



European
Heritage
Legal
Forum



Deutsches Nationalkomitee
für Denkmalschutz



BAYERISCHES LANDESAMT
FÜR DENKMALPFLEGE

**Kostentragungspflicht bei Eingriffen in Bodendenkmäler im Freistaat Bayern:
Liegt die Zerstörung von Bodendenkmälern in Bayern im Interesse der Allgemeinheit?
– Zu den Folgen eines zunehmenden Gesetzespositivismus beim Vollzug von Art. 7
Abs. 1 des Bayerischen Denkmalschutzgesetzes (BayDSchG)**

„Kultur zu bewahren erfordert vorausschauendes Denken in Jahrzehnten. Nur wenn wir auf die Auswirkungen unseres Handelns für die nächsten Generationen denken, sind unsere Denkmal- und Umwelpflegemaßnahmen überzeugend“¹. Dieses klare Bekenntnis des Geschäftsführers der Deutschen Stiftung Denkmalschutz (DSD), Dr. Wolfgang Illert, zum nachhaltigen, integralen und vorausschauenden Handeln im Umgang mit unserem kulturellen Erbe unterstreicht in herausragender Weise die Weitsichtigkeit der Mütter und Väter unserer Bayerischen Landesverfassung von 1946, die dies in dem legendären Art. 141 der Bayerischen Verfassung (BV) insbesondere den staatlichen und kommunalen Verantwortlichen für unser Gemeinwesen als Staatszielbestimmung auf den Weg gegeben haben.²

1. Eine Reihe von aktuellen Verfahren sowie zwei mündliche Verhandlungen zweier Kammern des Bayerischen Verwaltungsgericht (BayVG) München lassen es jedoch angezeigt sein, sich wieder einmal grundlegend mit der Thematik zu befassen, wie und ggf. auf welche Weise im Freistaat Bayern sichergestellt ist oder ggf. sein könnte, das archäologische kulturelle Erbe Bayerns vor Ort („in situ“) möglichst unversehrt zu bewahren.

¹ Informationsbrief der Deutschen Stiftung Denkmalschutz (DSD) vom März 2014

² Verfassung des Freistaates Bayern (in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Dezember 1998 Art. 141:

„(1)¹ Der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen ist, auch eingedenk der Verantwortung für die kommenden Generationen, der besonderen Fürsorge jedes einzelnen und der staatlichen Gemeinschaft anvertraut.²³ Mit Naturgütern ist schonend und sparsam umzugehen.⁴ Es gehört auch zu den vorrangigen Aufgaben von Staat, Gemeinden und Körperschaften des öffentlichen Rechts,

- Boden, Wasser und Luft als natürliche Lebensgrundlagen zu schützen, eingetretene Schäden möglichst zu beheben oder auszugleichen und auf möglichst sparsamen Umgang mit Energie zu achten,
- die Leistungsfähigkeit des Naturhaushaltes zu erhalten und dauerhaft zu verbessern,
- den Wald wegen seiner besonderen Bedeutung für den Naturhaushalt zu schützen und eingetretene Schäden möglichst zu beheben oder auszugleichen,
- die heimischen Tier- und Pflanzenarten und ihre notwendigen Lebensräume sowie kennzeichnende Orts- und Landschaftsbilder zu schonen und zu erhalten.

(2) Staat, Gemeinden und Körperschaften des öffentlichen Rechts haben die Aufgabe,

- die Denkmäler der Kunst, der Geschichte und der Natur sowie die Landschaft zu schützen und zu pflegen,
- herabgewürdigte Denkmäler der Kunst und der Geschichte möglichst ihrer früheren Bestimmung wieder zuzuführen,
- die Abwanderung deutschen Kunstbesitzes ins Ausland zu verhüten.

(3) ...

In einem Fall ging es um die Errichtung eines nicht unterkellerten Wohn- und Geschäftshauses in einem ausgewiesenen, im Bayerischen Denkmal-Atlas³ für Jedermann uneingeschränkt feststellbaren Bereich eines Bodendenkmals. Von der beklagten Erlaubnis, mit der die erforderlichen Erdarbeiten im Bereich des Bodendenkmals eingedenk der gleichzeitig verfügbaren Nebenbestimmungen, mit deren Hilfe wenigstens eine wissenschaftlich fundierte, auf Kosten des Vorhabensträgers zu erstellende Dokumentation (incl. der sog. Rettungsgrabung) der auf dem konkreten Grundstück i. S. v. Art. 7 Abs. 1 Alt. 2 BayDSchG vermuteten Bodendenkmäler erlaubt wurden, machten die Denkmaleigentümer Gebrauch. Der durch eine qualifizierte Grabungsfirma fachlich begleitete Oberbodenabtrag erbrachte bis zur bauseitig benötigten Tiefe keine Bodendenkmäler.

Im anderen Fall wurde gegen den Freistaat Bayern Klage gegen einzelne naturschutzfachliche bzw. bodendenkmalfachliche Nebenbestimmungen bezüglich betroffener Bereiche, in denen Bodendenkmäler zu vermuten sind, eines immissionschutzrechtlichen Genehmigungsbescheid für mehrere Windkraftanlagen erhoben.

In den mündlichen Verhandlungen bestritten die erkennenden Kammern nachdrücklich, dass auf Grund der bestehenden Rechtslage überhaupt eine Kostentragungspflicht für nicht unmittelbar Art. 141 Abs. 2 der Bayerischen Verfassung⁴ unterworfenen Institutionen (insbesondere Staat und Kommunen) zur Durchführung von in Folge eines geplanten Vorhabens denkmalfachlich erforderlich werdender Maßnahmen aller Art bestünde. Pate steht dabei die rechtsformalistisch anmutende Ablehnung einer aus dem Erhaltungsgebot für Bodendenkmäler nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 des Grundgesetzes (GG) abgeleiteten Verpflichtung des Eigentümers eines Grundstücks, auf dem ein Bau- oder Bodendenkmal erkannt, ggf. vermutet oder den Umständen nach angenommen wurde, welche – bis dato - im Rahmen des Vollzugs von Art. 7 BayDSchG regelmäßig angewandt worden war, wenn nach sorgfältiger Güterabwägung letztlich zwar zerstörende Eingriffe in das Bodendenkmal genehmigt, aber im Wege von Nebenbestimmungen „erträglicher“, d. h. deren für die Substanz des Bodendenkmals negative Auswirkungen durch eine Dokumentations- und Kostentragungsverpflichtung zu Lasten des Veranlassers „abgemildert“ wurden (sog. Veranlasserprinzip). Stattdessen sollen auch genehmigte Eingriffe in das Bodendenkmal allein unter das „Regime“ des Art. 8 BayDSchG (Melde- und Duldungsverpflichtung des Eigentümers bei sog. Zufallsfunden) gestellt sein und bleiben. Die auf Grundlage des ausdrücklichen gesetzgeberischen Willens⁵, der bisherigen Kommentar-⁶ und Denkmalliteratur⁷ in den weit überwiegenden Fällen gewählte Vorgehensweise der bayerischen Denkmalbehörden, die Versagung der beantragten Gestattung dadurch zu verhindern, dass die Gestattungsfähigkeit durch eine, die Zerstörung des Bodendenkmals begleitende wissen-

³ <http://www.geoportal.bayern.de/bayernatlas/>

⁴ s. Fußn. 2

⁵ BayLT-Drs. (1972) 7/2033 S. 10: „Der III. Abschnitt, der die Bestimmungen über die Bodendenkmäler im Sinne des Art. 1 Abs. 3 enthält, ersetzt die Art. 19 und 19 a LStVG. **Dabei wird die bisherige Gliederung in Grabungen, bei denen Bodenfunde erwartet werden, und in Zufallsfunde aufrechterhalten.**“

⁶ vgl. Eberl, Wolfgang, in Eberl/ Martin/ Greipl, Kommentar zum Bayerischen Denkmalschutzgesetz, W. Kohlhammer Verlag, 6. Aufl. 2007, Art. 7 Erl. Nr. 8)

⁷ Martin, Dieter Josef „Abbruch – Zu einem zentralen Thema des Denkmalschutzes“, NVwZ 2014, 24-29 [27]; Hönes, Ernst-Rainer, „200 Jahre Schutz des archäologischen Erbes in Bayern“, BayVBl. 2008, 650 ff.; Martin, Dieter Josef, „Das Übereinkommen von Malta und die Denkmalschutzgesetze“, BayVBl. 2003, 715 ff.; Martin, Dieter Josef, Anmerkung zu BayVG München, Urteil vom 14. September 2000, Az.: M 29 K 00.838, EzD 2.3.5 Nr. 2 (s. Fußn. 11)

schaftliche Dokumentation, welche als Nebenbestimmungen dem bewilligenden Teil des Verwaltungsaktes beigegeben wurde, „abzumildern“ in dem das ehemalige Denkmal i. S. v. Art. 1 Abs. 1 BayDSchG wenigstens in anderer Weise medial dokumentiert ist und für die Allgemeinheit aufbewahrt werden kann, ginge „bis an die Grenze zur Sittenwidrigkeit“⁸ und sei daher rechtswidrig.

2. Die Argumentation der erkennenden Kammern des BayVG München, „es fehle für die gut gemeinten Wünsche des Bayerischen Landesamtes für Denkmalpflege an einer Rechtsgrundlage“ ist im Grunde allerdings nicht ganz neu. Schon im Zuge der Diskussionen über etwaige ganz oder teilweise noch zu erfüllende Umsetzungspflichten der Länder aus dem Bundesgesetz zum Übereinkommen von Malta vom 9. Oktober 2002⁹ wurde intensiv darüber diskutiert, ob es nicht auch einer im Bayerischen Denkmalschutzgesetz selbst verankerten Rechtsgrundlage für eine Regelung bedürfe, welche als milderes und damit verhältnismäßiges Mittel vor der Erlaubnisversagung die dem Antragsteller zu gewährende Möglichkeit böte, vor Durchführung seiner nach sorgfältiger Abwägung im Grundsatz zu erlaubenden Maßnahme zuerst Dokumentationsarbeiten im Sinne des Bundesgesetzes zur Charta von La Valletta auf seine Kosten durchzuführen. Hiervon sah man aber – entgegen dem allein auf Klarstellung abzielenden Rat u. a. auch des Verfassers – ab, da man unter Verweis auf die Möglichkeiten, mittels Nebenbestimmungen nach Art. 36 des Bayerischen Verwaltungsverfahrensgesetzes (BayVwVfG) eine nach Art. 3 Abs. 2, Art. 141 Abs. 2 der Bayerischen Verfassung ansonsten gebotene Versagung der beantragten Erlaubnis vermeiden zu können, dies wie schon bei der Schaffung des Bayerischen Denkmalschutzgesetzes 1972/ 1973 nicht für nötig gehalten hatte¹⁰.

In den Urteilen in der bauleitplanrechtlichen Sache der Gemeinde Wittislingen¹¹, aber auch in der Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes (BayVerfGH) vom 22. Juli 2008¹², in der ebenfalls einen Bebauungsplan betreffenden Streitsache des „integralen“ Denkmals Kaltenbrunn wurde – leider – immer nur die Frage geklärt, ob eine unmittelbar den Verpflichtungen aus der Staatszielbestimmung des Art. 141 Abs. 2 der Bayerischen Verfassung unterworfenen Kommune sich eine daraus auch gegen sie gerichtete Verpflichtung vorhalten lassen muss, wenn sie die (Teil-) Zerstörung eines Bodendenkmals betreibt. Eine entsprechende Anwendung auf von Art. 141 Abs. 2 der Bayerischen Verfassung nicht unmittelbar angesprochene Rechtssubjekte, wie private Bürgerinnen und Bürger, welche die (Teil-) Zerstörung eines Bodendenkmals veranlassen, wurde schon damals angesprochen, problematisiert, aber mangels Erforderlichkeit nicht entschieden. Nunmehr scheinen jedenfalls zwei Kammern eines der sechs Bayerischen Verwaltungsgerichte davon auszugehen, dass ohne eine eindeutige Verankerung einer derartigen Kostentragungspflicht im Denkmalschutzgesetz jegliche Aufbürdung von Verpflichtungen, welche über das bloße, aus Art. 8 BayDSchG entspringende Dulden hinausgingen, mangels Rechtsgrundlage ausgeschlossen, gegen teilige Forderungen der Verwaltung rechtswidrig wären.

⁸ Kraus, Michael, „Auflagen grenzen ans Sittenwidrige“, in: <http://www.donaukurier.de>, Ausgabe vom 15. Mai 2014, 14:55 Uhr

⁹ s. BGBl. 2002 I, 2709 ff.; vgl. Martin, Dieter Josef, „Das Übereinkommen von Malta und die Denkmalschutzgesetze“, BayVBl. 2003, 715 ff.

¹⁰ vgl. Eberl, Wolfgang, in: Eberl/ Martin/ Greipl, BayDSchG, a. a. O., Art. 7 Erl. Nr. 8 Buchst. c Abs. 1, 5, 6

¹¹ vgl. BayVG München, Urteil vom 14. September 2000, Az.: M 29 K 00.838, EzD 2.3.5 Nr. 2 (mit Anm.

Martin); BayVGH, Urteil vom 4. Juni 2003, Az.: 26 B 00.3584, juris

¹² vgl. Az.: Vf. 11-VII-07, juris

3. Formal-juristisch vertrat insoweit der juristische Vater des Bayerischen Denkmalschutzgesetzes und Herausgeber des einzigen Kommentars zu diesem, „seinem“ Gesetz seit der Erschaffung des Bayerischen Denkmalschutzgesetzes bis heute unverändert die Meinung, welche die Denkmalbehörden bis dato folgten. Dies meine ich, konnte man auch gut beraten so vornehmen, da diese im nun fast 41jährigen Geltungszeitraum des Bayerischen Denkmalschutzgesetzes ständig praktizierte Praxis, welche auch durch sehr, sehr wenige vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (BayVGH) und BayVerfGH gerichtlich entschiedenen Fälle – ein m. E. frappantes Zeichen für die Ausgewogenheit und Verhältnismäßigkeit der von den Müttern und Vätern des Bayerischen Denkmalschutzgesetzes gefundenen, eins zu eins an Art. 19, 19 a des Bayerischen Landesstraf- und Verordnungsgesetzes (BayLStVG) 1967¹³ angelehnten Regelung – entschiedenen Fälle¹⁴ als rechtmäßig entschieden wurden. Die erkennenden Kammern des BayVG München gaben in den jeweiligen mündlichen Verhandlungsteils „wortgewaltig“ (trotz einer dann wegen formaler Unzulässigkeit zurückgenommenen Klage!), teils in fairer Rechtserörterung zu erkennen, hiervon abweichen zu wollen, ohne allerdings selbst darzulegen, warum Art. 7 Abs. 1 BayDSchG entgegen den Intentionen des Gesetzgebers zu verstehen und anzuwenden sei.
4. Daher muss insoweit auf die einschlägigen Ausführungen des damals zuständigen Staatsministers Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Hans **Maier** in der Plenarsitzung vom 6. Juni 1973 verwiesen werden: *„Als Repräsentanten eines Kulturstaates haben wir nicht nur die rechtliche Verpflichtung aus Art. 141 der bayerischen Verfassung, sondern auch die moralische Pflicht, das, was in vielen Jahrhunderten an Bauwerken und anderen Denkmälern geschaffen wurde, nicht den Interessen des Tages zu opfern. Wir haben dafür zu sorgen, dass das Einzigartige und Besondere, was aus vergangenen Tagen auf uns gekommen ist, das Bayern aus vielen Ländern Europas heraushebt und was ohnehin in seinem Bestand ... erheblich geschmälert worden ist, dass also dieser Anteil am europäischen Kulturerbe nicht in einer oder zwei Generationen vom Erdboden verschwindet. Die Erfüllung dieser Verpflichtung bedeutet nicht, dass die lebendige Entwicklung unseres Landes gehemmt wird, dass Bayern zu einem Museum gemacht werden soll. Aber wir werden in Zukunft sorgfältiger zwischen den widerstreitenden Interessen zu unterscheiden und abzuwägen haben. Dazu gibt das Gesetz Gelegenheit, weil es gerade in den Fällen, in denen es um den Schutz der Baudenkmäler vor Abbruch, Veränderung oder Veränderung der Umgebung geht, eine Abwägung der verschiedenen Gründe verlangt. Damit und mit seinen Ermessenstatbeständen wird das Gesetz auch zu einem Appell an die Vernunft der Exekutive. Es stellt hohe Ansprüche an den Sachverstand des Landesamts für Denkmalpflege und der Denkmalschutzbehörden.“*¹⁵

Im Einklang hiermit formulierte dann konsequenter Weise Dr. Paul **Siebertz** in seiner Dissertation von 1977¹⁶, dass die Erlaubnis nach Art. 7 Abs. 1 Satz 2 BayDSchG „nur

¹³ GVBl Bayern 1967, 243 ff. [249]; Entwurf eines Gesetzes zum Schutz und zur Pflege der Denkmäler (Denkmalschutzgesetz – DSchG), BayLT-Drs. (1972) 7/2033 S. 10

¹⁴ vgl. Bebauungsplan des Marktes Wittislingen: Fußn. 10; Bebauungsplan der Gemeinde Gmund am Tegernsee zur Gmkg. Kaltenbrunn: BayVerfGH, Entscheidung vom 22. Juli 2008, Az.: Vf. 11-VII-07, juris

¹⁵ vgl. **Maier**, Hans, Prof. Dr. Dr. h. c. mult., Staatsminister a. D., Gründungspräsident des Deutschen Nationalkomitees für Denkmalschutz (DNK; 1975-1985)], in: Stenographischer Bericht des Bayerischen Landtages 7/67 vom 6. Juni 1973, 3524 f.

¹⁶ vgl. **Siebertz**, Paul, „Denkmalschutz in Bayern. Ursprünge, Entwicklung und gegenwärtige Rechtslage“, Diss. 1977, München, Seiten 69, 160 f.; **Käab**, Artur/ **Rösch**, Walter, in: Bayerisches Landesstraf- und Verordnungsgesetz, München, 2. Aufl. 1967, Art. 19 Anm. 10

*versagt oder unter Auflagen und Bedingungen erteilt werden [kann], soweit dies zum Schutz eines Bodendenkmals erforderlich ist (Art. 7 Abs. 1 Satz 2 DSchG). Ist dies nicht der Fall, besteht ein Rechtsanspruch auf die Erteilung der Erlaubnis, der notfalls durch Verpflichtungsklage geltend gemacht werden kann. **Soweit eine Erlaubnis unter Auflagen oder Bedingungen zum Schutz des Denkmals ausreichend ist, darf sie nicht versagt werden.** Ob die Erlaubnis versagt oder nur unter Auflagen und Bedingungen erteilt wird, liegt, wenn und soweit es zum Schutz eines Bodendenkmals erforderlich ist, im Ermessen der zuständigen Behörde; ..., Richtlinie für die Entscheidung ist Art. 141 BV.“ (Hervorhebung durch den Verfasser).*

Die vom BayVG München zudem vermeintlich „erkannten“ Wertungswidersprüche zwischen Art. 7 und Art. 8 BayDSchG bestehen angesichts der unterschiedlichen Regelungsregime gerade nicht. Im Fall von Art. 7 BayDSchG ist eine sorgsame, an Art. 141 BV gebundene Prüfung im Rahmen eines Gestattungsverfahrens mit Suche nach einer sachgerechten, auf möglichst weitgehende substantielle Erhaltung der im konkreten Einzelfall jeweils betroffenen Belange und Interessen gerichteten Lösung geboten. Hingegen erfordert Art. 8 BayDSchG eine Verfahrenslösung beim reaktiven Umgang mit einem Zufallsfund, dem eben mangels Vorhersehbarkeit keine sorgsame denkmalfachliche Prüfung vorausgehen konnte; dennoch ging dem Verwaltungsakt ein legaler Verfahrensablauf voraus z. B. durch Eigentümerstellung, zivilrechtliche Sucherlaubnis oder öffentlich-rechtliche Gestattung wie Bau- oder immissionsschutzrechtliche Genehmigung, bei der im vorausgegangenen Verfahren die denkmalrechtliche Betroffenheit nicht erkannt worden war, weshalb ein Vertrauenstatbestand i. S. v. Art. 49 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 5 BayVwVfG begründet wurde.

Der antragstellende Vorhabensträger könnte auf Grundlage der intendierten Rechtsprechung des BayVG München allerdings erreichen, also letztlich sogar durch eigene Entscheidung erzwingen, so gestellt zu sein, als ob das Bayerische Landesamt für Denkmalpflege nach Art. 7 Abs. 5 BayDSchG „ein besonderes öffentliches Interesse an der Grabung“ festgestellt hätte, weshalb der Grundstückseigentümer die nicht auf seine Kosten durchgeführte Grabung lediglich „zu dulden“ hätte! Diese faktische Fiktionswirkung der Entscheidung eines Eigentümers eines Grundstücks, auf dem ein Denkmal erkannt, vermutet oder den Umständen nach angenommen ist, zu Lasten dieses Denkmals und der Interessen der Allgemeinheit widerspricht jedenfalls den Intentionen und Staatszielbestimmungen der Verfassung als auch der Intentionen des Denkmalschutzgesetzes.

Dem entsprechend ungleich würden in konsequenter Folge der Rechtsauffassung des BayVG München Grundeigentümer, auf denen sich ein Baudenkmal befindet, und solche, in denen sich ein Bodendenkmal befindet, entgegen den insoweit „undifferenzierten“ Vorgaben von Art. 14 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 GG ungleich behandelt werden. Nach der nun ständigen Rechtsprechung von Bundesverfassungsgericht (BVerfG)¹⁷ und Bundesverwaltungsgericht (BVerwG)¹⁸ ist der Eigentümer eines Kulturdenkmals in Folge der Bestandsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG und der aus der Sozialgebundenheit des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) folgenden aktiven Schutz- und Erhaltungspflicht verpflichtet, dieses im Rahmen des Zumutbaren zu erhalten und zu pflegen. Die auf Dauer angelegte und vom Eigentümer grundsätzlich auf eigene Kosten zu erfüllende Erhaltungspflicht ist in erster Linie eine Rechtspflicht zu positivem Tun. Der

¹⁷ vgl. u. a. Beschluss vom 2. März 1999, Az.: 1 BvL 7/91, juris / EzD 1.1 Nr. 7 / DSI 2005/I, 63 ff. (mit Anm. W. K. Göhner) / Jahrbuch des BLfD 2002/2003 S. 137 ff. (Abhandlung von W. K. Göhner)

¹⁸ vgl. Urteil vom 21. April 2009, Az.: 4 C 3/08, BVerwGE 133, 347 / juris

Eigentümer muss u. a. Schäden an der Denkmalsubstanz beseitigen; beschädigte Teile muss er reparieren und, wenn dies nicht möglich ist, erneuern. Die Ziele des Denkmalschutzes lassen sich nur erreichen, wenn auch das Eigentum in der Umgebung eines Denkmals beschränkt wird. Denkmalschutz braucht Substanz- und Umgebungsschutz. Der Gesetzgeber handelte widersprüchlich, wenn er einerseits das Kulturdenkmal unter Schutz stellte und den Eigentümer zu dessen Erhaltung und Pflege verpflichtete, andererseits aber erhebliche Beeinträchtigungen der Denkmalwürdigkeit des Kulturdenkmals durch Vorhaben in der Umgebung – oder wie in den hier angesprochenen Sachverhalten in bekannten, vermuteten oder den Umständen nach angenommenen Denkmälern ohne weiteres zuließe. *„Das Wohl der Allgemeinheit ist nicht nur Grund, sondern auch Grenze für die dem Einzelnen aufzuerlegenden Belastungen für sein Eigentum. Einschränkungen der Eigentümerbefugnisse dürfen nicht weitergehen, als der Schutzzweck reicht, dem die Regelung dient.“*¹⁹

Es fehlt jeglicher Anhaltspunkt, warum eine entsprechende Eigentümerverpflichtung nicht auch – jedenfalls im Grundsatz – bei Bodendenkmälern bestehen soll bzw. muss, auch dieser schon von Verfassungs wegen also „ein dem Denkmalschutz gegenüber aufgeschlossener Eigentümer“ zu sein hat. Die mündlich artikulierten Rechtsauffassungen beider Kammern des BayVG München scheinen es dagegen als gerechtfertigt anzusehen, einen Vorhabensträger, der noch dazu sehenden Auges Eigentümer eines Grundstücks wurde, um dort auf bzw. in einem Bereich, in dem Bodendenkmäler bekannt sind bzw. vermutet werden bzw. den Umständen nach anzunehmen sind, von diesen aktiven Erhaltungspflichten unbelastet zu sehen, obschon die ständig „geforderte“ Rechtsgrundlage für die im einschlägigen Verwaltungsakt vorgesehenen Nebenbestimmungen schon in Art. 14 Abs. 2 GG, Art. 103 Abs. 2 BV grundgelegt sind. Allerdings wird einem so agierenden Neueigentümer eines Baudenkmals, der dieses seinem Vorhaben entsprechend „verändern“ möchte, solches Verhalten untersagt und diese Versagung schon von BVerfG²⁰ und BVerwG²¹, aber auch dem BayVG²² als verfassungsmäßig beurteilt.

5. Die vorstehend geschilderte Rechtsauffassung ist insbesondere im Wege der aktiven Presseberichterstattung Bayernweit nicht nur bei den potentiell Betroffenen Vorhabensträgern in spe, sondern auch bei den zuständigen Unteren Denkmalschutzbehörden bekannt. Die bis dato auf der Ebene der Formulierung der gutachtlichen Äußerungen des Bayerischen Landesamtes für Denkmalpflege bzw. dessen Vorschläge für die Aufnahme von Nebenbestimmungen in Verwaltungsakte der Denkmalschutzbehörden geführte Diskussion, ist damit auf ein völlig neues, grundsätzliches Level gehoben

¹⁹ BVerwG, Fußn. 17

²⁰ s. Fußn. 17

²¹ s. Fußn. 18

²² Vgl. BayVGH:

- Urteil vom 27. September 2007, Az.: Az.: 1 B 00.2474, juris / BayVBl 2008, 141-148 / DSI 2007/IV, 93 ff. (mit Anm. J. **Spennemann**, <http://www.dnk.de/uploads/beitrag-pdf/e56d03a888279222f48f9a41cba2c5bc.pdf>) / *Schönere Heimat* 2007/IV, 241 f. (mit Anm. W. **Eberl**) / BayVBl 2008, 148 f. (mit Anm. D. **Martin**) / EzD 1.1 Nr. 18 (Anm. W. **Eberl**, S. 18-20) / VGHE BY 60, 268-288 / BRS 71 Nr. 200 (2007) / http://www.blfd.bayern.de/medien/urteil_2_2_5.pdf (mit Anm. W. K. **Göhner**)
- Urteil vom 18. Oktober 2010, Az.: 1 B 06.63, [http://www.w-goehner.de/cms/uploads/media/BayVGH - Urteil v. 18.10.2010 - 1 B 06.63 - neutrale Fassung G 1.pdf](http://www.w-goehner.de/cms/uploads/media/BayVGH_-_Urteil_v.18.10.2010_-_1_B_06.63_-_neutrale_Fassung_G_1.pdf) / juris
- Beschluss vom 4. September 2012, Az.: 2 ZB 11.587, juris
²² vgl. Fußn. 9, Art. 3 Abs. 1, Art. 6 Abs. 2 Buchst. b des Übereinkommens von Malta

worden, welches verschiedene gravierende Folgen für die (Boden-) Denkmalpflege in Bayern zeitigt. Denkt man die mündlichen Erläuterungen der beiden Kammern des BayVG München zu Ende, würde dies alles bei einem Eigentümer eines Grundstücks, in bzw. auf dem ein Bodendenkmal erkannt, vermutet oder den Umständen nach angenommen wurde, allerdings nicht gelten. Er wäre auch dann lediglich auf den Vollzug von Art. 8 BayDSchG verwiesen, müsste nur diesen dulden, wenn er – wie in den streitgegenständlichen Sachverhalten – aktiv und gezielt das Bodendenkmal durch seine Planungen einer Gefährdung bzw. (Teil-) Zerstörung aussetzt, letztere also „veranlasst“. Folgende Konsequenzen stellten sich zur Vermeidung flächendeckender Totalverluste an Bodendenkmälern - weder Substanzerhalt in situ noch wissenschaftliche Dokumentation als Surrogat – alternativ ein:

- a. Entweder übernahme der Freistaat Bayern, da er die ihn bindenden Staatszielbestimmungen aus Art. 3 Abs. 2, Art. 141 Abs. 1 Satz 4, Abs. 2 BV unverändert sehr ernst nimmt, nunmehr sämtliche Kosten, welche im Zuge einer Dokumentation²³ oder
- b. der Freistaat Bayern sorgt dafür, dass im Denkmalschutzgesetz eine die im Grundsatz dem Denkmalschutz gegenüber wahrlich aufgeschlossene bayerische Rechtsprechung ebenfalls zufriedenstellende Klarstellung verankert wird, wonach es wie schon einst beim Vollzug von Art. 18, später Art. 19 Abs. 3 Halbs. 2 BayLStVG zulässig und regelhaft geboten ist, die zu beantragende Erlaubnis nach Art. 7 Abs. 1 BayDSchG (ggf. diese ersetzende Genehmigung) zu versagen, wenn Nebenbestimmungen (Bedingungen und Auflagen einschließlich der Kostentragungspflicht des Veranlassers der vom Freistaat Bayern gerade nicht gewollten Denkmalzerstörung) nicht ausreichen sollten, den Schutz des Bodendenkmals vor Beschädigung, Verminderung oder Zerstörung einschließlich des „noch nicht erschlossenen Bestandes an Bodenaltertümern“ sicherzustellen und damit die Erlaubniserteilung bzw. die damit dann einhergehende substantielle Denkmalzerstörung erst zulässig zu machen. Der Bayerische Gesetzgeber befasste sich eingehend mit dieser Auflagenfrage und hielt es ausdrücklich – einstimmig – für geboten, dem Art. 18 LStVG bzw. Art. 19 Abs. 3 LStVG einen zweiten Halbsatz anzufügen: „...; *sie ist zu versagen, wenn Auflagen nicht ausreichen.*“²⁴ Die Rechtsordnung ist voller Beispiele dafür, dass auch beim Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage Grundrechtspositionen (hier insbesondere Art. 12, Art. 14 GG) abgewogen, eingeschränkt bzw. in praktische Konkordanz zueinander gestellt werden.²⁵ Nicht erst seit 1973, sondern daher schon seit 1956/1957 war und ist es gute rechtstaatliche Praxis in Bayern, dem Vorhabensträger den allein ihm dienenden Vorteil der Erlaubniserteilung an Stelle der vollständigen Versagung in freier Entscheidung zu überlassen, wenn er dafür an Stelle der verfassungsrechtlich gebotenen „in situ“-Erhaltung des Bodendenkmals der Allgemeinheit auf seine Kosten zwar denkmalfachlich ungeeigneten, aber bei gerechter Güterabwägung hinzunehmenden „Ausgleich“ durch ordnungsgemäße Durchführung der Dokumentation²⁶ verschafft. Diese muss zudem vollständig, den wissenschaftlichen Vorgaben folgend und in angemessenem Zeitrahmen erfolgen, soll die Zerstörung des Bodendenkmals rechtmäßig gewesen sein dürfen. Mit dem juristischen Vater des Bayerischen

²⁴ BayLT-Drs. 1956, 77. Sitzung vom 11. Oktober 1956, 2642

²⁵ Winkler, Markus, „Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen. Zur Dogmatik der ‚verfassungsimmanenten‘ Grundrechtsschranken“, Schriften zum Öffentlichen Recht (SÖR 824), Duncker & Humblot Verlag, 1. Aufl. 2000, S. 288 ff., s. 345 ff.

²⁶ vgl. Fußn. 22

Denkmalschutzgesetzes ist daher die auflösende Bedingung insoweit geboten und sollte weit häufiger verwendet werden.²⁷

6. Die bisher vertretene Rechtsauffassung bzw. „Fiktion“, dass die Umsetzung der sog. Charta von La Valletta keine Anpassungen des Denkmalschutzgesetzes bedürfe, da in Bayern entsprechend diesen Vorgaben gehandelt werden kann und wird (z. B. über die Heranziehung von Art. 36 BayVwVfG), ist auch nach Meinung des Verfassers unverändert zutreffend. Allerdings liegt die Zerstörung von Bodendenkmälern in Bayern weder rechtlich noch politisch bzw. gesellschaftspolitisch im Interesse der Allgemeinheit! Lediglich der seit Jahren voranschreitende Gesetzespositivismus hat nun auch den Vollzug des Bayerischen Denkmalschutzgesetzes erreicht. Die derzeit beim Vollzug von Art. 7 Abs. 1 BayDSchG geführten Diskussionen lassen sich wohl nicht mehr vermeiden. Die bis dato eher weniger dynamisch betriebene Novellierung des Bayerischen Denkmalschutzgesetzes wird vermutlich unvermeidlich. Da selbst die Oberste Denkmalschutzbehörde Bayerns in ihrer Antwort vom 3. März 2006 auf die schriftliche Anfrage der Landtagsabgeordneten Christa Naaß (SPD) zum paläontologischen Denkmalschutz in Bayern eingeräumt hatte, dass sich die Art. 7 bis 9 BayDSchG seit einigen Jahren nicht mehr im selben Umfang wie früher bewähren, wäre nicht nur eine Anpassung an europäische wie internationale Vorgaben denkbar, sondern auch eine bezüglich der Klarstellung in Sachen Kostentragungspflicht.²⁸

Alles in allem erscheint mir insoweit eine gesetzliche Klarstellung im Sinne der Wünsche der beiden Kammern des BayVG München z. B. als neue Sätze 2 und 3 in Art. 17 DSchG nach dem Vorbild des Landes Nordrhein-Westfalen womöglich in folgender Weise sinnvoll und ratsam, wenn gleich bei unverändert an die Verfassungen der Bundesrepublik Deutschland und des Freistaates Bayern gebundener Verwaltungspraxis wie Rechtsprechung keineswegs erforderlich:

„Wer einer Erlaubnis nach Art. 7 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 4 und Art. 10 Abs. 1 bedarf oder in anderer Weise ein erkanntes, vermutetes oder den Umständen nach angenommenes Bodendenkmal oder ein eingetragenes bewegliches Denkmal verändern, beseitigen oder an einen anderen Ort verbringen will, hat die vorherige wissenschaftliche Untersuchung, die Bergung von Funden und die Dokumentation nach den Vorgaben des Europäischen Übereinkommens vom 16. Januar 1992 zum Schutz des archäologischen Erbes sicherzustellen und die dafür anfallenden Kosten zu tragen, wenn die zum Schutz des Bodendenkmals im Grunde erforderliche Erlaubnisverschaffung ausnahmsweise unzumutbar wäre. In der Erlaubnis Art. 7 Abs. 1, Abs. 2 und Absatz 4 wird das Nähere durch Nebenbestimmungen geregelt.“

Wolfgang Karl Göhner, München

Regierungsdirektor
Chairman, Mitglied des Sekretariats und Deutscher Vertreter
im European Heritage Legal Forum (EHLF)
Sprecher des Deutschen Spiegelausschusses in der WG 8
„Energieeffizienz im historischen Baubestand“ des CEN/TC 346
Vorsitzender der Arbeitsgruppe Recht und Steuerfragen des

²⁷ vgl. (in entsprechender Anwendung) Eberl, Wolfgang, in: Eberl/ Martin/ Greipl, a. a. O., Art. 6 Erl. Nr. 124 Nr. 2

²⁸ S. BayLT-Drs. 15/4899, S. 12

Deutschen Nationalkomitees für Denkmalschutz (DNK)
Lehrbeauftragter der Otto-Friedrich-Universität Bamberg
Justitiar des Bayerischen Landesamts für Denkmalpflege
Homepage: <http://www.w-goehner.de/joomla/ueber-mich.html>
(Rechtsprechung, Denkmalschutzgesetze, Veröffentlichungen; EHLF-Homepage)