

Leitsätze

- 1. Hat ein Vorhabenträger Veränderungen oder Maßnahmen an einem Kulturdenkmal veranlasst und sind diese Veränderungen oder Maßnahmen dokumentiert worden, können ihm gem. § 14 Abs. 9 Satz 3 DSchG Kosten der Dokumentation unabhängig vom Inhalt einer denkmalrechtlichen Genehmigung auferlegt werden.**
- 2. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer solchen Kostenregelung ist der der letzten Behördenentscheidung (hier des Widerspruchsbescheids).**
- 3. Haben der Vorhabenträger und das Land in einer sog. Grabungsvereinbarung Regelungen über Kosten einer archäologischen Dokumentation getroffen, darf die Denkmalschutzbehörde diese (Teil-)Regelungen in einen Verwaltungsakt aufnehmen.**
- 4. Mit der durch Art. 8 Nr. 6 des Zweiten Investitionserleichterungsgesetzes vom 16. 7. 2003 (GVBl. S. 158 [163]) eingeführten, seit dem 1. 9. 2003 geltenden Neuregelung wurde der Denkmalschutzbehörde bezüglich der Heranziehung zu den Dokumentationskosten ein Ermessensspielraum eingeräumt, der allerdings durch eine Beschränkung auf das „Zumutbare“ begrenzt wird.**
- 5. Wer archäologische Ausgrabungen letztlich veranlasst hat und den – wenn auch möglicherweise nicht bezifferbaren – Nutzen aus den Erschließungsarbeiten zieht, ist zumindest mitverantwortlich für die Bewahrung dessen, was durch seine Baumaßnahmen in Mitleidenschaft gezogen wird. In diesem Fall ist es – jedenfalls i. d. R. – auch gerechtfertigt, dass der Veranlasser zumindest einen Teil der Grabungskosten trägt.**
- 6. Die Zumutbarkeit der Kostentragung folgt nicht schon daraus, dass sich der Veranlasser in einer Grabungsvereinbarung zur Kostenübernahme verpflichtet hat, da die Wirksamkeit der Grabungsvereinbarung als öffentlich-rechtlicher Vertrag u. a. davon abhängt, ob die Gegenleistung, zu der sich der Vorhabenträger verpflichtet hat, den gesamten Umständen nach angemessen ist (§ 56 Abs. 1 Satz 1 VwVfG).**
- 7. Für die Frage, welche Kosten dem Veranlasser einer Veränderung oder Maßnahme an einem Kulturdenkmal zuzumuten sind, kann nicht die Regelung in § 10 Abs. 4 Satz 2 DSchG herangezogen werden, da sie auf solche Kulturdenkmale zugeschnitten ist, die für den Verpflichteten Erträge abwerfen oder einen Gebrauchswert haben.**
- 8. Im Regelfall dürfen die Dokumentationskosten 15% der Gesamtinvestitionskosten nicht überschreiten.**
- 9. Die sachgerechte Anwendung dieses prozentualen Maßstabs setzt voraus, dass im Zeitpunkt der Ermessensentscheidung feststeht, wie hoch die Gesamtinvestitionskosten und die Dokumentationskosten tatsächlich sind.**

Eine Kostenregelung bereits im Genehmigungsbescheid ohne Feststellung der tatsächlichen Kosten kommt nur dann in Betracht, wenn bereits eine überschlägige Prüfung ergibt, dass die Dokumentationskosten deutlich unter der maßgeblichen Zumutbarkeitsgrenze liegen werden.

Zum Sachverhalt

Die Beteiligten streiten um die Kosten einer archäologischen Dokumentation.

Die Kl., ein Gasversorgungsunternehmen, plante die Erneuerung einer Gashochdruckleitung. Nachdem der Bekl. der Kl. mitgeteilt hatte, dass sich innerhalb des Untersuchungsraumes Bodendenkmale befänden und im Vorfeld archäologische Untersuchungen erforderlich seien, verständigten sich die Beteiligten darauf, dass das beigeladene Landesamt für Denkmalpflege und Archäologie eine Grabungsvereinbarung erarbeiten und die Kl. die denkmalrechtliche Genehmigung unter Beifügung dieser Vereinbarung beantragen solle. Die Grabungsvereinbarung sollte Bestandteil der Genehmigung werden. Nach § 5 der Grabungsvereinbarung sollte der Vorhabenträger im Rahmen des Zumutbaren die Kosten archäologischer Ausgrabungen gem. § 14 Abs. 9 i. V. m. § 15 Abs. 2 DSchG erstatten. Der Bekl. erteilte der Kl. die beantragte denkmalrechtliche Genehmigung mit der Auflage, dass vor Beginn der Baumaßnahmen im betroffenen Planungsgebiet Ausgrabungen vorzunehmen und die archäologischen Funde und Befunde entspr. den Festlegungen der Grabungsvereinbarung zu dokumentieren seien. Die Kosten der Dokumentation seien vom Veranlasser der Maßnahme zu tragen. Den von der Kl. erhobenen Widerspruch gegen die Kostenregelung des Bescheides wies das Landesverwaltungsamt ST als unzulässig zurück, weil die mit dem Beigeladenen getroffene Grabungsvereinbarung die Übernahme der entstehenden Kosten beinhalte und die Kl. hiergegen zu keinem Zeitpunkt Einwendungen vorgetragen habe. I.Ü. sei der Widerspruch auch unbegründet, weil die Kosten zumutbar seien.

Das VG hat die Klage abgewiesen. Die vom OVG zugelassene Berufung der Kl. hatte Erfolg.

Aus den Gründen

I. Zutreffend ist die Vorinstanz allerdings davon ausgegangen, dass die Klage zulässig ist, die Kl. insbesondere ungeachtet der Kostenregelung in § 5 der Grabungsvereinbarung ein Rechtsschutzinteresse an der Aufhebung der Kostenregelung in Nr. 4 des Genehmigungsbescheides hat. Durch diesen Verwaltungsakt wird ein eigener, von der Wirksamkeit der Grabungsvereinbarung unabhängiger Rechtsgrund für die Tragung der Dokumentationskosten geschaffen.

II. Die Klage ist auch begründet. Die angefochtene Nr. 4 des Bescheides des Bekl. vom 2. 3. 2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides des Landesverwaltungsamts Sachsen-Anhalt vom 23. 10. 2007 ist rechtswidrig und verletzt die Kl. in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Zwar liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 14 Abs. 9 Satz 3 für die Heranziehung der Kl. zu den Kosten der archäologischen Dokumentation vor (1.). Der Regelung der Kostenfolge durch Verwaltungsakt steht auch nicht entgegen, dass die Kl. und der Beigeladene eine Grabungsvereinbarung getroffen haben (2.). Die vom Bekl. getroffene Entscheidung erweist sich aber als ermessensfehlerhaft (3.).

III. Gem. § 14 Abs. 9 Satz 3 können die Veranlasser von Veränderungen und von Maßnahmen an Denkmälern im Rahmen des Zumutbaren zur Übernahme der Dokumentationskosten verpflichtet werden. Solche „Veränderungen und Maßnahmen“ liegen hier vor. ...

Unabhängig vom Genehmigungsinhalt folgt die an die Dokumentationspflicht anknüpfende Möglichkeit, der Kl. gem. § 14 Abs. 9 Satz 3 die Dokumentationskosten im Rahmen des Zumutbaren aufzuerlegen, jedenfalls daraus, dass sie tatsächlich Veränderungen und Maßnahmen an Kulturdenkmälern im Sinne dieser Vorschrift veranlasst hat. § 14 Abs. 9 Satz 3 benennt die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Kostenübernahme selbst und verweist nicht auf die Genehmigungstatbestände der Abs. 1 bis 3 oder den Inhalt einer erteilten Genehmigung. Zwar werden Dokumentationskosten in aller Regel nur dann entstehen, wenn ein denkmalrechtlicher Genehmigungsbescheid vorliegt; denn nach § 14 Abs. 9 Satz 2 sind im Rahmen von Auflagen zu einer denkmalrechtlichen Genehmigung Art und Umfang der Dokumentation festzulegen. Soweit aber der Bauherr über die genehmigten Maßnahmen hinaus Erd- und Bauarbeiten vornimmt und dokumentiert bzw. dokumentieren lässt, kommt es bezüglich der Übernahme der Dokumentationskosten allein auf die tatsächlich vorgenommenen Maßnahmen und Veränderungen an.

Dass im Verlauf der in Rede stehenden Leitungstrasse auf dem Kreisgebiet des Bekl. Kulturdenkmale in beträchtlichem Umfang vorhanden waren, steht zur Überzeugung des *Senats* fest. ...

1. Nach dem „Zwischenbericht“ des Beigeladenen vom 9.4.2008 für das Kreisgebiet des Bekl. wurde im Zeitraum 11. 6. 2007 bis 30. 9. 2007 eine Fläche von fast 1,1 ha südwestlich und nordöstlich der Stadt B. im geplanten Trassenverlauf untersucht. Insgesamt wurden annähernd 200 Befunde dokumentiert. Diese betrafen Siedlungsspuren der schnurkeramischen Kultur (2800–2400 v. Chr.), Siedlungen der späten Bronze-/frühen Eisenzeit (1000–800 v. Chr.) sowie eine Siedlung und Gräber der slawischen Zeit (9.–11. Jh. n. Chr.). Nach dem als Anlage beigefügten Übersichtsplan umfassten die Fundbereiche nicht nur einzelne kurze Abschnitte der Trasse; die Fundbereiche erstreckten sich vielmehr über nahezu den gesamten Trassenverlauf auf dem Kreisgebiet des Bekl. Dies hat der Bekl. in der mündlichen Verhandlung nochmals erläutert.

Die Kl. hat durch die geplanten Erdarbeiten, die für die Erneuerung ihrer Gashochdruckleitung erforderlich sind, Veränderungen an diesen archäologischen Kulturdenkmälern in ihrer zurechenbaren Weise verursacht und damit i. S.v. § 14 Abs. 9 Satz 3 veranlasst. Ohne die Leitungserneuerung wäre eine Entfernung und Sicherung der archäologischen Kulturdenkmale nicht erforderlich geworden. ...

2. Der Bekl. war auch nicht durch die zwischen der Kl. und dem Land ST, vertreten durch den Beigeladenen, getroffene Grabungsvereinbarung daran gehindert, durch Verwaltungsakt eine Regelung über die Dokumentationskosten zu treffen.

Bei einer solchen Grabungsvereinbarung, auch „Investorenvertrag“ bezeichnet, handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Austauschvertrag im Sinne der §§ 54 Abs. 2, 56 VwVfG i. V. m. § 1 VwVfG (vgl. OVG Koblenz, Urteil v. 5. 2. 2003 8 A 10775/02, DVBl. 2003, 811 [812]; VG Weimar, Urteil v. 22. 3. 2006 1 K 3684/03.We, ThürVBl. 2007, 68). Zwar ist nicht unproblematisch, ob eine Behörde durch Verwaltungsakt eine hoheitliche Regelung treffen darf, wenn über denselben Regelungsgegenstand bereits ein öffentlich-rechtlicher Vertrag geschlossen wurde.

Die Handlungsformen des Verwaltungsakts und des öffentlich-rechtlichen Vertrags stehen grundsätzlich in einem Ausschließlichkeitsverhältnis, soweit der Regelungsgegenstand identisch ist; der Verwaltung ist es deshalb verwehrt, einen Verwaltungsakt zu erlassen und die gleichen Regelungen (zusätzlich) zum Gegenstand eines öffentlich-rechtlichen Vertrages zu machen (vgl. VGH BW, Urteil v. 31. 10. 1989 11 UE 2363/84 , NVwZ 1990, 879). Umgekehrt kann der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages den Einsatz des Verwaltungsakts zur Individualisierung und Konkretisierung desselben Rechtsverhältnisses zwischen Bürger und Staat ausschließen (vgl. Erichsen, Rechtsfragen des verwaltungsrechtlichen Vertrages, VerwArch 68 (1977), 65 [71]). Allerdings hindert nach der Rechtsprechung des BVerwG (vgl. B. v. 26. 10. 2006 7B 19.06, juris) der Umstand, dass eine Behörde mit dem Bürger sich über eine (Teil-)Regelung in einem noch zu erlassenden Verwaltungsakt vergleichsweise geeinigt hat, nicht die Aufnahme dieser Teilregelung in den zu erlassenden Verwaltungsakt. Hierfür bedarf es keiner besonderen Ermächtigungsgrundlage, vielmehr genügt es, wenn eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für die im Vertrag getroffene (Teil-)Regelung vorhanden ist. So liegt der Fall hier.

Der Bescheid vom 2. 3. 2007 erklärt in seiner Einleitung die Grabungsvereinbarung zum Gegenstand der denkmalrechtlichen Genehmigung. Davon umfasst ist auch die in § 5 der Grabungsvereinbarung getroffene Kostenregelung, auch wenn im Bescheidtenor und in der Bescheidbegründung die Grabungsvereinbarung nur im Zusammenhang mit der Durchführung der archäologischen Dokumentation, insbesondere bezüglich der Genauigkeit und des Umfangs der Dokumentation, erwähnt wird.

...

3. Die Entscheidung des Bkl., der Kl. die gesamten Kosten der archäologischen Dokumentation aufzuerlegen, leidet indes an Ermessensfehlern.

...

Mit der durch Art. 8 Nr. 6 des Zweiten Investitionserleichterungsgesetzes vom 16. 7. 2003 (GVBl. S. 158 [163]) eingeführten, seit dem 1. 9. 2003 geltenden Neuregelung hat der Gesetzgeber die Dokumentationspflicht in das Ermessen der Denkmalschutzbehörde gestellt. Zudem wurde der Behörde bezüglich der Heranziehung zu den Dokumentationskosten ein Ermessensspielraum eingeräumt, der allerdings durch eine Beschränkung auf das „Zumutbare“ begrenzt wird. Dies hat nunmehr zur Folge, dass die Behörde zunächst eine Entscheidung darüber zu treffen hat, ob sie den Veranlasser der Maßnahmen bzw. Veränderungen an einem Kulturdenkmal überhaupt Dokumentationskosten auferlegt, und – wenn sie Entsprechendes anordnet – auch darüber, in welchem Umfang der Veranlasser die Kosten tragen soll. Das ihr insoweit eingeräumte Ermessen findet allerdings dort seine Grenze, wo die Kosten das für den Veranlasser zumutbare Maß übersteigen.

Die Entscheidung des Bkl., dass die Kl. (dem Grunde nach) Dokumentationskosten tragen soll, dürfte allerdings nicht zu beanstanden sein. Sie wurde auf die Erwägung gestützt, dass sie mit ihrem Vorhaben Anlass für die Maßnahmen an den Denkmalen gegeben habe und durch eine kontinuierliche Gasversorgung in der Lage sei, mit der Realisierung der Maßnahme längerfristig Erträge zu erzielen. Dies lässt keinen Ermessensfehler erkennen. Wer die Ausgrabungen letztlich veranlasst hat und den – wenn auch möglicherweise nicht bezifferbaren – Nutzen aus Erschließungs- oder Erneuerungsarbeiten zieht, ist zumindest mitverantwortlich für die Bewahrung

dessen, was durch seine Baumaßnahmen in Mitleidenschaft gezogen wird (vgl. BayVGh, Urteil v. 4. 6. 2003 26 B 00.3684, BayVBl. 2004, 310 m. w. N.). In diesem Fall ist es – jedenfalls i. d. R. – auch gerechtfertigt, dass der Veranlasser zumindest einen Teil der Grabungskosten trägt. Eine Verpflichtung der Kl. zur Übernahme von Dokumentationskosten dürfte auch nicht deshalb ermessensfehlerhaft sein, weil sie aufgrund der §§ 10,15 Abs. 5 der Gasnetzentgeltverordnung vom 25. 7. 2005 (BGBl. I, S. 2197) – GasNEV – daran gehindert wäre, die Kosten der archäologischen Dokumentation in die Netzkosten einzustellen. Die Kl. hat insoweit vorgetragen, dass es aufgrund dieser Vorschriften unzulässig sei, Erlöse über den aus der Kalkulationsperiode ermittelten Netzkosten zu erheben. Weshalb es deshalb auch verboten sein soll, bei der Kostenkalkulation archäologische Dokumentationskosten in Ansatz zu bringen, vermag auch der Senat nicht zu erkennen. Selbst wenn die Kl. die archäologischen Kosten nicht auf die Netzentgelte umlegen kann, folgt daraus noch nicht die Unzumutbarkeit der Kostentragung. Es sind keine Gründe erkennbar, weshalb es der Kl. nicht zuzumuten sein sollte, durch die Dokumentationskosten entstehende Verluste in ihrem Unternehmensteil Netzbetrieb, der nach ihren eigenen Angaben ohnehin mit Verlust abgeschlossen hat, durch Gewinne aus anderen Geschäftsbereichen auszugleichen. ...

Ermessensfehlerhaft ist aber die Entscheidung, der Kl. die Dokumentationskosten in voller Höhe aufzuerlegen. Der Bekl. und die Widerspruchsbehörde haben die in § 14 Abs. 9 Satz 3 normierte, ihr Ermessen begrenzende Zumutbarkeitsgrenze verkannt und die Entscheidung auf eine nicht ausreichende Tatsachengrundlage gestützt.

Die Zumutbarkeit der Kostentragung folgt entgegen der Annahme des Bekl. nicht bereits daraus, dass die Kl. die Grabungsvereinbarung einschließlich der darin enthaltenen Kostenregelung unterzeichnet hat. Es bedarf keiner abschließenden Bewertung, ob auch die Kostenübernahmeerklärung in § 5 der Grabungsvereinbarung nach dessen Nr. 1 unter dem Vorbehalt der Zumutbarkeit steht oder ob die Vereinbarung so zu verstehen ist, dass durch die detaillierten Regelungen in Nr. 2 und 3 die in Nr. 1 enthaltene allgemeine Regelung konkretisiert wird. Selbst wenn anzunehmen sein sollte, die Kl. habe sich bereits durch Unterzeichnung der Grabungsvereinbarung verpflichtet, die darin aufgeführten Kosten (endgültig) zu tragen, machte dies eine Prüfung der Zumutbarkeit der Kostenbelastung durch den Bekl. nicht entbehrlich. Die Wirksamkeit der Grabungsvereinbarung als öffentlich-rechtlicher Vertrag hängt u. a. davon ab, ob die Gegenleistung, zu der sich die Kl. gegenüber dem Land verpflichtet hat, den gesamten Umständen nach angemessen ist (§ 56 Abs. 1 Satz 1 VwVfG). Angemessenheit in diesem Sinne bedeutet wiederum, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung des Gesamtvorgangs die Gegenleistung nicht außer Verhältnis zu der Bedeutung und dem wirtschaftlichen Wert der von der Behörde erbrachten oder zu erbringenden Leistung stehen darf und sich daraus auch keine unzumutbaren Belastungen für den Vertragspartner ergeben dürfen (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl., § 56 Rn. 13 m.w.N.). Die „Zumutbarkeitsfrage“ stellt sich also auch bei Vorliegen einer vertraglichen Regelung, die ihrerseits einer rechtlichen Prüfung standhalten muss (vgl. OVG RP Urteil v. 5. 2. 2003, a. a. O., S. 815; VG Weimar, Urteil v. 22. 3. 2006, a. a. O.).

Zur Beurteilung der Frage, welche Kosten dem Veranlasser einer Veränderung oder Maßnahme an einem Kulturdenkmal zuzumuten sind, kann nicht auf die Regelung in § 10 Abs. 4 Satz 2 zurückgegriffen werden. Danach ist eine wirtschaftliche Belastung insbesondere dann unzumutbar, wenn die Kosten der Erhaltung nicht durch die Erträge oder den Gebrauchswert des Kulturdenkmals aufgewogen und andere

Einkünfte des Verpflichteten nicht herangezogen werden können. Diese Vorschrift definiert, wann dem Verpflichteten die Erhaltung eines Kulturdenkmals wirtschaftlich nicht zumutbar ist. Sie ist auf solche Kulturdenkmale (wie etwa Gebäude) zugeschnitten, die für den Verpflichteten Erträge abwerfen oder einen Gebrauchswert haben. Bei archäologischen Kulturdenkmälern ist dies in aller Regel nicht der Fall. Auch verweist § 14 Abs. 4 Satz 3 für die Bestimmung der Zumutbarkeit der Kostenbelastung nicht auf § 10 Abs. 4 Satz 2. Die Ungeeignetheit des Zumutbarkeitsmaßstabs in § 10 Abs. 4 Satz 2 zeigt sich insbesondere bei Infrastrukturmaßnahmen, wie etwa öffentlichen Straßen, bei denen sich der Nutzen der Baumaßnahme für den Vorhabenträger, beispielsweise für eine Gemeinde, i. d. R. nicht beziffern lässt. Aber auch im Fall der Kl. lassen sich ihrem Erneuerungsvorhaben konkret zurechenbare Nutzungsvorteile oder Erträge – wenn überhaupt – nur schwer ermitteln.

Die Zumutbarkeit der Kostenübernahme durch den Veranlasser nach § 14 Abs. 9 Satz 3 ist vielmehr grundsätzlich danach zu bestimmen, ob die durch die Dokumentation entstehenden Mehrkosten einen bestimmten Prozentsatz an den Gesamtinvestitionskosten übersteigen. Dies folgt aus Sinn und Zweck der durch Art. 8 Nr. 6 des Zweiten Investitionserleichterungsgesetzes eingeführten Neuregelung. In der Begründung zum Entwurf dieses Gesetzes (LT-Drs 4/610, S. 35 f.) heißt es hierzu: „Die bisherige Regelung des § 14 Abs. 9 verpflichtet Investoren im Vorfeld von geplanten Baumaßnahmen, die Kosten für die von den Denkmalschutzbehörden angeordneten Grabungen und die Dokumentation zu tragen. Diese Regelung führt dazu, dass die damit verbundenen Kosten die Gesamtinvestitionskosten teilweise erheblich erhöhen, mit der Folge, dass geplante Investitionen verzögert werden oder gar nicht realisiert werden können ... Die bisherigen Regelungen des § 14 Abs. 9 sind restriktiver als vergleichbare Regelungen in den Denkmalschutzgesetzen anderer Länder. Eine Modifizierung des § 14 Abs. 9 würde diesen ‚Standortnachteil‘ beseitigen.“

Um dieser Absicht des Gesetzgebers ausreichend Rechnung zu tragen, dürfen im Regelfall die Dokumentationskosten 15% der Gesamtinvestitionskosten nicht überschreiten. Bei der Bestimmung dieser Grenze hat sich der Senat von folgenden Erwägungen leiten lassen: Im Naturschutzrecht geht ein Teil der Rspr. davon aus, dass Ausgleichszahlungen i. H.v. 10% der Gesamtkosten an der Obergrenze des naturschutzrechtlich Verlangbaren liegen (vgl. HessVGH, Urteil v. 29. 9. 1994 3 UE 24/92, NVwZ-RR 1995, 387), Soweit es um die Erfüllung bauordnungsrechtlicher Anforderungen bei der Änderung bestehender baulicher Anlagen geht, enthalten verschiedene Bauordnungen der Länder Zumutbarkeitsregelungen. So kann § 86 Abs. 2 BauO ST im Fall der wesentlichen Änderung baulicher Anlagen gefordert werden, dass auch die nicht unmittelbar berührten Teile der baulichen Anlage die Anforderungen dieses Gesetzes oder die Anforderungen der aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Vorschriften erfüllen, wenn 1. die Bauteile, die diesen Vorschriften nicht mehr entsprechen, mit den beabsichtigten Arbeiten in einem konstruktiven Zusammenhang stehen und 2. die Durchführung dieser Vorschriften bei den von den Arbeiten nicht berührten Teilen der baulichen Anlage keine unzumutbaren Mehrkosten verursacht. Auch dabei muss ein angemessenes Verhältnis zwischen den ohnehin vom Bauherrn vorgesehenen Aufwendungen und den Mehrkosten gegeben sein (vgl. Boeddingshaus/Hahn/Schulte, BauO NW, Stand: Dezember 2008, § 87 Rn. 37). Das OVG HH (Urteil v. 16. 6. 2004 2 Bf 182/02, BRS 67 Nr. 154) bewertete die einem Bauherrn für brandschutztechnische Maßnahmen entstehenden Mehrkosten i. H. v. 10% des Änderungsvorhabens noch als zumutbar

i. S. v. § 83 III BauO HH 1986. Boeddingshaus (a. a. O.) vertritt die Auffassung, dass ein Viertel der ohnehin vorgesehenen Aufwendungen im Allgemeinen nicht überschritten werden dürfen; dies würde bedeuten, dass die Mehrkosten höchstens 20% der Gesamtbaukosten betragen dürfen. In Niedersachsen hat der Landesgesetzgeber in § 99 Abs. 3 BauO NI eine feste Grenze formuliert; danach dürfen sich die Kosten der Änderung um nicht mehr als 20% erhöhen. Es erscheint angemessen, auch im Rahmen des § 14 Abs. 9 Satz 3 die Zumutbarkeitsgrenze im Bereich zwischen 10 und 20% der Gesamtinvestitionskosten zu suchen. Im Regelfall ist vom Mittelwert (15%) auszugehen.

Es mag Ausnahmefälle geben, in denen es nicht (mehr) angemessen erscheint, die maßgebende Grenze der Zumutbarkeit durch einen bestimmten Prozentsatz der Gesamtinvestitionskosten zu bestimmen, etwa wenn einem zu erwartenden hohen Gewinn aus dem konkreten Vorhaben vergleichsweise geringfügige Investitionskosten gegenüberstehen (vgl. OVG RP, Urteil v. 4. 12. 2001 6 A 10965/01, NuR 2002, 366 [369]).

Die sachgerechte Anwendung des prozentualen Maßstabs setzt wiederum voraus, dass im Zeitpunkt der Ermessensentscheidung feststeht, wie hoch die Gesamtinvestitionskosten und die Dokumentationskosten tatsächlich sind. Zwar mag eine – etwa auf Erfahrungswerten beruhende – Kostenschätzung möglich sein. Der Senat vermag aber keine tragfähigen Gründe zu erkennen, die dagegen sprechen, eine (endgültige) Entscheidung über die Kostentragung erst nach Durchführung der Grabungen und des Vorhabens zu treffen, wenn also die tatsächlichen Kosten ohne Weiteres ermittelbar sind. Insbes. verlangen die maßgeblichen Rechtsvorschriften nicht, bereits im Zeitpunkt der Erteilung der denkmalrechtlichen Genehmigung durch Verwaltungsakt abschließend zu klären, ob der Veranlasser die Dokumentationskosten in voller Höhe übernehmen soll.

Gem. § 14 Abs. 9 Satz 2 sind (nur) „Art und Umfang der Dokumentation“ im Rahmen von Auflagen festzulegen. Eine auf bloßen Kostenschätzungen beruhende Kostenregelung birgt die Gefahr, dass später sich ergebende Kostensteigerungen oder -ermäßigungen sowohl zugunsten wie zulasten des Vorhabenträgers nicht mehr berücksichtigt werden können. Die Vorschrift des § 10 Abs. 5 Satz 1, der vom Verpflichteten eine Glaubhaftmachung der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit fordert, ist im Rahmen des § 14 Abs. 9 Satz 3 nicht anwendbar, da sich die Vorschrift auf die wirtschaftliche Unzumutbarkeit der Erhaltung eines Kulturdenkmals nach § 10 Abs. 4 bezieht, um die es hier nicht geht. Auch eine entsprechende Anwendung des § 10 Abs. 5 Satz 1 kommt nicht in Betracht, weil – wie oben bereits dargelegt – bei der Zumutbarkeitsprüfung nach § 14 Abs. 9 Satz 3 Ertragsgesichtspunkten grundsätzlich keine Bedeutung zukommt. Eine Kostenregelung bereits im Genehmigungsbescheid ohne Feststellung der tatsächlichen Kosten kommt nur dann in Betracht, wenn bereits eine überschlägige Prüfung ergibt, dass die Dokumentationskosten deutlich unter der maßgeblichen Zumutbarkeitsgrenze liegen werden.

Bei Anwendung dieser Grundsätze hält die Ermessensentscheidung des Bekl. in der Gestalt des Widerspruchsbescheids einer rechtlichen Prüfung nicht stand. Die vom Landesverwaltungsamt in Ansatz gebrachte Zumutbarkeitsgrenze von 20 bis 25% der Gesamtinvestitionskosten hält der Senat – wie oben ausgeführt – bereits für zu hoch. Zudem reichen die dem Bekl. und dem Landesverwaltungsamt vorliegenden Erkenntnisse über die Gesamtinvestitionskosten und die bei der Kl. selbst anfallenden Grabungskosten nicht aus, um eine sachgerechte Ermessensentscheidung treffen zu können. Fest steht nur der vom Beigel. in Nr. 1

der Grabungsvereinbarung benannte Höchstbetrag von 217.300 € für die von ihm selbst durchzuführenden Dokumentationsarbeiten. Im Übrigen liegt nur eine – mehr oder weniger plausible – Schätzung der Kl. vor. Auch heute steht noch nicht (endgültig) fest, wie hoch diese Kosten tatsächlich sind.

Es lässt sich auch nicht bereits bei überschlägiger Prüfung feststellen, dass die Dokumentationskosten deutlich unter der genannten Obergrenze von 15% der Gesamtinvestitionskosten liegen. Die Kl. bezifferte in ihrer Aufstellung vom 28. 8. 2007 die voraussichtlichen Kosten für die Rohrnetzauswechslung mit 1.319.640 €, weitere bereits im Jahr 2006 angefallene Kosten für die Rohrnetzauswechslung mit 503.492 € sowie Kosten für Abrüstung (Kosten, die die alte Leitung betreffen) mit 161.000 €, zusammen also 1.984.132 €. Als „Kosten für Archäologie“ brachte sie 566.160 € in Ansatz, wobei sie neben den vom Beigel. veranschlagten Kosten i. H.v. 217.300 € weitere, sie unmittelbar treffende Kosten i. H.v. 254.500 € sowie 20% Baugemeinkosten in Ansatz brachte. Auch die letztgenannten Kosten sind in die Zumutbarkeitsprüfung einzubeziehen. Dies wird auch vom Bekl. nicht in Zweifel gezogen und entspricht dem Sinn und Zweck des § 14 Abs. 9 Satz 3. Die Gesetzesmaterialien (vgl. LT-Drs 4/610, a. a. O.) sprechen von den „Kosten für die von den Denkmalschutzbehörden angeordneten Grabungen und die Dokumentation“. Für die Frage der Zumutbarkeit von Mehrkosten, die dem Veranlasser durch die denkmalrechtliche Dokumentation entstehen, ist es unerheblich, ob er bestimmte, für eine sachgerechte Dokumentation erforderliche Vor-, Zu- und Nacharbeiten selbst durchführt oder ob er bestimmte Arbeiten, die archäologischen Sachverstand erfordern, Mitarbeitern des Beigel. oder von diesem beauftragten Archäologen überlässt. Geht man von diesen Zahlen aus, belaufen sich die Gesamtinvestitionskosten auf rund 2,55 Mio. €; der Anteil der Dokumentationskosten daran betrüge etwa 21,8%. Auch wenn von den von der Kl. aufgeführten Positionen einzelne Beträge abzusetzen oder zu reduzieren sein sollten, kann bei einer nur überschlägigen Prüfung nicht festgestellt werden, dass der sich dann ergebende Anteil deutlich unterhalb der maßgeblichen Zumutbarkeitsgrenze von 15% bewegt. Dies gilt auch in Ansehung des Umstandes, dass sich die Kostenschätzungen auf das Vorhaben der Kl. insgesamt beziehen, also auch soweit sich die Leitungstrasse auf dem Gebiet des benachbarten ...-Kreises befindet. Auch die vom Beigel. veranschlagten Dokumentationskosten betreffen den erneuerten Teil der Leitungstrasse insgesamt und nicht nur den auf dem Gebiet des Bekl. liegenden Abschnitt. Ferner bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass sich bei einer Aufteilung der Kosten entsprechend der Länge der Trassenabschnitte im jeweiligen Kreisgebiet wesentliche Änderungen beim Verhältnis der Dokumentationskosten zu den Gesamtinvestitionskosten ergeben würden.

Fehl geht die Erwägung des Landesverwaltungsamts, die vollständige Auferlegung der Dokumentationskosten sei auch bei Überschreiten des maßgeblichen Prozentsatzes zumutbar, wenn diese Kosten durch Erträge des Vorhabens gedeckt werden könnten. Wie oben bereits dargelegt, sind Ertragsgesichtspunkte im Rahmen des § 14 Abs. 9 Satz 3 DSchG jedenfalls bei der hier gegebenen Fallgestaltung ohne Belang. Insbes. werden bei Verwirklichung des Erneuerungsvorhabens der Kl. keine diesem konkret zuordenbare Erträge erzielt. Selbst wenn es – wie das Landesverwaltungsamt gemeint hat – möglich sein sollte, den durch die Erneuerung der Gasleitung der Kl. entstehenden Nutzen daran zu messen, welche Ertragseinbußen die Kl. mit dieser Maßnahme (künftig) vermeidet, würde mit einem solchen Vergleich letztlich auf eine Änderung der Ertragslage bei der Kl. insgesamt abgestellt. Die Zumutbarkeitsprüfung kann aber, um dem vom Gesetzgeber

verfolgten Zweck zu genügen, nur vorhabens- und nicht unternehmensbezogen erfolgen.