

Rechtsanwälte Günther

Partnerschaft

Rechtsanwälte Günther • Mittelweg 150 • 20148 Hamburg

HEIGES Wilh. Nachf. GmbH & Co. KG
Herrn Andreas Walter
Fischbrunnenstraße 3
73728 Esslingen am Neckar

Michael Günther * (bis 31.12.2022)
Hans-Gerd Heidel * (bis 30.06.2020)
Dr. Ulrich Wollenteit *¹
Martin Hack LL.M. (Stockholm) *¹
Clara Goldmann LL.M. (Sydney) *
Dr. Michéle John *
Dr. Dirk Legler LL.M. (Cape Town) *
Dr. Roda Verheyen LL.M. (London) *
André Horenburg *
John Peters
Victor Görlich
Ronja Hoffmann LL.M.

¹ Fachanwalt für Verwaltungsrecht
* Partner der Partnerschaft
AG Hamburg PR 582

Mittelweg 150
20148 Hamburg
Tel.: 040-278494-0
Fax: 040-278494-99
www.rae-guenther.de

21.07.2023
00206/23 /L /vg/vg
Mitarbeiterin: Birgit Westphal
Durchwahl: 040-278494-21
Email: westphal@rae-guenther.de

Gutachterliche Kurzstellungnahme

- zur Vereinbarkeit der geltenden Gesamtanlagenschutzsatzung und eines „So-larkatasters als Gestaltungssatzung“ für die Stadt Esslingen mit der aktuellen Rechtslage sowie den rechtlichen Maßstäben zur denkmalschutzrechtlichen Genehmigungsfähigkeit von Auf-Dach-PV-Modulen auf denkmalgeschützten Gebäuden -

vorgelegt von den Rechtsanwälten Victor Görlich und Dr. Dirk Legler

Buslinie 19, Haltestelle Böttgerstraße • Fern- und S-Bahnhof Dammtor • Parkhaus Brodersweg

Hamburger Sparkasse
IBAN DE84 2005 0550 1022 2503 83
BIC HASPDEHHXXX

Commerzbank AG
IBAN DE22 2008 0000 0400 0262 00
BIC DRESDEFF200

GLS Bank
IBAN DE61 4306 0967 2033 2109 00
BIC GENODEM1GLS

A. Gegenstand und Prüfauftrag

Für die Stadt Esslingen gilt derzeit auf Grundlage von §§ 19 Abs. 1 und 27 Abs. 1 Ziff. 6 DSchG BW i. V. m. § 4 Abs. 1 GemO eine Gesamtanlagenschutzsatzung, die einen erheblichen Teil der Esslinger Altstadt unter Denkmalschutz stellt.¹ Genehmigungsanträge, die auf die Installation von Auf-Dach-Solaranlagen gerichtet waren, wurden in der Vergangenheit nach § 4 (Abs. 2) der Satzung i. V. m. § 19 Abs. 2 DSchG BW grundsätzlich abgelehnt.

Mit Inkrafttreten des (Änderungs-) Gesetzes zum Erlass eines Klimaschutz- und Klimawandelanpassungsgesetzes und zur Verankerung des Klimabelangs in weiteren Rechtsvorschriften vom 07.02.2023, durch das namentlich auch das DSchG BW (vgl. § 7 Abs. 2) geändert wurde, ist nunmehr fraglich, ob und wie die geltende Satzung und die darauf beruhende Praxis anzupassen sind. Vor diesem Hintergrund hat auch die Grüne Gemeinderatsfraktion unter dem 24.04.2023 beantragt, die Gesamtanlagenschutzsatzung der Stadt Esslingen an das neue und rechtlich verbindliche Klimaschutzgesetz des Landes Baden-Württemberg anzupassen.

Geplant (und teils schon umgesetzt) ist, ein bei dem Fachbüro URBA Architektenpartnerschaft Keinath und Dr. Dietl in Auftrag gegebenes „Solarkataster“ in eine neue Gestaltungssatzung zu integrieren, durch die Bereiche und Dächer ausgewiesen werden sollen, in denen eine denkmalschutzrechtliche (und / oder städtebauliche) Vereinbarkeit von PV- / Solarthermie-Anlagen in Betracht kommt. Ausweislich eines dazu veranstalteten „Bürger-Dialogs“ am 24.05.2023 sollen neben der Einsehbarkeit und der städtebaulichen Bedeutung der Dächer in der Esslinger Altstadt wohl auch Vorgaben zu Modultypen geregelt werden, wonach die Module in ihrer Erscheinung an die historische Substanz anzupassen sind (PV-Ziegel / Folien-PV). Dies entspricht auch den Leitlinien vom 12.05.2022 des Ministerium für Landesentwicklung und Wohnen² und dem Maßstab, der im Rahmen von Genehmigungsverfahren von der unteren Denkmalschutzbehörde kommuniziert wurde.

Auch ausweislich der Agenda zur Dialogveranstaltung vom 24.04.2023 soll die „neu aufzusetzenden Gestaltungssatzung“ Regelungen zur Machart und Anordnung von Solaranlagen auf den Dachflächen enthalten. Insoweit ist zum Zeitpunkt der hiesigen Prüfung indes noch nicht abschließend ersichtlich, ob dies im Rahmen einer örtlichen Bauvorschrift nach § 74 Abs. 1 Nr. 1 der Landesbauordnung für

¹ Satzung über die Gesamtanlage Esslingen am Neckar vom 23. Juli 2001, in der Fassung vom 07.07.2005.

² Unter dem 12.05.2022 hat das Ministerium für Landesentwicklung und Wohnen mittels Handreichung an die höheren und unteren Denkmalschutzbehörden Leitlinien für die Entscheidung über die Erteilung einer denkmalschutzrechtlichen Genehmigung nach § 8 Abs. 1 DSchG BW für die Errichtung von Solaranlagen auf bzw. an einem Kulturdenkmal nach § 2 DSchG BW vorgegeben. Darin wird zwar festgestellt, dass eine diesbezügliche Genehmigung grundsätzlich zu erteilen sei; indes wird auch hier gefordert, dass das Dach eines Kulturdenkmals durch eine Solaranlage nicht fremdartig überformt werden dürfe, die Solaranlage möglichst flächenhaft angebracht sein müsse, weitgehend an die Farbe der Dacheindeckung anpassen sowie eine matte Oberfläche aufweisen solle. Auf die dadurch erheblich geminderte Leistung der Module wird darin nicht eingegangen.

Baden-Württemberg (LBO) und / oder auf Grund denkmalschutzrechtlicher Vorschriften erfolgen soll.

Weiterhin ist unter dem 03.04.2023 ein „Vollzugsschreiben zu den aktuellen Änderungen im Denkmalschutzgesetz“ des Ministeriums für Landesentwicklung und Wohnen vom an die Denkmalschutzbehörden gerichtet worden. Dieses relativiert die zuvor entwickelten Leitlinien vom 12.05.2022 vor dem Hintergrund der sich durch das „Gesetz zum Erlass eines Klimaschutz- und Klimawandelanpassungsgesetzes und zur Verankerung des Klimabelangs in weiteren Rechtsvorschriften“ mit Wirkung zum 07.02.2023 geänderten Rechtslage. Darin werden die zitierten „Leitlinien“ zwar einleitend nicht vollständig in Frage gestellt und auch nicht ausdrücklich zu Gunsten des Ausbaus erneuerbarer Energien abgeändert, allerdings heißt sodann wörtlich:

„Damit die Änderungen im Denkmalschutzgesetz möglichst rasch und landesweit einheitlich ihre Beschleunigungswirkung vor allem für den Ausbau der erneuerbaren Energien im Land entfalten, bitte ich, für den Vollzug Folgendes zu beachten:

[...]

3. § 7 Absatz 2 Satz 2 DSchG BW bildet nun ausdrücklich ab, dass der Klimaschutzbelang in alle Entscheidungen der Denkmalschutzbehörden Eingang findet, und stellt sicher, dass er mit dem ihm im Klimaschutz- und Klimawandelanpassungsgesetz zugeschriebenen Gewicht in den einzelfallbezogenen Ermessensentscheidungen berücksichtigt wird. Insbesondere sollen die Denkmalschutzbehörden durch landesweit einheitliche Leitlinien als praxisbezogene Entscheidungshilfen in die Lage versetzt werden, vor allem die Zulassung von Solaranlagen weiter zu ermöglichen. Zur Umsetzung der Regelung haben wir deshalb die von mir im Mai 2022 erlassenen Leitlinien aktualisiert und an die neuen gesetzlichen Rahmenbedingungen angepasst. Im Einzelnen verweise ich auf die Anlage 1, die ab sofort die Leitlinien vom Mai 2022 ablöst und allen denkmalschutzrechtlichen Genehmigungsentscheidungen nach § 8 Absatz 1 DSchG BW im Zusammenhang mit der Errichtung von Solaranlagen auf bzw. an Kulturdenkmälern nach § 2 DSchG BW zugrunde zu legen ist. Die wesentlichen Änderungen möchte ich hier ergänzend hervorheben. In inhaltlicher Hinsicht haben wir denkmalfachliche Belange noch weiter zurückgestellt. Künftig wird im Regelfall auch darauf verzichtet, dass die Solarmodule farblich weitgehend an die Farbe der Dacheindeckung angepasst sind. Das soll vielmehr nur noch in näher bestimmten Ausnahmefällen mit anspruchsvoller Dachgestaltung vorgebracht werden können. Damit erhalten Denkmaleigentümerinnen und -eigentümer sehr weitgehende Möglichkeiten, um noch effizienter Solarmodule zu installieren. Dadurch greifen wir zugleich einen Aspekt

auf, der auch im Austausch mit Ihren Fachabteilungen verschiedentlich genannt worden ist.

[...]

5. Im Zusammenhang mit denkmalschutzrechtlich geschützten Gesamtanlagen nach § 19 DSchG BW möchte ich auch auf eine Änderung in § 74 Absatz 1 Landesbauordnung zum Erlass von örtlichen Bauvorschriften hinweisen. Demnach sind Anforderungen in „Gestaltungs- bzw. Altstadtsatzungen“ beispielsweise an die äußere Gestaltung baulicher Anlagen nun grundsätzlich nur zulässig, wenn sie gleichzeitig die Nutzung erneuerbarer Energien zulassen. Ich wäre Ihnen verbunden, wenn die zuständigen Behörden die Kommunen bzw. unteren Verwaltungsbehörden informieren, so dass die kommunalen Vorschriften unter Umständen so ausgerichtet werden, dass zeitgemäße Nutzungen ermöglicht werden. Für Genehmigungsentscheidungen nach § 19 Absatz 2 DSchG BW gilt die neue Regelung in § 7 Absatz 2 Satz 2 DSchG BW. Das bedeutet auch, dass kommunale Satzungen ggf. gesetzeskonform auszulegen sind.

[...]“

Vor diesem Hintergrund war auftragsgemäß zu prüfen, welcher rechtliche Rahmen für die geplante Gestaltungssatzung und das „Solarkataster“ und für die Vereinbarkeit von Auf-Dach-Solaranlagen mit dem Denkmalschutzrecht besteht.

Insbesondere war darzulegen, welche (bundes- und landes-) rechtlichen Vorgaben bei Erstellung des Solarkatasters und bei der Novelle der Gesamtanlagenschutzsatzung zu beachten sind.

B. Rechtliche Bewertung

I. Ergebnis

Im Ergebnis muss die Erstellung eines Solarkatasters im Rahmen einer Gestaltungssatzung mit verbindlichen Vorgaben für die denkmalschutzrechtliche Genehmigung von Auf-Dach-Solarmodulen erheblichen rechtlichen Bedenken begegnen.

Das gilt einerseits mit Blick auf die in Betracht kommenden Ermächtigungsgrundlagen und andererseits vor dem Hintergrund der überragenden Bedeutung des öffentlichen Interesses am Ausbau erneuerbarer Energien, die nach höherrangigem Recht und auch im landesrechtlichen Fachrecht selbst festgeschrieben ist.

II. Vorläufige Bewertung des geplanten „Solarkatasters“

Eine vorläufige Bewertung des geplanten Solarkatasters und der „neu aufzusetzenden Gestaltungssatzung“, die auch Regelungen zur Machart und Anordnung von Solaranlagen auf den Dachflächen enthalten soll, hat erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des geplanten Vorgehens ergeben.

Zunächst ist fraglich, auf welcher Rechtsgrundlage die neue „Gestaltungssatzung“ erlassen werden könnte. Ausweislich des zum Dialog-Termin vom 24.05.2022 veröffentlichten Programmpapiers, soll die Satzung verschiedene Regelungen zu Machart und Anordnung von Solaranlagen auf den Dachflächen enthalten und die maßgebliche Grundlage für die Genehmigungspraxis von Solaranlagen innerhalb der denkmalgeschützten Esslinger Altstadt werden; es soll darin auch sichergestellt werden, dass Solaranlagen sich denkmalverträglich der Dachfläche unterordnen.

Auf Grund dieses avisierten Inhalts, der konkrete Anforderungen an die äußere Gestaltung baulicher Anlagen enthalten soll, kommt dafür insbesondere § 74 Abs. 1 Nr. 1 LBO in Betracht.

Der Rückgriff auf diese Rechtsgrundlage muss aus folgenden Gründen erheblichen rechtlichen Bedenken begegnen:

- Zunächst handelt es sich bei § 74 Abs. 1 Nr. 1 LBO um eine bauordnungsrechtliche Ermächtigungsgrundlage auf Grund derer keine neuen denkmal-schutzrechtlichen Kriterien „im baurechtlichen Gewand“ geschaffen werden dürfen. Sollte beabsichtigt sein, im Rahmen einer entsprechenden Satzung anhand denkmal-schutzrechtlichen Kriterien Genehmigungsmaßstäbe abschließend vorwegzunehmen, wäre dies nur durch eine gesonderte Ermächtigungsgrundlage innerhalb des DSchG BW zulässig. § 19 Abs. 1 DSchG BW enthält eine entsprechende Ermächtigung eindeutig nicht. Eine Satzung, die auf Grund von § 74 Abs. 1 Nr. 1 LBO verbindliche Vorgaben für die denkmal-schutzrechtliche Genehmigung macht, wäre mithin mangels hinreichender Rechtsgrundlage rechtswidrig. Dass städtebauliche Satzungen und das Denkmalschutzrecht grundsätzlich streng voneinander zu trennen sind, hat das Bundesverwaltungsgericht bereits mit Urteil vom 03.07.1987 (Az.: 4 C 26/85) entschieden und seitdem nicht weiter in Frage gestellt.
- Selbst wenn eine entsprechende Ermächtigung in § 74 Abs. 1 Nr. 1 LBO zu sehen wäre, wäre fraglich, ob strenge Vorgaben an das äußere Erscheinungsbild von PV- oder Solarthermie-Modulen dem Regelungszweck des § 74 Abs. 1 S. 2 LBO genügen würden. Danach müssen entsprechende Vorgaben an die äußere Gestaltung „gleichzeitig die Nutzung erneuerbarer

Energien zulassen“. In der Gesetzesbegründung dazu heißt es ausdrücklich (LT-Drs. 17 / 3741, S. 95, Hervorhebung nicht im Original):

*„Im Gegensatz zur bisherigen Formulierung des § 74 Absatz 1 Satz 2 LBO sind somit nicht mehr nur unangemessene Beeinträchtigungen beziehungsweise ein Ausschluss erneuerbarer Energien zu vermeiden, sondern es ist deren Nutzung **grundsätzlich ohne Einschränkung** zuzulassen.“*

Der Verweis auf sehr teure, ineffiziente Lösungen genügt diesem Regelungszweck evident nicht.

Die Rechtmäßigkeit des geplanten Vorgehens für die Erstellung des Solarkatasters kann zwar zum Zeitpunkt der hiesigen Prüfung noch nicht abschließend bewertet werden, die aktuell zugänglichen Informationen und kommunizierten Ansichten der unteren Denkmalschutzbehörde begründen aber im Ergebnis erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit eines „Solarkataster“ als Gestaltungssatzung mit denkmalschutzrechtlicher Wirkung.

III. Gesetzgeberische Voreinstellung zur Gewichtung denkmalschutzrechtlicher Belange gegenüber dem Interesse am Ausbau erneuerbarer Energien und aktuelle Rechtsprechung

1. Ermessensausübung nach § 8 Abs. 1 DSchG BW

Bei (hier für den Regelfall vorausgesetzter) denkmalschutzrechtlicher Genehmigungsbedürftigkeit der Installation von PV-Anlagen auf Dächern denkmalgeschützter Gebäude oder im Bereich einer Gesamtanlagenschutzsatzung (§ 19 DSchG BW) richtet sich die Genehmigungsfähigkeit grundsätzlich nach dem Maßstab des § 8 Abs. 1 Nr. 2 DSchG BW bzw. § 4 der Gesamtanlagenschutzsatzung und § 19 Abs. 2 S. 2 DSchG. Danach ist letztlich die Intensität der Beeinträchtigung des Anschauungs- und des Zeugniswertes maßgeblich.

Die denkmalschutzrechtliche Genehmigung darf nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 DSchG nur dann versagt werden, wenn die Beeinträchtigung des Erscheinungsbildes des Kulturdenkmals erheblich ist und höherrangiges Recht, insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, keine abweichende Entscheidung gebietet. Bei unerheblicher Veränderung des Erscheinungsbildes des Kulturdenkmals besteht hingegen regelmäßig ein Genehmigungsanspruch (VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 01.09.2011 - 1 S 1070/11, Rn. 36 mit Verweis auf Urteile vom 23.07.1990 - 1 S

2998/89, vom 19.07.2000 - 1 S 2992/99 - VBIBW 2001, 63, und vom 27.06.2005 - 1 S 1674/04 - ESVGH 56, 23).

Eine erhebliche Beeinträchtigung liegt nach der Rechtsprechung des VGH Baden-Württemberg vor, wenn der Gesamteindruck von dem Kulturdenkmal empfindlich gestört wird. Sie muss - unterhalb der Schranke einer baurechtlichen Verunstaltung - deutlich wahrnehmbar sein und vom Betrachter als belastend empfunden werden (vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteile vom 23.07.1990 - 1 S 2998/89 und vom 10.06.2010 - 1 S 585/10 - a.a.O.). Diese wertende Betrachtung wird einerseits maßgeblich vom Denkmalwert bestimmt. Danach kann in Relation zur Wertigkeit des Kulturdenkmals die Hinnahme einer Beeinträchtigung seines Erscheinungsbildes in gewissem Umfang geboten sein. Zum anderen hat die Entscheidung immer kategorienadäquat zu erfolgen, d. h. sie muss sich – nicht zuletzt zur Wahrung der durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Eigentümergebungen – an der für das Schutzobjekt maßgeblichen denkmalrechtlichen Bedeutungskategorie orientieren (aaO mit Verweis auf Senatsurteile vom 27.06.2005 - 1 S 1674/04 - ESVGH 56, 23 und vom 10.06.2010 - 1 S 585/10 - VBIBW 2010, 393).

So hat der VGH Baden-Württemberg (Urteil vom 01.09.2011 - 1 S 1070/11, 1 – 3. Leitsatz) bereits vor Erlass neuerlicher Vorschriften zur Förderung des Ausbaus erneuerbarer Energien auf Bundes- und Landesebene (so beispielsweise § 2 EEG 2023 oder § 7 Abs. 2 DSchG BW) entschieden:

1. In subjektiver Hinsicht ist für die Beurteilung der Frage, ob das Erscheinungsbild eines Kulturdenkmals erheblich beeinträchtigt wird, das Empfinden des für Belange des Denkmalschutzes aufgeschlossenen Durchschnittsbetrachters entscheidend (Bestätigung der Senatsrechtsprechung). Bei Anwendung dieses Maßstabs ist zu beachten, dass das Empfinden des Durchschnittsbetrachters sich im Laufe der Zeit wandeln kann und er Photovoltaikanlagen heute anders wahrnimmt als in der Anfangszeit der Nutzung dieser Technik.

2. Das Erscheinungsbild von Gesamtanlagen wird nicht durch § 15 Abs. 3, sondern ausschließlich durch § 19 DSchG BW geschützt.

3. Der Umstand, dass die Belange des Klimaschutzes in den Staatszielbestimmungen des Art. 20 a GG und des Art. 3 a LV verankert sind, muss zu einer entsprechenden Gewichtung dieser Belange im Rahmen der nach den §§ 8 Abs. 1 Nr. 2 und 15 Abs. 3 DSchG BW zu treffenden Ermessensentscheidungen führen.

Schon nach diesem Maßstab (der eine umfassende Abwägung der privaten Belange aus Art. 14 GG, dem öffentlichen Interesse der Allgemeinheit am Ausbau erneuerbarer Energien und dem konkreten Denkmalwert im Einzelfall fordert) muss also die pauschale Ablehnung von PV-Anlagen auf denkmalgeschützten Dächern der Esslinger Altstadt (oder im Gebiet der Gesamtanlagenschutzsatzung) rechtlichen Bedenken begegnen.

Das gilt indes erst Recht mit Blick auf die neue Rechtslage und die dazu bereits ergangene Rechtsprechung.

2. Rechtsprechung zur neuen Rechtslage

Für die genannten (im Rahmen des fachbehördlichen Ermessens abzuwägenden) Belange hat der Bundesgesetzgeber eine Abwägungsdirektive in § 2 S. 2 EEG 2023 festgeschrieben, deren Anwendbarkeit innerhalb des Denkmalschutzrechts obergerichtlich bestätigt ist.

So hat das OVG Greifswald mit Urteil vom 07.02.2023 (Az.: Az.: 5 K 171/22) ausgeführt (Rn. 155 f., Hervorhebung nicht im Original):

Das Gewicht des für die Maßnahme einzustellenden öffentlichen Interesses hat der Bundesgesetzgeber mit § 2 Satz 2 EEG für Abwägungsprozesse „voringestellt“. Der Senat hat keine Zweifel daran, dass dem Bundesgesetzgeber für § 2 EEG und konkret diese Regelung die entsprechende Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 und 24 GG i. V. m. Art. 72 Abs. 2 GG zusteht (vgl. näher Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zu Sofortmaßnahmen für einen beschleunigten Ausbau der erneuerbaren Energien und weiteren Maßnahmen im Stromsektor“, BT-Drs. 20/1630, S. 146). Ein Konflikt mit den Regelungen zur Gesetzgebungskompetenz nach dem Grundgesetz besteht auch dann nicht, wenn dem Bund – wie im Denkmalschutzrecht – für die betroffene Sachmaterie des Fachrechts keine Gesetzgebungskompetenz zusteht, weil es sich bei der Normierung des in der Norm geregelten Gewichtungsvorrangs nicht unmittelbar um eine Regelung des Fachrechts handelt, sondern um eine außerhalb des Fachrechts für sich stehende Regelung zum Gewicht des öffentlichen Interesses am beschleunigten Ausbau der erneuerbaren Energien, die auf die ansonsten unberührt gelassenen Regelungen fachgesetzlich normierter Abwägungsvorgänge lediglich mittelbare Auswirkungen hat (vgl. Schlacke/Wentzien/Römling, Beschleunigung der Energiewende: Ein gesetzgeberischer Paradigmenwechsel durch das Osterpaket? NVwZ 2022, 1577, 1579; Seckel, Folgen des Energiesofortmaßnahmenpakets für das Baurecht, NJW-Spezial 2022, 684, 685).

Diese bundesgesetzgeberische Wertung ist auch Ausfluss des sog. „Klima-Beschlusses“ des Bundesverfassungsgerichts (Beschluss vom 24. März 2021 - 1 BvR 2656/18 u. a.) und wird auch in der Instanz-Rechtsprechung auf den Einzelfall angewandt (vgl. z. B. VG Braunschweig, Beschluss v. 27.01.2023, Az.: 2 B 290/22; Urteil v. 10.11.2021, Az.: 2 A 13/21; oder bereits mit Blick auf die Staatszielbestimmung in Art. 20a GG die bereits zitierte Entscheidung des VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 01.09.2011, Az.: 1 S 1070/11).

Neben § 2 S. 2 EEG und Art. 20a GG sei hier auch § 13 Abs. 1 S. 1 KSG und Art. 3 a LV erwähnt, wobei deren Durchgriff auf § 8 DSchG BW und § 4 der Gesamtanlageschutzsatzung vor dem Hintergrund der eindeutigen Direktive aus § 2 S. 2 EEG und § 7 Abs. 2 DSchG BW hier dahingestellt bleiben kann.

All das soll nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Schutzrichtungen des Denkmalschutz- und des Klimaschutzrechtes nicht rein abstrakt gegenübergestellt werden können. Denn das Denkmalschutzrecht ist in seiner Anwendung am einzelnen Objekt, des Klimaschutzrecht an der Summe aller Maßnahmen und ihrem Zusammenwirken orientiert.³

Allerdings können und müssen auch für die fachrechtliche Gewichtung der jeweiligen Beeinträchtigung des Denkmalwerts mit der aktuellen Rechtsprechung abstrakte Rechtssätze voran- und in die Abwägung eingestellt werden.

So hat das VG Braunschweig (vgl. Urteil v. 10.11.2021, Az.: 2 A 13/21 und Beschluss v. 27.01.2023, Az.: 2 B 290/22, amtliche Leitsätze) entschieden, dass

bei der Installation von modernen Solaranlagen auf einem denkmalgeschützten Gebäude selbst für ungeschulte Betrachter der historische Bestand unproblematisch von der technischen Neuerung zu trennen sei, so dass nur der Anschauungswert, nicht aber der Zeugniswert des Baudenkmals von der Installation berührt werde; zudem sei eine Beeinträchtigung des Anschauungswerts eines Baudenkmals durch Solaranlagen weniger gravierend, wenn die betroffene Dachfläche für Passanten schlecht einsehbar und der Urzustand der betroffenen Gebäudeseite bereits durch frühere Umbaumaßnahmen verwässert worden ist; auch müsse sich der Bauherr nicht auf Konstruktionen verweisen lassen, die eine nur unzureichende PV-Leistung erbringen;

³ Mithin ist eine Abwägung innerhalb des Fachrechts (also nach dem DSchG BW) stets einzelfallbezogen auszurichten, was auch der Grund dafür ist, warum nach Ansicht des OVG Saarlouis (Beschluss vom 25.10.2019 - 2 A 325/18, Leitsätze 5 – 7) eine Gewichtung im Rahmen denkmalschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren „in aller Regel die Verschaffung eines eigenen Eindrucks von den konkreten örtlichen Gegebenheiten voraussetzt“.

weiterhin stelle die Installation einer Photovoltaikanlage auf einem Baudenkmal im Wege der Auf-Dach-Montage nach Ansicht des VG Braunschweig in der Regel einen geringfügigen Eingriff in die denkmalwerte Substanz dar.

Ist der Zeugniswert eines Denkmals insbesondere durch eine historische und städtebauliche Bedeutung geprägt, steht diese auch den denkmalwertprägende Bedeutung des Baudenkmal einer modernen Auf-Dach-Installation also nicht entgegen, denn „selbst für ungeschulte Betrachter ist der historische Bestand unproblematisch von der technischen Neuerung zu trennen“ (VG Braunschweig, Urteil v. 10.11.2021, Az.: 2 A 13/21; VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 01.09.2011, Az.: 1 S 1070/11; vgl. zum Anschauungswert auch OVG Hamburg, Urteil v. 23.06.2016, Az.: 3 Bf 100/14, Rn. 68, wonach die Entfaltung eines Aussagewertes des optischen Eindrucks in der Regel vielmehr die Bereitschaft des Betrachters voraussetzt, sich mit dem Objekt und den in ihm verkörperten historischen Gegebenheiten auseinander zu setzen).

Neben den auch erheblichen wirtschaftlichen Interessen der jeweiligen Denkmaleigentümer, die für sich genommen bereits die denkmalschutzrechtlichen Belange überwiegen können (VG Berlin, Urteil v. 09.09.2010, Az.: VG 16 K 26.10, ZUR 2011, 93), ist dem potentiellen Eingriff in den Zeugnis- und Anschauungswert eines Denkmals sodann das aktuell überragende Interesse am Ausbau erneuerbarer Energien gegenüberzustellen.

Dieses Interesse ist – neben der bundesrechtlichen Voreinstellung aus § 2 EEG 2023 – auch auf Landesebene fachrechtlich in § 7 Abs. 2 DSchG BW festgeschrieben. So hat auch das VG Koblenz mit Urteil vom 05.06.2023 (Az.: 1 K 922/22.KO) bestätigt, dass nach dem EEG 2023 der Ausbau erneuerbarer Energien im Rahmen der Abwägung verschiedener Schutzgüter ein im Grundsatz vorrangiger Belang sei.⁴

Das folgt letztlich auch schon daraus, dass

„jede Maßnahme, die auf den weiteren Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien gerichtet ist, dient dem Schutz des Klimas sowie dem Schutz von Leben, Gesundheit und Eigentum vor den Gefahren des Klimawandels; wozu der Staat nach dem Grundgesetz verpflichtet ist“. (VG Braunschweig, Urteil v. 11.05.2022, 2 A 100/19, Rn. 51, mit Verweis auf BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18 u.a. -, BVerfGE 157, 30 = juris, Rn. 197 ff.; sowie Beschluss vom 23.03.2022 - 1 BvR 1187/17 -, juris, Rn. 104).

⁴ Fragwürdig erscheint ist dieses Urteil, soweit das Gericht dem Denkmaleigentümer die Darlegungslast für die Ausschöpfung alternativer Standorte für EE-Anlagen auferlegt; die Entscheidung ist noch nicht rechtskräftig.

Im Ergebnis besteht mithin ein in die fachrechtliche Abwägung einzustellendes überragendes Gewicht des öffentlichen Interesses am Ausbau erneuerbarer Energien.

IV. Gesamtanlagenschutzsatzung vom 23.07.2001 für die Stadt Esslingen (in der Fassung vom 07.07.2005)

Fraglich war weiterhin, welche Wirkung das „Gesetz zum Erlass eines Klimaschutz- und Klimawandelanpassungsgesetzes und zur Verankerung des Klimabelangs in weiteren Rechtsvorschriften“ vom 07.02.2023 auf die Maßgaben der aktuell gültigen Gesamtanlagenschutzsatzung hat (1.) und welcher Spielraum den unteren Denkmalschutzbehörden nach Erlass des „Vollzugsschreibens zu den aktuellen Änderungen im Denkmalschutzgesetz“ des Ministeriums für Landesentwicklung und Wohnen vom 03.04.2023 verbleibt (2.).

1. Wirkung des Gesetzes zum Erlass eines Klimaschutz- und Klimawandelanpassungsgesetzes und zur Verankerung des Klimabelangs in weiteren Rechtsvorschriften vom 07.02.2023

Mit dem Gesetz zum Erlass eines Klimaschutz- und Klimawandelanpassungsgesetzes und zur Verankerung des Klimabelangs in weiteren Rechtsvorschriften vom 07.02.2023 wurden neben Änderungen am Klimaschutzgesetz Baden-Württemberg insbesondere auch § 74 Abs. 1 S. 2 der Landesbauordnung für Baden-Württemberg (LBO) und § 7 Abs. 2 DSchG BW geändert.

Gemäß § 74 Abs. 1 S. 2 LBO (neue Fassung) dürfen Anforderungen an die äußere Gestaltung baulicher Anlagen einschließlich Regelungen über Gebäudehöhen und -tiefen sowie über die Begrünung durch örtliche Bauvorschriften nur noch geregelt werden, wenn sie gleichzeitig die Nutzung erneuerbarer Energien zulassen.

Gemäß § 7 Abs. 2 S. 2 DSchG BW (neue Fassung) ist bis zur Erreichung der Netto-Treibhausgasneutralität bis zum Jahr 2040 nach dem Klimaschutz- und Klimawandelanpassungsgesetz Baden-Württemberg der besonderen Bedeutung von Energieeinsparung, -effizienz und erneuerbaren Energien sowie des Verteilnetzausbaus gegenüber denkmalschutzrechtlichen Belangen Rechnung zu tragen.

Beide Regelungen stellen letztlich eine Klarstellung bzw. Umsetzung der in § 2 S. 2 EEG 2023 festgeschriebenen Wertung zum Gewicht klimaschützender Maßnahmen im landesrechtlichen Fachrecht dar.

Anders als das Vollzugsschreibens zu den aktuellen Änderungen im Denkmalschutzgesetz des Ministeriums für Landesentwicklung und Wohnen vom 03.04.2023 (Nr. 5) vermuten lässt, gilt § 74 LBO aber nicht für Satzungen die –

wie hier die geltende Gesamtanlagenschutzsatzung – allein auf Grund von §§ 19 Abs. 1 DSchG BW i. V. m. § 4 Abs. 1 GemO erlassen wurden (was aber wohl nicht für die geplante „Gestaltungssatzung“ gelten dürfte, siehe oben „II.“).

Insoweit spricht das Vollzugsschreiben auch lediglich von einem „Zusammenhang mit denkmalschutzrechtlich geschützten Gesamtanlagen nach § 19 DSchG BW“ und verweist insoweit zutreffend auf die Geltung des § 7 Abs. 2 S. 2 DSchG BW.

Die Rechtsfolge für die Genehmigungsfähigkeit von PV-Anlagen im Geltungsbereich von Gesamtanlagenschutzsatzungen aus § 7 Abs. 2 S. 2 DSchG BW ist, dass die zuständige (untere) Denkmalschutzbehörde unter die „überwiegenden Gründe des Gemeinwohls“ gemäß § 19 Abs. 2 S. 2 DSchG BW das besondere Interesse am Ausbau erneuerbarer Energien subsumieren muss. Liegt im Einzelfall kein besonderer, herausragender Denkmalwert vor, muss die zuständige Behörde daher auch im Geltungsbereich der aktuellen Gesamtanlagenschutzsatzung eine beantragte Genehmigung für die Installation einer PV-Anlage zumindest befristet erteilen. Dabei handelt es sich um eine gebundene Entscheidung, sodass die Voraussetzungen dafür gerichtlich voll überprüfbar sind und die Behörde keinen eigenen (der gerichtlichen Kontrolle entzogenen) Ermessens- bzw. Beurteilungsspielraum hat.

Wann hingegen besondere Umstände einen ausnahmsweise herausragenden Denkmalwert begründen, ist nach den fachrechtlichen Maßstäben zu bewerten. Demgegenüber ist die Gewichtung gegenüber dem Allgemeininteresse am Ausbau erneuerbarer Energien nicht dem Fachrecht (im Sinne einer „fachrechtlichen Dominanz“) überlassen, die Denkmalschutzbehörden haben hier keinen (der gerichtlichen Kontrolle entzogenen) Spielraum. Die Genehmigung von Auf-Dach-PV-Anlagen nur in Fällen zu erteilen, in denen das Dach nicht einsehbar ist, ist danach und mit Blick auf die oben dargestellten Maßstäbe nur für besonders herausragende Denkmäler, bei denen gerade das Dach hohe Bedeutung für den rechtlich relevanten Denkmalwert hat, rechtlich vertretbar. Eine Einzelfallbetrachtung muss insoweit stets möglich bleiben.

Auch ist mit der aktuellen Rechtsprechung und den gesetzgeberischen Wertungen (ganz unabhängig von den entsprechenden Feststellungen des „Vollzugsschreibens zu den aktuellen Änderungen im Denkmalschutzgesetz“ des Ministeriums für Landesentwicklung und Wohnen vom 03.04.2023) nicht vereinbar, Denkmaleigentümer auf teure und weniger leistungsfähige Anlagentypen zu verweisen, die das bisherige Erscheinungsbild möglichst unverändert lassen (z. B. Folien-PV / PV-Ziegel). Denn wie oben zitiert (VG Braunschweig Urteil v. 10.11.2021, Az.: 2 A 13/21) kann ein verständiger Betrachter bei einer optisch klar abgrenzbaren modernen Anlage den historischen und städtebaulichen Zeugniswert eines Denkmals sogar besser erfassen, wenn die historische Substanz nicht durch andere bauliche Stoffe ersetzt wird. Lediglich der Anschauungswert des Denkmals nicht aber der Zeugniswert wird durch eine moderne Auf-Dach-Installation, die klar abgrenzbar

in Erscheinung tritt, beeinträchtigt. Diese Beeinträchtigung des Anschauungswertes kann aber das aktuell überragende Interesse an einer preisstabilen Eigenversorgung und dem Allgemeininteresse am Ausbau erneuerbarer Energien nicht im Regelfall überwiegen. Das gilt – wie auch § 7 Abs. 2 DSchG BW klarstellt – jedenfalls solange das Ziel der Treibhausgasneutralität nicht erreicht ist.

Auch spricht gerade die einfachere Rückbaubarkeit von herkömmlichen, leistungsstarken Modulen gegen eine Beschränkung auf optisch angepasste Lösungen: Wenn das Ziel der Treibhausgasneutralität erreicht ist, müssten nach Maßgabe des § 7 Abs. 2 DSchG BW einzelne Installationen nach Außerbetriebnahme sukzessiv zurückgebaut werden. Die so zusätzlich entstehenden Kosten für die Denkmaleigentümer können nicht allein mit der Beeinträchtigung des Anschauungswertes gerechtfertigt werden, wenn es sich nicht um ein herausragendes Denkmal handelt, bei dem gerade die Dachgestaltung den Denkmalwert maßgeblich prägt. Die insoweit erhebliche Intensität des Eingriffs in den Schutzbereich des Art. 14 GG kann nämlich nicht allein durch das Allgemeininteresse an einem insgesamt ästhetischen Stadtkern gerechtfertigt werden. Das Denkmalschutzrecht begründet kein hoheitliches Recht, Denkmäler ungeachtet denkmalpflegerischer Kriterien einer subjektiv geprägten ästhetischen Vorstellung zu unterwerfen, sondern unterliegt in der Frage, welchen rechtlich beachtlichen Wert ein bestimmtes Denkmal hat, objektiven Kriterien.

Die Maßstäbe der „Leitlinien für die Entscheidung über die Erteilung einer denkmalschutzrechtlichen Genehmigung nach § 8 Abs. 1 DSchG BW vom 12.05.2022“ sind mithin im Ergebnis *nicht mit der aktuellen Rechtslage vereinbar*, weil Sie in ihrer Pauschalität unverhältnismäßige Belastungen für die betroffenen Denkmaleigentümer begründen (zum avisierten Maßstab des neuen „Solarkatasters“ vgl. oben unter II.).

2. Verbleibender Spielraum der unteren Denkmalschutzbehörden vor dem Hintergrund des „Vollzugsschreibens zu den aktuellen Änderungen im Denkmalschutzgesetz“ des Ministeriums für Landesentwicklung und Wohnen vom 03.04.2023

Auftragsgemäß war weiterhin zu prüfen, ob die Antragsteller bzw. Denkmaleigentümer im Genehmigungsverfahren nach DSchG BW einen Anspruch gegen die unteren Denkmalschutzbehörden auf Beachtung des Vollzugsschreibens zu den aktuellen Änderungen im Denkmalschutzgesetz vom 03.04.2023 haben.

Das ist zu verneinen. Denn selbst wenn in dem Vollzugsschreiben hier eine verwaltungsintern verbindliche Weisung einer weisungsberechtigten höheren Behörde zu sehen ist, ist die angewiesene Behörde nach den Grundsätzen der Verwaltungshierarchie lediglich verwaltungsintern gebunden. Der Inhalt einer Weisung

hat allerdings keine Außenwirkung. Der Betroffene könnte die Nichtbeachtung einer Weisung oder eines Erlasses also nicht unmittelbar als solche gerichtlich geltend machen, sondern muss sich dafür auf das Vorliegen von Ermessens- oder sonstigen Rechtsanwendungsfehlern berufen; der Adressat eines Verwaltungsaktes oder der sonst vom Verwaltungsakt Betroffene hat also keinen Anspruch gegen die Behörde auf Beachtung der Verwaltungshierarchie.

Nach hier vertretener Auffassung wäre eine Nichtbeachtung der inhaltlichen Aussagen des Vollzugsschreibens aber stets rechtsfehlerhaft und damit rechtswidrig, was gerichtlich geltend gemacht werden könnte: Würde die untere Denkmalschutzbehörde die in das Ermessen einzustellenden gesetzlichen Wertungen (die im Vollzugsschreiben ausdrücklich nochmals hervorgehoben werden) nicht beachten und damit also eine Entscheidung ohne Berücksichtigung des überragenden Interesses am Ausbau erneuerbarer Energien oder den privaten Interessen des betroffenen Denkmaleigentümers treffen, wäre dies gemäß § 2 Abs. 2 S. 2 EEG 2023 und § 7 Abs. 2 DSchG BW rechtswidrig.

Das gilt erst Recht, wenn der handelnden Behörde kein Ermessensspielraum eingeräumt wird (wie in § 19 Abs. 2 S. 2 DSchG BW), sondern sich die Weisung auf die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe vor dem Hintergrund gesetzlicher Gewichtungen bezieht (z. B. „überwiegende Gründe des Gemeinwohls“). Eine Nichtbeachtung gesetzlich festgeschriebener Gewichtungen – wie aktuell das öffentliche Interesse am Ausbau erneuerbarer Energien – bei der Auslegung von § 19 Abs. 2 S. 2 DSchG wäre auch unabhängig von einer dahingehenden Weisung und sogar ohne Einführung des § 7 Abs. 2 DSchG BW rechtsfehlerhaft, da die entsprechende gesetzliche Voreinstellung höherrangigen Rechts freilich ohnehin zu beachten wäre. Das Vollzugsschreiben will hier wohl vielmehr rechtswidrigem Handeln der unteren Denkmalschutzbehörden vorbeugen und die zu weit gehenden Leitlinien aus 2022 relativieren.

Für den nach der Rechtsprechung im Rahmen des § 8 Abs. 1 DSchG eingeräumten Ermessensspielraum der Behörde gilt im Übrigen folgendes: Nach den Grundsätzen der Verwaltungshierarchie hat eine angewiesene Behörde die Ermessenserwägungen der anweisenden Behörde zur Grundlage ihrer Entscheidung zu machen und dies auch gegenüber dem Anordnungsempfänger offen zu legen. Die Rechtmäßigkeit der endgültigen Entscheidung hängt dann aber vom Inhalt der Weisung ab. Beruht eine Weisung auf einer rechtmäßigen Ermessensausübung oder – wie hier – Rechtsauslegung, dann darf die ausführende Behörde sich umfassend an die Weisung halten. Liegt dagegen bei der anweisenden Behörde eine rechtsfehlerhafte Erwägung vor, wäre auch die Entscheidung der handelnden Behörde rechtsfehlerhaft, wenn sie die Weisung korrekturlos ausführt. Korrigiert sie den Fehler, liegt im Endergebnis eine rechtmäßige Ermessensentscheidung vor. Dieser Fall liegt hier aber nicht vor, weil in dem Vollzugsschreiben insbesondere rechtliche und keine tatsächlichen Gewichtungen für den Einzelfall vorgenommen werden.

Sollten im Einzelfall, aus welchen Gründen auch immer, die Anforderungen an eine Ermessensausübung bei der ausführenden Behörde andere sein als bei der anweisenden Behörde, müssen im Endergebnis alle Anforderungen erfüllt sein. Demnach muss entweder die anweisende Behörde alle Gesichtspunkte berücksichtigen oder die angewiesene Behörde die noch nicht erfüllten Anforderungen – insofern frei von den Vorgaben der höheren Behörde – zusätzlich prüfen. Weicht die ausführende Behörde von der rechtmäßigen Weisung ab, nimmt aber selbst eine fehlerfreie Ermessensausübung vor, dann liegt allein darin noch kein Ermessensfehler (vgl. zum Ganzen: Wolff, in Sodan/Ziekow, VWGO, § 114, Rn. 115. f.).

Eine Entscheidung auf Grundlage der aktuell gültigen Gesamtanlagenschutzsatzung ohne Beachtung des neuen § 7 Abs. 2 DSchG BW, der das Regel-Ausnahme-Verhältnis umkehren dürfte, wäre mithin rechtsfehlerhaft. Dies und auch die Unverhältnismäßigkeit der Vorgabe bestimmter (besonders unwirtschaftlicher) Modul-Typen wird in dem Vollzugsschreiben klargestellt.

Rechtsanwalt
Victor Görlich

Rechtsanwalt
Dr. Dirk Legler