

Dimitrij Davydov

# Frustra legis auxilium quaerit qui in legem committit?

Zu den Folgen rechtswidrigen Verhaltens im Denkmalrecht

Die auf das römische Recht zurückgehende Regel „Frustra legis auxilium quaerit qui in legem committit“<sup>1</sup> sollte einer missbräuchlichen Rechtsanwendung einen Riegel vorschieben. Ihr lag der nachvollziehbare Gedanke zugrunde, dass niemand aus einem gesetzeswidrigen Verhalten einen Vorteil schöpfen sollte. In der Praxis der öffentlichen Verwaltung – auch im Bereich des Denkmalschutzes – ist jedoch nicht selten das Gegenteil der Fall: Derjenige, der die vorgeschriebenen Verfahren umgeht oder die gesetzlichen Verpflichtungen missachtet, erlangt im Ergebnis eine Rechtsposition, die einem rechtstreuen Bürger bei strikter Gesetzesanwendung verwehrt gewesen wäre. Die bestehenden gesetzlichen Regelungen bieten, jedenfalls bei vordergründiger Betrachtung, kaum Instrumente zur Abwehr rechtsmissbräuchlichen Verhaltens. Es darf jedoch der Sinn und Zweck der denkmalrechtlichen Bestimmungen – der Pflichten und der Rechte gleichermaßen – nicht aus den Augen verloren werden.

## Erlaubnisverfahren

Dass die Einzelfallgerechtigkeit in der Verwaltungspraxis der Denkmalbehörden mitunter an ihre Grenzen stößt, demonstriert der Umgang der Denkmalbehörden mit den Verstößen gegen die denkmalrechtliche Erlaubnispflicht. Die verbreitete Vorgehensweise, die denkmalrechtliche Erlaubnis auch noch nach der Ausführung des erlaubnispflichtigen Bauvorhabens zu erteilen, wird kaum kritisch reflektiert. Dabei ist die Nachholung des Erlaubnisverfahrens nicht nur rechtspolitisch – wegen der damit scheinbar suggerierten Beliebigkeit des Zeitpunkts der denkmalfachlichen Beurteilung – zweifelhaft, sondern es fehlt auch an greifbaren Anhaltspunkten für ihre rechtsdogmatische Begründung.

Im Bauordnungsrecht ist die nachträgliche Billigung (Legalisierung) von Schwarzbauten gängige Praxis. Zwar dient die Baugenehmigung grundsätzlich dazu, die Rechtmäßigkeit des Bauvorhabens vorab zu prüfen.<sup>2</sup> Stellt sich jedoch im Nachhinein heraus, dass einem ohne Genehmigung ausgeführten genehmigungspflichtigen Bauvorhaben öffentlich-rechtliche – insbesondere bauplanungs- und bauordnungsrechtliche – Vorschriften nicht entgegenstehen (§ 75 Abs. 1 Satz 1 BauO NRW), besteht kein Grund, dem Bauherrn eine verbindliche Feststellung der Vereinbarkeit des Vorhabens mit den Bauvorschriften zu verweigern.<sup>3</sup> Die rechtmäßigen Zustände werden dann durch die Nachholung der unterbliebenen Verfahrensschritte hergestellt.<sup>4</sup> Diese Vorgehensweise auf die Fälle der illegalen Ausführung von erlaubnispflichtigen Maßnahmen im Denkmalrecht zu übertragen, liegt zunächst nicht fern. Bei näherer Betrachtung ergeben sich jedoch Zweifel an der Vergleichbarkeit des bauordnungsrechtlichen Genehmigungsvorbehalts mit seiner denkmalrechtlichen Parallelvorschrift.

Bestimmte Nuancen lassen sich bereits auf der Ebene des Gesetzeswortlauts feststellen. Der bauordnungsrechtliche Genehmigungstatbestand (§ 63

Abs. 1 Satz 1 BauO NRW) enthält lediglich die allgemeine Aussage, dass die Errichtung, die Änderung, die Nutzungsänderung und der Abbruch baulicher Anlagen sowie anderer Anlagen und Einrichtungen im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 der Baugenehmigung bedürfen, ohne dass daraus der Zeitpunkt der behördlichen Prüfung – vor Beginn der Baumaßnahme – zwingend abzuleiten wäre. Erst aus § 75 Abs. 5 BauO NRW ergibt sich, dass mit der Bauausführung vor Zugang der Baugenehmigung nicht begonnen werden darf. Der Wortlaut des Denkmalschutzgesetzes ist eindeutiger: Gemäß § 9 Abs. 1a DSchG NRW bedarf der Erlaubnis der Unteren Denkmalbehörde, wer Denkmäler verändern oder beseitigen, ihre Nutzung ändern oder sie an einen anderen Ort verbringen „will“. Gegenstand der denkmalrechtlichen Prüfung ist somit stets eine geplante, in der Zukunft liegende Maßnahme und nicht eine bereits ausgeführte.

Ob das Denkmalschutzgesetz nicht dennoch die Möglichkeit einer nachträglichen Erlaubniserteilung eröffnet, hängt mit der Funktion des in § 9 DSchG NRW verankerten präventiven Beseitigungs- und Veränderungsverbots zusammen. Diese besteht darin, die beabsichtigten Maßnahmen gerade einer vorherigen Denkmalverträglichkeitsprüfung zu unterziehen<sup>5</sup> und gegebenenfalls im Wege von Nebenbestimmungen sicherzustellen, dass den Zielen der Denkmalpflege Rechnung getragen wird. Denn nur auf diese Weise können Änderungswünsche des Bauherrn rechtzeitig, also vor der ggf. drohenden Vernichtung historischer Bausubstanz, in fachlich einwandfreier Weise gesteuert werden.<sup>6</sup> Die Denkmalbehörde soll sich vorab den Eindruck verschaffen können, so dass sie in die Lage versetzt wird, zu entscheiden, ob die begehrte Maßnahme ohne jede Einschränkung oder mit Nebenbestimmungen oder aber überhaupt nicht zugelassen werden kann. So stellt das Amtsgericht Düsseldorf zutreffend fest, eine Anzeige an die Untere Denkmalbehörde mit dem Ziel der nachträglichen Genehmigung macht keinen

Sinn mehr, wenn eine Veränderung oder gar Beseitigung des Denkmals bereits stattgefunden hat.<sup>7</sup>

Ein weiterer Unterschied zwischen dem baurechtlichen Genehmigungsverfahren und dem denkmalrechtlichen Erlaubnisverfahren betrifft das Prüfprogramm der jeweils zuständigen Behörde. Prüfungsgegenstand der für die Erteilung der Baugenehmigung zuständigen Bauaufsichtsbehörde sind Umstände, die typischerweise selbst nach der Ausführung der Baumaßnahme feststellbar sind. So lässt sich regelmäßig auch noch nachträglich ermitteln, ob z. B. ein Neubau mit den Festsetzungen eines qualifizierten Bebauungsplans im Einklang steht (§ 31 Abs. 1 BauGB) oder sich in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt (§ 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB), ob die vorgeschriebenen Abstandsflächen (§ 6 BauO NRW) oder Mindestraumhöhen (§ 48 Abs. 1 BauO NRW) eingehalten werden usw. Demgegenüber ergibt sich für das Prüfprogramm der Denkmalbehörden im denkmalrechtlichen Erlaubnisverfahren ein anderes Bild. Die hier gebotene Abwägung zwischen den Belangen des Denkmalschutzes und den gegenläufigen privaten und öffentlichen Interessen setzt stets eine einzelfallbezogene Ermittlung und Gewichtung der konkret betroffenen Interessen voraus. Die Spezifik der im Denkmalrecht entscheidungsrelevanten Umstände besteht indes darin, dass sie vielfach im Nachhinein nicht mehr ermittelt werden können. Denn je nach geplantes Eingriff kann die Bewertung seiner Schwere und Tragweite z. B. bauarchäologische Voruntersuchungen erforderlich machen, in deren Rahmen der Zeugniswert des Denkmals erst hinreichend präzisiert wird. Für die Abwägung relevant kann auch der Erhaltungszustand der denkmalwerten Substanz sein: Ist diese abgängig und nicht mehr zu retten, kann dem Wunsch nach Substanzerneuerung aus denkmalfachlicher Sicht nichts entgegengesetzt werden; andernfalls gilt der Vorrang der Substanzerhaltung. Gerade im Abbruchverfahren führt die Feststellung, dass ein Denkmal in seiner Gesamtheit – oder zumindest hinsichtlich seiner charakteristischen, den Zeugniswert konstituierenden Merkmale – technisch nicht mehr instandgesetzt werden kann, so dass am Ende einer Sanierung des Denkmals ein Nachbau entstände, zur Erlaubnisfähigkeit des Abbruchs.<sup>8</sup> Dass dem so ist, muss der Antragsteller im Rahmen des ordnungsgemäßen – also vorherigen – Erlaubnisverfahrens grundsätzlich selbst darlegen und gegebenenfalls beweisen. Aus der nachträglichen Perspektive lässt sich allerdings nicht mehr mit Sicherheit feststellen, ob die bereits beseitigte Substanz zum Zeitpunkt des Eingriffs erhaltungsfähig war oder nicht.

Einen wesentlichen Unterschied zwischen dem bauordnungsrechtlichen Genehmigungs- und dem denkmalrechtlichen Erlaubnisvorbehalt macht schließlich das in § 29 Abs. 1 DSchG NRW ausdrücklich verankerte Verursacherprinzip aus, wonach

derjenige, der ein Bau- oder Bodendenkmal zerstören oder beschädigen will, vorab die notwendigen wissenschaftlichen Untersuchungen, etwa eine archäologische Rettungsgrabung oder eine bauhistorische Befunddokumentation, auf eigene Kosten sicherstellen muss. Dem Verursacherprinzip liegt offensichtlich der Kompensationsgedanke zugrunde: Wenn der Begünstigte einer denkmalrechtlichen Erlaubnis, die eine Zerstörung oder Beschädigung eines Denkmals gestattet, dem kulturellen Erbe einen Schaden zufügt, ist er zumindest mitverantwortlich für die Bewahrung dessen, was durch die Baumaßnahmen in Mitleidenschaft gezogen wird.<sup>9</sup> Führt der Eigentümer oder Besitzer eines Denkmals einen erlaubispflichtigen Eingriff aus, ohne die Erlaubnis eingeholt zu haben, nimmt er der Unteren Denkmalbehörde und dem Denkmalpflegeamt des Landschaftsverbandes dadurch die Möglichkeit, vor Beginn der Maßnahme zu entscheiden, ob und in welchem Umfang vorherige oder maßnahmenbegleitende bauhistorische oder archäologische Untersuchungen erforderlich sind. Das Anliegen des Gesetzgebers, den Verursacher des Eingriffs wenigstens für die Sicherung des Denkmals als Sekundärquelle in Anspruch zu nehmen, wird damit vereitelt.

Die Übertragung der baurechtlichen Praxis der nachträglichen Legalisierung von Schwarzbauten auf das denkmalrechtliche Erlaubnisverfahren ist nach alledem geeignet, den rechtswidrig agierenden Bauherrn gegenüber dem rechtstreuen Bürger zu bevorzugen, da sie die Möglichkeit eröffnet, die erlaubispflichtige Maßnahme entweder überhaupt oder jedenfalls erheblich schneller und unter Umgehung von aufwändigen Nebenbestimmungen zu realisieren. Die nachträgliche Erlaubniserteilung entfaltet zugleich eine negative Vorbildwirkung, die durch die in § 41 DSchG NRW eingeräumte Möglichkeit, Verstöße gegen die Verfahrenspflicht mit einem Bußgeld zu ahnden, erfahrungsgemäß nicht eingedämmt wird. Es kann damit im Ergebnis schwerlich davon die Rede sein, dass durch Nachholung des Erlaubnisverfahrens rechtmäßige Zustände hergestellt werden.<sup>10</sup>

### Zumutbarkeitsprüfung

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die Beschränkung der Belastung des Denkmaleigentümers auf ein erträgliches Maß durchziehen – zu Recht – wie ein roter Faden das gesamte Denkmalrecht und begrenzen die Eingriffsbefugnisse der Denkmalbehörden. So folgt beispielsweise aus § 7 Abs. 1 DSchG NRW, dass dem Denkmaleigentümer keine Instandsetzungs- oder Instandhaltungsarbeiten abverlangt werden können, die ihm nicht zumutbar sind.<sup>11</sup> Diese rechtstaatlich gebotenen Instrumente zur Herstellung einer Balance zwischen dem Interesse der Öffentlichkeit an der Erhaltung des kulturellen Erbes und den berechtigten Anliegen des Denkmaleigentümers erweisen sich jedoch bei näherer Betrachtung als missbrauchsanfällig.

Als eine Achillesferse stellt sich dabei das etablierte Schema für die Ermittlung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit dar, das einerseits im Zusammenhang mit dem Erlass von Erhaltungsanordnungen der Denkmalbehörden (§ 7 Abs. 2 DSchG NRW), andererseits im Zusammenhang mit der Bescheidung von Erlaubnisansprüchen eingriffswilliger Denkmaleigentümer (§ 9 Abs. 1 a DSchG NRW) angewandt wird. Die Rechtsprechung geht nämlich davon aus, dass die Zumutbarkeit der wirtschaftlichen Belastung des Denkmaleigentümers nicht subjektiv, etwa anhand seiner wirtschaftlichen Verhältnisse, sondern objektiv-objektbezogen, anhand der Erträge und des Gebrauchswertes des konkreten Denkmalobjekts ermittelt werden muss.<sup>12</sup> Auf den Punkt gebracht, lautet die Forderung, ein Denkmal müsse sich auf Dauer „selbst tragen“, damit seine Erhaltung zumutbar ist.<sup>13</sup> Dabei zeichnet sich allerdings die Gefahr ab, dass einem störenden Denkmal sowohl auf der Einnahmen- als auch auf der Ausgabenseite zur „Untragbarkeit“ verholpen werden kann.

Bei der Ermittlung der Einnahmen ist es grundsätzlich sachgerecht, das Ertragspotential des gesamten im Eigentum des Betroffenen stehenden Grundstücks in den Blick zu nehmen; dies ist mittlerweile auch in der Rechtsprechung anerkannt.<sup>14</sup> Diese Anforderung wird jedoch in der Praxis teilweise durch die – denkmalrechtlich grundsätzlich erlaubnisfreie – Grundstücksteilung unterlaufen, indem Denkmalgrundstücke geschaffen werden, die weitgehend auf die Grundfläche des Denkmals reduziert und deshalb einer wirtschaftlichen Verwertung kaum noch zugänglich sind. Das Bundesverfassungsgericht hat der bewussten Reduzierung von Denkmalgrundstücken in seiner „Schlosskapellenentscheidung“, bei der es um die Zumutbarkeit der Erhaltung einer aus einer denkmalgeschützten Gesamtanlage durch Grundstücksteilung „herausgeschnittenen“ Schlosskapelle ging, einen Riegel vorgeschoben.<sup>15</sup> Dabei verwies es auf seine bisherige Rechtsprechung zum Verhältnis von Denkmalschutz und Eigentumsfreiheit: Die Erhaltung des Denkmals sei dem Betroffenen erst dann nicht zumutbar, wenn selbst aus der Sicht eines dem Denkmalschutz gegenüber aufgeschlossenen Denkmaleigentümers keine wirtschaftlich sinnvolle Nutzungsmöglichkeit mehr bestehe und das Denkmal auch praktisch nicht zu veräußern sei.<sup>16</sup> Im „Schlosskapellenfall“ gab gerade die vom Bundesverfassungsgericht verwendete Rechtsfigur des „dem Denkmalschutz aufgeschlossenen Eigentümers“ den Ausschlag. So führte das Gericht aus, ein dem Denkmalschutz aufgeschlossener Eigentümer würde eine unter Denkmalschutz gestellte Gesamtanlage nicht zu dem Zweck, die Voraussetzungen der vermeintlichen Unzumutbarkeit der Erhaltung eines Teils des Denkmals zu schaffen, eigentumsrechtlich aufspalten; eine dem Denkmalschutz aufgeschlossene Person würde eine derartige Eigentumsposition auch nicht erwerben. Da-

mit hatte der Kläger mit seiner Argumentation, die Erhaltung der Kapelle sei aus ihren Erträgen nicht finanzierbar, im Ergebnis keinen Erfolg.

Fraglich ist allerdings, ob die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts auch auf weitere Fälle der bewussten und zielgerichteten Herbeiführung der Ertragslosigkeit übertragbar ist, also beispielsweise auf den Fall der eigentumsrechtlichen Aufspaltung einer wirtschaftlichen Gesamtheit, die – anders als im „Schlosskapellenfall“ – nicht insgesamt unter Denkmalschutz steht. Wendet man die Rechtsfigur des „dem Denkmalschutz aufgeschlossenen Eigentümers“ konsequent an, müsste jeder Versuch, die Ertragschancen eines Denkmals, etwa durch Ausparzellierung von Baugrundstücken, zu minimieren, als rechtsmissbräuchlich betrachtet werden. Die Konsequenz wäre dann, dass die Einnahmen aus der Grundstücksveräußerung nicht mehr als „sonstiges Vermögen“ des Denkmaleigentümers angesehen werden dürften, sondern auf der Ertragsseite dem Denkmal zugerechnet werden müssten.

Bei der Ermittlung der wirtschaftlichen Belastung werden nach gefestigter Rechtsprechung sämtliche laufenden und einmaligen Kosten, die für das Objekt anfallen, berücksichtigt.<sup>17</sup> Geht es dabei um Aufwendungen, die notwendig sind, um das Denkmal in einen gebrauchsfähigen Zustand zu versetzen, insbesondere um Kosten der Beseitigung von Substanzschäden, stellt sich die Frage, inwieweit eine vorsätzliche oder zumindest fahrlässige Vernachlässigung der Denkmalsubstanz dem nicht erhaltungswilligen Eigentümer zugutekommen kann. Im Zusammenhang mit den Erhaltungsanordnungen der Denkmalbehörden (§ 7 Abs. 2 DSchG NRW) ergibt sich aus § 7 Abs. 1 Satz 3 DSchG NRW, dass Denkmaleigentümer und sonstige Nutzungsberechtigte sich auf solche Belastungen durch erhöhte Erhaltungskosten nicht berufen können, die dadurch verursacht worden sind, „dass Erhaltungsmaßnahmen entgegen dem DSchG oder entgegen anderen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen unterblieben sind.“ Damit ist sichergestellt, dass die Zumutbarkeitsschwelle in Fällen des § 7 Abs. 2 DSchG sich zu Lasten des Denkmaleigentümers verschiebt, wenn der Instandsetzungsbedarf des Denkmals auf den gesetzwidrig unterlassenen Bauunterhalt zurückzuführen ist.<sup>18</sup>

Den in § 7 Abs. 1 Satz 3 DSchG NRW zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken überträgt die Rechtsprechung auf das denkmalrechtliche Erlaubnisverfahren, indem wirtschaftlichen Belastungen, die aus vorausgegangenen Verletzungen denkmalrechtlicher Pflichten resultieren, im Rahmen der hier gebotenen Interessenabwägung die Anerkennung versagt wird.<sup>19</sup> Zur Begründung führt das OVG NRW aus, der Eigentümer eines Denkmals könnte sonst „bei hinreichend langer Vernachlässigung des Denkmals regelmäßig die teilweise oder völlige Aufgabe des Denkmalschutzes erzwingen.“ Da das OVG NRW in diesem Zusammenhang neben

§ 7 Abs. 1 Satz 3 DSchG NRW stets auch § 27 DSchG NRW zitiert, ist anzunehmen, dass nicht nur eine passive Vernachlässigung der Denkmalsubstanz, sondern – erst Recht – ihre aktive Schädigung zur partiellen oder vollständigen Aberkennung der daraus erwachsenden Kosten im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung führen muss.

Die Verantwortung des Denkmaleigentümers für die Höhe des Erhaltungsaufwands kann unter Umständen durch weitere subjektive Faktoren, etwa ein Fehlverhalten des Betroffenen beim Erwerb des Denkmals, verschärft werden. Denn das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, dass bei der Beurteilung dessen, was dem Denkmaleigentümer im Interesse des Gemeinwohls zugemutet werden kann, auch maßgeblich ist, ob er die entsprechende Belastung oder zumindest das Risiko einer solchen Belastung beim Grundstückserwerb gekannt hat.<sup>20</sup> Daraus ergeben sich nach der Auffassung des VG Köln über die ansonsten angezeigte Kürzung der geltend gemachten Erhaltungsaufwendungen hinausgehende Konsequenzen: Wird ein bestimmungsgemäß genutztes Denkmal in Kenntnis der Denkmaleigenschaft und seiner gegebenen Sanierungsbedürftigkeit günstig mit der offenkundigen Absicht erworben, es nicht zu erhalten, sondern das Grundstück bestmöglich zu verwerten und wird das Denkmal anschließend über Jahre hinweg dem Verfall anheim gegeben, lässt sich mit dem üblichen Prüfungsschema kein sachgerechtes Ergebnis erzielen. In einem derartigen Fall kann sich der Eigentümer nach Auffassung des Gerichts grundsätzlich nicht darauf berufen, dass die Erhaltungs- und Unterhaltungskosten des Denkmals aus den erzielbaren Erträgen nicht gedeckt werden könnten.<sup>21</sup>

Damit zeigt sich, dass die objektiv-objektbezogene Zumutbarkeitsprüfung – zur Vermeidung von evident ungerechten, den Rechtsmissbrauch begünstigenden Ergebnissen – in unterschiedlichen Fällen einer Korrektur bedarf.<sup>22</sup>

### Untergang der Denkmaleigenschaft

Außerhalb der Zumutbarkeitsprüfung taucht die Frage nach den Folgen vorausgegangener Rechtsverstöße auch im Zusammenhang mit dem Fortfall der Denkmaleigenschaft auf. Generell gilt, dass die den Denkmalwert begründende Bedeutung eines Objekts entfällt, wenn die Originalsubstanz zerstört oder so stark verändert ist, dass daran die historischen Ereignisse, Entwicklungen oder Zusammenhänge, für die das Denkmal Zeugnis abgelegt hat, selbst für einen fachkundigen Betrachter nicht mehr ablesbar sind. In diesem Fall muss der Unterschutzstellungsakt rückgängig gemacht werden: Bei einer vorläufigen Unterschutzstellung ist die Unterschutzstellungsanordnung von Amts wegen aufzuheben, bei einer endgültigen Unterschutzstellung die Eintragung in die Denkmalliste von Amts wegen zu löschen (§ 3 Abs. 4 DSchG NRW). Obwohl das Gesetz eine Löschung der Eintragung

von Amts wegen und nicht etwa auf Antrag des Betroffenen vorsieht, wird ein Antragsrecht und, damit einhergehend, ein einklagbarer Anspruch des Denkmaleigentümers auf Löschung der Eintragung analog § 3 Abs. 4 DSchG grundsätzlich anerkannt. Denn eine Gesetzesauslegung, die einen solchen Anspruch verneinen würde, würde den Eigentümer in unverhältnismäßiger Weise in Anspruch nehmen, ohne dass dies auch weiterhin durch das die Eintragung begründende besondere öffentliche Interesse gerechtfertigt wäre.<sup>23</sup>

Zweifelhaft ist jedoch, ob der Eigentümer eines beschädigten und vermeintlich abgängigen Denkmals durch die Fortdauer der Unterschutzstellung auch dann unverhältnismäßig belastet ist, wenn er die Umstände, die seiner Auffassung nach zum Untergang der Denkmaleigenschaft geführt haben, selbst zu verantworten hat, also das Denkmal mutwillig beschädigt hat oder sehenden Auges hat verfallen lassen. Das OVG NRW hat im Jahre 2007 die Grenzen der analogen Anwendung des § 3 Abs. 4 DSchG NRW aufgezeigt: Ein Anspruch auf Löschung der Eintragung sei dann ausgeschlossen, wenn Veränderungen, auf die sich der Betroffene beruft, durch Verstöße gegen die Erhaltungspflicht (§ 7 Abs. 1 Satz 1 DSchG) oder das Veränderungsverbot (§ 9 Abs. 1 DSchG) eingetreten sind.<sup>24</sup> Auch in dieser Einschränkung kommt die bereits angesprochene Erwägung zum Ausdruck, dass es dem Denkmaleigentümer verwehrt sein muss, durch gezielte Vernichtung oder auch nur durch hinreichend lange Vernachlässigung des Denkmals die Zurücknahme oder völlige Aufgabe des Denkmalschutzes zu erzwingen. Man könnte zwar einwenden, beim § 3 Abs. 1 DSchG NRW handele es sich nicht um eine Sanktionsnorm, die sicherstellen soll, dass ein untergegangenes Denkmal weiterhin rechtlich als existierend behandelt werden soll. Allerdings geht es hier auch nicht um eine Verschiebung der behördlichen Beurteilungsmaßstäbe im Lösungsverfahren, sondern um eine Einschränkung der subjektiven Rechtsposition, mit der Konsequenz, dass die Löschung nicht einklagbar sein soll, wenn die Denkmalbehörden zum Ergebnis gelangen, dass die Voraussetzungen des § 3 Abs. 4 DSchG nicht vorliegen.

Wenn die vorausgegangene aktive oder passive Substanzschädigung im Rahmen des Lösungsverfahrens zu Lasten des Antragstellers berücksichtigt werden muss, leuchtet nicht ein, dass dieses Verhalten im Rahmen des denkmalrechtlichen Erlaubnisverfahrens folgenlos bleiben soll. Dennoch hat das OVG NRW in einem Abbruchverfahren im Jahre 2009<sup>25</sup> den Anspruch auf die Beseitigung eines sanierungsbedürftigen Fachwerkhauses mit der Erwägung bestätigt, die Sanierung des Objekts würde faktisch zur Herstellung eines Neubaus führen und damit die Denkmaleigenschaft entfallen lassen. Den Einwand der Denkmalbehörde, den schlechten bautechnischen Zustand habe der Kläger selbst zu verantworten, hat das Gericht dabei

nicht gelten lassen: Es sei fraglich, ob der Rechtsgedanke des § 7 Abs. 1 Satz 3 DSchG NRW, wonach sich ein Eigentümer nicht auf die dem öffentlichen Recht widersprechende Unterlassung von Erhaltungsarbeiten berufen kann, im Zusammenhang überhaupt anwendbar ist. Aus § 27 Abs. 2 DSchG NRW folge nämlich, dass nur bei widerrechtlicher und schuldhafter Beschädigung und Zerstörung eines Denkmals die Wiederherstellung ungeachtet des Umstandes gefordert werden könne, dass die Denkmalaussage mit dem Denkmal untergegangen sei. Mit dieser Argumentation setzt sich das OVG freilich über seine eigene, im Zusammenhang mit § 9 mit der Zumutbarkeitsprüfung angestellte Erwägung hinweg, es könne nicht zugelassen werden, dass eine hinreichend lange Vernachlässigung des Denkmals Früchte trägt. Denn aus der Sicht des abbruchwilligen Eigentümers ist es gleich, ob er das pflichtwidrig vernachlässigte Denkmal nun unter Berufung auf die vermeintlich fehlende Zumutbarkeit der Erhaltungskosten oder unter Berufung auf die vermeintlich fehlende Instandsetzungsfähigkeit des Objekts beseitigen kann.

### Schlussbetrachtung

Die Analyse der aktuellen Verwaltungspraxis zeigt, dass längst nicht immer derjenige, der gegen das Denkmalschutzgesetz verstößt, deshalb Einbußen in der rechtlichen Durchsetzung seiner Interessen befürchten muss. Damit bleiben sowohl die wünschenswerten Einzelfallgerechtigkeit als auch die rechtsstaatlich gebotene Gleichbehandlung bisweilen auf der Strecke. Gleichwohl kann man aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Eigentumsgrundrecht Anhaltspunkte für eine angemessene Berücksichtigung vorausgegangenen Fehlverhaltens im denkmalrechtlichen Verfahren entnehmen. Insbesondere die vom Bundesverfassungsgericht verwendete und mittlerweile auch von den Obergerichten übernommene Rechtsfigur eines als Leitbild gedachten „dem Denkmalschutz aufgeschlossenen Eigentümers“ lässt sich zur Vermeidung eines die Sozialbindung des Eigentums aushebelnden, missbräuchlichen Umgangs mit dem kulturellen Erbe fruchtbar machen. Im Übrigen dürfen im Verwaltungsvollzug der – auch im öffentlichen Recht anwendbare<sup>26</sup> – Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB)<sup>27</sup> und das mit diesem Grundsatz verbundene Rechtsinstitut der Verwirkung<sup>28</sup> nicht aus den Augen verloren werden: Wer die in § 1 Abs. 1 Satz 1 DSchG NRW niedergelegten Ziele des Denkmalschutzes in vorwerfbarer Weise unterläuft und die Denkmalbehörden vor vollendete Tatsachen stellt, kann nicht erwarten, die ihm nach dem Denkmalschutzgesetz gegenüber der öffentlichen Hand zustehenden Rechte voll ausschöpfen zu können.

Denkmalschutzrecht ist in erster Linie Gefahrenabwehrrecht. Seinen Kernbereich machen deshalb hoheitliche Gebote und Verbote aus, die an Eigentümer und sonstige Verfügungsberechtigte von

Bau- und Bodendenkmälern und sonstigen Bestandteilen des kulturellen Erbes gerichtet sind. Die Wirksamkeit dieser Regelungen hängt nicht allein von der Bereitschaft der Vollzugsbehörden ab, gegen erst drohende Gefahren einzuschreiten, sondern letztlich auch von ihrer Intoleranz gegenüber schon eingetretenen Schäden.

### Anmerkungen

1 Wörtlich: „Vergebens sucht die Hilfe des Gesetzes, wer selbst gegen das Gesetz verstößt“, s. Detlef Liebs (Hg.), Lateinische Rechtsregeln und Sprichwörter, 7. Aufl. 2007, S. 88.

2 Es entspricht dem Wesen einer Genehmigung/Erlaubnis, dass die behördliche Kontrolle vor Beginn der verfahrenspflichtigen Maßnahme erfolgen muss. Andernfalls hätte es der Gesetzgeber bei einer bloßen Anzeige bewenden lassen können.

3 Vgl. OVG NRW, Urteil v. 18.10. 2011 – 10 A 26/09 – NRWE.

4 Vgl. Christian-W. Otto, in: Finkelnburg/Ortloff/Otto, Öffentliches Baurecht, Band II, 6. Aufl. München 2010, S. 173.

5 Vgl. Dimitrij Davydov, Die Denkmalverträglichkeitsprüfung, in: Denkmalpflege in Westfalen-Lippe 1/2012, S. 20 ff.

6 OVG NRW, Beschluss v. 7.11. 2005 – 10 B 1858/05 – EzD 2.2.6.2 Nr. 41

7 AG Düsseldorf, Urteil v. 28.9. 1989 – 301 OWi/912 Js 308/88 – EzD 2.2.8 Nr. 12.

8 Vgl. OVG NRW, Beschluss v. 31.5. 2012 – 2 A 931/11 – NRWE.

9 So BayVGh, Urteil v. 4.6. 2003 – 26 B 00.3684 – EzD 2.3.5 Nr. 3 mit Anmerkung von Dieter J. Martin; ebenso OVG LSA, Urteil v. 16.6. 2010 – 2 L 292/08 – EzD 2.3.4 Nr. 13.

10 Aus der Unzulässigkeit einer nachträglichen Erlaubniserteilung folgt allerdings nicht, dass die Untere Denkmalbehörde in Zweifelsfällen immer die Wiederherstellung des vorherigen Zustandes (§ 27 Abs. 1 DSchG NRW) fordern muss. Bei der Entscheidung gem. § 27 Abs. 1 DSchG NRW handelt es sich vielmehr um eine Ermessensentscheidung. Der Unteren Denkmalbehörde bleibt es im Rahmen der Ermessensausübung unbenommen, den herbeigeführten Zustand zu dulden. Zwar wird dadurch ein Rechtsstatus herbeigeführt, der den Wirkungen einer denkmalrechtlichen Erlaubnis nahe kommt. Gleichwohl würde eine lediglich geduldete Maßnahme im Gegensatz zu einer erlaubten keine Vorbildwirkung entfalten und bei künftigen Erlaubnisverfahren nicht als Bezugsfall herangezogen werden können.

11 Vgl. OVG NRW, Beschluss v. 22.8. 2007 – 10 A 3453/06 – NRWE.

12 Vgl. OVG LSA, Beschluss v. 29.1. 2008 – 2 M 358/07 – LKV 2008 S. 418; BayVGh, Urteil v. 27.9. 2007 – 1 B 00.2474 – juris.

13 Vgl. OVG NRW, Urteil v. 13.9. 2013 – 10 A 1069/12 – NRWE.

14 Vgl. OVG LSA, Urteil v. 15.12. 2011 – 2 L 152/06 – juris; BayVGh, Urteil v. 27.1. 2010 – 2 B 09.250 – juris; OVG Nds., Urteil v. 24.3. 2003 – 1 L 601/97 – EzD 2.2.6.3 Nr. 7: Das Gericht betrachtete das 5.649 m<sup>2</sup> große Grundstück mit der 1909 errichteten Villa als einen einheitlichen Vermögens-

gegenstand. Deshalb hielt das Gericht es für sachgerecht, den Eigentümern anheimzustellen, dass sie Teile des Grundstücks „zum Vorteil des Denkmals“ als Bauland einsetzen.

15 BVerfG, Beschluss v. 14.4. 2010 – 1 BvR 2140/08 – EzD 1.1 Nr.24 mit Anmerkung von Jörg Spennemann.

16 BVerfG, Beschluss v. 2.3. 1999 – 1 BvL 7/91 – EzD 1.1 Nr.7 mit Anmerkung von Dieter J. Martin.

17 Vgl. OVG NRW, Urteil v. 13.9. 2013 – 10 A 1069/12 – NRW.

18 Vgl. VG Düsseldorf, Urteil v. 14.11. 2013 – 9 K 1024/13 – NRW. Teilweise wird einschränkend argumentiert, nicht jede Nachlässigkeit des Denkmaleigentümers führe zu einer Verschiebung der Zumutbarkeitsgrenze, sondern nur solche Pflichtverletzungen, die schuldhaft begangen worden sind (so Hansjörg Wurster/Torsten Hartleb in: Hoppenberg/De Witt, Handbuch des Öffentlichen Baurechts, 2011, Teil D, RdNr.256). Dies setzt im Einzelfall voraus, dass die vom Betroffenen in der Vergangenheit unterlassenen Unterhaltungsmaßnahmen diesem auch zumutbar gewesen sind. Es bedarf allerdings keiner rückwirkenden behördlichen Ermittlung der Zumutbarkeit, wenn von dem Betroffenen in der Vergangenheit keine Anstrengungen unternommen worden sind, um die Zumutbarkeit herbeizuführen, insbesondere keine Förderung beantragt worden ist (vgl. BayVGh, Urteil vom

18.10. 2010 – 1 B 06.63 – juris).

19 Vgl. OVG NRW Urteil v. 4.5. 2009 – 10 A 699/07 – BRS 74 Nr.216 = NRW.

20 BVerfG, Beschluss vom 14.4. 2010, wie Anm.15; zum Problem „Abbruchfall nach Schnäppchenkauf“ s.a. OVG RP, Urteil v. 2.12. 2009 – 1 A 10547/09 – EzD 2.2.6.1 Nr.37 mit Anmerkung von Jan Nikolaus Viebrock.

21 VG Köln, Urteil v. 30.6. 2006 – 4 K 5206/05 – NRW.

22 Vgl. Dieter J. Martin, Abbruch – Zu einem zentralen Thema des Denkmalschutzes, in: NVwZ 2014, S.26f.; auch Jörg Spennemann spricht von einem „objektbezogenen Maßstab mit subjektiven Einschlägen“, in: Spennemann/Martin/Mieth, Die Zumutbarkeit im Denkmalrecht. Eigentumsgrundrecht und Denkmalschutz in der Praxis. Stuttgart 2014, S.38.

23 Vgl. OVG NRW, Urteil v. 26.8. 2008 – 10 A 3250/07 – juris.

24 Vgl. OVG NRW, Beschluss v. 12.3. 2007 – 10 A 1544/05 – NRW.

25 OVG NRW, Urteil vom 4.5. 2009, wie Anm. 19.

26 BVerwG, Urteil v. 22.1. 1993 – 8 C 46.91 – juris.

27 Vgl. Dieter J. Martin in: Martin/Krautzberger, Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege, 3.Auflage. München 2010, Teil G, RdNr.169.

28 Vgl. Joachim Sanden, Die Verwirkung im Verwaltungsrecht, in: VerwArch 2014, S.467f., 474–476.