

# Im Zweifel für den Veranlasser? Das alte und neue Recht der Bodendenkmalpflege in Nordrhein-Westfalen

Dimitrij Davydov,  
Michael M. Rind

Im Sommer 2013 hat der Gesetzgeber in Nordrhein-Westfalen die Rechtsgrundlagen des Bodendenkmalschutzes und der Bodendenkmalpflege an einigen entscheidenden Stellen überarbeitet. Bei der Betrachtung der 2013 in Kraft getretenen Veränderungen des nordrhein-westfälischen Denkmalschutzgesetzes lohnt sich ein Blick zurück in die Geschichte der denkmalschutzrechtlichen Bestimmungen seit ihrer Einführung.

## Rechtsentwicklung vor 1980

Der erste Versuch, ein Denkmalschutzgesetz in Preußen zu etablieren, scheiterte im letzten Jahrhundert, aber immerhin entstand daraus das Preußische Ausgrabungsgesetz, dessen 100-jähriges Bestehen am 1. April 2014 im Berliner Bundesrat feierlich gewürdigt worden ist. Das Preußische Ausgrabungsgesetz stammt vom 26. März 1914, die ersten 14-seitigen Ausführungsbestimmungen bzw. Verwaltungsvorschriften dazu vom 30. Juli 1920 (Abb. 1). Eine Erläuterung zur Anwendung des Gesetzes und der dazu ergangenen Ausführungsbestimmungen enthielt Hans Gummels Publikation »Lehrerschaft, Ausgrabungsgesetz und Denkmalschutz« aus dem Jahre 1926. Darin wandte sich der Verfasser, Kustos am Provinzialmuseum Hannover, insbesondere an die Schullehrer, die er in der Pflicht sah, durch Forschung und Vermittlung »beim Schutz der vorgeschichtlichen Denkmale mitzuwirken« (Abb. 2). Zwischenzeitlich entdeckte Carl Schuchhardt im Römerlager von Haltern u. a. das Pfostenloch. Allen Archäologen klingen die Ohren bei dem berühmten Satz, den er 1904 Kaiser Wilhelm II. zur Erklärung anbot: »Majestät, nichts ist dauerhafter als ein ordentliches Loch«.

Nach der wilhelminischen Zeit entstand in der Weimarer Republik (1918–1933) zum ersten Mal eine parlamentarische Demokratie in Deutschland. In der Weimarer Reichsverfassung war sogar schon das Staatsziel »Denkmalschutz« verankert: Gemäß Art. 150 WRV sollten die Denkmäler der Kunst, der Geschichte und der Natur sowie die Landschaft den Schutz und die Pflege des Staates genießen.

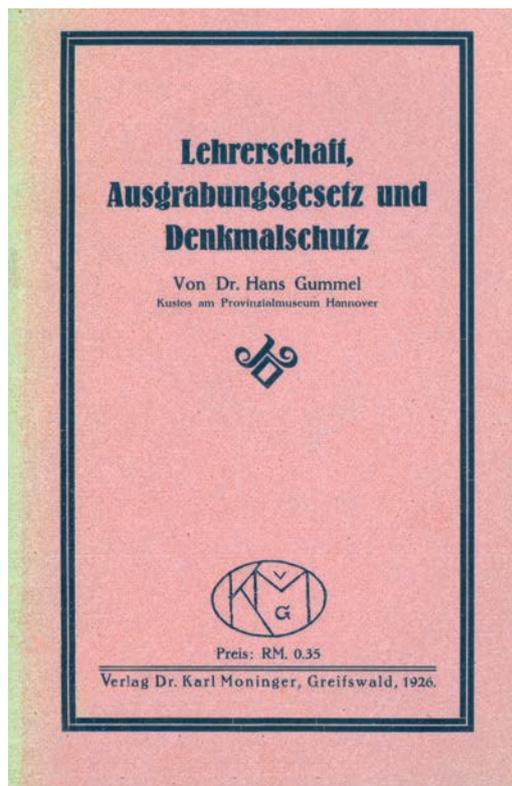
Im Freistaat Lippe wurde am 17. Januar 1920 das Lippische Heimatschutzgesetz erlassen, das seine Gültigkeit bis zur Einführung des nordrhein-westfälischen DSchG im Jahr 1980 bewahrte. Dr. Manfred Fuhrmann bemerkte 1921 in einem kritischen Leitartikel in »Lippische Blätter für Kunst, Geschichte und Heimatpflege« vom 23. Januar 1921 dazu: »Kein deutscher Bundesstaat hat solch strenges, umfassendes, wohlwogeneres Heimatschutzgesetz wie Lippe« und »Dies Gesetz ist Juristenpoesie, Politiker-Sentimentalität; es liest sich darin wie im urteutschen, biedereren Sachsenpiel, es herrscht so eine Art Weihestimmung darin wie in der Germania des Tacitus, wenn er von den heiligen Hainen der Germanen und der ihnen erwiesenen Ehrfurcht spricht.« Etwas später führte er aus: »... hindert unser auf dem Papier so köstlich anmutendes und einen erquickenden Hauch von völkischem Idealismus und gesundem Lokalpatriotismus ausstrahlendes Heimatgesetz nicht im Ge-



Abb. 1 Der Titel des Bandes »Die Scheuer. Blätter für Heimatforschung und heimatliches Leben im Kreise Querfurt« von 1925.

ringsten, daß tagtäglich in gröblichster Weise dagegen gefrevelt wird.« Anklagend formulierte er: »Fest schläft das Gesetz im Regierungsschrein!« und »Wer kümmert sich um das schöne Heimatschutzgesetz? Welche Behörden kennen es überhaupt? In welchen Fällen ist es angewandt worden? Seit der Verabschiedung dieses Gesetzes ist das Tempo in der Zerstörung heimischer Bau- und Naturdenkmäler geradezu beängstigend geworden!«. Wie würde Fuhrmann wohl reagieren, wenn er die Denkmalzerstörungen unserer heutigen Zeit sehen könnte?

Abb. 2 Der Titel des Bandes »Lehrerschaft, Ausgrabungsgesetz und Denkmalschutz« von Hans Gummel, Greifswald 1926.



Auf die Weimarer Republik folgte ab 1933 die unrühmliche Phase der Vorgeschichtsforschung während des Nationalsozialismus. Erst spät begann die Aufarbeitung unserer Forschungsvergangenheit der 1930er- und 1940er-Jahre.

Nach dem Zweiten Weltkrieg wurde der Schutz des kulturellen Erbes nunmehr in der Verfassung von Nordrhein-Westfalen (Art. 18 Abs. 2) als Staatsaufgabe und Gemeinwohlbelang von hohem Rang definiert. Allerdings bekamen Denkmalschutz und Denkmalpflege erst mit dem Inkrafttreten des Gesetzes zum Schutz und zur Pflege der Denkmäler im Lande Nordrhein-Westfalen am 1. Juli 1980 eine zeitgemäße und wirkungsvolle Rechtsgrundlage.

## Rechtslage nach 1980

Auf der Basis des Denkmalschutzgesetzes vom 11. März 1980 erfolgte eine jahrelange pragmatische Umsetzung des Bodendenkmalschutzes und der Bodendenkmalpflege, wobei die zuständigen Denkmalbehörden und Denkmalpflegeämter – durchaus in Übereinstimmung mit der Rechtspraxis in den anderen Ländern – denjenigen, dessen Bauvorhaben zur Beschädigung oder Vernichtung des archäologischen Erbes führte, regelmäßig an den Kosten der dann notwendigen Grabungs- und Dokumentationsmaßnahmen beteiligten.

Die Anwendung des Verursacher- bzw. Veranlasserprinzips basierte auf unterschiedlichen juristischen Überlegungen. Teilweise wurde angenommen, dass die originär auf Denkmäler bezogene Erhaltungspflicht (§ 7 Abs. 1 DSchG) bei Eingriffen, die zur partiellen oder vollständigen Vernichtung des Denkmals führen, nicht etwa endet, sondern als Pflicht zur Erhaltung des Dokumentationswerts fortwirkt. Deshalb könne z. B. eine Erlaubnis gem. § 9 Abs. 2 a DSchG, die die Beseitigung eines Bodendenkmals zum Gegenstand hat, mit der Auflage versehen werden, dass der Vorhabenträger das Denkmal zumindest als Sekundärquelle sichert. Teilweise wurde die Geltung des Veranlasserprinzips auf Vorgaben des Art. 6 Abs. 2 des revidierten Europäischen Übereinkommens zum Schutz des archäologischen Erbes (Valetta-Konvention) gestützt. Daraus lässt sich entnehmen, dass die Kosten von Schutzmaßnahmen nicht von der Öffentlichkeit getragen werden sollen, wenn sie dadurch entstehen, dass für private Interessen Gewinn erzielt wird. Auch konnte man zu Gunsten des Veranlasserprinzips den Kompensationsgedanken anführen, wie dieser z. B. im Naturschutzrecht zum Ausdruck kommt: Wenn der Begünstigte einer denkmalrechtlichen Erlaubnis, die eine Zerstörung oder Beschädigung eines Bodendenkmals gestattet, dem kulturellen Erbe einen Schaden zufügt, ist er zumindest mitverantwortlich für die Bewahrung dessen, was durch die Baumaßnahmen in Mitleidenschaft gezogen wird. Allerdings hat Petra Nethövel in ihrer Dissertation mit dem Titel »Das Verursacherprinzip im Denkmalrecht« an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster 2007 [2008] ihren Finger in die Wunde gelegt und auf die fehlende gesetzliche Verankerung der Kostentragungspflicht im DSchG in aller Ausführlichkeit aufmerksam gemacht.

Nahezu 30 Jahre verlief dieser praxisnahe Umgang in NRW fast ohne Probleme. Einen Teil der Grabungskosten finanzierte die LWL-Archäologie für Westfalen – vor allem bei nicht rentablen Objekten – über Landesmittel aus dem Denkmalförderprogramm, der Rest wurde über die Kostentragungspflicht nach dem Verursacherprinzip geregelt. Die Rechtsprechung der nordrhein-westfälischen Verwaltungsgerichte hat diese Vorgehensweise bis 2011 teilweise ausdrücklich gebilligt, teilweise auch nur als selbstverständlich vorausgesetzt. Überraschend setzte das OVG Münster der bisherigen Verwaltungspraxis im Herbst 2011 ein Ende (Urteil vom 20. September 2011 – 10 A 1995/09, veröffentlicht unter [www.justiz.nrw.de](http://www.justiz.nrw.de)). Das OVG führte aus, der Gesetzgeber habe den Denkmalschutz in die Hände staatlicher Fachbehörden gelegt, die für eine geordnete und wissenschaftlich fundierte Denkmalpflege zu sorgen hätten. Nach § 22 Abs. 3 Nr. 4 DSchG sei es Aufgabe des mit Fachpersonal ausgestatteten Denkmalpflegeamtes, die wissenschaftliche Ausgrabung und Bergung von Bodendenkmälern in eigener Verantwortung und Zuständigkeit zu betreiben. Eine Delegation dieser Aufgabe auf Private sei gesetzlich nicht vorgesehen. Wenn aber die wissenschaftliche Untersuchung und Bergung von Bodendenkmälern der öffentlichen Hand obliege, habe sie – in Ermangelung einer anderen gesetzlichen Grundlage – auch die Kosten dieser Maßnahmen selbst zu tragen. Gleichzeitig erteilte das OVG in einer anderen Entscheidung der bisherigen Praxis eine Absage, wonach der Schutz von erkannten aber nicht förmlich unter Schutz gestellten Bodendenkmälern in administrativen Entscheidungen (z. B. im Planfeststellungsverfahren) durch entsprechende Nebenbestimmungen sichergestellt werden konnte (Urteil vom 20. September 2011 – 10 A 2611/09, veröffentlicht unter [www.justiz.nrw.de](http://www.justiz.nrw.de)).

### Gesetzesänderung 2013

Die Landesarchäologen im Rheinland und in Westfalen-Lippe, die Stadtarchäologie Köln und das nordrhein-westfälische Ministerium für Bauen, Wohnen, Stadtentwicklung und Verkehr mussten 2011 kurzfristig reagieren. Die bisherige Anwendung des Verursacher- bzw. Veranlasserprinzips in NRW war schlagartig unterbunden. Hier half nur eine punktuelle, auf die Belange des Bodendenkmalschutzes fokussierte Änderung des DSchG, denn eine komplette Überarbeitung des Gesetzes erschien

weder wünschenswert noch erforderlich. Nach der Beauftragung eines Rechtsgutachtens durch den Münsteraner Juristen Prof. Dr. Janbernd Oebbecke galt es, zunächst internen Konsens zwischen der Bau- und der Bodendenkmalpflege, zwischen den Landschaftsverbänden, der Stadt Köln, den Kommunalarchäologien und dem Ministerium für Bauen, Wohnen, Stadtentwicklung und Verkehr herzustellen, was zeitnah gelang. Damit konnte die politische Umsetzung der dringend notwendigen Artikeländerungen zügig realisiert werden. Das 42 Seiten umfassende Rechtsgutachten von Prof. Oebbecke lag im September 2012 vor; es enthielt eine Beurteilung der aktuellen Rechtslage und Empfehlungen und diente als Grundlage für eine breit angelegte Diskussion.

Zentrale Themen der in politischen Gremien und in der Öffentlichkeit geführten Debatte waren die gesetzliche Verankerung des Verursacherprinzips, die Einführung des Schatzregals, die Möglichkeiten für die Berücksichtigung der Belange der Bodendenkmalpflege in Planungsprozessen und die Ausweitung des Betretungsrechts auf Grundstücke mit vermuteten bzw. erkannten Bodendenkmälern. Auch wenn grundsätzlich Konsens zu den einzelnen Sachverhalten bestand, gab es doch zahlreiche Einwände. Es ist nur allzu verständlich, dass solch komplexe Themen wie die Einführung eines Schatzregals nicht nur auf offene Ohren treffen. So haben beispielsweise Sondengänger, Sammler und Numismatiker naturgemäß eine andere Denk- und Sichtweise als Denkmalpfleger. Aber die Frage nach dem Eigentum an archäologischen Fundstücken unabhängig davon, ob sie zufällig entdeckt oder aus amtlichen Ausgrabungen stammen, interessiert auch die Landschaftsverbände und die kommunalen Archäologieeinrichtungen in Städten und Kreisen. Da das Land NRW weder archäologische Fachmuseen noch Archive zur Fundlagerung unterhält, sollen die dem Land aufgrund des Schatzregals zugefallenen Funde künftig den Landschaftsverbänden, der Stadt Köln und ggf. kommunalen Archäologieeinrichtungen überlassen werden. Hierfür gilt es solide und klare Verträge vorzubereiten und abzuschließen, die allen Interessen dienen.

Am 28. Mai 2013 erfolgte eine mit dem Bau- und Bodendenkmalpflegeamt in Westfalen-Lippe abgestimmte Stellungnahme des Landschaftsverbandes Westfalen-Lippe zur geplanten Gesetzesänderung. Die unterschiedli-

chen Auffassungen wurden in einer öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Bauen, Wohnen, Stadtentwicklung und Verkehr und des Ausschusses für Kultur und Medien im Düsseldorfer Landtag am 6. Juni 2013 noch einmal deutlich. Vertreter aus Fachämtern, Denkmalbehörden und verschiedenen Interessens- und Berufsverbänden haben ihre unterschiedlichen Argumente zu Gehör gebracht: Landschaftsverband Rheinland (LVR), Landschaftsverband Westfalen-Lippe (LWL), Deutscher Städtetag, Städte- und Gemeindebund NRW, Architektenkammer NRW, IHK, Grundbesitzerverband, Rheinischer Landwirtschaftsverband, AG Historische Stadtkerne in NRW, Deutsche Gesellschaft für Ur- und Frühgeschichte (DGUF), Deutsche Gesellschaft für Archäologie des Mittelalters und der Neuzeit, Verband archäologischer Fachfirmen, Landesamt für Denkmalpflege Hessen, Verband der Landesarchäologen in der BRD, Grabung e. V. und Hadrians Erben e. V.

Die von den Landesarchäologen favorisierten Veränderungen betrafen nicht nur die Einführung des Verursacherprinzips, sondern auch die Berücksichtigung noch nicht förmlich unter Schutz gestellter Bodendenkmäler, das Betretungsrecht und das Schatzregal. Diese vier wichtigen Anliegen wurden in der 16. Legislaturperiode des Landtags im Gesetzentwurf der SPD und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (Drucksache 16/2279) verankert, der 2013 erfolgreich umgesetzt werden konnte (Drucksache 16/3468). Das Änderungsgesetz ist am 27. Juli 2013 in Kraft getreten.

### Die neuen Regelungen des DSchG

#### a) Deklaratorischer Schutz für Bodendenkmäler (§ 3)

Ein zentrales Thema bei den Beratungen zur Änderung des Denkmalschutzgesetzes war die Gewährleistung des Schutzes für erkannte, aber (noch) nicht förmlich unter Schutz gestellte Denkmäler.

Die Regelung des § 3 Abs. 1 Satz 4 DSchG enthielt zwar von Anfang an eine Ausnahme vom Grundsatz der konstitutiven Wirkung der Denkmaleintragung (§ 3 Abs. 1 Satz 2 DSchG), wonach für Bodendenkmäler bestimmte Vorschriften des Denkmalschutzgesetzes unabhängig von der Eintragung in die Denkmalliste gelten sollten. Dieses »deklaratorische Element« betraf jedoch allein die §§ 13 bis 19 DSchG, womit eine angemessene Berücksichtigung des archäologischen Erbes beispielsweise bei öffentlichen Planungen in

der Vergangenheit nicht immer gewährleistet war. Das VG Düsseldorf hat in einer viel beachteten Entscheidung aus dem Jahre 2003 versucht, die Lücke unter Rückgriff auf die Vorschriften des Ordnungsbehördengesetzes (OBG NRW) zu schließen: Wegen der Gefahr einer unerkannten Zerstörung von Bodendenkmälern müsse sich der Denkmalschutz auch auf Grundstücke mit nicht förmlich unter Schutz gestellter archäologischer Substanz erstrecken (Urteil vom 30. Oktober 2003 – 4 K 61/01, veröffentlicht unter [www.justiz.nrw.de](http://www.justiz.nrw.de)). Dieser Vorgehensweise hat jedoch das OVG Münster im Jahre 2011 eine Absage erteilt und die Möglichkeit, in einem Planfeststellungsverfahren Regelungen zum Schutz von nicht eingetragenen Bodendenkmälern zu treffen, ausgeschlossen (Urteil vom 20. September 2011 – 10 A 2611/09, veröffentlicht unter [www.justiz.nrw.de](http://www.justiz.nrw.de)).

Aus dieser Rechtsprechung hat der Gesetzgeber, entsprechend den Festlegungen des Koalitionsvertrags 2012–2017 zwischen NRW SPD und Bündnis 90/Die Grünen, die Konsequenzen gezogen und den Kreis der von der Eintragung in die Denkmalliste »abgekoppelten« Vorschriften erweitert. Damit ist nun sichergestellt, dass u. a. bei öffentlichen Planungen (§ 1 Abs. 3 DSchG) und bei der Bauleitplanung, Landschaftsplanung und der Flurbereinigungsplanung (§ 11 DSchG) die Belange der Bodendenkmalpflege auch im Hinblick auf nicht eingetragene Bodendenkmäler berücksichtigt werden können. Zusätzlich wird durch den Verweis auf § 28 DSchG gewährleistet, dass Grundstücke von Mitarbeitern der Unteren Denkmalbehörden und der Denkmalpflegeämter betreten werden können, um vermutete Bodendenkmäler festzustellen, zu besichtigen und zu untersuchen (s. u.). Der Verweis auf § 29 DSchG korrespondiert wiederum mit der Neufassung des § 29 DSchG, wonach auch derjenige, der ein vermutetes Bodendenkmal verändert oder beseitigt, die vorherige wissenschaftliche Untersuchung, die Bergung von Funden und die Dokumentation der Befunde sicherzustellen und die dafür anfallenden Kosten im Rahmen des Zumutbaren zu tragen hat (s. u.).

#### b) Umfassendes Schatzregal (§ 17)

Eine weitere Neuerung des nordrhein-westfälischen Denkmalrechts ist die Einführung eines umfassenden, d. h., von den Fundumständen unabhängigen und auch nicht auf Funde von herausragendem Wert beschränk-

ten Schatzregals. Gegenstand des Schatzregals sind beliebige bewegliche Denkmäler und bewegliche Bodendenkmäler (Abb. 3) sowie (sonstige) Funde von besonderer wissenschaftlicher Bedeutung, die herrenlos sind oder die solange verborgen waren, dass das Eigentum nicht mehr zu ermitteln ist. Während die beiden erstgenannten Arten von Objekten in § 2 Abs. 4 und 5 DSchG definiert sind, handelt es sich bei der Objektkategorie »Funde von besonderer wissenschaftlicher Bedeutung« um ein neues Schutzgut des Denkmalschutzgesetzes. Gemeint sind damit offensichtlich Sachen, die aus wissenschaftlichen Gründen besonders bedeutend sind, ohne dass es sich um bewegliche Denkmäler oder Bodendenkmäler handeln muss. Für die Annahme einer wissenschaftlichen Bedeutung reicht grundsätzlich jede Art von wissenschaftlichem Interesse aus, das auf einen Erkenntniszuwachs ausgerichtet ist. Dem Schatzregal unterfallen also Funde, die z. B. als Gegenstand der naturwissenschaftlichen, prähistorischen, archäologischen, kunsthistorischen oder historischen Forschung in Betracht kommen und besonders wichtige Erkenntnisse für die Wissenschaft erbringen können.

senschaftlicher Bedeutung mit ihrer Entdeckung Eigentum des Landes. Da nach neuer Rechtslage weder der Entdecker noch der Eigentümer des Fundgrundstücks zu irgendeinem Zeitpunkt Eigentum erwerben, findet mit der vorgeschriebenen Ablieferung der Funde auch keine Enteignung mehr statt. Damit hängt wiederum zusammen, dass die in § 17 Abs. 2 DSchG vorgesehene, ehrlichen Findern vorbehaltene Belohnung keine Entschädigung darstellt. Sie soll nicht etwa den Rechtsverlust kompensieren, sondern lediglich das rechtstreue Verhalten des Finders würdigen, der den Fund seinem rechtmäßigen Eigentümer – nämlich dem Land NRW – überlässt, anstatt ihn zu behalten.

### c) Betretungsrecht (§ 28)

Der Gesetzgeber hat außerdem die Befugnisse der Denkmalbehörden und der Denkmalpflegeämter im Zusammenhang mit der Betretung von Grundstücken ausgeweitet. Bislang hatten Eigentümer und sonstige Nutzungsberechtigte von Denkmälern nach vorheriger Benachrichtigung zu gestatten, dass die »Beauftragten der Denkmalbehörden« Grundstücke und Wohnungen betreten sowie Prüfun-



Abb. 3 Das 190 Mio. Jahre alte Fossil des »Plesiosauriers« aus Nieheim, Kr. Höxter, datiert in das Untere Jura/Lias und ist eines der wenigen beweglichen Bodendenkmäler in Westfalen-Lippe (Foto: Steinmann-Institut Universität Bonn/G. Oleschinski).

Bislang richtete sich das Eigentum an Bodendenkmälern in Nordrhein-Westfalen nach § 984 BGB, wonach der Entdecker des Schatzes und der Grundstückseigentümer jeweils hälftig Eigentum an dem Fund erwarben. Nach früherer Rechtslage hatten das Land, der Landschaftsverband, der Kreis und die Gemeinde, in deren Gebiet ein Bodendenkmal bei einer Grabung oder gelegentlich gefunden wurde, lediglich das Recht, die Ablieferung des entdeckten Bodendenkmals zu verlangen. Bei der Ablieferung handelte es sich um eine entschädigungspflichtige Enteignung. Nach der Neufassung des § 17 DSchG werden bewegliche Denkmäler und bewegliche Bodendenkmäler sowie Funde von besonderer wis-

sen und Untersuchungen anstellen, soweit dies zur Erhaltung des Denkmals dringend erforderlich war. Die Regelung sprach damit die Denkmalpflegeämter, zu deren Aufgaben u. a. auch die Feststellung von denkmalwerten Objekten gehört (§ 22 Abs. 3 Nr. 2 DSchG), überhaupt nicht an und war zudem auf die Erhaltung von bereits bekannten (und unter Schutz gestellten) Bau- und Bodendenkmälern fokussiert. Nach der Neufassung des § 28 DSchG steht das Betretungsrecht neben den Denkmalbehörden nun dezidiert auch den Denkmalpflegeämtern der Landschaftsverbände zu (§ 28 Abs. 2 Satz 1 DSchG). Erweitert wurde auch der Kreis der Aufgaben, die zu einer Grundstücksbetretung berechtigen: Nun-

mehr gehören die Untersuchung, die Besichtigung sowie auch ausdrücklich die Feststellung von Denkmälern dazu, ohne dass eine »dringende Erforderlichkeit«, etwa eine unmittelbare Gefahr für das geschützte, erkannte oder vermutete Denkmal bestehen muss. Dem hohen Stellenwert des Schutzes privaten Eigentums und der Privatsphäre hat der Gesetzgeber durch eine Staffelung der Zugangsvoraussetzungen Rechnung getragen: Während Behördenvertreter nicht eingefriedete Grundstücke bei Bedarf auch ohne Benachrichtigung des betroffenen Eigentümers betreten dürfen, ist bei eingefriedeten Grundstücken und bei Gebäuden eine Benachrichtigung erforderlich. Eine Betretung von Wohnungen setzt wiederum das Einverständnis des Betroffenen voraus; gegen dessen Willen ist eine Betretung allein bei Gefahr im Verzug oder aufgrund einer richterlichen Anordnung zulässig (§ 28 Abs. 3 DSchG).

#### d) Veranlasserprinzip (§ 29)

Die gesetzliche Verankerung des Veranlasserprinzips hat der Gesetzgeber in der bisherigen Regelung der Kosten und Gebühren (§ 29 DSchG) verortet. Mit der Einfügung der neuen Absätze 1 und 2 hat er die bis dahin in der Praxis anerkannte Kostentragungspflicht des Vorhabenträgers erstmalig ausdrücklich gesetzlich verankert, wie dies im Koalitionsvertrag 2012–2017 zwischen NRW SPD und Bündnis 90/Die Grünen vorgesehen war. Gemäß § 29 Abs. 1 Satz 1 DSchG werden Veranlasserpflichten durch erlaubnispflichtige Maßnahmen im Sinne des § 9 Abs. 1 DSchG, aber auch durch sonstige Eingriffe in Denkmäler und Bodendenkmäler ausgelöst. Verpflichtet werden kann derjenige, welcher einer Erlaubnis nach § 9 Abs. 1 DSchG NRW oder einer diese gem. § 9 Abs. 3 DSchG ersetzenden Entscheidung (z. B. einer Baugenehmigung oder einer Planfeststellung) bedarf oder in sonstiger Weise Denkmäler oder Bodendenkmäler verändert oder beseitigt.

Der Veranlasser einer eingreifenden Maßnahme hat gem. § 29 Abs. 1 Satz 1 DSchG die vorherige wissenschaftliche Untersuchung, die Bergung von Funden und die Dokumentation der Befunde sicherzustellen. Der Begriff »wissenschaftliche Untersuchungen« ist tendenziell weit zu fassen und umfasst insbesondere nicht nur die wissenschaftlichen Ausgrabungen gem. § 22 Abs. 3 Nr. 4 DSchG, sondern z. B. auch die in den Bereich der Baudenkmal-

pflege fallenden bauhistorischen Untersuchungen mit dem Ziel, die in dem zu zerstörenden oder zu verändernden Denkmal gespeicherten Informationen als Sekundärquelle zu sichern. Ob zu den in § 29 Abs. 1 Satz 1 DSchG genannten »vorherigen Untersuchungen« auch Prospektionsmaßnahmen gehören, ist bislang nicht abschließend geklärt. In der Vergangenheit ist vereinzelt die Auffassung vertreten worden, Prospektionen gehörten zu den Aufgaben der Denkmalpflegeämter, die gerade nicht über das Veranlasserprinzip auf den Vorhabenträger delegiert werden können. Das OVG Münster hat in seiner Entscheidung zur Kostentragungspflicht des Veranlassers ausschließlich die Kosten einer Rettungsgrabung, nicht jedoch solche einer Prospektionsmaßnahme behandelt. Demgegenüber hat das OVG Magdeburg entschieden, dass bei begründeten Anhaltspunkten für das Vorliegen eines Bodendenkmals dem Vorhabenträger, der in diesem Gebiet Kiesabbau betreiben möchte, die Anlegung von Suchschnitten kostenpflichtig auferlegt werden kann (Urteil vom 26. Juli 2012 – 2 L 154/10, publiziert in der Datenbank Juris). Da gem. § 29 Abs. 1 Satz 1 DSchG neben den eingetragenen Bodendenkmälern dezidiert auch vermutete Bodendenkmäler genannt werden, sind die Erwägungen des OVG Magdeburg auf die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen übertragbar. Im Übrigen werden die dem Veranlasser auferlegten Maßnahmen im Gesetz abschließend aufgezählt. Weitergehende Maßnahmen – auch wenn es sich dabei um unabweisbare Folgen des Eingriffs handelt – dürften deshalb von der Regelung nicht erfasst sein.

Mit dem Begriff »sicherstellen« ist gemeint, dass er die Durchführung der wissenschaftlichen Untersuchungen dulden und – im Falle, dass mit dem Bauvorhaben bereits begonnen wurde – die Arbeiten einstellen oder deren Ablauf den fachlichen Erfordernissen anpassen muss. Welche Unterbrechungen angemessen sind, hängt mit den Besonderheiten des Einzelfalls zusammen, etwa damit, ob es sich bei dem Vorhabenträger um ein Privatrechtssubjekt oder um eine juristische Person des öffentlichen Rechts handelt.

Die Regelung des § 29 Abs. 1 Satz 1 DSchG enthält keine Aussage darüber, wer die vorherige wissenschaftliche Untersuchung, die Bergung von Funden und die Dokumentation der Befunde durchführt. Gem. § 22 Abs. 3 Nr. 4 DSchG gehört die Durchführung von wissenschaftlichen Ausgrabungen und die Bergung

von Bodendenkmälern zu den Aufgaben der Landschaftsverbände, die durch deren Denkmalpflegeämter wahrzunehmen sind. Allerdings zählt auch die Überwachung der oben genannten Maßnahmen zu den Aufgaben der Denkmalpflegeämter. Würde das Gesetz festlegen, dass wissenschaftliche Ausgrabungen ausschließlich durch eigenes Personal der Denkmalpflegeämter durchzuführen sind, wäre der Überwachungsauftrag obsolet. Der Begriff »sicherstellen« kann deshalb auch bedeuten, dass der Veranlasser mit der Durchführung der erforderlichen Maßnahmen ein privates Grabungsunternehmen beauftragt.

Die Entscheidung darüber, ob im Einzelfall die erforderlichen wissenschaftlichen Untersuchungen durch das Denkmalpflegeamt des Landschaftsverbandes oder durch ein Privatunternehmen durchgeführt werden, liegt grundsätzlich beim Vorhabenträger. Ist das zuständige Denkmalpflegeamt aufgrund fehlender Kapazitäten nicht in der Lage, die erforderlichen Untersuchungen innerhalb angemessener Frist durchzuführen, hat der Vorhabenträger das Recht, die Untersuchungen durch ein Privatunternehmen, das zur Vornahme der Untersuchungen in einer mit dem Denkmalpflegeamt vergleichbaren Qualität in der Lage ist, durchführen zu lassen. Sind amtliche Kapazitäten verfügbar, kann dem Vorhabenträger gleichwohl nicht verwehrt werden, ein entsprechend qualifiziertes Privatunternehmen zu beauftragen, wenn dessen Einsatz kürzer oder preiswerter ist. Etwas anderes kann nur in begründeten Ausnahmefällen gelten, etwa dann, wenn aufgrund eines bestehenden Forschungszusammenhangs, der Notwendigkeit bestimmter Spezialkenntnisse oder spezieller Erfahrungen allein das Denkmalpflegeamt imstande ist, den erforderlichen wissenschaftlichen Standard zu gewährleisten.

Der Vorhabenträger, der die erforderlichen wissenschaftlichen Untersuchungen ermöglichen soll, hat auch die dafür anfallenden Kosten bis zu einer im Einzelfall zu bestimmenden Obergrenze zu tragen. Die im Gesetzesentwurf ursprünglich vorgesehene Formulierung »zu erstatten« wurde zu Recht geändert (s. LT-Drucks. 16/3468, S. 5, 11), da sie nahegelegt hätte, dass die öffentliche Hand hinsichtlich der Kosten der Untersuchungen in Vorleistung zu treten hat und die Kosten lediglich nachträglich (teilweise) erstattet werden sollen. Die Kostentragung bedeutet, je nach Konstellation, dass der Veranlasser entweder für den durch die Grabung beim Denk-

malpflegeamt oder der Denkmalbehörde entstehenden Personal- und Sachaufwand aufkommt und die veranschlagten Geldmittel vorab zur Verfügung stellt (vgl. § 29 Abs. 2 Satz 1 DSchG) oder selbst ein privates Grabungsunternehmen beauftragt. Für die Kostentragungspflicht des Veranlassers ohne Bedeutung ist, ob das Denkmalpflegeamt oder die Denkmalbehörde die erforderlichen Maßnahmen mit eigenen Kräften vornehmen oder ob sie Dritte beauftragen und ihnen dadurch Fremdkosten entstehen (OVG Münster, Urteil vom 29. Januar 2009 – 20 A 2034/06, veröffentlicht unter [www.justiz.nrw.de](http://www.justiz.nrw.de)).

Schutzwürdige Belange des Grundeigentümers und des Vorhabenträgers müssen grundsätzlich bereits bei der Festlegung des Umfangs und der Dauer der erforderlichen wissenschaftlichen Untersuchungen berücksichtigt werden. Es ist zwar sachgerecht, für die Durchführung der fachlich gebotenen wissenschaftlichen Maßnahmen durch das Denkmalpflegeamt oder das von dem Vorhabenträger beauftragte Privatunternehmen angemessene Zeiträume festzulegen. Regelungen, mit denen dem Vorhabenträger verboten wird, mit der Baumaßnahme zu beginnen, ehe die notwendigen wissenschaftlichen Untersuchungen vorgenommen worden sind, müssen jedoch befristet werden, um dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu genügen. Welche Stillhaltefrist im Einzelfall verhältnismäßig ist, hängt mit den Umständen des Einzelfalls zusammen. In Anlehnung an § 14 DSchG kann eine dreijährige Frist angemessen sein (so VG Düsseldorf, Urteil vom 30. Oktober 2003 – 4 K 61/01, veröffentlicht unter [www.justiz.nrw.de](http://www.justiz.nrw.de)). Entscheidend ist, dass die Grundstücksausnutzung nicht mehr als unumgänglich gestört wird und die mit den wissenschaftlichen Untersuchungen verbundene Verzögerung des Vorhabens keine Nachteile zur Folge hat, die jenseits der betrieblichen und wirtschaftlichen Flexibilität des Vorhabenträgers liegen (vgl. OVG Münster, Urteil vom 29. Januar 2009 – 20 A 2034/06, veröffentlicht unter [www.justiz.nrw.de](http://www.justiz.nrw.de)).

Die Kosten der fachlich erforderlichen Maßnahmen hat der Veranlasser gem. § 29 Abs. 1 Satz 1 DSchG im Rahmen des Zumutbaren zu tragen. Damit wird sichergestellt, dass die Heranziehung des Veranlassers mit der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG) und dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) im Einklang steht. Eine vollständige Abwälzung

der Kostenlast auf den Vorhabenträger würde dagegen dem Privaten Aufwendungen für eine Sache zumuten, die nach der Gesetzeslage und auch allgemein im öffentlichen Interesse liegt. Wo die Grenze der Zumutbarkeit bei § 29 Abs. 1 Satz 1 DSchG verläuft, lässt sich nicht generell sagen, sondern hängt mit den Umständen des Einzelfalls zusammen. Aus dem Grundsatz der Sozialpflichtigkeit des Eigentums folgt, dass die Grenze der im Einzelfall zumutbaren Belastung auch davon abhängig sein kann, ob der Eigentümer die entsprechende Belastung bereits beim Grundstückserwerb gekannt oder zumindest das Risiko einer solchen Belastung bewusst in Kauf genommen hat (vgl. BVerfG, Beschluss vom 16. Februar 2000 – 1 BvR 242/91, veröffentlicht in BVerfGE 102, 1, 22). Folglich kann demjenigen Veranlasser, der »sehenden Auges« ein mit Bodendenkmälern »belastetes« Grundstück mit der Absicht erworben hat, Bodenschätze zu fördern, tendenziell eine höhere Kostenlast zugemutet werden, als einem Veranlasser, für den das Vorhandensein von Bodendenkmälern zum Zeitpunkt des Grundstückserwerbs nicht absehbar war (vgl. Netzhövel 2008, 231). Bei einem Abbauvorhaben kann sich auf die Obergrenze der Kostenbeteiligung des Vorhabenträgers z. B. die zu gewinnende Menge an Bodenschätzen, die Dauer der Verwirklichung und die wirtschaftliche Tragweite des Vorhabens auswirken. Eine Rolle kann auch spielen, ob der Veranlasser die Kosten über die für die gewonnenen Bodenschätze zu zahlenden Preise auf die Abnehmer abwälzen und so refinanzieren kann. Gewinneinbußen sind jedenfalls dann unbeachtlich, wenn durch die Kostenlast nicht die Rentabilität des gesamten Vorhabens vereitelt wird. Zu den individuellen Umständen, die sich auf die Zumutbarkeit der Kostenbeteiligung auswirken können, zählt auch die Frage, ob das zum Denkmaleingriff führende Vorhaben wirtschaftliche Ziele verfolgt (etwa Rohstoffabbau) oder der Realisierung nichtwirtschaftlicher privater Belange dient (privater Wohnungsbau). Tatsächlich betont das BVerfG, dass das Eigentum, soweit es die persönliche Freiheit des Einzelnen im vermögensrechtlichen Bereich sichert, einen besonders ausgeprägten Schutz genießt; dies gelte insbesondere dann, wenn ein Grundstück den wesentlichen Teil des Vermögens des Pflichtigen bildet und die Grundlage seiner privaten Lebensführung einschließlich seiner Familie darstellt (Beschluss vom 23. Februar 2010 –

1 BvR 2736/08, in: NVwZ 2010 S. 514). Unter diesen (engen) Voraussetzungen kann es im Bereich des privaten Wohnungsbaus geboten sein, den Kostenanteil des privaten Bauherrn zu reduzieren. Für die Herabsenkung der Zumutbarkeitsschwelle dürfte es jedoch nicht ausreichend sein, wenn bei einem vorwiegend wirtschaftlichen Zwecken dienenden Wohnungsbauvorhaben auch ideelle Gründe der Bauherrn (Schaffung privaten Wohnraums) mitverfolgt werden.

Da es sich bei dem Zumutbarkeitsvorbehalt um eine Vorkehrung zur Vermeidung von unverhältnismäßigen Grundrechtseingriffen, insbesondere von unverhältnismäßigen Eigentumsbelastungen handelt, greift er nur zugunsten solcher Vorhabenträger, die Grundrechtsträger sind bzw. sich insbesondere auf das Eigentumsgrundrecht (Art. 14 Abs. 1 GG) berufen können. Für Bund, Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände als Veranlasser im Sinne des Absatzes 1 gilt der Zumutbarkeitsvorbehalt deshalb nach zutreffender Ansicht nicht. Für das Land Nordrhein-Westfalen, die Gemeinden und die Gemeindeverbände gilt, dass sie von Verfassungs wegen (Art. 18 Abs. 2 LV NW) einer gesteigerten denkmalrechtlichen Erhaltungspflicht unterliegen. Für diese öffentlichen Vorhabenträger dürften folglich hinsichtlich der Kostentragungspflicht andere Beurteilungsmaßstäbe gelten, als für private Vorhabenträger. Ist im Einzelfall eine Kommune als Vorhabenträgerin Veranlasserin der Zerstörung oder Beschädigung eines Denkmals, dürfte die Belastung der Kommune durch (anteilige) Grabungskosten erst dann als unverhältnismäßig anzusehen sein, wenn hierdurch unverhältnismäßig in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie eingegriffen wird. Reichen im Einzelfall die Finanzmittel des öffentlichen Vorhabenträgers nicht aus, um die Kosten der erforderlichen wissenschaftlichen Arbeiten zu tragen, dürfen sie nicht einseitig gerade bei diesen Maßnahmen sparen, sondern müssen die Ausgaben gleichmäßig kürzen.

Gem. § 29 Abs. 1 Satz 2 DSchG werden die konkreten Pflichten des Vorhabenträgers (»das Nähere«) durch eine Nebenbestimmung zu der gem. § 9 Abs. 1 DSchG erforderlichen Erlaubnis, der an ihre Stelle tretenden Entscheidung nach § 9 Abs. 3 DSchG oder durch einen gesonderten Verwaltungsakt der Unteren Denkmalbehörde geregelt. Gem. § 36 Abs. 1 VwVfG NRW darf ein Verwaltungsakt, auf den ein Anspruch besteht, mit einer Ne-

benbestimmung nur dann versehen werden, wenn sie durch Rechtsvorschrift zugelassen ist oder wenn sie sicherstellen soll, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes erfüllt werden. Durch die Regelung des § 29 Abs. 1 Satz 2 DSchG wird die Verknüpfung von denkmalrechtlichen Entscheidungen, die eine Zerstörung oder Veränderung des Denkmals erlauben, mit einer Nebenbestimmung, die die Pflichten des Veranlassers konkretisiert, ausdrücklich normiert. Dennoch sind Nebenbestimmungen nur insoweit rechtmäßig, wie dadurch sichergestellt wird, dass der beantragten und erlaubten Maßnahme »Gründe des Denkmalschutzes« nicht entgegenstehen (§ 9 Abs. 2 a DSchG). Die dem Vorhaben des Veranlassers entgegenstehenden Gründe des Denkmalschutzes lassen sich regelmäßig bereits dadurch ausräumen, dass dem Veranlasser im Wege einer Nebenbestimmung auferlegt wird, kostenpflichtig eine vorherige wissenschaftliche Untersuchung, die Bergung von Funden und die Dokumentation der Befunde unter Einhaltung eines bestimmten wissenschaftlichen Standards durchzuführen. Eine Nebenbestimmung, die die Durchführung der erforderlichen Untersuchungen durch eine bestimmte Stelle fordert, etwa durch das zuständige Denkmalpflegeamt, dürfte deshalb nur in Ausnahmefällen rechtmäßig sein.

### Fazit

Durch die aktuellen Änderungen des DSchG NRW werden zwar bisherige Vollzugsprobleme weitgehend beseitigt; die Neufassung der einzelnen Bestimmungen des Gesetzes, die teilweise unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten, ruft jedoch neue Fragen hervor. Die Handhabung des neuen Rechts der Bodendenkmalpflege bedarf klärender Ausführungen der Landesregierung, wie sie in der 2014 erlassenen Verwaltungsvorschrift (MBL NRW 2014 S. 280) enthalten sind. Auch sollte der am 5. Mai 2011 in Kraft getretene gemeinsame Runderlass des Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Bauen, Wohnen und Verkehr NRW und des Ministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Natur- und Verbraucherschutz NRW (sogenannter »Kieserlass«, Az.: MWEBWV 56.02 – IX A 4(O) / IX B 4), der die reguläre Berücksichtigung des Bodendenkmalschutzes bei Umweltverträglichkeitsprüfungen, in Verfahren zur Zulassung oder Genehmigung von Abgrabungen und in bergrechtlichen Planfeststellungsverfahren vorgesehen hatte, wie-

der reaktiviert werden, was durch die neue Gesetzeslage ohne Schwierigkeiten möglich ist. Der Erlass betraf auch die Berücksichtigung noch nicht förmlich unter Schutz gestellter Bodendenkmäler; er hatte aufgrund der beiden Urteile des OVG Münster vom 20. September 2011 leider nur eine gültige Laufzeit von einem halben Jahr! Einige Fragen, etwa nach der Höhe der Belohnung für abgelieferte Funde oder nach der Schwelle der Zumutbarkeit bei den Veranlasserpflichten, sind jedoch einer abstrakten, verallgemeinerten Festlegung durch eine Verwaltungsvorschrift entzogen und müssen der behördlichen Einzelfallentscheidung vorbehalten bleiben. Dabei ist die im Vorfeld der Gesetzesänderung geäußerte Befürchtung, durch den Wortlaut der neuen Regelungen könnten gerichtliche Auseinandersetzungen hervorgerufen werden, nicht ganz von der Hand zu weisen. Dies ist allerdings nahezu immer der Fall, wenn durch neue Regelungen Eingriffe in die Rechte Privater gesetzlich verankert werden. An dieser Stelle darf daran erinnert werden, dass der Gesetzesentwurf von führenden Rechtsexperten, die das Gesetzgebungsverfahren intensiv begleitet haben, insgesamt als maßvoll, angemessen und sinnvoll gewürdigt worden ist. Diese Einschätzung lässt den möglicherweise bevorstehenden gerichtlichen Auseinandersetzungen im Ergebnis gelassen entgegensehen.

### Literatur

**Deutsches Nationalkomitee für Denkmalschutz (Hrsg.)**, Denkmalschutzgesetz. Schriftenreihe des Deutschen Nationalkomitees für Denkmalschutz 54 <sup>4</sup>(Bonn 2005). – **Petra Nethövel**, Das Verursacherprinzip im Denkmalrecht – zur Haftung für dokumentierende Maßnahmen bei der Zerstörung von Boden- und Baudenkmalen. Schriften zum Kunst- und Kulturrecht 3 (Baden-Baden 2008). – **Stefan Kraus**, Die Entstehung und Entwicklung der staatlichen Bodendenkmalpflege in den Preußischen Provinzen Rheinland und Westfalen. Schriften zur Bodendenkmalpflege in Nordrhein-Westfalen 10 (Aichwald 2012). – **Jürgen Kunow/Thomas Otten/Jan Bemann (Hrsg.)**, Archäologie und Bodendenkmalpflege in der Rheinprovinz 1920–1945. Materialien zur Bodendenkmalpflege im Rheinland 24 (Bonn 2013). – **Dimitrij Davydov u. a.**, Denkmalschutzgesetz Nordrhein-Westfalen. Kommentar <sup>4</sup>(Wiesbaden 2014). – **Martina Fischer/Tassilo Schiffer**, Das Gesetz zur Änderung des Gesetzes zum Schutz und zur Pflege der Denkmäler in NRW. Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter (NWVBl.), Heft 3, 2014, 88.