

## **Verursacher, Veranlasser und Kostenfolgen im Denkmalrecht**

Von Dr. Dieter Martin, Ltd. Akad. Direktor an der Universität Bamberg<sup>1</sup>

**Zu den bundesweit erörterten Problemen des Denkmalrechts gehören seit langem die Fragen des Schadenersatzes der Verursacher und der Wiederherstellung bei der Beschädigung von Denkmälern; die Praxis schöpft die rechtlichen Möglichkeiten selten aus. Vor allem in rechtspolitischer Hinsicht diskutiert werden die Verantwortlichkeiten der Veranlasser bei Eingriffen in Bau- und Bodendenkmäler. Die Kostenfolgen von Eingriffen treffen bereits bisher - wie in anderen Genehmigungsverfahren - weitgehend die Bauherren als Veranlasser und nicht die Denkmalbehörden. Dies gilt auch für alle Maßnahmen der öffentlichen Hand. Unnötige Vollzugsdefizite in Genehmigungsverfahren aller Art führen zu Unsicherheiten. Durch Nebenbestimmungen zu bau- und denkmalrechtlichen Verwaltungsakten lassen sich die Pflichten der Veranlasser jederzeit praxisgerecht präzisieren. Einer Änderung des Bayerischen Denkmalschutzgesetzes bedarf es deshalb nicht.**

### **A. Einführung in den Problemkreis**

Die drei Buchstaben ICE<sup>2</sup> stehen für das größte in diesen Jahren in Deutschland verwirklichte technische Projekt, dem allerdings zumindest in einigen Regionen vorgeworfen wird, ohne Chance auf deren Bergung über Tausende von archäologischen Fundstätten hinwegzugehen und damit Geschichtszeugnisse spurlos zu beseitigen. Ebenfalls scheinbar ohne Gefahr zu laufen, in die Schranken eines Gesetzes gewiesen zu werden, können andernorts Denkmäler durch Hoch- und Tiefbaumaßnahmen gefährdet, durch Unterlassen des Unterhalts dem Verfall preisgegeben oder sogar bei Nacht und Nebel abgebrochen werden, ohne dass Behörden dies unterbinden oder zumindest von den Sanktionsmöglichkeiten der Straf- und Bußgeldvorschriften Gebrauch machen<sup>3</sup>. Ähnliche Vorwürfe tauchen bei Stadtsanierungs- und Wiederaufbaumaßnahmen auf, weil nur zu oft an unscheinbare wie bedeutende Baudenkmäler die Hand angelegt wird, ohne sie vorher ausreichend zu untersuchen und zu erfassen. Ohne den Versuch von denkmalverträglichen Lösungen wird wertvolle Substanz technischer Denkmäler

---

<sup>1</sup> Der Verfasser ist selbständiger Fachvertreter für Management und Recht der Denkmalpflege.

<sup>2</sup> Abkürzungen: ICE = InterCityExpress der Deutschen Bahn AG. Die Denkmalschutzgesetze der Länder werden nur mit Landeskürzeln zitiert: BB Brandenburg, BW Baden-Württemberg, BE Berlin, BR Bremen, BY Bayern, HE Hessen, HH Hamburg, MV Mecklenburg-Vorpommern, NS Niedersachsen, NW Nordrhein-Westfalen, RP Rheinland-Pfalz, SL Saarland, SH Schleswig-Holstein, SN Sachsen, ST Sachsen-Anhalt, TH Thüringen. Weitere Abkürzungen: DNK Deutsches Nationalkomitee für Denkmalschutz, EzD Entscheidungen zum Denkmalrecht.

<sup>3</sup> Einige „Fälle“ aus der jüngeren Tagespresse: Römischer Siedlung in Augsburg droht Gefahr (Süddeutsche Zeitung - SZ - vom 23.6.1999); Gefahr der Vernichtung frühgeschichtlicher Denkmäler durch ICE-Trasse (SZ vom 3.9.1998); Streit um Asam-Fresco - Jets nicht nachweislich schuld (SZ vom 25.4.1997); Experten fürchten flächendeckende Katastrophe für Archäologie in Bayern (Donaukurier vom 19.6.1998); weitere Beispiele Braunkohletagebau, Erschließungs- und Stadtsanierungsmaßnahmen, Erdgasleitung usw. usw.

aufgegeben, ohne diese auch nur notdürftig zu dokumentieren. Die Frage drängt sich auf, ob denn Defizite im Denkmalrecht<sup>4</sup> bestehen und zwangsläufig zu derart misslichen Ergebnissen in der Praxis führen müssen, oder ob die Ursachen nicht eher im Vollzug der Denkmal- oder anderer Genehmigungsbehörden liegen. Kaum ein Rechtsbereich ist so zersplittert wie das Denkmalrecht. Nach der Wiedervereinigung kamen zu den zehn westdeutschen die sechs Gesetze der neuen Länder hinzu, die zugleich das als Landesrecht fort geltende Denkmalpflegegesetz der DDR ablösten<sup>5</sup>. Drei Länder haben zwischenzeitlich ihre Gesetze gerade in den Gegenständen dieses Aufsatzes zum Teil gründlich überarbeitet. Auffällig ist, dass kein anderes Land Regelungen des Bayerischen Denkmalschutzgesetzes übernommen hat, obwohl dieses Gesetz lange Jahre als vorbildlich galt; vielmehr haben sich die neuen Länder zunächst an ihren jeweiligen westlichen Partnerländern orientiert und dabei oft kritiklos auch unzureichend formulierte oder unpraktische Bausteine übernommen<sup>6</sup>. Positiv zu vermerken sind sowohl die Übernahme einzelner gesetzestechnischer Errungenschaften des DDR-Rechtes als auch eine Reihe von Ansätzen im Bereich von Verursachern, Veranlassern und bei den Kostentragungspflichten<sup>7</sup>, die negativen Erfahrungen der westlichen Länder beim Vollzug begegnen sollten. Einen Musterentwurf etwa nach dem Vorbild der Bauordnungen für ein einheitliches Gesetz hat es nie gegeben. Angesichts des Pochens der Länder auf ihre kulturelle Eigenständigkeit und wegen des durchaus unterschiedlichen Gewichts von Denkmalschutz und Denkmalpflege in den einzelnen Ländern und Parteien ist eine Vereinheitlichung in weiter Ferne; zudem stünde eine nicht wünschenswerte Einigung auf einen kleinsten gemeinsamen Nenner unter Aufgabe regionaler Errungenschaften zu befürchten. Erfolgreich ist die bundesweite Zusammenarbeit in den Vereinigungen der Landesdenkmalpfleger und der Landesarchäologen, bei ICOMOS sowie im Deutschen Nationalkomitee für Denkmalschutz (DNK) mit ihren jeweiligen Arbeitsgruppen<sup>8</sup>. Der Erfahrungsaustausch führt trotz der unterschiedlichen Gesetzeslage in der Praxis zu vielfach gleichwertigen rechtlichen Ergebnissen. Dies gilt nicht zuletzt auch für die vor allem in den älteren Gesetzen nur partiell gelösten, in der täglichen Praxis aber außerordentlich wichtigen Probleme der Verursacher, Veranlasser und Kostenfolgen.

---

<sup>4</sup> Zur Einführung und Vertiefung wird auf die Standardliteratur zum Denkmalrecht verwiesen, insbesondere die Kommentare von Strobl/Majocco/Birn (BW), Eberl/Martin/Petzelt (BY), Martin/Schmitt (BE), Dörrfeldt/Viebrock (HE), Schmaltz/Wiechert (NS), Memmesheimer/Upmeyer/Schönstein (NW), Hönes (RP), Martin/Schneider/Wecker/Bregger (SN) sowie das Handbuch Denkmalschutz-Denkmalpflege-Bodendenkmalpflege von Martin/Viebrock/Bielfeldt, Kronach 1997 ff.

<sup>5</sup> Die Gesetze der Länder und das DenkmalpflegeG der DDR nach dem Rechtsstand von 1982 sind abgedruckt in der 1. Auflage „Denkmalschutzgesetze“ des Bandes 18 des DNK; vgl. nunmehr die 3. Auflage 1998 mit neuestem Rechtsstand in Band 54.

<sup>6</sup> Deutliche Beispiele sind die Einführung des sog. konstitutiven Systems in BB, die Ensembleausweisung durch kommunale Satzung, nicht untereinander abgestimmte Genehmigungstatbestände, die nachlässige Formulierung der meisten Bußgeldvorschriften oder zu eng formulierte Kostentragungspflichten. Hier zeigt sich, dass die „Wartburgthesen“ der Vereinigung der Landesdenkmalpfleger vom 2. März 1990 zu kurz zielten (abgedruckt in „Denkmalschutz“, Band 52 des DNK).

<sup>7</sup> Wie zu zeigen sein wird, war das Problem nur ansatzweise erkannt. Negatives Beispiel ist insbesondere der nicht zu Ende ausgetragene Streit um Umfang und Finanzierung der Bodendenkmalpflege auf der ICE-Trasse Berlin-Hannover im Bereich von BB; vgl. dazu die aufschlußreiche Äußerung des Bundesverkehrsministeriums im Verfahren vor dem BVerwG, auszugsweise wiedergegeben in Martin/Viebrock/Bielfeldt, Kennzahl 93.51.

<sup>8</sup> Die Arbeitsgruppe Recht und Steuerfragen des DNK hat über sechzig mal getagt und wesentlich zur Verbreitung denkmalrechtlicher Erkenntnisse beigetragen; eine ihrer Früchte ist die Entscheidungssammlung zum Denkmalrecht (EzD) von Eberl/Kapteina, Kleeberg/Martin, Stuttgart 1997 ff.

Im folgenden werden die in Gesetzen, Rechtsprechung und Praxis oft synonym verwendeten Begriffe Verursacher und Veranlasser unterschieden: Den schadenersatzrechtlichen **Verursacher (B)** eines Eingriffs trifft gegebenenfalls eine Schadenersatz- oder Wiederherstellungspflicht; den **Veranlasser (C)** treffen Verfahrenspflichten, die materiellen Gebote der Denkmalverträglichkeit sowie die Kostenfolgen (**D**).

## **B. Verursacher und Wiederherstellung**

### **Problemstellung**

Denkmäler sind nach den insofern weitgehend deckungsgleichen Denkmalschutzgesetzen der 16 Länder jeweils Sachen, die bestimmte Bedeutungskriterien erfüllen müssen (sog. Denkmalfähigkeit), und deren Erhaltung im Interesse der Allgemeinheit liegt (sog. Denkmalwürdigkeit). Bereits über diese Definition sind als Oberziel die Erhaltung dieser Sachen festgelegt und gleichzeitig die Dispositionsfreiheit des Eigentümers im Sinne des Art. 14 Abs.1 Grundgesetz gesetzlich eingeschränkt; er kann mit seinem Denkmal nicht wie mit anderem Eigentum nach Belieben umgehen. Insbesondere gibt es seit Inkrafttreten der Denkmalschutzgesetze keinen etwa der „Baufreiheit“ korrespondierenden Anspruch auf Abbruch oder auf sonstige Beeinträchtigung von Denkmälern<sup>9</sup>. Verfehlt ist deshalb bereits im Ansatz der Gedanke, das Denkmalrecht nach dem Vorbild der Bauordnung zu „liberalisieren“. Die meisten Länderverfassungen verpflichten den Staat zum Denkmalschutz. Gegen Beeinträchtigungen schützen vorbeugend die Verfahrenspflichten nach den Genehmigungstatbeständen der unterschiedlichsten Gesetze sowie die spezifisch denkmalrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten sowohl der Wiederherstellungspflicht als auch der Straf- und Bußgeldvorschriften.

### **I. Zum Begriff „Verursacher“**

Der „Verursacher“ ist kein Begriff speziell des Denkmalrechts; lediglich in den Gesetzen von Mecklenburg-Vorpommern (§ 6 Abs.5) und Thüringen (§ 7 Abs.4) wird er unkritisch und mit von diesem Aufsatz abweichender Terminologie im Zusammenhang mit der Kostentragungspflicht bei Eingriffen in Denkmäler verwendet. Die Begriffe der Kausalität und des Verursachens werden auch im BGB im Zusammenhang mit dem Schadenersatz nicht direkt verwendet; sie kommen aus der Dogmatik des bürgerlichen Rechts, genauer aus dem Recht der unerlaubten Handlungen und des Schadenersatzes<sup>10</sup>. Ursprünglich ist damit eine negative Bewertung eines Handelns mit der entsprechenden Rechtsfolge der Zurechnung verbunden: Das Verursachen eines Schadens (BGB: „Wer einen Schaden zufügt...“) wird in der Regel unter den Voraussetzungen von Rechtswidrigkeit und Schuld mit einer Sanktion zum Ausgleich der Folgen des Handelns belegt.

---

<sup>9</sup> Eberl/Martin/Petzet, Erl. 32 zu Art. 6 BayDSchG mit Begründung und Nachweisen. Auch das BVerfG hat keinen derartigen Anspruch anerkannt, BVerfG vom 2.3.1999, E 100, 226 = BayVBl. 2000, 588. Hierzu Martin, Bundesverfassungsgericht contra Denkmalschutz? BayVBl. 2000, 584.

<sup>10</sup> Einführend zu den Begriffen der Zurechnung, der Kausalität und des Verursachens im bürgerlichen Recht siehe statt vieler z.B. Lange, Schadensersatz, Tübingen 1979, § 3, und Palandt, BGB, Vorbemerkung vor § 249 Rn 54 ff.

Im öffentlichen Recht herrscht demgegenüber zumindest im Bereich der öffentlichen Sicherheit und Ordnung das weitgehend von einem Verschulden unabhängige ordnungsrechtliche Störerprinzip<sup>11</sup>. Besonders im in den sechziger Jahren entwickelten Bereich des Umweltrechts wurde das „Verursacherprinzip“ rechtspolitisch eingefordert; nach langer kontroverser Diskussion ist es mittlerweile eine der anerkannten Säulen des gesamten Rechtsbereichs und hat sogar seine verfassungsrechtliche Ausformung in Art. 20 a GG gefunden<sup>12</sup>.

Ohne dies hier zu vertiefen, ist beim Begriff des Verursachens zumindest eine Reihe gravierender Unterschiede in den genannten Rechtsbereichen festzustellen. Dies betrifft in erster Linie das Verschuldensprinzip, das nur im Bereich des § 823 BGB uneingeschränkt gilt. Im Polizeirecht kommt es regelmäßig nur auf die objektive Störung an. Das Umweltrecht knüpft manche Rechtsfolgen allein an den Kausalitätszusammenhang; hier kann schon das objektive Überschreiten von Grenzwerten durch die Kumulation von Emissionen unterschiedlicher Herkunft als Grund für die Versagung oder den Widerruf von Genehmigungen genügen<sup>13</sup>. Im folgenden wird als Verursacher derjenige bezeichnet, dessen Tun oder Unterlassen kausal für Einwirkungen auf Denkmäler ist.

## **II. Schädigende Einwirkungen auf Denkmäler in den verschiedenen Rechtsbereichen**

Denkmäler und andere Sachen von kulturellem Wert sind mögliche Schutzgüter in allen genannten Rechtsbereichen vom BGB bis zum Umweltrecht. Was schädigende Einwirkungen auf diese Gegenstände anlangt, ist zu unterscheiden:

### **1. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)**

Schädigende Einwirkungen auf Kulturgüter begegnen in vielfältigen Formen. Sie beginnen mit einfachen mechanischen Eingriffen wie Umstoßen, Ausgraben, Zerschlagen, Abbruch oder Verbrennen. Sie setzen sich fort in Störungen der Oberfläche (Sprayer), reichen über ungewöhnliche Einwirkungen wie das Auslösen von Erschütterungen durch das Befahren von Straßen neben Baudenkmalern bis zum Tieffliegen<sup>14</sup> über Baudenkmalern. Bodendenkmäler werden z.B. dem Tiefpflügen oder aggressiven Düngemitteln ausgesetzt. Denkmäler im Freien werden darüber hinaus durch Luftverunreinigungen infolge der langfristigen Verkettung von Emissionen der Technik und des Autoverkehrs beeinträchtigt<sup>15</sup>.

Nach dem Recht der unerlaubten Handlungen des BGB kommen zwei Anspruchsgrundlagen für Schadenersatz in Frage: § 823 Abs.1 bei der Schädigung fremden Eigentums oder Besitzes wie z.B. bei Bau-, Boden- und beweglichen Denkmälern, bei Kunstgegenständen oder Funden. Bei § 823 Abs.2 kommt es dagegen auf den mindestens fahrlässigen Verstoß gegen Schutznormen an, zu denen z.B. sämtliche Straf- oder Bußgeldvorschriften zur Sachbeschädigung im Strafgesetzbuch und zur Denkmalveränderung in den Denkmalschutzgesetzen

<sup>11</sup> Zum polizei- und ordnungsrechtlichen Verursacherbegriff siehe auch unten III 2.3.

<sup>12</sup> Zum Verursacherprinzip im Umweltrecht siehe II 2.

<sup>13</sup> Rechtsgrundlage kann z.B. § 21 Abs.1 Nr. 3 BImSchG sein.

<sup>14</sup> Militärische Stellen haben jeweils die Verursachung von Schäden durch Flugverkehr z.B. an der Wieskirche und am Schloß Schönach bestritten; „Streit um Asams Sonnengott“, Süddeutsche Zeitung vom 25.4.1997.

<sup>15</sup> Sofern kein bestimmtes Handeln „dingfest“ gemacht werden kann, sind Klagen gegen den Staat z.B. wegen Verletzung des Eigentumsgrundrechts aber problematisch; vgl. zum Waldsterben BVerfG vom 26.5.1998, NJW 1998, 3264.

gehören. Unterlassungsansprüche nach § 1004 BGB können bereits vorbeugend vor Eintritt eines Schadens, aber auch während einer laufenden Schädigung geltend gemacht werden.

Anspruchsberechtigt sind nur Eigentümer und Besitzer, nicht aber z.B. eine Denkmalschutzbehörde. Die zivilrechtlichen Ansprüche richten sich gegen den Schädiger; in der Regel wird der Eigentümer nicht in Anspruch genommen werden können, weil er nach dem Verständnis des BGB mit seinen Sachen nach Belieben verfahren und sie sogar zerstören darf<sup>16</sup>. Die Ansprüche richten sich auf Naturalrestitution, § 249 BGB; herzustellen ist der Zustand, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Ist z.B. ein Denkmal nur beschädigt worden, wird eine Reparatur möglich sein. Bei der Zerstörung eines Denkmals ist zwar eine „naturgetreue Rekonstruktion“ als Naturalrestitution grundsätzlich denkbar („Kuh statt Kuh“); im Einzelfall schwierig zu beantworten werden sein Fragen nach dem Ersatz für die verlorene „ideelle“ und rechtliche Denkmaleigenschaft, aber auch nach der denkmalrechtlichen Zulässigkeit der Rekonstruktion eines Denkmals (siehe unten III 1)<sup>17</sup>.

## **2. Umweltrecht, Bundesimmissionsschutzgesetz<sup>18</sup>**

Einwirkungen auf Denkmäler können auch Immissionen und Emissionen im Sinne des § 3 Bundesimmissionsschutzgesetz (BlmSchG) sein; nach Abs. 2 sind Immissionen auch auf Kulturgüter einwirkende Umwelteinwirkungen, nach Abs.3 sind Emissionen von Anlagen ausgehende Luftverunreinigungen, Erschütterungen usw. Erfaßt werden damit also z.B. auch Einwirkungen auf Denkmäler, die diese beschädigen oder sogar zerstören können. Zu erinnern ist an Schädigungen von Naturstein durch Abgase oder sauren Regen, Erschütterung der Standfestigkeit von Baudenkmalern durch Schwerlastverkehr, Belasten mit schwerem Material oder aggressives Düngen von Flächen mit Bodendenkmälern usw. Über Rechtsinstrumente des BlmSchG können Kulturgüter vor allem indirekt geschützt werden, wenn z.B. Anlagen in der Nähe von Denkmalensembles oder Monumentalbauten nicht oder nur unter Begrenzung der Emission genehmigt oder nachträgliche Anordnungen getroffen werden.

Das BlmSchG hält wirksame Rechtsinstrumente zum Schutz der Kulturgüter von der Genehmigung eines konkreten Vorhabens unter entsprechenden Nebenbestimmungen<sup>19</sup> bis zur Untersagung des Betriebs auch von nicht genehmigungspflichtigen Anlagen bereit, deren Möglichkeiten für den Denkmalschutz bis heute noch nicht annähernd ausgelotet sind.

Das im Zusammenhang mit dem Umweltrecht häufig genannte Verursacherprinzip ist dagegen als solches keine Rechtsgrundlage für die Untersagung von Eingriffen oder für Ersatzansprüche und darf deshalb nicht überschätzt werden. Es greift zwar auf allgemeine Gerechtigkeitserwägungen des Schadenersatz- und Polizeirechts

---

<sup>16</sup> § 903 Satz 1 BGB; vgl. hierzu z.B. die Kommentierung in Palandt BGB.

<sup>17</sup> Das LG Traunstein hat in einem Urteil vom 2.3.1998, 3 O 3337/97, EzD 2.2.8 Nr. 7, eine Stadt verpflichtet, die von ihren Bauarbeitern versehentlich zerstörte Schifferkapelle aus dem Jahre 1930 (!) entsprechend den genauen Vorgaben des Denkmalamtes einschließlich der Ausmalung wieder aufzubauen. Die Anspruchsgrundlagen sah das Gericht in den § 7 StVG und 831 Abs.1, 823 Abs. 1 BGB; zur Anspruchsgrundlage wegen enteignenden Eingriffs siehe unten Nr. 6.

<sup>18</sup> Siehe insbesondere die Kommentarliteratur, z.B. Landmann/Rohmer, 2. Auflage 1998, Jarass, 4. Auflage 1998.

<sup>19</sup> Die Vorhabengenehmigung sollte auch das „Kernstück“ eines künftigen Umweltgesetzbuches sein; vgl. z.B. die Beiträge von Sandler, Neue Justiz 1997, 506, 511, Scholten, DÖV 1997, 701, Weinreich NVwZ 1997, 949 und Schrader, NuR 1998, 285.

zurück<sup>20</sup>, kann aber aus sich heraus z.B. keine Haftungsansprüche begründen. Insbesondere taugt es nicht als Anspruchsgrundlage beim Vorliegen von im Umweltbereich nicht seltenen unklaren Kausalanteilen z.B. bei summierten Immissionen, synergetischen Effekten und bei Langzeitwirkungen<sup>21</sup>. Werden unter Verstoß<sup>22</sup> gegen das BImSchG Denkmäler beschädigt, so können nicht nur die Eigentümer über § 823 Abs.1 und 2 BGB, sondern gegebenenfalls neben den Denkmalschutzbehörden auch die Umweltschutzbehörden die Beseitigung der Schäden verlangen. Vorbeugend kann ebenfalls zwei- bzw. sogar dreigleisig mit einstweiligen Verfügungen nach Zivilrecht und mit öffentlichrechtlichen Anordnungen sowohl nach Umwelt- als auch nach Denkmalrecht vorgegangen werden.

### 3. Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP)<sup>23</sup>

Bei einer Vielzahl von Planungen und Maßnahmen<sup>24</sup> ist seit Inkrafttreten des UVPG eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen. Nach § 2 UVPG umfasst sie die Ermittlung, Beschreibung und Bewertung der Vorhaben hinsichtlich ihrer Folgen unter anderem auch für Kulturgüter wie Bau- und Bodendenkmäler<sup>25</sup>. Das Gesetz bringt zwar keine Genehmigungspflicht oder Verbotsmöglichkeiten; es eröffnet auch keine Ansprüche von Privaten oder verselbständigte Klagemöglichkeiten. Vielmehr ist die UVP lediglich eine Prüfung der Umweltfolgen und bleibt nur ein unselbständiger Teil des Entscheidungsverfahrens über die Zulässigkeit des Vorhabens, verbessert aber in jedem Fall die Entscheidungsgrundlagen hinsichtlich der fachlichen Belange auch z.B. der Denkmalpflege<sup>26</sup>.

Die Möglichkeiten der UVP für den Kulturgüterschutz z.B. bei der Bauleitplanung aber auch in Genehmigungsverfahren aller Art sind wegen entsprechenden bundesweiten Defiziten im Gesetzesvollzug weder tatsächlich noch rechtlich ausgelotet<sup>27</sup>. Jedenfalls führt sie nicht unmittelbar zu Haftung und Schadenersatz bzw. zur Wiederherstellung nach Beschädigung oder Zerstörung von Kulturgütern.

<sup>20</sup> Statt vieler Kloepfer, Umweltrecht, 2. Auflage München 1998, § 3 RdNr. 27. Zum Verursacherprinzip, seiner Geschichte, seinen Bedeutungsvarianten und seiner Reichweite siehe ferner z.B. Himmelmann/Pohl/Tünnesen-Harmes, Handbuch des Umweltrechts, Stand 1998, A.2 RdNr. 35 ff., A.9 RdNr. 33 ff., und Kimminich/Lersner/Storm, Handwörterbuch des Umweltrechts, 2. Auflage 1994, Sp. 2678 ff.

<sup>21</sup> Kloepfer a.a.O. § 3 RdNr.35.

<sup>22</sup> Bei genehmigten Anlagen ist § 14 BImSchG zu beachten, der aber nur privatrechtliche Ansprüche ausschließt.

<sup>23</sup> Zur UVP siehe allgemein Erbguth/Schink, UVPG, 2. Auflage 1996, Himmelmann/Pohl/Tünnesen-Harmes, Handbuch des Umweltrechts, 1998, Schoeneberg, UVP, 1993, Gassner/Winkelbrandt, Umweltverträglichkeitsprüfung in der Praxis, 2. Auflage 1992, Klößner, Straßenplanung und UVP, 1992; speziell zum Denkmalschutz siehe Kulturgüterschutz in der UVP, Zeitschrift Kulturlandschaft, Jg. 4, 1994, H.2, Sonderheft.

<sup>24</sup> Katalog in der Anlage zum UVPG: Genannt sind mit Einschränkungen u.a. Bundesfernstraßen, Eisenbahnen, Wasserstraßen, Flurbereinigung und Bebauungspläne. Nach der UVP-Richtlinie der EU können künftig auch weitere Projekte wie Windfarmen je nach Einzelfallbetrachtung fakultativ einer UVP zu unterziehen sein, siehe Peters, Das Recht der UVP im Übergang, UPR 1999, 294. Zur Prüfungspflicht von Varianten bei Fernstraßen siehe z.B. BVerwG v.24.9.1997, NVwZ-RR 1998, 297.

<sup>25</sup> Zusammenfassend mit weiteren Nachweisen z.B. Schink, Die UVP - eine Bilanz, NuR 1998, 173.

<sup>26</sup> Schmidt-Preuß, Der verfahrensrechtliche Charakter der UVP, DVBl. 1995, 485. Ein Katalog möglicher Vorhabenswirkungen auf Kulturgüter und Minderungsmaßnahmen z.B. bei Gassner/Winkelbrandt, UVP in der Praxis, 2. Auflage 1992, S. 178 ff. Siehe auch Kulturgüterschutz in der UVP, Zeitschrift Kulturlandschaft 1994, Heft 2.

<sup>27</sup> Ansätze bei Boesler, Die Kulturgüter als Bestandteil der Umweltverträglichkeitsprüfung, Köln 1996; Horn, Bodendenkmalpflege und Umweltverträglichkeitsprüfung, Archäologie in Deutschland 1994, Heft 3, S. 4 f. Skeptisch zu den künftigen Möglichkeiten insbesondere wegen der Beschleunigungsgesetzgebung z. B. Schink, NuR 1998, 173, 174.

#### 4. Polizei- und Sicherheitsrecht<sup>28</sup>

In unterschiedlicher Formulierung und zum Teil mit abweichenden Voraussetzungen im Detail können Kulturgüter auch durch das Polizei- und Sicherheitsrecht der Länder geschützt sein, das entsprechende Maßnahmen der zuständigen Behörden und Stellen ermöglicht, aber keine speziellen Schadenersatzpflichten vorsieht. Denkmäler gehören zu den sog. kollektiven Schutzgütern, deren Schutz mit Rücksicht auf die Allgemeinheit geboten ist; dies ergibt sich bereits aus der gesetzlichen Definition des Denkmals, wonach Denkmäler nur vorliegen können, wenn ihre Erhaltung im Interesse der Allgemeinheit liegt (sog. Denkmalwürdigkeit). Sofern nicht in einzelnen Ländern eine „exklusive“ Zuständigkeit der Denkmalschutzbehörden ein Tätigwerden der Sicherheitsbehörden hindert, können sowohl die allgemeinen Sicherheitsbehörden als auch die Polizeidienstkräfte auf ihre polizei- und sicherheitsrechtlichen Aufgaben zur Gefahrenabwehr und ihre entsprechenden Befugnisnormen zum Verhindern oder Unterbinden von Störungen<sup>29</sup> der Kulturgüter zurückgreifen. Daneben besteht das nach Landesrecht unterschiedliche Weisungsrecht gegenüber der Polizei und den Sicherheitsbehörden.

#### 5. Denkmalrecht

Die 16 deutschen Denkmalschutzgesetze zeigen durchaus unterschiedliche Anknüpfungstatbestände und Konstruktionen sowohl für das Verhindern von Schädigungen als auch für Schadenersatzpflichten in der Folge von Beschädigungen von Denkmälern<sup>30</sup>.

Schon vor Beginn eines ungenehmigten Zerstörungswerks besteht unabhängig von der Wiederherstellungspflicht nach der Tat die vorbeugende Möglichkeit zu denkmalrechtlichen Anordnungen der Behörden in Bezug auf die zu schützenden Denkmäler z.B. mit der ausdrücklichen Untersagung oder Unterbindung derartiger zerstörerischer Eingriffe in ihrem jeweiligen Stadium<sup>31</sup>. Da die Denkmalschutzbehörden gesetzlich, zum Teil sogar verfassungsrechtlich<sup>32</sup> zum Schutz der Denkmäler verpflichtet sind, sind sie gehalten, vorrangig von diesen Befugnisnormen tatsächlich Gebrauch zu machen; sie haben keinen Entscheidungsspielraum in Richtung auf einen Verzicht auf Vollzug des Gesetzes etwa nach dem Motto „dulde und liquidiere“.

---

<sup>28</sup> Zum landesrechtlich unterschiedlich geregelten polizeirechtlichen Kulturgüterschutz siehe die Literatur zum allgemeinen Polizei- und Sicherheitsrecht sowie zu den Polizeigesetzen der Länder. Siehe auch Eberl/Martin/Petzet, Erl.1 zu Art.4 BY und Martin/Schneider/Wecker/Bregger, Erl. zu § 11 SN.

<sup>29</sup> Im Einzelfall muss ermittelt werden, ob eine Störung vorliegt bzw. ob sogar der Nichtstörer in Anspruch genommen werden kann; vgl. z.B. Selmer, Der Begriff der Verursachung im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht, JuS 1992, 97.

<sup>30</sup> Im einzelnen handelt es sich um die Artikel bzw. §§ 15 Abs.3 BY, 13 Abs.1 BE, 23 Abs.1 und 2 BB, 10 Abs.5 und 16 Abs.2 BR, 29 HH, 8 HE, 17 MV, 25 NS, 27 NW, 14 Abs.1 RP, 12 Abs.6 SL, 11 Abs.2 SN, 9 Abs. 8 ST, 9 Abs.3 SH und 15 TH. In BW dient § 7 als Befugnisnorm für entsprechende Anordnungen (Strobl/Majocco/Birn, Erl. 16, 17 zu § 7). Vgl. zusammenfassend z.B. Martin/Viebrock/Bielfeldt, Kennzahl 51.50.

<sup>31</sup> Zu ausdrücklichen denkmalrechtlichen oder über das Polizeirecht zu erschließenden sicherheitsrechtlichen Befugnisnormen vgl. z.B. Martin/Schneider/Wecker/Bregger, Erl. des § 11 SN und Eberl/Martin/Petzet, Erl. 1 zu Art. 4 BY. Mustergültig ist z.B. § 13 Abs. 2 BE, wonach eine vorläufige Einstellung und die Versiegelung der Baustelle angeordnet werden können; hierzu Martin/Schmidt, Denkmalschutzrecht in Berlin, IV 6..

<sup>32</sup> Z.B. durch Art. 141 Abs.2, 1. Halbsatz der Bayerischen Verfassung; siehe auch die Art 86 BW, 34 Abs.2 BB, 62 HE, 18 Abs.2 NW, 40 Abs.3 RP, 34 Abs.2 SL, 11 Abs.3 SN, 36 Abs.4 ST, 30 Abs.2 TH.

Zur Problemlage beim Schadenersatz: Mit Ausnahme von Baden-Württemberg haben alle Gesetze Regelungen meist mit dem Ziel der Wiederherstellung getroffen. Meist haben sie darauf verzichtet, ausdrücklich rechtswidrige und schuldhaft Handlungen als Tatbestandsmerkmale zu verlangen (siehe hierzu unten III 2.2, 2.3).

## **6. Öffentlich-rechtliche Ersatzleistungen**

Der BGH hat in einem Fall der Beschädigung eines Baudenkmals durch Straßenarbeiten einen Anspruch des Eigentümers gegen den Hoheitsträger wegen enteignenden Eingriffs bestätigt, dem „Drittschädiger“ die Berufung auf die denkmalrechtliche Schranke der Unzumutbarkeit für den Eigentümer verweigert und ihn den normalen haftungs- und entschädigungsrechtlichen Folgen seines Verhaltens ausgesetzt<sup>33</sup>.

## **7. Konkurrenzen**

Für das Nebeneinander der verschiedenen Anspruchsgrundlagen gelten keine Besonderheiten, sondern die allgemeinen Grundsätze. Die denkmalrechtlichen Pflichten stehen neben anderen Schadenersatz- und Wiederherstellungspflichten; insbesondere besteht daneben die bayerische Besonderheit der speziellen öffentlich-rechtlichen Wiedergutmachungspflicht nach vorsätzlicher oder grobfahrlässiger Schädigung entsprechend Art. 15 Abs. 4 BayDSchG<sup>34</sup>. Der öffentlich-rechtliche Anspruch wegen enteignenden Eingriffs und die zivilrechtlichen Schadenersatzansprüche des § 823 der Eigentümer, Besitzer usw. werden durch die Rechtslage nach Denkmalrecht nicht beeinträchtigt; die Behörden können Wiederherstellung auch verlangen, wenn z.B. der Eigentümer darauf verzichtet oder diese sogar ablehnt. Die Sanktionsmöglichkeiten der Straf- und Bußgeldvorschriften werden durch die Wiederherstellungspflicht nicht berührt; in einzelnen Ländern ist es möglich, auch über diese Rechtsgrundlagen ggf. in Verbindung mit allgemeinen sicherheitsrechtlichen Befugnisnormen Maßnahmen der Wiederherstellung zu erzwingen<sup>35</sup>.

## **III. Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Wiederherstellungsvorschriften des Denkmalrechts**

### **1. Wiederherstellen oder Instandsetzen**

Die Formulierungen zu den Zielen der Wiederherstellung variieren in außergewöhnlicher Breite: Während die Länder Bayern und Rheinland-Pfalz den „ursprünglichen“ Zustand anstreben, zielen Hessen und Schleswig-Holstein auf den „alten“, Berlin, Brandenburg und Bremen auf den „früheren“, Mecklenburg-Vorpommern und Niedersachsen auf den „bisherigen“ und Sachsen auf den „vorherigen“ Zustand. Das Wort „Rekonstruieren“ wird in § 25 Abs.2 NS verwendet. Die unterschiedlichen Formulierungen können zu einer unterschiedlichen Reichweite

---

<sup>33</sup> BGH vom 10. 12. 1998, UPR 1999, 265. Zu den weiteren Anspruchsgrundlagen nach BGB siehe oben Nr. 1.

<sup>34</sup> Siehe hierzu Eberl/Martin/Petzet, Erl. 30 zu Art. 15 BY.

<sup>35</sup> Zum Zusammenspiel mit Befugnisnormen des Sicherheitsrechts vgl. z.B. Eberl/Martin/Petzet, Erl. 1 zu Art. 4 BY.



des Verlangens auf Wiederherstellung führen<sup>36</sup>. Bedeutung und Schutzgrund des einzelnen Denkmals können dabei im Grundsatz keine Rolle spielen<sup>37</sup>; im Einzelfall können wie in anderen Rechtsgebieten die Verhältnismäßigkeit und der Rechtsmissbrauch rechtliche Grenzen behördlicher Ansprüche bilden. Alle Gesetzgeber gehen somit von der grundsätzlichen Möglichkeit der Wiederherstellung bzw. synonym der Rekonstruktion (§ 25 Abs.2 NS) auch von gänzlich zerstörten Denkmälern aus. Mit dieser Prämisse stehen sie in gewissem Widerspruch zur herrschenden Dogmatik der deutschen und teilweise der internationalen Denkmalpflege. Die weltweit als eine Art Grundgesetz der Denkmalpflege anerkannte Charta von Venedig<sup>38</sup> ächtet in ihrem Artikel 15 Absatz 3 ausdrücklich die Rekonstruktion am Beispiel der Bodendenkmäler: „Jede Rekonstruktionsarbeit soll von vornherein ausgeschlossen sein; nur die Anastylose kann in Betracht gezogen werden, das heißt das Wiederaussetzen vorhandener, jedoch aus dem Zusammenhang gelöster Bestandteile“. Auch die deutsche Vereinigung der Landesdenkmalpfleger hat in verschiedenen Erklärungen gegen die Nachbildung verlorener Denkmale Stellung bezogen<sup>39</sup>. Ausgangspunkt dieser Grundhaltung ist die Einschätzung, daß die einem Gegenstand innewohnende Eigenschaft als Denkmal als immaterielles Gut nicht wiederholbar ist. Mit „non possumus“ wird deshalb diese Selbstbeschränkung überschrieben<sup>40</sup>. Die negative Grundeinstellung staatlicher Denkmalpfleger hat sogar zu Urteilen geführt, welche die Denkmaleigenschaft unter anderem davon abhängig machen, dass bei einer Instandsetzung nicht allein eine rekonstruierte Kopie übrig bleiben darf<sup>41</sup>. Weitere Voraussetzung ist schließlich, dass die Sache überhaupt ganz oder zum Teil wiederherstellbar ist; bei einmaligen Kunstwerken („Picasso“) scheidet dies bereits vom Ansatz des heutigen Anspruchs auf das Original her aus. Jeder Denkmalpfleger muss also zwangsläufig in Argumentationsnot geraten, soll er ein Rekonstruktionsverlangen nach den genannten Vorschriften fachlich begründen. Relativ leicht wird das nur bei der Revision von partiellen Eingriffen in Denkmalsubstanz wie z.B. bei der Beseitigung von Satellitenschüsseln, Aufschüttungen über Bodendenkmälern, beim Wiedereinbau von Sprossenfenstern oder der Neudeckung mit Dachziegeln gelingen. Ein Denkmal kann nach Beschädigungen meist wenigstens repariert werden. Ist ein Denkmal zerstört worden, kann es wegen des Untergangs seiner Denkmaleigenschaft (Bedeutungskriterien) zwar nicht mehr als Denkmal wiederhergestellt werden. Der Schädiger darf durch diesen Umstand aber keineswegs entlastet werden. Statt der „Naturalrestitution des Denkmals“ muß er nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen ein Surrogat leisten. Dieses rechtliche Surrogat könnte zwar z.B. in der Herstellung einer Kopie eines zerstörten Denkmals oder in der Schließung einer durch ungenehmigten Abbruch erzeugten Baulücke in einem Ensemble bestehen. Eine Rekonstruktion eines vernichteten Bodendenkmals, einer abgebrochenen Scheune oder Ruine oder der Neubau eines Bauernhauses mit den alten Raumhöhen werden trotzdem oft kaum zu begründen sein; das zuständige Denkmalamt hatte aber offensichtlich keine

<sup>36</sup> Einzelheiten in den jeweiligen Kommentaren.

<sup>37</sup> A.A. Wurster in Handbuch des öffentlichen Baurechts, D Rdnr. 313.

<sup>38</sup> Abgedruckt und kurz kommentiert z.B. in Martin/Viebrock/Bielfeldt, Kennzahl 48.11.

<sup>39</sup> Siehe z.B. „Rekonstruktion von Baudenkmalen“, Potsdam Juni 1991, abgedruckt in Denkmalschutz, Band 52 des DNK, S. 222.

<sup>40</sup> M. Fischer in den Johannesberger Texten Band 3, 1995, zum Thema Rekonstruktion. Vgl. auch den Sammelband Rekonstruktion in der Denkmalpflege, 2. Auflage 1998, Band 57 des DNK, und die RdNr. 888 ff in Köhler, Stadt- und Dorferneuerung in der kommunalen Praxis, 2. Aufl. 1999.

<sup>41</sup> BayVGh v. 22.9.1986, EzD 2.2.6.1 Nr.7 = BayVBl. 1987, 597.

Bedenken, relativ kurz nach deren Zerstörung die Wiedererrichtung der aus dem Jahr 1930 stammenden Fischerkapelle samt Ausmalung zu fordern<sup>42</sup>. Wird aus einem Ensemble ein unverzichtbarer Faktor des Erscheinungsbildes gebrochen, wird ein die Lücke schließender angepasster, nicht aber ein historisierender Neubau zu verlangen sein. Bei der Zerstörung unwiederbringlicher Denkmäler wie z.B. Bodendenkmälern und Funden wird mit Zurückhaltung zu prüfen sein, ob das Surrogat nicht ausnahmsweise zumindest zum Teil auch in Geldleistungen bestehen kann, die für Zwecke der Denkmalpflege an anderer Stelle einzusetzen wären.

Unabhängig von diesen grundsätzlichen Fragen ist im übrigen bei dem tatsächlichen Verlangen der Wiederherstellung oder des Instandsetzens nach Schädigung zu beachten, daß in der Anordnung auf die Grundsätze der Denkmalverträglichkeit abgestellt wird; Bausünden des Vorzustandes müssen und dürfen deshalb nicht wiederholt werden<sup>43</sup>. Z. B. müssen Sprossenfenster eingebaut werden, auch wenn schon längere Zeit vor der Schädigung ungeteilte Fenster vorhanden waren<sup>44</sup>. Im übrigen bleiben nur die Sanktionen über die Straf- und Bußgeldvorschriften, bei deren Bemessung aber der Bußgeldrahmen ausgeschöpft werden kann, wenn die Tat ein Denkmal unwiederbringlich vernichtet hat.

## **2. Voraussetzungen: Handlung und Kausalität, Rechtswidrigkeit, Schuld**

Einige Denkmalschutzgesetze stellen ausdrücklich darauf ab, ob bei Eingriffen in Denkmäler objektiv gegen Genehmigungspflichten oder gegen Nebenbestimmungen in Bescheiden verstoßen wurde<sup>45</sup>. Einige Gesetze unterscheiden zwischen genehmigungslosen Eingriffen und sonstigen Beschädigungen; letztere werden mit der Sanktion der Wiederherstellung nur belegt, wenn sie rechtswidrig und schuldhaft waren<sup>46</sup>.

### **2.1 Handlung und Kausalität:**

Weitgehend deckungsgleich verwenden die Denkmalschutzgesetze die aus dem Sicherheitsrecht stammenden Begriffe Verursacher, Störer, Verantwortlicher und Polizeipflichtiger. Angeknüpft wird an das Verursachen einer Beschädigung, also an den Kausalitätszusammenhang<sup>47</sup> von Tun und Ergebnis. § 13 Abs.1 BE stellt zusätzlich auf das Vertretenmüssen ab<sup>48</sup>. Das Verursachen kann in einem positiven Tun, aber auch in einer Unterlassung z.B. des Bauunterhalts oder von Maßnahmen

---

<sup>42</sup> Nachweise oben in den Fußnoten zu II 1.

<sup>43</sup> Zur Denkmalverträglichkeit siehe Martin/Viebrock/Bielfeldt, Kennzahl 43. Zum Umgang mit Bausünden siehe Eberl/Martin/Petzet, Erl. 59 a zu Art. 6 BY, OVG Lüneburg v. 14.9.1994, NVwZRR 1995, 316, ferner BayVGh v. 6.11.1996, 2 B 94.2926, bestätigt durch BayVerfGH v 1.3.1999, BayVBl. 1999,368.

<sup>44</sup> Weitere Einzelheiten bei Eberl/Martin/Petzet, Erl. 25 ff. zu Art. 15 BY und Dörrfeldt/Viebrock, RdNr. 2 zu § 8 HE; zum Teil einschränkend Viebrock in Martin/Viebrock/Bielfeldt, Kennzahl 51.50 und Schmaltz-Wiechert Erl.7 zu § 25 NS.

<sup>45</sup> Z.B. 15 Abs. 3 BY, 13 Abs. 1 BE, 23 Abs.1 BB, 8 HE usw.

<sup>46</sup> Siehe z.B. 23 Abs. 2 BB, 17 Abs.2 MV, 25 Abs.2 NS (hierzu Schmaltz-Wiechert Erl. 2 und 8), 27 Abs.2 NW, 11 Abs.2 SN.

<sup>47</sup> Die herrschende Theorie der unmittelbaren Verursachung rechnet nur Erfolgsbedingungen zu, welche eine Gefahrgrenze überschreiten und damit die unmittelbare Ursache für den Eintritt der Gefahr bzw. des Schadens setzen, vgl. z.B. OVG Münster v. 10.1.1985, NVwZ 1985, 356 mit weiteren Nachweisen; zur neueren Entwicklung z.B. Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 8.Auflage 2000, RdNr.253, und Selmer, Der Begriff der Verursachung im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht, JuS 1992, 97..

<sup>48</sup> Einzelheiten zu der damit angesprochenen objektiven Verantwortlichkeit des Herangezogenen im Urteil des OVG Berlin v. 2.11.1989, EzD 2.2.8 Nr. 2.

gegen Gefahren liegen; entsprechende Garantenstellungen und Handlungspflichten formulieren ausdrücklich die Erhaltungsgebote der Denkmalschutzgesetze, nach denen zumindest die Eigentümer regelmäßig z.B. zum Bauunterhalt und zum Schutz der Denkmäler vor Gefährdungen verpflichtet sind<sup>49</sup>. Die Kausalanteile einer Schädigung müssen im Einzelfall ermittelt werden; unklar können sie z.B. bei summierten Einwirkungen, bei synergetischen Effekten und Langzeitwirkungen sein. Auch und gerade wenn sich die Anteile nicht exakt trennen lassen, bleibt zur Regulierung der das gesamte Schadenersatzrecht beherrschende Grundsatz der gesamtschuldnerischen Haftung mehrerer Verursacher (siehe unten Nr. 4).

## 2.2. Rechtswidrigkeit

Es gibt kein Recht zur Beschädigung oder Zerstörung des Gemeinguts Denkmal (siehe Problemstellung nach B.). Das Eigentumsgrundrecht findet hier seine Grenze. Der schädigende Eingriff in ein Denkmal kann nur dann durch die Rechtsordnung gerechtfertigt und damit rechtmäßig sein, wenn er mit einem rechtmäßigen Verwaltungsakt erlaubt oder genehmigt ist und die Genehmigung nicht überschritten wird. Die Pflicht zur Wiederherstellung wird unabhängig von der insoweit zum Teil unvollständigen Formulierung einzelner Denkmalschutzgesetze nur ausgelöst, wenn das Handeln wenigstens formell<sup>50</sup> rechtswidrig war.

In der Praxis liegen selten unzweideutige Genehmigungen vor. Häufig sind Gemengelagen, in denen z.B. begrenzte Eingriffe zwar grundsätzlich genehmigt sind, zur Verwirklichung des Vorhabens aber weitergehende Zerstörungen von Denkmalsubstanz notwendig werden. Zwei Beispiele: Bei genehmigten Baumaßnahmen wie Sanierungen, Neubauten und Tiefgaragen in Altstädten müssen immer wieder angeblich „unvorhergesehen“ kurzfristig Bodendenkmäler beseitigt werden. Baumaßnahmen für die ICE-Trassen sind mit Planfeststellungen wegen deren Konzentrationswirkung zwar grundsätzlich formell auch denkmalrechtlich genehmigt; die nicht selten dürftigen Nebenbestimmungen schöpfen aber den rechtlichen Rahmen hinsichtlich Prospektion, Denkmalverträglichkeit, Dokumentation und Kostenfolgen nicht aus<sup>51</sup>. Zweifel bestehen deshalb bei Planfeststellungsbeschlüssen des Eisenbahn-Bundesamtes, welche nur formal und pauschal die notwendigen technischen Arbeiten genehmigen, aber offenbar regelmäßig keine qualifizierten fachlichen Anforderungen für den Bereich der Bodendenkmäler enthalten<sup>52</sup>. Da diese ohne eine vorausgehende Prospektion mit den vielfältigen heute bekannten Methoden zum Zeitpunkt der Stellung der Anträge weitgehend unbekannt sind, fehlt bereits denotwendig die abschließende Beurteilungsreife für den aus demselben Grund unvollständigen

---

<sup>49</sup> Erst der Verstoß gegen gesetzliche Pflichten zum positiven Tun macht das Handeln durch Unterlassen zu einem relevanten Tatbestandsbeitrag; zu diesem allgemeinen Rechtsprinzip siehe z.B. Palandt Vorbemerkung vor § 249 Rn 84.

<sup>50</sup> Zu den Fragen, ob die materielle Genehmigungsfähigkeit und eine nachträglich erteilte Genehmigung die Pflicht ausschließen siehe Eberl/Martin/Petzet, Erl. 27 zu Art 15 BY und Schmaltz-Wiechert Erl. 6 zu § 25 NS.

<sup>51</sup> Muster und Vorschläge für Nebenbestimmungen hat die AG Recht- und Steuerfragen des DNK erarbeitet; vgl. dazu die Arbeitsfassung in Martin/Viebrock/Bielfeldt, Kennzahl 98.01 und die Formulierungshilfen (sog. Textbuch) unter Kennzahl 51.91.

<sup>52</sup> Z.B. vom 26.2.1996 für den PFA 51 der Neubaustrecke Nürnberg - Ingolstadt.

Antrag<sup>53</sup>. Bei derartigen Defiziten kann von einer materiell-rechtlichen Genehmigung der nunmehr fast voraussetzungsreichen Beseitigung der Bodendenkmäler nicht ausgegangen werden; solche „Blankogenehmigungen“ bestehen nur zum Schein: Meist liegt ein sog. versteckter Dissens vor zwischen den ihrerseits häufig unzureichend formulierten Anforderungen der Denkmalbehörden (welche vorausgehend die erste Stufe einer qualifizierten Prospektion als Grundlage für die Entscheidung benötigt hätten) und dem Inhalt der Genehmigung. Gelegentlich wird man Planfeststellungsbeschlüsse über § 75 VwVfG ergänzen können<sup>54</sup>. Außerdem fehlt dem mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt das Pendant eines entscheidungsreifen Antrags als unerlässliche Verfahrensvoraussetzung<sup>55</sup>. Bereits dieser Fehler macht den Verwaltungsakt rechtswidrig, § 45 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG. Eine rechtswidrige Blankogenehmigung kann bei einer nachfolgenden Beschädigung oder Zerstörung von Denkmälern die Rechtswidrigkeit des Eingriffs nicht ausschließen. Durch unvollständige oder unpräzise Anträge oder durch nachlässige Formulierungen der Bescheide offengebliebene Zweifel gehen in der Regel zu Lasten des Handelnden, der über die Korrektur des Verschuldens (siehe Nr. 2.2) allenfalls im Straf- oder Bußgeldverfahren, nicht aber bei der Wiederherstellung Schonung erwarten kann.

### 2.3. Verschulden

Die Denkmalschutzgesetze gehören zum Rechtsbereich der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, auch wenn das zur gleichzeitigen Zugehörigkeit zum Kulturrecht und ihrer Ressortierung in der Kulturverwaltung nicht so recht zu passen scheint. Eindeutig belegen dies u.a. die Begriffe der Sonderordnungsbehörden in den §§ 6 Abs.1 BE und 3 Abs.3 BB und die verschiedentliche Bezugnahme auf das Polizeirecht z.B. in §§ 7 Abs.1 BW, 6 Abs.3 HE und 11 Abs.3 SN. Konsequentermaßen stellen die Denkmalschutzgesetze fast durchweg<sup>56</sup> nicht auf den Vorwurf von Vorsatz oder Fahrlässigkeit an den Handelnden ab, auch wenn in der Praxis bei den meisten Verstößen gegen Genehmigungspflichten sowohl Rechtswidrigkeit als auch Verschulden indiziert sein dürften. Ähnlich wie im gesamten sonstigen Recht der

---

<sup>53</sup> Im Unterschied zu baugenehmigungspflichtigen Maßnahmen kann über den Antrag nicht weitgehend der Umfang der rechtlichen Anforderungen gesteuert werden; vielmehr muss der Antrag sämtliche Angaben zur denkmalfachlichen Beurteilungsreife beinhalten. Das Denkmalrecht kennt keine pauschale Genehmigung zum Eingriff in nicht oder noch nicht bekannte Denkmäler; vielmehr ist für jedes einzelne Denkmal eine Entscheidung durch Verwaltungsakt notwendig, um nicht den Rechtsfehler der Ermessensunterschreitung zu riskieren. Von Amts wegen müssen die Vollständigkeit des Antrags ermittelt und die Belange des Denkmalschutzes vollständig eingebracht werden; sind entscheidungserhebliche Umstände nicht bekannt, so ist als 1. Stufe nur eine Teilgenehmigung (siehe unten C II 3 f) rechtlich möglich, wenn nicht im Einzelfall ein Vorbehalt von Nebenbestimmungen im Sinne von § 36 Abs.2 Nr.5 VwVfG für den Fall des Auftauchens neuer Umstände zur Sicherstellung der fachlichen Belange ausreichen sollte.

<sup>54</sup> Bei unanfechtbaren Planfeststellungsbeschlüssen z.B. für ICE-Trassen sind beim unerwarteten Auftreten von Bodendenkmälern nach § 75 Abs. 2 Satz 1 VwVfG Ansprüche auf Unterlassung des Vorhabens oder Änderung der Anlagen zwar ausgeschlossen; ausdrücklich ermöglicht aber Satz 2 der bislang für Zwecke des Denkmalschutzes offenbar noch nicht eingesetzten Befugnisnorm, bei nicht voraussehbaren Wirkungen des Vorhabens Vorkehrungen zu verlangen, welche die nachteiligen Wirkungen z.B. für Bodendenkmäler ausschließen oder mildern; vgl. hierzu z.B. Kopp/Ramsauer, Kommentierung des § 75 VwVfG, Johlen, Inhalt und prozessuale Geltendmachung des Anspruchs auf Ergänzung eines Planfeststellungsbeschlusses, DVBl. 1989, 287 und Henke, Das ergänzende Verfahren im Planfeststellungsrecht, UPR 1999, 51.

<sup>55</sup> A.A. offenbar für das Baugenehmigungsverfahren Jäde, Die neue BayBO, Art. 67 RdNr. 10.

<sup>56</sup> Ausnahmen sind z.B. 23 Abs.2 BB, 17 Abs.2 MV, 25 Abs.2 NS („systemwidrig“ so auch Schmaltz-Wiechert Erl. 9,11), 27 Abs.2 NW. § 13 Abs.1 BE stellt darauf ab, ob jemand den Schaden „zu vertreten hat“; entsprechend §§ 275 ff., 323 ff. BGB wird damit auch auf Verschulden abgestellt, siehe OVG Berlin v. 2.11.1989, EzD 2.2.8 Nr.2.

öffentlichen Sicherheit und Ordnung ist auch für die Wiederherstellungspflicht nur auf die objektive Rechtslage, nicht aber auf ein Verschulden abzustellen<sup>57</sup>. Soweit nicht einzelne Länder trotzdem ausdrücklich und erschwerend auf ein Verschulden abstellen, genügt die Kenntnis oder die zumindest fahrlässige Unkenntnis der Denkmaleigenschaft, der Genehmigungspflicht und der Umstände z.B. bei einem Verstoß gegen die Genehmigungspflicht. Weitergehende Unkenntnis schützt wie im Strafrecht auch hier nicht vor der Sanktion des Verlangens nach Wiederherstellung<sup>58</sup>.

### **3. Öffentlich-rechtlicher Charakter der Pflicht**

Im Gegensatz zum Schadenersatzrecht des BGB handelt es sich bei der Wiederherstellungspflicht nach Denkmalrecht um eine öffentlich-rechtliche Schadenersatzpflicht. Bei Vorliegen von schädigender Handlung und Schaden ist die zuständige Behörde befugt, eine entsprechende, genau zu spezifizierende Anordnung<sup>59</sup> im vorgeschriebenen Verwaltungsverfahren zu erlassen, die nach Verwaltungsvollstreckungsrecht durchgesetzt werden kann. Rechtsmittel richten sich nach der Verwaltungsgerichtsordnung, d.h. Prozesse sind vor dem Verwaltungsgericht zu führen, § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

### **4. Pflichtige**

Die Wiederherstellungspflicht trifft grundsätzlich alle Handelnden nebeneinander<sup>60</sup>. Die Pflicht tritt auch bei der Schädigung des eigenen Denkmals ein; denn anders als das BGB stellt das Denkmalrecht nicht auf das Schutzgut des Eigentums, sondern auf das für den Begriff des Denkmals wesentliche Interesse der Allgemeinheit an der Erhaltung ab. Die Pflicht trifft deshalb auch und gerade den Eigentümer, der sein eigenes Denkmal beschädigt hat. Im übrigen trifft die Pflicht unabhängig von einander auch alle anderen Schädiger, Anstifter, Helfer wie z.B. Leiter und Vertreter von Behörden, Verantwortliche in den Gemeinderäten, Kirchenverwaltungen, Bauherren, Architekten, Planer, Baufirmen, Handwerker, Restauratoren, Helfer, Sprayer, unverständige Landwirte und Raubgräber. Mehrere Verantwortliche sind gemeinsam verpflichtet, samtverbindlich, d.h. nach dem allgemeinen Rechtsgedanken des § 421 BGB kann die Wiederherstellung bzw. ihre Duldung von allen gemeinsam oder von ausgewählten<sup>61</sup> Einzelnen, insgesamt oder in Teilen bis zur vollständigen Bewirkung des geforderten Tuns verlangt werden.

### **5. Zumutbarkeit**

Zwar werden Teile des Denkmalrechts von der aus der Eigentumsgarantie abgeleiteten Forderung nach Zumutbarkeit für die Betroffenen beherrscht. Fast alle

---

<sup>57</sup> Herrschende Meinung; statt vieler Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Auflage 1998, RdNr. 245 mit weiteren Nachweisen, ferner Selmer, Der Begriff der Verursachung im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht, JuS 1992, 97..

<sup>58</sup> Nach dem Urteil des BWVG v.23.7.1990, DVBl. 1990, 1113 genießt ein Eigentümer zumindest dann keinen Vertrauensschutz, wenn sich bei einem charakteristischen Objekt auch einem Laien die Denkmaleigenschaft förmlich aufdrängt; er muss dann behördliche Auskunft einholen.

<sup>59</sup> Zu den Anforderungen OVG Brandenburg v. 1.2.1996, 3 A 92/95, EzD 2.2.8 Nr. 5. Vergleichbar ist auch eine Sicherungsanordnung; instruktiv HessVG v. 17.5.1990, TH 138/89, EzD 2.2.5 Nr.1.

<sup>60</sup> Instruktiv zur Auswahl bei mehreren Verantwortlichen OVG Berlin a.a.O.

<sup>61</sup> Zur Auswahl siehe die entsprechend anzuwendenden Grundsätze des BayVG v. 1.7.1998, NVwZ-RR 1999, 99.

Gesetze begrenzen die denkmalrechtliche Erhaltungspflicht des Eigentümers mit einem entsprechenden Vorbehalt<sup>62</sup>. Der Sanktionscharakter verbietet aber ebenso wie das Schadenersatzrecht des BGB, die Pflicht der Wiederherstellung von der Zumutbarkeit für den Verursacher abhängig zu machen<sup>63</sup>. Alle Schädiger sind unabhängig von Kosten, Wirtschaftlichkeit, eigenem Leistungsvermögen und Finanzierbarkeit zur Wiederherstellung im festzulegenden Umfang verpflichtet. Lediglich in Extremfällen wird das Verlangen gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot verstoßen können, das rechtstechnisch aber eindeutig von der Zumutbarkeit zu unterscheiden ist.

## **6. Kostentragung**

Grundsätzlich treffen den Pflichtigen die vollen Kosten. Dies gilt für sämtliche verlangbaren Maßnahmen einschließlich Gutachter- und Finanzierungskosten<sup>64</sup>. Lediglich Ausdruck dieser selbstverständlichen Rechtsfolge sind z.B. die Sätze 2 und 3 des § 13 Abs.1 DSchGBE über die Kosten einer Ersatzvornahme bzw. einen verlangbaren Vorschuss. Einzelheiten unter D.

## **7. Zusammenfassung zur denkmalrechtlichen Wiederherstellungspflicht des Verursachers**

Die Denkmalschutzgesetze sehen eine über das Schadenersatzrecht des BGB hinausgehende besondere öffentlich-rechtliche Wiederherstellungspflicht nach nicht genehmigten Eingriffen in Denkmäler aller Art vor. In der Regel folgt die Sanktionsmöglichkeit der bloßen Kausalität, die Rechtswidrigkeit ist damit indiziert. Auf Verschulden und Zumutbarkeit kommt es nicht an. Die Wiederherstellung ist als Sanktion<sup>65</sup> vorgesehen; sie wird regelmäßig mit dem Verwaltungsakt der Wiederherstellungsanordnung in der Regel in der Zuständigkeit der Unteren Denkmalschutzbehörde festgesetzt und kann mit Vollstreckungsmaßnahmen durchgesetzt werden<sup>66</sup>.

Die Behörden können nur eindringlich aufgefordert werden, pflichtgemäß verstärkt und reaktionsschnell auch von dieser Sanktionsmöglichkeit Gebrauch zu machen. Die Auswirkungen treffen alle Schädiger härter als die wegen oft unklarer Schuldfragen unsicheren Bußgeldverfahren. Ein entschiedenes Vorgehen gegen Verantwortliche aller Stufen kann und wird entsprechende präventive Auswirkungen haben.

## **C. Veranlasser und Denkmalverträglichkeit**

### **I. Zum Begriff des Veranlassers**

Es gibt keinen einheitlichen Begriff des Veranlassers im deutschen Recht. Im Polizeirecht bezeichnet der „Zweckveranlasser“ eine Stufe der Polizeipflichtigkeit<sup>67</sup>.

<sup>62</sup> Einzelheiten bei Eberl/Martin/Petzet, Erl. 10 ff. zu Art. 4 BY und in Martin/Viebrock/Bielfeldt, Kennzahl 82.00; zu den hohen Anforderungen an die Zumutbarkeitsprüfung vgl. im übrigen BVerfG v. 2.3.1999, 1 BvL 7/91, siehe Fußnote 9.

<sup>63</sup> Ebenso Strobl/Majocco/Birn Erl.16 zu § 7 BW.

<sup>64</sup> Siehe LG Traunstein v. 2.3.1998, EzD 2.2.8 Nr.7.

<sup>65</sup> Siehe auch OVG Berlin v. 2.11.1989, EzD 2.2.8 Nr.2.

<sup>66</sup> Zu den nach Umfang und Bestimmtheit nicht zu unterschätzenden Anforderungen an eine Wiederherstellungsanordnung siehe OVG Brandenburg v. 1.2.1996, EzD 2.2.8 Nr.1 mit Anmerkung Martin.

<sup>67</sup> Siehe Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Auflage 2000, RdNr. 250 ff.

Einige neuere Denkmalschutzgesetze führen den Veranlasser nunmehr auch im Denkmalrecht ein. Sachsen-Anhalt (§ 14 Abs. 9), Brandenburg (§§12 Abs. 2 und 15 Abs. 3) sowie Berlin (§ 11 Abs. 4) knüpfen daran z.B. die Dokumentationspflicht oder die Kostentragung für die Erhaltung. Mecklenburg-Vorpommern (§ 6 Abs.5) und Thüringen (§ 7 Abs.4) verwenden hierfür synonym den Begriff des „Verursachers“. Auch ohne dass dies ausdrücklich an den Begriff des Veranlassers gebunden wäre, spielt die Veranlassung im gesamten Denkmalrecht eine wesentliche Rolle; denn regelmäßig unterliegt jeder, der auf ein Denkmal einwirken will (Veranlasser im Sinne dieses Beitrags), bereits einer umfassenden Verfahrenspflicht und benötigt eine Genehmigung bzw. Erlaubnis. Er ist verfahrenspflichtiger Veranlasser, sogar wenn er nur Erhaltungsmaßnahmen beabsichtigt, die seiner gesetzlichen Erhaltungspflicht entsprechen. Wer einen Eingriff in den Schutzbereich eines Denkmals veranlasst, muss auch die Voraussetzungen für die Genehmigung schaffen und zwar in drei Richtungen: Erstens muss er in formeller Hinsicht einen vollständigen Antrag stellen und damit die bei Denkmälern oft anspruchsvolle Beurteilungsreife herbeiführen. Zweitens muss er in materieller Hinsicht nach Art und Weise sowie nach Umfang die Denkmalverträglichkeit des Eingriffs gewährleisten. Drittens muss er grundsätzlich die Kosten des gesamten Vorhabens tragen; dies kann im Einzelfall allerdings durch die Grenze des Übermaßverbotes (nicht der Zumutbarkeit) relativiert sein (siehe D).

## II. Veranlasser und formelles Recht

### 1. Genehmigung bzw. Erlaubnis

Alle Denkmalschutzgesetze stellen eine umfassende Genehmigungspflicht zeitlich vor und für Veränderungen von Denkmälern aller Art auf. Dabei ist letztlich unerheblich, ob einzelne Eingriffe von der Verfahrenspflicht freigestellt werden, wie z.B. wenn § 10 Abs.2 NS oder Vollzugsvorschriften eines Landes einzelne Erhaltungsmaßnahmen freistellen oder Eingriffe in Ensembles nur bei Beeinträchtigung des Erscheinungsbildes erfassen, während die meisten anderen Gesetze streng z.B. den vielleicht nicht einmal baugenehmigungspflichtigen Neubau im Ensemble oder sogar die Neutünchung in gleicher Farbe genehmigungspflichtig machen<sup>68</sup>. Ebenfalls unerheblich ist, ob man rechtstheoretisch die Verfahrenspflichten als Genehmigung mit Verbotsvorbehalt (Ausnahmebewilligung) oder als Verbot mit Genehmigungsvorbehalt (Kontrollerlaubnis) bewertet<sup>69</sup>. Immer ist das Genehmigungsverfahren einem vom Veranlasser beabsichtigten Eingriff als vorbeugende Verwaltungskontrolle auf Denkmalverträglichkeit und damit auf Genehmigungsfähigkeit vorgeschaltet. Die erteilte Genehmigung entfaltet ihre Entsperrungs-, Feststellungs- und Gestaltungswirkung: Dass dem Vorhaben keine denkmalrechtlichen Gründe entgegenstehen, oder dass dem Eingriff trotzdem zugestimmt wird bzw. dass er hingenommen wird, und dass mit der Maßnahme begonnen werden kann.

<sup>68</sup> BayObLG v. 9.8.1993, EzD 2.2.8 Nr.3; zur davon zu trennenden Genehmigungsfähigkeit geringfügiger Beeinträchtigungen siehe OVG NW v. 2.11.1988, EzD 2.1.2 Nr. 5.

<sup>69</sup> Zweifel ergaben sich insbesondere aus der Überschrift „Veränderungsverbote“ des Art. 6 BY; siehe hierzu Eberl/Martin/Petzet, Erl. 18. Zu den vergleichbaren Fragen bei der Baugenehmigung siehe Finkelnburg/Ortloff, Öffentliches Baurecht, 4. Auflage 1998, § 8 und Hoppe/Grotfels, Öffentliches Baurecht, § 15 RdNr. 13.

## 2. Antrag und Antragsunterlagen

Die Genehmigungen sind regelmäßig mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakte; ohne einen entsprechenden Antrag können deshalb nach § 22 Satz 2 Nr. 2 VwVfG keine Genehmigungen ergehen (sog. Antragsverfahren)<sup>70</sup>. Der Antrag bestimmt Gegenstand und Ziel des Verfahrens. Die Anforderungen der Denkmalschutzgesetze an die Anträge sind unterschiedlich. Anders als im Bauordnungsrecht, das in der Regel genauer auflistet, welche Bauvorlagen einem Bauantrag beigelegt sein müssen<sup>71</sup>, enthalten die meisten Denkmalschutzgesetze keine Einzelheiten. Immerhin bringen einige Gesetze die Umschreibung, es seien die „erforderlichen Unterlagen“ (so §§ 21 BB, 7 Abs.6 MV, 24 NS, 26 Abs.1 NW, 13 Abs.2 SN, 15 Abs.1 ST und 14 TH) oder schon präziser die „prüffähigen Unterlagen“ (§ 12 Abs.1 BE) vorzulegen. Darüber hinaus sind zum Teile vorbereitende Untersuchungen gesondert angesprochen (§§ 18 Abs.1 HE, 13 Abs.4 SN, 14 TH); umfassend ist die Formulierung des § 13 Abs.2 SN<sup>72</sup>. Schließlich können nach § 8 Abs.3 BE sogar ein Denkmalpflegeplan und nach §§ 7 Abs.6 MV und 14 Abs.4 TH denkmalpflegerische Zielstellungen verlangt werden, die über die anderen bisher genannten Anforderungen hinaus gehen.

Generell ist aus dem Sinn der Genehmigungspflicht ohne weiteres abzuleiten, dass auch beim Fehlen von ausdrücklichen gesetzlichen Anforderungen an die notwendigen Unterlagen alle Anträge selbstverständlich prüffähig und beurteilungsreif sein müssen. Im Denkmalrecht bedeutet dies, dass der Veranlasser die formellen und materiellen Genehmigungsvoraussetzungen zu erfüllen hat. Ihn trifft eine Bringschuld zum Nachweis, dass er lückenlos alle Umstände belegt hat, welche die Beurteilbarkeit im Hinblick auf Denkmalverträglichkeit und damit die Genehmigungsfähigkeit ermöglichen.

Die Anforderungen sind entsprechend dem Differenzierungsgebot des Art. 3 GG und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit jeweils zu staffeln nach den Umständen des Einzelfalls und insbesondere nach der Intensität des vom Veranlasser beabsichtigten Eingriffs<sup>73</sup>. Kann dieser zum Untergang der Denkmaleigenschaft führen, wie bei den meisten Eingriffen in Bodendenkmäler, so sind wegen des vorrangigen gesetzlichen Erhaltungsziels die Anforderungen sehr hoch<sup>74</sup>. Sie dürfen trotz mancher Defizite der Praxis keinesfalls durch die Aufnahme eines bloßen Vorbehalts der fachlichen Abstimmung im Lauf der Maßnahmen ersetzt werden. Gegebenenfalls muss als erste Stufe eine gesonderte Untersuchung im Rahmen eines Prospektionsverfahrens

---

<sup>70</sup> Zum antrags- und mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt z.B. Kopp/Ramsauer, VwVfG, Erl. 9 ff. zu § 22.

<sup>71</sup> Z.B. die Bauvorlagenverordnungen der Länder, die zu umfänglichen „Bauantragsmappen“ führen.

Demgegenüber begnügen sich die Denkmalschutzbehörden meist mit nicht formalisierten Anträgen. § 15 Abs.1 Satz 2 ST sieht eine - bisher nicht erlassene - Verordnung über die Unterlagen im denkmalrechtlichen Verfahren vor.

<sup>72</sup> Mit dem Genehmigungsantrag sind alle für die Beurteilung des Vorhabens und die Bearbeitung des Antrags erforderlichen Unterlagen, insbesondere Pläne, Dokumentationen, Fotografien, Gutachten, Kosten- und Wirtschaftlichkeitsberechnungen, einzureichen. Die Denkmalschutzbehörde kann im Einzelfall die erforderlichen Unterlagen anfordern und verlangen, daß der Genehmigungsantrag durch vorbereitende Untersuchungen ergänzt wird.

<sup>73</sup> Zu den vorbereitenden Untersuchungen am Baudenkmal siehe Martin/Viebrock/Bielfeldt, Kennzahl 46.40 mit weiteren Nachweisen.

<sup>74</sup> Sie können umfassen z.B. übergreifende Untersuchungen zur Existenz oder zum Ausschluss des Vorhandenseins von Bodendenkmälern in der beanspruchten Fläche, ggf. aufwendige Prospektion und zerstörungsarme Untersuchung der Denkmäler, Dokumentation des Vorzustandes, Sicherstellung von Organisation, Finanzierung, fachlich einwandfreien Durchführung, ferner die Dokumentation und Überwachung der beantragten Grabungen bzw. Eingriffe; fachliche und technische Vorgaben für die Behandlung, Sicherung und Konservierung der Funde; Klärung künftiger Verbleibs- und Eigentumsfragen .



vorgeschaltet werden<sup>75</sup>, um eine einwandfreie Kenntnis als fachliche Basis für die Aufgabe des eigentlich unverzichtbaren Kulturguts herbeizuführen. Bei geringen Eingriffen wie z.B. bloßen Schönheitsreparaturen an Bauwerken oder Veränderungen der Bodennutzung können die Anforderungen reduziert werden<sup>76</sup>, während bei Kunstwerken schon bei bloßen Konservierungsmaßnahmen höchste Anforderungen gelten.

Die Anforderungen dürfen zwar nicht überzogen werden, jedoch darf seitens der Behörden nicht darauf verzichtet werden, dem Antragsteller alle für die Entscheidung erheblichen Unterlagen abzuverlangen. Die Grenze wird erst ein über das gesetzlich geforderte Erhaltungsinteresse der Allgemeinheit an dem Denkmal hinausgehendes rein wissenschaftliches Interesse bilden, das die Behörden anderweitig absichern müssten.

### 3. Zeitpunkt

In der Regel müssen die gesamten Ergebnisse der Voruntersuchungen und die Unterlagen vorliegen bei Einreichung des Antrages, spätestens im Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag. Sofern und solange sie nicht vorliegen, haben die Behörden - wie in jedem anderen Verfahren - mehrere gestaffelte Möglichkeiten und zwar sowohl im Genehmigungs-, als auch bei der Beteiligung in anderen Verwaltungsverfahren<sup>77</sup>:

- a) Regel: Anforderung der fehlenden Unterlagen zur Ergänzung des Antrags (vorgesehen z.B. in § 13 Abs.2 Satz 2 SN, vgl. auch § 25 VwVfG); bei Erfolglosigkeit des Ergänzungsverlangens
  - b) Ablehnung des Antrags wegen Unvollständigkeit oder mangels Beurteilungsreife, oder
  - c) Aussetzung des Verfahrens formlos (wenn nicht gesetzliche Genehmigungsfiktionen bei Ablauf bestimmter Fristen eintreten; z.B. § 13 Abs.4 SN), oder
  - d) Aussetzung förmlich durch Verwaltungsakt (vorgesehen z.B. in § 12 Abs.1 Satz 4 BE, Art. 15 Abs.5 BY und in § 13 Abs.4 Satz 2 SN); stattdessen
  - e) Erteilung der Genehmigung mit Nebenbestimmungen, dass der Eingriff erst nach der Durchführung der Untersuchungen, Abnahme der Ergebnisse und der damit vorbehaltenen Freigabe begonnen werden darf und sich der Veranlasser verpflichtet, die Maßnahme entsprechend den Vorgaben durchzuführen (risikoreich für Behörden und Denkmal).
  - f) Teilung des Verfahrens in Stufen: 1. Stufe Genehmigung ausschließlich der Untersuchungen; erst anschließend 2. Stufe Genehmigung des Eingriffs.
- Diese fünf Möglichkeiten zum gestaffelten Vorgehen eröffnen auch die Rechtsgrundlagen für empfindliche Nebenbestimmungen zu den Genehmigungsbescheiden und den Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge (siehe unten).

<sup>75</sup> Muster einer Prospektionsgenehmigung bei Martin/Viebrock/Bielfeldt, Kennzahl 98.01.

<sup>76</sup> Z.B. hat deshalb das OVG Brandenburg v. 1.2.1996, EzD 2.2.8 Nr.5, das behördliche Verlangen eines „Farbprojektes“ als unzulässig erklärt. Zulässig sind aber z.B. Farbuntersuchungen bei Neufassung wegen der Fragen der Materialgerechtigkeit des Anstrichs, wegen der Haftung auf dem Untergrund und der gestalterischen Einbindung in die Umgebung.

<sup>77</sup> Instrukтив für die BO siehe Jäde, Die neue BayBO, Stand 1998, Art. 67 RdNr. 7 ff., 69 RdNr. 68 ff.

#### **4. Kosten der Antragsunterlagen**

Der Antragsteller als Veranlasser muss wie im Bauantragsverfahren und in allen anderen antragsgebundenen Verwaltungsverfahren in aller Regel selbstverständlich<sup>78</sup> sämtliche Kosten seines Vorhabens tragen, ohne dass es hierzu einer ausdrücklichen gesetzlichen Festlegung bedürfte; denn er ist Herr des Verfahrens und allein seine Entscheidung über das Stellen seines Antrags bestimmt zumindest zunächst das Ob und Wie seines Vorhabens und der daraus abzuleitenden Rechtsfolgen. Dies gilt insbesondere für alle Kosten eines vollständigen, beurteilungsreifen Antrages. Einige Gesetze haben die Kostentragungspflicht für herausgehobene Teilleistungen zur besonderen Klarstellung wegen in der Praxis geäußelter Zweifel auch ausdrücklich, wenn auch zum Teil unglücklich formuliert<sup>79</sup>; Ausdruck ist z.B. die besondere Dokumentationspflicht des Veranlassers nach § 14 Abs.9 Satz 1 ST, der nur einen allgemeinen Rechtsgedanken wiedergibt. Siehe im übrigen auch D. Angesichts der klaren Rechtslage sollte auf eine gesonderte gesetzliche Formulierung verzichtet werden, zumal erfahrungsgemäß jeder „gutgemeinte“ Versuch eher zu Missverständnissen etwa hinsichtlich der unnötigen Zumutbarkeit führen kann.

#### **5. Anforderungen bei Maßnahmen der öffentlichen Hand**

Entgegen gelegentlich geäußerten Ansichten und trotz der manchmal lückenhaften Praxis insbesondere beim Straßenbau gelten selbstverständlich auch für die öffentliche Hand die denkmalrechtlichen Verfahrenspflichten. Auch Bund, Länder und Gemeinden treffen deshalb die formellen und materiellen Pflichten der Veranlasser und die Kostenfolgen. Die Pflicht zur Beibringung der Antragsunterlagen verlagert sich keineswegs auf die Denkmalfachämter.

### **III. Veranlasser und materielles Recht (Denkmalverträglichkeit)**

Mit der Einführung jeder Genehmigungspflicht ist gleichzeitig gesetzlich festgelegt, dass mit einem Vorhaben erst begonnen werden darf, wenn die Genehmigung vorliegt. Erteilt werden kann und muss die Genehmigung nur bei Erfüllung der materiell-rechtlichen Voraussetzungen. Auch bei Planfeststellungen sind die Behörden an die zwingenden materiell-rechtlichen Regelungen der einschlägigen Fachgesetze gebunden<sup>80</sup>; zu diesen gehört auch das Denkmalrecht. Die 16 Denkmalschutzgesetze haben die Anforderungen vielfältig und unterschiedlich formuliert<sup>81</sup>. Einige Gesetze haben sogar gänzlich darauf verzichtet, die Voraussetzungen zu nennen; z.B. hat Sachsen nur für einige enge

---

<sup>78</sup> Deshalb finden sich in keinem Gesetz des Bau-, Umwelt- oder Wirtschaftsrechts noch in der Literatur Ausführungen zu dieser Frage. Wie hier z. B. Memmesheimer/Upmeyer/Schönstein, § 26 NW RdNr. 5.

<sup>79</sup> Z.B. ist die Dokumentation in der besonderen Kostenvorschrift des § 14 Abs.3 SN genannt; zu dieser schwer verständlichen Vorschrift Martin/Schneider/Wecker/Bregger, Erl. zu § 14 SN. § 9 Abs. 1 Satz 5 SH stellt die Kostentragungspflicht für die Untersuchungen systemwidrig unter einen Zumutbarkeitsvorbehalt, bekennt sich damit aber gleichzeitig zum Veranlasserprinzip, Gallinat § 9 SHDSchG Erl. 3.3; die Zumutbarkeit wird bei Privatnützigkeit des Eingriffs in der Regel zu bejahen sein, sofern es nicht ausschließlich um die Befriedigung eines wissenschaftlichen Interesses geht.

<sup>80</sup> BVerwG E 70, 242, 244 und 71, 163, 164.

<sup>81</sup> Zusammenfassung bei Wurster, Denkmalschutz und Erhaltung, RdNr. 2155 ff. in Hoppenberg, Handbuch des öffentlichen Baurechts, 1995 und bei Martin/Viebrock/Bielfeldt Kennzahl 51.10..

Sondertatbestände die Voraussetzungen an versteckter Stelle genannt<sup>82</sup>. Bayern und Thüringen stellen auf die unveränderte Erhaltung der Denkmäler ab; bei Bodendenkmälern ist die Versagung zum Schutz von Bodendenkmälern zulässig (z.B. Art. 7 Abs.1 Satz 2 BY).

Die im Vergleich der Länder festzustellenden Defizite bei der Formulierung der materiellen Genehmigungsvoraussetzungen sind beim Gesetzesvollzug jeweils wegen der Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung unschädlich<sup>83</sup>, weil immer aus dem Gesamtzusammenhang der Regelungen eines Denkmalschutzgesetzes zu erkennen ist, dass auf Schutz und Pflege der Denkmäler abgestellt wird; dass entgegenstehende überwiegende andere Gründe des Gemeinwohls Vorrang haben können, ist auch bei Fehlen entsprechender Gesetzesformulierungen im gesamten öffentlichen Recht selbstverständlich<sup>84</sup>.

Für die öffentliche Hand und ihre Maßnahmen gelten keine Sonderregelungen. Bereits nach dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Allgemeingeltung von Gesetzen treffen Bund, Länder und Gemeinden die materiellen Pflichten der Denkmalverträglichkeit, soweit nicht im Einzelfall anderen öffentlichen Belangen der Vorrang eingeräumt werden muss. „Soweit“ bedeutet allerdings das Gebot zur sorgfältigen Abwägung und Abgrenzung; keinesfalls freigegeben werden kann z.B. eine Beseitigung auch von vermeintlich „unwichtigen“ Denkmälern ohne vorhergehende Untersuchung und ohne Dokumentation auf Kosten des Veranlassers. Die besondere Verpflichtung der öffentlichen Hand für die Denkmäler ist darüber hinaus in fast allen Landesverfassungen und Denkmalschutzgesetzen betont. Eine Prüfung der Zumutbarkeit ist bei der öffentlichen Hand entbehrlich, da es auf die über das Grundrecht des Art. 14 GG geforderte Zumutbarkeit bei Bund, Ländern und Gemeinden nicht ankommen kann<sup>85</sup>.

Für die Anwendung der Genehmigungstatbestände sind drei materiellrechtliche Voraussetzungen bestimmend:

1. jeder Eingriff in ein Denkmal muss denkmalverträglich sein;
2. Ausnahmsweise besteht abweichend von Nr.1 Genehmigungsfähigkeit beim Überwiegen anderer öffentlicher Belange;
3. Strittig ist, ob die Genehmigungsfähigkeit auch beim Überwiegen privater Belange bzw. bei Unzumutbarkeit eintreten kann.

#### Zu 1: Denkmalverträglichkeit

Jede beabsichtigte Maßnahme an einem Denkmal ist dahingehend zu überprüfen, ob sie denkmalverträglich ist<sup>86</sup>. Oberstes Ziel des Denkmalschutzes ist in allen Ländern die möglichst unveränderte Erhaltung des als Kunst- oder Geschichtsdenkmals im status quo geschützten Denkmals. Dies ergibt sich bereits generell aus der Denkmalwürdigkeit, d.h. aus dem in allen Gesetzen formulierten Anspruch der Allgemeinheit auf Erhaltung, wird aber z.B. von Art. 6 Abs.2 BY und § 13 Abs. 2 TH nochmals ausdrücklich betont. Insbesondere gilt es, nicht notwendige Eingriffe zu vermeiden und sie ggf. auf ein denkmalverträgliches Mindestmaß zu reduzieren (formuliert z.B. in § 10 Abs.1 Satz 2 ST); alle Möglichkeiten einer Erhaltung müssen ausgeschöpft werden (so § 10 Abs. 6 ST).

<sup>82</sup> § 12 Abs.2 Satz 4 SN nennt die Genehmigungsvoraussetzungen für Anlagen in der Umgebung eines Kulturdenkmals.

<sup>83</sup> Strobl/Majocco/Birn, Erl. 5 zu § 8 BW, Wurster a.a.O. RdNr. 217 und Martin/Schneider/Wecker/Bregger, Erl. 3.2.1 zu § 12 SN; kritisch zu diesem auch in BW seit Jahrzehnten bestehendes Defizit. Moench, NVwZ 1988, 304, 309.

<sup>84</sup> Siehe z.B. § 15 Abs.1 Satz 2 BB, 9 Abs.2 b NW, 10 Abs.2 Nr.2 ST.

<sup>85</sup> Z.B. OVG Lüneburg v. 2.10.1987, NVwZ 1988, 1143 und Urteilsanmerkung zu EzD 2.2.6.1 Nr.4.

<sup>86</sup> Zur Denkmalverträglichkeit Martin/Viebrock/Bielfeldt, Kennzahlen 43 und 91.20 mit weiteren Nachweisen.

Bei der Ausführung müssen die Grundsätze der Denkmalverträglichkeit wie z.B. auch Voruntersuchungen, fachgerechte Grabung und Bergung sowie Dokumentation der Ausführung und der Ergebnisse beachtet sein<sup>87</sup>. Da Bodendenkmäler bei den meisten Maßnahmen zwangsläufig zerstört werden, kommt es bei ihnen darauf an, wenigstens die Reste (Funde) und als Ersatz für die verlorene Substanz des untergegangenen Kulturdenkmals ein ideelles Surrogat<sup>88</sup> des Geschichtszeugnisses in Form einer aussagefähigen Dokumentation auf Dauer zu erhalten.

Die vollständig denkmalverträgliche Ausrichtung einer Maßnahme kann bereits im Antrag enthalten und gewährleistet sein, der dann ohne weiteres genehmigungsfähig ist; im Regelfall der täglichen Praxis wird die Denkmalverträglichkeit nach Gutachten der Fachbehörde vor allem durch sachgerechte Maßgaben und Nebenbestimmungen im Genehmigungsbescheid erst herbeigeführt. Die Einhaltung der damit vorgezeichneten Denkmalverträglichkeit hat der Veranlasser anschließend zu gewährleisten, d.h. er muss die Maßnahme entsprechend der Genehmigung durchführen und muss z.B. auch die aufgrund eines Auflagenvorbehalts erteilten nachträglichen Auflagen beachten.

## Zu 2: Überwiegende andere öffentliche Belange

Der Schutz der Kulturdenkmäler ist ein Schwergewicht unter den öffentlichen Belangen. Auch das Bundesverfassungsgericht betont den hohen Rang<sup>89</sup>. Auch im Bundesrecht gibt es einen besonderen Schutz für Denkmäler z.B. im BauGB und im UVPG. Diesen Rang bestätigt die Aufnahme in mehrere Länderverfassungen<sup>90</sup>; eine nivellierende Gleichstellung mit allen anderen öffentlichen Belangen ist schon wegen des verfassungsrechtlichen Differenzierungsgebots in Art. 3 GG nicht zulässig. Schließlich betont das zur Erfüllung des Denkmalbegriffes notwendige Element der sog. Denkmalwürdigkeit das besondere Interesse an der Erhaltung jedes einzelnen Denkmals. Grundgedanke ist vor allem die Erkenntnis der Unvermehrbarkeit und Unverzichtbarkeit von Denkmälern; wird ein Denkmal zerstört, ist es unwiederbringlich verloren; wird es entkernt, ist es auf Dauer zumindest entwertet. Verschiedentlich kann der Denkmalschutzgedanke in Konkurrenz zu anderen öffentlichen Belangen treten. Zurücktreten muss das Denkmal nur beim Überwiegen anderer Belange. Deren Bedeutung und Gewicht muss im Einzelfall ermittelt werden; das Denkmal kann aber nur dann aufgegeben werden, wenn keine Möglichkeit zur Erhaltung gefunden werden kann (überzeugender Gedanke des § 10 Abs. 6 ST). Z. B. wird es fast immer möglich sein, Umgehungsstraßen zu bauen oder verkehrslenkende Maßnahmen zu ergreifen, bevor in die Substanz einer Altstadt oder eines flächenhaften Bodendenkmals eingegriffen wird. Verstärkt zu achten ist deshalb auf die in einzelnen Gesetzen besonders herausgestellte Verantwortung und vorrangige Bindung von öffentlichen Planungs- und Maßnahmeträgern (z.B. Art. 3 Abs. 2 BY und § 1 Abs.3 SN). Als denkmalrechtsinterner Konflikt ist das Gegenüberstehen des Zieles der unveränderten Erhaltung eines Baudenkmals und die Erfüllung der gesetzlichen Nutzungspflicht durch den Eigentümer denkbar; ggf.

---

<sup>87</sup> Irrig deshalb Finkelnburg in einem Privatgutachten für die Reichs. und Bundesbahn vom 26. Mai 1993, was „zerstört werden darf, braucht nicht mehr geschützt zu werden“. Wie hier das Gegengutachten von Battis für das Land Brandenburg vom Oktober 1993.

<sup>88</sup> Aus Nr. 14.7 VVDenkSchG ST: „Wenn die Veranlasser schon von ihrer Erhaltungspflicht ... befreit werden, so werden sie stattdessen zur Dokumentation verpflichtet, um auf diese Weise das Kulturdenkmal der Nachwelt zu überliefern“.

<sup>89</sup> Nachweis siehe Fußnote 9.

<sup>90</sup> Vgl. z.B. Art. 86 BW, 141 BY, 11 BR, 62 HE, 18 NW, 40 RP, 7 SH, 11 SN. Vgl. auch Schema 03 Verfassungsrechtliche Grundaussagen für den Denkmalschutz, in Martin/Viebrock/Biefeldt, Kennzahl 11.20.

müssen deshalb Änderungen an Baudenkmalern hingenommen werden, wenn sonst das Denkmal nicht erhalten werden kann.

### Zu 3 Private Belange, Sozialbindung, Zumutbarkeit

Da die denkmalrechtliche Genehmigung wie die Baugenehmigung ein dinglicher Verwaltungsakt ist, kann es bei ihrem Erlass in der Regel nicht auf private Belange ankommen<sup>91</sup>. Ausgangspunkt ist zwar immer der Antrag des Veranlassers, der damit auch den Umfang seines privaten Vorhabens formuliert; die Genehmigungsfähigkeit ist aber wie bei der Baugenehmigung nach objektiven Kriterien und nicht z.B. nach der konkreten persönlichen Leistungsfähigkeit und unter Berücksichtigung anderer individueller Belange<sup>92</sup> zu ermitteln. Bestätigt wird dies durch die Systematik sämtlicher Denkmalschutzgesetze, die zwei Verfahren exakt trennen und hierfür immer auch gesonderte Rechtsvorschriften aufgestellt haben: 1. Das Genehmigungsverfahren, mit dem über die Denkmalverträglichkeit eines Eingriffs und öffentliche Belange entschieden wird, und 2. Das Verfahren zur Durchsetzung der unter dem Vorbehalt der Zumutbarkeit stehenden gesetzlichen Erhaltungspflicht. Eine Vermischung beider Verfahren muss soweit wie möglich vermieden werden<sup>93</sup>. Anders als bei einer denkmalrechtlichen Instandsetzungsanordnung können an privaten Belangen im Rahmen des Genehmigungsverfahrens von Eingriffen in Denkmäler insbesondere nicht berücksichtigt werden: Die bei einer Maßnahme entstehenden Kosten, mögliche Einschränkungen bei Rendite und Gewinn, der vom bisherigen Eigentümer herbeigeführte Zustand, die Zumutbarkeit von Erhaltungsmaßnahmen und die individuelle Leistungsfähigkeit des Antragstellers. Das Bundesverfassungsgericht hat dies im Jahre 1999 im Grundsatz bestätigt (in den Gründen unter C II 1 c) und nur für den Ausnahmefall eines nicht nutzbaren Denkmals die Versagung der Abbruchgenehmigung als möglicherweise nicht mehr zumutbar erklärt<sup>94</sup>. Vorhabensträger der öffentlichen Hand ist die Berufung auf die Unzumutbarkeit verwehrt (s. oben nach III).

Die in einigen Ländern wohl wegen Unterschätzung der Sozialpflichtigkeit des Eigentümers generell eingeführte besondere gesetzliche Voraussetzung der Zumutbarkeit auch in anderen als Abbruchverfahren kann im übrigen nur zu zwei Ausnahmesituationen führen, in denen auch subjektive Umstände bei der Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit einbezogen werden müssen:

- a) Bei einem Abbruchartrag, wenn die Erhaltung tatsächlich nicht zumutbar ist und eine entsprechende Erhaltungsanordnung nicht erlassen werden könnte (eigentlich Rechtsfrage des Übermaßverbotes und nicht der Zumutbarkeit), oder
- b) Bei in der Praxis seltenen Auflagen und Bedingungen in der Genehmigung für die Durchführung, soweit diese wegen des speziell verlangten denkmalpflegerischen Mehraufwandes für die konkret Betroffenen unverhältnismäßig sind und die

<sup>91</sup> In den Bauordnungen ist dies meist ausdrücklich bestimmt. Im Denkmalsbereich können private Interessen sehr vielgestaltig sein; vgl. z. Eberl/Martin/Petzet, Art. 6 Erl. 43 ff., 47 a. Für eine nicht vertretbare umfassende Einbeziehung privater Belange Moench/Schmidt, Die Freiheit der Baugestaltung, 1989, S.111. Systemwidrig aber ausdrücklich läßt § 10 Abs.2 Nr.3 ST die Genehmigung eines Eingriffs in ein Denkmal zu, wenn die unveränderte Erhaltung den Verpflichteten unzumutbar belastet.

<sup>92</sup> Anderer Ansicht aber meist ohne Bezug auf die Konstellationen der Praxis unter ungerechtfertigter (Schein-) Begründung mit Art. 14 GG einige Urteile (z.B. BWVGh v. 10.5.1988, EzD 2.2.6.1 Nr.8 mit abl. Anmerkung Martin) und Stimmen in der Literatur z.B. Wurster a.a.O. RdNr. 226.

<sup>93</sup> Ständige Rechtsprechung des BayVGh, z.B. v. 22.12.1994, EzD 2.2.6.1 Nr.4; ebenso Dörrfeldt/Viebrock, § 16 Erl. 37; weitere Nachweise auch zu a.A. bei Eberl/Martin/Petzet, Erl. 44 zu Art. 6 BY.

<sup>94</sup> BVerfG Beschluss v. 2.3.1999, 1 BvL 7/91, Nachweise siehe Fußnote 9: „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.“

Verhältnismäßigkeit auch nicht durch Kompensation (Zuschüsse, Steuervorteile, Ausgleich durch zusätzliches Baurecht, Verzicht auf Standards)<sup>95</sup> hergestellt werden kann<sup>96</sup>. Dabei kann es sich nur um empfindliche Lasten handeln: Die in der Praxis verlangten archäologischen Leistungen im Rahmen von Stadtsanierungen, bei der Aufschließung von Bauflächen und auf den Straßen- und Bahntrassen überschreiten mit ihren geringen anteiligen Kosten diese Schwelle im Verhältnis zu den jeweiligen Gesamtkosten der Maßnahmen in der Regel nicht<sup>97</sup>. Dasselbe gilt für die meisten vorbereitenden Untersuchungen, Dokumentationen sowie die im Hinblick auf ihre Ursachen zu differenzierenden Kosten der Instandsetzung von Baudenkmalern.

#### **IV. Verantwortung für die Genehmigungsvoraussetzungen**

##### **1. Schaffung und Nachweis der Voraussetzungen**

In jedem Genehmigungsverfahren ist die Erfüllung der Voraussetzungen Sache des Veranlassers. Er trägt die Verantwortung dafür, dass die formellen Voraussetzungen geschaffen werden und muss seinen Antrag insbesondere entscheidungs- und genehmigungsreif machen. Er muss dies auch nachweisen. Insofern trifft ihn eine uneingeschränkte, allein von seiner Disposition abhängige Bringschuld (Obliegenheit), die insbesondere nicht durch hier sachfremde Überlegungen aus dem Bereich der Zumutbarkeit relativiert werden können.

Die Behörden haben den Veranlasser dabei nur insofern zu unterstützen, als sie ihm Art und Umfang der erforderlichen Untersuchungen und Unterlagen bezeichnen müssen und fehlende Unterlagen nachfordern können (allgemein § 25 VwVfG). Die Behörden trifft insbesondere keine Amtspflicht zur Durchführung der vorbereitenden Untersuchungen mit eigenem Personal und auf Staatskosten bei Eingriffen in Denkmäler im Zusammenhang mit privaten Vorhaben. Dies gilt auch bei Bodendenkmälern, wo z.B. die Landesämter nicht verpflichtet sind, durch eigene Untersuchungen Anträge von Vorhabensträgern genehmigungsreif zu machen<sup>98</sup>. Uneingeschränkt gilt dies auch bei Maßnahmen der öffentlichen Hand; bei Straßenbauten ist z. B. das staatliche Denkmalfachamt nicht verpflichtet, zu Lasten des eigenen Haushalts Untersuchung, Bergung und Dokumentation zu leisten. Es wird häufig darauf ankommen, eine frühzeitige Einigung über die Umstände einer im Einzelfall möglichen Beteiligung der Behörden herbeizuführen. Allerdings kann sich aus dem gesetzlichen Auftrag an die Denkmalfachämter zur wissenschaftlichen Untersuchung von Denkmälern eine objektive, vom Veranlasser nicht erzwingbare dienstliche Aufgabe der Behörden zur Durchführung notwendiger Untersuchungen ergeben. Dies ist z.B. dann anzunehmen, wenn ein Eingriff in ein Denkmal wegen

---

<sup>95</sup> Zu Möglichkeiten der Kompensation Martin/Viebrock/Bielfeldt, Kennzahl 82.02.

<sup>96</sup> Zu denken ist etwa an eine Bedingung in einer Genehmigung für eine Hausinstandsetzung, daß gleichzeitig aufwendig Stuckdecken und Wandgemälde restauriert werden müssen.

<sup>97</sup> Das Bayerische Landesamt hat ermittelt, dass selbst bei Großgrabungen noch nie mehr als 2 Prozent der Bausumme aufzuwenden waren; Keller, Aktuelle Probleme der archäologischen Denkmalpflege, *Schönere Heimat* 1998, 123 ff., 126. Anderer Ansicht Finkelnburg in einem nicht veröffentlichten Privatgutachten für die Bahnen vom 25. Mai 1993, S. 8; wie hier das Gegengutachten von Battis für das Land Brandenburg vom Oktober 1993.

<sup>98</sup> Dies ist nicht mit der gesetzlichen Umschreibung ihres Aufgabenbereichs zu verwechseln. Nicht zur Entlastung von Antragstellern, sondern zur verwaltungstechnischen Zuordnung von Aufgaben formuliert z.B. Art. 12 Abs.2 Satz 2 Nr. 6 BY die Aufgabe der Überwachung der Ausgrabungen sowie der Überwachung und Erfassung der anfallenden beweglichen Bodendenkmäler. Ähnlich z.B. §§ 4 Abs.2 BB, 4 Abs.2 Nr.4 MV, 21 Satz 2 Nr.3 NS, 22 Abs. 3 Nr. 4 NW, 25 Abs.1 Satz 2 Nr. 8 RP usw.

überwiegender anderer öffentlicher Belange genehmigt werden muss; beispielsweise entsteht mit der Genehmigung des Baus der ICE-Strecke nach den meisten Denkmalschutzgesetzen die objektive Dienstaufgabe der Landesämter zur rechtzeitigen Untersuchung und Bergung der Bodendenkmäler. Wenn in dieser Situation nicht rechtzeitig die Kostentragungspflicht zum Bestandteil der Genehmigung gemacht oder dort klargestellt war, entstehen Misslichkeiten im Vollzug, die oft nur durch politische Einwirkungen korrigiert werden können. Diese allgemeinen Überlegungen und Rechtsgedanken sind aufgrund von negativen Erfahrungen insbesondere im Zusammenhang mit öffentlichen Bauvorhaben in einzelne Formulierungen einiger neuer Denkmalschutzgesetze eingeflossen: § 11 Abs.4 BE, §§ 15 Abs.3 und 12 Abs.2 BB, § 14 Abs.9 ST. Unbestreitbar fehlt zwar bis heute eine eindeutige gesetzliche Formulierung der Einzelheiten. Dies ist aber auch entbehrlich, weil ein qualifizierter Vollzug der Rechtsgrundlagen der Denkmalschutzgesetze in Verbindung mit den Rechtsinstituten der Verwaltungsverfahrensgesetze bereits heute rechtlich eindeutige und unbedenkliche Anforderungen hinsichtlich Art und Umfang der Antragsunterlagen, der Herbeiführung der Denkmalverträglichkeit und der Kostenfolgen als der selbstverständlichen Voraussetzungen für eine Genehmigung ermöglicht.

## **2. Entstehen bei der Ausführung**

Ist eine Genehmigung erteilt, muss der Veranlasser in allen Rechtsbereichen selbstverständlich auch für die Einhaltung ihres Inhalts und der Nebenbestimmungen einstehen. Seine Verantwortlichkeit endet nicht mit der Stellung des Antrags. Im übrigen ist es ihm zwar freigestellt, ob er von der Genehmigung Gebrauch macht, solange nicht eine entsprechende Instandsetzungsanordnung gegen ihn ergangen ist. Macht er von ihr Gebrauch, muss er die Maßnahmen insbesondere in den Teilen denkmalverträglich durchführen, die seinen Erhaltungspflichten entsprechen. Konsequenzen hat dies z.B. insbesondere bei Maßnahmen, die Bodendenkmäler betreffen; zerstörerische Eingriffe dürfen immer erst begonnen werden, wenn die entsprechenden Voruntersuchungen, Dokumentationen und Bergungen durchgeführt sind. Mit der Verantwortung des Veranlassers für den Antrag, die Voruntersuchungen, die denkmalverträgliche Durchführung und die Dokumentation ist auch die Verantwortung für die Kosten verbunden. Einzelheiten unter D.

### 3. Sanktionen

Die Gesetze haben dafür Sorge getragen, dass bei Nichtbeachtung der Grundsätze der Denkmalverträglichkeit entsprechende Sanktionen eingesetzt werden können<sup>99</sup>. Beim Abweichen von einer Genehmigung oder ihren Nebenbestimmungen riskiert der Vorhabensträger zunächst in allen Ländern entweder unmittelbar nach Bau- und Denkmalrecht oder in Verbindung mit dem Sicherheitsrecht eine förmliche Einstellung und Unterbindung seiner Arbeiten. Wird ein Denkmal durch ungenehmigte Eingriffe beschädigt oder zerstört, treffen die Verantwortlichen und Handelnden die Wiederherstellungs- und Schadenersatzpflichten nach den Denkmalschutzgesetzen (siehe oben B).

Schließlich sind ungenehmigte Eingriffe oder das Abweichen von Nebenbestimmungen durchweg als Ordnungswidrigkeiten mit Geldbuße oder als Straftaten<sup>100</sup> mit Strafe, z.T. verbunden mit Einziehung, bedroht.

Die Rechtslage lässt auch hier kaum einen Wunsch zum Schutz der Denkmäler offen; es ist Aufgabe der Behörden (und der Gerichte), diese Sanktionen entschieden und rechtzeitig einzusetzen.

### D. Die Kostenfolgen

#### I. Allgemeine Grundsätze zur Kostentragung

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“<sup>101</sup>, 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.

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 Rechts<sup>102</sup> und der behördlichen Auflagen entstehen. Hierzu gehören z.B.

---

<sup>99</sup> Auf die unterschiedlichen Rechtsgrundlagen mit speziellen Befugnisnormen, Generalklauseln oder Rechtskonstruktionen unter Einbeziehung des Sicherheitsrechts soll hier nicht eingegangen werden; vgl. auch oben B II 5.

<sup>100</sup> Besondere denkmalrechtliche Strafvorschriften für Denkmäler enthalten nur § 34 NS und § 35 SN. Zugunsten von Denkmälern gelten darüber hinaus die Vorschriften des StGB, insbesondere § 304; vgl. hierzu AG Lippstadt v. 1.3.1988 EzD 2.2.8.Nr.1, und Fechner, Rechtlicher Schutz archäologischer Kulturgüter, Berlin 1991, S. 51 ff., 55.

<sup>101</sup> 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.

<sup>102</sup> In diesem Sinne auch die Stellungnahme des Bundes im Brandenburger ICE-Prozeß, abgedruckt in Martin/Viebrock/Bielfeldt, Veranlasser und Kostenfolge, Kennzahl 93.51.



auch Brand-, Wärme- und Schallschutz, oder Anforderungen an Baustoffe und die Standsicherheit sowie die Beachtung der Unfallverhütungsvorschriften<sup>103</sup>. An dieser grundsätzlichen Kostenfolge ändert sich nichts, wenn der Eigentümer mit Ausführung seines Vorhabens gleichzeitig seine denkmalrechtlichen Erhaltungs-, Instandsetzungs-, Gefahrenabwehr- oder Bergungspflichten erfüllt<sup>104</sup>. Bei der Einbeziehung der Zumutbarkeit, unter welcher die denkmalrechtlichen Erhaltungspflichten nach den Denkmalschutzgesetzen durchweg stehen<sup>105</sup>, ist der Umstand entscheidend, dass die Zumutbarkeit zwar die Anforderungen an eine behördliche Instandsetzungsanordnung bestimmen und diese damit begrenzen kann; damit wird aber nicht die Privatinitiative für ein Vorhaben im Genehmigungsverfahren aufgehoben. Insbesondere kann in entsprechende Anträge auf Genehmigungen nicht ein Vorbehalt des Veranlassers hinein interpretiert werden, dass die Maßnahmen von der öffentlichen Hand zumindest mitfinanziert werden müssten. Dies gilt entsprechend z.B. auch für das Ausgangsbeispiel der Planfeststellung einer ICE- oder Straßentrasse und die damit ausgelösten technischen Maßnahmen einschließlich der durch Hoheitsakt geforderten denkmalverträglichen Ausrichtung<sup>106</sup>.

Auszugehen ist deshalb davon, dass ein Veranlasser im Grundsatz, wenn auch unter den unter III näher bezeichneten Einschränkungen, für seine Maßnahme auch finanziell selbst verantwortlich ist und sämtliche Kosten selbst trägt<sup>107</sup>. Unabhängig davon ist die behördliche Praxis der Denkmalpflege dadurch gekennzeichnet, dass „mit Augenmaß“ Zuschüsse als „freiwillige Leistungen“ eingesetzt werden, um Härten zu vermeiden und den Eigentümern ihre Lasten zu erleichtern.

Besondere Kostentragungspflichten können sich aus anderen Gesetzen und Titeln ergeben. Die Gemeinden können sie z.B. bereits in Grundstückskaufverträgen aufnehmen. Nach § 127 BauGB können sie Erschließungsbeiträge erheben; beitragsfähig können auch Vorkehrungen zum Schutz z.B. von Bodendenkmälern sein, soweit sie rechtliche und tatsächliche Voraussetzungen der Herstellung einer Erschließungsanlage sind<sup>108</sup>. Vergleichbare Kosten können auch Gegenstand städtebaulicher Verträge nach § 11 Abs.1 Nr.3 BauGB sein; den Gemeinden kann im Interesse der Vorsorge für den Rechtsfrieden sehr zur Einbeziehung dieser Kosten beim Abschluss solcher Verträge geraten werden<sup>109</sup>. Vorkehrungen für Bodendenkmäler können schließlich auch als sog. Vorbereitende Untersuchungen

<sup>103</sup> Man hat in vergleichbaren Bereichen und mit vergleichbaren Kostenpflichten noch nicht gehört, dass etwa die Feuerwehr die Kosten des Brandschutzes oder das Umweltministerium die Kosten eines Kfz-Katalysators übernehmen müssten!

<sup>104</sup> Hönes, Erl. 62 zu § 2 RP.

<sup>105</sup> Siehe Martin/Viebrock/Bielfeldt, Kennzahl 82.00.

<sup>106</sup> „Die Kosten ... hat der Verursacher zu tragen“, Battis in dem Gegengutachten für das Land Brandenburg vom Oktober 1993, S. 23; auf S. 26 wird aus § 74 Abs.2 Satz 2 VwVfG die Möglichkeit zur Auferlegung der Kosten abgeleitet..

<sup>107</sup> Aus der „Charta von Lausanne“ für den Schutz und die Pflege des archäologischen Erbes von 1989, abgedruckt z.B. in Martin/Viebrock/Bielfeldt, Kennzahl 99.10: „Die entsprechenden Gesetze sollen daher die Maßnahmeträger verpflichten, schon im Planungsstadium Verträglichkeitsstudien hinsichtlich des archäologischen Erbes zu erstellen, mit der Bedingung, daß die Kosten dieser Studien Bestandteil der Projektkosten sind“.

<sup>108</sup> Die Frage ist rechtlich noch nicht ausgelotet. Tatsächlich werden in der Praxis bereits vielfach entsprechende Kosten in den Erschließungsaufwand einbezogen und von den Beitragspflichtigen getragen.

<sup>109</sup> Hier nicht vertiefbare Einzelheiten z.B. bei Schmidt-Aßmann/Krebs, Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, ferner bei Birk, Die städtebaulichen Verträge nach BauGB 1998, 3. Auflage 1999, v.Nicolai/Wagner/Wecker, Verträge des Baugesetzbuches, 1999, und in der Kommentarliteratur. Zum sog. Ingolstädter Modell einer Abschöpfung von Gewinnen beim Verkauf von Bauland in Höhe von pauschal 5.-DM je Quadratmeter siehe Keller a.a.O. S. 126.

und als Ordnungsmaßnahmen im Rahmen der Städtebauförderung des Besonderen Städtebaurechts der §§ 136 ff. BauGB finanziert werden<sup>110</sup>.

## II. Die Kostengruppen bei Maßnahmen an Denkmälern

Im Zusammenhang mit der Veranlassung eines Eingriffs in ein Denkmal entstehen Kosten, die in folgende Gruppen<sup>111</sup> gegliedert werden können:

- für den Antrag und die Antragsunterlagen,
- für die Herbeiführung der Genehmigungsvoraussetzungen (z.B. Prospektion, Voruntersuchungen),
- für die Durchführung der Maßnahme (Sanierung, Restaurierung, Grabung, Bergung, Dokumentation),
- für die Beachtung der besonderen Nebenbestimmungen einer Genehmigung,
- speziell für Erhaltungsmaßnahmen am Denkmal,
- für sog. "Sowieso-Aufwand", der unabhängig von der Denkmaleigenschaft anfällt (Erdaushub, Sicherung der Baustelle, die meisten technischen Maßnahmen),
- für Maßnahmen, die über die Erhaltungspflicht hinausgehen (z.B. Nachsorge, wissenschaftliche Auswertung, Publikation),
- Ausgleich für Unterlassen des Abbruchs bzw. einen Nutzungsverzicht,
- Ausgleich für den Antragsteller unverhältnismäßig belastende Nebenbestimmungen (z.B. Ausschluss jeder Nutzung, Erhaltung als Museum).

## III. Die denkmalrechtliche Kostentragungspflicht

Hierfür gelten zunächst die eingangs unter D.I genannten Grundsätze. Als Pflichtige kommen nur der Eigentümer, der Veranlasser und die öffentliche Hand in Frage. Die Kostentragungspflicht im Bereich der Denkmalpflege ist nicht einheitlich; sie spaltet sich vielmehr entsprechend den Kostengruppen (siehe II.) auf.

### 1. Öffentliche Hand

Die öffentliche Hand hat bei Privatmaßnahmen zu tragen bzw. trägt:

- den Anteil an den denkmalpflegerischen Mehrkosten, den nicht der Veranlasser zu tragen hat (siehe unten 3),
- die Entschädigung bei Ablehnung des Abbruchs in den Fällen der Unzumutbarkeit und bei fehlender Kompensation (Ausgleichsanspruch)<sup>112</sup>,
- die Steuerausfälle insbesondere bei der Einkommensteuer<sup>113</sup> und
- die „freiwilligen“ Zuschüsse nach allen Programmen<sup>114</sup>.

Rechtsansprüche auf eine Kostentragung oder Beteiligung durch die öffentliche Hand entstehen nur unter bestimmten Voraussetzungen: Auf die Erteilung einer Steuerbescheinigung und die Steuervorteile besteht ein Anspruch, wenn die

<sup>110</sup> Siehe die Richtlinien der Länder zur Städtebauförderung, z. B. Sachsen-Anhalt, abgedruckt in Martin/Viebrock/Bielfeldt, Kennzahl 88.51.

<sup>111</sup> Siehe Martin/Viebrock/Bielfeldt, Kostengruppen in der Denkmalpflege, Kennzahl 81.03.

<sup>112</sup> Zur Ausgleichs- und Entschädigungspflicht vgl. die Enteignungs- und Entschädigungsvorschriften der einzelnen Gesetze; hierzu z.B. Eberl/Martin/Petzet, Erl. zu Art.20 BY und Martin/Schneider/Wecker/Bregger, Erl. zu § 26 SN; zu beachten ist auch BverfG v. 2.3.1999 - siehe Fußnote 9.

<sup>113</sup> Zu den Steuervorteilen siehe Martin/Viebrock/Bielfeldt, Kennzahlen 82.06, 85, 86 und 89.

<sup>114</sup> Zur Finanzierung und zu den Zuwendungsprogrammen siehe Martin/Viebrock/Bielfeldt, Kennzahlen 82, 83, 84 und 88.

Maßnahmen entsprechend den fachlichen Vorgaben durchgeführt wurden und mit der zuständigen Behörde abgestimmt waren. Auf Zuschüsse besteht ein Anspruch erst nach Bewilligung bzw. einer verbindlichen Zusicherung im Sinne des § 38 VwVfG. Ausgleichsansprüche entstehen dagegen bei den unverhältnismäßigen Belastungen unmittelbar kraft Gesetzes. Bei allen Kompensationen ist zu beachten, dass sich diese nicht nur aus Denkmalrecht, sondern z.B. aufgrund aller in Frage kommenden Förderungsprogramme und Steuervorteile ergeben können; ihre Beantragung ist nicht in das Belieben der Veranlasser gestellt, vielmehr wird bei der Zumutbarkeitsprüfung vorausgesetzt, dass sämtliche Möglichkeiten ausgeschöpft werden; den Veranlasser trifft eine entsprechende Obliegenheit. Zu beachten ist ferner, dass infolge von Eingriffen in Denkmäler wie z.B. infolge der Beseitigung von Bodendenkmälern regelmäßig die Nutzung eines Grundstücks eröffnet oder erweitert wird, seine Wirtschaftlichkeit und sein Wert steigen und häufig Finanzierungsinstrumente sowie Steuervorteile in Anspruch genommen werden können; dies gilt eingeschränkt sogar bei Bahn- und sonstigen Trassen.

## **2. Eigentümer**

Der Eigentümer (bzw. der ihm nach einigen Gesetzen gleichgestellte andere Verpflichtete) ist verpflichtet, alle anderen Kosten der Erhaltung zu tragen. Dies gilt insbesondere für die sog. Sowieso-Kosten, die nicht denkmalbedingten Kosten, die Kosten zur Erfüllung anderer gesetzlicher Verpflichtungen (z.B. Standsicherheit, Brandschutz und Beseitigung von Verunstaltungen nach Bauordnungsrecht), Kosten infolge unterlassenen Bauunterhalts, durch Zuschüsse, Steuervorteile und andere Umstände kompensierte denkmalpflegerische Mehrkosten und einen immer zumutbaren Sockelbetrag der sonstigen denkmalpflegerischen Kosten. Ist der Eigentümer nicht zugleich Veranlasser eines Eingriffs in ein Denkmal, so ist für diese Position eine Einigung zwischen diesen beiden Personen notwendig; die öffentliche Hand trifft insoweit keine Einstandspflicht.

## **3. Veranlasser**

Im übrigen treffen nach den unter D I genannten Grundsätzen nahezu alle Kosten der denkmalverträglichen Durchführung einer Maßnahme deren Veranlasser. Beispiele hierfür sind die oben genannten Kostengruppen. Im Einzelnen gilt deshalb z.B. für den Bereich der Baudenkmalpflege, dass ein Veranlasser alle Kosten der vorbereitenden Untersuchungen, der Ausführung und der Dokumentation tragen muss. Steuervorteile können nach Erteilung einer entsprechenden Bescheinigung der nach Landesrecht zuständigen Behörden für sämtliche dieser Kosten in Anspruch genommen werden, die nicht durch Zuschüsse abgedeckt sind. Zuschüsse kommen in erster Linie in Betracht für den denkmalpflegerischen Aufwand im engeren Sinn, also z.B. für allein aus wissenschaftlichen Gründen erforderliche Voruntersuchungen, die behördlicherseits verlangte Restaurierung künstlerisch gestalteter Bauteile und der geforderte Einsatz kostenintensiver Materialien bzw. Ausführungsarten. In der Bodendenkmalpflege gilt dies für Prospektion, zerstörungsfreie Untersuchung, Grabung, Bergung, Sicherung der Funde und die

Dokumentation in allen Stufen<sup>115</sup>; die jeweilige Ausführung kann öffentlichen Stellen, aber auch privaten Fachleuten übertragen werden.

Sofern die dauerhafte Sicherung vor allem der beweglichen Bodendenkmäler (Funde) Konservierungsmaßnahmen und eine Aufbewahrung für die Zukunft erfordert, gehören diese ebenfalls zu den unabweisbaren, vom Vorhabenträger veranlassten Kosten des Eingriffs. Bei den Kosten der wissenschaftliche Auswertung der Funde, einer möglichen Publikation und der Präsentation für die Öffentlichkeit in einem Museum sind trotz der Zwangsläufigkeit ihres Entstehens Zweifel möglich, weil diese Positionen vorrangig öffentlichen Interessen dienen; eine vorherige Einigung der Beteiligten über diese Kosten z.B. in einem Vergleichsvertrag ist anzuempfehlen. Fundprämien im Zusammenhang mit dem Eigentumsübergang an den Funden infolge des Schatzregals sind dagegen von der Person zu tragen, der das Eigentum zuwächst.

#### **IV. Durchsetzung der Kostentragungspflicht**

##### **1. Unmittelbare gesetzliche Pflicht**

Die hier skizzierten Kostentragungspflichten bestehen unmittelbar aufgrund der gesetzlichen Lage; sie ergeben sich - wie gezeigt - aus der z. B. in § 15 Abs. 2 Satz 1 DenkmSchG ST formulierten Einstandspflicht des Veranlassers für die Genehmigungsfähigkeit und die denkmalverträgliche Durchführung seiner Maßnahme. Einer darüber hinausgehenden ausdrücklichen Formulierung in den Denkmalschutzgesetzen bedarf es - wie bei anderen Gesetzen - nicht. Aus diesem Grund ist es unerheblich, ob das DenkmSchG ST zumindest ansatzweise versucht hat, Formulierungen für die Kostentragung zu finden (so § 14 Abs. 9 Satz 1 mit der etwas unbeholfenen, letztlich untergeordneten „zuständig“- Regelung<sup>116</sup> für Dokumentationen), ob wegen des Verkennens der grundsätzlichen Pflichten<sup>117</sup> unzureichende und missverständliche Formulierungen gewählt wurden, oder dass bei den meisten älteren Denkmalschutzgesetzen jede Aussage zu Veranlassung und Kostenfolgen fehlt. Die gängige Argumentation der Bundesbahn, der öffentlichen Hoch- und Tiefbauer und anderer Vorhabensträger verkennt diese Rechtslage und nützt Informationsdefizite auf Seiten der Administration der Bundesländer aus, wenn sie z. B. die Kostentragungspflicht für archäologische Maßnahmen auf der ICE-Trasse Nürnberg - Erfurt zwar für die Strecke in Thüringen anerkennt, für Bayern jedoch bestreitet. Auch die bayerischen Behörden lassen sich zu Unrecht dadurch beeindrucken; ihr Ruf nach dem Gesetzgeber ist unnötig<sup>118</sup>. Allerdings können die im Gesetz grundgelegten Kostentragungspflichten nicht ohne Vollzugsakte der Behörden gegenüber dem Antragsteller bzw. Veranlasser konkretisiert und durchgesetzt werden:

---

<sup>115</sup>Vergleichbar die Verfügung des Ministeriums für Stadtentwicklung und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen vom 16.2.1993 Nr. I B 5 - 56.01 III B 1 - betr. Berücksichtigung bodendenkmalpflegerischer Belange bei Straßenbaumaßnahmen. Siehe ferner die Richtlinien zur Grabungsdokumentation in Martin/Viebrock/Bielfeldt, Kennzahl 99.50.

<sup>116</sup> Reich sieht hierin die Pflicht zur Dokumentation und zur Kostentragung, § 14 DenkmSchG ST Erl. 27.

<sup>117</sup> Dies gilt insbesondere für die Restriktion der Archäologie durch die singuläre Sondervorschrift des § 19 NW DSchG; siehe hierzu Memmesheimer/Upmeier/Schönstein, § 19 RdNr. 10.

<sup>118</sup> So aber Keller, Aktuelle Probleme der Archäologischen Denkmalpflege, *Schönere Heimat* 1998, 123 ff., 126, 127. Die Argumentation des Beitrags ist auch in sich nicht schlüssig, weil es keineswegs auf die Bereitschaft der Investoren zur freiwilligen Mitfinanzierung ankommen kann. Auch Memmesheimer/Upmeier/Schönstein monieren eine gesetzliche Verankerung, Einleitung IV NW.

- Unabhängig von der Rechtslage nach dem Denkmalschutzgesetz besteht in Planfeststellungsverfahren die Möglichkeit der Planfeststellungsbehörden, die Kostentragung als Vorkehrung im Sinne des § 74 Abs.2 Satz 2 VwVfG anzuordnen<sup>119</sup>.

- In den übrigen bau- und denkmalrechtlichen Genehmigungsverfahren kann die Kostentragung durch Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt der Genehmigung (unten Nr. 2) oder durch öffentlich-rechtliche Verträge (unten Nr. 3) konkretisiert werden.

Zur Wahl der Rechtsform: Die Behörden können bei der Konkretisierung der Kostentragungspflicht grundsätzlich zwischen den Formen der Nebenbestimmung und einem öffentlich-rechtlichen Vertrag wählen; eine Grenze des Wahlrechts wäre der Formenmissbrauch, da die Denkmalschutzgesetze keine anderen Vorgaben für die Rechtsform enthalten. Aus der Freiheit der Formenwahl ergibt sich auch die Möglichkeit zur Kombination beider Formen, das heißt, dass im Bescheid der Abschluss einer Vertrages über die denkmalpflegerischen Leistungen und/oder die Tragung der Kosten zur Bedingung gemacht werden könnte und sollte.

## **2. Nebenbestimmungen zu der Genehmigung**

### **2.1 Genehmigung unter einer Bedingung**

Das herkömmliche Rechtsinstitut um abstrakte öffentlich-rechtliche Pflichten in der Praxis zu konkretisieren, ist die Nebenbestimmungen zu einer Genehmigung. Dies gilt auch für die Konkretisierung der Kostentragungspflichten im Denkmalrecht. Geeignet können sein insbesondere zwei Bedingungen: 1. die Bedingung der Genehmigung zu einer auf Denkmale einwirkenden Maßnahme, dass der Antragsteller die Kosten der veranlassten Maßnahme zu tragen habe, oder 2. die Bedingung, dass sich der Antragsteller in einem Vertrag verpflichtet, die Kosten für die Durchführung z.B. spezieller archäologischen oder anderer fachlicher Leistungen durch das Landesamt oder Dritte zu tragen. In beiden Fällen ist es damit dem Antragsteller überlassen, die Voraussetzungen für den Eintritt der Bedingung<sup>120</sup> zu schaffen, § 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG. Zusätzlich abgesichert werden kann die Kostenpflicht im Einzelfall auch durch die weitere Bedingung einer Sicherheitsleistung durch den Vorhabensträger. Schließlich empfiehlt sich regelmäßig die zusätzliche Bedingung, dass mit dem Vorhaben erst nach Unanfechtbarkeit des Bescheides bzw. der schriftlichen Anerkennung seines Inhalts und seiner Rechtsverbindlichkeit Gebrauch gemacht werden darf.

### **2.2 Rechtsgrundlagen für die Nebenbestimmungen**

Als Rechtsgrundlagen für Nebenbestimmungen kommt neben spezialgesetzlichen Normen (z.B. BauO, außerbayerische Denkmalschutzgesetze wie z.B. §§ 14 Abs. 4 Satz 2, 14 Abs. 9 Satz 2 DenkmSchG ST) generell § 36 VwVfG in Frage. Generell ist festzustellen, dass wegen meist unübersehbarer Praxisferne sowohl von den

---

<sup>119</sup> So auch Battis in dem Gegengutachten für das Land Brandenburg vom Oktober 1993, S. 25 ff. Ähnlich der Oberbundesanwalt beim BVerwG nach Abstimmung mit den beteiligten Bundesministerien im Februar 1996, auszugsweise abgedruckt in Martin/Viebrock/Bielfeldt, Kennzahl 93.51.

<sup>120</sup> Siehe z.B. Eberl/Martin/Petzet, Erl.89 .zu Art 6 BY, Martin/Schneider/Wecker/Bregger, Erl. 4.3.2 zu § 13 und Erl. 4.1.2.zu § 14 SN, Martin/Viebrock/Bielfeldt, Kennzahlen 51.13 und 93.51; hier auch das Muster einer Grabungsgenehmigung unter Kennzahl 98.01 und das Textbuch unter Kennzahl 51.91.

Gesetzgebern<sup>121</sup> der Länder als auch in den meisten Darstellungen zum Denkmalrecht die Einsatzmöglichkeiten von Nebenbestimmungen im Denkmalrecht zu wenig beachtet werden.

### 2.3 Zwecke und Verbotszwecke der Nebenbestimmungen

Die Absätze 1 und 3 des § 36 VwVfG enthalten Grenzen für Nebenbestimmungen.

a) Sie sind nur dann zulässig, wenn sie dem Zweck der zu erteilenden denkmalrechtlichen Genehmigung und der Erfüllung der Anforderungen des Denkmalschutzgesetzes dienen. Hiervon zu unterscheiden ist der Zweck des konkreten Verwaltungsaktes: Das VwVfG fordert nicht, dass die Nebenbestimmung in der Zweckbestimmung des Verwaltungsaktes liegen müsse<sup>122</sup>. Die Erfüllung irgendeines legitimen Verwaltungszweckes kann andererseits nicht ausreichen, um die Nebenbestimmung zulässig zu machen<sup>123</sup>.

b) Zum Zweckzusammenhang mit der denkmalrechtlichen Genehmigung: Die belastende Nebenbestimmung mit einer Kostenfolge zum begünstigenden Verwaltungsakt der Genehmigung ist nach herrschender Meinung generell nur dann zulässig, wenn zwischen beiden ein adäquater Zusammenhang besteht; sachfremde Zwecke sind ausgeschlossen. Nur Zwecke des Denkmalrechts können das Verlangen nach Kostentragung legitimieren. Die dienende Funktion und der Zweckzusammenhang werden deutlich aus möglichen Konsequenzen bei Unterlassung der Nebenbestimmung: Werden mit ihr Versagungsgründe ausgeräumt oder wird eine für den Antragsteller ungünstigere Entscheidung vermieden, dann liegt der Zweckzusammenhang vor<sup>124</sup>. Als unzulässig angesehen würden wohl allgemeine fiskalische Erwägungen zur Aufbesserung des Staatshaushalts oder zur Entlastung des Haushalts der Denkmalfachbehörden, gesetzeswidrige Aufgabenverlagerungen von den Denkmalbehörden auf Private, ferner zuständigkeitfremde Gesichtspunkte (z.B. finanzielle Entlastung der Gemeinden vom von ihnen zu tragenden Erschließungsaufwand durch Begründung einer Kostenfolge für eine Maßnahme an einem archäologischen Denkmal). Als zulässig erklärt wurden sogar die vergleichbare Auflage zu einer Abbruchgenehmigung, eine Abstandssumme zu zahlen<sup>125</sup> oder die Auflage zur naturschutzrechtlichen Ausgleichszahlung bei einer Baugenehmigung<sup>126</sup>. Die Durchführung von vorbereitenden Untersuchungen, Prospektion, Ausgrabung, Bergung und Dokumentation dient der Ordnung der denkmalrechtlichen Rechtsverhältnisse und Verfahren und ist deshalb im Grundsatz ein sachgerechter Zweck für entsprechende Nebenbestimmungen. Zu vertiefen bleibt anschließend (c), ob auch das zusätzliche Verlangen nach Kostentragung durch diesen Zweck gedeckt wird.

c) Entscheidend ist letztlich, ob gerade durch die Regelung der Kostenfolge im konkreten Fall zulasten des Antragstellers ein Versagungsgrund ausgeräumt wird oder ob die private Kostentragung zumindest der Minderung von Nachteilen dient, die sich aus der Durchführung der ohne Nebenbestimmung genehmigten Maßnahme für die Allgemeinheit und das in ihrem Interesse zu erhaltende Denkmal ergeben könnten. Hierzu ist festzustellen: Wenn und solange die Durchführung der

<sup>121</sup> Aus dem BayDSchG wurden die ursprünglichen Formulierungen zu den Nebenbestimmungen nach Inkrafttreten des Verwaltungsverfahrensgesetzes mit dem Gesetz zur Anpassung des Bayerischen Landesrecht an das BayVwVfG vom 10. 8. 1982 (GVBl. S. 682) entfernt.

<sup>122</sup> Zum Unterschied Stelkens/Bonk/Sachs, RdNr. 66 zu § 36

<sup>123</sup> Kopp/Ramsauer, RdNr. 50 zu § 36 VwVfG mit weiteren Nachweisen aus Rechtsprechung und Schrifttum

<sup>124</sup> Ähnlich BGH NJW 1984, 2698

<sup>125</sup> BVerwG NJW 1978, 1918, 1019

<sup>126</sup> HessVGH NuR 1992,240

erforderlichen Untersuchungen, Grabungen, Dokumentationen usw. rechtlich, tatsächlich und hinsichtlich ihrer Finanzierung nicht gesichert ist, darf von einer Genehmigung für einen Eingriff in ein Denkmal nicht Gebrauch gemacht werden, weil die Denkmalverträglichkeit des Eingriffs nicht gewährleistet ist. Verweigert der Antragsteller die Kostentragung z.B. durch Rechtsmittel gegen die Genehmigung (mit der Bedingung) oder den Abschluss des mit der Bedingung geforderten Vertrags, so darf er von der Genehmigung nicht Gebrauch machen. Die Denkmalschutzbehörde kann im übrigen die Genehmigung versagen, wenn der Antragsteller sich im Verfahren weigert, die geforderten fachlichen Leistungen durchzuführen bzw. die Kosten hierfür zu tragen.

## **2.4 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**

Wenn die Genehmigungsbehörde die Begünstigung des Antragstellers durch die beantragte Genehmigung Fehlen einer Regelung über die denkmalfachlichen Leistungen und die Tragung der Kosten also insgesamt ablehnen könnte (siehe 2.3 c), kann sie auch den Verwaltungsakt mit einer entsprechenden Nebenbestimmung erlassen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kann es und wird es in der Regel erfordern, dass die relativ untergeordnete und meist geringfügige Voraussetzung der Durchführung der fachlichen Leistungen nicht als Ablehnungsgrund benutzt, sondern eben durch die genannten Nebenbestimmungen gesichert wird.

## **2.5 Aufklärung und Klarstellung**

Spätestens bei der Prüfung von Genehmigungsanträgen für Maßnahmen, die sich auf Denkmale auswirken können, ist durch die Genehmigungsbehörde auf den Umfang der Pflichten zur denkmalgerechten Ausführung und zur Kostentragung hinzuweisen, um bereits im Vorfeld einer Maßnahme Klarheit zu schaffen. Die Beratung ist eine gesetzliche Pflicht der Behörde, § 25 VwVfG.

Um jeweils alle späteren Auseinandersetzung über den Umfang der Pflichten zu vermeiden und um z.B. Hilfestellung bei der Einbeziehung in die Haushaltsunterlagen öffentlicher Institutionen zu leisten, sollte in allen Zweifelsfällen insbesondere die Kostentragungspflicht ausdrücklich mittels Nebenbestimmung zum Bestandteil von denkmal- und baurechtlichen Genehmigungsbescheiden und diesen gleichstehenden Rechtsakten wie Planfeststellungsbeschlüssen gemacht werden<sup>127</sup>. Anzuregen ist schließlich eine entsprechende Aufklärung der Behörden, damit künftig Hoch- und Tiefbaumaßnahmen der öffentlichen Hand nicht mehr durch ständig sich wiederholende Grundsatzdiskussionen über die Kostentragungspflicht bei denkmalpflegerischen Leistungen belastet und verzögert werden.

## **3. Öffentlich-rechtlicher Vertrag**

3.1 Das Rechtsverhältnis zwischen den Denkmalbehörden und einem Antragsteller kann nach § 54 VwVfG im Grundsatz auch durch einen öffentlichen Vertrag geregelt werden. Auch einzelne Rechtsfragen wie der Umfang denkmalfachlicher Leistungen oder die Tragung der Kosten können herausgegriffen werden. Die Verwaltung sollte an vertraglichen Lösungen insbesondere von Zweifelsfragen innerhalb sog. Finalprogramme (Ziel ist die Erhaltung des Denkmals bzw. die Sicherstellung der Denkmalverträglichkeit) interessiert sein, weil sie nicht mit Rechtsmitteln anfechtbar

<sup>127</sup> Ebenso Memmesheimer/Upmeyer/Schönstein, § 19 NW Rdnr. 11, § 22 Rdnr. 20 (mit der selbstverständlichen Einschränkung bei echten Zufallsfunden).

sind und leicht durchgesetzt werden können<sup>128</sup>. Auch die meisten Antragsteller sind zum Vertrag bereit, weil sie damit schnell zu ihrer Genehmigung und zum Baubeginn kommen, weil das „Klima“ begünstigt wird und weil sie meist ihre Belastung abschätzen und einkalkulieren können.

Das VwVfG hat die früheren Diskussionen zur Zulässigkeit der Verträge mit einer weiten Öffnung beendet. Insbesondere bedürfen sie keiner speziellen Rechtsgrundlage im zu vollziehenden Gesetz. Die Behörde hat ein Abschlussermessen, das allerdings nicht gänzlich frei ist: Sie muss u.a. beachten den Gleichbehandlungsgrundsatz und das Willkürverbot des Art. 3 GG, das Übermaßverbot und weitere Ausprägungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, ferner das Koppelungsverbot (siehe unten).

3.2 Die Gegenleistung des Antragstellers/Veranlassers muss nach § 56 Abs. 1 Satz 2 VwVfG den gesamten Umständen nach angemessen sein, mit der Leistung der Behörde im sachlichen Zusammenhang stehen und konkret zweckgebunden sein. Ein wichtiges Indiz für den Zusammenhang ist die sog. Nebenbestimmungsfähigkeit (siehe oben 2)<sup>129</sup>. Die Frage der Angemessenheit ist im Grundsatz nicht disponibel. Hieraus ergeben sich drei Schranken für die Verträge: Sie dürfen nicht dazu eingesetzt werden, auch bei unbedeutenden Denkmälern hohen fachlichen Aufwand und hohe Kosten „herauszuschinden“. Der vom Antragsteller geforderte finanzielle Beitrag muss in einem angemessenen Verhältnis zu den Gesamtkosten seiner Maßnahme stehen; allerdings ist damit kein Freibrief z.B. für die Zerstörung von Bodendenkmälern durch billige Tiefbaumaßnahmen z.B. in Eigenleistung verbunden. Der Vertrag darf schließlich keine Kosten auferlegen, die ausschließlich oder wesentlich durch einen überzogenen wissenschaftlichen Maßstab verursacht werden, den die Behörde in anderen Fällen nicht anlegt.

Mit einer gewissen Regelmäßigkeit darf wohl davon ausgegangen werden, dass die Vertragsparteien ihre wirtschaftlichen bzw. fachlichen Interessen wahrnehmen und deshalb das Leistungsverhältnis einvernehmlich als angemessen angesehen wird<sup>130</sup>.

3.3 Für den Austauschvertrag nach § 56 VwVfG gilt im übrigen wie für die Nebenbestimmungen das Koppelungsverbot. Es besagt dass a) durch den Vertrag nichts verknüpft werden darf, was nicht ohnehin schon im Zusammenhang steht und b) hoheitliche Entscheidungen ohne entsprechende gesetzliche Ermächtigung nicht von wirtschaftlichen Gegenleistungen abhängig gemacht werden dürfen, es sei denn, erst die Gegenleistung würde ein der Entscheidung entgegenstehendes rechtliches Hindernis beseitigen<sup>131</sup>.

Zu a): Zunächst muss die vereinbarte Gegenleistung des Antragstellers im sachlichen Zusammenhang mit der Leistung der Behörde stehen (Satz 2). Eine Behörde darf die Erfüllung hoheitlicher Aufgaben wie z.B. den Erlass eines begünstigenden Verwaltungsaktes nicht ohne den geforderten Zusammenhang von einer unmittelbar „verkoppelten“ wirtschaftlichen Gegenleistung abhängig machen<sup>132</sup>. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner Entscheidung über Folgekostenverträge<sup>133</sup> auf den notwendigen inneren Zusammenhang der beiden Leistungen abgestellt; dieser Zusammenhang kann bei Verträgen über

<sup>128</sup> Obermayer § 54 VwVfG RdNr. 3)

<sup>129</sup> Z.B. Kopp/Ramsauer § 56 VwVfG RdNr. 19 und 21

<sup>130</sup> Ähnlich Grziwotz, Einführung in die Vertragsgestaltung, 4. Teil, JuS 1998,1114. Zu fiskalischen Zwecken siehe im übrigen Martin, Rechtsgutachten Veranlasser und Kostenfolgen nach dem DSchG ST, 2000, unveröffentlicht.

<sup>131</sup> BVerwG vom 16.12.1993, NVwZ 1994, 485

<sup>132</sup> Stelkens/Bonk/Sachs, § 56 VwVfG RdNr. 2

<sup>133</sup> BVerwG vom 6.7.1973, E 42, 331, 338 ff.



denkmalfachliche Leistungen bei Eingriffen in Denkmale im Grundsatz nicht zweifelhaft sein.

Zu b): Darüber hinaus gilt als Grundsatz, dass hoheitliche Entscheidungen nicht von wirtschaftlichen Gegenleistungen abhängig gemacht und „verkauft“ werden dürften; die Behörde darf nicht „ungerechtfertigt bereichert werden“. Dies verneint das BVerwG (1973), wenn beim öffentlichen Vertragspartner eine Entlastung von Aufwendungen eintrete, die mit dem Aufwendungsersatz nach § 670 BGB eine gewisse Verwandtschaft habe. Das Gericht wendet sich damit gegen den Versuch, den Verträgen eine Anrühigkeit beizulegen. Bei den Verträgen über denkmalfachliche Leistungen ist die Sachlage parallel. Zwar lassen sich die Denkmalbehörden eine Leistung versprechen, auf die sie sonst nach dem Denkmalschutzgesetz keinen direkten Rechtsanspruch hätten; dies ist aber gerade der Zweck des Vertrages<sup>134</sup>. Mit der beidseitigen Erfüllung des Vertrages werden die Denkmalverträglichkeit eines Eingriffs in ein Denkmal herbeigeführt und damit ein rechtliches Hindernis für die Durchführung des Vorhabens des Antragstellers/Veranlassers beseitigt; dieser Umstand rechtfertigt nach der Entscheidung von 1993 aber die Auferlegung der Geldleistung im Grundsatz. Insgesamt lassen sich im Normalfall Verstöße gegen das Koppelungsverbot bei den Verträgen über denkmalfachliche Maßnahmen zwar nicht ausschließen, wohl aber vermeiden. Durch sorgfältige Differenzierung nach den im konkreten Fall notwendigen fachlichen Teilleistungen, durch eine detaillierte Begründung der geforderten Leistungen, durch eine gewissenhafte Kalkulation der voraussichtlichen Kosten und schließlich durch eine präzise Formulierung im Vertrag können alle potentiellen Fehlerquellen ausgeschlossen werden. Die Denkmalbehörden müssen gegebenenfalls zur Einhaltung der rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen angehalten werden.

## E. Resümee

Das deutsche Rechtssystem zum Schutz der Denkmäler lässt von der objektiven Rechtslage her fast keinen Wunsch offen; korrekturbedürftig sind nur Einzelheiten. Die sechzehn Denkmalschutzgesetze werden ergänzt durch Regelungen in fast allen Rechtsbereichen, in denen mit Denkmälern umzugehen ist<sup>135</sup>.

Bei allen Erlaubnis- und Genehmigungsverfahren, aber auch bei allen öffentlichen Planungen angefangen von der Raumordnung über Planfeststellungsverfahren aller Art bis hin zum Bauplanungs- und Erschließungsbeitragsrecht sind die Grundlagen für einen wirksamen Denkmalschutz geschaffen. Der Ruf nach dem Gesetzgeber ist daher weitgehend überflüssig.

Dagegen ist der Vollzug des Denkmalschutzrechtes zu bemängeln. Wenn es in der täglichen Praxis trotz der außerordentlich denkmalfreundlichen Rechtslage zu den in der Einleitung skizzierten Misslichkeiten kommt, kann es sich deshalb nur um drei Gruppen von Vollzugsdefiziten handeln; ihre Ursachen sind 1. die Unkenntnis der über den unmittelbaren Gesetzeswortlaut hinausgehenden Rechtslage, 2. das individuelle Unvermögen zur Anwendung und Durchsetzung des rechtlichen Instrumentariums in der Praxis und/oder 3. der zu oft fehlende „gute Wille“ der in Behörden Verantwortlichen zum Schutz der Denkmäler. Hier muss in der Zukunft

<sup>134</sup> Stelkens/Bonk/Sachs, § 56 VwVfG RdNr. 2; die Autoren sind im übrigen zurückhaltend gegenüber Folgekostenverträgen, lassen sie aber zu „bei unmittelbarer Verursachung“ durch ein Vorhaben.

<sup>135</sup> Siehe die ausführliche Einleitung zum BayDSchG von Eberl in Eberl/Martin/Petzet und die Übersicht zum System des Denkmalrechts in Martin/Viebrock/Biefeldt, Kennzahl 11.20, Schema 01.

verstärkt angesetzt werden, will man die Erhaltung unserer Kulturdenkmäler nicht dem Zufall oder nur der privaten Initiative überlassen.

**Verfasserhinweis: Die Rechtsprechung und die Literatur haben mittlerweile nicht unbeträchtliche Fortschritte gemacht. In mehreren Denkmalschutzgesetzen wurde das Veranlasserprinzip ausdrücklich aufgenommen. Den neuesten Rechtsstand geben die 4. Auflage des Handbuchs Denkmalschutz und Denkmalpflege von Krautzberger/Martin/Davydov/Spennemann (2017) und die 2. Auflage der „Zumutbarkeit“ von Martin/Mieth/Spennemann (2017) wieder.**