

ABHANDLUGNEN

Zu § 28 Abs. 1 Satz 2 ThürDSchG: Übernahme von Denkmälern

Von Dr. Dieter J. Martin, Ltd. Akad. Direktor i. R., Bamberg

1. Einleitung

§ 28 Abs. 1 Satz 2 ThürDSchG¹ sieht einen Übernahmeanspruch des Privateigentümers eines Denkmals gegen angemessene Entschädigung vor, wenn Maßnahmen aufgrund des Gesetzes dazu führen, dass er das Eigentum insgesamt nicht mehr wirtschaftlich zumutbar nutzen kann. Der Anspruch ist eine in die Entscheidungsfreiheit des Eigentümers gestellte fakultative Alternative zu der in Satz 1 statuierten Verpflichtung des Landes zur Entschädigung in Geld, wenn eine Maßnahme aufgrund des Gesetzes eine wirtschaftliche Belastung für den Privateigentümer oder sonst dinglich Berechtigten darstellt, die über die Sozialbindung des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) hinausgeht und daher unzumutbar ist. Soweit ersichtlich, liegt zu dem etwas versteckt liegenden Anspruch noch keine Rechtsprechung Thüringer Gerichte vor. Dies mag an dem Umstand liegen, dass der in der grundlegenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 1999² dogmatisch aufbereitete öffentlich-rechtliche Ausgleichsanspruch mit den notwendigen Folgerungen für die meisten deutschen Denkmalschutzgesetze im ThürDSchG generell nicht umgesetzt wurde. Grund hierfür dürfte die Einschätzung sein, dass das BVerfG nur zum rheinland-pfälzischen Landesrecht entscheiden musste. Mittlerweile ist die Entscheidung sozusagen Gemeingut des deutschen Verfassungs- und Verwaltungsrechts geworden. Sie wird ausführlich in den in Datenbanken und Sammelwerken seit 1999 ca. 50 nachgewiesenen Entscheidungen insbesondere in Abbruchfällen zitiert und dient mit formelhafter Regelmäßigkeit als Ausgangspunkt aller Argumentation zu Fragen der Zumutbarkeit. Der Kernsatz lautet: „Wenn selbst ein dem Denkmalschutz aufgeschlossener Eigentümer von einem Baudenkmal keinen vernünftigen Gebrauch machen und es praktisch auch nicht veräußern kann, wird dessen Privatnützigkeit nahezu vollständig beseitigt. . . . Die Rechtsposition des Betroffenen nähert sich damit einer Lage, in der sie den Namen „Eigentum“ nicht mehr verdient. Die Versagung einer Beseitigungsgenehmigung ist dann nicht mehr zumutbar.“ Die Entscheidung befasst sich auch ausführlich mit sog. Kompensationen seitens der Behörden, welche mit im Einzelfall außergewöhnlichem Entgegenkommen belastende denkmalrechtliche Maßnahmen dem Eigentümer „zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit und zum Ausgleich gleichheitswidriger Sonderopfer“ „zumutbar“ machen. Als eine der möglichen Kompensationen wird auch genannt, „dem Eigentümer einen Anspruch auf Übernahme durch die öffentliche Hand zum Verkehrswert“ einzuräumen.

In diesen verfassungsrechtlichen Kontext gehört auch der in der Bestimmung über „sonstige entschädigungspflichtige Maßnahmen“ des § 28 ThürDSchG in Abs. 1 Satz 2 eingeräumte alter-

native Anspruch auf Übernahme eines Denkmals. Zur Übernahme berechtigt und verpflichtet ist nach der Systematik des § 28 Abs. 2 Satz 2 das Land.³ Die Gerichte in Nordrhein-Westfalen haben sich ausführlich, wenn auch mit unzureichenden Ergebnissen mit der vergleichbaren Bestimmung des an ins Auge springender Stelle in § 31 DSchGNRW platzierten Übernahmeanspruchs auseinandergesetzt. Zustimmung und Kritik hat aus den verschiedenen Lagern zuletzt das Urteil des OVG NW vom 20.03.2009 erhalten.⁴ Die Denkmalschutzbehörden des Landes NRW hat es in Bangen und Zögern versetzt, obwohl das Gericht im konkreten Fall keineswegs den Übernahmeanspruch bejaht hat. Die Ablehnung der Nichtzulassungsbeschwerde durch das Bundesverwaltungsgericht⁵ bestätigt nur scheinbar das OVG. Mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung werden sich wohl auch in Thüringen Eigentümer und ihre Vertreter auf den Übernahmeanspruch berufen, der in der Praxis bereits an der Finanzanstattung des Freistaats Thüringen scheitern müsste, das nicht über einen Entschädigungsfonds nach bayerischem Vorbild verfügen kann. Dies gibt Anlass, die Rechtslage zum Übernahmeanspruch und seine Bedeutung für die Praxis zu hinterfragen.

- 1 Thüringer Gesetz zur Pflege und zum Schutz der Kulturdenkmale (Thüringer Denkmalschutzgesetz – ThürDSchG –) vom 07.01.1992 (GVBl. S. 17) i. d. F. der Bekanntmachung vom 14.04.2004 (GVBl. 2004, 465), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 16.12.2008 (GVBl. S. 574, 584).
- 2 Im Folgenden zit. BVerfG (1999). BVerfG, Beschl. v. 02.03.1999 – 1 BvL 7/91 – E 100, 226, vielfach veröffentlicht und kommentiert, u. a. in Entscheidungen zum Denkmalrecht (EzD) 1.1 Nr. 7. Fundstellen weiterer Anmerkungen und Beiträge in *Martin/Krautzberger*, Handbuch, Teil G II.
- 3 Bereits in den Erläuterungen des § 28 in *Fechner/Martin/Paulus/Winghart*, Kommentar zum ThürDSchG, 2005, wurde in Erl. 2.1.1 formuliert: „a) Über die Sozialbindung hinaus belastende VAe sind rechtswidrig und können deshalb keinen Anspruch nach § 28 auslösen (Verständnisfrage!). § 28 ist damit weitgehend bedeutungslos.“
- 4 OVG NRW, Urt. vom 02.03.2009 – 10 A 1406/08 –, NRWE, ferner u. a. in VBl NRW 2010, 20, EzD 5.4 Nr. 18 m. Anm. *Kapteina*, www.kohlhammer.de, openjur.de. § 31 DSchG NRW lautet: „Der Eigentümer kann die Übernahme eines Denkmals durch die Gemeinde verlangen, wenn und soweit es ihm mit Rücksicht auf seine Pflicht zur Erhaltung des Denkmals aufgrund einer behördlichen Maßnahme nach diesem Gesetz wirtschaftlich nicht zumutbar ist, das Denkmal zu behalten oder es in der bisherigen oder einer anderen zulässigen Art zu nutzen. Im Übrigen finden die Bestimmungen des § 30 entsprechende Anwendung.“
- 5 BVerwG Beschl. v. 17.11.2009 – 7 B 25.09 –, juris = EzD 5.4 Nr. 17 m. Anm. *Kapteina*. Auf die Frage der Geltung des § 31 DSchG NRW musste das BVerwG aber nicht eingehen; es hat sich mit der Aussage begnügt, vor dem Erreichen der Grenze der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit, ein Denkmal zu erhalten, sei ein Ausgleichsanspruch durch Übernahme des Eigentums verfassungsrechtlich nicht geboten.

2. Übernahme von Denkmälern

Die deutschen Denkmalschutzgesetze sehen nur vereinzelt Übernahmeansprüche und Übernahmerechte vor. § 23 des DSchG Hamburgs und § 16 Abs. 4 DSchG Berlin begründen ein Übernahmerecht der öffentlichen Hand, wenn die Entschädigung bzw. der Ausgleich eine bestimmte Wertgrenze übersteigen würde; der Versuch des einvernehmlichen freihändigen Erwerbs ist bekanntlich Rechtmäßigkeitsvoraussetzung der Enteignung. Demgegenüber gewähren § 28 Abs. 1 Satz 2 ThürDSchG, § 31 DSchG NRW und § 17 Abs. 3 DSchG Saarland unter bestimmten Umständen einen Übernahmeanspruch des Eigentümers gegen das Land. Die Rechtsgrundlagen sind also durchaus nicht kongruent. Das BVerfG hat 1999 in der genannten Grundsatzentscheidung nur die behördliche Gewährung eines Anspruchs für den Eigentümer auf Übernahme eines Denkmals auf die öffentliche Hand als mögliche Kompensation für (sonst) unverhältnismäßige Belastungen durch ein Abbruchverbot aufgezählt; die im Zusammenhang der Rechtmäßigkeit einer Maßnahme eigentlich näher liegende Alternative einer behördlichen Kompensation durch Übernahme des Denkmals „von Amts wegen“ (Beispiele Hamburg und Berlin) hat es nicht erwähnt.⁶

3. Zum Wortlaut und zum Verständnis des § 28 Abs. 1 Satz 2 ThürDSchG

Das ThürDSchG macht ebenso wie § 31 DSchGNRW den Übernahmeanspruch nach dem eindeutigen, aber aus nicht recht verständlichen Gründen von Literatur⁷ und Rechtsprechung oft missachteten Wortlaut von einer behördlichen Maßnahme abhängig. Aus der Sicht des Jahres 1992 knüpfte der Gesetzgeber beim Erlass des Denkmalschutzgesetzes mit dem seither nahezu unveränderten § 28 Abs. 1 Satz 2 an Maßnahmen der Behörden an, von deren möglichen Rechtmäßigkeit und Fortbestehen er zumindest nach dem damaligen Verständnis des Ausgleichsanspruchs ausging. Hätte der Gesetzgeber bereits damals die Unzumutbarkeit als irreparablen Grund für die Rechtswidrigkeit einer belastenden Maßnahme angesehen, hätte es keines Ausgleichs für „sonstige entschädigungspflichtige Maßnahmen“ bedurft, die Maßnahme hätte vielmehr durch Behörde oder Gericht aufgehoben werden können. Unter anderen in dem genannten Beschluss hat das BVerfG von 1999 diese Sicht zurecht gerückt, unzumutbare Maßnahmen generell als rechtswidrig bewertet und den Betroffenen auf den Primärrechtsschutz verwiesen. Die Funktion des § 28 hat sich damit wesentlich geändert.

Nicht gerecht würde es dem Gesetzeswortlaut, nicht nur auf bereits ergangene Entscheidungen abzustellen, sondern darüber hinaus prophylaktisch im Vorgriff auf künftige Entscheidungen der Behörden auch schon im Vorfeld zu befürchtender Belastungen zumindest dem Betroffenen (!) ein Wahlrecht hinsichtlich behördlicher Kompensationsleistungen einzuräumen.⁸ Nicht unterstellt werden darf dem Thüringer Gesetzgeber eine Kurzsichtigkeit etwa in dem Sinn, dass schon eine rechtswidrige konstitutive oder nachrichtliche Unterschutzstellung eines Denkmals den Übernahmeanspruch auslösen sollte; der Gesetzgeber hätte damit jedes Unterschutzstellungssystem von vorneherein ad absurdum geführt.⁹ Auch die Erhaltungspflicht als solche und die Verfahrenspflichten konkretisieren lediglich ebenso wie die Aufnahme in das Denkmalsbuch die Sozialbindung und lösen noch keine Ausgleichspflicht aus. Dies gilt sowohl für die sich daraus unmittelbar ergebenden Belastungen bei der Erhaltung als auch für die zur Durchsetzung der gesetzlichen Pflichten ggf. zu erlassenden Anordnungen. Sie sind i. d. R. rechtmäßig, von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden und von den Betroffenen deshalb regelmäßig entschädigungslos hinzunehmen. Denn einen gemeinwohlorientierten und denkmalverträglichen Umgang mit den

Denkmälern muss sich der Gesetzgeber „nicht erkaufen“. Dementsprechend stellt auch das BVerfG klar, dass der Eigentümer eines Denkmals die auf Dauer angelegte Erhaltungspflicht und insbesondere den laufenden Bauunterhalt grundsätzlich auf seine Kosten zu erfüllen hat.¹⁰ Als Maßnahmen im Sinn des § 28 kämen aus heutiger Sicht also allenfalls in Betracht die unzumutbare Nutzungsuntersagung, als deren Unterfall die unzumutbare Versagung eines Abbruchs und Anordnungen mit unzumutbarem Inhalt wie zur Erhaltung, Instandsetzung oder Wiederherstellung des früheren Zustandes. Ob Unzumutbares verlangt wird, ist im Einzelfall aber präzise zu ermitteln. Das BVerfG verlangt mit seiner Forderung nach Durchlaufen des Primärrechtsschutzes gerade, dass ein Eigentümer regelmäßig die behördliche Maßnahme durch einen Umnutzungs-, Veränderungs- oder Abbruchantrag erst „provokieren“ muss, bevor er den Antrag auf Übernahme nach § 28 Abs. 1 Satz 2 ThürDSchG stellen könnte. Ein entsprechendes Verlangen nach Durchlaufen des Primärrechtsschutzes als solches ist dem Betroffenen nicht unzumutbar; denn es überschreitet als prozessuale Hürde die verfassungsrechtliche Schwelle der Unverhältnismäßigkeit keineswegs.

Hieraus folgt: Die genannten drei möglicherweise unzumutbaren Maßnahmen können bei Vorliegen tatsächlicher Unzumutbarkeit nach dem genannten Beschluss des BVerfG (1999) wegen des damit indizierten Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht in rechtmäßiger Weise ergehen: Denn die Verwaltung muss bei jeder „Aktualisierung der Eigentumsbeschränkung zugleich über den ggf. erforderlichen Ausgleich zumindest dem Grunde nach entscheiden“.¹¹ Hat sie das versäumt, ist der Verwaltungsakt rechtswidrig. Ein Eigentümer, der einen ihn in seinem Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG beeinträchtigenden Verwaltungsakt für unverhältnismäßig hält, muss ihn im Verwaltungsrechtsweg anfechten. Lässt er ihn bestandskräftig werden, so kann er eine Entschädigung auch als Ausgleich im Rahmen von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG nicht mehr einfordern.¹² Er kann dann auch nicht mehr die Übernahme des Denkmals auf das Land verlangen. Der Betroffene „muss sich daher entscheiden, ob er den die Eigentumsbeschränkung aktualisierenden Eingriffsakt hinnehmen oder anfechten will. Diese Entscheidung kann er sinnvoll nur treffen, wenn er weiß, ob ihm ein Ausgleich (z. B. in Form der Übernahme durch die öffentliche Hand – der Verf.) zusteht. Es ist dem Betroffenen nicht zuzumuten, einen Verwaltungsakt, den er für unvereinbar mit der Eigentumsgarantie des GGes hält, in der unsicheren Erwartung eines nachträglich in einem anderen Verfahren zu bewilligenden Ausgleichs bestandskräftig werden zu lassen. Auch die Verwaltungsgerichte müssen, um die Rechtmäßigkeit eines in Eigentumspositionen eingreifenden Verwaltungsaktes abschließend beurteilen zu können, wissen, ob und in welcher Weise eine anderenfalls unzumutbare Belastung ausgeglichen wird.“

Hat die Behörde also eine Maßnahme der o. g. Art getroffen, welche die Grenzen der Sozialbindung überschreitet, und diese nicht von sich aus bereits mit der Ausgleichsentscheidung (z. B.

6 BVerfG, E. v. 02.03.1999 (Fn. 2), unter C II 2 b) bb).

7 Neuerdings z. B. der dogmatische Beitrag von *Breuer*, Der enteignungsrechtliche Übernahmeanspruch des Eigentümers, FS Bartelsberger, 2006, S. 35 ff., sowie der praxisferne Aufsatz von *Groth/Beckmann/Merget*, Eigentumsentziehung im Denkmalrecht, LKV 2011, 344 ff.

8 Mit diesem Kunstgriff will OVG NRW, Urt. v. 20.03.2009 (Fn. 4), Rn. 60 den Übernahmeanspruch im nordrhein-westfälischen konstitutiven System der Unterschutzstellung halten.

9 Nunmehr offen gelassen von OVG NRW, Urt. v. 20.03.2009 (Fn. 4); wie hier aber wohl bereits OVG NRW, Urt. v. 25.06.1990 – 7 A 1837/89 –, EzD 5.1 Nr. 5 mit Anm. *Kapteina*.

10 BVerfG, Urt. v. 21.04.2009 – 4 C 3.08 –, juris. Im Ergebnis ebenso z. B. BayVG, Urt. v. 18.10.2010 – 1 B 06.63 –, juris = BayVBl 2011, 306 mit Anm. *Martin* = EzD 1.1 Nr. 30 m. Anm. *Eberl*.

11 BVerfG, E. v. 02.03.1999 (Fn. 2), C II 2 b) cc).

12 Vgl. bereits den Nassauskiesungsbeschluss des BVerfG vom 15.07.1981 – 1 BvL 77/78 –, E 58, 300, 324.

in Form des genannten Angebots der Übernahme des Denkmals auf die öffentliche Hand) verbunden, so ist die Entscheidung zwar rechtswidrig. Hat der Betroffene gegen diese fehlerhafte Entscheidung aber keine Rechtsmittel ergriffen, so wird sie formell und materiell bestandskräftig; es bleibt damit also z. B. beim Verbot des Abbruchs. Der Betroffene kann gegen die Entscheidung dann nicht mehr vorgehen und er kann mit Eintritt der Bestandskraft auch nicht mehr geltend machen, die Entscheidung oder ihre Auswirkungen seien für ihn wirtschaftlich unzumutbar und deshalb rechtswidrig. Infolgedessen kann er auch in diesem Fall keinen Übernahmeanspruch nach § 28 Abs. 1 Satz 2 ThürDSchG wegen angeblicher oder tatsächlicher Unzumutbarkeit mehr geltend machen.¹³

4. Zur bisherigen Rechtsprechung zum Übernahmeanspruch

a) Das Urteil des OVG NRW vom 20.03.2009 deutet in Rn. 69 an, dass als Maßnahme bereits die Unterschutzstellung als solche genügen könnte und eine die Erhaltungspflicht „aktivierende“ zusätzliche behördliche Maßnahme nicht nötig sei, bevor sich der Eigentümer auf § 31 DSchGNRW berufen kann. Diesen vom selben Gericht früher zwar bereits ausgeschlossenen, nunmehr aber neu belebten Zweifeln des Gerichts ist zu entgegen, dass nach gefestigter Rechtsprechung zum konstitutiven (es gilt aktuell in NRW) wie zum deklaratorischen System des ThürDSchG die Unterschutzstellung weder eine Enteignung noch ein ausgleichspflichtiger Eingriff ist.¹⁴ Es macht keinen Sinn, dass das Gericht den Betroffenen Hoffnung auf Übernahme aller Ruinen, Bodendenkmäler oder bedeutender beweglicher Denkmale macht. Damit würden angesichts der Tatsache, dass sich kaum ein Denkmal „selber trägt“, jeglicher Denkmalschutz in privater Hand unterlaufen, die öffentliche Hand mit Übernahmeverlangen überfordert und die Intention des BVerfG (1999) auf den Kopf gestellt. Zutreffend sind die Ausführungen des Gerichts zur Darlegungslast des Eigentümers für das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen eines Übernahmeanspruchs. Richtig ist die Feststellung in Rn. 105, dass im konkreten Fall „nach wie vor keine denkmalrechtlichen Erhaltungsanordnungen vorlagen“. Damit stellt sich aber das Gericht selbst in Frage: Wenn es weder die Unterschutzstellung noch eine andere „Maßnahme“ als gesetzliches Tatbestandsmerkmal des § 31 Satz 1 DSchG NRW dingfest machen konnte, dann wäre kurzer Prozess zu machen gewesen. Insbesondere sind die breiten Ausführungen zur Zumutbarkeit mit völlig neben der Sache liegenden Details¹⁵ ohne Bezug zum Streitgegenstand.

b) Frühere Entscheidungen des OVG NRW leiden ebenfalls an entscheidenden Mängeln. Noch vor der „Wende“ durch das BVerfG im Jahre 1999 ergangene Entscheidungen sind ohnehin immer mit Vorsicht aufzugreifen. Das Urteil vom 18.05.1984¹⁶ ging zwar letztlich zutreffend davon aus, die Unterschutzstellung habe noch keine „enteignende Wirkung“. Mit der Verweisung des Eigentümers auf den Übernahmeanspruch bei Ablehnung des Abbruchs verkannte das Urteil jedenfalls die vom BVerfG (1999) aufgezeigten Funktionen der Übernahme. Das Urteil vom 25.01.1985¹⁷ bestätigte eine Unterschutzstellung, verwies den Kläger aber auf die vorherige Durchführung eines Enteignungsverfahrens gegen sich selbst.¹⁸ Das Urteil verstieß schon gegen die eigene Erkenntnis des Gerichts, dass die Unterschutzstellung als solche noch nicht in das Eigentum eingreift und entspricht auch sonst nicht dem späteren Beschluss des BVerfG (1999). Dem Beschluss vom 14.09.1989¹⁹ gingen die Anordnung der Ersatzvornahme und die Ablehnung des Abbruchs voraus. Gegen beide Maßnahmen hätte als Primärrechtsschutz eine Anfechtungsklage erhoben werden müssen. Für einen Übernahmeanspruch nach § 31 DSchGNRW war deshalb kein Raum. Das Urteil vom

25.06.1990²⁰ stellte erneut (zutreffend) klar, dass die Unterschutzstellung keine Enteignung ist ohne zu erkennen, dass damit § 31 DSchGNRW keine Bedeutung mehr hatte. Auch das Urteil vom 04.12.1991²¹ lag zeitlich vor dem Beschluss des BVerfG (1999); es ging noch davon aus, der Kläger habe bei Verweigerung der Abbrucherlaubnis ggf. einen Übernahmeanspruch aus § 31 DSchGNRW; diese Begründung kann nach BVerfG (1999) nicht mehr gehalten werden, denn dem Eigentümer hätte ggf. *un actu* seitens der Behörde (!) die Übernahme angeboten werden müssen.

b) Zuletzt hatte das VG Arnsberg mit Urteil vom 07.04.2008²² die Klage der Denkmalschutzbehörde (in NRW Gemeinde) gegen ihre durch den Kreis mit Verwaltungsakt ausgesprochene Übernahmeverpflichtung abgewiesen. Als mögliche vorausgehende Maßnahmen i. S. des § 31 Satz 1 DSchG NRW gegenüber dem Eigentümer wären infrage gekommen die Unterschutzstellung, die Verweigerung des Abbruchs und Nebenbestimmungen in der Erlaubnis. Gegen keinen dieser Verwaltungsakte wurde seitens des allein klagebefugten Eigentümers eine Anfechtungsklage durchgezogen, infolgedessen hätte das Gericht entweder vom Fehlen des Primärrechtsschutzes oder von der Bestandskraft der genannten Verwaltungsakte ausgehen müssen. Für einen Übernahmeanspruch des Eigentümers und für eine Entscheidung des Landkreises mit der Verpflichtung der Gemeinde war deshalb kein Raum.

c) Bei Durchsicht vor 1999 datierender Entscheidungen zum Abbruch von Denkmälern und zu Judikaten zu Fragen der Zumutbarkeit im Denkmalrecht stößt man auch auf „Fossilien“, einst zu einschlägigen Fragen ergangene Entscheidungen des Bundesgerichtshofs:²³ Die Zivilgerichte hatten früher ihren Rechtsweg und die Möglichkeit eines denkmalrechtlichen Über-

13 Im Ergebnis „auf dem richtigen Weg“ bereits *Memmesheimer/Upmeyer/Schönstein*, Denkmalrecht NRW, 2. Aufl. 1989, Rn. 3 zu § 31.

14 Wertverluste z. B. durch die Eintragung in die oder die Streichung aus der Denkmalliste betreffen regelmäßig nur nicht aktualisierte Rechtspositionen; Minderungen des Marktwertes um jeweils 7, 13 oder 50 % blieben ohne Ausgleich. Die Eintragung als solche hält sich im Rahmen der Sozialbindung. Sie ist nur rechtstechnischer Anknüpfungspunkt für die mit der Denkmaleigenschaft verbundenen gesetzlichen Pflichten (ebenso NdsOVG, E. v. 16.01.1984 – 1 OVG A 68/82 –, DVBl. 1984, 284 f.; OVG NRW, E. v. 18.05.1984 – 11 A 1776/83 –, NVwZ 1986, 685, dass. vom 25.06.1990 – 7 A 1837/89 –, EzD 5.1 Nr. 5 – und muss wegen der historisch gewachsenen Situation des Denkmals als Inhaltsbestimmung des Eigentums entschädigungslos hingenommen werden, auch wenn bereits die Unterschutzstellung als solche eine Minderung des Verkehrswertes bewirken sollte (std. Rspr.; u. a. BGH, E. v. 16.07.1993 – III ZR 60/92 –, Z 123, 242, 244 und BVerwG, E. v. 24.06.1993 – 7C 26. 92 – BVerwGE 94, 1 ff. jeweils mit w. Nachw.). Zur früheren Rechtsprechung siehe auch *Martin* in *Eberl/Martin*, BayDSchG, 5. Aufl. 1997, Erl. 23 zu Art. 20. Auch für den Bereich des Denkmalrechts kann im Übrigen auf die Rspr. zu landschafts- und naturschützenden Maßnahmen zurückgegriffen werden.

15 In Rn. 80 wird u. a. ausgeführt, „wenn der Eigentümer ein über wirtschaftliche Belange hinausgehendes Interesse an dem Baudenkmal hat – etwa wenn es sich um ein von ihm selbst genutztes Wohnhaus oder um einen zur Sicherstellung seines Lebensunterhalts betriebenes Unternehmen handelt –,“ dürfe „der Eigentümer regelmäßig nicht dazu gezwungen werden, das Objekt notfalls zu veräußern, damit das Ertragspotenzial bei dem Erwerber zum Tragen kommen kann.“ Diese Gnadenerwägungen zugunsten des allein für seinen Abbruchartrag verantwortlichen Eigentümers, der sich gerade von seinem Wohnhaus oder seinem Betriebsgebäude trennen will (!), sind verfehlt; sie finden weder eine Stütze im Gesetz noch im Beschluss des BVerfG (1999).

16 Vom 18.05.1984 – 11 A 1776/83 –, NJW 1986, 1890 = EzD 2.2.6.1 Nr. 6.

17 Vom 25.01.1985 – 11 A 1801/84 –, E 38, 28 = EzD 5.1 Nr. 6.

18 Erläutert von *Kapteina* in der Anmerkung in EzD.

19 Vom 14.09.1989 – 11 B 2328/89 –, EzD 5.1 Nr. 7.

20 Vom 25.06.1990 – 7 A 1837/89 –, EzD 5.1 Nr. 5.

21 Vom 04.12.1991 – 7 A 1113/90 –, E 42, 43 = EzD 2.2.6.1 Nr. 2.

22 Vom 07.04.2008 – 14 K 162/07 –, NRW. Nachfolgend Berufungsurteil OVG NRW, Ur. v. 20.03.2009 (Fn. 4).

23 Z. B. Ur. vom 17.12.1992 – III ZR 112/91 –, Z 121, 73 = EzD 5.3 Nr. 2. Siehe auch mehrere weitere Entscheidungen des BGH mit Anmerkungen in EzD.

nahmeanspruchs bereits aufgrund der Unterschützstellung im Grundsatz bejaht. Der BGH war aber jeweils von der Rechtmäßigkeit der Unterschützstellung ausgegangen. Gleichzeitig hat er nach der späteren Doktrin des BVerfG (1999) damit „automatisch“ sowohl die Möglichkeit einer unzumutbaren Belastung als auch einen Übernahmeanspruch des Eigentümers ausgeschlossen (auch wenn der BGH das 1992 noch nicht wahrhaben wollte). Nunmehr sollten derartige Entscheidungen der Zivilgerichte ausgeschlossen sein.

5. „Leerlaufen“ des § 28 Abs. 1 Satz 2 ThürDSchG

Das OVG NRW hat im Urteil vom 20.03.2009 (noch?) versucht, den Übernahmeanspruch in einem wegen der Abweisung der Klage aber unnötigen obiter dictum zu halten. Das BVerwG hat die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision zwar zurückgewiesen, auf die Geltung des dem § 28 Abs. 1 Satz 2 entsprechenden § 31 DSchG NRW musste es aber nicht eingehen. Tatsächlich ist § 28 Abs. 1 Satz 2 ThürDSchG ebenso wie § 31 DSchG NRW obsolet und nicht mehr anwendbar; dasselbe gilt für Literatur²⁴ und Rechtsprechung zu § 31 DSchG NRW und zu § 28 Abs. 1 Satz 2 ThürDSchG. Im Lichte des Beschlusses des BVerfG vom 02.03.1999 erweist sich die (bei Erlass der Gesetze unerkannte) Fehleinschätzung des Gesetzgebers der möglichen Funktion eines gesetzlichen Übernahmeanspruchs bei rechtmäßigen Maßnahmen des Denkmalschutzes. Es gibt keine rechtmäßigen ausgleichspflichtigen Maßnahmen oder sonstige Konstellationen, in denen es zu einem Übernahmeanspruch des Eigentümers

kommen könnte, unabhängig davon, ob dieser Anspruch dem Enteignungs-²⁵ oder dem Ausgleichsrecht zugeordnet würde. Dies hat die unausweichliche Konsequenz, dass § 28 Abs. 1 Satz 2 ThürDSchG generell leer läuft. Sollte sich der Gesetzgeber zu der längst fälligen Anpassung der §§ 27 und 28 ThürDSchG an den Beschluss des BVerfG entschließen können, wäre auch eine Revision des § 28 angebracht.

Für die Denkmalschutzbehörden des Freistaats Thüringen verringern sich damit zwar nicht die rechtlichen und rechtsstaatlichen Anforderungen beim Einsatz des gesetzlichen Instrumentariums zum Schutz der Denkmäler. Sie müssen weiterhin auf die Rechtmäßigkeit ihrer Maßnahmen achten und den gesetzlichen und richterlichen Anforderungen an Opportunität, Bestimmtheit, Ermessen, Zumutbarkeit, Abwägung, Begründungspflicht usw. entsprechen. In keinem Fall ist der Rechtsweg gegen rechtswidrige behördliche Maßnahmen ausgeschlossen. Genommen ist den Denkmalschutzbehörden aber die Sorge, bei jedem aus ihrer Sicht rechtmäßigen Verwaltungsakt der Ablehnung der Beseitigung eines Bau- oder Bodendenkmals, bei der Anordnung von Erhaltungsmaßnahmen und bei Nebenbestimmungen in Genehmigungsbescheiden mit dem Übernahmeanspruch des § 28 Abs. 1 Satz 2 ThürDSchG und damit unabsehbaren finanziellen Belastungen rechnen zu müssen.

²⁴ Memmesheimer/Upmeyer/Schönstein, Denkmalrecht NRW, 2. Aufl. 1989, Erl. des § 31; König, Der Übernahmeanspruch des § 31 DSchG NRW, BauR 2001 S. 1374 ff, aber auch für die genannten neueren Beiträge von Breuer (Fn. 7) und Groth/Beckmann/Merget (Fn. 7).

²⁵ So ausdrücklich Breuer (Fn. 7).

RECHTSPRECHUNG

Soweit nichts anderes vermerkt ist, sind die abgedruckten Entscheidungen rechtskräftig.

Thüringer Oberverwaltungsgericht

GG Art. 12 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3, Art. 105 Abs. 2 a; VwGO § 47 Abs. 6; UStG § 1 Abs. 1, § 12 Abs. 2 Nr. 11; RL-2006/112/EG Art. 1 Abs. 2, Art. 401; ThürKAG § 2 Abs. 1, § 2 Abs. 2, § 5 Abs. 1, §§ 6, 8, 9; GKG § 47; § 52 Abs. 1, § 53 Abs. 2 Nr. 2 (Satzung, „Übernachtungssteuer“, Normenkontrollverfahren, einstweilige Anordnung, Vollzug, Aussetzung, Folgenabwägung, Aufwandsteuer, Umsatzsteuer, Gleichartigkeit, Rechtsstaatsprinzip, Rechtsordnung, Widerspruchsfreiheit, Berufsausübung, Regelung, Verhältnismäßigkeit, Fremdenverkehrsbeitrag, Kurbeitrag, Bestimmtheit, Streitwert)

1. Die „Satzung über die Erhebung einer Übernachtungssteuer in der Stadt Jena“ vom 16.12.2010 ist bei einer summarischen Prüfung im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes jedenfalls nicht als offensichtlich rechtswidrig zu beurteilen.

2. Das Interesse am Vollzug der Satzung überwiegt – bei als offen zugrunde gelegten Erfolgsaussichten eines Normenkontrollverfahrens (§ 47 VwGO) – das Interesse an der vorläufigen Aussetzung ihres Vollzugs.

ThürOVG, Beschl. v. 23.08.2011 – 3 EN 77/11

Aus den Gründen:

I.

Der Antragsteller wendet sich im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 47 Abs. 6 VwGO gegen den Vollzug der am 21.01.2011 in Kraft getretenen „Satzung über die Erhebung einer Übernachtungssteuer in der Stadt Jena“ vom 11.01.2011 (im Folgenden: Satzung).

Er betreibt im Stadtgebiet der Antragsgegnerin ein Hotel mit 5 Doppelzimmern. Ca. 85 % seiner Gäste sind Geschäftsreisende. Mit der streitgegenständlichen Satzung besteuert die Antragsgegnerin seit 21.01.2011 entgeltliche Übernachtungen in Beherbergungsbetrieben innerhalb ihres Stadtgebiets.

Die am 16.12.2010 beschlossene, am 11.01.2011 ausgefertigte und im Amtsblatt der Antragsgegnerin vom 20.01.2011 (S. 14 f.) veröffentlichte „Satzung über die Erhebung einer Übernachtungssteuer in der Stadt Jena“ enthält u. a. folgende Regelungen:

„§ 1

Abgabenerhebung

Die Stadt Jena erhebt nach Maßgabe dieser Satzung eine Übernachtungssteuer als örtliche Aufwandsteuer.

...“

II.

Dem vorliegenden Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO kann nicht entsprochen werden. Er ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg.