

Anlage

—

Stellungnahme des
Landschaftsverbandes Westfalen-Lippe
zum Entwurf einer Neufassung des
Gesetzes zum Schutze und der Pflege der
Denkmäler im Lande Nordrhein-Westfalen

Inhaltsverzeichnis

Zu § 1 des Entwurfs - Aufgaben Denkmalschutz und Denkmalpflege	1
Abs. 1	1
Abs. 2	2
Zu § 2 des Entwurfs - Begriffsbestimmungen	3
Abs. 3 - Denkmalbereiche	3
Abs. 4 in Verbindung mit §§ 5 Abs. 2, 23 Abs. 1 S. 2 - Definition Gartendenkmäler und deklaratorisches System ihrer Erfassung	6
Abs. 5 - Definition des „Bodendenkmals“ und des „Fundes“	6
Abs. 7 in Verbindung mit § 21 Abs. 5 S. 1 - Definition der „Verpflichteten“ und „Generalklausel“	8
Zu § 3 des Entwurfs - Rücksichtnahmegebot	10
Zu § 4 des Entwurfs - Vorläufiger Schutz	11
Zu § 6 des Entwurfs – Veräußerungsanzeige	14
Zu § 7 des Entwurfs - Erhaltungspflicht	14
Abs. 1 S. 1	14
Abs. 1 S. 2	15
Abs. 1 S. 3	15
Abs. 2 S.1	15
Abs. 2 S. 4	16
Abs. 2 S. 4 Ziffer 1	16
Abs. 2 S. 4 Ziffer 2	17
Abs. 4	18
Abs. 5	18
Zu § 8 des Entwurfs - Nutzung von Baudenkmalern; Barrierefreiheit bei Gebäuden der öff. Hand	18
Abs. 1	18
Abs. 2	19
Zu § 9 des Entwurfs - Erlaubnispflichten bei Baudenkmalern	20
Abs. 2	20
Abs. 3 S. 2	20
Abs. 4	21
Zu § 10 des Entwurfs - Unterschutzstellung von Denkmalbereichen	21
Abs. 1	22
Abs. 2	22
Abs. 3	24
Zu §§ 12, 13 iVm. § 2 Abs. 4 und § 23 Abs. 1 S. 2 des Entwurfs – Gartendenkmäler, ihre Definition, ihre nachrichtliche Erfassung und ihr Erlaubnistatbestand	25
Zu § 15 des Entwurfs – Erlaubnispflicht bei Bodendenkmälern	26
Abs. 1	26

Abs. 2 und Abs. 3	27
Zu §§ 16 und 17 des Entwurfs – Entdeckung von Bodendenkmälern und Auswertung von Funden.....	28
§ 16 Abs. 1 und § 17 S. 1	28
§ 16 Abs. 2 und § 17 S. 1	28
Zu § 18 des Entwurfs – Schatzregal	29
Abs. 1	29
Abs. 2.....	31
Zu § 21 des Entwurfs – Aufbau, Aufgaben und Zuständigkeiten der Denkmalbehörden ...	31
Abs. 4 - Wegfall des Benehmens in der Baudenkmalpflege:.....	31
Abs. 2 – Gemeinsame Wahrnehmung einzelner Aufgaben nach dem DSchG durch Zusammenschluss von Gemeinden und Gemeindeverbänden.....	33
Zu § 22 des Entwurfs – Aufbau, Aufgaben und Zuständigkeiten der Denkmalfachämter ..	37
Abs. 2 in Verbindung mit § 23 Abs. 4 – Beratungstätigkeit der Landschaftsverbände, Erstellung von Gutachten und Antragsrecht auf Eintragung in die Baudenkmalliste sowie Löschung aus ihr.....	37
Abs. 2 Ziffer 3.....	38
Abs. 2 Ziffer 5.....	38
Zu § 23 des Entwurfs – Denkmalliste	39
Abs. 2 – Opportunitätseintragung für bewegliche (Boden-)Denkmäler und Listenführung bei Museen und Kirchen.....	39
Abs. 5 – Bescheiderteilung, Bekanntgabe und Wiedereinführung eines Widerspruchsverfahrens?	40
Abs. 6 in Verbindung mit § 24 Abs. 2 und 3 – Spaltung der Beteiligungsmaßstäbe der Landschaftsverbände und Führung der Bodendenkmallisten	40
Zu § 24 des Entwurfs – Verfahren	45
Abs. 5 - rudimentäre „Ministeranrufung“	45
Zu § 25 des Entwurfs - Einstellungen von Arbeiten und Nutzungsuntersagung.....	46
Zu § 26 des Entwurfs - Auskunfts- und Duldungspflichten.....	46
Abs. 1 und 2.....	46
Abs. 3.....	47
Abs. 4.....	47
Zu § 28 des Entwurfs - Landesdenkmalrat	48
Zu § 30 des Entwurfs - Kommunale Denkmalpflege und Denkmalpflegeplan	49
Abs. 2.....	49
Abs. 3.....	50
Zu § 32 des Entwurfs – Übernahme von Denkmälern	51
Zu § 33 des Entwurfs – Zulässigkeit der Enteignung.....	51
Zu § 35 des Entwurfs - Denkmalförderung	51
Abs. 1.....	51
Abs. 2.....	51
Zu § 37 des Entwurfs - UNESCO Welterbe	53

Zu § 38 des Entwurfs - kirchliche Sonderrechte und Durchgriff auf Ressourcen der Landschaftsverbände.....	54
Abs. 2.....	54
Abs. 3 und 4.....	54
Zu § 39 des Entwurfs – Gewinnung von Bodenschätzen	56
Zu § 40 des Entwurfs – Aufgabenübertragung im Bereich der Bodendenkmalpflege	56
Zu § 41 des Entwurfs - Ordnungswidrigkeiten	56

Zu § 1 des Entwurfs - Aufgaben Denkmalschutz und Denkmalpflege

Abs. 1

Die Notwendigkeit, die präambelartige Einleitung zum Gesetz zu verändern ist nicht nachvollziehbar. Typischerweise beschreibt der unter Paragraphenziffer 1 der Normfolge dem Gesetz vorweggestellte Passus die Zweck- und Zielbestimmung des Gesetzes. Die derzeit gültige Fassung entspricht dabei der Urfassung des Gesetzes bei dessen Inkrafttreten im Jahre 1980. An ihr sollte festgehalten werden.

Es ist schon nicht einsehbar, weswegen das Gesetz mit der Sentenz: „Der Denkmalschutz und die Denkmalpflege liegen im öffentlichen Interesse“ einleiten möchte, um dies dann in sofortigen semantischen Kontext mit deren Erforschung zu setzen. Hierdurch ergibt sich nicht nur eine Verschiebung der Prioritäten in der gesetzlichen Zielsetzung, sondern auch ein Widerspruch zur Landesverfassung.

Das von der Entwurfsfassung hier zitierte „öffentliche Interesse“ ergibt sich nämlich aus Art. 18 Abs. 2 Landesverfassung. Dieses öffentliche Interesse ist aber kein solches, das primär die nun von der Landesregierung angedachte „Erforschung“ von Denkmälern zum Gegenstand hat, sondern zunächst und zuvörderst deren Schutz. Dieser ist auch nicht nur „öffentliches Interesse“, sondern der Landesregierung durch die Verfassung ausdrücklich und unmissverständlich auferlegter Schutzauftrag, vgl. den Wortlaut des Art. 18 Abs. 2 der Landesverfassung, Hervorhebung durch Verfasser: **„Die Denkmäler der Kunst, der Geschichte und der Kultur, die Landschaft und Naturdenkmale stehen unter dem Schutz des Landes, der Gemeinden und Gemeindeverbände.“** Folgerichtig bestimmt § 1 Abs. 1 S. 1 DSchG NRW in seiner derzeit geltenden Fassung sodann auch: „Denkmäler sind zu schützen, zu pflegen, sinnvoll zu nutzen und wissenschaftlich zu erforschen.“ Soweit nunmehr Schutz und Pflege erst an dritter bzw. vierter Stelle des gesetzlichen Auftrages erscheinen, sind sie nicht nur semantisch als bloßer gedanklicher Annex zur vorangestellten Erforschung „hintangestellt“, sondern auch der hier für eine gesetzliche Zielbestimmung sinnlosen Einschränkung unterworfen. Denn es heißt zum Schutz- und Pflegeauftrag nunmehr, dass diese (nur) „nach Maßgabe dieses Gesetzes erfolgen“. Hier stellt sich die Frage, ob denn die nunmehr vom Gesetz priorisierte „Erforschung“ nicht nach Maßgabe dieses Gesetzes und damit unreguliert oder reguliert über andere Vorschriften passieren soll. Gerade mit Hinblick auf unverständliche und restriktive Änderungen im Bereich des Betretungsrechts der Denkmalbehörden in § 26 der Entwurfsfassung (zu diesen dort genauer) erscheint die Zielsetzung dieser Novelle bestenfalls erratisch.

Auch gegen die sodann im Vergleich zur aktuellen Fassung ausgeklammerte „sinnvolle Nutzung“ von Baudenkmalern müssen Bedenken angemeldet werden. Die sinnvolle Nutzung ist nunmehr der bisherigen Auflistung in § 1 Abs. 1 S. 1 DSchG NRW enthoben worden und ist als

nachfolgender Satz eingefügt. Die Formulierung: „Dabei [gemeint sind Schutz und Pflege der Denkmäler, Anm. des Verfassers] ist auf eine sinnvolle Nutzung hinzuwirken.“ ist unnötig restriktiv, denn sie unterstellt an der Realität der Denkmalpflege vorbeigehend, dass dies derzeit nicht der Fall sei und verunklart den verfassungsmäßigen Schutzauftrag. Dieser spricht nicht von einem Nutzungszwang, wie er hier nahegelegt wird, sondern eben vom „Schutz der Denkmäler“. Die Formulierung „auf eine sinnvolle Nutzung hinzuwirken“ könnte hier als vom Verfassungsauftrag abweichender Arbeitsauftrag an die Behörden („hinzuwirken“) verstanden werden, schon von vornherein, sachfremden, von der Verfassung abweichenden, Erwägungen unangemessenen Raum in der Abwägung der jeweiligen Einzelfälle einzuräumen. Hierzu besteht kein Grund, denn die Interessen der Eigentümerschaft werden durch die derzeit geltende, zentrale Erlaubnisvorschrift des § 9 Abs. 1 und 2 DSchG NRW in seiner derzeit gültigen Fassung ausreichend berücksichtigt. Das OVG NRW hat mit aktuellem Beschluss vom 08.06.2020 die Abwägungsmechanik in § 9 DSchG NRW geradezu mustergültig-handreichungsartig den Denkmalbehörden mit auf den Weg gegeben. Es zeigen sich nach Auffassung des OVG NRW dabei keine (durch die Rechtsprechung) auszugleichenden Defizite in der im derzeitigen Gesetzeswortlaut geschriebenen Gewichtung der Belange von Denkmalschutz und Privatinteressen der Eigentümerschaft. Vielmehr, so der 10. Senat am OVG NRW folgerichtig, ist eine strenge Einzelfallprüfung vorzunehmen. Die Individualität der Einzelfälle, bezogen auf den Bestand von etwas mehr als 80.000 Baudenkmalern in NRW, die wiederum ca. eineinhalb Prozent der gesamten Bausubstanz des Landes ausmachen, kann nicht durch solcherlei, dem Verfassungsauftrag zum Denkmalschutz nicht notwendigerweise förderlichen, Prämissensetzung zur „Hinwirkung auf sinnvolle Nutzungen“ von vornherein begrenzt und eingeengt werden. Den Denkmalbehörden vor Ort wird der Spielraum genommen, hier einen angemessenen Ausgleich zwischen den Belangen zu finden.

Abs. 2

Die ausdrückliche Nennung der Denkmalfachämter im Kreise derer, denen Denkmalschutz und Denkmalpflege in NRW obliegen, ist zu begrüßen. Allerdings wird der Gesetzentwurf diesem Umstand im Weiteren nicht gerecht. Der Entwurf der Landesregierung weist den verfahrensmäßig de facto hauptsächlich mit der Abwicklung der Denkmalverfahren belasteten Denkmalfachämtern im Bereich der Baudenkmalpflege eine erkennbar untergeordnete Rolle zu. Die Entwurfsfassung wird insofern schon ihrem eigenen Wortlaut nicht gerecht. Denn wenn den Gemeindeverbänden, das sind die Landschaftsverbände, denen die Fachämter zugeordnet sind, der Denkmalschutz „obliegt“, er also eine Obliegenheit im rechtlichen Sinne darstellt, sind an die damit verbundene Pflicht zur verfahrensmäßigen und inhaltlich mitwirkenden Gestaltung an den Verfahren auch Rechte geknüpft. Denn die Ausstattung mit Rechten muss die zwangsläufige, spiegelbildliche Folge der Obliegenheit sein.

Die Landesregierung beabsichtigt jedoch, den Landschaftsverbänden und ihren Denkmalfachämtern vor allem im Bereich der Baudenkmalpflege in verfassungsrechtlich bedenklichem Umfang Mitwirkungsrechte zu nehmen. Insbesondere sind hier der ersatzlose und unbegründete Verlust des Antragsrechts auf Unterschutzstellung eines Denkmals, derzeit § 3 Abs. 2 S. 3 DSchG NRW und die Reduzierung der Mitwirkung in allen Denkmalsachen von dem bisher vorgesehenen Benehmen auf eine bloße Anhörung zu nennen. Die Anhörung, deren Gebrauch für den Angehörten nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen freiwillig ist, wird hier daher schon denklogisch nicht der in § 1 Abs. 2 der Entwurfsfassung genannten „Obliegenheit“ zur Mitwirkung am Schutz gerecht, sondern widerspricht ihr vollkommen.

Zu § 2 des Entwurfs - Begriffsbestimmungen

Abs. 3 - Denkmalbereiche

Die im Entwurf vorgesehene Feststellung in § 2 Abs. 3 S. 1, dass es in einem Denkmalbereich keines Einzeldenkmals bedarf, kann positiv gesehen werden. Die derzeit hier bestehende, nur richterrechtlich im Einzelfall entschiedene Auslegungsproblematik, die zu Irritationen betroffener Eigentümerinnen und Eigentümer führte, ist damit eindeutig beantwortet.

Soweit die Gesetzesbegründung zu § 2 Abs. 3 S. 2 und 3 ausführt, dass diese Sätze im Vergleich zum bisherigen Recht „unverändert bleiben“ muss jedoch festgestellt werden: Dies ist inkorrekt.

Sowohl der Begriff „Einzelbauten“ als auch der der „Engeren Umgebung“ sind entfallen:

Hinsichtlich des Einzelbaus wirft dies die Frage auf, ob der Gesetzgeber damit ausdrücken wollte, dass ein Einzelbau nicht als Denkmalbereich geschützt sein darf, oder ob es sich bei der Streichung um ein redaktionelles Versehen handelt, da die Gesetzesbegründung wörtlich davon ausgeht, es seien keinerlei Änderungen vorgenommen worden. Um rechtliche Unsicherheiten und Auslegungsprobleme diesbezüglich zu vermeiden, wird der Gesetzgeber um Klarstellung gebeten.

Die Streichung des Begriffs der „Engeren Umgebung“ innerhalb des Denkmalbereichs hingegen wird grundsätzlich befürwortet (so sie denn gewollt und kein redaktionelles Versehen war, siehe oben), da der bisherige Gesetzeswortlaut zu Problemen hinsichtlich der Frage geführt hat, ob damit ausgedrückt werden soll, ob der Denkmalbereich als solcher – d.h. an seinen eigenen Außengrenzen – keinen genuine Umgebungsschutz wie das singuläre Baudenkmal genießen soll.

Fraglich ist aber, ob dieser Umgebungsschutz durch § 5 Abs. 3 der Neufassung auch für den Denkmalbereich hinreichend klar gewährleistet ist. Der dortige Begriff des Denkmals umfasst nach diesseitigem Verständnis zwar auch den Denkmalbereich, der vom Gesetzgeber gleichwertig mit den anderen Denkmalkategorien genannt und behandelt wird. Noch eindeutiger wäre es allerdings gewesen, wenn der Gesetzgeber sich dafür entschieden hätte, *ausdrücklich* klarzustellen, dass auch der Denkmalbereich ein Denkmal ist, wie es etwa beim Baudenkmal geschieht („Baudenkmäler *sind* Denkmäler, die...“) bzw. jedenfalls klarzustellen, dass er denselben Umgebungsschutz genießt. Damit korrespondierend enthielt die Synopse zum ersten Referentenentwurf noch die Bemerkung: „Der Umgebungsschutz gilt grundsätzlich auch für Denkmalbereiche über den Verweis in § 5 Absatz 2 auf erlaubnispflichtige Maßnahmen gemäß § 9.“ Zu ebendieser Norm hatte die einschlägige Kommentierung zum DSchG NRW bislang aber nur aus der Verwendung des Begriffs „gemäß“ anstatt „analog“ § 9 hergeleitet, dass auch der Denkmalbereich ein Denkmal ist; es gibt dazu jedoch namhafte juristische Gegenstimmen.¹ Eine eindeutige Begrifflichkeit in der Neufassung würde helfen, diese unterschiedliche Gesetzesauslegung zu beenden zugunsten eines eindeutig bestehenden Umgebungsschutzes des Denkmalbereichs.

In § 2 Abs. 3 S. 4 soll nach der Gesetzesbegründung klargestellt werden, dass der Denkmalbereich primär das äußere Erscheinungsbild schützt, dass aber in bestimmten Fällen auch die „bauliche Struktur“ und die „innere Erscheinungsform“, wenn sie sich auf das äußere Erscheinungsbild auswirken, geschützt sind. Hierzu ist festzustellen, dass die verwendeten Begriffe nicht gesetzlich definiert werden, so dass diesbezüglich Unklarheiten bestehen. Offenbar ist die innere Erscheinungsform der im Denkmalbereich vorhandenen *Gebäude* gemeint, da die Gesetzesbegründung Treppenhäuser und Gewölbe in Bezug nimmt. Dies wäre redaktionell klarer zu fassen, da in der Norm nicht von den Gebäuden, sondern vom Denkmalbereich als solchem die Rede ist – und dieser nicht einmal ein Gebäude enthalten muss. Der Begriff der baulichen Struktur kann nicht eindeutig ausgelegt werden. Eine „Struktur“ ist in der Regel optisch wahrnehmbar, zählt also zum Erscheinungsbild, das unzweifelhaft geschützt ist. Forderung der Denkmalpflege war es in der Vergangenheit, die historische Bausubstanz im Denkmalbereich durch einen eindeutigen Gesetzeswortlaut so zu berücksichtigen, dass sie dann, wenn sie Trägerin des denkmalwertrelevanten Erscheinungsbildes des Denkmalbereichs ist, vollumfänglich geschützt ist. Diesem wichtigen Umstand trägt die neue, unklare Formulierung keine Rechnung. Der Begriff der baulichen Struktur ist aus Sicht des Landschaftsverbandes Westfalen-Lippe nicht hinreichend verständlich, ersetzt nicht die Nennung der Substanz als Trägerin des Erscheinungsbildes des Denkmalbereiches und ist daher nicht notwendigerweise in das Gesetz aufzunehmen.

¹ Davydov in PdK NW G-11, DSchG § 5 Rn. 8, beck-online: „Dabei deutet der Wortlaut des Gesetzes – „gemäß § 9“ und nicht etwa „analog § 9“ – darauf hin, dass Denkmalbereiche als eine Unterkategorie des Schutzguts „Denkmal“ und eben kein Schutzgut sui generis zu sehen sind. (so auch Hönes, Erl. 12 zu § 2; Schulze in Mainzer (Hrsg.), Denkmalbereiche im Rheinland, 1996, S. 29 – 32; a. A. Gumprecht, DPfWL 1999 S. 3; Memmesheimer/Upmeier in Memmesheimer/Upmeier/Schönstein, § 2 RdNr. 65, Oebbecke, VR 1980 S. 389).“

Die Unschärfe dieses neu einzuführenden unbestimmten Rechtsbegriffs lässt ferner vermuten, dass er ganz erheblich der gerichtlichen Interpretation Spielraum lassen wird, was zu einer vermehrten Beschäftigung der Verwaltungsgerichte führen kann. Denn im Grundsatz besteht die Besorgnis, dass sich der geschützte Umfang des Objekts im Denkmalbereich durch diese unklare Bezugnahme auf die „bauliche Struktur des Inneren“ zu weit vom eigentlichen „Erscheinungsbild“ entfernen kann und ungewollt zu einem verknüpften Substanzschutz wird. Hiermit setzt sich der Entwurf in Konflikt mit Steuervorschriften des Bundes, genauer § 7 i Abs. 1 S. 4 EStG, der eine deutliche Unterscheidung zwischen nur im Äußeren und auch im Inneren geschützter Objekte vorsieht. Schon deshalb muss der Begriff des „Erscheinungsbildes“ restriktiv und möglichst klar gehandhabt werden. Denn Denkmalschutz ist im Grundsatz Substanzschutz. Nach der gefestigten Rechtsprechung des OVG NRW muss der Substanz ein ideeller, aus und in ihr für die Fachwelt ablesbarer Dokumentations- und Zeugniswert zukommen. Schon der in der derzeit gültigen Fassung verwandte Begriff des „Erscheinungsbildes“ entfernt sich hiervon und knüpft den Schutz an ein rein immaterielles Moment, aus dem das ebenso immaterielle ideelle Moment des Zeugniswerts für den Denkmalwert abzuleiten ist.² Soweit die Landesregierung nunmehr aber versucht, diese „Sachgebundenheit“ durch eine Verknüpfung des „äußeren Erscheinungsbildes“ mit der „inneren baulichen Struktur“ zu bewirken, ergibt sich durch die aus den soeben dargestellten Gründen bedingte Insuffizienz des Lösungsansatzes keine Besserung der bestehenden Rechtsunsicherheiten.

Soweit die Landesregierung hier durch diese Verknüpfung der „baulichen Struktur“ des Inneren und der des Erscheinungsbildes nach „außen“ möglicherweise auch an das Urteil des VG Gelsenkirchen vom 12.09.2019 – 16 K 2606/17 anknüpfen will, ist dieses Urteil in seiner rechtswissenschaftlichen Rezeption bereits kritisiert worden.³

² Diese Problematik entspricht annähernd derjenigen jahrzehntelangen Diskussion, die in der Strafrechtswissenschaft zur „Vergeistigung des Gewaltbegriffes“ beim Nötigungstatbestand geführt wurde und bis hin zu mehreren Entscheidungen des BVerfG führte, vgl. Fischer – Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 59. Aufl. (2012), § 240, Rn. 11 f. Es scheint nicht sinnvoll, eine ähnlich gelagerte Diskussion nunmehr im Denkmalrecht führen zu wollen.

³ Vgl. EzD (Entscheidungen zum Denkmalrecht), 6.1.2, Nr. 59, Kommentierung durch Davydov, S. 8 und 9. Dem Fall lag die steuerliche Anerkennung von Maßnahmen im Inneren eines nur in seinem äußeren Erscheinungsbild geschützten Objekt im Denkmalbereich zugrunde. Beklagte Untere Denkmalbehörde und Fachamt des Landschaftsverbandes Westfalen-Lippe baten hier im Gerichtsverfahren um ministerielle Stellungnahme, wie aus dortiger Sicht mit der Problematik umzugehen sei. Auch der Justiziar des Landschaftsverbandes befürwortete hier eine teilweise Anerkennung von Maßnahmen des Inneren, jedoch nur in sehr begrenzten Umfang, um die sich aus dem Willen des Bundesgesetzgebers § 7i Abs. 1 S. 4 EStG ergebende Differenzierung zwischen „vollem“ Baudenkmal und „in seinem Äußeren geschützten“ Denkmalbereichsobjekt weiter ausreichend zur Geltung kommen lassen zu können. Es besteht durch die geplante Änderung nunmehr zusammen mit der Auffassung Davydovs a.a.O. die Befürchtung, dass die seinerzeitige kritisch zu sehende Einzelfallentscheidung, die dieses bundesgesetzliche Differenzierungsgebot nivellierte, über den Entwurf zur Gesetzesveränderung nunmehr gültige und allgemeinverbindliche Rechtsauffassung werden soll.

Abs. 4 in Verbindung mit §§ 5 Abs. 2, 23 Abs. 1 S. 2 - Definition Gartendenkmäler und deklaratorisches System ihrer Erfassung

Die Neuaufnahme des Gartendenkmals als eigene Denkmalkategorie erscheint als nicht notwendig. Bislang waren Gärten, Parks, Friedhöfe und andere von Menschen gestaltete Landschaftsteile umfänglich durch die in § 2 Abs. 2 S. 2 DSchG NRW vorgesehene Gleichbehandlung mit den Baudenkmalern geschützt. Probleme bei ihrer Unterschutzstellung oder sonstigen denkmalrechtlichen Behandlung aufgrund gesetzlicher Lücken sind nicht bekannt. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich nicht, warum der Gesetzgeber den bestehenden Schutz als nicht ausreichend erachtet hat. Der Landschaftsverband Westfalen-Lippe sieht es als problematisch an, dass nun in all den Fällen, in denen eine Gartenanlage nicht alleine steht, sondern mit Bebauung verbunden ist, zwei Denkmalkategorien aufeinanderstoßen. Dasselbe gilt für Parks und Friedhöfe, in denen Gebäude bzw. Grabmäler vorhanden sind.

Diese Problematik wird dadurch potenziert, dass Gartendenkmäler gänzlich anders unter Schutz stehen sollen als Baudenkmal; diese geänderte Unterschutzstellungssystematik ist als eigentlicher Grund für die Schaffung einer eigenen Denkmalkategorie zu vermuten, denn inhaltlich unterscheidet sich die Definition der Neufassung kaum von dem bisherigen § 2 Abs. 2 S. 2 DSchG NRW und bietet keinen größeren Schutz oder sonstigen Vorteil. Während es für Baudenkmal beim konstitutiven System bleibt, sollen Gartendenkmäler nur deklaratorisch in die Denkmalliste eingetragen werden. Die Gesetzesbegründung belässt es für die Gartendenkmäler dabei, den Systemwechsel als „sachgerecht“ zu bezeichnen, ohne dies zu begründen. Eine solche Begründung findet sich in Ziffer 23 lit. a) der Gesetzesbegründung trotz entgegenstehender Einleitung ausschließlich für die Bodendenkmäler.

Abs. 5 - Definition des „Bodendenkmals“ und des „Fundes“

In dieser Vorschrift, mindestens aber generell in § 2, sollten definitorische Fragen zum Fund, der Besonderen wissenschaftlichen Bedeutung (diese ist im neuen § 18 des Entwurfs im Gegensatz zum bisherigen Schatzregal des § 17 der bisher gültigen Gesetzesfassung nicht mehr enthalten) und zum Verhältnis Bodendenkmal zu Denkmalbereich geklärt werden. Ferner beantwortet der Entwurf nicht die bleibende Frage, wie der Begriff des Vermuteten Bodendenkmals im Hinblick auf die avisierte Umstellung des Verfahrens von konstitutiv zu deklaratorisch/nachrichtlich nach § 5 Abs. 2 verstanden wird. Sollen der Begriff synonym als Ausdruck dieser Nachrichtlichkeit verstanden werden?

Nachstehend werden folgende Anregungen zur definitorischen Erfassung wichtiger Begriffe der Bodendenkmalpflege und Paläontologie vorgeschlagen. Diese könnten auch in eine untergesetzliche Vorschrift Eingang finden:

Befund

Befunde sind ortsfeste Zeugnisse der Geschichte des Menschen oder der Pflanzen und Tiere aus erdgeschichtlicher Zeit unabhängig von ihrer Eintragung in die Denkmalliste. Befunde sind insbesondere Erd- und Gesteinsschichten mit Fossilien sowie ortsfeste Zeugnisse menschlicher Aktivitäten aus vergangenen Zeiten (oder: von denen angenommen werden kann, dass ihre Erforschung wissenschaftliche Erkenntnisse erbringen kann).

Bodendenkmal

Bodendenkmäler (archäologische Denkmäler) sind als archäologische Sachzeugen im Boden oder auch in einem Gewässer verborgene bewegliche oder unbewegliche Sachen, bei denen es sich um Zeugnisse, Überreste oder Spuren menschlichen, tierischen und pflanzlichen Lebens handelt. Ein Bodendenkmal ist damit ein Zeugnis der Kultur- und Entwicklungsgeschichte und somit ein Denkmal. Dazu zählen Überreste früherer Befestigungsanlagen, Siedlungen, Kult- und Bestattungsplätze, Hortfunde, Produktionsstätten, Wirtschaftsbetriebe, Verkehrswege, Grenzziehungen und Erinnerungsorte.

Paläontologische Bodendenkmäler sind Objekte, die wissenschaftlich bedeutend für die Geschichte tierischen und/oder pflanzlichen Lebens aus erdgeschichtlicher Zeit sind. Dazu zählen Gesteinsschichten, die bedeutende Fossilien beinhalten oder als Referenzprofile für stratigrafische Einheiten dienen sowie auch bereits aus dem Gesteinsverband gelöste/geborgene Fossilien wie zum Beispiel alle Wirbeltiere und ihre Spuren, selten vorkommende sowie wissenschaftlich bislang unbekannte Arten, Fundkomplexe, die Lebensgemeinschaften und Interaktionen verschiedener Tier- und Pflanzenarten abbilden, und verkieselte Hölzer.

Vermutetes Bodendenkmal

Vermutete Bodendenkmäler sind Sachen, Mehrheiten von Sachen oder Teile von Sachen, bei denen nach wissenschaftlichen Kriterien davon ausgegangen werden kann, dass sie die Bedingungen des § 2 Abs. 1 und 5 in seiner derzeit gültigen Fassung erfüllen.

Kriterien hierfür sind insbesondere archäologische oder paläontologische Funde, Veränderungen und Verfärbungen der natürlichen Bodenbeschaffenheit oder wissenschaftliche Vergleiche mit anderen Bodendenkmälern.

Denkmalbereich

Bodendenkmalbereiche sind eine Mehrheit von Bodendenkmälern oder vermuteter Bodendenkmäler, die in einem räumlichen Zusammenhang zu einander stehen, soweit dieser Zusammenhang bedeutend für die Geschichte des Menschen oder der Tiere und Pflanzen aus erdgeschichtlicher Zeit ist.

Erläuterung: Es geht z. B. um Ensembles von Gräbern und Siedlungen mit wichtigen Sichtbeziehungen, um Stadt- und Ortsgrundrisse etc.

Auflesen

Das Auflesen bezeichnet das Aufsammeln loser Objekte von der Oberfläche, die auf natürliche Weise aus dem festen Gesteinsverbund gelöst wurden.

Bergen

Bergen ist die Entnahme eines Objektes unter Überwindung einer physikalischen Barriere, wie zum Beispiel einem Gewässer oder einem Erdaushub.

Schürfen

Schürfen bezeichnet die Entnahme oberflächlich sichtbarer oder teilweise freiliegender, aber noch im Gesteinsverbund befindlicher Objekte (ohne Zuhilfenahme technischer Mittel oder Werkzeuge).

Graben

Graben ist die Entnahme von Objekten unter Zuhilfenahme technischen Geräts oder von Werkzeugen aus dem festen Gesteinsverbund sowie das Freilegen tieferer Schichten zu diesem Zweck.

Abs. 7 in Verbindung mit § 21 Abs. 5 S. 1 - Definition der „Verpflichteten“ und „Generalklausel“

Diese Definition des nach dem Gesetz zu adressierenden Personenkreises für Verfügungen der Unteren Denkmalbehörden wird abgelehnt. Sie ist weder notwendig noch sinnvoll. Das DSchG NRW in seiner jetzigen Fassung nennt denselben, hier in der Entwurfsfassung genannten Adressatenkreis korrekterweise innerhalb der jeweiligen Ermächtigungsgrundlage, vgl. bspw. § 7 Abs. 1 und 2 oder § 27 Abs. 1. Hierbei sollte es zunächst aus Gründen der Normklarheit und -wahrheit verbleiben. Der Entwurf gibt in seinen umgestalteten Ermächtigungsgrundlagen (vgl. u.a. § 7 des Entwurfs) keinen Hinweis darauf, dass die Definition des von ihm adressierten Personenkreises hier zu finden sein soll. Dies ist zwar juristisch nicht zu beanstanden, vergleicht man beispielsweise den langen definitorischen Katalog anderer Gesetze wie z.B. dem KGSG; jedoch kann die juristisch nicht vorgebildete und mit dem Gesetz häufig nicht vertraute Untere Denkmalbehörde hier nicht „auf einen Blick“ erkennen, wer Adressat ihrer Verfügungen sein soll. Diese Verknappung verschleiert gleichzeitig auch den Denkmaleigentümer:innen den klaren und kurzen Blick auf ihre Pflichten. Der

Entwurf ist somit ein Rückschritt gegenüber dem jetzigen Stand der Gesetzesfassung, schon was seine „Benutzerfreundlichkeit“ für den rechtlich ungeübten Laien angeht.

Ferner enthält die in § 2 Abs. 7 genannte Beschränkung des Kreises der „Verpflichteten“ eine Regelungslücke. Denn die Beschränkung auf Eigentümer:innen oder sonst „obligatorisch Berechtigte“⁴ lässt die Inanspruchnahme Dritter vollständig entfallen. Die Inanspruchnahme dritter Personen ist derzeit in § 27 Abs. 2 DSchG NRW geregelt. Dieser betrifft die vorsätzliche oder fahrlässige Beschädigung oder Zerstörung eines Denkmals und fordert vom Schädiger dessen Wiederherstellung. Dieser Schädiger muss aber nicht zwingend der Eigentümer oder sein Mieter sein, man denke nur an den Fall, dass ein Denkmal bei Bauarbeiten in unmittelbarer Nähe in Mitleidenschaft gezogen wird.

Die Regelung des § 21 Abs. 5 S. 1 der Entwurfsfassung führt hier nicht weiter. Die als Generalklausel gedachte Gefahrenabwehrklausel gegen schädigende Einwirkungen aller Art auf das Denkmal, kollidiert mit der abschließenden Definition der „Verpflichteten“ in § 2 Abs. 7, denn eine Inanspruchnahme Dritter, die das Denkmal schädigen, ist ja gerade ausgeschlossen, wenn es hier heißt, dass Verpflichtete nach diesem Gesetz allein Eigentümer:innen sowie die dinglich Berechtigten und die Ausübenden tatsächlicher Gewalt über die Sache sein sollen. Hier muss klargestellt werden, dass auch wie bisher (§ 27 Abs. 2 der geltenden Fassung) diese dritten, „außenstehenden“ Personen gefahrenabwehrrechtlich herangezogen werden können. Warum insofern die allen anderen Landesgesetzen inhärente Wiederherstellungsklausel des § 27 Abs. 2 ersatzlos gestrichen wurde und vor allem der Hinweis des derzeitigen § 27 Abs. 3 über die ergänzende Anwendbarkeit des Ordnungsbehördengesetzes, erschließt sich nicht.

Die Verweisungsnorm des § 27 Abs. 3 der derzeit geltenden Fassung hat sich in der jüngeren Vergangenheit gut bewährt. Sie ermöglicht nämlich nicht nur den Zugriff auf die allgemeinen Vorschriften zur Inanspruchnahme von „Störern“ nach §§ 17 – 19 OBG NRW, sondern über § 24 OBG NRW auch den Denkmalbehörden Zugriff auf diverse Instrumente des PolG NRW. Die weitere Aufrechterhaltung dieser Möglichkeiten ist aus Sicht des Landschaftsverbandes Westfalen-Lippe von kaum zu überschätzender Bedeutung für die von der Landesregierung beabsichtigte Stärkung der Unteren Denkmalbehörden.⁵

⁴ Also Mieter, Pächter etc.

⁵ Nicht zuletzt ergab sich für die, der Landesregierung direkt angegliederte, Bezirksregierung Münster als Untere Denkmalbehörde in einem Streitfall über die rechtlichen Möglichkeiten zur Rückverbringung eines von seinem Ursprungsort entfernten historischen und denkmalgeschützten Grenzsteins in 2017-18 das Problem, dass das DSchG NRW schon in seiner jetzigen Fassung hierzu keine Aussage traf. Auf Anraten des Fachamtsjustizars des Landschaftsverbandes wurde sodann eine Sicherstellung des Steins über § 27 Abs. 3 DSchG NRW in Verbindung mit § 24 Abs. 1 Ziff. 12 OBG NRW und § 43 PolG NRW geprüft und fachlich wie rechtlich bis zum, dieses Vorgehen bestätigenden Urteil des VG Münster vom 31.01.2019 – 2 K 1860/18 vom Fachamt intensiv begleitet. Die jetzige Entwurfsfassung des DSchG NRW lässt diese und ähnliche Möglichkeiten vollständig entfallen.

Ersetzt werden soll diese Verweisungsmechanik nach dem Willen der Landesregierung durch eine dem Gesetz derzeit fehlende „Generalklausel“ zur allgemeinen Abwehr von Gefahren vom Denkmal in § 21 Abs. 5 S. 1 des Entwurfs. Dies erscheint aufgrund des eben Gesagten inhaltlich nicht gleich effektiv und zeitigt, wie gezeigt, Probleme bei der gefahrenabwehrrechtlichen Störerauswahl.

Weiterhin verortet der Entwurf diese Generalklausel in einer anderweitig reinen Zuständigkeitsvorschrift, die allein durch ihre Überschrift „Aufbau, Aufgaben und Zuständigkeit“ Rechtsanwender:innen und/oder interessierte Denkmaleigentümer:innen nicht vermuten lässt, dass hier subaltern in Abs. 5 noch eine zentrale Ermächtigungsgrundlage zu erwarten ist. Rechtssystematisch und inhaltlich zutreffend(er) wäre die prominentere Verortung dieser Vorschrift im materiell-rechtlichen Regelungsteil des Gesetzes. Der Entwurf berücksichtigt die fundamentale Rechtserkenntnis, dass sich aus alleinigen Zuständigkeitszuweisungen keine Ermächtigung zum Eingriff gegenüber dem Bürger ableiten lassen, nicht in ausreichender Form.⁶ Die Vorschriften sollten nicht rechtlich unsystematisch miteinander vermengt werden. Gleichzeitig wird empfohlen, eine Wiederherstellungsklausel und den „Durchgriff“ in das Ordnungsbehördengesetz NRW aus den genannten Gründen zu erhalten.

Letztlich muss die wortlautmäßige Fassung der „Generalklausel“ juristisch nochmals überprüft werden. Die Formulierung, dass „die Denkmalbehörden diejenigen Maßnahmen zum Schutze der Denkmäler treffen“, die ihnen „notwendig erscheinen“, löst Bedenken aus. Denn die angeordnete Maßnahme muss sich – spätestens bei gerichtlicher Überprüfung – als an objektiven Tatsachen orientiert rechtmäßig erweisen, nicht am subjektiven Dafürhalten („dem Erscheinen“) der Behörde. Soweit hier sinngemäß darauf abgehoben werden soll, dass sehr wohl im „Gefahrenbegriff“ die Unterscheidung zwischen „ex ante“ und „ex post“ Betrachtung über das Vorliegen einer „Gefahr“ im Rechtsinne existiert und die Behörde selbstverständlich die Gefahr ex ante einzuschätzen hat, führt dies zu keiner anderen Betrachtung. Denn die polizeirechtlich insoweit relevante Unterscheidung zwischen (rechtmäßig angenommener) „Anscheinsgefahr“ und – zur Rechtswidrigkeit des Handelns führender „Scheingefahr“ gehört nicht im Gesetz (mit noch dazu verunklarendem Wortlaut) hinterlegt.

Zu § 3 des Entwurfs - Rücksichtnahmegebot

⁶ Dies betrifft die in der Rechtswissenschaft bekannte „Kreuzbergerkenntnis“ des Preußischen OVG, Urteil vom 14.06.1882 – II B 32/82; PrOVGE 9, 353 f., wonach die bloße Zuständigkeit der Baubehörde nicht ausreicht, um städtebauliche Maßnahmen zu veranlassen, die nicht einer im Gesetz exakt hinterlegten Ermächtigung zur Gefahrenabwehr entsprechen.

Diese Anordnung der angemessenen Berücksichtigung des Denkmalschutzes in anderen Rechtsgebieten ist im Grundsatz zu begrüßen. Allein, sie findet sich bereits in § 9 Abs. 3 DSchG NRW in der derzeit geltenden Fassung. Schon hier stellt sich die Frage, ob die „angemessene Berücksichtigung“ allein die Überlegungen zu den materiell-rechtlichen Regelungen des DSchG beinhaltet oder auch die „angemessene“ Beteiligung der Fachämter, also die Frage, ob hier auch eine verfahrensmäßige „Angemessenheit“ gemeint ist. Die Art und Weise der Beteiligung sorgt in konzentrierten Verfahren/Planfeststellungsverfahren aufgrund der hochgradig fragmentierten Vorschriften hierzu in anderer Spezialmaterie wie dem AEG, FernStG, WaStrG, BImSchG usw. regelmäßig für Verwirrung bezüglich der korrekten formalen Vorgehensweise

Ferner ist zu bemängeln, dass die „Angemessenheit“ der Berücksichtigung des Denkmalschutzes in anderen Rechtsgebieten mit der „Angemessenheit“ der Berücksichtigung der Belange nach § 9 Abs. 3 S. 2 des Entwurfs konkurrieren soll, was bei einer Abwägung der Genehmigung nach BauO zu einer „Neutralisierung“ der beiden Gewichtungen führt. Insofern wiederholt der Entwurf an dieser Stelle, was bereits jetzt an anderer Stelle in der DenkmallistenVO, § 5 Abs. 5, zu bemängeln ist. Dort soll der Datenschutz bei der Veröffentlichung von Inhalten der Denkmalliste anhand einer „erheblichen Beeinträchtigung“ der privaten Interessen abgewogen werden, die gegen „erhebliche öffentliche Interessen“ an der Publikation der Daten konkurrieren. Die Entwurfsfassung zieht diese dogmatisch unanwendbare Vorgehensweise nunmehr aus dem Sekundärrecht auf die Ebene des Stammgesetzes.

Unklar ist fernerhin, weswegen § 3 S. 2 des Entwurfs nur von Sicherung der Bodendenkmäler über die Bauleitplanung etc. spricht, nicht aber von Baudenkmalern. Dies erweckt den Eindruck, dass die Landesregierung hier eine Abstufung in den Schutzprioritäten vorzunehmen gedenkt.

Hier wiederum zeigt sich der Entwurf auch inhärent widersprüchlich, denn nach § 23 Abs. 3 besteht die Anordnung, Eintragungen auch von Baudenkmalern in die Bebauungspläne der Kommunen nachrichtlich zu übernehmen. Wenn aber über § 3 S. 2 nur für Bodendenkmale deren „Sicherung“ über B-Pläne zu „gewährleisten“ ist, fragt sich, weshalb den Baudenkmalern hier durch den Entwurf offenbar eine weniger schützenswerte Stellung zugebilligt wird.

Zu § 4 des Entwurfs - Vorläufiger Schutz

Zur angedachten Neuregelung dieser Vorschrift ist zunächst vorweg zu bemerken, dass zur derzeitigen Regelung der Vorschrift ein lesenswerter wissenschaftlicher Aufsatz von Stellhorn in der NWVBL 1/2021 existiert.⁷ Dieser endet nach Herausarbeitung der seit Inkrafttreten des DSchG NRW zum Instrument der „Vorläufigen Unterschutzstellung“ entwickelten Rechtsprechung mit der

⁷ Stellhorn, Die vorläufige Unterschutzstellung im Denkmalrecht, NWVBl. 2021, 10 – 16.

Erkenntnis, dass den Denkmalschutzbehörden durch dieses Instrument (eben in seiner derzeit gültigen Fassung) ein effektives und effizientes Werkzeug zur Bewältigung ihrer Aufgaben durch den Gesetzgeber an die Hand gegeben wird.⁸

Es ist nicht verständlich, auf welcher Grundlage fußend die Landesregierung nunmehr meint, Veränderungen vornehmen zu müssen. Dies insbesondere deshalb nicht, weil die vorgeschlagene Neuregelung nicht nur verfahrensrechtlich zu Konfusion führt, sondern auch zur Unanwendbarkeit der Vorschrift insgesamt, wie zu zeigen ist.

Nach dem Willen der Landesregierung soll die Vorläufige Unterschutzstellung offenbar als eigenständiges Verwaltungsverfahren abgeschafft werden. Jedenfalls indiziert die Entwurfsformulierung in § 4 Abs. 1 mit, dass die vorläufige Unterschutzstellung an die Einleitung des Verfahrens zur endgültigen Eintragung knüpfen soll und somit unselbständiger Annex ähnlich der Anordnung der sofortigen Vollziehung zum Verwaltungsakt nach § 80 Abs. 2 VwGO werden soll. Dies entspricht in keiner Weise der vom Gesetzgeber bei Einführung des Gesetzes beabsichtigten und durch die Rechtsprechung hinreichend ausentchiedenen Zielsetzung dieser Vorschrift. Die Vorschrift soll in ihrer jetzigen Form bei Annahme eines an ausreichender Indizienlage begründeten „Denkmalverdachts“ den beteiligten Behörden die Zeit geben, das Objekt genauer zu untersuchen, ohne zu diesem Zeitpunkt genau wissen zu können, ob letztendlich ein Baudenkmal vorliegt oder nicht. Die Vorschrift ist insofern Vorfeldmaßnahme zur Sachverhaltsaufklärung und muss nicht notwendigerweise in einer endgültigen Eintragung enden. Die Verknüpfung dieses vorläufigen Schutzinstruments mit der Absicht zur endgültigen Eintragung nimmt den Behörden dieses in der Praxis extrem wichtige und oft genutzte Instrument aus den Händen. Denn nun kann nur vorläufig eingetragen werden, was schon im Moment der Verfahrensaufnahme als späteres Denkmal feststeht. Das Gesetz begibt sich in einen logischen Zirkelschluss.

Ferner ist das derzeitige Instrument auch durch die Rechtsprechung ausreichend ausdifferenziert. Nochmals sei auf den Aufsatz von Stellhorn für Genaueres verwiesen. Der Landschaftsverband Westfalen-Lippe kann mitteilen, dass Klagen oder einstweilige Rechtsschutzersuchen gegen die Vorläufige Unterschutzstellung durch die Gerichte nur in seltensten Ausnahmefällen durchgreifen. Diese Ausnahmefälle beziehen sich auf Fristversäumnisse der kommunalen Unteren Denkmalbehörden, die die sechsmonatige Frist zur Einleitung des endgültigen Verfahrens gem. Abs. 2 der derzeit gültigen Vorschriftfassung verstreichen lassen.

Auch insofern ist die Veränderung in der Entwurfsfassung des Abs. 2 zu kritisieren. Sie geht mit einer verkappten Fristverkürzung zulasten der nach dem Gesetzentwurf zu stärkenden Denkmalbehörden einher, denn nunmehr muss nicht das Verfahren zur endgültigen Eintragung allein eingeleitet worden sein, sondern die Wirkung der vorläufigen Unterschutzstellung entfällt, wenn das Objekt nicht

⁸ Stellhorn, a.a.O., S.16.

innerhalb von sechs Monaten eingetragen wird. Soweit sich diese Fristverkürzung an eine vermeintlich zeitlich verzögerte Erstellung von Gutachten zum Denkmalwert bei den Landschaftsverbänden bezieht, entspricht diese nicht nur nicht den empirisch an den Verfahrenszeiten ablesbaren Realitäten, sondern führt auch zu einer Behinderung der Arbeit der Unteren Denkmalbehörden. Denn vielerorts sind diese durch gemeindliche Satzung an die Bestätigung der endgültigen Eintragung durch den Gemeinderat gebunden. Der Gemeinderat ist aber kein permanent tagendes Organ. Er tritt, in der GO NRW hinterlegt, nur turnusgemäß, auf Ladung und mit fester Tagesordnung zusammen. Die Landesregierung zwingt hier die kommunalen Ratsorgane daher zum Zusammentreten und zur Terminierung einer Entscheidung innerhalb der sechsmonatigen Frist. Dies ist wiederum vor allem deshalb in seiner Zweckmäßigkeit zu hinterfragen, da die Eintragung gebundene Entscheidung ist und somit, bei erkanntem Denkmalwert, keinen Spielraum für einen dem Organ Rat typischen, politischen Austausch und eine eigene, von der gesetzlich angeordneten Rechtsfolge abweichende Willensbildung dieses Gremiums lässt. Die Entwurfsfassung lässt dieses Defizit und die damit verbundenen Widersprüche in seinem organisatorischen Regelungsteil ab §§ 21 f. unverändert bestehen.

Ferner hochgradig unklar ist die Rechtsnatur dieses neuen „Vorläufigen Schutzes“. Denn soweit er als unselbständiger Verfahrensannex zur endgültigen Eintragung verstanden werden soll, wie es der Wortlaut in § 4 Abs. 1 nahelegt: „Teilt die untere Denkmalbehörde der Verpflichteten die Absicht der Einleitung eines Unterschutzstellungsverfahrens mit, [...]“, knüpft die Rechtswirkung des vorläufigen Schutzes allein an diese formlose Mitteilung. Dies ist ein rechtlicher Nachteil zulasten der Eigentümer:innen eines Denkmals, die derzeit einen rechtsbehelfsbewehrten und damit klagbaren Bescheid erhielten. Ferner erscheint auch die Formulierung „Absicht der Einleitung eines Unterschutzstellungsverfahrens“ rechtlich als bedenklich. Denn die Auslösung von Rechtsfolgen, hier die vorläufige Unterschutzstellung, muss sich an nachvollziehbaren Tatbestandsmerkmalen festmachen lassen, die von der Unteren Denkmalbehörde begründet werden müssen. Die Begründungspflicht ergibt sich nicht nur aus § 39 Abs. 1 VwVfG NRW, sondern auch durch die Bindung der vollziehenden Gewalt an Recht und Gesetz gem. Art. 20 Abs. 3 GG. Nunmehr die Veränderung im Rechtsstatus (Unterwerfen des Eigentums unter das Regelungsregime des DSchG NRW) und damit den Eingriff ins Eigentum von der bloßen subjektiven Absicht der Behörde abhängig machen zu wollen, entfernt sich von rechtstaatlichen Grundsätzen. Die Neuregelung setzt hier hingegen auf eine formlose Mitteilung unter Umgehung dieses fundamentalen verfassungsrechtlichen Grundsatzes.

Dieses Problem der Entwurfsfassung findet seine Verschärfung dadurch, dass sie anders als die derzeit gültige Fassung jeden – eigentlich für die Zielstellung dieser Vorschrift unabdingbaren – objektiven Prognosemaßstab vermissen lässt. Denn, wie schon eingangs ausgeführt, bedarf es für die vorläufige Unterschutzstellung eines begründeten „Denkmalverdachts“. Die Maßstäbe hierfür

sind durch die Rechtsprechung detailliert ausgearbeitet und finden ihre derzeitige gesetzliche Aufhängung in der etwas verunglückten Formulierung „Ist damit zu rechnen, daß ein Denkmal in die Denkmalliste eingetragen wird, [...]“. Wie jede polizeirechtliche Regelung, bedarf daher auch diese Eingriffsermächtigung eines solchen gefahrenabwehrmäßigen Prognosemaßstabs, an dem die Behörde anhand empirischer Kriterien über das Vorliegen oder Nichtvorliegen der Voraussetzungen für ihr Handeln (Auslösung der Rechtsfolge) entscheiden kann. Diese Entscheidung hat sie sodann nachvollziehbar ggü. dem betreffenden Adressaten ihrer Maßnahme zu begründen. Die bloße subjektive Absicht kann dieses Erfordernis nicht ersetzen. Warum hier durch die Landesregierung diese basale verwaltungs- und polizeirechtliche Überlegung übergangen wurde, erschließt sich nicht. Soweit dem mit Verweis auf die im Entwurf hinterlegte Absicht zur endgültigen Eintragung begegnet wird, verfängt dies nicht. Denn auch diese Absicht muss sich an konkret für den betroffenen Eigentümer nachvollbaren, objektiven, ihm mitzuteilenden Anhaltspunkten messen lassen, die die Neufassung nicht mehr vorsieht.

Zu § 6 des Entwurfs – Veräußerungsanzeige

Im Sinne der vorgenannten Notwendigkeit zur genaueren Definition von Begrifflichkeiten der (paläontologischen) Bodendenkmalpflege werden hier hinsichtlich von Fossilienfunden Bedenken gegenüber möglichen Schutzlücken gesehen.

Zu § 7 des Entwurfs - Erhaltungspflicht

Abs. 1 S. 1

Es ist zu kritisieren, dass hier nur noch von „Verpflichteten“ als Adressaten der entsprechenden Erhaltungsverfügung gesprochen wird. Die derzeit gültige Gesetzesfassung spricht korrekterweise von „Eigentümern und sonstig [obligatorisch] Nutzungsberechtigten“.

Dies ist dogmatisch zutreffend, denn die Vorschrift des § 7 Abs. 1 sowohl in der derzeit gültigen, wie auch der geplanten Neufassung ist eine der seltenen sog. „sich selbst exekutierenden“ Vorschriften, deren inhaltliche Anordnung keiner zusätzlichen Umsetzung durch Verwaltungsakt bedürfen. Insoweit dieses Bedürfnis nicht besteht, und die „Verpflichteten“ also permanent an die hier postulierte Pflicht gebunden sind, ist es aus Gründen der Normwahrheit und Normklarheit geboten, den Adressatenkreis dieser Anordnung genau zu umreißen. Es sollte daher bei der Nennung von „Eigentümern und/oder sonstig Nutzungsberechtigten“ verbleiben. Die in § 2 Abs. 7 verlagerte Definition erfüllt diesen Anspruch gerade nicht.

Abs. 1 S. 2

Die Sentenz: „Die dauerhafte Erhaltung der denkmalwerten Substanz ist zu gewährleisten“ ist überflüssig. Dies ergibt sich denklogisch aus der Anordnung aus S. 1 der Vorschrift. Die Einführung des juristisch an gänzlich anderer, sachfremder Stelle (Kaufrecht des BGB, § 433 f.) hinterlegten und im Denkmalschutzrecht derzeit unbekanntem Begriffs der „Gewährleistung“ schafft hier unnötigen Interpretationsspielraum und führt nicht zu einer klareren Umgrenzung oder Auffüllung von Reichweite und Inhalt der Pflichten aus S. 1 der Vorschrift.

Abs. 1 S. 3

Die Vorschrift der „fachgerechten Durchführung“ erforderlicher Instandhaltungsarbeiten ist zu begrüßen. Mit Urteil vom 02.03.2018 – 10 A 2580/16 – hatte das OVG NRW die Geltungskraft der denkmalfachlichen Maßstäbe, bis zu diesem Zeitpunkt aus der Formulierung „sachgerecht zu behandeln“ herausinterpretiert, bezweifelt. Dies übrigens im Widerspruch zum Niedersächsischen OVG, Urteil vom 24.10.2018 – 1 LB 79/17, welches für seinen Zuständigkeitsbereich die Annahme vertritt, dass internationale Konventionen über den Umgang mit kulturellem Erbe bei der Auslegung der entsprechenden, sich an die Eigentümerschaft richtenden Sorgfaltspflichten norminterpretierend herangezogen werden müssen. Insofern ist diese hier beabsichtigte gesetzliche Klarstellung unbedingt zu begrüßen.

Abs. 2 S.1

Zu bemängeln ist die tatbestandliche Doppelung der „Zumutbarkeit“ im Verhältnis zu Abs. 1 S. 1 der Neufassung. Denn soweit die Verpflichteten die Erhaltungspflicht ohnehin nur im Rahmen des Zumutbaren trifft (vgl. nochmals dortigen Wortlaut), kann auch nach der Ermächtigungsgrundlage des Abs. 2 S. 1 eine ordnungsbehördliche Inanspruchnahme ausschließlich im zumutbaren Umfang geschehen. Der derzeitige Wortlaut eröffnet Raum für das Missverständnis einer doppelten Abwägung der Zumutbarkeit des Abs. 1 S.1 auf das Zumutbare nach Abs. 2 S. 1.

Gleiches gilt für den Begriff der „zumutbaren Beeinträchtigung“, dessen inhaltliche Reichweite hochgradig unklar ist. Da insoweit die „zumutbaren Kosten“ explizit als eigenes Tatbestandsmerkmal genannt werden, muss die davon zu unterscheidende „zumutbare Beeinträchtigung“ einen eigenen Sinngehalt zugewiesen bekommen. Die Entwurfsbegründung schweigt sich hierzu aus. Es kann also nur gemutmaßt werden. Soweit dieser Begriff also ggf. bereden soll, dass Beeinträchtigungen durch Erhaltungsanordnung zu unterlassen sind, soweit sie als belästigender, also „unzumutbarer“ Eingriff

in die Privatsphäre gewertet werden könnten, ist dies polizeirechtlich unhaltbar. Die Inanspruchnahme eines Adressaten ergibt sich allein nach den Vorschriften der §§ 17 – 19 OBG NRW, welche auch im Denkmalrecht Anwendung finden. Die Inanspruchnahme ist wiederum geknüpft an das Vorliegen der Eingriffsvoraussetzungen, welche sich in der Verletzung der geschriebenen Rechtsordnung (hier § 7 Abs. 1 S. 1) erschöpfen. In diesem Fall ist die erlassene behördliche Anordnung angemessen abzuwägen, § 16 OBG NRW. Ein Ausschluss des behördlichen Einschreitens über diese fundamentale rechtliche Regelungsmechanik hinaus aufgrund von Eingriffen, die als „unbequem“ oder „belästigend“ empfunden werden, ist rechtstaatlich bedenklich und daher schlicht eine von Gesetzes wegen hier hinterlegte sachfremde Erwägung. Der Begriff des Einschreitens nur im Bereich der „zumutbaren Beeinträchtigung“ sollte daher ersatzlos entfallen.

Ferner fehlt der Norm der Hinweis auf die ganz zentrale und notwendige Prüfung im Sinne des Prinzips „Verkauf vor Abbruch“. Diese in ständiger Rechtsprechung im Detail ausdifferenzierte Vorgabe setzt eine Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Denkmalrecht um, wonach die Grenze der Belastbarkeit des Eigentums erreicht ist, wenn der Eigentümer es „praktisch auch nicht veräußern kann“.⁹

Abs. 2 S. 4

Die hier im Sinne eines nicht abschließenden(!) Regelbeispielkatalogs („insbesondere“) folgende Auflistung derjenigen Umstände, aus welchen sich die Unzumutbarkeit gerade nicht ergibt, ist schon aussagenlogisch zu beanstanden. Sämtliche vorweggehende Sätze der Vorschrift sprechen von „Zumutbarkeit“. Hier nun wird in doppelter Verneinung von „nicht unzumutbar“ gesprochen. Das erschwert das Verständnis der Vorschrift.

Abs. 2 S. 4 Ziffer 1

Die Ziffer 1 fügt sich nicht in die Dogmatik der eigenen Entwurfsfassung ein. Soweit die Ziffer von einer Zumutbarkeit der Erhaltungsmaßnahme in denjenigen Fällen ausgeht, in welchen nach der zweiten Tatbestandsalternative der Gebrauch des Denkmals „unter Berücksichtigung seiner Bedeutung nur unwesentlich eingeschränkt wird“ wird hier eine verkappte Denkmalwertabstufung eingeführt, die so nicht mit dem unitarischen Denkmalbegriff des § 2 korrespondiert.

Denn die Berücksichtigung seiner Bedeutung ergibt sich allein aus der Eintragung als Denkmal selbst. Nach dem Willen der Landesregierung soll die Eintragung von Baudenkmalern ja weiterhin

⁹ BVerfG, Beschluss vom 02.03.1999 – 1 BvL 7/91, Rn. 92.

konstitutiv sein. Für eine graduelle Höher- und Mindergewichtung dieser konstitutiven, durch Eintragungsakt unumstößlichen Bedeutung¹⁰ gibt es keinen Grund. Die Begriffsdefinitionen des § 2 der Entwurfsfassung unterscheiden ja auch gerade nicht zwischen Denkmälen gestufter und damit unterschiedlicher Wertigkeit. Ferner ist diese, hier indirekt angedachte Abstufung in anderen Ländern wieder aus dem Gesetz entfernt worden, da sie zu für den Landesgesetzgeber nicht hinnehmbaren Schutzdefiziten geführt hatte.¹¹ Diese Überlegung widerspricht ferner daher auch der eigenen Überlegung des Entwurfs in § 7 Abs. 1 S. 2, wonach die dauerhafte Erhaltung der denkmalwerten Substanz ja gerade zu gewährleisten sei. Diese kann nicht im Verfahren nach § 7 disponibel oder verhandelbar werden. Deutlich ist zu sagen: Die zumutbare Abwägung auf die Belange der Eigentümer findet auch jetzt bereits anhand der notwendigen, ordnungsgemäßen Ermessenserwägung statt.

Abs. 2 S. 4 Ziffer 2

Hier gilt das Vorgesagte. Ferner ist der Begriff „Gebrauchswert“ zu kritisieren. Der Begriff ist in seiner Reichweite unklar, zumal er wohl semantisch vom ebenfalls genannten „Verkehrswert“ abgegrenzt werden soll, was der denklogisch trennende Konjunktiv „oder“ nahelegt.

Der Begriff des Verkehrswerts ist mit seiner Verschränkung in die ImmobilienwertVO zu kritisieren, weil die reine Monetarisierung der Nutzbarkeit von Baudenkmalern als ihrem ideellen Denkmalwert „gegenzurechnender“ Faktor mit dem Schutzauftrag nach Art. 18 Abs. 2 LV NRW kollidieren kann. Die Wertermittlung kann nach der ImmobilienwertVO ohnehin nur unter Einbezug des betreffenden Grundstücks erfolgen und somit den „Verkehrswert“ des Baudenkmalers nicht isoliert ermitteln, so auch zuletzt VG Düsseldorf, Urteil vom 01.10.2020 – 28 K 4696/18 – Rn.54, 57 juris.

Was sodann mit dem daneben in der Entwurfsfassung erwähnten „Gebrauchswert“ erfasst werden soll, bleibt unklar. Der einem Gegenstand innewohnende „Gebrauchswert“, der ihm entzogen werden kann, ist hingegen eine Rechtsfigur der Delikte gegen die Eigentumsordnung des Strafrechts.¹² Er ist hochgradig ideeller und wertender Natur und daher nicht geeignet, hier Rechtssicherheit für alle Beteiligten herzustellen.

¹⁰ Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 08.06.2020 – 10 A 1660/19 – Rn. 5 juris.

¹¹ So in Schleswig-Holstein. Die seinerzeitige Unterscheidung zwischen „einfachen“ Denkmälern und „besonderen Denkmälern“ ist in der Novellierung von 2014 fallengelassen worden. Instruktiv dazu die Ausführungen des Landesamts für Denkmalpflege abrufbar unter:

https://www.schleswig-holstein.de/DE/Landesregierung/LD/Startseite/FAQ_Gesetz.html.

¹² Vgl. hierzu genauer den in der rechtlichen Literatur und Ausbildung berühmt gewordenen „Dienstmützenfall“ des BGH in Strafsachen; BGH Beschluss v. 21.01.1964 – 5 St R 514/63 zur Abgrenzung des in einer weggenommenen Sache verkörperten oder gerade nicht verkörperten Gebrauchswerts zur Abgrenzung von Diebstahl/Unterschlagung zu Betrug.

Abs. 4

Die Einführung einer bislang im DSchG NRW so unbekanntes „Unmittelbaren Ausführung“ ist zu kritisieren. Dem Landschaftsverband ist kein Sachverhalt bekannt, in dem eine solche Regelung notwendig gewesen wäre und ohne sie Schutzlücken entstanden wären. Die Möglichkeit, nach dem derzeitigen § 7 Abs. 2 DSchG NRW in Verbindung mit einer Anordnung der sofortigen Vollziehung und der Androhung von Zwangsgeldern oder der Ersatzvornahme nach dem VwVG NRW handeln zu können, ist vollkommen ausreichend und effektiv im Sinne der durch die Unteren Denkmalschutzbehörden zu betreibenden Gefahrenabwehr. Gegenüber dem Landschaftsverband ist die Einführung einer „Unmittelbaren Ausführung“ von keiner Unteren oder Oberen Denkmalbehörde je gefordert oder als überlegenswert angestoßen worden. Sie ist ferner mit einem erheblichen Haftungsrisiko für die Kommunen verbunden, sollte sich nachzeitig die Unzumutbarkeit der Maßnahme herausstellen.

Abs. 5

Diese Regelung vermag zu befremden, da sich nicht erschließt, inwieweit sie mit der in § 7 geregelten Erhaltung des Baudenkmals zu tun haben soll. Ferner ist sie auch inhaltlich verfehlt. Wiederum ist die bestehende Rechtsprechung zum Denkmalrecht offenbar nicht Grundlage für diese Überlegung gewesen. Denn nach bundesweit gefestigter und auch für NRW bestätigter obergerichtlicher Rechtsprechung sind die in § 7 Abs. 5 der Entwurfsfassung genannten Herstellungskosten (hier für die Barrierefreiheit) nicht 1:1 in die Wirtschaftlichkeitsberechnung einzustellen. Vielmehr sind für sie die Kreditkosten bei Aufnahme eines Kredits in gleicher Höhe zu ermitteln und anzusetzen; unabhängig davon, ob dieser aufgenommen wird oder die Maßnahme mit Eigenmitteln bestritten wird. Insofern ergibt sich hieraus keine wohl vermeintlich gewollte vorrangig zu berücksichtigende Privilegierung dieser Kosten in den Wirtschaftlichkeitsüberlegungen. Vielmehr sind alle wirtschaftlichen Aspekte gleichrangig über die zu errechnenden Kreditkosten zu berücksichtigen.

Zu § 8 des Entwurfs - Nutzung von Baudenkmalern; Barrierefreiheit bei Gebäuden der öff. Hand

Abs. 1

Abs. 1 der Norm regelt, was ohnehin allgemein anerkannt und durch den bisherigen § 8, aber auch durch die §§ 7 und 9, bereits hinreichend klar normiert war. Eine Neufassung ist überflüssig und

verlagert insofern den Blick von der bestimmenden, wesentlichen Verfahrensart im Denkmalrecht, den Antrag auf Veränderung am Baudenkmal nach § 9.

Es ist festzustellen, dass Literatur und Rechtsprechung seit Einführung des Denkmalschutzgesetzes NRW im Jahre 1980 nicht einen einzigen (streitigen) Fall einer „Umnutzung“ oder „Anordnung der Nutzung“ nach dem jetzigen § 8 zu verzeichnen haben. Die ohne erkennbare Not nunmehr hier gewollte Neufassung zeigt vielmehr das fehlende Verständnis der Entwurfsverfasser des Unterschieds zwischen der bisher in § 8 der geltenden Gesetzesfassung geregelten „allgemeinen Nutzungspflicht“ der Eigentümerschaft und der durch diese begehrten „Umnutzung“ oder anderweitiger Veränderungen, welche aber nach § 9 abgedeckt sind.

Negativ ist auch zu bewerten, dass das Gesetz an dieser Stelle mit dem Begriff „möglichst“ arbeitet; dieser stellt eine Schwächung der bisherigen Situation der Denkmäler dar. Denn § 8 Abs. 1 DSchG NRW sieht aktuell vor, dass Baudenkmäler so zu nutzen sind, dass der Erhalt der Substanz auf Dauer gewährleistet ist. Nun ist von einer „möglichst weitgehenden Erhaltung der denkmalwerten Substanz auf Dauer“ die Rede. Die bisherige Formulierung ist vorzuziehen, denn sie gibt das anzustrebende Ziel des vollständigen Substanzerhalts an; mit der Neufassung entsteht der Eindruck, als sei der Substanzerhalt von vornherein verhandelbar und, wenn nötig, partiell oder ganz aufzuheben. Wann die Definition „möglichst“ erfüllt sein soll, erschließt sich nicht. Naheliegender wäre es gewesen, mit dem Begriff der Zumutbarkeit zu arbeiten. Abs. 1 führt ansonsten zu vorweggenommenen Restriktionen, die unnötig sind, In der Begründung wird als Beispiel einer Nutzung, die eine möglichst weitgehende Erhaltung gewährleistet „Umwidmung Burg in Hotel“ angeführt, was nicht hilfreich ist. Hier sollten als Beispiel eher „wenige große Wohneinheiten“ angeführt werden.

Abs. 2

Abs. 2 S. 2 und 3, welche die Denkmäler der öffentlichen Hand betreffen, bringen nicht die ausführlichen Überlegungen der Gesetzesbegründung zum Ausdruck, in denen klargestellt wird, dass bei verschiedenen, die Barrierefreiheit herstellenden Möglichkeiten diejenige zu wählen ist, die am denkmalverträglichsten ist. Die Norm könnte in ihrer Ausdrucksweise („*ist... Rechnung zu tragen*“, „*sind schrittweise barrierefrei zu gestalten*“) daher dahingehend missverstanden werden, dass es auf ein moderates und denkmalverträgliches Vorgehen bei der Herbeiführung der Barrierefreiheit nicht ankommen soll. Selbst der Zusatz „*es sei denn, das öffentliche Erhaltungsinteresse an dem Denkmal überwiegt*“ vermag diesen Eindruck nicht aufzuheben, denn dieser klingt weniger nach einem maßvollen, abgestimmten Vorgehen zwischen den beiden betroffenen Interessen, als mehr nach einer grundsätzlichen Entscheidung, ob die Herstellung der Barrierefreiheit aus denkmalfachlichen Gründen ganz zu unterbleiben hat. Es wäre daher

wünschenswert, wenn der Gesetzgeber einen Hinweis auf ein möglichst denkmalgerechtes Vorgehen aufnehmen würde. Dies umso mehr, als es in § 9 Abs. 3 S. 2 der Neufassung heißt, dass die Barrierefreiheit „angemessen zu berücksichtigen“ ist. Diese Angemessenheit sollte sich auch in § 8 finden.

Zu § 9 des Entwurfs - Erlaubnispflichten bei Baudenkmalern

Abs. 2

In Abs. 2 wird der Umgebungsschutz des Baudenkmals dahingehend erweitert, dass auch Maßnahmen, die sich auf den Bestand (und nicht nur auf das Erscheinungsbild) des Baudenkmals auswirken können, erlaubnispflichtig sind. Es wird allerdings nicht ausreichend klar, was unter „Bestand“ zu verstehen ist: Ist damit die Substanz gemeint? Dies wäre zu begrüßen, denn auch Substanzschäden, die sich auf das Erscheinungsbild erst einmal nicht unmittelbar auswirken, sind unbedingt zu vermeiden. Allerdings erinnert der Begriff „Bestand“ an die vollständige Erhaltung des Denkmals; sollte also gemeint sein, dass nur solche Maßnahmen in der engeren Umgebung erlaubnispflichtig sein sollen, die das Denkmal in seinem gesamten Bestand gefährden könnten, wäre dies zu wenig. Denn auch geringere Substanzschäden sind auszuschließen. Daher wäre es denkmalfachlich sinnvoll, den Begriff des Bestandes durch den Begriff „Substanz“ zu ersetzen. Jedenfalls aber wäre der Begriff des Bestandes bei Beibehaltung zu definieren.

Abs. 3 S. 2

Diese Vorschrift soll regeln, dass insbesondere auch die Belange des Wohnungsbaus, des Klimas, des Einsatzes erneuerbarer Energien sowie der Barrierefreiheit angemessen zu berücksichtigen sind. Im ersten Gesetzentwurf hieß es hierzu noch:

„Die Behörden haben bei ihren Entscheidungen insbesondere auch die Belange des Wohnungsbaus, des Klimas, des Einsatzes erneuerbarer Energien sowie der Barrierefreiheit zu berücksichtigen.“ Es wird zwar grundsätzlich begrüßt, dass nun der Begriff der Angemessenheit Eingang in den Gesetzestext gefunden hat, denn er stellt klar, dass eine Abwägung zwischen diesen Belangen und dem verfassungsrelevanten Belang des Denkmalschutzes vorgenommen werden muss. Auf den Widerspruch zu § 3 der Entwurfsfassung wurde aber bereits oben hingewiesen.

Abs. 4

Die Regelung des konzentrierten Verfahrens soll offenbar Veränderung finden. Zunächst ist bei Baugenehmigungsverfahren die derzeitige Wahlmöglichkeit der Antragsstellerinnen und Antragssteller zwischen dem „globalen“ Verfahren bei der Bauaufsichtsbehörde und der isolierten denkmalrechtlichen Erlaubnis bei der UDB entfallen. Künftig ist die denkmalrechtliche Erlaubnis in Bausachen immer durch die Bauaufsichtsbehörde zu erteilen (bzw. wird Teil der Baugenehmigung), die der Zustimmung der Unteren Denkmalbehörde bedarf. Hierzu ist festzustellen, dass es sinnvoll wäre, wenn gesetzlich geregelt werden würde, in welcher Weise die Anhörung des Denkmalpflegeamtes in solchen Fällen stattzufinden hat: Wird sie von der UDB durchgeführt, bevor sie zustimmt oder ablehnt, oder hat dies durch die Bauaufsichtsbehörde zu erfolgen? Die Praxis hat gezeigt, dass sich an genau solchen Unklarheiten und Regelungslücken erhebliche Probleme im Ablauf ergeben können. Es kann vermutet werden, dass aufgrund der allgemein geregelten Zuständigkeiten die Anhörungspflicht bei der Unteren Denkmalbehörde verbleibt; gesichert scheint dies aber nicht.

Weiter wurde das immissionsschutzrechtliche Verfahren vom konzentrierten Verfahren ausgenommen. Dies erscheint sinnvoll, da dies den Vorgaben des bundesrechtlichen Immissionsschutzrechts entspricht und da die bisherige Regelung zu Unklarheiten geführt hat. Allerdings ist nicht nachvollziehbar, wieso die Gesetzesbegründung ausführt: *„Im Rahmen ihrer Stellungnahme hat die Denkmalbehörde [...] bei Bedarf auch die Denkmalfachämter einzubinden.“* § 24 Abs. 2 S. 1 der Neufassung normiert eine Anhörungspflicht zugunsten der Denkmalfachämter. Es ist nicht nachvollziehbar, wieso die UDB im Rahmen der Stellungnahme gegenüber der Immissionsschutzbehörde von der Anhörungspflicht frei werden sollte. Eine mangelnde Einbeziehung der Denkmalfachämter in Immissionsschutzverfahren kann zu sehr nachteiligen Folgen für die Denkmäler und die Kulturlandschaften führen, da gerade in Verfahren zur Errichtung von Windkraftanlagen besonderes Fachwissen für die Beurteilung negativer Folgen benötigt wird. Denn insbesondere die „Ausstrahlungswirkung“ von Windkraftanlagen ist nicht einfach zu ermitteln und denkmalfachlich zu beurteilen. Es ist daran zu erinnern, dass die Denkmalfachämter darüber hinaus in den Fällen eines UVP-Verfahrens auch selbst als Träger öffentlicher Belange unmittelbar durch die zuständige Behörde einzubeziehen sind.

Zu § 10 des Entwurfs - Unterschutzstellung von Denkmalbereichen

Abs. 1

In § 10 Abs. 1 der Entwurfsfassung wurde der folgende Satz (aktuell noch § 5 Abs. 1 S. 2) gestrichen: „Mit der Unterschutzstellung unterliegt der Denkmalsbereich den Vorschriften dieses Gesetzes.“

Warum dieser Satz entfallen ist, ergibt sich nicht aus der beigefügten Begründung zum Entwurf. Möglicherweise hält die Landesregierung ihn für überflüssig, da es jetzt einen vorläufigen Schutz auch für Denkmalsbereiche geben soll, so dass bereits vor Unterschutzstellung die Vorschriften des DSchG NRW anzuwenden sind.

Die sich anschließende Frage, welche Vorschriften des Gesetzes auf den Denkmalsbereich anwendbar sind, bleibt jedoch bestehen und wurde bislang mangels gesetzlicher Klarstellung danach beurteilt, ob der Denkmalsbereich eine Unterkategorie des Denkmals oder eine eigene Kategorie ist¹³; der entwurfsverfassenden Landesregierung hätte sich hier die Chance geboten, bestehende Rechtsunsicherheit zu beseitigen.

Abs. 2

Gem. Abs. 2 S. 3 des Entwurfs ist der Denkmalsbereichssatzung das Gutachten des Denkmalfachamtes nach § 22 Abs. 2 Nr. 1 nachrichtlich beizufügen.

Der Entwurf geht offenbar davon aus, dass regelmäßig ein solches Gutachten eingeholt wird. Hier stellt sich die Frage, ob die Untere Denkmalbehörde zur Einholung eines solchen Gutachtens denn verfahrensmäßig überhaupt verpflichtet sein soll. Der gebundene Wortlaut „ist beizufügen“ mag darauf hindeuten, ist aber nicht klar genug. Denn diese Regelung kann auch so verstanden werden, dass das Gutachten ausschließlich dann beizufügen ist, wenn es denn vorliegt. Dieser Missverständlichkeit entspricht auch der denkbare Umstand, dass nicht jede Begutachtung durch das Denkmalfachamt *zugunsten* eines Denkmalsbereiches ausfallen muss oder dass sie in weiten Teilen von der Ansicht der UDB abweicht; in diesem negativen Fall wäre es wohl nicht zweckmäßig, sie der Satzung beizufügen. Eine Verpflichtung der Unteren Denkmalbehörde zur gestaltenden

¹³ Davydov in PdK NW G-11, DSchG § 2 Rn. 131, beck-online: „Ob Denkmalsbereiche lediglich einigen Regelungen des Denkmalschutzgesetzes nach § 5 DSchG unterworfen werden und somit keine Denkmäler im Sinne des § 2 Abs. 1 DSchG sind (so z. B. Memmesheimer/Upmeier in Memmesheimer/Upmeier/Schönstein, a. a. O., § 2 RdNr. 65; Erbgut/Paßlick/Püchel, Denkmalschutzgesetze der Länder, 1984, S. 17) oder ob sie in Anknüpfung an die Definition des Absatzes 1 Denkmäler sind (so z. B. Bülow, Rechtsfragen flächen- und bodenbezogenen Denkmalschutzes, 1986, S. 241 f.), hängt davon ab, ob § 2 DSchG mit seiner Begriffsbestimmung durchweg Denkmäler im Sinne verschiedener Denkmalkategorien aufzählt. Dafür spricht der Bericht über die Einzelberatungen im Landtag (LT-Drs. 8/5625 S. 44), wonach § 2 DSchG einstimmig mit folgender Erläuterung angenommen wurde: „Der zentrale Begriff des Denkmals umfasst besonders Baudenkmäler, Denkmalsbereiche, Bodendenkmäler und bewegliche Denkmäler.““

Beteiligung der Landschaftsverbände mit ihren Fachämtern findet sich auch an keiner anderen Stelle im Rahmen der Verfahrensvorschriften für den Denkmalsbereich.

Verpflichtend vorgesehen ist lediglich eine Anhörung. Diese ist gerade nicht identisch mit der Aufgabe der Gutachtenerstellung nach § 22 Abs. 2 Nr. 1, die als eigentliche Sachverhaltsermittlung zur Vergewisserung über die Einschlägigkeit der geplanten rechtlichen Schritte denklogisch immer vorwegzugehen hat.

Da nun aber aufgrund der Neufassung des § 23 Abs. 4 der Landschaftsverband auch kein Antragsrecht auf Unterschutzstellung mehr besitzt, zieht dies bisher so nicht im Gesetz angelegte Verfahrensfragen nach sich, die der Beantwortung harren. Denn es ist somit gerade eingedenk der Tatsache, dass den Fachämtern kein eigenes Antragsrecht mehr zustehen soll, nicht gesetzt, dass diese mit einem eigenen Gutachten „initiativ“ auf die Untere Denkmalbehörde zukommen, um die Unterschutzstellung unverbindlich „anzuregen“. Es bleibt daher wohl nur die Schlussfolgerung aus Abs. 2 S. 3, dass die Untere Denkmalbehörde aufgrund eigener Entscheidung im Vorfeld des Satzungsverfahrens den Landschaftsverband rein informell und auf eigene Veranlassung darum bitten kann, ein Gutachten zu erstellen (§ 22 Abs. 2 Ziffer 1 der Entwurfsfassung). Falls die Landesregierung mit ihrem Entwurf aber mit § 10 Abs. 2 S. 3 eine Verpflichtung der Unteren Denkmalbehörden zur Einholung eines Gutachtens herbeiführen wollte, sollte der Wortlaut entsprechend konkretisiert werden. Die gutachterliche Tätigkeit der Landschaftsverbände hätte jedenfalls nach dem jetzigen Stand keine Anbindung mehr an den Vollzug des Gesetzes.

In § 10 Abs. 2 S. 4 ist davon die Rede, was zu geschehen hat, wenn die Gemeinde nicht zugleich die Funktion der Unteren Denkmalbehörde übernimmt. Diesbezüglich wird der Gesetzgeber um Erläuterung gebeten, was dies für Fälle sein könnten, da § 21 Abs.1 der Neufassung den Behördenaufbau beschreibt, diesen Fall aber gerade nicht benennt. Auch die Gesetzesbegründung spricht davon, dass die bisherige Zuständigkeitsverteilung keine Veränderung erfährt.

Es ist zwar als möglich vorgesehen, dass der Kreis bestimmte Aufgaben der Unteren Denkmalbehörden durch Verwaltungsvereinbarung übernimmt (§ 21 Abs. 2) oder dass die Oberste Denkmalbehörde gem. § 21 Abs. 6 der Neufassung bestimmte Aufgaben auf die Bezirksregierungen überträgt. Allerdings erscheint eine Klarstellung notwendig, da es einen sprachlichen und rechtlichen Unterschied ausmacht, ob eine Gemeinde „nicht Untere Denkmalbehörde ist“ oder ob ein von der Kommune abweichender Rechtsträger eine ihrer Aufgaben übertragen bekommt. Es ist also fundamental zu unterscheiden, ob dieser andere Rechtsträger die Untere Denkmalbehörde ist oder nur deren Kompetenzen (in bestimmten Fallkonstellationen) ausübt.¹⁴ Der hier in der Entwurfsfassung in § 10 Abs. 2 S. 4 genannte Fall, dass eine andere Institution die Untere

¹⁴ Mandatierung oder Delegation einer Aufgabe?

Denkmalbehörde ist, ist im Gesetz nach hiesigem Verständnis nicht vorgesehen, so dass der Entwurf hier offenbar unzutreffend formuliert ist.

Abs. 3

Des Weiteren soll gemäß § 10 Abs. 3 S. 2 der Neufassung der vorläufige Schutz des § 4 auch für den Denkmalbereich gelten, und zwar mit Wirkung ab der öffentlichen Bekanntmachung des Beschlusses, eine Denkmalbereichssatzung aufzustellen. Hierzu kommentiert die Entwurfsbegründung: *„Absatz 3 Satz 2 stellt in Analogie zu § 4 klar, dass mit der öffentlichen Bekanntmachung die vorläufige Schutzwirkung nach diesem Gesetz für den dem Vorhaben unterliegenden Denkmalbereich eintritt.“*

Es führt zu Unklarheiten, dass der Entwurf hier von einer *Analogie* spricht. Denn der Wortlaut des § 10 Abs. 3 S. 2 spricht von der „Schutzwirkung *nach* § 4“ - was juristisch gleichbedeutend ist mit „gemäß § 4“ - und gerade nicht auf eine bloße analoge Anwendung hindeutet. Stattdessen konkretisiert § 10 an dieser Stelle nur, was auch in § 4 schon unmittelbar hätte formuliert werden können, dass nämlich statt der Mitteilung der Untere Denkmalbehörde an die Verpflichteten, vielmehr die öffentliche Bekanntmachung den vorläufigen Schutz für den Denkmalbereich eröffnet.

Von einer Analogie zu sprechen, ist vor allem deshalb kritikwürdig, weil dadurch ggf. wieder die Diskussion eröffnet werden könnte, ob der Denkmalbereich unter den Begriff des Denkmals fällt oder nicht (siehe oben zum Umgebungsschutz von Denkmalbereichen). Dies sollte unbedingt vermieden werden, weshalb der Gesetzgeber gebeten wird, sich eindeutig dazu zu äußern, ob er § 4 unmittelbar auf den Denkmalbereich anwenden will (mit der bloß formellen Modifikation in der Art der Bekanntgabe), wie es das Gesetz bislang aufgrund des Wortlauts („nach“) annehmen lässt, oder ob er von einer bloß analogen Anwendung ausgeht, wie es sich aus der Gesetzesbegründung ergibt. Auch hier wird wieder deutlich, wie vorteilhaft es wäre, wenn der Gesetzgeber klar definieren würde, ob der Denkmalbereich ein Denkmal oder eine eigene Kategorie ist.

Dass mit der öffentlichen Bekanntmachung des Ratsbeschlusses zur Aufstellung einer Denkmalbereichssatzung der vorläufige Schutz greift, ist grundsätzlich zu begrüßen, jedoch reicht ein halbes Jahr nach der Erfahrung der Landschaftsverbände so gut wie nie aus, um ein Satzungsverfahren vollständig abzuschließen. Der Landesregierung wird angeraten, die Frist – gerade im Sinne der Kommunen – angemessen zu verlängern.

Letztlich streicht die Landesregierung ohne begründende Aussage in der Entwurfsfassung die ebenfalls wichtige, beratende Beteiligung der Landschaftsverbände für Gestaltungs- und Erhaltungssatzungen nach § 89 BauO NRW und §§ 172 f. BauGB. In der Praxis sind diese

gedanklich eng mit dem Denkmalschutz verknüpften, wenn auch rechtssystematisch eigenständigen Vorschriften durchaus von Wichtigkeit, um den Denkmalschutz wirksam durch städtebauliche und/oder bauordnungsrechtliche Maßnahmen zu flankieren. Ferner kann es je nach Lagerung des Einzelfalls kommunalpolitisch Gründe für einen Rückgriff auf diese Instrumente abseits des Denkmalschutzgesetzes geben. Die Kommunen greifen hierbei aus der Erfahrung der Landschaftsverbände gerne auf den Sachverstand der Fachämter zurück. Dies auch insbesondere bei der Frage der Rechtskontrolle bereits bestehender Satzungen. Den bundesrechtlich und bodenrechtlich eigenständigen Denkmalschutz des BauGB hier selbst beratend der Fachkompetenz der Landschaftsverbände zu entziehen, erscheint im Sinne der beabsichtigten Stärkung der Denkmalbehörden kontraproduktiv.

Zu §§ 12, 13 iVm. § 2 Abs. 4 und § 23 Abs. 1 S. 2 des Entwurfs – Gartendenkmäler, ihre Definition, ihre nachrichtliche Erfassung und ihr Erlaubnistatbestand

Die Erwähnung der bislang so nicht im Denkmalschutzgesetz in seiner gültigen Fassung explizit erwähnten Gartendenkmalpflege (§§ 12, 13 des Entwurfs), welche zwar ebenfalls nur noch „anhörungspflichtig“ gestaltet sein, dafür jedoch dem nachrichtlichen Schutzsystem ohne notwendigen Eintragungs-Verwaltungsakt unterfallen sollen (§ 23 Abs.1 S. 2 des Entwurfs), erschließt sich nicht.

Die Unterscheidung geschieht offenbar ohne sachlich erkennbaren Differenzierungsgrund (vgl. § 2 Abs. 4 der Entwurfassung) und hat letztlich keine inhaltlichen Auswirkungen, denn die Erlaubnisvoraussetzungen für Eingriffe in das Gartendenkmal bleiben dieselben wie für ein Baudenkmal. § 13 des Entwurfs entspricht inhaltlich nämlich § 9 des Entwurfs, der für Baudenkmäler gelten soll. Was die Landesregierung hiermit beabsichtigt, ist unklar. Auch die Entwurfsbegründung in Ziff. 23 a bleibt jede Antwort auf die Frage schuldig, worin sich diese Differenzierung auszeichnet oder woraus sie sich rechtfertigen könnte. Soweit die Begründung darauf verweist, dass das konstitutive System bei Baudenkmalen aus Gründen der Rechtssicherheit beibehalten wird, verhält sie sich nicht zu dieser Verschiebung von Gartendenkmälern ins nachrichtliche System. Dies ist unverständlich und erscheint willkürlich, zumal das Argument der Rechtssicherheit gerade bei flächenbezogenen Gartendenkmälern ja umso stärker zum Tragen kommt, als bei einem dem Grunde nach durch seine Außenhaut schon in „natürlicher“ Anschauung klar abgrenzbaren Baudenkmal.

Diese Problematik wird sodann durch definitorische Unklarheiten in § 2 der Entwurfassung verschärft, denn nach dessen Abs. 4 wird zwar definiert, was Gartendenkmäler sein sollen, jedoch nach der vorweggehenden Definition von „Denkmälern“ im Allgemeinen (§ 2 Abs. 1 des Entwurfs)

können dies auch „Mehrheiten von Sachen“¹⁵ sein. Insofern fragt sich, ob das Baudenkmal mit denkmalwerter Grünfläche nun ein vollständig nachrichtlich (d.h. ohne Eintragungsbescheid nach § 5 der Entwurfsfassung) anzusprechendes Gartendenkmal als „Mehrheit von Sachen“ sein soll oder das Baudenkmal das Gartendenkmal gleichsam „konkurrenzmäßig“ konsumiert und ein einheitliches Baudenkmal hieraus wird; mit der Folge seiner Eintragungsnotwendigkeit.

Zu § 15 des Entwurfs – Erlaubnispflicht bei Bodendenkmälern

Abs. 1

Hier besteht im Erlaubnistatbestand nach wie vor eine erhebliche Schutzlücke. Die Suche nach Bodendenkmalen bleibt verbunden mit einer Komponente des „um zu“, bezieht sich daher auf einen subjektiven Tatbestand des Willens und Wollens des Betreffenden. Dies ergibt, wie auch bereits jetzt, erhebliche Nachweisprobleme im Falle der Ordnungswidrigkeit. Die regelmäßig angestellte Schutzbehauptung, mit Suchgeräten nicht nach Bodendenkmalen gesucht zu haben, sondern nur nach Schrott etc., kann so gut wie nie widerlegt werden. Damit läuft auch der gesamte Erlaubnisvorbehalt leer. Es wird daher vorgeschlagen, als erlaubnistatbestandsauslösend auf ein rein objektives Element der Geeignetheit des Mittels zur Suche abzustellen, wie es z.B. in Schleswig-Holstein gesetzlich verankert ist. Ferner sollte nicht (nur) das Suchen/Auffinden von Bodendenkmalen erlaubnispflichtig gestellt werden, sondern folgerichtig (durch das nachrichtliche System bedingt) das Auffinden von Funden/Befunden, die zu einem Bodendenkmal, sei es nachrichtlich bekannt oder - bis zum Auffindezeitpunkt - unbekannt, gehören.

Vorschlag in Anlehnung an § 12 Abs. 2 Ziff. 5 DSchG Schleswig-Holstein:

„Erlaubnispflichtig ist das Graben nach und das Bergen von Bodendenkmalen, Funden und Befunden sowie das Verwenden von Meß- und Suchgeräten, die geeignet sind, Funde oder Befunde aufzufinden, ohne dazu nach anderen Rechtsvorschriften befugt zu sein.“

§ 15 muss ferner als zentrale Norm der Erlaubnispflicht für Bodendenkmale um den Passus des § 9 Abs. 2 der Entwurfsfassung ergänzt werden. Ohne Erlaubnispflicht in der näheren Umgebung von Bodendenkmalen besteht eine erhebliche Schutzlücke in der behördlichen Kontrolle all dessen, was in unmittelbarer Nähe zum Bodendenkmal errichtet wird. Schon derzeit ist das Verhältnis des jetzigen § 13 DSchG NRW (der hier zu § 15 werden soll) im Verhältnis zu § 9 nicht geklärt. § 12

¹⁵ Der ärgerliche Kasusfehler (Dativ statt korrekterweise Genitiv) wird hier allerdings aus der derzeitigen Gesetzesfassung perpetuiert.

DSchG NRW in der derzeitigen Fassung ordnet seine „entsprechende“ Anwendung an. Es fragt sich jedoch, welche Reichweite der § 9 neben dem § 13 haben kann und ob „entsprechende“ Anwendung hier der rechtlich korrekte Ausdruck ist. So der derzeitige § 12 sodann in der Entwurfsfassung richtigerweise wegfällt, ist aber mit dem Vorgesagten geradezu dringend anzuraten, § 15 um den entsprechenden Passus zu ergänzen, um § 15 zur zentralen und einheitlichen Erlaubnisvorschrift im Bereich der Bodendenkmalpflege zu machen.

Vorschlag: *„Wer Anlagen in der engeren Umgebung von Bodendenkmälern errichten, verändern oder beseitigen will, bedarf der Erlaubnis.“*

Letztlich sollte in § 15 Abs. 1 S. 1 Ziff. 3 der Entwurfsfassung zusätzlich zur „Bergung von Bodendenkmälern“ klargestellt werden, dass diese auch aus einem Gewässer erfolgen kann. Anderweitig drohen wiederum kleinteilige Auseinandersetzung mit Magnetanglern und Sporttauchern.

Abs. 2 und Abs. 3

Die Aufnahme des Begriffs der (mangelnden) Zuverlässigkeit des Antragstellenden als Ablehnungskriterium ist zu begrüßen.

Zur Frage der Zuverlässigkeit des Erlaubnisnehmers hatten sich LWL und LVR in einem abgestimmten Entwurf aus dem Jahr 2019 schon geäußert. Dem gegenüber fehlt dem jetzt vorgelegten Entwurf immer noch die Rechtssicherheit. Nunmehr bleibt es bei dem lapidaren Hinweis, dass nicht zuverlässig sei, wer wiederholt gegen das Gesetz verstößt. Hier sollte mindestens das Prüfungsmoment *schwerwiegend* mitaufgenommen werden. Im seinerzeitig zwischen den Landschaftsverbänden abgestimmten Entwurfsvorschlag für eine Neufassung dieser Vorschrift war ein umfangreicher Katalog enthalten, aus dem die Zuverlässigkeit hergeleitet werden konnte. Dies erscheint im Hinblick auf die Notwendigkeit spezieller Vorkenntnisse der betreffenden Erlaubnisnehmer für Grabungs- und Bergungstätigkeiten auch zweckmäßig und gibt den Antragsstellenden vorweggehend Rechtssicherheit über diejenigen Punkte, die sie erfüllen müssen.

Auch sollte der Wortlaut „[...] gegen Vorschriften dieses Gesetzes verstoßen“ überdacht werden. Hier droht eine Schutzlücke bei den Denkmalbehörden und Landschaftsverbänden mit ihren Fachämtern aus anderen Bundesländern als unzuverlässig bekannten Personen. Diesen müsste hier sehenden Auges eine Erlaubnis erteilt werden, auch wenn die negative „polizeiliche Gefahrenprognose“ mit Hinblick auf die bekannte und ausreichend dokumentierte Verletzung einschlägiger Bestimmungen in anderen Bundesländern bereits vorliegt.

Vorschlag: „insbesondere [...] gegen Vorschriften von Denkmalschutzgesetzen oder des Kulturgutschutzgesetzes verstoßen.“

Ferner fehlt dem Gesetz entgegen der derzeit gültigen Fassung nunmehr auch der Hinweis, dass die Erlaubnis zu verlangen/zu entziehen ist, wenn Gefahr für das Bodendenkmal besteht. Dies ist ein krasser Rückschritt im Schutzbestreben für die Bodendenkmale.

Zu §§ 16 und 17 des Entwurfs – Entdeckung von Bodendenkmälern und Auswertung von Funden

§ 16 Abs. 1 und § 17 S. 1

Hier fehlt in beiden Vorschriften die Erwähnung des Fundes, wie er in den obigen Ausführungen zu § 2 Abs. 5 thematisiert wird. Denn nicht immer werden direkt Bodendenkmäler aufgefunden; regelmäßig werden es nur einzelne Objekte sein, die auf das Vorliegen eines Bodendenkmals schließen lassen bzw. den Verdacht nahelegen. Insofern kann entgegen § 16 Abs. 1 S. 1 der Entwurfsfassung ohne weitere Untersuchung niemand ein „Bodendenkmal entdecken“ bzw. „melden“, da hierüber zum Zeitpunkt der Entdeckung schlicht die ausreichende Sachverhaltsaufklärung fehlt. Insofern sollte in § 16 Abs. 1 S. 1 formuliert werden: „Wer Bodendenkmäler entdeckt oder Funde [zu definieren in § 2 Abs. 5] macht, ist verpflichtet [...]“. Entsprechend wäre auch § 17 zu ergänzen.

Abs. 1 S. 2 Ziffer 1, der die Eigentümer:innen zur Anzeige verpflichtet, sollte korrekter „Grundstückseigentümer:innen“ als Verpflichtete benennen. Ferner ist unklar, was die Vorschrift mit „Zur Anzeige sind auch verpflichtet [...]“ meint. Sind hier weitere, nicht abschließend aufgezählte Personengruppen angesprochen?

§ 16 Abs. 2 und § 17 S. 1

Die Vorschriften kollidieren und sind daher unanwendbar. Soweit das Bodendenkmal nämlich nach seiner Entdeckung nur eine Woche (§ 16 Abs. 2 der Entwurfsfassung) unberührt zu lassen ist und bei Ausbleiben einer behördlichen Entscheidung weitergearbeitet werden kann, ordnet § 17 S. 1 aber an, dass Bodendenkmäler zur weiteren Auswertung bis zu sechs Monate überlassen werden. Der Begriff der „Unverzüglichkeit“ kann sich dabei nur auf ein sofortiges Einstellen aller Bauarbeiten

für eben diesen, sechsmonatigen Zeitraum beziehen. Somit ist § 16 Abs. 2 obsolet. Soweit es § 16 Abs. 2 vielmehr genau wie Abs. 1 um eine vorherige Sachverhaltsaufklärung geht, nach welcher Vergewisserung darüber erfolgen soll, ob sich Indizien für das Vorliegen eines Bodendenkmals überhaupt erhärten lassen, muss dies deutlicher redaktionell zum Ausdruck kommen und belegt letztlich das zu Abs. 1 Gesagte, nämlich, dass ein „Bodendenkmal“ nicht einfach entdeckbar ist, sondern nur Anhaltspunkte, die der weiteren Sachverhaltsaufklärung bedürfen.

Unklar ist auch, ob die sich Entwurfsfassung darüber im Klaren ist, dass § 17 S. 2 eine gebundene Ermächtigungsgrundlage darstellt, die mit dem Verursacherprinzip des § 27 Abs. 1 der Entwurfsfassung und der dortigen „zumutbaren“ Kostentragung des die Maßnahme Veranlassenden in Einklang zu bringen sein dürfte. Gerade weil § 27 des Entwurfs §§ 16, 17 nicht ausdrücklich als von der Kostentragung umfasst ansieht, könnte hier eine Regelungslücke entstehen.

Zu § 18 des Entwurfs – Schatzregal

Abs. 1

Der Neuregelungsversuch läuft ins Leere.

Auch hier fehlt der bereits unter §§ 16, 17 angesprochene Begriff des „Fundes“. Es ist nicht erkennbar, warum dieser für die Praxis wichtige Begriff nunmehr entfallen soll. Wie schon ausgeführt, ist nicht jeder aufgefundene Gegenstand ein „bewegliches Bodendenkmal“. Der „Fund besonderer wissenschaftlicher Bedeutung“ in seiner jetzigen Form in § 17 der derzeit geltenden Gesetzesfassung sollte dringend beibehalten werden.

Die wesentlichen, weiterhin bestehenden Verfahrensprobleme, die der Obersten Denkmalbehörde mit bereits an anderer Stelle dieser Stellungnahme unter Bezug genommenen Denkschrift des Landschaftsverbandes Westfalen-Lippe mit seinem Versuch einer Umformulierung im Entwurf vom Sommer 2019 versucht hatte, wurden ignoriert. Dies gilt insbesondere für das weitere Fehlen einer Ermächtigungsgrundlage zur Abgabe beweglicher Bodendenkmäler (derzeit noch: „Funde besonderer wissenschaftlicher Bedeutung“). Die reine gesetzliche Verpflichtung zur Abgabe ermächtigt die Behörden nämlich gerade nicht, auch deren Abgabe zu verfügen, wenn der Betreffende Finder sich weigert. Hier muss umständlich mit der polizeilichen Generalklausel des OBG NRW hantiert werden, was vielen Denkmalbehörden fremd und völlig unbekannt ist.¹⁶

¹⁶ Die Verpflichtung zur Abgabe von Funden über die Generalklausel des OBG NRW wurde bejaht durch: VG Minden,

Ebenfalls nicht behoben wurde die bereits damals angesprochene Divergenz des Wortlauts, der sowohl in der derzeitigen Fassung (§ 17), wie auch de lege ferenda (§ 18) in Abs. 1 von einer „Übergabepflicht“ spricht, in Abs. 2 aber von einer „Ablieferungspflicht“. Auch hier war der Entwurf nicht in der Lage, die auf der Hand liegende, sprachliche Anpassungsbedürftigkeit des inhaltlich Identischen vorzunehmen. Hier wurde vielmehr offenbar ohne weitere inhaltliche Reflexion Wortlaut kopierend aus der derzeit gültigen Fassung in den Entwurf überführt.

Als problematisch wird letztlich auch die Idee des § 18 Abs. 1 S. 3 des Entwurfs gesehen, den gesetzlichen Eigentumserwerb des Landes im Zeitpunkt des Auffindens durch die Möglichkeit zu ergänzen, dieses Eigentum zu einem späteren Zeitpunkt auf die Finder:innen oder Grundstückseigentümer:innen zu übertragen.

Diese Übertragung soll nach dem Willen der Landesregierung abhängig von örtlicher und wissenschaftlicher Bedeutung des Denkmals sein; zwei Bedeutungskategorien, die in keiner Weise für die Begründung des Regals in S. 1 der Vorschrift auch nur annähernd genannt werden.

Ferner, wenn die wissenschaftliche Bedeutung so gering ist, dass eine Übertragung des Eigentums auf die Finder:innen oder Eigentümer:innen in Betracht käme, hätte das Objekt schon nicht dem Schatzregal unterfallen dürfen. Es bliebe dann bei der Regelung des § 984 BGB. Dessen gerechte und billige Teilungsanordnung unterläuft die Landesregierung, indem sie sich hier eine in ihr Belieben gestellte Vorschrift zur faktischen Entledigung für sie nicht relevanter Objekte schafft. Die geplante Veränderung dieses Bereichs des Schatzregals ist rechtlich sensibel. Das Schatzregal des DSchG NRW ist ein seltener Fall landesrechtlich abweichender Vorschriften vom BGB (§ 984), welches grundsätzlich wegen Art. 74 Abs. 1 Ziff. 1 GG unbedingt gilt und landesrechtliche Regelungen verdrängt. Nur über Art. 73 EGBGB ist dieses Schatzregal überhaupt denkbar. Diese Öffnungsklausel sollte hier nicht bis an den Rand der potentiellen Verfassungswidrigkeit des Schatzregals überbeansprucht werden. Denn vertretbar erscheint die rechtliche Auffassung, wonach bei nachzeitiger Feststellung der mangelnden oder auch nur geringen Schatzregalwürdigkeit (nach den Worten des Entwurfs ausgehend von der örtlichen und wissenschaftlichen Bedeutung) die Eigentumsordnung der bundesgesetzlichen Regelung des § 984 BGB quasi subsidiär wieder zu greifen beginnt. In diesem Zusammenhang steht es nicht im Ermessen der Landesregierung hier eine vom Bundesgesetz angeordneten Eigentumszuordnung entgegenlaufende Anordnungen zu treffen. Da nach Art. 31 GG Bundesrecht gegenläufiges, kompetenzwidrig erlassenes Landesrecht bricht, würde § 18 Abs. 1 S. 3 des Entwurfs ohnehin unbeachtlich sein.

Beschluss vom 01.10.2018 – 1 L 1146/18; nachgehend bestätigt durch OVG NRW, Beschluss vom 10.12.2018 – 10 B 1568/18.

Abs. 2

Auch das Fehlen eines Kriterienkatalogs für die Bemessung der Belohnung ist kritisch zu sehen. Dies schafft Rechtsunsicherheiten und besorgt zumindest den Eindruck von Willkürlichkeit gegenüber gesetzestreuen Findern. Dies schafft keinen Anreiz für eine verstärkte Kooperation mit den zuständigen öffentlichen Stellen. Dies ist umso wichtiger zu betonen, als dass hier in verstärktem Maß anderweitig Kontrolldefizite bestehen.

Zu § 21 des Entwurfs – Aufbau, Aufgaben und Zuständigkeiten der Denkmalbehörden

Abs. 4 - Wegfall des Benehmens in der Baudenkmalpflege:

Die zentrale Änderung zur jetzigen formalen Beteiligungsweise in Form des „Benehmens“ über § 21 Abs. 4 DSchG NRW in seiner derzeit gültigen Fassung findet sich in § 24 Abs. 5 des Entwurfes, wonach in Fragen der Baudenkmalpflege die Mitwirkung der Landschaftsverbände auf eine Anhörung reduziert wird.

Hierzu ist zunächst festzustellen, dass die bereits zum ersten Novellierungsversuch im Jahr 2020 geäußerte Kritik, dass durch eine Rückstufung in den Bereich einer „Anhörung“ eine Verletzung verfassungsmäßiger Rechte der Landschaftsverbände vorliegt, die Entwurfsverfasser nicht davon abgehalten hat, nunmehr die gleiche problematische Regelung erneut in die Novelle einfließen zu lassen.

Soweit die Gesetzesentwurfsbegründung angibt, die „Modifikation“ der Mitwirkung der Landschaftsverbände zu einer „Anhörung“ sei sinnvoll, da hierdurch lange Bearbeitungszeiten der anhängigen Verwaltungsverfahren verkürzt würden, so korrespondiert diese Aussage nicht mit der im Zuge der Evaluierung des DSchG NRW durch die Landesregierung selbst in Auftrag gegebenen Studie des Büros Synergon¹⁷, auf dessen nachgerade gegenteilige Ergebnisse ausdrücklich verwiesen wird. Es bleibt unverständlich, aufgrund der Auswertung welcher Tatsachenbasis die

¹⁷ Der Abschlussbericht dieser vierjährigen „Evaluation des Denkmalschutzgesetzes Nordrhein-Westfalen“ im Auftrage der Obersten Denkmalbehörde vom 05.03.2018 ist dem Landtag unter dem 31.08.2018 zu Vorlagesache 17/1044 übermittelt worden. Er ist abrufbar unter: <https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMV17-1044.pdf>.

Landesregierung hier zu gegenläufigen Schlüssen kommt. Die Bearbeitungszeiten der Landschaftsverbände sind nachweisbar im Regelfall äußerst knapp. Selbst bei defizitär durch die Unteren Denkmalbehörden geführten Verfahren (dazu sogleich) kann unter Einhaltung der derzeitigen Benehmensfrist regelhaft ein akzeptables Arbeitsergebnis erzielt werden, indem die Landschaftsverbände unter Einsatz ihrer personellen und arbeitszeitlichen Ressourcen sowie ihrer fachlichen wie rechtlichen Spezialfähigkeiten die bei den Unteren Denkmalbehörden bestehenden Defizite kompensieren und die Verfahren entscheidungsreif machen.

Für die hohe Güte der so unter der Mitwirkung des Landschaftsverbandes getroffenen Entscheidungen und des so überhaupt erst vollzugsfähig gemachten Gesetzes sprechen die wenigen Klageverfahren vor der Verwaltungsgerichtsbarkeit, die – wenn streitig per Urteil/Beschluss ausentschieden – fast ausnahmslos durch die Denkmalpflege gewonnen werden. Ausgehend von den Zahlen des Büros Synergion, das die totale Zahl denkmalrechtlicher Verfahren pro Jahr NRWweit auf ca. einen unteren vierstelligen Wert¹⁸ taxierte, kann aus westfälischer Sicht folgende Aussage getroffen werden:

Pro Kalenderjahr erfolgt in Bezug auf diese Anzahl an Gesamtverfahren eine Beiladung des Fachamts des LWL lediglich bei ca. 20 bis 35 gerichtsanhängig werdenden Streitfällen in den Westfälisch-Lippischen Landesteilen.¹⁹ Der von der Landesregierung hier in der Gesetzesbegründung suggerierte Handlungsbedarf ist daraus nicht abzuleiten. Vielmehr erscheint der geordnete Gesetzesvollzug von einem personell gut ausgestatteten Fachamt und einem, seine gestalterische Mitwirkung zulassenden, Rechtsrahmen abhängig. Die gegenteiligen, auf keiner empirischen Tatsachenbasis fußenden Überlegungen der Landesregierung sind damit geradezu kontraindiziert.

Auch in Hinblick auf die Interessen der Eigentümer:innen ist aufgrund der angedachten, auf ein Minimum reduzierten Verfahrensmitwirkung der personell und fachlich gut ausgestatteten Landschaftsverbände möglicherweise zu befürchten, dass die Zielsetzung des Entwurfs, die Verfahren zu beschleunigen, nicht nur verfehlt, sondern dass das genaue Gegenteil eintreten wird. Viele Kommunen besetzen ihre Unteren Denkmalbehörden mit einem Stellenanteil eines einzelnen

¹⁸ Vgl. Fn. 17, Abschlussbericht des Büros Synergion über die Evaluation des DSchG NRW im Auftrage der Obersten Denkmalbehörde, S. 78, Tabelle 34. Hieraus ergeben sich für das Kalenderjahr 2015 insgesamt 1.777 Vorgänge in Denkmalangelegenheiten in NRW. Dieser Wert deckt sich nicht mit den aus der Datenbank des Fachamtes für Baudenkmalpflege ablesbaren Zahlen, welche der unvollständigen Beteiligungen durch die Unteren Denkmalbehörden geschuldet ist.

¹⁹ Die Zahlen basieren auf eigenen Erhebungen des zuständigen Justiziers beim Landschaftsverband. Hierbei gilt zu beachten, dass die konkreten Zahlen je nach Zählweise variieren können, da durch die bundesgesetzlichen Vorgaben der Verwaltungsgerichtsordnung regelmäßig der Fall eintritt, dass in Bezug auf denselben "Lebenssachverhalt", d.h. dieselbe streitige Eintragung/Erlaubnis/Ordnungsverfügung zur Erhaltung des Denkmals etc. mehrere Verfahren (Eilverfahren/Hauptsache/Antrag auf Zulassung der Berufung) die Anzahl absolut streitiger Verwaltungsvorgänge leicht nach oben korrigieren. Dieses prozessual unvermeidbare Phänomen ist aber in der oben gemachten Spreizung von ca. 20 bis 35 streitigen Fällen berücksichtigt.

Sachbearbeiters mit Zehn vom Hundert des Stellenanteils oder sogar noch weniger. Im Schnitt sind in Nordrhein-Westfalen 0,9 Vollzeitstellen in der jeweiligen örtlichen Verwaltung für Denkmalschutz- und Pflege vorgesehen. Dabei divergiert dieser Wert abhängig von der Größe der Kommune deutlich. Bei vier Kommunen über 500.000 Einwohner:innen sind es im Schnitt 10,6 Vollzeitstellen, bei den kleineren Kommunen mit einer Einwohnerzahl unter 25.000 nur 0,3. Der geringste erhobene Wert beträgt 0,02, was bei einer angenommenen Wochenregelarbeitszeit von 39 Stunden eine Stunde pro Woche für die Denkmalpflege ausmacht.²⁰ Die bisher festgelegte Verbindlichkeit zur denkmalrechtlichen Beratung durch die Fachämter und des darauf fußenden Benehmens wird hier voraussichtlich zugunsten langwieriger Verhandlungs- und Bearbeitungsprozesse mit unklaren Aufgaben- und Zuständigkeitsverteilung ersetzt. Soweit die Entwurfsbegründung hier zwar erste Überlegungen zum Ablauf des angedachten Anhörungsverfahrens postuliert, sind diese aber gerade nicht geeignet, den soeben dargestellten, defizitären Vollzugsrealitäten des Gesetzes wirkungsvoll zu begegnen. Schon die von der jetzt für den Entwurf verantwortlich zeichnenden Obersten Denkmalbehörde durchgeführte Evaluation des Büros Synergon stellt die Vollzugsdefizite auf Seiten der Unteren Denkmalbehörden deutlich heraus.²¹

Abs. 2 – Gemeinsame Wahrnehmung einzelner Aufgaben nach dem DSchG durch Zusammenschluss von Gemeinden und Gemeindeverbänden

In diesem Zusammenhang ist die Landesregierung von dem durch sie selbst in der Vergangenheit mehrfach bekundeten Plan abgewichen, die Funktion der Unteren Denkmalbehörden auf die Kreisebene zu verlagern. Ein offenbar als „Bearbeitungsartefakt“ anzusehender Umstand in § 10 Abs. 2 und § 24 Abs. 2 des Entwurfes macht dies deutlich, wonach dort von Gemeinden die Rede ist, die nicht selbst Untere Denkmalbehörde seien, obgleich § 21 Abs. 1 des Entwurfs, der die Behördenstruktur definiert, diesen Fall gar nicht (mehr) vorsieht. Auch im Rahmen der Bodendenkmalpflege kommt dieser Umstand nicht vor, denn dort sind die Kreise genuin als Obere Denkmalbehörde zuständig (vgl. §§ 15 und 16 des Entwurfs). Auch die gegebene Entwurfsbegründung spricht davon, dass die bisherige Zuständigkeitsverteilung keine Veränderung erfährt. Hier geht die nun vorgelegte Entwurfsfassung einen, im Vergleich zu den Empfehlung der durchgeführten Evaluierung, entgegengesetzten Weg.²²

Über § 21 Abs. 2 des Entwurfes soll nun die Möglichkeit zur gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung durch Zusammenschluss mehrerer Kommunen postuliert werden. Diese Möglichkeit besteht auch bereits unter der derzeitigen Rechtslage und wird in der Vollzugsrealität des Gesetzes nicht genutzt.

²⁰Vgl. Fn. 17, Abschlussbericht des Büros Synergon über die Evaluation des DSchG NRW im Auftrage der Obersten Denkmalbehörde, S. 26 bis 32 mit den betreffenden tabellarischen Darstellungen in Tabellen 13 - 15.

²¹Vgl. Fn. 17, Abschlussbericht des Büros Synergon über die Evaluation des DSchG NRW im Auftrage der Obersten Denkmalbehörde, S. 162 f.

²²Vgl. Fn. 17, Abschlussbericht des Büros Synergon über die Evaluation des DSchG NRW im Auftrage der Obersten Denkmalbehörde, S. 163.

Soweit von diesem Instrument Gebrauch gemacht würde, wäre hiermit nicht automatisch eine Verbesserung der soeben beschriebenen und durch den Abschlussbericht des Büros Synergon dargestellten Personal- und Arbeitszeitsituation bei den Unteren Denkmalbehörden behoben. Denn die bloße Zusammenfassung geringfügiger Stellenanteile für den Denkmalschutz durch mehrere Kommunen lässt die Anzahl zu bearbeitender Vorgänge und zu betreuender Denkmäler nicht geringer werden, denn das zu betreuende Einzugsgebiet einer in dieser Weise „konzentrierten“ Denkmalbehörde bleibt – gemessen am Maßstab der dann schlicht zusammengelegten Stellenanteile – gleich. Vielmehr ginge so der konkrete Ortsbezug und die Nähe zu den potentiellen Antragsteller:innen verloren. Ein Umstand, den die Begründung der Novellierungsbestrebung selber als wesentlich für die Beibehaltung des bisherigen Zuständigkeitsregimes ansieht. Auch die durch § 21 Abs. 2 der Entwurfsfassung also den Kommunen nahegelegte „Hochzonung“ der Aufgabenwahrnehmung könnte nur durch die Schaffung zusätzlicher Stellen(-anteile) den bestehenden Defiziten zweckmäßig entgegenwirken. Diese Überlegung korrespondiert dabei nicht mehr mit der in der Entwurfsbegründung behaupteten Kostenneutralität für die Kommunen.

Auch im Hinblick auf diese Implikation kann in der geplanten Reduktion auf eine Anhörung der Landschaftsverbände so jedenfalls keine sachgerechte Anpassung oder Verfahrensbeschleunigung gesehen werden.²³ Es besteht aufgrund der jahrzehntelangen Erfahrung des Fachamts beim Landschaftsverband mit Hinblick auf die ungelöste personelle und arbeitszeitliche Situation der örtlichen Denkmalbehörden vielmehr die drängende Besorgnis, dass der Vollzug des Gesetzes hiermit weitreichend zum Erliegen kommen wird. Keinesfalls wird der Landschaftsverband in der ihm jetzt im Rahmen der Baudenkmalpflege vorgesehenen Rolle weiterhin in seiner bisherigen, maßgeblich verfahrensbewältigenden Stellung am Vollzug des Gesetzes mitwirken und diesen damit aufrechterhalten können.

Soweit die Landschaftsverbände gemäß der Verfassung am Schutz der Denkmäler mitwirken, muss diese Mitwirkung eine effektive Möglichkeit beinhalten, verfahrensgestaltend Einfluss zu nehmen. Der Schutzauftrag ist nicht gänzlich rein objektiver Verfassungsauftrag. Er ist durch die Unbedingtheit der verfassungsmäßigen Anordnung als pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe zu sehen, die der Landschaftsverband nicht ignorieren kann (sog. „Ob“ der Aufgabenwahrnehmung). Lediglich das „Wie“ der Aufgabenerfüllung steht in seinem Beurteilungsspielraum. Eine rückgestufte Mitwirkung im Rahmen einer bloßen Anhörung erfüllt diese Verfassungsvorgabe nicht mehr in etwa gleicher

²³ Schon jetzt liegt die regelmäßige Bearbeitungszeit für den ganz überwiegenden Teil der Verwaltungsvorgänge (beispielsweise für Erlaubnisse nach § 9, die den Großteil der alltäglichen Verwaltungsarbeit der Denkmalbehörden und Denkmalfachämter ausmachen) bei einer Zeitspanne von oftmals weniger als zwei bis maximal vier Wochen bis zur Entscheidung gegenüber den Antragstellenden. Vgl. dazu Fn. 17, Abschlussbericht des Büros Synergon über die Evaluation des DSchG NRW im Auftrage der Obersten Denkmalbehörde, S. 110, Abbildung 33.

Weise wie das bisherige Benehmen. Denn die „Anhörung“ dient allein der Sicherung des rechtlichen Gehörs der von einer beabsichtigten nachteiligen Behördenentscheidung betroffenen Personen. § 28 VwVfG NRW postuliert diese Pflicht der Behörde daher ggü. Adressaten von Verwaltungsakten.

Der Landschaftsverband wäre gemäß den vorgesehenen Regelungen nicht betroffener Adressat der von den Unteren Denkmalbehörden getroffenen Entscheidungen (dies sind und bleiben die – ebenfalls anzuhörenden – Eigentümer:innen), noch könnte er im Rahmen der vorgesehenen Anhörung das gleiche Maß an verfassungsrechtlich gefordertem Schutzauftrag als pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe umsetzen. Denn das bisherige Benehmen, das als „bekannt und bewährt“ gelten muss, ermöglicht eine Einwirkung auf die gesamte Verfahrensgestaltung vom ersten Beginn der Einleitung des Verwaltungsverfahrens (§ 9 VwVfG NRW) bis zu dessen Abschluss (durch Einstellung des Verfahrens oder Bescheiderteilung). Insofern kann im Sinne des Verfassungsauftrags zum Schutz hier durch die Fachämter der Landschaftsverbände frühzeitig Einfluss auf die Entscheidungsausgestaltung genommen werden, welche dann „im Benehmen“ ergeht.

Die Anhörung hingegen setzt voraus, dass der gesamte Abwägungs- und Entscheidungsprozess, d.h. die Willensbildung der Denkmalbehörde, bereits abgeschlossen ist und nun lediglich im Rahmen eines rechtlichen Gehörs Gelegenheit zu einer erst- wie letztmaligen(!) Gegenvorstellung bleibt.

Dabei muss dem Landschaftsverband dieser Fall bis zu dem Zeitpunkt der Anhörung nicht mehr, wie noch jetzt üblich, notwendig bekannt sein. Sein Fachamt könnte sich zukünftig erstmals im Rahmen der Anhörung mit dem konkreten Sachverhalt konfrontiert sehen. Angesichts der häufig defizitären personellen Ausstattung der Unteren Denkmalbehörden stellt sich die Frage, wie die Anhörungsgrundlage für eine Stellungnahme ausreichend gestaltet werden soll. Eine Anhörung setzt nämlich im Verhältnis zur jetzigen Verfahrenspraxis merklich erhöhte und verdichtete Ansprüche an die ordnungsgemäße Willensbildung, Entschlussfassung und deren aktenmäßige, nachvollziehbar zu machende Dokumentation seitens der Unteren Denkmalbehörden voraus, bevor sie an das Fachamt herantritt. Entsprechende Anhörungsinhalte hätten die Unteren Denkmalbehörden durch entsprechende Aufbereitung der Akteninhalte und Dokumentationsprozesse selbst zu erarbeiten.

Aktuell trägt das Fachamt des Landschaftsverbandes Westfalen-Lippe derzeit in vielen Fällen die Hauptlast der Sachverhaltsermittlungsarbeit, der fachlichen Prüfung der beantragten Maßnahmen sowie der fundamentalen juristischen Begleitung vom Beginn des informellen Verwaltungsverfahrens nach § 9 VwVfG NRW bis zu einem etwaigen Richterspruch. Die Landschaftsverbände sichern damit faktisch die Vollzugsfähigkeit des Gesetzes. Dies würde nach dem Willen der Landesregierung in Zukunft wegfallen.

Auch der rechtliche Vergleich mit Verfahren nach §§ 72, 73 f. VwVfG NRW, wonach in bestimmten Konstellationen Behörden andere Hoheitsträger ebenfalls "nur" anhören, erbringt kein anderes Ergebnis. Denn Planvorhaben sind hier nicht betroffen, sondern die Erstellung von Individualentscheidungen gegenüber Bürger:innen in ihrer Eigenschaft als Eigentümer eines Denkmals, an denen der Landschaftsverband nach dem Willen der Verfassung schützend mitzuwirken hat. Dieser pflichtige Schutzauftrag muss aber mit einer effektiven Beteiligung am Schutzmechanismus einhergehen.

Auch muss der in der Gesetzesentwurfsbegründung gegebene Hinweis, es sei sachgerecht und folgerichtig, nunmehr in der novellierten Gesetzesfassung nur noch von „Fachämtern“ und nicht mehr von „Landschaftsverbänden“ zu sprechen, kritisiert werden. Eine nachvollziehbare Begründung ergibt sich aus dem Entwurf nicht. Die wortlautmäßige Umgestaltung verstellt jedoch den Blick dafür, dass die Fachämter den Landschaftsverbänden zugeordnet sind und deren Mitwirkungsobliegenheit am Schutze der Denkmäler im Lande aus Art. 18 Abs. 2 LV NRW genauso verletzt wird, wie die personelle, organisatorische und finanzielle Kommunalautonomie in der Umsetzung dieser pflichtigen Selbstverwaltungsaufgabe.

Verkannt wird, dass die Landschaftsverbände mit autonomen, im Rahmen einer Kommunalverfassungsbeschwerde vom Landesverfassungsgericht wehrfähigen Rechten ausgestattete Körperschaften sind.

Die bereits betrachtete gefahrenabwehrrechtliche Generalklausel des § 21 Abs. 5 S. 1, 2 zeigt dies ebenfalls, wenn nun die Unteren Denkmalbehörden – wohl in Ermangelung eigener personeller Möglichkeiten – sachverständige Stellen zur Aufgabenerledigung heranziehen sollen können.

Es bleibt derzeit unklar, ob hier neben der geplanten „Anhörung“ der denkmalfachliche Sachverstand des Landschaftsverbandes als „Sachverständige Stelle“ auf parallelem Wege einzelfallabhängig durch die Landesverwaltung angefordert werden soll und inwieweit hier die Autonomie des Landschaftsverbandes berührt wird. Denn eine reine gutachterliche Zuarbeit auf informellem Wege wird der in der Verfassung garantierten Mitwirkung am Schutz zunächst nicht gerecht und ist auch bedenklich hinsichtlich der Frage, ob und inwieweit die Kommunen den Landschaftsverband über diese Anordnung zwingend verpflichten könnten, was einen möglichen Durchgriff auf die Autonomie des Verbandes bedeuten würde.

Sollten die Landschaftsverbände hingegen nicht unter den Begriff der „Sachverständigen Stelle“ fallen, wäre die Einholung von Gutachten auf dem freien Markt die Folge. Diese ist regelmäßig mit der Aufwendung finanzieller Mittel verbunden, um die Arbeitsleistung zu entgelten. Insofern ist dann aber die in der Entwurfsbegründung genannte Kostenneutralität des Entwurfs für

die Kommunen zu bezweifeln. Nach Kenntnissen des Fachamts ist für entsprechende Gutachten mit einem Kostenaufwand mindestens im hohen vierstelligen Bereich zu rechnen.

Zu § 22 des Entwurfs – Aufbau, Aufgaben und Zuständigkeiten der Denkmalfachämter

Abs. 2 in Verbindung mit § 23 Abs. 4 – Beratungstätigkeit der Landschaftsverbände, Erstellung von Gutachten und Antragsrecht auf Eintragung in die Baudenkmalliste sowie Löschung aus ihr

Die geplanten Änderungen im Verfahrensablauf werfen darüber hinaus nunmehr zum wiederholten Male die Frage auf, wie das Fachamt des Landschaftsverbandes eigentlich im von der Novellierung geplanten Verfahrensablauf beteiligt werden soll.

Soweit nach § 22 Abs. 2 des Entwurfs die Aussage beibehalten wird, dass die Fachämter „Gutachten in Fragen des Denkmalschutzes erstellen“, verhält sich der Entwurf jedoch nicht dazu, inwieweit diese ins Verfahren aufgenommen werden, zumal der bisherige Wortlaut in Abs. 2 dieser Vorschrift: „Die Landschaftsverbände beraten und unterstützen die Gemeinde und Kreise in der Denkmalpflege und wirken fachlich bei den Entscheidungen der Denkmalbehörde mit.“ vollständig entfallen ist.

Während § 3 Abs. 2 S. 2 in der derzeit gültigen Fassung das „Initiativrecht“ der Landschaftsverbände zur Einleitung von Unterschutzstellungsverfahren vorsieht, ist diese in der Entwurfsfassung begründungslos gestrichen.

Hier ist in § 23 Abs. 4 S. 1 nur noch von Eintragung „von Amts wegen“ oder auf „Anregung der Eigentümer“ die Rede. Es bleibt in Ansehung einer bloßen Anhörung der Landschaftsverbände offen, wie die Verfahrensordnung ausgestaltet sein soll. Sollen die Fachämter hier auf „Verdacht“ und „auf Vorrat“ oder auf im Gesetz nicht mehr anders vorgesehene „informellen Abruf“ der Unteren Denkmalbehörde Gutachten vorhalten?

Auch insoweit sind die Beibehaltung des Initiativrechts zur Eintragung sowie das „Benehmen“ die sachgerechteren Beteiligungsformen, weil nur sie eine verfahrensgestaltende Mitwirkungsmöglichkeit einräumen, die flexible Reaktionen je nach Sachverhaltslage ermöglichen. Weder könnte sich der Landschaftsverband später effektiv zu seinen eigenen im

Vorfeld übermittelten Gutachten, fachlichen Überlegungen oder rechtlichen Hinweisen im Rahmen der Anhörung „anhören“ lassen, noch besteht, wie schon oben genannt, derzeit eine verfahrensmäßige Beschreibung, wie die nach § 22 erstellten Gutachten zeitlich vor der Anhörung in das Verfahren überhaupt ordnungsgemäß einfließen sollen. Auch die Evaluierung des Büros Synergion im Auftrage der Obersten Denkmalbehörde kam zu dem Schluss: *„Eine Streichung des Antragsrechts der Denkmalpflegeämter der Landschaftsverbände nach § 3 Abs. 2 DSchG ist nicht zweckmäßig.“*²⁴

Unzureichend inhaltlich übermittelte oder aufgeklärte Sachverhalte können aufgrund der rein passivischen Natur der „Anhörung“ nicht durch die Fachämter der Landschaftsverbände korrigiert oder ergänzt werden. Gleiches gilt für eine Vielzahl erteilter Rechtshinweise zur Verfahrensführung. Dies nimmt den Unteren Denkmalbehörden einerseits einen erheblichen Anteil derjenigen Beratung, die regelmäßig vom Landschaftsverband erwartet wird, andererseits kann dies zu einer erheblichen Verzögerung in der Verfahrensabwicklung führen, weil unvollständige Vorgänge als nicht „anhörungsfähig“ möglicherweise zurückgewiesen werden und um erneute anhörungstaugliche Vorlage gebeten werden müsste.

Abs. 2 Ziffer 3

Die hier den Landschaftsverbänden zukommende Überwachungsaufgabe für die fachlich ordnungsgemäße Ausführung („lege artis“) konservatorischer und restaurativer Maßnahmen an Denkmälern wird nicht weiter im Entwurf behandelt. Was genau ist damit gemeint? Mit welchen Eingriffsmitteln soll die „Überwachung“ stattfinden? Wie soll diese angesichts einer auf eine Anhörung reduzierten Verfahrensbeteiligung überhaupt stattfinden können?

Abs. 2 Ziffer 5

Die hier angekündigte und so auch in der aktuellen Gesetzesfassung hinterlegte „Bewirtschaftung von Mitteln des Landes“ durch die Fachämter der Landschaftsverbände ist mangels Bereitstellung solcher Mittel im Bereich der Baudenkmalpflege derzeit unmöglich.

²⁴ Vgl. Fn. 17, Abschlussbericht des Büros Synergion über die Evaluation des DSchG NRW im Auftrage der Obersten Denkmalbehörde, S. 165.

Zu § 23 des Entwurfs – Denkmalliste

Abs. 2 – Opportunitätseintragung für bewegliche (Boden-)Denkmäler und Listenführung bei Museen und Kirchen

Nach dem Entwurfskonzept sollen bewegliche (Bodendenkmäler) nur noch bei Vorliegen ihrer besonderen Bedeutung eingetragen werden, Satz 1 der Vorschrift. Hier ist zunächst zu fragen, ob diese „besondere Bedeutung“ dann nicht auch im Rahmen des Schatzregals nach §§ 18, 19 des Entwurfs Anwendung finden müsste oder inwieweit die Vorschriften miteinander inhaltlich korrespondieren.

Fragwürdig erscheint sodann die Nennung des „historisch begründeten Ortsbezugs“ als Beispielkriterium für diese Eintragung. Er kommt einer „Denkmalwertkategorie“ gleich, die aber schon abschließend in § 2 des Entwurfs aufgezählt sind.

Ferner ist bedenklich, dass die Eintragung auch bei Vorliegen dieser – oder einer anderen, unbekanntenen – Kategorie nur dann einzutragen sind, wenn es darüber hinaus angebracht erscheint. Dies widerspricht der Unbedingtheit der Eintragungsanordnung im ersten Halbsatz des Satz 1 der Vorschrift: „sind nur einzutragen, wenn [...]“ und eröffnet hierdurch einen unbestimmten und maßstabslosen Opportunitätsspielraum.

Letztlich ist auch Satz 2 zu hinterfragen, nach welchem bewegliche (Boden-)Denkmäler nur in Denkmallisten einzutragen sind, die exklusiv durch die betreuende Stelle (Museen/Kirchen) geführt werden. Dies schafft eine am Gesetzesvollzug vorbeigehende Parallelstruktur, die sich gänzlich derjenigen Überwachungsaufgabe entzieht, die die Unteren Denkmalbehörden nach dem Gesetz zu übernehmen haben. Soweit diese Objekte sodann als „Denkmäler“ den Vorschriften dieses Gesetzesentwurfs dennoch unterfallen, fragt es sich, wie Denkmalbehörden, denen die Listen über die so inventarisierten Gegenstände nicht vorliegen, hier im Rahmen von Erlaubnissen oder Erhaltungsanordnung etc. überhaupt Kenntnis von der Existenz dieser – dem Gesetz ja unterfallenden – Denkmäler bekommen sollen. Dies erscheint durch den Entwurf ungeklärt.

Soweit S. 3 der Vorschrift sodann anordnet, dass es bei der Geltung des § 2 Abs. 2 S. 2 des Entwurfs bleibt, wonach bei einer „Einheit von Denkmalwert“ solch bewegliches Zubehör zum Gesamt (Bau-)Denkmal gehört, soll damit wohl ausgesagt sein, dass in diesem Fall § 23 Abs. 2 des Entwurfes nicht zur Anwendung kommt. Hier wäre eine textliche Klarstellung wünschenswert, die explizit die Unanwendbarkeit der Vorschrift formuliert, bspw.: „Dies gilt nicht, wenn ein Fall des § 2 Abs. 2 S. 2 gegeben ist.“ Anderweitig könnte gemutmaßt werden, dass beide Vorschriften parallele Geltung beanspruchen könn(t)en, d.h. also, dass neben einer „singulären Eintragung“ des Einzelobjekts nach § 23 Abs. 2 auch noch eine Eintragung nach § 2 Abs. 2 S. 2 iVm. § 5 als „Gesamtdenkmal“ denkbar wäre.

Abs. 5 – Bescheiderteilung, Bekanntgabe und Wiedereinführung eines Widerspruchsverfahrens?

Gem. S. 1 der Entwurfsfassung ist, wie auch derzeit nach § 3 Abs. 3 der gültigen Fassung des DSchG NRW ein Bescheid über die Eintragung zu erteilen, welcher nach S. 2 des Entwurfs den Verpflichteten bekanntzugeben ist. Dies erscheint als eine nicht erforderliche Redundanz, denn die Bekanntgabepflicht an die betroffenen Adressaten ist dem Bescheid inhärent und ergibt sich bereits aus § 41 Abs. 1 VwVfG NRW.

Gem. S. 4 des Entwurfs soll eine öffentliche Bekanntmachung die individualisierte Bekanntgabe bereits ab einer Personenmehrzahl von mehr als 20, d.h. also ab der einundzwanzigsten Person, ersetzen können. Ob diese Anordnung notwendig ist, kann von hieraus nicht abschließend beurteilt werden. Gem. ständiger Rechtsprechung wirkt die Eintragung ohnehin als Allgemeinverfügung. Für deren Bekanntgabeform im Falle eines quantitativ vergrößerten Adressatenkreises ist bereits über § 41 Abs. 3 S. 2 VwVfG NRW eine Regelung getroffen. Insofern erscheint die im Entwurf an dieser Stelle gemachte Regelung nicht notwendig eigenen Sinngehalt zu besitzen.

Gem. § 23 Abs. 5 S. 6 der Entwurfsfassung haben Widerspruch und Klage keine aufschiebende Wirkung. Es irritiert, warum die Entwurfsfassung hier von „Widerspruch“ spricht, denn durch das Zweite Bürokratieabbaugesetz aus dem Jahr 2007 und der damit verbundenen Einführung des § 110 JustizG NRW wurde das Widerspruchsverfahren abgeschafft. Es muss also gefragt werden, ob entgegen dieser Bestrebungen hier nun ein Widerspruchsverfahren gem. §§ 68 f. VwGO wiedereingeführt werden soll und ob mit einer Veränderung des Justizgesetzes zu rechnen ist. Als dem verwaltungsrechtlichen Verfahren vorgeschaltete Kontrollinstanz könnte der Widerspruch tatsächlich entlastende Funktion für die Gerichte haben. Gleichsam müsste er allerdings durch entsprechende personelle und finanzielle Besetzung der Widerspruchsbehörden (meist Landrat als Untere Staatliche Verwaltungsbehörde) aufgefangen werden.

Abs. 6 in Verbindung mit § 24 Abs. 2 und 3 – Spaltung der Beteiligungsmaßstäbe der Landschaftsverbände und Führung der Bodendenkmalisten

Es findet nunmehr eine Spaltung der formellen Beteiligungsmaßstäbe der Landschaftsverbände statt.

Während, wie bereits thematisiert, die Baudenkmalpflege auf eine „Anhörung“ zurückgestuft werden soll, soll im Rahmen der Bodendenkmalpflege/Archäologie das bisherige „Benehmen“ bestehen

bleiben. Als Grund nennt die Novellierungsbegründung hier - in der Sache zutreffend - das Fehlen des notwendigen Fachwissens bei der überwiegenden Anzahl der Unteren Denkmalbehörden, was daher der intensiveren Mitwirkung des Landschaftsverbandes an dieser Stelle notwendig mache.

Die Feststellung, dass bei der überwiegenden Anzahl von Unteren Denkmalbehörden kein archäologisches oder paläontologisches Fachwissen vorgehalten wird, soll hier nicht hinterfragt werden. Es stellt sich aber sehr wohl die Frage, bei welcher Unteren Denkmalbehörde das im Bereich der Baudenkmalpflege zwingend notwendige kunsthistorische, architekturhistorische, restauratorische, gartendenkmalpflegerische, orgeldenkmalpflegerische, städtebauliche, volkskundliche oder industriearchäologische Fachwissen in einem Maße vorgehalten wird, so dass eine Rückstufung der Landschaftsverbände, die dieses Wissen vorhalten, auf eine bloße Anhörung opportun sein könnte.

Dass es trotz des Fehlens einer nachvollziehbaren inhaltlichen Begründung dennoch zu diesem Schritt kommen soll, ist bemerkenswert, zumal durch die Einführung der Differenzierung von „Anhörung“ zu „Benehmen“ indirekt zugestanden wird, dass die Anhörung im Rahmen der Baudenkmalpflege ein, im Verhältnis zu dem bei der Bodendenkmalpflege beibehaltenen Benehmen, schwächeres Mitwirkungsrecht ist.

Bemerkenswert und paradox ist die offenbar vorgesehene Verpflichtung zur Übernahme von Aufgaben des Verwaltungsvollzugs im Rahmen des Bodendenkmalschutzes durch die Landschaftsverbände.

Hier spricht § 23 Abs. 6 der Entwurfsfassung die Übernahme der Führung der Bodendenkmalisten durch die Landschaftsverbände aus. Diese Aufgabe ist eine solche, die den Landschaftsverbänden weder inhärent nach § 22 der Entwurfsfassung zufällt, noch mit den Zuständigkeiten der Landschaftsverbandsordnung korrespondiert, noch korrespondieren kann, denn sie gehört genuin zum Aufgabenumfang des Verwaltungsvollzugs des Landes. Auch hier wird unter Vorbehalt eines nicht ausdrücklich genannten, aber de facto inkludierten Weisungsrechts des Landes auf die verfassungsmäßig geschützte Organisationshoheit und das Budgetrecht der autonomen Kommunalverbände durchgegriffen.

Die über die verfassungsmäßige Ordnung von Landesverfassung, aber auch Grundgesetz, streng zu trennenden Aufgaben, Pflichten und Rechte von Land, kommunalen Landschaftsverbänden sowie auch der Stadt Köln²⁵ werden hier mit dem Potential einer aussichtsreichen kommunalen Verfassungsbeschwerde verletzt.

²⁵ Die in Fragen der Bodendenkmalpflege ihr eigenes Fachamt ist.

Angesichts der unklaren und knappen Einlassungen in der Begründung der Entwurfsfassung können die hinter der zu regelnden Neufassung stehenden Überlegungen diesseitig nur ansatzweise nachvollzogen werden.

Jedoch wird in jedem Falle zu bedenken gegeben: Auch die nachrichtliche Erfassung von Bodendenkmälern bedarf letztlich einer Form der gutachterlichen Stellungnahme. Nicht zuletzt kann der durch die nachrichtliche Erfassung faktisch in seinem Eigentumsrecht Betroffene auch in diesem Fall um Rechtsschutz nachsuchen, mindestens durch Feststellungsklage gem. § 43 VwGO. In diesem Fall muss das beklagte Land die nachrichtliche Eintragung über eine fachlich-denkmalpflegerische Einschätzung rechtfertigen können.

Weiterhin ergeben sich verfassungsrechtlich relevante Probleme mit der Federführung der nachrichtlichen Eintragungsverfahren. Zu diesen schweigt sich der Entwurf vollständig aus. Es ist zu fragen, welche Stelle (die Landschaftsverbände mit ihren Fachämtern oder die Kommunen) die nachrichtlichen Mitteilungen über die Existenz eines Bodendenkmals

a) fertigen soll,

b) an die Eigentümer:innen per informeller Mitteilung versenden soll,

c) ob diese Informalität des Verfahrens dem Rechtsschutzinteresse der Eigentümer:innen gerecht wird, welches die Landesregierung zu stärken sucht, obschon im Bereich der Baudenkmalpflege die Gesetzesbegründung davon ausgeht, dass nur die verwaltungsaktsmäßige Eintragung sachgerecht deren Rechtsschutzbedürfnis herstellt.

Der Entwurf bleibt eine Erklärung dafür schuldig, wo der sachliche Differenzierungsgrund zwischen Bau- und Bodendenkmalpflege gesehen wird, der eine Verfahrensspaltung beider Bereiche im nunmehr 41. Jahr des Gesetzesvollzugs notwendig machen soll. Ähnlich wie bei Gartendenkmälern, die ja in gleicher Weise in das nachrichtliche Verfahren überführt werden sollen, ist doch gerade bei rein flächenmäßigen Denkmälern die faktische Abgrenzung über einen bloßen Augenschein kaum möglich, wohin gerade bei Baudenkmalen durch die klare Umgrenzung der Außenhaut und das damit erfasste, umbaute Volumen eine augenfällige Abgrenzung lebensnah möglich ist. Spräche das nicht gerade für eine nachrichtliche Erfassung der Baudenkmäler, wie es mit Stand heute in vierzehn von sechzehn Ländern praktiziert wird? Welche kontraindizierenden Erkenntnisse liegen der Landesregierung hier vor und wurden der Entwurfsfassung zugrunde gelegt?

Zu Punkt a) gilt es aus Sicht des Landschaftsverbandes festzuhalten, dass keinesfalls der verfassungsrechtlich bedenkliche Zustand einer Mischverwaltung geschaffen werden darf. Es muss klar definiert sein, wer hier verantwortlicher Hoheitsträger ist. Die Kommunen oder die Landschaftsverbände. Eine Vermengung der Zuständigkeiten durch denklologische Abspaltung einzelner Verwaltungsaufgaben aus der Gesamtheit der Aufgaben der Unteren Denkmalbehörde (Denkmallistenführung) und deren Zuweisung zu den Landschaftsverbänden wird kritisch bewertet. Die Landschaftsverbände würden hier zu den eigentlichen Denkmalbehörden nachgeschalteten Verwaltungshelfern, die deren Aktenführung übernehmen.

Die diesbezüglichen Unklarheiten betreffen fernerhin die Frage des Klagerisikos. Zwar beseitigt das nachrichtliche System die klagbaren Bescheide im jetzigen konstitutiven System, vgl. § 3 Abs. 3 DSchG NRW in seiner jetzigen Fassung. Jedoch: Eigentümer:innen betroffener Grundstücke können – wie schon gesagt – weiterhin Rechtsschutz vor Gericht beanspruchen, nämlich durch eine Feststellungsklage, gerichtet auf die gegenteilige Feststellung, dass das betreffende Areal kein Bodendenkmal ist. Welcher Rechtsträger wäre dann Klagegegner im Sinne des § 78 Abs. 1 Ziff. 1 VwGO? Die örtlich betroffene Gemeinde oder der Landschaftsverband?

Sollte sich nach dem Willen der Entwurfsverfasser die Klage (weiterhin und wie bisher) gegen die Gemeinde als Rechtsträgerin der Unteren Denkmalbehörde richten, würde sich die soeben geäußerte Befürchtung der Einrichtung einer Mischverwaltung bestätigen, wonach den Landschaftsverbänden hier eine abverwaltende Rolle unter weiterer Federführung der Verfahren und Letztentscheidungskompetenz der Kommunen zukäme.

Soll sich die Klage allerdings nach dem so verstandenen Willen des Entwurfs hingegen vielmehr gegen die Landschaftsverbände selber richten, besitzen die Landschaftsverbände sodann mindestens die volle Hoheit über das Verfahren zur (an fachlichen und rechtlichen Grundsätzen gebundenen) Entscheidung über die Ausweisung von Bodendenkmälern.²⁶

Die Durchführung solcher Klageverfahren als Beklagte ist aus gesetzlichen Gründen mit einem prozessualen Kostenrisiko für die Landschaftsverbände verknüpft. Dieses wäre dann 1:1 durch Landesmittel auszugleichen. Gleiches gilt für den mit der Führung dieser Listen verbundenen zusätzlichen Personal(kosten)bedarf. Die Entwurfsverfasser werden an die zwingende

²⁶ Offenbar nicht konsequent genug durch die Novelle weitergedacht wurde der Umstand, dass durch die Listenführung der Landschaftsverbände den Kommunen jedes Wissen über das Vorliegen von Bodendenkmalen auf ihrem Gebiet entzogen wird. Somit müsste das Fachamt der Landschaftsverbände gleichzeitig Untere Denkmalbehörde für die Verbescheidung und Durchführung aller Verwaltungsverfahren im Zusammenhang mit Erlaubnissen zum Eingriff in dasjenige Bodendenkmal sein, welches die Kommune mangels Listenführung offiziell gar nicht kennen kann.

Einhaltungspflicht der Vorschriften von Art. 78 Abs. 3 S. 1 LV NRW und § 5 Abs. 5 S. 1 LVerbO erinnert.

Nochmals sei daher klargestellt: Entweder ist mit der Führung der Denkmallisten die vollständige und bedingungslose, durch das Land zu 100% zu finanzierende Übernahme der Funktion der Unteren Denkmalbehörde durch die Landschaftsverbände verbunden oder die Anordnung zur Übernahme der Listenführung ist verfassungswidrige Mischverwaltung mit illegalem Durchgriff auf die Personal-, Organisations- und Finanzhoheit der kommunalverfassungsmäßig autonomen Landschaftsverbände. Auch der Hinweis auf § 21 Abs. 2 der Entwurfsfassung entschärft diese Problematik nicht. Denn insoweit die Führung der Denkmallisten durch gesetzliche Anordnungspflichtige Aufgabe der Landschaftsverbände werden soll, ist in § 21 Abs. 2 lediglich eine freiwillige Übernahme von Aufgaben der Kommunen vorgesehen. Dies korrespondiert mit dem in § 5 Abs. 6 LVerbO Hinterlegten, das aber nur für den Fall von Selbstverwaltungsangelegenheiten, nicht aber Fragen der Landesverwaltung zur Aufgabenerfüllung nach Weisung gilt.

In jedem Fall ergeben sich auch drängende Fragen der Weisungsgebundenheit. Denn sind die Landschaftsverbände bei der Erstellung ihrer Gutachten an Weisungen nicht gebunden, § 22 Abs. 3 des Entwurfs, wären sie als Untere Denkmalbehörde - und mehr noch für den Fall der bloßen Verwaltungshelferschaft - bei Führung der Listen, zu welchen sie ihre Gutachten ja nehmen müssten, um die Wirkung des nachrichtlichen Verfahrens gegenüber den Eigentümer:innen auszulösen, sehr wohl dem Land weisungsunterworfen.

Unabhängig von kommunalverfassungsrechtlichen Fragen in diesem Zusammenhang und der sich schon aus dem Entwurf somit ergebenden, ihm inhärenten Widersprüchlichkeit stellt sich auch die Anschlussfrage, wem denn diese Weisungsbefugnis zukommen sollte: der Obersten Denkmalbehörde oder den Landrät:innen oder auch Ortsbürgermeister:innen? Wie und wo würde diese Befugnis sich zur Dienst- und Rechtsaufsicht des Direktors des Landschaftsverbandes abgrenzen oder mit ihr konkurrieren? Ein ähnlicher Kompetenz- und Zuständigkeitskonflikt ergibt sich durch die Beibehaltung der Denkmalausschüsse bei Gemeinden und Kreisen, § 30 Abs. 2 der Entwurfsfassung. Die bis heute ungeklärten Fragen zur Zuständigkeitsabgrenzung „Rat / Bürgermeister“ werden perpetuiert und verschärft. Soweit für Genaueres auf die Ausführungen dieser Stellungnahme zu § 30 Abs. 2 der Entwurfsfassung weiter unten verwiesen wird, greifen diese Probleme aber ineinander und werden durch die Entwurfsfassung der Landesregierung noch potenziert.

Die Frage stellt sich gleichermaßen bei der für die Baudenkmalpflege vorgesehenen freiwilligen Übernahme der Listenführung durch den Landschaftsverband nach § 23 Abs. 6 S. 2 des Entwurfs durch optionale vertragliche Vereinbarung mit den Kommunen. Soweit das Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit (GkG NRW) hier „entsprechende“ Anwendung finden soll, stellt sich die Frage, was mit dieser „Entsprechung“ im Rechtsinne gemeint sein kann, da das Gesetz die Gründung

zweckgebundener Verbände zum Gegenstand (vgl. § 5 Abs. 1 GkG NRW) hat, nicht aber den Übertrag von Aufgaben zwischen bestehenden Rechtsträgern. Dies entspricht wohl eher einer zu verentgeltenden Organleihe, womit möglicherweise wiederum § 5 Abs. 5 LVerbO und Art. 78 Abs. 3 LV NRW berührt wären. Da eine solche Aufgabenübernahme nur durch oder aufgrund gesetzlicher Anordnung erfolgen kann, die die Konnexität ausreichend berücksichtigt, ist unklar, ob die im Gesetzentwurf vorgesehene, rein optionale Abrede hierzu mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbar ist.

Zu § 24 des Entwurfs – Verfahren

Abs. 5 - rudimentäre „Ministeranrufung“

Ferner wird auch das Instrument der "Ministeranrufung" durch die Entwurfsfassung ausgehöhlt. In diesem Zusammenhang bildet das geplante Gesetz in seinem § 24 Abs. 5 den Verfassungsauftrag nach Art. 18 Abs. 2 LV NRW nicht ausreichend ab.

Denn eine effektive Mitwirkung am Schutzauftrag der Verfassung kann nur gewährleistet sein, wenn die aus genannten Gründen notwendige Ministeranrufung als Pflicht zur verbindlichen und begründeten Entscheidung durch die Oberste Denkmalbehörde verstanden wird. Es entspricht einem vollständigen Leerlauf des verfassungsmäßigen Rechts der Landschaftsverbände, wenn die Anrufung nunmehr in der beabsichtigten, novellierten Form zu einer optionalen Prüfung auf Entscheidung durch die Oberste Denkmalbehörde degradiert wird.

Es ist verfassungsrechtlich nicht hinnehmbar, dass sich hier rechtlich unüberprüfbare Beurteilungs- oder Ermessensspielräume seitens der Obersten Denkmalbehörde dahingehend vorbehalten werden, ob das Land den betroffenen Landschaftsverbänden ihre verfassungsmäßigen Rechte einzelfallbezogen zugestehen will oder nicht. Potenziert wird diese Problematik dadurch, dass der Entwurf die Maßstäbe, unter denen das Ministerium zu einer Entscheidung verpflichtet ist oder von ihr abgesehen darf, nicht nennt. Auch das Fehlen jedweder Begründungspflicht im Falle der getroffenen Entscheidung durch die Oberste Denkmalbehörde trägt hierzu bei. Schon unter der derzeitigen diesbezüglich unscharfen Rechtslage ist zu beanstanden, dass Ministerentscheidungen dem anrufenden Landschaftsverband entweder nur mündlich oder auch durch begründungslose Pressemitteilungen bekanntgegeben werden. Nicht einmal eine Bearbeitungsfrist durch die Oberste Denkmalbehörde für die vorgesehene „Entscheidung über das Treffen einer Entscheidung“ nennt die Entwurfsfassung. Insofern wird ein Widerspruch zu den Bemühungen der Novelle um Verfahrensbeschleunigung gesehen.

Zu § 25 des Entwurfs - Einstellungen von Arbeiten und Nutzungsuntersagung

Mit den Abs. 1 und 2 soll offenbar der Versuch unternommen werden, die bisherige Regelung des § 27 Abs. 1 DSchG NRW genauer zu fassen. Dieses Bestreben ist grundsätzlich zu begrüßen. Allein die wortlautmäßige Ausführung bringt leider wenig Besserung in die Rechtslage. Zu begrüßen ist die – nunmehr explizite und nicht mehr über § 27 Abs. 3 mit Rückgriff ins Polizeigesetz sich herleitende – Sicherstellung von Geräten und Bauprodukten sowie die Versiegelung der Baustelle. Kritisch zu sehen ist allerdings, dass diese Möglichkeiten erst greifen sollen, soweit die schriftliche oder mündliche Baustellenstilllegungsverfügung durch die verpflichteten Personen (von denen diese Vorschrift entgegen der neu getroffenen Begriffsbestimmung in § 2 Abs. 7 schon nicht mehr spricht) missachtet wird.

Dies ist im Sinne der effektiven Gefahrenabwehr nicht sinnvoll. Denn die Vernichtung denkmalwerter Substanz, die ja gerade „geronnene“ Materialisierung der in ihr „gebundenen“ ideellen Denkmalwertaussage ist, kann bei Verlust nicht oder nur unter Umständen wiederhergestellt werden. Der Entwurfsfassung scheint dieser Umstand auch klar, wenn sie selbst hieran konzessionierend formuliert, dass eine Wiederherstellung nur angeordnet werden kann, „soweit dies noch möglich ist“. Es ist also – um diesen Zustand a limine zu verhindern – angezeigt, ihn durch effektives Einschreiten der Behörden im Ursprung zu unterbinden. Die Sicherstellung und Baustellenversiegelung muss den Behörden daher sofort und ohne weiteres möglich sein. Anders gewendet: Ist die Denkmalsubstanz erst vernichtet, kann die angedachte Zielerreichung der Sicherstellung und Versiegelung gar nicht mehr erreicht werden. Der hierauf gerichtete Verwaltungsakt wäre dann schlicht rechtswidrig.

Wie schon zu § 2 Abs. 7 angemerkt, fehlt dieser Vorschrift ferner die zentrale Befugnisnorm zur Anordnung einer Wiederherstellung im Falle der Schädigung durch Dritte.

Zu § 26 des Entwurfs - Auskunfts- und Duldungspflichten

Abs. 1 und 2

Aufgrund der ungeklärten und vom Gesetzentwurf nicht nachvollziehbar herausgearbeiteten Verhältnis von Denkmalbehörden zu Landschaftsverbänden werden diese Vorschrift in weiten Teilen gegenstandslos.

Denn, ganz zentral, worin soll sich das beibehaltene Betretungsrecht der Fachämter der Landschaftsverbände denn (noch) rechtfertigen, wenn diese selbst nur noch durch die Unteren Denkmalbehörden angehört werden? Für den Eingriff in die Unverletzlichkeit der Wohnung aber

auch des Eigentums gibt es dann keine Voraussetzung mehr. Soll hier im Rahmen der Anhörung durch die Untere Denkmalbehörde etwa parallel eine eigene Sachverhaltsermittlung durch den Landschaftsverband bei den Eigentümer:innen stattfinden, um zu prüfen, ob der zur Anhörung vorgelegte Sachverhalt zutreffend ist?

Abs. 3

Diese Vorschrift bezüglich der Betretung von Kirchen hat keinen eigenständigen Sinn. Das in § 26 Abs. 3 vermeintlich geregelte, wird vollständig inhaltlich durch Abs. 2 der Vorschrift abgedeckt. Denn die Betretung der Kirchenräumlichkeiten greift in keine anderen geschützten Rechtssphären ein als bei jedem anderen privaten Dritten. Eine Betretung der Räumlichkeiten während der Durchführung von Gottesdiensten oder anderer religiöser Feiern kommt hingegen in der Praxis aus naheliegendem Grunde nicht vor.

Abs. 4

Der Entwurf postuliert hier eine Ersatzpflicht für Schäden im Zusammenhang mit der Ausübung des Betretungsrechts. Die Vorschrift sollte ersatzlos entfallen. Ihr kann kein anderer Zweck entnommen werden, als in unzweckmäßiger Weise eine Warnfunktion gegenüber den Unteren Denkmalbehörden zu erfüllen, die so für gesetzliche Regelungen gleicher Art vollkommen untypisch ist.

Zunächst ist nämlich darauf hinzuweisen, dass Normkörper des Besonderen Verwaltungsrechts regelmäßig Betretungsrechte oder Rechte zur „Nachschau“ postulieren, soweit dies zur Aufgabenerfüllung der Behörden notwendig ist. Jedoch ist keine bekannte solche Vorschrift mit einer Anordnung für die Ersatzpflicht bei entstandenen Schäden versehen, vgl. statt vieler z.B. § 22 Abs. 2 GaststättenG, § 25 InfektionsschutzG, § 101 Abs. 1 WasserhaushaltsG oder § 139 b GewerbeO.

Auch § 58 Abs. 7 der Landesbauordnung in ihrer erst kürzlich von der Obersten Denkmalbehörde in ihrer Funktion als Oberster Bauaufsicht novellierten Fassung aus 2018 sieht eine solche Anordnung nicht vor. Das gilt auch für die derzeitigen, abermaligen Novellierungsbestrebungen der. Das für beide Rechtsbereiche zuständige Ministerium wird um Klärung der Frage gebeten, weshalb diese Anordnung im Bereich des Denkmalschutzes nunmehr offenbar für unumgänglich erachtet wird. Ein objektiver Anlass für diese Einfügung kann zumindest diesseits nicht gesehen werden. Er besteht letztlich auch rein rechtlich nicht. Denn die von § 26 Abs. 4 des Entwurfs gewollte Aussage ergibt sich zwanglos für alle Tätigkeitsbereiche der Landesverwaltung aus § 39 OBG NRW. Die ungewöhnliche, wohl einmalige redundante Doppelung dieser Haftungsvorschrift in der eigentlichen Befugnisnorm ist daher ohne Inhalt und geradezu missverständlich, denn aus ihrer expliziten

Nennung könnte bei unbefangener Betrachtung geschlussfolgert werden, dass Schäden aus der Ausübung anderer Befugnisnormen des Gesetzesentwurfs gerade nicht ausgleichspflichtig machen.

Zu § 28 des Entwurfs - Landesdenkmalrat

Bei der in § 28 vorgesehene Errichtung eines Denkmalrates bleiben Fragen offen. Die Auswahl der zu berufenden Mitglieder erscheint im Hinblick auf die Kompetenzen dieses Rates teilweise sachfremd und nicht nachvollziehbar.

Die fachliche und sachliche Befassung der in § 28 Abs. 2 des Entwurfs in den Ziffern 1 bis 6 genannten Körperschaften und Institutionen mit dem Thema Denkmalschutz und Denkmalpflege ist nicht immer erkennbar. Die Landesregierung lässt hier jede vertiefte Begründung im Entwurf vermissen. Die Aussage, die Auswahl sei anhand der Erfahrung der jeweiligen Akteure in diesem Bereich erfolgt, ersetzt diese Begründung nicht. Schon hinsichtlich der Mitwirkung der Landschaftsverbände – die wider die verfassungsmäßige Vorgabe in Art. 18 Abs. 2 LV NRW als „Fachämter“ tituliert werden – in § 28 Abs. 2 Ziff. 4 bleibt im Unklaren, ob mit „je ein Mitglied der Denkmalfachämter“ nun die Landschaftsverbände gemeint sein sollen, dann wären dies zwei Mitglieder, oder je ein Mitglied aller Fachämter bei den Landschaftsverbänden. Dann wären dies derzeit vier.

Gleiche Unklarheit wirft die Bestellung von Mitgliedern des Landtags auf (Abs. 2 Ziff. 1 der Vorschrift). Es bleibt nicht nachvollziehbar, warum das Verfassungsorgan mit genau sechs Mitgliedern vertreten sein soll. Genau wie auch hinsichtlich der nach Abs. 2 Ziff. 6 zu bestellenden fünf Mitglieder von Landesministerien erschließt sich nicht, warum hier ein deutliches zahlenmäßiges Übergewicht einzelner Institutionen geschaffen werden soll, deren konkreter Mitgliederanteil an der Gesamtgröße des Gremiums nicht inhaltlich nachvollziehbar ist.

Zu § 30 des Entwurfs - Kommunale Denkmalpflege und Denkmalpflegeplan

Abs. 2

Soweit bei den Räten und Kreistagen Denkmalausschüsse gebildet werden, weist der Entwurf weitere Probleme auf. Diese offenbar aus dem bisherigen § 23 Abs. 1 DSchG NRW in seiner derzeit geltenden Fassung entnommene und schlicht in den Entwurf kopierte Überlegung ist bereits mit Hinblick auf die jetzige Rechtslage von Unbestimmtheiten, Unsicherheiten und die Denkmalpflege lähmenden Zuständen geprägt.

Denn sowohl nach jetziger, wie auch geplanter Rechtslage fragt sich welche Zuständigkeit und Entscheidungskompetenz diesen Ausschüssen zukommen soll. Schon jetzt besteht ein polykratisches Nebeneinander von Unteren Denkmalbehörden, die mit ihren Sachbearbeiter:innen der Bürgermeisterverwaltung zugeordnet sind, und Denkmalausschüssen der Gemeinderäte, die, leider oftmals in einem Durcheinander sich teilweise widersprechender - und oftmals mit der jetzigen (ebenfalls unklaren) Regelung des § 23 Abs. 1 DSchG NRW nicht konform gehender - Satzungs Vorschriften, Entscheidungszuständigkeiten für sich reklamieren. Dies führt nicht nur regelmäßig zu Rechtsverstößen durch Ablehnung der Eintragung eines Denkmals durch den hierfür kraft Satzung zuständig erklärten Rat, der die rechtsirrig Annahme einer inhaltlichen Entscheidungskompetenz entgegen der in § 3 Abs. 1 DSchG NRW sich ausdrückenden, gebundenen Rechtsfolge zugrunde liegt.

Dies führt zu einem auch in der derzeitigen Fassung des DSchG NRW nicht gelösten Konflikt. Denn die die Zuständigkeit für den Denkmalschutz qua örtlicher Satzung deklamierenden Gemeinderäte werden zu Ordnungsbehörden im vorgenannten Sinne. Nicht nur müss(t)en sie daher zur Gefahrenabwehr, die sie übernehmen sollen, vgl. § 21 Abs. 1 S. 2 des Entwurfs, entgegen ihrer turnusmäßigen Tagungsweise, permanent tagen und Bescheide erlassen und vollziehen, sondern sie wären/sind auch dabei unmittelbar an die Fach- und Rechtsweisungen der vorgesetzten Behörde gebunden. Inwieweit dieses, auch derzeit schon bestehende Problem, das teilweise zu erheblichem Verfahrensverzug durch Beschlussunwilligkeit und/oder Vertagung entscheidungsreifer Entscheidung über die Unterschutzstellung führt, durch seine Perpetuierung in die Entwurfsfassung zur Reformierung des Gesetzes gelöst werden soll und die Verfahren nach Aussage der federführenden Obersten Denkmalbehörde hierdurch eine Beschleunigung erfahren, ist nicht erkennbar.

Auch läuft die Befassung dieser Kollegialgremien auf kommunaler Seite mit Fragen des Bodendenkmalschutzes im nunmehr angedachten, nachrichtlichen System leer, da hier der bisherige formal durch die Räte zu bestätigende Unterschutzstellungsakt nicht mehr benötigt wird.

Vgl. nochmals § 5 Abs. 2 der Entwurfsfassung, wonach der Schutz der Bodendenkmale nicht von der Eintragung in die Denkmalliste abhängt, sondern „ipso iure“ bewirkt wird. Die inhaltliche Reichweite der Aufgabenzuweisung an die in § 30 Abs. 2 des Entwurfs genannten Ausschüsse bleibt also hochgradig fraglich. Sollen diese sich mit Fragen der Erlaubniserteilung nach § 15 beschäftigen und Bescheide erstellen? Dies ist klassische Verwaltungsarbeit der Bürgermeisterverwaltung. Folgerichtig nennt der Entwurf die Aufgaben der Unteren Denkmalbehörden auch solche der „Ordnungsbehörden“. Diese betreiben Gefahrenabwehr. Wie ein nur in Zeitabständen zusammentretender Ausschuss hier effektive Gefahrenabwehr betreiben möchte, bleibt schon nach jetziger Rechtslage unklar, nach welcher sich kommunale Räte bei unsicherer und sich oft erheblich von Kommune zu Kommune unterschiedener Ortsrechtsslage Fragen der Unterschutzstellung vorbehalten, inkonsequenterweise aber zu Fragen der Erlaubniserteilung (§ 9) und Erhaltungsverfügungen (§ 7) die Bürgermeisterverwaltung gewähren lassen.

Abs. 3

Die Bestellung ehrenamtlicher Denkmalpflegebeauftragter ist ein nicht zu unterschätzender, zentraler Bestandteil der örtlichen Denkmalpflege. Hieran soll offenbar nach dem Willen der Landesregierung festgehalten werden. Dies ist zu begrüßen.

Jedoch, die Bestellung erfolgt nunmehr ohne Beteiligung der Landschaftsverbände und ihrer Fachämter. Gem. S. 5 der Vorschrift sollen diese ehrenamtlich tätigen Personen auch gutachterlich tätig werden. Hier ist unklar, inwieweit das Gesetz für die hinreichende Fachlichkeit der bestellten Akteure garantieren möchte.²⁷ Bei aller gebotener Achtung für diese ehrenamtliche Tätigkeit, mit der die Landschaftsverbände auch bereits jetzt gute Erfahrungen verbinden, muss konstatiert werden, dass hier regelhaft weder eine entsprechende akademische Ausbildung noch die ausreichende Vertrautheit mit den rechtlichen Rahmenbedingungen (Ausprägung und Gestalt der Denkmalwertkategorien des § 2) vorhanden sein wird. Dies ist aber essentiell notwendig, um hier eine entsprechende, tragfähige Gutachtertätigkeit ausüben zu können. In diesem Zusammenhang stimmt auch die Unbedingtheit der Anordnung „werden gutachterlich tätig“ statt „können tätig werden“ bedenklich. Soll dies zu einer zwangsweisen Verpflichtung Ehrenamtlicher werden?

²⁷ Konsequenterweise postuliert bspw. § 5 des DSchG Schleswig-Holstein, dass das Landesfachamt (dort ist sie „Obere Denkmalbehörde“ gem. § 3 Abs. 2 Ziff. 2) vielmehr im Einvernehmen mit den Kommunen diese ehrenamtlich Beauftragten, sog. „Vertrauensleute“ bestellt.

Zu § 32 des Entwurfs – Übernahme von Denkmälern

Hier sollte über die redaktionelle Änderung des Wortlauts nachgedacht werden. Die Formulierungen „Innehaben des Eigentums“ und „das Denkmal zu behalten“ sind der Umgangssprache entnommen.

Zu § 33 des Entwurfs – Zulässigkeit der Enteignung

Auch hier gilt aus der soeben angestellten Überlegung heraus die Empfehlung, den Wortlaut zu überdenken. Die „nachhaltige“ Abwehr einer Gefahr, die hier zur Eingriffsvoraussetzung für einer der in der Deutschen Rechtsordnung schärfsten Grundrechtseingriffe (Enteignung) gemacht wird, ist sprachlich nicht ausreichend, um diesen Eingriff rechtfertigen zu können. Die umgangssprachliche „Nachhaltigkeit“ der Gefahrenabwehr ist jeder Ermessensausübung und Mittelauswahl immanent. Ein Mittel, dass die Gefahr nicht nachhaltig beseitigt, ist nicht „erforderlich“, mindestens jedoch nicht „angemessen“. Es könnte gegen das Untermaßverbot verstoßen. Es fragt sich, warum an der bisherigen Formulierung im DSchG NRW nicht festgehalten werden soll.

Zu § 35 des Entwurfs - Denkmalförderung

Abs. 1

Unklar ist, was unter „Freilegung“ von Denkmälern gemeint sein soll. Dieser hier einmalig verwandte Begriff bestätigt die bereits zu den Vorschriften der Bodendenkmalpflege geäußerten Kritik der begriffsmäßigen Verunklarung der rechtlich-inhaltlichen Rahmenumstände. Ist die „Freilegung“ eine Bergung im Sinne des § 15 der Entwurfssassung? Meint sie nur Boden- oder auch Baudenkmäler? Es wird ferner in diesem Zusammenhang auch davon ausgegangen, dass mit den „Kosten des Denkmalschutzes und der Denkmalpflege“ sowohl die Bau-, wie auch die Bodendenkmalpflege gemeint sind. Verwunderlich ist, dass der nach dem veränderten § 1 Abs. 1 S. 2 des Entwurfs für die Landesregierung ungerechtfertigt an erster Stelle stehenden „Erforschung“ von Denkmälern hier in § 35 nunmehr keine besondere Bedeutung mehr eingeräumt wird und sie sich daher nicht auch an erster Stelle des nicht abschließenden Beispielkatalogs zu finanzierender Maßnahmen (Instandsetzung, Erhaltung, Sicherung und Freilegung) oder überhaupt durch explizite Nennung wiederfinden lässt.

Abs. 2

Soweit die Vorschrift anordnet, dass sich die Gebietskörperschaften in angemessenem Umfang an den Kosten der in diesem Gesetz genannten Maßnahmen beteiligen, ist wohl eher eine Kostenbeteiligung für Maßnahmen nach Abs. 1 der Vorschrift gemeint.

Zu § 36 des Entwurfs – Erteilung von Bescheinigungen für steuerliche Zwecke²⁸

Eine essentielle und in ihrer Wirkungsreichweite kaum zu unterschätzende Verschlechterung der verfassungsmäßig vorgeschriebenen Beteiligung der Landschaftsverbände ergibt sich aus dem vorgesehenen Entfall jeder Mitwirkung im Bereich der Erstellung von Bescheinigungen für die steuerliche Begünstigung von Baumaßnahmen am Baudenkmal. Hier heißt es in der Gesetzesbegründung, die Mitwirkung der Landschaftsverbände sei nicht notwendig.

Abgesehen von der Verletzung des Art. 18 Abs. 2 LV NRW ist dies nicht mit der Verfahrenswirklichkeit in Übereinstimmung zu bringen. Denn der Entfall der fachamtlichen Mitwirkung entzieht den Unteren Denkmalbehörden auch jede informelle Rückfrage- und Beratungsmöglichkeit bei den mit Fachwissen ausgestatteten Landschaftsverbänden.

Auch eine gerichtliche Beteiligung im Sinne einer Beiladung nach § 65 VwGO zum streitigen Verfahren ist dann nicht mehr möglich, wodurch die Fachämter der Landschaftsverbände auch den „Kontakt“ zur Rechtsprechungsentwicklung im gesamten Bundesland verlieren und die rein kommunal aufgestellten Unteren Denkmalbehörden auf fragmentarisch ihnen bekannte Entscheidungen und „Entscheidungsneigungen“ der einzelnen, für sie örtlich zuständigen Kammern angewiesen sind. Es zeigt sich im täglichen fachlichen und rechtlichen Beratungsbedarf dabei regelmäßig, wie wertvoll die Übersicht der Fachämter²⁹ für die rechtssichere Verfahrensführung, nicht nur in Steuerfragen, sondern der gesamten Denkmalpflege im Land ist.

²⁸ Zur weiterführenden Information: Die Unteren Denkmalbehörden erstellen derzeit über § 40 DSchG NRW in seiner jetzt geltenden Fassung im Benehmen mit den Landschaftsverbänden Bescheinigungen über die Richtigkeit und Notwendigkeit denkmalpflegerisch ordnungsgemäß ausgeführter Bauunterhaltsmaßnahmen. Diese sog. „Grundbescheide“, die ihre Verankerung in § 7 i EinkommenssteuerG finden, werden dann vom Finanzamt eingeschränkt geprüft und in einen „Folgenbescheid“ auf Bewilligung der Steuererleichterung gegenüber dem Antragssteller umgesetzt.

²⁹ Es darf in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen werden, dass die einzige aktuelle juristische Kommentierung zum Denkmalschutzgesetz NRW maßgeblich vom direkten Vorgänger des jetzigen Fachamtsjustizars beim Landschaftsverband Westfalen-Lippe, Herrn Prof. Dr. Dr. Davydov entworfen, herausgegeben und weiterhin redaktionell überarbeitet und gepflegt wird. Auch dies zeigt eindrucksvoll die mit der Funktion der Fachämter verbundene Akkumulation und Vorhaltung, woanders so nicht abrufbaren Fach- und Detailwissens.

Es sollte überprüft werden, ob die eigenen Verwaltungsvorschriften wie der „Steuerrunderlass“ der Obersten Denkmalbehörde sachgerecht sind. Der für Denkmalrecht zuständige 10. Senat teilte den Beteiligten im Beisein des Justizars des Landschaftsverbandes in der mündlichen Verhandlung vom 28.5.2018 im Verfahren zu Az. 10 A 279/16 bei Erläuterung der gerichtlichen Rechtsauffassung mündlich mit, er - der Senat - wolle sich zur „rechtlichen Qualität des Steuerrunderlasses der Obersten Denkmalbehörde lieber nicht äußern“.

Ferner ist durch das JahressteuerG 2020 durch den Bundesgesetzgeber die Rechtsgrundlage für die betroffenen Steuerbescheinigungen in § 7 i Abs. 2 EStG deutlich verschärft worden. Die Verschärfung betrifft nach dem Willen des Bundesgesetzgebers „offensichtlich rechtswidrige“ Bescheinigungen der Unteren Denkmalbehörden. An diese sind die Finanzämter nicht länger gebunden.

Die diesbezügliche Gesetzesbegründung zum JahressteuerG 2020 in BT Drs. 19/22850 weist eindeutig darauf hin, dass diese Maßnahme aus Sicht des Bundes notwendig wurde, um die Vielzahl festgestellter, unbotmäßig und an keiner Rechtsvorgabe orientierten Bescheinigungen einzudämmen.

Warum unter diesen Gesichtspunkten, die zur Überzeugung des Bundestages feststehen, die Mitwirkung der Landschaftsverbände in diesen Verfahren als faktische „Korrekturinstanz“ vollständig entfallen soll, bleibt fraglich.

Zu § 37 des Entwurfs - UNESCO Welterbe

Durch inhaltliche Einbringung dieser Rechtsprechung zur Zeche Zollverein in das Verfahren vor dem VG Minden zu Az. 1 K 2562/17 durch das beigeladene Fachamt des Landschaftsverbandes konnte erreicht werden, dass durch dortiges Urteil vom 15.05.2018 die richterliche Feststellung erfolgte, dass auch das Karolingische Westwerk und die Civitas Corvey an der Idee dieser „gesteigerten Sensibilität“ partizipieren.³⁰ Die angeblich erkannten, „erheblichen Unsicherheiten in Handhabung und Umgang mit Welterbestätten“ können insofern entgegen der diesbezüglichen Aussage der Landesregierung in ihrer Entwurfsbegründung zu § 37 nicht durchgängig nachvollzogen werden. Soweit hier nun eine gesetzliche Hinterlegung dieser bislang nur richterrechtlich hinterlegten Überlegungen angedacht ist, fragt es sich, warum diese nicht wortgleich zu den unter Bezug genommenen Urteilen übernommen wurde.

³⁰ VG Minden, Urteil vom 18.05.2018 – 1 K 2562/17, S. 16 des amtl. Urteilsdruckes; dort unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Rechtsprechung des VG Gelsenkirchen, Urteil vom 06.11.2014 – 5 K 1275/13 – Rn. 43, juris; zur Zeche Zollverein.

Zu § 38 des Entwurfs - kirchliche Sonderrechte und Durchgriff auf Ressourcen der Landschaftsverbände

Abs. 2

Die Berücksichtigung kirchlicher Belange ist bereits jetzt über § 38 DSchG NRW im Gesetz verankert. Klargestellt wird durch die Neufassung in § 38 Abs. 2 nunmehr, dass diese Belange nur bei „unmittelbar gottesdienstlichen Zwecken“ berücksichtigungsfähig sind. Insofern wird hier entgegen der aktuellen Fassung der Vorschrift der liturgische Belang und die liturgisch dienende Funktion des insofern denkmalgeschützten Objekts als eingrenzendes Kriterium deutlicher herausgearbeitet.

Abs. 3 und 4

Ohne erkennbaren sachlichen Rechtfertigungsgrund für eine Gleichbehandlung und damit gleichzeitig eine Verletzung von Art. 18 Abs. 2 LV NRW darstellend werden die Kirchen sodann in § 38 Abs. 3 des Entwurfs in ihren verfahrensmäßigen Rechten den Fachämtern der Landschaftsverbände gleichgestellt. Auch sie, die Kirchen, erhalten nach dem geplanten § 36 ein Recht zur Prüfung einer Entscheidung durch die Oberste Denkmalbehörde.

Das bisher als "Ministeranrufung" bekannte Recht der Landschaftsverbände, § 21 Abs. 4 DSchG NRW in seiner derzeit gültigen Fassung, dient dabei in seiner dogmatisch-rechtssystematischen Herleitung aber zur Kompensation des folgenden, mit der Stellung der Kirchen nicht vergleichbaren Umstandes:

Die Landschaftsverbände mit ihren Fachämtern sind nämlich nicht Teil des durch das Land sicherzustellenden Gesetzesvollzugs. Sie sind nicht Verwaltungsunterbau der Obersten Landesbehörde, sondern autonome, eigene Gebietskörperschaften mit wehrfähigen Rechten. Sodann hat der Landschaftsverband im Falle einer Beanstandung des Handelns der Unteren Denkmalbehörden keine Möglichkeit zur Beschwerde auf dem Dienstweg entlang der Behördenhierarchie zur vorgeordneten Behörde. Hierzu ist daher die Ministeranrufung in § 21 Abs. 4 S. 3 DSchG NRW in seiner seit 1980 gültigen Fassung eingeführt, um eine direkte Entscheidung der Obersten Denkmalbehörde durch die Landschaftsverbände in Ermangelung einer dienstrechtlichen Fach- oder Rechtsaufsichtsbeschwerde herbeiführen zu können.

Es erschließt sich nicht, unter welchen rechtlichen Erwägungen die Landesregierung nunmehr dieses in der Literatur aus o.g. Gründe auch "Privileg" der Landschaftsverbände genannte Instrument auf andere Akteure ausweiten möchte. Denn dieses "Privileg" ist Spiegelbild des in Art.

18 Abs. 2 LV NRW Geforderten, nämlich der effektiven Mitwirkung am Schutz der Denkmäler. Dieses verfassungsmäßige Recht kommt aber nur den in der Verfassung abschließend aufgezählten Akteuren zu. Hierzu zählen die Landschaftsverbände als "Gemeindeverbände". Die Kirchen werden nicht genannt. Ein sachlicher Gleichbehandlungsgrund ist daher weder vom funktionellen Inhalt der „Ministeranrufung“ her, noch der Verfassung wegen zu erkennen.

Weiterhin ist bedenklich, dass hier somit weitreichende kirchliche Sonderrechte im Rahmen des Denkmalschutzes verankert werden sollen, bei denen keine Mitwirkung durch die Fachämter - auch nicht im Rahmen einer Anhörung - mehr erfolgen soll. Vielmehr soll ein unter unbenannt bleibenden Berufungsumständen bei der Obersten Denkmalbehörde zu bildender Sakralausschuss die kirchlichen Belange im Falle kirchlicher Ministeranrufungen direkt vertreten. Dabei, so der Entwurf, könnten „Mitarbeitende der Fachämter“ der Landschaftsverbände „bei Bedarf“ hinzugezogen werden. Die Landesregierung offenbart hier unmissverständlich, dass sie der rechtsirrigen Auffassung ist, auf die personellen und sachlichen Ressourcen der Landschaftsverbände weisungsmäßig durchgreifen zu können; dies nicht nur im Sinne der geplanten Beschränkung der Mitwirkung durch Rückstufung auf eine Anhörung, sondern gleichzeitig verbunden mit einem „weisungsgleichen“ Durchgriff auf Dienstleistungen und Kapazitäten der Landschaftsverbände nach eigenem Opportunitätsempfinden („bei Bedarf“).

Finanzierung und damit organisatorische Zuordnung und Einsatz der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Landschaftsverbände ist aber allein und einzig Sache der kommunalen Selbstverwaltung und ihrer zuständigen Organe, also Landschaftsversammlung und Direktor. Die gem. Art. 28 Abs. 2 GG verankerte kommunale Schutzsphäre in ihrer Ausprägung als „Budgetrecht“, „Personalhoheit“ und „Organisationshoheit“ würde hierdurch verletzt.

Letztlich ist auch der Begriff des zu bildenden „Sakralausschusses“ zu kritisieren. Der Ausschuss beschäftigt sich nämlich entgegen des Begriffes nach dem insoweit erkennbaren Willen des Entwurfs nicht nur mit liturgischen Belangen derjenigen Denkmäler, die nach Abs. 2 „unmittelbar gottesdienstlichen Zwecken“ dienen, sondern aufgrund des demgegenüber weiter gefassten Tatbestandes in Abs. 3 auf alle „Anlagen, die der Religionsausübung“ dienen; also auch mit weiterführenden Fragen zum Bauunterhalts von nicht unmittelbar der Liturgie dienenden Objekten, die dem Denkmalschutz unterfallen. Ihre Nutzung (auch) für solche, religiöse Zwecke kann dies nicht vollständig „absorbieren“. Schon der über Art. 140 GG fortgeltende Art. 137 Abs. 3 S. 1 Weimarer Reichsverfassung postuliert, dass die Belange der Selbstverwaltung der Religionsgemeinschaften (siehe auch § 36 Abs. 1 der Entwurfssfassung) im Rahmen der „für alle geltenden Gesetze“ zu erfolgen haben, also hier keine Vorzugsbehandlung im Rahmen des „für alle geltenden“ Denkmalschutzgesetzes angezeigt ist.

Zu § 39 des Entwurfs – Gewinnung von Bodenschätzen

Abs. 2 und 4

Hier fehlt zunächst die Erwähnung über die Anwendbarkeit des Verursacherprinzips bzw. die Nennung des § 39 im Rahmen des § 27 der Entwurfsfassung, der den Anwendungsbereich des Verursacherprinzips beinhaltet. Der in § 39 der Entwurfsfassung geregelte Fall ist nachgerade ein prototypischer Fall für dessen Anwendung. Auch sollte neben den Bodendenkmälern auch der paläontologische Fund/Befund hier im Wortlaut explizite Erwähnung finden.

Zu § 40 des Entwurfs – Aufgabenübertragung im Bereich der Bodendenkmalpflege

§ 40 sollte entfallen; er irritiert mit der Möglichkeit, Kompetenzen der Kreise als Obere Denkmalbehörden auf die Unteren zu verlagern. Die Entwurfsbegründung stellt zum Beibehalt des Benehmens bei der Bodendenkmalpflege nachgerade fest, dass dieses erforderlich ist, weil die Unteren Denkmalbehörden die notwendige Fachlichkeit flächendeckend nicht besitzen. Weshalb nunmehr hier eine de facto „Experimentierklausel“ in das Gesetz eingefügt werden soll, die den soeben genannten Feststellungen und Überzeugungen der Entwurfsverfasser geradezu widerspricht, erschließt sich nicht.

Zumal: Wenn die Denkmallisten bei den Fachämtern der Landschaftsverbände geführt werden, sind diese nach dem zu §§ 21 – 24 Gesagten hier selber Untere Denkmalbehörden. Insofern können die Kompetenzen der Oberen Denkmalbehörden hier sodann schon denklogisch schon nicht auf die Gemeinden übertragen werden.

Anderenfalls müsste wiederum, das Vorgesagte aufgreifend, davon ausgegangen werden, dass durch die Führung der Denkmallisten durch die Landschaftsverbände diese nicht zu Unteren Denkmalbehörden werden (diese Funktion also bei den Gemeinden verbleibt) und die Landschaftsverbände somit in der Folge zu den Unteren Denkmalbehörden nachgeschalteten/angeschlossenen, „abverwaltenden“ Annex-Stellen werden sollen. Auf die denkbare Verfassungswidrigkeit dieses Vorgehens ist bereits hingewiesen worden.

Zu § 41 des Entwurfs - Ordnungswidrigkeiten

Auch hier besteht weiterhin das Problem, dass die Vorschrift nicht klar genug von der Mitwirkung der Fachämter der Landschaftsverbände umfasst oder von ihr ausgenommen ist. Soweit sie nach

dem – nicht klar erkennbaren – Willen der Landesregierung nicht weiter von der Mitwirkung umfasst sein soll, wird im Rahmen der nur noch geplanten Anhörung in Baudenkmalpflegesachen ein weiterer Stützpfeiler des Denkmalschutzes aufgegeben. Denn im Rahmen einer Anhörung, es gilt das Vorgesagte, kann die rechtliche Beratung der Unteren Denkmalbehörden zur Erstellung und Prüfung von Bußgeldbescheiden durch die Fachämter nicht mehr wahrgenommen werden. Der Bußgeldbescheid ist am Strafurteil orientiert. Von den Sachbearbeiter:innen der Unteren Denkmalbehörden kann nicht erwartet werden, dieses Wissen vorzuhalten. Nur die größeren bis größten Kommunen in NRW besitzen eine eigene Bußgeldstelle. Ferner wird auch von diesen Kommunen gerne und umfassend in dieser Frage auf das Fachamt Rückgriff genommen.

Die Entwurfsfassung vergibt im Übrigen die Chance, hier zu prüfen, ob die Einführung von Landesstrafrecht sinnvoll wäre. Dies sollte im Rahmen einer so umfassenden Novellierung zumindest debattiert werden. Landesgesetze in einer nicht unerheblichen Anzahl anderer Länder sehen hier entsprechende Vorschriften vor, vgl. bspw. § 35 DSchG – Freistaat Sachsen, § 19 DSchG Schleswig-Holstein, § 34 DSchG Niedersachsen, § 23 DSchG Bremen, § 21 DSchG Land Sachsen-Anhalt. Dies wäre der Entlastung der Unteren Denkmalbehörden in den einschlägigen Fallkonstellationen dienlich und würde sie im Sinne des hierauf gerichteten Willens der Landesregierung stärken. Denn die entsprechenden Vorschriften betreffen die vorsätzliche Zerstörung von Denkmälern. Dieser Fall ist selten, aber auch derzeit in Westfalen-Lippe in mindestens zwei Fällen anzutreffen. Die entsprechenden Verwaltungsverfahren unter Einbezug des Fachamts des Landschaftsverbandes laufen derzeit. Gleichwohl bleibt festzuhalten, dass die Nachweisführung für die personell und sachlich geringbesetzten Unteren Denkmalbehörden mit wenigen Prozent Stellenanteil im Rahmen einer Verfolgung als Ordnungswidrigkeit kaum effektiv möglich ist und somit selbst bei schwersten Verletzungen des Denkmalrechts keine ausreichende Rechtsbewährung gewährleistet ist, was auch nach dem Eindruck betreffender Bürgermeister ein fatales Signal an die Allgemeinheit ist. Eine Abgabe bzw. Verfolgung solcher Fälle an/durch die Staatsanwaltschaft als Ermittlungsbehörde mag hier deshalb überlegenswert sein.

Aufgestellt zu Münster

29. März 2021