



**HSPV**NRW

Hochschule für Polizei und öffentliche Verwaltung  
Nordrhein-Westfalen

**Prof. Dr. Dr. Dimitrij Davydov M.A.**

HSPV NRW  
Abteilung Köln  
Erna-Scheffler-Str. 4  
51103 Köln

30.06.2023

Schleswig-Holsteinischer Landtag  
Bildungsausschuss  
Herrn Abg. Martin Habersaat MdL  
Landeshaus  
Düsternbrooker Weg 70  
24105 Kiel

Schleswig-Holsteinischer Landtag  
Umdruck 20/1710

Per E-Mail:  
[bildungsausschuss@landtag.ltsh.de](mailto:bildungsausschuss@landtag.ltsh.de)

Gesetzesentwurf zur Änderung des Gesetzes zum Schutz der Denkmale  
(Denkmalschutzgesetz) vom 01.03.2023 – LT-Drucks. 20/768 –  
Hier: Teilnahme an der Sachverständigenanhörung  
Ihre Anfrage vom 15.05.2023

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,  
sehr geehrte Damen und Herren,

mit Schreiben vom 15.05.2023 haben Sie mich aufgefordert, zum o. g. Gesetzesentwurf der Fraktion der SSW Stellung zu nehmen. Hierfür bedanke ich mich sehr und übermittle Ihnen im Anhang meine Stellungnahme.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Dimitrij Davydov

Anlage: Stellungnahme zum Gesetzesentwurf

Kurzgutachten  
zum Gesetzesentwurf der Fraktion der SSW zur  
**Änderung des Gesetzes zum Schutz der Denkmale (Denkmalschutzgesetz)**

vom 01.03.2023

– Drucks. 20/768 –

erstattet im Auftrag des Bildungsausschusses des Schleswig-Holsteinischen Landtags

erstattet durch: Prof. Dr. Dr. Dimitrij Davydov M.A., Köln



## A. Sachverhalt

Die Fraktion des SSW hat dem Landtag einen Gesetzesentwurf zur Änderung des geltenden Denkmalschutzgesetzes vom 30.12.2014 vorgelegt, in dem 1) die Einführung des vorläufigen Schutzes für mutmaßliche unbewegliche Kulturdenkmale (Art. 1 Nr. 1 des Entwurfs) sowie 2) die Ausweitung des Genehmigungstatbestands auf Gebäude im Geltungsbereich der kommunalen Erhaltungssatzungen vorgeschlagen wird.

Als Ziel der vorgeschlagenen Gesetzesänderung wird zum einen die Beseitigung der vorhandenen Regelungslücken, zum anderen der Schutz der gem. § 172 BauGB erhaltenswerten Bausubstanz vor Veränderung und Abriss genannt.

## B. Rechtliche Würdigung

### I. Vorläufiger Schutz für unbewegliche Kulturdenkmale

Die vorgeschlagene Ergänzung des § 8 DSchG durch einen neuen Abs. 4 soll ausweislich der Begründung des vorliegenden Entwurfs die Einführung eines „Vorab-Schutzes“ für unbewegliche Kulturdenkmale bewirken. Konkret soll die obere Denkmalschutzbehörde anordnen können, dass Sachen, mit deren Eintragung in die Denkmalliste als unbewegliche Kulturdenkmale zu rechnen ist, noch vor ihrer Eintragung in die Denkmalliste als „eingetragen gelten“, wenn eine Verschlechterung der Sache zu befürchten ist. Auf diesem Wege soll der Ausnutzung von Regelungslücken durch den jeweiligen Eigentümer bzw. Eigentümerin – nämlich der Schaffung vollendeter Sachen durch Abbruch, Entkernung oder andere weitgehende Substanzeingriffe – vorgebeugt werden.

#### 1. Funktion des vorläufigen Schutzes

Gem. § 8 Abs. 1 Satz 1 DSchG SH sind unbewegliche Kulturdenkmale im Schleswig-Holstein gesetzlich geschützt. Sie sind zwar gem. § 8 Abs. 1 Satz 2 in ein Verzeichnis (Denkmalliste) einzutragen; diese Eintragung ist jedoch nicht konstitutiv, sondern lediglich nachrichtlich. Der Schutz der Kulturdenkmale ist dementsprechend nicht von der Eintragung in die Denkmalliste abhängig (§ 8 Abs. 1 Satz 3 DSchG SH). Daraus folgt, dass jede unbewegliche Sache, die die gesetzlichen Kriterien eines Kulturdenkmals (§ 2 Abs. 2 DSchG SH) erfüllt, bereits vor dem Zeitpunkt ihrer Eintragung ein geschütztes Kulturdenkmal darstellt und folglich nicht ohne

Genehmigung der unteren Denkmalschutzbehörde verändert oder gar vernichtet werden darf (§ 12 Abs. 1 DSchG SH).

Der Gesetzgeber hat 2014 das in Schleswig-Holstein bis dahin etablierte konstitutive Schutzverfahren für unbewegliche Kulturdenkmale von besonderer Bedeutung aufgegeben und für alle unbeweglichen Kulturdenkmale das nachrichtliche Schutzsystem eingeführt.<sup>1</sup> Dagegen besteht für bewegliche Kulturdenkmale weiterhin der konstitutive Schutz (§ 9 Abs. 1 DSchG SH), sodass eine als bewegliches Kulturdenkmal identifizierte Sache erst durch Verwaltungsakt der oberen Denkmalschutzbehörde dem Denkmalschutz unterworfen ist. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass die Schutzvorschriften des Gesetzes vor dem Zeitpunkt der Eintragung nicht greifen. Folgerichtig ist für noch nicht eingetragene bewegliche Kulturdenkmale in § 9 Abs. 3 DSchG SH die Möglichkeit eines vorläufigen Schutzes im Wege der Anordnung der oberen Denkmalbehörde.<sup>2</sup>

Der Vergleich mit der Rechtslage in anderen Ländern macht deutlich, dass es sich bei dem vorläufigen Schutz – jedenfalls in der Form, in der er im vorliegenden Gesetzesentwurf vorgeschlagen wird – um ein Schutzinstrument handelt, das dem konstitutiven System des Denkmalschutzes immanent ist.<sup>3</sup> Mit diesem Instrument soll die Denkmalschutzbehörde in die Lage versetzt werden, das Unterschutzstellungsverfahren durchzuführen, ohne dass der Zweck des Verfahrens – die Eintragung des als Kulturdenkmal identifizierten Objekts in die Denkmalliste – durch denkmalschädigendes Handeln des jeweiligen Eigentümers vereitelt wird. In den Ländern mit dem nachrichtlichen Schutzsystem können Denkmalschutzbehörden hingegen jederzeit Maßnahmen zum Schutz gefährdeter (d. h. vernachlässigter oder von Abbruch bedrohter) Objekte, von deren Denkmaleigenschaft sie ausgehen, ergreifen.

## 2. Schutzlücken

Die Möglichkeit, dem Verlust bedrohter Kulturdenkmale (auch wenn sie noch nicht eingetragen sind) vorzubeugen, besteht auch in Schleswig-Holstein. Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 und 2 DSchG SH können Denkmalschutzbehörden Handlungen, die geeignet sind, ein Denkmal zu schädigen oder zu gefährden, untersagen. Nach § 17 Abs. 2 DSchG SH kann die obere

---

<sup>1</sup> LT-Drucks. 18/2031, S. 32.

<sup>2</sup> LT-Drucks. 18/2031, S. 34.

<sup>3</sup> Vgl. *Stellhorn*, NWVBl. 2021, S. 15 f.



Denkmalschutzbehörde auf Kosten der Pflichtigen die notwendigen Anordnungen zur Erhaltung eines Denkmals treffen, wenn das Denkmal entgegen den gesetzlichen Verpflichtungen nicht erhalten wird. Nach § 17 Abs. 3 DSchG SH hat, wer eine denkmalrechtlich genehmigungspflichtige Maßnahme ohne Genehmigung der zuständigen Denkmalschutzbehörde beginnt oder eine genehmigte Maßnahme unsachgemäß durchführt, auf Anordnung der zuständigen Denkmalschutzbehörde und auf seine Kosten den alten Zustand wiederherzustellen oder das Kulturdenkmal auf andere geeignete Weise instand zu setzen. Keine dieser Regelungen setzt dem Wortlaut oder dem Sinne nach voraus, dass das Denkmal zum Zeitpunkt des behördlichen Einschreitens bereits in die Denkmalliste eingetragen sein muss.

Eine landesrechtliche Besonderheit besteht jedoch insoweit, als nach § 13 Abs. 3 Satz 1 DSchG SH ein Vorhaben als genehmigt gilt, das die Eigentümerin oder der Eigentümer zum Zeitpunkt des Maßnahmenbeginns in Unkenntnis der Denkmaleigenschaft veranlasst hat, wobei nach § 13 Abs. 3 Satz 2 DSchG SH die grob fahrlässige Unkenntnis der positiven Kenntnis gleichsteht.<sup>4</sup> Es handelt sich um eine eigentümergefreundliche Regelung, die die in § 8 Abs. 1 Satz 3 DSchG SH getroffene Aussage, der Schutz der Kulturdenkmale sei nicht von der Eintragung in die Denkmalliste abhängig, ein Stück weit aufweicht. Sie kommt in dieser Form weder in Landesgesetzen vor, die von vorneherein über ein nachrichtliches System verfügten (Bayern, Baden-Württemberg), noch in Landesgesetzen, die einen vollständigen oder partiellen Übergang vom konstitutiven zum nachrichtlichen System erfahren haben (Hessen, Nordrhein-Westfalen). In eine ähnliche Richtung geht die Regelung in Hamburg, wonach die Einhaltung der gesetzlichen Schutzpflichten erst ab dem Zeitpunkt der Eintragung verlangt werden könne (§ 6 Abs. 1 Satz 3 DSchG HH).

Laut der Gesetzesbegründung dient § 13 Abs. 3 Satz 1 DSchG SH dem Schutz des guten Glaubens: Der Eigentümer eines Kulturdenkmals unterliege zwar unabhängig von der Eintragung in die Denkmalliste allen Pflichten nach dem Gesetz, die sich aus der normativen Denkmaleigenschaft seines Eigentums ergeben, eine Verletzung dieser Pflichten sei aber ohne seine positive, ggf. nachweisbare Kenntnis der Denkmaleigenschaft nicht vorwerfbar.<sup>5</sup> Daraus

---

<sup>4</sup> Von einer grob fahrlässigen Unkenntnis ist auszugehen, wenn sich die Denkmaleigenschaft selbst einem Laien aufdrängt, z. B. bei einer mehr als 300-jährigen Traditionsgaststätte.

<sup>5</sup> LT-Drucks. 18/2031, S. 45.



folgt zunächst nur, dass eine Sanktionierung der im guten Glauben ohne ausdrückliche Genehmigung durchgeführten Baumaßnahmen ausgeschlossen ist. Denn nur für die strafrechtliche (§ 19 DSchG SH) oder bußgeldrechtliche (§ 18 Abs. 1 DSchG SH) Ahndung von denkmalrechtlichen Pflichtverletzungen stellt sich die in der Gesetzesbegründung angesprochene Frage der Vorwerfbarkeit, nicht jedoch für die Maßnahmen der Gefahrenabwehr. Dennoch geht aus der Gesetzesbegründung hervor, dass auch die Anordnung der Rückgängigmachung bereits durchgeführter Baumaßnahmen (§ 17 Abs. 3 DSchG SH) ausgeschlossen sein soll, wenn diese im guten Glauben durchgeführt wurden.<sup>6</sup>

Ob der Gesetzgeber auch die Anwendung anderer ordnungsrechtlicher Instrumente (z. B. die Anordnung eines Baustopps) ausschließen wollte, ergibt sich aus der Gesetzesbegründung nicht. Zwingend ist eine solche Annahme jedenfalls nicht. Der Bundesgerichtshof hat 2013 für die Rechtslage in Baden-Württemberg festgestellt, dass die Eintragung in eine deklaratorische Denkmalliste keinen öffentlichen Glauben daran begründet, dass (nur) die darin erfassten Objekte die Denkmaleigenschaft besitzen. Das bringe es mit sich, dass im Rahmen des deklaratorischen Schutzsystems „stets mit der Möglichkeit gerechnet werden muss, dass Objekte im Rechtssinne Denkmale und gleichwohl in der Liste nicht aufgeführt sind oder dass in der Liste erwähnten Objekten die Denkmaleigenschaft fehlt“.<sup>7</sup>

Der verfassungsrechtliche Grundsatz des Vertrauensschutzes steht der Anwendung ordnungsrechtlicher Instrumente auf nicht eingetragene Kulturdenkmale ebenfalls nicht grundsätzlich entgegen, da es insoweit an einem vertrauensauslösenden Verhalten der Behörde fehlt. Die bloße Tatsache, dass eine Sache (noch) nicht in eine deklaratorische Denkmalliste aufgenommen ist und der Eigentümer demgemäß (noch) nicht benachrichtigt wurde, hat nicht die Wirkung eines Negativattests, welches allenfalls geeignet wäre, Vertrauensschutz zu begründen.<sup>8</sup>

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die Denkmalbehörde gegen eine beabsichtigte und ggf. bereits in Auftrag gegebene, aber noch nicht ausgeführte denkmalschädigende Maßnahme des bis dahin gutgläubigen Eigentümers gem. § 17 Abs. 1 Satz 2 DSchG SH im Wege einer Untersagungsverfügung vorgehen kann oder ob die Genehmigungsfiktion nach §

---

<sup>6</sup> LT-Drucks. 18/2031, a.a.O.

<sup>7</sup> BGH, Urteil vom 06.06.2013 – III ZR 196/12 – openJur.

<sup>8</sup> VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 23.07.1990 – 1 S 2998/89 – openJur.



13 Abs. 3 DSchG SH dem Einschreiten entgegensteht. Die Möglichkeit des Einschreitens bei Vorliegen einer Zerstörungs- und Beschädigungsgefahr<sup>9</sup> ist zu bejahen, da die Genehmigungsfiktion des § 13 Abs. 3 Satz 1 DSchG SH sich allein auf bereits ausgeführte Baumaßnahmen bezieht.<sup>10</sup>

Selbst wenn man (entgegen der hier vertretenen Ansicht) annehmen wollte, dass nicht die Durchführung, sondern bereits die gutgläubige Veranlassung von denkmalschädigenden Maßnahmen eine Genehmigungsfiktion auslösen soll, wäre ein Einschreiten der Behörde zulässig, wobei in diesem Falle die durch die Genehmigungsfiktion erlangte Rechtsposition beseitigt werden müsste. Die Rücknahme einer Genehmigungsfiktion ist gem. § 116 Abs. 1 LVwG SH grundsätzlich möglich, wenn feststeht, dass es sich bei dem Gebäude um ein Kulturdenkmal handelt und die Genehmigung im Rahmen eines regulären Verfahrens versagt worden wäre.

Damit hängt die weitergehende Frage zusammen, ob ein behördliches Einschreiten gegen beabsichtigte bauliche Eingriffe auch dann in Betracht kommt, wenn die Denkmaleigenschaft eines Gebäudes noch nicht erwiesen ist, sondern lediglich anhand von bestimmten Anhaltspunkten vermutet wird. Aus § 17 Abs. 4 DSchG SH geht hervor, dass Denkmalbehörden berechtigt sind, Besichtigungen vorzunehmen, soweit dies zur Durchführung des Denkmalschutzes und Denkmalpflege erforderlich ist; diese Befugnis bezieht sich gleichermaßen auf Denkmale (Satz 1) sowie auf Objekte, deren Denkmaleigenschaft vermutet wird (Satz 2). Eine Erwähnung von vermuteten Kulturdenkmalen fehlt hingegen in § 17 Abs. 1 DSchG SH, sodass man schlussfolgern muss, dass Anordnungen zum Schutz solcher Objekte vor drohenden Schäden nach geltendem Recht unzulässig sind. Insofern dürfte eine Schutzlücke bestehen. Um diese zu schließen, würde es indes genügen, wenn in § 17 Abs. 1 DSchG SH nach dem Satz 2 ein Verweis auf § 17 Abs. 4 Satz 2 DSchG SH eingefügt würde.

## II. Genehmigungspflicht für erhaltenswerte Bausubstanz nach § 172 BauGB

### 1. Verwaltungspraktischer Bedarf

---

<sup>9</sup> Eine solche Gefahr ist z. B. dann anzunehmen, wenn das Kulturdenkmal eingerüstet ist oder auf dem Denkmalgrundstück Bauschuttcontainer aufgestellt werden.

<sup>10</sup> *Lund* in: Gallinat, Denkmalschutzgesetz SH, 2017, Erl. 5.2 zu § 13.



Fraglich ist bereits, ob für die vorgeschlagene Ausweitung des denkmalrechtlichen Genehmigungstatbestandes in § 12 Abs. 1 DSchG SH auf Gebäude, die sich im Geltungsbereich von städtebaulichen Erhaltungssatzungen (§ 172 BauGB) befinden, ein verwaltungspraktischer Bedarf besteht.

Dies wäre nicht der Fall, wenn die nach § 12 Abs. 1 DSchG genehmigungspflichtigen Handlungen ohnehin schon gem. § 172 Abs. 1 und Abs. 2 BauGB abgedeckt wären.

Gemäß § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB kann die Gemeinde in einem Bebauungsplan oder durch eine sonstige Satzung Gebiete bezeichnen, in denen zur Erhaltung der städtebaulichen Eigenart des Gebiets auf Grund seiner städtebaulichen Gestalt (Abs. 3) der Rückbau, die Änderung oder die Nutzungsänderung baulicher Anlagen der Genehmigung bedürfen. Damit ist eine Genehmigungspflicht für die Veränderung und Vernichtung von Bauwerken im Geltungsbereich einer Erhaltungssatzung<sup>11</sup> bereits bundesrechtlich geregelt, sodass es einer entsprechenden Anwendung des § 12 Abs. 1 Nr. 1 DSchG SH nicht bedarf.

Ob mit dem Gesetzesentwurf das Ziel verfolgt wird, Gebäude im Geltungsbereich einer Erhaltungssatzung vor *anderen* Eingriffen als Veränderung und Abbruch zu schützen, geht aus der Begründung nicht hervor. Die Formulierung „der Absatz 1 gilt auch für Gebäude“ deutet darauf hin, dass *alle* in § 12 Abs. 1 DSchG SH genannten Maßnahmen künftig auf Gebäude in Erhaltungsgebieten angewandt werden sollen. Fraglich ist daher, ob damit eine Verbesserung des Schutzes für solche Gebäude erreicht würde.

Die bundesrechtlich vorgesehene Genehmigungsbedürftigkeit der Errichtung von baulichen Anlagen im Geltungsbereich einer Erhaltungssatzung (§ 172 Abs. 1 Satz 2 BauGB) dient der Freihaltung von städtebaulich erhaltenswerten Sichtachsen und Sichtbezügen und entspricht damit weitgehend dem denkmalrechtlichen Umgebungsschutz.<sup>12</sup> Der bundesrechtlich geregelte Schutz ist dabei sogar noch weiter gefasst als der Umgebungsschutz im Landesrecht (§ 12 Abs. 1 Nr. 3 DSchG SH): Die Veränderung der Umgebung eines unbeweglichen Kulturdenkmals ist nur dann genehmigungsbedürftig, „wenn sie geeignet ist, seinen Eindruck wesentlich zu beeinträchtigen“, während die Errichtung von baulichen Anlagen im Geltungsbereich einer Erhaltungssatzung ohne weiteres genehmigungsbedürftig ist.

---

<sup>11</sup> Dies ist das Anliegen des Gesetzesentwurfs, vgl. LT-Drucks. 20/768, S. 2.

<sup>12</sup> Hornmann, NVwZ 2017, S. 603.



Bundesrechtlich zumindest nicht ausdrücklich geregelt sind weitergehende Maßnahmen an Gebäuden im Geltungsbereich einer Erhaltungssatzung, nämlich 1) die Instandsetzung (vgl. § 12 Abs. 1 Nr. 1 DSchG SH) und 2) die Überführung an einen anderen Ort (vgl. § 12 Abs. 1 Nr. 2 DSchG SH).

Hinsichtlich der Überführung an einen anderen Ort (Translozierung) eines Gebäudes, das sich im Geltungsbereich einer Erhaltungssatzung befindet, dürfte bei näherer Betrachtung ebenfalls kein Regelungsbedarf bestehen, da eine Translozierung regelmäßig mit dem Rückbau oder einem Abbau am ursprünglichen Standort einhergeht und folglich ohnehin nach § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB genehmigungspflichtig ist. Dies gilt gleichermaßen für eine Translozierung an einen neuen Standort innerhalb des Satzungsgebiets oder an einen anderen Standort.

Anders liegt die Sache im Falle der Instandsetzung, die sich unter keine der in § 172 Abs. 1 BauGB genannten Handlungen subsumieren lässt. Mit dem Begriff „Instandsetzung“ ist die Behebung von Schäden bzw. Schadensursachen an der Bausubstanz gemeint. Zu typischen Instandsetzungsmaßnahmen zählen z. B. Abstützung und Aussteifung zur Wiederherstellung der Standsicherheit, Wiederherstellung kraftschlüssiger Fachwerkverbindungen, provisorische Dacheindeckung, Schließung von Fensteröffnungen zur Verhinderung von Regenwassereintrag.<sup>13</sup> Ziel der Instandsetzung ist die Wiederherstellung eines technisch einwandfreien Zustandes, einschließlich der Gebrauchsfähigkeit eines Gebäudes.<sup>14</sup> Insofern könnte man meinen, dass mit der Einbeziehung der Gebäude in Erhaltungsgebieten in den Anwendungsbereich des § 12 Abs. 1 Nr. 1 DSchG SH zumindest teilweise (in Bezug auf die Instandsetzung) ein weitergehender Schutz für solche Gebäude gewährleistet wäre.

Der praktische Nutzen der vorgeschlagenen Ausweitung der denkmalrechtlichen Genehmigungspflicht auf bauliche Anlagen im Geltungsbereich einer Erhaltungssatzung könnte auch darin gesehen werden, dass im Bundesrecht Verstöße gegen Genehmigungspflichten nach § 172 Abs. 1 BauGB nur unzureichend sanktioniert werden. So werden in § 213 Abs. 4 Nr. 4 BauGB allein die illegale Beseitigung und Änderung einer baulichen Anlage im Erhaltungsgebiet – bei vorsätzlicher Tatbegehung – als bußgeldbewehrte Handlungen qualifiziert, die mit einer Geldbuße von maximal 30 000 Euro geahndet werden können. Eine vorsätzliche Verletzung weiterer Genehmigungspflichten (z. B. eine illegale

---

<sup>13</sup> Viebrock in: Martin/Krautzberger, Hdb. Denkmalschutz und Denkmalpflege, 5. Aufl. 2022, Teil E RdNr. 112.

<sup>14</sup> LT-Drucks. 18/2031, S. 38.



Nutzungsänderung oder ein illegaler Neubau) ist von der bundesrechtlichen Sanktionsnorm nicht erfasst. Landesrechtlich stellt hingegen die illegale Beseitigung eines Kulturdenkmals – wiederum bei vorsätzlicher Begehung – eine Straftat dar (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 DSchG SH). Andere Verstöße gegen Genehmigungspflichten nach § 12 Abs. 1 DSchG SH werden als Ordnungswidrigkeiten geahndet (§ 18 Abs. 1 Nr. 2 DSchG SH). Die generalpräventive Wirkung einer Strafandrohung ist grundsätzlich höher als die einer bloßen Bußgeldandrohung. Es geht aus dem vorliegenden Gesetzesentwurf jedoch nicht hervor, ob mit der Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 12 Abs. 1 DSchG SH auf Gebäude in städtebaulichen Erhaltungsgebieten auch eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der landesrechtlichen Sanktionsnormen (§§ 18 und 19 DSchG SH) beabsichtigt ist.

## 2. Sperrwirkung des Bundesrechts

Die vorgeschlagene Ausweitung des denkmalrechtlichen Genehmigungstatbestandes in § 12 Abs. 1 DSchG SH auf Gebäude, die sich im Geltungsbereich von städtebaulichen Erhaltungssatzungen (§ 172 BauGB) befinden, begegnet jedoch aus kompetenziellen Gründen erheblichen Bedenken. Für das städtebauliche Erhaltungsrecht als Bestandteil des Bodenrechts<sup>15</sup> besteht nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Sofern der Bundesgesetzgeber von seiner Gesetzgebungskompetenz abschließend Gebrauch gemacht hat, wäre die entsprechende landesrechtliche Norm mit dem Bundesrecht unvereinbar.<sup>16</sup> Nach Art. 72 Abs. 1 GG hat der Landesgesetzgeber die Gesetzgebungsbefugnis, solange und soweit nicht der Bund von der ihm verliehenen Zuständigkeit Gebrauch gemacht hat. Ein Gebrauchmachen im Sinne des Art. 72 Abs. 1 GG liegt nicht nur dann vor, wenn der Bund eine Regelung getroffen hat. Auch in dem absichtsvollen Unterlassen einer Regelung kann ein Gebrauchmachen von einer Bundeszuständigkeit liegen, das dann insoweit Sperrwirkung für die Länder erzeugt.<sup>17</sup> Die Frage, ob und inwieweit der Bund von einer Zuständigkeit abschließend Gebrauch gemacht hat, ist in erster Linie anhand des Bundesgesetzes selbst, in zweiter Linie anhand des hinter dem Gesetz stehenden Regelungszweck, ferner anhand der Gesetzgebungsgeschichte und den Gesetzesmaterialien zu beantworten.<sup>18</sup> Demnach bestünde eine Rechtssetzungskompetenz des

---

<sup>15</sup> Hönes, DÖV 2021, S. 122.

<sup>16</sup> BVerfG, Beschluss vom 06.10.2009 – 2 BvL 5/09 – juris.

<sup>17</sup> BVerfG, Beschluss vom 06.10.2009 – 2 BvL 5/09 – juris.

<sup>18</sup> BVerfG, Beschluss vom 06.10.2009 – 2 BvL 5/09 – juris.



Landes für Baumaßnahmen im Geltungsbereich von Erhaltungssatzungen nur dann, wenn 1) der Bundesgesetzgeber bei der Formulierung der genehmigungspflichtigen Maßnahmen in § 172 Abs. 1 Satz 1 BauGB bestimmte Eingriffe, die nach Auffassung des Landesgesetzgebers genehmigungspflichtig sein sollten, ausgelassen hätte und 2) erkennbar wäre, dass der Bundesgesetzgeber dem Landesgesetzgeber einen Freiraum für die Festlegung weiterer Genehmigungspflichten belassen wollte.

Wie vorstehend ausgeführt, hat der Bundesgesetzgeber es nicht für notwendig gehalten, auch Maßnahmen der Schadens- und Mängelbehebung an Gebäuden, die sich im Geltungsbereich einer Erhaltungssatzung befinden, einer Genehmigungspflicht zu unterwerfen. Dabei handelt es sich jedoch nicht um eine planwidrige Regelungslücke. Die bundesrechtlich geregelte Genehmigungspflicht war ursprünglich (§ 39 h BBauG) auf den Abbruch, den Umbau und die Änderung von bestehenden baulichen Anlagen im Erhaltungsgebiet beschränkt und wurde 1986 auf die Nutzungsänderung von bestehenden und die Errichtung von neuen baulichen Anlagen im Erhaltungsgebiet ausgedehnt. Sie orientierte sich an dem Vorhabenbegriff (§ 29 Abs. 1 BauGB) und sollte alle Maßnahmen erfassen, die die verfolgten städtebaulichen Erhaltungsziele beeinträchtigen können.<sup>19</sup> Der Verzicht auf die Genehmigungspflicht für Instandsetzungsmaßnahmen im Bauplanungsrecht ist nicht zufällig, sondern hängt mit der unterschiedlichen Zielrichtung des städtebaulichen Erhaltungsrechts einerseits und des Denkmalrechts andererseits zusammen. Die denkmalrechtliche Genehmigungsbedürftigkeit der Instandsetzungsmaßnahmen ist der Überlegung geschuldet, dass bei einer unsachgemäßen Schadensbeseitigung die vorhandenen Schäden nicht behoben, sondern ggf. noch vergrößert werden oder historische Substanz in einem größeren Umfang als notwendig undokumentiert verloren gehen kann. Dabei handelt es sich um spezifische Risiken im Umgang mit Kulturdenkmalen. Eine Erhaltungssatzung ist demgegenüber auf die Bewahrung der städtebaulichen Eigenart eines bestimmten Schutzgebietes durch die Abwehr von städtebaulichen Unvereinbarkeiten mit dem vorgegebenen Baubestand ausgerichtet.<sup>20</sup> Für die Erreichung dieses Ziels ist das vom Bundesgesetzgeber vorgesehene präventive Kontrollinstrumentarium ausreichend. Es spricht also Überwiegendes dafür, dass die

---

<sup>19</sup> BT-Drucks. 10/4630, S. 139.

<sup>20</sup> *Wiener* in: Gallinat, Denkmalschutzgesetz SH, 2017, Erl. 1.8 zu § 10.

Übertragung der denkmalrechtlichen Genehmigungspflicht für Instandsetzungsmaßnahmen auf Erhaltungssatzungen aus kompetenzrechtlichen Gründen nicht möglich ist.

Auch hinsichtlich der Ahndung von Verstößen gegen die Genehmigungspflicht stellt sich die Frage, ob der Bundesgesetzgeber von seiner Regelungskompetenz abschließend Gebrauch gemacht hat oder dem Landesgesetzgeber einen Freiraum für eine strengere Sanktionierung belassen hat. Auch hier sind die Entstehungsgeschichte und die Gesetzesmaterialien der bundesrechtlichen Norm in den Blick zu nehmen. Der Bundesgesetzgeber hat in § 156 BBauG bestimmte Verstöße gegen Genehmigungspflichten im Geltungsbereich einer Erhaltungssatzungen als Ordnungswidrigkeiten (und damit als bloßes Verwaltungsunrecht) qualifiziert und eine Obergrenze des Bußgeldrahmens festgesetzt. In den Gesetzesmaterialien ist insoweit von „notwendigen Sanktionen“ die Rede.<sup>21</sup> Bei der Überführung des städtebaulichen Erhaltungsrechts in das BauGB wurde dieses Sanktionsregime beibehalten. Andere Genehmigungspflichten wurden nicht mit einer Bußgeldandrohung verknüpft; auch von einer Qualifizierung der Verstöße als Straftaten (Kriminalunrecht) hat der Bundesgesetzgeber abgesehen. Dies spricht gegen die Schaffung neuer bzw. strengerer Sanktionsmöglichkeiten, sollte dies das Ziel des vorliegenden Gesetzesentwurfs sein.

### III. Schlussfolgerungen

#### 1. Vorläufiger Schutz für unbewegliche Kulturdenkmale

Die Notwendigkeit der Einführung eines vorläufigen Schutzes für unbewegliche Kulturdenkmale besteht nicht. Die Übernahme der im Gesetzesentwurf vorgeschlagenen Norm könnte sich sogar als kontraproduktiv erweisen, da der Rechtsanwender im Umkehrschluss annehmen könnte, dass ein unbewegliches Kulturdenkmal den Vorschriften des Gesetzes nicht unterliegt, solange es nicht in die Denkmalliste eingetragen oder vorläufig unter Schutz gestellt ist. Damit wären die positiven Effekte des nachrichtlichen Systems weitgehend verspielt.

Sofern der Gesetzgeber die Möglichkeit schaffen wollte, der befürchteten Beeinträchtigung vermuteter unbeweglicher Kulturdenkmale entgegenzuwirken, würde es genügen, die Eingriffsnorm des § 17 Abs. 1 Satz 2 DSchG SH durch einen Verweis auf § 17 Abs. 4 Satz 2 DSchG SH zu ergänzen.

---

<sup>21</sup> Vgl. BT-Drucks. 7/2496, S. 62.



## 2. Ergänzende Genehmigungspflicht für erhaltenswerte Bausubstanz nach § 172 BauGB

Die Notwendigkeit der Einführung einer denkmalrechtlichen Genehmigungspflicht für bauliche Anlagen im Geltungsbereich von Erhaltungssatzungen (§ 172 BauGB) ist nicht erkennbar, da Baumaßnahmen, die den Erhaltungszielen zuwiderlaufen (insbesondere der Abbruch) weitestgehend bundesrechtlich geregelt sind. Soweit es in Bezug auf Kulturdenkmale landesrechtliche Genehmigungspflichten gibt, die bundesrechtlich für Gebäude in Erhaltungsgebieten nicht vorgesehen sind, wäre eine Erstreckung der landesrechtlichen Genehmigungspflichten auf solche Gebäude aus kompetenzrechtlichen Gründen unzulässig.

## 3. Genehmigungsfiktion für gutgläubig durchgeführte Baumaßnahmen

Mit der Einführung einer Genehmigungsfiktion für Baumaßnahmen an nicht eingetragenen Kulturdenkmalen, deren Denkmaleigenschaft dem jeweiligen Denkmaleigentümer nicht bekannt ist bzw. von diesem grob fahrlässig verkannt wird (§ 13 Abs. 3 Satz 1 und 2 DSchG SH) hat der Gesetzgeber eine Regelung geschaffen, die die Zerstörung potentiell denkmalwerter Bauten begünstigt. Wenn der Gesetzgeber bestrebt ist, das Risiko des irreversiblen Verlustes historischer Bausubstanz zu minimieren, wäre diese Regelung ein Ansatzpunkt.

Köln, 30.06.2023

## C. Literaturverzeichnis

*Dimitrij Davydov/Jörg Spannemann* (Hrsg.), Martin/Krautzberger. Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege, 5. Auflage, München 2022.

*Rolf Gallinat/Christina Wiener/Johann F. C. Lund/Carsten Lund*, Denkmalschutzgesetz Schleswig-Holstein. Kommentar, Wiesbaden 2017.

*Ernst-Rainer Hönes*, Was bringt die Erhaltungssatzung (§§ 172 bis 174 BauGB)? DÖV 2021, S. 122 – 129.

*Gerhard Hornmann*, Drittschutz durch Erhaltungssatzung, NVwZ 2017, S. 601 – 604.

*Holger Stellhorn*, Die vorläufige Unterschutzstellung im Denkmalrecht, NWVBl. 2021, S. 10 – 16.