

Leseprobe

Martin/Mieth/Spennemann Zumutbarkeit im Denkmalrecht, 2014

1. Kapitel Einführung in die Grundfragen der Zumutbarkeit

1.1 Problemaufriss

1.1.1 Grundkonstellationen

Das gesamte Denkmalrecht und sein Vollzug werden in allen Bundesländern wesentlich bestimmt von Fragen der Zumutbarkeit, insbesondere von dem Zumutbarkeitsvorbehalt bei der Entscheidung über Abbruchbegehren, über behördliche Anordnungen, über den Bauunterhalt und die Erfüllung der Erhaltungspflichten der Eigentümer. Die weiterhin lebhaft diskutierte Reichweite des Eigentumsgrundrechts, um die daraus abgeleitete Zumutbarkeit bzw. Unzumutbarkeit und um den Ausgleichsanspruch beginnt, auch das Bau- und Sicherheitsrecht zu erfassen. Nicht selten verzichten Behörden auf die Durchsetzung denkmalrechtlicher Pflichten, weil sie die Auseinandersetzung um die Zumutbarkeit und vermeintlich nötige komplizierte „Rechenaufgaben“ fürchten. Ziel der Publikation ist es, die Fragen der Zumutbarkeit grundsätzlich für die tägliche Praxis der Behörden, der Eigentümer und ihrer Vertreter und die Gerichte aufzuarbeiten.

Die wichtigsten Anwendungsbereiche des Zumutbarkeitsvorbehalts zeigen die folgenden Grundkonstellationen:

Standardfall A: Antrag auf Abriss; fünf alternative Situationen

- a) Das zu beseitigende Bau- oder Bodendenkmal bzw. das Denkmal der Erdgeschichte wird **genutzt**; das betrifft auch gering genutzte Objekte wie Ruinen, Scheunen, Keller, Wiesen, Wald, Parkbestandteile.
- b) Das Denkmal wird zwar nicht genutzt, es wäre aber auch ohne Investitionen auch in geringem Umfang und bei geringem Ertrag **nutzbar**.
- c) Sonderfälle sind typischerweise nicht genutzte und nicht nutzbare „**Nur-Denkmäler**“ (z.B. Ruine, Bodendenkmal, Park): Solange keine **zusätzliche** Nutzungseinschränkung eintritt, wird die Nutzung nicht zusätzlich eingeschränkt.
- d) Das Denkmal ist **veräußerbar**; dies ist erfahrungsgemäß die Regel.
- e) Das **Denkmal ist** ohne vorherige Investitionen überhaupt **nicht nutzbar**.

Andere Fälle B: Anordnungen und Nebenbestimmungen

- a) Eine behördliche **Instandsetzungsanordnung** wird erwogen z.B. wegen fehlender Standsicherheit, undichtem Dach, Verunstaltung.
- b) Eine behördliche **Wiederherstellungsanordnung** wird erwogen nach unterlassenen Bauunterhalt oder sonstigen Beschädigungen.
- c) Einem **gefährdenden Zustand** soll begegnet werden z.B. nach Vandalismus.
- d) Gefährdende oder schädigende **Nutzungen** sollen unterbunden werden, z.B. durch Düngen oder Tiefpflügen bei einem Bodendenkmal.

- e) In Genehmigungen sollen kostenrelevante **Nebenbestimmungen** zur denkmalpflegerischen Behandlung von einzelnen Bauteilen aufgenommen werden.

1.1.2 Verwandte Probleme: Ausgleich, Kostentragung

Mit der Zumutbarkeitsproblematik eng verflochten sind die Fragen der Kostentragung für denkmalpflegerische Maßnahmen und des Ausgleichs für individuelle Belastungen:

1.1.2.1 Kostentragung, Veranlasserprinzip

Dass Kosten, Finanzierung und Steuervorteile neben den unwägbaren gefühlsmäßigen Bindungen die entscheidenden Faktoren bei der Instandsetzung, Erhaltung und Pflege von Denkmälern sind, ist offensichtlich. Diese drei Faktoren stehen in einem **untrennbaren Zusammenhang**. Die Kosten einer denkmalpflegerischen Maßnahme oder von anderen Maßnahmen, die auf Denkmäler einwirken, trägt zunächst ohne Einschränkungen der Eigentümer bzw. Veranlasser. Rechtsgrund ist allerdings nicht die vermeintliche Geltung eines kaum fassbaren allgemeinen „**Veranlasserprinzips**“,¹ sondern die **Stellung des Veranlassers** im Verwaltungsverfahren und beim **Umgehen mit dem Denkmal**. Er ist „Bauherr“ und bestimmt über die Formulierung seines Antrags im Genehmigungsverfahren das damit näher bezeichnete Vorhaben. Insbesondere kann in entsprechende Anträge auf Genehmigungen nicht ein Vorbehalt des Veranlassers hineininterpretiert werden, dass die Maßnahmen von der öffentlichen Hand zumindest mitfinanziert werden müssten. Die finanzielle Verantwortlichkeit (**Kostenfolge**) hierfür ergibt sich wie im gesamten Bereich des sonstigen Investitionswesens aus der Trägerschaft einer Maßnahme, ohne dass es zu dieser Selbstverständlichkeit einer Aussage in einem Gesetz bedürfte. Eingeschlossen sind **sämtliche** Kosten, die durch die Beachtung des materiellen Rechts² und der behördlichen Auflagen entstehen. Hierzu gehören z. B. auch Brand-, Wärme- und Schallschutz, oder Anforderungen an Baustoffe und die Standsicherheit sowie die Beachtung der Unfallverhütungsvorschriften. An dieser grundsätzlichen Kostenfolge ändert sich nichts, wenn der Eigentümer mit Ausführung seines Vorhabens gleichzeitig seine denkmalrechtlichen Erhaltungs-, Instandsetzungs-, Gefahrenabwehr- oder Bergungspflichten erfüllt.

In den letzten Jahren wurden in einige Denkmalschutzgesetze meist selektive, wegen Verkennung der Regelungszusammenhänge sehr problematische

1 Das Veranlasser- oder Verursacherprinzip im Gegensatz zum Gemeinlastprinzip ist zwar ein aus dem Ordnungs- und Umweltrecht stammendes Kostentragungsprinzip. Seine Umsetzung setzt aber die besondere Begründung einer finanziellen Verantwortlichkeit voraus, siehe z. B. Himmelmann/Pohl/Tünnesen-Harmes, Handbuch des Umweltrechts, A2 RdNr. 39, und Kloepfer, Umweltrecht, § 3 RdNr. 35 ff.

2 In diesem Sinne auch die Stellungnahme des Bundes im Brandenburger ICE-Prozess, abgedruckt in Martin/Viebrock/Bielfeldt unter Kennzahl 93.51. Weitere Erläuterungen in Martin/Krautzberger (Hrsg.), Handbuch, Teil H Kapitel III Nr. 1 und bei Martin, Verursacher, Veranlasser und Kostenfolgen im Denkmalrecht, BayVBI 2001, 289 ff., 332 ff.

Vorschriften über das sog. Veranlasserprinzip eingefügt. Eine Beschränkung auf den Bereich der Bodendenkmäler ist sachlich ebenso wenig wie eine Beschränkung auf bestimmte Kostengruppen oder Prozentsätze an den Kosten zu rechtfertigen.³

Eine einprägsame Formulierung des Veranlasserprinzips enthält das **DSchG Brandenburg von 2004 mit**

„§ 7 BbgDSchG Erhaltungspflicht

(3) Soweit in ein Denkmal eingegriffen wird, hat der **Veranlasser des Eingriffs** im Rahmen des Zumutbaren die Kosten zu tragen, die für die Erhaltung, fachgerechte Instandsetzung, Bergung oder Dokumentation des Denkmals anfallen.“

Ähnlich formuliert § 6 Abs. 5 DSchGMV. Unzureichend sind z.B. § 21 Abs. 3 DSchGRP und § 12 Abs. 4 Satz 2 DSchG Saar: Die Träger größerer öffentlicher oder privater Bau- oder Erschließungsvorhaben oder Vorhaben zum Abbau von Rohstoffen oder Bodenschätzen als **Veranlasser** können im Rahmen des Zumutbaren zur Erstattung der Kosten für Grabungen, für die konservatorische Sicherung der Funde und der Dokumentation der Befunde verpflichtet werden.

NRW hat 2013 einen entsprechenden Passus (siehe Kapitel 2 Nr. 2.3.10.5) aufgenommen.

1.1.2.2 Ausgleich, Enteignung

Der Beschluss des BVerfG von 1999 (Z Nr. 1) hat sich auch grundlegend mit dem eigenständigen Ausgleichsanspruch auseinandergesetzt, der entgegen früherer Betrachtung nicht mehr dem Enteignungsrecht zugerechnet wird (siehe hierzu auch Kapitel 2 Nr. 2.1.1.4). In der Folge haben die meisten Länder ihre Formulierungen geändert und mehr oder weniger dem Beschluss angepasst. Beispiel ist

„§ 29 NdsDSchG Ausgleich

(1) Soweit Anordnungen aufgrund dieses Gesetzes im Einzelfall zu einer unzumutbaren Belastung des Eigentums führen, hat das Land einen angemessenen Ausgleich in Geld zu gewähren, sofern und soweit die Belastung nicht in anderer Weise ausgeglichen werden kann.“

Die Bestimmungen über den Ausgleich bzw. synonym die Entschädigung stehen in engem Zusammenhang mit der Zumutbarkeitsproblematik. Die Gewährung eines

³ Neuerdings § 29 DSchGNW (2013). Ein besonders negatives Beispiel ist der 2008 eingefügte § 21 Abs. 3 DSchGRP mit kaum vollziehbaren Kostengrößen; hierzu Martin, Ein neues DSchG für RP, VR 2009, 88 ff. Zum Veranlasserprinzip siehe auch Kapitel 2 Nr. 2.3.10.

Ausgleichs durch sog. Kompensationen und ggf. durch Geld hat das BVerfG systematisch erläutert und zur **Rechtmäßigkeitsvoraussetzung** für denkmalrechtliche Entscheidungen und Anordnungen gemacht. Kommt es auf die Zumutbarkeit an, fehlt sie dennoch und wird sie auch nicht durch rechtzeitige Kompensationen hergestellt, ist der Verwaltungsakt (Ablehnung der Beseitigung, Anordnung, denkmalrechtliche Nebenbestimmung) rechtswidrig, er kann auch nicht durch nachträgliche Leistungen oder das Angebot einer Übernahme rechtmäßig gemacht werden.

1.1.3 Gesetze und Verwaltungsanweisungen

1.1.3.1 Vorgaben des Grundgesetzes

Einerseits gewährt das Grundgesetz Handlungsfreiheit und Eigentumsgrundrecht. Stichworte wie „absolutes Herrschaftsrecht“ und „Baufreiheit“ suggerieren die Dispositionsfreiheit, mit dem Privateigentum nach Belieben zu verfahren und es sogar vernichten zu können. Dies mag für Gegenstände gelten, die nicht besonderen öffentlichen Bindungen unterliegen. Bereits Abs. 2 des Art. 14 GG schränkt dies deutlich ein: Das „Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen“. Vorgezeichnet ist damit die Inanspruchnahme als besonders wichtig erkanter Güter mit einem Bezug zum Allgemeinwohl:

Andererseits minimiert das Grundgesetz scheinbar alle Rechte der Eigentümer und Investoren, indem es die Grundrechte durch den Gesetzesvorbehalt weitgehend aushöhlt. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG gibt nämlich den Gesetzgebern des Bundes und der Länder eine weitreichende Befugnis zur Einschränkung des Grundrechts: „Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt“. Dies gilt für ungezählte Bereiche der Verfassungswirklichkeit: Umwelt- und Naturschutz, Gewerbe-, Berufs- und Sicherheitsrecht und vieles mehr sowie schließlich auch das Denkmalrecht. Siehe hierzu Kapitel 2 Nr. 2.1.1. Obwohl zumindest das Grundgesetz keinen Schutz von Kulturstaat und Denkmälern statuiert, hat das **BVerfG am 2.3.1999** (Z Nr. 1, siehe Kapitel 2 Nr. 2.1.1.5) das „Hohe Lied“ des Denkmalschutzes gesungen und unter C II formuliert:

- „a) Der Schutz von Kulturdenkmälern ist ein legitimes gesetzgeberisches Anliegen, Denkmalpflege eine **Gemeinwohlaufgabe von hohem Rang**, die einschränkende Regelungen i. S. von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG rechtfertigt. ...
- b) Der Genehmigungstatbestand *des § 13 Abs. 1 Satz 2 DSchPflG* ist geeignet und erforderlich, den Zweck des Gesetzes zu erfüllen. Da die Beseitigung eines Kulturdenkmals nur genehmigt werden darf, wenn andere Erfordernisse des Gemeinwohls die Belange des Denkmalschutzes überwiegen, und zu prüfen ist, ob den überwiegenden Erfordernissen des Gemeinwohls nicht auf andere Weise Rechnung getragen werden kann, ist die Bewahrung geschützter Kulturdenkmäler in allen sonstigen Fällen gesichert. Ein anderes, gleich wirksames, aber das Eigentum weniger beeinträchtigendes Mittel ist nicht erkennbar.
- c) Die Anwendung der Norm führt im Regelfall auch nicht zu einer unverhältnismäßigen Belastung des Eigentümers im engeren Sinn. Dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung eines geschützten Denkmals kann nur durch Inpflichtnahme des Eigentümers des Grundstücks und Gebäudes Rechnung getragen werden, dessen Eigentümer daher einer gesteigerten

Sozialbindung unterliegt. Sie ergibt sich aus der **Situationsgebundenheit**, hier der Lage und Beschaffenheit des Grundstücks (vgl. BVerwGE 94, 1, 4; BGHZ 105, 15, 18 jeweils m. w. N.; BayObLG, BayVBI 1999, 251, 252).“

Spätestens seit dieser **Leitentscheidung** ist aber nicht nur der hohe Rang des Denkmalschutzes höchstgerichtlich anerkannt: Das BVerfG hat gleichzeitig den Gesetzgebern, der Exekutive und der Judikative ins Stammbuch geschrieben, dass mit dem Denkmalschutz ernst gemacht werden muss. Allerdings ist in jedem Einzelfall sorgfältig zu ermitteln, wie weit der Schutz des Privateigentums den Schutz der Denkmäler relativiert. Das wichtigste Instrument hierzu ist die Prüfung der Zumutbarkeit für Eigentümer und Investoren. Die Zumutbarkeit wird nicht selten die Grenze für eine Inanspruchnahme des Privateigentums sein. Ob die Position des Eigentümers so weit reicht, dass er nicht mit dem Ansinnen der Erhaltung, der Durchführung von Bauunterhalts- und Instandsetzungsarbeiten, Nutzungsbeschränkungen oder Nebenbestimmungen in Genehmigungsbescheiden konfrontiert werden darf, ist jeweils nach der konkreten Situation und unter Berücksichtigung zahlreicher Umstände durch die Behörden zu erarbeiten.

1.1.3.2 Denkmalschutzgesetze

Sämtliche deutsche Denkmalschutzgesetze enthalten für ihre bereits kraft Gesetzes bestehenden oder infolge von behördlichen Entscheidungen möglichen Belastungen der Eigentümer oder sonstiger Verantwortlicher bereits sog. **Zumutbarkeitsvorbehalte**.

Beispiel:

„§ 7 NdsDSchG Grenzen der Erhaltungspflicht

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

(2)

Ein Eingriff in ein Kulturdenkmal **ist zu genehmigen**, soweit ...

3. die **unveränderte Erhaltung den Verpflichteten wirtschaftlich unzumutbar belastet**.

(3) **Unzumutbar ist** eine wirtschaftliche Belastung insbesondere, soweit die Kosten der Erhaltung und Bewirtschaftung nicht durch die **Erträge oder den Gebrauchswert** des Kulturdenkmals aufgewogen werden können. ... Der Verpflichtete kann sich nicht auf die Belastung durch erhöhte Erhaltungskosten berufen, die dadurch verursacht wurden, dass Erhaltungsmaßnahmen diesem Gesetz oder sonstigem öffentlichem Recht zuwider **unterblieben** sind.“

Eine Auswahl prägnanter Formulierungen in den Gesetzen enthält die Zusammenstellung in Teil B.

1.1.3.3 **Verwaltungsanweisungen**

Einige Länder haben **Vollzugshinweise** speziell zur Zumutbarkeit erlassen. Auch diese orientieren sich mehr oder weniger an der aktuellen Rechtsprechung. Wegen ihrer Rechtstatsächlichkeit als Richtlinien der obersten Denkmalschutzbehörden können sie den Vollzug der Gesetze erleichtern, wenn sie entsprechend flexibel gefasst sind (Beispiel Bayern⁵, sie können aber den Vollzug auch erschweren, insbesondere wenn sie z.B. den Ausnahmecharakter des Zumutbarkeitserfordernisses nicht beachten und den Behörden einschränkungslos die Rechenaufgaben stellen (Beispiele Mecklenburg-Vorpommern⁶ und Brandenburg⁷). Im Rahmen dieser Publikation werden in Kapitel 4 die in Teil E abgedruckten Verwaltungsanweisungen erläutert und zum Teil hinterfragt.

1.2 **Lösungsansätze in Literatur und Rechtsprechung**

Bei der Lösung der Rechtsprobleme im Zusammenhang mit Zumutbarkeitsfragen, aber auch mit Veranlasserprinzip und Ausgleichsanspruch brachte der Beschluss des BVerfG vom 2.3.1999, Z Nr. 1, eine entscheidende Wende.

1.2.1 **Literatur**

Wie für die Rechtsprechung bedeutet auch für das rechtswissenschaftliche Schrifttum der Beschluss des BVerfG von 1999 eine entscheidende Zäsur, da bis 1999 meist nach dem enteignenden Charakter der denkmalbedingten Belastungen gefragt wurde. Auf die Zusammenstellung der Literatur im Literaturverzeichnis ist zu verweisen. Nicht zu verkennen sind Unterschiede in der Darstellung der sog. Amtsjuristen (meist die Verfasser der Kommentare zu den Denkmalschutzgesetzen) und der Freiberufler (z.B. Moench, Haaß, Leidinger, Parodi) mit ihren oft diametralen Blickwinkeln. Unterschiede bestehen auch in der Einschätzung des

5 WFKMS = Schreiben des Ministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst vom 14.1.2009, B 4-K 5111.0–12c/31 828 (07), abgedruckt in Teil E Nr. 2.

6 Gemeinsame Hinweise Ministerium für Wirtschaft, Bau und Tourismus Mecklenburg-Vorpommern als oberste Bauaufsichtsbehörde und des Landesamtes für Kultur und Denkmalpflege zur Ermittlung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit/Unzumutbarkeit auf der Grundlage des jährlichen Gesamtertrages, Stand 2012, Auszug in Teil E Nr. 3.

7 VV des Ministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kultur zur Prüfung der Zumutbarkeit im Rahmen von Erlaubnisverfahren und ordnungsrechtlichen Verfahren nach dem Brandenburgischen Denkmalschutzgesetz vom 16.4.2009, Abl. S. 959, abgedruckt in Teil E Nr. 1. Zur Kritik an der VV siehe Kapitel 4 Nr. 4.4.1.

Beschlusses in zahlreichen Aufsätzen und Anmerkungen aus Wissenschaft und anwaltlicher Praxis.⁸

1.2.2 Rechtsprechung

1.2.2.1 Bundesgerichte seit 1999

Besonders wichtig sind der richtungsweisende Beschluss des BVerfG von 1999 (Villa Neitzer) und folgende sechs Entscheidungen von Bundesgerichten (Fundstellen im Teil D jeweils mit Nummer):

- Z Nr. 1 BVerfG Beschl. v. 2.3.1999 (Villa Neitzer): Zumutbarkeit, Verhältnismäßigkeit, Verkauf, Ausgleich, Kompensationen;
- Z Nr. 2 BVerfG Beschl. v. 2.12.1999: Abbruch, enteignungsgleicher Eingriff, Primärrechtsschutz;
- Z Nr. 3 BVerfG Beschl. v. 16.2.2000: Altlasten, Verhältnismäßigkeit, Verkauf, sehenden Auges – die Entscheidung ist auch bestimmend für das Denkmalrecht;
- Z Nr. 4 BVerfG Beschl. v. 14.4.2010: Abbruch, Zumutbarkeit, Erwerbsumstände, wirtschaftliche Einheit;
- Z Nr. 5 BVerwG Beschl. v. 12.11.2003: Abbruch, Ermessen;
- Z Nr. 6 BVerwG Beschl. v. 21.4.2009: Bauunterhalt auf eigene Kosten;
- Z Nr. 7 BVerwG Beschl. v. 1.7.2009: Metropol II, Löschung aus Liste, individuelles Landesrecht.

Die Entscheidungen sind auszugsweise in der Zusammenstellung ausgewählter Rechtsprechung in Teil D enthalten und werden jeweils im Zusammenhang erläutert.

1.2.2.2 Rechtsprechung vor 1999

Seit Inkrafttreten des Grundgesetzes hatte sich eine umfangreiche Rechtsprechung insbesondere zum Eigentumsgrundrecht entwickelt. Überblicke bieten insbesondere die hier nicht aufzählbaren Standard-Kommentare zum Grundgesetz bis zum Bearbeitungsstand 1998, Aufsätze insbesondere einiger Bundesrichter und eine unüberschaubare Literatur.

Besonders bemerkenswert waren die frühen Aussagen zur sog. **Situationsgebundenheit** des Eigentums. Dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung eines Denkmals kann nur durch Inpflichtnahme des Eigentümers Rechnung getragen werden, der daher einer gesteigerten Sozialbindung unterliegt. Diese ergibt sich aus der **Situationsgebundenheit**, hier der Lage und Beschaffenheit des Grundstücks.⁹

8 BVerfG 2.3.1999 – 1 BvL 7/91, E 100, 226 = EzD 1.1 Nr. 7 mit Anm. Martin = Z Nr. 1; ferner u. a. Hönes, DSJ 1999/3 S. 119; Hammer, NVwZ 2000, 46; Ossenbühl, JZ 1999, 899; Schmidt, NJW 1999, 2847; Hendler, DVBl. 1999, 1501; Jutzi, NJ 1999, 534; Martin, BayVBl 2000, 584.

9 Vgl. BVerfG 2.3.1999 unter Hinweis auf BVerwGE 94, 1, 4 (Herrschinger Moos); BGHZ 105, 15, 18 jeweils m. w. Nachweisen; BayObLG, BayVBl. 1999, 251, 252.

Da der Grundsatz vom Vorrang des Primärrechtsschutzes durch die Verwaltungsgerichte noch nicht anerkannt war, urteilte in dieser Phase auch die Zivilgerichtsbarkeit über Eigentumsbeschränkungen aufgrund Denkmalrechts (z.B. zum Blüchermuseum BGH Urt. v. 9.10.1986, BGHZ 100, 24 ff.).

Auch die Rechtsprechung der Obergerichte der Länder vor 1999 ist nicht deckungsgleich. Ausgesprochen „denkmalfreundlichen“ Judikaten z.B. der bayerischen Gerichte (z.B. BayVerfGH 15.5.1981, BayVBl. 1981, 429; BayVGH 12.6.1978 – 71 XV 76 – BayVBl. 1979, 118 mit der mittlerweile aufgegebenen Trennung von Genehmigung und Zumutbarkeit, BayObLG 8.12.1998 – 2 Z RR 363/97 – EzD 5.4 Nr. 2) standen Entscheidungen gegenüber, die den Schutz des Eigentumsgrundrechts in den Vordergrund stellten (z.B. VGHBW 10.5.1988 – 1 S 1949/87 – EzD 2.2.6.1 Nr. 8 – „Pfarrhof Rudersberg-Steinenberg“). Zu Details der Zumutbarkeit entwickelte sich eine umfangreiche Kasuistik (siehe die in EzD aufgenommenen Entscheidungen).

1.2.2.3 Rechtsprechungsübersicht seit 1999

Beginnend mit dem Beschluss des BVerfG 2.3.1999 schwenkten die Verwaltungsgerichte oft kurz entschlossen und unbedingt, oft aber erst nach einer „Eingewöhnungsphase“ auf die neuen Vorgaben der Bundesgerichte ein. Manche Passagen wurden offensichtlich nicht in ihrer Tragweite erkannt (z.B. Veräußerungsargument des BVerfG, Bauunterhalt nach BVerwG, Erwerbsumstände nach dem Altlastenbeschluss). Unverkennbar ist auch heute noch, dass die Rechtsprobleme von den einzelnen Gerichten meist länderbezogen zum Teil anders wahrgenommen, mit nicht einheitlichen Argumenten nach zum Teil abweichenden Rechtsgrundlagen diskutiert und nach nicht unbedingt deckungsgleichen Grundsätzen entschieden werden.

Die Zusammenstellung ausgewählter Gerichtsentscheidungen in Teil D enthält Auszüge aus über 60 Entscheidungen zu Zumutbarkeitsfragen; sie erhebt keineswegs den Anspruch auf Vollständigkeit.

1.3 Materielle rechtliche Grundfragen

1.3.1 Zumutbarkeitsbegriffe

Ein von den Denkmalschutzgesetzen angesonnenes Verhalten ist 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. Erst in den letzten Jahren wird deutlich, dass die Rechtsprechung nunmehr ausdrücklich unterscheidet zwischen der „**wirtschaftlichen Zumutbarkeit**“ und der „**sonstigen Zumutbarkeit**“. Diese Unterscheidung geht auf die Dogmatik zum Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** zurück. Siehe hierzu im Einzelnen Kapitel 2 Nr. 2.3.1 und Kapitel 3 Nr. 3.4.3.1.

1.3.2 Ausnahmecharakter der Unzumutbarkeit

1.3.2.1 Unzumutbarkeit als Ausnahme

Nach dem wegweisenden Beschluss des BVerfG 2.3.1999, Z Nr. 1, spielt die wirtschaftliche Zumutbarkeit aus rechtssystematischen Gründen in den meisten Verfahren keine Rolle. Nur im Einzelfall kann sie Voraussetzung der Rechtmäßigkeit der Ablehnung eines Abbruchs eines Bau- oder der Beseitigung eines Bodendenkmals sein. Auch weitere Gerichte haben anerkannt, dass nur in **Ausnahmefällen** die Beseitigung eines Denkmals wegen Unzumutbarkeit für den Eigentümer trotz Vorliegens gewichtiger Gründe für die Erhaltung genehmigt werden muss.

1.3.2.2 Entbehrlichkeit der Zumutbarkeitsprüfung

Im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung ist auch festzustellen, ob es im Einzelfall **auf die Zumutbarkeit nicht ankommt** oder ob die Zumutbarkeit hergestellt werden kann. **Entbehrlich** ist die Zumutbarkeitsprüfung insbesondere in allen Fällen, in denen das Verhalten z.B. aufgrund Baurechts und des Rechts der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorgeschrieben wird; sie ist nur eingeschränkt Voraussetzung bei den städtebaulichen Geboten der §§ 175 ff. BauGB. Sie erübrigt sich bei der Durchführung unmittelbarer Maßnahmen der Behörden, die voll aus öffentlichen Mitteln finanziert werden. Ob und wie die Zumutbarkeit im Einzelfall **herbeigeführt** werden kann, hat die Rechtsprechung bisher nur vereinzelt und ohne erkennbares System geprüft. Siehe hierzu die Ausführung zu den Ausgleichsleistungen und Kompensationen in Kapitel 2 Nr. 2.1, Nr. 2.3.7 und 2.3.8.

In dem aus systematischen Gründen mehrstufigen Verfahren zur Prüfung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit ist auf **Stufe 1 als Vorfrage** zu prüfen, ob es überhaupt auf die rechnerische Zumutbarkeit ankommen kann (zur Mehrstufigkeit siehe Nr. 1.4 und Kapitel 3 Nr. 3.3.1). Nach dem gegenwärtigen Stand (2013) der Diskussion in Literatur und Rechtsprechung kann eine detaillierte Prüfung der rechnerischen Unzumutbarkeit insbesondere in folgenden Fällen entbehrlich sein, weil die Erfüllung der denkmalrechtlichen Pflichten ohne weiteres zumutbar ist, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen:

- Der Antragsteller hat **keine prüffähigen Unterlagen** vorgelegt (siehe Kapitel 3 Nr. 3.2.2).
- Beim Fehlen der **Grundrechtsfähigkeit** des Eigentümers bzw. Antragstellers (siehe Kapitel 2 Nr. 2.1.1.2).
- 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 (siehe Kapitel 2 Nr. 2.3.5.6). Dieser Grundsatz ist in mehreren Denkmalschutzgesetzen sogar mehr oder weniger eindeutig formuliert (z.B. § 7 Abs. 3 Satz 3 Nds DSchG, § 2 Abs. 2 Satz 3 DSchGRP, § 10 Abs. 3 Satz 5 DSchGLSA).
- 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, bloße Modernisierung). Einzelheiten sind strittig, siehe hierzu insbesondere Kapitel 4 Nr. 4.2.2.2 und 4.3.4.
- 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, **spekulative Absichten**). Er kann sich nicht auf Unzumutbarkeit berufen. Im Grundsatz herrschende Meinung; Einzelheiten sind aber strittig, siehe hierzu Kapitel 2 Nr. 2.3.5.4.
 - Das **Denkmal** bzw. das Grundstück mit dem Bodendenkmal **wird genutzt** und die bestehende Nutzung wird durch die denkmalrechtlichen Pflichten nicht beeinträchtigt (BVerfG 2.3.1999, Z Nr. 1). Ausdrücklich stellt dies § 7 Abs. 4 Satz 4 DSchGBbg heraus.¹⁰ Das Eigentumsgrundrecht wird in solchen Fällen nicht eingeschränkt. Siehe hierzu Kapitel 2 Nr. 2.4.5.
 - Die gewährten **Kompensationen** übersteigen den anerkennungsfähigen Erhaltungs- bzw. Instandsetzungsaufwand offensichtlich. Dies ergibt sich aus BVerfG 2.3.1999, Z Nr. 1; siehe hierzu Kapitel 2 Nr. 2.3.8.
 - 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 v. 2.3.1999, Z Nr. 1. Details der Verkaufsverpflichtung sind z.T. strittig, siehe Kapitel 2 Nr. 2.3.6 und 2.4.6.
 - Das Denkmal ist ohnehin **nicht für eine „geldwerte“ Nutzung bestimmt**; in solchen Fällen kann es auch keine Wirtschaftlichkeitsberechnung mit der Gegenüberstellung von Erträgen und Belastungen geben. Diese Konstellation wird von einigen Gerichten angedeutet, siehe Kapitel 2 Nr. 2.3.6.4.
 - Nach der in allen Ländern geltenden Rechtslage kommt es auf wirtschaftliche Zumutbarkeit u.a. nicht an beim **Wiederherstellungsverlangen** nach ungenehmigter Veränderung oder Zerstörung eines Denkmals; siehe hierzu Kapitel 3 Nr. 3.4.2.2.5.

1.3.3 Herbeiführen der Zumutbarkeit, Kompensationen

Trotz unmissverständlicher Formulierungen im Beschluss des BVerfG vom 2.3.1999, Z Nr. 1, zeigt die Praxis der Behörden und Gerichte offensichtliche Unsicherheiten hinsichtlich der vom BVerfG aufgezählten Kompensationen, die häufig die Zumutbarkeit herbeiführen und sogar eine rechnerische Prüfung entbehrlich machen können (Mehrstufigkeit des Verfahrens, siehe Nr. 1.4 und Kapitel 3 Nr. 3.3.1). Zu den Kompensationen siehe Kapitel 2 Nr. 2.3.7 und 2.3.8:

Kompensationen können insbesondere sein Steuervorteile (Kapitel 2 Nr. 2.3.7.1), Leistungen Dritter: Zuwendungen und private Leistungen (Nr. 2.3.7.3) und Versicherungsleistungen (Nr. 2.3.7.2). Weitere Kompensationen im Sinne des BVerfG können insbesondere sein (Nr. 2.3.8): Reduzierung der Anforderung der Denkmal-

10 § 7 Abs. 4 Satz 4 DSchGBrbg: Eine unzumutbare Belastung liegt auch dann vor, soweit durch die Versagung einer Erlaubnis oder Maßnahmen nach diesem Gesetz eine bisher rechtmäßige oder zulässige, der Lage und Beschaffenheit des Denkmals entsprechende, insbesondere wirtschaftliche Nutzung des Denkmals unmöglich oder in einer Weise erschwert wird, so dass von dem Denkmal kein vernünftiger Gebrauch gemacht werden kann.

pflege, teilweise Aufgabe des Baudenkmals, Ausweitung der Nutzungsmöglichkeiten, Dispense von Vorschriften, Entgegenkommen von Behörden in technischen, finanziellen oder administrativen Fragen, Übernahme auf die öffentliche Hand.

Im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung ist auch festzustellen, ob es im Einzelfall auf die **Zumutbarkeit nicht ankommt** (Nr. 1.3.2.2.) oder ob sie hergestellt werden kann. Ob und **wie sie im Einzelfall herbeigeführt** werden kann, hat die Rspr. bisher nur vereinzelt und ohne erkennbares System geprüft. Entscheidend ankommen kann es nach BVerfG ferner auf die meist bestehende Verkaufsmöglichkeit (siehe Kapitel 2 Nr. 2.3.6) und schließlich auf **Ausgleichsleistungen** (Grundgedanke des **Vorteilsausgleichs**). In der **Praxis** können die aufgezeigten Möglichkeiten im Einzelfall auch kombiniert werden. Zu berücksichtigen sind auch bereits Vorleistungen der Behörden **zu früheren Zeitpunkten**.

1.3.4 Übersicht über ausgewählte Einzelprobleme

Im Rahmen dieser Monographie sind zahlreiche Einzelprobleme der Zumutbarkeit abzuhandeln, die im Laufe der Jahrzehnte in Literatur und Rechtsprechung aufgeworfen und durchaus nicht immer im Einklang gelöst wurden. Die nachfolgende Übersicht soll zu den wichtigsten Fundstellen innerhalb der Darstellung hinführen.

- Zumutbarkeit in anderen Rechtsgebieten; siehe Nr. 2.3.2.
- Entbehrlichkeit der Zumutbarkeitsprüfung; siehe Nr. 1.4.1.1
- Mehrstufige Prüfung der Zumutbarkeit; siehe Nr. 1.4, 3.3.1.
- Antrag, Unterlagen, Obliegenheiten; siehe Nr. 1.4, 3.3.1, 3.2, 5.5.2.
- Ermessen und Abwägung; siehe Nr. 1.4, 3.2.3, 3.3.1, 3.4.3.3.
- Objektive oder subjektive Betrachtung; siehe Nr. 2.3.5 und 2.4.1.
- Grundrechtsträgerschaft; siehe Nr. 2.1.1.2 und 2.3.4.
- Denkmalsbegriff und Zumutbarkeit; siehe Nr. 2.4.2.
- Zustand, Untergang, Kopie; siehe Nr. 2.4.1.1, 2.3.5.6, 2.3.10.1, 2.4.2.1.
- Kostengruppen; siehe Nr. 1.4, 2.3.5.6, 3.3.1, 4.1, 4.2.
- Bauunterhalt; siehe Nr. 2.3.5.6, 4.3.1.
- Bau- und sicherheitsrechtliche Kosten; siehe Nr. 1.3.2.2, 2.3.3, 4.3.3.
- Denkmalpflegerischer Mehraufwand; siehe Nr. 3.3.1, 4.3.4.
- Bezugsgrundstücke; siehe Nr. 2.3.3.
- Nutzungsfragen; siehe Nr. 2.3.10.3, 2.4.5.
- Erwerbsumstände; siehe Nr. 1.4, 2.3.5.4, 3.3.1.
- Preis; siehe Nr. 2.3.5.5 und 2.3.6.5.
- Verkäuflichkeit; siehe Nr. 2.3.6, 2.4.6.
- Kompensationen; siehe Nr. 2.3.7, 2.3.8.
- Verlangte Maßnahmen; siehe Nr. 2.4.3.
- Anordnungen; siehe Nr. 3.4, Teil C.
- Bisheriges Verhalten der Behörden; siehe Nr. 2.4.7, 3.4.3.3.
- Rechtsgrundlagen; siehe Teil E, Nr. 1.1.3, 2.2.1.
- Rechtsprechung; siehe Teil D, Nr. 1.2.2.
- Schemata und Muster; siehe Kapitel 4 und Teil C.
- Formulierungshilfen; siehe 3.3.3.3, 3.5 und Teil C.

1.4 Mehrstufigkeit des Verfahrens

Jede systematische Darstellung der Zumutbarkeit durch einen Antragsteller setzt voraus, dass bereits der Antrag und die beizubringenden Unterlagen bestimmten Anforderungen entsprechen (siehe Kapitel 3 Nr. 3.2). Dem Antrag muss eine ebenso systematische Prüfung der Zumutbarkeit seitens der Behörde und gegebenenfalls der Gerichte nachfolgen. Die Analyse von Rechtsprechung und Literatur ergibt, dass es bisher kaum gelungen ist, die Zumutbarkeit mit der erforderlichen Präzision zu prüfen. Insbesondere genügen weder die in Brandenburg und Niedersachsen seitens der Exekutive entwickelten noch die von einigen Gerichten zugrunde gelegten Ansätze und Schemata den hohen Anforderungen der Aufgabe (siehe die Schemata in Teil E Anhänge und die Erläuterungen in Kapitel 4 Nr. 4.3 bis 4.5).

Aus systematischen Gründen ist es in jedem Einzelfall unerlässlich aber auch zielführend, bereits **im Vorfeld jeder rechnerischen Prüfung** zahlreiche Überlegungen, Faktoren und Umstände einzubeziehen; bedeutsam sind auch, ob ein Antragsteller seine Obliegenheiten erfüllt hat, und das bisherige Verhalten der Behörden. Die Zumutbarkeitsprüfung ist deshalb in einem mehrstufigen Verfahren durchzuführen, siehe im Einzelnen Kapitel 3 Nr. 3.2.4.2.

1.4.1 Die Stufen der Prüfung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit (Einzelheiten in Kapitel 3 Nr. 3.3.1)

1.4.1.1 Stufe 1: Entbehrlichkeit der Zumutbarkeitsprüfung

Die detaillierte Prüfung der rechnerischen Unzumutbarkeit wird in vielen, wenn nicht den meisten Fällen entbehrlich sein, weil die Erfüllung der denkmalrechtlichen Pflichten ohne weiteres zumutbar ist. Siehe hierzu im Einzelnen Nr. 1.3.2.2: Der Eigentümer ist überhaupt nicht grundrechtsfähig (siehe Kapitel 2 Nr. 2.1.1.2, 2.3.4). Entscheidungsreife Unterlagen fehlen (Kapitel 3 Nr. 3.2.2). Es entstehen ausschließlich Kosten, die auf eine Verletzung denkmalrechtlicher Pflichten zurückgehen (siehe Kapitel 2 Nr. 2.3.5.6, 4.2). Es entsteht kein denkmalpflegerischer Mehraufwand (strittig, siehe Kapitel 4 Nr. 4.2). Das Denkmal wurde sehenden Auges erworben (strittig, siehe Kapitel 2 Nr. 2.3.5.4 und Kapitel Nr. 3.3.1). Das Denkmal wird genutzt und die bestehende Nutzung wird nicht beeinträchtigt (BVerfG 2.3.1999, Z Nr. 1). Die Kompensationen übersteigen den Erhaltungsaufwand (siehe hierzu Kapitel 2 Nr. 2.3.8). Das Denkmal kann veräußert werden (z.T. strittig, siehe Kapitel 2 Nr. 2.3.6 und 2.4.6). Das Denkmal ist ohnehin nicht für eine „geldwerte“ Nutzung bestimmt. Ein Wiederherstellungsverlangen könnte gestellt werden (siehe hierzu Kapitel 3 Nr. 3.4.2.2.5).

1.4.1.2 Stufe 2: Einzubeziehende bzw. auszuscheidende Faktoren

Auszuscheiden sind Kosten infolge Versäumung des Bauunterhalts und anderer Verstöße gegen denkmalrechtliche Pflichten, oder die sich wegen bau- oder sicherheitsrechtlicher Anforderungen ergeben. Ob nur auf sog. denkmalpflegerischen Mehraufwand abzustellen ist, ist strittig. Je nach Situation können weitere Umstände

eine Rolle spielen: U.a. können Bedeutung und Zustand des Denkmals, Bezugsgrundstück, bestimmte objektive und subjektive Umstände, Erwerbsumstände, Verkäuflichkeit, bisheriges Verhalten der Behörden und Kompensationen dafür bedeutsam sein, von welchen Kosten bei der eigentlichen rechnerischen Prüfung auszugehen ist.

1.4.1.3 Stufe 3: Vollständigkeit der vorzulegenden Unterlagen und Nachweise

Sind die Unterlagen nicht vollständig, kann und soll die Behörde den Antrag und kann das Gericht die Klage zurückweisen (siehe Nr. 1.4 und Kapitel 3 Nr. 3.2).

1.4.1.4 Stufe 4: Prüfung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit anhand eines Schemas

Bei einem konsequenten Vorgehen nach den genannten drei ersten Stufen kann es zu einer detaillierten Prüfung der Zumutbarkeit erst kommen, wenn **vorher** die erforderlichen Unterlagen vollständig bzw. vervollständigt vorgelegt wurden. Schemata sind nur insofern von Bedeutung, als sich aus ihnen ergibt, **welche Angaben** der Antragsteller in seinen vorzulegenden Unterlagen behandeln und nachweisen muss. Ist auch nur einer der Prüfpunkte des Schemas nicht plausibel abgehandelt oder sind die Unterlagen unvollständig, dann ist das Verfahren weiterhin auf der Stufe 3 zu führen, ggf. also durch Ablehnung des Antrags abzuschließen. Bei der Anwendung der Schemata auf Stufe 4 ist das Ergebnis der Ermittlungen auf den drei ersten Stufen zu berücksichtigen.

1.4.2 Zusammenfassung:

Die Prüfung der Zumutbarkeit durch Behörden und Gerichte erfolgt in mehreren Stufen, wobei allerdings gewisse Überschneidungen und Überlappungen möglich sind. Manche Gerichte neigen nicht zuletzt wegen von der bisherigen Rechtsprechung noch ungeklärten Einzelheiten bzw. uneinheitlicher Judikate anderer Gerichte zur Prüfung und zum Einsatz von „Reservebegründungen“. Nur soweit die Zumutbarkeitsprüfung im **Ausnahmefall** nicht entbehrlich ist (vgl. oben Stufe 1), kann es aber wirklich notwendig sein, in eine Wirtschaftlichkeitsprüfung einzutreten. Dabei sind die einzubeziehenden und die auszuschneidenden Faktoren zu ermitteln (Stufe 2), sodann ist zu entscheiden, ob die zu fordernden Unterlagen und Nachweise vollständig vorliegen (Obliegenheiten = Stufe 3). Fehlen die Unterlagen, ist eine Zumutbarkeitsprüfung ebenfalls mangels eines entscheidungsreifen Antrags entbehrlich, der Antrag kann zurückgewiesen werden. Erst wenn prüffähige vollständige Antragsunterlagen vorliegen, kann eine ggf. noch notwendige Prüfung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit anhand eines Schemas vorgenommen werden (Stufe 4). Abschließend kann es notwendig sein, zusätzlich ein ggf. eingeräumtes Ermessen zu handhaben oder erforderliche Abwägungen vorzunehmen, das Verfahren abzuschließen und eine Entscheidung zu treffen.

2. Kapitel Rechtslage

2.1 Verfassungsrechtliche Ausgangslage: Eigentumsgrundrecht, Ausgleichsansprüche nach Bundesverfassungsgericht, Entscheidungen des BVerfG

2.1.1 Eigentumsgrundrecht

Jede verfassungsrechtliche Begrenzung denkmalrechtlicher Pflichten hat ihren Grund in **Art. 14 GG** (Eigentumsgrundrecht). Er lautet:

„Art. 14 GG

- (1) Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.
- (2) Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.
- (3) Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen. Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfalle der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen.“

Soweit die Länderverfassungen eigenständige Regelungen enthalten (z.B. Art. 103 Bayerische Verfassung), haben diese in Verwaltungspraxis und Rechtsprechung nur Bedeutung in den Fällen, die den jeweiligen Landesverfassungsgerichtshöfen zur Entscheidung zugewiesen sind. Im Übrigen prüft das BVerfG die Vereinbarkeit staatlicher Akte nur mit dem Grundgesetz (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i.V.m. § 13 Nr. 8a BVerfGG bzw. Art. 100 Abs. 1 GG i.V.m. § 13 Nr. 11 BVerfGG). Überdies bindet das GG die Staatsgewalt der Länder und geht den Grundrechten der Landesverfassungen vor (Art. 31 GG), so dass die Definition des verfassungsrechtlich Zulässigen auch im landesrechtlichen Denkmalrecht durch die zu Art. 14 GG ergangene Rechtsprechung bestimmt wird.

Die Gewährleistung des Privateigentums gilt als Dreh- und Angelpunkt der Wirtschaftsverfassung, aber auch der sozialen Verfassung eines Gemeinwesens; Art. 14 GG hat eine **Garantiefunktion der persönlichen Freiheit im vermögensrechtlichen Bereich**¹¹ sowie eine **Schutzfunktion** für den sozial Schwachen, der wenig besitzt.¹² Das Eigentumsgrundrecht ist als ein **wesentliches Freiheitsgrundrecht** innerhalb der privatwirtschaftlichen Ordnung anzusehen.

11 BVerfGE 97, 350, 370 f.; 100, 226, 241; 101, 54, 75; 104, 1, 8; 115, 97, 110; Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 6. Aufl. 2010, Art. 14, Rn. 11; Papier, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, 59. EL Juli 2011, Art. 14 Rn. 1; Leisner, Eigentum, in: HbdStR Bd. VIII, 2010, § 173 Rn. 110 f.

12 Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 14, Rn. 14.

2.1.1.1 **Schutzbereich (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG)**

Der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff wird vom Gesetzgeber definiert (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG). Er ergibt sich aus der Gesamtschau aller verfassungsmäßigen Gesetze, die die Eigentümerstellung regeln.¹³ Die für den Denkmalschutz wichtigste Gestalt des Eigentums ist das Grundeigentum mit den darauf befindlichen baulichen Anlagen als wesentlichen Bestandteilen (§ 94 BGB). Am Grundeigentum zeigt sich zugleich, dass das verfassungsrechtlich geschützte Eigentum nicht zwingend mit dem bürgerlich-rechtlichen Eigentum nach § 903 BGB identisch ist. So erstreckt sich der Schutz des Art. 14 GG nicht auf das Grundwasser.¹⁴ Nicht Gegenstand des Eigentumsschutzes ist das **Vermögen als solches**, sondern sind nur die einzelnen vermögenswerten Rechte (std. Rspr. seit BVerfGE 4, 7, 18).¹⁵

Hinsichtlich dieser Rechte fordert Art. 14 GG eine **Bestandsgarantie**¹⁶; die öffentliche Hand als Grundrechtsadressat hat in erster Linie darauf hinzuwirken, dass der Bestand an vermögenswerten Gütern vor ungerechtfertigten Eingriffen durch die öffentliche Gewalt verschont bleibt (es sei denn, es wird ein Enteignungsverfahren durchgeführt, unten Nr. 2.1.1.3), und es vor unzumutbaren Belastungen zu schützen. Erst in zweiter Linie sind Ausgleichsmaßnahmen zu gewähren (unten Nr. 2.1.1.4).

Die Betroffenheit eines geschützten Eigentumsobjekts allein führt nicht dazu, dass bei einer Beeinträchtigung durch eine staatliche Maßnahme ein **Eingriff in den Schutzbereich** des Eigentums vorliegen muss. Es ist vielmehr zu prüfen, ob die beeinträchtigte Position einen bloßen – nicht geschützten – Vorteil darstellt (z.B. Aussicht von einem oder günstige Zufahrtsmöglichkeit zu einem Grundstück) oder durch die Rechtsordnung geschützt ist (z.B. baurechtlicher Bestandsschutz im Außenbereich nach § 35 BauGB). **Nicht geschützt** sind **bloße Gewinnchancen** und die **Erwartung einer möglichst hohen Rendite** oder einer bestimmten Nutzung des Eigentumsobjekts¹⁷; Art. 14 gewährleistet auch **keine allgemeine Wertgarantie** bestimmter vermögenswerter Rechtspositionen,¹⁸ also auch nicht einen bestimmten Wert eines Grundstücks bei Verkauf (siehe dazu noch unten 3.4.2).

13 BVerfGE 58, 300, 336.

14 BVerfGE 58, 300, 335.

15 Im Einzelnen sind noch geschützt: Dingliche Rechte, Forderungen, Besitzrechte, Anteilseigentum, weitere vermögenswerte Rechte einschließlich öffentlich-rechtlicher Genehmigungen, sofern sie auf nicht unerheblicher eigener Leistung beruhen. Siehe insgesamt Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 27 Rn. 43 f.

16 Papier, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Art. 14 Rn. 10.

17 BVerfGE 51, 193, 221; 100, 226, 242; Papier, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Art. 14 Rn. 424.

18 BVerfGE 105, 17, 30. Nur scheinbar a.A. Papier, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Art. 14 Rn. 8, 10, der von einer „Tauschwertgarantie“ ausgeht, die er freilich als Maßstab für die Entschädigung bei Eigentumsentzug ansieht, damit der Eigentümer in die Lage versetzt wird, sich ein gleichwertiges Objekt zu beschaffen. Nach BGHZ 72, 211, 219 f. gewährleistet Art. 14 GG nicht die Möglichkeit, das Eigentum stets zu einem angemessenen Preis zu veräußern, sondern nur die Veräußerungsmöglichkeit an sich.

Unklar ist, ob es verschiedene **Abstufungen in der Intensität des Eigentumsschutzes** gibt. Für sozialrechtliche Ansprüche kommt nach BVerfGE 53, 257 ein Schutz nur in Betracht, wenn sie Ergebnis einer nicht unerheblichen Eigenleistung sind.¹⁹ Grund ist, dass der personale Bezug und damit die Sicherung der Freiheit im vermögensrechtlichen Bereich umso stärker in Erscheinung tritt, je höher der Anteil eigener Leistung ist.²⁰ Greifbare Ergebnisse hat diese Überlegung außerhalb des Bereichs der sozialrechtlichen Ansprüche allerdings nicht erbracht;²¹ gegen die Vorstellung einer geringeren Schutzwürdigkeit des ohne eigene Leistung erworbenen Eigentums spricht, dass sich auch Erben, Eigentümer von Bodenschätzen und Nutznießer von Wertsteigerungen ihres Eigentums sicher sein müssen und nicht gegenüber dem Staat darlegungs- und beweispflichtig werden dürfen, dass es sich um ein Äquivalent eigener Leistung handelt.²²

Schon die ausdrückliche Garantie des Erbrechts (Art. 14 Abs. 1 GG) zeigt, dass glückliche Umstände wie Erbschaft oder Lottogewinn grundrechtlich geschütztes Eigentum vermitteln; Legislative und Exekutive sind nicht befugt, hieraus ein grundsätzlich geringeres Schutzniveau abzuleiten. Bei der Bestimmung der Schwelle dessen, welche Intensität einer Eigentumsbeeinträchtigung einem Eigentümer im Einzelfall noch zumutbar ist, darf aber dessen Schutzwürdigkeit nach Maßgabe der konkreten Erwerbsumstände eine Rolle spielen (Kapitel 1 Nr. 1.4, unten Nr. 2.1.1.5 und Kapitel 3 Nr. 3.3.1).

2.1.1.2 Grundrechtsträgerschaft

Der Grundrechtskatalog des GG gilt für natürliche Personen sowie nach Maßgabe des Art. 19 Abs. 3 GG auch für inländische juristische Personen (dies sind Zusammenfassungen von Personen oder Vermögensmassen/Betriebsmitteln, denen mit der Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, eigene Rechtspersönlichkeit zukommt, insbesondere die bürgerlich- und gesellschaftsrechtlichen Konstruktionen Verein, AG, GmbH), sofern das einzelne Grundrecht seinem Wesen nach auf sie anwendbar ist.²³ Die Fähigkeit, Träger von Grundrechten zu sein, wird als Grundrechtsträgerschaft oder Grundrechtsfähigkeit bezeichnet.

19 Insbesondere Rentenanwartschaften, BVerfGE 53, 257; Papier, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Art. 14 Rn. 150.

20 Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 14 Rn. 15, der für diesen Fall einen „verstärkten Schutzgehalt“ annimmt.

21 Leisner, Eigentum, in: HbdStR Bd. VIII, 2010, § 173 Rn. 116.

22 Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 6. Aufl. 2010, Art. 14 Rn. 276; str.; a.A. Sendler, DÖV 1974, 73, 82.

23 Nach wie vor strittig ist die volle Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft. Entscheidend für die Grundrechtsfähigkeit ist nach BVerfGE 42, 212, 219 allerdings nicht die Rechtsfähigkeit einer Organisation nach dem einfachen Recht, es kommt vielmehr darauf an, ob ein Grundrecht nur individuell oder auch korporativ betätigt werden kann. Daher sind auch die gesellschaftsrechtlich nicht rechtsfähigen Personengesellschaften (BGB-Gesellschaft, OHG, KG, Partnerschaftsgesellschaft) Träger der ihrem Wesen nach anwendbaren Grundrechte.

Ausländische juristische Personen genießen hiernach grundsätzlich keinen Grundrechtsschutz. Dieser Befund wird aber auf zweierlei Weise relativiert. Zunächst kommt es bei der Fragen, ob eine Gesellschaft ausländisch ist, nicht auf den Sitz der Anteilseigner, sondern auf den der Gesellschaft an; internationale Konzerne agieren in Deutschland regelmäßig mit inländischen Tochtergesellschaften und sind damit keine „ausländischen“ Gesellschaften. Außerdem wird durch völker- und europarechtliche Vorgaben für diese Fälle in der Regel eine **Inländerbehandlung** gefordert, so dass sich auch ausländische juristische Personen in vergleichbarer Weise auf die Grundrechte berufen können, ihnen aber lediglich die Verfassungsbeschwerdebefugnis fehlt.²⁴ Für Verwaltungsverfahren und den Primärrechtsschutz ergeben sich somit keine Besonderheiten.

Juristische Personen des öffentlichen Rechts (insbesondere Bund und Länder mit ihren Verwaltungszweigen (Beispiel: Bundeswasserstraßenverwaltung, die das materielle Denkmalrecht anzuwenden hat, auch wenn aufgrund einer Gesetzgebungslücke in diesem Bereich kein Erlaubnisverfahren nach Landesdenkmalrecht durchzuführen ist, vgl. BVerwG 25.9.2008 – 7 A 4.07 – EzD 2.2.4 Nr. 41) sowie Gemeinden und Gemeindeverbände) sind keine Träger (Berechtigte), sondern Adressaten (Verpflichtete) der Grundrechte; dies gilt auch für Bereiche außerhalb der Erledigung ihrer eigentlichen öffentlichen Aufgaben²⁵ und auch für privat-wirtschaftliche Staatsunternehmen; Art. 14 GG **schützt nicht das Privateigentum, sondern das Eigentum Privater**. Zum Zumutbarkeitserfordernis siehe unten Nr. 2.3.4).

2.1.1.3 Abgrenzung Eigentumsbeschränkung (Art. 14 Abs. 2 GG) und Enteignung (Art. 14 Abs. 3 GG)

Kaum ein verfassungsrechtliches Thema hat in den letzten Jahrzehnten eine derart grundlegende Wandlung, aber auch fortwährende Diskussion erfahren wie die Eigentumsdogmatik seit dem „Nassauskiesungsbeschluss“ des BVerfG 1981.²⁶ Die einzelnen Verästelungen sind vielfach aufgearbeitet worden und müssen hier nicht nachgezeichnet werden.²⁷ Zusammenfassend lässt sich festhalten:

- Die Frage, ob eine Enteignung oder eine ausgleichspflichtige, weil ansonsten rechtswidrige Eigentumsbeeinträchtigung vorliegt, ist nur mehr streng nach Form und Zweck des staatlichen Zugriffs auf das Eigentum zu beantworten.
- Die vor allem von den Zivilgerichten (im Rahmen der Rechtswegzuweisung in Art. 34 GG und § 40 Abs. 2 VwGO) angenommene Staatshaftung aus

24 Bryde, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, 5. Aufl. 1999, Bd. 1, Art. 14 Rn. 7.

25 Papier, in: Maunz/Dürig, GG, 59. Art. 14 Rn. 206; Leisner, Eigentum, in: HbdStR Bd. VIII, 2010, § 173 Rn. 34 f.; Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 14 Rn. 189.

26 BVerfGE 58, 300.

27 Siehe grundlegend Maurer, Allg. Verwaltungsrecht, § 27 sowie vor denkmalrechtlichem Hintergrund Melchinger, Eigentumsdogmatik, S. 102 ff., Müller, BauR 2009, 1536, 1539 f.; Körner, Eigentumsschutz, S. 55 ff.; Schmaltz/Wiechert, Rn. 12 ff. zu § 7 DSchG Nds.

enteignendem bzw. enteignungsgleichem Eingriff hat in Art. 14 GG keine Rechtsgrundlage.

- Geschädigte müssen, wenn sie Ersatz erlangen wollen, den staatlichen Eingriff unmittelbar mit den zur Verfügung stehenden (verwaltungsgerichtlichen) Rechtsbehelfen angreifen (Primärrechtsschutz) und können sich nicht auf die Geltendmachung eines Entschädigungsanspruches (Sekundärrechtsschutz) beschränken (siehe unten Nr. 2.1.1.4 und 2.1.1.5, Kapitel 5).

Die **Enteignung** ist durch einen gezielten hoheitlichen Zugriff auf das Eigentum (durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes) zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben gekennzeichnet.²⁸ Eine Eigentumsbeeinträchtigung, die diese Voraussetzungen nicht erfüllt, kann nicht allein aufgrund ihrer Schwere oder ihrer Wirkung als Sonderopfer (in Bezug auf andere Grundrechtsträger) in eine Enteignung „umschlagen“. Wird eine Enteignung vollzogen, ohne dass die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen oder eine angemessene Entschädigung gezahlt wird,²⁹ ist sie rechtswidrig.

Eine **ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung** liegt vor, wenn der Gesetzgeber bei der Bestimmung des Eigentumsinhalts (oben Nr. 2.1.1.1) die vom Grundgesetz vorgegebenen Grenzen an sich überschreitet, indem er Einzelne im öffentlichen Interesse unverhältnismäßig und gleichheitswidrig belastet.³⁰ In solchen Fällen kann die Eigentumsbeeinträchtigung nur durch Gewährung eines **realen oder finanziellen Ausgleichs** in Einklang mit der Eigentumsgarantie gebracht werden; dafür bedarf es einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage³¹ (siehe unten Nr. 2.1.1.4 und 2.1.1.5). Zu beachten ist allerdings, dass die vorgefundene Grundstückssituation als sog. **Situationsgebundenheit** die Verpflichtung nach sich ziehen kann, bestimmte Nutzungen von vornherein nicht in Betracht zu ziehen; in solchen Fällen kann eine gleichheitswidrige Belastung von vornherein nicht angenommen werden.³² Die Denkmaleigenschaft ist stets Ausdruck der Situationsgebundenheit.³³

Weitere, von den Zivilgerichten nach wie vor angewendete Rechtsinstitute (**enteignender** und **enteignungsgleicher Eingriff**) betreffen Fallgestaltungen, in denen bei einer rechtmäßigen eigentumsrelevanten Maßnahme unbeabsichtigt Nebenfolgen entstehen, die eine übermäßige Belastung mit sich bringen bzw. wenn

28 Zu den in allen DSchGen vorhandenen Rechtsgrundlagen und Verfahrensvorschriften für eine Enteignung s. Martin, in: Martin/Krautzberger B IV. 6. g, und Kap. E V.

29 Hierzu Martin, in: Martin/Krautzberger, Handbuch, G III. 7. und E V. Nr. 1.

30 BVerfGE 58, 137 – Pflichtexemplar.

31 Die Nichtigerklärung des Erlaubnistatbestands des DSchG RP in BVerfGE 100, 226, 242 folgte u.a. aus der Auffassung des Gerichts, dass das Gesetz für die Fälle einer ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung keine Rechtsgrundlage für die Zahlung einer Entschädigung enthielt.

32 Grundlegend BGHZ 23, 30; 90, 17, 25; 99, 24, 31; BVerwGE 49, 465.

33 BVerfG 2.3.1999 (Z Nr. 1); zum Bodendenkmal BayVGH 4.6.2003, Z Bay Nr. 2; allgemein Papier, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Art. 14 Rn. 422, 426.

der Eingriff in das Eigentum schon an sich rechtswidrig ist.³⁴ Derartige Fallgestaltungen sind für das Denkmalrecht nicht charakteristisch und werden daher hier nicht weiter thematisiert.³⁵

Daraus ergibt sich: Sofern keine (gezielte, formale) Enteignung³⁶ in Rede steht, handelt es sich bei denkmalrechtlichen Erhaltungs- und Instandsetzungsgeboten um Bestimmungen des Inhalts und der Schranken des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG). Sie unterliegen besonderen verfassungsrechtlichen Anforderungen und sind nur rechtmäßig, wenn die Beschränkung des Eigentumsgrundrechts **verhältnismäßig** (also zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinn) ist.³⁷ Die Verhältnismäßigkeit i.e.S. ist nicht mehr gewährleistet, wenn der Eigentümer **unzumutbar** belastet wird. Unzumutbar in diesem Sinn ist jede unverhältnismäßige Inanspruchnahme des Eigentümers; Unterfälle sind die Unzumutbarkeit aus faktischen Gründen (Beispiel: Versagung des Abbruchs, wenn das Denkmal schon dem Untergang entgegensteht und als Ruine nicht erhaltenswert wäre³⁸ sowie die wirtschaftliche Unzumutbarkeit.

2.1.1.4 System der Ausgleichsansprüche

Die Mehrzahl der deutschen Denkmalschutzgesetze ist nach der Entscheidung des BVerfG 1999 nicht einschlägig geändert worden; in den meisten Gesetzen finden sich daher noch Ausgleichs- und Entschädigungsregelungen, die sich nur schwer mit der jüngsten Rechtsentwicklung zur Frage der rechtswidrigen Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums in Einklang bringen lassen.³⁹ Dies gilt nicht für die Regelungen zur (formellen) Enteignung, die allerdings im Vollzug der Denkmalschutzgesetze selten bis überhaupt nicht praktiziert wird.

Von der Wirkung her unterscheiden lassen sich **Ausgleichs- und Übernahmeansprüche**. Erstere gewähren i.d.R. einen finanziellen Ausgleich für unverhältnismäßige Eigentumsbeschränkungen, während bei der Übernahme eine Übertragung des Eigentums am Denkmal auf die öffentliche Hand vollzogen wird.⁴⁰

34 Zu Herleitung und Inhalt Maurer, Allg. Verwaltungsrecht, § 27 Rn. 87 ff. und 107 ff.

35 Martin, in: Martin/Krautzberger, Handbuch, G II Rn. 137 nennt als Beispiel die Beeinträchtigungen des Grundstückszugangs eines Nachbarn durch behördlich angeordnete Maßnahmen an einem Denkmal.

36 Zu den Rechtsgrundlagen siehe Martin, in: Martin/Krautzberger, Handbuch, B Rn. 98.

37 Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist ein allgemeiner Grundsatz des Verwaltungsrechts und folgt letztlich aus dem in Art. 20 Abs. 3 GG normierten Rechtsstaatsprinzip; grundlegend BVerfGE 45, 51, 59. Siehe unten Nr. 2.3.1.

38 Z.B. VG Regensburg 20.1.2011, Z Bay Nr. 11.

39 Synopse bei Martin, in: Martin/Krautzberger, Handbuch, B IV 7. Rn. 98, 102.

40 Ausdrückliche Übernahmeansprüche für den Eigentümer enthalten die DSchG von NW, Saar und Th, siehe Teil B Gesetzestexte.

In vielen Gesetzen werden sog. **salvatorische Klauseln** verwendet, nach denen der Eigentümer Anspruch auf Leistungen der öffentlichen Hand hat, sofern durch den Vollzug des DSchG in eigentumsrechtlich geschützte Rechtspositionen unverhältnismäßig eingegriffen wird. Gegen solche Formulierungen bestehen in der Literatur Bedenken, da der Gesetzgeber die Tatbestände und Anspruchsvoraussetzungen selbst regeln müsse.⁴¹ BGH und BVerwG haben derartige Regelungen aber als Rechtsgrundlagen für einen Ausgleichs- und sogar für einen ungeschriebenen Übernahmeanspruch anerkannt;⁴² die Fachgerichte haben bis in die jüngste Zeit die erforderliche Konkretisierung vorgenommen.⁴³ Ob nach der strikten Trennung von Primär- und Sekundärrechtsschutz durch das BVerfG⁴⁴ überhaupt noch ein Anwendungsbereich für derartige Regelungen verbleibt, ist umstritten.⁴⁵ Dies berührt die grundsätzliche Frage des Umgangs mit der **ausgleichspflichtigen Inhaltsbestimmung**. Die Gerichte sehen in den überkommenen Ausgleichsbestimmungen in der Regel die erforderliche gesetzliche Grundlage für die Gewährung von Ausgleichsleistungen zur Herbeiführung der Verfassungsmäßigkeit einer Regelung und ihrer Anwendung; so hat der BayVGH entschieden, dass Art. 4 BayDSchG, wonach Eigentümer den Aufwand für Erhaltungsmaßnahmen nur tragen, soweit ihnen das „insbesondere unter Berücksichtigung ihrer sonstigen Aufgaben und Verpflichtungen zumutbar ist“, im Erlaubnisverfahren als Rechtsgrundlage für eine zur „Herbeiführung der Zumutbarkeit“ erforderliche Ausgleichszahlung herangezogen werden kann.⁴⁶

2.1.2 Entscheidungen des BVerfG zur Zumutbarkeit (Altlasten und Denkmalschutz)

Der **Beschluss vom 2.3.1999**⁴⁷ zum DSchG Rheinland-Pfalz ist die erste Grundsatzentscheidung des BVerfG zu den eigentumsrechtlichen Wirkungen des staatlichen Denkmalschutzes. Die wesentlichen Aussagen des Beschlusses können

41 Papier, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Art. 14 Rn. 378h.

42 BGH 17.12.1992, DVBl. 1993, 430; BVerwG 6.6.2002, NVwZ 2003, 209, 210 (bereits unter ausdrücklicher Berücksichtigung des Beschl. des BVerfG vom 2.3.1999 Z Nr. 1) und Urt. vom 27.6.2007, NVwZ 2007, 1308. Weitere Nachweise zum Streitstand siehe Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 27 Rn. 79 ff.

43 Z.B. OVG NW 20.3.2009, Z NW Nr. 2.

44 Kein „dulde und liquidiere“, siehe oben Nr. 2.1.1.3, unten Nr. 2.1.1.5 und Kapitel 5.

45 Befürwortend Papier, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Art. 14 Rn. 425; ablehnend Martin, in: Martin/Krautzberger, Handbuch, G II 2. Rn. 134 m.w.N. aus der Kommentarliteratur; ders., NWVBl. 2012, 129 ff. sowie Wurster/Schöneweiß, in: Hoppenberg/de Witt (Hrsg.), Handbuch des öffentlichen Baurechts, 31. EL Juli 2011, Kap. D Rn. 337 ff.

46 BayVGH 27.9.2007, Z Bay Nr. 3. So auch OVG Saarland 20.11.2008, Z Saar Nr. 1 (insoweit in Teil D nicht abgedruckt) und BVerwGE 112, 373 ff. Im Ergebnis auch Martin, in: Martin/Krautzberger, Handbuch, E Rn. 238.

47 Z Nr. 1 = BVerfGE 100, 226, 242 f.

wie folgt zusammengefasst werden: Das BVerfG betont den hohen Rang des Denkmalschutzes. Aufgrund der gesteigerten Sozialbindung des Eigentums, die aus der **Situationsgebundenheit** des Grundstückes in Lage und Beschaffenheit folge, müsse der Eigentümer es grundsätzlich hinnehmen, dass ihm durch ein Beseitigungsverbot möglicherweise eine rentablere Nutzung des Grundstücks verwehrt wird. Art. 14 Abs. 1 GG schütze **nicht die einträglichste Nutzung** des Eigentums.⁴⁸ Anders liege es aber, wenn ausnahmsweise für ein geschütztes Baudenkmal „keinerlei sinnvolle Nutzungsmöglichkeit“ mehr bestehe und es auch **nicht veräußert** werden könne:

„Wenn selbst ein dem Denkmalschutz aufgeschlossener Eigentümer von einem Baudenkmal **keinen vernünftigen Gebrauch** machen und es **praktisch auch nicht veräußern** kann, wird dessen Privatnützigkeit nahezu vollständig beseitigt. Nimmt man die gesetzliche Erhaltungspflicht hinzu, so wird aus dem Recht eine Last, die der Eigentümer allein im öffentlichen Interesse zu tragen hat, ohne dafür die Vorteile einer privaten Nutzung genießen zu können. Die Rechtsposition des Betroffenen nähert sich damit einer Lage, in der sie den Namen „Eigentum“ nicht mehr verdient. Die Versagung einer Beseitigungsgenehmigung ist **dann nicht mehr zumutbar**.“⁴⁹

Eine Definition des Maßstabes für die Zumutbarkeitsprüfung enthält die Entscheidung nicht, insbesondere auch keine Aussage dazu, ob und in welcher Höhe einem Eigentümer zugemutet werden kann, die Erhaltung eines Baudenkmal aus sonstigem Vermögen zu bezuschussen:

„Wo die Grenze der Zumutbarkeit im Einzelnen verläuft und in welchem Umfang Eigentümer von der zur Prüfung gestellten Norm in unzumutbarer Weise getroffen werden, kann offen bleiben.“⁵⁰

Daneben stellt das Gericht fest, dass die Möglichkeit einer finanziellen Kompensation der entstehenden Nachteile bei unzumutbarer Belastung allein nicht ausreicht, um die **Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Regelung** zu gewährleisten:

„**Ausgleichsregelungen**, die den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in besonderen **Härtefällen** wahren sollen, sind unzulänglich, wenn sie sich darauf beschränken, dem Betroffenen einen Entschädigungsanspruch **in Geld** zuzubilligen. Die Bestandsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG verlangt, dass in erster Linie **Vorkehrungen** getroffen werden, die eine unverhältnismäßige Belastung des Eigentümers **real vermeiden** und die Privatnützigkeit des Eigentums so weit wie möglich erhalten. Als Instrumente stehen dem Gesetzgeber hierfür Übergangsregelungen, Ausnahme- und Befreiungsvorschriften sowie der Einsatz sonstiger administrativer und technischer Vorkehrungen zur Verfügung. Ist ein solcher Ausgleich im Einzelfall nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich, kann für diesen Fall ein finanzieller Ausgleich in Betracht kommen, oder es kann geboten sein, dem Eigentümer einen

48 BVerfGE 100, 226, 242 f.

49 BVerfGE 100, 226, 243.

50 BVerfGE 100, 226, 243.

Anspruch auf Übernahme durch die öffentliche Hand zum Verkehrswert einzuräumen.“

Im **Beschluss vom 2.12.1999**⁵¹ bestätigt das BVerfG seine std. Rechtsprechung, wonach gegen eigentumsbelastende Maßnahmen in der Regel **Primärrechtsschutz** mit dem Ziel der Aufhebung der Maßnahme gesucht werden muss und der Belastete sich nicht auf eine Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen beschränken kann (kein „dulde und liquidiere“, siehe oben Nr. 2.1.1.4, Kapitel 5).

Im zur Altlastensanierung ergangenen **Beschluss des BVerfG vom 16.2.2000**⁵² benennt das BVerfG konkretere Maßstäbe, die zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums durch staatliche Maßnahmen heranzuziehen sind. Auch im Bodenschutzrecht gilt der verfassungsrechtliche Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit; zulässig sind nur zumutbare Grundrechtsbeeinträchtigungen.⁵³ Der Eigentümer eines kontaminierten Grundstücks kann daher für Sanierungsmaßnahmen nicht uneingeschränkt in Anspruch genommen werden. Zwar muss er aufgrund der Sanierungsverpflichtung Verluste aus dem Grundstück hinnehmen; die Zumutbarkeitsgrenze verläuft aber in der Regel dort, wo die Sanierungskosten den **Verkehrswert des Grundstücks nach der Sanierung** überschreiten, da sonst auch bei einem Verkauf die Kosten nicht mehr gedeckt werden können.⁵⁴ Soweit gibt der Beschluss ungefähr jene Maßstäbe wieder, die aus dem Beschluss zum DSchGRP bekannt sind. Das BVerfG nimmt dann zu Fällen Stellung, in denen die Zumutbarkeitsschwelle wegen der Umstände des Einzelfalles nach oben oder unten verschoben sein kann: Sie ist niedriger anzusetzen, wenn etwa das zu sanierende Grundstück einen **wesentlichen Teil des Vermögens** des Pflichtigen darstellt, der Grundlage der privaten Lebensführung ist, und er das Grundstück nach Durchführung der Sanierung wirtschaftlich nicht mehr halten könnte.⁵⁵ Zum anderen ist auch in umgekehrter Richtung eine Verschiebung des Zumutbarkeitsmaßstabes denkbar, etwa sofern „das individuelle Interesse des Eigentümers am Grundstück dessen Verkehrswert möglicherweise überschreitet“⁵⁶ oder „wenn der Eigentümer das Grundstück in Kenntnis von Altlasten, die von früheren Eigentümern oder Nutzungsberechtigten verursacht worden sind, erworben hat oder wenn er zulässt, dass das Grundstück in einer risikoreichen Weise genutzt wird“. Das **freiwillig übernommene Risiko** mindert die Schutzwürdigkeit des Eigentümers; auch dann, wenn der Eigentümer beim Erwerb vor den Risikoumständen „in fahrlässiger Weise die Augen geschlossen hat“, kann dies dazu führen, dass eine Kostenbelastung über die Höhe des Verkehrswerts hinaus

51 Z Nr. 2.

52 Z Nr. 3 = BVerfGE 102, 1 ff.

53 BVerfGE 102, 1, 19 f.

54 BVerfGE 102, 1, 20.

55 BVerfGE 102, 1, 21; zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen siehe auch Nr. 2.3.5.3.

56 BVerfGE 102, 1, 20.

zumutbar ist. Gleiches gilt, „wenn der Eigentümer Vorteile aus dem Risiko – etwa durch einen reduzierten **Kaufpreis** oder einen erhöhten Pachtzins – erzielt hat“.⁵⁷

Eine unbegrenzte Inanspruchnahme des gesamten sonstigen Vermögens des Eigentümers scheidet allerdings auch bei insoweit „verschobenem“ Zumutbarkeitsmaßstab aus. Zumutbar ist aber jedenfalls der Einsatz von Vermögen, das zusammen mit dem notleidenden Grundstück eine **funktionale Einheit** darstellt, etwa wenn dieses Bestandteil eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes oder sonstigen Unternehmens ist. Die Grenze ist von Art. 14 GG dort gesetzt, wo durch die Kostenbelastung die Fortführung des Unternehmens oder Betriebs gefährdet ist; eine völlige oder ersatzlose Beseitigung einer Rechtsposition kann im Rahmen der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums „nur unter besonderen Voraussetzungen in Betracht kommen“.⁵⁸

Diese unmittelbar aus dem Eigentumsgrundrecht abgeleiteten Grundsätze sind **auch im Denkmalrecht anwendbar**: Auch denkmalrechtliche Erlaubnistatbestände und Gebote sind ein Teil der hoheitlichen Eingriffsverwaltung.⁵⁹ Ihre konkrete Umsetzung muss im Einzelfall den höherrangigen Anforderungen aus Art. 14 Abs. 1 und 2 GG genügen. Eine abstrakte Hierarchie der öffentlichen Aufgaben – jenseits von Lebens- und Gesundheitsschutz – gibt es nicht.⁶⁰ Die generalisierende Aussage, dass Umweltschutz immer „wichtiger“ als Denkmalschutz sei, unterstellt ohne weitere Anhaltspunkte einen differenzierenden Willen des jeweiligen Gesetzgebers und berücksichtigt nicht die verfassungsrechtliche Verankerung des Denkmalschutzes in den Landesverfassungen.⁶¹ Entscheidend sind die Abwägung zwischen der Bedeutung des gefährdeten und des in Anspruch genommenen Rechtsguts sowie der Grad der Gefahr im Einzelfall. Ist die Bedeutung eines gefährdeten Denkmals hoch, kann dies für eine weitergehende Inanspruchnahme des Eigentümers sprechen; ist eine Gefährdung von Umweltmedien durch schädliche Bodenveränderungen unwahrscheinlich oder nur in geringem Umfang zu befürchten, wird die Zumutbarkeitsschwelle tiefer liegen als in anderen Fällen. Generalisierende Aussagen zur „Wichtigkeit“ der jeweiligen Materie sind nicht möglich.

Auch im Denkmalrecht kommt es auf Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis der Denkmaleigenschaft bei Erwerb an sowie auf mögliche Vorteile durch niedrigen **Kaufpreis** aufgrund der Denkmaleigenschaft.⁶² Die verwaltungsgerichtliche Recht-

57 BVerfGE 102, 1, 21 f.; zum Kaufpreis siehe auch Nr. 2.3.5.5.

58 BVerfGE 102, 1, 22 f.

59 In einigen Ländern gelten Aufgaben des Denkmalschutzes als solche der Gefahrenabwehr, z.B. § 20 Abs. 3 DSchG NW. In Art. 11 Abs. 5 BayDSchG ist bestimmt, dass die Aufgaben der Denkmalschutzbehörden Staatsaufgaben sind.

60 Haaß, NVwZ 2002, 1054, 1056, bildet eine Hierarchie zwischen dem Einschreiten zur Gefahrenabwehr und einer Inpflichtnahme für die „Förderung des kulturellen Lebens“, die weniger weit gehen dürfe. Er verkennt dabei, dass in beiden Fällen ein hoheitlicher Zugriff auf ein grundrechtlich geschütztes Rechtsgut erfolgt, dessen Rechtmäßigkeit grundsätzlich anhand derselben Maßstäbe zu beurteilen ist.

61 Z.B. Art. 141 Abs. 2 der Bayerischen Verfassung (GVBl. 1998, S. 991). Auch das BVerfG betont stets die hohe Bedeutung des Denkmalschutzes.

62 Hierzu Nds OVG 24.3.2003, Z Nds Nr. 1; bestätigend Papier, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Art. 14 Rn. 411a. Die Anwendbarkeit der Grundsätze der Altlasten-

sprechung hat die Anrechnung von Einnahmen aus Vermögen, das mit dem Denkmal(Grundstück) eine **wirtschaftliche Einheit** (sog. **Bezugsgrundstück**) bildet, mittlerweile mehrfach bestätigt:

„Die geschützten Bauten stehen auf einem Grundstück, das auf schon vorhandenen oder zu schaffenden großen Freiflächen **bedeutende Zubauten** zulässt und die Kl. tragen ja auch vor, Neubaupläne zu verfolgen. Jede für die Frage der Zumutbarkeit in Betracht kommende denkmalschutzrechtliche Berechnung der Wirtschaftlichkeit muss, so liegen die Verhältnisse im Fall des Grundstücks der Kl., diese Möglichkeit der Rendite bei der Frage nach der **Rentabilität des gesamten Grundstücks** in Betracht ziehen.“⁶³

„Die wirtschaftliche Betrachtung der durch ein Denkmal verursachten Eigentumsbeeinträchtigungen ist auf das Denkmal selbst zu beschränken; lediglich dann, wenn es Teil einer größeren **Wirtschaftseinheit** ist – etwa eines **umfangreichen Werksgeländes**, auf dem ein Einzelgebäude mit Denkmalwert steht –, können die Erträge dieser Wirtschaftseinheit wegen des untrennbaren Zusammenhangs mit dem Denkmal in die Rechnung einzustellen sein.“⁶⁴

„Gehört ein Kulturdenkmal zu einer Sachgesamtheit, darf nicht isoliert auf das Gebäude abgestellt werden, das beseitigt werden soll; vielmehr muss eine einheitliche wirtschaftliche Betrachtung der Sachgesamtheit vorgenommen werden. ... Eine solche **Sachgesamtheit bzw. wirtschaftliche Einheit** des Faberhochhauses mit den Gebäuden A und C, die das unrentable Hochhaus „mit trägt“ ist hier anzunehmen; denn es handelt sich um einen einheitlichen Gebäudekomplex, den die Kl. auch im Zusammenhang bewirtschaftet.“⁶⁵

Hieraus folgt sogar die Verpflichtung, aus einem größeren Grundstück Parzellen zur Bebauung herauszulösen, um mit den Erträgen das Denkmal zu finanzieren:

„Des Weiteren ist es den Kl. zumutbar, zwei **Baugrundstücke** mit einer Fläche von jeweils 1.000 m² aus dem hinteren Bereich des 5.649 m² großen Grundstücks, auf dem das Baudenkmal steht, herauszutrennen und **zur Finanzierung des Erhaltungsaufwandes zu veräußern**. Der erzielbare Erlös ist als Eigenkapital in die Berechnung einzustellen. Zwar ergibt sich aus § 7 Abs. 3 NDSchG, dass es dem Eigentümer eines Denkmals nicht zumutbar ist, sonstiges Vermögen zum Erhalt des Denkmals einzusetzen (...). In dem vorliegenden Verfahren wird den Kl. jedoch nicht abverlangt, **sonstiges** Vermögen oder die Erträge anderer Objekte für die Sanierung der Leffers-Villa zu verwenden. Die Kl. sind vielmehr verpflichtet, den **einheitlichen Vermögensgegenstand**, nämlich

Entscheidung im Denkmalrecht bejahen auch Füßer/Kreuter, BayVBl. 2009, 747 ff. Zum Kaufpreis siehe auch Nr. 2.3.5.5.

63 VG Berlin 30.7.2002, Z BB Nr. 5.

64 OVG NW 20.3.2009, Z NW Nr. 2.

65 OVG LSA 15.12.2011, Z SAn Nr. 3.

das Grundstück E. Straße 191 mit dem Denkmal, das seinen wesentlichen Bestandteil bildet, zum Vorteil des Denkmals einzusetzen.“⁶⁶

Unbeachtlich bei der Beurteilung der Zumutbarkeit ist vor diesem Hintergrund auch eine nachträgliche **Aufteilung eines einheitlichen Grundstücks** in verschiedene Buchgrundstücke:

„Würden nämlich rechtsgeschäftliche Verfügungen über die unter Schutz gestellten Grundstücke nicht berücksichtigt, bestünde die Gefahr einer der Unterschutzstellung als bauliche Gesamtanlage gerade nicht gerecht werdenden Aufsplitterung: Solchen Teilen der Gesamtanlage, deren Erhaltung eher zumutbar wäre, stünden solche gegenüber, deren Erhaltung und Pflege eher in Frage gestellt werden müsste ... Es läge dann in den Händen der Eigentümer, durch privatrechtliche Verfügungen aus einem Gesamtareal, das den Erhalt des Denkmals wirtschaftlich zu tragen in der Lage wäre, Grundstücke so ‚herauszuschneiden‘, dass die Erhaltung des Denkmals unzumutbar erscheinen muss.“⁶⁷

In einem **Kammerbeschluss vom 19.12.2006**⁶⁸ hat das BVerfG eine Verfassungsbeschwerde mit der Begründung nicht zur Entscheidung angenommen, es sei nicht ausgeschlossen, dass die Gerichte nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Eigentumsgarantie den denkmalrechtlichen Normen Drittschutz zusprechen. Der Beschluss des BVerwG vom 21.4.2009⁶⁹ war die Folge. Aussagen zur wirtschaftlichen Zumutbarkeit enthält nur die letztgenannte Entscheidung (dazu unten 4.4.2).

Die Anwendbarkeit der im Altlastenurteil aufgestellten Grundsätze im Denkmalrecht hat das BVerfG dann mit **Beschluss vom 14.4.2010** ausdrücklich klargestellt:

„Das BVerfG hat im Übrigen bereits in seiner Rechtsprechung zur Kostentragungspflicht des Grundstückseigentümers für eine Altlastensanierung aus Gründen der öffentlichen Gefahrenabwehr betont, dass die Beurteilung dessen, was dem Grundstückseigentümer im Interesse des Gemeinwohls zugemutet werden kann, maßgeblich auch davon beeinflusst wird, ob er die entsprechende Belastung gekannt oder zumindest das Risiko einer solchen Belastung beim Grundstückserwerb bewusst in Kauf genommen hat (vgl. BVerfGE 102, 1, 21 f.).“⁷⁰

Damit sind **anderslautende Meinungen** in Rechtsprechung,⁷¹ Literatur⁷² und in Verwaltungsvorschriften,⁷³ wonach die Rechtsprechung des BVerfG zur Haftung des

66 Nds OVG 24.3.2003, Z Nds Nr. 1.

67 OVG RP 2.7.2008, Z RP Nr. 2.

68 1 BvR 2935/06, EzD 1.1 Nr. 19.

69 Z Nr. 6.

70 Z Nr. 4.

71 Insbesondere hinfällig VGH BW 11.11.1999, Z BW Nr. 5: „Hierbei spielt die Art des Erwerbs des Kulturdenkmals keine Rolle. Demnach kommt es nicht darauf an, ob der Erwerber im Hinblick auf die ... Kulturdenkmaleigenschaft seines Gebäudes dieses zu einem gegenüber dem Verkehrswert geringeren Kaufpreis erworben hat.“

Grundstückseigentümers bei der Altlastensanierung nicht anwendbar sei bzw. es auf die Erwerbsumstände nicht ankommen soll, **obsolet**.

2.2 Rechtsentwicklung der Gesetzgebung, Vorgaben der Exekutive, Entwicklung der Rechtsprechung

2.2.1 Regelungen der Zumutbarkeit in Denkmalschutzgesetzen und Rechtsentwicklung

Sämtliche Denkmalschutzgesetze stellen mit unterschiedlicher Formulierung insbesondere die Erhaltungspflicht unter den Vorbehalt der Zumutbarkeit.⁷⁴ Einzelne Gesetze formulieren Vorgaben für die Zumutbarkeit (z.B. Bauunterhalt, wirtschaftliche Zumutbarkeit). Alle Gesetze enthalten Regelungen für einen Ausgleich bzw. die Entschädigung. Einzelne Gesetze enthalten auch Vorgaben für die Nutzung und Ansätze für ein Veranlasserprinzip. Auszüge mit typischen Formulierungen aus den einzelnen Denkmalschutzgesetzen und dem BauGB in Teil B Gesetzestexte.

2.2.1.1 Gesetzliche Regelungen der Zumutbarkeit⁷⁵

Synopse der Denkmalschutzgesetze:

| | | | | | | | | |
|----------|---------|---------|---------|----------|-------|------|-------|-----|
| BW | BY | BE | BB | BR | HH | HE | MV | |
| 6 I | 4 I | 8 I | 7 III-V | 9 I | 7, 11 | 11 I | 6 III | |
| Nds | NW | RP | SL | ST | | SN | SH | TH |
| 7 I, III | 7 I, 29 | 2 I, II | 7 I | 9 II, 10 | IV, V | 8 I | 11 | 7 I |

72 Haaß, NVwZ 2002, 1054, 1056; ders., in: Basty/Beck/Haaß (Hrsg.), Denkmalschutz und Sanierung, Rn. 508, 512.

73 Mecklenburg-Vorpommern: „Gemeinsame Hinweise der obersten Bauaufsichtsbehörde und des Landesamtes für Kultur und Denkmalpflege zur Ermittlung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit/Unzumutbarkeit auf der Grundlage des jährlichen Gesamtertrages“, Quelle: www.regierung-mv.de. Auszug in Teil E Anhang 3.

74 Der Wortlaut der 16 Denkmalschutzgesetze nach jeweils aktuellem Stand ist abrufbar unter www.dnk.de/Recht. Zu den jüngeren Novellierungen siehe jeweils kritisch Martin, VR 2008, 88 ff. (zu Rheinland-Pfalz), ders., NordÖR 2011, 9 ff. (zu Niedersachsen), ders., Die Gemeinde SH 2012, 102 ff. (zu Schleswig-Holstein).

75 Synopse in: Martin/Krautzberger, Handbuch, Teil B Kapitel IV Nr. 5 b, ff.

Die einzelnen Gesetze sind allerdings nicht einheitlich von dem Prinzip der Zumutbarkeit als Grenze denkmalrechtlicher Pflichten gekennzeichnet. Dies gilt z. B. für den Bereich der denkmalrechtlichen Erhaltungspflichten, nur sehr eingeschränkt für die Genehmigungsfähigkeit, die Zuwendungen und den Ausgleichsanspruch (siehe Nr. 2.1.1.4). Die meisten Gesetze begnügen sich mit wenigen **Einzelheiten** zur Zumutbarkeit (Beispiele Bayern, Baden-Württemberg), die zum Teil als allgemeine Rechtsgrundsätze und Ausfluss des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit verstanden werden können. Die uneinheitlichen Formulierungen der Gesetzgeber beschränken sich zum Teil auf das Wort „zumutbar“ bzw. „Zumutbarkeit“. Festzustellen ist allerdings eine Tendenz in den Novellen der letzten Jahre, zumindest einige als Grundprobleme der Zumutbarkeit verstandene Regelungen ausdrücklich in die Gesetze aufzunehmen. Dies gilt u.a für die Fragen des unterlassenen Bauunterhalts, die Wirtschaftlichkeit der Baudenkmäler, die Nicht-Geltung für Kommunen usw. Seit 1999 neigen die Gesetzgeber dazu, ausführlicher zu formulieren und in eher laienhafte Postulate (z.B. zum Veranlasserprinzip bei Bodendenkmälern) abzugleiten.⁷⁶ Nach der Rechtsprechung des BVerfG genügt es aber völlig, wenn die Gesetze die Berücksichtigung subjektiver Umstände nicht ausschließen, so dass die Kurzformeln als auslegungsbedürftige unbestimmte Rechtsbegriffe von den Gerichten zwar geprüft, aber letztlich nie beanstandet wurden.⁷⁷

Die neueren gesetzlichen Formulierungen von § 7 Abs. 4 BbgDSchG und die ausführlichen Vorgaben von Rheinland-Pfalz versuchten offensichtlich, sich an tagesaktueller Rechtsprechung zu orientieren; zwangsläufig schließen sie die Berücksichtigung weiterer neuerer Erkenntnisse der Rechtsprechung aus und hemmen damit letztlich sogar die Entwicklung der Rechtslage im eigenen Land.

2.2.1.2 Regelungen der Kostentragungspflicht, Veranlasserprinzip

Synopse der Denkmalschutzgesetze:

| | | | | | | | |
|-----|----|-------------|-------|--------------|---------------|----------|-----------|
| BW | BY | BE | BB | BR | HH | HE | MV |
| — | — | 8 II, 11 IV | 7 III | 9 II | 7 V | — | 7 VI, 6 V |
| Nds | NW | RP | SL | ST | SN | SH | TH |
| 7 | 29 | 2, 21 III | 7 | 14 IX, 15 II | 13 II, 14 III | 8 II, 11 | 7 IV |

⁷⁶ Negatives Beispiel § 2 Abs. 2 DSchGRP (2008); hierzu Martin, Ein neues DSchG für RP, VR 2009, 88 ff.

⁷⁷ Zur kürzest möglichen Formulierung „zumutbar“ z.B. in Art. 4 Abs. 1 BayDSchG siehe BayVG 27.9.2007, Z Bay Nr. 3. Diese seit 1973 beibehaltene abstrakte und denkbar kurze Formulierung des BayDSchG wurde von Gerichten sämtlicher Instanzen nie beanstandet.

Umfassend formulieren das sog. **Verursacher-, besser Veranlasserprinzip**, für alle Arten von Denkmälern § 6 Abs. 5 MV, § 7 Abs. 4 TH und § 7 Abs. 3 BbgDSchG:

„Soweit in ein Denkmal eingegriffen wird, hat der Veranlasser des Eingriffs im Rahmen des Zumutbaren die Kosten zu tragen, die für die Erhaltung, fachgerechte Instandsetzung, Bergung oder Dokumentation des Denkmals anfallen.“

Im Übrigen treffen die Kostenfolgen von Eingriffen auch ohne ausdrückliche Festlegung weitgehend die **Bauherren als Veranlasser** und **nicht die Denkmalbehörden**. Dies gilt auch für alle Maßnahmen der öffentlichen Hand. Soweit Länder überhaupt die Kostentragungspflicht ansprechen, sind ihre Regelungen unsystematisch und **selektiv**, d. h. sie gelten meist für einzelne Arten von Denkmälern (meist die Bodendenkmäler) oder für einzelne Kostenfaktoren.⁷⁸ Zum Veranlasserprinzip bei **Bodendenkmälern** siehe auch Nr. 2.3.10.5.

2.2.1.3 Regelungen der Nutzungspflichten

Synopse der Denkmalschutzgesetze:

| | | | | | | | |
|---------|-----|----|------|-------|----|--------|-----------|
| BW | BY | BE | BB | BR | HH | HE | MV |
| — | 5 | 9 | 7 II | — | — | 13, 23 | 6 IV |
| Nds | NW | RP | SL | ST | SN | SH | TH |
| 9, 10 I | 8 I | — | 7 II | 9 I 2 | 9 | — | 7 III, 20 |

Nutzung, Nutzungsuntersagung und das Fehlen einer Nutzung gehören zu den **Hauptproblemen der Praxis** des Denkmalschutzes. Fast alle Gesetze haben Regelungen zu zumindest einem dieser Probleme aufgenommen. Verschiedentlich wird auch die Zumutbarkeit angesprochen. Umfassend ist für Baudenkmäler die Formulierung des Art. 5 BY:

„(1) Baudenkmäler sollen möglichst entsprechend ihrer ursprünglichen Zweckbestimmung genutzt werden.

(2) Werden Baudenkmäler nicht mehr entsprechend ihrer ursprünglichen Zweckbestimmung genutzt, so sollen die Eigentümer und die sonst dinglich oder obligatorisch zur Nutzung Berechtigten eine der ursprünglichen gleiche oder gleichwertige Nutzung anstreben.

78 Ein besonders negatives Beispiel ist der 2008 eingefügte § 21 Abs. 3 RP mit kaum vollziehbaren Kostengrößen; hierzu Martin, Ein neues DSchG für RP, VR 2009, 88 ff. Einzelheiten zu den materiellen Verantwortlichkeiten in Martin/Krautzberger, Handbuch, Teil D Kapitel III Nr. 4 und zu den Kostentragungspflichten in Teil H Kapitel III.

(3) Soweit dies nicht möglich ist, soll eine Nutzung gewählt werden, die eine möglichst weitgehende Erhaltung der Substanz auf die Dauer gewährleistet.

(4) Sind verschiedene Nutzungen möglich, so soll diejenige Nutzung gewählt werden, die das Baudenkmal und sein Zubehör am wenigsten beeinträchtigt.

(5) Staat, Gemeinden und sonstige Körperschaften des öffentlichen Rechts sollen Eigentümer und Besitzer unterstützen.

(6) Die Eigentümer und die sonst dinglich oder obligatorisch zur Nutzung Berechtigten können bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 4 Abs. 2 verpflichtet werden, eine bestimmte Nutzungsart durchzuführen; soweit sie nicht zur Durchführung verpflichtet werden, können sie zur Duldung einer bestimmten Nutzungsart verpflichtet werden.“ Der genannte Art. 4 Abs. 2 Satz 1 BayDSchG bezieht ausdrücklich ein: „soweit ihnen das insbesondere unter Berücksichtigung ihrer sonstigen Aufgaben und Verpflichtungen **zumutbar** ist“.⁷⁹

Es ist offensichtlich, dass es hier nicht allein auf eine wirtschaftliche Betrachtung ankommen kann.

2.2.2 Normative Vorgaben der Exekutive

Die **Vollzugshinweise** einiger Länder speziell zur Zumutbarkeit sind jeweils behördenverbindliche Dienstanweisungen; sie können wegen ihrer Rechtstatsächlichkeit den Vollzug der Gesetze nur dann erleichtern, wenn sie entsprechend flexibel gefasst sind (Beispiel Bayern⁸⁰). Sie können aber den Vollzug auch behindern, wenn sie in der Rechtsprechung nicht abschließend geklärte Details präjudizieren und so zu unnötigen Selbstbindungen der Verwaltung führen (Beispiel Brandenburg⁸¹ und Mecklenburg-Vorpommern⁸²).

2.2.3 Entwicklung und Tendenzen der Rechtsprechung

Bis zu dem Beschluss des BVerfG vom 2.3.1999⁸³ und kurz vorher ergangenen weiteren Entscheidungen, insbesondere zum Primärrechtsschutz, war die Rechtspre-

79 Zu Einzelheiten der Nutzung siehe Davydov, in: Martin/Krautzberger, Handbuch, Teil D Kapitel V und die Kommentare zu den Denkmalschutzgesetzen. Ferner Wurster, in: Handbuch des Öffentlichen Baurechts, Rn. 295 ff. und Leisner, Denkmalgerechte Nutzung, 2002.

80 WFKMS vom 14.1.2009, B 4-K 5111.0–12c/31 828 (07), abgedruckt in Teil E Anhang 2; siehe hierzu auch Kapitel 4 Nr. 4.4.

81 VV des MWFK vom 16.4.2009, abgedruckt in Teil E Anhang 1; siehe hierzu auch Kapitel 4 Nr. 4.3. Zur Kritik an der VV siehe dort.

82 Sog. Hinweise, auszugsweise abgedruckt in Teil E Anhang 3.

83 BVerfG 2.3.1999, Z Nr. 1 = E 100, 226.

chung gekennzeichnet durch Theorienstreitigkeiten zwischen Zivil- und Verwaltungsgerichten, die sich auch auf die Frage erstreckten, wann denkmalrechtliche Bindungen angefangen von der Unterschützstellung eines Objektes bis zur Nutzungsuntersagung als Enteignung wirken. Viel beachtet wurde eine ganze Serie von Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Denkmalsachen bis hin zur Entscheidung in Sachen Blüchermuseum in Rheinland-Pfalz. Zur Entwicklung der Rechtsprechung siehe auch Kapitel 1 Nr. 1.2.2 und Kapitel 5. Seit 1999 sind keine vergleichbaren Entscheidungen des BGH mehr bekannt geworden, er achtet das Gebot des verwaltungsgerichtlichen Primärrechtsschutzes, welcher das vorher verbreitete „dulden und liquidieren“ ausschließt. Die vorhergehenden Entscheidungen des BGH zu denkmalrechtlichen Fragen und Belastungen haben nur mehr rechtshistorischen Wert, sie sind weitgehend in der Entscheidungssammlung zum Denkmalrecht (EzD) nachgewiesen.

Die Entscheidungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Denkmalsachen waren insbesondere in der Frage der Zumutbarkeit durch die bestehenden Unsicherheiten in der Auslegung insbesondere des Zumutbarkeitsbegriffs geprägt. Unterschiede sind über Jahre hinweg vor allem über die Ländergrenzen hinweg festzustellen. Oft fehlte es auch an gegenseitigen Informationen über die Rechtsprechung der Gerichte anderer Länder, die erst etwa ab dem Jahr 2000 zunehmend über Datenbanken (NRWE, dbovg, juris usw.) und Entscheidungssammlungen (EzD, neuerdings BRS Band 77) zugänglich wurden. Verständlich ist die Bewertung, manche Gerichte seien mehr oder weniger „denkmalfreundlich“ als andere. Tatsächlich darf den Gerichten wegen der bis 1999 noch fehlenden Vorgaben des BVerfG und wegen der mangelhaften Informationslage kein subjektiver Vorwurf gemacht werden, sie haben sicher alle nach ihrem Rechts- und Verfassungsverständnis geurteilt. Die seit 1999 hinzugekommenen „Rechtssätze“ (so der BayVGH) des BVerfG sollten aber mittlerweile auch in ihren versteckten Details wie Veräußerlichkeit und Kompensationen Allgemeingut geworden sein.

Eine kritische Durchsicht der seit 1999 ergangenen Entscheidungen erweist die fortschreitende Rechtsentwicklung durch die Verwaltungsgerichte. Zum zentralen Gegenstand der Abbrucharträge für Denkmäler finden sich z.B. in der Datenbank juris und in anderen Entscheidungssammlungen (insbesondere EzD) rund 60 Urteile und Beschlüsse mit Bezügen zum Abbruch und zur Beseitigung von Bau- und Bodendenkmälern sowie zu allgemeinen Zumutbarkeitsfragen im Wesentlichen aus der Zeit nach 1999 (Entscheidung des BVerfG) bis 2012. Entscheidungen vor 1999 finden sich insbesondere in der EzD. Die Fundstellen sind im Teil D „Ausgewählte Entscheidungen“ nicht vollständig und nur in Auszügen wiedergegeben, auf die Datenbanken ist zu verweisen.

Bemerkenswert ist die nicht selbstverständliche Bereitschaft sämtlicher Gerichte, auf die speziell zum DSchG von RP ergangene Entscheidung auch in den anderen Bundesländern einzugehen. Eine relative Ordnung in die Diskussion brachte der BayVGH mit seinem Urteil vom 18.10.2010⁸⁴, in dem er zwischen „wirtschaftlicher Zumutbarkeit“ und der „sonstigen Zumutbarkeit“ unterscheidet, die z.T. dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht (siehe hierzu auch Kapitel 1 Nr. 1.3.1.3). Allerdings hatten manche Gerichte offensichtlich gewisse Schwierigkeiten mit der Rezeption des sehr umfänglichen und detailreichen Textes

84 Z Bay Nr. 7 = u.a. BayVBl 2011, 303 mit Anm. Martin.

des Beschlusses vom 2.3.1999. Zu mittlerweile formelhaft wiederkehrenden Textbausteinen wurden die Ausführungen zur Geltung und Reichweite des Art. 14 GG, zur Nutzbarkeit, zu den Gewinnerwartungen und – eingeschränkt – zu den differenzierten Kompensationen. Entgegen naheliegenden Erwartungen wurde wohl mangels Entscheidungserheblichkeit im Einzelfall von den Gerichten kaum hinterfragt, ob die Formulierungen der einzelnen Landesgesetze zu Enteignung und Ausgleichsansprüchen den neuen Vorgaben des BVerfG entsprechen. Fast völlig unbeachtet blieb lange Zeit der Satz des BVerfG:

„Wenn selbst ein dem Denkmalschutz aufgeschlossener Eigentümer von einem Baudenkmal keinen vernünftigen Gebrauch machen und **es praktisch auch nicht veräußern kann**, wird dessen Privatnützigkeit nahezu vollständig beseitigt.“

Das BVerfG hat damit die Veräußerungsmöglichkeit als eine mögliche Nutzung angesehen. Dies ist nur konsequent angesichts der Unvermehrbarkeit der Denkmäler („Was weg ist, ist weg“⁸⁵) und des im selben Beschluss hervorgehobenen hohen Ranges des Denkmalschutzes: Einem nicht erhaltungswilligen oder erhaltungsfähigen Eigentümer wird angesonnen, das bedrohte Denkmal an einen Erhaltungswilligen abzugeben (siehe hierzu auch Kapitel 2 Nr. 2.3.6).⁸⁶ Die noch fortbestehende Scheu einzelner Gerichte vor diesem Argument zeigen einige Entscheidungen, welche die im Wirtschaftsleben fast ausnahmslos bestehende Verkaufsmöglichkeit zwar bejahen, die aber trotzdem eine Wirtschaftlichkeitsprüfung anstellen.⁸⁷ Erst allmählich greifen die Gerichte diesen wichtigen Grundsatz auf, manche Gerichte aber mit einem unverkennbaren Widerwillen, wenn sie dem Abbruchwilligen subjektive(!) Umstände aus seinem Lebensbereich zugutehalten wollen; strittig ist deshalb bis heute, ob von dem Ansinnen des Verkaufs aus „sozialen Gründen“ Ausnahmen gemacht werden müssen. Entsprechende Andeutungen finden sich u.a. bei BayVGH v. 18.10.2010⁸⁸ mit Bezügen zu „Vermögensverhältnissen, Kreditwürdigkeit oder Gesundheitszustand“ und bei OVG NRW⁸⁹ „etwa wenn es sich um ein von ihm selbst genutztes Wohnhaus oder um einen zur Sicherstellung seines Lebensunterhalts betriebenes Unternehmen handelt“. Diese Argumentation ist verwunderlich, weil nach weit verbreiteter Ansicht (insbesondere in NRW) bei der Zumutbarkeitsprüfung ausschließlich auf objektive Kriterien abzustellen sein soll. Wenn sich ein Eigentümer von seinem Denkmal

85 Im Gegensatz zum Naturschutzrecht, wo Eingriffe durch Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen kompensiert werden können, § 15 Abs. 1 BNatSchG.

86 BayVGH 18.10.2010, Z Bay Nr. 7; OVG RP RP 2.12.2009, Z RP Nr. 3 = EzD 2.2.6.1 Nr. 37 mit Anm. Viebrock. Instruktiv auch VG Minden 23.2.2010, Z NW Nr. 7.

87 Z.B. SächsOVG 10.6.2010, Z Sachs Nr. 2 = SächsVBI 2011, 29 ff., 34 f. mit Anm. Martin. 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 BB 17.9.2008, Z BB Nr. 3.

88 BayVGH 18.10.2010, Z Bay Nr. 7.

89 OVG NW 4.5.2009, Z NW Nr. 3.

trennen und es abreißen will, kann nicht ernsthaft auf diese „subjektiven“ Kriterien abgestellt werden.⁹⁰

Diskutiert wird in der Praxis häufig unnötig die Frage, 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 (siehe Nr. 2.3.6.5). Von Rechts wegen kommt es auch beim Verkauf von Denkmälern auf den Grundstücksmarkt und damit den Verkehrswert an. Diese faktische Zwangssituation kann in der Praxis soweit führen, dass dem Übernehmer ein Denkmal zu einem symbolischen Preis von 1 Euro oder sogar mit einer „Abstandssumme“ von 50.000 Euro angeboten wird unabhängig davon, dass ein Eigentümer nicht ohne Weiteres zum Verkauf gezwungen werden könnte.⁹¹

Ebenfalls noch im Fluss ist die Rechtsprechung zum Zeitpunkt 2013 zu weiteren Grundfragen der Zumutbarkeit. Insbesondere in den Abbruchfällen ist je nach der insoweit unterschiedlichen Rechtslage der einzelnen Bundesländern eine gewissenhafte Prüfung der Ermessenshandhabung bzw. der Abwägung bei gebundenen Entscheidungen notwendig, die ggf. zu entsprechenden Verbescheidungsurteilen führen kann (siehe auch Kapitel 5 Rechtsschutzfragen Nr. 5.1).

Nicht abschließend geklärt sind trotz mancher uneinheitlicher Vorgaben einzelner Denkmalschutzgesetze z.B. Einzelfragen zur **pfllichtwidrig unterlassenen Unterhaltung** (siehe auch Nr. 2.3.5.6, Kapitel 4 Nr. 4.1.2.2 und 4.2.4 und Kapitel 5). Nach dem BVerwG⁹² muss jedenfalls ein finanziell leistungsfähiger Eigentümer einen nicht unerheblichen Teil der denkmalbedingten Mehrkosten selbst tragen. Der BayVGh ergänzt⁹³: Das Unterlassen des Bauunterhalts führt dazu, dass die dadurch verursachten Kosten aus der Wirtschaftlichkeitsberechnung auszuschneiden sind. Es muss nicht ermittelt werden, ob dem Pflichtigen in jedem einzelnen der vergangenen Jahre wirtschaftlich zumutbar gewesen wäre, in den Erhalt zu investieren. Grundsätzlich ist auch das Unterlassen des Bauunterhalts durch **Rechtsvorgänger** (Erblasser, Verkäufer) dem aktuellen Pflichtigen zuzurechnen;⁹⁴ der Zustand wird sich regelmäßig z.B. im Kaufpreis ausgewirkt haben.

Der BayVGh schließt neben den Kosten und Folgekosten von unterlassenem Bauunterhalt auch die **bau- und sicherheitsrechtlich veranlassten Kosten** aus.

90 Der Eigentümer will sich nicht vom Grundstück trennen, sondern vom darauf stehenden Denkmal. Daher stellen die Gerichte auch darauf ab, ob ein vergleichbares Grundstück für das Familienheim erworben werden könnte. Siehe hierzu auch Davydov, in: Davydov/Hönes/Otten/Ringbeck, 3. Auflage 2012, Erl. 3.2.3 zu § 9 DSchGNW: keine Privilegierung.

91 Fall der Sicherungsanordnung des OVG Berlin-Brandenburg 18.8.2011, Z BB Nr. 4; siehe auch OVG LSA 29.1.2008, Z SAn Nr. 1.

92 BVerwG 21.4.2009, Z Nr. 6 = EzD 1.1 Nr. 17 mit Anm. Martin.

93 BayVGh 18.10.2010, Z Bay Nr. 7.

94 OVG NW 2.8.2007, Z NW Nr. 1.

Sachgerecht sei insbesondere, dass nur der **sogenannte denkmalpflegerische Mehraufwand** angesetzt wird. Die Instandhaltungskosten, die jeder Hauseigentümer für seine Immobilie aufwenden muss, bleiben außer Betracht.⁹⁵ Manche anderen Gerichte wollen in die Rechnung auch abschätzbare oder nicht abschätzbare „Folgelasten“ einbeziehen.⁹⁶

Bisher völlig uneinheitlich wird von den Gerichten beantwortet, auf welche **Einheit** sich eine Wirtschaftlichkeitsberechnung beziehen muss (siehe hierzu auch Nr. 2.1.2 und 2.3.3 Bezugsobjekt). Die Antworten reichen von dem aktuellen „**Teilgrundstück mit dem Denkmal**“⁹⁷ über das „**gesamte Grundstück**“⁹⁸ oder den einer Teilung vorausgehenden Grundstückszuschnitt bis zu weiteren funktionalen Zusammenhängen und einer Gesamtanlage. Nach dem Altlastenbeschluss⁹⁹ des BVerfG und des BayVGh kann es zumutbar sein, Vermögen zur Sanierung einzusetzen, das zusammen mit dem sanierungsbedürftigen Grundstück eine **funktionale Einheit** darstellt. Das OVG Nds verlangt schließlich, aus einem großen Grundstück eine Teilfläche abzutrennen und den Erlös als Eigenkapital einzusetzen.¹⁰⁰

Zur **Behandlung der öffentlichen Hand** verhält sich die Rechtsprechung nicht einheitlich (siehe auch unten Nr. 2.3.4). Nicht auf Unzumutbarkeit berufen können sich „juristische Personen, die mittelbar oder unmittelbar mindestens mehrheitlich im Staatsbesitz stehen.“¹⁰¹ Dies gilt nach std. Rechtsprechung des BVerfG auch für staatliches Handeln in privatrechtlich organisierter Form¹⁰² und für Unternehmen mit staatlichen Mehrheitsbeteiligungen wie die Unternehmen der Deutschen Bahn AG.¹⁰³ Nicht zu vergessen ist allerdings, dass einzelne Denkmalschutzgesetze das Erfordernis der Zumutbarkeit z.B. auch auf die Gemeinden erstrecken¹⁰⁴ und dass

95 Unter Bezug auf BVerwG vom 11.4.1989, NJW 1989, 2638 und OVG MV 18.3.2009, Z MV Nr. 2; a.A. wohl OVG NW 4.5.2009, Z NW Nr. 3. Vgl. auch Martin/Krautzberger, Handbuch, Teil G II. 3, Rn. 158 f.). S. insgesamt unten Nr. 4.1.2.2.

96 VGh BW 10.5.1988, Z BW Nr. 2 = EzD 2.2.6.1 Nr. 8.

97 VGh BW 29.6.1992, Z BW Nr. 3.

98 VG Berlin 30.7.2002, Z BB Nr. 5.

99 Altlastenbeschluss des BVerfG 16.2.2002, Z Nr. 3; für das Denkmalrecht bestätigt bei einer aus einem Gesamtbestand herausgemessenen Schlosskapelle durch OVG RP 2.12.2009, Z RP Nr. 3, und BVerfG 14.4.2010, Z Nr. 4. BayVGh u.a. 27.1.2010, Z Bay Nr. 4, und 14.9.2010, Z Bay Nr. 6 („gesamtes Ertragspotential“).

100 NdsOVG 24.3.2003, Z Nds Nr. 1. Ebenso VG Minden 23.2.2010, Z NW Nr. 7.

101 Bayerisches WFKMS, abgedruckt im Anhang E 2, unter Bezug auf BVerfG 8.7.1982 – 2 BvR 1187/80, E 61, 82, 108. Für Gemeinden auch z.B. VG Regensburg 20.1.2010, Z Bay Nr. 9.

102 BVerfG 7.6.1977 – 1 BvR 108, 424/73 und 226/74, BVerfGE 45, 63, 80.

103 BayVGh 3.8.2004 – 8 BV 03.275, V.n.b., BVerwG 4.5.2006 – 9 C 3/05, GE 126, 14.

104 So die Auslegung des OVG LSA nach Aufhebung des § 10 Abs. 7 DSchG LSA alter Fassung (hierzu Fechner/Martin, Kommentar 2001, Erl. 7.1 zu § 10: OVG LSA 9.1.2008, Z SAn Nr. 1: Diese Gleichstellung bedeutet, dass für juristische Personen des öffentlichen

Urteile mit Zumutbarkeitsprüfungen bei Gemeinden, Bahn und Post vorliegen.¹⁰⁵ Nicht einheitlich beantwortet wird, ob sich Kirchen auf Unzumutbarkeit berufen können, wenn sie die Erhaltungslast insbesondere ungenutzter Kirchen und Pfarrhöfe überfordert.¹⁰⁶

Geradezu gestritten wird auch heute noch um die Frage, ob es bei der ansonsten an objektiven Kriterien der Wirtschaftlichkeit ausgerichteten Prüfung der Zumutbarkeit auf die subjektiven **Umstände des Erwerbs** ankommen kann. Bedenken haben viele Gerichte offensichtlich, gewisse Ungereimtheiten aus der Vorgeschichte mancher Fälle außer Acht zu lassen. Wurde eine Sache in spekulativer Absicht¹⁰⁷ und generell „**sehenden Auges**“ oder in fahrlässiger Unkenntnis¹⁰⁸ der Denkmaleigenschaft und ihres Zustandes oder aus Liebhaberei erworben, wird regelmäßig trotz einer dauerhaften Unterdeckung die Berufung auf Unzumutbarkeit verwehrt. Erzielt der Erwerber Vorteile aus dem Risiko z.B. durch einen günstigen Kaufpreis oder durch eine Schenkung, ist sein Schutzbedürfnis ebenfalls reduziert.¹⁰⁹

Völlig uneinheitlich ist bis heute die Rechtsprechung zur Berücksichtigung von nicht zugesagten, aber erreichbaren Zuwendungen der öffentlichen Hand, anderen Zuwendungen, Versicherungsleistungen und zum Wertzuwachs nach einer möglichen Instandsetzung (siehe hierzu auch Nr. 2.3.7, Kapitel 4 Nr. 4.4.2). Viele Gerichte stellen darauf ab, ob die Zuwendungen bereits **rechtsverbindlich zugesagt** sind¹¹⁰ oder ob sie „mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten“ sind – angesichts der langen Dauer der Verfahren ist dies reichlich praxisfremd. Nach dem BayVGH (z.B. v. 18.10.2010, Z Bay Nr. 7) muss sich der Abbruchwillige so behandeln lassen, als ob er einen Antrag gestellt und die zu erwartende Förderung

Rechts – unabhängig davon, ob sie sich auf den Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG berufen können, – für die wirtschaftliche Zumutbarkeit von Erhaltungsmaßnahmen die gleichen Maßstäbe gelten wie für private Eigentümer, sie also keine besondere, über die privaten Eigentümerpflichten hinausgehende Pflicht zur Erhaltung von Baudenkmalen haben.

105 OVG Th 26.1.2008, Z Th Nr. 1; hierzu Martin, Denkmalschutz in Thüringen zwischen Eigentumsgrundrecht und kommunaler Selbstverwaltung, ThürVBI. 2009, 97 ff. Bereits VGH BW Ur. vom 29.6.1992 – 1 S 2245/90, VBIBW 1993, 109 = DVBI. 1993, 118 zur ehemaligen Deutschen Bundespost. OVG LSA 29.1.2008, Z SAn Nr. 1. Zur Bahn VG Gelsenkirchen 18.3.1997 – 14 K 261/95, EzD 3.4.5 Nr. 3.

106 Gegenüber denkmalschutzrechtlichen Maßnahmen soll das kirchliche Eigentum durch Art 14 GG nicht anders als das Eigentum Privater geschützt sein, VGH BW 10.5.1988 – 1 S 1949/87, EzD 2.2.6.1 Nr. 8 = VBIBW 1989, 18 ff. Der Pfarrhof ist 20 Jahre nach dem Urteil bestens saniert und erhalten.

107 Instruktiv VG Magdeburg 20.12.2005, Z SAn Nr. 5 = EzD 2.2.6.1 Nr. 30 mit Anm. Martin. Dies gilt auch für den mehrfachen Eigentumswechsel im „Canaletto“-Fall des SächsOVG 10.6.2010, Z Sachs Nr. 2 = EzD 1.1 Nr. 32 mit Anm. Martin.

108 Bestätigt z.B. durch OVG RP 2.12.2009, Z RP Nr. 3; VG Regensburg 20.1.2011, Z Bay Nr. 11.

109 Grundsätze aus dem weitreichenden Altlastenbeschluss des BVerfG 16.2.2002, Z Nr. 3; siehe hierzu auch oben Nr. 2.1.1.5 und 2.3.5.4.

110 Statt vieler z.B. VGH BW 27.5.1993 – 1 S 2588/92, juris; dass. 11.11.1999, Z BW Nr. 5; OVG Saar 20.11.2008, Z Saar Nr. 1.

erhalten hätte.¹¹¹ Auch bei der Bewilligung von in der Praxis nicht seltenen **Zuwendungen von dritter Seite** (wie z.B. Deutsche Stiftung Denkmalschutz oder Denkmalstiftung Baden-Württemberg) wird oft zusätzlich die Leistungsfähigkeit des Eigentümers berücksichtigt¹¹² und ist zweckgerichtet für das Denkmal einzusetzen. Noch nicht sehr viel Sorgfalt wurde auf die Frage verwendet, ob auch **Versicherungsleistungen** in die Wirtschaftlichkeitsberechnung einzusetzen sind.¹¹³ 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.¹¹⁴

Die Frage, wer die **Kosten von Planungen**, vorbereitenden Untersuchungen, Dokumentationen sowie anderen seitens der Antragsteller im Rahmen ihrer Obliegenheiten beizubringenden **Unterlagen** und schließlich von **Maßnahmen u.a. an Bodendenkmälern** zu tragen hat, ist im Umwelt- und Baurecht völlig außer Diskussion; denn diese Kosten gehören nach allgemeiner Ansicht „selbstverständlich“ zum Vorhaben. Insbesondere bei **Bodendenkmälern** wurden und werden – oft auf entsprechendes Insistieren der Fachbehörden – mehrfach letztlich verunglückte Formulierungen in die Denkmalschutzgesetze aufgenommen (siehe Teil B Gesetzestexte). In vielen Fällen wird um die Fragen dieser Kostentragungspflichtigen gestritten.¹¹⁵ Zumindest bei den Kosten der **wissenschaftlichen Auswertung** der Funde, einer möglichen Publikation und der **Präsentation** für die Öffentlichkeit in einem Museum sind trotz der Zwangsläufigkeit ihres Entstehens Zweifel angebracht, weil diese Positionen vorrangig öffentlichen Interessen dienen.

Die **Kompensationen** in Denkmalrecht und Praxis hat erstmals das BVerfG in seinem Beschluss vom 2.3.1999 ausführlicher thematisiert (siehe hierzu Nr. 2.3.7 und 2.3.8). Sie sind nach Möglichkeit „uno actu“ in den Verwaltungsakt aufzunehmen oder zumindest im Grundsatz verbindlich zuzusagen (wenn dies schon möglich ist) oder mit dem Vorbehalt einer gesonderten Entscheidung zu verbinden.¹¹⁶ In den letzten Jahren hat sich gezeigt, dass die Vorstellungen des BVerfG und mancher Gerichte doch zu abstrakt und praxisfern sind. Insbesondere scheitert das Anbieten von Kompensationen fast immer bereits an notwendigen Anträgen der Betroffenen

111 In diesem Sinn z.B. auch SächsOVG 10.6.2010, Z Sachs Nr. 2; OVG RP 2.12.2009, Z RP Nr. 3; dezidiert VG Cottbus 22.3.2007, Z BB Nr. 6; ferner auch Nds OVG 24.3.2003, Z Nds Nr. 1.

112 Beispiel: OVG MV 7.5.2004, Z MV Nr. 1.

113 OVG BB 18.8.2011, Z BB Nr. 4; dass. 17.9.2008 – Abbruch Weberhaus, Z BB Nr. 3. Siehe dazu Nr. 2.3.7.2 und Kap. 4 Nr. 4.4.4.

114 Siehe z.B. VG Gera 11.11.2004, Z Th Nr. 2.

115 Zu NRW siehe Kapitel 2 Nr. 2.3.10.5. Einzelheiten in der Kommentarliteratur; siehe z.B. Davydov/Hönes/Otten/Ringbeck, Kommentar zum DSchG NRW, 3. Aufl. 2012, Vor § 11 Erl. 6.2; ferner Martin/Krautzberger, Handbuch, Teil H Erl. 106 sowie Martin, Verursacher, Veranlasser und Kostenfolgen im Denkmalrecht, BayVBl. 289 ff. und 332 ff.

116 Siehe insbesondere BayVG 27.9.2007, Z Bay Nr. 3. Zum o.g. Vorbehalt siehe den Altlastenbeschluss des BVerfG 16.2.2000, Z Nr. 3, Rn. 65.

(z.B. auf behördliches Entgegenkommen oder auf Zuwendungen). Oft will der Abbruchwillige gar keine zusätzliche Bebauung etwa in seinem Park oder auf seinem Betriebsgrundstück usw. Der vom BVerfG ausdrücklich erwähnte **Übernahmeanspruch des Eigentümers** nach § 31 DSchGNW kann in keinem Fall entstehen, weil der Geltendmachung die Ablehnung des Abbruchs als „Maßnahme“ zeitlich vorausgehen müsste und automatisch ohne gleichzeitig ausgesprochene behördliche Übernahme rechtswidrig wäre.¹¹⁷

Nach ursprünglichen Zweifeln und Unsicherheiten zu den **Obliegenheiten der Antragsteller** und über die Beweislast bei behaupteter Unzumutbarkeit hat sich mittlerweile die Rechtsprechung gefestigt (siehe hierzu auch Kapitel 3 Nr. 3.2.2, 3.3.1, Kapitel 5). Bei Abbrucharträgen sind nach der Rechtsprechung insbesondere des BVerfG, des BVerwG und des BayVGh im Hinblick auf den hohen Rang des Denkmalschutzes und auf das grundsätzliche Erhaltungsgebot für Denkmäler spezielle **Unterlagen und Angaben** erforderlich. „Da der Eigentümer das Denkmal im Rahmen des ihm Zumutbaren erhalten muss, muss er aber auch das ihm Zumutbare zur Klärung dieser Frage beitragen.“¹¹⁸ Stellt er sich auf den Standpunkt, dass für ihn nur eine Beseitigung in Betracht kommt, obwohl sich das Denkmal in einem erhaltungsfähigen Zustand befindet, dann kann er (von den Behörden und Gerichten) nicht erwarten, dass von diesen die Zumutbarkeit im Einzelnen geprüft wird.“¹¹⁹ Die Kosten für die erforderlichen Unterlagen für die Genehmigung seines eigenen Antrags zur Veränderung eines Denkmals hat im Übrigen wie in jedem anderen öffentlich-rechtlichen Genehmigungsverfahren der Antragsteller als Veranlasser zu tragen; auf Zumutbarkeit kommt es regelmäßig nicht an.¹²⁰

2.3 Grundprobleme der Zumutbarkeit

2.3.1 Zumutbarkeit und Verhältnismäßigkeitsgebot

2.3.1.1 Zumutbarkeitsbegriffe

Die Zumutbarkeit ist ein Begriff zur Beschreibung noch tolerierbarer Belastungen.¹²¹ Das deutsche Recht kennt keinen einheitlichen Begriff der Zumutbarkeit. Z.B. beschreibt § 10 Sozialgesetzbuch II, welche Arbeit einem Erwerbsfähigen zumutbar

117 Siehe hierzu Martin, Zu § 31 DSchG NRW Übernahme von Denkmälern, NWVBl. 2012, 129 ff. gegen OVG NRW 20.3.2009, EzD 5.4 Nr. 18 m. Anm. Kapteina = Z NW Nr. 2.

118 VG Regensburg 5.3.2002, RN K 01.1023, EzD 1.1 Nr. 9.

119 BVerfG 2.3.1999, Z Nr. 1; BVerwG 17.11.2009 – 7 B 25/09, juris = EzD 5.4 Nr. 17; BayVGh 27.9.2007, Z Bay Nr. 3 = BayVBl. 2008, 141 ff. mit Anm. Martin.

120 Siehe hierzu Martin/Krautzberger, Handbuch, Teil D Kapitel III Nr. 2 b-d, sowie Teil G Kapitel II Nr. 3 c.

121 Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort: Zumutbarkeit, <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/17196/zumutbarkeit-v7.html>.

ist; abgestellt wird u.a. auf naturwissenschaftliche und sozialwissenschaftliche Erkenntnisse. Soweit in einem Rechtsbereich auf Zumutbarkeit abgestellt wird, ist jeweils nach Berücksichtigung einschlägiger Umstände zu ermitteln, wie der Begriff auszulegen ist.

Im Denkmalrecht ist ein von den Denkmalschutzgesetzen **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.**¹²²

Allerdings ist nicht zu verkennen, dass der Sprachgebrauch nicht einheitlich ist; dies gilt sogar innerhalb einzelner Gesetze. Von Zumutbarkeit abhängig gemacht werden auch Pflichten, die nicht mit wirtschaftlichen Belastungen im Zusammenhang stehen wie z.B. die Gewährung eines öffentlichen Zugangs zu einem Denkmal (z.B. § 7 Abs. 2 Brandenburg, § 15 Satz 1 Hessen, § 1 Abs. 1 Satz 1 NRW, § 9 Abs. 2 Sachsen, § 9 Abs. 2 LSA). Bemerkenswert ist ebenfalls, dass das **BVerfG** in seiner Leitentscheidung vom 1999 den Begriff der Zumutbarkeit **nicht verwendet**, obwohl dieser Begriff seither die Diskussion um die Belastbarkeit der Eigentümer beherrscht. Auch die mittlerweile ergangenen fast nicht überschaubaren Gerichtsentscheidungen verwenden den Begriff nur bei der Bezugnahme auf den Wortlaut der Denkmalschutzgesetze; im Übrigen beziehen sie sich inhaltlich in der Regel auf die Argumentation des BVerfG und versuchen nicht einmal eigene Definitionen der Zumutbarkeit. Zu konstatieren bleibt somit zunächst, dass es auch im Denkmalrecht keinen einheitlichen Begriff der Zumutbarkeit gibt, weder gemeinsam in allen Denkmalschutzgesetzen, noch innerhalb der einzelnen Gesetze oder in der Rechtsprechung. Erst in den letzten Jahren wird deutlich dass die Rechtsprechung¹²³ nunmehr ausdrücklich unterscheidet zwischen der

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

Dies geht wieder auf die jahrzehntealte Dogmatik zum **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** zurück, die auch in dem Beschluss des BVerfG von 1999 (Z Nr. 1) ausgiebig aufgearbeitet wird. Allerdings ist die Zumutbarkeit nicht generell mit Verhältnismäßigkeit gleichzusetzen. Die Zumutbarkeit angesehener Verhaltensweisen ist vielmehr ein **Unterfall** des Grundsatzes der **Verhältnismäßigkeit**. Ist etwas zumutbar, dann ist es zwar nicht notwendig verhältnismäßig, weil es z. B. nicht erforderlich sein und deshalb gleichwohl unverhältnismäßig sein kann. Ist etwas aber nicht zumutbar, so ist es auch nicht verhältnismäßig.

Beispiel:

Die aufwendige Freilegung einer Stuckdecke in einem hochrentablen Anwesen kann nicht mit einer Instandsetzungsanordnung verlangt werden, weil sie nicht zur Erhaltung des Denkmals erforderlich ist; auch wenn die Maßnahme dem Eigentümer wirtschaftlich zumutbar wäre, ist sie unverhältnismäßig. Ist die Freilegung aber wirtschaftlich unzumutbar, dann ist sie auch unverhältnismäßig. Selbstverständlich bleibt es dem

122 Martin/Krautzberger (Hrsg.), Handbuch, Teil G Rn. 97.

123 BayVGh 18.10.2010, Z Bay Nr. 7.

Eigentümer unbenommen, die Maßnahme freiwillig mit Eigenmitteln und unterstützt von Steuererleichterungen und Zuschüssen durchzuführen.

2.3.1.2 Wirtschaftliche Zumutbarkeit im Denkmalrecht

Gleichgesetzt wird der Begriff der Zumutbarkeit auch nach dem Wortlaut einiger Gesetze vielfach noch mit den Anforderungen an eine im Einzelfall durchzuführende Wirtschaftlichkeitsberechnung unter **Vergleich der Kosten und der Erträge** eines Denkmals; dies ist die klassische Situation, vor die sich Behörden und Gerichte in den genannten Abbruch- und Anordnungsfällen gegenüber sehen. Es kommt dabei vorrangig auf die Rechnung und ein wirtschaftlich tragfähiges Ergebnis an. Die Rechnung muss allerdings gewisse von der Rechtsprechung entwickelte und mittlerweile teilweise in Gesetzen und Verwaltungsvorschriften nachgezeichnete Vorgaben beachten, aus denen sich ergibt, ob bestimmte Positionen überhaupt in die Rechnung einbezogen werden können. Die Prüfung muss deshalb weit über eine bloße Berechnung der Wirtschaftlichkeit hinaus reichen. Zu unterscheiden und ggf. einzubeziehen oder auszuklammern sind oft nicht in Zahlen ausdrückbare **sog. objektive Faktoren** wie Nutzung und Nutzbarkeit, Bedeutung, Zustand und Sanierungsfähigkeit des Denkmals, unterlassener Bauunterhalt, Bewertung von denkmalpflegerischem Mehraufwand sowie bau- und sicherheitsrechtlich veranlassten Kosten, von Bezugsgrundstück, von öffentlichen und privaten Zuwendungen, Versicherungsleistungen und anderen Kompensationen usw., ferner sog. **subjektive Faktoren** wie Erwerb „sehenden Auges“, in spekulativer Absicht, unentgeltlicher Erwerb, Einstellung des aufgeschlossenen Eigentümers, individuelle Steuervorteile usw. Die Fragen, ob es auf diese Faktoren ankommen kann, sind nach rechtlichen Gesichtspunkten zu entscheiden – siehe hierzu Nr. 2.3.3, 2.3.5 bis 2.3.7. Zur **Mehrstufigkeit** des Verfahrens siehe Kapitel 1 Nr. 1.4 und Kapitel 3 Nr. 3.3.1. Zur **Berechnung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit** siehe Kapitel 4. **Abwegig** ist jedenfalls die¹²⁴ Annahme einer **Automatik** in dem Sinne, dass ein Denkmal zerstört werden dürfte, wenn die Eigentumsverhältnisse nicht geklärt sind, wenn Eigentümer ohne Vermögen sind oder durch andere Verpflichtungen gebunden sind, wenn sie nicht kreditwürdig sind oder die Erträge des Denkmals die Kosten nicht voll decken. Ebenso wenig ist bei sog. „Nur-Denkmalern“ (Ruinen, Festungsanlagen, Parks, leer stehende oder funktionslose Gebäude oder Grundstücke, Funde, unbrauchbare Sammlungsgegenstände) im Hinblick auf angebliche „Folgekosten“ eine generelle Freigabe zur Zerstörung anzunehmen; die Zumutbarkeit kann zwar eingeschränkt sein, sie ist in der Regel aber durch Kompensationen bzw. Ausgleich herstellbar (siehe hierzu Nr. 2.3.1, 2.3.7, 2.3.8). In Anlehnung an BVerfG 1999 ist bei diesen Nur-Denkmalern entscheidend, dass das Abbruchverbot eben die bisherige Nutzung nicht zusätzlich beeinträchtigt und ihre Vermarktung nicht ausgeschlossen ist. Im Übrigen wird es oft nur darauf ankommen, ein Denkmal durch Sicherungsmaßnahmen „über die Zeit“ zu bringen.¹²⁵

124 In VGH BW 11.11.1999, Z BW Nr. 5, und in BVerfG 2.3.1999 leider nicht ausdrücklich ausgeschlossene Annahme.

125 Wie hier z. B. VGH BW 10.5.1988 – 1 S 1949/87, EzD 2.2.6.1 Nr. 8 = Z BW Nr. 2.

2.3.1.3 Fragen der „sonstigen Zumutbarkeit“ und Verhältnismäßigkeit

Bei dem Fragenkomplex der „sonstigen Zumutbarkeit“ kommt es insbesondere auf all jene Umstände an, welche mit der Geltung des **Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit** umschrieben werden. Dieser aus dem **Rechtsstaatsgebot** des Grundgesetzes abgeleitete Grundsatz ist beim Vollzug des Denkmalrechts jederzeit und vor allem bei allen Eingriffen zu beachten. In jedem Einzelfall müssen die Behörden genau festlegen, welche Maßnahmen einem Pflichtigen auferlegt werden. Hierzu ist ein gehöriges **Augenmaß** vonnöten. Soweit nicht eine weitergehende Zumutbarkeit bereits von Gesetzes wegen besteht oder durch flankierende Schritte bzw. Kompensationen „hergestellt“ ist, sind nach den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und der **Geeignetheit** der Mittel und der zeitlichen und sachlichen **Notwendigkeit** die geforderten Maßnahmen tunlichst zu **staffeln** und gegebenenfalls auf das umständehalber **notwendige Maß** zu beschränken. Naturgemäß unterschiedlich sind die Anforderungen z. B. bei Versagung des Abbruchs, bei Anordnungen aller Art, bei Auflagen hinsichtlich Umbau und Umnutzung, bei Restaurierungsmaßnahmen, bei bloßen Notsicherungen. **Je weiter** die geforderten Maßnahmen über eine bloße Sicherung hinausgehen, umso intensiver und gewissenhafter muss die Vorbereitung in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht sein. Die Anforderungen sind bei **Notsicherungen** relativ leicht zu erfüllen; im äußerst komplexen Fall des Antonierhauses hat der BayVGh verlangt, die Behörde habe „insbesondere im Auge zu behalten, was mit dem Baudenkmal insgesamt letztlich geschehen darf“ und müsse Unsicherheiten der künftigen Nutzung einschließlich der finanziellen Auswirkungen angemessen berücksichtigen.¹²⁶

Beispiel:

Die Behörde verlangt mehr, als nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt werden dürfte (z. B. Freilegung einer Stuckdecke), ohne gleichzeitig Ausgleich anzubieten: Die Instandsetzungsanordnung ist rechtswidrig und anfechtbar. Es besteht entgegen früheren Entscheidungen des BGH keine Möglichkeit für den Betroffenen, einen Ausgleich einzuklagen.

Speziell in den **Abbruchfällen** sind unter dem Stichwort „Verhältnismäßigkeit“ unter anderem in die **Ermessensentscheidungen** oder sonst erforderlichen **Abwägungen insbesondere** einzubeziehen die grundsätzlichen und vorgehenden Erwägungen, ob es im konkret zu entscheidenden Einzelfall ankommen kann:

- nur auf objektive oder auch auf subjektive Umstände (siehe Nr. 2.3.5, 2.4.1);
- auf eine besondere Bedeutung eines Denkmals (siehe Nr. 2.4.2);
- auf den Zustand und auf die Sanierungsfähigkeit des Denkmals, auf den vom Investor gewillkürten Umfang einer Maßnahme, auf die Denkmalverträglichkeit der Maßnahme (siehe Nr. 2.3.5.6, 2.4.1, 2.4.2, 2.4.3);
- auf die Nutzbarkeit ohne und nach Durchführung von kleineren oder tief greifenden Maßnahmen (siehe Nr. 2.4.1, 2.3.10.1);
- auf die Verkäuflichkeit als Unterfall der Nutzung (siehe Nr. 2.3.6);

126 BayVGh 8.11.1985, BayVBl. 1987, 368 ff., 369.

- auf die Bewertung von Instandsetzungsstau und unterlassenem Bauunterhalt (siehe Nr. 2.3.5.6, Kapitel 3 Nr. 3.3.1);
- auf Unterlassen der Rechtsvorgänger (siehe Kapitel 2 Nr. 2.3.5.6.2);
- auf die Einbeziehung bau- und sicherheitsrechtlich veranlasster Kosten (siehe Kapitel 1 Nr. 1.3.2.2, 2.3.3, 4.3.3);
- auf die Erwerbsumstände (Spekulation Risiko, Erwerb sehenden Auges, Preis – siehe Nr. 2.3.5.4);
- auf das Bezugsgrundstück (siehe Nr. 2.3.3);
- auf die Berücksichtigung von Steuervorteilen, öffentlicher und privater Zuwendungen und von Versicherungsleistungen (siehe Kapitel 2 Nr. 2.3.7.1 und 2.3.7.2).

Zur Verhältnismäßigkeit bei **Anordnungen** siehe Kapitel 3 Nr. 3.4.3.1.

2.3.2 Zumutbarkeit in anderen Rechtsgebieten

Fragen der wirtschaftlichen und sonstigen Zumutbarkeit können auch in Verfahren nach anderen Rechtsgrundlagen z.B. nach den Bauordnungen, in Planfeststellungs- und anderen projektbezogenen Prüfungs- und Genehmigungsverfahren eine Rolle spielen.

2.3.2.1 Genehmigungsverfahren nach anderen Rechtsgrundlagen

2.3.2.1.1 Baurecht

Nur soweit die Baugenehmigungspflicht reicht, wird die denkmalrechtliche Genehmigung infolge der sog. **Konzentrationswirkung** ersetzt. Die Konzentrationswirkung tritt aber nicht nur im Falle einer Baugenehmigung (speziell zu den **Landesbauordnungen** siehe unten Nr. 2.3.2.3), sondern auch in den Fällen **anderer** die Baugenehmigung **einschließender oder ersetzender** behördlicher Entscheidungen ein. Dabei kann es sich u.a. um Abgrabungs- und bergrechtliche Genehmigung, baurechtliche Zustimmung, Anlagengenehmigungen nach BImSchG, Planfeststellungen und Plangenehmigungen handeln. Das Zusammenspiel der verschiedenen Rechtsgrundlagen ist oft höchst **anspruchsvoll** und bedarf im Einzelfall präzisere Differenzierung nach Genehmigungspflicht, Regelungszusammenhang und materiellen Bindungen der Genehmigung. Auch wenn ein Vorhaben nach Baurecht zulässig sein mag, kann es u. U. wegen der entgegenstehenden Gründe des Denkmalschutzes oder entgegenstehender denkmalrechtlicher **Abwehrrechte**¹²⁷ nicht genehmigt werden; die Baugenehmigung **ist** dann zu versagen.¹²⁸ Ist die Ablehnung oder Einschränkung eines denkmalrelevanten Vorhabens **bereits nach Baurecht** möglich, so kann i. d. R. **offen**

127 Hierzu Martin/Krautzberger, Handbuch, 3. Aufl., Teil E Kap. IV Nr. 8; Kleine-Tebbe, in: Kleine-Tebbe/Martin, Denkmalrecht in Niedersachsen, 2013, § 2 Erl. 2.2.2–2.2.7.

128 Instrukтив z. B. OVG NW 20.1.2006 – 10 B 2152/05, EzD 2.3.4 Nr. 11; VG Düsseldorf 13.6.2006 – 25 K 267/06, EzD 2.2.6.2 Nr. 50.

bleiben, ob zu Recht eine denkmalrechtliche Genehmigung verweigert wurde.¹²⁹ Einer denkmalrechtlichen **Zumutbarkeitsprüfung** bedarf es dann nicht, seitens des Bauordnungsrechts ist ohnehin nicht auf Wirtschaftlichkeitsfragen abzustellen. Dementsprechend sind die baurechtlich veranlassten Kosten auch nicht in die Wirtschaftlichkeitsberechnung einzustellen, vgl. Nr. 1.3.2.2, 2.3.3 und 4.3.3.

2.3.2.1.2 Umweltprüfungen

Dass **Denkmalschutzbelange** bei der Umweltprüfung (UP) **Prüfungsgegenstand** sind, ist in der Verwaltungspraxis nicht Allgemeingut, weder bei der Fachplanung wie bei der Waldschlösschenbrücke in Dresden, noch in der Bauleitplanung. Die Möglichkeiten der UVP sowie der UP für den Schutz von Kulturgütern aller Art z. B. bei der Bauleitplanung aber auch in vielen Genehmigungsverfahren sind in ihrer Wirksamkeit für die Denkmalbelange bei Weitem **weder tatsächlich noch rechtlich ausgelotet**.¹³⁰ In der Bauleitplanung ebenso wie in der Fernstraßenplanung sind die Auswirkungen der beabsichtigten Planungen und Maßnahmen auf das kulturelle Erbe zu prüfen. Im Falle der Waldschlösschenbrücke in Dresden waren solche Auswirkungen evident. Noch ungeklärt ist, ob wegen unterstellter Unzumutbarkeit der Erhaltung im UP-Verfahren ein Denkmal aus der Bewertung ausgeklammert werden dürfte, oder ob erst ein denkmalrechtliches Abbruchverfahren mit Zumutbarkeitsprüfung durchgeführt sein muss. Für Letzteres spricht das Urteil des BayVG vom 14.9.2011 (9 N 10.2275, zur Veröffentlichung in EzD vorgesehen), wonach auch bei Abbruch eines Denkmals und nachfolgender Neubebauung die Vorgaben des UVPG zu beachten sind.

Bei der UP nach dem **BauGB** ist Ziel eine Einbeziehung der Schutzgegenstände schon auf der räumlichen Planungsebene und nicht erst bei der Projekt-Zulassung, bei der das Instrument der UVP für bestimmte Vorhaben bereits besteht. Im BauGB sind nunmehr auch die **Umweltbelange** in § 1 Abs. 6 Nr. 7 BauGB neu geordnet worden; nach § 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchst. d BauGB gehören hierzu u.a. „d) umweltbezogene Auswirkungen auf **Kulturgüter** und sonstige Sachgüter“. Die Vorgaben der Plan-UP-Richtlinie der EU „architektonisch **wertvolle Bauten**“ und „**archäologische Schätze**“ werden auch durch den Denkmalschutz und die Denkmalpflege in § 1 Abs. 6 Nr. 5 BauGB angesprochen. § 1 Abs. 6 Nr. 7 d BauGB erfasst zudem auch die „sonstigen Sachwerte“. Anhaltspunkte ergeben sich aus den Denkmalschutzgesetzen und aus Erhaltungssatzungen i. S. des § 172 BauGB, auch aus § 1 Abs. 4 BNatSchG u.a. zu historisch gewachsenen Kulturlandschaften. Die Gemeinden haben nach § 2 Abs. 4 BauGB für die genannten Belange (also auch die **Denkmäler**) eine **Umweltprüfung** durchzuführen, deren Ergebnisse im **Umweltbericht** beschrieben und bewertet werden. Weitere Einzelheiten bei Krautzberger a.a.O.

Auch bei einer Vielzahl von Planungen und Maßnahmen (Katalog im Anhang zum **UVPG**) ist eine UP durchzuführen. Sie umfasst Ermittlung, Beschreibung und

129 VG Schwerin 1.11.2001 – 2 A 1395/99, V.n.b.

130 Ausführlich Martin/Krautzberger, Handbuch, Teil F Kap. I Nr. 5; ferner bereits grundlegend Martin, Alleen und Umweltprüfungen, UVP-Report 2008, 48 ff. und Hönes, Das kulturelle Erbe, NuR 2009, 19 ff.

Bewertung der Vorhaben hinsichtlich ihrer Folgen unter anderem auch für **Kulturgüter** wie **Bau- und Bodendenkmäler**. Das UVPG bringt zwar keine Genehmigungspflicht oder Verbotsmöglichkeiten; es eröffnet auch keine Ansprüche von Privaten oder verselbstständigte Klagemöglichkeiten. Vielmehr ist die UVP lediglich eine Prüfung der Umweltfolgen und bleibt nur ein unselbstständiger Teil des Entscheidungsverfahrens über die Zulässigkeit des Vorhabens, verbessert aber in jedem Fall die Entscheidungsgrundlagen hinsichtlich der fachlichen Belange auch z. B. der Denkmalpflege, die durch die Gemeinden und Denkmalbehörden eingebracht werden können.

2.3.2.1.3 Andere Rechtsbereiche

Planfeststellung: Nach § 75 Abs. 1 VwVfG stellt die Planfeststellung die Zulässigkeit eines Vorhabens im Hinblick auf alle von ihm berührten öffentlichen Belange fest. Sie **ersetzt die Genehmigung** nach DSchG und BauO. Verschiedene Fachgesetze wiederholen diesen Grundsatz: § 18b BFStrG, § 21 BWaStrG, § 29 PBefG (U- und Straßenbahnen), § 10 LuftVG. In allen diesen Fällen muss auch dem Denkmalschutz materiell und formell Rechnung getragen werden.¹³¹

Bundesfernstraßengesetz: Soweit kein Planfeststellungsverfahren erforderlich ist, gilt die Einstandspflicht nach § 4 FStrG; wegen der ausdrücklichen Formulierung des Satzes 3 ist bei Denkmälern das Genehmigungsverfahren nach DSchG nicht ausgenommen, d. h. es ist durchzuführen.

Straßen- und Wegerecht: Die Planfeststellung ersetzt die Genehmigung nach DSchG und muss deshalb das Denkmalrecht materiell und formell beachten.

WasserrechtFehler! Textmarke nicht definiert.: Bei der Planfeststellung nach dem WaStrG, dem WHG und dem Wasserrecht der Länder (z. B. Gewässerausbau, Hochwasserschutzanlagen, Kiesabbau) entfällt ein gesondertes denkmalrechtliches Genehmigungsverfahren; anzuwenden sind für die Bewilligung meist die Vorschriften der §§ 63 ff. VwVfG über das förmliche Verwaltungsverfahren. Die Denkmalschutzgesetze gelten sowohl in materieller als in formeller Hinsicht.

Naturschutzrecht: Die DSchBehörden und die NatSchBehörden haben nach § 3 Abs. 3 BNatSchG zusammenzuarbeiten. Genehmigungen nach Naturschutzrecht schließen die Bau- und damit auch die denkmalrechtliche Genehmigung nicht ein.

Bahn: Das Eisenbahn-Bundesamt ist 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, wie dies unbeachtet in zahllosen Fällen geschieht (§ 18 Abs. 3 Nr. 1 AEG). Die Belange des Denkmalschutzes sind wie alle anderen öffentlichen Belange einzubeziehen. Zur Geltung des Denkmalrechts und zur Berücksichtigung der wirtschaftlichen Belange der Bahn siehe Nr. 2.3.4.

Gesetz zum Schutz deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung: Das Gesetz begründet mit § 1 Abs. 4 eine Genehmigungspflicht für die Ausfuhr von Kunstwerken und anderem Kulturgut, welches in das „Verzeichnis national wertvollen Kulturgutes“

131 Vgl. Spannowsky, Planfeststellung und Denkmalschutz, ZfBR 2000, 239 ff.

eingetragen ist; betroffen sein können vor allem bewegliche Denkmale und Ausstattungsstücke. Nicht bei der Eintragung in das Verzeichnis, wohl aber bei der Verweigerung und beim Anspruch auf Genehmigung spielen die Verfügungsbefugnis des Eigentümers und seine privaten Belange (z.B. eine wirtschaftliche Notlage) eine Rolle.¹³²

2.3.2.2 Abgrenzung zu den anderen Verfahren

Synopse der Denkmalschutzgesetze

| | | | | | | | | | | |
|-------|-------|----------|--------|---------|------|-------|--------|--|--|--|
| BW | BY | BE | BB | BR | HH | HE | MV | | | |
| 7 III | 6 III | 12 III 2 | 20 | 10 VI | — | 7 III | 7 VII | | | |
| Nds | NW | RP | SL | ST | SN | SH | TH | | | |
| 10 IV | 9 III | — | 8 VIII | 14 VIII | 12 V | — | 12 III | | | |

Die Denkmalschutzgesetze sind nicht die einzigen Gesetze, die beim Umgang mit Denkmälern zu beachten sind. Die Denkmäler sind vielfältig in die Rechtsordnung einbezogen, wie das Schema 1 **System des Denkmalrechts** in Martin/Krautzberger, Teil B Kapitel I zeigt. Einige Denkmalschutzgesetze regeln abstrakt und generell das **Verhältnis zu Genehmigungspflichten nach anderen Gesetzen**. Die meisten Denkmalschutzgesetze sprechen zumindest das in der Praxis der Baudenkmalpflege häufig auftretende Problem des Verhältnisses der denkmalrechtlichen zur baurechtlichen Genehmigung an. In den letzten Jahren gewinnt das denkmalrechtliche Verfahren zunehmend an **eigenständiger Bedeutung**, weil mit der sog. Deregulierung des Bauordnungsrechts zahlreiche Baumaßnahmen von der Baugenehmigungspflicht freigestellt wurden.¹³³ Für das Genehmigungsverfahren enthalten fast alle Denkmalschutzgesetze besondere und individuelle, gleichwohl meist **unzulängliche** Vorschriften. Der Regelungsbedarf ergibt sich insbesondere aus der Notwendigkeit der **Koordination** der nicht problemfreien Zusammenarbeit der Denkmalschutz- und der Fachbehörden. Weitere Beispiele hierfür sind die Abgrenzung von Baugenehmigungs- und denkmalrechtlichen Verfahren, die Antragsunterlagen, die Geltungsdauer der Genehmigungen usw. Nur vereinzelt haben die Länder ihre Verfahrensvorschriften dem Baurecht angepasst.

¹³² Einzelheiten bei Bernsdorff/Kleine-Tebbe, Kulturgutschutz in Deutschland, 1996, § 1 Nr. 90, und Fechner, in: Martin/Krautzberger, Handbuch, Teil B Kap. VI.

¹³³ Einzelheiten in Martin/Krautzberger, Teil E Kapitel IV Nr. 3; bei Eberl/Martin, Erl. 4 bis 114 der Einleitung zum BayDSchG und vereinzelt in den Kommentaren zu den Denkmalschutz- und den angesprochenen Fachgesetzen.

2.3.2.3 Verhältnis zu den anderen Verfahrenspflichten

Das jeweilige Verhältnis von denkmalrechtlichen und anderen Verfahrenspflichten muss jeweils ermittelt werden. In jedem Fall ist die Reichweite der unterschiedlichen Genehmigungen vorab exakt zu ermitteln. Ein naturschutzrechtlicher Genehmigungstatbestand muss z. B. nicht unbedingt mit dem denkmalrechtlichen übereinstimmen; bei Unterschieden kann die Ersetzung nicht eintreten.

Beispiel:

Nach § 10 Abs. 4 NdsDSchG umfasst eine Baugenehmigung für eine nach § 10 genehmigungspflichtige Maßnahme auch die denkmalrechtliche Genehmigung (**Konzentrations-** bzw. **Ersetzungswirkung**). Die Genehmigungen nach NdsDSchG können dagegen wegen ihres **auf die denkmalrechtlichen Fragen eingeschränkten Prüfungsumfanges** generell nach anderen Gesetzen erforderliche Genehmigungen nicht ersetzen.

Soll die Genehmigung nach einem DSchG ersetzt werden, kann die andere Genehmigung nur erteilt werden, wenn das Vorhaben materiell und formell (Beteiligung der Denkmalbehörden) dem DSchG entspricht. Ist eine Genehmigung nach einem anderen Gesetz bereits erteilt, so kann im Übrigen die denkmalrechtliche Genehmigung gleichwohl versagt werden.¹³⁴ Eine sanierungsrechtliche Genehmigung einer kreisangehörigen Gemeinde nach dem BauGB kann die Genehmigung nach einem DSchG nicht ersetzen.

Verhältnis von Baugenehmigung und denkmalrechtlicher Genehmigung: Der **Prüfungsumfang** im baurechtlichen reicht weiter als im denkmalrechtlichen Verfahren. Im Baugenehmigungsverfahren werden z.B. nach § 59 Abs. 2 NdsBauO neben dem BauGB (nach § 29 Abs. 1 BauGB bedarf es für den Abbruch keiner planungsrechtlichen Genehmigung¹³⁵ auch andere Anforderungen des öffentlichen Baurechts (wie des wegen der durch das Denkmalschutzgesetz angeordneten Konzentration hierzu zählenden DSchG) geprüft. Auch baugenehmigungsfreie Maßnahmen müssen die Anforderungen des öffentlichen Baurechts (wozu auch das DSchG gehört, siehe oben) ebenso wie baugenehmigungsbedürftige Baumaßnahmen erfüllen; dies gilt also auch für die z.B. nach § 10 Abs. 2 NdsDSchG denkmalrechtlich genehmigungsfreie Instandhaltung.

Hinweis:

Das OVG NW¹³⁶ stellt heraus, dass z.B. nach § 9 Abs. 3 Satz 1 DSchGNW die Behörde die Belange des Denkmalschutzes und der Denkmalpflege auch zu berücksichtigen hat, wenn eine erlaubnispflichtige Maßnahme – wie der Abbruch des Denkmals – nach anderen gesetzlichen Bestimmungen eine Genehmigung erfordert.

134 OVG NW 20.1.2006 – 10 B 2152/05, EzD 2.3.4 Nr. 11.

135 Siehe auch OVG MV 22.10.2003 – 3 L 32/99, juris.

136 31.5.2012, Z NW Nr. 5.

Dasselbe gilt für die anderen Länder entsprechend. Die Wendung „in angemessener Weise zu berücksichtigen“ bedeutet dabei keine Abschwächung des Gewichts denkmalrechtlicher Belange im Baugenehmigungsverfahren. Vielmehr vollzieht sich die Berücksichtigung gerade dadurch, dass der genannte § 9 Abs. 2 DSchGNW in das Genehmigungsverfahren inkorporiert und dort regelmäßig einer denkmalrechtlich gesteuerten Vollprüfung – einschließlich der Zumutbarkeitsfragen – unterzogen wird.¹³⁷

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 unselbstständige 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 denkmalrechtliche Genehmigung für eine **Teilmaßnahme** zu beantragen. Dies kann einschneidende Folgen für das Verfahren haben, z. B. wenn sich Zumutbarkeitsfragen stellen.

Sofern eine Baugenehmigung die denkmalrechtliche Genehmigung ersetzt, **müssen die Bauaufsichtsbehörden** sowohl die **formellen Vorgaben** des DSchG (Beteiligung der Fachbehörden) als auch die **materiellen Vorgaben** zur Denkmalverträglichkeit prüfen und beachten, auch wenn weder die meisten Bauordnungen noch die Denkmalschutzgesetze hierzu ausdrückliche Festlegungen treffen. Bei Nichtbeachtung ist die Baugenehmigung rechtswidrig. Dasselbe gilt für andere Genehmigungen.

2.3.3 Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich des Zumutbarkeits- erfordernisses, Bezugsobjekt

Die Grundrechte sind unmittelbar geltendes Recht (Art. 1 Abs. 3 GG), d.h., sie geben dem Einzelnen ein **subjektives öffentliches Recht**, das im Gegensatz zu Programmsätzen wie z.B. Staatszielbestimmungen vor den Gerichten **einklagbar** ist. Staatszielbestimmungen binden gleichwohl den Staat und sind insofern ebenfalls verbindlich; in aller Regel können sie aber von Individuen nicht gerichtlich durchgesetzt werden. Eine Ausnahme bildet die Popularklage nach Art. 98 Satz 4 Bayer. Verfassung, in deren Rahmen auch Verstöße von Rechtssätzen gegen Staatszielbestimmungen geltend gemacht werden können.¹³⁸ Unproblematisch ist die Frage der Betroffenheit in einem subjektiven Recht, sofern der Antragsteller einer denkmalrechtlichen Erlaubnis zugleich Eigentümer des Objekts ist, das den Gegenstand des Antrags bildet. Allerdings ist die **Eigentümerstellung** keine Voraussetzung für die Beantragung einer denkmalrechtlichen Erlaubnis; die Denkmalschutzbehörde hat die Frage der privatrechtlichen Verfügungsbefugnis

137 Unter Hinweis auf OVG NW 15.8.1997 – 7 A 133/95, juris und 4.12.1991 – 7 A 1113/90, juris.

138 BayVerfGH 22.7.2008, EzD 1.2 Nr. 6 = VerfGH 61, 172 – Gut Kaltenbrunn.

grundsätzlich ebenso wenig wie im Baugenehmigungsverfahren zu prüfen.¹³⁹ Siehe auch Nr. 2.3.9.2.

Allerdings gilt bei der Beurteilung von Erlaubnisanträgen, in denen die Veränderung oder Beseitigung eines Denkmals aufgrund von wirtschaftlicher Unzumutbarkeit geltend gemacht wird, ein **objektbezogener Maßstab mit subjektiven Einschlügen**,¹⁴⁰ die für die Entscheidung der Behörde ausschlaggebend sein können (z.B. steuerliche Absetzbarkeit,¹⁴¹ Erwerbsumstände,¹⁴² Stellung des Objekts im Vermögen des Eigentümers¹⁴³). Zu beachten ist auch, dass nach dem BayVGH (18.10.2010, Z Bay Nr. 7) im Rahmen der Ermessensausübung durchaus zu berücksichtigen ist, dass von dem Leistungsfähigeren grundsätzlich größere Anstrengungen in Bezug auf den Erhalt seines Denkmals verlangt werden können als von wirtschaftlich schwächeren Personen.¹⁴⁴ Ist der Antragsteller nicht Eigentümer, so kann er die Prüfung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit nur beanspruchen, wenn er nachweist, dass die Eintragung im Grundbuch gem. § 13 GBO beantragt ist.¹⁴⁵

Ungeachtet der genannten subjektiven Umstände handelt es sich bei der denkmalrechtlichen Erlaubnis um einen **dinglichen bzw. sachbezogenen Verwaltungsakt**¹⁴⁶ mit Geltung für und gegen den Rechtsnachfolger (z.B. für die Baugenehmigung § 75 Abs. 2 BauO NW). Zur Abbruchgenehmigung s. auch Nr. 2.3.9.2. Allerdings sind die genannten subjektiven (personenbezogene) Umstände für die Rechtmäßigkeit der Entscheidung weiterhin maßgeblich.¹⁴⁷ Diese besondere Natur der denkmalrechtlichen Erlaubnis hat bei einem Wechsel des Eigentümers **nach** Verbescheidung des Antrags Auswirkungen. Dann ist grundsätzlich eine erneute Prüfung der Voraussetzungen erforderlich, unter denen

139 Zum Bauantrag trotz fehlender Eigentümerstellung BVerwGE 42, 115.

140 Martin, in: Martin/Krautzberger, Handbuch, G Rn. 156 ff.; a.A. wohl Wurster/Schöneweiß, in: Hoppenberg/de Witt (Hrsg.), Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. D Rn. 254 und Haaß, in: Basty/Beck/Haaß (Hrsg.), Denkmalschutz und Sanierung, Rn. 507 f. Diese Auffassung ist allerdings durch die Entscheidung des BVerfG 14.4.2010, Z Nr. 4 überholt.

141 OVG BE-BB BB 17.9.2008, Z BB Nr. 3, OVG LSA 15.12.2011, Z SAn Nr. 4.

142 OVG RP 2.12.2009, Z RP Nr. 3.

143 Siehe oben Nr. 2.1.1.5 (Altlastenentscheidung BVerfG, Z Nr. 3).

144 Siehe insgesamt auch Davydov, in: Davydov/Hönes/Otten/Ringbeck, Erl. 3.3.2.2 zu § 9 DSchG NW.

145 Im Rahmen der Prüfung ist dann die Frage aufzuwerfen, ob der Käufer die Denkmaleigenschaft kannte oder fahrlässig nicht kannte; in diesem Fall wird eine Berufung auf wirtschaftliche Unzumutbarkeit regelmäßig ausscheiden; zumindest ist dieser Umstand abwägungserheblich. Dazu Nr. 2.3.5.4.

146 Zu Begriff und Terminologie siehe Maurer, AllgVerwR, § 9 Rn. 56.

147 Dies übergehen Schmaltz/Wiechert, Rn. 23 zu § 24 DSchG Nds, wonach die Genehmigung wegen ihrer dinglichen Wirkung uneingeschränkt auch für den Rechtsnachfolger gelte.

die Erlaubnis zum Abbruch erteilt werden muss, da die Rechtmäßigkeit des Bescheids durch den Eigentümerwechsel nachträglich entfallen kann. Die Prüfung sollte gem. § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwVfG im Erlaubnisbescheid vorbehalten werden, ist aber auch ohne Vorbehalt nach § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwVfG (nachträgliche Änderung der Sachlage) möglich.¹⁴⁸ Der Verkauf eines Denkmalgrundstücks mit an sich bestandskräftiger Abrisserlaubnis bietet daher (anders als die häufig anzutreffende Praxis des „mitverkauften“ Bauvorbescheids zur Klärung der Bebaubarkeit des Grundstücks¹⁴⁹ keine Rechtsicherheit, da z.B. der Erwerb dem Abbruchwunsch des neuen Eigentümers entgegen gehalten werden¹⁵⁰ oder ein anderer, in der Person des Verkäufers liegender Grund für die Erteilung der Erlaubnis entfallen kann. Die Schwierigkeiten lassen sich durch eine entsprechende Formulierung der Bescheide reduzieren, siehe Kapitel 3 Nr. 3.5.2.

Die Beantragung eines **Bauvorbescheids** anstelle einer denkmalrechtlichen Erlaubnis mit dem einzigen Ziel, eine Aussage über die Zulässigkeit des Abbruchs zu erhalten, ist nicht möglich, da Bauvoranfragen nur für baugenehmigungspflichtige Vorhaben zulässig sind.¹⁵¹ Ein isolierter Abbruch ohne Folgebebauung ist aber kein Bauvorhaben i.S. des Bauordnungsrechts. Ob die denkmalschutzrechtliche Genehmigungsfähigkeit eines Vorhabens im Übrigen Gegenstand eines Bauvorbescheids sein kann, hängt von der jeweiligen landesrechtlichen Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen denkmalrechtlicher Erlaubnis und Baugenehmigung ab. Sofern (wie z.B. nach Art. 6 Abs. 3 BayDSchG) die Baugenehmigung die Erlaubnis ersetzt, können auch denkmalrechtliche Fragen eines Bauvorhabens Gegenstand der Bauvoranfrage sein.¹⁵² Falls für die Erteilung einer denkmalschutzrechtlichen Erlaubnis zum Abbruch eine **Zusicherung** nach § 38 Abs. 1 VwVfG beantragt wird, gelten die Ausführungen zur Rechtmäßigkeit beim Eigentümerwechsel entsprechend; die fehlende Bindungswirkung bei nachträglicher Änderung der Sach- oder Rechtslage ergibt sich unmittelbar aus § 38 Abs. 3 VwVfG.

148 Zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 49 Rn. 41: Sachgerecht ist der Widerruf, wenn zu dessen Zeitpunkt kein Anspruch auf Erlass des Verwaltungsakts mehr bestand und deshalb die Zielsetzung des Gesetzes nicht mehr eingehalten werden kann; zur Änderung der Sach- und Rechtslage ebenda Rn. 59 ff.

149 Sog. Bebauungsgenehmigung, siehe Hoppe/Bönker/Grotfels, Öffentliches Baurecht, § 15 Rn. 63.

150 SächsOVG 10.6.2010, Z Sachs Nr. 2.

151 Dirnberger, in: Jäde/Dirnberger/Bauer/Weiß, BayBO, Art. 71 Rn. 25.

152 Siehe auch OVG RP 17.11.1999 – 8 A 10537/99, juris. Zum Verhältnis zwischen denkmalrechtlicher Erlaubnis und Baugenehmigung siehe Viebrock, in: Martin/Krautzberger E Rn. 193 ff. Zum Abbruch als Vorhaben nach § 29 Abs. 1 BauGB (verneint) siehe VG Karlsruhe 25.5.1998 – 12 K 1952/97, juris.

2.3.4 Zumutbarkeit bei der öffentlichen Hand (Staat, Kommunen, Kirchen, Deutsche Bahn)

Der **Staat** (Bund und Länder) mit seinen Untergliederungen (Behörden) einschließlich der mittelbaren Staatsverwaltung (Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts) ist nicht Träger von Grundrechten. In der Hand einer juristischen Person des öffentlichen Rechts kann das Eigentum nicht Grundlage der Privatinitiative, -autonomie oder -nützigkeit sein, also seine freiheitssichernde Funktion im vermögensrechtlichen Bereich nicht entfalten (oben Nr. 2.1.1.2). Öffentliche Organisationen können nur Träger von Grundrechten sein, wenn sie sich gegenüber den Inhabern staatlicher Gewalt auf eine **grundrechtstypische Gefährdungslage** berufen können. Dies ist z.B. bei Rundfunkanstalten hinsichtlich Art. 5 Abs. 1 GG und bei Hochschulen hinsichtlich Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG der Fall. Solche Ausnahmefälle sind aber in Bezug auf Art. 14 regelmäßig nicht einschlägig, so dass auch die letztgenannten Einrichtungen sich nicht auf Art. 14 GG berufen können.¹⁵³ Weitere Ausnahmen vom Grundsatz der mangelnden Grundrechtsfähigkeit sind allenfalls da denkbar, wo juristische Personen öffentlichen Rechts kraft ihres gesetzlichen Auftrags Vermögensrechte ihrer Mitglieder wahrzunehmen haben (z.B. Innungen).¹⁵⁴

Kirchen sind aufgrund ihrer Sonderstellung in Art. 138 Abs. 2 WRV i.V. mit Art. 140 GG Träger des Eigentumsgrundrechts, auch wenn sie als Körperschaften des öffentlichen Rechts organisiert sind, denn sie üben keine staatliche Gewalt aus und sind in den Staat nicht organisatorisch und funktionell eingebunden.¹⁵⁵ Im Rahmen denkmalrechtlicher Verfahren können sich die Kirchen daher auf wirtschaftliche Unzumutbarkeit berufen:

„Gegenüber denkmalschutzrechtlichen Maßnahmen ist das kirchliche Eigentum durch Art 14 GG nicht anders als das Eigentum Privater geschützt.“¹⁵⁶

Gemeinden und kommunale Gebietskörperschaften (Gemeindeverbände wie Landkreise, Verbands- oder Samtgemeinden nach Landesrecht, Zweckverbände) sind ebenfalls nicht fähig, Träger des Eigentumsgrundrechts zu sein.¹⁵⁷ Sie sind zwar befugt, zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben Eigentum inne zu haben. Sie dienen aber als Teil der staatlichen Organisation mithilfe der Garantie der Selbstverwaltung dem „Aufbau der Demokratie von unten nach oben“ und befinden sich somit nicht in einer grundrechtstypischen Gefährdungslage¹⁵⁸:

153 BVerfGE 78, 101, 102 zu Rundfunkanstalten; Papier, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, 59. EL Juli 2011, Art. 14 Rn. 208.

154 Bryde, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 1, Art. 14 Rn. 8.

155 BVerfGE 19, 1, 5; Papier, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, 59. EL Juli 2011, Art. 14 Rn. 215.

156 VGH BW 10.5.1988, Z BW 2.

157 Grundlegend BVerfGE 61, 82; jünger z.B. BVerfG NVwZ 2005, 82.

158 Papier, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Art. 14 Rn. 209.

„Der Kl. als Stadt steht der Grundrechtsschutz des Eigentums jedoch nicht zur Seite, weil sie sich als juristische Person des öffentlichen Rechts nicht in der grundrechtstypischen Gefährdungslage befindet, die Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG voraussetzt (BVerfG 8.7.1982 – 2 BvR 1187/80 – BVerfGE 61/82; BVerwG 1.7.1988 – 4 C 15/85 – NVwZ 1989, 247/249).“¹⁵⁹

„Zu berücksichtigen ist ..., dass **Hintergrund der ‚Zumutbarkeitsrechtsprechung‘ des BayVGH der Art. 14 GG ist ...** Deshalb ist schon grundsätzlich fraglich, ob diese Grundsätze hier anwendbar sind, weil die **Klägerin als Gemeinde ja gar nicht Trägerin des Grundrechts aus Art. 14 GG sein kann ...** Hinzukommt, dass den Gemeinden in Bayern die Aufgabe des Denkmalschutzes nach Art. 141 Abs. 2 BV und Art. 83 Abs. 1 a. E. BV ausdrücklich als Aufgabe des eigenen Wirkungskreises zugewiesen ist.“¹⁶⁰

Gleiches gilt für **kommunale Unternehmen wie z.B. Wohnungsgesellschaften**, die mehrheitlich im Besitz einer Kommune stehen. Öffentlich-rechtliche **Sparkassen** sind ebenfalls nicht grundrechtsfähig.¹⁶¹ Die fehlende Grundrechtsfähigkeit schließt indes nicht aus, Kommunen staatliche Zuschüsse zukommen zu lassen; diese dienen nicht der Herbeiführung der Zumutbarkeit, sondern sind zweckgebundene Fördermittel. In Bayern sind Kommunen anteilige Träger und mögliche Förderungsempfänger des Entschädigungsfonds (Art. 21 BayDSchG; Volumen 23 Mio. €). Aufgabe dieses Sondervermögens ist nach der Konzeption des Gesetzes ein Ausgleich („Entschädigung“) für denkmalbedingte Mehraufwendungen, die den Verpflichteten über seine finanziellen Möglichkeiten hinaus belasten. Die Fiktion einer Grundrechtsträgerschaft ist damit nicht verbunden.

Alle **Träger der Sozialversicherung** nach § 29 SGB IV (Kranken- und Pflegekassen, Rentenversicherung und Berufsgenossenschaften) sowie eine Vielzahl weiterer Vereinigungen aus den unterschiedlichsten Lebensbereichen (IHK, berufsständische Kammern, Siedlungsverbände, Jagd- und Fischereigenossenschaften) sind als **Körperschaften des öffentlichen Rechts** ebenfalls im Hinblick auf Art. 14 GG nicht grundrechtsfähig, es sei denn, sie haben kraft ihres gesetzlichen Auftrags ausdrücklich Vermögensrechte ihrer Mitglieder wahrzunehmen.

Als bundesunmittelbare rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts (und einer der größten deutschen Immobilieneigentümer) ist die **Bundesanstalt für Immobilienaufgaben** (BlmA)¹⁶² ebenfalls nicht grundrechtsfähig; sie kann sich hinsichtlich der von ihr verwalteten oder zu vermarktenden Immobilien gegenüber denkmalrechtlichen Erhaltungs- und Instandsetzungsgeboten daher nicht auf wirtschaftliche Unzumutbarkeit berufen.¹⁶³

159 ThOVG 16.1.2008, Z Th Nr. 1.

160 VG Regensburg 20.1.2011, Z Bay Nr. 11.

161 Deppenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 14 Rn. 194; BVerfGE 75, 192, 197.

162 Errichtet durch Gesetz vom 9.12.2004, BGBl. I S. 3235.

163 Unzutreffend und widersprüchlich insoweit Schmaltz/Wiechert § 7 Rn. 59 zu § 7 DSchG Nds. Dort wird zwar zutreffend die Rechtslage zur Grundrechtsträgerschaft dargestellt, jedoch aus § 7 Abs. 4 NdsDSchG abgeleitet, dass Bund und andere Länder sich

Rein staatliche Unternehmen in privater Rechtsform (alle Anteile in staatlicher Hand) und **gemischt-wirtschaftliche Unternehmen** (Anteile mehrheitlich in staatlicher Hand) können sich ebenfalls nicht auf Art. 14 GG berufen.¹⁶⁴ Auch eine mittelbare Mehrheitseignerschaft über eine dritte juristische Person des Privatrechts führt zum Ausschluss der Grundrechtsfähigkeit, da sonst die Grundrechtsträgerschaft ins Belieben des Trägers öffentlicher Verwaltung gestellt würde.¹⁶⁵ Maßgeblich ist bei solchen Unternehmen also nicht die privatrechtliche Organisationsform, denn **Art. 14 GG schützt nicht das Privateigentum, sondern das Eigentum Privater.**¹⁶⁶ Diese Feststellung gilt auch für die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben in privatrechtlich organisierter Form.¹⁶⁷

Eine nachträgliche Beteiligung des Staates nimmt dem ursprünglich rein privaten Unternehmen allerdings nicht die Grundrechtsfähigkeit, es sei denn, es wird zugleich mit staatlichen Zuständigkeiten betraut. Umgekehrt ist es das Risiko der privaten Anteilserwerber, wenn sie sich an einem rein staatlichen Unternehmen ohne Grundrechtsfähigkeit beteiligen. Ansonsten ist danach zu differenzieren, ob die private Organisation ausschließlich der Ausübung individueller Freiheit dient oder ausschließlich staatlich zugewiesene Kompetenzen wahrnimmt. Dies kann auch je nach Bereich der Tätigkeit (gemischtwirtschaftliches Unternehmen) unterschiedlich beurteilt werden.¹⁶⁸

Fraglich ist, ob Unternehmen schon dann grundrechtsfähig sind, wenn der Staat seine Mehrheitsbeteiligung (unmittelbar oder mittelbar) durch Verkauf seiner Anteile aufgibt, aber einen **Anteil von über 25 %** hält. Solche Anteilseigner haben in der Regel bedeutsame Minderheitsrechte (sog. **Sperrminorität**: Nach § 111 Abs. 4 AktG bedürfen Entscheidungen der Geschäftsführung, zu denen der Aufsichtsrat seine Zustimmung verweigert hat, einer Mehrheit von mindestens drei Vierteln der abgegebenen Stimmen in der Hauptversammlung. Im Einzelfall kommt es hier noch auf die jeweiligen Vorgaben der Satzung der Gesellschaft an.). Hierüber können sie das Handeln der Gesellschaft wesentlich beeinflussen.¹⁶⁹ Ist eine unternehmerische Entscheidung Ergebnis der Einflussnahme des staatlichen Minderheitseigners, so kann sie nicht als Ausübung eines Freiheitsgrundrechts verstanden werden; die Gesellschaft profitiert insoweit nicht vom Schutz des Art. 14 GG. Bei der weiteren Umsetzung der Privatisierung der Bahn AG könnte es zu denkmalrechtlich relevanten Fallgestaltungen kommen, in denen diese Differenzierung relevant wird.

auf die wirtschaftliche Unzumutbarkeit der Erhaltung berufen könnten, da der Ausschluss nur für Gemeinden und das Land Niedersachsen formuliert ist.

164 BVerfG NJW 1980, 1093; NJW 2009, 3644, Beispiel: EnBW.

165 Papier, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Art. 14 Rn. 213.

166 BVerfGE 61, 82, 108.

167 BVerfGE 45, 63, 80; 68, 193, 212 f.; 70, 1, 15.

168 Remmert, in: Maunz/Dürig, Art. 19 Rn. 72 f.

169 Nach BVerfGE 115, 205, 227 kommt es auf einen „beherrschenden Einfluss“ der öffentlichen Hand an.

Beim derzeitigen Stand der Privatisierung sind die Unternehmen des Konzerns der **Deutschen Bahn AG** allerdings in vollem Umfang **nicht grundrechtsfähig**.¹⁷⁰ Beim Verkauf von Bahnimmobilien an Private ist regelmäßig von einer Kenntnis des Erwerbers von der Denkmaleigenschaft auszugehen. Größeren Transaktionen gehen stets umfangreiche Risikoprüfungen (sog. Due Diligence) voraus.

Auch **Beliehene** (privatrechtliche juristische Personen, die auf gesetzlicher Grundlage mit der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben im eigenen Namen betraut sind, z.B. TÜV, Privatschulen als staatlich anerkannte Ersatzschulen) sind im Umfang ihrer Beleihung vom Schutz des Art. 14 ausgenommen.¹⁷¹

Die **Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost** (§ 1 PostUmwG: Deutsche Post AG, Deutsche Telekom AG, Deutsche Postbank AG) sind angesichts der Aufgabe der Mehrheitsbeteiligung des Bundes hingegen grundrechtsfähig Inso- weit ist VGH BW Ur. vom 29.6.1992¹⁷² überholt; die dort genannten Maßstäbe für die Berücksichtigung der vermögensrechtlichen Belange der nicht grundrechts- fähigen Unternehmen in der Entscheidung gelten allerdings nach wie vor:

„Jedoch hat die Behörde im vorliegenden Fall bei der Ausübung ihres Ermessens zu berücksichtigen, dass die Klägerin bei Wahrnehmung ihrer ... Aufgabe die **Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit** ... zu beachten hat. Die Pflicht zur Erhaltung eines Kulturdenkmals ist daher auch der Klägerin nur insoweit zuzumuten, als ihre Verpflichtung zur wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsführung nicht unverhältnismäßig zurückgesetzt wird.“

Die Bundesanstalt Post und Telekommunikation¹⁷³, durch die der Bund die verbliebenen hoheitlichen Aufgaben der ehem. Bundespost wahrnimmt, ist wiederum nicht grundrechtsfähig.

Ob ein Unternehmen mehrheitlich in staatlicher Hand ist, kann anhand der jährlichen **Beteiligungsberichte** des Bundes und der Länder festgestellt werden, in denen die Mehrheits- und Minderheitsbeteiligungen abschließend aufgeführt werden. Diese Berichte werden im Internet veröffentlicht.¹⁷⁴ In Zweifelsfragen trägt der Antragsteller die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung einer Abbrucherlaubnis wegen wirtschaftlicher Unzumutbarkeit¹⁷⁵ und in diesem Rahmen auch für seine Grundrechtsfähigkeit.

170 BayVGH 3.8.2004 — 8 BV 03.275, juris; BVerwG 4.5.2006 — 9 C 3/05, juris. Zur fachplanerischen Abwägung der Belange der Denkmalpflege im eisenbahnrechtlichen Planfeststellungsverfahren auch Hönes, Denkmalschutz in RP, Nr. 2.4.1.10.

171 BVerfG NJW 1996, 584.

172 Z BW Nr. 3.

173 Errichtet durch Bundesanstalt Post-Gesetz vom 14.9.1994 (BGBl. I S. 2325).

174 Z.B. www.bundesfinanzministerium.de und www.stmf.bayern.de bzw. die Internetauftritte der verschiedenen Landes-Finanzministerien.

175 BVerwG 17.11.2009 — 7 B 25.09, juris; BayVGH 27.9.2007, EzD 1.1 Nr. 18 m. Anm. Eberl = Z Bay Nr. 3; OVG NW 31.5.2012, Z NW Nr. 5; VG Potsdam 1.3.2012, Z BB Nr. 8.

In allen genannten Fällen **scheidet eine Geltendmachung der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit** mit der Folge, dass die Denkmalschutzbehörde die beantragte Erlaubnis zwingend erteilen (Ermessensreduktion auf Null) oder die aus der Versagung folgenden Nachteile ausgleichen muss, **aus** (Stufe 1 der Zumutbarkeitsprüfung, vgl. Kapitel 3 Nr. 3.3.1). Gleichwohl muss die Behörde bei einem entsprechenden Vorbringen die wirtschaftlichen Auswirkungen denkmalrechtlicher Auflagen, Verbote oder Nutzungsbeschränkungen in ihre **Ermessenserwägungen** aufnehmen; dies übersieht Füßer (LKV 2008, 102, 108), nach dem die „Zumutbarkeitsgrenze einfachrechtlich gleichermaßen für alle Eigentümer“ gelten soll. Ein Anspruch auf Erteilung der Abbrucherlaubnis ergibt sich bei den genannten Eigentümern aber gerade nicht, da er unmittelbar aus der verfassungskonformen Auslegung der Erlaubnistatbestände in Bezug auf Art. 14 GG folgt. Bei der Ermessensausübung ist zu berücksichtigen, dass auch öffentlich-rechtliche Körperschaften und Anstalten bei Wahrnehmung ihrer gesetzlich zugewiesenen Aufgaben die haushaltsrechtlichen **Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit** zu beachten haben, die nicht unverhältnismäßig vernachlässigt werden dürfen. Macht eine staatliche Einrichtung oder eine Kommune geltend, denkmalrechtliche Ge- oder Verbote führten zu unzumutbaren finanziellen Belastungen, so hat die Behörde die Finanzkraft der Einrichtung bzw. Kommune und das haushaltsrechtliche Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit als abwägungserhebliche Belange in ihrer Ermessensentscheidung zu berücksichtigen:

„Es ist **abzuwägen zwischen den Belangen** des Denkmalschutzes auf der einen Seite sowie den widerstreitenden öffentlichen ... Belangen auf der anderen Seite. Im Bescheid wurde bei der Ausübung des Erlaubnisermessens einerseits insbesondere abgestellt auf die Bedeutung des Baudenkmals ... und andererseits insbesondere abgestellt auf den Umstand, dass der Kl. als Gemeinde im Bereich des Denkmalschutzes wichtige Aufgaben des Gemeinwohls obliegen (Art. 141 Abs. 2 BV; Art. 83 Abs. 1 BV), ... auf den Umstand, dass **keine konkrete Planung der Gemeinde für die Nutzung des Grundstücks (nach Abbruch) vorliege** und auf die **Leistungsfähigkeit der Gemeinde** (Grundstück bildet nicht wesentlichen Anteil des gemeindlichen Vermögens; angesichts Stellenwert des Gebäudes im Vermögen der Gemeinde und angesichts des Haushaltsumfanges ist **Verpflichtung zum Erhalt nicht unangemessen**).“¹⁷⁶

Einen entsprechenden Grundsatz formuliert auch das **NdsDSchG**: Nach § 7 Abs. 4 Satz 1 i.V. mit Abs. 1 und 2 Nr. 3 gilt zwar das Zumutbarkeitsgebot generell nicht für das Land, die Gemeinden, die Landkreise und die sonstigen Kommunalverbände. Sie sind aber zu Erhaltungsmaßnahmen nur im Rahmen ihrer **finanziellen Leistungsfähigkeit** verpflichtet (Satz 2). Nicht befreit sind sie aber z.B. von der Verpflichtung zu Bauunterhalt und Einhaltung aller denkmalrechtlichen Pflichten, ggf. auch zu einem Verkauf eines Denkmals vor einem Verfalllassen. Die Reichweite dieser Bestimmung ist noch nicht ausgelotet. Notwendig wird also eine Abwägung der beiden öffentlichen Belange, die aber sicher nicht zu einem Vorrang der fiskalischen Interessen führen darf.

Auch bei der Bahn AG sind die fiskalischen Interessen in der Abwägung mit den denkmalpflegerischen Belangen abzuwägen:

176 VG Regensburg 20.1.2011, Z Bay Nr. 11.

„Zunächst ist ... hinreichend ersichtlich, dass eine Abwägung stattgefunden hat. Dies ergibt sich einmal aus der Bezugnahme auf den Erläuterungsbericht der ... Anhörungsbehörde ... Darin hat sich die Anhörungsbehörde die Bedenken der Denkmalbehörden zu eigen gemacht und resümiert: ‚Der Anhörungsbehörde ist nicht einsichtig, inwieweit das **fiskalische Interesse des Bundeseisenbahnvermögens** – jedenfalls nach Neuordnung des Eisenbahnrechts – öffentlichen Charakter beanspruchen und insoweit mit Erfolg dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung des Bahndenkmals gegenübergestellt werden kann.“¹⁷⁷

Die fiskalischen Belange haben keine mit Art. 14 GG vergleichbare Durchsetzungskraft; gegen sie wird sich der öffentliche Belang des Denkmalschutzes (je nach Wertigkeit des betroffenen Denkmals) häufig durchsetzen. Ähnliches gilt, wenn die **gemeindliche Planungshoheit** als Ausdruck der **Selbstverwaltungsgarantie** in Rede steht:

„Die gesteigerte denkmalschutzrechtliche Erhaltungspflicht der Gemeinden steht unter dem Vorbehalt, dass ein daraus resultierender Eingriff in ihr Selbstverwaltungsrecht verhältnismäßig ist. ... Den Belangen des Denkmalschutzes kommt gegenüber dem Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde kein genereller Vorrang zu. Die Denkmalschutzbehörde darf ihre Zustimmung zu einem Abbruchvorhaben nur versagen, wenn das Interesse an der Erhaltung des Kulturdenkmals gegenüber den durch die Selbstverwaltungsgarantie geschützten Belangen der Gemeinde im konkreten Fall überwiegt.“¹⁷⁸

Eine noch nicht verfestigte gemeindliche Planungsabsicht kann der gesetzlichen Erhaltungspflicht nicht entgegen gehalten werden.¹⁷⁹ Auch die Selbstverwaltungsgarantie ist nur „im Rahmen der Gesetze“ (Art. 28 Abs. 2 GG), also auch der Denkmalschutzvorschriften, gewährleistet. Eine fehlerfreie Abwägung der betroffenen Belange im Verfahren zur Aufstellung eines Bebauungsplans wird im Regelfall nicht zur Beseitigung eines Baudenkmals führen können.¹⁸⁰

Der Denkmalschutzbehörde ist es aufgrund ihrer Gesetzesbindung (Art. 20 Abs. 3 GG) **verwehrt**, ohne gesetzliche Grundlage die von der Grundrechtsträgerschaft ausgeschlossenen Körperschaften wie Grundrechtsträger zu behandeln und ungerechtfertigt zu privilegieren; die Wertungen des Art. 19 Abs. 3 GG und der hieraus abgeleiteten Rechtsprechung des BVerfG zur Grundrechtsfähigkeit sind zu beachten.

177 VG Gelsenkirchen 18.3.1997, Z NW Nr. 6.

178 VGH BW 10.10.1989, Z BW Nr. 1.

179 BayVGH 23.3.1979, Az. 305 I 74, abgedruckt in Stich/Burhenne, Denkmalrecht der Länder und des Bundes, Bd. 2, BayVGH E 4.

180 Grundlegend BayVerfGH 22.7.2008, EzD 1.2 Nr. 6, VerfGH 61, 172 – Gut Kaltenbrunn.

Bei **Gemeinden** kommt hinzu, dass sie (wie die Länder) durch die Staatszielbestimmungen in den Landesverfassungen¹⁸¹ eine besondere Pflicht haben, die in ihrem Eigentum stehenden Denkmäler zu erhalten.¹⁸² Fraglich ist, ob dies anders zu sehen ist, wenn der (einfache) Gesetzgeber seiner Auffassung Ausdruck gibt, dass sich Kommunen wie Private auf die Unzumutbarkeit von Erhaltungspflichten berufen können; dieser Schluss wird vom OVG LSA aus der Streichung von § 10 Abs. 7 DSchG LSA gezogen, der die Rechtslage zur fehlenden Grundrechtsfähigkeit der Gemeinden ohne eigenen Regelungsgehalt wiedergab. Das Gericht bejaht für diesen Fall eine völlige Gleichstellung der öffentlichen Hand mit Privaten¹⁸³:

„Nach § 10 Abs. 7 DSchG in der bis zum 31.12.2005 geltenden Fassung galten die Abs. 4 und 5 nicht für das Land, die Gemeinden, die Landkreise und die sonstigen Kommunalverbände. ... § 10 Abs. 7 DSchG wurde mit Wirkung vom 1.1.2006 aufgehoben durch Art. 2 des Dritten Investitions-erleichterungsgesetzes vom 20.12.2005 (GVBl. S. 769 [801]). ... Diese Gleichstellung bedeutet, dass für juristische Personen des öffentlichen Rechts – unabhängig davon, ob sie sich auf den Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG berufen können – für die wirtschaftliche Zumutbarkeit von Erhaltungsmaßnahmen die gleichen Maßstäbe gelten wie für private Eigentümer, sie also keine besondere, über die privaten Eigentümerpflichten hinausgehende Pflicht zur Erhaltung von Baudenkmalen haben.“

Dabei übersieht das Gericht, dass der einfache (also nicht verfassungsändernde) (Landes-)Gesetzgeber die sich unmittelbar aus dem GG ergebende Wertung des Art. 19 Abs. 3 GG nicht aufheben oder ändern kann; obendrein wäre dies ein Verstoß gegen Art. 36 Abs. 4 LV-ST, wonach das Land, unterstützt von den Kommunen, für den Schutz und die Pflege der Denkmale von Kultur und Natur sorgt und damit die Kommunen zur Pflege ihrer Denkmäler verpflichtet. Solche Staatsziele sind unmittelbar bindendes Verfassungsrecht für alle Träger staatlicher Gewalt einschließlich des Gesetzgebers.¹⁸⁴ Durch eine Gleichstellung mit privaten Eigentümern würde die besondere Inpflichtnahme der Gemeinden außer Kraft gesetzt. Eine entsprechende Norm wäre allerdings bis zur Feststellung ihrer Verfassungswidrigkeit anzuwenden. Das gilt freilich nicht für die bloße Aufhebung einer Regelung; hier wären vielmehr die hieraus in der Rechtsprechung gezogenen Schlüsse zu ändern und das DSchG verfassungskonform (und nicht allein anhand der ins Leere gehenden Veränderungsabsicht des Gesetzgebers) auszulegen. Letztlich dürfte die Auffassung des OVG LSA allerdings kaum zu anderen Ergebnissen führen, da das

181 Hierzu im Einzelnen Martin, in: Martin/Krautzberger, Handbuch, B II Nr. 4. Zur Berücksichtigung dieses Umstands bei der Ermessensausübung siehe VG Regensburg 20.1.2011, Z Bay Nr. 11.

182 VGH BW 10.10.1989, Z BW Nr. 1; ThOVG 16.1.2008, Z Th Nr. 1. Aus diesem Grund hat das BayOLG die Eigentumsaufgabe einer Gemeinde nach § 928 BGB bezüglich eines Grundstücks mit einer denkmalgeschützten Kapelle für unwirksam gehalten; Nachweise bei Hönes, Denkmalrecht in RP, Ziff. 2.10.

183 OVG LSA 29.1.2008, Z SAn Nr. 1. A. A. Martin, in: Martin/Krautzberger, Handbuch, G II Rn. 172.

184 BayVerfGH 22.7.2008, VerfGH 61, 172 = EzD 1.2 Nr. 6 – Gut Kaltenbrunn.

Gericht auf die ohne vorzunehmende Abwägung der Belange der Gemeinden hinweist:

„Auch wenn sich der Eigentümer nicht auf Art. 14 Abs. 1 GG berufen kann, sondern nur die Grundsätze einer wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsführung zu beachten hat, ist die Zumutbarkeit der Erhaltung anhand einer objektbezogenen Vergleichsberechnung sowie unter Berücksichtigung des Ranges des Kulturdenkmals zu beurteilen.“¹⁸⁵

2.3.5 Wirtschaftlichkeitsfragen: objektive und subjektive Faktoren

Zu den lange Zeit kontrovers diskutierten und beantworteten Fragen gehört, ob es für die Beurteilung der Zumutbarkeit im Denkmalrecht nur auf objektive Umstände ankommt, oder **ob und wieweit subjektive Umstände einfließen** können und müssen. Immer wieder wird argumentiert, vom Denkmaleigentümer könne kein „Mäzenatentum“ verlangt werden.¹⁸⁶ Er müsse nicht für die Erhaltung „zuschießen“.¹⁸⁷ Und formelhaft: Das Denkmal müsse „**sich selbst tragen**“; die Rechnung müsse von einer hundertprozentigen Fremdfinanzierung ausgehen. Bereits allgemein einsichtig dürfte wohl sein, dass dies allerdings nicht bei einem freiwilligen Engagement gelten kann oder wenn entsprechende Pflichten z. B. nach Baurecht bestehen.

Beispiele:

Vermögende Person kauft kaum nutzbares Haus, bei dessen Instandsetzung hoher denkmalpflegerischer Aufwand anfällt, die Ausgaben für dieses „Hobby“ sind dieser Person weitgehend auch bei fehlender Wirtschaftlichkeit zumutbar, zumal in derartigen Fällen der Kaufpreis sich wohl am Vorzustand orientiert haben dürfte.¹⁸⁸ Dasselbe gilt, wenn jemand „**sehenden Auges**“ ein instandsetzungsbedürftiges Denkmal kauft; er kann sich wegen der Instandsetzungskosten nicht auf Unzumutbarkeit berufen. Auch können in einer Genehmigung auferlegte Belastungen z. B. für teuren restauratorischen Mehraufwand zwar scheinbar unwirtschaftlich sein, gleichwohl können subjektive Umstände wie z. B. das private Nutzungsinteresse, Zugang zu günstigen Finanzquellen und individuelle steuerliche Möglichkeiten dies korrigieren (z. B. Fälle der Herbeiführung der Zumutbarkeit, siehe Nr. 2.3.8).

Das **BVerwG** hat zu den subjektiven Grenzen der Zumutbarkeit ausgeführt: „*Die Erhaltungspflicht ist in erster Linie eine Rechtspflicht zu positivem Tun.* ... der Eigentümer hat sie grundsätzlich **auf eigene Kosten** zu erfüllen. Jedenfalls ein finanziell leistungsfähiger Eigentümer muss damit rechnen, einen nicht unerheblichen Teil der denkmalbedingten Mehrkosten selbst zu tragen.“¹⁸⁹ **Offensichtlich** müssen

185 OVG LSA 29.1.2008, Z SAn Nr. 1.

186 Moench/Schmidt, Die Freiheit der Baugestaltung, S. 97.

187 BGH 8.6.1978, BGHZ 72, 220 = EzD 5.1 Nr. 9.

188 Siehe Fall des BVerfG 16.2.2000, E 102, 1, 21 f. = Z Nr. 3.

189 BVerwG 21.4.2009, Z Nr. 6.

also bei der Prüfung der Zumutbarkeit objektive **und** subjektive Umstände einfließen. Zum Meinungsstand ausführlich die Kommentarliteratur.¹⁹⁰

Bei Objekten, für die ein Ertragswert nicht von vornherein ausgeschlossen erscheint, ist zur Beurteilung der Zumutbarkeit einer Erhaltung regelmäßig demzufolge eine „**objektiv-objektbezogene**“ **Wirtschaftlichkeitsbetrachtung unter Berücksichtigung subjektiver Einschlüsse durchzuführen.**¹⁹¹ Dies erfolgt in den meisten Fällen durch die Auswertung einer vom Antragsteller vorzulegenden Wirtschaftlichkeitsbetrachtung. Diese beruht zwar insbesondere auf objektiven Positionen: Kosten der Erhaltung und Bewirtschaftung, Erträge und Gebrauchsvorteile, Zuwendungen aus öffentlichen oder privaten Mitteln, Zurechnung erhöhten Erhaltungsaufwandes. Dessen ungeachtet sind in begrenztem Maße **auch subjektive Kriterien** zu berücksichtigen. Hierzu zählen insbesondere individuelle **Steuervergünstigungen** (siehe Nr. 2.3.7), die Art und Weise des Erwerbs – Kauf sehenden Auges (Nr. 2.3.5.4.3), das individuelle Unterlassen des Bauunterhalts durch den Eigentümer oder seine Rechtsvorgänger (Nr. 2.3.5.6) oder die (subjektive) Vornahme unerlaubter denkmalschädigender Eingriffe.

Hinsichtlich der Frage, was einem Eigentümer persönlich zugemutet werden kann, können unbestreitbar direkt oder indirekt die **privaten Vermögensverhältnisse** aller Pflichtigen und ihre **individuellen** Rechtsverhältnisse zum Denkmal eine Rolle spielen. Die Erhaltungskosten sind auch den subjektiven und individuellen Umständen des Erwerbs und den Einkommens- und Vermögensverhältnissen gegenüberzustellen.¹⁹² Allerdings dürfen die private Leistungsfähigkeit und die Zumutbarkeit nicht gleichgesetzt werden. Hier ist ein **objektivierender Maßstab** anzulegen, der auch berücksichtigt, was ein vernünftiger Eigentümer (den „**aufgeschlossenen Eigentümer**“ bezieht auch das BVerfG vom 2.3.1999, Z Nr. 1 ein) bei den gegebenen Verhältnissen und bei den fehlenden oder gegebenen individuellen steuerlichen Abschreibungsmöglichkeiten an Leistungen erbringen würde. Von demjenigen, der mehr tun kann, können zumindest im bestimmten Umfang zusätzliche Leistungen, die in der Regel für ihn keine größeren Anstrengungen bedeuten, verlangt werden.¹⁹³

190 Siehe die Meinungsvielfalt z.B. in Martin/Eberl, BayDSchG Art 4 Erl. 10 ff., Davydov/Hönes/Martin/Ringbeck, DSchGNW, 3. Aufl. 2012, Erl. 3.3.2.2 zu § 9, Strobl/Sieche, DSchGBW Erl. 11 zu § 6.

191 Martin, in: Martin/Krautzberger, Handbuch, Kap. G Rn. 156 ff.; a. A. wohl Wurster/Schöneweiß, in: Hoppenberg/de Witt (Hrsg.), Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. D Rn. 254; Haaß, in: Basty/Beck/Haaß (Hrsg.), Denkmalschutz und Sanierung, Rn. 507 f.; OVG BB 17.9.2008, Z BB Nr. 3; vgl. auch Kapitel 2 Nr. 2.3.3.

192 Z.B. BayVGh 27.9.2007, Z Bay Nr. 3 für das BayDSchG; im Einzelnen sind manche Fragen weiterhin strittig.

193 Vgl. z. B. Maunz, Denkmalschutz und Eigentumsgewähr, BayVBl 1983, 257 f.; a. A. - Moench/Schmidt, Die Freiheit der Baugestaltung, S. 97.

Beispiele:

Haben z. B. Personen ein Denkmal geerbt, es günstig kaufen können¹⁹⁴ oder in Kenntnis der Grenzen ihrer eigenen Leistungsfähigkeit ein Denkmal erworben, wird die Zumutbarkeit strenger zu beurteilen sein;¹⁹⁵ denn ein Erwerb in der Erwartung staatlicher Ausgleichsleistungen ist auch unter den Gesichtspunkten von **Treu und Glauben** zu bewerten.

Zugunsten der Pflichtigen ist zu prüfen, welche weiteren Verpflichtungen sie haben.

Beispiele:

Man wird einer juristischen Person, deren satzungsmäßige Aufgabe im Betrieb von Krankenhäusern besteht, nicht zumuten können, ihre Mittel unter Vernachlässigung dieser Aufgabe voll zur Erhaltung eines Baudenkmals einzusetzen; Ähnliches gilt, wenn z. B. eine Kirchengemeinde mehrere desolate Kirchen zu erhalten hat. Auch bei Gemeinden kann es auf ihre Leistungsfähigkeit und das Gesamtbild ihrer Belastungen ankommen (siehe Nr. 2.3.4).

Andererseits kann z.B. eine vielleicht vorübergehende wirtschaftliche Notlage im Einzelfall wohl nicht Anlass dafür sein, sich über bau- oder denkmalrechtliche Anforderungen hinwegzusetzen und z. B. ein Denkmal im Extremfall sogar aufzugeben.

Ankommen kann es auch auf die **persönlichen Verhältnisse des Eigentümers** im Hinblick auf die Frage, ob mit einer Umsetzung seines Konzepts einer Sanierung und Nutzung gerechnet werden kann oder ob anzunehmen ist, dass es auf absehbare Zeit bei der gegenwärtigen, aus Sicht des Denkmalschutzes unbefriedigenden Situation der fortschreitenden Degradation bleiben wird (z.B. BayVGH 18.10.2010, Z Bay Nr. 7).

Die Zumutbarkeit kann generell aufgrund **besonderer Rechtstitel** individuell abweichend zu bejahen sein. Dies gilt insbesondere, wenn entsprechende Reallasten mit zivilrechtlichen Erhaltungs- und Unterhaltungspflichten oder Baulasten¹⁹⁶ bestehen. Baulasten im Sinne von Kostentragungspflichten können z. B. an Kirchen und Pfarrhöfen bestehen.¹⁹⁷ Gerade **subjektive Umstände** können bei scheinbarer rechnerischer Unzumutbarkeit eine Pflicht zur Durchführung von Maßnahmen begründen, wenn z. B. entsprechende privatrechtliche Pflichten (Reallasten, Pachtverträge, Erbpacht, Baulast, Mietvertrag) bestehen.¹⁹⁸

194 Beispiel: NdsOVG 24.3.2003, Z Nds Nr. 1: Wer ein großes Grundstück mit einem Denkmal weit unter dem Wert von Grund und Boden erwirbt, dem ist zuzumuten, einen Teil des Grundstücks zur Finanzierung der Instandhaltung des Denkmals zu verwenden.

195 Zu Letzterem HessVGH 10.3.1992, BRS 54, 331.

196 Hierzu z. B. Bross, Grunddienstbarkeit und Baulast, VerwArch 1955, 483 ff.

197 Vgl. hierzu Eberl/Martin, Erl. 5 zu Art. 22 BayDSchG.

198 Vgl. Kleeberg/Eberl, Rn. 119.

Beispiel:

Die Frage der Zumutbarkeit ist z. B. beim Eigentümer zu bejahen, soweit der Mieter die Schönheitsreparaturen im Inneren übernommen hat und dies privatrechtlich durchgesetzt werden kann; dagegen wird zur Instandhaltung der Stuckfassade in der Regel der Eigentümer selbst anzuhalten sein, wobei abweichende vertragliche Vereinbarungen im Innenverhältnis möglich sind (Indiz: Miethöhe).

Zur Bedeutung der individuellen **Erwerbsumstände** (sehenden Auges, Spekulation usw.) siehe Nr. 2.3.5.4. Zur Frage der **Bezugsobjekte** (individuelle Grundstückszusammenhänge, wirtschaftliche Einheiten) siehe Nr. 2.3.3. Zur notwendigen Bindung der Bescheide an subjektive Umstände durch **Formulierungen in den Bescheiden** siehe Nr. 3.5.

2.3.5.1 Finanzielle Leistungsfähigkeit

Die finanzielle Leistungsfähigkeit der Verfügungsberechtigten wird eingeschränkt zur Beurteilung der Zumutbarkeit herangezogen. Ausnahmen gelten zumindest insoweit, als bei der Berücksichtigung von Möglichkeiten zur Inanspruchnahme **steuerlicher Vergünstigungen** die Einkommensverhältnisse des Verfügungsberechtigten relevant werden. Dies kann im Einzelfall dazu führen, dass einem Verfügungsberechtigten mit einem hohen Einkommenssteuersatz der Erhalt zuzumuten ist, während einem mittellosen Eigentümer der Erhalt nicht zuzumuten ist.¹⁹⁹

Die Rechtsprechung zur Berücksichtigung der finanziellen Leistungsfähigkeit im Übrigen ist widersprüchlich. Nach dem Urteil des BayVGH vom 18.10.2010 (Z Bay Nr. 7; siehe auch Nr. 2.3.5.3 und 2.3.6.4) bleiben personenbezogene Umstände wie **Vermögensverhältnisse, Kreditwürdigkeit** (die bekanntlich oft bei hohem Alter eingeschränkt ist) oder Gesundheitszustand zwar bei der Berechnung der Zumutbarkeit unberücksichtigt; sie können allerdings Eingang in die Ermessenserwägungen finden:

„Bei den privaten Belangen können neben den im Vordergrund stehenden Eigentumsbelangen (einschließlich der Frage der wirtschaftlichen Zumutbarkeit) auch weitere Gesichtspunkte, wie die Umstände des Erwerbs des Denkmals und die Frage, welchen Stellenwert es im Vermögen des Eigentümers hat, von Bedeutung sein. Allerdings steht bei der Ermessensausübung im Hinblick auf den Begriff der Zumutbarkeit nicht der objektive Maßstab, der den ‚aufgeschlossenen Eigentümer‘ voraussetzt, im Vordergrund; vielmehr ist hier die private Leistungsfähigkeit des jeweiligen Denkmaleigentümers zu betrachten. Von dem Leistungsfähigeren können grundsätzlich größere Anstrengungen in Bezug auf den Erhalt seines Denkmals verlangt werden als von wirtschaftlich schwächeren Personen (vgl. Maunz, Denkmalschutz und Eigentums-

199 Vgl. OVG BB 17.9.2008, Z BB Nr. 3: Die Wirtschaftlichkeitsberechnung ergab allein wegen des Umstandes, dass dem Kläger mangels substantiierten Vortrages ein Steuersatz von 42 % angerechnet wurde, einen jährlichen Überschuss.

gewähr, BayVBl. 1983, 257, 258; Martin, in: Martin/Krautzberger, Handbuch, G II Rn. 112).²⁰⁰

Zur sonstigen **Relevanz sozialer Umstände** siehe auch Nr. 2.3.6.4.

2.3.5.2 Eigentumsstände

Nach dem Urteil des BayVGH vom 27.9.2007 (Z Bay Nr. 3) soll zu berücksichtigen sein, dass das Denkmal nicht in spekulativer Absicht erworben worden war (siehe hierzu auch Nr. 2.3.5.4.1), sondern seit fast einem Jahrhundert in **Familienbesitz** war.

„Nach Art. 4 Abs. 2 Halbsatz 1, Abs. 1 DSchG setzt die Anordnung von Erhaltungsmaßnahmen ... voraus, dass die Maßnahme ... zumutbar ist. Das bedeutet zwar in aller Regel nicht, dass ein Denkmaleigentümer Verluste, die bei der Erhaltung des Baudenkmals entstehen, aus seinem sonstigen Vermögen ausgleichen muss ... Unter dem Gesichtspunkt der sonstigen Aufgaben und Verpflichtungen kann aber der **Stellenwert**, den das Baudenkmal im Vermögen des Eigentümers hat, von Bedeutung sein. In dieser Hinsicht fällt ins Gewicht, dass die Familie des Klägers das Gebäude nicht etwa in spekulativer Absicht erworben hat, sondern das Anwesen seit fast einem Jahrhundert in ihrem Besitz hat. ... Nach den Angaben des Klägers ... handelt es sich um den einzigen Grundbesitz der Familie, auf dem für die Nachkommen familiengerechter Wohnraum geschaffen werden kann. Diese persönlichen Umstände haben Gewicht; sie sind vom Landratsamt weiter aufzuklären und bei der Ermessensausübung zu berücksichtigen.“²⁰¹

Ebenso vertritt der BayVGH in seinem Urteil vom 18.10.2010 (Z Bay Nr. 7) die Auffassung, dass im Rahmen der Ermessensentscheidung auch zu berücksichtigen ist, welchen Stellenwert das Denkmal im Vermögen des Eigentümers hat.²⁰²

2.3.5.3 Einkommensverhältnisse und Kreditwürdigkeit

Das OVG BB hat im Beschluss vom 18.8.2011 (Z BB Nr. 4) die Einkommensverhältnisse der Kläger sowie deren Rechtsform und die daraus resultierende Kreditwürdigkeit als subjektive Kriterien berücksichtigt und deren Kreditwürdigkeit bezweifelt.

„Nicht weniger realitätsfern erscheint dem Senat die der Wirtschaftlichkeitsberechnung des Antragsgegners zugrunde liegende weitere Annahme, die drei Antragstellerinnen, bei denen es sich nach unbestrittenen Angaben um eine Altersrentnerin, eine Hausfrau ohne eigenes Einkommen und eine für das – inzwischen gescheiterte –

200 BayVGH 18.10.2010, Z Bay Nr. 7.

201 BayVGH 27.9.2007, Z Bay Nr. 3.

202 BayVGH 18.10.2010, Z Bay Nr. 7.

Vorhaben der Errichtung einer geriatrischen Klinik gegründete Gesellschaft mit beschränkter Haftung handelt, könnten das ... ‚Sanierungskapital‘ ... als Kredit aufnehmen. Dass sich eine gewinnorientiert wirtschaftende Bank unter den hier vorliegenden Umständen auf ein Darlehen in dieser Höhe, geschweige denn zu einem marktüblichen Zinssatz, einlassen könnte, widerspricht der Lebenserfahrung.“²⁰³

Hier besteht die Gefahr, dass im Falle der Fortführung dieses Gedankenansatzes bei der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung nicht belastbare subjektive Faktoren über die hier meist ohnehin fehlende Kompensation durch steuerliche Vorteile hinaus eine immer stärkere Berücksichtigung finden und die objektiven Kriterien in den Hintergrund geraten können. Zudem ist in solchen Fällen stets zu prüfen, ob eine Veräußerung des Objekts in Betracht kommt (siehe Nr. 2.3.6).

Zur **Relevanz sozialer Umstände** (Vermögensverhältnisse, Kreditwürdigkeit, Alter, Gesundheitszustand) im Übrigen siehe auch Nr. 2.3.6.4.

2.3.5.4 Erwerbsumstände

Die Art und Weise des Erwerbs eines Objektes können als subjektive Kriterien bei der Beurteilung der Zumutbarkeit heranzuziehen sein.²⁰⁴ Allerdings ist nicht zu übersehen, dass die Rechtsprechung in vielen Fällen z.B. die Kenntnis der Erwerber von der Denkmaleigenschaft und ihre offenkundigen spekulativen Absichten in ihre Entscheidungen nicht oder nur am Rande einbezogen hat (prominente Fälle: Faberhochhaus in Magdeburg, OVGLSA 15.12.2011, Z SAn Nr. 3; Weberhaus in Potsdam, OVGBB 17.9.2008, Z BB Nr. 3).

2.3.5.4.1 Spekulation

Der Erwerb von Denkmalgrundstücken in spekulativer Absicht kann im Rahmen der Beurteilung der Zumutbarkeit von entscheidender Bedeutung sein. Nicht oder nur eingeschränkt kann sich auf Fehlen der Zumutbarkeit berufen, wer ein Grundstück in der spekulativen Absicht erworben hat, das darauf befindliche Denkmal nach erwarteter Genehmigung zugunsten eines Neubauvorhabens abzubrechen oder zu zerstören (z.B. Abbaggern eines Bodendenkmals).

Beispiel:

Nach BayVGH²⁰⁵ ist zu berücksichtigen, dass das Denkmal nicht in spekulativer Absicht erworben worden war, sondern seit fast einem Jahrhundert in Familienbesitz stand.²⁰⁶

203 OVG BB 18.11.2011, Z BB Nr. 4.

204 Vgl. BayVGH 18.10.2010, Z Bay Nr. 7. A.A. z.B. Hauth, Zur (Un-)Zumutbarkeit, BauR 2013, 178, 183.

205 BayVGH 27.9.2007, Z Bay Nr. 3.

Beispiel:

VG Schwerin vom 24.5.2012, Z MV Nr. 3. „Im vorliegenden Fall bestehen an der Zumutbarkeit ... keine Zweifel. Die Ast. hat das Gutshaus 1998 zu einem Preis von 120.000 DM erworben. ... Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Ast. das Gutshaus 1998 in einem bereits erheblich sanierungsbedürftigen Zustand erworben hat. In einem solchen Fall die gesamten zur Sanierung des denkmalgeschützten Gebäudes erforderlichen Aufwendungen in die Zumutbarkeitsbetrachtung einzubeziehen, würde den Schutz von Denkmälern, wie dem hier in Rede stehenden Gutshaus, insbesondere in Zeiten wirtschaftlich ungünstiger Perspektiven, weitgehend aushebeln. Denn wenn davon auszugehen ist, dass denkmalgeschützte Gebäude wie das Gutshaus nicht rentabel saniert und genutzt werden können, würde dies der **Spekulation** mit solchen Gebäuden Tür und Tor öffnen. Im Blick auf die Rspr. des BVerfG entfielen nämlich mangels Zumutbarkeit (früher oder später) die denkmalrechtliche Erhaltungspflicht mit der Folge, dass die Gebäude abgerissen und die Grundstücke, eventuell erheblich rentabler, neu bebaut werden könnten. Die Ast. als Erwerberin eines stark sanierungsbedürftigen Gutshauses ist daher demjenigen gleichzustellen, der unter Verletzung seiner gesetzlich begründeten Erhaltungspflichten zum baulichen Verfall des Gebäudes beigetragen hat und sich deshalb nicht auf den erhöhten Kostenaufwand berufen kann ...“

2.3.5.4.2 Grundstücksteilung in spekulativer Absicht

In dem dem Beschluss des BVerfG vom 14.4.2010²⁰⁷ (siehe hierzu Nr. 2.1.1.5) zugrunde liegenden Sachverhalt hatte der Kläger eine für sich genommen wirtschaftlich nicht tragfähige Schlosskapelle zu einem Zeitpunkt erworben, zu dem die Gesamtanlage bereits als Denkmalzone ausgewiesen war. Deren wirtschaftlich sinnvolle Nutzbarkeit insgesamt stand nicht in Streit.

„Die in Art. 14 Abs. 1 GG garantierte Privatnützigkeit des Eigentums gewährleistet mithin nicht, dass der Grundstücksertrag der Eigentümer einer denkmalgeschützten Gesamtanlage, deren Erhalt für sich genommen wirtschaftlich zumutbar ist, dadurch gesteigert wird, dass einzelne, wirtschaftlich unrentable Teile mit Denkmalbestand eigentumsrechtlich aus einem solchen Ensemble ‚herausgeschnitten‘ werden und dadurch der Erhalt dieser Denkmäler infrage gestellt oder dessen Kosten letztlich der Allgemeinheit auferlegt werden... Ein dem Denkmalschutz aufgeschlossener Eigentümer würde eine unter Denkmalschutz gestellte 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.“²⁰⁸

206 Siehe oben Nr. 2.3.5.2.

207 BVerfG 14.4.2010, Z Nr. 4.

208 BVerfG 14.4.2012, Z Nr. 4. Vgl. auch OVG RP 2.12.2009, Z RP Nr. 3.

2.3.5.4.3 Erwerb in Kenntnis der Denkmaleigenschaft, Erwerb sehenden Auges

Das BVerfG hatte bereits in seiner Rechtsprechung zur Kostentragungspflicht des Grundstückseigentümers für eine Altlastensanierung aus Gründen der öffentlichen Gefahrenabwehr betont, „**dass die Beurteilung dessen, was dem Grundstückseigentümer im Interesse des Gemeinwohls zugemutet werden kann, maßgeblich auch davon beeinflusst wird, ob er die entsprechende Belastung gekannt oder zumindest das Risiko einer solchen Belastung beim Grundstückserwerb bewusst in Kauf genommen hat.**“²⁰⁹

Dementsprechend ist die Kenntnis der Denkmaleigenschaft zum Zeitpunkt des Erwerbs spätestens im Rahmen der Ermessensausübung zu berücksichtigen. Wird ein Denkmal in Kenntnis der Denkmaleigenschaft und Sanierungsbedürftigkeit erworben, ist eine Berufung auf die Unzumutbarkeit von Erhaltungsmaßnahmen regelmäßig ausgeschlossen.²¹⁰

Gleichgestellt wird von der Rechtsprechung dem Kennen das „**Kennenmüssen**“ bzw. die **fahrlässige Unkenntnis** der Denkmaleigenschaft und des Zustandes des Denkmals und das Eingehen eines entsprechenden **Risikos**:

Beispiele aus der Rechtsprechung für Erwerb sehenden Auges:

BVerfG vom 16.2.2000, Z Nr. 3 (Altlasten): „(59) Eine Kostenbelastung, die den Verkehrswert des sanierten Grundstücks übersteigt, kann allerdings zumutbar sein, wenn der Eigentümer das **Risiko** der entstandenen Gefahr **bewusst in Kauf** genommen hat. ... Wer ein solches Risiko bewusst eingeht, kann seiner Inanspruchnahme als Zustandsverantwortlicher nicht entgegenhalten, seine Haftung müsse aus Gründen des Eigentumsschutzes begrenzt sein. Denn das freiwillig übernommene Risiko mindert die Schutzwürdigkeit des Eigentümers. (60) Auch dann, wenn und soweit Risikoumstände beim Erwerb ... zwar erkennbar waren oder im Verlauf der Nutzung hätten erkannt werden können, der Eigentümer aber **in fahrlässiger Weise die Augen davor geschlossen** hat, kann dies dazu führen, dass eine Kostenbelastung über die Höhe des Verkehrswerts hinaus zumutbar ist. Für die Beurteilung der Zumutbarkeit kann der Grad der Fahrlässigkeit erheblich sein. Die Zumutbarkeit kann ferner davon beeinflusst werden, ob der Eigentümer Vorteile aus dem Risiko – etwa durch einen **reduzierten Kaufpreis** oder einen erhöhten Pachtzins – erzielt hat. (61) Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung berücksichtigt dies nicht hinreichend (vgl. BVerwG NVwZ 1991, 475). Die uneingeschränkte und unbedingte Gleichsetzung des Handelns in ‚vorwerfbarer‘ Unkenntnis des Risikos mit dem Handeln in positiver Kenntnis trägt dem verfassungsrechtlichen Erfordernis eines in jeder Hinsicht gerechten und verhältnismäßigen Ausgleichs zwischen den schutzwürdigen Interessen des Eigentümers und den Belangen des Gemeinwohls nicht in vollem Umfang Rechnung. Eine unterschiedslose Gleichsetzung beider Verhaltensweisen verbietet sich

209 BVerfG 16.2.2000, Z Nr. 3; vgl. ausführlich Nr. 2.1.1.5.

210 Vgl. VG Frankfurt (Oder) 1.12.2006 – 7 L 198/06, DSI 01/2007, 59 ff.; der Kläger hatte sich im Kaufvertrag gegenüber der Stadt zur Instandsetzung des Denkmals verpflichtet.

insbesondere deshalb, weil die Schutzwürdigkeit der vom Eigentümer erworbenen oder überlassenen Position in unterschiedlichem Ausmaß gemindert sein kann.“

VG Regensburg vom 20.1.2011, Z Bay Nr. 11: „Davon abgesehen hat die Kl. das Baudenkmal 1988 auch ‚sehenden Auges‘ übernommen. Nach BVerfG wird die Zumutbarkeitsgrenze aber maßgeblich auch dadurch beeinflusst, ob der Eigentümer eine denkmalschutzrechtliche ‚Vorbelastung‘ bei seinem Grundstückserwerb gekannt oder zumindest ein entsprechendes Risiko bewusst in Kauf genommen hat (vgl. BVerfG Beschl. vom 14.4.2010, Z Nr. 4)“.

NdsOVG vom 24.3.2003, Z Nds Nr. 1 (Leffers-Villa): „Wer ein großes Grundstück mit einem Baudenkmal zu einem Preis erwirbt, der weit unter dem Verkehrswert für den Grund und Boden liegt, dem ist zuzumuten, einen Teil des Grundstücks zur Finanzierung der Instandhaltung des Baudenkmals zu verwerten. ... Der **Verkehrswert** des Grundstücks zum Zeitpunkt des Erwerbs durch die Kl. lässt sich aus der Bodenrichtwertkarte ... annäherungsweise ermitteln. ... Eine solche Differenz legt den Schluss nahe, dass die Denkmaleigenschaft des aufstehenden Gebäudes und der bereits 1992 **klar zu Tage getretene Sanierungsbedarf** (mit-) bestimmend waren für den Kaufpreis. Bei einer solchen Fallgestaltung wird dem Grundstückseigentümer kein unzumutbares Opfer abverlangt, wenn er verpflichtet wird, Teile des Vermögenszuwachses für den Erhalt des Denkmals einzusetzen. ... Es ist eine einheitliche wirtschaftliche Betrachtung anzustellen, die daran anknüpft, dass das Grundstück gerade **wegen der Belastung mit dem Denkmal unter Wert** erworben wurde.“

VG Düsseldorf vom 26.5.2012, Z NW Nr. 9: „(29) Die Beurteilung dessen, was dem Grundstückseigentümer im Interesse des Gemeinwohls zugemutet werden kann, wird maßgeblich auch davon beeinflusst, ob er die entsprechende **Belastung gekannt oder zumindest das Risiko einer solchen Belastung beim Grundstückserwerb bewusst in Kauf genommen hat** (vgl. BVerfG vom 14.4.2010 – Altlastenbeschluss Z Nr. 3, VG Arnsberg 14.3.2011, Z NW Nr. 8). ... (38) Zu Lasten der Kl. ist weiter zu berücksichtigen, dass sie **erst 2007 das Gebäude erworben** hat, mithin zu einer Zeit, zu der das Gebäude bereits als unbewohnbar erklärt worden war, erste Sanierungsbemühungen in den Anfängen stecken geblieben waren, die Beklagte bereits denkmalrechtliche Erhaltungsgebote erlassen hatte und sich der **Umfang** der notwendigen Sanierung und deren Kosten **deutlich abzeichnete**. Die Kl. ging damit offensichtlich bewusst eine entsprechende Kostenbelastung ein.“

OVG RP vom 2.12.2009, Z RP Nr. 3 (Abriss Kloster Marienberg): „1996 ersteigerte die Kl. das Anwesen, dessen Wert damals auf 5,1 Mio. DM geschätzt wurde, für 2,73 Mio. DM. 2007 beantragte sie die Genehmigung zum Abriss. „Denn es würde dem Grundsatz der Sozialpflichtigkeit des Eigentums widersprechen, könnte man unter Ausnutzung der aus dem schlechten Erhaltungszustand eines Gebäudes sich ergebenden Wertminderung ein marodes Denkmal zu einem günstigen Preis erwerben und diesen Vorteil auf Kosten des Denkmalschutzes ohne weiteres durch Abbruch dieses Denkmals realisieren. Diese Sichtweise entspricht auch der von der Vorinstanz zitierten Entscheidung des BVerfG zur Zustandsverantwortlichkeit des Eigentümers im Rahmen der Altlastensanierung (BVerfG 16.2.2000, Z Nr. 3). ... Ist aber von diesen Grundsätzen auch im vorliegenden Fall auszugehen, so wird bei der Prüfung, ob der bisherige Erhaltungsaufwand die Schwelle der Unzumutbarkeit bereits erreicht hat, nicht völlig unberücksichtigt bleiben können, dass die Kl. das unter Denkmalschutz stehende

Anwesen in Ansehung der Sanierungsbedürftigkeit **weit unter dem damaligen Verkehrswert** von ca. 2,5 Mio. € für etwa 1,4 Mio. € ersteigert hat. Darauf, dass der Verkehrswert inzwischen aufgrund des fortschreitenden Verfalls niedriger liegen dürfte, kann sich die Kl. nicht mit Erfolg berufen, da dies wohl zum großen Teil darauf beruht, dass sie als Eigentümerin seitdem ihrer **Erhaltungspflicht** aus § 2 Abs. 2 DSchG **nicht im erforderlichen Umfange nachgekommen** ist und ihr auch von daher erhöhte Erhaltungskosten zuzumuten sind (siehe § 2 Abs. 2 Satz 4 DSchGRP).“

OVG LSA vom 15.12.2011, Z SAn Nr. 3 (Faber-Hochhaus) – aus der Anmerkung Martin: „Auf nur schwer komprimierbaren 60 Seiten handelt das OVG eine Vielzahl der möglichen Positionen aus der Rechtsprechung zur Zumutbarkeit ab, vergisst aber die zwei anerkannten Kriterien der **Veräußerlichkeit** (der Komplex war erst kurz vor dem Abbruch gekauft worden) und insbesondere der **Spekulation** (das ‚Filetstück‘ des Magdeburger Bahnhofareals war offensichtlich ‚sehenden Auges‘ nach der Wende erworben worden). ...“

VG Magdeburg vom 20.12.2005, Z SAn Nr. 5 (Faber-Hochhaus): „ccc) Hat die Kl. ... die wirtschaftliche Unzumutbarkeit ... nicht glaubhaft gemacht, bedarf die weiterhin erörterte Frage einer Veräußerung des gesamten Grundstücks sowie die weitere Frage keiner Klärung, ob angesichts eines verhältnismäßig **günstigen Erwerbs des gesamten Grundstücks** von der früheren Treuhandanstalt und der Bewertung der aufstehenden Gebäude unter Berücksichtigung der Höhe der von der Kl. angegebenen Sanierungskosten und ihrer eigenen Leistungsfähigkeit die wirtschaftliche Zumutbarkeit strenger zu beurteilen sein könnte.“

VG Magdeburg vom 16.12.2011, Z SAn Nr. 6: „(47) Der Bekl. geht auch zutreffend davon aus, dass sich auf die wirtschaftliche Unzumutbarkeit wegen der zu diesem Zeitpunkt ersichtlichen Instandsetzungskosten nicht berufen kann, wer ‚sehenden Auges‘ ein instandsetzungsbedürftiges Denkmal erwirbt. Denn es würde dem Grundsatz der Sozialpflichtigkeit des Eigentums widersprechen, könnte man unter Ausnutzung der aus dem schlechten Erhaltungszustand eines Gebäudes sich ergebenden Wertminderung ein marodes Denkmal zu einem günstigen Preis erwerben und diesen Vorteil auf Kosten des Denkmalschutzes ohne weiteres durch Abbruch dieses Denkmals realisieren (OVG RP 2.12.2009, Z RP Nr. 2; VG Arnsberg 14.3.2011, Z NW Nr. 8). (48) Der Kl. hat das fragliche Grundstück zu einem **geringen Kaufpreis von 5.000 €** erworben. Ihm als Architekt war der marode **Zustand** des Gebäudes **ohne weiteres bekannt**. ...“

VG Gera vom 11.11.2004, Z Th Nr. 2: „(22) Wenn in Kenntnis dieses Umstandes (Denkmaleigenschaft, Sanierungsbedarf) dennoch ein Erwerb des Grundstückes im Wege der **Grundstücksversteigerung** für 250.000 DM erfolgt, so ist es der Kl. durchaus zuzumuten, zunächst ein Verfahren nach der Thüringer Städtebauförderungsrichtlinie zu durchlaufen ... Im Übrigen muss sich die Klägerin vorhalten lassen, dass sie bei Genehmigung des Abbruches die nicht unerheblichen Abbruchkosten auch tragen müsste.“

2.3.5.4.4 Liebhaberobjekte, Repräsentation

Bei einem Erwerb eines Denkmals zu Repräsentationszwecken (z.B. als Firmensitz in einem repräsentativen Baudenkmal, das sich eigentlich „nicht rechnet“) oder als Liebhaberobjekt (Hobby; Beispiele: Vorzeigeobjekt, Bauernhof als Wochenend-

domizil) ist eine spätere Berufung auf die Unwirtschaftlichkeit der Erhaltung und damit auf Unzumutbarkeit ausgeschlossen.²¹¹ Diese Fälle stehen dem Erwerb sehenden Auges gleich.

2.3.5.4.5 Soziale Umstände

Zur **Relevanz** sozialer Umstände (Vermögensverhältnisse, Kreditwürdigkeit, Gesundheitszustand) siehe auch Nr. 2.3.6.4. Zur Relevanz des individuellen Kaufpreises siehe auch Nr. 2.3.5.5.

2.3.5.5 Kaufpreis

Sofern beim Grundstückserwerb wegen der denkmalrechtlichen Erfordernisse ein Kaufpreinsnachlass eingeräumt wurde, ist dieser Umstand im Rahmen der Ermessensentscheidung angemessen zu berücksichtigen.²¹² Siehe hierzu auch einzelne Beispiele zum Erwerb sehenden Auges unter Nr. 2.3.5.4.3.

211 Vgl. Martin, in: Haspel/Martin/Wenz/Drewes, Anm. 4.3.2 zu § 8 DSchGBIn; Davydov, in: Davydov/Hönes/Otten/Ringbeck, Nr. 3.3.2.2 zu § 9 DSchGNW.

212 NdsOVG 24.3.2003, Z Nds Nr. 1; OVG NW v. 15.5.2013 – 10 A 255/12, juris.