

Zwanzig Jahre Denkmalschutzgesetz NRW
Eine Bilanz aus rechtlicher Sicht
im Hinblick auf die Bodendenkmalpflege

von Almuth Gumprecht

Ob die neunziger Jahre die Dekade des Bodendenkmals waren - so wie es sich Eugen Gerritz, einer der Väter des Gesetzes, in einem Beitrag aus Anlaß des zehnjährigen Bestehens des Gesetzes 1990 gewünscht hat -, vermag ich nicht zu sagen. Fest steht jedoch, daß sich die Anzahl der unterschutzgestellten Bodendenkmäler seit 1990 mehr als verdoppelt hat:

Mit Stichtag 1. Januar 2000 waren in NRW 4.819 *Bodendenkmäler* in die gemeindlichen Listen *eingetragen* - davon allein *in Westfalen-Lippe* 2.334. Angesichts des im Einzelfall schwierigen Nachweises für das Vorhandensein und die Abgrenzung speziell von untertägigen Bodendenkmälern und des daraus resultierenden erheblichen Verwaltungsaufwandes für eine Unterschutzstellung erscheint dies als ein Erfolg für die in der Bodendenkmalpflege zuständigen Behörden. Aus Sicht der Juristin ist auch die Tatsache nicht unerheblich bzw. erfreulich, daß in Westfalen-Lippe seit Inkrafttreten des Gesetzes lediglich drei obergerichtliche Entscheidungen zur Überprüfung der Voraussetzungen einer Unterschutzstellung ergangen sind. Alle drei Verfahren gingen zugunsten des Denkmals aus, bestätigten damit die Arbeit des Fachamtes und der zuständigen Denkmalbehörde. Von den ca. 20 untergerichtlichen Entscheidungen ist der überwiegende Teil ebenfalls zugunsten des Denkmals entschieden worden. Das kann als ein Zeichen dafür gewertet werden, daß die Erfassung und Unterschutzstellung von Bodendenkmälern zwar als ein schwieriges, zeiterforderndes Geschäft einzuordnen ist, das Ergebnis sich jedoch durchaus sehen lassen kann. Die geringe Anzahl der gerichtlichen Entscheidungen ist m. E. nach ein Zeichen für die grundsätzliche Akzeptanz der bodendenkmalpflegerischen Arbeit auf Seiten der betroffenen Eigentümer.

Es darf natürlich nicht verschwiegen werden, daß die bisher unterschutzgestellten Objekte lediglich 12 Prozent der 40.000 in NRW bekannten Fundstellen ausmachen. Dabei ist allerdings zu sagen, daß es sich hier um eine erste Erfassung handelt. Nach bisherigen Erfahrungen führt die Überprüfung des konkreten Falles dazu, daß mindestens ein Drittel der erfaßten Fundstellen nicht die für eine Unterschutzstellung notwendige Bedeutung im Sinne des § 2 Denkmalschutzgesetz (DSchG) aufweist - damit nicht in die gemeindliche Liste eingetragen wird. Den immer wieder getroffenen Vergleich zwischen der Zahl der geschützten Baudenkmäler (74.329 in NRW, davon 26.438 in Westfalen-Lippe) und der angesichts dessen geringen Anzahl von geschützten Bodendenkmälern halte ich aus zwei Gründen nicht für angemessen: Zum einen verlangt die Unterschiedlichkeit von Bau- und Bodendenkmälern ein unterschiedliches Vorgehen bei der Unterschutzstellung. Wo bisweilen Akzeptanz vor Ort erst mühsam durch eindringliche Aufklärungsarbeit hergestellt werden muß, kann man nicht erwarten, daß durch die Gemeinde von Amts wegen unterschutzgestellt wird, so wie es bei Verfahren die Baudenkmalpflege betreffend die Regel ist. Eine bereits durch ein positives Vorverständnis für gebaute Objekte geprägte Vorstellung der Beteiligten läßt ein solches Verfahren in der Baudenkmalpflege zu, in der Bodendenkmalpflege ist diese Vorgehensweise die Ausnahme. Die meisten Unter-

schutzstellungen im Zuständigkeitsbereich des Westfälischen Museums für Archäologie/Amt für Bodendenkmalpflege (WMfA/AfB), das gleichermaßen zuständig ist für die Unterschutzstellung paläontologischer Bodendenkmäler, sind deshalb durch einen Antrag des Landschaftsverbandes (Fachamtes) initiiert worden. Zum anderen führt die für ein solch großes Arbeitsgebiet, wie Westfalen-Lippe es darstellt, - relativ gesehen - geringe Personalkapazität dazu, daß beim Fachamt sorgfältig überlegt wird, für welche Objekte ein Antrag auf Unterschutzstellung gestellt wird. Je mehr Erkenntnisse für den Denkmalwert einer Sache schon vorhanden sind, desto eher wird das Verfahren von hier aus betrieben. Es sei denn, die konkrete Gefährdung eines Objektes durch geplante Veränderungsmaßnahmen verlangt ein Tätigwerden.

Von dem Recht, die Oberste Denkmalbehörde um Entscheidung anzurufen, wenn Uneinigkeit zwischen Denkmalbehörde und Landschaftsverband (Fachamt) bzgl. der Denkmalwertigkeit eines Objekts bzw. bzgl. des Umgangs mit einem unter Schutz gestellten Objekt besteht, wurde bisher in lediglich etwa 20 Fällen Gebrauch gemacht. Auch dies ist ein Zeichen dafür, daß von Seiten der Fachbehörde in Konfliktfällen ein behutsames Vorgehen Maßstab ist.

Die - nicht erst seit Bestehen des Denkmalschutzgesetzes sondern seit mehr als 100 Jahren - bei den Landschaftsverbänden und deren Rechtsvorgängern, den Provinzialverbänden, angesiedelten fachlichen Kompetenzen auf dem Gebiet der Denkmalpflege hat der Gesetzgeber 1980 dahingehend genutzt, daß die Ämter für Boden- und Baudenkmalpflege als *fachliche* Berater in allen Fällen mit Denkmalbezug die Denkmalbehörden beraten und ihre fachliche Stellungnahme zu dem konkreten Vorhaben abgeben. Die m. E. in organisationsrechtlicher Hinsicht vorbildliche *Zuständigkeitsregelung* des Gesetzes weist den Denkmalbehörden vor Ort die Verantwortung für die auf dem Gemeindegebiet belegenen Denkmäler zu. Diese bundesweit einmalige Regelung sollte dazu dienen, das bürgerschaftliche Engagement und Interesse für denkmalwerte Objekte zu wecken und zu bewahren. Sie korrespondiert mit der Tatsache, daß der Begriff des (Boden-)Denkmals durch das Gesetz eine Ausweitung erfahren hat, indem auch Objekte, die lediglich von Bedeutung für die örtliche Gemeinschaft sind, in den Schutz des Gesetzes einbezogen wurden. Zugleich wurden paläontologische Objekte - Zeugnisse tierischen oder pflanzlichen Lebens aus erdgeschichtlicher Zeit - vom Gesetzeszweck miteinfaßt. Diese komplexe Aufgabenstellung zu erfüllen wird nur durch das Zusammenwirken kommunaler und ehrenamtlicher Denkmalpfleger vor Ort mit den Fachämtern für Archäologie und Paläontologie - Westfälisches Museum für Naturkunde (WMfN) - (in Amtshilfe für das WMfA/AfB) ermöglicht.

Das in sachlicher Hinsicht *weisungsfreie Amt* für (Boden-)Denkmalpflege führt die fachliche Beratung der Unteren (Gemeinden) und Oberen (Kreise, Bezirksregierungen) Denkmalbehörden in Westfalen-Lippe durch. Mit dieser Aufgabenverteilung ist gewährleistet, daß dieselben fachlichen Maßstäbe für alle 231 Gemeinden im Verbandsgebiet Anwendung finden. Die Denkmalbehörden stehen in einem Über-/Unterordnungsverhältnis. Die jeweils übergeordnete Behörde trägt die Verantwortung dafür, daß die Prinzipien des Gesetzes - Schutz und Pflege der Denkmäler - durch die untergeordnete Behörde vollzogen werden. Dies kann sie notfalls mit Aufsichtsmitteln erzwingen. Die strikte Trennung zwischen Erfassung und Begutachtung der Denkmäler durch das Fachamt auf der einen Seite und darauf aufbauend dem sachgemäßen Umgang mit den Objekten durch die örtlich verantwortlichen Denkmalbehörden wiederum im Zusammenwirken mit dem Fachamt auf der anderen Seite hat sich

grundsätzlich bewährt. Aus Sicht des Fachamtes wäre es allerdings wünschenswert, wenn sich die Oberen Denkmalbehörden bei kreisangehörigen Gemeinden (noch) stärker in die Pflicht nehmen ließen, so wie das Gesetz es vorsieht. Da zwei Drittel der westfälisch-lippischen Gemeinden keine eigene Bauaufsicht haben, ist der im Einzelfall notwendige Sachverstand gerade in Fällen mit denkmalpflegerischem Bezug nicht flächendeckend vorhanden. Hier sind die Aufsichtsbehörden mehr als bisher zwecks Beratung gefragt.

Die Entscheidung des Gesetzgebers für ein *zweistufiges Verfahren* zum Schutz von (Boden-)Denkmälern hat sich bewährt. Auf der ersten Stufe (Unterschutzstellung) wird ausschließlich über den Denkmalwert entschieden und erst auf der zweiten Stufe (Genehmigungsverfahren) werden die Belange des Denkmalschutzes mit anderen öffentlichen und privaten Belangen gegen- und untereinander abgewogen. Durch diese strikte Trennung wird sichergestellt, daß bei der Unterschutzstellung ausschließlich fachliche Gesichtspunkte - die Denkmaleigenschaft - maßgeblich sind und daß Fragen der wirtschaftlichen Zumutbarkeit zu diesem Zeitpunkt keine Rolle spielen.

Das Gesetz folgt dem *konstitutiven* (rechtsbegründenden) Unterschutzstellungssystem. Erst nach Eintragung in die Denkmalliste bzw. vorläufiger Unterschutzstellung ist ein Objekt als Denkmal im Sinne des Denkmalschutzgesetzes anzusehen und die gesetzlichen Schutzvorschriften finden Anwendung.

Wegen des ihrer Natur nach erhöhten Gefährdungspotentials von Bodendenkmälern ist zu deren Schutz das konstitutive Unterschutzstellungssystem mehrfach durchbrochen worden. Beispielhaft soll hier das Problem der *Grabungserlaubnis* ansatzweise erläutert werden. Das Graben nach Bodendenkmälern oder die Bergung aus einem Gewässer ist auch schon *vor Unterschutzstellung* erlaubnispflichtig. Die Grabungserlaubnis ist zu erteilen, wenn die Erhaltung von Quellen für die Forschung durch die beabsichtigte Grabung oder Bergung nicht gefährdet wird. Häufiger wollen Hobbyarchäologen oder Hobbypaläontologen, aber auch Wissenschaftler von Universitäten der entsprechenden Disziplinen Grabungen vornehmen. Im Regelfall ist eine Grabungsgenehmigung für dieses Handeln erforderlich. Eine Ausnahme bildet m. E. lediglich der Fall, daß ein Ordinarius für Archäologie oder Paläontologie einer nordrhein-westfälischen Universität im Rahmen seines Aufgabengebietes eine Grabung vornehmen will. Dies ergibt sich daraus, daß nach dem Gesetz Grabungen, die unter der Verantwortung des Landes stattfinden, genehmigungsfrei sind. Allerdings gilt natürlich auch für diesen Personenkreis, daß *lege artis* gegraben werden muß, damit Quellen für die Forschung nicht gefährdet werden. Um dies sicherzustellen, hat der Gesetzgeber die Möglichkeit vorgesehen, die regelhaft erforderliche Erlaubnis mit Auflagen und Bedingungen zu versehen. Keineswegs ist es also zulässig, daß die dafür zuständige Obere Denkmalbehörde pauschal eine Grabungsgenehmigung verweigert. Es muß in jedem Einzelfall unter Beteiligung des Fachamtes geprüft werden, ob eine Erlaubnis zur Grabung erteilt werden kann oder nicht. Dabei spielt die Zuverlässigkeit und Befähigung des Antragstellers eine wichtige Rolle. Ergänzend ist auf folgendes hinzuweisen: Neben der öffentlich-rechtlichen Grabungserlaubnis ist immer die privat-rechtliche Erlaubnis des Grundstückseigentümers *vor* der Ausgrabung vom Ausgräber einzuholen.

Bisher ist es in vielen Fällen gelungen, eine kooperative Verfahrensweise mit den Antragstellern zu erreichen. Es sollte nicht vergessen werden, daß die amtliche (Boden-)Denkmalpflege auf eine Zusammenarbeit mit anderen Institutionen und Personen zur Erkenntnisgewinnung oftmals angewiesen

ist. Viele Fundstellen wären ohne die Hilfe von Laien nicht entdeckt worden. Der Gesetzgeber hat u. a. auch aus diesem Gesichtspunkt das *ehrenamtliche* Moment im Gesetz verankert. Die Erfahrung zeigt, daß in Gemeinden, die ehrenamtliche (Boden-) *Denkmalpfleger* bestimmt bzw. sachverständige Bürger in den dafür zuständigen Ausschuß bestellt haben, die Akzeptanz für die Aufgaben der (Boden-) Denkmalpflege größer ist als dort, wo dies nicht geschehen ist. Hier bleibt für die Zukunft noch einiges zu tun.

Festzustellen bleibt allerdings folgendes: Das Graben in einem unterschutzgestellten Bodendenkmal ist *im Regelfall* ausgeschlossen, da dem Gründe des Denkmalschutzes entgegenstehen. Die Grabung beinhaltet eine Veränderung des Bodendenkmals bis hin zur völligen Zerstörung. Aus einem anderen öffentlichen oder privaten Interesse heraus, das die Interessen des Denkmalschutzes am ungestörten Erhalt ausnahmsweise überwiegt, kann sich jedoch *im Einzelfall* ein Anspruch auf Erteilung einer Erlaubnis zur Beseitigung oder Teilbeseitigung des Bodendenkmals ergeben, wenn z. B. ein neues Baugebiet erschlossen wird oder aber eine Umgehungsstraße gebaut werden soll. Die Erlaubnis wird entweder unmittelbar nach Denkmalschutzgesetz oder im Rahmen eines anderen öffentlich-rechtlichen Vorhabens, in dem die Belange des Denkmalschutzes angemessen zu berücksichtigen sind, erteilt. Sie kann mit Nebenbestimmungen versehen werden, die sicherstellen, daß eine sachgerechte Ausgrabung und Dokumentation des Denkmals vor seiner Zerstörung erfolgt. Auf diese Weise kann das gesetzlich verankerte Primärziel des Denkmalschutzes - Erhaltung und Pflege der denkmalwerten *Substanz* - zwar nur mittelbar erreicht werden. Denn die Dokumentation nach zuvor erfolgter Ausgrabung stellt aus Sicht der Denkmalpflege lediglich die zweitbeste Lösung dar, da das Denkmal nach Ausgrabung in Teilen oder in Gänze in seiner Substanz untergegangen ist. Zumindest aber wird der Zusammenhang von Fund und Befund, der den wissenschaftlichen Erkenntniswert des Denkmals mitbegründet, zerstört. Eine Notwendigkeit zur Grabung besteht aus Sicht des Fachamtes lediglich dann, wenn eine Gefährdung des Bodendenkmals z. B. durch Verwitterung gegeben ist. Um Quellen für die Forschung zu sichern, ist dann zwingend eine Ausgrabung erforderlich. Weil die Denkmalpflege im Konzert der widerstreitenden Interessen jedoch nur eine von vielen Stimmen darstellt, kann die Abwägung im Einzelfall zu ihren Lasten gehen. Um dennoch einen Totalverlust der denkmalpflegerischen Interessen zu verhindern, wird deshalb eine sach- und fachgerechte Ausgrabung mit nachfolgender Publikation erforderlich.

Eine Frage, die sich in diesem Zusammenhang immer wieder dringlich stellt, ist die nach der *Kostentragungspflicht* für die Ausgrabung. Ohne die vom *Verursacher* geplante Maßnahme wäre die Ausgrabung des Bodendenkmals nämlich nicht erfolgt, da die ungestörte Erhaltung im Boden Hauptzweck des Gesetzes ist. Die Oberste Denkmalbehörde, die zum damaligen Zeitpunkt gleichzeitig Oberste Straßenbaubehörde war, hat bereits 1993 in einem bahnbrechenden Erlaß, der für die nachgeordneten Behörden verbindlich ist, eine Regelung getroffen. Danach besteht eine Kostentragungspflicht des Verursachers von *Straßenbaumaßnahmen* unter bestimmten Voraussetzungen: Aufwendungen, für die im Interesse eines Straßenbauvorhabens *vorzeitig* und *beschleunigt* archäologische Maßnahmen durchzuführen sind, sind vom Straßenbaulastträger zu tragen. Die Kosten der bodendenkmalpflegerischen Maßnahme dürfen nicht außer Verhältnis zum angestrebten Schutzzweck stehen. Das heißt, es ist das Übermaßverbot zu beachten. Dabei spielt die wissenschaftliche Bedeutung des Denkmals im konkreten Fall eine erhebliche Rolle. Der genannte Erlaß ist nicht Rechtsgrundlage für eine verbindli-

che generelle Kostentragungspflicht des Straßenbaulastträgers, sondern diese ergibt sich aus § 9 Abs 3 DSchG in Verbindung mit dem Planfeststellungsbeschluß. Danach sind die Belange des Denkmalschutzes in anderen Genehmigungsverfahren angemessen zu berücksichtigen. Dies läuft nach der Rechtsprechung in der Regel auf eine strikte Beachtung der denkmalpflegerischen Interessen hinaus. Unter Verwendung der im genannten Erlaß entwickelten Prinzipien hat die Planfeststellungsbehörde deshalb die bodendenkmalpflegerisch notwendigen, vom zuständigen Fachamt vorgetragene und begründeten fachlichen Gesichtspunkte als Auflagen in den Planfeststellungsbeschluß aufzunehmen. Inzwischen hat sich die Anwendung des Verursacherprinzips im archäologischen Bereich auch für andere Rechtsgebiete eingebürgert. Dabei stützt man sich unter anderem auch auf Erfahrungen, die in anderen Bundesländern gemacht worden sind. Bei Vergleichen ist allerdings Vorsicht geboten, denn die Denkmalschutzgesetze in den einzelnen Bundesländern weichen stark voneinander ab. Das nordrhein-westfälische Gesetz regelt eine Kostentragungspflicht nicht ausdrücklich. Diese kann sich nur durch Auslegung einzelner Vorschriften, z. B. § 13 Abs 3 DSchG ergeben, wonach eine Grabungserlaubnis mit Auflagen und Bedingungen erteilt werden kann. Für deren Erteilung ist allerdings nicht die Gemeinde zuständig, sondern die Obere Denkmalbehörde. Die Gemeinde ist lediglich dann zuständig, wenn die Genehmigung zur Beseitigung oder Veränderung des Denkmals im Rahmen eines Erlaubnisverfahrens nach § 9 Abs 1 DSchG erteilt wird. Sie kann diese Erlaubnis mit einer Auflage im Sinne des § 36 Verwaltungsverfahrensgesetz versehen, in der die fachgerechte Ausgrabung, Dokumentation und Übernahme der dadurch entstehenden Kosten festgelegt wird. Die rechtliche Entwicklung dieses Themenkomplexes befindet sich im Fluß. Bisher haben sich in Nordrhein-Westfalen lediglich zwei Entscheidungen damit befaßt. Dabei wurde zumindest in dem einen Fall bei einem *eingetragenen* Bodendenkmal eine Kostentragungspflicht des Vorhabenträgers - es ging um die Verlegung einer Gasleitung - bejaht. Bei dem zweiten Fall kam es auf diese Frage nicht an, weil es dort bereits an der Unterschützstellung des Bodendenkmals fehlte, mithin an einer Rechtsgrundlage für eine Kostentragung durch den Verpflichteten. Das Interesse der amtlichen Bodendenkmalpflege an der Klärung dieser Rechtsfrage ist verständlicherweise hoch, und die zukünftige Entwicklung der Rechtsprechung in diesem Punkt wird deshalb von hier aus mit Spannung verfolgt werden.

Fest steht allerdings folgendes: Die Prospektion - d. h. die Feststellung, daß Denkmäler im Boden vorhanden sind - und die Kosten derselben sind von den Fachämtern zu tragen, da ihnen diese Aufgabe von Gesetzes wegen, § 22 DSchG zugewiesen ist. Die Gemeinden sind natürlich nicht gehindert, zur Beschleunigung von Verfahren die Prospektion selbst zu betreiben.

Von dem Rechtsinstitut des Grabungsschutzgebietes gem § 14 DSchG wurde im Verbandsgebiet seit Bestehen des Gesetzes nur einmal Gebrauch gemacht. Warum dies so ist, kann nur gemutmaßt werden. Die zeitlich befristete Ausweisung als *Grabungsschutzgebiet* kann von der Oberen Denkmalbehörde in Form einer Rechtsverordnung erlassen werden, wenn nachweislich oder nach Überzeugung von Sachverständigen Bodendenkmäler in bestimmten Grundstücken enthalten sind. In der Verordnung sind die - nach Art des konkret betroffenen Denkmals zu bestimmenden - erlaubnispflichtigen Maßnahmen zu benennen. Die Erlaubnis wird ebenfalls von der Oberen Denkmalbehörde erteilt. Zweck des Grabungsschutzgebietes ist die Ausgrabung. Damit steht zum einen dieser Zweck dem Grundgedanken des Gesetzes - Erhaltung der Denkmäler - entgegen. Zum anderen wird das Gra-

bungsschutzgebiet durch die zeitlich befristete Ausweisung einem geringeren Schutz unterworfen, als es durch die zeitlich unbefristete Unterschutzstellung durch Eintragung in die gemeindliche Liste bewirkt wird. Zwar kann sich auch hier die Notwendigkeit einer Grabung ergeben, wenn andere öffentliche oder private Belange diejenigen des Denkmalschutzes überwiegen. Solange dies nicht der Fall ist, besteht jedoch keine Veranlassung zum Tätigwerden, während im Grabungsschutzgebiet eine *Verpflichtung zur Grabung* besteht. Es hat sich deshalb in der Praxis eingebürgert, in Fällen, wo schon von Anfang an klar ist, daß eine Ausgrabung wegen überwiegender anderer Interessen vorgenommen werden muß, lediglich eine vorläufige Unterschutzstellung durch die zuständige Gemeinde auszusprechen, um die Belange des Denkmalschutzes in das Genehmigungsverfahren mit einbringen zu können. Nach erfolgter Ausgrabung ist das Denkmal im Regelfall zerstört und die vorläufige Unterschutzstellung läuft durch Zeitablauf automatisch aus.

Ein nicht zu unterschätzender Aspekt für die Nichtanwendung des Rechtsinstituts ergibt sich m. E. auch aus folgendem: Die Zuständigkeit für Erlaß und Umsetzung des Grabungsschutzgebietes liegt bei der Oberen Denkmalbehörde. Damit enthält die Vorschrift eine der wenigen Durchbrechungen des gesetzlichen Prinzips der gemeindlichen (Erst-)Zuständigkeit auf dem Gebiet der Denkmalpflege. Erfahrungen aus dem Bereich der Baudenkmalpflege zeigen, daß auch dort von dem der Aufsichtsbehörde eingeräumten Recht, im Falle des Nichttätigwerdens der Gemeinde, einen Denkmalbereich durch Verordnung unter Schutz zu stellen, kein Gebrauch gemacht wird. Das heißt, es wird im Regelfall vermieden, das empfindliche Beziehungs- und Zuständigkeitsgeflecht zwischen Aufsichtsbehörde und untergeordneter Behörde durch Tätigwerden der Aufsichtsbehörde zu tangieren.

Die Tatsache, daß das Gesetz trotz mancher Anfeindungen in 20 Jahren nur in unwesentlichen, nicht die Bodendenkmalpflege betreffenden Punkten geändert wurde, spricht für seine praktische Handhabbarkeit und seine Akzeptanz in der Bevölkerung und den politischen Gremien. Dagegen spricht nicht, daß sich in mancher Gemeinde immer noch nicht die Erkenntnis in den entscheidenden Ausschüssen durchgesetzt hat, daß es keine Koppelung zwischen Zustimmung/Nichtzustimmung des Eigentümers zu einer Unterschutzstellung und der Eintragung des (Boden-)Denkmals in die gemeindliche Liste gibt.

Die gemachten Ausführungen sind keineswegs abschließend und stellen aus Sicht der Verfasserin lediglich eine Auswahl der in der Praxis der Bodendenkmalpflege sich bietenden Rechtsprobleme im Umgang mit dem Gesetz dar.