

# Teil A Zumutbarkeit im Denkmalrecht

## 1. Kapitel Einführung in die Grundfragen der Zumutbarkeit

Zumutbarkeitsprüfung			
Abbruchantrag	Abbruchantrag	Abbruchantrag	Anordnungen
<b>Erhaltung in der Regel zumutbar und damit die Wirtschaftlichkeitsberechnung entbehrlich wenn</b>	<b>ohne Rücksicht auf Zumutbarkeit zu tragende und deshalb aus der Berechnung auszuscheidende Kosten</b>	<b>in der Wirtschaftlichkeitsberechnung anzusetzende Kompensationen</b>	<b>aus der Wirtschaftlichkeitsberechnung auszuschneiden</b>
Denkmal bzw. Grundstück mit Bodendenkmal genutzt	Kosten infolge Unterlassen des Bauunterhalts	sämtliche (strittig) Steuervorteile	Kosten infolge Unterlassen des Bauunterhalts
Denkmal bzw. Grundstück mit Bodendenkmal nutzbar	Folgekosten infolge unterlassenen Unterhalts	erreichbare öffentliche und private (strittig) Zuwendungen	Folgekosten infolge unterlassenen Unterhalts
Denkmal bzw. Grundstück mit Bodendenkmal veräußerbar. Strittige Ausnahmen: selbst genutztes Wohnhaus, zur Sicherstellung des Lebensunterhalts betriebenes Unternehmen (OVGNW), Vermögensverhältnisse, Kreditwürdigkeit oder Gesundheitszustand (BayVGH)	bauordnungsrechtlich veranlasste Kosten (str.)	Versicherungsleistungen (strittig)	bauordnungsrechtlich veranlasste Kosten (Verunstaltung, Statik, Brand- und Wärmeschutz)
Denkmal in spekulativer Absicht erworben	Sowieso-Kosten, die nicht aus Denkmaleigenschaft resultieren (z. B. Modernisierungskosten; strittig)	Entgegenkommen der Behörden wie Ausnahmen und Befreiungen, teilweise Reduzierung der Anforderung der Denkmalpflege	Sowieso-Kosten, die nicht aus Denkmaleigenschaft resultieren (z. B. Modernisierungskosten; strittig)

# 1. Kapitel Einführung in die Grundfragen der Zumutbarkeit

Zumutbarkeitsprüfung			
Abbruchantrag	Abbruchantrag	Abbruchantrag	Anordnungen
<b>Erhaltung in der Regel zumutbar und damit die Wirtschaftlichkeitsberechnung entbehrlich wenn</b>	<b>ohne Rücksicht auf Zumutbarkeit zu tragende und deshalb aus der Berechnung auszuschneidende Kosten</b>	<b>in der Wirtschaftlichkeitsberechnung anzusetzende Kompensationen</b>	<b>aus der Wirtschaftlichkeitsberechnung auszuschneiden</b>
Denkmal in Kenntnis des Zustandes erworben, gleichgestellt Kennenmüssen	die ggf. bei einer Anordnung zum Rückbau oder zur Wiederherstellung entstehenden und zu tragenden Kosten (Störer)	„Sonstige administrative oder technische Vorkehrungen,“ BVerfG 1999: Ausweitung der Nutzung oder des Baurechts auf dem Denkmalgrundstück oder an anderer Stelle, Gestattung von Aufstockung, Ausbauten und Anbauten am Baudenkmal, Teilaufgabe des Denkmals, Übernahme	Kosten des Rückbaus bzw. der Wiederherstellung, soweit durch Adressat zurechenbar verursacht (Störer)
Erbschaft, Schenkung, geringer Kaufpreis (str.)		finanzieller Ausgleich, BVerfG 1999: Zuwendungen, Ausgleichsleistungen in Geld	von anderer Seite getragene Kosten, Steuervorteile, erlangbare Zuwendungen, Versicherungsleistungen
Eigentümer kein Grundrechtsträger; aber: Ermessensausübung!			

## 1.1 Problemaufriss

### 1.1.1 Grundkonstellationen

Das gesamte Denkmalrecht und sein Vollzug werden in allen Bundesländern wesentlich bestimmt von Fragen der Zumutbarkeit, insbesondere von dem Zumutbarkeitsvorbehalt bei der Entscheidung über Abbruchbegehren, über behördliche Anordnungen, über den Bauunterhalt und die Erfüllung der Erhaltungspflichten der Eigentümer. Die weiterhin lebhaft diskutierte Reichweite des Eigentumsgrundrechts, um die daraus abgeleitete Zumutbarkeit bzw. Unzumutbarkeit und um den Ausgleichsanspruch beginnt, auch das Bau- und Sicherheitsrecht zu erfassen. Nicht selten verzichten Behörden auf die Durchsetzung denkmalrechtlicher Pflichten, weil sie die Auseinandersetzung um die Zumutbarkeit und vermeintlich nötige komplizierte „Rechenaufgaben“ fürchten. Ziel der Publikation ist es, die Fragen der Zumutbarkeit grundsätzlich für die tägliche Praxis der Behörden, der Eigentümer und ihrer Vertreter und die Gerichte aufzuarbeiten.

Die wichtigsten Anwendungsbereiche des Zumutbarkeitsvorbehalts zeigen die folgenden Grundkonstellationen:

### Standardfall A: Antrag auf Abriss; fünf alternative Situationen

- a) Das zu beseitigende Bau- oder Bodendenkmal bzw. das Denkmal der Erdgeschichte wird **genutzt**; das betrifft auch gering genutzte Objekte wie Ruinen, Scheunen, Keller, Wiesen, Wald, Parkbestandteile.
- b) Das Denkmal wird zwar nicht genutzt, es wäre aber auch ohne Investitionen auch in geringem Umfang und bei geringem Ertrag **nutzbar**.
- c) Sonderfälle sind typischerweise nicht genutzte und nicht nutzbare „**Nur-Denkmal**er“ (z. B. Ruine, Bodendenkmal, Park): Solange keine **zusätzliche** Nutzungseinschränkung eintritt, wird die Nutzung nicht zusätzlich eingeschränkt.
- d) Das Denkmal ist **veräußerbar**; dies ist erfahrungsgemäß die Regel.
- e) Das **Denkmal** ist ohne vorherige Investitionen überhaupt **nicht nutzbar**.

### Andere Fälle B: Anordnungen, Nutzungsbeschränkungen, Nebenbestimmungen

- a) Eine behördliche **Instandsetzungsanordnung** wird erwogen z. B. wegen fehlender Standsicherheit, undichtem Dach, Verunstaltung.
- b) Eine behördliche **Wiederherstellungsanordnung** wird erwogen nach Beschädigungen.
- c) Einem **gefährdenden Zustand** soll begegnet werden z. B. nach Vandalismus.
- d) **Gefährdende** oder **schädigende Nutzungen** sollen unterbunden werden, z. B. durch Düngen oder Tiefpflügen bei einem Bodendenkmal.
- e) Ein Grundstück oder Grundstücksteil soll von Bebauung **freigehalten** werden.
- f) In Genehmigungen sollen kostenrelevante **Nebenbestimmungen** zur denkmalpflegerischen Behandlung von einzelnen Bauteilen aufgenommen werden.

### 1.1.2 Verwandte Probleme: Ausgleich, Kostentragung

Mit der Zumutbarkeitsproblematik eng verflochten sind die Fragen der Kostentragung für denkmalpflegerische Maßnahmen und des Ausgleichs für individuelle Belastungen:

#### 1.1.2.1 Kostentragung, Veranlasserprinzip

Dass Kosten, Finanzierung und Steuervorteile neben den unwägbareren gefühlsmäßigen Bindungen die entscheidenden Faktoren bei der Instandsetzung, Erhaltung und Pflege von Denkmälern sind, ist offensichtlich. Diese drei Faktoren stehen in einem **untrennbaren Zusammenhang**. Die Kosten einer denkmalpflegerischen Maßnahme oder von anderen Maßnahmen, die auf Denkmäler einwirken, trägt zunächst ohne Einschränkungen der Eigentümer bzw. Veranlasser. Rechtsgrund ist allerdings nicht die vermeintliche Geltung eines kaum fassbaren allgemeinen „**Veranlasserprinzips**“,<sup>1</sup> sondern die **Stellung des Veranlassers** im Verwaltungsverfahren und beim **Umgehen mit dem Denkmal**. Er ist „**Bauherr**“ und bestimmt über die Formulierung seines Antrags im Genehmigungsverfahren das damit näher bezeichnete Vorhaben. Insbesondere kann in entsprechende Anträge auf Genehmigungen nicht ein Vorbehalt des Veranlassers hineininterpretiert werden, dass die Maßnahmen von der öffentlichen Hand zumindest mitfinanziert werden müssten. Die finanzielle Verantwortlichkeit (**Kostenfolge**) hierfür ergibt sich wie im gesamten Bereich des sonstigen Investitionswesens aus der Trägerschaft einer Maßnahme, ohne dass es zu dieser Selbstverständlichkeit

1 Das Veranlasser- oder Verursacherprinzip im Gegensatz zum Gemeinlastprinzip ist zwar ein aus dem Ordnungs- und Umweltrecht stammendes Kostentragungsprinzip. Seine Umsetzung setzt aber die besondere Begründung einer finanziellen Verantwortlichkeit voraus, siehe z. B. Himmelmann/Pohl/Tünnesen-Harmes, Handbuch des Umweltrechts, A2 RdNr. 39, und Kloepfer, Umweltrecht, § 3 RdNr. 35 ff.

## 1. Kapitel Einführung in die Grundfragen der Zumutbarkeit

einer Aussage in einem Gesetz bedürfte. Eingeschlossen sind **sämtliche** Kosten, die durch die Beachtung des materiellen Rechts<sup>2</sup> und der behördlichen Auflagen entstehen. Hierzu gehören z. B. auch Brand-, Wärme- und Schallschutz, oder Anforderungen an Baustoffe und die Standsicherheit sowie die Beachtung der Unfallverhütungsvorschriften. An dieser grundsätzlichen Kostenfolge ändert sich nichts, wenn der Eigentümer mit Ausführung seines Vorhabens gleichzeitig seine denkmalrechtlichen Erhaltungs-, Instandsetzungs-, Gefahrenabwehr- oder Bergungspflichten erfüllt.

In den letzten Jahren wurden in einige Denkmalschutzgesetze meist selektive, wegen Verknüpfung der Regelungszusammenhänge sehr problematische Vorschriften über das sog. Veranlasserprinzip eingefügt. Eine Beschränkung auf den Bereich der Bodendenkmäler ist sachlich ebenso wenig wie eine Beschränkung auf bestimmte Kostengruppen oder Prozentsätze an den Kosten zu rechtfertigen.<sup>3</sup>

Eine einprägsame Formulierung des Veranlasserprinzips enthält das **DSchG Brandenburg von 2004** mit

### „§ 7 BbgDSchG Erhaltungspflicht

(3) Soweit in ein Denkmal eingegriffen wird, hat der **Veranlasser des Eingriffs** im Rahmen des Zumutbaren die Kosten zu tragen, die für die Erhaltung, fachgerechte Instandsetzung, Bergung oder Dokumentation des Denkmals anfallen.“

Ähnlich formuliert § 6 Abs. 5 DSchGMV. Unzureichend sind z. B. § 21 Abs. 3 DSchGRP und § 12 Abs. 4 Satz 2 DSchG Saar: Die Träger größerer öffentlicher oder privater Bau- oder Erschließungsvorhaben oder Vorhaben zum Abbau von Rohstoffen oder Bodenschätzen als **Veranlasser** können im Rahmen des Zumutbaren zur Erstattung der Kosten für Grabungen, für die konservatorische Sicherung der Funde und der Dokumentation der Befunde verpflichtet werden.

NRW hat 2013 einen entsprechenden Passus (siehe Kapitel 2 Nr. 2.3.10.5) aufgenommen.

### 1.1.2.2 Ausgleich, Enteignung

Der Beschluss des BVerfG von 1999 (Nr. 1) hat sich auch grundlegend mit dem eigenständigen Ausgleichsanspruch auseinandergesetzt, der entgegen früherer Betrachtung nicht mehr dem Enteignungsrecht zugerechnet wird (siehe hierzu auch Kapitel 2 Nr. 2.1.1.4). In der Folge haben die meisten Länder ihre Formulierungen geändert und mehr oder weniger dem Beschluss angepasst. Beispiel ist

### „§ 29 NdsDSchG Ausgleich

(1) Soweit Anordnungen aufgrund dieses Gesetzes im Einzelfall zu einer unzumutbaren Belastung des Eigentums führen, hat das Land einen angemessenen Ausgleich in Geld zu gewähren, sofern und soweit die Belastung nicht in anderer Weise ausgeglichen werden kann.“

Die Bestimmungen über den Ausgleich bzw. synonym die Entschädigung stehen in engem Zusammenhang mit der Zumutbarkeitsproblematik. Die Gewährung eines Ausgleichs durch sog. Kompensationen und ggf. durch Geld hat das BVerfG systematisch erläutert und zur **Rechtmäßigkeitsvoraussetzung** für denkmalrechtliche Entscheidungen und Anordnungen gemacht. Kommt es auf die

2 In diesem Sinne auch die Stellungnahme des Bundes im Brandenburger ICE-Prozess, abgedruckt in Martin/Viebrock/Bielfeldt unter Kennzahl 93.51. Weitere Erläuterungen in Martin/Krautzberger, Handbuch, Teil D Rn. 108 ff. und bei Martin, Verursacher, Veranlasser und Kostenfolgen im Denkmalrecht, BayVBl 2001, 289 ff., 332 ff.

3 Neuerdings § 29 DSchGNW (2013). Ein besonders negatives Beispiel ist der 2008 eingefügte § 21 Abs. 3 DSchGRP mit kaum vollziehbaren Kostengrößen; hierzu Martin, Ein neues DSchG für RP, VR 2009, 88 ff. Zum Veranlasserprinzip siehe auch Kapitel 2 Nr. 2.3.10.

Zumutbarkeit an, fehlt sie dennoch und wird sie auch nicht durch rechtzeitige Kompensationen hergestellt, ist der Verwaltungsakt (Ablehnung der Beseitigung, Anordnung, denkmalrechtliche Nebenbestimmung) rechtswidrig, er kann auch nicht durch nachträgliche Leistungen oder das Angebot einer Übernahme rechtmäßig gemacht werden.

### 1.1.3 Gesetze und Verwaltungsanweisungen

#### 1.1.3.1 Vorgaben des Grundgesetzes und der Landesverfassungen

Einerseits gewährt das Grundgesetz Handlungsfreiheit und Eigentumsgrundrecht. Stichworte wie „absolutes Herrschaftsrecht“ und „Baufreiheit“ suggerieren die Dispositionsfreiheit, mit dem Privateigentum nach Belieben zu verfahren und es sogar vernichten zu können. Dies mag für Gegenstände gelten, die nicht besonderen öffentlichen Bindungen unterliegen. Bereits Abs. 2 des Art. 14 GG schränkt dies deutlich ein: Das „Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen“. Vorgezeichnet ist damit die Inanspruchnahme als besonders wichtig erkannter Güter mit einem Bezug zum Allgemeinwohl.

Andererseits minimiert das Grundgesetz scheinbar alle Rechte der Eigentümer und Investoren, indem es die Grundrechte durch den Gesetzesvorbehalt weitgehend aushöhlt. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG gibt nämlich den Gesetzgebern des Bundes und der Länder eine weitreichende Befugnis zur Einschränkung des Grundrechts: „Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt“. Dies gilt für ungezählte Bereiche der Verfassungswirklichkeit: Umwelt- und Naturschutz, Gewerbe-, Berufs- und Sicherheitsrecht und vieles mehr sowie schließlich auch das Denkmalrecht. Siehe hierzu Kapitel 2 Nr. 2.1.1. Obwohl zumindest das Grundgesetz keine ausdrückliche „Kulturstaatsklausel“ enthält, hat das BVerfG am 2.3.1999 (Nr. 1, siehe Kapitel 2 Nr. 2.1.2.1.5) die Bedeutung des Denkmalschutzes betont und unter C II formuliert:

- „a) Der Schutz von Kulturdenkmälern ist ein legitimes gesetzgeberisches Anliegen, Denkmalpflege eine **Gemeinwohlaufgabe von hohem Rang**, die einschränkende Regelungen i. S. von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG rechtfertigt.  
...
- b) Der Genehmigungstatbestand des § 13 Abs. 1 Satz 2 DSchPflG ist geeignet und erforderlich, den Zweck des Gesetzes zu erfüllen. Da die Beseitigung eines Kulturdenkmals nur genehmigt werden darf, wenn andere Erfordernisse des Gemeinwohls die Belange des Denkmalschutzes überwiegen, und zu prüfen ist, ob den überwiegenden Erfordernissen des Gemeinwohls nicht auf andere Weise Rechnung getragen werden kann, ist die Bewahrung geschützter Kulturdenkmäler in allen sonstigen Fällen gesichert. Ein anderes, gleich wirksames, aber das Eigentum weniger beeinträchtigendes Mittel ist nicht erkennbar.
- c) Die Anwendung der Norm führt im Regelfall auch nicht zu einer unverhältnismäßigen Belastung des Eigentümers im engeren Sinn. Dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung eines geschützten Denkmals kann nur durch Inpflichtnahme des Eigentümers des Grundstücks und Gebäudes Rechnung getragen werden, dessen Eigentümer daher einer gesteigerten Sozialbindung unterliegt. Sie ergibt sich aus der **Situationsgebundenheit**, hier der Lage und Beschaffenheit des Grundstücks (vgl. BVerwGE 94, 1, 4; BGHZ 105, 15, 18 jeweils m. w. N.; BayObLG, BayVBl 1999, 251, 252).“

Ob die Position des Eigentümers in unzumutbarer Weise beeinträchtigt würde, wenn er mit dem Ansinnen der Erhaltung, der Durchführung von Bauunterhalts- und Instandsetzungsarbeiten, Nutzungsbeschränkungen oder Nebenbestimmungen konfrontiert würde, ist jeweils nach der konkreten Situation und unter Berücksichtigung zahlreicher Umstände durch die Behörden zu entscheiden.

# 1. Kapitel Einführung in die Grundfragen der Zumutbarkeit

Die in allen Landesverfassungen enthaltenen **Staatszielbestimmungen** „Denkmalschutz“ oder „Kulturstaat“ erheben den Denkmalschutz in Verfassungsrang und führen dazu, dass konkurrierende Verfassungswerte – wie Eigentum, gemeindliche Selbstverwaltung – eingeschränkt und einer Abwägungsnotwendigkeit zugeführt werden; sie binden Gesetzgebung, Rechtsprechung und vollziehende Gewalt der Länder.<sup>4</sup>

## 1.1.3.2 Denkmalschutzgesetze

Sämtliche deutsche Denkmalschutzgesetze enthalten für ihre bereits kraft Gesetzes bestehenden oder infolge von behördlichen Entscheidungen möglichen Belastungen der Eigentümer oder sonstiger Verantwortlicher bereits sog. **Zumutbarkeitsvorbehalte**.

Beispiel:

### „§ 7 NdsDSchG Grenzen der Erhaltungspflicht

(1) Erhaltungsmaßnahmen können nicht verlangt werden, soweit die Erhaltung den Verpflichteten **wirtschaftlich unzumutbar** belastet.

(2) Ein Eingriff in ein Kulturdenkmal **ist zu genehmigen**, soweit . . .

3. die **unveränderte Erhaltung den Verpflichteten wirtschaftlich unzumutbar belastet**.

(3) **Unzumutbar ist** eine wirtschaftliche Belastung insbesondere, soweit die Kosten der Erhaltung und Bewirtschaftung nicht durch die **Erträge oder den Gebrauchswert** des Kulturdenkmals aufgewogen werden können. . . . Der Verpflichtete kann sich nicht auf die Belastung durch erhöhte Erhaltungskosten berufen, die dadurch verursacht wurden, dass Erhaltungsmaßnahmen diesem Gesetz oder sonstigem öffentlichem Recht zuwider **unterblieben** sind.“

Eine Auswahl prägnanter Formulierungen in den Gesetzen enthält die Zusammenstellung in Teil B.

## 1.1.3.3 Verwaltungsanweisungen

Einige Länder haben **Vollzugshinweise** speziell zur Zumutbarkeit erlassen. Auch diese orientieren sich mehr oder weniger an der aktuellen Rechtsprechung. Wegen ihrer Rechtstatsächlichkeit als Richtlinien der obersten Denkmalschutzbehörden können sie den Vollzug der Gesetze erleichtern, wenn sie entsprechend flexibel gefasst sind (Beispiel Bayern<sup>5</sup>, sie können aber den Vollzug auch erschweren, insbesondere wenn sie z. B. den Ausnahmecharakter des Zumutbarkeiterfordernisses nicht beachten und den Behörden einschränkungslos „Rechenaufgaben“ stellen (Beispiel Mecklenburg-Vorpommern<sup>6</sup>). Im Rahmen dieser Publikation werden in Kapitel 4 die in Teil E abgedruckten Verwaltungsanweisungen erläutert und zum Teil hinterfragt.

## 1.2 Lösungsansätze in Literatur und Rechtsprechung

Bei der Lösung der Rechtsprobleme im Zusammenhang mit Zumutbarkeitsfragen, aber auch mit Veranlasserprinzip und Ausgleichsanspruch brachte der Beschluss des BVerfG vom 2.3.1999, Nr. 1, eine entscheidende Wende.

4 Hammer, in: Martin/Krautzberger, Handbuch, 4. Aufl. 2017, Teil D Rn. 7 ff.

5 WFKMS = Schreiben des Ministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst vom 14.1.2009, B 4-K 5111.0–12c/31 828 (07), abgedruckt in Teil E Nr. 2.

6 Gemeinsame Hinweise Ministerium für Wirtschaft, Bau und Tourismus Mecklenburg-Vorpommern als oberste Bauaufsichtsbehörde und des Landesamtes für Kultur und Denkmalpflege zur Ermittlung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit/Unzumutbarkeit auf der Grundlage des jährlichen Gesamtertrages, Stand 2012, Auszug in Teil E Nr. 3.

### 1.2.1 Literatur

Wie für die Rechtsprechung bedeutet auch für das rechtswissenschaftliche Schrifttum der Beschluss des BVerfG von 1999 eine entscheidende Zäsur, da bis 1999 meist nach dem enteignenden Charakter der denkmalbedingten Belastungen gefragt wurde. Auf die Zusammenstellung der Literatur im Literaturverzeichnis ist zu verweisen. Nicht zu verkennen sind Unterschiede in der Darstellung der sog. Amtsjuristen (meist die Verfasser der Kommentare zu den Denkmalschutzgesetzen) und der Freiberuflichen (z. B. Moench, Haaß, Leidinger, Parodi) mit häufig entgegen gesetzten Blickwinkeln. Unterschiede bestehen auch in der Einschätzung des Beschlusses in zahlreichen Aufsätzen und Anmerkungen aus Wissenschaft und anwaltlicher Praxis.<sup>7</sup> Allerdings bewirkt die Entwicklung des Abwehrrechts im Denkmalrecht seit 2009 (Drittenschutz, dazu Kapitel 5.3), dass die jahrelange Frontenstellung sich auch umkehren und ein Privater von den Behörden mit anwaltlicher Hilfe „mehr Denkmalschutz“ einfordern kann. Ähnliches gilt für die in Entwicklung begriffene **Verbandsklage**.<sup>8</sup>

### 1.2.2 Rechtsprechung

#### 1.2.2.1 Bundesgerichte seit 1999

Besonders wichtig sind der richtungsweisende Beschluss des BVerfG von 1999 (Villa Neitzer) und folgende sieben Entscheidungen von Bundesgerichten (Fundstellen im Teil D jeweils mit Nummer):

- Nr. 1 BVerfG Beschl. v. 2.3.1999 (Villa Neitzer): Zumutbarkeit, Verhältnismäßigkeit, Verkauf, Ausgleich, Kompensationen;
- Nr. 2 BVerfG Beschl. v. 2.12.1999: Abbruch, enteignungsgleicher Eingriff, Primärrechtsschutz;
- Nr. 3 BVerfG Beschl. v. 16.2.2000: Altlasten, Verhältnismäßigkeit, Verkauf, sehenden Auges – die Entscheidung ist auch bestimmend für das Denkmalrecht;
- Nr. 4 BVerfG Beschl. v. 14.4.2010: Abbruch, Zumutbarkeit, Erwerbsumstände, wirtschaftliche Einheit;
- Nr. 5 BVerfG Beschl. v. 12.11.2003: Abbruch, Ermessen;
- Nr. 6 BVerfG Beschl. v. 21.4.2009: Bauunterhalt auf eigene Kosten;
- Nr. 7 BVerfG Beschl. v. 1.7.2009: Metropol II, Löschung aus Liste, individuelles Landesrecht.
- Nr. 8 BVerfG Beschl. v. 28.7.2016: Nachweis der fehlenden Veräußerungsmöglichkeit durch Eigentümer.

#### 1.2.2.2 Rechtsprechung vor 1999

Seit Inkrafttreten des Grundgesetzes hatte sich eine umfangreiche Rechtsprechung insbesondere zum Eigentumsgrundrecht entwickelt. Überblicke bieten insbesondere die hier nicht aufzählbaren Standard-Kommentare zum Grundgesetz bis zum Bearbeitungsstand 1998, Aufsätze insbesondere einiger Bundesrichter und eine unüberschaubare Literatur.

Besonders bemerkenswert waren die frühen Aussagen zur sog. **Situationsgebundenheit** des Eigentums. Dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung eines Denkmals kann nur durch Inpflichtnahme des Eigentümers Rechnung getragen werden, der daher einer gesteigerten Sozialbindung unterliegt. Diese ergibt sich aus der **Situationsgebundenheit**, hier der Lage und Beschaffenheit des Grundstücks.<sup>9</sup> Da der Grundsatz vom Vorrang des Primärrechtsschutzes durch die Ver-

7 BVerfG 2.3.1999 – 1 BvL 7/91, E 100, 226 = EzD 1.1 Nr. 7 mit Anm. Martin = Nr. 1; ferner u. a. Hönes, DSJ 1999/3 S. 119; Hammer, NVwZ 2000, 46; Ossenbühl, JZ 1999, 899; Schmidt, NJW 1999, 2847; Fendler, DVBl. 1999, 1501; Jutzi, NJ 1999, 534; Martin, BayVBl 2000, 584.

8 Hierzu Kloepfer, Denkmalschutz und Umweltschutz, S. 173 ff.; Kleine-Tebbe, in: Martin/Krautzbeger, Handbuch, 4. Aufl., Teil A Rn. 33 ff.

9 Vgl. BVerfG 2.3.1999 unter Hinweis auf BVerwGE 94, 1, 4 (Herrschinger Moos); BGHZ 105, 15, 18 jeweils m. w. Nachweisen; BayObLG, BayVBl. 1999, 251, 252.

# 1. Kapitel Einführung in die Grundfragen der Zumutbarkeit

waltungsgerichte noch nicht anerkannt war, urteilte in dieser Phase auch die Zivilgerichtsbarkeit über Eigentumsbeschränkungen aufgrund Denkmalrechts (z. B. zum Blüchermuseum BGH Urt. v. 9.10.1986, BGHZ 100, 24 ff.).

Auch die Rechtsprechung der Obergerichte der Länder vor 1999 ist nicht deckungsgleich. Ausgesprochen „denkmalfreundlichen“ Judikaten z. B. der bayerischen Gerichte (z. B. BayVerfGH 15.5.1981, BayVBl. 1981, 429; BayVGH 12.6.1978 – 71 XV 76 – BayVBl. 1979, 118 mit der mittlerweile aufgegebenen Trennung von Genehmigung und Zumutbarkeit, BayObLG 8.12.1998 – 2 RR 363/97 – EzD 5.4 Nr. 2) standen Entscheidungen gegenüber, die den Schutz des Eigentumsgrundrechts in den Vordergrund stellten (z. B. VGHBW 10.5.1988 – 1 S 1949/87 – EzD 2.2.6.1 Nr. 8 – „Pfarrhof Rudersberg-Steinberg“). Zu Details der Zumutbarkeit entwickelte sich eine umfangreiche Kasuistik (siehe die in EzD aufgenommenen Entscheidungen).

## 1.2.2.3 Rechtsprechungsübersicht seit 1999

Beginnend mit dem Beschluss des BVerfG 2.3.1999 schwenkten die Verwaltungsgerichte oft kurz entschlossen und unbeding, oft aber erst nach einer „Eingewöhnungsphase“ auf die neuen Vorgaben der Bundesgerichte ein. Manche Passagen wurden offensichtlich nicht in ihrer Tragweite erkannt (z. B. Veräußerungsargument des BVerfG, Bauunterhalt nach BVerwG, Erwerbsumstände nach dem Altlastenbeschluss). Unverkennbar ist auch heute noch, dass die Rechtsprobleme von den einzelnen Gerichten meist länderbezogen zum Teil anders wahrgenommen, mit nicht einheitlichen Argumenten nach zum Teil abweichenden Rechtsgrundlagen diskutiert und nach nicht unbeding deckungsgleichen Grundsätzen entschieden werden.

Die Zusammenstellung ausgewählter Gerichtsentscheidungen in Teil D enthält Auszüge aus ca. 100 Entscheidungen zu Zumutbarkeitsfragen; sie erhebt aber nicht den Anspruch auf Vollständigkeit.

## 1.3 Materiell-rechtliche Grundfragen

### 1.3.1 Zumutbarkeitsbegriffe

Ein von den Denkmalschutzgesetzen angesonnenes Verhalten ist dann zumutbar, wenn eine Abwägung aller einschlägigen individuellen Gesichtspunkte unter Berücksichtigung der objektiven Lage und unter Berücksichtigung des Verfassungsgrundsatzes der Sozialbindung des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 Satz 1 GG) ergibt, dass ein solches Verhalten in Fällen dieser Art billigerweise verlangt werden kann. Erst in den letzten Jahren wird deutlich, dass die Rechtsprechung nunmehr ausdrücklich unterscheidet zwischen der „**wirtschaftlichen Zumutbarkeit**“ und der „**sonstigen Zumutbarkeit**“. Diese Unterscheidung geht auf die Dogmatik zum Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** zurück. Siehe hierzu im Einzelnen Kapitel 2 Nr. 2.3.1 und Kapitel 3 Nr. 3.4.3.1.

### 1.3.2 Ausnahmecharakter der Unzumutbarkeit

#### 1.3.2.1 Unzumutbarkeit als Ausnahme

Nach dem wegweisenden Beschluss des BVerfG 2.3.1999, Nr. 1, spielt die wirtschaftliche Zumutbarkeit aus rechtssystematischen Gründen in den meisten Verfahren keine Rolle. Nur im Einzelfall kann sie Voraussetzung der Rechtmäßigkeit der Ablehnung eines Abbruchs eines Bau- oder der Beseitigung eines Bodendenkmals sein. Auch weitere Gerichte haben anerkannt, dass nur in **Ausnahmefällen** die Beseitigung eines Denkmals wegen Unzumutbarkeit für den Eigentümer trotz Vorliegens gewichtiger Gründe für die Erhaltung genehmigt werden muss.



### 1.3.2.2 Entbehrlichkeit der Zumutbarkeitsprüfung

Im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung ist auch festzustellen, ob es im Einzelfall **auf die Zumutbarkeit nicht ankommt** oder ob die Zumutbarkeit hergestellt werden kann. **Entbehrlich** ist die Zumutbarkeitsprüfung insbesondere in allen Fällen, in denen das Verhalten z. B. aufgrund Baurechts und des Rechts der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorgeschrieben wird; sie ist nur eingeschränkt Voraussetzung bei den städtebaulichen Geboten der §§ 175 ff. BauGB. Sie erübrigt sich bei der Durchführung unmittelbarer Maßnahmen der Behörden, die voll aus öffentlichen Mitteln finanziert werden. Ob und wie die Zumutbarkeit im Einzelfall **herbeigeführt** werden kann, hat die Rechtsprechung bisher nur vereinzelt und ohne erkennbares System geprüft. Siehe hierzu die Ausführung zu den Ausgleichsleistungen und Kompensationen in Kapitel 2 Nr. 2.1, Nr. 2.3.7 und 2.3.8.

In dem aus systematischen Gründen mehrstufigen Verfahren zur Prüfung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit ist auf **Stufe 1 als Vorfrage** zu prüfen, ob es überhaupt auf die rechnerische Zumutbarkeit ankommen kann (zur Mehrstufigkeit siehe Nr. 1.4 und Kapitel 3 Nr. 3.3.1). Nach dem gegenwärtigen Stand (2017) der Diskussion in Literatur und Rechtsprechung kann eine detaillierte Prüfung der rechnerischen Unzumutbarkeit insbesondere in folgenden Fällen entbehrlich sein, weil die Erfüllung der denkmalrechtlichen Pflichten ohne weiteres zumutbar ist, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen:

- Der Antragsteller hat **keine prüffähigen Unterlagen** vorgelegt (siehe Kapitel 3 Nr. 3.2.2).
- Beim Fehlen der **Grundrechtsfähigkeit** des Eigentümers bzw. Antragstellers (siehe Kapitel 2 Nr. 2.1.1.2).
- Bei der Erhaltung bzw. Instandsetzung entstehen ausschließlich Kosten, die auf die Unterlassung des Bauunterhalts oder eine sonstige **Verletzung denkmalrechtlicher Pflichten** oder deren Folgewirkungen (Folgeschäden) zurückgehen (siehe Kapitel 2 Nr. 2.3.5.6). Dieser Grundsatz ist in mehreren Denkmalschutzgesetzen sogar mehr oder weniger eindeutig formuliert (z. B. § 7 Abs. 3 Satz 3 Nds DSchG, § 2 Abs. 2 Satz 3 DSchGRP, § 10 Abs. 3 Satz 5 DSchGLSA).
- Bei der Erhaltung bzw. Instandsetzung gehen alle Kosten zurück auf bau- oder sicherheitsrechtliche Anforderungen (Verunstaltung, Standsicherheit, Brandschutz, Wärmeschutz, bloße Modernisierung). Einzelheiten sind strittig, siehe hierzu insbesondere Kapitel 4 Nr. 4.2.2.2 und 4.3.3.
- Der Antragsteller (Eigentümer oder Investor) hat das Baudenkmal bzw. das Grundstück mit dem Bodendenkmal in Kenntnis der Denkmaleigenschaft und der damit verbundenen denkmalrechtlichen Lasten erworben (**Erwerb sehenden Auges**, Kenntnis oder Kennenmüssen des Risikos, **spekulative Absichten**). Er kann sich nicht auf Unzumutbarkeit berufen. Im Grundsatz herrschende Meinung; Einzelheiten sind aber strittig, siehe hierzu Kapitel 2 Nr. 2.3.5.4.
- Das **Denkmal** bzw. das Grundstück mit dem Bodendenkmal **wird genutzt** und die bestehende Nutzung wird durch die denkmalrechtlichen Pflichten nicht beeinträchtigt (BVerfG 2.3.1999, Nr. 1). Ausdrücklich stellt dies § 7 Abs. 4 Satz 4 DSchGBbg heraus.<sup>10</sup> Das Eigentumsgrundrecht wird in solchen Fällen nicht eingeschränkt. Siehe hierzu Kapitel 2 Nr. 2.4.5.
- Die gewährten **Kompensationen** übersteigen den anerkennungsfähigen Erhaltungsbzw. Instandsetzungsaufwand offensichtlich. Dies ergibt sich aus BVerfG 2.3.1999, Nr. 1; siehe hierzu Kapitel 2 Nr. 2.3.8.

10 § 7 Abs. 4 Satz 4 DSchGBrbg: Eine unzumutbare Belastung liegt auch dann vor, soweit durch die Versagung einer Erlaubnis oder Maßnahmen nach diesem Gesetz eine bisher rechtmäßige oder zulässige, der Lage und Beschaffenheit des Denkmals entsprechende, insbesondere wirtschaftliche Nutzung des Denkmals unmöglich oder in einer Weise erschwert wird, so dass von dem Denkmal kein vernünftiger Gebrauch gemacht werden kann.

## 1. Kapitel Einführung in die Grundfragen der Zumutbarkeit

- Das Grundstück mit dem Denkmal kann **veräußert** werden; diese Möglichkeit schließt die Berufung auf Unzumutbarkeit in der Regel aus, solange nicht bestimmte Umstände einen Verkauf verbieten. So ausdrücklich BVerfG 2.3.1999, Nr. 1 und BVerwG 28.7.2016, Nr. 8. Details der Verkaufsverpflichtung sind z. T. strittig, siehe Kapitel 2 Nr. 2.3.6.
- Das Denkmal ist ohnehin **nicht für eine „geldwerte“ Nutzung bestimmt**; in solchen Fällen kann es auch keine Wirtschaftlichkeitsberechnung mit der Gegenüberstellung von Erträgen und Belastungen geben. Diese Konstellation wird von einigen Gerichten angedeutet, siehe Kapitel 2 Nr. 2.3.1.6.4.
- Nach der in allen Ländern geltenden Rechtslage kommt es auf wirtschaftliche Zumutbarkeit u. a. nicht an beim **Wiederherstellungsverlangen** nach ungenehmigter Veränderung oder Zerstörung eines Denkmals; siehe hierzu Kapitel 3 Nr. 3.4.2.2.5.

### 1.3.3 Herbeiführen der Zumutbarkeit, Kompensationen

Trotz unmissverständlicher Formulierungen im Beschluss des BVerfG vom 2.3.1999, Nr. 1, zeigt die Praxis der Behörden und Gerichte offensichtliche Unsicherheiten hinsichtlich der vom BVerfG aufgezählten Kompensationen, die häufig die Zumutbarkeit herbeiführen und sogar eine rechnerische Prüfung entbehrlich machen können (Mehrstufigkeit des Verfahrens, siehe Nr. 1.4 und Kapitel 3 Nr. 3.3.1). Zu den Kompensationen siehe Kapitel 2 Nr. 2.3.7 und 2.3.8:

**Kompensationen** können insbesondere sein Steuervorteile (Kapitel 2 Nr. 2.3.7.1), Leistungen Dritter: Zuwendungen und private Leistungen (Nr. 2.3.7.3) und Versicherungsleistungen (Nr. 2.3.7.2). Weitere Kompensationen im Sinne des BVerfG können insbesondere sein (Nr. 2.3.8): Reduzierung der Anforderung der Denkmalpflege, teilweise Aufgabe des Baudenkmals, Ausweitung der Nutzungsmöglichkeiten, Dispense von Vorschriften, Entgegenkommen von Behörden in technischen, finanziellen oder administrativen Fragen, Übernahme auf die öffentliche Hand.

Im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung ist auch festzustellen, ob es im Einzelfall auf die **Zumutbarkeit nicht ankommt** (Nr. 1.3.2.2.) oder ob sie hergestellt werden kann. Ob und wie sie im **Einzelfall herbeigeführt** werden kann, hat die Rspr. bisher nur vereinzelt und ohne erkennbares System geprüft. Entscheidend ankommen kann es nach BVerfG ferner auf die meist bestehende Verkaufsmöglichkeit (siehe Kapitel 2 Nr. 2.3.6) und schließlich auf **Ausgleichsleistungen** (Grundgedanke des **Vorteilsausgleichs**). In der **Praxis** können die aufgezeigten Möglichkeiten im Einzelfall auch kombiniert werden. Zu berücksichtigen sind auch bereits Vorleistungen der Behörden **zu früheren Zeitpunkten**.

### 1.3.4 Übersicht über ausgewählte Einzelprobleme

Im Rahmen dieser Monographie sind zahlreiche Einzelprobleme der Zumutbarkeit abzuhandeln, die im Laufe der Jahrzehnte in Literatur und Rechtsprechung aufgeworfen und durchaus nicht immer im Einklang gelöst wurden. Die nachfolgende Übersicht soll zu den wichtigsten Fundstellen innerhalb der Darstellung hinführen.

- Zumutbarkeit in anderen Rechtsgebieten; siehe Nr. 2.3.2.
- Entbehrlichkeit der Zumutbarkeitsprüfung; siehe Nr. 1.3.2.2
- Mehrstufige Prüfung der Zumutbarkeit; siehe Nr. 1.4, 3.3.1.
- Antrag, Unterlagen, Obliegenheiten; siehe Nr. 1.4, 3.3.1, 3.2, 5.5.2.
- Ermessen und Abwägung; siehe Nr. 1.4, 3.3.2, 3.4.3.3.
- Objektive oder subjektive Betrachtung; siehe Nr. 2.3.5 und 2.4.1.
- Grundrechtsträgerschaft; siehe Nr. 2.1.1.2 und 2.3.4.
- Denkmalbegriff und Zumutbarkeit; siehe Nr. 2.4.2.
- Zustand, Untergang, Kopie; siehe Nr. 2.3.5.6, 2.3.10.1, 2.4.2.1.