutschland ([www.denkmalnetzbayern.de/index.php/menueeintrag/index/id/65](http://www.denkmalnetzbayern.de/index.php/menueeintrag/index/id/65)).

106

### a) 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, Teil G RdNr. 97). Erst in den letzten Jahren wird deutlich dass die Rspr. (insbesondere BayVGh v. 18.10.2010 1 B 06.63, BayVBl. 2011, 303 = [www.landesanwaltschaft.bayern.de/images/PDFs/2011/1a63b.pdf](http://www.landesanwaltschaft.bayern.de/images/PDFs/2011/1a63b.pdf) im Anschluss an den B. des BVerfG v. 2.3.1999, E 100, 226) 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.

107

### b) Verhältnismäßigkeit

Dies hat zur Folge, dass es in der Praxis der Behörden und Gerichte auf die wirtschaftliche Zumutbarkeit der Erhaltung eines Denkmals 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 NdsDSchG). Ergebnis dieser Gewichtung ist die Berechnung der Zumutbarkeit im Einzelfall.

108

### c) Objektive und subjektive Kriterien für die Zumutbarkeit

Die meisten Gerichte haben 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. Zu den objektiven Kriterien gehören u.a. Bedeutung und Zustand des Denkmals, die verlangten Maßnahmen, Nutzungsmöglichkeit, unterlassener Bauunterhalt, Kosten. 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), s. Erl.Nr. 121 f.

109

### d) Zumutbarkeit als Grenze

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.

110

#### aa) Der Bauunterhalt

Nach mittlerweile herrschender Meinung kann sich der Verpflichtete nicht auf die Belastung durch erhöhte Erhaltungskosten berufen, die dadurch verursacht wurden, dass **Erhaltungsmaßnahmen** dem DSchG oder sonstigem öffentlichem Recht zuwider **unterblieben** sind (ausdrücklich z.B. § 7 NdsDSchG). 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 (B. v. 21.4.2009 4 C 3.08, juris = EzD 2.2.6.4 Nr. 42 = [www.bverwg.de/entscheidungen/entscheidung.php?ent=210409U4C3.08.0](http://www.bverwg.de/entscheidungen/entscheidung.php?ent=210409U4C3.08.0); a.A: z.B. Haaß, Privatnützigkeit und Wirtschaftlichkeitsberechnung im Denkmalschutz, NVwZ 2002, 1054). 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 (U. v. 18.10.2010 [www.landesanwaltschaft.bayern.de/images/PDFs/2011/1a63b.pdf](http://www.landesanwaltschaft.bayern.de/images/PDFs/2011/1a63b.pdf)) 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 (OVGNW B. 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.

111

### **bb) Sonstige zumutbare Kosten**

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 [www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20100414\\_1bvr214008.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20100414_1bvr214008.html) und NdsOVG B. v. 22.6.2010 1 ME 89/10, juris). Der BayVGH (U. 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). 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 U. v. 18.3.2009, juris RdNr. 50; a. A. wohl noch OVG NRW U. v. 4.5.2009, juris RdNr. 45 = [www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg\\_nrw/j2009/10\\_A\\_699\\_07urteil20090504.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2009/10_A_699_07urteil20090504.html), OVG LSA U. v. 15.12.2011 2 L 152/06, [www.rechtsportal.de/Rechtsprechung/Rechtsprechung/2011/OVG-Sachsen-Anhalt](http://www.rechtsportal.de/Rechtsprechung/Rechtsprechung/2011/OVG-Sachsen-Anhalt), und z.B. Haaß, Privatnützigkeit und Wirtschaftlichkeitsberechnung im Denkmalschutz, NVwZ 2002, 1054). Manche Entscheidungen beziehen in die Rechnung zutreffend sogar abschätzbare oder nicht abschätzbare „Folgelasten“ ein (BWVG U. v. 10.5.1988 1 S 1949/87, EzD 2.2.6.1 Nr. 8). Zutreffend ist der Hinweis von Schmaltz/Wiechert (Rn. 46 zu § 7 NdsDSchG), dass bei rechnerischer Unwirtschaftlichkeit einer Gesamtanierung immer auch geprüft werden muss, ob eine **Teilsanierung** bzw. Teilerhaltung als ggf. wirtschaftliche, leichter finanzierbare und zumutbare **Alternative** ausreicht.

112

### **cc) Maßgebliche Grundstückseinheit**

Uneinheitlich wird beantwortet, auf welche Einheit sich eine Wirtschaftlichkeitsberechnung beziehen muss. Entscheidende Hinweise gibt das BVerfG in dem auch für das Denkmalrecht grundlegenden **Altlastenbeschluss** (BVerfG v. 16.2.2000 1 BvR 242/91, BVerfGE 102, 1 ff. = [www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20000216\\_1bvr024291.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20000216_1bvr024291.html); bestätigt für die aus einem Gesamtbestand herausgemessene Schlosskapelle durch OVG RP U. v. 2.12.2009 1 A 10547/09, juris = EzD 2.2.6.1 Nr. 37 = [www3.mjv.rlp.de/rechtspr/DisplayUrteil\\_neu.asp?rowguid={9F9FBBB5-6A1E-4E5B-89C5-A386DFDFFE20}](http://www3.mjv.rlp.de/rechtspr/DisplayUrteil_neu.asp?rowguid={9F9FBBB5-6A1E-4E5B-89C5-A386DFDFFE20})) und BVerfG B. v. 14.4.2010 1BvR 2140/08, juris; mehrfach

BayVGh u.a. B. v. 27.1.2010 2 ZB 09.250, V.n.b. und v. 14.9.2010 2 ZB 08.1815, juris („gesamtes Ertragspotential“). 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. 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** (U. v. 24.3.2003 1 L 601/97, EzD 2.2.6.3 Nr. 7 = [www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/](http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/). Ebenso VG Minden U. v. 23.2.2010 1 K 273/09, V.n.b.).

113

#### **dd) Sonderbehandlung der Öffentlichen Hand**

Juristische Personen des öffentlichen Rechts können sich nicht auf Unzumutbarkeit berufen; sie sind zur Erhaltung von Denkmälern im Rahmen ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit verpflichtet. Dies gilt insbesondere für Bund, Land, Gemeinden und Gemeindeverbände aber auch für **Unterorganisationen**: Nach der Anweisung der Obersten Denkmalschutzbehörde (WFKMS vom 14.1.2009, siehe BayVGh v. 18.10.2010 a.a.O.) generell „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 B. v. 8.7.1982 2 BvR 1187/80, E 61, 82, 108).“ „Dies gilt nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG auch für sonstiges staatliches Handeln in privatrechtlich organisierter Form (BVerfG B. 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 U. v. 3.8.2004 8 BV 03.275, und BVerwG U. v. 4.5.2006 9 C 3/05, E 126, 14). Erfasst werden damit u.a. auch die Sparkassen und andere kommunale Betriebe. Für Gemeinden s. auch z.B. VG Regensburg U. v. 20.1.2010 RO 7 K 09.1518, juris = [www.vgh.bayern.de/VGRegensburg/documents/09a01518u.pdf](http://www.vgh.bayern.de/VGRegensburg/documents/09a01518u.pdf). Nicht auf Unzumutbarkeit berufen können sich außerdem Unternehmen, deren sich die öffentliche Hand bei der Erledigung ihrer Aufgaben bedient (PPP - *Public Private Partnership*). 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, BWVGh U. v. 10.5.1988 1 S 1949/87, EzD 2.2.6.1 Nr. 8. Zu den Kirchen s. auch die Erl. zu Art. 26 in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG.

Im Einzelfall kann zweifelhaft sein, was die Pflichtigkeit der 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 auch ihre Pflichten zur Erhaltung ihrer eigenen Denkmäler berücksichtigen. Nicht gleichgesetzt werden darf die Leistungsfähigkeit mit der wirtschaftlichen Zumutbarkeit, wenn auch gerade eine positive Ertragslage eines Denkmals, die Erwerbsumstände („sehenden Auges“, günstiger Kauf, Verkaufsmöglichkeit, bestehende Fördermöglichkeiten, Auswirkungen unterlassenen Bauunterhalts und der von der Rspr. laufend zitierte „aufgeschlossene Eigentümer“ die Zumutbarkeit für die Verpflichteten im Sinn des Bestehens der Erhaltungspflichten beeinflussen können. Jedenfalls wird man davon ausgehen können, dass sich die öffentliche Hand nur in **seltenen Fällen** von der Erhaltungspflicht des Art. 4 befreien und auf mangelnde Leistungsfähigkeit berufen kann.

### ee) Die Erwerbsumstände

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: Wenn eine Sache in spekulativer Absicht (z.B. VG Magdeburg B. v. 20.12.2005 4 A 69/04 MD, EzD 2.2.6.1 Nr. 30, SächsOVG U. v. 10.6.2010 1 B 818/06, juris = EzD 1.1 Nr. 32) und „sehenden Auges“ erworben wurde (hierunter fallen auch Erwerbe zur Repräsentation oder aus Liebhaberei). Gleichgestellt ist sogar die fahrlässige Unkenntnis (bestätigt z.B. durch OVG RP U. v. 2.12.2009 1 A 10547/09, juris = EzD 2.2.6.1 Nr. 37; VG Regensburg U. 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 beziehen. 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. 16.2.2000 1 BvR 242/91, BVerfGE 102, 1 ff. = [www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20000216\\_1bvr024291.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20000216_1bvr024291.html)). Ausführlich zu den Erwerbsumständen Martin/Mieth/Spennemann, Die Zumutbarkeit im Denkmalrecht, 2013, Kap. 2 Nr. 2.3.5.4.

### ff) 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 angemessen wird, ihr Denkmal an einen Erhaltungswilligen abzugeben und in „leistungsfähige Hände“ zu überführen (BayVGH U. v. 18.10.2010 a.a.O., OVG RP U. v. 2.12.2009 a.a.O.; instruktiv auch VG Minden U. 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 NdsDSchG). 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 [www.justiz.sachsen.de/ovgentschweb/documents/06B818.pdf](http://www.justiz.sachsen.de/ovgentschweb/documents/06B818.pdf)). 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 U. v. 17.9.2008 2 B 3.06, juris = EzD 2.2.5 Nr. 33 = <http://openjur.de/u/278743.html>).

117

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. 16.2.2000 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 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 (B. v. 7.5.2004 3 L 119/01, juris), d.h. auch arme Verpflichtete müssen ihre Denkmale erhalten.

Unnötig diskutiert wird, zu welchem Preis ein Denkmal abgegeben werden muss. Die Argumentation geht auf die seit dem Beschluss des BVerfG von 1999 eigentlich obsolete 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 NdsDSchG). Dies kann in der Praxis soweit führen, dass im Hinblick z.B. auf den vom bisherigen Eigentümer zu vertretenden Instandhaltungsschuld (s. oben) 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 B. v. 18.8.2011 2 S 45.11, V.n.b.; siehe auch OVG LSA U. v. 29.1.2008 2 M 358,418, EzD 2.2.5 Nr. 28).

118

### **gg) Zuschüsse, Drittleistungen und Wertzuwachs**

Zuwendungen aus öffentlichen oder privaten Mitteln, die der Verpflichtete in Anspruch nehmen **kann**, sind anzurechnen. Einige Gerichte stellen darauf ab, ob die

Zuwendungen bereits rechtsverbindlich zugesagt sind (statt vieler z.B. BWVGH BW U. v. 27.5.1993 1 S 2588/92, juris, dass. U. v. 11.11.1999 1 S 413/99, juris = EzD 2.2.5 Nr. 8; OVG Saar U. v. 20.11.2008 2 A 269/08, EzD 2.2.6.1 Nr. 38). Das OVG NRW (U. 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. Konsequenz zieht deshalb der BayVGH (z.B. U. 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. In diesem Sinn z.B. auch SächsOVG U. v. 10.6.2010 1 B 818/06, juris = EzD 1.1. Nr. 32 = [www.justiz.sachsen.de/ovgentschweb/documents/06B818.pdf](http://www.justiz.sachsen.de/ovgentschweb/documents/06B818.pdf), OVG RP U. v. 2.12.2009 1 A 10547/09, juris = EzD 2.2.6.1 Nr. 37 = [http://www3.mjv.rlp.de/rechtspr/DisplayUrteil\\_neu.asp?rowguid={9F9FBBB5-6A1E-4E5B-89C5-A386DFDFFE20}](http://www3.mjv.rlp.de/rechtspr/DisplayUrteil_neu.asp?rowguid={9F9FBBB5-6A1E-4E5B-89C5-A386DFDFFE20}); dezidiert VG Cottbus U. v. 22.3.2007 3 K221/04, V.n.b.; ferner auch Nds OVG U. v. 24.3.2003 1 L 601/97, dbovg).

Ob auch **private Zuwendungen** die Zumutbarkeit beeinflussen können, ist 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 B. v. 7.5.2004 3 L 119/01, juris).

119

Auch **Versicherungsleistungen** sind einzusetzen. 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 B. v. 18.8.2011 2 S 45.11, V.n.b. – unter Hinweis auf sein U. 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.

120

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 U. v. 11.11.2004 4 K 1717/01, juris).

### hh) Steuerliche Vorteile

Steuerliche Vorteile des Verpflichteten sind 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 (U. 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 U. 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 (U. 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 (strittig).

### e) Herbeiführen der Zumutbarkeit, Berechnung

#### aa) 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. Siehe hierzu auch Martin/Mieth/Spennemann, Die Zumutbarkeit im Denkmalrecht, 2013, Kap. 2 Nr. 2.3.8. Ob und wie sie im Einzelfall **herbeigeführt** werden kann, hat die Rspr. bisher nur vereinzelt und ohne erkennbares System geprüft. Das **BVerfG** hat im B. 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 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, DInfo 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 -, NRWE, 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 s. aber auch Erl. 116 f.).

125

### **bb) Berechnung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit**

Der BayVGH (siehe den vollen Wortlaut des U. v. 18.10.2010 1 B 06.63, juris = BayVBl. 2011, 306 mit Anm. Martin = [www.landesanwaltschaft.bayern.de/images/PDFs/2011/1a63b.pdf](http://www.landesanwaltschaft.bayern.de/images/PDFs/2011/1a63b.pdf)) übernimmt vollinhaltlich das **Prüfungsschema der Obersten Denkmalschutzbehörde** (Schreiben des MWFK vom 14. 1. 2009, B 4-K 5111.0-12c/31 828 07, online unter [www.denkmalnetzbayern.de/uploads/6f1599352732aed3026cf667ca16ac9d.pdf](http://www.denkmalnetzbayern.de/uploads/6f1599352732aed3026cf667ca16ac9d.pdf)). 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 auszuschneiden sind wie bau- und sicherheitsrechtlich veranlasste und sonstige nicht denkmalbedingte Mehrkosten.

Zu Fragen der Berechnung siehe auch Martin/Mieth/Spennemann, Die Zumutbarkeit im Denkmalrecht, 2013, Kap. 4.

126

**Weitere wichtige Entscheidungen:** Das NdsOVG (U. v. 24.3.2003 1 L 601/97, dbovg = 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 im Fall Weberhaus (wg. der Verkaufsmöglichkeit eigentlich überflüssige) intensive Berechnungen an, die letztlich zu Lasten des Klägers ausgehen (U. v. 17.9.2008 2 B 3.06, juris = EzD 2.2.5 Nr. 33 = <http://openjur.de/u/278743.html>). Auch das OVG LSA stellt im Fall Faberhochhaus umfängliche Berechnungen ohne Zugrundelegung eines Schemas an (U. v. 15.12.2011 2 L 152/06, V.n.b., kostenpflichtig unter [www.rechtsportal.de/Rechtsprechung/Rechtsprechung/2011/OVG-Sachsen-Anhalt](http://www.rechtsportal.de/Rechtsprechung/Rechtsprechung/2011/OVG-Sachsen-Anhalt)). Vgl. ferner BayVGH U. v. 27.9.2007 1 B 00.2474, BayVBl 2008, 148 m. Anm. Martin S. 149 = [www.landesanwaltschaft.bayern.de/documents/00a02474b.pdf](http://www.landesanwaltschaft.bayern.de/documents/00a02474b.pdf); SächsOVG U. v. 10.6.2010 1 B 818/06, juris = SächsVBl. 2011, 29 ff., 34 f. mit Anm. Martin – Canaletto = [www.justiz.sachsen.de/ovgentschweb/documents/06B818.pdf](http://www.justiz.sachsen.de/ovgentschweb/documents/06B818.pdf). 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.Nr. 116 f.) und die oft sehr fortgeschrittene Rechtsprechung der Gerichte anderer Bundesländer nicht beachten.

127

## f) Verfahren, Rechtsschutz

128

### aa) Entbehrlichkeit der Zumutbarkeitsprüfung

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

1. Bei der Erhaltung bzw. Instandsetzung entstehen ausschließlich Kosten, die auf die Unterlassung des Bauunterhalts oder eine sonstige Verletzung denkmalrechtlicher Pflichten oder deren Folgewirkungen (Folgeschäden) zurückgehen. Dies ist in mehreren Denkmalschutzgesetzen ausführlich formuliert.
2. Bei der Erhaltung bzw. Instandsetzung entsteht kein denkmalpflegerischer Mehraufwand, alle Kosten sind „Sowieso-Kosten“ bzw. gehen zurück auf bau- oder sicherheitsrechtliche Anforderungen (Verunstaltung, Standsicherheit, Brandschutz, Wärmeschutz; s. Erl.Nr. 25 und 137 ff).
2. Der Antragsteller (Eigentümer oder Investor) hat das Baudenkmal bzw. das Grundstück mit dem Bodendenkmal in Kenntnis der Denkmaleigenschaft und der damit verbundenen denkmalrechtlichen Lasten erworben (Erwerb sehenden Auges, Kenntnis oder Kennenmüssen des Risikos). Er kann sich nicht auf Unzumutbarkeit berufen (strittig, s. Erl.Nr. 115).
3. Das Denkmal bzw. das Grundstück mit dem Bodendenkmal wird genutzt und die bestehende Nutzung wird durch die denkmalrechtlichen Pflichten nicht beeinträchtigt (BVerfG 1999). Das Eigentumsgrundrecht wird in solchen Fällen nicht eingeschränkt.
4. Die gewährten Kompensationen übersteigen den anerkennungsfähigen Erhaltungs- bzw. Instandsetzungsaufwand offensichtlich (Ergebnis von BVerfG 1999).
5. Das Grundstück mit dem Denkmal kann veräußert werden; diese Möglichkeit schließt die Berufung auf Unzumutbarkeit in der Regel aus, solange nicht bestimmte Umstände einen Verkauf verbieten. (So ausdrücklich BVerfG 1999, s. Erl.Nr. 116 f.).
6. Das Denkmal ist nicht für eine „geldwerte“ Nutzung bestimmt; in solchen Fällen kann es auch keine Wirtschaftlichkeitsberechnung mit der Gegenüberstellung von Erträgen und Belastungen geben. Viele Einzelheiten sind noch ungeklärt (s. Erl.Nr. 104 ff.).

129

bb) Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit sind **Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen** denkmalrechtlicher Verwaltungsakte. Sie sind innerhalb der Verwaltungsverfahren von Amts wegen 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. Notwendig sind bei jeder Entscheidung die Abwägung und die Ausübung des Ermessens, s. Erl.Nr. 72 ff.

130

### cc) Verfahren, Antrag und Obliegenheiten

Zum Umfang der Antragsunterlagen und zur Beweislast der Antragsteller für von ihnen behauptete Unzumutbarkeit siehe die Erl. zu Art. 15 in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG. Ohne die vom Antragsteller (sog. **Obliegenheiten**) vorzulegenden notwendigen Nachweise sind die Anträge unvollständig und können von der Denkmalschutzbehörde abgelehnt werden. Siehe auch Martin/Mieth/Spennemann, Die Zumutbarkeit im Denkmalrecht, 2013, Kap. 3 Nr. 3.2 und 3.5.1. Zu den für Abbruchanträge zusätzlich erforderlichen Unterlagen siehe auch [www.denkmalnetzbayern.de/uploads/e5c4e1678d0ffd794aa8a0912694f8b8.pdf](http://www.denkmalnetzbayern.de/uploads/e5c4e1678d0ffd794aa8a0912694f8b8.pdf).

131

**3. Verhältnis zum Baurecht:** Soweit die Erlaubnis durch eine baurechtliche Genehmigung oder Zustimmung ersetzt wird (Abs. 3 S. 1) gilt bei der Entscheidung über einen Antrag auf Erteilung der Baugenehmigung (Zustimmung) das gleiche wie für die Entscheidung über einen Antrag auf Erlaubnis (Abs. 3 S. 2). Die oben dargestellte Prüfung ist also in vollem Umfang durchzuführen; gewichtige Gründe des DSch können zur Versagung der Baugenehmigung führen. Entsprechendes gilt für Entscheidungen in Planfeststellungsverfahren.

132

a) Bei der Prüfung, ob einem Vorhaben öffentlich-rechtliche Vorschriften i. S. des Art. 68 I BayBO entgegenstehen, ist insbesondere die verfassungsrechtliche und damit übergeordnete Bestimmung des **Art. 141 II 1 BV** (hierzu die Einleitung in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG) zu beachten. Dabei reicht es für die Feststellung der verfassungsrechtlichen Erhaltungs- und Pflegepflicht aus, wenn festgestellt wird, dass es sich um ein Denkmal handelt (BayVGH U. v. 15.12.1982 M 3107 IX 82, S. 14, V.n.b.).

133

b) Vor Anwendung des Art. 6 III Satz 2 wird jeweils zu prüfen sein, ob sich ein gleiches oder **gleichwertiges Ergebnis** nicht bereits aufgrund anderer öffentlich-rechtlicher und insbesondere baurechtlicher Vorschriften herleiten lässt. Eine Baugenehmigung ist z. B. bei Fehlen des gemeindlichen Einvernehmens zu versagen (Erl. zu Art. 3 in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG). Einen wichtigen Beitrag zur Erhaltung schützenswerter Ortsbilder hat die Neufassung des § 34 BauGB gebracht. Bis 1976 waren Vorhaben innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile bereits dann zulässig, wenn sie nach der vorhandenen Bebauung und Erschließung unbedenklich waren (zur Reichweite des § 34 BBauG i.d.F. von 1960 im Nähebereich von Denkmälern vgl. BWVGH v. 8. 4. 1976, VIII 528/74, abgedruckt bei Stich/Burhenne, 717/05; s. auch Eberl in der Einleitung zu Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG); jetzt gilt das Einfügungsgebot: Vorhaben sind nurmehr dann zulässig, wenn sie sich z. B. in die Eigenart der näheren Umgebung einfügen und das Ortsbild nicht beeinträchtigen.

Auch im Außenbereich sind selbst privilegierte Vorhaben nur dann zulässig, wenn sie u. a. nicht das Orts- und Landschaftsbild verunstalten oder Belange des DSch beeinträchtigen (§ 35 III BauGB); zur Reichweite vgl. Eberl, Bauen in alter Umgebung als Rechtsproblem, in Festgabe für A. Gebeßler, 1989, 53 ff., 55 f. Vorrangig sind darüber hinaus die baurechtlichen Gestaltungsvorschriften und Verunstaltungsverbote der Art. 3 und 11 BayBO anzuwenden, die in ein Genehmigungsverfahren einbezogen und gegebenenfalls durch Anordnungen nach Art. 54 II, V BayBO durchgesetzt werden können. Auch örtliche Bauvorschriften nach Art. 81 BayBO bzw. Festsetzungen von Bebauungsplänen können Vorhaben von vorneherein unzulässig machen. Die Ablehnungsbescheide können in diesen Fällen entsprechend baurechtlich begründet werden; eines Rückgriffs auf das DSchG bedarf es nicht; vgl. auch Einzelprobleme unten Erl. 77 ff., u. a. die Stichworte Abbruch, Ensemble, Fassaden, Verunstaltung usw.

134

c) **Abweichungen:** Die BayBO lässt in Art. 63 Abweichungen (früher: „Ausnahmen und Befreiungen“) von bauaufsichtlichen Anforderungen, Vorschriften, Baustoffen usw. generell zu. Baudenkmäler entsprechen oft hinsichtlich Brandschutz, Abstandsflächen, Höhen, Belichtung, Stellplätzen usw. nicht oder nicht voll den gesetzlichen Vorschriften. Zu Bauprodukten siehe anschließend Nr. 4. Die baurechtliche Vergünstigung ist daher notwendig und sehr zu begrüßen; ein sinnvoller Vollzug mit Augenmaß kann manchen unnötigen Eingriff in die Substanz von Denkmälern verhindern; denn mit phantasievollen Lösungen kann oft z. B. im Rahmen des Brandschutzes eine Planung denkmalgerecht ausgerichtet werden. Oft werden Belange des DSch eine Abweichung geradezu erfordern; siehe auch Dhom in Simon/Busse, Erl. des Art. 63 BayBO. Zu Befreiungen von Festsetzungen in Bebauungsplänen s. § 31 II 1 BauGB und die Erl. zu Art. 3 in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG. Zu Teilprivilegierungen von Denkmälern im Außenbereich kann es über § 35 IV BauGB kommen. Die Zulassung der Abweichung nach Art. 63 BO steht im Ermessen; dieses ist im Hinblick auf Art. 141 BV denkmalfreundlich zu handhaben, da den Denkmälern besonderer öffentlicher Schutz gewährt ist. Eingehend zu diesen Fragen Eberl in der Einl. zu Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG, und oben Erl.Nr. 73 f.

135

**4. Abweichungen bei Bauprodukten** (Art. 6 III S. 2 DSchG): Die 2009 eingefügte, inhaltlich schwer zugängliche und im deutschen Recht singuläre Bestimmung ist nur im Zusammenhang mit der Zuständigkeitsnorm des Art. 18 II BayBO zu verstehen: Danach erteilt die untere Bauaufsichtsbehörde im Einzelfall die Zustimmung nach Art. 18 I für denkmaltypische Bauprodukte, wie Putze, Mörtel und Stucke, die in Baudenkmälern verwendet werden sollen, die aber gesetzliche Anforderungen an Bauprodukte nicht erfüllen. Ist in derartigen Fällen keine Baugenehmigung oder bauaufsichtliche Zustimmung, jedoch eine durch die Denkmaleigenschaft bedingte Abweichung nach Art. 63 erforderlich, schließt die denkmalrechtlich Erlaubnis (untypisch) die Zustimmung nach Art. 18 II und die Abweichung ein. Aus der Amtlichen Begründung: In der Praxis treten vermehrt Fälle auf, in denen denkmaltypische Bauprodukte – neben den in Art. 18 II BayBO bereits genannten beispielsweise auch Fenster – verwendet werden (müssen), die nationalen Normen nicht entsprechen bzw. nicht in den Regelungs- und Anwendungsbereich harmonisierter europäischer Normen fallen, sodass sie der Zustimmung im Einzelfall

bedürfen, für die nach der genannten Vorschrift – weil die unteren Bauaufsichts- zugleich nach Art. 11 I 1 DSchG untere Denkmalschutzbehörden sind – besonderen Sachnähe die untere Bauaufsichtsbehörde zuständig ist. Dies ermöglicht eine enge, sachgerechte Koordination der bauaufsichtlichen und der denkmalpflegerischen Anforderungen. Aufgrund der baulichen Besonderheiten von Baudenkmalern kann zugleich mit der Zustimmung nach Art. 18 II BayBO aber auch eine Abweichung von materiellrechtlichen Anforderungen nach Art. 63 I S. 1 BayBO erforderlich sein. Ist die an dem Bauvorhaben vorzunehmende Maßnahme baugenehmigungsbedürftig, geht die erforderliche Abweichung in der Baugenehmigung auf (Art. 59 S. 1 Nr. 2, Art. 60 S. 1 Nr. 2 BayBO). Bedarf das Bauvorhaben keiner Baugenehmigung, sind nach der derzeitigen Rechtslage drei nebeneinander stehende behördliche Zulassungsentscheidungen erforderlich: die Zustimmung im Einzelfall nach Art. 18 II 2 BayBO, die (sog. isolierte) Abweichung nach Art. 63 I S. 1 BayBO und die denkmalschutzrechtliche Erlaubnis nach Art. 6 I DSchG. Da bei der vorliegenden Fallkonstellation der fachliche Schwerpunkt allein in den fachspezifischen Anforderungen des Denkmalschutzrechts liegt, ist es sinnvoll, diese drei Verfahren in der denkmalschutzrechtlichen Erlaubnis zu bündeln. Zur Klarstellung hat das Ministerium darauf hingewiesen, dass das geltende Bauproduktengesetz die Nichtverwendung des CE-Kennzeichens nicht sanktioniert; bußgeldbewehrt ist vielmehr nur die unberechtigte Verwendung dieses Kennzeichens. Im Übrigen dürfte bei der überwiegenden Zahl der Denkmalfälle § 4 Abs. 4 Bauproduktengesetz zum Tragen kommen. Danach kann auf Konformitätsnachweis und CE-Kennzeichnung verzichtet werden, wenn das Bauprodukt nur für den Einzelfall verwendet werden soll.

136

## **5. Behinderungen, Mobilitätsbeeinträchtigungen (Abs. 4)**

Nach Art 6 IV sind bei Entscheidungen nach den Abs. 1 bis 3 auch die Belange von Menschen mit Behinderung und von Menschen mit sonstigen Mobilitätsbeeinträchtigungen zu berücksichtigen. Abs. 4 DSchG enthält 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 (BayVGH U. v. 16.1.2012 2 B 11.2408, BayVBI 2012, 403). Das Gebot gilt sowohl bei Erlaubnissen als auch bei Baugenehmigungen für Baudenkmalern, aber nur soweit Verfahren wegen etwaiger geplanter Änderungen durchgeführt werden. Das DSchG verlangt also nicht generell die nachträgliche Änderung von Denkmälern, z.B. der Zugänge und Treppenanlagen von Gebäuden, Kirchen und sonstigen Anlagen, soweit keine verfahrenspflichtigen Änderungen anstehen. Im Einzelfall ist zu prüfen und abzuwägen, auf welche Weise die Belange der Behinderten berücksichtigt werden können. Insbesondere beim Bestehen technischer Alternativen werden Beeinträchtigungen von wichtigen Baudenkmalern zu vermeiden sein. In der Regel werden z.B. massive Rampen vor wertvollen Fassaden und über historischen Treppenanlagen oder Eingriffe in kunstvolle Treppenhäuser unnötig sein. Anregungen, wie ein barrierefreier Zugang für Menschen mit Behinderungen hergestellt werden kann, finden sich u.a. unter [http://barrierefrei.de/information/Oeffentliche\\_Gebaeude](http://barrierefrei.de/information/Oeffentliche_Gebaeude); hier auch Nachweise über Spezialisten für barrierefreies Bauen und Wohnen. S. auch Kohlbecker, Barrierefreiheit im Bestand, 2011.

137

## 6. Einzelprobleme (Stichworte alphabetisch)

138

**Vorbemerkung:** Antennen, Sendeanlagen, Schüsseln, Dachfenster, Solaranlagen und Webeanlagen weisen vielfach gleichgelagerte Rechtsprobleme auf; die nachfolgenden Angaben können deshalb oft gegenseitig sowohl in baurechtlichen Genehmigungs-, in denkmalrechtlichen Erlaubnis- und in Anordnungsfällen verwendet werden.

139

**Abbruch:** Der Abbruch bzw. die Beseitigung ist der stärkste denkbare Eingriff in Belange des Denkmalschutzes. Dem Abbruch steht rechtlich gleich das Zerstören des Denkmals und der rechtlichen Denkmaleigenschaft, auch wenn Reste verbleiben, s. Erl.Nr. 14. Er kann nur genehmigt werden, wenn noch gewichtigere öffentliche Interessen den Abbruch zwingend verlangen (z. B. Trinkwasserschutz, VG Regensburg v. 13. 6. 1985 RO 8 K 82 A.0390, V.n.b.) oder die Privatnützigkeit vollständig aufgehoben ist (BVerfG v. 2. 3. 1999 a.a.O).

140

Zu den **Verfahrensvorschriften** nach BayBO und DSchG und zur Differenzierung von Total- und Teilabbruch s. oben Erl.Nr. 14. In Abbruchfällen spielt regelmäßig die Frage der **Zumutbarkeit** eine entscheidende Rolle, s. Erl.Nr. 104 ff. Allgemein ist festzustellen, dass die Gerichte in den seltenen **Ausnahmefällen** (s. Erl.Nr. 128 zur Entbehrlichkeit der Zumutbarkeitsprüfung) viel zu häufig die Zulässigkeit eines Abbruchs mit Fragen der Zumutbarkeit vermennt haben; selbst wenn dies im Einzelfall angezeigt gewesen wäre, wurde anschließend nicht ausreichend differenziert, ob ein Totalabbruch durch weniger in denkmalpflegerische Belange einschneidende Maßnahmen zu vermeiden war oder ob durch Kompensationsmaßnahmen die „Zumutbarkeit“ nicht hergestellt werden konnte (s. Erl.Nr. 123 f., ferner die Entscheidungen in EzD unter 2.2.6.1).

141

Die **Zahl der Prozesse** um Abbruchgenehmigungen ist hoch; siehe hierzu z.B. die Zusammenstellung in der Voraufgabe. **Wichtige Entscheidungen** bayerischer Gerichte z.B. BayVGh U. v. 3.8.2000 2 B 97.1119, EzD 2.2.2 Nr. 8, v. 27.9.2007 1 B 00.2474, EzD 1.1 Nr. 18 = BayVBI 2008, 148 (Abbruch als Ausnahmefall, Obliegenheiten), v. 28.5.2009 2 B 08.1971, EzD 2.2.6.4 Nr. 47 (Abbruch in der Nähe, Sachbescheidungsinteresse), B. v. 27.1.2010 2 ZB 09.250 (V.n.b. – Zumutbarkeit, Nutzbarkeit, wirtschaftliche Einheit), U. v. 18.10.2010 1 B 06.63, juris = BayVBI 2011, 306 (Abbruch Sandzelle, Zumutbarkeitsprüfung nach Vorgaben des WFKMS, Bauunterhalt, Verkauf), U. v. 20.9.2011 1 B 11.1011, juris (Abbruch, Anordnung), VG München U. v. 24.11.2009 M 1 K 09.939, juris = EzD 2.2.6.1 Nr. 43 (Abbruch), VG Regensburg U. v. 20.1.2011 RO 7 K 09.1518, juris (Abbruch Holzhaus, Zumutbarkeit, Gemeinde), VG Würzburg U. v. 16.2.12 W 5 K 11.155, juris (Abbruch, Ermessen). Weitere Entscheidungen sind zusammengestellt und online in DRD unter [www.denkmalnetzbayern.de/uploads/6e22a5115d82867050783f9e9804f953.pdf](http://www.denkmalnetzbayern.de/uploads/6e22a5115d82867050783f9e9804f953.pdf).

142

**Abwehrrechte, Nachbarbelange:** Zu Abwehrrechten und ihrer Berücksichtigung insbesondere bei der Genehmigung von Windkraftanlagen und Aufstockungen aber auch bei anderen Anlagen im Nähebereich siehe Kleine-Tebbe/Martin, Erl. 2.2 bis 2.7 zu § 2 NdsDSchG und Spennemann online unter [www.denkmalnetzbayern.de/uploads/59519e09523ec1fea86e45074af8bc16.pdf](http://www.denkmalnetzbayern.de/uploads/59519e09523ec1fea86e45074af8bc16.pdf)

143

**Antennen und Satellitenschüsseln** stören vielfach das überlieferte Erscheinungsbild von Denkmalen oder von Denkmalbereichen. Weil das Grundrecht der Informationsfreiheit berührt sein kann (BayVerfGH v. 27. 9. 1985 Vf. 20-VII/84 BayVBI 1986, 14 = EzD 1.2 Nr. 1 zu einem gemeindlichen Verbot herkömmlicher Außenantennen; ähnlich BVerfG v. 9. 2. 1994, NJW 1994, 1147), sind sie nicht generell zu unterbinden; im Einzelfall kann aber grundrechtskonform die Standortwahl beeinflusst werden, wenn nicht sogar aus überwiegenden Gründen des Denkmalschutzes eine Anlage an einem wichtigen Denkmal ausscheiden muss. Dabei ist auch die zwischenzeitliche Entwicklung des Internets zu berücksichtigen, das auch den Empfang ausländischer Sender ermöglicht, vgl. z.B. AG Frankfurt/Main U. v. 27.7.2011 33 C 1957/11, [www.wohnungswirtschaft-aktuell.de/](http://www.wohnungswirtschaft-aktuell.de/). Zu Antennenträgern der Post OVG NW v. 7. 7. 1989 11 A 488/87, BauR 1990, 64; BVerwG v. 23. 8. 1991, NVwZ 1992, 475. Zur Gebietsverträglichkeit einer Mobilfunkstation in der Nachbarschaft von Baudenkmalen NdsOVG Urt. v. 14.8.2009 1 LB 337/07, dbovg. Keine Anlage auf Dach eines Baudenkmal und im Ensemble VG Oldenburg U. v. 11.8.2010 4 A 2207/07, dbovg. Mangels Ortsgebundenheit unzulässiger Mobilfunkmast im Außenbereich VGHBW U. v. 17.02.2012 8 S 1796/10, juris. Zur Beseitigung einer Mobilfunkanlage OVG NW v. 14. 4. 2003 8 B 2539/02, EzD 3.3 Nr. 11.

144

**Ausstattung:** Sie ist Bestandteil des Denkmals und unterliegt denselben Grundsätzen für Erhaltung und Veränderung. Bis zur Erteilung der Genehmigung ist sie am bisherigen Standort zu belassen (VG Augsburg v. 30.8.1984 Au 4 S 84 A810, V.n.b.). S. auch Erl.Nr. 57.

145

**Baumaßnahmen:** Bauliche Maßnahmen an Baudenkmalen betreffen regelmäßig Belange des Denkmalschutzes. Zur Reichweite der Baugenehmigungspflicht s. Erl.Nr. 12 ff. Baudenkmalen sind insgesamt vor unkontrollierten und willkürlichen Veränderungen geschützt. Dies gilt für Eingriffe in die innere und äußere Substanz der Bauwerke, also auch für Außenwandverkleidungen, Dacheindeckungen, Außentüren, Fenster, Fensterläden, Grundrisse, Wände, Decken, Türen, Böden usw. Zubauten verändern regelmäßig ein Denkmal; Balkone hat das VG Schwerin im Einzelfall bei sonst schwer nutzbaren Kasernen zugelassen, v. 23. 3. 2000 2 A 3738/96, V.n.b. Dies darf aber nicht verallgemeinert werden. Alle Bauarbeiten müssen ihrerseits denkmalverträglich ausgeführt werden, vgl. z.B. Mader in Martin/Krautzberger Teil D Kapitel VIII mit weiteren Nachweisen.

**Baustoffe:** Hierfür gelten die Grundsätze der Echtheit und der Materialgerechtigkeit (z. B. NdsOVG U. v. 26.11.1992 6 L 24/90, NVwZ RR 1993, 232; vgl. auch oben Erl.Nr. 77 ff. und die Erl. zu Art. 12 in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG). Bei allen Maßnahmen an Baudenkmalern (bei Ensembles und im Nähebereich gilt das aber nur eingeschränkt) sollen Baustoffe verwendet werden, die den bereits vorhandenen Materialien entsprechen oder mit der vorhandenen Substanz vergleichbar sind. Regelmäßig entsprechen nur traditionelle Materialien den Baudenkmalern, so dass z. B. Fassadenverkleidungen, Kunststofffenster, großflächige Glasuren oder Betondachsteine nicht zugelassen werden können. S. auch Stichworte „Dächer“ und „Fenster“ und die Erl. zu Art. 12 in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG. Vgl. ferner die Grundsätze der Vereinigung der Landesdenkmalpfleger „Zur Verwendung neu entwickelter Ersatzstoffe bei der Instandsetzung von Baudenkmalern“, Dt. Architektenblatt 1989, 1477, Anforderungen an Bauprodukte stellt Art. 19 BayBO. Sofern historische Materialien und Techniken von den heutzutage anerkannten Regeln der Baukunst abweichen sollten, gelten Ausnahmen von der Nachweispflicht für ihre Verwendbarkeit. Siehe auch Art 6 III S. 2 und oben Erl.Nr. 135 zu **Abweichungen nach Art. 18 II, 63 BayBO**; vgl. auch die Einl. zu Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG, und die Kommentare zu Art. 18 BayBO.

Die **Qualitätssicherung** bei Baustoffen und Maßnahmen ist ein Anliegen der Denkmalpflege, das u. a. durch Nebenbestimmungen gewahrt werden kann. Siehe hierzu die Grundsatzklärungen der vorbereitenden Arbeitsgruppe des Deutschen Nationalkomitees für Denkmalpflege vom 13.3.1992 (n. v.; erhältlich beim DNK) und Dt. Zentrum für Handwerk und Denkmalpflege, Qualitätssicherung bei der Denkmalpflege, mit Hinweisen zu Ausschreibung und Vergabe, auszugsweise abgedruckt in Martin/Krautzberger, Teil H Kapitel II Nr. 4.

**Bausünden:** Alte Verstöße gegen formelles oder materielles Recht genießen keinen Bestandsschutz, weil ansonsten das Denkmal „schrittweise in seiner Gestalt und möglicherweise in seinem Bestand preisgegeben würde“ (BayVGH U. v. 6.11.1996 2 B 94.2926, EzD 2.2.6.2 Nr. 11, und Schmaltz/Wiechert Rn. 25 zu § 6 NdsDSchG). Unbegründete Bedenken wegen vermeintlich unzulässiger Erzwingung der Optimierung des Denkmals, wenn eine bestimmte bauliche Maßnahme im Nachgang zu einer schon vor der Unterschutzstellung vorgenommenen baulichen Veränderung verlangt würde z.B. bei OVG Brbg U. v. 20.11.2002 3 A 248/98, BRS 65 Nr. 212 = EzD 2.2.6.3 Nr. 5 und OVG BEBB v. 31.5.2006 2 N 328.04, juris). Fachliche Anforderungen dürfen deshalb auch gestellt werden, wenn zu ersetzende Teile (Dachdeckung in Eternit, Fenster ohne Sprossen oder in Kunststoff, Fassadenverkleidung) denkmalwidrig waren; sie müssen denkmalverträglich erneuert werden (ebenso BayVGH v. 28. 12. 1981 14 B 80 A.296, V.n.b., ders. v. 6. 11. 1996 2 B 94.2926, EzD 2.2.6.2 Nr. 11; NdsOVG Urt. v. 14. 9. 1994 1 L 5631/92, NVwZ-RR 1995, 316 = EzD 2.2.6.2 Nr. 37; OVG NW B. v. 14. 7. 2003 8 A 3991/02, EzD 2.2.6.3 Nr. 4). **Verfehlt** ist OVG BEBB U. v. 21.2.2008 2 B 12.06, juris = EzD 2.2.6.2 Nr. 62, das die bereits aus dem Rechtsstaatsgebot des Grundgesetzes folgende zwingende Konsequenz nicht anerkennt, dass bei genehmigungspflichtigen Vorhaben hinsichtlich des materiellen Rechts stets auf den Rechtsstand zum Zeitpunkt der Entscheidung „ex nunc“ abzustellen ist. Dementsprechend kann eine

denkmalrechtliche Genehmigung für eine Maßnahme nur entsprechend dem jeweiligen DSchG und den aktuellen Standards der Denkmalverträglichkeit erteilt werden, für einen Bestandsschutz für Bausünden ist kein Raum. **Rechtswidrig erteilte Baugenehmigungen** verpflichten die Baubehörde nicht, weitere baurechtswidrige Genehmigungen zu erteilen (BVerwG Urt. v. 3.6.1977 IV C 29.75, BauR 1977, 402 = BRS 32 Nr. 129 u. B. v. 27.11.1980 4 B 214.80, Buchholz 406.11 § 35 BBauG Nr. 173; ebenso NdsOVG U. v. 24.9.1993 6 L 3265/91, OVG 44, 361 = EzD 2.2.6.2 Nr. 8. **Bausünden im Ensemble:** Gerade die schon erfolgten Beeinträchtigungen geben Anlass, einer sich anbahnenden Tendenz zu denkmalfremden Nutzungen und Eingriffen entgegenzuwirken, um die Schutzwürdigkeit des Ensembles in diesem Bereich insgesamt zu erhalten (VG Oldenburg U. v. 6.12.2001 4 A 2828/99, V.n.b.; ähnlich BayVGH U. v. 3.1.2008 2 BV 07.760, juris).

148

Die Belange von **Behinderten** und sonstigen in der Mobilität beeinträchtigten Menschen sind nach dem ausdrücklichen gesetzlichen Gebot des 2003 eingefügten Abs. 4 zu berücksichtigen. Siehe hierzu Erl.Nr. 136.

149

**Brandschutz:** Die Belange Brandschutz und Denkmalpflege sind manchmal nur schwer miteinander zu vereinbaren; es gibt aber zahllose Beispiele für angemessene technische und rechtliche Lösungen, vgl. z. B. Kabat in Martin/Krautzberger (Hrsg.), Teil D Kap. IV Nr. 3.

150

**Dächer:** Der Ausbau von historischen Dachwerken wird vielfach zu stark in Gestalt und Gefüge eines Baudenkmals eingreifen (Beschädigung der Konstruktion, Änderung von Statik und Bauphysik, Vorprogrammierung von Bauschäden, Dachgauben). Dachfenster werden bei Baudenkmalen, in deren Nähe und im Ensemble oft nicht möglich sein (umfangreiche Rspr.; vgl. z. B. NdsOVG U. v. 24. 9. 1993 6 L 3265/91, OVG 44, 361 = EzD 2.2.6.2 Nr. 8; VG Schwerin v. 7. 12. 2000 2 A 2701/98, V.n.b.; dass. v. 7. 6. 2001 2 A 2962/98, V.n.b.). Zu grünen Dachziegeln im Ensemble VG Halle v. 27. 11. 2002 2 A 84/00, EzD 2.2.6.3 Nr. 2; zu einer Flachdachgarage neben einem Denkmal NdsOVG v. 7. 2. 1996 1L3301/94, NVwZ-RR 1996, 633 = EzD 2.2.6.2 Nr. 20; zu Anforderungen an Gauben und Dachaufbauten BayVGH v. 8. 11. 1991, NVwZ 1993, 90; BayVGH U. v. 11. 12. 1991 14B91.167, BayVBl. 1992, 376 = EzD 3.3 Nr. 8 und BWVGH v. 22. 10. 1993, DSI 1994 S. 56 ff; zu einer Dachterrasse auf einer Villa VG Düsseldorf U. v. 8. 3. 2006 11 K 1576/04, EzD 2.2.6.2 Nr. 48; zu einem Vordach OVG BEBB Beschl. v. 16.5.2007 2 N 19.06, Rn.8, EzD 2.2.6.2 Nr. 59. Vgl. ferner zu einem Dachaufbau (abgelehnt) BayVGH B. v. 31.10.2012 2 ZB 11.1575, juris; zu einer Dachgaube (abgelehnt) VG München U. v. 15.10.2012 M 8 K 11.4210, juris; zu einer Dachloggia (Ablehnung aufgehoben) VG Würzburg U. v. 18.10.2012 W 5 K 12.414, juris; zu einem Flachdach (Beeinträchtigung verneint) VG Bayreuth U. v. 21.5.2012 B 2 K 12.153, juris. Zu verweisen ist schließlich auf die Grundsätze der Vereinigung der Landesdenkmalpfleger zum Ausbau von Dachräumen (1991 – [www.denkmalpflegeforum.de](http://www.denkmalpflegeforum.de)).

151

**Dämmung** siehe Wärmeschutz

152

**Energetische Verbesserung** siehe Solaranlagen und Wärmeschutz. **Online** sind unter [www.denkmalnetzbayern.de/index.php/menueeintrag/index/id/68](http://www.denkmalnetzbayern.de/index.php/menueeintrag/index/id/68) ferner die Beiträge unter 5.2.4 Klimaschutz und Denkmalschutz (Kaiser "Energetische Ertüchtigung des Baudenkmals", Martin EnEV 2009, ders. "Energieeinsparung und erneuerbare Energien beim Baudenkmal", ders. "Kommunale Möglichkeiten bei der Energiewende", ders. "Solarsatzung Marburg". Dort auch Beiträge unter "Praxis der Eigentümer und Behörden – Spezialprobleme Photovoltaik- und Solaranlagen“.

153

**Ensemble:** Für Ensembles und im **Umgebungs-** bzw. **Nähebereich** ist die Frage der gewichtigen Gründe besonders sorgfältig zu prüfen, die im **Innenbereich** des Ensembles die gesamte Substanz (auch Nichtdenkmale) umfassen, im **Umgebungsbereich** des Ensembles aber auf das Erscheinungsbild zu beschränken sind. Bei Ensembles ist es unerlässlich, die Frage einer etwaigen Minderung der Schutzwürdigkeit durch bereits erfolgte Veränderungen nicht nur „kategorienadäquat“ (z.B. städtebauliche Bedeutung), sondern auch beschränkt auf die durch die beabsichtigten baulichen Maßnahmen betroffenen Bauteile zu beantworten; schutzmindernde Vorbelastungen durch andere Bestandteile des Bauwerks können dabei nicht berücksichtigt werden, solange sie sich nicht auf die von den beabsichtigten Änderungen betroffenen Bauteile auswirken (OVG BE v. 8.11.2006 2 B 13.04 - Spandauer Vorstadt, EzD 2.2.6.2 Nr. 54). **Ensembles und Siedlungen** sind für negative Vorbildwirkungen besonders anfällig und in Bezug auf Abweichungen vom städtebaulich-architektonisch einheitlich konzipierten Erscheinungsbild **besonders sensibel**, weil aufgrund der vielfachen Wiederholung der denkmalprägenden Elemente Unregelmäßigkeiten sogar noch eher als denkmalunverträglicher Störfaktor empfunden werden (vgl. Gartensiedlung Paulinenhof OVG BEBB v. 16.8.2005 2 N 153.05, ebenso v. 31.5.2006 2 N 328.04, V.n.b.).

154

Abzustellen ist auf ablesbare charakteristische Merkmale, wie z. B. städtebauliche Struktur, Nutzungsstruktur, Ensemblegrundriss, Straßenraum, Anordnung und Stellung von Gebäuden und Gebäudeteilen, Bewuchs und Wasser, gestaltwirksame konstruktive Merkmale der Gebäude, Bauart, Fassaden, Dächer, Dachlandschaft, Alter, Nutzung, Außenanlagen. Ohne zu generalisieren kann daraus u. a. abgeleitet werden: In historischen Dachlandschaften sollen keine Flachdächer verwendet werden; denn durch einen flachgedeckten Bau innerhalb einer Altstadt kann z. B. das Straßenbild empfindlich gestört werden (Beispiel: Kaufhaus im Stadtkern). Ortsgebundene Materialien und Techniken sind möglichst zu berücksichtigen; gedacht ist insbesondere an herkömmliche Dächer und die Ausführung von Putzfassaden in handwerklicher Qualität. Fassadenverkleidungen sollen nicht zugelassen werden, denn sie sind in der Regel aus Kunststoffen und verunstalten zumeist das Straßenbild. Die Bauhöhe, Baumasse und Gestaltung neuer Gebäude sind nach dem Denkmalbereich auszurichten, Straßen und Plätze (s. Stichwort

„Straßen“) entsprechend zu gestalten. Diese Gebote entsprechen auch dem § 34 BauGB und der BayBO und sind somit allgemeines Baurecht; in historisch empfindlichen Bereichen müssen darüber hinaus noch sorgfältigere Maßstäbe angelegt werden. Siehe hierzu die Empfehlungen des Landesdenkmalrates für Baumaßnahmen innerhalb oder in der Nähe von Ensembles sowie in der Nähe von Einzelbaudenkmalern, IMS v. 19. April 1977 Nr. II B 4 - 9130/1 – 21, Simon/Busse BayBO, Anhang 422; hierzu z.B. VG Würzburg U. v. 5.8.2010 W 5 K 09.864, juris.

155

**Einzelfälle zu Ensembles:** Beeinträchtigung des Ensembles durch Fassadenverkleidung BayVGH U. v. 30. 11. 1988 26 B 85 A.201, EzD 2.2.6.2 Nr. 6; durch Kunststofffenster HessVGH U. v. 27. 9. 1996 4 UE 1284/96, EzD 2.2.6.2 Nr. 10, und NdsOVG U. v. 21.8.1998 1 L 5891/96, dbovg = juris; durch Solaranlage – siehe Stichwort Solaranlage; durch Dachfenster NdsOVG U. v. 24.9.1993 6 L 3265/91, OVG 44, 361; durch eine bauliche Erweiterung NdsOVG U. v. 8. 6. 1998 1 L 3501/96, NVwZ-RR 1999, 230 = EzD 2.2.2 Nr. 10; durch grüne Dachziegel VG Halle U. v. 27. 11. 2002 2 A 84/00, EzD 2.2.6.3 Nr. 2; durch Dachaufbau BayVGH U. v. 11. 12. 1991 14 B 91.167, EzD 3.3 Nr. 8 und OVG NW U. v. 19. 11. 1991 7 A 2328/89, EzD 2.2.6.2 Nr. 1. Beeinträchtigung von Originalität und Aussagekraft des Ensembles bis zum Verlust der Denkmaleigenschaft VG Oldenburg U. v. 6.12.2001 4 A 2828/99, V.n.b.

Zum **Abbruch** eines Gebäudes im Ensemble vgl. auch BayObLG B. v. 24.10.1988 I Z 309/87, NVwZ 1989, 461: Ein vernünftig denkender Eigentümer sieht von der Zerstörung des Erscheinungsbildes des Ensembles ab.

Zu **Abwehrrechten** und ihrer Berücksichtigung insbesondere bei der Genehmigung von Anlagen im Ensemble siehe Kleine-Tebbe/Martin, Erl. 2.2 bis 2.7 zu § 2 NdsDSchG und Spennemann unter [hwww.denkmalnetzbayern.de/uploads/59519e09523ec1fea86e45074af8bc16.pdf](http://www.denkmalnetzbayern.de/uploads/59519e09523ec1fea86e45074af8bc16.pdf).

156

Sorge bereitet zunehmend die **Ausdünnung von Ensembles** durch Abbrüche, die vereinzelt sogar die Streichung aus der Denkmalliste bedingt. Das Erhaltungsgebot des Art. 6 gilt nicht nur für das Erscheinungsbild als solches (so fälschlich Moench/Schmidt, a.a.O. S. 113), sondern für das Ensemble als solches, seine Einzeldenkmäler und im Grundsatz auch für die sonstigen Teile des Ensembles; deshalb können Teile, die nicht selbst Einzeldenkmäler sind, nicht ohne weiteres abgebrochen, ausgetauscht oder verändert werden. Der Beitrag der Nicht-Denkmal zum Ensemble kann unterschiedliche Ursachen haben und auch von unterschiedlicher Intensität sein; die Erhaltung der Substanz ist oft dann unverzichtbar, wenn ein Gebäude durch Alter, Lage und Erscheinungsbild mehr als andere zum Ensemble beiträgt (s. auch Eberl, Erl. zu Art. 1 in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG). In anderen Fällen können sich die denkmalpflegerischen Forderungen zum Ensembleschutz auf mehr formale Gestaltmerkmale (z. B. Dachformen, Traufhöhe, Mauerwerksbau, Fassadenproportionen) richten, die auch durch Ersatzbauten erfüllt werden können. Auf die Erhaltung historischer Substanz in Ensembles ist künftig verstärkt zu achten, um eine Reduzierung der Denkmaleigenschaft des Ensembles als solchen zu vermeiden. Nicht zu unterschätzen ist bei derartigen Gefahren das Instrument eines

(formlosen) Denkmalpflegeplanes für ein Ensemble (Erl. zu Art. 3 in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG).

Abgelehnt werden kann im Übrigen z. B. der Abbruch eines „Nichtdenkmals“, das als Teil eines Ensembles wesentlich zur Einheitlichkeit des Fassadenablaufs beiträgt (VG Regensburg U v. 25.3.1993 RO 8 K 92.0180, V.n.b.). Entsteht durch den Abbruch eine Baulücke, so ist das Verunstaltungsverbot des Art. 11 BayBO zu beachten, weil das Ensemble auch als Mehrheit von baulichen Anlagen verunstaltet sein kann (wie hier VG Regensburg a.a.O.). Herangezogen werden können ferner die Argumente zur Erhaltung von Gebäuden, die allein wegen ihrer städtebaulichen Bedeutung im Bebauungszusammenhang Denkmäler sind; ihre Veränderung oder Beseitigung kann gleichzeitig das Ensemble insgesamt beeinträchtigen (vgl. Fall des OVG NW U. v. 30.7.1993 7 A 1038/92, NVwZ RR 1994, 135 = EzD 2.2.1 Nr. 4).

157

Die Freilegung von **Fachwerk** wird nicht zuletzt zur Vermeidung von Bezugsfällen regelmäßig unterbleiben müssen; Ausnahmen können zugelassen werden, wenn es sich nicht um verputztes konstruktives Fachwerk handelt. „Freilegen“ kann man nur Fachwerk, das ursprünglich sichtbar war. Zu den denkmalpflegerischen Grundsätzen vgl. das Merkblatt „Putzfachwerk oder Sichtfachwerk“ des BayLfD (1984).

158

**Fassade:** Die Fassade ist das Gesicht eines Denkmals und damit wichtigstes äußeres Element; auf Material und Gestaltung ist besondere Sorgfalt zu verwenden. Zu einem Balkon (abgelehnt) VG München 17.12.2012 M 8 K 11.6134, juris. Häufig werden Eingriffe in das Denkmal zugleich auch Verunstaltungen i. S. der BO sein (z. B. Vereinfachungen OVG Berlin v. 13. 1. 1984, BauR 1984, 624, oder Fassadenverkleidungen BayVGH U. v. 30. 11. 1988 26 B 85 A.201, EzD 2.2.6.2 Nr. 6 und VG Weimar Ur. v. 3. 5. 1994 6 K 373/94, EzD 2.2.6.2 Nr. 2). S. auch unter Wärmedämmung. Denkmale der Nachkriegszeit werfen besondere Probleme hinsichtlich ihrer Materialien und Gestaltwerte auf; vgl. hierzu die Empfehlungen des DNK von 1990 zu Bauten der 50er Jahre ([www.denkmalpflege-forum.de](http://www.denkmalpflege-forum.de)), und Schulze, Umgang mit Bauten der fünfziger Jahre, Dt. Architektenblatt 1992, 1283 ff.

159

**Fenster und Türen:** Die Fenster sind als „Augen“ meist wesentliche gestalterische Merkmale. Der Einbau sprossenloser Einscheibenfenster in einem wertvollen Gebäude wird vielfach sogar eine Verunstaltung i. S. der BayBO sein. Kunststoff- oder Metallfenster werden vielfach gegen das Gebot der Materialgerechtigkeit verstoßen (BayVGH U. v. 9. 8. 1996, BayVBI 1997, 633, und v. 6. 11. 1996 2 B 94.2926, EzD 2.2.6.2 Nr. 11; vgl. auch NdsOVG B. v. 9.6.2004 1 LA 321/03, V.n.b. (Klappsprossenfenster). Vgl. ferner die Empfehlungen der Vereinigung der Landesdenkmalpfleger zu Fenstern (1991 - [www.denkmalpflege-forum.de](http://www.denkmalpflege-forum.de)) und Schmaltz/Wiechert Rn. 14 zu § 6 NdsDSchG.

160

**Weitere wichtige Entscheidungen zu Fenstern:** zu Kunststofffenstern OVG Hamburg v. 22. 12. 1983, BauR 1984, 625, OVG NW U. v. 8. 7. 2004 8 A 851/03, EzD 2.2.6.2 Nr. 39; Rückbauverfügung Fenster NdsOVG U. v. 21.8.98 1 L 5891/96,

dbovg = juris; Kunststofffenster in einer Denkmalzone OVG RP U. v. 22.7.2010 1 A 11337/09 – juris = EzD 2.2.6.2 Nr. 73; zu „Schwindelsprossen“ BWVGH U. v. 23. 7. 1990 1 2998/98, DVBl. 1990, 1113 = EzD 2.2.6.2 Nr. 34; zu Rollläden BWVGH v. 4. 6. 1991, BRS 52, 308; NdsOVG U. v. 14. 9. 1994 1 L 5631/92, OVGE 45, 358 = EzD 2.2.6.2 Nr. 37 und VG Stade U. v. 19.2.2004 2 A 591/01, juris zur denkmalgerechten Erneuerung nach früherer Bausünde; zum Fenstertausch NdsOVG B. v. 16.12.2005 9 LA 352/03, V.n.b.; Dachflächenfenster im Gulphaus NdsOVG U. v. 24.9.1993 6 L 3265/91, OVGE 44, 361 = EzD 2.2.6.2 Nr. 8; zum Einbau eines zusätzlichen Fensters VG Braunschweig U. v. 22.2.2006 2 A 17/05, juris; zur Denkmalverträglichkeit des Austausches ca. 80 Jahre alter Haustüren durch moderne wärme gedämmte Türen VG Düsseldorf U. v. 28.2.2008 25 K 4546/07, EzD 2.2.4 Nr. 42. Einbau in einem Hochbunker VG Düsseldorf v. 4. 4. 2006 9 K 3731/04, EzD 2.2.6.2 Nr. 49; einschränkend z. B. OVG Bbg v. 20. 11. 2002 3 A 248/99, EzD 2.2.6.3 Nr. 5, ThürOVG v. 27. 6. 2001 1 KO 138/99, EzD 2.2.8 Nr. 18 mit krit. Anm. Martin, und OVG BerlinBbg U. v. 21.2.2008 2 B 12/06, juris = EzD 2.2.6.2 Nr. 62: wg. fehlender Rechtsgrundlage in Berlin.

161

**Fußgängerzonen:** Zur Gestaltung von Fußgängerbereichen (Pflanzenbehälter, Lampen, sonstige „Möblierung“) s. das Grundsatzpapier der VDL, abgedruckt in Martin/Viebrock/Bielfeldt Kennzahl 48.27.

162

**Gestaltungssatzungen und sonstiges Ortsrecht:** Auch aus gemeindlichen Bauvorschriften nach Art. 81 BayBO und Bebauungsplänen (zu einer sog. unselbständigen Gestaltungssatzung HessVGH v. 9. 11. 1995 4 UE 2704/90, NVwZ-RR 1996, 631 = EzD 3.2 Nr. 1) können sich im Einzelfall sehr weitgehende gestalterische Anforderungen zum Schutz von Ensembles (Gruppen, Denkmalbereichen), Baudenkmalen und ihrer Nähe ergeben, die bis zur „positiven Gestaltungspflege“ gehen. Die Ermächtigung zu derartigen Vorschriften beschränkt sich nicht auf die Abwehr von Verunstaltungen, sondern umfasst auch das Anlegen strengerer ästhetischer Maßstäbe, als es die allgemeinen gestalterischen Vorschriften der BauO zulassen (OVG NW U. v. 6. 2. 1992 11 A 2232/89, NVwZ 1993, 87 = EzD 3.3 Nr. 1; zur Unwirksamkeit einer **örtl. Bauvorschrift** betr. Dachflächenfenster NdsOVG U. v. 25.6.2001 1 L 4874/99, NdsVBl. 2001, 320). Nach Art. 81 I Nr. 1 BayBO können die Gemeinden u.a. Bauvorschriften erlassen über besondere Anforderungen an die äußere Gestaltung baulicher Anlagen zur Erhaltung und Gestaltung von Ortsbildern und über das Verbot der Errichtung von Werbeanlagen aus ortsgestalterischen Gründen. Danach kann auch die Gestaltung von Gebäuden und Dächern, Werbeanlagen (siehe dort) und Solaranlagen (siehe dort Nr. 2) erfasst werden. Eine Gemeinde hat einen Anspruch darauf, dass die Baugenehmigungsbehörde ihre örtliche Gestaltungssatzung vollzieht (BayVGH U. v. 30. 7. 1997 14 B 95.3645, BayVBl 1998, 81 = EzD 2.2.9 Nr. 5). Muster einer Satzung in Martin/Viebrock/Bielfeldt, Kennzahl 66.40.

163

**Gartenanlagen und Gründenkmaier:** Zu den Begriffen siehe die Erl. zu Art. 1 in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG. Grünflächen in geschützten Park- und Gartenanlagen, Alleen und andere bedürfen laufender Pflege- und

Unterhaltungsmaßnahmen, die ggf. in Nebenbestimmungen zur Erlaubnis festzulegen und die ggf. in Parkpflegewerken und -lageplänen darzustellen sind, vgl. die Leitlinien zur Erstellung von Parkpflegewerken, Die Gartenkunst 1990, 157 ff. Grundsätze für die Gartendenkmalpflege formuliert die Internationale Charta von Florenz (abgedruckt in Martin/Krautzberger (Hrsg.), Teil D Kap. VII Nr. 5). Zum Umgang mit Gründenkmälern siehe die Beiträge von Hönes und Rohde in Martin/Krautzberger, Teil C IV und D VII Nr. 5. Siehe auch unten Stichwort Naturschutz.

164

**Grundriss:** Der Grundriss eines Denkmals ist oft eines seiner wesentlichen Merkmale. Die von Art. 6 I erfassten Änderungen bringen vielfach Eingriffe in Statik und Wände, die ihrerseits oft unverzichtbare Merkmale (Farbfassung, Stuck, Türen) tragen. Zur Bedeutung des Grundrisses vgl. auch OVG NW U. v. 2.11.1988 7 A 2826/86, BRS 48, 291 = EzD 2.1.2 Nr. 5, VG Schwerin v. 1. 11. 2001 2 A 1395/99, V.n.b., und HessVGH U. v. 12.9.1995 3 UE 2679/94, HessVGRspr 1996, 23. Erlaubnispflichtig kann auch die Aufteilung eines Baudenkmals in mehrere Wohnungen sein, wobei u. U. Probleme mit der Abgeschlossenheit nach § 3 Abs. 2 WEG entstehen können (z. B. BayVGH U. v. 8.5.1989 2 B 87.01993, ZMR 1989, 354); großzügig z. B. hinsichtlich der Trennwände und Decken der Gemeinsame Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes v. 30.6.1992 GmSOGB 1/91, NJW 1992, 3290. Zu den Rechtsfragen s. auch die Eberl, Erl. zu Art. 5 in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG, und Basty in Basty/Beck/Haaß (Hrsg.), Rechtshandbuch, Teil K.

165

**Kirchen:** Kirchliche Gebäude werden bau- und denkmalrechtlich im Grundsatz nicht anders behandelt als Denkmale privater Eigentümer. Soweit Entscheidungen über **religiöse Belange** im Sinne des Art. 26 (s. dort) zu beachten sind, müssen im Einzelfall die denkmalpflegerischen Gründe zurückstehen; dagegen sind damit die baurechtlichen Belange nicht präjudiziert. Siehe auch Wasmuth in Martin/Krautzberger, Handbuch, Teil D VII Nr. 2.

166

**Kunsthfreiheit:** Ob Architekten in Baugenehmigungs- oder Erlaubnisverfahren unter Berufung auf die Freiheit der Kunst (Art. 5 III GG) Anspruch auf Sonderbehandlung hinsichtlich der Verunstaltungsverbote, der Gestaltungsvorschriften gemeindlicher Satzungen oder denkmalrechtlicher Einschränkungen haben, erscheint äußerst zweifelhaft; vgl. die architektenfreundlichen Ausführungen bei Moench/Schmidt, a.a.O. S. 52 ff., dagegen mit überzeugenden Gründen bei beabsichtigter Kontrastarchitektur neben einem Denkmal BayVGH U. v. 21.12.1989 2 B 88.3470, V.n.b. und BVerwG B. v. 27.6.1991 4 B 138.90, BRS 52,278; ferner Eberl in Einl. zu Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG.

167

**Markisen:** Sie können ein Denkmal beeinträchtigen, vgl. NdsOVG v. 5.9.1985 6 A 54/83, BRS 44,298, und NWOVG U. v. 3.9.1996, EzD 2.2.6.2 Nr. 22. Siehe auch Martin/Viebrock/Bielfeldt Kennzahl 48.32 und Stichwort „Werbeanlagen“.

**Nähe:** S. auch Ensemble und Erl.Nr. 65 f. Hinzutretende bauliche Anlagen müssen sich an dem Maßstab messen lassen, den das Denkmal gesetzt hat und dürfen es nicht gleichsam erdrücken, verdrängen, übertönen oder die gebotene Achtung gegenüber den Werten außer Acht lassen, welche dieses Denkmal verkörpert, VG Berlin U. v. 4.7.2012 1 L 155.12, juris. Zu einer abgrabungsrechtlichen Genehmigung für den Abbau von Kies in Nähe einer Wallfahrtskirche s. VG Augsburg U. v. 19.1.2011 Au 4 K 10.870, V.n.b. Zum Umgebungsschutz vgl. ferner BWVGH U. v. 20.6.1989 1 S 98/88, NVwZRR 1990, 296 = EzD 2.2.6.4 Nr. 8 (Abbruch eines Gebäudes in der Nähe eines Denkmals) und zu einem Neubau (abgelehnt) OVG RP U. v. 21.8.2012 8 A 10229/12, juris. Zum Fall St. Gereon in Köln s. VG Köln U. v. 22.8.2011 4 K 3146/10, aufgehoben durch OVG NW U. v. 8.3.2012 10 A 2037/11, NRWE. Zu Abwehrrechten und ihrer Berücksichtigung insbesondere bei der Genehmigung von Windkraftanlagen und Aufstockungen aber auch bei anderen Anlagen im Nähebereich siehe Kleine-Tebbe/Martin, Erl. 2.2 bis 2.7 zu § 2 NdsDSchG und Spennemann in DRD online [www.denkmalnetzbayern.de/uploads/59519e09523ec1fea86e45074af8bc16.pdf](http://www.denkmalnetzbayern.de/uploads/59519e09523ec1fea86e45074af8bc16.pdf).

### **Naturschutz:**

1. Für den Naturschutz gelten in Bayern das Bundesnaturschutzgesetz und das Bayerische Naturschutzgesetz – BayNatSchG vom 23.2.2011 (GVBl 2011, S. 82).

Nach **Art. 12 I BayNatschG** erfolgt die Unterschutzstellung von Teilen von Natur und Landschaft nach § 20 Abs. 2 Nrn. 1, 2, 4, 6 und 7 BNatSchG i.d.R. durch Rechtsverordnung. Nach III kann auch ohne Rechtsverordnung durch Einzelanordnung verboten werden, Gegenstände, die die Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 BNatSchG oder des § 29 Abs. 1 BNatSchG erfüllen, zu beseitigen, zu zerstören, zu beschädigen oder zu verändern. Einzelschöpfungen und Flächen im Sinne von § 28 Abs. 1 BNatSchG können durch Verordnung als Naturdenkmal festgesetzt werden. **Naturdenkmale** sind rechtsverbindlich festgesetzte Einzelschöpfungen der Natur oder entsprechende Flächen bis zu fünf Hektar, deren besonderer Schutz erforderlich ist aus wissenschaftlichen, naturgeschichtlichen oder landeskundlichen Gründen oder wegen ihrer Seltenheit, Eigenart oder Schönheit. Dazu gehören können neben Bäumen und Pflanzen entsprechende Anlagen wie Alleen oder Hecken aber auch z.B. Höhlen. Nach § 28 Abs. 2 BNatSchG sind die Beseitigung des Naturdenkmals sowie alle Handlungen, die zu seiner Zerstörung, Beschädigung oder Veränderung führen können, nach Maßgabe näherer Bestimmungen verboten. § 29 BNatSchG regelt „geschützte **Landschaftsbestandteile**“; sie dienen u.a. zur Belebung, Gliederung oder Pflege des Orts- oder Landschaftsbildes. Ihr Schutz kann sich auf Alleen, Baumreihen, Bäume, Hecken oder andere Landschaftsbestandteile erstrecken; Zerstörung, Beschädigung oder Veränderung sind nach Maßgabe näherer Bestimmungen verboten. Nach § 67 BNatSchG kann von den naturschutzrechtlichen Verboten u.a. **befreit** werden, wenn dies aus Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses (z.B. des Denkmalschutzes) und die Abweichung mit den Belangen des Naturschutzes vereinbar ist.

Für **Konfliktfälle zwischen Denkmal- und Naturschutz** gibt es keine generelle Regelung. Nach § 1 Abs. 4 BNatSchG sind Belange des Denkmalschutzes in den Naturschutz einbezogen; denn zur dauerhaften Sicherung der Vielfalt, Eigenart und Schönheit sowie des Erholungswertes von Natur und Landschaft sind insbesondere Naturlandschaften und historisch gewachsene Kulturlandschaften auch mit ihren Kultur-, Bau- und Bodendenkmälern, vor Verunstaltung, Zersiedelung und sonstigen Beeinträchtigungen zu bewahren. Sämtliche Belange des Naturschutzes sind in Baugenehmigungsverfahren, aber nicht unbedingt in denkmalrechtlichen Verfahren einzubeziehen. Die gleichzeitige Anwendung von Denkmal- und Naturschutzrecht kann im Einzelfall möglich und sogar geboten sein, da beide Rechtsmaterien unterschiedliche Ziele verfolgen (s. die Erl. zu Art. 1 und die Einl. zu Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG). Sofern im Einzelfall (selten) der Naturschutz als „anderes“ öffentliches Interesse überwiegen sollte, wird nach entsprechender Abwägung ein Eingriff in ein Denkmal **nur** dann genehmigt werden können, wenn der Eingriff in das Denkmal zwingend erforderlich ist; denn ein Denkmal ist mit seiner Zerstörung unwiederbringlich verloren; deshalb hat es in der Regel den **Vorrang** vor der nachwachsenden Natur (z. B. bei aus Gründen des Denkmalschutzes notwendigen Einschnitten in die „Natur“ einer Parkanlage oder Allee).

2. Naturschutz und Denkmalschutz stehen nicht selten gegeneinander. **Konflikte** ergeben sich, wenn z. B. ein als Denkmal nach dem Denkmalrecht geschütztes „Gründenkmal“ wie Alleen, Gärten oder Parks natürlich weiter wachsen, verwildern, „auswachsen“ und damit die ursprüngliche oft künstlerisch gestaltete Anlage nach und nach ihre ursprüngliche Form verliert. Typische Konfliktfälle sind das Zurückstutzen von Hecken und Bäumen in Gründenkmalen, die Beseitigung von die Denkmalsubstanz gefährdenden Überwucherungen von Mauern und Ruinen, das Freistellen von Burganlagen durch Beseitigen des Hangbewuchses, die Erhaltung einer historischen Wasserfläche gegenüber dem die Aussage des Denkmals gefährdenden „heranwachsenden“ Biotop. Zu möglichen Konflikten siehe z. B. Eberl, in *Schönere Heimat* 1988, 511; Hönes in Martin/Krautzberger, Teil B Kap. IV m. w. N.; ders. in *NuR* 1981, 218 und Martin, in *Jahrbuch der Bayerischen Denkmalpflege*, 1981 S. 18 ff., ferner Sautter, in Martin/Mieth/Graf/Sautter, Einleitung zum Kommentar zum DSchGBbg, 2. Aufl. 2007.

3. Das ausführliche U. des **BWVGH v. 15. 11. 1991** 5 S 615/91, NVwZ 1992, 995 = EzD 3.5.2 Nr. 1 mit Anm. Martin, ist ein gutes Beispiel für das Ineinandergreifen der Schutzgegenstände von Naturschutz und Denkmalschutz zugunsten des Denkmals Ludwigsburg. Interessant ist, dass und wie die zuständigen Behörden jeweils von ihren rechtlichen Möglichkeiten Gebrauch machten und es dabei offensichtlich gelungen ist, auch die Belange Betroffener und insbesondere deren Eigentumsgrundrecht zu wahren.

**Nutzung:** Die Nutzungsmöglichkeit ist im Regelfall eine wichtige Funktion des Eigentums und damit grundrechtlich geschützt. Siehe hierzu die Ausführungen zum Beschluss des BVerfG von 1999. Kann ein Denkmal nicht genutzt werden, so ist zu

prüfen, ob es noch „privatnützig“ ist, ob etwa „keinerlei sinnvolle Nutzungsmöglichkeit“ besteht, ob die Rechtsposition noch den „Namen Eigentum verdient“. Einzubeziehen ist die bisherige Nutzung als Ausgangspunkt für die sog. Situationsgebundenheit. Bei nicht oder nur gering genutzten Denkmälern oder Flächen mit Denkmälern ist auch nur diese bestehende Nutzung geschützt; diese „Situation“ kennzeichnet z.B. Ruinen, Flächen mit Bodendenkmälern, Scheunen, nicht mehr betriebene Backöfen, lange Zeit brachliegende Industrieanlagen usw. Zur geringen Nutzung als Lager VG Ansbach U. v. 24.7.2002 AN 3 K 99.01379, EzD 2.2.6.1 Nr. 21. **Nutzungsänderungen** (siehe hierzu auch Art. 5; zur Baugenehmigungspflicht Erl.Nr. 12 ff.) sind mangels Veränderung des Denkmals i. S. des Art. 6 I Nr. 1 als solche nicht erlaubnispflichtig; die Baugenehmigungspflicht ist nach Art. 55 ff. BayBO zu beurteilen; die Baugenehmigungsfreiheit nach Art. 57 BayBO wird nicht eintreten können, wenn unter dem Gesichtspunkt des Art. 5 Bedenken gegen die neue Nutzung bestehen. Ggf. kommt eine Nutzungsuntersagung nach Art. 54 BayBO infrage, unter Umständen ist Art. 4 IV DSchG anzuwenden; eine Maßnahme nach Art. 15 III scheidet mangels Erlaubnispflicht der bloßen Nutzungsänderung aus.

173

**Rekonstruktion:** Die Rekonstruktion im Sinne der Ergänzung fehlender Teile und die Teilrekonstruktion gehören zu den am schwierigsten denkmalfachlich wie - im Erlaubnisverfahren - rechtlich zu beurteilenden Möglichkeiten im Umgang mit Denkmälern. Sie ist beispielsweise für Bodendenkmäler angesprochen in der Charta von Venedig (Erl.Nr. 85) und unerschöpfliches Diskussionsthema der Fachwelt (z. B. Berliner Schloss, Dresdner Frauenkirche, Wiederaufbau der Städte nach dem Krieg, Wiederaufnahme früherer Fassungen bei Restaurierungsmaßnahmen). In der Rspr. ist zumindest anerkannt, dass ein behördliches Abbruchverbot dann unzulässig wäre, wenn im Fall einer Sanierung des Denkmals lediglich eine weitgehende Rekonstruktion zu erwarten stünde (vgl. Erl.Nr. 173). Zum Teil verquere Vorstellungen im Metropoluteil des OVG NW v. 26.8.08 10 A 3250/07, NRWE. S. auch Martin, Verursacher, Veranlasser und Kostenfolgen im Denkmalrecht, BayVBl 2001, 289 und 332, ferner die Erl. zu Art.1 in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG.

174

**Ruinen:** Sie stellen besondere denkmalpflegerische Anforderungen. Zum Umgang mit Ruinen vgl. die Aufsätze in Der Architekt, 1989 Heft 11, ferner Merkblatt „Zum Umgang mit Burgen und Burgruinen“, LfD Rheinland-Pfalz, 2. Aufl. 1988, und DPfl-Inf D Nr. 4 vom November 1987 „Burgen und ihre Erhaltung als Aufgabe der Denkmalpflege“.

175

## **Solar- und Photovoltaik-Anlagen**

176

**1. Solaranlagen Genehmigungspflicht:** Solaranlagen in und an Dach- und an Außenwandflächen sind zwar nach Art. 57 I Nr. 3a BayBO vielfach verfahrensfrei; dies gilt aber nur eingeschränkt. Zu satzungskonformen Anlagen siehe Art. 57 II Nr. 9. Zu Einzelheiten der vielgestaltigen Konstellationen s. Lechner/Busse in

Simon/Busse, Rn. 159 ff. Besonderheiten ergeben sich aus dem **Planungsrecht** für Anlagen im Außenbereich sowie generell für nach §§ 29 ff. BauGB planungsrechtlich genehmigungspflichtige Anlagen mit bodenrechtlicher Relevanz (insbesondere infolge ihrer Größe, vgl. BVerwG U. v. 31.8.1973 4 C 33.71, BVerwGE 44, 59, und v. 3.12.1992 4 C 27.9, BVerwGE 91, 234). Die planungsrechtliche Genehmigungspflicht wird sich insbesondere in Fällen der Einspeisung ins Netz (PV-Anlagen) oft aus dem Umstand der damit verbundenen **Nutzungsänderung** hin zur gewerblichen Nutzung z.B. bei bisherigen Wohn- und landwirtschaftlichen Gebäuden ergeben, § 29 Abs. 1 BauGB. Über die planungsrechtliche Zulässigkeit wird nach § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB in Verbindung mit Art. 68 BayBO auch in den Fällen bauordnungsrechtlicher Freistellung im bauaufsichtlichen Verfahren von der Baugenehmigungsbehörde im Einvernehmen mit der Gemeinde entschieden.

177

## **2. Solaranlagen – verfahrensrechtliche Vorgabe des Art. 6 I S.1 Nr. 1, S. 2**

**DSchG:** Die Errichtung einer Solaranlagen auf oder in der Umgebung eines Baudenkmals ist als Veränderung ein erlaubnispflichtiger Eingriff in ein Denkmal bzw. ein Ensemble. Für die sog. nachhaltige energetische Verbesserung von Denkmälern gibt es zumindest bisher keine verfahrensrechtlichen Erleichterungen im DSchG (anders z.B. Niedersachsen). Trotzdem ist im Rahmen der Ermessensausübung abzuwägen, welches Gewicht dem Einsatz erneuerbarer Energien (hierzu gehört die Solaranlage) im Verhältnis zum Interesse an der unveränderten Erhaltung des Denkmals zukommt. Weil das Land flächendeckend mit Strom versorgt ist, wird deshalb in keinem Fall eine Solaranlage „zwingend“ notwendig sein.

178

**3. Solaranlagen - materiellrechtliche Vorgaben:** Baugenehmigungsfreie Solaranlagen müssen nach der BayBO die Anforderungen des öffentlichen Baurechts, **also auch des DSchG** ebenso wie genehmigungsbedürftige Baumaßnahmen erfüllen. Maßgebliche denkmalrechtliche Gesichtspunkte sind regelmäßig die durch Solaranlagen eintretenden optischen Beeinträchtigungen von Denkmal, Ensemble und Umgebung; dies verstößt in vielen Fällen gegen die Vorgaben des Art. 6 II – siehe dort. Hinzu kommen die Vorgaben des Art. 4 I S. 1: Denkmäler sind vor Gefährdung zu schützen; kaum beachtet wurde bisher, dass Solaranlagen sowohl die Standsicherheit von Dächern und Baudenkmalen insgesamt gefährden können sowie die Brandlast erhöhen (Erfahrungen der Feuerwehr: regelmäßig Totalverlust des Baudenkmals); Solaranlagen dürfen deshalb nur bei aufwändigen technischen Vorkehrungen installiert werden, sonst ist ihre Genehmigung nach Art. 6 II **zu versagen**.

179

Im Bau- und Denkmalrecht kommt es **in jedem Einzelfall** auf eine gewissenhafte Abwägung der Belange der Denkmäler und sonstiger öffentlicher Belange wie der energetischen Ertüchtigung von Baudenkmalen und generell des Einsatzes erneuerbarer Energien an. Das NdsOVG hat in einer bundesweit wegweisenden Entscheidung (Urt. v. 3.5.2006 1 LB 16/05, dbovg = EzD 2.2.6.2 Nr. 47 mit Anm. Kapteina) hierzu u.a. ausgeführt: Das Anbringen von Sonnenkollektoren auf einem Baudenkmal in einer Fachwerklandschaft kann einen **denkmalwidrigen Eingriff** darstellen. Sie bedeuten den erstmaligen und außerordentlich auffällig sichtbaren

Einbruch **neuzeitlicher Dachfunktionen und –materialien** in einen davon bislang vollständig verschonten Teil des Altstadtkerns. Art. 14 und 20a GG hindern nicht grundsätzlich, die Beseitigung solcher Kollektoren zu verlangen. Die PV-Platten stellen einen ganz **erheblichen Eingriff** in das Ensemble dar. Sie bedeuten den auffällig sichtbaren Einbruch neuzeitlicher Dachfunktionen und –materialien. Das **Übermaßverbot** verletzt die Verfügung nicht; die Kollektoren können vollständig eingesehen werden. Das **Willkürverbot** und den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verletzt sie ebenfalls nicht. Art. **20 a GG** artikuliert nur ein bestimmtes öffentliches Interesse, ohne dass damit ein eindeutiger Vorrang gegenüber anderen ebenfalls im öffentlichen Interessen liegenden Gesichtspunkten verbunden wäre. Als ein solches ... ist dasjenige am Erhalt von Bauwerken ... anzusehen. Art. 20 a GG kann daher nur dazu führen, dass dem Gesichtspunkt der Energieeinsparung bei der Abwägung konkurrierender Interessen eine etwas verstärkte Durchsetzungsfähigkeit zukommt und daher je nach Lage des Einzelfalls Einschränkungen im Erscheinungsbild des Denkmals eher hinzunehmen sind, als dies ohne Art. 20 a GG der Fall wäre.

Gewisse **Entscheidungshilfen** stellt das LfD mit seiner Broschüre Solaranlagen und Denkmalpflege (Download [www.blfd.bayern.de/](http://www.blfd.bayern.de/)) zur Verfügung. Wichtige Formulierungshilfen unter [www.denkmalnetzbayern.de/uploads/c32935c77a6eeeb515b8dfba12b992bb.pdf](http://www.denkmalnetzbayern.de/uploads/c32935c77a6eeeb515b8dfba12b992bb.pdf) .

180

**4. Solaranlagen Ortsrecht:** Nach Art. 81 BayBO können die **Gemeinden**, um bestimmte städtebauliche, baugestalterische oder auch denkmalpflegerische Absichten zu verwirklichen, durch örtliche Bauvorschrift besondere Anforderungen an die **Gestaltung von Gebäuden** stellen. Danach kann auch die Gestaltung von Solaranlagen erfasst werden (siehe z.B. VGH BW U. v. 5.10.2006 8 S 2417/05, juris). In diesem Zusammenhang sind die Auseinandersetzungen um die sog. Marburger Solarsatzung interessant (VG Gießen U. v. 12.05.2010 8 K 4071/08.GI, juris).

181

#### **Solaranlagen Auswahl aus der fast unübersehbaren Rechtsprechung:**

**Genehmigungsfälle:** BWVGH U. v. 1.9.2011 1 S 1070/11, Landesrspr. BW; VG Braunschweig U. v. 25.4.2006 2 A 180/05, juris; PV-Anlage auf Professorenvilla VG Göttingen U. v. 23.03.2007 2 A 50/05, dbovg; VG Göttingen U. v. 2.6.2004 2 A 209/03, juris (kein Ensembleschutz; nicht sichtbare Anlage); VG Berlin U. v. 9.9.2010 16 K 26.10, juris; VG Braunschweig U. v. 25.04.2006 2 A 180/05, juris. **Abgelehnt** u.a. BayVGH U. v. 12.10.2010 14 ZB 09.1289, juris; VG Göttingen U. v. 18.10.2011 2 A 309/10, juris; VG Ansbach U. 31.10.2000 K 99.01493, V.n.b.; VG Düsseldorf U. v. 26.10.2009 25 K 1972/09, NRWE; PV-Anlage auf Scheune VG Neustadt U. v. 23.11.2005 5 K 1498/05, V.n.b.; PV-Anlage in Ensemble OVG RP B. v. 16.08.2011 8 A 10590/11, juris. Zum **Beurteilungsmaßstab** u.a. HessVGH B. v. 7.5.2013 4 A 1433/12.Z, juris. **Weitere bayerische Entscheidungen:** PV abgelehnt im Ensemble BayVGH B. v. 12.12.12 15 ZB 11.736, juris, und VG München U. v. 24.4.2012 M 1 K 12.80, juris; in der Nähe von Schloss und Kirche BayVGH B. v. 11.4.2011 14 ZB 10.2729, juris, VG München U. v. 25.4.12 M 9 K 11.3278, juris, und U. v. 25.4.2013 M 11 K 12.1914, juris –jeweils mit w. Nachw.

Zu **Anordnungen** zum Rückbau NdsOVG U. v. 3.5.2006 [www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsndprod.psml?doc.id=JU](http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsndprod.psml?doc.id=JU)

RE060030783&st=null&showdoccase=1; Solaranlage auf Kirche (abgelehnt BWVGH U. v. 27.6.2005- - 1 S 1674/04 -, juris, bestätigt VG Sigmaringen U. v. 13.5.2008 5 K 1038/07 und BWVGH B. v. 17.12.2009 1S1510/08, NVwZ-RR 2010, 55 = VBIBW 2010, 29).

Zu **Abwehrrechten** bei der Genehmigung von Anlagen im Nähebereich siehe Kleine-Tebbe/Martin, Erl. 2.2 bis 2.7 zu § 2 NdsDSchG und Spennemann [www.denkmalnetzbayern.de/uploads/59519e09523ec1fea86e45074af8bc16.pdf](http://www.denkmalnetzbayern.de/uploads/59519e09523ec1fea86e45074af8bc16.pdf).

182

**5. Solaranlagen - Literatur und Hinweise:** Die Broschüre des LfD Solaranlage und Denkmalpflege (s. oben) entfaltet wie der Erlass des Nds. Ministeriums für Wissenschaft und Kultur vom 11.6.2003 („Denkmalschutz und Solaranlagen“) nach NdsOVG U. v. 3.5.2006 1 LB 16/05, dbovg, nur innerdienstliche Wirkung. Die Vereinigung der Landesdenkmalpfleger hat 2010 das Arbeitsblatt 37 Solaranlagen und Denkmalschutz veröffentlicht. Das Bayerische LfD hat Arbeitshinweise erlassen (Beratungsrichtlinie A 02 - Stand: 25.2.2010) Solaranlagen - Solarthermik und Photovoltaik in denkmalgeschützten Bereichen; download [www.blfd.bayern.de/suche/index.php?q=solarthermik](http://www.blfd.bayern.de/suche/index.php?q=solarthermik)). Siehe auch den Aufsatz Schulte, Solaranlagen und Denkmalschutz, NWVBI. 2008, 1 ff. und die neue Zeitschrift Recht der erneuerbaren Energien REE.

183

**Standssicherheit:** Zum Schutz von Denkmälern vor Beeinträchtigung ihrer Standssicherheit bei Einflussnahmen auf Grundwasserströme und -pegel vgl. die *Einkl.* zu Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG.

184

**Straßen:** Bei Straßen und Plätzen erfordern die Führung und die Oberflächengestaltung in historischen Altstädten (vgl. hierzu Arbeitsgemeinschaft Bamberg-Lübeck-Regensburg, Der Städtetag 1976, 36) besondere Rücksichtnahme. Unter den Gesichtspunkten baukünstlerischer Wirkung verdient die strukturierte Straßenoberfläche den Vorzug; die gepflasterte Straße ist das optische Fundament für historische Bauwerke und Baugruppen. Denkmalwidriges Betonpflaster OVG LSA B. v. 20.2.2008 2 L 192/07, LKV 2008, 416 = EzD 2.2.8 Nr. 29. Zur Erheblichkeit eines Abwägungsfehlers nach § 17e Abs. 6 S. 1 FStrG NdsOVG v. 30.6.2009 7 KS 186/06, NdsVBl. 2010, 13. Zur Bestandserfassung und Bewertung vgl. auch das Merkblatt der Vereinigung der Landesdenkmalpfleger von 1990 „Straßen und Plätze in historisch geprägten Ortsbereichen“ ([www.denkmalpflege-forum.de/](http://www.denkmalpflege-forum.de/)).

185

**Technische Anlagen:** Gegenstand denkmalpflegerischen Bemühens und wohl auch der Rspr. werden zunehmend auch Denkmäler der Technikgeschichte (*Art. 1 Erl. Nr. 20, 21, 37*). Mangels rechtzeitiger systematischer Erfassung durch das Landesamt für Denkmalpflege oder andere Institutionen wurden bereits zahlreiche Anlagen unerkannt beseitigt. Für die Zukunft gilt es, dieser höchst gefährdeten Denkmälergruppe aber auch schützenswerten technischen Details (z. B. Maschinen, Paternosteraufzügen) erhöhte Aufmerksamkeit zuzuwenden. Nicht nur der Totalabbruch einer Fabrikanlage kann rechtlich verhindert werden (vgl. OVG NW U v. 19.12.1991 7 A 2328/89, EzD 2.2.6.2 Nr. 1: städtebauliche Rarität, hoher

Denkmalwert), auch die Ausstattung (s. Erl.Nr. 144 und die Einl. zu Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG) ist zu erhalten.

186

**Translozierung:** Die Translozierung von Baudenkmalern (Erl. zu Art. 1 in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG) enthält rechtstechnisch drei Vorgänge: den erlaubnispflichtigen Abbruch, die erlaubnispflichtige Ortsveränderung und die baugenehmigungspflichtige Wiedererrichtung. Sofern der Zuständigkeitsbereich einer Bauaufsichtsbehörde nicht verlassen wird, bestehen keine Bedenken, hierfür eine einheitliche Baugenehmigung zu erteilen. Die Translozierung kann nur genehmigt werden, wenn a) das Denkmal in seinem Bestand schwer gefährdet ist und am Ort nicht verbleiben kann, b) die neue Aufstellung eine berechnete Aussicht für die Beibehaltung der Denkmaleigenschaft gibt und c) die Bestandserhebung und Planung so sorgfältig sind, dass die translozierbaren Bauteile nicht beschädigt werden. Zur Translozierung siehe auch Art. 7 der Charta von Venedig (Kommentierung in Martin/Krautzberger Teil D Kapitel I Nr. 4).

187

**Unterkellerung:** Sie kann auch bei einem Denkmal zulässig sein, wenn damit der Fortbestand der originalen Bauteile nicht gefährdet wird, BayVGH U. v. 2.4.1987 2 B 86.01379, BRS 47, 335 = EzD 2.1.2 Nr. 16. Zur Standsicherheit vgl. Art. 10 BayBO und Erl.Nr. 183.

188

**Urheberrecht:** Bei Baudenkmalern aus neuerer Zeit (z. B. Bauten der 50er Jahre, Umbauten) kann u. U. die gestalterische Leistung des Architekten über das Grundrecht der Kunstfreiheit (Art. 5 III GG) und das Urheberrecht geschützt sein (vgl. Deutsches Architektenblatt 1989, 1837); als privatrechtlicher Belang ist dies im Baugenehmigungsverfahren in der Regel nicht zu beachten. **Zum Urheberrecht s. auch Einl. zu** Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG, und OLG Dresden U. v. 13.11.2012 11 U 853/12, 11 U 0853/12, juris (Kulturpalast).

189

**Verunstaltung:** Vor Verunstaltungen schützen die Baudenkmalern bisher die baurechtlichen Vorschriften, ohne dass es eines Rückgriffs auf das DSchG bedarf. Aus Art. 8 BayBO ergeben sich auch denkmal- und umgebungsbezogene gestalterische Grenzen; sie betreffen u. a. Fassadengestaltungen, Anbauten, Werbeanlagen, Einfriedungen, Sichtschutzmatten, Dachgauben, Silos usw. Besonders heraus stellt Art. 8 S. 3 die in Innenstädten häufig zu beobachtenden Häufungen von Werbeanlagen. Einzelheiten bei Lechner in Simon/Busse, Erl. des Art. 8 BayBO; vgl. auch die z. T. kritischen Anmerkungen von Moench/Schmidt, a.a.O., S. 3, 13. Als Verunstaltung i. S. der BayBO wurden z. B. der Einbau von Einscheibenfenstern in einem historischen Gebäude (BayVGH U. v. 30.7.1979 89 XIV 78, BayVBI 1980, 19 m. Anm. Kalkbrenner) und „unlusterregende“ Werbeanlagen (VG Berlin U. v. 24.7.2002 19 A 22.01, EzD 3.3 Nr. 12) beurteilt; vgl. auch oben „Dächer“ und „Fenster“. Zur Verunstaltung und zu den unterschiedlichen Maßstäben von Bau- und Denkmalrecht s. ferner Erl.Nr. 25, 52, 82 ff. **und Einl. zu** Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG.

**Wärmeschutz:** Der Wärmeschutz dient der **energetischen Ertüchtigung** von Baudenkmalen; technisch wird er durch Außen- oder Innendämmung und „energetische Aufrüstung von Türen und Fenstern (siehe dort) erreicht. Die Anforderungen an den Wärmeschutz und die **Einsparung von Energie** (EnEV) bringen erhöhte Zielwerte zur Einhaltung von bauteilbezogenen k-Werten; danach müssten auch intakte Bauteile z. B. mit einer Verkleidung gedämmt werden. Die Werte führen bei Denkmalen zu klimatischen, technischen und gestalterischen Problemen bei Fachwerk, historischen Fenstern, Decken und Dach und zu Konflikten mit dem Grundsatz der Materialgerechtigkeit. Siehe Martin/Krautzberger (Hrsg.), Teile F IV Nr. 6 (Energetische Ertüchtigung) und F VI (Klimaschutz und Denkmalschutz). § 24 EnEV 2009 sieht ausdrücklich Ausnahmen zugunsten von Denkmälern vor: “(1) Soweit bei Baudenkmalen oder sonstiger besonders erhaltenswerter Bausubstanz die Erfüllung der Anforderungen dieser Verordnung die Substanz oder das Erscheinungsbild beeinträchtigen oder andere Maßnahmen zu einem unverhältnismäßig hohen Aufwand führen, kann von den Anforderungen dieser Verordnung (auch von Amts wegen, also ohne Antrag) abgewichen werden.”

**Wärmeschutz - Rechtsprechung:** Ein **Wärmedämmputz im Denkmalbereich** ist zwar nicht ausgeschlossen, zum Schutz des Erscheinungsbildes setzen sich in der Interessenabwägung die Belange der Denkmalpflege durch; denn eine Maßnahme, die den Denkmalwert wesentlich mindert, kann allenfalls **in Ausnahmefällen aus zwingenden Gründen** zugelassen werden (VG Düsseldorf U. v. 2. 3. 2009 25 K 2496/08, NRWE). Der sichtbare Denkmalwert würde im konkreten Falle der **Außendämmung** vollständig entfallen. Das Gebäude würde verfremdet. Was letztlich . . . bliebe, wäre ein dem alten Gebäude nachempfundenen Gebäude, das aber nicht mehr das unter Denkmalschutz stehende Gebäude darstellt, sondern ein “Remake”. Ein so umfassender Eingriff in das bestehende Denkmal steht dem Denkmalschutz entgegen.” . . . Wenn der Gesetzgeber Denkmäler von der Einhaltung der Vorschriften der EnEV schon ausgenommen hat, kann nicht gleichzeitig ein öff. Interesse daran bestehen, Denkmäler mit einer Außendämmung zu versehen und so ihrer Identität zu berauben VG Minden v. 25.08.2009 1 K 2312/08, NRWE). Die Werte führen meist zu technischen und gestalterischen Problemen bei Fachwerk, historischen Fassaden, Fenstern, Decken und Dächern (siehe die problematische Entscheidung des VG Weimar v. 3. 5. 1994 6 K 373/93.We, EzD 2.2.6.2 Nr. 2 mit Anm. Eberl. Die Grundsätze des NdsOVG zu PV-Anlagen (U. v. 3.5.2006 1 LB 16/05, dbovg) sind für die Außendämmung entsprechend anwendbar.

**Wärmeschutz - Literatur:** Zum Problemkreis vgl. ausführlich insbesondere Martin/Krautzberger (Hrsg.), Teile A I Nr. 5 (Nachhaltigkeit und Klimaschutz), F IV Nr. 6 (Energetische Ertüchtigung), F VI (Klimaschutz und Denkmalschutz). Energieeinsparung bei Baudenkmalen, DNK-Schriftenreihe Band 67, 2002.

**Werbeanlagen:** Werbeanlagen haben im Einzelfall und in ihrer Zusammenschau offensichtlich erhebliche Auswirkungen auf das Erscheinungsbild von

Einzeldenkmälern, aber auch ganzer Straßen- und Platzbilder. Verschiedentlich stören sie sogar das gesamte Ortsbild. Zur Rechtslage nach Art. 57 I Nr. 13 BayBO s. Lechner/Busse in Simon/Busse Rn. 299 ff. Die BayBO definiert die Werbeanlagen als bauliche Anlagen und unterstellt sie den allgemein für bauliche Anlagen geltenden Vorschriften. Die Beschränkung auf ortsfeste Werbeanlagen verdeutlicht, dass die BayBO nicht auf bewegliche Werbeanlagen etwa auf Kraftfahrzeugen zugreifen will. Die Beschränkung auf die wirtschaftliche Außenwerbung schließt politische (vgl. BayObLG B. v. 18.1.1980 3 Ob OWi 216/79, BayVBl 1980, 411) oder (ausschließlich) religiöse Werbung aus. Der unterschiedlichen Bedeutung des Standorts der Werbeanlage für Ortsgestaltung und Straßenverkehr wird durch die Alternativen des Art.57 II Nr. 13 BayBO Rechnung getragen. Die nach der früheren Rechtslage ausgeklammerten nur vorübergehend angebrachte Werbeanlagen sind entweder wegen des fehlenden Merkmals der Dauerhaftigkeit keine bauliche Anlagen oder nunmehr nach BayBO genehmigungsfrei. Nicht baugenehmigungspflichtige Werbeanlagen **aller Art** (z. B. politische Transparente, künstlerische Bilder und Plakate) unterliegen regelmäßig der denkmalrechtlichen Erlaubnispflicht (z. B. Transparent am Siegestor in München, VG München U. v. 28.6.1989 M 8 K 88.5887, V.n.b.).

194

Die Erlaubnisfähigkeit unter den Gesichtspunkten des **Denkmalschutzes** hängt in erster Linie davon ab, ob Denkmäler, Ensembles oder ihre Umgebung beeinträchtigt werden. Die Maßstäbe sind strenger als im Baurecht und setzen keineswegs eine Verunstaltung voraus. Materielle Beurteilungshilfen enthält der Entwurf von Richtlinien des BayLfD, der in Martin/Viebrock/Bielfeldt (Kz. 48.32; zum Rechtscharakter BayVGh v. 11. 4. 1997 26 B 94.2685, EzD 2.2.6.2 Nr. 12) leicht geändert und der Rechtslage angepasst wiedergegeben ist. Für Werbeanlagen, die der Wirtschaftswerbung dienen, gelten einige besondere Vorschriften der BayBO, insbesondere über Genehmigungsbedürftigkeit und Verunstaltung, ferner Art. 81 I Nr. 2 BayBO (örtliche Bauvorschriften; hierzu z.B. VG Schwerin v. 1. 11. 2001 2 A 1395/99, V.n.b.). Zu den Anforderungen (keine Verunstaltung, Häufung oder Gefährdung) vgl. die Literatur zum Baurecht und die unübersehbare Rechtsprechung z. B. NdsOVG B. v. 1.8.2002 1 LA 2225/01, V.n.b. und OVG NW U. v. 22. 1. 1998 11 A 688/97, BRS 60, 212 = EzD 2.2.6.2 Nr. 23, dass. v. 6.2.1992, EzD 3.3 Nr.1. Zur Verunstaltung einer Gartenanlage bzw. des Denkmalbereichs (Ensemble) Landwehrkanal und seiner unmittelbaren Umgebung durch Errichtung sog. Mega-Light-Werbeanlagen VG Berlin U. v. 24.7.2002 19 A 22.01, EzD 3.3 Nr.1 und OVG BE v. 23.5.2002 2 B 13.01, juris; zu einer Dachwerbung OVG BEBB U. v. 12.10.2005 2 B 21.04, EzD 2.2.6.2 Nr. 58; zu einer Wechselwerbung OVG BE B. v. 11.2.2002 2 SN 29.01, EzD 7.9 Nr. 44. Zum Umgebungsschutz im Fall „Kant-Siegel“ zutreffend VG Berlin v. 17.4.1996 19 A 1413.95, V.n.b., aufgehoben mit zweifelhafter Begründung durch OVG BE v. 7.5.1999 2 B 2.96, BRS 62 Nr. 157; danach soll es darauf ankommen, ob das menschliche Auge die zu schützenden Objekte und die Quelle der Verunstaltung mit einem Blick erfassen kann). Zur Baugerüstwerbung OVG BBB B. v. 9.3.2007 2 S 13/07, LKV 2008, 137 = EzD 2.2.6.4 Nr. 46; zu einer Großwerbeanlage OVG BEBB B. v. 25.4.2008 2 S 120.07, BauR 2009, 489 = EzD 2.2.6.4 Nr. 55. Zu Werbeanlagen im Ensemble BayVGh U. v. 24. 10. 1988 14 N 86.02473, EzD 3.2 Nr. 8. Muster einer Werbeanlagensatzung in Martin/Viebrock/Bielfeldt unter Kennzahl 66.45. S. auch unten Erl. Nr. 195.

**Werbeanlagen – weitere Entscheidungen:** Nach VG Berlin (v. 1.2.2008 16 A 98.07, V.n.b.) kann die **Beseitigung** einer Werbeanlage angeordnet werden, wenn ein Denkmal zwar nicht selbst und unmittelbar, aber durch Änderungen der Umgebung beeinträchtigt wurde. Zur Beseitigungsanordnung für ein Riesenposter VG Berlin v. 23.11.2000 19 A.306.00, V.n.b., dass. v. 23.11.2000 19 A 270.00, V.n.b.); s. auch BayVGH U. v. 18.11.2010 2 B 09.1497, juris; VG Ansbach U. v. 7.11.2012 AN 9 K 12.00485, juris (Satzung, Riesenposter). Wenn das öffentliche Interesse und Gründe des Denkmalschutzes also in aller Regel der Anbringung entgegenstehen (siehe auch VG Berlin v. 23.11.2000 19 A. 306.00, V.n.b., VG München v. 14.1.2008 M 8 K 08.129, V.n.b.), dann kann denknötwendig kein überwiegendes öffentliches Interesse die Maßnahme verlangen. Zum Einzelfall der nicht nach DSchG, sondern lediglich nach den **erhaltungsrechtlichen Vorschriften** der §§ 172 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Satz 2 BauGB in Verbindung mit einer Erhaltungsverordnung unzulässigen Errichtung von Schauvitriolen zwischen Arkadenpfeilern mit darüber angebrachten Firmenschildern, OVG BEBB U. v. 9.12.2005 2 B 2.03, EzD 3.2 Nr. 38). Die Möglichkeit der **Refinanzierung von Maßnahmen** an einem Denkmal durch Werbemaßnahmen bei gleichzeitiger Minderung des Denkmalwerts begründet nicht die Genehmigungsfähigkeit (OVG BEBB v. 9.3.2007 2 S 13.07, juris). S. ferner BayVGH U. v. 18.11.2010 2 B 09.1497, GewArch 2011, 261 (Gerüstwerbung im Ensemble; VG Würzburg U. v. 12.3.2013 W 4 K 12.466, juris (Satzung, Anlage abgelehnt); dass. v. 12.3.2013 W 4 K 12.932, juris (zugelassen), VG Gelsenkirchen U. 18.4.2012 5 K 3268/11, juris (Baugenehmigung versagt).

**Windkraftanlagen** können zu vielfältigen Konflikten mit dem Denkmalschutz führen, wenn sie in der Nähe von Baudenkmalern oder Ensembles errichtet werden. Die Erlaubnisfähigkeit hängt von Art. 6 II ab. Niedersachsen hat versucht, Vorgaben für die Genehmigung zu formulieren: Zwar „ist“ nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 a NdsDSchG ein Eingriff in das Erscheinungsbild von Denkmälern zu genehmigen, soweit die nachhaltige energetische Verbesserung das Interesse an der unveränderten Erhaltung des Denkmals überwiegt und den Eingriff zwingend verlangt. Wie hinsichtlich der Solaranlagen läuft die Vorgabe leer, da angesichts der Weite des Landes keine technischen Umstände zwingend Windkraftanlagen in der Nähe von Denkmälern verlangen können. S. auch den Windkrafteerlass der StM des Innern, für Wissenschaft, Forschung und Kunst usw. v. 20.12.2011 [www.stmug.bayern.de/umwelt/oekoenergie/windenergie/doc/windenergie\\_erlass.pdf](http://www.stmug.bayern.de/umwelt/oekoenergie/windenergie/doc/windenergie_erlass.pdf). Zu den Anforderungen in einem Regionalplan s. BayVGH U v. 9.11.2011 4 N 10.1322, juris, und Hess VGH U. v. 17.3.2011 4 C 883 10.N, openJur 2012, 34372. Zu **Abwehrrechten** der Nachbarn siehe Kleine-Tebbe/Martin, Erl. 2.2 bis 2.7 zu § 2 NdsDSchG und Spennemann in [www.denkmalnetzbayern.de/uploads/59519e09523ec1fea86e45074af8bc16.pdf](http://www.denkmalnetzbayern.de/uploads/59519e09523ec1fea86e45074af8bc16.pdf).

**Windkraftanlagen - Rechtsprechung:** Hinzutretende Anlagen müssen sich an dem Maßstab messen lassen, den das Denkmal gesetzt hat, und dürfen es nicht gleichsam erdrücken, verdrängen, übertönen oder die gebotene Achtung gegenüber den Werten außer Acht lassen, welche dieses Denkmal verkörpert. Bei welchen

Abständen das Erscheinungsbild eines Denkmals beeinträchtigt wird, lässt sich nicht allgemein bestimmen, sondern hängt von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab. Sofern gelegentlich regelmäßig einzuhaltende Entfernungen genannt werden, kann es sich allenfalls um Erfahrungswerte handeln. Das zur denkmalschutzrechtlichen Beurteilung erforderlichen Fachwissen vermittelt vornehmlich das Landesamt für Denkmalpflege (NdsOVG U. v. 21.4.2010 12 LB 44/09, dbovg = EzD 2.2.6.4 Nr. 50 mit Anm. Spennemann). Ein Vorhaben kann auch dann nicht zugelassen werden, wenn ihm Belange des Denkmalschutzes entgegenstehen (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB). Durch die Errichtung der streitigen Anlagen würde das Erscheinungsbild der Gutsanlage mit ihrer die Umgebung über das unmittelbare Umfeld hinaus prägenden Wirkung empfindlich gestört werden. Die Bewegung der Rotoren brächte zudem eine ständige Unruhe in die Landschaft. Mit der Tages- und Nachtkennzeichnung wird der Konflikt des flächenhaften Komplexes der 7 Anlagen mit Belangen des Denkmalschutzes noch verschärft. Der Denkmalschutz will nicht nur verhindern, dass ein Baudenkmal durch die Windkraftanlage gewissermaßen „überflügelt“ oder „überdeckt“ wird. Ein denkmalrechtlich relevanter Widerspruch und Maßstabsverlust entsteht auch dann, wenn infolge der Nähe von Denkmal und störenden Anlagen diese in der Umgebung als Fremdkörper und als unvereinbar mit den Werten empfunden werden, die das Denkmal verkörpert (NdsOVG U. v. 28.11.2007 12 LC 70/07, NdsVBl. 2008, 171 = EzD 2.2.6.4 Nr. 57 mit Anm. Eberl). Zu **Abwehrrechten** siehe u.a. OVG NW U. v. 12.02.2013 8 A 96/12, NRWE (verneint), OVGLSA U. v. 6.8.2012 2 L 6/10, juris (Lützen); dass. B. v. 21.3.13 2 M 154/12, juris (zum vergleichbaren Naturschutz), OVG BEBB B. v. 27.11.2009 11 S 49.09, juris = EzD 2.2.6.4 Nr. 56 und Erl.Nr. 199.

198

Das VG Meiningen lehnt vorläufigen Rechtsschutz mit dem Ziel einer Genehmigung einer Anlage überzeugend und ausführlich begründet ab. Eine Bevorzugung von Windenergieanlagen als regenerative Energieform zum Schutz des Weltklimas ist nur für solche Standorte gerechtfertigt, an denen diese nicht andere, höher gewichtige öffentliche Belange beeinträchtigen (u.a. Weltkulturerbe Wartburg; B. v. 25. 1. 2006 5 E 386/05 Me, ThVBl. 2006, 163; im Ergebnis aber nicht in der Begründung relativiert durch U. v. 28. 7. 2010 5 K 670/06 Me, [www.thovg.thueringen.de/](http://www.thovg.thueringen.de/)). Das VG Dessau lehnte zwei Windenergieanlagen von 140 m Höhe in ca. 1 km Entfernung von einer denkmalgeschützten Altstadt ab, U. v. 3. 11. 2004 1 A 57/04 DE, EzD 3.2 Nr. 32; das OVG BE-BB hat vergleichbare 8 Anlagen in 1,2 km Entfernung von einem Gutshaus letztlich nicht als rechtswidrig gewertet, die Anlagen könnten bei einem Obsiegen in der Hauptsache ja wieder abgebaut werden (U. v. 27. 11. 2009 11 S 49.09, juris). Zur optischen Bedrängung eines Wohnhauses, das von einer geplanten Windkraftanlage mit einer Gesamthöhe von rund 150 m lediglich 270 m entfernt ist und damit einen Abstand aufweist, der deutlich geringer ist als das Zweifache der Gesamthöhe der Anlage OVG NW B. v. 24.6.2010 8 A 22764/09, NRWE = EzD 2.2.6.4 Nr. 58 mit Anm. Eberl. Siehe auch VG Minden U. v. 26.4.2010 11 K 732/09, NRWE.

199

**Windkraftanlagen - Literatur:** Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2009, Scheidler, Windräder in Deutschland, NWVBl. 2009, 409 ff., ders. Rechtsschutz gegen die Festsetzung von Vorrangflächen für die Windenergienutzung in Regionalplänen, UPR 2012, 58; ders. zur planerischen Steuerung von Windkraftanlagen auf örtlicher und überörtlicher Ebene, LKRZ 2010,

42 ff., ferner Hirsch NordÖR 2009, 477 ff., Krautzberger, Städtebauliche Möglichkeiten der Kommunen für den Klimaschutz, Stadt und Gemeinde 2008, 155 ff. Zu **Abwehrrechten** siehe Kleine-Tebbe/Martin, Erl. 2.2 bis 2.7 zu § 2 NdsDSchG und Spennemann in [www.denkmalnetzbayern.de/uploads/59519e09523ec1fea86e45074af8bc16.pdf](http://www.denkmalnetzbayern.de/uploads/59519e09523ec1fea86e45074af8bc16.pdf).

200

## V. Nebenbestimmungen

201

Art. 6 II und III regeln nur die Fälle, in denen die unveränderte Beibehaltung eines Zustandes angezeigt erscheint. Ist dies nicht erforderlich oder soll eine Erlaubnis oder Genehmigung nicht gänzlich versagt werden, so ist zu prüfen, ob nicht die Festsetzung von Auflagen und Bedingungen möglich oder erforderlich ist. Wegen des Anspruches auf Erteilung der Erlaubnis nach entsprechender Ermessensausübung ist von der Möglichkeit, Nebenbestimmungen festzusetzen, immer dann Gebrauch zu machen, wenn auf diese Weise eine Ablehnung vermieden werden kann. Eleganter und wegen der Vermeidung von Unklarheiten und Rechtsstreitigkeiten effektiver sind vertragliche Regelungen (s. Erl.Nr. 221 ff.).

202

Nach der frühen Streichung von Art. 6 IV DSchG bemisst sich die **Zulässigkeit** von denkmalschutzrelevanten Nebenbestimmungen zu Erlaubnissen, Genehmigungen und sonstigen einschlägigen Entscheidungen (z. B. Straßen-, Wasser-, Bau- und Naturschutzrecht) nach Art. 36 BayVwVfG (vgl. hierzu die zahlreichen Kommentare sowie Rumpel, Zur Verwendung von Inhaltsbestimmungen zu Genehmigungen und Auflagen, BayVBI 1987, 577 ff.). Zwei materielle Voraussetzungen müssen erfüllt sein:

203

a) Die Nebenbestimmung muss sicherstellen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes erfüllt werden; maßgebend sind hierfür die Formulierungen des Art. 6 II (siehe Erl.Nr. 76 ff.).

b) Die Nebenbestimmung darf im Übrigen dem Zweck des Verwaltungsaktes (Erlaubnis usw.) nicht zuwiderlaufen (Art. 36 II BayVwVfG). Dabei wird vorausgesetzt, dass die erlassende Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen handelt (Art. 36 II Satz I BayVwVfG).

204

Die Anordnung von Geboten oder Verboten durch Nebenbestimmungen in Erlaubnisbescheiden muss dazu dienen, die gesetzlichen Voraussetzungen des Art. 6 II sicherzustellen. Sie müssen also notwendig sein, weil gewichtige Gründe des Denkmalschutzes für die unveränderte Beibehaltung des bisherigen Zustandes sprechen (vgl. hierzu Erl.Nr. 49). Damit ist zugleich die Fallgestaltung abgedeckt, dass gewichtige Gründe des Denkmalschutzes es notwendig erscheinen lassen, eine Erlaubnis, Genehmigung usw. sachlich oder zeitlich einzuschränken oder von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängig zu machen. Im „Nähefall“ (Art. 6 I Satz 2) sind Nebenbestimmungen zulässig, um zu verhindern, dass das Vorhaben

ein Baudenkmal beeinträchtigen würde, wenn gewichtige Gründe des Denkmalschutzes gerade diese Einschränkungen erforderlich machen. Fehlen im Einzelfall die rechtlichen Voraussetzungen für eine echte Nebenbestimmung, so können auch bloße Empfehlungen für eine zweckmäßige Sachbehandlung gegeben werden; notwendig ist insoweit allerdings eine unmissverständliche Formulierung.

205

Die Entscheidung über die Nebenbestimmungen liegt in der Regel in dem **Ermessen** der Behörden; alle für und gegen die Erhaltung bzw. Veränderung eines Denkmals sprechenden Gründe sind deshalb sorgfältig abzuwägen. Dabei ist den Denkmalern im Hinblick auf Art. 141 BV grundsätzlich ein besonderer öffentlicher Schutz einzuräumen.

206

Folgende Nebenbestimmungen sind vorgesehen:

207

**1. Befristung (Art. 36 II Nr. 1 BayVwVfG):** Die Befristung ist materiell eine Einschränkung der Geltungsdauer. Sie wird in Frage kommen, wenn eine Erlaubnis nur für einen kürzeren Zeitraum erforderlich ist (z. B. Entfernung geschützter Ausstattungsstücke für den Zeitraum einer Restaurierung oder Ausstellung, Werbeanlage auf Baugerüst). Zur befristeten Geltungsdauer einer Erlaubnis s. auch Erl. zu Art. 15 in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG.

208

**2. Bedingung (Art. 36 II Nr. 2 BayVwVfG):** Eine Bedingung macht Rechtswirkungen von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängig. Von der Möglichkeit der echten Bedingung, deren Nichteinhaltung die Erlaubnis unwirksam macht, sollte nicht zu selten Gebrauch gemacht werden; denn die Fälle in denen sich ein Antragsteller über ihm gemachte Auflagen (Erl.Nr. 212 ff.) hinwegsetzt, nehmen leider zu. Es kann deshalb erforderlich sein, den Inhalt der Erlaubnis insgesamt hiervon abhängig zu machen.

209

Zur Bedingung gemacht werden können z. B. die Verwendung bestimmter Farben und Materialien, die Ausführung durch besonders qualifizierte Firmen oder dass ein bestimmter Sachverständiger die Arbeiten leitet, das Unterlassen von im Einzelfall besonders schädlichen Eingriffen (Holzschutzmittel). Weitere Möglichkeiten: dass ein Baudenkmal an anderer Stelle wieder aufgebaut wird oder dass bestimmte Bauteile erhalten bleiben oder in einer anderen baulichen Anlage wieder verwendet werden; diese die Verlangen sind allerdings oft wohl keine Bedingungen, sondern sog. modifizierende Auflagen (s. Erl.Nr. 215). Der Baubeginn kann von der vorausgehenden förmlichen Abnahme von Untersuchungen abhängig gemacht werden. Bei der Genehmigung von Teilabbrüchen kann es zur Bedingung gemacht werden, dass die Restanlage instand gesetzt wird. Die Abbruchgenehmigung im Denkmalbereich oder Umgebungs- bzw. Nähebereich kann von der aufschiebenden Bedingung abhängig gemacht werden, dass ein Neubau als „Ersatzobjekt“ genehmigt und seine Durchführung rechtlich gesichert ist. Hierfür kann eine

Sicherheitsleistung verlangt werden (VG Augsburg v. 20. 5. 1987 Au 4 K 86 A.672, V.n.b.).

210

Über eine Bedingung kann der mittlerweile im Denkmalrecht weitgehend anerkannte Grundsatz durchgesetzt werden, dass generell der **Veranlasser** bestimmte Kosten zu tragen hat. Dies gilt z. B. für aufwendige Untersuchungen, Gutachten, Planungen, Dokumentationen und die Sicherung historischer Baumaterialien (VG Gießen v. 26. 1. 1991; weitere Einzelheiten bei Martin, Verursacher, Veranlasser und Kostenfolgen im Denkmalrecht, BayVBl. 2001, 289 ff., 332 ff., Martin/Krautzberger Teil H Kap. III Nr. 1 zur § 6. Kostentragung: Unabhängig von der rechtlichen Möglichkeit, durch Nebenbestimmungen diese Belange zu sichern, ist im Einzelfall immer zu prüfen, ob einem Antragsteller ihre Erfüllung ohne weiteres zumutbar ist. Bei der Prüfung der Zumutbarkeit ist zu beachten, dass infolge einer Maßnahme (insbesondere bei Abbruch und Ausbau) nicht selten die Nutzung und die Wirtschaftlichkeit eines Baudenkmals wesentlich erhöht werden, der Wert steigt und Steuervorteile in Anspruch genommen werden können (Grundsatz der Kompensation, vgl. Art. 20 Erl.Nr. 46). Einzelheiten bei Martin, Verursacher, Veranlasser und Kostenfolgen im Denkmalrecht, BayVBl 2001, 289, 332. Z. B. werden sich Untersuchungs- und Dokumentationskosten regelmäßig im Rahmen des Zumutbaren halten, wenn sie nur einen relativ geringen Anteil an den Baukosten erreichen und ihre zeitnahe Erfüllung ein Vorhaben entsprechend beschleunigt. In § 141 BauGB sind vorbereitende Untersuchungen vor der förmlichen Festlegung eines Sanierungsgebietes vorgeschrieben; dort sind ggf. flächendeckend auch die denkmalpflegerischen Beurteilungsunterlagen zu erstellen; die Finanzierung wird über das BauGB sichergestellt.

211

### **3. Vorbehalt des Widerrufs (Art. 36 II Nr. 3 BayVwVfG):**

Der Vorbehalt ist eine Unterart der Bedingung. Der Widerruf kann vorbehalten werden, wenn auf zunächst nicht genau festlegbare Zeit etwa eine reversible Veränderung oder ein Ortswechsel genehmigt wird. Der Vorbehalt ist auch immer dann sinnvoll, wenn z.B. eine Baugenehmigung oder Erlaubnis für einen Abbruch wesentlich von subjektiven Umständen der **Zumutbarkeit** abhängt, die bei eintretender Rechtsnachfolge ggf. anders zu beurteilen sind.

212

**4. Auflage (Art. 36 II Nr. 4 BayVwVfG):** Auflagen dienen dazu, einem Antragsteller im Zusammenhang mit der denkmalrechtlichen Entscheidung ein bestimmtes Tun, Dulden oder Unterlassen vorzuschreiben. Im Verfahren werden sie dazu benutzt, um von der Vorbereitung bis zum Abschluss einer Maßnahme und darüber hinaus die denkmalpflegerischen Belange zu wahren. Im Stadium der Vorbereitung können z. B. verschiedene Untersuchungen verlangt werden, wenn nur bei Vorliegen der Ergebnisse eine Maßnahme fachgerecht entsprechend den Anforderungen des DSchG geplant (mögliche Auflage z. B. qualifizierte Planung mit abgestimmter Entwurfsplanung, Werkplanung, Ausschreibung und „Sanierungsdrehbuch“) und durchgeführt werden kann (weitere Einzelheiten s. Erl.Nr. 77 ff. und Schmidt, Bauarbeiten in Baudenkmalern). Mit der Genehmigung zum Abbruch oder zur weitgehenden Zerstörung eines Denkmals wird in aller Regel die Auflage zur

Inventarisierung und Dokumentation von Denkmal und Maßnahme zu verbinden sein (ggf. durch das LfD zu erstellen), um wenigstens die notwendigen wissenschaftlichen Erkenntnisse für die Zukunft zu sichern; die Genehmigung kann u. U. mit der Auflage verbunden werden, historische Baumaterialien schonend auszubauen, aufzubewahren und wiederzuverwenden, auch wenn dabei dem Bauherrn Kosten entstehen (Sachverhalt des U. des VG Gießen v. 26.1.1990 I 2 H 768/89, V.n.b.).

213

Für die Maßnahme selbst werden je nach Bedeutung Auflagen zum Vorgehen, zur Art und Weise der Durchführung, zur Verwendung bestimmter Materialien (Baustoffe, Zusammensetzung des Putzes, Ziegel oder Naturschiefer für das Dach, Farbmaterial, Holz für Fenster und Türen, Natursteinböden usw.), die Anwendung bestimmter Arbeitstechniken (Restaurierung von Putzen, Wandfassungen, Decken, Türen, Fenstern, Fußböden usw.), die Erstellung vorbereitender, begleitender und abschließender Dokumentationen (vgl. Erl.Nr. 129), die Einschaltung qualifizierter Fachleute (erfahrene Architekten, bewährte Bauleiter, Restauratoren, qualifizierte Handwerker usw., ohne dass allerdings in der Regel bestimmte Personen benannt werden können; dies ist aber auf Anfrage des Bauherrn oder auch dann möglich, wenn eine Maßnahme bezuschusst wird; vgl. im einzelnen Erl. zu Art. 12 in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG) zu verlangen sein. Zulässig ist auch die Auflage zur unveränderten Belassung bestimmter Teile (z. B. alter Fensterscheiben oder Fußböden, Erhaltung einer Lokalprimärdokumentation) oder zur lediglich restauratorisch-konservatorischen Behandlung von Bauteilen, die nach dem Antrag eigentlich erneuert werden sollten oder zum Schutz von Bauteilen während der Maßnahmen. Über Auflagen vorgeschrieben werden können ferner auch für die Zeit nach Abschluss der Maßnahme bestimmte Heizungsarten (insbesondere in empfindlichen Kirchenräumen), Belüftung und Belichtung (zur Schonung von Kunstwerken), die Beibehaltung einer bestimmten Luftfeuchtigkeit oder ein Rauchverbot, ferner die Erstellung eines Denkmalpflegeplanes (vgl. z. B. § 9 III DSchG Berlin), Objektbetreuung (Grundleistung nach § 15 II Nr. 9 HOAI), Abschluss eines Wartungsvertrages (Muster bei Martin/Krautzberger Teil D Kapitel IV Nr. 2).

Soweit Anlagen in der Nähe von Denkmälern errichtet werden, können nicht nur Auflagen zur Gestaltung oder zur Einbindung in ein Ensemble vorgesehen werden; das DSchG eröffnet auch die rechtliche Möglichkeit, etwa die Verwendung von Heizenergien zu versagen, die zu einer Schädigung der nahegelegenen Denkmäler führen könnten.

214

Mit Auflagen wird man die Belange des DSchG vielfach auch dort wahren können, wo es eine Gemeinde bisher versäumt hat, durch Satzung oder Bebauungsplan Vorschriften über besondere Anforderungen an bauliche Anlagen, insbesondere Werbeanlagen (vgl. Art. 81 BayBO) zu erlassen.

215

Keine Nebenbestimmungen sind die sog. **modifizierenden Auflagen**, weil sie genaugenommen von einem Antrag abweichen und zu einer modifizierten Genehmigung bzw. Erlaubnis führen (Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 36 Erl. 35 ff.; Finkelnburg/Ortlhoff, Öffentliches Baurecht II, § 8 V Nr. 2). Beispiele sind viele

behördliche Plankorrekturen, die zur Denkmalverträglichkeit und damit Genehmigungsreife führen, z.B. Holz- statt der beantragten Plastikfenster, sonstige Materialwahl, teilweise Versagungen. Die Dogmatik und die Frage nach dem praktischen Bedürfnis für dieses Rechtsinstrument sind seit langer Zeit im Fluss (Maurer, Allg. VerwR, § 12 Nr. 5, 16); eine Entscheidung des BVerwG v. 17.2.1984 4 C 70/80, NVwZ 1984, 366, hat weitere Fragen aufgeworfen (vgl. die genannte Literatur). Über die Bedingung (oben Erl.Nr. 208 ff.) dürften in der Regel dieselben Ergebnisse rechtlich abgesichert werden können.

216

**5. Auflagenvorbehalt (Art. 36 II Nr. 5 VwVfG):** Der Vorbehalt ist eine Unterart der Bedingung. Vorbehalten werden kann die nachträgliche Aufnahme, Änderung oder Ergänzung einer Auflage. Gerade bei der Restaurierung oder Instandsetzung von Denkmälern ist erfahrungsgemäß damit zu rechnen, dass unbekannt Details zutage treten oder sonstige Überraschungen im Hinblick auf Erhaltungszustand, Konstruktion und Sanierungsmöglichkeiten bekannt werden. Um den erhöhten Anforderungen an die Durchführung denkmalpflegerische Fragen betreffender Vorhaben zu entsprechen, kann in die Erlaubnis oder einen Vertrag ein Auflagenvorbehalt aufgenommen werden, um im Zeitpunkt der Entscheidung nicht absehbare Belange des Denkmalschutzes für den Fall ihres Auftretens verfahrensrechtlich zu sichern. Sofern allerdings die Planungsunterlagen noch nicht ausreichen, um eine Entscheidung zu treffen, kann im Einzelfall die Entscheidung nach Art. 15 Abs. 5 ausgesetzt werden, um z. B. das Schadensbild zu erfassen, Alternativen auszuarbeiten, Muster anzulegen oder erforderliche Gutachten, Aufmaße und Befunduntersuchungen abzuwarten. Von der Möglichkeit des Auflagenvorbehalts sollte nicht zu selten Gebrauch gemacht und seine Durchsetzbarkeit vertraglich vereinbart oder sonst gesichert werden.

217

**6. Voruntersuchungen und Dokumentation:** Bei der wesentlichen Änderung oder Zerstörung von Denkmalsubstanz, aber auch bei der fachgerechten denkmalpflegerischen Restaurierung kommt der exakten Formulierung von Nebenbestimmungen für Untersuchungen und Dokumentation besondere Bedeutung zu. Soweit es für die Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit im Hinblick auf technische und denkmalfachliche Voraussetzungen erforderlich ist, müssen exakte Bestandspläne (ggf. verformungsgerechtes Bauaufmass), eine Erhebung der Befunde (bisherige farbliche Fassung) und ggf. eine weitere Dokumentation vorliegen. Aufmass und Dokumentation werden bei Baudenkmalern vielfach auch im bauaufsichtlichen Verfahren zu verlangen sein. Solange diese Unterlagen nicht vorliegen, werden Bau- oder Erlaubnis anträge oft nicht entscheidungsreif sein. Sind die Bauvorlagen unvollständig, wird der Bauherr nach Art. 65 II BayBO zur Vervollständigung aufgefordert. Als den Bauherrn weniger belastende Möglichkeit kommt u. U. eine formlose Aussetzung des Verfahrens in Betracht, sofern nicht eine förmliche Aussetzung nach Art. 15 V DSchG (der im Übrigen auch für Baugenehmigungs- und Zustimmungsverfahren gilt) erforderlich wird, um die Beibringung der Unterlagen zu ermöglichen. Soweit jedoch bereits ohne diese Unterlagen die Entscheidung ergehen kann, ist durch Nebenbestimmungen sicherzustellen, dass im Lauf des weiteren Verfahrens die denkmalrechtlichen Belange berücksichtigt werden. Möglich sind insbesondere folgende Bedingungen: Erstellung von Bestandsplänen, Befunduntersuchung und sonstige Dokumentation

vor Beginn einer Maßnahme (z. B. einer Restaurierung, ggf. auch eines Abbruches), maßnahmebegleitende Dokumentation, Dokumentation des Restaurierungsergebnisses. Erforderlich sein kann auch die Untersuchung von Naturstein und anderen Materialien auf Schadensursachen und Restaurierungsmethoden. Um im Einzelfall eine hochwertige fachgerechte Durchführung zu gewährleisten, kann die Anlage eines Raumbuches notwendig sein (vgl. hierzu Martin/Krautzberger Teil D Kapitel VIII Nr. 8 mit w. Nachw.). Diese Leistungen erbringt nicht das LfD von Amts wegen; sie sind vielmehr in der Regel dem Bauherrn als Veranlasser aufzuerlegen, der sich zu ihrer Erfüllung geeigneter Fachleute bedienen kann.

218

Diese Bedingungen halten sich im Rahmen des Art. 36 I BayVwVfG; denn sie stellen sicher, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des DSchG erfüllt werden. In sehr vielen Fällen wird sich nämlich erst aufgrund dieser Unterlagen beurteilen lassen, wie weit sich eine Maßnahme auf die Substanz eines Baudenkmals auswirkt. Um denkmalgeschützte Substanz nicht ohne zwingenden Grund beseitigen zu lassen, werden Genehmigungen zum Abbruch oder zu schwerwiegenden Eingriffen oft mit der Bedingung zu versehen sein, dass von ihnen erst im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit dem Beginn des Neubau- oder Änderungsvorhabens Gebrauch gemacht werden darf. Zur Befundsicherung s. auch Danzl in Basty/Beck/Haaß (Hrsg.), Rechtshandbuch, Teil D; zu vorbereitenden Untersuchungen und zur Dokumentation Martin/Krautzberger Teil D Kapitel VIII Nr. 4 – 6 m. w. Nachw.

219

**7. Kostentragung:** Unabhängig von der rechtlichen Möglichkeit, durch Nebenbestimmungen diese Belange der Denkmalpflege zu sichern, wird im Einzelfall zu prüfen sein, ob einem Antragsteller die Erfüllung ohne weiteres zumutbar ist. Dies ist in der Regel anzunehmen, da ein Bauherr als Veranlasser die meist vergleichsweise geringen Kosten in den Gesamtkosten eines Neubaus unterbringen kann. Sollte dies im Einzelfall trotz der Steuererleichterungen (Art. 25) nicht oder nur eingeschränkt bejaht werden, wird eine Bezuschussung (s. Erl. zu Art. 22 in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG) in Frage kommen; bei deren Bemessung werden auch die wirtschaftlichen Vorteile des Vorhabens für den Antragsteller (z. B. bei Abbruch eines Denkmals) zu berücksichtigen sein. In § 141 BauGB sind vorbereitende Untersuchungen vor der förmlichen Festlegung eines Sanierungsgebietes vorgeschrieben; dort sind ggf. flächendeckend auch die denkmalpflegerischen Beurteilungsunterlagen zu erstellen; die Finanzierung wird über das BauGB sichergestellt (s. Erl. zu Art. 22 in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG).

220

**7. Anfechtung:** Die Nebenbestimmungen schränken die Erlaubnis inhaltlich ein. Echte Bedingungen können nur zusammen mit der Erlaubnis, Auflagen dagegen auch selbständig angefochten werden. Wegen dieser Rechtsfolge ist es erforderlich, dass die Behörden jeweils exakt formulieren; ggf. muss der Verwaltungsakt entsprechend ausgelegt werden (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 36 Erl. Nr. 6 ff.). Zur Erfüllung der Nebenbestimmungen kann auch im baurechtlichen Verfahren eine Sicherheitsleistung verlangt werden. Eigenmächtige Abweichungen von den

angeordneten Nebenbestimmungen stellen Ordnungswidrigkeiten im Sinne des Art. 23 I Nr. 2 DSchG dar.

221

## VI. Verträge

a) Das Rechtsverhältnis zwischen den Denkmalbehörden und einem Antragsteller kann nach Art. 54 BayVwVfG im Grundsatz auch durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag geregelt werden. Auch einzelne Rechtsfragen wie der Umfang denkmalfachlicher Leistungen oder die Tragung der Kosten können herausgegriffen werden. Die Verwaltung sollte an vertraglichen Lösungen insbesondere von Zweifelsfragen innerhalb sog. Finalprogramme (Ziel ist die Erhaltung des Denkmals bzw. die Sicherstellung der Denkmalverträglichkeit) interessiert sein, weil sie nicht mit Rechtsmitteln anfechtbar sind und leicht durchgesetzt werden können (Obermayer RdNr. 3 zu §§ 54 VwVfG). Auch die meisten Antragsteller sind zum Vertrag bereit, weil sie damit schnell zu ihrer Genehmigung und zum Baubeginn kommen, weil das „Klima“ begünstigt wird und weil sie meist ihre Belastung abschätzen und einkalkulieren können. **Muster** (sog. Berliner Vertrag) in Martin/Krautzberger Teil E Kapitel VII Nr. 4. Das VwVfG hat die früheren Diskussionen zur Zulässigkeit der Verträge mit einer weiten Öffnung beendet. Insbesondere bedürfen sie keiner speziellen Rechtsgrundlage im zu vollziehenden Gesetz. Die Behörde hat ein **Abschlussermessen**, das allerdings nicht gänzlich frei ist: Sie muss u.a. beachten den Gleichbehandlungsgrundsatz und das Willkürverbot des Art. 3 GG, das Übermaßverbot und weitere Ausprägungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, ferner das Koppelungsverbot (s. unten). Siehe insgesamt Martin, Verursacher, Veranlasser und Kostenfolgen im Denkmalrecht, BayVBl 2001, 289, 332 m. w. Nachw. und OVG RP U. v. 5.2.2003 8 A 10775/02, EzD 7.8 Nr. 13 mit Anm. Kapteina.

222

b) Die **Gegenleistung** des Antragstellers/Veranlassers muss nach Art. 56 I S. 2 BayVwVfG den gesamten Umständen nach angemessen sein, mit der Leistung der Behörde im sachlichen Zusammenhang stehen und konkret zweckgebunden sein. Ein wichtiges Indiz für den Zusammenhang ist die sog. Nebenbestimmungsfähigkeit (siehe Martin a.a.O.). Die Frage der Angemessenheit ist im Grundsatz nicht disponibel. Hieraus ergeben sich drei Schranken für die Verträge: Sie dürfen nicht dazu eingesetzt werden, auch bei unbedeutenden Denkmälern hohen fachlichen Aufwand und hohe Kosten „herauszuschinden“. Der vom Antragsteller geforderte finanzielle Beitrag muss in einem angemessenen Verhältnis zu den Gesamtkosten seiner Maßnahme stehen; allerdings ist damit kein Freibrief z.B. für die Zerstörung von Bau- oder Bodendenkmälern durch billige Modernisierungs- oder Tiefbaumaßnahmen z.B. in Eigenleistung verbunden. Der Vertrag darf schließlich keine Kosten auferlegen, die ausschließlich oder wesentlich durch einen überzogenen wissenschaftlichen Maßstab verursacht werden, den die Behörde in anderen Fällen nicht anlegt. Mit einer gewissen Regelmäßigkeit darf wohl davon ausgegangen werden, dass die Vertragsparteien ihre wirtschaftlichen bzw. fachlichen Interessen wahrnehmen und deshalb das Leistungsverhältnis einvernehmlich als angemessen angesehen wird.

223

c) Für den Austauschvertrag nach Art. 56 BayVwVfG gilt im Übrigen wie für die Nebenbestimmungen das **Koppelungsverbot**. Es besagt dass

aa) durch den Vertrag nichts verknüpft werden darf, was nicht ohnehin schon im Zusammenhang steht und

bb) hoheitliche Entscheidungen ohne entsprechende gesetzliche Ermächtigung nicht von wirtschaftlichen Gegenleistungen abhängig gemacht werden dürfen, es sei denn, erst die Gegenleistung würde ein der Entscheidung entgegenstehendes rechtliches Hindernis beseitigen (BVerwG U. v. 16.12.1993, NVwZ 1994, 485, und v. 16.5.2000 4 C 4.99, ZfBR 2000, 491).

224

Zu aa): Zunächst muss die vereinbarte Gegenleistung des Antragstellers im sachlichen **Zusammenhang** mit der Leistung der Behörde stehen (S. 2). Eine Behörde darf die Erfüllung hoheitlicher Aufgaben wie z.B. den Erlass eines begünstigenden Verwaltungsaktes nicht ohne den geforderten Zusammenhang von einer unmittelbar „verkoppelten“ wirtschaftlichen Gegenleistung abhängig machen (Stelkens/Bonk/Sachs, § 56 VwVfG RdNr. 2). Das BVerwG hat in seiner Entscheidung über Folgekostenverträge (v. 6.7.1973 IV C 22.72, E 42, 331, 338 ff.) auf den notwendigen inneren Zusammenhang der beiden Leistungen abgestellt; dieser Zusammenhang kann bei Verträgen über denkmalfachliche Leistungen bei Eingriffen in Denkmäler im Grundsatz nicht zweifelhaft sein.

225

Zu bb): Darüber hinaus gilt als Grundsatz, dass hoheitliche Entscheidungen nicht von wirtschaftlichen Gegenleistungen abhängig gemacht und „**verkauft**“ werden dürften; die Behörde darf nicht „ungerechtfertigt bereichert werden“. Dies verneint das BVerwG (1973), wenn beim öffentlichen Vertragspartner eine Entlastung von Aufwendungen eintrete, die mit dem Aufwendungsersatz nach § 670 BGB eine gewisse Verwandtschaft habe. Das Gericht wendet sich damit gegen den Versuch, den Verträgen eine Anrühigkeit beizulegen. Bei den Verträgen über denkmalfachliche Leistungen ist die Sachlage parallel. Zwar lassen sich die Behörden eine Leistung versprechen, auf die sie sonst nach dem DSchG keinen direkten Rechtsanspruch hätten; dies ist aber gerade der Zweck des Vertrages (Stelkens/Bonk/Sachs, § 56 VwVfG RdNr. 2). Mit der beidseitigen Erfüllung werden die Denkmalverträglichkeit eines Eingriffs in ein Denkmal herbeigeführt und damit ein rechtliches Hindernis für die Durchführung des Vorhabens des Antragstellers/Veranlassers beseitigt; dieser Umstand rechtfertigt nach BVerwG von 1993 aber die Auferlegung der Geldleistung im Grundsatz.

226

Insgesamt lassen sich im Normalfall Verstöße gegen das Koppelungsverbot bei den Verträgen über denkmalfachliche Maßnahmen zwar nicht ausschließen, wohl aber vermeiden. Durch **sorgfältige Differenzierung** nach den im konkreten Fall notwendigen fachlichen Teilleistungen, durch eine detaillierte Begründung der geforderten Leistungen, durch eine gewissenhafte Kalkulation der voraussichtlichen Kosten und schließlich durch eine präzise Formulierung im Vertrag können alle

potentiellen Fehlerquellen ausgeschlossen werden. Die Denkmalbehörden müssen gegebenenfalls zur Einhaltung der rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen angehalten werden.

227

**VII. Sanktionen:** Bei Nichtbeachtung der Genehmigungs- oder Erlaubnispflicht oder von Nebenbestimmungen kann das Vorhaben unmittelbar über Art. 54, 75, 76 BayBO oder mittelbar über Art. 15 I S. 2 DSchG eingestellt werden (s. dort); die teilweise oder vollständige Beseitigung kann angeordnet werden. Weitere Sanktionen enthält Art. 15 III und IV DSchG (Herstellung des ursprünglichen Zustandes und Schadenersatz). Darüber hinaus liegt eine Ordnungswidrigkeit vor (s. die Erl. zu Art. 23 I Nr. 2 DSchG in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG, und Art. 79 I Nr. 8 ff. BayBO). Zur mangelhaften Beteiligung des LfD s. die Erl. zu Art. 15 a.a.O. mit weiterführenden Hinweisen.

228

**VIII. Ausgleichs- oder Entschädigungsansprüche:** Zur Frage, ob bei Versagung einer Erlaubnis oder Genehmigung aufgrund des Art. 6 DSchG finanzielle Ansprüche entstehen können, siehe die Erl. zu Art. 20 in Eberl/Martin/Spennemann, Kommentar zum BayDSchG.