

## **Leitsatz**

**Eine Verpflichtungsklage, mit der die Löschung einer Eintragung aus der Denkmalliste nach § 3 Abs. 4 DSchG verfolgt wird, ist unzulässig, wenn nicht zuvor ein entsprechender Löschantrag bei der Unteren Denkmalschutzbehörde gestellt worden ist.**

## **Zum Sachverhalt**

Die Klägerin ist Miteigentümerin eines zum großen Teil neu errichteten Gebäudes, das bezüglich seiner ursprünglichen straßenseitigen Fassade und eines früheren Treppenhauses, das keine Funktion mehr hat, als Baudenkmal in die Denkmalliste der Beklagten eingetragen ist. Sie beantragte bei der Beklagten die Erteilung einer Baugenehmigung zum Abbruch des Treppenhauses ab dem ersten Obergeschoss. Die Beklagte lehnte den Bauantrag wegen entgegenstehender Gründe des Denkmalschutzes ab. Mit ihrer Verpflichtungsklage begehrte die Klägerin zunächst die Löschung der Eintragung aus der Denkmalliste soweit das Treppenhaus betroffen sei sowie die Erteilung der beantragten Baugenehmigung. In der mündlichen Verhandlung vor dem VG stellte die Klägerin nur noch den auf Löschung des Treppenhauses aus der Denkmalliste gerichteten Verpflichtungsantrag. Das VG wies die Klage als unbegründet ab. Die von dem VG zugelassene Berufung hatte keinen Erfolg.

## **Aus den Gründen**

...

Streitgegenstand des Berufungsverfahrens ist nur noch die Verpflichtung der Beklagten, das Treppenhaus des Gebäudes X-Straße 55–57 aus der Denkmalliste zu löschen. Der von der Klägerin ursprünglich verfolgte Antrag auf Erteilung einer Nachtragsbaugenehmigung ist nicht mehr anhängig, da die Klägerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht ihren Klageantrag auf die Löschung des Treppenhauses aus der Denkmalliste reduziert und die Klage damit im Übrigen (konkludent) zurückgenommen hat.

Die im Berufungsverfahren anhängige Klage ist unzulässig, weil die Klägerin zuvor nicht die begehrte Löschung, die ebenso wie die Eintragung in die Denkmalliste als Verwaltungsakt zu qualifizieren ist (vgl. OVG NRW, Urteil vom 29.5.1995 7 A 2329/91, BRS 57 Nr. 266), bei der Beklagten beantragt hat.

Für die Verpflichtungsklage ist anerkannt, dass ihre Zulässigkeit grundsätzlich von einem vorher im Verwaltungsverfahren erfolglos gestellten Antrag auf Vornahme des eingeklagten Verwaltungsaktes abhängt (vgl. BVerwG, Urteile vom 31.8.1995 5 C 11.94, juris, und v. 28.11.2007 6 C 42.06, juris m.w.N.).

Diese Zulässigkeitsvoraussetzung folgt aus den §§ 68 Abs. 2, 75 Satz 1 VwGO und zusätzlich aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung, nachdem es zunächst Sache der Verwaltung ist, sich mit Ansprüchen zu befassen, die an sie gerichtet werden. Dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, ob der erstrebte Verwaltungsakt auf Antrag oder von Amts wegen zu erlassen ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 28.11.2007 6 C 42.06, a.a.O.).

Entgegen der Annahme der Klägerin lässt sich der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 28.11.2007 nicht entnehmen, dass, wenn ein Fachgesetz den Erlass des Verwaltungsaktes von Amts wegen vorsehe, ein erfolglos gestellter Antrag bei der zuständigen Behörde nur dann Zulässigkeitsvoraussetzung der Verpflichtungsklage sei, wenn das Fachgesetz der Behörde zugleich einen Beurteilungsspielraum zugestehe. Vielmehr hat das Bundesverwaltungsgericht betont, der Grundsatz, dass die Zulässigkeit der Verpflichtungsklage einen erfolglos gestellten Antrag bei der Behörde auf Vornahme des begehrten Verwaltungsaktes voraussetze, gelte auch für die Fälle, in denen über den Erlass ohne Antrag von Amts wegen zu entscheiden sei. Ergänzend hat es darauf hingewiesen, es gebe umso weniger Anlass von diesem Grundsatz abzuweichen, wenn der Behörde nach dem einschlägigen Fachgesetz ein umfassender Auswahl- und Ausgestaltungsspielraum zustehe.

Die Zulässigkeitsvoraussetzung der vorherigen Antragstellung bei der Verwaltungsbehörde steht allerdings unter dem Vorbehalt, dass das einschlägige Fachgesetz keine abweichenden verfahrensrechtlichen Regelungen trifft (vgl. BVerwG, Urteil vom 2.5.1994 8 C 94.82, juris).

Solche abweichenden Regelungen trifft das nordrheinwestfälische Denkmalschutzgesetz für den Anspruch auf Löschung einer Eintragung aus der Denkmalliste nicht. Zwar ist nach § 3 Abs. 4 DSchG die Eintragung in die Denkmalliste von Amts wegen zu löschen, wenn die Eintragungsvoraussetzungen nicht mehr vorliegen. Die Vorschrift vermittelt dem Denkmaleigentümer aber nach ständiger Rechtsprechung des erkennenden Gerichts bei verfassungskonformer Auslegung gleichwohl einen Rechtsanspruch auf Löschung des Denkmals aus der Denkmalliste, wenn der Denkmalwert des eingetragenen Objekts entfallen ist sowie ein entsprechendes Antragsrecht (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 12.3.2007 10 A 1544/05; Urteile vom 17.2.1995 10 A 830/92, BRS 57 Nr. 265, und vom 29.5.1995 — 7 A 2329/91 —, BRS 57 Nr. 266).

Kann der Denkmaleigentümer die Löschung aus der Denkmalliste mit einem eigenen Antragsrecht verfolgen, ergeben sich aus den sonstigen Bestimmungen des Denkmalschutzgesetzes keine Anhaltspunkte, die es rechtfertigen würden, im Fall einer begehrten Löschung von der Voraussetzung der vorherigen Antragstellung bei der Behörde abzuweichen.

Der Antrag der Klägerin auf Erteilung einer Nachtragsbaugenehmigung für den teilweisen Abbruch des Treppenhauses vom 2.7.2010 kann nicht als konkludenter Antrag auf teilweise Löschung der Eintragung des Treppenhauses aus der Denkmalliste gewertet werden. Das Lösungsverfahren nach § 3 Abs. 4 DSchG und ein Verfahren auf Erteilung einer Baugenehmigung gemäß den §§ 63 Abs. 1 Satz 1, 75 Abs. 1 Satz 1 BauO NRW sind eigenständige Verwaltungsverfahren, bei denen unterschiedliche Gesetze mit eigenen Regelungsgegenständen zur Anwendung kommen. Die Löschung der Eintragung setzt voraus, dass die

Eintragungsvoraussetzungen nicht mehr vorliegen. Im Rahmen dessen ist zu prüfen, ob der Denkmalwert der Sache nachträglich vollständig oder teilweise entfallen ist. Demgegenüber ist eine Baugenehmigung zu erteilen, wenn dem Vorhaben öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht entgegenstehen. Ist von der geplanten Baumaßnahme ein Baudenkmal betroffen, konzentriert das Gesetz aus Gründen der Verwaltungvereinfachung die sachliche Zuständigkeit für die Erteilung der (Bau-)Genehmigung bei der zuständigen Baugenehmigungsbehörde, die im Rahmen des baurechtlichen Verwaltungsverfahrens auch die Belange des Denkmalschutzes und der Denkmalpflege bei ihrer Entscheidung in angemessener Weise zu berücksichtigen hat (§ 9 Abs. 3 Satz 1 DSchG). Das heißt nichts anderes, als dass zu prüfen ist, ob der Baumaßnahme Gründe des Denkmalschutzes entgegenstehen. Dabei geht die Baugenehmigungsbehörde von der durch die Eintragung begründeten Denkmaleigenschaft der betroffenen Sache aus. Der Denkmalwert der Sache wird regelmäßig nicht in Frage gestellt. Stellt sich im Einzelfall heraus, dass der Denkmalwert der Sache nachträglich entfallen ist und daher der Baumaßnahme keine Gründe des Denkmalschutzes entgegenstehen, ist die Baugenehmigung – wenn auch alle sonstigen Voraussetzungen erfüllt sind – zu erteilen. Weder die Baugenehmigungsbehörde noch die intern beteiligte Denkmalbehörde sind jedoch aufgerufen, im Baugenehmigungsverfahren die Löschung des von der Baumaßnahme betroffenen Denkmals ins Werk zu setzen.

Dass die Klägerin bei der Beklagten hinsichtlich des Treppenhauses allein die Erteilung einer von ihr so bezeichneten Nachtragsbaugenehmigung beantragt hat und sich dessen bei der Antragstellung auch bewusst war, folgt aus ihrem Begleitschreiben vom 1.7.2010 zum Bauantrag. Sie führt darin aus, dass sie im Falle der Erteilung der Nachtragsbaugenehmigung gegen die Denkmaleigenschaft des im Erd- und Kellergeschoss verbliebenen Treppenhauses weder Rechtsmittel einlegen noch die Löschung aus der Denkmalliste förmlich beantragen werde. Die Beklagte hat daraufhin unter dem 5.8.2010 folgerichtig auch lediglich den Antrag auf Erteilung einer Nachtragsbaugenehmigung beschieden.

Den Hauptantrag als unzulässig abzuweisen, stellt sich entgegen der Auffassung der Klägerin nicht etwa deshalb als treuwidrig dar, weil das Verwaltungsgericht in der mündlichen Verhandlung angeregt haben soll, allein den Antrag auf Löschung aus der Denkmalliste zu stellen. Die Verantwortung für die Stellung eines sachgerechten Antrags lag allein bei der anwaltlich vertretenen Klägerin. § 86 Abs. 3 VwGO normiert zwar die Pflicht des Vorsitzenden, auf die Stellung sachdienlicher Anträge hinzuwirken. Die Vorschrift entbindet den rechtskundigen Prozessbevollmächtigten aber nicht von der Verpflichtung, zu prüfen, ob der Antrag aus Sicht seines Mandanten und mit Blick auf das von ihm verfolgte Begehren sachgerecht ist.

Schließlich erfordert es auch der von der Klägerin angeführte Grundsatz der Prozessökonomie nicht, trotz der Unzulässigkeit des gestellten Antrags eine Entscheidung in der Sache zu treffen. Die Einhaltung zwingender Klagebeziehungsweise Sachentscheidungs Voraussetzungen, die auch im Berufungsverfahren zu berücksichtigen sind, steht insbesondere nicht zur Disposition der Verfahrensbeteiligten.

Ist die Klage bereits aus den vorstehenden Gründen unzulässig, kann offenbleiben, ob die Klägerin überhaupt klagebefugt im Sinne des § 42 Abs. 2 VwGO ist. ...

Der Hilfsantrag ist ebenfalls unzulässig. Der Zulässigkeit der Feststellungsklage steht der Grundsatz der Subsidiarität entgegen (§ 43 Abs. 2 VwGO). Die Subsidiarität der Feststellungsklage verlangt vom Kläger grundsätzlich, seine Rechte vorrangig mit einem Anfechtungs-, Verpflichtungs- oder Leistungsantrag zu verfolgen (vgl. BVerwG, Urteil vom 12.7.2000 – 7 C 3.00 –, juris m.w.N.).

Liegen – wie hier – die Sachurteilsvoraussetzungen für die Verpflichtungsklage nicht vor, steht der Grundsatz der Subsidiarität der Zulässigkeit eines Feststellungsantrages entgegen, mit dem ausschließlich der auch im Rahmen des Lösungsverfahrens gemäß § 3 Abs. 4 DSchG zu prüfende nachträglich eingetretene Verlust des Denkmalwertes der in die Denkmalliste eingetragenen Sache festgestellt werden soll. Denn der Feststellungsantrag zielt in diesen Fällen allein darauf, die besonderen Sachurteilsvoraussetzungen der (unzulässigen) Verpflichtungsklage zu umgehen.

Eine Ausnahme vom Grundsatz der Subsidiarität ist hier auch aus Gründen der Prozessökonomie nicht geboten. Es ist nicht ersichtlich, dass das Feststellungsbegehren der Klägerin eine Klärung des Denkmalwertes des Treppenhauses herbeiführen würde, die nicht auch mit der Verpflichtung der Beklagten, die Eintragung des Treppenhauses aus der Denkmalliste zu löschen, gegeben wäre. Denn der Antrag, festzustellen, dass die Eintragungsvoraussetzungen für das Treppenhaus nachträglich weggefallen sind, zielt auf die (gerichtliche) Überprüfung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses, für die das Lösungsverfahren vorgesehen ist. In diesem ist abschließend zu klären, ob die Eintragungsvoraussetzungen für das Treppenhaus nachträglich entfallen sind.

Es erschließt sich auch nicht, weshalb die begehrte Feststellung für etwaige das Treppenhaus betreffende Bauanträge vorgreiflich sein soll. Das Baugenehmigungsverfahren sieht – wie dargelegt – keine inzidente Prüfung des Verlustes des Denkmalwertes einer von der beabsichtigten Baumaßnahme betroffenen baulichen Anlage vor. Vielmehr ist im Rahmen des Baugenehmigungsverfahrens allein zu prüfen, ob der Baumaßnahme Gründe des Denkmalsschutzes entgegenstehen. Ist der Denkmaleigentümer der Auffassung, die Eintragungsvoraussetzungen seien bezogen auf sein Baudenkmal nachträglich ganz oder teilweise entfallen, bleibt es ihm unbenommen, neben dem Bauantrag einen Antrag auf Löschung aus der Denkmalliste nach § 3 Abs. 4 DSchG bei der Unteren Denkmalbehörde zu beantragen.