

Dr. Dieter J. Martin

Sachverständiger für Management und Recht des Denkmalschutzes

Michelsberg 2
96049 Bamberg
Tel.: 0951 18072586
dieter.j.martin1@gmail.com

16. Juni 2020

Herrn
MR Bauass. Dipl.-Ing. Thomas Schürmann
Ministerium für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung
Jürgensplatz 1
40219 Düsseldorf

Entwurf eines Gesetzes zur Neufassung des Gesetzes zum Schutz und zur Pflege
der Denkmäler im Lande Nordrhein-Westfalen (Denkmalschutzgesetz - DSchG) 2020

Anlagen

1. Anregungen zum Entwurf DSchGNW vom 19. Mai 2008 / 29.10.2008
2. Aufsatz „Zu § 31 DSchG NRW Übernahme von Denkmälern“

Sehr geehrter Herr Schürmann !

Seit meiner Pensionierung an der Universität Bamberg, an der ich 15 Jahre das Fach
Management und Recht der Denkmalpflege vertreten habe, nach vorausgehenden
15 Jahren als Direktoriumsmitglied des Bayerischen Landesamtes für
Denkmalpflege, und als durch vielfältige Publikationen zum Denkmalrecht (mehrfach
auch zum Denkmalrecht Nordrhein-Westfalens) ausgewiesener Fachmann erlaube
ich mir zu dem Entwurf die folgende sachverständige

Stellungnahme

Mir sind mehrere frühere Bemühungen des Ministeriums um Änderungen des
Denkmalschutzgesetzes bekannt. U.a. habe ich 2008 ausführlich zu einem Entwurf
gegutachtet (Anlage 1). Der seinerzeitige Versuch wurde erfreulicherweise offenbar
nicht weiter verfolgt, meine Anmerkungen gelten aber nach wie vor.

Ergänzen und besonders hervorheben möchte ich zum Entwurf 2020:

1. Der Entwurf 2020 enthält zwei wesentliche Elemente:

- das konstitutive System der Denkmalausweisung wird für die Baudenkmäler beibehalten
- eingefügt werden soll eine Definition der Unzumutbarkeit.

Beide bestehende bzw. die beabsichtigte Regelungen halte ich für **unvertretbar**, siehe Nr. 2 und 3:

2. Zum konstitutiven System

Hierzu habe ich mich bereits 2008 unter Nr. 6. der 1. Anlage wie folgt geäußert:

„Empfohlen wird von mir eine konsequente Festlegung entweder auf das konstitutive oder das nachrichtliche System. Alle Mischformen haben sich bundesweit als unpraktikabel erwiesen.

Den Vorzug würde ich einem durchgehend nachrichtlichen System geben mit den Folgerungen:

- Alle Arten von Denkmälern stehen ohne Eintragung unter dem Schutz des Gesetzes mit der Konsequenz der Erhaltungspflicht. Die Eintragung wirkt nur nachrichtlich.
- Dies gilt auch für die unerkannten Bodendenkmäler und die beweglichen Denkmäler.
- Dies gilt auch für archäologische Sachgesamtheiten, sodass archäologischen Schutzzonen, Grabungsschutzgebieten oder ähnlichen Konstruktionen nur eine subsidiäre Bedeutung zukommt.
- Dies gilt auch für andere Sachgesamtheiten. Sachgesamtheiten von Baudenkmalern (wie Denkmalbereichen) kommt der Schutz im nachrichtlichen System deshalb auch ohne einen formellen Akt einer Satzung zu (Beispiel: Ensembles stehen in Bayern kraft Gesetzes unter Schutz).“

Meine Bedenken bestätigt die gewissenhafte Auswertung der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte des Landes (siehe meine Datenbank Denkmalrecht in Deutschland mit fast vollständiger Erfassung der veröffentlichten Rechtsprechung). Namentlich verweise ich auf das Urteil des OVG Münster vom 2. März 2018, 10 A 1404/16, NRWE. Das Gericht hat eine Unterschutzstellung als ungenügend angesehen, weil nicht alle vermeintlich notwendigen Einzelheiten in der Verfügung geklärt waren:

Rdnr. 41: „Bei dieser Prüfung kommt den **Gründen für die Unterschutzstellung** besonderes Gewicht zu, da sie die mit der Unterschutzstellung verbundene Einschränkung der Eigentümerbefugnisse rechtfertigen. Und: Rdnr. 46: Die Gründe für die Unterschutzstellung der Villa und insbesondere die Bedeutung der Fenster für ihren Denkmalwert lassen sich weder den vorgelegten Verwaltungsvorgängen noch dem über die Eintragung erteilten Bescheid vom 19. April 1984 entnehmen.“

In NRW ist bisher Voraussetzung für die Begründung der Denkmaleigenschaft in jedem Einzelfall ein Verwaltungsakt. Während in den anderen Bundesländern regelmäßig eine bloße einfache Benennung eines Objekts zur Identifizierung mit Angabe von Adresse und Funktion („Bauernhaus 18. Jh.“) genügt (Beispiel Bayern,

siehe Martin, Bayerisches Denkmalschutzgesetz, 2019, Erl. zu Art. 2) ist in NRW eine Begründung der Denkmaleigenschaft erforderlich, § 39 Abs. 1 VwVfG: „Ein schriftlicher ... Verwaltungsakt ist mit einer Begründung zu versehen. In der Begründung sind die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe mitzuteilen, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewegen haben.“

Das OVG fordert in seinem Urteil unerbittlich auch im Fall der streitgegenständlichen Villa in Bad Oeynhausen diese Voraussetzungen ein und folgert aus dem Fehlen einer vollständigen Begründung, dass denkmalrechtliche Anforderungen an nicht genannte Bauteile nicht gestellt werden dürfen. Eine Ableitung von denkmalrechtlichen Anforderungen allein aus der Denkmaleigenschaft der Villa im Übrigen wird abgelehnt. Mit der wohl unerwarteten Verschärfung der Anforderungen trifft das OVG den Vollzug des gesamten Denkmalrechts in Nordrhein-Westfalen „auf dem falschen Fuß“, der Vollzug des Denkmalschutzgesetzes gerät ins Wanken. Zu Recht darf hier die Frage gestellt werden, ob das Land Nordrhein-Westfalen mit seiner Entscheidung für das konstitutive System im Denkmalschutzgesetz nicht den falschen Weg gegangen ist.

Zum Stand 2018 sind in NRW eingetragen rund 90.000 Baudenkmäler. Jedem erfahrenen Verwaltungsorganisator ist ohne weiteres einsichtig, dass diese Vielzahl von oft höchst anspruchsvollen Objekten von den wenigen Inventarisatoren der beiden Denkmalfachbehörden auch in jahre- und jahrzehntelanger Arbeit nicht geleistet werden kann. Allein die Begründung für einen einzigen Bescheid erzeugt einen Arbeitsaufwand für Kunsthistoriker oder andere Fachleute bereits ohne Ortseinsicht von zwei (bei einem einfachen Baudenkmal) bis zu Dutzenden von Arbeitstagen (Ensembles, Kirchen, Festungsanlagen), wenn nicht im Einzelfall zusätzliche Forschungstätigkeit und Feldarbeit erforderlich wird. Zum Vergleich: Dem Land Brandenburg mit seinen geschätzten 30.000 Denkmälern ist es in den 30 Jahren seit 1989 lediglich gelungen, rund 10.000 Objekte einzutragen; Brandenburg hat zwar das deklaratorische System eingeführt, verlangt aber trotzdem den Anforderungen des OVG NRW entsprechende Begründungen, welche mit dem vorhandenen Personal nicht geleistet werden können.

In NRW entsprechen nach Angaben eines Kenners tausende, wenn nicht sogar zehntausende Eintragungstexte demjenigen der Villa im entschiedenen Fall. Es ist zwar nachzuvollziehen, dass die Rechtsprechung dies aus rechtsstaatlicher Sicht als einen Mangel bewertet. Was nicht nachvollziehbar ist, ist der Umstand, dass den Gerichten dieser Mangel erst rund 30 Jahre nach dem Inkrafttreten des Gesetzes aufgefallen ist. Es ist völlig ausgeschlossen diese Defizite der Eintragungen in wenigen Jahren auf den Stand der nunmehrigen Anforderungen zu bringen.

Aus der Sicht aller anderen Bundesländer kann NRW nur zu einem schnellstmöglichen Wechsel zum nachrichtlichen System geraten werden. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine Denkmaleigenschaft kraft Gesetzes bestehen nicht (zur diesbezüglichen Rechtsprechung der Obergerichte, Landesverfassungsgerichte sowie von BVerwG und BVerfG s. Statt vieler Viebrock, in: Martin/Krautzberger, Handbuch, Kap.C Rdnr. 89 m. w. N., OVG Berlin U v. 3.1.1997 - 2 B 10.93, EzD 2.1.3 Nr. 2; BVerwG B v. 9.10.1997 - 6 B 42.97, EzD 2.1.3 Nr. 3; VerfGH Berlin B. v. 25.3.1999 - 35/97, EzD 2.1.3 Nr. 4). Da es in allen anderen Bundesländern an einer unmittelbar rechtsbegründenden Wirkung der Eintragungen fehlt und die Eintragung keine Regelungsfunktion hat, weil alle Rechte und Pflichten der Denkmaleigentümer ohne Eintragung kraft Gesetzes entstehen, ist die

Eintragung grundsätzlich auch kein feststellender Verwaltungsakt (Hess VGH U v. 23.1.1992 4 UE 3467/88, EzD 2.2.4 Nr. 4.). Aus dem gleichen Grund bedarf es keiner Begründung nach § 39 Abs. 1 VwVfG.

Die Beibehaltung des konstitutiven Systems muss angesichts dieser Rechtstatsache künftig zu einem Desaster beim Gesetzesvollzug führen, weil die Veraltungsbehörden des Landes nicht in der Lage sein werden, die entsprechenden Verfügungen zeitnah nachzubessern.

3. Unzumutbarkeit

In § 8 Abs. 1 soll nach dem Entwurf folgender Satz 2 eingefügt werden:

„Unzumutbarkeit ist insbesondere gegeben, soweit die Kosten der Erhaltung und Bewirtschaftung dauerhaft nicht durch die Erträge oder den Gebrauchswert des Denkmals aufgewogen werden können.“

Die Zumutbarkeit ist ein zentrales Erfordernis der Erhaltungspflicht. Zum Vergleich: Das Bayerische Denkmalschutzgesetz begnügt sich mit der kurzen Formulierung der Anforderung der Zumutbarkeit in Art. 4 Abs. 1 Satz 1: „Die Eigentümer haben ihre Baudenkmäler instandzuhalten, instandzusetzen, sachgemäß zu behandeln und vor Gefährdung zu schützen, soweit ihnen das zuzumuten ist.“ Der Gesetzgeber vermeidet damit die teils widersprüchlichen, teils sonst unzureichenden Formulierungen anderer Bundesländer (hierzu *Martin/Mieth/Spennemann*, Die Zumutbarkeit im Denkmalrecht). Die abstrakte und äußerst kurze Formulierung Bayerns, die dem bisherigen Gesetz von NRW entspricht, hat bisher schon fast 50 Jahre der sehr kritischen Rechtsprechung beider Länder problemlos standgehalten.

Ein einfaches Nachdenken erweist den Unsinn dieses leider unbedacht wiederholten Satzes. In den seltensten Fällen wiegen nämlich die Erträge eines Denkmals die Kosten der Erhaltung auf. **Unwirtschaftliche Denkmäler, die sich „nicht selber tragen“ sind z.B.:**

- Kirchen, Klöster, alle kirchlichen Gebäude
- Ruinen, Parks, Gärten, Friedhöfe, Nurdenkmal
- Industriedenkmal (Beispiele Hochofen, Kamine)
- Verwaltungs-, Versorgungsgebäude (Krankenhäuser usw.)
- Landwirtschaftliche Betriebsgebäude, Bauernhäuser, Scheunen
- Fachwerkbauten (Heizung)
- „Herrschaftliche Bauten“ wie Schlösser, Burgen, Palais (Ausnahme Neuschwanstein), alle Bauten mit großzügigen Grundrissen
- alle Bodendenkmäl (Ausnahme: Sandgruben)
- alle beweglichen Denkmäl (Funde, Ausstattung, Zubehör; Ausnahme bisher JU 52).

Abwegig ist jedenfalls die verbreitete laienhafte und durch die Formulierung des Entwurfs leider bekräftigte Annahme einer Automatik in dem Sinne, dass ein Denkmal zerstört werden dürfte, wenn z.B. die Erträge des Denkmals die Kosten nicht voll decken. Für alle diese Denkmäler, insgesamt wohl die Mehrheit des gesamten Denkmalbestandes des Landes bedeutet die unbedachte Gleichsetzung von Unwirtschaftlichkeit und Zumutbarkeit das Todesurteil. Solange sie nicht freiwillig von den Eigentümern erhalten werden, besteht im Fall von Rechtsstreitigkeiten über

die Erhaltungspflicht die Gefahr des Verlustes. Geebnet würde mit der unnötigen Formulierung eine vermeidbare absurde Spielwiese für Rechtsanwälte und Gerichte.

Der Gesetzgeber würde also mit der Formulierung einen Großteil der Denkmäler zum Abbruch freigeben und damit gegen die Landesverfassung verstoßen.

4. Zu § 5 Abs. 1 n.F

Die kontraproduktive Zuständigkeit der Gemeinde (der entsprechend qualifiziertes Personal fehlt) ist mit der sonstigen Zuständigkeit der Führung der Denkmalliste und der sonstigen Unterschutzstellung nicht harmonisiert. Für den **Formenwechsel** zur Satzung besteht rechtssystematisch kein Anlass. Der Bereich ist durch Verwaltungsakt (Allgemeinverfügung) der unteren Behörde festsetzbar. Das entspricht auch der bundeseinheitlichen Rechtslage nach dem VwVfG (sogar in Bayern).

5. Zu § 7 n.F. Welterbe

Das Welterbe ist bekanntlich trotz anderslautender Meinungen und entsprechender Formulierungen einzelner Bundesländer keine denkmalrechtliche Kategorie und hat deshalb im DSchG nichts zu suchen.

6. Zu § 12 n.F.

Mein Vorschlag: Generell (und nicht nur bei Gewässern) sollte die **Bergung** von Bodendenkmälern ausdrücklich erlaubnispflichtig gemacht werden.

7. Zu § 20 n.F.

Die vorgesehene Definition der „**Denkmalpflege**“ ist so nicht Gemeingut. Derartige Erfindungen sind entbehrlich. Verwiesen wird z.B. auf die Kommentare und das Handbuch von Martin/Krautzberger mit Nachweisen der herrschenden Meinung.

Wenn Sie im Gesetz Denkmalschutz und Denkmalpflege definieren wollen, gehört dies in § 1 (Überschrift !) und nicht in § 20.

Formulierungshilfen in Anlehnung an Davydov im Kommentar zu § 22 DSchGNRW:

Denkmalschutz bedeutet die Erhaltung der Denkmäler durch hoheitliche Gebote und Verbote. Denkmalpflege bezeichnet alle Handlungen nicht hoheitlicher Art, welche die Erhaltung, Instandhaltung und Instandsetzung von Denkmälern bezwecken, also die unmittelbar verbessernden und erhaltenden, aber auch die vorsorgenden und die beratenden Tätigkeiten.

8. Zu § 24 Abs. 3 n.F. und § 27 Abs. 3

Die zeitliche Einschränkung auf den Rechtsstand 2019 wird zu Missverständnissen führen. Was gilt, wenn das Gesetz z.B. 2021 geändert wird?
Vorschlag: Weglassen

9. Zu § 28 n.F.

Es gibt **keine Anwendungsfälle**, siehe meinen Aufsatz in Anlage 2. Grund:

Soweit einem Eigentümer ein angemessenes Verhalten wirtschaftlich nicht zuzumuten ist, ist der entsprechende Verwaltungsakt rechtswidrig. Eine Übernahme kommt dann nicht infrage, der Verwaltungsakt ist aufzuheben. Der Eigentümer ist dann nicht mehr belastet und kann dann auch nicht „vorsorglich“ die Übernahme verlangen. Die Bestimmung ist also obsolet. Das Belassen im Gesetz führt zu Missverständnissen - ist aber letztlich unschädlich.

10. Zu § 31 n.F.

Die Formulierung der Überschrift und des Inhalts übersieht die rechtlich gleichzubehandelnden Weltanschauungsgemeinschaften.

Die vom DSchGNW auch bisher vernachlässigte Stellung der **Weltanschauungsgemeinschaften** bei Denkmalschutz und Denkmalpflege bedürfte einer Klarstellung im Hinblick auf das Verfassungsrecht; denn bereits nach Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 Abs. 7 WRV werden sie den Religionsgemeinschaften gleichgestellt. Trotz des durchgehend eingeschränkten Wortlauts „Kirchen“ im Text und in der Überschrift gilt § 38 bzw. 31 n.F. auch wegen des Gleichbehandlungsgrundsatzes des Art. 3 GG (sog. Parität) nicht nur für Kirchen. Das Grundrecht gilt nicht nur für Individualpersonen, sondern auch für die Kirchen und Religionsgemeinschaften unmittelbar. Zusätzlich sind Weltanschauungsgesellschaften den Religionsgemeinschaften gleichgestellt. § 38 gilt deshalb für alle Vereinigungen, deren Zweck die Pflege eines religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnisses ist, und zwar unabhängig von der Organisation (siehe BVerfGE 19, 129 ff., 24, 236 ff., 70, 38 ff. und die Literatur zu Art. 4 GG). Unterschiedlich beurteilt wird, ob und wieweit die Tätigkeit auch auf politischem oder wirtschaftlichem Gebiet (in beiden Bereichen sind auch die großen Kirchen tätig!) die Eigenschaft als Kirche oder Weltanschauungsgemeinschaft ausschließen und ob auch ausländische Organisationen geschützt sind (s. die Spezialliteratur). Der Anwendungsbereich des § 38 erstreckt sich auch auf Unterorganisationen, wie z. B. Orden und sogar pseudoreligiösen Sekten). Das Denkmalschutzrecht erfasst im Übrigen **alle Denkmäler** dieser Organisationen in vollem Umfang.“

11. Zu § 33 n.F.

Bringt eine Verschlechterung gegenüber dem bisherigen Rechtszustand. Das Benehmen mit den Fachbehörden in § 40 Satz 1 a.F. ist keine bürokratische Schikane, es soll die denkmalfachliche Ausführung gewährleisten. Die Bestimmung sollte zur Gewährleistung der fachlichen Qualität der Denkmalpflege in NRW nicht verändert werden.

12. Zu § 34 n.F. Bußgeldvorschriften

Es gilt, was der Kommentar zum BayDSchG 2019 zum vergleichbaren BayDSchG ausführt:

„Nicht erfasste Verstöße gegen das DSchG

Den Art. 23 BayDSchG hat der Gesetzgeber **nicht sorgfältig und systematisch genügend durchdacht und ausgestaltet**. Der **Katalog** der Ordnungswidrigkeiten scheint in mancher Hinsicht nicht konsequent und unvollständig. Siehe auch *Martin/Krautzberger*, Handbuch, Teil E Rn. 196 ff. Nicht bußgeldbewehrt sind weitere Vorschriften und denkmalrechtliche

Pflichten. Nach anderen deutschen Denkmalschutzgesetzen (s. z. B. den umfangreichen Katalog des § 33 DSchGRP) sind z. B. mit der Bußgelddrohung bewehrt:

- Beschädigen eines Denkmals ohne Untersagung
- Vernachlässigung des Unterhalts
- Verstoß gegen Nutzungspflichten
- Verhindern von unmittelbaren Maßnahmen
- Verweigern der Wiederherstellung nach Art. 15 Abs. 3
- Verweigern des Betretungsrechts
- Verweigern des Vollzugs von Instandhaltungsanordnungen
- Zuwiderhandlung gegen eine Einstellungsverfügung
- Verweigern der Übergabe von Funden
- Verweigerung der Auswertung nach Art. 9.

Praxis und Bußgeldkatalog

Die **Praxis** der Bau- und Denkmalschutzbehörden beim Vollzug der Bußgeldtatbestände der BauO und des DSchG ist höchst unbefriedigend. Das **Ministerium** müsste längst einen exakten Vollzug des Gesetzes **anmahnen**.

Annäherungswerte für die Höhe der Bußgelder z.B. in den Bußgeldkatalogen von Nürnberg und Düsseldorf in DRD 3.3.2.“

Empfehlen kann ich eine Neuformulieren der Bestimmung entsprechend dem Gesetz von Rheinland-Pfalz, die bisherige Formulierung ist Stückwerk.

13. Sonstige Ergänzungen des Gesetzes

Eine Auswertung der Rechtsprechung insbesondere des OVG Münster zeigt, dass einige Ergänzungen des Gesetzes der Rechtsprechung bei der Auslegung dienen könnten. Einige weitere Einzelheiten ergeben sich auch aus meiner Stellungnahme von 2008 (Anlage 1), deren erneutes Studium ich nahelegen möchte.

a) § 7 Erhaltung von Denkmälern

Die bisherige Fassung des Abs. 1 Satz 1 sollte ergänzt werden um die **Erhaltung**, d.h. die Pflicht, Denkmäler nicht abzubrechen:

Die Eigentümer und sonstigen Nutzungsberechtigten haben ihre Denkmäler **zu erhalten**, instand zu halten, instand zu setzen. sachgemäß zu behandeln und vor Gefährdung zu schützen, soweit ihnen das zumutbar ist.

b) § 9 Erlaubnispflicht und Denkmalverträglichkeit

In § 9 Abs. 2 heißt es bisher lediglich:

Die Erlaubnis ist zu erteilen, wenn

- a) Gründe des Denkmalschutzes nicht entgegenstehen
- oder
- b) ein überwiegendes öffentliches Interesse die Maßnahme verlangt.

Das OVG Münster hat im Urteil vom 2. März 2018, 10 A 1404/16, unter Rdnr. 56 ausgeführt:

„Was denkmalgerecht und was denkmalwidrig ist, muss ... zunächst mit Blick auf das konkrete Denkmal und den ihm innewohnenden Aussagewert im Einzelfall bestimmt werden und hängt nicht etwa von allgemein formulierten nationalen oder internationalen denkmalrechtlichen Standards ab. Dass losgelöst vom Einzelfall auch die Materialgerechtigkeit bei der Erneuerung von Bauteilen, so wie sie die Bekl. und der Beigel. verstehen, zur sachgemäßen Behandlung eines Baudenkmals im Sinne des § 7 Abs. 1 DSchG NRW zählt, findet in dieser pauschalen Form im Gesetz keine Stütze.“

Das Urteil ist eine Lehrstunde für die Denkmalbehörden zu den Grundsätzen der Denkmalpflege. Das bemängelte Fehlen einer gesetzlichen Vorgabe legt eine ergänzende Formulierung des § 9 Abs. 2 nahe:

„Gründe des Denkmalschutzes stehen insbesondere entgegen, wenn die Denkmalverträglichkeit einer Maßnahme nicht durch Beachtung der Grundsätze des Substanzschutzes, der Notwendigkeit und Geeignetheit, das wissenschaftliche Vorgehen bei der Vorbereitung und Durchführung, Geeignetheit und Notwendigkeit eines Eingriffs, der Erhaltung von Kunstwert und Geschichtswert, der Erhaltung von Überlagerungen, dem Bewahren von Rahmen, Ausstattung und Harmonie, der Reversibilität, der Vermeidung von Verfälschungen, von Material- und Technikgerechtigkeit sowie Dokumentation entsprechend den Anforderungen der Charta von Venedig gewährleistet wird.“

c) Zu § 2 Abs. 5 Bodendenkmäler

Ergänzungsvorschlag zur Abgrenzung in häufigen Zweifelsfällen:

Bodendenkmäler sind bewegliche oder unbewegliche Denkmäler, die sich im Boden befinden oder befanden, **soweit sie nicht Baudenkmäler sind**.
Bodendenkmäler sind auch die archäologischen Schutzzonen.

Sehr geehrter Herr Schürmann, soweit meine pointierten aber letztlich unmaßgeblichen Anmerkungen zu dem Entwurf 2020. Sie sind nicht vollständig und erfassen nicht alle Änderungen.
Ich empfehle sie gleichwohl der Berücksichtigung.

Mit freundlichen Grüßen

gez.

Dr. Dieter Martin