

## Rechtsgutachten

zur Vereinbarkeit einzelner Regelungen im  
Gesetzentwurf der Landeregierung NRW für ein  
Nordrhein-westfälisches Denkmalschutzgesetz mit Art  
18 Abs. 2 Landesverfassung

erstattet für  
die Fraktionen von Bündnis 90/Die Grünen in den  
Landschaftsversammlungen Westfalen und Rheinland

durch  
Rechtsanwalt

**Wilhelm Achelpöhler**  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Münster, Mai 2021

Partnerschaftsregister Amtsgericht Essen PR 3646 · Stnr.: 337/5716/0084  
Sparkasse Münsterland Ost · IBAN: DE05 4005 0150 0000 2996 02 · BIC: WELADED1MST  
Deutsche Bank · IBAN: DE06 4007 0024 0011 4009 00 · BIC: DEUTDEB400



### **MEISTERERNST DÜSING MANSTETTEN**

Partnerschaft von  
Rechtsanwältinnen und  
Rechtsanwälten mbB  
Notarin

Oststraße 2  
48145 Münster

Tel. 025 1/5 20 91-0  
Fax 025 1/5 20 91-52

E-Mail: [info@meisterernst.de](mailto:info@meisterernst.de)  
[www.meisterernst.de](http://www.meisterernst.de)

**Bernd Meisterernst**  
(bis 2018)

**Mechtild Düsing**  
Fachanwältin für Agrar-,  
Erb- und Verwaltungsrecht

**Dietrich Manstetten**  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

**Dr. Frank Schulze**  
Fachanwalt für Verwaltungs-  
recht, Dipl.-Verwaltungswirt

**Klaus Kettner**  
Fachanwalt für Arbeits- und  
Sozialrecht

**Wilhelm Achelpöhler**  
Fachanwalt für Verwaltungs- und  
für Urheber- und Medienrecht

**Dr. Dirk Schuhmacher**  
Fachanwalt für Agrarrecht

**Veronica Bundschuh**  
Fachanwältin für Arbeitsrecht

**Dr. Rita Coenen**  
Fachanwältin für Familien-  
und Sozialrecht, Lehrbeauftragte  
Universität Münster

**Jutta Sieverdingbeck-  
Lewers**  
Notarin, Fachanwältin für  
Agrar- und Erbrecht

**Marius Schaefer, MLE**  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

**Anna-Kristina Pusch**  
Fachanwältin für Familien-  
und Sozialrecht

**Henning  
Schulte im Busch**  
Fachanwalt für Agrar- und  
Verwaltungsrecht



Arbeitnehmer-  
Anwälte

Mitglied der  
bundesweiten Kooperation  
ArbeitnehmerAnwälte  
[www.arbeitnehmer-anwaelte.de](http://www.arbeitnehmer-anwaelte.de)



## A. Sachverhalt

Die Landesregierung hat einen Gesetzentwurf für ein Nordrhein-westfälisches Denkmalschutzgesetz (Denkmalschutzgesetz – DSchG NRW) vorgelegt.<sup>1</sup> Der Gesetzentwurf enthält u.a. Neuregelungen des denkmalschutzrechtlichen Verfahrens bei Erlaubnissen und ordnet die Zuständigkeiten der am Verfahren beteiligten Verwaltungsträger neu, darunter auch die Ämter für Denkmalpflege der Landschaftsverbände.

Die Fraktionen von Bündnis 90/Die Grünen in der Landschaftsversammlung Westfalen und der Landschaftsversammlung Rheinland erbitten eine gutachterliche Stellungnahme zur Vereinbarkeit verschiedener Neuregelungen mit Art. 18 Abs. 2 Verf NRW.

## B. Gutachterliche Stellungnahme

Zunächst sind die Vorgaben der Landesverfassung in den Blick zu nehmen (I), anschließend wird anhand dieser verfassungsrechtlichen Bindungen geprüft, inwieweit einzelnen Regelungen des Gesetzentwurfs damit vereinbar sind (II).

### I. Vorgaben der Landesverfassung

Art. 18 Abs. 2 Verf NRW bestimmt:

*Die Denkmäler der Kunst, der Geschichte und der Kultur, die Landschaft und Naturdenkmale stehen unter dem Schutz des Landes, der Gemeinden und Gemeindeverbände.*

Art 18 Abs. 2 Verf NRW enthält eine Staatszielbestimmung.<sup>2</sup> Staatszielbestimmungen sind rechtlich verbindliche Verfassungsnormen, die dem Staat die Beachtung oder Erfüllung bestimmter Aufgaben und Ziele vorschreiben. Die rechtliche Einordnung von Staatszielbestimmungen wird in der Regel im Zusammenhang mit der Staatszielbestimmung des Umweltschutzes diskutiert, wobei durchaus in der Literatur eine Parallele

---

<sup>1</sup> Vorlage 17/4761.

<sup>2</sup> Mann, in: Löwer/Tettinger Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen 2002, Art. 18 Rn. 15; vgl. auch: BbgVerfG, Beschluss vom 21.01.2010 - VfGBbg 54/09.

zwischen der Staatszielbestimmung des Umweltschutzes und der Staatszielbestimmung des Denkmalschutzes gezogen wird.<sup>3</sup> Aus diesem Grund erscheint es gerechtfertigt, zur Bestimmung der rechtlichen Bindungen des Gesetzgebers an verfassungsrechtliche Staatszielbestimmungen an die im Zusammenhang mit der Staatszielbestimmung Umweltschutzes von Rechtsprechung und Literatur entwickelte Positionen anzuknüpfen.

Art 18 Abs. 2 Verf NRW ist als Staatszielbestimmung eine justiziable Rechtsnorm.<sup>4</sup> Insoweit lassen sich die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zu den sich aus grundgesetzlichen Staatszielbestimmungen ergebenden Rechtsbindungen<sup>5</sup> übertragen: Zwar bedarf der konkrete Gehalt des Art. 18 Abs. 2 VerfG NRW einer weiteren Konkretisierung. Damit ist Art. 18 Abs. 2 Verf NRW aber kein unverbindliches Programm, sondern eine Rechtsnorm, die den Gesetzgeber bindet. Diese Bindung darf nicht aufgegeben werden, indem die Konkretisierung des Art. 18 Abs. 2 Verf NRW zu entnehmenden Schutzauftrags allein dem Gesetzgeber überlassen bliebe. Denn auch wenn Art. 18 Abs. 2 Verf NRW die Gesetzgebung in die Konkretisierung seines materiellen Gehalts einbindet, soll dem politischen Prozess damit zugleich etwas entgegengesetzt sein. Die Verfassung begrenzt hier politische Entscheidungsspielräume, Maßnahmen zum Denkmalschutz zu ergreifen oder diese zu unterlassen. Mit Art. 18 Abs. 2 Verf NRW ist der Denkmalschutz zur Angelegenheit der Verfassung gemacht worden, weil ein demokratischer politischer Prozess über Wahlperioden kurzfristiger organisiert ist, damit aber strukturell Gefahr läuft, schwerfälliger auf langfristig zu verfolgende Belange des Denkmalschutzes zu reagieren, und weil die besonders betroffenen künftigen Generationen heute naturgemäß keine eigene Stimme im politischen Willensbildungsprozess haben. Mit Blick auf diese institutionellen Bedingungen erlegt Art. 18 Abs. 2 Verf NRW der demokratischen Entscheidung also inhaltliche Bindungen auf. Diese durch Art. 18 Abs. 2 Verf NRW angestrebte Bindung des politischen Prozesses drohte verloren zu gehen, wenn über den materiellen Gehalt des Art. 18 Abs. 2 GG vollumfänglich im tendenziell kurzfristigeren und an direkt artikulierbaren Interessen orientierten tagespolitischen Prozess entschieden würde.

Art. 18 Abs. 2 Verf NRW lässt der Gesetzgebung allerdings erheblichen Gestaltungsspielraum. Damit ist die verfassungsrechtliche Kontrolle auf eine offenkundige Verletzung der verfassungsrechtlichen Pflichten des Gesetzgebers beschränkt. Art. 18 Abs. 2 VerfG erlegt die verfassungsrechtliche Schutzpflicht nicht nur dem Land und den Gemeinden, sondern auch den Gemeindeverbänden auf. Zu den Gemeindeverbänden zählen auch die Landschaftsverbände.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> So ausdrücklich: Günther, in Heusch/Schönenbroicher Die Landesverfassung NRW, Art. 18 Rn. 1. Gelegentlich wird auch ein Gegensatz des Staatsziel Klimaschutz zum Denkmalschutz erörtert, Grothmann, ZfBR-Beil. 2012, 100.

<sup>4</sup> BVerfG, Beschluss vom 24. März 2021 – 1 BvR 2656/18 –, Rn. 205, juris.

<sup>5</sup> BVerfG, Beschluss vom 24. März 2021 – 1 BvR 2656/18 –, Rn. 205 ff., juris.

<sup>6</sup> Schönenbroicher, in: Heusch/Schönenbroicher Art. 78 Rn 10.

Die Vorschrift normiert mithin einen Auftrag zum Denkmalschutz an Land, Gemeinden und Gemeindeverbände, wobei sowohl der Gesetzgeber als auch die Verwaltung verpflichtet werden. Dem Landesgesetzgeber kommt in Wahrnehmung seines Schutzauftrags ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu. Der Schutzauftrag ist andererseits erst überschritten, wenn die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben. Vgl. dazu (in Bezug auf andere verfassungsrechtliche Schutzaufträge) beispielhaft:

*Der Staat muss dieser Schutzpflicht durch hinreichende Vorkehrungen genügen. Aus einer grundrechtlichen Schutzpflicht folgt in der Regel indessen keine bestimmte Handlungsvorgabe. Die zuständigen staatlichen Organe, insbesondere der Gesetzgeber, haben vielmehr zunächst in eigener Verantwortung zu entscheiden, wie sie ihre Schutzpflichten erfüllen. Es ist grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, ein Schutzkonzept aufzustellen und normativ umzusetzen. Dabei kommt ihm ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu. Das Bundesverfassungsgericht kann die Verletzung einer solchen Schutzpflicht nur feststellen, wenn Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen sind, wenn die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben (vgl. BVerfGE 92, 26 <46>; ähnlich BVerfGE 56, 54 <80 f.>; 77, 170 <215>; 79, 174 <202> ).<sup>7</sup>*

Sowie:

*Bei der Wahrnehmung ihrer Integrationsverantwortung entscheiden die Verfassungsorgane grundsätzlich eigenverantwortlich darüber, wie sie den ihnen obliegenden Schutzauftrag erfüllen; sie verfügen insoweit über einen weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum (vgl. BVerfGE 125, 39 <78>; 151, 202 <299 Rn. 148>; BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 5. Mai 2020 - 2 BvR 859/15 u.a. -, Rn. 109). Vorhandene Risiken müssen sie erwägen und politisch verantworten (vgl. BVerfGE 151, 202 <299 Rn. 148>).*

*Eine Verletzung der unter anderem auf Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG bezogenen Integrationsverantwortung ist - ähnlich wie eine Verletzung (anderer) grundrechtlicher Schutzpflichten - erst gegeben, wenn es an jeglichen Schutzvorkehrungen fehlt, die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig*

---

<sup>7</sup> BVerfG, Urteil vom 01. Dezember 2009 – 1 BvR 2857/07 –, BVerfGE 125, 39-103, Rn. 135.

*unzureichend sind oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben (vgl. BVerfGE 142, 123 <210 f. Rn. 169>; 151, 202 <299 Rn. 148>).*<sup>8</sup>

Im Rahmen der einfachrechtlichen Ausgestaltung des Denkmalschutzrechts ist es dem Landesgesetzgeber insbesondere gestattet, auch andere, verfassungsrechtlich legitime, aber in Art. 18 Abs. 2 Verf NRW selbst nicht genannte Ziele zu verfolgen, etwa die Ziele der wissenschaftlichen Erforschung von Denkmälern, der Verbreitung von Wissen über Denkmäler sowie ihrer sinnvollen Nutzung.

Wie der Landesgesetzgeber diese Ziele jeweils gewichtet und wie er sie ins Verhältnis zueinander setzt, bleibt dabei ihm überlassen, solange er insgesamt ein hinreichend hohes Schutzniveau im Hinblick auf seinen verfassungsrechtlichen Schutzauftrag wahrt.

Die Staatszielbestimmung des Denkmalschutzes gibt dem Gesetzgeber aber rechtliche Bindungen in dem Sinne vor, dass ihm die „Richtung gewiesen wird“<sup>9</sup> und ihm eine „Optimierungspflicht“<sup>10</sup> auferlegt wird. Soweit die beabsichtigten Neuregelungen eine Umkehr zu weniger Denkmalschutz zur Folge haben, ist diese Abkehr von einem bislang erreichten Schutzniveau des Denkmalschutzes rechtfertigungsbedürftig. Gerade im Zusammenhang mit Staatszielbestimmungen wird die Auffassung vertreten, die dem Gesetzgeber obliegenden Optimierungsgebote stellen ein nur unter einschränkenden Voraussetzungen überwindbares Verbot regressiver Maßnahmen dar und setzen ihm damit Grenzen für derartige Rückschritte.<sup>11</sup> Nach einer verbreiteten Auffassung folgt deshalb aus einer Staatszielbestimmung ein Verschlechterungsverbot.<sup>12</sup>

Unabhängig davon, wie hier im Einzelnen die Grenzen gezogen werden, folgt aus der rechtlichen Verbindlichkeit der Staatszielbestimmung zunächst eine Begründungspflicht für regressiv Schritte. Es besteht das Erfordernis einer Begründung, aus der sich ergeben muss, dass die zuständigen Staatsorgane im Rahmen ihrer Möglichkeiten die zu erwartenden Auswirkungen ihrer Maßnahmen auf die Verwirklichung des Staatsziels ermittelt und ins Verhältnis zu den durch diese Maßnahmen angestrebten Ziele gesetzt haben.<sup>13</sup> Auch

---

<sup>8</sup> BVerfG, Urteil vom 02. März 2021 – 2 BvE 4/16 –, Rn. 72 - 73, juris.

<sup>9</sup> Günther, in Heusch/Schönenbroicher Die Landesverfassung NRW Art. 18 Rn. 1.

<sup>10</sup> Günther, a.a.O.

<sup>11</sup> BVerwG, Urteil vom 29. April 2009 – 6 C 16/08 –, BVerwGE 134, 1-27, Rn. 57.

<sup>12</sup> So z. B. Murswiek, in: Sachs (Hrsg.), GG, 5. Aufl. (2009), Art. 20a Rdnr. 44; Epiney, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG II, 6. Aufl. (2010), Art. 20a, Rn. 65; Bernsdorff, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), GG I, 2002, Art. 20a Rn. 30; mit einer relativen Bezugsgröße dagegen Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), GG II, 2. Aufl. (2006), Art. 20a, Rn. 44; krit. z. B. Sommermann, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG II, 5. Aufl. (2001), Art. 20a Rn. 27; Groß, NVwZ 2011, 129.

<sup>13</sup> BeckOK GG/Huster/Rux, 46. Ed. 15.2.2021, GG Art. 20a Rn. 24.

insoweit kann an die Begründungspflicht im Zusammenhang mit der Staatszielbestimmung des Umweltschutzes angeknüpft werden.

Eine hinreichende Begründung ist zudem erste Voraussetzung für eine verfassungsgerichtliche Überprüfung der Frage, ob der Gesetzgeber die Grenzen seines Gestaltungsspielraums überschritten hat. Ebenso wie im Hinblick auf die Staatszielbestimmung des Umweltschutzes kann davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber dazu verpflichtet ist, im Rahmen einer allgemeinen Folgenabschätzung auch die Auswirkungen auf die Schutzgüter der Staatszielbestimmung, hier des Denkmalschutzes in Betracht zu ziehen. „Dies impliziert aber nicht nur eine Verpflichtung, unmittelbare Beeinträchtigungen dieser Schutzgüter nach Möglichkeit zu unterlassen. Vielmehr sind Regelungen nach Möglichkeit so zu gestalten, dass sie auch mittelbar keine nachteiligen Auswirkungen entfalten.“<sup>14</sup>

Sind Beeinträchtigungen unvermeidbar, dann muss der Gesetzgeber, sofern eine Regelung voraussichtlich zu negativen Folgen führt, korrigierende Instrumente einbauen.<sup>15</sup>

## II. Vereinbarkeit einzelner Regelungen des Gesetzentwurfs mit den sich aus der Staatszielbestimmung Denkmalschutz ergebenden Bindungen des Gesetzgebers

### 1. § 1 Abs 1 DSchG

Den Schutzauftrag der Verfassung greift § 1 Abs. 1 DSchG (in seiner bisher geltenden Fassung) auf, indem es dort heißt:

*Denkmäler sind zu schützen, zu pflegen, sinnvoll zu nutzen und wissenschaftlich zu erforschen. Sie sollen der Öffentlichkeit im Rahmen des Zumutbaren zugänglich gemacht werden.*

Die Reihenfolge, in der die einzelnen Belange bzw. Ziele genannt werden, soll nunmehr geändert werden. § 1 Abs. 1 DSchG-E sieht folgende Fassung vor:

*Der Denkmalschutz und die Denkmalpflege liegen im öffentlichen Interesse. Es ist Aufgabe von Denkmalschutz und Denkmalpflege, die Denkmäler wissenschaftlich zu erforschen und das Wissen über Denkmäler zu verbreiten sowie nach Maßgabe dieses*

<sup>14</sup> BeckOK GG/Huster/Rux, 46. Ed. 15.2.2021, GG Art. 20a Rn. 30.

<sup>15</sup> Groß, NVwZ 2011, 129; Schröder, DVBl 1994, 835 (836); Groß, VerwArch 88 (1997), 89 (100); Bernsdorff, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), GG I, 2002, Art. 20a Rn. 38; im Ansatz auch schon Wienholtz, AöR 109 (1984), 532 (549).

*Gesetzes Denkmäler zu schützen und zu pflegen. Dabei ist auf eine sinnvolle Nutzung hinzuwirken.*

Ein Verstoß gegen Art. 18 Abs. 2 Verf NRW liegt vor, wenn der Landesgesetzgeber mit dieser Formulierung dem Schutzauftrag nicht mehr entspricht.

Bei der Bewertung des § 1 Abs. 1 DSchG-E ist zu beachten, dass die Vorschrift keine Rangfolge der genannten Belange normiert, die etwa im Rahmen einer Abwägung zwischen widerstreitenden Interessen dazu führen würde, dass ein zuerst genannter Belang sich gegenüber einem erst an hinterer Stelle genannten Belang durchsetzt. Vielmehr stellt die Formulierung alle Belange normativ auf eine Stufe.

Sie lässt damit insbesondere Raum für die Beachtung des verfassungsrechtlichen Schutzauftrags bei der Auslegung bzw. Anwendung der einzelnen Normen des DSchG sowie in den Fällen, in denen sich der abstrakte verfassungsrechtliche Schutzauftrag zu einer konkreten Handlungspflicht im Einzelfall verdichten mag.

Dies gilt schließlich auch für die Pflicht, auf eine sinnvolle Nutzung der Denkmäler hinzuwirken (§ 1 Abs. 1 Satz 3 DSchG-E). Bereits der unbestimmte Rechtsbegriff der *sinnvollen Nutzung* lässt hinreichend Raum für die Beachtung des verfassungsrechtlichen Schutzauftrags, indem eine Nutzung nur dann im Rechtssinne *sinnvoll* sein kann, wenn sie die Vorgaben des Art. 18 Abs. 2 Verf NRW beachtet und dem Schutz des jeweiligen Denkmals nicht zuwiderläuft.

Die Änderung der Reihung der Belange in § 1 Abs. 1 Satz 2 DSchG-E gegenüber der derzeit geltenden Fassung des § 1 Abs. 1 DSchG mag damit politisch zu missbilligen sein im Hinblick auf die Signalwirkung, die von ihr für den Gesetzesanwender ausgeht, der bei der Lektüre des Gesetzes den Schutz nun nicht mehr – prominent – an erster Stelle findet.

Ein Verstoß des § 1 Abs. 1 DSchG-E gegen Art. 18 Abs. 2 Verf NRW ergibt sich hieraus jedoch nicht.

2. Wegfall der Regelung des § 9 Abs. 3 Satz 1 DSchG

§ 9 Abs. 3 DSchG hat bislang folgenden Wortlaut:

*Erfordert eine erlaubnispflichtige Maßnahme nach anderen gesetzlichen Bestimmungen eine Planfeststellung, Genehmigung, Erlaubnis, Bewilligung, Zulassung oder Zustimmung, so haben die dafür zuständigen Behörden die Belange des Denkmalschutzes und der Denkmalpflege entsprechend diesem Gesetz in angemessener Weise zu berücksichtigen. Im Falle einer bauaufsichtlichen oder*

*immissionsschutzrechtlichen Genehmigung oder Zustimmung kann die Erlaubnis nach Absatz 1 auch gesondert beantragt werden.*

Die Zuweisung der Prüfung der denkmalschutzrechtlichen Vorgaben an die Genehmigungsbehörden macht zwar nicht die Beteiligung des Denkmalpflegeamts (nunmehr: Denkmalfachamt) entbehrlich.<sup>16</sup> Die unteren Denkmalbehörden sind am Verfahren jedoch bislang – mit Ausnahme des Sonderfalls des § 9 Abs. 3 Satz 2 DSchG – nicht beteiligt.

Künftig soll die Regelung des § 9 Abs. 3 DSchG entfallen.

Der Entwurf der Neuregelung sieht mit § 9 Abs. 4 DSchG-E nunmehr vor:

*Bedarf ein Vorhaben der Baugenehmigung oder bauordnungsrechtlichen Zustimmung, tritt an die Stelle der Erlaubnis nach diesem Gesetz die Zustimmung der unteren Denkmalbehörde gegenüber der zuständigen Bauaufsichtsbehörde.*

Damit stellt sich die Frage, ob es mit Art. 18 Abs. 2 Verf NRW vereinbar ist, dass künftig auch im Zusammenhang mit der Erteilung einer Baugenehmigung stets die Prüfung der Vorgaben des Denkmalschutzgesetzes der unteren Denkmalbehörde zugewiesen ist, ohne deren Zustimmung die Baugenehmigung nicht erteilt werden kann.

Bedarf ein Vorhaben der Baugenehmigung oder bauordnungsrechtlichen Zustimmung, ist die untere Denkmalbehörde demnach stets zu beteiligen und nicht nur – wie bisher –, wenn die Zustimmung gesondert beantragt wird.

Damit begründet die Neufassung des Gesetzes eine ausschließliche Zuständigkeit der unteren Denkmalbehörde für die Beurteilung der denkmalrechtlichen Zulässigkeit eines Bauvorhabens, während bislang – jedenfalls im Regelfall – die Baubehörde die Vereinbarkeit des Vorhabens mit den Vorschriften des Denkmalschutzes prüfte. Der Denkmalschutz hatte damit auch in einem baurechtlichen Verfahren den gleichen Stellenwert und die gleiche Bedeutung wie bei einem gesonderten denkmalschutzrechtlichen Verfahren nach § 9 Abs. 1 DSchG. Die Prüfung der denkmalrechtlichen Belange im Baugenehmigungsverfahren läuft regelmäßig auf eine strikte Anwendung der Voraussetzungen für die Erteilung der Erlaubnis nach § 9 Abs. 2 DSchG hinaus.<sup>17</sup>

Zur Begründung dieser Neukonzeption führt der Gesetzentwurf insofern einzig aus (S. 58):

---

<sup>16</sup> Vgl. Davydov, in: Pdk NW G-11, DSchG § 9 Rn. 99, beck-online, mit Verweis auf VG Aachen, Urteil vom 28. Mai 2013 – 3 K 271/11 –, [Rn. 40,] juris.

<sup>17</sup> OVG NW Urteil vom 15. August 1997 – 7 A 133/95 –, Rn. 30, juris.



*Beispielsweise werden aufgrund der Konzentrationswirkung des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens nach § 13 BImSchG die verfahrensrechtlichen Regelungen des Denkmalschutzgesetzes, insbesondere auch in Bezug auf die Anhörung und das Benehmen nach § 24, verdrängt. Im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren ist die Denkmalbehörde nach Maßgabe des § 10 Absatz 5 BImSchG zu beteiligen, soweit ihre Belange nach § 9 DSchG NRW durch das Vorhaben berührt werden. Im Rahmen ihrer Stellungnahme hat die Denkmalbehörde unter Berücksichtigung der Monatsfrist nach § 11 Satz 1 der 9. BImSchV bei Bedarf auch die Denkmalfachämter einzubinden.*

Für nicht-baurechtliche Verfahren mit Konzentrationswirkung richtet sich die Frage der Beteiligung der unteren Denkmalbehörden also nach dem jeweiligen Fachrecht.

Durch die Regelung des § 9 Abs. 4 DSchG-E soll die untere Denkmalbehörde nunmehr in Verfahren der Baugenehmigung oder der bauordnungsrechtlichen Zustimmung stets beteiligt werden.

Die Aufgabe der Mitwirkung in diesem Verfahren oblag den unteren Denkmalbehörden bislang wegen der Regelung des § 9 Abs. 3 Satz 1 DSchG – mit Ausnahme der Sonderregelung des Satzes 2 – nicht. Selbiges gilt für die Beteiligung der unteren Denkmalbehörden im Rahmen anderer Verfahren mit Konzentrationswirkung, die nicht von den Gemeinden durchgeführt werden und deren jeweilige Verfahrensregelungen die Beteiligung der Denkmalbehörden vorsehen.

Diese Übertragung der Zuständigkeit im Baugenehmigungsverfahren betrifft allein die kleinen kreisangehörigen Gemeinden: Während die mittleren und großen kreisangehörigen Gemeinden nach § 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BauO über ein eigenes Bauamt verfügen und damit bereits bislang in jedem Fall sowohl mit der baurechtlichen Beurteilung als auch mit der denkmalrechtlichen Beurteilung befasst waren, sind nunmehr stets auch die kleinen kreisangehörigen Gemeinden, also die Gemeinden mit weniger als 20 000 Einwohnern, mit der Prüfung denkmalrechtlicher Belange befasst, auch wenn diese in einem Baugenehmigungsverfahren aufgeworfen werden.

Das sind 208 der 396 Städte und Gemeinden in NRW.

Der Regelung des § 4 GO zur Differenzierung zwischen großen, mittleren und sonstigen kreisangehörigen Städten und Gemeinden liegt „die zutreffende Annahme zugrunde, dass nach der Zahl ihrer Einwohner größere Gemeinden typischerweise leistungsstärker sind als kleinere Gemeinden mit einer geringeren Zahl an Einwohnern. Größere Gemeinden verfügen tendenziell über größere Personal- und Mittelressourcen und damit regelmäßig auch über

*eine entsprechend gesteigerte Verwaltungskraft. Auf dieser Grundlage können sie auch einen erweiterten Kreis von Aufgaben wahrnehmen“.*<sup>18</sup>

Die Vermutung einer geringeren Leistungsfähigkeit der kleinen kreisangehörigen Gemeinden kommt bislang unmittelbar im Gesetz zum Ausdruck, indem die Kreise nach § 20 Abs. 2 DSchG zur Beratung der unteren Denkmalbehörden verpflichtet sind, soweit diese Aufgabe von den kleinen kreisangehörigen Gemeinden wahrgenommen wird. Zweck dieser Beratung der kleinen kreisangehörigen Gemeinden durch die Kreise war, anders als die Rechtsaufsicht, die vorbeugende, auf Sicherstellung eines rechtmäßigen Gesetzesvollzugs gerichtete Unterstützung der unteren Denkmalbehörde<sup>19</sup>.

Die Begründung des Gesetzentwurfs geht zwar davon aus, dass in kleinen kreisangehörigen Gemeinden vielfach ein Mangel an Fachkräften im Zusammenhang mit der Wahrnehmung der Aufgabe des Denkmalschutzes besteht.

So heißt es in der Gesetzesbegründung (S. 68):

*Es zeigt sich, dass es in der Vergangenheit insbesondere für zahlreiche kleine Städten und Gemeinden herausfordernd war, beispielsweise freie Stellen im Zusammenhang mit dem Denkmalschutz zeitnah oder überhaupt besetzen zu können. Der Denkmalschutz bedarf eines ausreichend vorhandenen Fachpersonals mit einer entsprechenden Stundenausstattung, um dem im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben nachkommen zu können.*

Obwohl also einerseits konstatiert wird, dass die Wahrnehmung der Aufgaben des Denkmalschutzes Personal mit entsprechender fachlicher Eignung voraussetzt und die kleinen kreisangehörigen Gemeinden schon in der Vergangenheit Probleme hatten, diese Aufgaben mit entsprechend qualifiziertem Personal wahrzunehmen, soll die Beratung der kleinen kreisangehörigen Gemeinden durch den Kreis andererseits künftig entfallen, während diesen Gemeinden zugleich weitere Aufgaben zugewiesen werden sollen.

Indem nunmehr den unteren Denkmalbehörden und nicht den für die Erteilung der Bauerlaubnis zuständigen Ämtern stets die Entscheidung über die denkmalrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens obliegt, stellt sich auch in diesem Zusammenhang die Frage der hinreichenden fachlichen Ausstattung der unteren Denkmalbehörden.

Die verfügbaren Daten legen zumindest nahelegen, dass das erforderliche Fachwissen jedenfalls bei den unteren Denkmalbehörden nicht vorhanden ist, wie sich insbesondere aus dem Abschlussbericht der gutachterlichen Untersuchung „Evaluation des

<sup>18</sup> BeckOK KommunalR NRW/Heusch, 15. Ed. 1.3.2021, GO NRW § 4 Rn. 5.

<sup>19</sup> Davydov, in: PdK NW G-11, DSchG § 20 Rn 27, beck-online.

Denkmalschutzgesetzes Nordrhein-Westfalen<sup>20</sup> ergibt. Danach bestehen in den unteren Denkmalbehörden im Gesamtdurchschnitt 0,9 Vollzeitstellen, wobei die Durchschnittswerte von 10,6 Vollzeitstellen in Kommunen von mindestens 500.000 Einwohnern bis 0,3 in Kommunen mit weniger als 25.000 Einwohnern (kleine Kommunen) reichen. Der niedrigste Wert der Ermittlung lag sogar nur bei 0,02 Vollzeitstellen in einer kleinen Kommune, was bei einer Wochenarbeitszeit von 39 Stunden etwas mehr als einer Dreiviertelstunde pro Woche entspricht.

Die größte Gruppe der Mitarbeiter in den unteren Denkmalbehörden stellen Verwaltungs(-fach)kräfte (216/465  $\approx$  46 %), gefolgt von Architekten (152/465  $\approx$  33 %). Nur 18 % der unteren Denkmalbehörden verfügen über mindestens einen Mitarbeiter mit denkmalfachlicher Zusatzqualifikation oder denkmalfachlichem Aufbaustudium; in kleinen Kommunen beträgt dieser Wert sogar nur 4%.<sup>21</sup> 43 % der unteren Denkmalbehörden verfügen über gar kein Personal mit fachbezogener Qualifikation; in kleinen Kommunen sind dies sogar 73%.<sup>22</sup> An Fortbildungen zu Fachfragen nehmen 57 % der unteren Denkmalbehörden selten und 8 % gar nicht teil; bei kleinen Kommunen liegen die Werte bei 72 % bzw. 13%.<sup>23</sup>

Mit der Zuweisung der Prüfung der Belange des Denkmalschutzes in allen baurechtlichen Genehmigungsverfahren an derart fachlich schlecht ausgestattete Behörden stellt sich die Frage, inwieweit diese Behörden überhaupt in der Lage sind, ihren Aufgaben gerecht zu werden. Ohne eine wesentliche Erhöhung der personellen Ausstattung der unteren Denkmalbehörden dürfte dies kaum zu bewältigen sein. Eine Kompensation der sich dadurch ergebenden Verantwortung durch eine engere Einbindung der Denkmalpflegeämter ist gerade nicht beabsichtigt, weil der Verwaltungsablauf insoweit „vereinfacht“ wird, als künftig nur noch eine Anhörung der Denkmalpflegeämter erfolgen muss.

Die Zuweisung der Aufgaben des Denkmalschutzes im Zusammenhang mit Baugenehmigungsverfahren stellt eine deutliche Verschlechterung der Wahrnehmung der Aufgaben des Denkmalschutzes dar. Eine Begründung wird dafür nicht geliefert, es findet keine Abschätzung der Auswirkungen der Funktionsverlagerung statt und es gibt auch keinerlei Kompensationen.

---

<sup>20</sup> LT-Vorlage 17/1044.

<sup>21</sup> A.a.O., S. 29.

<sup>22</sup> Ebd.

<sup>23</sup> A.a.O., S. 31.

## 3. § 9 Abs. 3 DSchG-E

§ 9 Abs. 3 Satz 1 2. Halbsatz, Satz 2 DSchG-E könnte gegen Art. 18 Abs. 2 Verf NRW verstoßen unter dem Gesichtspunkt, dass die Norm ein zu unklares Prüfungsprogramm etabliert und die hinreichende Gewichtung des Denkmalschutzes hierdurch nicht sichergestellt ist.

Die entsprechende Regelung findet sich bislang in § 9 Abs. 2 DSchG. Die Norm lautet:

*Die Erlaubnis ist zu erteilen, wenn*

*a) Gründe des Denkmalschutzes nicht entgegenstehen*

*oder*

*b) ein überwiegendes öffentliches Interesse die Maßnahme verlangt.*

§ 9 Abs.3 DSchG-E sieht folgende Formulierung vor:

*Die Erlaubnis nach den Absätzen 1 und 2 ist zu erteilen, wenn Belange des Denkmalschutzes nicht entgegenstehen oder ein überwiegendes öffentliches Interesse die Maßnahme verlangt. Bei der Entscheidung sind insbesondere auch die Belange des Wohnungsbaus, des Klimas, des Einsatzes erneuerbarer Energien sowie der Barrierefreiheit angemessen zu berücksichtigen.*

Die Neufassung der Norm wirkt also zunächst präzisierend im Hinblick auf die in die Abwägung (insbesondere) einzubeziehenden Belange.

Den genannten Aspekten dürfte eine eingrenzende Wirkung jedoch zunächst kaum zukommen.

So dürfte etwa der Belang des Klimas (in Form des Klimaschutzes) bei jedem Um- oder Neubau (nach vorherigem Abriss) betroffen sein, wenn dadurch die Energiebilanz des Gebäudes verbessert wird, etwa durch eine bessere Wärmedämmung; vgl. hierzu S. 57 der Begründung des Gesetzentwurfs:

*Zu den Belangen des Klimas sind sowohl die Belange des Klimaschutzes als auch diejenigen zur Anpassung an den Klimawandel zu zählen.*

Auch der Belang des Wohnungsbaus wird stets einschlägig sein, wenn durch die angestrebte Maßnahme mehr Wohnraum geschaffen oder der vorhandene Wohnraum in seiner Qualität aufgewertet werden soll; beides dürfte regelmäßig der Fall sein; vgl. auch insofern nochmals S. 57 der Begründung des Gesetzentwurfs:

*Der Aspekt des Wohnungsbaus meint das öffentliche Interesse an der Schaffung von zusätzlichem Wohnraum durch Umnutzung und Veränderung und umfasst zugleich die Herstellung zeitgemäßer Wohnstandards.*

Jedenfalls einer dieser beiden Belange dürfte also fast immer betroffen sein, wobei dies allein zur Genehmigungserteilung noch nicht ausreichen soll, denn weiterhin muss das öffentliche Interesse *überwiegen* (§ 9 Abs. 3 Satz 1 2. Halbsatz DSchG-E); vgl. hierzu wiederum S. 57 der Begründung des Gesetzentwurfs:

*Die Verankerung im Gesetz begründet indes keinen Vorrang bei der Abwägung vor den Belangen des Denkmalschutzes und der Denkmalpflege. Eine Privilegierung der Belange des Wohnungsbaus, des Klimas, des Einsatzes erneuerbarer Energien sowie der Barrierefreiheit verbietet sich bereits aufgrund des verfassungsrechtlich verankerten Auftrags zum Schutz der Baudenkmäler.*

Als problematisch könnte sich nun erweisen, wie die Gewichtung der Belange vorzunehmen ist, nachdem sie sich einer genauen Quantifizierung grundsätzlich entziehen: Wie „hoch“ ist etwa im Einzelfall das Gewicht der Belange des Denkmalschutzes und wann ist der Wohnungsbau „genug“ betroffen, um sich gegen sie durchzusetzen?

Die Rechtsprechung hat in dieser Frage allerdings, soweit ersichtlich, in der Vergangenheit kein Problem erkannt. So widmet sich das OVG NRW in einem Verfahren zum Abriss eines Denkmals der Frage der Abwägung nur denkbar kurz:

*Nahe liegt darüber hinaus, dass im zugrunde liegenden Fall der Erlaubnistatbestand des § 9 Abs. 2 b) DSchG NRW anzunehmen gewesen wäre. Geht von einem Baudenkmal, dessen Dachstuhl teilweise zusammengebrochen ist und dessen Holzkonstruktion im Übrigen stark von Feuchtigkeit und Moderfäule befallen ist und von dem Bauteile auf die Nachbargrundstücke herabstürzen, eine Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Personen aus, verlangt das überwiegende öffentliche Interesse seine Beseitigung.<sup>24</sup>*

Ähnlich problemlos gelingt die Abwägung dem VG Düsseldorf:

*Dieser Eingriff in das Erscheinungsbild des Denkmals ist nach § 9 Abs. 2 Buchstabe b jedoch nicht zu beanstanden. Nach § 9 Abs. 2 Buchstabe b ist die Erlaubnis auch für eine beeinträchtigende Veränderung der näheren Umgebung zu erteilen, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse die Maßnahme verlangt. Nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts NRW ist bei der Entscheidung über die*

<sup>24</sup> Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 18. April 2011 – 2 A 2492/09 –, Rn. 28, juris.

*Erteilung einer Erlaubnis nach § 9 DSchG NRW eine den Einzelfall in den Blick nehmende Interessenabwägung durchzuführen.*

*OVG NRW, Urteil vom 4. Dezember 1991 - 7 A 1113/90 -, NVwZ 1992, 1218.*

*Dabei ist hier einerseits zu berücksichtigen, dass das Vorhaben den Denkmalwert des Denkmals zwar beeinträchtigt, aber nicht gänzlich beseitigt. Grundlage für die Beurteilung des Grades einer Denkmalbeeinträchtigung sind die Gründe, die zu der Unterschutzstellung des Denkmals geführt haben.*

*OVG NRW, Urteil vom 30. Juli 1993 - 7 A 1038/92 - NVwZ-RR 1994, 135 (136).*

*Die Unterschutzstellungsbescheide führen aus, dass die Hofanlage ein weitgehend ungestörtes Beispiel niederrheinischer Bauernhausarchitektur sei und daher als bedeutend für die Geschichte des Menschen sowie für die Arbeits- und Produktionsverhältnisse einzuordnen sei. Ihre Erhaltung liege deshalb aus architekturgeschichtlichen sowie volkskundlichen und siedlungsgeschichtlichen Gründen im öffentlichen Interesse. Diese Anliegen werden nach Ansicht der Kammer, die sich auf den Eindruck in der Beweisaufnahme und die dort gefertigten Lichtbilder stützt, durch das Vorhaben der Beigeladenen zu 1) zwar beeinträchtigt, aber nicht gänzlich verhindert. Die Gebäude auf dem klägerischen Grundstück sind nur aus kurzer Entfernung als Denkmäler mit besonderer Bedeutung erkennbar. Innerhalb dieser Entfernung ist die Windkraftanlage der Beigeladenen zu 1) nur vom klägerischen Grundstück aus mit den denkmalgeschützten Gebäuden in den Blick zu nehmen. Die Errichtung und der Betrieb der Windenergieanlage hat nicht zufolge, dass diese Gebäude ihre historische Wirkung völlig einbüßen. Aufgrund des großen Abstands zwischen Anlage und Hofstelle nimmt das Windrad am Sichtfeld des Betrachters nur einen untergeordneten Anteil ein. Es ist deshalb - trotz deutlicher Sichtbarkeit der Windkraftanlage - nicht erkennbar, dass der historische Eindruck der Gebäude in Bezug auf ihre Architektur bzw. auf ihre Einbettung in die Landschaft gänzlich in den Hintergrund tritt.*

*Die Stellungnahme des Beigeladenen zu 2) vom 10. September 2009, die sich in den Verwaltungsvorgängen befindet (Heft 3, Bl. 22) , führt zu keinem anderen Ergebnis. Darin führt der Beigeladene zu 2) aus, dass durch die mit der Windkraftanlage verbundenen Immissionen langfristige Investitionen, die zum Erhalt des Denkmals erforderlich seien, weniger attraktiv würden. Selbst wenn dieser Vortrag zutreffen sollte, ist mit ihm eine unmittelbare Beeinträchtigung der denkmalpflegerischen Ziele durch das Vorhaben nicht dargelegt. Die rein indirekten Auswirkungen eines Vorhabens - geringere wirtschaftliche Attraktivität des denkmalgeschützten*

*Wohnhauses - sind nicht durchschlagend, weil sie die Erhaltungsmöglichkeit des Denkmals nicht grundsätzlich in Frage stellen.*

*Soweit der Kläger zu 2) in der mündlichen Verhandlung zusätzlich vorgetragen hat, dass besonders zu beachten sei, dass das Wohn-Stallhaus, das kleine Stallgebäude und die Scheune eine Einheit bildeten, die man vor allem "von Innen" gewissermaßen in ihrem Zusammenspiel erlebe, und das Windrad nunmehr "wie eine Krake" über dieser Innenansicht liege, führt dies ebenfalls zu keiner anderen Einschätzung. Die Blickrichtungen nach Süden, Westen und Osten, lassen auch vom Grundstück der Kläger aus eine "Innen"-Betrachtung der denkmalgeschützten Gebäude zu, ohne dass die Windkraftanlage in das Blickfeld gerät. Lediglich in nördlicher Blickrichtung ist die Anlage zu sehen, nimmt dann aber aufgrund der Entfernung keinen derart großen Anteil des Blickfelds ein, dass der Denkmalwert der Hofanlage insgesamt in Frage gestellt wird.*

*Diesem Eingriff in das Erscheinungsbild des Denkmals stehen andererseits gewichtige Belange gegenüber, die mit dem streitgegenständlichen Vorhaben verfolgt werden. Das Vorhaben der Beigeladenen dient der Gewinnung regenerativer Energie. Es ist insoweit von besonderer Bedeutung für die Allgemeinheit, wie sich auch an Art. 20a GG zeigt, der den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen zum Staatsziel bestimmt. Dem mit dem Vorhaben verfolgten Zweck kommt deshalb eine erhöhte Durchsetzungsfähigkeit zu, die dazu führt, dass Einschränkungen im Erscheinungsbild des Denkmals eher hinzunehmen sind.*

*Vgl. OVG Lüneburg, Urteil vom 3. Mai 2006 - 1 LB 16/05 -, BauR 2006, 1730/juris, Rn. 45.*

*Dies gilt um so mehr, wenn - wie hier - es sich um einen weniger gewichtigen Eingriff in das Erscheinungsbild des Denkmals handelt, der die Denkmaleigenschaft der in Rede stehenden Gebäude nicht gänzlich beseitigt. Darüber hinaus spricht für ein überwiegendes öffentliches Interesse an dem angegriffenen Vorhaben, dass sich das Vorhaben und die denkmalgeschützten Gebäude der Kläger in einer Windkraftkonzentrationszone nach § 35 BauGB befinden, die in besonderem Maße für die Errichtung von Windkraftanlagen bestimmt ist. Die Einrichtung einer solchen Windkraftkonzentrationszone ist Gegenstand der gemeindlichen Planungshoheit als Ausfluss der Selbstverwaltungsgarantie, die ebenfalls ein gewichtiger öffentlicher Belang im Sinne des § 9 Abs. 2 Buchstabe b DSchG NRW ist.*

*Vgl. Davydov/Hönes/Martin/Ringbeck, DSchG NRW, 2009, § 9 Nr. 3.6.<sup>25</sup>*

---

<sup>25</sup> VG Düsseldorf, Urteil vom 24. November 2011 – 11 K 7810/10 –, Rn. 47 - 57, juris.

Eine vergleichbare Pflicht zur Berücksichtigung anderer Belange findet sich etwa in Art. 6 Abs. 4 BayDSchG:

*Bei Entscheidungen nach den Abs. 1 bis 3 sind auch die Belange von Menschen mit Behinderung und von Menschen mit sonstigen Mobilitätsbeeinträchtigungen zu berücksichtigen.*

Mit dieser Regelung geht der BayVGH ähnlich unproblematisch um:

*Die in Art. 6 Abs. 4 DSchG genannte Berücksichtigung der Belange von Menschen mit Behinderung und Menschen mit sonstigen Mobilitätsbeeinträchtigungen ist im vorliegenden Fall nicht geeignet, die genannten gewichtigen Gründe für die Beibehaltung des bisherigen Zustands zu überwiegen.*

*Nach Auffassung des Senats enthält Art. 6 Abs. 4 DSchG einen ausdrücklich festgeschriebenen öffentlichen Belang, welcher im Rahmen der zu treffenden Ermessensentscheidung zu berücksichtigen ist (Berücksichtigungsgebot), nicht aber ein Optimierungsgebot in dem Sinn, dass sich Maßnahmen zur Verbesserung der Barrierefreiheit in jedem Fall durchsetzen müssten. Dies folgt bereits aus dem Wortlaut, welcher davon spricht, dass die dort genannten Belange „auch“ zu berücksichtigen sind. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Gesetzesbegründung (LT-Drs 14/11230 S. 23). Diese spricht zwar von einem „Erleben“ von Baudenkmalern, zu welchem auch mobilitätsbehinderte Menschen die Möglichkeit gegeben werden soll. Dies kann sich im Wesentlichen aber nur auf das Erleben öffentlicher Baudenkmalern beziehen. Im vorliegenden Fall handelt es sich um ein privates Baudenkmal, das der Wohn- und Geschäftsnutzung dient. Weder aus dem Denkmalschutzgesetz noch aus anderen Gesetzen ergibt sich insoweit ein Betretungsrecht für Dritte, um das private Baudenkmal zu erleben. Dieser Begriff des Erlebens ist auch nicht dahingehend auslegbar, dass jedes Baudenkmal mobilitätsbehinderten Menschen zum Wohnen offen stehen und zugänglich sein muss. Dies käme einer Verpflichtung zum barrierefreien Umbau jedes denkmalgeschützten Wohnhauses gleich, welche mit dem Grundrecht auf Eigentum aus Art. 14 Abs. 1 GG kaum vereinbar wäre. Auch die ebenfalls mit dem Bayerischen Gesetz zur Gleichstellung, Integration und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen und zur Änderung anderer Gesetze vom 9. 7. 2003 (GVBl. S. 419) geänderte Bayerische Bauordnung sieht beispielsweise lediglich bei Neubauten und wesentlichen Änderungen (vgl. Würfel in Simon/Busse, BayBO 2008, Stand: November 2011, Art. 48 RdNr. 28) den Einbau von barrierefreiem Wohnraum und barrierefreien Zugängen vor (Art. 48 Abs. 1 BayBO), schafft aber keine Pflicht zur Änderung von bestehendem Wohnraum. Die Gesetzesbegründung (LT-Drs 14/11230 S. 23) führt zudem aus, durch*



*diese Formulierung werde zum Ausdruck gebracht, dass die Genehmigung nicht davon abhängig gemacht werden könne, dass auch Barrierefreiheit erreicht werde. Jedoch könne das Erreichen von Barrierefreiheit die Veränderung eines Denkmals ermöglichen. Auch hieraus ergibt sich, dass die in Art. 6 Abs. 4 DSchG genannten Belange im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigende Interessen sind und nur im Einzelfall zur Veränderung eines Denkmals führen können.*

*Im vorliegenden Fall ist im Rahmen der Gewichtung dieser Belange bei der Ermessensentscheidung zudem zu berücksichtigen, dass der beantragte Innenaufzug lediglich eine lichte Türbreite von ca. 65 cm aufweisen würde und nur für zwei Personen zugelassen wäre. Damit wäre der Aufzug für mobilitätsbeeinträchtigte Menschen im Rollstuhl praktisch nicht nutzbar, weil bereits ein schmaler falt-Rollstuhl mit einer Sitzbreite von 38 cm eine Gesamtbreite von ca. 60 cm aufweist. Dies wurde auch vom Architekten der Kläger in der mündlichen Verhandlung des Senats bestätigt (vgl. Niederschrift vom 12. 1. 2012 S. 2). Auch andere Gehhilfen wie Rollatoren wären ohne die Hilfe Dritter kaum in diesen Aufzug hineinmanövrierbar. Der Nutzen des geplanten Innenaufzugs im Hinblick auf eine Mobilitätsbeeinträchtigung wäre daher stark eingeschränkt. Er beschränkte sich im Wesentlichen auf Personen mit leichter Gehbehinderung, welche maximal den Einsatz eines Gehstocks erfordert.*

*Nachdem der durch das Bauvorhaben erreichbare Vorteil für mobilitätsbehinderte Menschen von relativ geringem Umfang ist, kommt diesem Belang hier bei der Ermessensabwägung nur ein geringes Gewicht zu.<sup>26</sup>*

Vergleichbar äußert sich auch der VGH Baden-Württemberg im Rahmen einer (in § 8 Abs. 1 und § 15 Abs. 3 DSchG B-W nicht näher spezifizierten) Ermessensausübung im Rahmen der Genehmigungsentscheidung:

*Für die neu zu treffende Ermessensentscheidung weist der Senat darauf hin, dass der Beklagte auch das öffentliche Interesse an der Erschließung erneuerbarer Energien mit dem ihm zukommenden Gewicht in die Abwägung einzustellen haben wird. Insoweit spricht einiges für eine Fehlgewichtung dieses Belangs in der am 30.03.2009 getroffenen Ermessensentscheidung. Zwar hat das Regierungspräsidium den Gesichtspunkt des Klimaschutzes in die Abwägung eingestellt, ohne jedoch die Verankerung in Art. 20 a GG und in Art. 3 a der Landesverfassung - LV - zu sehen und zu berücksichtigen. Die Formulierung, der Gesichtspunkt der „subventionierten Energiegewinnung“ könne „nicht gänzlich außer Betracht bleiben“, deutet auf eine erhebliche Fehlgewichtung hin. Der Umstand, dass die Belange des Klimaschutzes auch im Grundgesetz und in der Landesverfassung, nämlich in den*

<sup>26</sup> Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 16. Januar 2012 – 2 B 11.2408 –, Rn. 27 - 30, juris.

Staatszielbestimmungen des Art. 20 a GG und des Art. 3 a LV, verankert sind, muss zu einer entsprechenden Gewichtung dieser Belange im Rahmen der nach den §§ 8 Abs. 1 Nr. 2 und 15 Abs. 3 DSchG zu treffenden Ermessensentscheidungen führen. Das bedeutet, dass den Belangen des Denkmalschutzes auch bei einer erheblichen Beeinträchtigung - nur dann kommt es überhaupt zu einer Ermessensentscheidung - nicht automatisch der Vorrang gegenüber den Belangen des Klimaschutzes gebührt. Die Erschließung erneuerbarer Energien durch die Installation von Photovoltaikanlagen leistet einen Beitrag zur Verminderung des Bedarfs an herkömmlichen fossilen sowie an atomaren Energieträgern, zur Verminderung der Schadstoffbelastung der Umwelt und der dadurch bedingten klimatischen Veränderungen und damit einen aktiven Beitrag zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen des Menschen im Sinn des Art. 20 a GG. Zwar ergeben sich aus Art. 20 a GG keine subjektiven Rechte, er ist aber durch Verwaltung und Rechtsprechung bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und der Ermessensausübung zu beachten und dient zudem der Verstärkung von Grundrechten (vgl. VGH Bad.-Württ, Beschluss vom 03.09.2002 - 10 S 957/02 - NVwZ-RR 2003, 103; Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl., Art. 20 a Rn. 2, 17, 20 f., jeweils m.w.N.). Im öffentlichen Interesse an der Erschließung erneuerbarer Energien ist daher ein relevanter Belang zu sehen, der die durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Eigentümerbefugnisse verstärkt und der in der von der Denkmalschutzbehörde durchzuführenden Abwägung mit dem ihm zukommenden Gewicht eingestellt werden muss und die Waage bei Gleichgewicht der anderen Belange hin zur Genehmigungsfähigkeit von Photovoltaikanlagen ausschlagen lässt, so dass Beeinträchtigungen des äußeren Erscheinungsbildes eines Kulturdenkmals durch Photovoltaikanlagen in stärkerem Maße hinzunehmen sind als andere bauliche Veränderungen (so bereits Fritzsche, VBIBW 2004, 414 <415>; ähnlich auch Nds. OVG, Urteil vom 03.05.2006 - 1 LB 16/05 - NdsVBl 2006, 219 = BauR 2006, 1730 <juris Rn. 45>; VG Ansbach, Urteil vom 28.05.2009 - AN 18 K 08.01942 - juris Rn. 79; VG Berlin, Urteil vom 09.09.2010 - 16 K 26.10 - ZUR 2011, 93 <juris Rn. 39>; Strobl/Sieche, a.a.O. § 8 Rn. 15). Dies gilt zum einen im Rahmen des § 8 Abs. 1 Nr. 2 DSchG, aber auch im Rahmen des hier in Rede stehenden Umgebungsschutzes nach § 15 Abs. 3 DSchG. In diesem Zusammenhang wird bei der Ermessensausübung auch zu berücksichtigen sein, dass ungeachtet des Umgebungsschutzes, den Kirche und Pfarrhaus nach § 15 Abs. 3 DSchG genießen, bereits zahlreiche Photovoltaikanlagen vorhanden sind, die diesen Umgebungsschutz erheblich aushöhlen (vgl. Anlage zur Sitzungsniederschrift, Bilder 5 und 6).<sup>27</sup>

Im Ergebnis lässt sich konstatieren, dass die Rechtsprechung trotz fehlender Maßstäbe zur Quantifizierbarkeit gegenläufiger Belange bei der Abwägung bislang keinen durchgreifenden Schwierigkeiten begegnet ist, dies nicht einmal dezidiert problematisiert. Es lässt sich hier

<sup>27</sup> Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 01. September 2011 – 1 S 1070/11 –, Rn. 52, juris.

eine Parallele ziehen zur Abwägung verschiedener, gegenläufiger Grundrechtspositionen in gerichtlichen Verfahren, die ebenfalls ohne gesetzlich festgelegte Maßstäbe auskommt. Dass die Bedeutung des Denkmalschutzes, die sich aus seinem Verfassungsrang (Art. 18 Abs. 2 Verf NRW) ergibt, dabei bislang regelmäßig verkannt würde, ist nicht ersichtlich.

Dass die Belange des Denkmalschutzes durch die Neuregelung – auch wenn insbesondere zu berücksichtigende Belange, die andererseits aber regelmäßig vorliegen, nun ausdrücklich genannt werden – keine hinreichende Beachtung mehr finden mit der Folge, dass das von Art. 18 Abs. 2 Verf NRW geforderte Schutzniveau unterschritten wäre, lässt diese Neuregelung somit nicht erwarten.

#### 4. § 24 Abs. 2 DSchG-E

Ferner stellt sich die Frage, ob § 24 Abs. 2 DSchG-E mit Art 18 Abs. 2 Verf NRW insoweit vereinbar ist, als für Entscheidungen der Denkmalbehörden künftig nicht mehr das Benehmen mit dem Denkmalpflegeamt erforderlich ist, sondern allein eine Anhörung.

§ 24 DSchG-E könnte gegen Art. 18 Abs. 2 Verf NRW verstoßen im Hinblick darauf, dass für die Entscheidungen der unteren und oberen Denkmalbehörden ein Benehmen mit dem Landschaftsverband – mit Ausnahme des Bereichs der Bodendenkmäler – nicht mehr erforderlich ist.

Die Norm lautet:

*(1) Anregungen auf Eintragung oder Löschung eines Denkmals nach § 23 Absatz 4 oder Anträge auf Erteilung einer Erlaubnis nach diesem Gesetz sind in Textform nach § 126b des Bürgerlichen Gesetzbuches in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 13 des Gesetzes vom 22. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3256) geändert worden ist, mit den zur Beurteilung des Vorhabens erforderlichen Unterlagen bei der zuständigen Denkmalbehörde einzureichen.*

*(2) Die unteren und oberen Denkmalbehörden treffen ihre Entscheidungen nach Anhörung des Denkmalfachamtes. Dieses hat seine Stellungnahme innerhalb von zwei Monaten, in Fällen des § 23 Absatz 4 innerhalb von drei Monaten abzugeben. Äußert sich das Denkmalfachamt nicht innerhalb dieser Frist, kann die Denkmalbehörde davon ausgehen, dass Bedenken nicht bestehen. Nehmen die Kreise die Aufgabe als untere Denkmalbehörden wahr, geben sie der Gemeinde, in deren Gebiet sich die Entscheidung auswirkt, Gelegenheit zur Stellungnahme binnen zwei Monaten.*

*(3) Abweichend von Absatz 2 Satz 1 treffen die Denkmalbehörden ihre Entscheidungen in Angelegenheiten des Bodendenkmalschutzes und der Bodendenkmalpflege im Benehmen mit dem Denkmalfachamt für Bodendenkmalpflege. Das Benehmen gilt als*

hergestellt, wenn der Denkmalbehörde nicht innerhalb von zwei Monaten eine Äußerung des Denkmalfachamtes vorliegt. Die Denkmalbehörden geben der Gemeinde, in deren Gebiet sich die Entscheidung auswirkt, Gelegenheit zur Stellungnahme binnen zwei Monaten.

(4) Die zuständige Behörde kann die Entscheidung über einen Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis nach diesem Gesetz für höchstens zwei Jahre aussetzen, soweit dies zur Klärung der Belange des Denkmalschutzes, insbesondere für Untersuchungen des Denkmals und seiner Umgebung, erforderlich ist.

(5) Will die Denkmalbehörde von der Äußerung des Denkmalfachamtes nach den Absätzen 2 oder 3 abweichen, so hat das Denkmalfachamt das Recht, innerhalb von vier Wochen nach Bekanntgabe des Entscheidungsentwurfs die Prüfung einer unmittelbaren Entscheidung der obersten Denkmalbehörde herbeizuführen.

(6) Eine Erlaubnis nach diesem Gesetz erlischt, wenn innerhalb von drei Jahren nach ihrer Erteilung mit der Ausführung des Vorhabens nicht begonnen oder wenn die Durchführung länger als ein Jahr unterbrochen worden ist. Die Frist kann auf schriftlichen Antrag jeweils bis zu einem Jahr verlängert werden. Sie kann auch rückwirkend verlängert werden, wenn der Antrag vor Fristablauf bei der Denkmalbehörde eingegangen ist.

§ 21 Abs. 4 DSchG (in seiner bisher geltenden Fassung) normiert dagegen:

*Die Unteren und Oberen Denkmalbehörden treffen ihre Entscheidungen im Benehmen mit dem Landschaftsverband. Das Benehmen gilt als hergestellt, wenn der Denkmalbehörde nicht innerhalb von drei Monaten eine Äußerung des Landschaftsverbandes vorliegt. Will die Denkmalbehörde von der Äußerung des Landschaftsverbandes abweichen, so hat der Landschaftsverband das Recht, unmittelbar die Entscheidung der Obersten Denkmalbehörde herbeizuführen. § 22 Abs. 5 gilt entsprechend.*

Von der bloßen Anhörung unterscheidet sich die Herstellung des Benehmens, wie sie bisher vorgesehen ist, durch den Grad der Pflicht zur Berücksichtigung der Äußerung des Denkmalfachamts:

*Anders als im Falle einer bloßen Anhörung sind im Falle der Benehmensherstellung gesteigerte Anforderungen an die Berücksichtigung der fachbehördlichen Äußerung zu stellen. Dies setzt zunächst voraus, dass die Denkmalbehörde dem Denkmalpflegeamt einen aussagekräftigen Entscheidungsentwurf (keine bloße Absichtserklärung) zukommen lässt, auf dessen Grundlage das Denkmalpflegeamt den Sachverhalt umfassend beurteilen kann. Konnte bei einem ersten Meinungsaustausch keine Übereinstimmung erzielt werden, so ist damit dem Sinn und Zweck der fachbehördlichen Mitwirkung noch nicht entsprochen worden. Vielmehr hat sich die*

*Denkmalbehörde ernsthaft um eine Annäherung an die Auffassung des Denkmalpflegeamtes zu bemühen (vgl. Schönstein, a. a. O., § 3 Rdnr. 72), was eine begründete Gegenäußerung der Denkmalbehörde erforderlich macht. Je nach Komplexität des Sachverhalts und dem Umfang der fachlichen Divergenz kann die Bemühung um einen Konsens mehrere Äußerungen und Rückäußerungen der beteiligten Behörden umfassen (Schönstein, a. a. O.). Am Ende des Meinungs austauschs setzt die Denkmalbehörde das Denkmalpflegeamt von ihrer abschließenden Willensbildung in Kenntnis, wobei sie auf den abschließenden Charakter ihrer Äußerung und die Möglichkeit des Denkmalpflegeamtes, eine Entscheidung der Obersten Denkmalbehörde unmittelbar herbeizuführen, hinzuweisen hat.*

*Die Bemühung um Konsens bedeutet allerdings nicht, dass eine vollständige Übereinstimmung der von der Denkmalbehörde beabsichtigten Entscheidung mit den Wünschen des Denkmalpflegeamtes erreicht werden muss. Der Konsens im o. g. Sinne bedeutet einen Grad der Annäherung, bei dem das Denkmalpflegeamt im Ergebnis die Entscheidung der Denkmalbehörde aus fachlicher Sicht mittragen kann. Das Benehmen des Denkmalpflegeamtes bedeutet daher nicht zwangsläufig, dass die Entscheidung der Denkmalbehörde (z. B. die Erteilung einer denkmalrechtlichen Erlaubnis nach § 9 Abs. 1 DSchG) einen aus denkmalpflegerischer Sicht optimalen oder wünschenswerten Zustand zur Folge hat. Aus diesem Grunde kann das Denkmalpflegeamt z. B. im Rahmen einer späteren Entscheidung nach § 40 DSchG das Benehmen auch dann verweigern, wenn es zuvor den zu bescheinigenden Maßnahmen zugestimmt hat.<sup>28</sup>*

Dieses Bemühen um Konsens beinhaltet, dass sich die untere Denkmalbehörde der Kritik ihrer Einschätzung durch das Denkmalpflegeamt stellt, es erlegt ihr damit eine besondere Begründungslast auf. Geprägt wird diese Benehmensherstellung zudem durch die Möglichkeit der Herbeiführung des Ministerentscheids, § 21 Abs. 4 Satz 3 DSchG.

Ein Verstoß gegen Art. 18 Abs. 2 Verf NRW ergibt sich durch die Ersetzung des Benehmens durch die Anhörung, wenn der Landesgesetzgeber mit der Änderung seinen Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum überschreitet und die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben.

Ein solches erhebliches Zurückbleiben hinter dem Schutzziel könnte sich daraus ergeben, dass bei den unteren und oberen Denkmalbehörden – anders als bei den Denkmalfachämtern bei den Landschaftsverbänden – das für die zutreffende Beurteilung

---

<sup>28</sup> Davydov, in: PdK NW G-11, DSchG § 21 Rn. 36 f., beck-online.

denkmalschutzrechtlicher Sachverhalte erforderliche Fachwissen womöglich regelmäßig nicht vorhanden ist.

Zumindest für das archäologische und paläontologische Fachwissen nimmt der Gesetzentwurf dies selbst an, weshalb § 24 Abs. 3 DSchG-E das Benehmensfordernis weiterhin vorsieht. Die Begründung des Gesetzentwurfs führt dazu aus (S. 77 f.):

*Für Verfahren, die Angelegenheiten des Bodendenkmalschutzes und der Bodendenkmal-pflege betreffen, wird die Verpflichtung zur Benehmensherstellung beibehalten (Satz 1). Das erforderliche archäologische oder paläontologische Fachwissen ist in der Breite in den unteren und oberen Denkmalbehörden überwiegend nicht vorhanden, so dass eine Änderung der Mitwirkungsform nicht angezeigt ist. Satz 2 harmonisiert die Frist mit Ab-satz 2, so dass die Benehmensfiktion künftig nach zwei Monaten eintritt. Satz 3 sieht zur Wahrung der Gemeinde als Trägerin der gemeindlichen Planung einen Einbezug derselben vor, wenn deren Gebiet von einer Entscheidung nach Satz 1 betroffen ist.*

Damit geht der Gesetzgeber von der zutreffenden Annahme aus, dass die Benehmensherstellung darauf zurückzuführen ist, dass die von den Landschaftsverbänden getragenen Denkmalpflegeämter in besonderer Weise mit Fachkenntnissen ausgestattet sind und ihre Hinzuziehung auf der kommunalen Ebene vorhandene fachliche Defizite ausgleichen soll.<sup>29</sup> Die Defizite auf kommunaler Ebene werden im Gesetzentwurf selbst angesprochen.<sup>30</sup>

Auch das OVG NRW sieht die Denkmalpflegeämter (nunmehr: Denkmalfachämter) als „in besonderem Maße fachkundig“ an,<sup>31</sup> die „Sach- und Fachkunde“<sup>32</sup> der Denkmalpflegeämter erlegt Klägern gegen denkmalrechtliche Entscheidungen besondere Begründungslasten auf, die Rechtsprechung des OVG NW leitet „die fachliche Sachkunde der Denkmalpflegeämter der Landschaftsverbände (...) aus der gesetzlichen Zuweisung der von ihnen im Rahmen der Denkmalpflege wahrzunehmenden Aufgaben, zu denen unter anderem die Erstattung von Gutachten in allen Angelegenheiten des Denkmalschutzes und der Denkmalpflege gehört“ ab. „Der Einschätzung der Denkmalpflegeämter kommt nicht zuletzt wegen der in § 22 Abs. 4 DSchG statuierten Weisungsunabhängigkeit eine wesentliche Bedeutung zu.“<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> Davydov, in: PdK NW G-11, DSchG § 21 Rn 25, beck-online.

<sup>30</sup> Gesetzentwurf S. 68.

<sup>31</sup> Vgl. etwa zuletzt Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 03. März 2021 – 10 A 2137/20 –, Rn. 6, juris.

<sup>32</sup> Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 11. Februar 2021 – 10 A 1421/20 –, Rn. 11, juris.

<sup>33</sup> Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 05. März 1992 – 10 A 1748/86 –, Rn. 79, juris.

Eine solche Weisungsunabhängigkeit ist bei den unteren Denkmalämtern von vornherein nicht gegeben.

Da die Benehmensherstellung bislang durch die besondere Fachkenntnis der Denkmalpflegeämter einerseits und die fachlichen Defizite bei den kommunalen Denkmalämtern andererseits begründet wurde, bedürfte es im Hinblick auf den Wegfall des Erfordernisses der Benehmensherstellung wenigstens der Prüfung, ob nunmehr davon ausgegangen werden kann, dass auf der kommunalen Ebene inzwischen ausreichende Fachkenntnisse vorhanden sind.

Der Gesetzentwurf selbst geht dieser der Frage aber nicht näher nach, dort heißt es (S. 77):

*Zum anderen wird die bisherige Benehmensherstellung – außer für Bodendenkmäler (siehe insofern Absatz 3) durch eine Anhörung des Denkmalfachamtes ersetzt. Während das „Benehmen“ eine Form der behördlichen Mitwirkung an einem mehrstufigen Verwaltungsakt darstellt, erhält das Denkmalfachamt bei der Anhörung als mitwirkungsberechtigte Institution die Gelegenheit, ihre Vorstellungen in das Verfahren einzubringen. Die Benehmensherstellung selbst stellt – wie die Anhörung – ein Verwaltungsinternum dar, da sie gegenüber den Betroffenen keine eigene und unmittelbare Rechtswirkung entfaltet. Aus der Änderung der Mitwirkungsform der Denkmalfachämter an den Entscheidungen der unteren und oberen Denkmalbehörden folgt auch künftig eine Beteiligungspflicht auf der einen Seite und eine Mitwirkungspflicht auf der anderen Seite. Die untere Denkmalbehörde hat auch zukünftig die aus der Anhörung der Denkmalfachämter eingehenden Gutachten und vergleichbare Stellungnahmen inhaltlich zu würdigen, sich mit diesen auseinanderzusetzen und ein eventuell abweichendes Entscheidungsverhalten zu dokumentieren. Mit der Änderung soll eine Verfahrensbeschleunigung im Interesse der Städte und Gemeinden sowie möglicher Betroffener erwirkt werden.*

Teilweise geht er sogar davon aus, dass die unteren Denkmalbehörden bereits jetzt Schwierigkeiten haben, ihre Stellen mit dem erforderlichen fachlichen Personal zu besetzen.<sup>34</sup>

Die verfügbaren Daten legen hingegen nahe, dass das erforderliche Fachwissen jedenfalls bei den unteren Denkmalbehörden nicht vorhanden ist.

So führt der *Abschlussbericht der gutachterlichen Untersuchung „Evaluation des Denkmalschutzgesetzes Nordrhein-Westfalen“*<sup>35</sup> auf S. 27 aus, dass in den unteren Denkmalbehörden im Gesamtdurchschnitt 0,9 Vollzeitstellen besetzt sind, wobei die

<sup>34</sup> Gesetzentwurf S. 68.

<sup>35</sup> LT-Vorlage 17/1044.

Durchschnittswerte von 10,6 Vollzeitstellen in Kommunen von mindestens 500.000 Einwohnern bis 0,3 in Kommunen mit weniger als 25.000 Einwohnern (kleine Kommunen) reichen. Der niedrigste Wert der Ermittlung lag sogar nur bei 0,02 Vollzeitstellen in einer kleinen Kommune, was bei einer Wochenarbeitszeit von 39 Stunden etwas mehr als einer Dreiviertelstunde pro Woche entspricht.

Hieraus wird deutlich, dass umfangreiches fachliches Wissen in den unteren Denkmalbehörden umso weniger zu erwarten ist, je kleiner die Kommune ist. Zumindest in Bezug auf das vorhandene Personal muss deshalb sehr zweifelhaft sein, ob die Kommunen in der Lage wären, Entscheidungen nach dem DSchG regelmäßig selbstständig rechtskonform – das heißt insbesondere denkmalfachlich korrekt – zu treffen.

Zunächst wäre insofern denkbar, dass jene Kommunen, bei denen eine hinreichende Expertise bislang nicht vorhanden ist – es dürfte sich hierbei (wohl) um die Mehrheit der Kommunen handeln –, entsprechend qualifiziertes Personal einstellen müssen.

Dem stehen jedoch zum einen offensichtliche haushalterische Erwägungen entgegen, zumal das Gesetz weiterhin von der Gebührenfreiheit denkmalrechtlicher Verfahren ausgeht, § 27 Abs. 3 DSchG-E. Den Gemeinden ist es also verwehrt, den ihnen entstehenden zusätzlichen personellen Aufwand durch Gebühren zu decken.

Der Gesetzentwurf ist zudem als kostenneutral gekennzeichnet (S. 5 Buchst. D des Entwurfs), sodass der Reformgesetzgeber offenbar selbst nicht davon ausgeht, dass in nennenswertem Maße Personal ergänzt werden soll bzw. werden wird.

Zum anderen ist beachtlich, dass regelmäßig nur Stellen für Personen mit Bachelor-Abschluss zur Verfügung stehen, die fachspezifische Ausbildung aber erst im Masterstudiengang erfolgt, sodass sich selbst für Kommunen, die ihr Personal entsprechend zu ergänzen suchen, die Schwierigkeit ergibt, hinreichend qualifiziertes Personal überhaupt zu finden.<sup>36</sup>

Selbst ohne hinreichend qualifiziertes Personal ergäbe sich aber eine Verfassungswidrigkeit im Hinblick auf Art. 18 Abs. 2 Verf NRW dann nicht, wenn das von der Verfassung geforderte Schutzniveau auf andere Weise sichergestellt wäre. Eine Sicherung der fachlichen Beratung der unteren Denkmalbehörden durch die Kreise, wie sie bislang nach § 20 Abs. 2 DSchG vorgesehen war, soll jedoch künftig entfallen.

Deshalb ist der verbleibende Schutzmechanismus allein die Pflicht zur Anhörung des Denkmalfachamts (§ 24 Abs. 2 Satz 1 DSchG-E).

**Kommentiert [TK|MDM1]:** Der Verweis in der Fn. auf Fn. 37 ist dynamisch. Er muss am Ende des Bearbeitungsprozesses also noch einmal aktualisiert werden.

<sup>36</sup> A.a.O. (Fn. [3537](#)), S. 30.



Auch bisher besteht für die untere und obere Denkmalbehörden keine Pflicht, der Stellungnahme der Denkmalpflegeämter (nunmehr: Denkmalfachämter) zu folgen. Mit der Änderung von einer Pflicht zur Benehmensherstellung hin zur bloßen Anhörung ändert sich also allein die Intensität, mit der sich die untere oder obere Denkmalbehörde mit der Stellungnahme des Denkmalfachamts auseinandersetzen muss; zudem entfällt die Pflicht, im Falle der Divergenz zu versuchen, eine Einigung herbeizuführen im Wege eines zumindest zeitweiligen „Ping-Pong-Spiels“.

Dabei geht jedoch der Gesetzentwurf davon aus, dass sich auch im Falle einer Anhörung die Pflicht der unteren bzw. oberen Denkmalbehörde nicht auf eine bloße Kenntnisnahme der Stellungnahme des Denkmalfachamts beschränkt, vgl. nochmals S. 77 der Begründung des Gesetzentwurfs:

*Aus der Änderung der Mitwirkungsform der Denkmalfachämter an den Entscheidungen der unteren und oberen Denkmalbehörden folgt auch künftig eine Beteiligungspflicht auf der einen Seite und eine Mitwirkungspflicht auf der anderen Seite. Die untere Denkmalbehörde hat auch zukünftig die aus der Anhörung der Denkmalfachämter eingehenden Gutachten und vergleichbare Stellungnahmen inhaltlich zu würdigen, sich mit diesen auseinanderzusetzen und ein eventuell abweichendes Entscheidungsverhalten zu dokumentieren.*

Will die untere oder obere Denkmalbehörde von der Ansicht des Denkmalfachamts abweichen, ist der (Begründungs-)Aufwand hierfür im Ergebnis dennoch erheblich geringer als im Rahmen der Pflicht zur Benehmensherstellung.

Andererseits bleibt dem Denkmalfachamt die Möglichkeit weiterhin erhalten, will die untere oder obere Denkmalbehörde seiner Stellungnahme abweichen, die unmittelbare oberste Denkmalbehörde anzurufen (§ 24 Abs. 5 DSchG-E). Zumindest der Wortlaut schränkt die Möglichkeit der Denkmalfachämter jedoch ein, tatsächlich eine Entscheidung der obersten Denkmalbehörde herbeizuführen, denn nunmehr bestimmt § 24 Abs. 5 DSchG-E, die Denkmalpflegeämter könnten „die Prüfung einer unmittelbaren Entscheidung der obersten Denkmalbehörde herbeizuführen“. Zwar soll nach der Begründung des Gesetzentwurfs weiterhin eine Entscheidung der obersten Denkmalbehörde herbeigeführt werden können; nach dem Wortlaut kann das Denkmalpflegeamt aber nur die Prüfung der obersten Denkmalbehörde herbeiführen, ob eine Entscheidung ergeht.

Daraus ergibt sich im Ergebnis Folgendes:

Die unteren und oberen Denkmalbehörden können – und müssen – auch weiterhin auf die Expertise der Denkmalfachämter zurückgreifen. Sie sind, insbesondere dann, wenn in der eigenen Behörde nicht hinreichend fachliche Expertise vorhanden ist, nicht gehindert, ihrer

eigenen Entscheidung die Äußerungen des Denkmalfachamts zugrunde zu legen. Sie sind eben dazu vielmehr sogar verpflichtet, wenn sich nur auf diese Weise eine rechtskonforme, d.h. insbesondere denkmalfachlich richtige Entscheidung treffen lässt.

Trifft die untere oder obere Denkmalbehörde schließlich – eingedenk mangelnder fachlicher Kompetenz – eine Entscheidung, die aus Sicht des Denkmalfachamts rechtswidrig, weil denkmalfachlich falsch ist, so kann das Denkmalfachamt eine unmittelbare Entscheidung der obersten Denkmalbehörde herbeiführen (bzw. mindestens eine Prüfung über eine solche Entscheidung herbeiführen).

Wenn man vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen unterstellt, dass (jedenfalls) den unteren Denkmalbehörden regelmäßig das erforderliche Fachwissen fehlt, um den Belangen des Denkmalschutzes angemessen Rechnung zu tragen, stellt sich die Frage, ob daraus eine Verletzung des Schutzauftrags aus Art. 18 Abs. 2 Verf NRW folgt.

Staatszielbestimmungen verlangen – wie oben dargelegt – vom Staat, eine bestimmte Richtung einzuschlagen, sie geben den Staat ein Optimierungsgebot auf.<sup>37</sup> Aus dem Optimierungsgebot wird abgeleitet, dass aus mehreren zur Verfügung stehenden Alternativen diejenige zu wählen sei, die das Schutzgut am wenigsten beeinträchtigt.<sup>38</sup>

Die Abkehr vom Erfordernis des Benehmens berührt die Belange des Denkmalschutzes, indem das Gewicht der Einbindung des Sachverständigen der Denkmalpflegeämter (nunmehr: Denkmalfachämter) dadurch gemindert wird, dass die unteren Denkmalbehörden nicht verpflichtet sind, ihre abweichende fachliche Einschätzung der Beurteilung durch die Denkmalpflegeämter zu stellen. Die Beurteilung denkmalsrechtlicher Fragen wird damit in die Hände der häufig fachlich nicht hinreichend fachkundigen unteren Denkmalbehörden gelegt, die zudem – im Unterschied zu den Denkmalfachämtern – nicht weisungsfrei sind.

Mit einer bloßen Anhörung der Denkmalfachämter gehen die Belange des Denkmalschutzes damit mit geringerem Gewicht in die Entscheidung der unteren Denkmalbehörden ein, als das bislang durch die Verpflichtung zur Herstellung des Benehmens der Fall war. Damit verliert der Denkmalschutz an Gewicht.

Die Begründung des Gesetzentwurfs verhält sich zur Begründung dieser Änderung nur mit einem Satz (S. 39, 77):

---

<sup>37</sup> Zum Optimierungsgebot bei Staatszielbestimmungen: Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 21. Dezember 2007 – 11 A 3051/06 –, Rn. 75, juris; Günther, in Heusch/Schönenbroicher, Die Landesverfassung NRW, Art. 18 Rn. 1.

<sup>38</sup> Vgl. die in BVerfG, Beschluss vom 12. Oktober 2010 – 2 BvF 1/07 –, BVerfGE 127, 293-335, Rn. 73, wiedergegebene Rechtsauffassung.

*Mit der Änderung soll eine Verfahrensbeschleunigung im Interesse der Städte und Gemeinden sowie möglicher Betroffener erwirkt werden.*

Ob eine solche Begründung ausreicht, eine Abkehr von der durch die Staatszielbestimmung vorgegebenen Richtung zu begründen, lässt sich nicht abschließend beurteilen. Einerseits geht die Rechtsprechung von einem weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers aus, andererseits lässt aus der jüngsten Rechtsprechung des BVerfG ablesen, dass Staatszielbestimmungen durchaus justitiabel sind.

Die Auswirkungen auf die Verwirklichung der Staatszielbestimmung sind im Gesetzentwurf nicht in den Blick genommen worden. Auch ist keinerlei Kompensation vorgesehen. Ganz offensichtlich ist sich der Gesetzgeber den Bindungen durch die Staatszielbestimmung des Denkmalschutzes nicht bewusst gewesen. Angesichts der Anforderungen an den Gesetzgeber, insbesondere zur erforderlichen Begründung, Abschätzung und Kompensation regressiver Schritte im Hinblick auf die durch die Staatszielbestimmung des Denkmalschutzes vorgegebene Richtung gesetzgeberischen Handelns, muss von einer Unvereinbarkeit des Gesetzentwurfs mit der Staatszielbestimmung des Denkmalschutzes ausgegangen werden.

## C. Ergebnis

Die im Gesetzentwurf vorgesehenen Änderungen des denkmalrechtlichen Verfahrens, die Zuweisung weiterer Aufgaben an die derzeit bereits selbst nach Einschätzung des Gesetzgebers überlasteten kleinen kreisangehörigen Gemeinden, der Wegfall der Beratungspflicht durch den Kreis und der Wegfall der Pflicht zur Herstellung des Benehmens mit dem Denkmalpflegeamt (nunmehr: Denkmalpflegeamt) stellen im Hinblick auf die Staatszielbestimmung des Art 18 Abs. 2 Verf NRW einen rechtfertigungsbedürftigen Rückschritt dar. Bereits die fehlende Begründung dieses Rückschritts aber auch die fehlende Abschätzung der Auswirkungen und das Fehlen jeder Kompensation führen dazu, dass die Neuregelung mit der Staatszielbestimmung des Denkmalschutzes nicht vereinbar ist.

Es sei allerdings darauf hingewiesen, dass in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zwar jüngst die Bindungen des Gesetzgebers an die Staatszielbestimmungen unterstrichen wurde, allerdings von der Rechtsprechung noch keine Fälle zu entscheiden waren, in denen die Frage entscheidungserheblich war, ob der Gesetzgeber den sich aus Staatszielbestimmungen ergebenden Rechtsbindungen gerecht wurde.



Achelpöhler  
Rechtsanwalt