

# KommP

# KommunalPraxis Bayern

FACHZEITSCHRIFT FÜR VERWALTUNG, ORGANISATION UND RECHT

## HERAUSGEBER

Dr. Winfried Brechmann  
Harald Welsch

## BEIRAT

Dr. Hermann Büchner  
Eleonore Cröniger  
Dr. Udo Dirnaichner  
Dr. Andreas Gaß  
Peter Latz  
Anton Stadlöder  
Dr. Cornelius Thum  
Dr. Jörg Vogel

## AUS DEM INHALT:

### FACHBEITRÄGE

Untersagungsanordnungen gegenüber Betreibern von Facebook-Fanpages – zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 11.09.2019

Wiederherstellung und Rekonstruktion im Denkmalschutzrecht – Eine Anmerkung zu VG München, Urt. v. 15.07.2019 (Az. M 8 K 18.1841)

Die Verkehrssicherungspflicht der Gemeinden für ihre Bäder – Inhalt und Folgen von Verstößen

### AKTUELLE INFORMATIONEN

Auswirkungen der Corona-Pandemie auf das öffentliche Baurecht  
DigitalPakt Schule 2019 bis 2024

Vereinbarkeit der Schutzgüter Denkmalschutz und Klimaschutz

### RECHTSPRECHUNG (AUSWAHL)

Integration und Identitätstäuschung – BayVGH, Beschl. v. 15.10.2019

Erneut: Schulbegleitung und Eingliederungshilfe – BSG, Urt. v. 18.07.2019

Heft 5 | 2020

42. Jahrgang

KommP BY

ISSN 0171-7510 · B 1392

Art.-Nr. 69390005

# 5

Carl Link Kommunalverlag

(Art. 56 Abs. 3 DSGVO) bzw. warum ein solches Vorgehen gegen Facebook Ireland durch die irischen Behörden offensichtlich aussichtslos ist.

Bis dahin gilt nach wie vor,<sup>24</sup> dass auf der Fanpage an leicht zugänglicher Stelle wie bisher im Rahmen der Datenschutzerklärung<sup>25</sup> einer Internetseite an geeigneter Stelle auf die Datenverarbeitung durch Facebook (mit Hinweis auf die Facebook-Datenschutzerklärung samt Insights-Ergänzung) hinzuweisen sowie dort ein Verantwortlicher bzw. der Datenschutzbeauftragte zu benennen ist und die Unterhaltung einer Fanpage in das Verarbeitungsverzeichnis (Art. 30 DSGVO) aufgenommen werden sollte. Darüber hinaus sollten die Betreiber sich vergewissern, ob sie eine Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung identifizieren können, wobei für öffentliche Stellen regelmäßig Zwecke der Öffentlichkeitsarbeit (auch für eine nicht individualisierte Reichweitenmessung) eine legitime Aufgabenzuweisung i.S.d. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. e) DSGVO darstellen dürften, zumal viele Bürgerinnen und Bürger eine entsprechende Präsenz in sozialen Netzwerken wohl mittlerweile auch erwarten.<sup>26</sup> Auch sollten die Betreiber angesichts der nach wie vor fortbestehenden Rechtsunsicherheiten darauf achten, die eigene Fanpage nicht aggressiv – insbesondere auch außerhalb der Plattform Facebook – zu bewerben oder als exklusives Informationsangebot aufzubauen.<sup>27</sup>

- 1 Der Beitrag knüpft an die Besprechung des Urteils des Europäischen Gerichtshofs v. 05.06.2018 (Rs. C-210/16) in dieser Zeitschrift an (*Jung/Will*, Die Facebook-Fanpage-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs – eine kritische Bestandsaufnahme zu den Auswirkungen für Fanpage-Betreiber im öffentlichen Bereich, KommP BY 2019, 7 ff.) und gibt ausschließlich die persönliche Auffassung des Autors wieder.
- 2 Ausführlich zu den Inhalten der Fanpage *Jung/Will*, KommP BY 2019, 7 f.
- 3 Hierzu *Martini/Fritzschke*, Mitverantwortung in sozialen Netzwerken, NVwZ-Extra 2015, 1 (3).
- 4 VG Schleswig, Urt. v. 09.10.2013 – 8 A 14/12, ZD 2014, 51.
- 5 OVG Schleswig-Holstein, Urt. v. 04.09.2014 – 4 LB 20/13, BeckRS 2014, 55993.

- 6 Eingehend hierzu *Jung/Will*, KommP BY 2019, 7 (8).
- 7 Ausführlich zum Inhalt der Entscheidung siehe *Jung/Will*, KommP BY 2019, 7 (9 ff.).
- 8 EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – Rs. C-40/17 (Fashion ID GmbH & Co. KG/Verbraucherzentrale NRW e.V.), Rn. 64 ff.
- 9 BVerwG, Urt. v. 11.09.2019 – 6 C 15.18, Rn. 23.
- 10 Eingehend hierzu *Jung/Will*, KommP BY 2019, 7 (10 ff.).
- 11 EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – Rs. C-40/17 (Fashion ID GmbH & Co. KG/Verbraucherzentrale NRW e.V.), Rn. 74 ff.
- 12 Siehe EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – Rs. C-40/17 (Fashion ID GmbH & Co. KG/Verbraucherzentrale NRW e.V.).
- 13 § 38 Abs. 5 BDSG a.F. steuert gerade nicht selbst die Auswahl zwischen verschiedenen nach dem materiellen Recht Pflichtigen (vgl. BVerwG, Urt. v. 11.09.2019 – 6 C 15.18, Rn. 19).
- 14 BVerwG, Urt. v. 11.09.2019 – 6 C 15.18, Rn. 31.
- 15 BVerwG, Urt. v. 11.09.2019 – 6 C 15.18, Rn. 31.
- 16 BVerwG, Urt. v. 11.09.2019 – 6 C 15.18, Rn. 31.
- 17 BVerwG, Urt. v. 11.09.2019 – 6 C 15.18, Rn. 31.
- 18 BVerwG, Urt. v. 11.09.2019 – 6 C 15.18, Rn. 32.
- 19 BVerwG, Urt. v. 11.09.2019 – 6 C 15.18, Rn. 33.
- 20 Zum notwendigen Abschluss einer gemeinsamen Vereinbarung nach Art. 26 Abs. 1 Satz 2 DSGVO und der »Seiten-Insights-Ergänzung bezüglich des Verantwortlichen« für die Nutzung der Fanpages siehe eingehend bereits *Jung/Will*, KommP BY 2019, 7 (12).
- 21 Siehe [www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/wp-content/uploads/2020/02/Wesentliche-Anforderungen-an-die-behoerdliche-Nutzung-Sozialer-Netzwerke.pdf](http://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/wp-content/uploads/2020/02/Wesentliche-Anforderungen-an-die-behoerdliche-Nutzung-Sozialer-Netzwerke.pdf) (aufgerufen am 02.04.2020).
- 22 Siehe [www.datenschutz.de/handlungsrahmen-fuer-die-nutzung-von-social-media-durch-oeffentliche-stellen/](http://www.datenschutz.de/handlungsrahmen-fuer-die-nutzung-von-social-media-durch-oeffentliche-stellen/) (aufgerufen am 02.04.2020).
- 23 Vertiefend zum Modell der Zuständigkeitskonzentration und Zusammenarbeit *Caspar*, Das aufsichtsbehördliche Verfahren nach der EU-Datenschutz-Grundverordnung – Defizite und Alternativregelungen, ZD 2012, 555 ff.
- 24 Siehe *Jung/Will*, KommP BY 2019, 7 (13).
- 25 Vgl. etwa die Rubrik »Drittanbieter, Soziale Medien und Opt-In-Verfahren« in der verlinkten Datenschutzerklärung der Fansite »Unser Bayern« der bayerischen Staatsregierung, [https://de-de.facebook.com/pg/bayern/about/?ref=page\\_internal](https://de-de.facebook.com/pg/bayern/about/?ref=page_internal) (aufgerufen am 02.04.2020).
- 26 Zurückhaltender aber der LfDI Rheinland-Pfalz hinsichtlich der Weitergabe der Daten an Facebook für Werbezwecke in seinem Handlungsrahmen, vgl. [www.datenschutz.de/handlungsrahmen-fuer-die-nutzung-von-social-media-durch-oeffentliche-stellen/](http://www.datenschutz.de/handlungsrahmen-fuer-die-nutzung-von-social-media-durch-oeffentliche-stellen/) (aufgerufen am 02.04.2020).
- 27 Ähnlich bereits 2013 die Empfehlung des Bayerischen Landesbeauftragten für den Datenschutz in der Orientierungshilfe »Social Plugins auf Webseiten bayerischer öffentlicher Stellen (einschließlich Stellen nach Art. 2 Abs. 2 BayDSG)« (derzeit nicht mehr öffentlich zugänglich).

<Ar. 261.2005-00002>



# Wiederherstellung und Rekonstruktion im Denkmalschutzrecht

## Eine Anmerkung zu VG München, Urt. v. 15.07.2019 – Az. M 8 K 18.1841

von Regierungsrat Christof Gregor, Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration, München<sup>1</sup>

Selten erlangte ein so unscheinbares Denkmal derart große mediale Beachtung wie das zerstörte »Uhrmacherhäusl« in München-Giesing.<sup>2</sup> Das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts München (VG München) zur diesbezüglich ergangenen Wiederherstellungsverfügung wirft interessante Rechtsfragen aus dem Bereich des Denkmalschutzrechts auf. Der vorliegende Beitrag widmet sich daher den

denkmalschutzrechtlichen Vorschriften zu Wiederherstellung und Rekonstruktion von zerstörten oder sonst beeinträchtigten Denkmälern. Dabei sollen über die konkrete gerichtliche Entscheidung hinaus eine systematische Analyse der Rechtsnormen erfolgen und die entsprechenden praktischen Konsequenzen für den Rechtsanwender aufgezeigt werden.

## I. Einführung: Der Fall des »Uhrmacherhäusls«<sup>3</sup>

Das sogenannte »Uhrmacherhäusl« ist (noch heute) als Einzelbaudenkmal und Bestandteil eines Ensembles in München-Giesing in die Denkmalliste eingetragen. Ohne Erlaubnis oder Genehmigung wurde das Gebäude durch eine Baufirma nahezu vollständig zerstört. Die Untere Denkmalschutzbehörde verfügte nach Anhörung des Geschäftsführers der Baufirma und des Eigentümers lediglich gegen Letzteren eine Wiederherstellungsverfügung gem. Art. 15 Abs. 4 des Bayerischen Denkmalschutzgesetzes (BayDSchG). Mit dieser wurde der Eigentümer insbesondere verpflichtet, das nahezu vollständig beseitigte Einzelbaudenkmal auf dem streitgegenständlichen Grundstück als Teil des Ensembles in genau festgelegten Ausmaßen wiederherzustellen.

Das VG München hob diesen Bescheid auf Klage des Eigentümers auf. Zum einen seien gewichtige Gründe des Denkmalschutzes für die Wiederherstellung des Gebäudes als Ensemblebestandteil in den bisherigen Ausmaßen nicht hinreichend dargelegt worden. Zum anderen sei bei der Störerauswahl der Umstand der Beschädigung des Gebäudes durch die Baufirma (und nicht durch den Eigentümer) außer Betracht geblieben. Insbesondere dürfte dem den Abriss ausführenden Geschäftsführer der Baufirma bei der Inanspruchnahme als Störer insoweit schon der Vorzug zu geben sein, als dieser auf der Rechtsgrundlage des Art. 15 Abs. 5 BayDSchG herangezogen werden könne.<sup>4</sup> Die Beklagte hat einen Antrag auf Zulassung der Berufung beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (BayVGH) gestellt, über den noch nicht entschieden worden ist.<sup>5</sup>

## II. Wiederherstellung und Wiedergutmachung im BayDSchG

Dass das BayDSchG mit seinem Art. 15 Abs. 4 und 5 gleich zwei Befugnisnormen zur Rückgängigmachung bzw. Kompensation einer Beeinträchtigung, sogar Zerstörung eines Denkmals vorsieht, ist aus denkmalfachlicher Sicht keineswegs selbstverständlich. In der deutschen und teilweise internationalen Denkmalpflege gibt es eine starke Strömung, die jedenfalls bei vollständig zerstörten Denkmälern Rekonstruktionen<sup>6</sup> ablehnt.<sup>7</sup> Auch die denkmalschutzrechtliche Rechtsprechung steht derartigen Wiederherstellungen grundsätzlich kritisch gegenüber.<sup>8</sup> Nichtsdestotrotz ermöglichen alle Landesdenkmalschutzgesetze<sup>9</sup> grundsätzlich eine Inanspruchnahme eines Störers mit dem Ziel der Wiederherstellung eines ursprünglichen,<sup>10</sup> früheren,<sup>11</sup> bisherigen,<sup>12</sup> vorherigen<sup>13</sup> oder alten<sup>14</sup> Zustands oder des »Zerstörten«.<sup>15</sup>

### 1. Art. 15 Abs. 4 und 5 BayDSchG

Der bayerische Gesetzgeber hat sich für die Möglichkeit einer Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands sowie einer Wiedergutmachung des Schadens entschieden:

Werden erlaubnisbedürftige Handlungen nach dem BayDSchG ohne die erforderliche Erlaubnis, Baugenehmigung oder abgrabungsaufsichtliche Genehmigung durchgeführt, so kann die Untere Denkmalschutzbehörde gem. Art. 15 Abs. 4 BayDSchG<sup>16</sup> 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.

Art. 15 Abs. 5 BayDSchG<sup>17</sup> legt fest, dass derjenige, der widerrechtlich die in Abs. 4 genannten Denkmäler vorsätzlich oder grob fahrlässig zerstört oder beschädigt, unabhängig von der Verhängung einer Geldbuße (Art. 23 Abs. 1 BayDSchG) zur Wiedergutmachung des von ihm angerichteten Schadens bis zu dessen vollem Umfang verpflichtet ist.

Die Normen stellen keine schadensersatzrechtlichen, sondern spezifisch öffentlich-rechtliche Vorschriften mit ordnungsrechtlichem Gehalt dar, denen Sanktionscharakter zukommt.<sup>18</sup>

## 2. Gemeinsamkeiten und Unterschiede in der Auslegung der Normen

### a) Tathandlung, Störer und Verschulden

Gemeinsam ist den Normen zunächst, dass Schutzgegenstand Baudenkmäler (Art. 1 Abs. 2 BayDSchG), Bodendenkmäler (Art. 1 Abs. 4 BayDSchG) sowie eingetragene bewegliche Denkmäler (vgl. Art. 2 Abs. 2, Art. 10 BayDSchG)<sup>19</sup> sind.

Tathandlung ist im Falle des Art. 15 Abs. 4 BayDSchG jede formell illegale Handlung, mithin alle Handlungen,<sup>20</sup> die ohne erforderliche Erlaubnis/Genehmigung erfolgen bzw. im Falle der Erteilung den gestattenden Rahmen verlassen.<sup>21</sup> Weil insbesondere der Begriff der Veränderung i.S.d. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 BayDSchG weit auszulegen ist, sind im Wesentlichen lediglich Instandhaltungsarbeiten und reine Nutzungsänderungen nicht erlaubnispflichtig.<sup>22</sup> Aufgrund des eindeutigen Wortlauts findet die materielle Legalität dagegen nur im Rahmen der Ermessensausübung Berücksichtigung.<sup>23</sup>

Demgegenüber erfordert Art. 15 Abs. 5 BayDSchG zumindest eine Beschädigung oder Zerstörung des Denkmals.<sup>24</sup> Die Norm ist somit stärker auf Substanzeingriffe ausgerichtet und findet etwa keine Anwendung bei der Verbringung eines geschützten Ausstattungstücks an einen anderen Ort (vgl. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BayDSchG). Dagegen erfasst die Widerrechtlichkeit der Handlungen neben der formellen Illegalität tatbestandlich auch die materielle (denkmalschutzrechtliche) Illegalität,<sup>25</sup> mithin die Fragen nach der Erlaubnisfähigkeit der Schädigung (vgl. z.B. Art. 6 Abs. 2 Satz 2 BayDSchG) bzw. Verstöße gegen denkmalschutzrechtliche Grundsätze im Übrigen.<sup>26</sup>

Der öffentlich-rechtlich Verantwortliche ist im Fall des Art. 15 Abs. 4 BayDSchG vornehmlich der Handlungs- bzw. Verhaltensstörer (vgl. Art. 9 Abs. 1 des Landesstraf- und Verordnungsgesetzes – LStVG), also insbesondere der Bauherr, seine Beauftragten,<sup>27</sup> aber auch sonstige handelnde Dritte.<sup>28</sup> Art. 15 Abs. 4 BayDSchG statuiert insofern eine verschuldensunabhängige Verpflichtung des Störers.<sup>29</sup> Daneben ist umstritten, ob Zustands- und Nichtstörer als Adressaten einer Verfügung nach Art. 15 Abs. 4 BayDSchG in Betracht kommen. Aufgrund des Wortlauts (keine Aussage zum Adressaten) und systematischen Vergleichs zu Art. 15 Abs. 5 BayDSchG (»Wer ... beschädigt ... ist ... verpflichtet.«) erscheint eine Inanspruchnahme nicht ausgeschlossen.<sup>30</sup> Jedenfalls können die entsprechenden Maßnahmen gegen den Inhaber der tatsächlichen Gewalt auch auf Art. 4 Abs. 2 Satz 1 BayDSchG gestützt werden, sodass kein Unterschied in der praktischen Anwendung der Rechtsgrundlagen besteht.<sup>31</sup>

Adressat der Verfügung nach Art. 15 Abs. 5 BayDSchG ist demgegenüber der den Schaden unmittelbar schuldhaft (vor-

sätzlich oder grob fahrlässig<sup>32</sup> verursachende Handlungsstö-  
rer.<sup>33</sup> Eine Inanspruchnahme als Zustands- oder Nichtstörer  
kommt hier aufgrund der noch stärkeren Anknüpfung an ein  
zu missbilligendes Verhalten nicht in Betracht.

#### b) Inhaltliche Reichweite der Normen

Erheblich unterscheidet sich vor allem aber die inhaltliche  
Reichweite der jeweiligen denkmalschutzrechtlichen Verfü-  
gung.

##### aa) Art. 15 Abs. 4 BayDSchG

Bei Art. 15 Abs. 4 BayDSchG bildet die Instandsetzung den  
Oberbegriff (»auf andere Weise«) für alle Maßnahmen, die  
dem Erhalt des unzulässigerweise beeinträchtigten Denkmals  
in möglichst unveränderter Form dienen. Der Unterfall der  
Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands zielt dabei  
stärker auf die Rück- und Zusammenführung der historischen  
Bausubstanz ab.

Die Maßnahme muss allerdings tatsächlich möglich sein.<sup>34</sup>  
Unmöglichkeit in diesem Sinne liegt vor, wenn die Verände-  
rungen des Denkmals qualitativ so schwerwiegen, dass die ver-  
bliebene historische Substanz ihre Funktion, Aussagen über  
Umstände und Vorgänge vergangener Zeit zu dokumentieren,  
nicht mehr erfüllen kann, wenn also die Bedeutungsschwellen  
des Art. 1 Abs. 1 BayDSchG nicht mehr erreicht wird.<sup>35</sup>

Zutreffend führt das VG München insoweit aus, dass, wenn  
ein Denkmal nicht mehr existent ist, seine Denkmaleigen-  
schaft also bereits untergegangen ist, eine »Erhaltung« im Sin-  
ne von Pflege, Instandhaltung und Instandsetzung begrifflich  
nicht mehr möglich ist.<sup>36</sup> Eine Rekonstruktion im Sinne eines  
Wiederaufbaus einer bloßen Kopie oder Replik ist daher von  
Art. 15 Abs. 4 BayDSchG nicht umfasst.<sup>37</sup>

##### bb) Art. 15 Abs. 5 BayDSchG

Mit dem VG München ist demgegenüber davon auszuge-  
hen, dass auf Grund von Art. 15 Abs. 5 BayDSchG unter  
anderem<sup>38</sup> eine vollständige Rekonstruktion verlangt werden  
kann.<sup>39</sup> Neben dem Wortlaut (Schadenswiedergutmachung  
bis zum vollen Umfang) und dem systematischen Vergleich  
zu Art. 15 Abs. 4 BayDSchG (keine Einschränkung auf das  
tatsächlich Mögliche) spricht hierfür Sinn und Zweck der Re-  
gelung, Denkmäler effektiv zu schützen und zu pflegen (vgl.  
Art. 141 Abs. 2 der Bayerischen Verfassung – BV). Aufgabe des  
Denkmalschutzes ist es, Denkmäler als Quellen und Zeugnisse  
menschlicher Geschichte zu schützen und zu erhalten sowie  
darauf hinzuwirken, dass sie insbesondere in die städtebauliche  
Entwicklung einbezogen werden.<sup>40</sup> Der Schädiger, der diesen  
Zielen zuwider agiert, soll keine Vorteile aus seinem Handeln  
erlangen, sondern zur Kompensation des Verlustes des Denk-  
mals herangezogen werden, auch um Nachahmer abzuschre-  
cken.<sup>41</sup> Ein vergleichbarer Neubau in zeitgemäßer Formensprache<sup>42</sup>  
erfüllt diese Anforderungen aufgrund der in der Regel –  
insbesondere im Falle eintretender Wertsteigerungen für den  
Störer – nicht.<sup>43</sup> Auch wenn eine zu errichtende Gesamtre-  
konstruktion insoweit (zunächst) keine schützenswerte Sache  
aus vergangener Zeit nach Art. 1 Abs. 1 BayDSchG darstellt,  
trägt sie doch durch ihre Existenz dem vormaligen Zeugnis  
menschlicher Geschichte Rechnung. Für den Einzelnen und

die Allgemeinheit kann sie dem Grundbedürfnis nach Erinne-  
rung an die Vergangenheit dienen.<sup>44</sup>

Um sowohl den Einzelnen als auch die Allgemeinheit von  
Tathandlungen i.S.d. Art. 15 Abs. 5 BayDSchG abzuhalten,  
muss der rekonstruierten Sache als »Surrogat«<sup>45</sup> in der Folge  
die Denkmaleigenschaft zugesprochen werden – auch ohne  
Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 1 Abs. 1 BayDSchG.<sup>46</sup>  
Der Verwaltungsakt gem. Art. 15 Abs. 5 BayDSchG begründet  
daher konstitutiv die Denkmaleigenschaft, was als (notwendige)  
Durchbrechung des deklaratorischen Systems des BayDSchG  
angesehen werden kann. Andernfalls ließe sich in den meisten  
Fällen nicht verhindern, dass der Schädiger eine Rekonstruk-  
tion (finanziell) in Kauf nimmt, sodann unverzüglich erneut  
– in der Regel ohne denkmalschutzrechtliche Erlaubnis – die  
Sache beseitigt und schließlich ein etwaig bestehendes höheres  
Baurecht ausnutzt. Ein solches Verhalten wäre jedoch mit der  
Zielsetzung des Denkmalschutzrechts unvereinbar. Mit Erfül-  
lung der auf Art. 15 Abs. 5 BayDSchG gestützten Rekon-  
struktionsverpflichtung kommt der geschaffenen Sache damit  
Denkmalschutz zu.<sup>47</sup> Diese Bindung an das BayDSchG ist Teil  
der zu leistenden Wiedergutmachung. Ein Verzicht auf eine  
Löschung des bisherigen Denkmaleintrags<sup>48</sup> oder ein (deklaratorischer)  
Denkmalisteneintrag erscheint zudem sinnvoll.<sup>49</sup>

##### c) Ermessensausübung, vor allem Störerauswahl und Verhältnis- mäßigkeitprüfung

Beide Rechtsnormen sehen eine Ermessensentscheidung vor,  
die von der Unteren Denkmalschutzbehörde (Art. 11 Abs. 1,  
Abs. 5 BayDSchG) getroffen wird.<sup>50</sup>

Das Entschließungsermessen ist in beiden Fällen aufgrund  
der Bedeutung des Denkmalschutzes als Gemeinwohlbelang  
von hohem Rang<sup>51</sup> intendiert. In der Regel wird die Behörde  
verpflichtet sein, zu handeln, da bei (Bau-)Denkmälern grund-  
sätzlich ein Erhaltungsinteresse anzuerkennen ist und damit  
gewichtige Gründe für die Beibehaltung des bisherigen Zu-  
standes indiziert sind.<sup>52</sup>

Die Auswahl eines von mehreren Störern erfordert dem-  
gegenüber einen höheren Begründungsaufwand (vgl. Art. 39  
Abs. 1 Satz 3 des Bayerischen Verwaltungsverfahrensgesetzes  
– BayVwVfG). Dass mehrere Störer auch nebeneinander ver-  
antwortlich sein können (Gesamtschuldnerschaft nach § 421  
des Bürgerlichen Gesetzbuches – BGB), belegt bereits Art. 9  
Abs. 1 Satz 4 LStVG.<sup>53</sup> Die Auswahlentscheidung muss dabei  
einerseits von richtigen tatsächlichen und rechtlichen Grundla-  
gen ausgehen und andererseits das Ermessen zweckmäßig ent-  
sprechend Art. 40 BayVwVfG ausüben.<sup>54</sup> Das VG München  
führt insoweit zu Art. 15 Abs. 4 BayDSchG zutreffend aus,  
dass die effektive Gefahrenabwehr die Störerauswahl leitet und  
sich die Behörde im Hinblick auf Verursacher- und Verhältnis-  
mäßigkeitprinzip nicht von vornherein auf einen Pflichtigen  
beschränken darf. Genau dies hat die Beklagte jedoch bezogen  
auf den Eigentümer des »Uhrmacherhäusls« unzulässigerweise  
getan, obwohl mit dem Geschäftsführer jedenfalls ein (Hand-  
lungs-)Störer verantwortlich ist.<sup>55</sup>

Schließlich setzt eine ordnungsgemäße Ermessenserwägung  
eine Auswahl eines verhältnismäßigen Mittels voraus. Neben  
einer gegebenenfalls an dieser Stelle zu prüfenden denkmal-  
rechtlichen Erlaubnisfähigkeit der Beeinträchtigung<sup>56</sup> hat die  
Maßnahme auch im Übrigen geeignet, erforderlich und an-





gemessen zu sein. Insbesondere ist zu prüfen, ob eine weitgehende (kategorienadäquate)<sup>57</sup> Wiederherstellung oder sogar eine Gesamtrekonstruktion unter Berücksichtigung des Leitgedankens des Art. 141 Abs. 2 BV<sup>58</sup> zum effektiven Schutz des kulturellen Erbes erforderlich ist.<sup>59</sup> Unverhältnismäßig wäre es, den Begriff des ursprünglichen Zustands so zu verstehen, dass auch sogenannte Bausünden zu wiederholen sind. Die Verfügung muss vielmehr den heutigen Standard der Denkmalverträglichkeit berücksichtigen.<sup>60</sup>

Auch die Belange des Adressaten sind in die Abwägungsentscheidung einzustellen. Hierbei kann sich ein Verhaltensstörer wegen des objektiven Unrechtsgehalts seiner Handlung jedoch nicht oder nur eingeschränkt auf eine (wirtschaftliche) Unzumutbarkeit der geforderten Maßnahmen berufen.<sup>61</sup>

#### d) Sonderfall: Ensemble

Nicht nur ein Einzelbaudenkmal kann beeinträchtigt, beschädigt oder zerstört werden, sondern auch ein Ensemble nach Art. 1 Abs. 3 BayDSchG.<sup>62</sup> Dieses ist nach ständiger Rechtsprechung wie ein Einzelbaudenkmal zu behandeln, auch wenn der Fokus stärker auf dem Erscheinungsbild liegt.<sup>63</sup> Eine allein auf Grundlage von Art. 15 Abs. 5 BayDSchG mögliche Rekonstruktion eines vollständig zerstörten Ensembles wird dabei die Ausnahme bilden. Praxisrelevant sind v.a. formell illegale Handlungen nach Art. 6 Abs. 1 Satz 3 BayDSchG. Dabei kommt grundsätzlich – die Tatbestandsmäßigkeit im Übrigen vorausgesetzt – eine Wiederherstellung des ursprünglichen Erscheinungsbildes des Ensembles nach Art. 15 Abs. 4 und Abs. 5 BayDSchG in Betracht. Konkret ist sodann jedoch zu prüfen, welche Maßnahme erforderlich ist, um die Beeinträchtigung des Erscheinungsbildes rückgängig zu machen.

Wie das VG München in seiner Entscheidung zum »Uhrmacherhäusl« richtigerweise ausführt, kommt insoweit auch im Rahmen von Art. 15 Abs. 4 BayDSchG die Rekonstruktion eines Einzelbaudenkmals als geeignetes Mittel in Frage.<sup>64</sup> Diesbezüglich ist jedoch zu beachten, dass es sich um eine Maßnahme zur Wiederherstellung des beeinträchtigten Denkmalwertes eines Ensembles und nicht des eines einzelnen Baudenkmal handelt. Das VG München hat insoweit zu Recht in Zweifel gezogen, ob mit einer ausdrücklich auf Art. 15 Abs. 4 BayDSchG gestützten Verfügung, die explizit auf die Bedeutung des Einzelbaudenkmals für das Ensemble abstellt, eine Rekonstruktion u.a. mit exakt den bisherigen Maßen verlangt werden kann.<sup>65</sup> Für das Erscheinungsbild des Ensembles erscheint eine derart detailgetreue Kopie nur bei sehr homogenen Ensembles erforderlich zu sein. Insofern müssen jedenfalls substantiierte Ausführungen im Wiederherstellungsbescheid getätigt werden, was das VG München im Fall des »Uhrmacherhäusl« nicht erkennen konnte.<sup>66</sup>

### III. Der denkmalschutzrechtliche Wiederherstellungs- und Rekonstruktionsbescheid

Art. 15 Abs. 4 und 5 BayDSchG werden in der Praxis bislang nicht in ihrer vollen Tragweite erkannt.<sup>67</sup> Die Normen bieten jedoch eine Vielzahl von Anwendungsmöglichkeiten auch unterhalb der Schwelle der (Teil-)Rekonstruktion,<sup>68</sup> wie etwa die Entfernung von »Lösungsbannern« in einem Denkmalbereich<sup>69</sup> oder der Einbau von Holzfenstern (unter Entfernung von Kunststoffenfenstern).<sup>70</sup> Dies mag an nicht unerheblichen

Anforderungen an die Erstellung eines rechtmäßigen Bescheids liegen.

#### 1. Bestimmtheit und Begründung der Grundverfügungen

Die Verpflichtungen werden im Einzelfall nach Anhörung des Betroffenen durch einen Verwaltungsakt<sup>71</sup> konkretisiert. Der Bestimmtheit jenes Verwaltungsakts (Art. 37 Abs. 1 BayVwVfG) kommt besondere Bedeutung zu. Einzelfallbezogen ist der verlangte Umfang der Instandsetzung, Wiederherstellung oder Wiedergutmachung klar und eindeutig anzugeben und den getroffenen Verhältnismäßigkeitserwägungen Rechnung zu tragen.<sup>72</sup> In der Praxis ist dies keine einfache Aufgabe, die die Zusammenarbeit von Denkmalschutzbehörden, dem Landesamt für Denkmalpflege<sup>73</sup> und gegebenenfalls weiteren Behörden erfordert. Eine präzise und vollstreckbare Verfügung setzt hierbei eine umfassende Ermittlung der Gründe für die Unterschutzstellung des Denkmals (Denkmalwertkategorien und Erhaltungsinteresse) und eine daran orientierte Erarbeitung von Instandsetzungs- bzw. Rekonstruktionsgrundsätzen voraus.

Wesentliche Bedeutung für einen »gerichtsfesten«<sup>74</sup> Bescheid kommt zudem der Begründung jener Maßnahmen (vgl. Art. 39 BayVwVfG) zu.<sup>75</sup> Zu den wesentlichen entscheidungsleitenden tatsächlichen und rechtlichen Gründen gehören bezogen auf Wiederherstellungs- und Wiedergutmachungsverfügung insbesondere die richtige und strukturierte Darstellung des Sachverhalts, die Beschreibung der (vormaligen) Denkmaleigenschaft, die (formelle und materielle) Illegalität der beeinträchtigenden Handlung, die Störerauswahl sowie die Verhältnismäßigkeit aller (!) gewählten Mittel.

#### 2. Weiterer Bescheidinhalt

Der zu erlassende denkmalschutzrechtliche Bescheid<sup>76</sup> wird neben den Grundverfügungen ebenfalls zu begründende (Neben-)Bestimmungen<sup>77</sup> enthalten, welche die Einhaltung der Grundverfügung(en) sicherstellen sollen. Insoweit kommen z.B. die Wiederverwendung von ursprünglichen Bauteilen oder die Maßnahmendurchführung nur nach mit dem Landesamt für Denkmalpflege abgestimmtem Konzept in Betracht.<sup>78</sup>

Ergänzt werden kann der Bescheid durch die Anordnung der sofortigen Vollziehung (§ 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO), die jedoch nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen dürfte, so etwa bei einer konkreten Nachahmungsgefahr.<sup>79</sup> Regelungen zur zwangsweisen Durchsetzung der Verpflichtungen (u.a. die Ersatzvornahme auf Kosten des Pflichtigen) dürften dagegen unentbehrlich sein.<sup>80</sup>

#### 3. Sonstige Regelungen im Zusammenhang mit beeinträchtigten Denkmälern

Weitere im Zusammenhang mit der Beeinträchtigung eines Denkmals stehende eigenständige Verwaltungsakte sind insbesondere die Baueinstellungsverfügung gem. Art. 15 Abs. 1 Satz 2 BayDSchG i.V.m. Art. 75 Abs. 1 BayBO<sup>81</sup> im Falle fehlender denkmalschutzrechtlicher Erlaubnis<sup>82</sup> und die Duldungsverfügung gegenüber dinglich oder schuldrechtlich Berechtigten, deren Mitwirkung zur Vollstreckung einer Maßnahme nach Art. 15 Abs. 4 und Abs. 5 BayDSchG erforderlich



ist.<sup>83</sup> Art. 15 Abs. 4 BayDSchG und Art. 76 Satz 1 BayBO<sup>84</sup> sind bei Verstößen gegen Bau- und Denkmalschutzrecht nebeneinander anwendbar.<sup>85</sup>

Eine zivilrechtliche Inanspruchnahme (z.B. nach § 823 Abs. 1 BGB) bleibt von Art. 15 Abs. 4 und 5 BayDSchG ebenso unberührt wie Straftatbestände (v.a. §§ 303 ff., 306 ff. StGB) und Ordnungswidrigkeiten (Art. 23 Abs. 1 BayDSchG).<sup>86</sup> Art. 15 Abs. 4 und 5 BayDSchG selbst stehen sich bereits aufgrund der tatbestandlichen Unterschiede nicht exklusiv gegenüber, sondern können vielmehr im Einzelfall nebeneinander anwendbar sein.<sup>87</sup>

#### IV. Fazit

Das Urteil des VG München zum »Uhrmacherhäusl« ist in seinen die Entscheidung tragenden Ausführungen richtig. Auch wenn aufgrund der offensichtlich unzureichenden Störerauswahl vertiefte Erwägungen zu Wiederherstellung und Rekonstruktion unterbleiben konnten, arbeitet die Entscheidung die Grundprinzipien der Befugnisnormen des BayDSchG strukturiert heraus.

Tatbestandlich unterscheiden sich die Normen vor allem hinsichtlich ihrer inhaltlichen Reichweite. Während Art. 15 Abs. 4 BayDSchG bereits bei jedweder Beeinträchtigung ohne Erlaubnis greift, jedoch auf Maßnahmen am noch bestehenden Denkmal beschränkt ist, kann mittels Art. 15 Abs. 5 BayDSchG schuldhaft verursachten Substanzeingriffen auch durch die Gesamtrekonstruktion eines untergegangenen Denkmals begegnet werden.

Auch wenn gerade die Entscheidung zum »Uhrmacherhäusl« schonungslos aufzeigt, welchen praktischen Herausforderungen sich die Unteren Denkmalschutzbehörden beim Erlass eines Wiederstellungsbescheids stellen müssen, stellt Art. 15 Abs. 4 und 5 BayDSchG ein breites Instrumentarium zur Verfügung, um denkmalunverträgliche Zustände effektiv zu beseitigen und Denkmäler ihrem ursprünglichen Zustand wieder zuzuführen.

1 Der Autor ist Referent in der Abteilung für Verfassungsschutz und Cybersicherheit. Zuvor war er Richter auf Probe am Bayerischen Verwaltungsgericht München. Der Beitrag stellt die persönliche Ansicht des Verfassers dar.  
2 Vgl. nur die Einzelnachweise unter <https://de.wikipedia.org/w/index.php?title=Uhrmacherh%C3%A4usl&redirect=no> (aufgerufen am 29.03.2020).  
3 Vgl. zu den Einzelheiten des außergewöhnlichen Sachverhalts VG München, Urt. v. 15.07.2019 – M 8 K 18.1841, juris, Rn. 1 ff.  
4 Vgl. VG München, Fn. 3, Rn. 62 ff.  
5 Antrag auf Zulassung der Berufung v. 05.09.2019 – 2 ZB 19.1801.  
6 Hierunter wird im Folgenden die teilweise oder vollständige Nachbildung (Wiederherstellung) von nicht mehr existierenden Denkmälern verstanden, vgl. *Karnau/Steinmeier*, in: *Martin/Krautzberger* (Hrsg.), *Denkmalschutz und Denkmalpflege*, 4. Aufl. 2017, Teil I Rn. 311.  
7 Vgl. *Viebrock*, Fn. 6, Teil E Rn. 122 ff.; *Karnau/Steinmeier*, Fn. 6, Teil I Rn. 311 ff.; *Martin/Spennemann*, in: *Eberl/Martin/Spennemann*, *Bayerisches Denkmalschutzgesetz*, 7. Aufl. 2015, Art. 15 Rn. 40.  
8 Vgl. BayVGh, Urt. v. 22.09.1986 – 14 B 85 A.707, BayVBl. 1987, 597 (»rekonstruierter Neubau« ist kein Denkmal); Urt. v. 16.07.2015 – 1 B 11.2137, juris, Rn. 19; VG München, Fn. 3, Rn. 60.  
9 In Baden-Württemberg ist ein Rückgriff auf die denkmalschutzrechtliche Generalklausel nach § 7 Abs. 1 Satz 1 des Denkmalschutzgesetzes (DSchG) Baden-Württemberg erforderlich, vgl. VGh Baden-Württemberg, Urt. v. 04.06.1991 – 1 S 2022/90, juris, Ls. 2.  
10 Art. 15 Abs. 4 BayDSchG; § 14 Abs. 1 DSchPhG Rheinland-Pfalz.  
11 Z.B. § 10 Abs. 6 BremDSchG.  
12 Z.B. § 27 Abs. 1 DSchG Nordrhein-Westfalen.  
13 Z.B. § 11 Abs. 2 SächsDSchG.  
14 Z.B. § 9 Abs. 4 HDschG.  
15 Z.B. § 25 Abs. 2 NDSchG, der ausdrücklich von »rekonstruieren« spricht.

16 Entspricht wortgleich Art. 15 Abs. 3 DSchG in der bis zum 30.04.2017 geltenden Fassung, vgl. § 1 Nr. 12 Buchst. d), § 2 Abs. 1 Gesetz zur Änderung des Denkmalschutzgesetzes v. 04.04.2017 (GVBl. S. 70).  
17 Entspricht wortgleich Art. 15 Abs. 4 DSchG in der bis zum 30.04.2017 geltenden Fassung, vgl. § 1 Nr. 12 Buchst. d), § 2 Abs. 1 Gesetz zur Änderung des Denkmalschutzgesetzes v. 04.04.2017 (GVBl. S. 70).  
18 Vgl. BVerwG, Urt. v. 12.12.2013 – 4 C 15.12, juris, Rn. 9; OVG Berlin, Urt. v. 02.11.1989 – 2 B 6/87, juris; a.A. *Windhorst*, Fn. 6, Teil D Rn. 76 ff.; VG München, Urt. v. 20.07.2015 – M 8 K 14.3265, juris, Rn. 184.  
19 Hinsichtlich nicht gem. Art. 2 Abs. 2 BayDSchG eingetragener beweglicher Denkmäler kann somit keine Wiederherstellung nach Art. 15 Abs. 4 und Abs. 5 BayDSchG verlangt werden (a.A. offenbar *Martin*, *Bayerisches Denkmalschutzgesetz*, 2019, Art. 15 Rn. 43).  
20 Ein Unterlassen ist tatbestandlich nicht erfasst, da hierfür keine Erlaubnis erforderlich ist. Unterlassenem Bauunterhalt kann hinreichend mit Art. 4 Abs. 2 Satz 1 BayDSchG begegnet werden. A.A. *Martin*, Fn. 19, Rn. 46.  
21 Somit werden auch eine unsachgemäße Ausführung und Verstöße gegen Nebenbestimmungen erfasst, vgl. *Martin/Spennemann*, Fn. 7, Rn. 43; so ausdrücklich z.B. § 27 Abs. 1 DSchG Nordrhein-Westfalen.  
22 Vgl. VG Ansbach, Urt. v. 04.12.2013 – AN 9 K 12.02192, juris, Rn. 31 m.w.N.; *Viebrock*, Fn. 6, Teil E Rn. 5 und 8.  
23 So auch *Martin*, Fn. 19, Rn. 48; in diese Richtung auch BayVGh, Urt. v. 07.09.2017 – 15 B 85 A.2303, BeckRS 1987, 113805; a.A. VG Ansbach, Beschl. v. 30.07.2001 – AN 9 S 01.01049, juris, Rn. 34; unklar insofern *Martin/Spennemann*, Fn. 7, Rn. 44 bzw. 48 m.w.N.  
24 Vgl. hierzu die Definitionen zu § 303 Abs. 1 des Strafgesetzbuches (StGB); *Heger*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 29. Aufl. 2018, § 303 Rn. 1 ff. m.w.N.  
25 Vgl. *Martin/Spennemann*, Fn. 7, Rn. 46, allerdings missverständlich zu Art. 15 Abs. 4 BayDSchG.  
26 Hierzu gehört beispielsweise die denkmalpflegerisch sachgemäße Behandlung oder die Schutzpflicht vor Gefährdungen (vgl. Art. 4 Abs. 1 Satz 1 BayDSchG).  
27 Vgl. Art. 9 Abs. 1 Satz 4 LStVG.  
28 Vgl. *Martin/Spennemann*, Fn. 7, Rn. 47; *Viebrock*, Fn. 6, Teil E Rn. 136 mit weiteren potenziellen Störern.  
29 Ebenso *Martin/Spennemann*, Fn. 7, Rn. 39. A.A. *Martin*, Fn. 19, Rn. 42, 46, der trotz deklaratorischen Systems ein Verschulden gesondert prüfen will, wenn ein Denkmal nicht in die Denkmalliste eingetragen war. Eine Haftung für Zufall (z.B. bei Zerstörung durch Blitzeinschlag) scheidet bereits mangels menschlicher Handlung aus, vgl. *Martin/Spennemann*, Fn. 7, Rn. 42.  
30 Ablehnend *Martin/Spennemann*, Fn. 7, Rn. 47 mit Verweis auf VG Ansbach, Fn. 22.  
31 Der Zumutbarkeitsvorbehalt der Erhaltungspflicht (Art. 4 Abs. 1 Satz 1, Halbsatz 2 BayDSchG) findet auch i.R.d. Verhältnismäßigkeitsprüfung des Art. 15 Abs. 4 BayDSchG Berücksichtigung. Verschulden ist für keine der beiden Befugnisnormen Voraussetzung.  
32 Vgl. zur Begriffsdefinition *Viebrock*, Fn. 6, Teil E Rn. 132 und *Martin/Spennemann*, Fn. 7, Rn. 51. Bayern ist das einzige Bundesland mit einer verschuldensabhängigen Anspruchsgrundlage, welches die einfache Fahrlässigkeit nicht ausreichen lässt, vgl. z.B. § 8 Abs. 4 Nr. 1 BbgDSchG.  
33 Vgl. *Martin/Spennemann*, Fn. 7, Rn. 51. Insoweit kommt aufgrund der Erhaltungspflicht nach Art. 4 Abs. 1 BayDSchG auch eine Tatbegehung durch Unterlassen in Betracht, vgl. *Viebrock*, Fn. 6, Teil E Rn. 131; zum Handlungsstörer allgemein *Lindner*, in: *Mössl/Schwabenbauer* (Hrsg.), *BeckOK Polizei- und Sicherheitsrecht*, 12. Ed. 01.02.2020, Art. 9 LStVG Rn. 29 ff. m.w.N.  
34 So die Begründung des Gesetzentwurfs der Staatsregierung zur Vorgängerregelung im (Bay)DSchG v. 25.06.1973 (LT-Drucks. 7/2033, S. 12).  
35 Vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 26.08.2008 – 10 A 3250/07, juris, Rn. 47 ff.; BayVGh, Beschl. v. 04.09.2012 – 2 ZB 11.587, juris, Rn. 5.  
36 VG München, Fn. 3, Rn. 60 m.w.N.  
37 Vgl. *Martin*, Fn. 19, Rn. 51; *Martin/Spennemann*, Fn. 7, Rn. 41. A.A. VG Würzburg, Urt. v. 07.04.2008 – W 5 K 07.1244, juris, für den von Art. 15 Abs. 5 BayDSchG nicht erfassten Fall des Verbringens. In anderen Bundesländern mag die Rechtslage bezogen auf mit Art. 15 Abs. 4 BayDSchG vergleichbare Regelungen eine andere sein, vgl. OVG Sachsen, Urt. v. 27.09.2018 – 1 A 187/18, juris.  
38 Z.B. andere denkmalpflegerische Rekonstruktionsformen, vgl. *Karnau/Steinmeier*, Fn. 6, Teil I Rn. 320 ff.  
39 Vgl. VG München, Fn. 3, Rn. 60; *Martin/Spennemann*, Fn. 7, Rn. 51 m.w.N.  
40 Vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 ThürDSchG § 1 Abs. 1 DSchG Hamburg.  
41 Vgl. *Martin/Spennemann*, Fn. 7, Rn. 42; VG Ansbach, Fn. 22.  
42 Vgl. *Karnau/Steinmeier*, Fn. 6, Teil I Rn. 312.  
43 Auch eine reine Geldzahlung dürfte i.d.R. keine Wiedergutmachung des verursachten Schadens darstellen.  
44 Vgl. Präambel zum DSchG Schleswig-Holstein; nach *Martin*, Fn. 19, Rn. 51 dient die Rekonstruktionsverpflichtung mittelbar der Erhaltung von Denkmälern.  
45 *Martin*, Fn. 19, Rn. 44.



- 46 In diese Richtung auch *Martin/Spennemann*, Fn. 7, Rn. 41.
- 47 Kommt der Adressat der Verfügung nach, benötigt er für die verfügte Maßnahme keine denkmalrechtlich Erlaubnis, vgl. *Viebrock*, Fn. 6, Teil E Rn. 135. Die Beauftragung der Stellung eines entsprechenden Bauantrags wird demgegenüber i.d.R. zweckmäßig sein.
- 48 Vgl. § 6 Abs. 2 Satz 3 DSchG Hamburg.
- 49 A.A. *Martin/Spennemann*, Fn. 7, Rn. 41.
- 50 Vgl. *Martin/Spennemann*, Fn. 7, Rn. 51.
- 51 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 02.03.1999 – 1 BvL 7/91, juris, Rn. 81.
- 52 Vgl. BayVGh, Beschl. v. 31.10.2012 – 2 ZB 11.1575, juris, Rn. 4.
- 53 Vgl. zum Ganzen auch OVG Berlin, Fn. 18, Rn. 52.
- 54 Vgl. BayVGh, Urt. v. 01.07.1998 – 22 B 98.198, juris, Rn. 18.
- 55 Vgl. VG München, Fn. 3, Rn. 72 ff.
- 56 Siehe Fn. 22. Bei Bejahung ist bereits die Erforderlichkeit der Maßnahme fraglich, jedenfalls deren Angemessenheit. Zweifel an der Erlaubnisfähigkeit (z.B. wegen fehlender Dokumentation) gehen zu Lasten des rechtswidrig Handelnden.
- 57 D.h. sich an den für das Denkmal maßgeblichen Bedeutungskategorien orientierende, vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 21.02.2008 – 2 B 12.06, juris, Rn. 23.
- 58 Vgl. *Martin/Spennemann*, Fn. 7, Rn. 44.
- 59 Zu berücksichtigen ist dabei auch der Grad der Dokumentation des beeinträchtigten Denkmals und die vergangene Zeit seit der Schädigung, vgl. *Karnau/Steinmeier*, Fn. 6, Teil I Rn. 319. Von einer Verwirkung der Befugnisse ist jedoch zurückhaltend Gebrauch zu machen, vgl. *Martin/Spennemann*, Fn. 7, Rn. 45 m.w.N.; *Viebrock*, Fn. 6, Teil E Rn. 134. Nicht überzeugend ist die Anwendung der zivilrechtlichen Verjährung, vgl. VG München, Fn. 18.
- 60 Vgl. *Viebrock*, Fn. 6, Teil E Rn. 129 m.w.N.; BayVGh, Urt. v. 17.01.2005 – 2 B 01.2052, juris, Rn. 15; *Martin*, Fn. 19, Rn. 47.
- 61 Vgl. *Martin*, Fn. 19, Rn. 43; *Martin/Spennemann*, Fn. 7, Rn. 38. Einschränkung VG München, Urt. v. 08.06.2010 – M 1 K 09.3528, juris, welches zum Teil eine Zumutbarkeitsprüfung anhand von Art. 4 BayDSchG vornimmt. Jedenfalls kann die Maßnahme i.Ü. unverhältnismäßig sein, vgl. *Viebrock*, Fn. 6, Teil E Rn. 137.
- 62 Zur Verfassungsmäßigkeit jener Norm vgl. VG München, Urt. v. 16.10.2017 – M 8 K 15.1186, juris, Rn. 81 ff.
- 63 Vgl. BayVGh, Urt. v. 02.08.2018 – 2 B 18.742, juris, Rn. 39.
- 64 Vgl. VG München, Fn. 3, Rn. 59 ff.; *Martin/Spennemann*, Fn. 7, Rn. 44.
- 65 In diese Richtung *Martin/Spennemann*, Fn. 7, Rn. 41.
- 66 Vgl. VG München, Fn. 3, Rn. 64 ff.
- 67 Vgl. *Martin*, Fn. 19, Rn. 43. Zu Art. 15 Abs. 5 BayDSchG (bzw. seiner Vorgängerregelung) findet sich keine einschlägige gerichtliche Entscheidung.
- 68 Vgl. *Martin/Spennemann*, Fn. 7, Rn. 44; *Viebrock*, Fn. 6, Teil E Rn. 125, 127.
- 69 Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 29.01.2020 – OVG 2 S 44.19, juris.
- 70 Vgl. VG München, Urt. v. 25.06.2019 – M 1 K 17.1445, juris, Rn. 36 ff. Der Ausbau wird dabei auf Art. 15 Abs. 1 Satz 2 BayDSchG i.V.m. Art. 76 Satz 1 der Bayerischen Bauordnung (BayBO) – gestützt (Rn. 20 ff.).
- 71 Nicht überzeugen kann die Auffassung, wonach Art. 15 Abs. 5 BayDSchG einen Schadensersatzanspruch des dinglich Berechtigten beinhalten soll, so *Windthorst*, Fn. 6, Teil D Rn. 76 ff.; *Martin*, Fn. 19, Rn. 52; dagegen zutreffend OVG Berlin, Fn. 18.
- 72 Vgl. *Viebrock*, Fn. 6, Teil E Rn. 133; *Martin*, Fn. 19, Rn. 45; OVG Berlin, Beschl. v. 01.02.1996 – 3 A 92/95, juris, Rn. 29 ff.
- 73 Eine fehlende Stellungnahme nach Art. 15 Abs. 2 Satz 1 DSchG lässt i.Ü. an einer ermessensfehlerfreien Entscheidung zweifeln, vgl. VG Ansbach, Urt. v. 23.11.2010 – AN 9 K 10.02049, juris, Rn. 40.
- 74 Die ergangenen Verwaltungsakte unterliegen der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle (§§ 40, 42 Abs. 1, 113 f. der Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO).
- 75 Vgl. *Martin/Spennemann*, Fn. 7, Rn. 46.
- 76 Zum Bescheidaufbau siehe allgemein die Muster »Gliederung von Anordnungen« und »Muster für Anordnungen«, DRD 3.5.1, www.denkmalrechtbayern.de/inhalt/3-praxis-der-eigentuemer-planer-und-behoerden/ (aufgerufen am 29.03.2020).
- 77 Vgl. Art. 36 Abs. 2 BayVwVfG.
- 78 Vgl. BayVGh, Fn. 69; zum Ganzen § 9 Abs. 4 BbgDSchG; vgl. auch den »Uhrmacherhäusl«-Bescheid, VG München, Fn. 3, Rn. 19 ff.
- 79 Vgl. VG Ansbach, Fn. 22.
- 80 Vgl. *Martin*, Fn. 19, Rn. 42; *Viebrock*, Fn. 6, Teil E Rn. 139 f.
- 81 Vgl. hierzu *Martin/Spennemann*, Fn. 7, Rn. 25.
- 82 Art. 15 Abs. 1 Satz 2 BayDSchG findet nur Anwendung, wenn keine formelle Konzentrationswirkung wie gem. Art. 6 Abs. 3 Satz 1 BayDSchG einschlägig ist, mithin insb. im Falle eines nicht baugenehmigungsbedürftigen Verfahrens, vgl. *Martin/Spennemann*, Fn. 7, Rn. 38.
- 83 Vgl. *Martin/Spennemann*, Fn. 7, Rn. 47; BayVGh, Beschl. v. 02.04.2004 – 26 CS 04.375, juris, Rn. 22, 23.
- 84 Die alternative Anwendung der Normen durch VG München, Fn. 70, bezogen auf Aus- und Einbau von Fenstern erscheint angesichts des weiten Begriffs der Wiederherstellung entbehrlich.
- 85 Vgl. *König*, in: *Schwarzer/König* (Hrsg.), BayBO, 4. Aufl. 2012, Art. 76 Rn. 10; VG Ansbach, Fn. 73.
- 86 Bemerkenswert ist, dass die Bußgeldobergrenze nur bei 250.000 € liegt (vgl. demgegenüber § 26 Abs. 2 Satz 1 DSchG M-V: 1,5 Mio. €).
- 87 Vgl. *Martin/Spennemann*, Fn. 7, Rn. 42.

<Ar. 261.2005-00003>

# Die Verkehrssicherungspflicht der Gemeinden für ihre Bäder – Inhalt und Folgen von Verstößen

von Dr. Sebastian Pfahl, Rechtsanwalt, Kanzlei Scheidle & Partner, Augsburg

Ein Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) Ende 2017 zur Badeaufsicht in einem kommunalen Schwimmbad<sup>1</sup> und die jüngste Berichterstattung über die Anklage eines Bürgermeisters in Hessen wegen fahrlässiger Tötung von drei ertrunkenen Kindern<sup>2</sup> rücken die Verkehrssicherungspflicht für Bäder, vor allem Badeseen, seit einiger Zeit vermehrt in das Bewusstsein der Gemeinden. Der vorliegende Beitrag gibt zunächst einen Überblick über den Inhalt von Verkehrssicherungspflichten beim Betrieb von Bädern (I.). Er knüpft insofern auch an den Beitrag von *Gruber*<sup>3</sup> an. Anschließend werden die möglichen haftungsrechtlichen Folgen von Verstößen gegen Verkehrssicherungspflichten für die Gemeinde beleuchtet (II.). Dabei wird auch

auf die Möglichkeit eines Rückgriffs bei ihren Amtswaltern bzw. bei den für sie Handelnden eingegangen. Anschließend ist darauf hinzuweisen, dass Verstöße gegen Verkehrssicherungspflichten auch zu strafrechtlichen Konsequenzen für diese Personen führen können (III.). Der Beitrag schließt mit einer Zusammenfassung und Empfehlungen (IV.)

## I. Inhalt der Verkehrssicherungspflicht beim Betrieb von Bädern

### 1. Definition der Verkehrssicherungspflicht im Allgemeinen

Zur Verkehrssicherung ist verpflichtet, wer für den Bereich der Gefahrenquelle verantwortlich ist und in der Lage ist, die Ge-

