

# **Die Aufgaben der Gemeinden und Kreise nach dem nordrhein-westfälischen Denkmalschutzgesetz**

Oebbecke, Janbernd

First published in:

Verwaltungsrundschau, 26. Jg., Heft 11, S. 384 – 390, Köln 1980, ISSN 0342-5592

Münstersches Informations- und Archivsystem multimedialer Inhalte (MIAMI)

URN: urn:nbn:de:hbz:6-88359619255

Landesverwaltungsrat z. A. Janbernd Oebbecke, Münster\*

## Die Aufgaben der Gemeinden und Kreise nach dem nordrhein-westfälischen Denkmalschutzgesetz

### I. Einleitung

Das Europäische Denkmalschutzjahr 1975 hat die Erhaltung unseres historischen Erbes und ihre Bedeutung für eine menschengerechte Umwelt deutlich ins allgemeine Bewußtsein gerückt<sup>1</sup>. Formeln wie „Haus für Haus stirbt Dein Zuhause“, „Unser Lebensraum braucht Schutz. Denkmalschutz“ und „Eine Zukunft für unsere Vergangenheit“ sind Gemeingut geworden. Unmittelbar nach dem Denkmalschutzjahr begannen die parlamentarischen Bemühungen um eine gesetzliche Regelung dieses Rechtsgebietes, als deren Ergebnis nun auch in Nordrhein-Westfalen ein Denkmalschutzgesetz vorliegt.

Das neue Gesetz stellt nun keineswegs den Anfang des Denkmalschutzes in Nordrhein-Westfalen dar<sup>2</sup>. Für den lippischen Landesteil existierte mit dem Heimatschutzgesetz vom 17. 1. 1920<sup>3</sup> ebenso wie für die ehemaligen preußischen Landesteile mit dem Ausgrabungsgesetz vom 26. 3. 1914<sup>4</sup> eine für ihre Entstehungszeit vorbildliche und auch heute noch brauchbare Sonderregelung. Der Schutz der Baudenkmäler wurde rechtlich über gemeindliche Satzungen (§§ 103 I Nr. 2 BauO, 39 h BBauG), über Bewilligungsbedingungen für Zuschüsse und über Gestaltungsvorschriften des Bauordnungsrechts (§ 14 II 2 BauO) gewährleistet und organisatorisch durch die obligatorische Einschaltung des Landeskonservators in das Baugenehmigungsverfahren<sup>5</sup> sichergestellt. Denkmalschützend wirkte auch eine Reihe weiterer Vorschriften; hier seien nur die kommunalrechtlichen<sup>6</sup> oder die im Zusammenhang mit dem Erlöschen von Fideikommissen geschaffenen Genehmigungsvorbehalte<sup>7</sup> genannt. Dieses auf den ersten Blick verwirrende Gespinnst von Regelungen funktionierte vielleicht nicht perfekt, aber doch befriedigend<sup>8</sup>, bis die Freistellungsverordnung<sup>9</sup> mit der Herausnahme einer Reihe von denkmalpflegerisch bedeutsamen Maßnahmen aus der bauordnungsrechtlichen Überwachung — u. a. wurde die Änderung der äußeren Gestaltung genehmigungspflichtiger baulicher Anlagen genehmigungs- und anzeigefrei<sup>10</sup> — eines der tragenden Seile dieses Netzes kappte<sup>11</sup>. Diesen seit dem 1. 10. 1978 bestehenden unbefriedigenden Zustand beendet nun das Denkmalschutzgesetz, das zugleich das Lippische Heimatschutzgesetz und das preußische Ausgrabungsgesetz außer Kraft gesetzt hat (§ 34 II).

Unter den Verhältnissen heutiger Gesetzgebung stellt das Gesetz eine Rarität dar: es geht nicht auf einen Entwurf der Exekutive zurück, sondern ist der Initiative des Landtags entsprungen. Nachdem bereits im Februar 1976 die CDU-Fraktion den Antrag eingebracht hatte, die Landesregierung möge den Entwurf eines Denkmalschutzgesetzes vorlegen<sup>12</sup>, und die Landesregierung bei der Beantwortung einer Großen Anfrage der F.D.P. im gleichen Jahr offengelassen hatte, ob sie die Vorlage eines solchen Entwurfs beabsichtige<sup>13</sup>, erarbeiteten SPD und F.D.P. getrennt von

einander Entwürfe, die mit den interessierten Fachkreisen diskutiert wurden. 1979 legten die beiden Fraktionen einen gemeinsamen Entwurf vor<sup>14</sup>, der Grundlage des jetzigen Gesetzes geworden ist. Nachdem eine gemeinsame Arbeitsgruppe „Denkmalschutz“ der Ausschüsse für Schule und Kultur, für Kommunalpolitik, Wohnungs- und Städtebau sowie für Landesplanung und Verwaltungsreform bereits eine öffentliche Anhörung durchgeführt hatte, legte die Landesregierung eine Stellungnahme<sup>15</sup> vor, die einen eigenen Vorschlag für ein Gesetz enthielt. Am 28. 2. 1980 beschloß der Landtag das Gesetz, wobei bis auf einige Punkte Einigkeit zwischen den Fraktionen bestand<sup>16</sup>. Diese Entstehungsgeschichte verlangt bei der Auslegung des Gesetzes Berücksichtigung.

Der folgende, auf die für die Anwendung des Gesetzes durch die Gemeinden und Kreise ausgerichtete Überblick geht von der Zuständigkeitsordnung aus (II.) und befaßt sich unter III. mit der für die Handhabung des Gesetzes grundlegenden Spannungslage zum verfassungsrechtlich geschützten Eigentum. Abschnitt IV. behandelt die Unterschutzstellung der Denkmäler. In großen Zügen stellen die Abschnitte V. und VI. abschließend die ordnungsbehördlichen Aufgaben des Denkmalschutzes und die Selbstverwaltungsaufgaben der Denkmalpflege dar.

### II. Die Zuständigkeitsordnung des Gesetzes

Bundesweit wird zwischen den Verfechtern eines stärkeren gemeindlichen Einflusses<sup>17</sup> und den Kämpfern für einen staatlichen Denkmalschutz<sup>18</sup> über die Zuständigkeiten diskutiert. Dieser Streit hat auch das Gesetzgebungsverfahren in NW stark bestimmt. Ausgangspunkt der Entscheidung mußte Art. 18 II der Landesverfassung sein, wonach „die Denkmäler der Kunst, der Geschichte und der Kultur, die Landschaft und Naturdenkmale . . . unter dem Schutz des Landes, der Gemeinden und Gemeindeverbände“

\* Der Aufsatz gibt ausschließlich die persönliche Meinung des Verfassers wieder. §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des nordrhein-westfälischen Denkmalschutzgesetzes vom 11. 3. 1980 (GVBl. 226)

<sup>1</sup> Zum Europäischen Denkmalschutzjahr vgl. Lange, Städtetag 1974, S. 480, der zugleich einen instruktiven Überblick über die verschiedenen Wurzeln des Denkmalschutzgedankens gibt, und Landkreis 1975, Heft 8/9.

<sup>2</sup> Zur bisherigen Rechtslage Wiethaup, SKV 1975, S. 241 und ausführlich Jerrentrup, Das Recht der Kulturdenkmalpflege in Nordrhein-Westfalen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsstellung des Landeskonservators, Diss., Münster 1955.

<sup>3</sup> Lipp. GS, 15.

<sup>4</sup> Pr. GS, S. 41, zuletzt geändert durch Gesetz vom 3. 12. 1974 (GVBl. 1504).

<sup>5</sup> RdErl. d. Ministers für Landesplanung, Wohnungsbau und öffentliche Arbeiten vom 4. 5. 1966 — II A 2 — 2.021 Nr. 400/66, Min.Bl., S. 996.

<sup>6</sup> Dazu Hönes, DVBl 1977, S. 754.

<sup>7</sup> Dazu Jerrentrup, DÖV 1958, S. 98 (100).

<sup>8</sup> Die Kritik von Groschopf, in: Denkmalpflege 1975, Dokumentation der Jahrestagung der Vereinigung der Landesdenkmalpfleger in der Bundesrepublik Deutschland, Hannover 1976, S. 49 (50) ist deshalb für die bisherige Praxis in NW überzogen.

<sup>9</sup> Verordnung über genehmigungs- und anzeigefreie Vorhaben nach der Landesbauordnung — Freistellungsverordnung — vom 5. 9. 1978 (GVBl. 526).

<sup>10</sup> § 1 II Nr. 2 Freistellungsverordnung.

<sup>11</sup> Zu den Auswirkungen der Freistellungsverordnung auf den Denkmalschutz vgl. Ellger, in: Denkmalpflege in Westfalen-Lippe 1974—1976 (zugleich Bd. 56 der Zeitschrift Westfalen), Münster 1978, S. 1 (2).

<sup>12</sup> LT-Drucks. 8/635.

<sup>13</sup> LT-Drucks. 8/1570.

<sup>14</sup> LT-Drucks. 8/4492.

<sup>15</sup> Vorlage 8/2031.

<sup>16</sup> Vgl. die Stellungnahmen der Fraktionssprecher in der 3. Lesung (Plenarprotokoll 8/129, S. 8781 ff.).

<sup>17</sup> Gaentzsch, Städtetag 1974, S. 484; Rommei, Städtetag 1978, S. 279.

<sup>18</sup> Hönes, Die alte Stadt 1979, S. 377; ders., DÖV 1979, S. 286.

stehen. Zweitens mußten die Grundsätze der Funktionalreform beachtet werden, durch die nach Abschluß der kommunalen Gebietsreform die Verwaltung in NW nach rationalen Kriterien neu organisiert werden sollte. Es leuchtet ein, daß das neue Gesetz sich an diesen Grundsätzen ausrichten mußte. Dazu gehören etwa die Stärkung des Aufgabenkreises der Gemeinden und eine „bürgerfreundlichere“ Verwaltung durch bessere Überschaubarkeit der Zuständigkeitsverteilung<sup>19</sup>.

Drittens — und dieser Punkt verdient besondere Beachtung — hatte der Gesetzgeber von der gewachsenen Organisation in NW auszugehen, die sich von der Situation in anderen Bundesländern erheblich unterschied. Als letztes Bundesland hatte NW die preußische Institution des Provinzialkonservators als „Landeskonservator“ bewahrt. Dabei handelte es sich um die Leiter der Denkmalpflegeämter der gem. § 5 I c Nr. 1 LVerbO für die Pflege von Bau- und Kunstdenkmälern sowie Bodenaltertümern zuständigen Landschaftsverbände, die als Person im Wege der „Institutionsleihe“ als vom Kultusminister bestellte staatliche Fachinstanz tätig wurden. Die Staatlichen Vertrauensleute hatten im Bereich der Bodendenkmalpflege eine vergleichbare Stellung<sup>20</sup>.

Grundlegend für die vom Gesetz verwirklichte Lösung ist die Unterscheidung zwischen Denkmalschutz und Denkmalpflege. Denkmalschutz ist sonderordnungsbehördliche Tätigkeit (§ 20 III) und damit Pflichtaufgabe zur Erfüllung nach Weisung (§ 3 I OBG). Dem steht die Denkmalpflege als Selbstverwaltungsaufgabe gegenüber (§ 22 I). Bedeutsam ist diese Entscheidung für die Reichweite der Aufsicht. Während im Denkmalschutz die Obere und Oberste Denkmalbehörde im Rahmen der Sonderaufsicht (§ 106 II GO) nach Maßgabe des DSchG und des subsidiär anwendbaren OBG Weisungen zur zweckmäßigen Aufgabenerfüllung erteilen können, ist die allgemeine Kommunalaufsicht (§ 106 I GO) in der Denkmalpflege auf die reine Rechtsaufsicht beschränkt.

Bei der Zuordnung einzelner Tätigkeiten zu den beiden Aufgabenbereichen wird man sich am Charakter des Denkmalschutzes als einer ordnungsbehördlichen Materie und für die Denkmalpflege an der Aufzählung in § 22 III ausrichten können. Danach liegt dort, wo mit Geboten, Verboten und notfalls mit Zwangsmitteln gearbeitet wird, Denkmalschutz und bei betreuender, forschender und fördernder Tätigkeit Denkmalpflege vor. Die Zuordnung der beiden Bereiche kann sich nicht an der Terminologie des Gesetzes mit der Unterscheidung „Untere Denkmalbehörde“ und „Gemeinde“ orientieren. Wie § 24 I deutlich zeigt, verwendet das Gesetz diese Begriffe willkürlich.

Indem der Landtag alle Gemeinden mit der Aufgabe der Unteren Denkmalbehörde (§ 20 I Nr. 3) betraut hat, hat er sich für eine sehr gemeindefreundliche Zuständigkeitsordnung entschieden. Man braucht nicht unbedingt zu befürchten, daß „wechselnde Mehrheitsverhältnisse“ darüber entscheiden, „ob ein Denkmal romanisch oder gotisch ist“<sup>21</sup>, oder der „Dorfbürgermeister zum Dorfarchäologen“<sup>22</sup> wird, um anzuerkennen, daß die Gefahr der übertriebenen Rücksichtnahme auf örtliche Interessen zu Lasten des Denkmalschutzes in den Gemeinden größer ist als bei einer dem lokalen Streit entrückten überörtlichen Stelle. Der Gesetzgeber hat deshalb durch ein ausgefeiltes System von checks and balances versucht, dieser Gefahren Herr zu werden, ohne den Gemeinden die Aufgabenwahrnehmung zu entziehen.

Neben dem aufsichtlichen Weisungsrecht ist das wichtigste Instrument dazu die Pflicht zur Herstellung des Benehmens mit dem Landschaftsverband (§ 21 IV). Diese Benehmensregelung mit der Appellationsmöglichkeit des Landschaftsverbandes an die Oberste Denkmalbehörde soll

sicherstellen, daß die Entscheidungen der Unteren und der Oberen Denkmalbehörde die denkmalpflegerischen Belange ausreichend berücksichtigen. Aus der Stellung des § 21 IV im Gesetz und daraus, daß die Regelung des § 21 IV 3 nur beim Bestehen eines Weisungsrechts funktioniert, ergibt sich, daß die Benehmensregelung des § 21 IV auf den Denkmalschutz beschränkt ist. Hier erfaßt sie allerdings jede Entscheidung; im Rahmen der §§ 7 II, 8 II etwa auch die, im Einzelfall nicht tätig zu werden, denn das kann gravierender für ein Denkmal sein als die Erteilung des Erlaubnis für eine kleinere Veränderung gem. § 9.

Nun sind die Landschaftsverbände kommunale Körperschaften, und dementsprechend sind Befürchtungen laut geworden, „im vermutlich gar nicht so seltenen ‚Idealfall‘ könnten dann die gleichen Leute ‚bürgernah‘ in einer Gemeinde eine Abrißschandtat beschließen, um etwa einem Kaufhaus Platz zu schaffen, und sie darauf im Kulturausschuß des Landschaftsverbandes absegnen lassen“<sup>23</sup>. Der Gesetzgeber hat jedoch auch hier Vorsorge getroffen und die Denkmalpflegeämter der Landschaftsverbände bei ihrer gutachterlichen Tätigkeit von fachlichen Weisungen freigestellt (§ 22 IV).

Über die Benehmensregelung geht das Gesetz in § 3 II hinaus, wenn es den Landschaftsverbänden ein Antragsrecht auf Eintragung von Objekten in die Denkmalliste einräumt. Mit dem eigenen Antragsrecht ist dem Landschaftsverband hier ein subjektives Recht eingeräumt, dessen Durchsetzung notfalls gerichtlich erzwungen werden kann<sup>24</sup>.

### III. Eigentumsschutz und Übernahmepflicht der Gemeinde

Der Denkmalschutz berührt die Herrschaftsposition des Eigentümers über seine Sache; im Einzelfall können Maßnahmen enteignende Wirkung haben<sup>25</sup>. Dem trägt das Gesetz Rechnung, indem es nicht nur die Möglichkeiten der Enteignung (§ 30) und für den Sonderfall des beweglichen Bodendenkmals<sup>26</sup> der Ablieferung (§ 17) vorsieht, sondern auch eine Entschädigungspflicht für die Fälle konstituiert, in denen der Vollzug des Gesetzes enteignende Wirkung hat (§ 33).

Wo die Grenze zwischen Sozialbindung und Enteignung im Denkmalschutz zu ziehen ist, braucht angesichts der ausführlichen Spezialuntersuchung von Leibholz/Lincke<sup>27</sup> nicht weiter ausgeführt zu werden. Im einzelnen ist sehr vieles umstritten — angefangen bei der im Regelfall wohl zu verneinenden Frage, ob die Eintragung in die konstitutive Denkmalliste enteignende Wirkung hat<sup>28</sup>. Das Denkmalschutzgesetz behandelt diese Problematik unter dem Stichwort Zumutbarkeit (§§ 7 I 1, 8 II 2, 16 II 3, 31). Damit

<sup>19</sup> Regierungserklärung zur Funktionalreform vom 29. 1. 1976, Plenarprotokoll 8/13, S. 497.

<sup>20</sup> Vgl. Jerrentrup, Diss. (Fn. 2), S. 132 ff.; ders., DÖV 1958, S. 98.

<sup>21</sup> Hönes, DÖV 1979, S. 286 (288).

<sup>22</sup> Hönes, Die alte Stadt 1979, S. 377 (387).

<sup>23</sup> Suhrbier, Eunuchisierung der Denkmalpflege? Frankfurter Rundschau vom 31. 7. 1979.

<sup>24</sup> Vgl. für den gleichgelagerten Fall des Antragsrechts der Gemeinde in Hessen: Dörfeldt, Hessisches Denkmalschutzrecht, Kommentar, Wiesbaden 1977, § 10 Nr. 8.

<sup>25</sup> Vgl. z. B. BGH, NJW 1979, S. 210.

<sup>26</sup> Dörfeldt (Fn. 24), § 24 Nr. 3.

<sup>27</sup> DVBl 1975, S. 933; neuerdings siehe auch Moench, NJW 1980, S. 1545.

<sup>28</sup> Bejahend RGZ 116, S. 268 (272); verneinend HambOVG MDR 1965, S. 417; wie hier Dörfeldt (Fn. 24), § 10 Nr. 19 und Jerrentrup, DÖV 1958, S. 98 (101); offengelassen in BVerwGE 24, S. 60 (62). Das Urteil betrifft die gleiche Sache wie das des HambOVG. Der Leitsatz 2, wonach in der Eintragung eine Enteignung liegen kann, wird vom Text nicht getragen.

macht es deutlich, daß die Grenze zwischen entschädigungslos hinzunehmender Sozialbindung und entschädigungspflichtiger Enteignung nur im Einzelfall gezogen werden kann. Dabei kommt es nicht nur auf die Schwere des Eingriffs an; dort, wo das Denkmal einziger Vermögensgegenstand ist, wird die Grenze sicher eher erreicht sein als da, wo es als Teil eines großen Vermögens auf den Eigentümer gekommen ist<sup>29</sup>. Das Gesetz stellt klar, daß die Vorteile, die der Eigentümer aufgrund der Denkmaleigenschaft erlangt, bei der Feststellung der Zumutbarkeit zu berücksichtigen sind (§ 7 I 2). Das gilt auch, wenn er sie in Anspruch nehmen konnte, das jedoch nicht getan hat<sup>30</sup>. Durch rechtswidrig unterlassene Erhaltungsmaßnahmen herbeigeführte Belastungen bleiben im Rahmen der Zumutbarkeit außer Betracht (§ 7 I 3).

Dem Schutz des Eigentümers dient auch die Regelung des § 31<sup>31</sup>. Vielleicht gerade weil das Recht des Eigentümers auf Übernahme seines Denkmals bis zuletzt in den Beratungen des Landtages sehr breiten Raum eingenommen hat, ist diese Vorschrift schwer verständlich. Mit dem Tatbestandsmerkmal „Pflicht zur Erhaltung des Denkmals“ des § 31 kann nämlich nicht die Pflicht des § 7 gemeint sein, die selbst durch die Zumutbarkeit begrenzt wird (§ 7 I 1), weil § 31 damit leer liefe. Bei der Auslegung wird man statt dessen von den Worten „aufgrund einer Maßnahme nach diesem Gesetz“ ausgehen müssen. Eine solche Maßnahme kann nur die Versagung der Erlaubnis für Veränderungen usw. nach § 9 sein, der im Gegensatz zu §§ 7 f. nicht das negative Tatbestandsmerkmal der Zumutbarkeit enthält. Diese Unterschiedlichkeit der Voraussetzungen ist sinnvoll<sup>32</sup>: Bei den Erhaltungs- und Nutzungspflichten der §§ 7 f. wird dem Eigentümer positives Tun abverlangt; er soll aktiv werden oder bleiben. Im Gegensatz dazu verhindert die Versagung der Erlaubnis nach § 9, daß der Eigentümer aktiv wird. Die „Pflicht zur Erhaltung“ im § 31 ist also anders als in § 7 nicht die Pflicht zu aktiven Schutzmaßnahmen, sondern zum Unterlassen von Beeinträchtigungen. Zusammen mit § 33 kompensiert also § 31 im Hinblick auf den Eigentumsschutz den in § 9 fehlenden Zumutbarkeitsvorbehalt. Nachdem die Landesregierung auf die Zumutbarkeitsschranken in §§ 7 und 8 hingewiesen hatte<sup>33</sup>, hätte man sich gewünscht, daß der Landtag hier weniger sibyllisch formuliert hätte.

Äußerst problematisch ist die Vorschrift im Hinblick auf das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden (Art. 28 II 1 GG, 78 I LVVerf). Anders als etwa beim Übernahmeanspruch des § 56 StBauFG hat die Gemeinde im Falle des § 31 nämlich keine Möglichkeit, der Übernahmeverpflichtung auszuweichen; weder § 31 I noch § 9 II enthalten einen Spielraum für eine Selbstverwaltungsentscheidung. Man braucht sich nur den keineswegs seltenen Fall einer kleineren münsterländischen Gemeinde mit mehreren Wasserburgen vorzustellen. Die Kosten der Übernahme und mehr noch die laufende Unterhaltung nähmen der Gemeinde jeden finanziellen Spielraum. Bei der Beratung des Gesetzes hat man diese Situation klar gesehen, aber gemeint, in solchen Fällen stehe das Land in der Verantwortung<sup>34</sup>. Dabei wurde jedoch unterlassen, den Anspruch des Bürgers gegen die Gemeinde davon abhängig zu machen, daß das Land diese Verantwortung wahrnimmt. Es bleibt die Möglichkeit, § 35 III Nr. 2 verfassungskonform dahin auszulegen, daß in diesen Fällen eine Förderungspflicht des Landes besteht. Diese Auslegung liegt um so näher, weil ein Änderungsantrag der Opposition, den Fall der Übernahme in § 35 III Nr. 2 zu ergänzen<sup>35</sup>, mit der Begründung, es handele sich lediglich um eine Klarstellung, abgelehnt worden ist<sup>36</sup>. Auch wenn man dieser Auslegung folgt, erscheint es äußerst zweifelhaft, ob dieser in seinen Voraussetzungen völlig unklare Anspruch das Übernahme-

recht vor dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit bewahren kann.

#### IV. Die Anwendungsvoraussetzungen des Gesetzes

##### 1. Das System der konstitutiven Liste

Dem Denkmalschutzgesetzgeber bieten sich rechtstechnisch zwei Wege an: er kann alle Objekte, die eine gesetzliche Denkmaldefinition erfüllen, dem Schutz unterwerfen. Eine Denkmalliste hat bei diesem System nur deklaratorische Bedeutung. Gerichtlich wird die Denkmaleigenschaft erst bei einer Entscheidung über die Rechtmäßigkeit einzelner Schutzmaßnahmen, also inzidenter geklärt<sup>37</sup>. Die zweite Möglichkeit ist die konstitutive Denkmalliste: die Objekte, die dem gesetzlichen Denkmalbegriff unterfallen, werden in eine Denkmalliste eingetragen. Die Eintragung stellt einen dinglichen Verwaltungsakt<sup>38</sup> dar, der gerichtlich nachprüfbar ist. Mit rechts- oder bestandskräftigem Abschluß des Eintragungsverfahrens steht für das Objekt fest, ob es sich um ein Denkmal handelt. Der Streit um spätere Schutzmaßnahmen kann sich nicht mehr auf die Denkmaleigenschaft beziehen<sup>39</sup>. Dieses System, das den Vorteil großer Rechtsklarheit mit dem Nachteil erheblichen Verwaltungsaufwandes verbindet, hat der nordrhein-westfälische Gesetzgeber gewählt (§ 3 I 2)<sup>40</sup>. Auf die Ausnahmen<sup>41</sup> wird noch einzugehen sein.

##### 2. Der Begriff des Denkmals

Der Gesetzgeber hat den Denkmalbegriff (§ 2 I 1) sehr weit gefaßt. Einschränkungen wie die auf „von Menschen geschaffene“<sup>42</sup> Objekte „aus vergangener Zeit“<sup>43</sup> sind nicht aufgenommen worden.

Im Gegensatz zum Begriff der Sachgesamtheit<sup>44</sup>, der „eine nach natürlicher Auffassung zusammengehörige Mehrheit von Einzelstücken“<sup>45</sup> voraussetzt, verzichtet § 2 I 1 mit der „Mehrheit von Sachen“ auf diese Zusammengehörigkeit. Nicht nur der Münz- oder Grabbeigabefund oder ein Schachspiel<sup>46</sup>, sondern auch Sammlungen und andere

<sup>29</sup> Sellschopp, DVBl 1958, S. 640 (642).

<sup>30</sup> OVG Lüneburg, DVBl 1975, S. 956 (958).

<sup>31</sup> LT-Drucks. 8/4492, Begründung zu § 33.

<sup>32</sup> Die gleiche Rechtslage besteht in Bayern; vgl. BayVGH, BayVBl 1979, S. 118.

<sup>33</sup> Vorlage 8/2031, Begründung zu § 33.

<sup>34</sup> Z. B. Abg. Heinz (F.D.P.), Plenarprotokoll 8/129, S. 8787 D.

<sup>35</sup> LT-Drucks. 8/5651; s. auch die Ausführungen des Abg. Patermann (CDU), Plenarprotokoll 8/129, S. 8784 C.

<sup>36</sup> Abg. Trabalski (SPD), Plenarprotokoll 8/129, S. 8794 A/B.

<sup>37</sup> So das bay. und das nds. Gesetz; siehe auch Dörfeldt (Fn. 24), § 10 Nr. 9; Dörge, Das Recht der Denkmalpflege in Baden-Württemberg, Kommentar, 1971, § 8 Rnr. 3.

<sup>38</sup> Zum Begriff s. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, § 46 VIII.

<sup>39</sup> So etwa das schl.-h. und das hess. Gesetz. Baden-Württemberg nimmt eine Sonderstellung ein, indem für alle Denkmäler eine Erhaltungspflicht und ein Erlaubnisvorbehalt für Beeinträchtigungen und für Denkmäler besonderer Bedeutung, die ins Denkmalsbuch eingetragen sind, ein darüber hinausgehender zusätzlicher Schutz besteht.

<sup>40</sup> Der Koalitionsentwurf (LT-Drucks. 8/4492) ging noch von der deklaratorischen Liste aus; erst im Laufe der Ausschlußberatungen wurde unter dem Eindruck der Regierungsstellungnahme (Vorlage 8/2031) die konstitutive Eintragung vorgesehen.

<sup>41</sup> Keines der beiden Systeme wird rein durchgeführt; vgl. einerseits Art. 3 I, 19 I 1 bay. DSchG und § 9 I hess. DSchG.

<sup>42</sup> So § 2 I 1 der Regierungsstellungnahme (Vorlage 8/2031); s. auch § 2 I 1 des Koalitionsentwurfs (LT-Drucks. 8/4492), wo es „von Menschen gemachte Sachen“ heißt.

<sup>43</sup> So § 2 I 1 der Stellungnahme der Landesregierung (Vorlage 8/2031).

<sup>44</sup> Diese Formulierung benutzt z. B. § 2 I hess. DSchG.

<sup>45</sup> Dörfeldt (Fn. 24), § 2 Nr. 3; ähnlich Hess.VGH, HessVGRspr. 1978, S. 58 (60).

<sup>46</sup> Beispiele bei Dörfeldt (Fn. 24), § 2 Nr. 3.

Objektmehrheiten sind Denkmal, wenn das öffentliche Interesse nicht oder nicht nur auf die Erhaltung von Einzelstücken geht, sondern auf die Erhaltung ihrer Zusammenfassung als Mehrheit<sup>47</sup>. Nicht jedes öffentliche Interesse rechtfertigt die Unterschutzstellung. Das Gesetz kennt, wie § 25 II 2 Nr. 2 zeigt, auch unterhalb der Denkmäler noch erhaltenswerte Objekte. Weil die Anwendung des Gesetzes mit einem gewissen Aufwand verbunden ist, muß das öffentliche Interesse im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Übermaßverbot eine Intensität erreichen, die diesen Aufwand rechtfertigt<sup>47a</sup>.

Daß ein Objekt tatsächlich genutzt wird, ist nicht Voraussetzung des Schutzes, wie § 8 I 1 zeigt. Man wird vielmehr die Möglichkeit der Nutzung, und sei es lediglich als Gegenstand der Forschung, ausreichen lassen müssen, wenn man etwa die unterirdischen Bodendenkmäler nicht ausschließen will. Praktisch nur selten von Bedeutung dürfte sein, ob § 2 I 2 das öffentliche Interesse abschließend oder — was der Intention des Gesetzes eher entspricht — nur exemplarisch definiert, und ob es in § 2 II, IV und V nicht erfaßte Denkmäler gibt — der Gesetzgeber hat das wohl für möglich gehalten<sup>48</sup>.

### 3. Baudenkmäler

Bei der Definition des Baudenkmal lehnt sich § 2 II an den bauordnungsrechtlichen Begriff der baulichen Anlage an<sup>49</sup>. Es muß sich also um mit dem Erdboden verbundene, aus Baustoffen und Bauteilen hergestellte Anlagen handeln (§ 2 II 1 BauO). Vom Menschen gestaltete Landschaftsteile, für die einige Beispiele genannt werden, fingiert § 2 II 2 als Baudenkmäler. Das gleiche gilt für historische Ausstattungstücke, die mit dem Baudenkmal eine Einheit von Denkmalwert bilden (§ 2 II 3). Ob eine solche Einheit besteht, ist eine Frage jeden Einzelfalles. Hierhin können die ursprüngliche oder eine Ausstattung gehören, die speziell für das Baudenkmal angefertigt worden ist; mit einem Gebäude, das als Wohnhaus eines bedeutenden Komponisten erhaltenswert ist, bilden auch das von diesem benutzte Mobiliar und Gebrauchsgegenstände bis zur Haarbürste eine solche Einheit. „Ausstattungsstück“ kann nicht nur das Gemälde, der Teppich oder der Wandspiegel sein, sondern im Einzelfall auch das Kochgeschirr, eben alles, was den Denkmalwert des Bauwerks ausmacht<sup>50</sup>, ihn steigert oder seinerseits von ihm bezieht.

### 4. Denkmalbereiche

Schwierigkeiten macht die Abgrenzung des Denkmalbereichs (§ 2 III) vom Baudenkmal. Sie rühren daher, daß eine Mehrheit baulicher Anlagen, die als solche Denkmalwert hat, die Voraussetzungen des § 2 II erfüllt und, wenn man von § 2 III absieht, als Baudenkmal den Schutz des Gesetzes genießen würde. Das gilt, wie am Beispiel der Sammlung gezeigt wurde, auch wenn keines der Einzelobjekte für sich genommen Denkmalwert besitzt. Es fragt sich, warum neben Baudenkmälern auch Denkmalbereiche ins Gesetz aufgenommen wurden.

Die Entstehungsgeschichte gibt dazu wenig her. Im Koalitionsentwurf sollte die Unterschutzstellung als Denkmalbereich besonders mit Rücksicht auf die Planungshoheit der Gemeinden Unsicherheiten vermeiden, wie sie in anderen Ländern mit dem Ensemblebegriff<sup>51</sup> aufgetaucht seien<sup>52</sup>. Dementsprechend sah der Entwurf vor, daß die Unterschutzstellung nur im Einvernehmen mit der Gemeinde erfolgen konnte. Das Gesetz trägt dem Wunsch nach Klarheit nun bereits dadurch Rechnung, daß es im Gegensatz zum Koalitionsentwurf dem System der konstitutiven Liste folgt. Von einem eigenständigen Entscheidungsspiel-

raum kann nicht mehr die Rede sein; an die Stelle der Eintragungspflicht gem. § 3 I 1 tritt die notfalls durch aufsichtliche „Ersatzvornahme“ durchzusetzende Pflicht zum Erlaß der Satzung nach § 5 I. Die Gesetzesmaterialien führen also nicht weiter.

Der Schlüssel dürfte bei der Feststellung liegen, daß im Denkmalbereich der Schutz gegenüber dem Schutz des Baudenkmal schwächer ist; im Denkmalbereich sind nur Maßnahmen gem. § 9 erlaubnispflichtig (§ 5 II 1), andere Vorschriften, z. B. §§ 7, 8 oder 32, sind nicht anwendbar. Auch § 5 I 2 besagt nichts anderes, sondern legt nur fest, wann der Schutz beginnt. Diese Abschwächung des Schutzes hat ihren Grund darin, daß es im Denkmalbereich um das ungestörte Erscheinungsbild, nicht um die Erhaltung der Substanz geht. Das zeigen sowohl die Beispiele in §§ 2 II und 5 II als auch die Reduzierung des Schutzes auf die Anwendung des § 9. Entsprechend dem verringerten Schutzbedürfnis wird das Instrumentarium des Schutzes und damit die Belastung des Eigentümers beschränkt. Überall dort, wo es nicht schwergewichtig (auch) um die Erhaltung der Substanz, sondern weit überwiegend oder allein um das Erscheinungsbild geht, ist also, statt ein Baudenkmal einzutragen, die Spezialregelung über den Denkmalbereich anzuwenden. Es ist dann nur konsequent, wenn § 2 III 2 offenbar sogar darauf verzichten will, daß mehrere bauliche Anlagen einbezogen werden: „Denkmalbereiche können . . . Einzelbauten“ sein. Als milderer Mittel gegenüber der Eintragung in die Denkmalliste entspricht die Unterschutzstellung als Denkmalbereich damit dem verfassungsrechtlichen Gebot des geringsten Eingriffs<sup>53</sup>. — Innerhalb eines Denkmalbereichs sind einzelne Objekte als Baudenkmäler einzutragen, wenn der Schutz auch die Substanz erfassen soll.

Bisher war im Zusammenhang mit § 2 III von Baudenkmälern die Rede, weil dies der häufigste Fall ist. Als bauliche Anlagen im Sinne dieser Vorschrift kommen im Einzelfall auch Bodendenkmäler, etwa Grabhügel in Betracht<sup>54</sup>.

### 5. Bewegliche Denkmäler

Bewegliche Denkmäler werden nur dann durch Eintragung in den Schutz des Gesetzes einbezogen, „wenn dies wegen ihrer besonderen Bedeutung angebracht erscheint“ (§ 3 I 1

<sup>47</sup> § 2 I ba.-wü. DSchG erfaßt Sammlungen mit dem Begriff der Sachgesamtheit, wie sich aus § 15 II 1 ba.-wü. DSchG ergibt. *Eberl/Schiedermair/Petzet*, Bayerisches Denkmalschutzgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 1975, Art. 1 Rnr. 38, zählen Sammlungen, Bibliotheken usw. zu den beweglichen Denkmälern, obwohl Art. 1 bay. DSchG weder von Sachgesamtheiten noch von Mehrheiten von Sachen spricht.

<sup>47a</sup> Keinesfalls kann aber einer ganzen Gruppe von Objekten a priori und pauschal Denkmalwert abgesprochen werden, wie *Friauf/Wendt* (Zur Zulässigkeit eines baurechtlichen „Denkmalschutzes“ für Arbeiterwohnsiedlungen, Ökologische Forschungen Bd. 4, 1980) dies S. 84 ff. für Arbeitersiedlungen tun. Die Entscheidung über den Denkmalwert kann nur in jedem Einzelfall getroffen werden.

<sup>48</sup> Der Bericht des Ausschusses für Schule und Kultur (LT-Drucks. 8/5625) spricht S. 44 davon, der Begriff des Denkmals umfasse „besonders“ die genannten Fälle.

<sup>49</sup> § 2 II des Koalitionsentwurfs (LT-Drucks. 8/4492) nahm ausdrücklich auf § 2 II BauO Bezug.

<sup>50</sup> Dazu, daß der Denkmalwert sich erst aus der Einheit aus Bauwerk und Ausstattung ergeben kann, vgl. *Eberl/Schiedermair/Petzet* (Fn. 47), Art. 1 Rnr. 19.

<sup>51</sup> Gemeint ist wohl Bayern, das als einziges Land den Ensemblebegriff verwendet. Vgl. die Formulierung in Art. 1 III bay. DSchG: „Zu den Baudenkmälern kann auch eine Mehrheit von baulichen Anlagen (Ensembles) gehören, . . .“.

<sup>52</sup> LT-Drucks. 8/4492, Einzelbegründung zu § 4.

<sup>53</sup> Der Schutz innerhalb eines Denkmalbereichs ähnelt damit dem Schutz, den bei der abgestuften Lösung in Ba.-Wü. nicht eingetragene Kulturdenkmäler genießen (§ 8 ba.-wü. DSchG).

<sup>54</sup> *Groschupf*, in: Niedersächsische Denkmalpflege, Achter Band, 1976, S. 25 (27).

Hs 2). Damit ist die große Fülle der volkscundlichen, aber auch der kunsthandwerklichen und künstlerischen Objekte der Anwendung des Gesetzes entzogen. Die Gefahr, daß in NW ein Bungalow-Besitzer seine Barock-Kommode eintragen lassen und die Eintragungsbestätigung in seinen Party-Raum hängen kann<sup>55</sup>, ist also sehr gering. Eine sehr zurückhaltende Eintragungspraxis liegt auch deshalb besonders nahe, weil besonders wichtige Gruppen von beweglichen Denkmälern als Ausstattungstücke oder als Bodendenkmäler geschützt sind oder als Archivgut nicht dem Gesetz unterfallen (§ 2 VI).

Bewegliche Denkmäler, die von einer „öffentlichen Einrichtung“ betreut werden, unterliegen auch ohne Eintragung dem Schutz des Gesetzes (§ 3 I 3). Der Gesetzgeber hat in diesen Fällen also nicht auf den Schutz des Gesetzes verzichtet<sup>56</sup>, sondern auf die der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit für den Eigentümer, aber auch für andere Behörden<sup>57</sup> dienende Eintragung. Für die Auslegung des Begriffs „öffentliche Einrichtung“ folgt daraus, daß es sich um eine Einrichtung handeln muß, die auf die Eintragung verzichten kann, weil sie hinreichend mit Fragen des Denkmalschutzes und der Denkmalpflege vertraut ist. Das ist bei Einrichtungen der Fall, deren Träger in den Vollzug des Gesetzes eingeschaltet sind: die Gemeinden, Kreise, Landschaftsverbände und das Land. Auch für bewegliche Denkmäler in Einrichtungen dieser Träger schließt das Gesetz die Eintragung jedoch nicht aus.

#### 6. Bodendenkmäler

Das Gesetz unterwirft Denkmäler, die sich im Boden befinden oder befanden, als Bodendenkmäler besonderen Vorschriften, die die sonst u. U. anwendbaren Regeln über Baudenkmäler und bewegliche Denkmäler verdrängen. Das ist gerechtfertigt, weil es sich hier um einen Bereich mit besonderen Problemen handelt: Bei der Erhaltung von Bodendenkmälern an ihrem ursprünglichen Platz muß sichergestellt werden, daß die meist geübte land- oder forstwirtschaftliche Nutzung Rücksicht nimmt. Muß das Denkmal etwa dem Straßenbau weichen, muß versucht werden, mit den Mitteln der archäologischen Forschung dieser historischen Quelle, die mit ihrer Auswertung zerstört wird, möglichst viele konkrete Aussagen abzugewinnen.

Der weiteren Besonderheit, daß Bodendenkmäler häufig erst durch Zufall (z. B. bei Bauarbeiten) entdeckt werden und vorher natürlich nicht in eine Liste eingetragen werden können, trägt das Gesetz dadurch Rechnung, daß es die §§ 13 bis 19 unabhängig von der Eintragung gelten läßt (§ 3 I 4). § 2 V 2 enthält keine Fiktion, sondern stellt lediglich klar, daß naturgeschichtliche Denkmäler und Verfärbungen des Bodens in gleicher Weise zu den Bodendenkmälern zählen wie Ringwälle, Grabhügel oder Urnenfriedhöfe.

Unter dem Boden i. S. d. § 2 V 1 ist der nordrhein-westfälische Boden zu verstehen; das zeigt § 21 II 3. Eine römische Plastik, die in Italien gefunden wurde, fällt nicht unter § 2 V, sondern kann im Einzelfall als bewegliches Denkmal geschützt werden.

#### 7. Vorläufiger Schutz

Auch wenn die Verordnung mit näheren Einzelheiten zum Eintragungsverfahren noch nicht vorliegt, läßt sich bereits absehen, daß für jedes Objekt das Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 I begründet werden muß. Es liegt auf der Hand, daß die Zusammenstellung dieser Begründungen Zeit erfordert. Um schon vor Abschluß des Eintragungsverfahrens einen Schutz des Denkmals sicherzustellen, bietet das Gesetz das Instrument der vorläufigen Unterschutz-

stellung an (§ 4). Dabei braucht nicht der Denkmalwert begründet zu werden; es reicht aus, wenn dargelegt wird, daß mit der Eintragung zu rechnen ist. Das wird etwa anhand von Bestandsaufnahmen möglich sein, wie sie bei der z. Z. laufenden Denkmälerschnellinventarisierung erstellt werden. Auch der Schutz nach § 4 wirkt jedoch nicht sofort. Dazu bedarf es vielmehr der Anordnung des sofortigen Vollzuges (§ 80 II 4 VwGO)<sup>58</sup>. Durch Art. 72 I GG war der Landesgesetzgeber angesichts der abschließenden Regelung des § 80 VwGO gehindert, die Verfügung nach § 4 mit sofortiger Wirkung auszustatten.

#### 8. Rechtsschutz

Daß gegen die Eintragung Widerspruch und Anfechtungsklage statthaben können, ergibt sich bereits aus dem Charakter der konstitutiven Liste. Gegen die Versagung der Eintragung wird man auch dem Eigentümer die Klagebefugnis zubilligen müssen<sup>59</sup>. Der Denkmalschutz erfolgt zwar ausschließlich im öffentlichen Interesse (vgl. § 2 I); der Eigentümer hat keinen Anspruch auf Maßnahmen nach dem Gesetz<sup>60</sup>. Im Falle der Eintragung hat das Gesetz aber durch die Einräumung des Antragsrechts zu erkennen gegeben, daß es das persönliche Interesse des Eigentümers, z. B. an Steuervorteilen, in den Dienst des öffentlichen Interesses stellt.

Von großer Bedeutung für die Effektivität des Rechtsschutzes ist die Frage der gerichtlichen Kontrolldichte bei der Eintragung, aber auch späteren Vollzugsentscheidungen, wie sie etwa nach § 9 zu treffen sind. Die Frage, ob der zuständigen Behörde ein gerichtlich nicht kontrollierbarer Beurteilungsspielraum zusteht, ist umstritten<sup>61</sup>. Gegen die Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle spricht der Charakter des Denkmalschutzes als ordnungsbehördlicher Pflichtaufgabe zur Erfüllung nach Weisung. Dem Ordnungsrecht sind kontrollfreie Gestaltungsräume der Verwaltung fremd. Auch die unmittelbare Grundrechtsbezogenheit der Entscheidungen verbietet eine Verminderung der Kontrolldichte<sup>62</sup>. Daß der Denkmalschutz eine umfassende Bewertung einer Vielzahl von Überlegungen im Sinne einer Abwägung vorzunehmen hat<sup>63</sup> und damit einer Planungsentscheidung ähnelt, ist ein rechtspolitisches Argument, ihn wie die Bauleitplanung als gemeindliche Selbstverwaltungsaufgabe zu konstruieren. Der Gesetzgeber hat sich mit Blick auf andere Argumente anders entschieden. Die Mitwirkung einer weisungsfreien Gutachterinstanz<sup>64</sup> ist nicht mit der Selbstentscheidung solcher Gremien bei der Filmbewertung oder der Schriftindizierung<sup>65</sup> zu vergleichen. Auch der Hinweis, bei voller gericht-

<sup>55</sup> Steiner, Der bayrische Bürgermeister 1974, S. 124 (126); Art. 2 II bay. DSchG beschränkt, soweit ein Antrag des Eigentümers vorliegt, nicht auf besonders wichtige Objekte.

<sup>56</sup> So etwa § 9 ba.-wü. DSchG, § 9 III hess. DSchG, § 8 rh.-pf. DSchG.

<sup>57</sup> Vgl. Regierungsvorstellungnahme Vorlage 8/2031, Begründung zu § 3.

<sup>58</sup> Vgl. Hess.VGH, HessVGRspr. 1976, S. 59 (61).

<sup>59</sup> Dörfeldt (Fn. 24), § 10 Nr. 8.

<sup>60</sup> So zu Recht VGH Ba.-Wü., ESVGH 26, S. 121 (126); Rechte Dritter auf Denkmalschutz bestehen ebenfalls nicht. Vgl. BayVGH, VGH n.F. 29, S. 19 (21) und BayVerfGH, VerfGH 29, S. 24 (25 f.).

<sup>61</sup> Dafür: HambOVG, MDR 1965, S. 417 (418 f.) Redeker, DÖV 1971, S. 757 (759); Wiechert, Anmerkung zu OVG Lüneburg, DVBl 1975 S. 954 f.; dagegen: BVerwGE 24, S. 60 (63 f.); OVG Lüneburg, DVBl 1975, S. 956; VGH Ba.-Wü., ESVGH 27, S. 232 (234 f.); BayVGH, BayVBl 1979, S. 118 (119); Leibholz/Lincke, DVBl 1975, S. 933 (938); Groschupf (Fn. 54) S. 35; Dörfeldt (Fn. 24), § 10 Nr. 4; Eberl/Schiedermaier/Petzet (Fn. 47) Art. 1 Rnr. 2.

<sup>62</sup> Hoppe, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, 1976, 1. Band, S. 663 (710).

<sup>63</sup> Wiechert (Fn. 61), S. 955.

<sup>64</sup> Redeker, DÖV 1971, S. 757 (759).

<sup>65</sup> Vgl. dazu Stüer, DVBl 1974, S. 314 (315).

licher Überprüfung werde lediglich das vom Gesetz geschaffene Gutachtergremium durch den vom Gericht bestellten Gutachter ersetzt<sup>66</sup>, verfährt nicht. Für das Selbstverständnis eines Gutachters macht es einen erheblichen Unterschied, ob er als Mitglied einer zur Wahrnehmung bestimmter Interessen berufenen Fachinstanz oder für ein Gericht tätig wird. Die Frage schließlich, ob die Addition der Meinungen der beteiligten Richter als gebildeter Laien die bessere Entscheidung sei<sup>67</sup>, fassen wir nach den Diskussionen der letzten Jahre — insbesondere im Umweltschutz und im Städtebau — nicht mehr so rhetorisch auf, wie Redeker sie 1971 wohl gemeint hat. Die veröffentlichten Entscheidungen zeigen im übrigen, daß der Denkmalschutz mit der Justiz durchaus leben kann<sup>68</sup>.

### 9. Die Meldepflichten

Um die Denkmallisten jeweils auf dem neuesten Stand zu halten, müssen die dafür bedeutsamen Veränderungen der Unteren Denkmalbehörde zur Kenntnis kommen. Deshalb sieht § 10 Meldepflichten für die Veräußerung eines Denkmals und die Verbringung beweglicher Denkmäler an einen anderen Ort vor<sup>69</sup>.

### V. Die ordnungsbehördlichen Aufgaben des Denkmalschutzes

Die zentrale Vorschrift des Denkmalschutzes ist der Erlaubnisvorbehalt des § 9. Nach § 9 I a ist für die Beseitigung, Veränderung und das Verbringen an einen anderen Ort, wie es als Translozieren besonders für Fachwerkhäuser praktische Bedeutung hat, ebenso wie für die Nutzungsänderung eines Bau- oder unbeweglichen Bodendenkmals eine Erlaubnis erforderlich. Eine Nutzung ändert im Sinne dieser Vorschrift auch, wer eine bisher geübte Nutzung aufgibt. Mit der Beendigung der Nutzung endet auch die Pflege (z. B. Heizung), was für die Substanz des Denkmals gefährlicher sein kann als manche Änderung.

Für § 9 I b, der die Bau- und ortsfesten Bodendenkmäler vor Beeinträchtigungen ihres Erscheinungsbildes schützen soll, stellt sich die Frage, wieweit die „engere Umgebung“ reicht. Einen Hinweis dazu geben die Vorschriften über den Denkmalbereich. § 5 II 3 erläutert die „engere Umgebung“ des § 2 III 2 als für das Erscheinungsbild notwendige Umgebung und führt beispielhaft Freiräume, Freiflächen und Sichtbezüge an. Man kann die „engere Umgebung“ also nicht in Meterzahlen angeben. Bei einem Bürgerhaus wird sie vielleicht nur die rechts und links benachbarten Häuser erfassen, bei einem Barockschloß eine kilometerlange Allee. Aber auch für das einzelne Denkmal läßt sich nicht ein für allemal angeben, wie weit die engere Umgebung reicht: einen Zigarettenautomaten wird man sehr viel näher an einer bedeutenden gotischen Kirche dulden können als einen Sendemast, der das Erscheinungsbild des Turms auf große Entfernung beeinträchtigt. Die „engere Umgebung“ reicht also so weit, wie die Errichtung, Veränderung oder Beseitigung der betreffenden Anlage für das Erscheinungsbild des Denkmals nachteilige Wirkungen haben kann<sup>70</sup>.

Im Denkmalbereich sind Maßnahmen „gem. § 9“ erlaubnispflichtig (§ 5 II 1). Am Fehlen von Baudenkmalern, die der Denkmalbereich gerade nicht voraussetzt, scheitert allerdings die direkte Anwendung. Dem Schutzzweck einer Ausweisung nach § 5 I gemäß wird man die Maßnahmen in entsprechender Anwendung des § 9 für erlaubnispflichtig halten müssen, die das Erscheinungsbild berühren. Welche das sind, hängt davon ab, was geschützt ist: Kommt es auf den Stadtgrundriß oder die -silhouette an, werden das wenger und andere Maßnahmen sein als beim Schutz

eines Straßen- oder Ortsbildes. Anhaltspunkte können die gem. § 5 II 2 anzugebenden Gründe für die Festsetzung liefern. Im Hinblick auf das rechtsstaatliche Erfordernis der Klarheit und Bestimmtheit von Normen<sup>71</sup> ist diese Regelung bedenklich. Die Festlegung präziser, auf den jeweiligen Schutzzweck ausgerichteter Erlaubnisvorbehalte in der Satzung, wie sie etwa § 103 I Nr. 2 BauO vorsieht, ist deshalb nicht nur als Minus gegenüber dem Pauschalenschutz von der gesetzlichen Ermächtigung gedeckt, sondern entspricht auch den Grundsätzen verfassungskonformer Auslegung.

Bei beweglichen Denkmälern bedarf einer Erlaubnis, wer sie beseitigen oder verändern will (§ 9 I c). Praktische Bedeutung wird dieser Vorschrift vor allem für Sammlungen zukommen. Soweit eine Eintragung in die Denkmalliste erfolgt ist, kann künftig verhindert werden, daß etwa eine wertvolle Bibliothek auseinandergerissen oder in einer wirtschaftsgeschichtlichen Sammlung Gesamtkunden wie Musterbücher mit Textilien oder Knöpfen aus Unverstand zerlegt werden. Objekte mit hohem Marktwert wie kostbare Gemälde sind praktisch kaum schutzbedürftig. Die Reichweite des Schutzes ist ohnehin nur begrenzt. Der nordrhein-westfälische Gesetzgeber hat nämlich darauf verzichtet, die Verbringung beweglicher Denkmäler an einen anderen Ort genehmigungspflichtig zu machen<sup>72</sup>. Wer also sein Denkmal verändern oder beseitigen will, kann es nach Hessen oder Niedersachsen transportieren und sein Vorhaben dort ausführen. Allerdings muß er die Verbringung nach spätestens einem Monat der Unteren Denkmalbehörde anzeigen.

Nach § 9 III wird die Erlaubnis nach § 9 I von einer nach anderen gesetzlichen Bestimmungen erforderlichen Planfeststellung usw. mitumfaßt. Es handelt sich dabei um einen Fall der aus zahlreichen anderen Gesetzen bekannten Konzentrations- oder Ersetzungswirkung<sup>73</sup>. Wie diese Ersetzungswirkung im einzelnen beschaffen ist, konnte bisher nicht abschließend geklärt werden<sup>74</sup>. Für das Verständnis des § 9 III gibt das Gesetz selbst einige Anhaltspunkte: § 9 III 2 sollte dem Eigentümer sicher nicht die Möglichkeit einräumen, den Schutz nach dem DSchG zu manipulieren, weshalb davon auszugehen ist, daß die materiellen Regelungen des DSchG bei der Genehmigung usw. nach dem anderen Gesetz in vollem Umfang gelten. Andernfalls wäre auch die Nennung des § 14 in § 19 I unverständlich. Auch die Worte „in angemessener Weise“ reduzieren den Denkmalschutz in diesem Falle nicht. Nach § 9 II b muß der Schutz eines Denkmals ja gegebenenfalls ohnehin einem überwiegenden öffentlichen Interesse weichen. Für die verfahrensrechtliche Seite legt die Formulierung „entsprechend diesem Gesetz“ fest, daß die Landschaftsverbände als Denkmalfachbehörden einzuschalten

<sup>66</sup> Redeker, DÖV 1971, S. 757 (759 Fußn. 22).

<sup>67</sup> Redeker, DÖV 1971, S. 757 (759).

<sup>68</sup> Deutlich zeigt das die von Wiechert (Fn. 61) besprochene Entscheidung des OVG Lüneburg, die im Interesse des Denkmalschutzes über die angegriffene Entscheidung der zuständigen Behörde hinausgeht. Instrukтив dazu Pietsch, in: Denkmalpflege 1975 (Fn. 8), S. 56 (57 f.).

<sup>69</sup> Vgl. zu den entsprechenden Regelungen Dörfeldt (Fn. 24), § 17 Nr. 3 und Eberl/Schiedermaier/Petzet (Fn. 47), Art. 10 Rnr. 6 (für die Ausübung des Vorkaufrechts besteht in NW mit § 32 III 1 eine eigene Regelung).

<sup>70</sup> Ebenso für den Begriff der Nähe im bayerischen Recht Eberl/Schiedermaier/Petzet (Fn. 47), Art. 6 Rnr. 14.

<sup>71</sup> Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 1977, S. 635.

<sup>72</sup> Vgl. dazu die Regelungen in § 15 I des ba.-wü. DSchG, Art. 10 I bay. DSchG, § 16 I Nr. 5 hess. DSchG, § 13 I Nr. 4 rh.-pf. DSchG, § 9 I b schl.-h. DSchG.

<sup>73</sup> Etwa § 18 b I 1 FStrG, § 13 BImSchG, § 19 f WHG, § 29 I PBefG.

<sup>74</sup> Zum Meinungsstand: Hoppe, Rechtsschutz bei der Planung von Straßen und anderen Verkehrsanlagen, 1971, Rnr. 29 ff.; Lau, Rechtsschutz bei der Planung von Flughäfen, Diss. Münster 1977, S. 180 ff.

sind, auch soweit das nicht ohnehin in dem betreffenden Gesetz vorgeschrieben ist<sup>75</sup>.

Eine Reihe von Sondervorschriften enthält das Gesetz für den Schutz von Bodendenkmälern. Während §§ 13, 15 bis 18 mit gewissen Modifikationen dem bisherigen Rechtszustand nach dem preußischen Ausgrabungsgesetz<sup>76</sup> entsprechen, ist die Möglichkeit der Ausweisung von Grabungsschutzgebieten (§ 14) für NW neu. Die Aufnahme einer solchen Bestimmung entspricht den Vorschlägen, wie sie der Verband der Landesarchäologen in der Bundesrepublik Deutschland für neuzeitliche Denkmalschutzgesetze gemacht hat<sup>77</sup>. Vergleichbar Naturschutzgebieten sollen Grabungsschutzgebiete die Erhaltung von unterirdischen Bodendenkmälern in situ ermöglichen. Maßgebend dafür ist das Bemühen, solche Denkmäler möglichst lange unausgegraben im Boden zu halten, weil der Fortschritt insbesondere der naturwissenschaftlichen Hilfsmethoden der Archäologie zukünftig eine noch bessere Auswertung der Quellen erwarten läßt und in den meisten Fällen der Verzicht auf die Grabung die beste Konservierung der Fundstücke ist. Wenn von der Verlängerungsmöglichkeit nicht sehr großzügig Gebrauch gemacht wird, ist § 14 allerdings nur sehr begrenzt tauglich, weil das nordrhein-westfälische Gesetz im Gegensatz zu den Regelungen der anderen Bundesländer<sup>78</sup> nur eine befristete Ausweisung vorsieht. Die Sonderregelung des § 19 wird erst mit dem Inkrafttreten des Landesentwicklungsplanes V<sup>79</sup> praktische Bedeutung erhalten.

Wo das Denkmalschutzgesetz keine Regelung trifft, ist auf das OBG zurückzugreifen<sup>80</sup>. Neben der Ordnungswidrigkeitenbestimmung des § 41 bleiben die einschlägigen Bestimmungen des Strafrechts<sup>81</sup> anwendbar. Die Erteilung von Bescheinigungen für steuerliche Zwecke (§ 40) wird man ebenfalls zum Denkmalschutz rechnen müssen, da sie materiell als Amtshilfe für die obrigkeitliche Steuerverwaltung anzusehen ist<sup>82</sup>.

## VI. Die Selbstverwaltungsaufgaben der Denkmalpflege

Nur ein kleiner Ausschnitt aus dem Kreis der Denkmalschutzaufgaben konnte hier näher betrachtet werden. Während diese im Gesetz aber abschließend geregelt sind, weil ihre Wahrnehmung eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage voraussetzt, enthält das Gesetz zu den Selbstverwaltungsaufgaben der Denkmalpflege nur sehr andeutungsweise und beispielhaft Vorschriften. Die große Fülle dieser Aufgaben entzieht sich gesetzlicher Normierung. Als Beispiele seien die Nutzung von Baudenkmalern für Zwecke der Verwaltung oder öffentliche Einrichtungen, die Unterhaltung von Museen, die Information der Bevölkerung durch Schriften und Schilder, die Hilfe für denkmälerbezogene Heimatforschung und die Aufstellung und Durchführung eigener kommunaler Förderungsprogramme genannt.

Für eine der wichtigsten Aufgaben der Denkmalpflege — die Berücksichtigung ihrer Belange bei Planungen — enthält das Gesetz allerdings Bestimmungen in § 1 III und § 11. § 1 III 2 enthält verfahrensrechtlich für die planende Stelle und § 1 III 3 für die mit Denkmalschutz und Denkmalpflege befaßten Stellen das Gebot, für eine ausreichende Berücksichtigung der Belange von Denkmalschutz und Denkmalpflege zu sorgen. Damit stellt das Gesetz klar, daß es dafür keine abschließende Zuständigkeit gibt; vielmehr sind alle Beteiligten dazu aufgerufen<sup>83</sup>. § 1 III 1 macht noch einmal ausdrücklich deutlich, daß Denkmalschutz und Denkmalpflege als Belange in die planerische Abwägungsentscheidung einzustellen sind. Im Hinblick auf die Bodendenkmalspflege bekräftigt § 11 diese Aussage für Bauleitpläne und Flurbereinigungspläne noch einmal. Auch diese

Vorschrift begründet jedoch keine Pflicht zu unbedingtem Schutz, sondern fordert nur eine möglichst optimale Berücksichtigung<sup>84</sup>. Eine andere Auslegung wäre wegen der Regelung des § 1 VI BBauG<sup>85</sup> wohl verfassungswidrig (Art. 72 I GG).

Im Gegensatz zum Bebauungs- oder zum Flurbereinigungsplan hat der Denkmalpflegeplan (§ 25) keine bindende Wirkung gegenüber dem Bürger. Er dient vielmehr der Bestandsaufnahme (§ 25 II Nr. 1 und 2) und der gemeindlichen Aufgabenplanung (§ 25 Nr. 3). § 25 I begründet eine Verpflichtung der Gemeinde, sich dieses Instrumentes zur Einpassung der Denkmalpflege in die gemeindliche Entwicklungsplanung zu bedienen; die Soll-Formulierung ist mit der Absicht gewählt worden, den Gemeinden „eine Erprobungs- und Experimentierphase zu sichern“<sup>86</sup>. Daß die erhaltenswerte Bausubstanz nur nachrichtlich eingetragen wird, hebt § 25 II Nr. 2 deshalb besonders hervor, um deutlich zu machen, daß die Aufnahme in den Denkmalpflegeplan nicht gleichbedeutend mit der konstitutiven Eintragung in die Denkmalliste ist.

Besonders kleinere Gemeinden werden bei der Erstellung der Bestandsaufnahme und Analyse des Gemeindegebiets unter siedlungsgeschichtlichen Gesichtspunkten (§ 25 II Nr. 1) nicht auf die Unterstützung ehrenamtlicher Helfer verzichten können. Das Gesetz hebt das ehrenamtliche Engagement dadurch besonders hervor, daß es ausdrücklich auf die Möglichkeit der Bestellung ehrenamtlicher Beauftragter hinweist<sup>87</sup>. Mehrere Beauftragte für ein Gemeindegebiet können etwa mit Rücksicht auf die besondere Situation in der kommunalen Gebietsreform gebildeter mehrpoliger Gemeinden mit regional abgegrenztem Aufgabenbereich bestellt werden oder mit fachlich abgegrenztem Arbeitsgebiet, wodurch das Gesetz die kontinuierliche Weiterarbeit der bisher vom Kultusminister ernannten Pfleger für kulturgeschichtliche Bodenaltertümer erlaubt.

## VII. Schlußbemerkung

Das neue Gesetz bietet trotz einiger Kritikpunkte eine praktikable Grundlage für die weitere Arbeit in Denkmalschutz und Denkmalpflege. Sein Erfolg wird wesentlich davon abhängen, daß es praktiziert wird<sup>88</sup>.

<sup>75</sup> Z. B. schreiben §§ 18 II FStrG, 10 BImSchG, 30 II PBefG die Beteiligung der Behörden vor, deren Aufgaben berührt sind.

<sup>76</sup> S. dazu den Kommentar in: Wolf, Das Recht der Naturdenkmalpflege in Preußen, 1920, S. 150 ff.

<sup>77</sup> Abgedruckt bei Hingsf, Denkmalschutz und Denkmalpflege in Deutschland, Badische Fundberichte, Sonderheft 7, 1964, S. 13 f.

<sup>78</sup> Vgl. etwa § 22 ba.-wü. DSchG, § 7 II bay. DSchG, § 22 hess. DSchG, § 16 I nds. DSchG, § 19 schl.-h. DSchG.

<sup>79</sup> § 35g LEPro; s. dazu auch Landesentwicklungsbericht 1979, S. 204.

<sup>80</sup> So müssen Verfügungen nach dem Denkmalschutzgesetz bestimmt sein (Hess. VGH, HessVGRspr. 1976, S. 59 [61]).

<sup>81</sup> Etwa § 304 StGB (OLG Celle, NJW 1971, S. 1291, wo die Strafbarkeit der Zerstörung eines Megalithgrabes nach dieser Vorschrift bejaht wird).

<sup>82</sup> Zu steuerlichen Vergünstigungen s. Stuhmann, BB 1978 S. 150; Troll, BB 1976, S. 460.

<sup>83</sup> Zum Verhältnis von Denkmalschutz und Fachplanungen vgl. Klein, DÖV 1977, S. 194 und Schweitzer/Meng, DVBl 1975 S. 940.

<sup>84</sup> Der Koalitionsentwurf (LT-Drucks. 8/4492, Begründung zu § 10) spricht von weitgehender Berücksichtigung.

<sup>85</sup> Dazu, daß bereits nach § 1 VI BBauG eine Berücksichtigung denkmalpflegerischer Belange erfolgen muß und die Mißachtung dieser Pflicht zu einem Abwägungsfehler mit der Folge der Rechtswidrigkeit führt, vgl. VGH Ba.-Wü., ESVGH 23, S. 188 (192 ff.) und die Ausführungen von Thierfelder, BWVPr 1975, S. 74 zu diesem Urteil.

<sup>86</sup> So LT-Drucks. 8/4492, Einzelbegründung zu V, und 8/5625, zu § 25.

<sup>87</sup> Noch stärker ist die Stellung der Heimatpfleger in Bayern, wo Art. 13 I 2 ihre obligatorische Beteiligung vorsieht; s. dazu Eberl/Schiedermaier/Petz (Fn. 47) § 14.

<sup>88</sup> Zum Problem des Vollzugsdefizits siehe die Beispiele bei Pietsch (Fn. 68) S. 57 ff.