

Beitrag Martin Erlaubnisverfahren BayDSchG 2019

Hinweis: Martin, Kommentar zum BayDSchG, 2019

Art. 15 BayDSchG Erlaubnisverfahren und Wiederherstellung

(1) ¹Der Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis nach Art. 6, 7 und 10 Abs. 1 und auf Verpflichtung des Eigentümers nach Art. 7 Abs. 5 ist schriftlich bei der Gemeinde einzureichen, die ihn mit ihrer Stellungnahme unverzüglich der Unteren Denkmalschutzbehörde vorlegt. ² Art. 75 und 76 BayBO gelten in den Fällen der Art. 6, 7 und 8 Abs. 2 entsprechend.

(2) ¹Die Untere Denkmalschutzbehörde soll vor einer Entscheidung nach den Teilen 2 bis 4 das Landesamt für Denkmalpflege hören. ² Art. 65 Abs. 1 Satz 3 BayBO gilt entsprechend.

(3) Für eine Erlaubnis nach den Teilen 2 bis 4 gilt Art. 69 BayBO entsprechend.

(4) Werden Handlungen nach Art. 6, 7, 8 Abs. 2 oder Art. 10 Abs. 1 ohne die erforderliche Erlaubnis, Baugenehmigung oder abgrabungsaufsichtliche Genehmigung durchgeführt, so kann die Untere Denkmalschutzbehörde verlangen, daß der ursprüngliche Zustand wieder hergestellt wird, soweit dies noch möglich ist, oder daß Bau- und Bodendenkmäler und eingetragene bewegliche Denkmäler auf andere Weise wieder instandgesetzt werden.

(5) Wer widerrechtlich Bau- oder Bodendenkmäler oder eingetragene bewegliche Denkmäler vorsätzlich oder grob fahrlässig zerstört oder beschädigt, ist unabhängig von der Verhängung einer Geldbuße zur Wiedergutmachung des von ihm angerichteten Schadens bis zu dessen vollem Umfang verpflichtet.

(6) Die zuständige Behörde kann die Entscheidung über einen Antrag auf Erlaubnis, Baugenehmigung, baurechtliche Zustimmung oder abgrabungsaufsichtliche Genehmigung auf höchstens zwei Jahre aussetzen, soweit dies zur Klärung der Belange des Denkmalschutzes, insbesondere für Untersuchungen des Baudenkmals und seiner Umgebung, erforderlich ist.

Erläuterungen zu Art. 15

INHALTSÜBERSICHT

1. Vorbemerkungen
2. Regelmäßiger Verfahrensgang für Erlaubnis und Baugenehmigung
 - a) Antrag
 - b) Schriftform
3. Unterlagen
 - a) Erforderliche Antragsunterlagen
 - b) Zusätzliche Unterlagen bei Beseitigungsantrag
 - c) Obliegenheiten
 - d) Rechtsfolgen bei unvollständigen oder unrichtigen Unterlagen
 - e) Einreichung bei der Gemeinde und Verfahrensfragen

- f) Rechtsschutz gegen Erlaubnis
- 4. Die Beteiligung des BayLfD (Absatz 2)
- 5. Verstoß gegen Beteiligungspflichten
- 6. Einstellung und Beseitigung (Absatz 1 Satz 2)
- 7. Wiederherstellungverlangen (Absatz 4)
- 8. Wiedergutmachung (Absatz 5)
- 9. Aussetzung der Entscheidung (Absatz 6)

1. Vorbemerkungen

a) Rechtsentwicklung

Art. 5 BayDSchG wurde seit 1973 siebenmal geändert und ist damit die meist geänderte Vorschrift des Gesetzes. Mehrfach musste der Artikel an Änderungen der Artikelfolge der BayBO angepasst werden. Siehe zu diesem Manko Erl. 3.2.3.2 c) Einführung vor Teil 1.

Das vom BayVerfGH mit Entscheidung vom 22.9.2008, DRD 2.5.1 BY, für nichtig erklärte Gesetz zur Erweiterung und Erprobung von Handlungsspielräumen der Kommunen (**Modellkommunengesetz**) vom 10.4.2007 (GVBl. S. 271) hatte zwar das BayDSchG nicht geändert, aber zum 1.5.2007 einige gesetzliche sog. „Maßgaben“ zu Art. 15 verfügt (u. a. Fristen und Fiktionen; zu diesen für das Denkmalrecht ungeeigneten Beschleunigungsmaßnahmen, siehe *Spennemann*, Verfahrensbeschleunigung im Denkmalrecht, 2005, und *Eberl et al.*, Erl. des Art 15 in der 6. Aufl. 2007 des Kommentars zum BayDSchG.

Das kurz vor Bearbeitung dieses Kommentars trotz gegenteiliger Beteuerungen der Staatsregierung (im Konzept „Denkmalpflege 2020“, DRD 5.1 Bayern) ergangene **16. Gesetz zur Änderung des Denkmalschutzgesetzes vom 4. April 2017** (GVBl. S. 70 – **online** in DRD 5.1.BY) hat die Art. 1, 3, 4, 7, 10, 11, 14, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 26a, 27 und 28 geändert und die bisherigen „Abschnitte“ in „Teile“ umbenannt, ohne die in der Einführung vor Teil 1 Erl. 3 zum Reformbedarf des DSchG aufgelisteten Desiderate auch nur zu berühren.

b) Eigenständigkeit des Denkmalrechts

Das BayDSchG geht von der Trennung in Erlaubnis- und andere Verfahren aus. Art. 15 fasst aber Verfahrensvorschriften für alle Denkmalarten zusammen. Eingehende Hinweise zum Verfahren enthält die **Gemeinsame Bekanntmachung** zum Vollzug des Denkmalschutzgesetzes und baurechtlicher Vorschriften (GemBek vom 27. Juli 1984, MABI S. 421, KMBI I S. 561 – DRD 5.2.5, auch im Anhang). Diese ist seit Jahrzehnten überarbeitungsbedürftig; infolge von zahlreichen Änderungen der Rechtslage (z.B. mehrere Novellierungen der BayBO und des BauGB) treffen viele Formulierungen nicht mehr zu. Zweckmäßig wäre eine strikte Trennung von der BayBO. Das Denkmalnetz Bayern hat hierzu in seinen 15 Punkten für eine bessere Denkmalpflege (DRD 1.3.1, auch im Anhang) u.a. die Wiedereinführung des **Devolutiveffekts** angeregt; siehe hierzu auch Einführung vor Teil 1 Erl. 3.2.3.2 n).

c) Materialien zu Art 15 - online in DRD

Bayern Änderungsgesetz vom 4.4.2017, DRD 5.1 BY

Bayern Gemeinsame Bekanntmachung zum Vollzug, DRD 5.2.5
Bayern Erlaubnis und Genehmigung, DRD 3.1.1
Bayern Bodendenkmalfachliches Verfahren, DRD 3.4.2.3
Martin Wiederherstellung von Denkmälern, DRD 5.2.5
Martin DSchGNRW Wiederherstellung, DRD 5.1 NW
Martin „Abbruch“, DRD 5.2.5
Davydov, Die Erlaubnispflicht nach § 9 DSchGNW, 5.1 NW
Oebbecke „Rolle der Denkmalpflegeämter“, DRD 5.2.5
Antragsunterlagen Erlaubnis, DRD 3.1.1
Zusätzlich erforderliche Unterlagen für Abbruchanträge, DRD 3.1.1
Muster Nachforderung von Unterlagen, DRD 3.1.1
Verfahrenspflichten beim Umgang mit Denkmälern, DRD 3.1.1.

2. Regelmäßiger Verfahrensgang für Erlaubnis und Baugenehmigung

a) Antrag

Dem Verwaltungsverfahren geht regelmäßig ein **Antrag** voraus. Art. 22 Satz 2 Nr. 1 BayVwVfG schließt für das Erlaubnisverfahren die Einleitung von Amts wegen aus. Zu den Fragen des Fehlens des Antrages, Form, Inhalt und Begründung, ferner zur Antragsbefugnis und weiteren Voraussetzungen des Verfahrens vgl. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG § 22, 22 ff. und *Gusy*, Der Antrag im Verwaltungsverfahren, BayVBl 1985, 494. Ausführlich zum Antragserfordernis HessVGH v. 7.9.1993, DRD 2.5.3 HE. **Muster** DRD 3.1.1.

b) Schriftform

Art. 15 Abs. 1 schreibt ausdrücklich diese Form vor. Es genügen auch die Antragstellung zur Niederschrift der Behörde, Telegramm, Telebrief, Telefax, Fernschreiben, E-mail, obwohl bei den funktechnischen Übermittlungen gewisse Unsicherheiten in der Beweisführung eintreten können.

3. Unterlagen

Mit dem Antrag müssen **alle** für die Bearbeitung erforderlichen Unterlagen vorgelegt werden. Dies ist eine Obliegenheit des Antragstellers; ihm obliegt es, seinen Antrag auf eigene Kosten prüfbar und entscheidungsreif zu machen. Kommt er dem nicht nach, ist der Antrag nicht ordnungsgemäß gestellt. Die Untere Denkmalschutzbehörde verfügt sodann über mehrere Alternativen zur Behandlung unvollständiger Anträge (siehe hierzu unten Erl. 3 und 4). Die Unterlagen müssen aus denkmal-fachlicher Sicht **prüffähig** sein; weitere Hinweise gibt das BayDSchG nicht. Die Rechtsprechung hat hierzu Grundsätze entwickelt, die länderübergreifend gelten, weil sie die **Prüffähigkeit** als denknötwendige Voraussetzung für Sachverhaltsermittlung, Abwägung und Ermessensentscheidung der Denkmalschutzbehörde über den Antrag erst herbeiführen. Generell müssen die Unterlagen so aussagekräftig sein, dass die Behörden die **Denkmalverträglichkeit** von Maßnahmen beurteilen können. Maßgebend sind daher in erster Linie die Vorgaben des BayLfD, welche im Einzelfall zu erfragen sind. Siehe ergänzend *Martin*, Verursacher, Veranlasser und Kostenfolgen im Denkmalrecht, DRD 5.2.5.

a) Erforderliche Antragsunterlagen

Nach Sinn und Zweck des Gesetzes gehören hierzu im Einzelfall mit unterschiedlicher Ausführlichkeit und Genauigkeit (DRD 3.1.1):

- eine Beschreibung des betroffenen Denkmals
- eine Beschreibung der beabsichtigten Maßnahmen
- Planmaterial (Lageplan, Bestandsplan, Ausführungsplan)
- bei Umgestaltungen und Veränderungen je nach Umfang der Maßnahmen ein Bauaufmass und eine Befunduntersuchung eines Restaurators
- bei Veränderungen an Bodendenkmälern ggf. eine Voruntersuchung/Prospektion
- bei Nutzungsveränderungen ggf. Untersuchungen über die technischen Auswirkungen (Statik, Bauphysik, sonstige negative Folgen)
- bei Standortwechsel Untersuchungen zu negativen Folgen am neuen Standort
- bei Auswirkungen auf die Umgebung u. U. Fotomontagen und Phantomgerüste.

In jedem Fall erforderlich sind aber **verständliche Angaben und Pläne** zu den beabsichtigten Maßnahmen. Zu den Einzelheiten siehe *Martin/Krautzberger*, Handbuch, 3. Aufl. Teil D Kapitel VIII Nr. 4 ff., Teil I Kapitel V und VI.

b) Zusätzliche Unterlagen bei Beseitigungsantrag

Zunächst muss der Antragsteller seinen Wunsch auf Beseitigung des Denkmals artikulieren. Die folgende Aufstellung (DRD 3.1.1.) fasst die Rechtsprechung zu den notwendigen Unterlagen bei Beseitigungsanträgen zusammen:

- aa) Nachweis der Bereitschaft zur Erhaltung,
- bb) Vorlage einer vollständigen und abgestimmten Erhaltungsplanung,
- cc) Gutachten zur fehlenden technischen Erhaltungsfähigkeit,
- dd) Nachweis der fehlenden Nutzung und fehlenden Nutzbarkeit,
- ee) Nachweis der fehlenden Veräußerbarkeit,
- ff) Nachweis, in welcher Höhe die Erhaltungskosten über den unterlassenen Bauunterhalt und dessen Folgeschäden hinausgehen und wieweit keine „sowieso-Kosten“ vorliegen (wie bau-, umwelt- und sicherheitsrechtliche Kosten, „Kostenzuordnung“),
- gg) Nachweis der Unzumutbarkeit der Tragung der „überschießenden Kosten“ unter Vorlage einer entsprechenden Wirtschaftlichkeitsberechnung mit Nachweisen zu Zuschussanträgen und Steuervorteilen,
- hh) ggf. Abbruchdokumentation (erst bei/nach Erteilung der Genehmigung).

Zu aa) Nachweis der Bereitschaft zur Erhaltung

Diese Anforderung fasst der BayVGH (v. 27.9.2007, DRD 2.5.3 BY) zusammen: „Der Umfang, in dem die Frage der Zumutbarkeit ... zu prüfen ist, hängt davon ab, in welchem Maße der Kl. seinen Mitwirkungspflichten entsprochen hat. ... Stellt er sich auf den Standpunkt, dass für ihn nur eine Beseitigung in Betracht kommt, obwohl sich das Denkmal in einem erhaltungsfähigen Zustand befindet, dann kann er (von den Behörden) nicht erwarten, dass die Zumutbarkeit im Einzelnen geprüft wird. ... Der Kl. betont zwar, dass er sich die Entscheidung ... nicht leicht gemacht habe. Das ändert aber nichts daran, dass er sich auf einen Abbruch festgelegt hat.“ Das VG Augsburg 2015 (v. 2.12.2015, Auszug in DRD 2.4) ergänzt: „Der Kläger hat Darlegungen zur Zumutbarkeit vielmehr seit jeher unter Hinweis darauf abgelehnt, dass nicht er, sondern der Beklagte im vorliegenden Fall die Zumutbarkeit der Erhaltung des Denkmals nachzuweisen habe. Der Kläger hat sich letztlich durchweg auf den Standpunkt gestellt, dass für ihn nur eine Beseitigung des Denkmals in Betracht kommt.“

Zu bb) Vorlage einer Erhaltungsplanung

Zur Begründung eines Beseitigungsantrags muss der Antragsteller die Unzumutbarkeit der Erhaltung für die Pflichtigen des Art. 4 BayDSchG u.a. mit dem Nachweis der Unwirtschaftlichkeit belegen. Denknwendige Voraussetzung der Berechnung der Wirtschaftlichkeit ist die **Kenntnis von Kosten und Erträgen** eines Erhaltungsprojektes, welche nur mit einer mit den Denkmalbehörden abgestimmten **Erhaltungsplanung** ermittelt werden können. Die Anforderungen hat die Rechtsprechung präzisiert:

Aus BVerwG v.7.11.2009, DRD 2.5.2: „Welche Möglichkeiten sich bieten, ein Denkmal überhaupt zu nutzen, und wie die **Wirtschaftlichkeit** dieser Möglichkeiten **einzuschätzen** ist, sind Umstände, die im Lebensbereich des Eigentümers wurzeln und zu deren Klärung der Eigentümer deshalb regelmäßig ohne unzumutbare Schwierigkeiten im Stande ist. Zudem ist es ... seine Sache, ein **Nutzungskonzept** für das Denkmal zu entwickeln und ... sich nicht ein solches Konzept von der Denkmalbehörde vorgeben zu lassen.“ Das ergänzt BayVGH v. 27.9.2007, a.a.O.: „Der Antragsteller muss auch eine **vollständige Planung zur Erhaltung** vorlegen, die er mit den Behörden im Einzelnen **abgestimmt** hat. Er kann sich nicht darauf berufen, dass er „eigentlich“ die Anlage nicht erhalten will und deshalb keine derartige Planung benötigt.“ Ähnlich ders. v. 12.8.2015, DRD 2.5.3 BY; vorzulegen sind die nach Möglichkeit mit dem Landesamt für Denkmalpflege abgestimmten, erforderlichen Sanierungsmaßnahmen für eine zeitgemäße Nutzung und der daraus resultierende Aufwand sowie der zu erzielenden Ertrag.“ Std. Rspr; siehe auch OVG MV v. 7.5.2004 und v. 18.3.2009, DRD 2.5.3 MV, OVG NW v. 20.3.2009, DRD 2.5.3 NW, VG Augsburg v. 2.12.2015, Auszug in DRD 2.4, und viele mehr.

Zu dd) Nachweis der fehlenden Nutzung und fehlenden Nutzbarkeit

Nach BVerfG v.2.3.1999, DRD 2.5.1, wird durch ein „Beseitigungsverbot die bestehende Nutzung eines Baudenkmals nicht eingeschränkt. ... Art. 14 Abs. 1 GG schützt nicht die einträglichste Nutzung des Eigentums“. Nach VG Regensburg v. 5.3.2002, DRD 2.5.3 BYVG, muss sich der Eigentümer (vorläufig) auf eine bestimmte **denkmalverträgliche Nutzung** mit oder ohne bauliche Veränderung festlegen. Dazu muss er die objektbezogene Wirtschaftlichkeitsrechnung auf der

Grundlage eines plausiblen, die denkbaren Nutzungsvarianten durchspielenden **Nutzungskonzepts** erstellen (BVerwG v. 22.12.2010, juris, und v. 17.11.2009, DRD 2.5.2; OVG NW v. 20.3.2009, DRD 2.5.3 NW). Bei einer großen **Variationsbreite** von Nutzungsmöglichkeiten muss er zumindest zwei nicht fernliegende und am ehesten erfolversprechende Varianten prüfen und die wirtschaftliche Unzumutbarkeit für jede von ihnen darlegen (OVG RP v. 2.12.2009, DRD 2.5.3 RP; das OVG NW v. 20.3.2009, DRD 2.5.3 NW, geht sogar von mindestens drei Varianten aus). Eine solche **gegebenenfalls kostenintensive Darlegungslast** erscheint dem OVG RP im Hinblick auf Sozialpflichtigkeit des Eigentums durchaus noch zumutbar.

Zu ee) Nachweis der fehlenden Veräußerbarkeit

Das BVerwG v. 2.3.1999, DRD 2.5.1, führt aus „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.“ OVG NW v. 4.5.2009, DRD 2.5.3 NW: „Handelt es sich bei dem Denkmal um ein reines Investitionsobjekt, kann der Eigentümer, der das Potential des Objekts selbst nicht ausschöpfen kann, darauf verwiesen werden, **das** Baudenkmal zu veräußern bzw. das Ertragspotenzial in vollem Umfang in die Wirtschaftlichkeitsrechnung einzustellen.“ Ähnlich OVG RP v. 2.12.2009, DRD 2.5.3 RP; SächsOVG v. 10.6.2010, DRD 2.5.3 Sa; VG Cottbus v. 22.3.2007, Auszug in DRD 2.4 (Der Eigentümer, der die Genehmigung zur Beseitigung des für ihn unwirtschaftlichen Denkmals erstrebt, muss sich unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit grundsätzlich auf die Möglichkeit verweisen lassen, das Objekt zu einem angemessenen Preis an einen Dritten zu **verkaufen**, der bereit ist, das Denkmal mit den daran geknüpften Erhaltungspflichten zu übernehmen).

Zu gg) Nachweis der Unzumutbarkeit, Wirtschaftlichkeitsberechnung

Zur Begründung seines Antrags auf Beseitigung muss der Eigentümer bzw. der Antragsteller die Unzumutbarkeit der Erhaltung u.a. mit dem prüfbaren detaillierten Nachweis der Unwirtschaftlichkeit belegen. Einzelheiten bei den Erl. II zu Art. 14. Das OVG BBbg v. 17.9.2008, DRD 2.5.3 BB (Weberhaus), fasst zusammen: Es „bleibt entscheidend, ob die wirtschaftliche Belastung durch die Kosten für die Erhaltung und Bewirtschaftung des Denkmals dauerhaft durch dessen Erträge oder den Gebrauchswert aufgewogen werden können, wobei auch **Zuwendungen** aus öffentlichen oder privaten Mitteln und **steuerliche Begünstigungen** sowie anderweitige **Kompensationsmöglichkeiten** zu berücksichtigen sind.“ Nach BayVGH v. 12.8.2015, DRD 2.5.3 BY, sind „abzuziehen vom Sanierungsaufwand auch Förderbeträge der öffentlichen Hand und steuerrechtliche Förderungen, die verbindlich zugesagt oder mit Sicherheit zu erwarten sind. Denn sie verringern den Aufwand des Eigentümers. ... Denn nur die konkret erzielbaren Steuervergünstigungen vermindern die durch den Erhalt des Denkmals entstehenden Belastungen. Soweit die Eigentümer entgegen ihrer materiellen Beweisspflicht keine hinreichenden Angaben zur Ermittlung der Steuervorteile machen, ist vom maximalen Steuersatz des Einkommensteuergesetzes auszugehen.“

c) Obliegenheiten

Die Beibringung der Unterlagen zu einem Beseitigungsantrag ist eine sog. Obliegenheit, welche der Antragsteller erbringen muss, um seinen Antrag vollständig und entscheidungsreif zu machen. Die den Antragsteller bzw. **Eigentümer treffende Mitwirkungs- und Darlegungspflicht** entspricht der zwischen Denkmaleigentümer und Denkmalbehörden nach Art. 4 und 5 BayDSchG bestehenden Aufgabenverteilung. Denn regelmäßig ist **nur der Eigentümer** in der Lage, ein geeignetes Nutzungs- und Sanierungskonzept für das Denkmal zu entwickeln und auf die Informationen zuzugreifen, die eine Bewertung der Sanierungsmaßnahmen in denkmalpflegerischer und wirtschaftlicher Hinsicht ermöglichen; BayVGH v. 12.8.2015, DRD 2.5.3 BY.

d) Rechtsfolgen bei unvollständigen oder unrichtigen Unterlagen

Die Untere Denkmalschutzbehörde kann (zur uneinheitlichen Rechtsprechung *Eberl et al.*, Rn. 11 zu Art. 15):

- fehlende Unterlagen formlos nachfordern und hierfür eine angemessene Frist setzen,
- den Erlaubnisantrag mangels Entscheidungsreife zurückweisen; dies kommt erst nach erfolgloser Nachforderung der fehlenden Unterlagen in Betracht; siehe hierzu VG Potsdam v. 1.3.2012, Auszug in DRD 2.4: Es besteht **kein Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis**, wenn ein Antrag aufgrund formaler Mängel nicht bescheidungsfähig ist. Ebenso dass. v. 7.8.2012, DRD 2.5.3 BBVG: Der Kl. hat keinen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis, weil sein Antrag nicht bescheidungsfähig ist. Das bestehende Auskunftdefizit geht zu Lasten des Kl.“
- die Entscheidung in Anwendung des Art. 15 Abs. 5 bis zu 2 Jahren förmlich aussetzen, bis die Unterlagen nachgeliefert worden sind, siehe dort. Diese Alternative wird seitens der Behörde nicht zu erwägen sein, wenn ein Antragsteller zu erkennen gibt, dass er ohnehin nicht bereit ist, sämtliche geforderte Unterlagen vorzulegen.

e) Einreichung bei der Gemeinde und Verfahrensfragen

Im Erlaubnisverfahren (und im Fall des Art. 7 Abs. 5) ist der Antrag **bei der Gemeinde** einzureichen, die ihn der Unteren Denkmalschutzbehörde vorlegt. Diese beteiligt das BayLfD und die Heimatpfleger (s. Erl. zu Art. 13) und entscheidet dann über die Erlaubnis. Die Beteiligung der Gemeinde entspricht ihrer verfassungsrechtlichen Stellung nach Art. 141 Abs. 1, 2 BV und Art. 3 BayDSchG. Die Beteiligung ist rechtlich nicht mit der Beteiligung im Baugenehmigungsverfahren gleichzusetzen. Art. 15 Abs. 1 Satz 1 BayDSchG soll der Gemeinde lediglich die Gelegenheit geben, ihren besonderen Pflichten nach Art. 141 BV und Art. 3 Abs. 2 BayDSchG gerecht zu werden. Demgemäß macht eine Verletzung der Ordnungsvorschrift des Art. 15 Abs. 1 die Erlaubnis lediglich formell rechtswidrig.

Zuständig für die Erteilung der Erlaubnis ist allein die Untere Denkmalschutzbehörde; die Erlaubnis kann nicht durch das BayLfD erteilt werden, ein Gutachten des BayLfD macht die Erlaubnis nicht entbehrlich. Für das **Verfahren** gelten im Übrigen die Vorschriften des BayVwVfG, für die Kosten Art. 17 DSchG. Zu den materiellen Grundsätzen der Entscheidung s. Erl. zu Art. 6; siehe auch die

Gemeinsame Bekanntmachung von 1984, DRD 5.2.5. Anders als im Verfahren nach der BayBO gibt es im (isolierten) Erlaubnisverfahren keinen Vorbescheid; möglich sind jedoch Zusicherungen nach Art. 38 VwVfG, wenn behördliche Auskünfte nicht ausreichen sollten. Zur Zuständigkeit der Höheren DSchBehörde siehe Erl. zu Art. 11.

Geltungsdauer der Erlaubnis (Abs. 3): Für alle Arten von Denkmälern erlöschen entsprechend Art. 69 BayBO die Erlaubnisse vorbehaltlich einer anderen Fristsetzung im Bescheid kraft Gesetzes, wenn nicht innerhalb von vier Jahren mit dem Vorhaben begonnen worden ist. Die Frist kann jeweils um bis zu zwei Jahre verlängert werden, Art. 69 Abs. 2 BayBO. Die Anwendung der BayBO auch auf bewegliche Denkmäler und Bodendenkmäler ist nicht systemgerecht; stattdessen hätte die Befristung der Erlaubnisse direkt in das DSchG aufgenommen werden müssen.

Eine **Zustellung** der Erlaubnis oder der sie enthaltenden Baugenehmigung an Denkmaleigentümer **in der „Nähe“** (Art. 6 Abs. 1 Satz 2) ist – von den Fällen des Art. 66 BayBO abgesehen – nicht vorgesehen, ist aber im Hinblick auf die neue Rechtsprechung zum denkmalrechtlichen Drittschutz (vgl. Erl. zu Teil I) bei umstrittenen Projekten zweckmäßig.

f) Rechtsschutz gegen Erlaubnis und Versagung

Für den **Rechtsschutz** gegen eine Erlaubnis gelten die Vorschriften der VwGO über Anfechtungs- und Verpflichtungsklage. Entgegen der früher vorherrschenden Rechtsprechung vermittelt Art. 14 GG auch im Denkmalschutzrecht Drittschutz (BVerwG v. 21.4.2009, DRD 2.5.2). Denkmaleigentümer sind damit hinsichtlich behördlicher Entscheidungen, die möglicherweise eine erhebliche Beeinträchtigung ihres Denkmals zur Folge haben, klagebefugt (§ 42 Abs. 2 VwGO) bzw. antragsbefugt (§ 47 Abs. 2 VwGO).

Mögliche Fallgestaltungen sind physische Einwirkungen auf das Denkmalgrundstück selbst (Immissionen, Abgrabungen, Standsicherheit) sowie rein optische Beeinträchtigungen z. B. als **Denkmaleigentümer** von Nachbarn eines sonstigen Grundstücks, auf dem eine mit seinem Denkmal unvereinbare Anlage entsteht (z. B. Biogas, Windenergie) oder eines Gebäudes, das zum Nachteil seines Denkmals (z. B. durch ein glasiertes Ziegeldach, Solarpaneele, Satellitenschüsseln) verändert wird, oder als **Denkmaleigentümer** von Nachbarn eines Gebäudes, das ebenfalls unter denkmalrechtlichem Schutz steht, sei es als Teil einer Gesamtanlage oder als ebenfalls unter Einzelschutz, z. B. weil das eigene Denkmal seine Wertigkeit durch die Nachbarschaft zu anderen Denkmälern bezieht und diese Beziehung (z. B. durch verschiedene Farbgebungen, Gartengestaltungen innerhalb einer einheitlichen Baudenkmalgruppe) gestört wird. Das BVerwG hat die Berechtigung anerkannt, die denkmalrechtliche Genehmigung eines benachbarten Vorhabens anzufechten, wenn das Vorhaben die Denkmalwürdigkeit seines Anwesens möglicherweise **erheblich beeinträchtigt** (BVerwG a. a. O.). Denkmalschutz braucht Substanz- und Umgebungsschutz. Offen gelassen hat es, ob die jeweiligen Normen des Denkmalschutzrechts über diesen „**Mindestschutz**“ hinaus noch weitere Fallgestaltungen erfassen bzw. die Beeinträchtigungsschwelle absenken. Dies hat der BayVGh für das BayDSchG verneint (v. 24.1.2013, DRD 2.5.3 BY).

Im Falle der **Klage gegen eine Abrissuntersagung** nach Art. 15 Abs. 1 S. 2 BayDSchG i. V. mit Art. 75 Abs. 1 BayBO ist nicht der Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung, sondern der der letzten mündlichen Verhandlung für die Prüfung der Rechtmäßigkeit maßgebend; es handelt sich um einen Dauerverwaltungsakt, VG München v. 30.11.2017, DRD 2.5.3 BYVG.

Literatur: Siehe zunächst die einführenden Erl. zu Teil I Allgemeine Bestimmungen. *Kleine-Tebbe*, DRD 5.2.3, und *Spennemann*, DRD 2.2 und 5.2.3; *Davydov*, Denkmalschutz und Eigentum, DRD 5.1 NW; *Kallweit* in: Martin/Krautzberger, Handbuch, 4. Aufl. 2016, Kap. D Rn. 29 ff.

4. Die Beteiligung des BayLfD (Absatz 2)

a) Anhörung

Die Beteiligung des BayLfD ist in Abs. 2 geregelt; das BayLfD ist nach Abs. 2 Satz 1 **zu hören**. Dies bedeutet, dass ihm formell und materiell die Gelegenheit zur Äußerung und zur gutachtlichen Stellungnahme einzuräumen ist. Die Rolle des BayLfD ergibt sich aus der durch Art. 12 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 5 umschriebenen Funktion als Fachbehörde; vgl. auch die Erl. zu Art. 12. Art. 15 Abs. 2 gilt nicht nur für das Erlaubnisverfahren, sondern für alle Entscheidungen der Unteren Denkmalschutzbehörden nach den Teilen 2 bis 4, auch wenn es nicht um eine Beeinträchtigung im engeren Sinn geht (BayObLG v. 6.12.1976, RReg 2 Z 138/75 -, BayVBl 1977, 310). Dies bedeutet, dass es auch beteiligt wird, wenn es um die Erfüllung der Instandhaltungs- und Sorgepflichten (Art. 4), unmittelbare Maßnahmen (Art. 4 Abs. 3), Untersagungsanordnungen (Art. 4 Abs. 4), Nutzungsanordnungen (Art. 5), Zulassung von Grabungen (Art. 7 Abs. 5), Auswertung von Funden (Art. 9) geht. Die Begutachtung des BayLfD entbindet die UDSchBehörde nicht von einer eigenverantwortlichen Prüfung und Entscheidung; insbesondere kann das Fachgutachten nicht ungeprüft als Nebenbestimmung in einen Bescheid übernommen werden. Das Gutachten des BayLfD kann auch die Ermessensausübung nicht ersetzen (BayVGh v. 14.7.1994, 26 B 89.3428 -, V. n. b.), denn der bloße Verweis auf die Stellungnahme des LfD ist keine Ermessensbetätigung, BayVGh v. 11.1.2011, DRD 2.5.3 BY.

b) Soll-Vorschrift

Art. 15 Abs. 2 Satz 1 ist zwar eine **Soll-Vorschrift**. Er stellt aber nicht nur – wie gelegentlich fälschlich angenommen wird – eine bloße Empfehlung an die Untere Denkmalschutzbehörde dar. Vielmehr bedeutet die Formulierung eine **strikte Pflicht** zur Anhörung für den Regelfall, gestattet aber Abweichungen in atypischen Fällen, in denen besondere, nicht von der Behörde darzulegende und überwiegende Gründe für das Abgehen von der Norm des Beteiligungsgebots sprechen (std. Rspr., vgl. die Nachweise bei *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 40 RdNr. 44). Ob ein Sonderfall atypisch ist und die Untere Denkmalschutzbehörde vom Regelfall abweichen darf, weil die ratio legis dies erlaubt, ist im Aufsichtsverfahren und gerichtlich voll nachprüfbar (*Kopp/Ramsauer a. a. O.*).

In welchen Fällen ausnahmsweise eine Beteiligung des Landesamtes entbehrlich ist, hatte früher abschließend die Gemeinsame Bekanntmachung (DRD 5.2.5) in Nr. 11.1, 11.2 und 14.1 festgelegt; die entsprechende Passagen wurden nach

Gesetzesänderung vom 12.4.1994 (GVBl S. 210 – DRD 5.1 BY, auch in Anhang 1) gestrichen. Die Beteiligung des BayLfD ist im Übrigen nie entbehrlich, wenn davon die Inanspruchnahme staatlicher Förderungen, Finanzierungen oder Steuererleichterungen abhängt, da nach std. Rspr. insoweit eine vorherige Abstimmung unabdingbar ist. Auch eine besondere Eilbedürftigkeit rechtfertigt es nicht, von der (notfalls telefonischen und nachträglich zu dokumentierenden) Beteiligung abzusehen.

c) Baugenehmigungsverfahren

Für das Baugenehmigungsverfahren haben die Novellen 1994 und 2008 zur BayBO einschneidende Änderungen für die Beteiligung des Landesamtes durch die Baugenehmigungs- bzw. Zustimmungsbehörde gebracht, die z. T. wieder zurück genommen wurden. Es ist („hört“) zwar weiterhin als eine Stelle, „ohne deren Stellungnahme die Genehmigungsfähigkeit des Bauantrags nicht beurteilt werden kann“ nach Art. 65 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BayBO zu beteiligen. Die Anhörungspflicht (ebenso *Shirvani* in Simon/Busse, Rn. 58 zu Art. 65 BayBO, BayObLG v. 18.1.1991, BayVBl 1991, 282) gilt nur, wenn dem Antrag entsprochen werden soll und sie entfällt, wenn das BayLfD bereits **vor** Einleitung des Verfahrens dem Bauantrag schriftlich zugestimmt hat (Satz 1, 2. HS). Nach Satz 3 bleiben Stellungnahmen unberücksichtigt, wenn sie nicht innerhalb eines Monats nach Aufforderung bei der Bauaufsichtsbehörde eingehen, es sei denn, die verspätete Stellungnahme wäre für die Rechtmäßigkeit der Entscheidung über den Bauantrag von Bedeutung. Die Monatsfrist bedeutet für das Landesamt die **Pflicht zur rechtzeitigen Abgabe** seiner Stellungnahme; sie gilt nur dann nicht, wenn die Baugenehmigungsbehörde (nicht das Landesamt!) die Entscheidung nach Art. 15 Abs. 6 DSchG zur Klärung der besonderen Belange des Denkmalschutzes ausgesetzt hat. Dies bedeutet, dass nach Ablauf der „Verschweigensfrist“ die Baugenehmigungsbehörde davon ausgehen darf, dass denkmalpflegerische Belange nicht berührt werden; diese sind aber **materiell nicht ausgeschlossen** mit der Folge, dass bei einer Nichtbeachtung verspätet oder gar nicht vorgebrachter Belange die Baugenehmigung gleichwohl rechtswidrig sein kann. Wurden sie in der Genehmigung „vergessen“, so kann diese ggf. nach Art. 48 BayVwVfG zurückgenommen werden (*Shirvani* a. a. O., Rn. 88; siehe zur Rücknahme auch OVG LSA v. 15.12.2011, DRD 2.5.3 LSA).

d) Abgabe der Stellungnahme (Art. 15 Abs. 2 Satz 2 i. V.m. Art. 65 Abs. 1 Satz 3 BayBO)

Die **Präklusionswirkung** des Art. 65 (früher 69) Abs. 1 Satz 3 BayBO gilt nunmehr nicht nur im Baugenehmigungs-, sondern entsprechend auch im Verfahren zur Erteilung einer **Erlaubnis für alle Arten von Denkmälern**. Der Pflicht zur Beteiligung des BayLfD korrespondiert die Pflicht des BayLfD zur Abgabe einer Stellungnahme. Aus dem Schweigen des BayLfD darf die zur Entscheidung berufene Behörde nach Art. 65 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 2 BayBO gegebenenfalls schließen, dass denkmalrechtliche Belange nicht berührt werden. Diese Regelung hat aber keine sog. materielle Präklusionswirkung, materielle denkmalpflegerische Belange gelten also mit Fristablauf nicht automatisch als ausgeräumt. Die Untere Denkmalschutzbehörde muss deshalb bei eigenen Zweifeln an der Erlaubnisfähigkeit den denkmalpflegerischen Belangen nachgehen, zumindest dann, wenn sich die zu berücksichtigenden Belange offensichtlich aufdrängen. Im Übrigen kann die Literatur

zur BayBO nunmehr auch für das denkmalrechtliche Verfahren herangezogen werden.

e) Beteiligung der Heimatpfleger

Die Beteiligung der Heimatpfleger im Erlaubnis- und Baugenehmigungsverfahren richtet sich nach Art. 13 (s. dort), nach Art. 65 Abs. 1 BayBO und nach der Gemeinsamen Bekanntmachung der Staatsministerien für Unterricht und Kultus und des Innern vom 17.2.1981 über „Heimatpflege in den Landkreisen, kreisfreien Städten und Großen Kreisstädten“ (BAYERNRECHT; eine Änderung wird 2018 vorbereitet).

f) Abweichen von der Stellungnahme des BayLfD

aa) Bis zur Streichung des Art. 15 Abs. 2 S. 2 DSchG und der Nr. 14.3 GemBek (DRD 5.2.5, auch im Anhang) war für das Verfahrensrecht mit dem sog. **Devolutiveffekt** eine ausdrückliche Lösung von Konflikten vorgesehen (siehe hierzu *Eberl et al.*, 7. Aufl. 2016, Art. 15 Erl. Nr. 15).

bb) Die aktuelle Rechtslage nunmehr ohne ein eigenes verwaltungsinternes Verfahren zur Beilegung von Konflikten zwischen Fach- und Vollzugsbehörde entspricht dem Verwaltungsverfahren nach vielen anderen Fachgesetzen. Die Untere Denkmalschutzbehörde ist aber nicht von den formellen und materiellen Bindungen frei. Verbindlich sind trotzdem weiterhin die beiden gesetzlichen Vorgaben:

- die Verfahrensbeteiligung des BayLfD als staatliche Fachbehörde, und
- die materielle Bindung an die fachlichen Grundsätze von Denkmalschutz und Denkmalpflege (Denkmalverträglichkeit).

cc) Eine Missachtung der fachlichen Vorgaben wird den entsprechenden Verwaltungsakt (Erlaubnis, Genehmigung, Planfeststellung usw.) in der Regel rechtswidrig machen, da dann oft die Grundsätze der Denkmalverträglichkeit nicht beachtet sein werden. Dies gilt insbesondere bei der Erlaubnis zur Beseitigung eines Denkmals, wenn eindeutig sämtliche Gründe für eine Ablehnung vorliegen. Die Rechtswidrigkeit kann im aufsichtlichen Verfahren aufgegriffen werden. Die Vorschriften des Art. 15 und der GemBek (DRD 5.2.5, auch im Anhang) werden ergänzt durch Art. 11 BayDSchG und Art. 53 BayBO: Die Regierungen und die Ministerien können als jeweils höhere bzw. Oberste Bauaufsichts- oder Denkmalschutzbehörden nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen Weisungen erteilen.

dd) Zu den Formulierungen im Baugenehmigungs- und Erlaubnisbescheid bei einem Abweichen von der Stellungnahme des BayLfD s. Gemeinsame Bekanntmachung (DRD 5.2.5, auch im Anhang) Nr. 13, zu den Rechtsfolgen s. Erl. Nr. 3.1.

5. Verstoß gegen Beteiligungspflichten

a) Rechtsfolgen

Die Mitwirkung des BayLfD und der Heimatpfleger ist nicht lediglich verwaltungsintern, sondern ausdrücklich durch Gesetz vorgeschrieben. Ihre Unterlassung verstößt gegen das Gesetz macht daher die Entscheidung (Erlaubnis, Baugenehmigung usw.) rechtswidrig (a. A. *Shirvani* in *Simon/Busse* Rn. 64 zu Art. 65

BayBO). Der Fehler kann aber geheilt werden, indem die Mitwirkung nachgeholt wird, Art. 45 Abs. 1 Nr. 5 BayVwVfG (hierzu *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 45 Erl. 31 ff.). Die Aufhebung des rechtswidrigen Verwaltungsaktes im Rechtsbehelfsverfahren könnte zwar nicht allein deswegen verlangt werden, weil die Beteiligung von BayLfD oder Heimatpfleger unterblieben ist, sofern keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können. Gerade die Beteiligung des BayLfD ist aber in dem Sinne mitentscheidend und wesentlich, dass die fachliche Beurteilung eines Vorhabens durch die allein kompetente Fachbehörde aus denkmalpflegerischer Sicht in das Verfahren eingebracht werden kann und muss. Im Regelfall liegt deshalb die Vermutung nahe, dass die Untere Denkmalschutzbehörde bei Beachtung des Verfahrensrechts zu einer anderen Entscheidung in der Sache hätte kommen können (so hinsichtlich der Ermessensbetätigung VG Ansbach v. 23.11.2010, juris); dies hat zur Folge, dass Art. 46 BayVwVfG nicht angewendet werden kann und dass die Erlaubnis oder Baugenehmigung nach Maßgabe des Art. 48 VwVfG zurückgenommen werden kann. Die übergangene Stelle kann sich im Übrigen formlos an die vorgesetzte Behörde mit der Bitte um Überprüfung wenden.

b) Auswirkungen bei Abweichen von der Stellungnahme des BayLfD

Das Abweichen von der Stellungnahme des LfD muss im Bescheid kenntlich gemacht werden; das Unterlassen kann eine **Amtspflichtverletzung** der Erlaubnis- oder Genehmigungsbehörde bedeuten, BayObLG v. 6.12.1976, RReg 2 Z 138/75 -, BayVBI 77, 310 für den Fall der verzögerten Beteiligung des LfD (s. a. Art. 3 Erl. Nr. 9).

6. Einstellung und Beseitigung (Absatz 1 Satz 2)

Werden ohne entsprechende Erlaubnis erlaubnispflichtige Maßnahmen (Art. 6, 7 und 8 Abs. 2) oder Grabungen auf fremden Grundstücken ohne Zulassung nach Art. 7 Abs. 5 vorgenommen, so kann die Untere Denkmalschutzbehörde nach Art. 15 Abs. 1 Satz 2 BayDSchG mit Beteiligung des BayLfD die Befugnisnormen der Art. 75 und 76 BayBO entsprechend anwenden. Dies bedeutet:

a) Wird eine Maßnahme an einem Bau- oder Bodendenkmal (bei beweglichen Denkmälern bleiben Art. 7 LStVG und 11 PAG – s. Erl. zu Art. 4) ohne Erlaubnis begonnen oder durchgeführt oder wird von der erteilten Erlaubnis abgewichen, so kommt entsprechend **Art. 75 BayBO** (gegebenenfalls zunächst durch mündliche Verfügung) die **Einstellung einer nicht erlaubten Maßnahme** in Betracht. Dies gilt auch, wenn alle Maßnahmen materiell erlaubnisfähig sind und auch, wenn ein Eigentümer damit lediglich seiner gesetzlichen Erhaltungspflicht nachkommen wollte. Werden die Arbeiten unerlaubt fortgesetzt, so können die „Baustellen“ versiegelt und überwacht, die Geräte und Materialien in amtlichen Gewahrsam gebracht werden (Art. 75 Abs. 2 BayBO). Bei Fällen, in denen gerade die Denkmaleigenschaft umstritten ist, ist zur Vermeidung der Schaffung vollendeter Tatsachen auf die Möglichkeit der **präventiven Abrissuntersagung** nach Art. 15 Abs. 1 Satz 2 BayDSchG i. V. mit Art. 75 Abs. 1 BayBO zurückzugreifen, VG München v. 30.11.2017, DRD 2.5.3 BYVG. Schädigt oder gefährdet eine Maßnahme darüber hinaus ein Baudenkmal, so kommt zusätzlich eine Untersagung nach Art. 4 Abs. 4 BayDSchG (s. dort) in Betracht; bei „Denkmalverdacht“ ist Ermächtigungsgrundlage

für eine – auch vorbeugende – Untersagung Art. 15 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Art. 75 BayBO.

b) Kann nicht auf andere Weise, z. B. durch nachträgliche Erlaubniserteilung, ein rechtmäßiger Zustand hergestellt werden, so kann nach **Art. 76 BayBO** die teilweise oder vollständige **Beseitigung** der unerlaubt errichteten Anlagen angeordnet werden. Z. B. kann verlangt werden, dass ohne Genehmigung entfernte Fensterläden wieder angebracht werden (NdsOVG v. 25.7.1997, DRD 2.5.3 Nds), die in der Nähe von Baudenkmalern errichteten störenden Anlagen (etwa „Möblierungen“ einer Fußgängerzone, unpassende Straßenlampen, TV-Schüsseln) wieder beseitigt werden. Zu weiteren Einzelheiten ausführlich *Simon/Busse*, Erl. zu Art. 75 und 76 BayBO.

c) Ist eine Maßnahme nicht erlaubnis-, sondern baugenehmigungspflichtig, so sind Art. 75 und 76 BayBO unmittelbar anzuwenden. Zur Verpflichtung, einen Bauantrag zu stellen, vgl. *Simon/Busse*, BayBO, Erl. 403 zu Art. 76.

7. Wiederherstellungverlangen (Absatz 4)

a) Geltungsbereich und Praxis

Wird ein Denkmal beschädigt, kann die Untere Denkmalschutzbehörde verlangen, dass der ursprüngliche Zustand wieder hergestellt wird oder dass Bau- und Bodendenkmäler und eingetragene bewegliche Denkmäler auf andere Weise wieder instandgesetzt werden. Siehe auch *Martin*, Wiederherstellung von Denkmälern, online in DRD 5.2.5, *Davydov* in *Davydov et al.*, Erl. 3.1 zu § 27 DSchGNW. Das Gesetz stellt zusätzlich darauf ab, dass die Beschädigung widerrechtlich, d. h. ohne Erlaubnis (oder im Widerspruch zur Erlaubnis erfolgt ist. Ob dies vorsätzlich oder fahrlässig geschehen sein muss, gibt das Gesetz nicht an, unterstellt dies aber. Notwendig ist eine **Anordnung** der Unteren Denkmalschutzbehörde mit dem Ziel, den „ursprünglichen“ Zustand wieder herzustellen oder das Denkmal auf andere in der Anordnung vorgeschriebene Weise instand zu setzen. Die Untere Denkmalschutzbehörde kann im Vollzug der Anordnung die erforderlichen Arbeiten auf Kosten des Verpflichteten selbst durchführen oder durchführen lassen, wenn die denkmalgerechte Wiederherstellung sonst nicht gesichert erscheint (Ersatzvornahme).

Die Wiederherstellungspflicht des „**ursprünglichen**“ Zustandes kann nach der Beseitigung eines Bau- oder Bodendenkmals oder auch nach dem Untergehen der Denkmaleigenschaft infolge unsachgemäßer Behandlung nur bedeuten, dass nur teilweise zerstörte Denkmäler rekonstruiert werden müssen. Ist ein Denkmal nicht mehr existent, d. h. seine Denkmaleigenschaft bereits untergegangen, ist eine „Erhaltung“ im Sinne von Pflege, Instandhaltung und Instandsetzung zwar begrifflich nicht mehr möglich, ThürOVG v. 1. 9. 2010, DRD 2.5.3 TH. Die Rekonstruktion zerstörter Denkmäler gehört grundsätzlich nicht zur Denkmalpflege (a. A. die Gesetzgeber der anderen Bundesländer und u. a. *Oebbeke*, Denkmalrekonstruktion aus rechtlicher Sicht, DÖV 1989, 605; siehe auch ferner *Martin*, a.a.O.). Die durch Abs. 4 eingeführte Rekonstruktionsverpflichtung dient aber mittelbar der Erhaltung von Denkmälern. Beeinträchtigte Ensembles können durch (Teil-)Rekonstruktion des Fehlenden wiederhergestellt werden. Abs. 4 **alle Arten von Denkmälern**,

unabhängig davon, ob sie in die Denkmalliste eingetragen sind. Auf Zumutbarkeit kommt es bei der Anordnung nicht an; denn die Täter werden als Störer in Anspruch genommen. Abs. 4 wird bisher in der Praxis nicht in seiner vollen Tragweite erkannt und deshalb zu zögerlich eingesetzt. Ausführlich *Martin*, Verursacher, Veranlasser und Kostenfolgen im Denkmalrecht, DRD 5.2.5. Siehe auch ThürOVG v. 27. 6. 2001, DRD 2.5.3 TH.

Die **Denkmaleigenschaft** ist im Grundsatz unabhängig von Zustand, Überformungen oder Schäden einer Sache; siehe hierzu Erl. 2.6 zu Art.1 (Was ist Denkmal?). Die Instandsetzung nach Beschädigung oder teilweiser Zerstörung ist deshalb eine Maßnahme am noch bestehenden Denkmal. Davon zu unterscheiden ist die Wiederherstellung eines überhaupt nicht mehr existierenden „Denkmals“, dessen Denkmaleigenschaft eben untergegangen ist. Wiederhergestellt werden kann hier denknotwendig nicht der „frühere Zustand“, sondern nur ein Abbild, eine Kopie. In der „reinen Lehre“ vor allem der westdeutschen Denkmalpflege wird eine Rekonstruktion verlorener Denkmale weitgehend abgelehnt (Diskussionen zum Potsdamer und zum Berliner Schloss usw.). Der Gesetzgeber hat sich über die dogmatischen Zweifel aber hinweggesetzt. Ist ein Denkmal zerstört, kann es wegen des Untergangs seiner Denkmaleigenschaft (Bedeutungskriterien) zwar nicht mehr als Denkmal wiederhergestellt werden; der Schädiger darf durch diesen Umstand aber nicht entlastet werden. Statt der „Naturalrestitution“ muss er nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Gedanken ein Surrogat leisten.

b) Wiederherstellungsanordnung

Im Einzelfall wird die Verpflichtung durch einen Verwaltungsakt der Unteren Denkmalschutzbehörde konkretisiert, in dem genau anzugeben ist, in welcher Weise der angerichtete Schaden durch Rückführung auf einen „ursprünglichen Zustand“ „wieder herzustellen“ ist; vergleichbar ist der Fall des OVG RP v. 5. 6. 1985, NVwZ 1986, 236. Den Verantwortlichen trifft zumindest die Pflicht zum Ersatz der Kosten für die Wiedergutmachung, vgl. OVG Bln v. 2.11.1989, DRD 2.5.3 BB, und *Martin/Spennemann* in Eberl et al., Rn. 47 zu Art. 15 BayDSchG.

Rechtswidrigkeit, Verschulden: Art. 15 Abs. 4 will im öffentlichen Interesse verhindern, dass die Genehmigungspflicht unterlaufen und Strafen von vornherein in die Kosten eines Vorhabens einkalkuliert werden (OVG Bln, a.a.O.). Im Falle des Abs. 4 ergibt sich die Widerrechtlichkeit aus dem Verstoß gegen das BayDSchG bzw. die Grundsätze der Denkmalverträglichkeit. Auch der Eigentümer hat kein Recht zur Beschädigung seines eigenen Denkmals. Das Gesetz stellt im Fall der Beschädigung (oder Zerstörung) zwar nicht auf Verschulden ab (Vorsatz oder Fahrlässigkeit); deshalb kann Abs. 4 auch z. B. bei fahrlässiger Brandstiftung, aber auch beim Unterlassen des Bauunterhalts mit der Folge des Verfalls des Denkmals angewendet werden. Das Verschulden wird dann gesondert zu prüfen sein, wenn ein Denkmal nicht in die Denkmalliste eingetragen war. Nicht ausdrücklich verlangt wird ein **widerrechtliches Durchführen**, also ein Beginn ohne die Erlaubnis, Genehmigungen usw. oder das Abweichen von diesen Rechtsakten samt ihren Nebenbestimmungen (Frist, Bedingung, Auflage) auch nur in Detailfragen, wie z. B. dem Farbton. Gleichzustellen ist die **unsachgemäße** Ausführung (z. B. Pfusch bei der Restaurierung einer Sache).

Ziel: Als Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes kann verlangt werden, was unter Berücksichtigung der bauhistorischen Anforderungen und der Regeln des Handwerks erforderlich ist (OVG SH v. 25. 1. 2005, EzD 2.2.6.4 Nr. 36), z. B. dass Gegenstände wieder zurückgebracht werden (BayVGH v. 7. 9. 1987, DRD 2.5.3 BY), dass sie zunächst einer Behörde in Verwahrung gegeben werden, dass Übermalungen wieder beseitigt, Erdaushub wieder verfüllt, die Krone einer Wallanlage wieder aufgeforstet (NdsOVG v. 9. 4. 1987, in *Stich/Burhenne*, 756 52), Baulücken in einem Denkmalsbereich geschlossen, unsachgemäße Ausführungen und geschaffene Gefahren beseitigt werden. Zur Rückbauanordnung für Fenster VG Bln v. 9. 9. 2010, openJur. Zum Verschulden beim Teilabbruch eines Denkmals vgl. OVG Bln v. 2. 11. 1989, DRD 2.5.3 BB. Bestätigt für Rückbau von Holzfenstern und Korrektur des Farbanstrichs z. B. OVG Bbg v. 1. 2. 1996, DRD 2.5.3 BB, einschränkend ThürOVG v. 27. 6. 2001, DRD 2.5.3 TH. Zur Rückgängigmachung von Straßenbaumaßnahmen VG Frankfurt (Oder) v. 7. 8. 2012, juris. Zur Wiedererrichtung einer aus dem Jahr 1930 stammenden Kapelle samt Ausmalung LG Traunstein v. 2. 3. 1998, DRD 2.5.4.3. Die **Sicherung** der Reste eines Denkmals, z. B. nach Brand, kann als Vorstufe der Wiederherstellung verlangt werden; instruktiv HessVGH v. 17. 5. 1990, DRD 2.5.3 HE. Verlangt werden kann z. B. auch, dass ein durch einen Abbruch beeinträchtigtes Ensemble durch Errichtung eines angepassten Neubaus wieder auf bestmögliche Weise ergänzt wird. Zu einer Rückbauanordnung im Ensemble siehe VG Halle v. 9. 11. 1999, DRD 2.5.3 LSA.

Nach dem **Übermaßverbot** ist ein Verlangen rechtswidrig, wenn der erzeugte Zustand erlaubnisfähig ist (vgl. BayVGH v. 29.7.2013, DRD 2.5.3 BY; VG Augsburg v. 4.7.2013, DRD 2.5.3BYVG). In diesem Fall bleibt jedenfalls die Verfolgung der Ordnungswidrigkeit (VG Potsdam v.24. 5. 1995, 2K836/92 –, V. n. b.). Auf **Unzumutbarkeit** kann sich der Schädiger wegen des objektiven Unrechtsgehalts seiner Handlungen in aller Regel nicht berufen: Die Kosten muss er ohne Ausgleichsanspruch nach Art. 20 BayDSchG selber tragen (VG Köln v. 14.4.2010, juris, VG Potsdam, a. a. O.; *Martin*, a. a. O.), Zuschüsse und Steuererleichterungen werden kaum in Frage kommen, sofern nicht z. B. eine besonders aufwändige und qualitätvolle Restaurierung erreicht werden kann.

Adressaten sind der Maßnahmeträger, aber auch seine Beauftragten und die Ausführenden (Architekt, Baufirma, Baggerführer usw.) und andere Schädiger (entsprechend dem „Störer“ des Sicherheitsrechts, vgl. VG München v. 24. 6. 1986, EzD 7.9 Nr. 20). Mehrere Schädiger sind jeweils einzeln verantwortlich, so dass sich die Behörde wegen der Kosten an die ihr geeignet erscheinenden halten kann (BWVGH v. 25. 3. 2003, DRD 2.5.3 BW - Kirchberg); möglich ist auch eine Vorabentscheidung zur Klärung der Kostenfrage (so auch OVG Bln v. 2. 11. 1989, DRD 2.5.3 BB). Ggf. wird eine Duldungsanordnung gegen den Eigentümer erforderlich, wenn er nicht selbst der Schädiger ist.

Verfahren: Sachlich zuständig ist im Regelfall die Untere Denkmalschutzbehörde. Für das Verwaltungsverfahren gelten die Ausführungen zur Instandsetzungsanordnung entsprechend (s. Erl. zu Art.4). Die Anordnung macht eine Erlaubnis für das verlangte Tun entbehrlich. **Muster** Gliederung von Anordnungen und Muster für Anordnungen in DRD 3.5.1. Maßnahmen ohne Erlaubnis oder Genehmigung stellen **Ordnungswidrigkeiten** dar (s. Art. 23 DSchG).

8. Wiedergutmachung (Absatz 5)

Absatz 5 gewährt einen (ungewöhnlichen) **öffentlich-rechtlichen Schadenersatzanspruch**. Abs. 5 kann nach Abs. 4 nur bedeuten, dass auch gänzlich zerstörte Denkmäler rekonstruiert werden müssen; denn die Restaurierung und Teilergänzung beschädigter Denkmäler ist bereits in Abs. 4 geregelt. Die Bedenken gegen eine Wiederherstellung vollständig zerstörter Denkmäler als Sanktion (*Davydov, Davydov et al., DSchG NW, 5. Aufl. 2016, Erl. 2.4 zu § 27*) greifen angesichts des eindeutigen Wortlauts der Vorschrift („Wiedergutmachung des ... Schadens bis zu dessen vollem Umfang“) nicht. Auch das BVerwG v. 12.12.2013, DRD 2.5.2, weist die (für den § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB verneinte) Sanktionswirkung bis hin zur Wiedergutmachung dem Denkmalrecht zu. Zwar gehört die Rekonstruktion zerstörter Denkmäler grundsätzlich nicht zur Denkmalpflege; die durch Abs.3 begründete Rekonstruktionsverpflichtung dient aber mittelbar der Erhaltung von Denkmälern.

Im Einzelfall wird die bereits kraft Gesetzes bestehende Verpflichtung entweder durch **Geldendmachung des Ersatzanspruchs** durch den Geschädigten (der Rechtsweg kann zweifelhaft sein) oder durch einen **Verwaltungsakt** der Unteren Denkmalschutzbehörde konkretisiert, in dem genau anzugeben ist, in welcher Weise der angerichtete Schaden „wiedergutzumachen“ ist; vergleichbar ist der Fall des OVG RP 5.6.1985, NVwZ 1986, 236. Voraussetzung ist ein rechtswidriges vorsätzliches oder grobfahrlässiges Handeln. Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Handelnde die ihm obliegende Sorgfaltspflicht in besonderem Maße missachtet; zum Verschulden beim Teilabbruch eines Denkmals vgl. OVG Berlin v. 2.11.1989, DRD 2.5.3 BB. Eine Erlaubnis ist nach einer Anordnung entbehrlich. Den Verantwortlichen trifft zumindest die Pflicht zum Ersatz der Kosten für die Wiedergutmachung, vgl. OVG Berlin, a. a. O..

9. Aussetzung der Entscheidung (Absatz 6)

a) Absatz 5 basiert auf den gleichen Überlegungen wie die Bestimmungen über die Zurückstellung von Baugesuchen oder über die Veränderungssperre nach dem BauGB; ermöglicht werden soll ein zeitlicher Aufschub zur Optimierung der Grundlagen für die Entscheidung. Er gilt für alle Fälle des denkmalrechtlichen Erlaubnisverfahrens wie auch für die Fälle, in denen statt dessen ein Baugenehmigungs- oder ein baurechtliches Zustimmungsverfahren stattfindet.

b) Zuständige Behörde ist bei Anträgen auf Erlaubnis die Untere DSchBehörde (Art. 11 Abs. 1, 4), bei Anträgen auf Baugenehmigung die Untere Bauaufsichtsbehörde (Art. 53 BayBO) und bei Anträgen auf Erteilung einer baurechtlichen Zustimmung die Regierung (Art. 73 BayBO). Eine Möglichkeit zur Verlängerung der Frist ist, anders als im BauGB für die Veränderungssperre, nicht vorgesehen. Die Aussetzung des Verfahrens über einen begrenzten Zeitraum ist Ausdruck der Sozialbindung des Eigentums, so dass keine Ausgleichspflicht entsteht.

c) Voraussetzung für die Aussetzung der Entscheidung über einen Antrag ist stets, dass die Aussetzung der Entscheidung zur **Klärung der Belange** des Denkmalschutzes, insbesondere für Untersuchungen des Baudenkmals und seiner Umgebung, notwendig ist, d. h. dass die zu treffende Entscheidung von einer

(weiteren) Klärung der Belange abhängt (nicht jedoch zum Zwecke der Behandlung einer Petition; zu weitgehend aber VG München v. 28.7.2014, DRD 2.5.3 BYVG, das auch die Befassung des Landesdenkmalrats nicht als ausreichenden Grund für eine Aussetzung ansieht und damit die Beratungsfunktion des Landesdenkmalrats auch in Einzelfällen übersieht). Dies kann vor allem bei beabsichtigten Veränderungen innerhalb eines Ensembles der Fall sein, weil Untersuchungen über die künftige Bebauung oder Nutzung eines größeren Gebietes, an denen häufig verschiedene Stellen mit verschiedenen Interessen beteiligt sind, kaum innerhalb der normalerweise für die Entscheidung über einen Antrag zur Verfügung stehenden Zeit angestellt und zum Abschluss gebracht werden können. Anzuwenden ist Abs. 5 z. B. auch dann, wenn Klarheit darüber besteht, dass das Baudenkmal, für das ein Antrag vorliegt, sinnvoll nur zusammen mit benachbarten Gebäuden erhalten werden sollte, über deren Bauzustand oder geschichtliche Bedeutung keine ausreichenden Untersuchungen vorliegen. Dort wo keine (auf den neuesten Stand gebrachten) wissenschaftlichen Inventare des BayLfD vorliegen, kann es immer wieder erforderlich sein, eine Entscheidung auszusetzen, um dem BayLfD genügend Zeit zu geben, (unverzüglich) die erforderlichen Untersuchungen über die von dem Antrag betroffenen Baudenkmäler anzustellen. Auch die Frage der sinnvollen Verwendung und Nutzung eines Baudenkmals kann die Aussetzung einer Entscheidung nach Abs. 5 rechtfertigen, insbesondere wenn die Überprüfung der vom Antragsteller vorgebrachten wirtschaftlichen Unzumutbarkeit der Erhaltung im Raum steht (siehe auch WFKMS v. 14.1.2009, DRD 3.3.2).

d) Unabhängig von Art. 15 Abs. 5 BayDSchG besteht die Möglichkeit, vor Erteilung einer Erlaubnis oder Genehmigung weitere Unterlagen (vgl. hierzu auch Gemeinsame Bekanntmachung Nr. 14.2, DRD 5.2.5, auch im Anhang) für die Beurteilung eines Vorhabens zu verlangen. Rechtsgrundlage hierfür sind Art. 16 Abs. 2 DSchG und Art. 65 Abs. 2 BayBO, wonach die Bauvorlagen zur Vervollständigung sogar zurückgegeben werden können. Als geringeres Mittel kommt statt der Rückgabe der Antragsunterlagen u. U. eine formlose Aussetzung des Verfahrens in Betracht, sofern nicht schließlich eine förmliche Aussetzung nach Art. 15 Abs. 5 erforderlich wird.

e) Eine förmliche Aussetzung des Verfahrens zur Klärung der **kirchlichen Belange** nach Art. 26 Abs. 2 ist nicht vorgesehen. Solange diese Belange nicht abschließend feststehen, ist eine Entscheidung über den gestellten Antrag nicht möglich, so dass es in diesem Zeitpunkt der Aussetzung nach Abs. 5 nicht bedarf. Eine Aussetzung kann aber in Frage kommen, wenn die zu Recht festgestellten kirchlichen Belange eine Klärung der Belange des Denkmalschutzes erforderlich machen.