

Wiederherstellung Mobilfunk OVG NW Beschluss vom 14.4.2003 8 B 2540, 2539/02, EzD 3.3 Nr. 11

1. Die Rechtmäßigkeit einer Anordnung nach § 27 Abs. 1 DSchG, den bisherigen Zustand wiederherzustellen, setzt voraus, dass die formell illegal durchgeführte Maßnahme auch aus materiellrechtlichen Gründen nicht genehmigungsfähig ist.

2. Zur Beseitigung einer Mobilfunkanlage vom Dach eines denkmalgeschützten Gebäudes

Aus den Gründen

Die Beschwerde der Ast. hat keinen Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat den Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 Abs. 5 VwGO zu Recht abgelehnt. Der Antrag ist unter Berücksichtigung des Beschwerdevorbringens, auf dessen Prüfung der Senat gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, unbegründet.

Das öffentliche Interesse am Vollzug der Wiederherstellungsverfügung überwiegt das Interesse der Ast. an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs. Gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO kann das Gericht auf Antrag die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs oder der Klage wiederherstellen bzw. anordnen. Dabei ist im Rahmen einer Interessenabwägung zu prüfen, ob das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung oder das Interesse an der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs überwiegt. An der Vollziehung einer offensichtlich rechtswidrigen Maßnahme kann kein öffentliches Interesse bestehen; ist die zu vollziehende Maßnahme offensichtlich rechtmäßig, kann das Interesse am Aufschub der Vollziehung regelmäßig als gering veranschlagt werden, so dass jedenfalls bei Hinzutreten einer der Sache nach gegebenen Dringlichkeit das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung überwiegt. Lassen sich die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache bei der im Verfahren nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO allein möglichen summarischen Prüfung nicht abschließend abschätzen, bedarf es einer Abwägung aller relevanten Umstände, insbesondere der Vollzugsfolgen, um zu ermitteln, wessen Interesse für die Dauer des Hauptsacheverfahrens Vorrang gebührt.

Im vorliegenden Fall ist die Ordnungsverfügung vom 8.10.2002 rechtmäßig; sie findet ihre Rechtsgrundlage in § 27 Abs. 1 DSchG und ist formell und materiell rechtmäßig.

Nach § 27 Abs. 1 DSchG kann die Denkmalbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen u. a. von demjenigen, der eine nach dem DSchG erlaubnispflichtige Handlung ohne Erlaubnis durchführt, die Wiederherstellung des bisherigen Zustands bzw. die Duldung der Wiederherstellung durch den Störer verlangen. Allerdings hängt die Rechtmäßigkeit einer solchen Verfügung von der weiteren Voraussetzung ab, dass die formell illegal durchgeführte Maßnahme auch aus materiellrechtlichen Gründen nicht

genehmigungsfähig ist (OVG NW, Urteil vom 3.9.1996, 10 A 1453/92, UA S. 10; Urteil vom 26.9.2000, 8 A 769/97; Memmesheimer/Upmeier/Schönstein, Denkmalrecht NW, 2. Aufl. 1989, § 27 Rz 9).

Diesen Anforderungen wird die Ordnungsverfügung vom 8.10.2002 gerecht. Die von der Antragstellerin durchgeführte Maßnahme - Errichtung der Sendeanlage - ist formell und materiell illegal. Die Ast. hat das bestandskräftig in die Denkmalliste eingetragene Baudenkmal durch die Errichtung der Sendeanlage verändert, ohne die nach § 9 Abs. 1 Buchstabe a DSchG erforderliche Erlaubnis hierfür zu besitzen. Die Auffassung der Ast., die dem Eigentümer durch Bescheid vom 30.8.1991 mitgeteilte Unterschutzstellung sei wegen des langen Zeitraums zwischen Erfassung des denkmalwerten Objekts und der Eintragung rechtswidrig, so dass die Berufung auf die Unterschutzstellung gegen Treu und Glauben verstoße und eine Erlaubnis nach § 9 DSchG nicht erforderlich sei, ist abwegig. Denkmäler müssen nach § 3 Abs. 1 DSchG in die Denkmalliste eingetragen werden, ohne dass den Denkmalschutzbehörden ein Ermessensspielraum zustünde. Für die Überlegung, dass infolge Zeitablaufs die rechtliche Möglichkeit einer Eintragung verwirkt sein könnte, ist in diesem Zusammenhang kein Raum; hiervon abgesehen sind lange Zeiträume zwischen der Denkmalerfassung nach Inkrafttreten des DSchG und der Eintragung wegen der Vielzahl der erfassten Denkmäler und der Komplexität vieler denkmalfachlicher Fragestellungen weder ungewöhnlich noch rechtlich zu beanstanden. Auch der Umstand, dass die Ast. inzwischen die Löschung der Eintragung in die Denkmalliste beantragt hat, ändert hieran nichts, ohne dass es darauf ankäme, dass - entgegen der Auffassung der Ast. - keine Indizien dafür ersichtlich sind, dass die Unterschutzstellung fehlerhaft gewesen oder geworden sein könnte. Selbst wenn der Bestand tatsächlich gegenüber dem Zustand bei Unterschutzstellung wesentlich verändert worden sein sollte, so würde dies allenfalls Anlass für eine Verfügung nach § 27 DSchG bieten, aber nicht die Unterschutzstellung selbst in Frage stellen; wäre dies anders, hätte jeder Denkmaleigentümer es in der Hand, durch Veränderungen des Denkmals dessen Löschung aus der Denkmalliste zu erzwingen.

Die Errichtung der Sendeanlage in ihrem derzeitigen Bestand ist auch materiell illegal. Einer Erlaubnis nach § 9 DSchG stehen Gründe des Denkmalschutzes entgegen, denn der Sendemast in seiner derzeitigen Form und mit einer Höhe von mehr als 6 m oberhalb der Dachfläche ist mit dem Erscheinungsbild einer Hofanlage aus dem 18. Jahrhundert schlechterdings nicht vereinbar. Auch verlangen überwiegende öffentliche Interessen die Maßnahme nicht. Es ist nicht erkennbar, dass der Versorgungsauftrag nach §§ 17, 18 TKG für das betroffene Gebiet nicht auch anders als durch Veränderung des Denkmals erfüllt werden könnte; die Ast. hat hierzu ausgeführt, dass jeder Alternativstandort innerhalb eines Radius von 100 m geeignet wäre, so dass die Frage offen bleiben kann, ob bei einer Veränderung von Standort und/oder Sendeleistung der umliegenden Sendestationen bzw. bei einer Hinnahme einer geringfügig schlechteren Qualität nicht auch weitere Alternativstandorte in Frage kämen.

Der Ag. hat sein danach eröffnetes Ermessen fehlerfrei ausgeübt. Die Ordnungsverfügung ist ausschließlich mit das Ergebnis tragenden denkmalfachlichen Ausführungen begründet. Ein milderer Mittel als der vollständige Rückbau der Anlage ist nicht gegeben. Die von der Ast. angebotene Modifizierung der Antennenanlage - Verringerung der Höhe auf etwa 2,50 m oberhalb der Dachfläche und Verkleidung durch eine Kaminattrappe - ist jedenfalls nicht offensichtlich nach § 9 DSchG genehmigungsfähig. Nach den in den Verfahrensakten befindlichen Fotomontagen ist zumindest zweifelhaft, ob dieses Vorhaben hinsichtlich der Höhe der geplanten Anlage, ihre aus der vorgelegten Fotomontage ersichtliche Schrägstellung auf dem Dach und den zur Verwendung kommenden Materialien - ein Kohlefaser-Material mit aufgeprägter Ziegelstein-Nachbildung - noch als denkmalgerecht angesehen werden könnte. Auch wenn das Dach früher mehrere Kamine getragen haben mag, ist es doch nicht ohne weiteres offenkundig, dass eine etwa 3,10 m über die (der Traufe zugewandte) Dachfläche hinausreichende Konstruktion - Kamin zuzüglich Blitzfangstange (vgl. die im Rahmen des Antrags nach § 9 DSchG eingereichte und im Maßstab 1:10 ausgeführte Konstruktionszeichnung vom 21.10.2002) - auf den sachkundigen Betrachter denkmalgerecht wirken würde. Einer abschließenden Entscheidung hierüber bedarf es im Rahmen des vorliegenden Verfahrens indes nicht; da die Genehmigungsfähigkeit des Ersatzvorhabens nicht offensichtlich ist, musste der Ag. vom Erlass einer Wiederherstellungsverfügung nach § 27 DSchG nicht absehen. Auch die der Ast. entstehenden Rückbaukosten stellen das Ergebnis der Ermessensausübung nicht in Frage, ohne dass es darauf ankäme, wie hoch der Anteil des nicht mehr wiederverwendbaren Materials nach dem Abbau sein wird.

Die Ordnungsverfügung ist auch nicht aus anderen Gründen ermessensfehlerhaft. Ein Einfluss sachfremder Erwägungen ist nicht erkennbar; substantielle Hinweise darauf, dass Gesichtspunkte des Gesundheitsschutzes daneben eine Rolle gespielt haben könnten, gibt es entgegen der Auffassung der Ast. nicht; auch der aus §§ 17 und 18 TKG folgende Versorgungsauftrag vermag, wie ausgeführt, die für ein Einschreiten sprechenden Gesichtspunkte nicht zu überwinden. Die Behauptung der Ast., der Ag. habe die Anlage lange Zeit hindurch geduldet, trifft ausweislich der Akten nicht zu, selbst wenn die Gemeinde - was sich den Verfahrensakten indes nicht eindeutig entnehmen lässt - schon seit Oktober 2001 von der Standortplanung der Ast. wusste. Denn die Anlage ist erst zu Beginn des Jahres 2002 in Betrieb gegangen, und unmittelbar nach Eingang des Schreibens der Bürgerinitiative vom 1.8.2002 ist es zu Gesprächen über die Beseitigung der Sendeanlage gekommen. Der von der Ast. hervorgehobene Aspekt, ein Sofortvollzug sei angesichts schwebender Verhandlungen über einen denkmalgerechten Rückbau unverhältnismäßig, führt jedenfalls nach ablehnender Bescheidung des Antrags auf Erteilung einer Erlaubnis nach § 9 DSchG für den Rückbau nicht (mehr) zu einem abweichenden Ergebnis.

Die Ordnungsverfügung ist schließlich auch nicht unbestimmt, sondern setzt eindeutige Handlungspflichten fest und ist auch hinsichtlich der Adressatin - T-Mobile GmbH - zweifelsfrei. Dass durch Ausgliederungsvertrag Teile des Betriebsvermögens der Antragstellerin - die als Handlungsstörerin in Anspruch genommen wird - auf andere Rechtsträger übergegangen sind, beeinflusst die Rechtmäßigkeit der Ordnungsverfügung gleichfalls nicht und könnte allenfalls zu der Notwendigkeit zusätzlicher Duldungsverfügungen führen. Schließlich ist auch die Anordnung der sofortigen Vollziehung in nicht zu beanstandender Weise damit begründet, dass nur durch eine sofortige Vollziehung der Ordnungsvollziehung der Eindruck vermieden werden kann, dass derjenige, der sich über Genehmigungserfordernisse hinwegsetzt, daraus während der Dauer sich anschließender Rechtsschutzverfahren erhebliche wirtschaftliche Vorteile ziehen kann; im Hinblick darauf, dass der im vorliegenden Fall zu Grunde liegende Mietvertrag eine Grundlaufzeit von nur zehn Jahren hat, wäre zu befürchten, dass ein nicht unerheblicher Teil dieser Laufzeit durch Ausschöpfung des Rechtsweges verstreichen könnte. Gesichtspunkte, die die Rechtmäßigkeit der Androhung des Zwangsgeldes oder seiner Höhe in Frage stellen könnten, sind nicht ersichtlich.