

## Martins Werkstatt Zumutbarkeit – Stand 3.3.2013

### Problemaufriss

1. Es gibt keinen einheitlichen Begriff der Zumutbarkeit, weder gemeinsam in allen Denkmalschutzgesetzen, noch innerhalb der einzelnen Gesetze.
2. Die Rechtsprechung<sup>1</sup> unterscheidet zwischen
  - „wirtschaftlicher Zumutbarkeit“ und
  - „sonstiger Zumutbarkeit“ (entspricht z.T. dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit).
3. Das von einigen Gerichten entwickelte Postulat, ein „**Denkmal muss sich selbst tragen** sonst ist seine Erhaltung unzumutbar“ **lässt sich nicht mehr halten**. Vier Argumente sind entscheidend:
  - 3.1. Der größte Teil aller Denkmäler ist per se unwirtschaftlich; das Postulat ließe den gesetzlichen Denkmalschutz als solchen leerlaufen.<sup>2</sup>
  - 3.2. Der die Erhaltungskosten bestimmende aktuelle Zustand der Denkmäler geht auf das Unterlassen des Bauunterhalts zurück und ist den Verantwortlichen deshalb zuzurechnen,<sup>3</sup> ohne dass es auf eine Zumutbarkeit ankäme.<sup>4</sup>
  - 3.3. Das BVerfG hat 1999 Eckpfeiler gesetzt:<sup>5</sup> Nahezu alle Denkmäler sind entweder genutzt, nutzbar oder an erhaltungswillige Interessenten zu welchem Preis auch immer veräußerbar; die Frage der Zumutbarkeit stellt sich in diesen Fällen in der Regel nicht.
  - 3.4. Künftig wird der „Kostenschock“ der bei Nicht-Denkmalern fälligen energetischen Ertüchtigung die Unterschiede der Wirtschaftlichkeit zu Denkmälern relativieren, die zusätzlich bei der Einkommensteuer begünstigt sind.

<sup>1</sup> BayVGh v. 18.10.2010 - 1 B 06.63 -, juris = BayVBl. 2011, 303.

<sup>2</sup> Alle kirchlichen Gebäude wie Kirchen, Klöster; alle Gründendenkmäler wie Parks, Gärten, Friedhöfe, alle Industriedenkmäler, Verwaltungsgebäude, Versorgungsgebäude (Krankenhäuser usw.); „herrschaftliche Bauten“ wie Schlösser, Burgen, Palais (Ausnahme Neuschwanstein), überhaupt alle Bauten mit großzügigen Grundrissen; alle landwirtschaftlichen Betriebsgebäude, Bauernhäuser; alle Fachwerkbauten (Heizung); alle Ruinen, die Nur-Denkmäler, alle Grundstücke mit Bodendenkmälern (Ausnahme: Sandgruben); alle beweglichen Denkmäler (Funde, Ausstattung, Zubehör; Ausnahme JU 52). Bemerkenswert deshalb die Einschränkung auf „für eine geldwerte Nutzung bestimmte Denkmäler“ durch VG Regensburg v. 20.1.2010 - RO 7 K 09.1518 -, juris.

<sup>3</sup> BVerwG v. 21.4.2009 - 4 C 3.08 -, juris = EzD 2.2.6.4 Nr. 42: „Die Erhaltungspflicht ist in erster Linie eine Rechtspflicht zu positivem Tun. Der Eigentümer muss u.a. Schäden an der Denkmalsubstanz beseitigen; beschädigte Teile muss er reparieren und, wenn dies nicht möglich ist, erneuern. Diese Erhaltungspflicht ist auf Dauer angelegt, der Eigentümer hat sie grundsätzlich auf eigene Kosten zu erfüllen. Jedenfalls ein finanziell leistungsfähiger Eigentümer muss damit rechnen, einen nicht unerheblichen Teil der denkmalbedingten Mehrkosten selbst zu tragen. Die erhöhte Mühewaltung eines Eigentümers bei der Erhaltung des Denkmals wird ohnehin nicht kompensiert.“

<sup>4</sup> BayVGh v. 18.10.2010, a.a.O. Der VGh differenziert die Zumutbarkeitsprüfung nach wirtschaftlichen und sonstigen Erwägungen. Mit der vollinhaltlichen Übernahme des Prüfungsschemas des Bayerischen Wissenschaftsministeriums werden sich künftig die Gerichte wesentlich leichter tun und vielleicht weniger oft voreilig Denkmäler aufgeben, die tatsächlich niemand ernsthaft beseitigen will. Schließlich klärt das Gericht wesentliche Grundfragen der Pflicht zum Bauunterhalt: Das Unterlassen des Bauunterhalts führt dazu, dass die dadurch verursachte Kosten aus der Wirtschaftlichkeitsberechnung ebenso auszuschneiden sind wie bau- und sicherheitsrechtlich veranlasste und sonstige nicht denkmalbedingte Mehrkosten.

<sup>5</sup> BVerfG v. 2.3.1999, BVerfGE 100, 226 = EzD 1.1 Nr. 7: „Durch das Beseitigungsverbot wird die bestehende Nutzung ... nicht eingeschränkt. .. Anders liegt es aber, wenn ... keinerlei sinnvolle Nutzungsmöglichkeit mehr besteht. ... Wenn selbst ein dem Denkmalschutz aufgeschlossener Eigentümer von einem Baudenkmal keinen vernünftigen Gebrauch machen und es praktisch auch nicht veräußern kann ...“

## 1. Entbehrlichkeit der Zumutbarkeitsprüfung

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

1. Bei der Erhaltung bzw. Instandsetzung entstehen ausschließlich Kosten, die auf die Unterlassung des Bauunterhalts oder eine sonstige Verletzung denkmalrechtlicher Pflichten oder deren Folgewirkungen (Folgeschäden) zurückgehen. Ausdrückliche Formulierung mehrerer Denkmalschutzgesetze.
2. Bei der Erhaltung bzw. Instandsetzung entsteht kein denkmalpflegerischer Mehraufwand, alle Kosten sind „Sowieso-Kosten“ bzw. gehen zurück auf bau- oder sicherheitsrechtliche Anforderungen (Verunstaltung, Standsicherheit, Brandschutz, Wärmeschutz, bloße Modernisierung). Wie hier z.B. BayVGH v.18.10.2010, strittig.
3. 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. Herrschende Meinung.
4. Das Denkmal bzw. das Grundstück mit dem Bodendenkmal wird genutzt und die bestehende Nutzung wird durch die denkmalrechtlichen Pflichten nicht beeinträchtigt (BVerfG 1999 a.a.O.). Das Eigentumsgrundrecht wird in solchen Fällen nicht eingeschränkt.
5. Die gewährten Kompensationen übersteigen den anerkennungsfähigen Erhaltungs- bzw. Instandsetzungsaufwand offensichtlich. Ergebnis von BVerfG 1999.
6. Das Grundstück mit dem Denkmal kann veräußert werden; diese Möglichkeit schließt die Berufung auf Unzumutbarkeit in der Regel aus, solange nicht bestimmte Umstände einen Verkauf verbieten. So ausdrücklich BVerfG 1999, a.a.O., Details z.T. strittig.
7. Das Denkmal ist nicht für eine „geldwerte“ Nutzung bestimmt; in solchen Fällen kann es auch keine Wirtschaftlichkeitsberechnung mit der Gegenüberstellung von Erträgen und Belastungen geben. BayVGH und VG Regensburg a.a.O., Einzelheiten ungeklärt.
8. Der Antragsteller ist nicht grundrechtsfähig.
9. Schließlich kann die Zumutbarkeitsprüfung bereits deshalb entbehrlich sein, weil der Antragsteller die erforderlichen Unterlagen nicht vorlegt; sein Antrag kann deshalb ohne Prüfung der Wirtschaftlichkeit zurückgewiesen werden.

## 2. Zumutbarkeit – Kurzprüfung

**Mehrstufigkeit des Verfahrens:** Die Prüfung erfolgt in mehreren Stufen, wobei allerdings gewisse Überschneidungen möglich sind. Manche Gerichte neigen zu Prüfung von „Reservebegründungen“. Nur soweit die Zumutbarkeitsprüfung im **Ausnahmefall** nicht entbehrlich ist (vgl. oben Nr. 1 = Stufe 1), kann es notwendig sein, in eine Wirtschaftlichkeitsprüfung einzutreten. Dabei sind die einzubeziehenden und die auszuscheidenden Faktoren zu ermitteln (Stufe 2), sodann ist zu entscheiden, ob die zu fordernden Unterlagen und Nachweise vollständig vorliegen (Obliegenheiten = Stufe 3). Erst dann kann eine ggf. noch notwendige Prüfung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit anhand eines Schemas vorgenommen werden (Stufe 4). Abschließend kann es notwendig sein, das Ermessen zu handhaben oder Abwägungen vorzunehmen.

### A Standardfall: Antrag auf Abriss; fünf alternative Situationen :

- a) Denkmal **genutzt**: Nach BVerfG 1999 kein Zumutbarkeitsproblem, auch bei gering genutzten Objekten (Ruinen, Scheunen, Keller, Wiesen, Wald, Parkbestandteile);
- b) Denkmal nicht genutzt, aber **nutzbar** ohne Investitionen: Nach BVerfG kein Zumutbarkeitsproblem;
- c) Sonderfälle: Typischerweise nicht genutzte und nicht nutzbare „Nur-Denkmäler“ (z.B. Ruine, Bodendenkmal, Park): Wenn keine neue **zusätzliche** Nutzungseinschränkung eintritt, besteht auch kein Zumutbarkeitsproblem (Argumente BVerfG: da Nutzung nicht zusätzlich eingeschränkt);
- d) Denkmal **veräußerbar**: Kein Zumutbarkeitsproblem (nach BVerfG)<sup>6</sup> auch bei Verlusten<sup>7</sup> (ggf. zu prüfen: Erwerbsumstände, Spekulation); strittig ist, ob soziale Gründe einfließen müssen.<sup>8</sup>
- e) **Denkmal nicht nutzbar** (ohne vorherige Investitionen):

### Verfahrensschritte:

Notwendig jeweils: Vorlage einer **Wirtschaftlichkeitsberechnung**<sup>9</sup> (durch Antragsteller mit Darlegungs- und Beweislast des Pflichtigen = Obliegenheiten<sup>10</sup>) mit folgenden Schritten:

**1. Schritt:** Ermittlung der **zur Erhaltung notwendigen** Maßnahmen und ihrer Kosten (in detaillierter Abstimmung mit den Behörden<sup>11</sup>); strittig, ob nur auf **denkmalpflegerischen Mehraufwand** oder Gesamtaufwand abzustellen ist.<sup>12</sup>

<sup>6</sup> Grund: Der hohe Wert des Denkmalschutzes für die Allgemeinheit (Denkmalbegriff) erfordert die Suche nach Alternativen: Deshalb muss der Nicht-Erhaltungswillige das Denkmal an einen Erhaltungswilligen abgeben, wenn es dadurch erhalten werden kann.

<sup>7</sup> Z.B. war das Kloster Marienberg in RP 1996 um 1,4 Mio € ersteigert worden; Verkaufserlös 72.000 € (Bonner Generalanzeiger 17.6.2012).

<sup>8</sup> Strittig ist, ob von dem Ansinnen des Verkaufs aus „sozialen Gründen“ Ausnahmen gemacht werden müssen: Andeutungen bei BayVGH v. 18.10.2010, a.a.O. („Vermögensverhältnisse, Kreditwürdigkeit oder Gesundheitszustand“) und bei OVG NRW v. 4.5.2009 – 10 A 699/07 -, NRWE in RdNr. 54 („etwa wenn es sich um ein von ihm selbst genutztes Wohnhaus oder um einen zur Sicherstellung seines Lebensunterhalts betriebenes Unternehmen handelt“). Aber mitdenken: Wenn sich der Eigentümer von seinem Denkmal trennen und es abreißen will, kann nicht ernsthaft auf diese „subjektiven“ abgestellt werden.

<sup>9</sup> Dieses Schema ist identisch mit dem Schema des vom BayVGH v. 18.10.2010, a.a.O., vollinhaltlich bestätigten und wörtlich zitierten Ministerialschreiben v. 14.1.2009 - Az. Nr. B 4-K 5111.0-12c/31 828 (07), erhältlich beim Bayer. Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst, 80372 München.

<sup>10</sup> BVerwG v. 17.11.2009 – 7 B 25.09 -, www.bverwg.de/; von weiteren Gerichten bestätigt.

<sup>11</sup> BayVGH v. 4.9.2012 – 2 ZB 11.587 – juris.

## 2. Schritt: Ausscheidung vorab

- Kosten des unterlassenen Bauunterhalts (BVerwG<sup>13</sup> u. std. Rspr.),
- dessen (!) Folgekosten (meist der aktuelle Zustand),
- bau- und sicherheitsrechtlich veranlasste Kosten, „Sowiesokosten“
- Abzug mögliche Steuervorteile (folgen aus Gesamtkosten!),
- Abzug mögliche Zuwendungen,
- Abzug des Werts von Kompensationen (siehe unten Nr.2) ->

Zwischenergebnis = „**Basiskosten**“.

## 3. Schritt: Grundlagen der Wirtschaftlichkeitsberechnung im Übrigen:

- nur notwendige Maßnahmen -> Kostenermittlung aus dem Betrag der „Basiskosten“,
- anteilige Finanzierungskosten für die Basiskosten,
- anteilige Bewirtschaftungskosten für die Basiskosten,
- Wertzuwachs des Objekts nach Sanierung (bisher nie beachtet) ->

**Ergebnis** = anteiliger Verlust oder Gewinn.

**4. Schritt:** Anschließend nach BVerfG **zusätzlich** prüfen, ob ein „als Leitbild gedachter **vernünftiger und einsichtiger Eigentümer**, der auch das Gemeinwohl nicht aus den Augen verliert“ bereits von sich aus auf bestimmte (z.B. das Denkmal gefährdende) Nutzungen verzichten und ggf. die Belastung ohne Ausgleich tragen würde.<sup>14</sup>

### B Andere Fallkonstellationen:

- Instandsetzungsanordnung: Zumutbarkeitsprüfung wie oben A; oft führt fehlender Bauunterhalt zum aktuellen Zustand, diese Kosten und bau- (z.B. Verunstaltung) und sicherheitsrechtlich veranlasste Kosten, also sog. „nicht denkmalbedingte Mehrkosten“ sind aus der Berechnung auszuschneiden.<sup>15</sup>
- Wiederherstellungsanordnung: Zumutbarkeit nicht erforderlich (Inanspruchnahme des Störers)<sup>16</sup>.
- Bodendenkmal, Denkmal Erdgeschichte: Entscheidend ist, ob Einschränkungen gegenüber der bisher legal (!) ausgeübten bzw. genehmigten Nutzung verlangt werden. Es gibt kein Recht zur Beschädigung von Denkmälern.

### 3. Kompensationen und ihre Bewertung

a) Als **geeignete Instrumente** für Kompensationen nennt das BVerfG (allerdings reichlich abstrakt und rechtlich nicht exakt) „Übergangsregelungen, Ausnahme- und Befreiungsvorschriften sowie den Einsatz sonstiger administrativer und technischer Vorkehrungen“.

Insbesondere bestehen folgende **Möglichkeiten für einen Ausgleich**, die im wohlverstandenen Interesse des Eigentümers ggf. phantasievoll kombiniert werden können:

---

<sup>12</sup> Nur denkmalpflegerischer Mehraufwand BayVGH v. 18.10.2010, a.a.O.; ebenso OVG MV v. 18.3.2009 - 3 L 503/04 - RdNr. 50, juris; a.A. OVGLSA v. 15.12.2011 – 2 L 152/06 -, EzD vorgesehen, OVG NW v. 4.5.2009, a.a.O. RdNr. 45).

<sup>13</sup> BVerwG v. 21.4.2009, a.a.O.

<sup>14</sup> Das wäre eine mögliche Lösung für den 1.000 €– Fall des OVGRP v. 30.3.2006, 1 A 10178/05.OVG, juris (Eisdiele, trotz Urteil erhalten!), gewesen; richtig OVGRP v. 2.12.2009 - 1 A 10547/09 -, juris.

<sup>15</sup> BayVGH v. 18.10.2010, a.a.O.

<sup>16</sup> Ausführlich Martin/Krautzberger, Handbuch, 3. Auflage, Teil E Rdnr. 93 ff.

- teilweise Reduzierung der Anforderung der Denkmalpflege, z. B. durch Verzicht auf bestimmte kostenintensive fachliche Standards, auf Freilegung von Fresken, auf Rekonstruktionen von Fassadendekor usw.,
- teilweise Ausweitung der Nutzungsmöglichkeiten z. B. durch Erweiterung des Baurechts auf dem Denkmalgrundstück oder an anderer Stelle (sog. Kuhhandel),
- Dispense von bau- und anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften,
- teilweise Gestattung von Aufstockung, Ausbauten und Anbauten am Baudenkmal
- teilweise Aufgabe des Baudenkmal und Beschränkung auf die Erhaltung des unverzichtbaren Bestandes,
- sonstiges Entgegenkommen von Behörden in technischen, finanziellen oder administrativen Fragen (Gedanke des § 16 Abs. 3 Satz 2 DSchG),
- Angebot der Übernahme des Eigentums des Denkmals bzw. Grundstückes (bei Bodendenkmalen) auf die öffentliche Hand; der erhaltungsunwillige Eigentümer muss ggf. auch **an erhaltungswillige private Interessenten verkaufen**.<sup>17</sup>
- Einen **Übernahmeanspruch** des Eigentümers gegen die öff. Hand nach unzumutbaren Belastungen kann es nicht geben, da eine entsprechende Maßnahme rechtswidrig und im Primärrechtsschutz anzugreifen wäre (Konsequenz von BVerfG 1999).<sup>18</sup>

b) Die Kompensationen sind nach BVerfG 1999 durch die Behörden **von Amts wegen** z.B. im Rahmen eines denkmalrechtlichen Genehmigungsverfahrens oder bei Anordnungen anzubieten. Sie sind nach Möglichkeit „uno actu“ in den Verwaltungsakt aufzunehmen oder mit diesem zu verbinden, zumindest im Grundsatz verbindlich zuzusagen, wenn dies schon möglich ist.<sup>19</sup> Ohne Kompensation ist der VA rechtswidrig, er muss im Verwaltungsrechtsweg angefochten werden (Primärrechtsschutz). Angesichts der Unsicherheiten und des Fehlens von Rechtsprechung ist in einschlägigen Fällen eine vertragliche Vereinbarung der Beteiligten zweckmäßig, welche die Einzelheiten solchen Entgegenkommens, ihre Bedeutung im Rahmen der anstehenden Entscheidung und den einvernehmlichen Ansatz des Wertes des Entgegenkommens enthält.

**Literaturhinweis:** Martin/Krautzberger, Denkmalschutz und Denkmalpflege, 3. Aufl. 2010

#### 4. Antragsunterlagen und Obliegenheiten

4.1 Grundsätze: „Der Umfang, in dem die Frage der wirtschaftlichen Zumutbarkeit ... zu prüfen ist hängt davon ab, in welchem Maße der Antragsteller seinen Mitwirkungspflichten entsprochen hat. ... Da der Eigentümer das Denkmal im Rahmen des ihm Zumutbaren erhalten muss, muss er aber auch das ihm Zumutbare zur Klärung dieser Frage beitragen.<sup>20</sup> 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) nicht erwarten, dass die Zumutbarkeit im Einzelnen geprüft wird. Dies ist vielmehr **erst dann** veranlasst, wenn sich der Eigentümer (vorläufig) auf eine bestimmte

<sup>17</sup> Hierzu bereits BWVG v. 10.5.1988 – 1 S 1949/87 -, EzD 2.2.6.1 Nr. 8; dies gehört auch zu den aus dem hohen Wert des Denkmalschutzes gefolgerten Grundaussagen des BVerfG von 1999; ebenso OVG NW v. 4.5.2009, a.a.O. Siehe aber auch oben zur Einbeziehung „sozialer Gründe“.

<sup>18</sup> § 31 DSchG NRW ist deshalb obsolet, Aufsatz Martin NWVBI 2012, 129 ff.

<sup>19</sup> Siehe insbesondere BayVG v. 27.9.2007, a.a.O..

<sup>20</sup> VG Regensburg v. 5.3.2002, EzD 1.1 Nr. 9.

**denkmalverträgliche Nutzung** mit oder ohne bauliche Veränderung **festlegt**. Nur anhand einer konkreten Planung, die im Einzelnen mit den Behörden einvernehmlich abgestimmt sein muss,<sup>21</sup> kann die Behörde eine Berechnung durchführen, entscheiden, ob und welche Maßnahmen zur „Herbeiführung“ der Zumutbarkeit veranlasst sind, und gegebenenfalls im Rahmen ihrer Beratungsobliegenheiten Alternativen aufzeigen“.<sup>22</sup>

**4.2 Unterlagen:** Vom Antragsteller sind deshalb auf eigene Kosten zu erbringen:

- Nachweis der Bereitschaft zur Erhaltung (BayVGH)
- Mit den Behörden abgestimmte Erhaltungsplanung
- Gutachten zur fehlenden technischen Erhaltungsfähigkeit (BVerfG)
- Nachweis der fehlenden Nutzung und fehlenden Nutzbarkeit (BVerfG)
- Nachweis der fehlenden Veräußerbarkeit (BVerfG)
- Nachweis der bereinigten Erhaltungskosten (ohne unterlassenen Bauunterhalt und dessen Folgen, keine bau- und sicherheitsrechtlich veranlasste und keine „sowieso-Kosten“ („überschießende Kosten“), nur anerkannte denkmalpflegerische Mehrkosten (letzteres strittig, s. oben).
- Nachweis der Unzumutbarkeit der Tragung der „überschießenden Kosten“ unter Vorlage einer entsprechenden Wirtschaftlichkeitsberechnung mit Nachweisen zu Zuschussanträgen und Steuervorteilen
- Ggf. Vorlage von Sicherheiten (bei Beginn des Abbruchs im Ensemble)
- Ggf. Abbruchdokumentation (erst bei/nach Erteilung der Genehmigung).

Solange diese Unterlagen nicht vorliegen, ist ein Antrag auf Abbruch eines Denkmals nicht vollständig. Er kann deshalb von den Behörden ohne Weiteres abgelehnt werden, wenn eine Vervollständigung nicht kurzfristig abzusehen ist.<sup>23</sup>

## **5. Offene Rechtsfragen sind derzeit (2013) noch z.B.:**

### **5.1 Vergleich mit den Neubaukosten**

Überwiegend wird vertreten, mit einem Vergleich der Sanierungskosten mit den Neubaukosten könne nicht festgestellt werden, ob auf Dauer für den Erhalt eines Denkmals zugesprochen werden muss.<sup>24</sup> Dem ist zu entgegen, dass sich dies auch aus der detaillierten Ermittlung der Sanierungskosten nicht ergibt. Insbesondere wenn statt auf den denkmalpflegerischen Mehraufwand auf den Gesamtaufwand abgestellt wird, ist im Wirtschaftsleben natürlich Vergleich mit den Neubaukosten maßgebend.

### **5.2 Abschreibung und laufende Kosten**

Unterschiedlich beantwortet werden Einzelfragen insbesondere der Abschreibung, der laufenden Kosten und der Instandhaltungsrücklagen. Ohne wirkliche Begründung wird oft auf Ansätze der sog. 2. Berechnungsverordnung<sup>25</sup> zurückgegriffen, die aber letztlich keine denkmalspezifischen Aussagen ermöglichen. Bei Baudenkmalern verbietet sich i.d.R. ein

<sup>21</sup> BayVGH v. 4.9.2012 – 2 ZB 11.587 – juris.

<sup>22</sup> BayVGH v. 27.9.2007 a.a.O.

<sup>23</sup> Begründungen: BVerfG 1999, E 100, 226 = EzD 1.1 Nr. 7, BayVGH v. 27.9.2007, BayVBI 2008, 141 ff. mit Anm. Martin, VG Potsdam v. 1.3.2012 – 11 K 1675/10 – V.n.b.

<sup>24</sup> Z.B. VGH BW v. 11.11.1999, a.a.O., und OVGLSA v. 15.12.2011, a.a.O.

<sup>25</sup> Z.B. VV Brandenburg a.a.O., OVGLSA v. 15.12.2011, a.a.O.; NdsOVG v. 30.10.1995 – 6 L 2747/94 – OVG 46, 319; OVG Hamburg v. 12.12.2007 - 2 Bf 10.02 -, ZfBR 2008, 383.

pauschalierter Ansatz der erwarteten künftigen Aufwendungen insbesondere nach einer fachgerechten Instandsetzung.

### 5.3 Zu den Kompensationen:

- Wo liegt ein Entgegenkommen? Abzustellen ist nicht unbedingt auf den Inhalt des zu erlassenden VA, einzubeziehen ist auch das bereits vorher gezeigte Entgegenkommen.<sup>26</sup> Z.B: Bewertung des jahrzehntelangen Entgegenkommens bei Abbau von denkmalgeschützten Bahnanlagen?

- Ist nur das Entgegenkommen auf dem Grundstück bzw. der wirtschaftlichen Einheit mit dem Denkmal einzubeziehen, oder kann auch das Entgegenkommen auf anderen Grundstücken angerechnet werden? Wohl keine Grundstücksbindung, weil das Entgegenkommen einem Ausgleich in Geld entspricht, der ohnehin nicht grundstücksgebunden ist. Nicht zu verwechseln mit der Frage, welche Grundstückseinheit der Prüfung zugrunde zu legen ist.

- Anerkennung des Entgegenkommens: Da oft nicht eindeutig herauszuarbeiten, kann es zum sog. Kuhhandel kommen.<sup>27</sup>

- Bewertung des Entgegenkommens: Bei Erweiterung des Baurechts auf einem Grundstück: Grundstückswert vor und nach Einräumen der Verwertungsmöglichkeit (Fall Schlüter VG Berlin: neue Flügel, Aufstockung, Dachausbau, Nutzungsänderung).

### 6. Wichtige Erkenntnisse:

- Bis heute gab und gibt es Versuche mehrerer Gesetzgeber zur Detaillierung der Grenzen der Zumutbarkeit, meist im Zusammenhang mit der Neuformulierung des Ausgleichsanspruchs und eines Veranlasserprinzips. Sie sind meist höchst bedenklich, weil der B. des BVerfG 1999 nicht in seiner Tragweite erkannt und willkürlich „selbstgestrickt“ modifiziert wurde (z.B. Brandenburg 2004, Rheinland-Pfalz 2008 und Niedersachsen 2011). Bedenklich ist die damit erzeugte weitere Rechtszersplitterung.

- Zumindest derzeit (2013) keine gesicherte einheitliche Rechtsprechung zu einzelnen Grundsätzen und zu Details der Zumutbarkeitsprüfung. In jedem Ausnahmefall ist eine ernsthafte und detaillierte seriöse Prüfung erforderlich.

- Gute Ansätze bei VG Magdeburg, B. v. 20. 12. 2005 - 4 A 69/04 MD -, EzD 2.2.6.1 Nr. 30, und insbesondere im bayrischen MWFKS vom 14.1.2009, bestätigt von BayVGH v. 18.10.2010 a.a.O.

- Manche ungeklärte Fragen zu Dokumentationskosten, z.B. bei Bodendenkmälern; vgl. z.B. OVG Sachsen-Anhalt v. 16.6.2010 - 2 L 292/08 - juris (bei vermuteten Bodendenkmälern).

---

<sup>26</sup> Schwierigkeit der Verbindung bei zu frühem Entgegenkommen in z.B. jahrelanger Salami-Taktik – vgl. Fall VG Berlin v. 30.7.2002 - 16 A 238.94 -, V.n.b. - Schlüter.

<sup>27</sup> Kaum greifbar z.B. bei Befreiung vom B-Plan, die vielleicht auch ohne den Zusammenhang mit dem Denkmal gewährt worden wäre. Weiteres Problem Gleichbehandlung, denn andere Antragsteller erhalten die Befreiung nicht oder „umsonst“.

- Noch nicht gänzlich ausdiskutiert scheinen die Fragen im Zusammenhang mit unterlassenem Bauunterhalt und seinen Folgen zu sein; siehe hierzu insbesondere BayVGH v. 18.10.2010 - 1 B 06.63 -, BayVBl. 2011, 303, bestätigt z.B. durch VG Augsburg v. 17.2.2011 - Au 5 K 09.1566 –, juris.

- Grundsätzlich ist auch das Unterlassen des Bauunterhalts durch Rechtsvorgänger dem aktuellen Eigentümer zuzurechnen. Der Zustand hat sich regelmäßig z.B. im Kaufpreis ausgewirkt. Keine Bedenken beim unentgeltlichen Erwerb. Ggf. zu hinterfragen bei Erwerb in Zwangsvollstreckung.

- In den Fällen eines Erwerbs in spekulativer Absicht und generell „sehenden Auges“ in Kenntnis der Denkmaleigenschaft wird regelmäßig Berufung auf Unzumutbarkeit nicht möglich sein.

- Darlegungs- und Beweislast für behauptete Unzumutbarkeit beim Antragsteller (sog. Obliegenheit); ohne qualifizierte Wirtschaftlichkeitsberechnung ist der Antrag unvollständig, nicht entscheidungsreif<sup>28</sup> und deshalb abzulehnen.

- Auch bei dauerhafter Unterdeckung können besondere Umstände des Einzelfalles für eine erweiterte Zumutbarkeitslast sprechen, z.B. wenn der Eigentümer das Denkmal „sehenden Auges“ erworben hat.<sup>29</sup> Das freiwillig übernommene Risiko mindert die Schutzwürdigkeit des Eigentümers. Die Zumutbarkeit kann ferner davon beeinflusst werden, ob der Eigentümer Vorteile aus dem Risiko - etwa durch einen reduzierten Kaufpreis oder durch Schenkung - erzielt hat, vgl. BVerfGE 102, 1, 21 f. (Zitat aus dem o.g. MWFKS Nr. 4).

- Nicht auf Unzumutbarkeit berufen können sich „juristische Personen, die mittelbar oder unmittelbar mindestens mehrheitlich im Staatsbesitz stehen. Maßgeblich ist nicht die privatrechtliche Organisationsform, denn Art. 14 GG schützt nicht das Privateigentum, sondern das Eigentum Privater (BVerfGE 61, 82, 108). Diese Feststellung gilt nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG auch für staatliches Handeln in privatrechtlich organisierter Form (BVerfGE 45, 63, 80) und für Unternehmen mit staatlichen Mehrheitsbeteiligungen (BVerfG NJW 1980, 1093). Beim derzeitigen Stand der Privatisierung sind die Unternehmen des Konzerns der Deutschen Bahn AG nicht grundrechtsfähig (BayVGH, U. vom 3.8.2004, 8 BV 03.275 und BVerwG, U. vom 4.5.2006, 9 C 3/05). (Zitat aus dem o.g. MWFKS Nr. 1).

- Schnellschüsse zu Lasten eines Denkmals vermeiden. Ggf. Aussetzung der Entscheidung, bis der Antragsteller die Unzumutbarkeit nachgewiesen hat.

- Jede weitere Detaillierung der Grundsätze z.B. in Gesetzen oder Richtlinien ist ohne weitere Vorgaben der Rechtsprechung und ggf. des BVerfG verfrüht.<sup>30</sup> Vom BayVGH

---

<sup>28</sup> BayVGH v. 27.9.2007, a.a.O.

<sup>29</sup> Bestätigt z.B. durch VG Regensburg v. 20.1.2011 - RO 7 K 09.1518 -, juris.

<sup>30</sup> Dies gilt insbesondere für den missglückten Versuch Brandenburgs (VV des MWFK zur Prüfung der Zumutbarkeit im Rahmen von Erlaubnisverfahren und ordnungsrechtlichen Verfahren nach dem DSchGBB vom 16.4.2009, Abl. S. 959. Kritik: Die VV knüpft nicht an § 7 (3) des DSchGBB an. Der Bezug zur DIN 276 ist verfehlt, weil diese Kostenberechnung nicht auf die denkmalspezifischen Kosten abstellt und deshalb nicht die Grundlage für die abgestrebte Wirtschaftlichkeitsberechnung sein kann. Nur für das Denkmal wird die Berücksichtigung von Risikoaufschlag, Instandhaltungskosten, Rücklage, Mietausfallwagnis, Verwaltungs- und Betriebskosten verlangt, die Gegenüberstellung zum Neubau aber verweigert. Aus dem EStG werden nur berücksichtigt die §§ 7 i, 10 f, 10 g, 11 b, nicht aber z.B. § 7 h (Modernisierung!). Abgestellt wird nicht auf „Rote Null“ oder schwarze Null“, sondern auf einen



ist aber das MWFKS vom 14.1.2009 ausdrücklich sanktioniert und als verbindliches Schema für die Zumutbarkeitsprüfung anerkannt.<sup>31</sup>

- Schließlich ist den Behörden in aller Regel zu empfehlen, **Prozessrisiken** möglichst zu **verringern** (allerdings nicht durch prophylaktische Aufgabe des Denkmals), Zweifelsfragen frühzeitig z. B. durch entsprechende Gutachten zu klären und sich mit dem Pflichtigen ggf. in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag über Pflichten und Kostentragung zu einigen.

© 2013 Dr. Dieter Martin, Michelsberg 2, 96049 Bamberg  
martin@denkmalrecht.de

---

„nennenswerten wirtschaftlichen Erfolg“ des Investors. Nicht vorgesehen ist, ob eine andere Person das Denkmal erhalten könnte. Der Zeitpunkt für den Beginn der Zurechnung des unterlassenen Unterhalts wird nicht präzisiert. Das Unterlassen der Rechtsvorgänger des Antragstellers wird nicht einbezogen. Der Spielraum des BVerfG für Kompensationen ist nicht ausgeschöpft (z.B. Entgegenkommen auf anderen Grundstücken).

<sup>31</sup> BayVGH v. 18.10.2010, a.a.O.