



**MEISTERERNST
DÜSING
MANSTETTEN**

Partnerschaft von
Rechtsanwältinnen und
Rechtsanwälten mbB
Notarin

Oststraße 2
48145 Münster

Tel. 0251/5 20 91-0
Fax 0251/5 20 91-52

E-Mail: info@meisterernst.de
www.meisterernst.de

Bernd Meisterernst
(bis 2018)

Mechtild Düsing
Fachanwältin für Agrar-,
Erb- und Verwaltungsrecht

Dietrich Manstetten
Fachanwalt für Arbeitsrecht

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

Klaus Kettner
Fachanwalt für Arbeits- und
Sozialrecht

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

Dr. Dirk Schuhmacher
Fachanwalt für Agrarrecht

Veronica Bundschuh
Fachanwältin für Arbeitsrecht

Dr. Rita Coenen
Fachanwältin für Familien-
und Sozialrecht, Lehrbeauf-
tragte Universität Münster

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

Marius Schaefer, MLE
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Anna-Kristina Pusch
Fachanwältin für Familien-
und Sozialrecht

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

Rechtsgutachten

**zur Vereinbarkeit des Gesetzentwurf der
Landesregierung NRW für ein Nordrhein-
westfälisches Denkmalschutzgesetz mit Art. 78**

Abs. 3 Landesverfassung

**erstattet für
die Fraktion von Bündnis 90/Die Grünen im
Landtag NRW**

**durch
Rechtsanwalt**

**Wilhelm Achelpöhler
Fachanwalt für Verwaltungsrecht**

Münster, Mai 2021



Arbeitnehmer-
Anwälte

Mitglied der
bundesweiten Kooperation
ArbeitnehmerAnwälte
www.arbeitnehmer-anwaelte.de



A Sachverhalt

Die Landesregierung hat einen Gesetzentwurf für ein Nordrhein-westfälisches Denkmalschutzgesetz (Denkmalschutzgesetz – DSchG NRW) vorgelegt¹. Der Gesetzentwurf enthält u.a. Neuregelungen des denkmalschutzrechtlichen Verfahrens bei Erlaubnissen und ordnet die Zuständigkeiten der am Verfahren beteiligten Verwaltungsträger neu, darunter auch die Ämter für Denkmalpflege der Landschaftsverbände.

Die Fraktion von Bündnis 90/Die Grünen im Landtag NRW erbittet eine gutachterliche Stellungnahme zur Vereinbarkeit des Gesetzes mit Art. 78 Abs. 3 Verf NRW.

B Gutachterliche Stellungnahme

Die Neuregelung könnte im Hinblick auf eine etwaige Mehrbelastung der Gemeinden ohne Kostenausgleich durch das Land gegen Art. 78 Abs. 3 Verf NRW (Konnexitätsprinzip) verstoßen. Art. 78 Abs. 3 Verf NRW enthält eine strikte Konnexitätsregelung², die zahlreiche Rechtsstreitigkeiten um die Finanzausstattung der Gemeinden in NRW zur Folge hatten.

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

I Inhalt des Konnexitätsprinzips

Art. 78 Abs. 3 Verf NRW hat folgenden Wortlaut:

Das Land kann die Gemeinden oder Gemeindeverbände durch Gesetz oder Rechtsverordnung zur Übernahme und Durchführung bestimmter öffentlicher Aufgaben verpflichten, wenn dabei gleichzeitig Bestimmungen über die Deckung der Kosten getroffen werden. Führt die Übertragung neuer oder die Veränderung bestehender und übertragbarer Aufgaben zu einer wesentlichen Belastung der davon betroffenen Gemeinden oder Gemeindeverbände, ist dafür durch Gesetz oder Rechtsverordnung aufgrund einer Kostenfolgeabschätzung ein entsprechender finanzieller Ausgleich für die entstehenden notwendigen, durchschnittlichen Aufwendungen zu schaffen. Der Aufwendungsersatz soll pauschaliert geleistet werden. Wird nachträglich eine wesentliche Abweichung von der Kostenfolgeabschätzung festgestellt, wird der finanzielle Ausgleich für die Zukunft angepasst. Das Nähere zu den Sätzen 2 bis 4 regelt ein Gesetz; darin sind die Grundsätze der Kostenfolgeabschätzung festzulegen und Bestimmungen über eine Beteiligung der kommunalen Spitzenverbände zu treffen.

¹ Vorlage 17/4761

² Jäger, Der Tatbestand der Konnexitätsregelung des Art 78 Abs. 3 der Landesverfassung Nordrhein-Westfalen S. 2

Folge des strikten Konnexitätsprinzips sind zwei Handlungspflichten des Gesetzgebers: er muss die Kostendeckung regeln und die entstandenen Kosten erstatten. Ohne einen entsprechenden finanziellen Ausgleich darf eine Aufgabenübertragung nicht stattfinden.

Danach ist das Konnexitätsprinzip einschlägig, wenn

1. das Land durch Gesetz oder Rechtsverordnung die Kommunen zur Übernahme und Durchführung bestimmter öffentlicher Aufgaben verpflichtet,
2. diese eine Übertragung neuer oder eine[] Veränderung bestehender und übertragbarer Aufgaben darstellt und hierdurch
3. eine wesentliche Belastung der betroffenen Gemeinden oder Gemeindeverbände eintritt.

Zwischen den drei Tatbestandsmerkmalen muss jeweils ein hinreichender Kausalzusammenhang bestehen, gerade die Aufgabenübertragung oder -umgestaltung muss also zu der Belastung im Sinne des Satzes 2 „geführt“ haben und ihm ursächlich zuzurechnen sein.³

1. Übertragung neuer/Veränderung bestehender und übertragbarer Aufgaben

Das Tatbestandsmerkmal der Übertragung neuer Aufgaben wird in der verfassungsrechtlichen Literatur wie folgt beschrieben:

Die Übertragung einer in diesem Sinne „neuen Aufgabe“ setzt voraus, dass durch das jeweilige Gesetz für eine bestimmte Aufgabe „erstmalig nach Maßgabe einer landesgesetzlichen Regelung“ die Zuständigkeit einer Kommune festgelegt wird. [...]

Die Formel von der „Übertragung neuer Aufgaben“ meint also letztlich allein die aus Sicht des Landesrechts „neue Übertragung von Aufgaben“. [...] Ebenso wenig muss die Übertragung im Gesetz ausdrücklich als solche eingekleidet sein, sondern kann sich aus dem Gesamtkontext der neu erlassenen Regelungen ergeben: Ob ein Landesgesetzgeber den Kommunen die Unterhaltung für eine bestimmte Gewässerklasse oder Straßenklasse ausdrücklich neu zuweist oder ob er bestehende Klassifizierungen durch Gesetz so ändert, dass dadurch eine bestehende gesetzliche Unterhaltungslast auf neue Gegenstände ausgedehnt wird, kann für das Ergebnis keine Rolle spielen.⁴

Demgegenüber lässt sich die Veränderung bestehender und übertragbarer Aufgaben folgendermaßen detaillieren:

Da das Konnexitätsprinzip kein allgemeines Verursacherprinzip darstellt, können im Ausgangspunkt als „Veränderung“ einer bestehenden Aufgabe jedenfalls nicht sämtliche Regelungen angesehen werden, die sich faktisch auf die Aufgabenerledigung durch die Kommune auswirken. So sollen nach einer in Rechtsprechung und Literatur wohl vorherrschenden Rechtsauffassung in allen Bundesländern rein organisatorische oder

³ Durner, in: Heusch/Schönenbroicher, Die Landesverfassung Nordrhein-Westfalen, 2. A. 2020, Art. 78 Rn. 98

⁴ Durner, in: Heusch/Schönenbroicher, Die Landesverfassung Nordrhein-Westfalen, 2. A. 2020, Art. 78 Rn. 104 f.

prozedurale Vorgaben keine Umgestaltung darstellen, weil sie keine spezifischen Anforderungen an die Erfüllung von Aufgaben normieren. Die „Veränderung“ einer Aufgabe im Sinne des Art. 78 Absatz 3 Satz 1 ist bereits vom Wortsinn her etwas Spezifischeres als die bloße Auswirkung auf die Aufgabe. [...]

In sämtlichen Teilregelungen des § 2 KonnexAG, namentlich auch in § 2 Absatz 2 KonnexAG, kommt letztlich der Grundgedanke zum Ausdruck, dass konnexitätsrelevant nur solche Belastungen sein sollen, die einer Kommune aufgrund der Änderung einer bereits übertragenen Aufgabe entstehen, das Land also die Kosten für eine selbst angeordnete Anhebung des Aufgabenprofils tragen soll. [...] Diese Erwägung ist ebenso der tragende Grund dafür, dass rein organisatorische oder prozedurale Vorgaben ganz überwiegend nicht als Umgestaltung einer Aufgabe angesehen werden⁵.

Der VerfGH NRW führt hierzu aus:

Nach dem Normzweck des Art. 78 Abs. 3 LV NRW ist die Neuregelung einer Aufgabenübertragungsnorm konnexitätsrelevant, wenn sich die übertragenen Aufgaben auf Grund der neuen gesetzlichen Grundlage inhaltlich ändern. Ob diese Voraussetzung vorliegt, ist durch einen Vergleich der Rechtslage vor und nach Erlass der Neuregelung zu ermitteln. Maßgeblich ist, ob für die betroffenen Kommunen eine entsprechende rechtliche Verpflichtung zur Aufgabenwahrnehmung bereits in diesem Umfang bestanden hat (vgl. BayVerfGH, BayVBl. 2007, 364, 366). Allerdings kommt nicht jeder inhaltlichen Modifizierung der übertragenen Aufgaben eine konnexitätsrelevante Bedeutung zu. Es muss sich vielmehr um eine wesentliche Aufgabenänderung handeln. Nach der Erläuterung, die der Verfassungsgeber in § 2 Abs. 4 KonnexAG vorgenommen hat, ist von einer Aufgabenveränderung auszugehen, wenn den Vollzug prägende besondere Anforderungen an die Aufgabenerfüllung geändert werden (vgl. auch LT NRW, Drs. 13/5515, S. 21 und 23).

⁶

Der vom VerfGH NRW nimmt insoweit zur Auslegung des verfassungsrechtlichen Konnexitätsprinzips auf § 2 Abs. 4 KonnexAG Bezug, der wie folgt lautet:

Eine Veränderung einer bestehenden Aufgabe im Sinne von § 1 Abs.1 liegt dann vor, wenn den Vollzug prägende besondere Anforderungen an die Aufgabenerfüllung geändert werden. Mengenmäßige Änderungen, die die Aufgabenwahrnehmung nicht wesentlich berühren, werden nicht erfasst.

Der VerfGH NRW greift also zur Auslegung einer Vorschrift der Landesverfassung auf einfaches Gesetz zurück. Dies erklärt sich dadurch, dass den im KonnexAG näher

⁵ Durner, in: Heusch/Schönenbroicher, Die Landesverfassung Nordrhein-Westfalen, 2. A. 2020, Art. 78 Rn. 106 ff.)

⁶ Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 12. Oktober 2010 – 12/09 –, Rn. 73, juris

ausgeführten Regelungen zwar nicht dogmatisch, aber doch faktisch quasi-Verfassungsrang zukommt:

Als einfaches Gesetz genießt das Konnexitätsausführungsgesetz selbst nach allgemeinen Grundsätzen keinen Verfassungsrang. Bei Verstößen gegen die Vorgaben des Art. 78 Absatz 3 gehen daher die Vorgaben der Verfassung jenen des einfachen Rechts vor. Allerdings wurden Verfassungsnorm und Ausführungsgesetz miteinander in ein und demselben Gesetzespaket verabschiedet. Auf dieser Grundlage liefert das einfache Gesetz jedenfalls entstehungsgeschichtliche Hinweise für die Auslegung des Art. 78 Absatz 3 und stelle wegen des einheitlichen Erlasses eine zulässige Umsetzung und zugleich eine gleichsam „authentische Interpretation“ des reformierten „strikten“ Konnexitätsprinzips der Landesverfassung dar⁷.

Damit kann auch im Folgenden auf das KonnexAG zurückgegriffen werden, wenn es um die verfassungsrechtlichen Bindungen des Gesetzgebers geht. Daraus folgt, dass es in erster Linie qualitative Umgestaltungen einer den Kommunen zugewiesenen Aufgaben erfasst sein sollen. Geht es um den Umfang der Verwaltungsaufgaben sollen diese nach der Definition in § 2 Absatz 4 Satz 2 KonnexAG dann erfasst werden, wenn sie die Aufgabenwahrnehmung der Kommune wesentlich berühren.

Nach den Erläuterungen der Gesetzesbegründung zum KonnexAG soll ein wesentliches Berühren nur dann vorliegen, wenn eine quantitative Änderung sich zugleich auf die Standards der Aufgabenerfüllung auswirkt. Dieses enge Verständnis der „Umgestaltung“ einer Aufgabe hebt sich von Regelungen wie Art. 71 Absatz 3 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg ab, der gegenüber bereits übertragenen Aufgaben einerseits „Änderungen ihres Zuschnitts oder der Kosten aus ihrer Erledigung“ und andererseits die Begründung „besonderer Anforderungen an die Erfüllung bestehender, nicht übertragener Aufgaben“ einschränkungslos gleichstellt und als konnexitätsrelevant einstuft.

Die im Verfassungsvergleich mit anderen Bundesländern offenbar so nur in Nordrhein-Westfalen dokumentierte Vorstellung, rein mengenmäßige Ausweitungen von Verwaltungsaufgaben seien vom Konnexitätsprinzip nicht erfasst, wird in der Gesetzesbegründung weiter erläutert, sie wurde im Gesetzgebungsverfahren in ihrer finanziellen Tragweite klar erkannt und war politisch hochumstritten⁸.

Die Gesetzesbegründung des KonnexAG führt in diesem Zusammenhang aus:

⁷ Durner, in: Heusch/Schönenbroicher, Die Landesverfassung Nordrhein-Westfalen, 2. A. 2020, Art. 78 Rn. 90

⁸ Durner, in: Heusch/Schönenbroicher, Die Landesverfassung Nordrhein-Westfalen, 2. A. 2020, Art. 78 Rn. 113

Im Hinblick auf den beabsichtigten effektiven Schutz der Gemeinden und Gemeindeverbände soll das Konnexitätsprinzip auch bei der Veränderung bestehender Aufgaben gelten, allerdings nur in solchen Fällen, in denen verbindliche Anforderungen, z. B. Standards, geändert werden. Damit sind diejenigen Standards gemeint, die den behördlichen Vollzug einer Aufgabe maßgeblich prägen. Zum Beispiel: Die ordnungsbehördliche Aufgabe, die Bürgerinnen und Bürger vor gefährlichen Hunden zu schützen, bestand seit langem. Der Vollzug dieser Aufgabe ist jedoch im Zuge der Diskussion um den wirksamen Schutz vor sog. Kampfhunden durch das Landeshundegesetz völlig neugestaltet worden. Rein mengenmäßige Änderungen, die für die Aufgabenerledigung unwesentlich sind, bleiben unbeachtlich. Wird z.B. das Wahlalter herabgesetzt, führt das zwar zu einer Zunahme der Wähler/innen (und generiert einen Verwaltungsmehraufwand), aber nicht zu einer Veränderung der den Vollzug prägenden Standards⁹.

Der VerfGH NRW führt hierzu aus:

Eine gleichzeitig mit der Verpflichtung zur Aufgabenübernahme getroffene Bestimmung über die Deckung der Kosten nach dem strikten Konnexitätsprinzip setzt voraus, dass sich der Gesetzgeber über die finanziellen Auswirkungen der gesetzlichen Regelung auf die Gemeinden und Gemeindeverbände klar wird und seine Entscheidungsgrundlagen, insbesondere zum Schutz der Kommunen, transparent macht (vgl. BayVerfGH, BayVBl. 2007, 364, 366, m. w. N.). Deshalb verpflichtet die Verfassung den Gesetzgeber zur Aufstellung einer Kostenfolgeabschätzung. Ergänzend sichert sie das Transparenzgebot ab durch den Verfassungsauftrag, in einem Ausführungsgesetz die Grundsätze der Kostenfolgeabschätzung festzulegen und Bestimmungen über eine Beteiligung der kommunalen Spitzenverbände zu treffen. Aus der dieser Verfassungsbestimmung ausweislich der Gesetzesbegründung zu Grunde liegenden Überzeugung, ein striktes Konnexitätsprinzip funktioniere nicht ohne eine Verfahrensregelung (vgl. LT-Drs. 13/5515, S. 20), ergibt sich erstens, dass ein solches Ausführungsgesetz verfassungsrechtlich zwingend erlassen sein muss und dass zweitens der aufgabenübertragende Gesetzgeber in diesem (einfachen) Gesetz einen Rahmen für die Kostenfolgeabschätzung und das Beteiligungsverfahren vorfindet, an den er gebunden ist. Nach dem Sinngehalt der Neufassung des Art. 78 Abs. 3 Satz 5 LV NRW muss der Gesetzgeber bereits im Entwurfsstadium einer beabsichtigten Aufgabenübertragung diesen Rahmen beachten. Obwohl das Ausführungsgesetz einfaches Recht ist, das der Gesetzgeber (unter Befolgung der verfassungsrechtlichen Bindung) ändern kann, muss der aufgabenübertragende Gesetzgeber kraft der verfassungsrechtlichen Verpflichtung aus Art. 78 Abs. 3 Satz 5 LV NRW die zentralen von ihm selbst gesetzten Maßstäbe des Ausführungsgesetzes einhalten (vgl. zum verfassungsrechtlich verankerten Schutz der Selbstverwaltung durch einfachrechtlich

⁹ NRW LT-Drs. 13/5515, S. 23

ausgestaltete Verfahren Kemmler, DÖV 2008, 983, 990 m. w. N., sowie StGH Bad.-Württ., ESVGH 49, 241, 252 ff., 256, unter Bezugnahme auf BVerfGE 90, 60, 96; ebenso BayVerfGH, Entscheidung vom 28. November 2007 – Vf. 15-VII-05 –, juris, Rn. 213 ff., unter Bezugnahme auf BVerfGE 86, 90, 108 f.). Konkret verpflichtet das Landesverfassungsrecht zur Befolgung des Ausführungsgesetzes, soweit es entsprechend dem verfassungsrechtlichen Erfordernis nach Art. 78 Abs. 3 Satz 5 Halbsatz 2 LV NRW die Grundsätze der Kostenfolgeabschätzung festlegt und Bestimmungen über eine Beteiligung der kommunalen Spitzenverbände trifft. Über Grundsätze hinausgehende Detailregelungen eines Ausführungsgesetzes zur Aufstellung der Kostenfolgeabschätzung haben dagegen nur insoweit verfassungsrechtliche Bedeutung, als ihnen Kernvorgaben für die Kostenaufstellung zu entnehmen sind. So enthalten die Bestimmungen über die Prognose einzelner Kostenansätze die grundsätzliche Vorgabe, ob bestimmte Kosten präzise geschätzt und nachvollziehbar bemessen werden müssen oder aus Vereinfachungsgründen als vergrößernde Pauschale bzw. pauschaler Zuschlag veranschlagt werden dürfen. Weil das Ausführungsgesetz einfaches Gesetz ist, selbst also nicht unmittelbar verfassungsrechtlicher Maßstab für die Normenkontrolle ist, ist es nicht Aufgabe des Verfassungsgerichtshofs, die Einhaltung des Ausführungsgesetzes durch den Gesetzgeber in allen Einzelheiten zu überprüfen. Vielmehr ist die verfassungsgerichtliche Kontrolle insoweit auf die Frage beschränkt, ob der Gesetzgeber seine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bindung an das Ausführungsgesetz verkannt hat. Das bedeutet auch, dass versehentliche Unstimmigkeiten keine verfassungsrechtliche Relevanz haben, solange sie sich nur unerheblich auf das Prognoseergebnis auswirken. Ohnehin gilt für jede Prognose, dass sie mit zahlreichen Unwägbarkeiten belastet ist, so dass geringfügige Begründungsdefizite die Normverwerfung nicht rechtfertigen. Einer missbräuchlichen Ausnutzung des Prognosespiel-raums wird dadurch vorgebeugt, dass in bewusst fehlerhaften Kostenansätzen stets eine Verkennung der Bindung an das Ausführungsgesetz liegt¹⁰.

2. Wesentliche Belastung

Zur Frage, wann die Gemeinden bzw. Gemeindeverbände wesentlich belastet sind, führt die Gesetzesbegründung aus:

Ein Belastungsausgleich erfolgt gem. Absatz 5 Satz 1 erst bei Überschreitung einer Bagatellschwelle. Zur Beurteilung der Frage, ob die Schwelle der wesentlichen Belastung überschritten worden ist, sind die von der jeweiligen Aufgabenübertragung betroffenen Kommunen zu betrachten.

¹⁰ Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 23. März 2010 – 19/08 –, Rn. 80, juris

Kriterien für die Wesentlichkeit sind die Dauer und die Intensität kommunaler Ressourcen. Die Schwelle der wesentlichen Belastung kann im Regelfall aus überschritten angesehen werden, wenn die geschätzte jährliche (Netto-) Mehrbelastung in den betroffenen Gemeinden und Gemeindeverbänden in ihrer Gesamtheit über einem Betrag von 0,25 € pro Einwohner/in liegt (Dies entspräche bei einer landesweiten Regelung einer Summe von ca. 4,5 Mio. €).¹¹

Darüber hinaus ist das Element der Kausalität zu beachten:

Zudem muss auch zwischen der Veränderung bestehender und übertragbarer Aufgaben und dem Vorliegen einer wesentlichen Belastung ein hinreichender Kausalzusammenhang bestehen – gerade die Aufgabenübertragung oder -umgestaltung muss also zu jener wesentlichen Belastung im Sinne des Satzes 2 „geführt“ haben, die dem Land „zugerechnet werden kann“. Ausschlaggebend für die Verursachung einer Belastung ist dabei nicht die Frage, ob entsprechende Aufwendungen faktisch auch bereits in der Vergangenheit angefallen sind, sondern allein, ob eine Belastung rechtlich zurechenbar neu verursacht wird. Der entsprechende Kausalitätsmaßstab ist also ein rechtlicher und kein tatsächlicher. Die konkrete Kausalität ist demnach juristisch „durch einen Vergleich der Rechtslage vor und nach Erlass der Neuregelung zu ermitteln“¹².

II Vereinbarkeit des Gesetzentwurfs mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben

1. Neuregelungen im denkmalrechtlichen Erlaubnisverfahren

Denkmalrechtliche Entscheidungen ergehen entweder durch die untere Denkmalbehörden oder durch die entsprechenden Fachbehörden, etwa im Rahmen eines Baugenehmigungsverfahrens. § 9 Abs. 3 Satz 2 DSchG eröffnet im Rahmen eines Baugenehmigungsverfahrens und eines Immissionsschutzrechtlichen Verfahrens dem Antragsteller bislang ein Wahlrecht, ob er die Erlaubnis nach 9 DSchG isoliert bei der unteren Denkmalbehörde beantragen will, oder ob er diese Erlaubnis im Rahmen der Baugenehmigung bzw. der Immissionsschutzrechtlichen Genehmigung beantragen will.

Das Erlaubnisverfahren bei der unteren Denkmalbehörde wird durch § 24 DSchG_E in der Weise geändert, dass für die Entscheidungen der unteren Denkmalbehörden ein Benehmen mit dem Landschaftsverband – mit Ausnahme des Bereichs der Bodendenkmäler – nicht mehr erforderlich ist.

¹¹ NRW LT-Drs. 13/5515, S. 23

¹² Durner, in: Heusch/Schönenbroicher, Die Landesverfassung Nordrhein-Westfalen, 2. A. 2020, Art. 78 Rn. 119

Als konnexitätsrelevant – und mangels entsprechender Ausgleichsregelung somit wegen Verstoßes gegen Art. 78 Abs. 3 Verf NRW verfassungswidrig – kann die Regelung sein, wenn dadurch faktisch ein Mehraufwand an Verwaltungskapazität bei den Gemeinden bzw. Landräten erforderlich werden könnte. Zunächst mit dem Erfordernis der Anhörung ein höheres Maß an Verantwortung für die untere Denkmalbehörde begründet.

Allerdings obliegt es auch bislang schon der Denkmalbehörde, den Entscheidungsentwurf zwecks Benehmensherstellung hinreichend aussagekräftig auszuarbeiten:

Anders als im Falle einer bloßen Anhörung sind im Falle der Benehmensherstellung gesteigerte Anforderungen an die Berücksichtigung der fachbehördlichen Äußerung zu stellen. Dies setzt zunächst voraus, dass die Denkmalbehörde dem Denkmalpflegeamt einen aussagekräftigen Entscheidungsentwurf (keine bloße Absichtserklärung) zukommen lässt, auf dessen Grundlage das Denkmalpflegeamt den Sachverhalt umfassend beurteilen kann¹³.

Die Denkmalbehörde ist zudem nicht gehindert, den im Rahmen der Anhörung des Denkmalfachamts von diesem geäußerten Vorstellungen zu folgen. Durch das „Mehr“ an Verantwortung wird ihr also nicht automatisch auch zusätzliche Verwaltungslast auferlegt. Hinzu tritt, dass die Anhörung gegenüber dem Benehmen geringere Anforderungen stellt. Wenngleich die Denkmalbehörde nicht frei darin ist, die Stellungnahme des Denkmalfachamts schlicht „zu den Akten“ zu nehmen und für die weitere Entscheidung unbeachtet zu lassen – vgl. dazu Frage 2 –, so fällt der intensive Austausch in Form eines zumindest zeitweiligen „Ping-Pong-Spiels“ als verpflichtendes Element fort.

Tatsächlich erfolgt insofern also eine Entlastung der Gemeinden und Landräte. Art. 78 Abs. 3 Verf NRW ist in dieser Hinsicht also nicht verletzt.

2. Neuregelung im Rahmen von Verfahren mit Konzentrationswirkung

Eine Verletzung von Art. 78 Abs. 3 Verf NRW könnte sich jedoch aus dem Wegfall von § 9 Abs. 3 DSchG ergeben im Hinblick auf einen damit einhergehenden Mehraufwand bei den unteren Denkmalbehörden. Die Norm lautet bislang:

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

¹³ Davydov, in: PdK NW G-11, DSchG § 21 Rn. 36, beck-online

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

Dies machte zwar nicht die Beteiligung des Denkmalpflegeamts (nunmehr: Denkmalfachamt) entbehrlich¹⁴, die unteren Denkmalbehörden waren am Verfahren jedoch bislang – mit Ausnahme des Sonderfalls des § 9 Abs. 3 Satz 2 DSchG – nicht beteiligt.

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

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

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

Eine Regelung für sonstige Verfahren mit Konzentrationswirkung fehlt im DSchG-E. Die Begründung des Gesetzentwurfs führt insofern einzig aus (S. 58):

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

Für nicht-baurechtliche Verfahren mit Konzentrationswirkung richtet sich die Frage der Beteiligung der unteren Denkmalbehörden also nach dem jeweiligen Fachrecht; einen grundsätzlichen Verzicht auf die Beteiligung wie § 9 Abs. 3 Satz 1 DSchG bislang sehen die Regelungen des DSchG-E nicht mehr vor.

a) Gesetzliche Verpflichtung zur Übernahme und Durchführung bestimmter öffentlicher Aufgaben

In Anwendung der oben dargelegten Kriterien des Art. 78 Abs. 3 Verf NRW liegt somit zunächst eine gesetzliche Regelung vor, die die Gemeinden als untere Denkmalbehörden (§

¹⁴ vgl. Davydov, in: PdK NW G-11, DSchG § 9 Rn. 99, beck-online, mit Verweis auf VG Aachen, Urteil vom 28. Mai 2013 – 3 K 271/11 –, [Rn. 40,] juris

21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 DSchG-E) zur Übernahme und Durchführung der öffentlichen Aufgabe des Denkmalschutzes verpflichtet.

b) Übertragung neuer oder eine Veränderung bestehender und übertragbarer Aufgaben

Hierbei müsste es sich auch um eine Übertragung neuer oder eine Veränderung bestehender und übertragbarer Aufgaben handeln.

Durch die Regelung des § 9 Abs. 4 DSchG-E soll die untere Denkmalbehörde nunmehr in Verfahren der Baugenehmigung oder der bauordnungsrechtlichen Zustimmung stets beteiligt sein. Die Aufgabe der Mitwirkung in diesem Verfahren oblag den unteren Denkmalbehörden bislang wegen der Regelung des § 9 Abs. 3 Satz 1 DSchG – mit Ausnahme der Sonderregelung des Satzes 2 – nicht. Damit wird eine neue Aufgabe übertragen.

Selbiges gilt für die Beteiligung der unteren Denkmalbehörden im Rahmen anderer Verfahren mit Konzentrationswirkung, die nicht von den Gemeinden durchgeführt werden und deren jeweilige Verfahrensregelungen die Beteiligung der Denkmalbehörden vorsehen.

Selbst wenn man darin keine Übertragung einer neuen Aufgabe sieht, weil die „Aufgabe des Denkmalschutzes“ auch bislang den unteren Denkmalbehörden (und damit den Gemeinden) oblag so könnte jedenfalls eine Veränderung bestehender und übertragbarer Aufgaben vorliegen.

Die Erfüllung der Aufgabe des Denkmalschutzes oblag den Gemeinden bislang nämlich zumindest nicht *in diesem Umfang*¹⁵. Zudem ist für die kleinen kreisangehörigen Gemeinden der Anspruch auf Beratung durch den Kreis nach § 29 Abs. 2 DSchG entfallen.

Es werden i.S.d. § 2 Abs. 4 KonnexAG auch den Vollzug prägende besondere Anforderungen an die Aufgabenerfüllung geändert, während keine bloß mengenmäßige Änderung (etwa eine Ausweitung des Kreises der für schutzwürdig erachteten Denkmäler, wodurch schlicht mehr Verfahren anfallen) vorliegt. Es handelt sich damit auch um eine *wesentliche* Aufgabenänderung¹⁶.

Der Denkmalschutz stellt auch eine übertragbare Aufgabe dar.

Somit liegt jedenfalls eine Veränderung bestehender und übertragbarer Aufgaben vor.

¹⁵ (zu diesem Kriterium vgl. Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 12. Oktober 2010 – 12/09 –, Rn. 73, juris)

¹⁶ vgl. Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 12. Oktober 2010 – 12/09 –, Rn. 73, juris

c) Wesentliche Belastung

Damit müsste schließlich auch eine wesentliche Belastung der Gemeinden als untere Denkmalbehörden einhergehen.

Insb. bei der Erteilung einer Baugenehmigung oder einer bauordnungsrechtlichen Zustimmung ist nunmehr die Zustimmung der unteren Denkmalbehörde erforderlich (§ 9 Abs. 4 DSchG-E). Damit dürfte besonders – aber nicht nur – auf diesem Feld ein Mehraufwand entstehen, zumindest für die 208 Städte und Gemeinden, für die die unteren Bauaufsichtsbehörden gem. § 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b BauO die Kreise sind. Die Gesetzesbegründung bringt selbst zum Ausdruck, dass die kleinen kreisangehörigen Gemeinden bislang Schwierigkeiten hatten ihre Aufgaben auf dem Gebiet des Denkmalschutzes zu bewältigen und betont zudem den erforderlichen finanziellen Aufwand für die Wahrnehmung dieser Aufgabe:

„Es zeigt sich, dass es in der Vergangenheit insbesondere für zahlreiche kleine Städten und Gemeinden herausfordernd war, beispielsweise freie Stellen im Zusammenhang mit dem Denkmalschutz zeitnah oder überhaupt besetzen zu können. Der Denkmalschutz bedarf eines ausreichend vorhandenen Fachpersonals mit einer entsprechenden Stundenausstattung, um dem im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben nachkommen zu können¹⁷.“

Zugleich treffen jedenfalls in diesem Rahmen die Städte und Gemeinden das Risiko von Amtshaftungsansprüchen, wenn sie die denkmalrechtliche Zustimmung zu Unrecht verweigern. Nach der Neugestaltung des § 9 Abs. 4 DSchG-E ist die Prüfung der denkmalrechtlichen Erlaubnis stets den unteren Denkmalbehörden zugewiesen. Eine Möglichkeit, diese Zustimmung zu ersetzen steht den Bauaufsichtsbehörden nicht zu. Wegen dieser Bindungswirkung kommt eine Amtspflichtverletzung der die Zustimmung versagenden Gemeinde in Betracht¹⁸. Die nunmehr vorgesehene Beteiligung der Gemeinde am Baugenehmigungsverfahren kann nämlich im Falle der Versagung der Zustimmung eine für den Bauwilligen ausschlaggebende Bedeutung zukommen, weil die Baugenehmigungsbehörde nach der Rechtslage gehindert ist, eine Baugenehmigung auszusprechen, solange die Gemeinde ihre Zustimmung nicht erklärt hat¹⁹. Vereitelt oder verzögert die Gemeinde durch eine unberechtigte Versagung der denkmalrechtlichen Zustimmung ein planungsrechtlich zulässiges Bauvorhaben, so berührt dies - sei es auch nur mittelbar - notwendig und bestimmungsgemäß die Rechtsstellung des Bauwilligen. Dies genügt nach der Rechtsprechung des BGH, um eine besondere Beziehung zwischen der

¹⁷ Gesetzentwurf Seite 68

¹⁸ BGH, Urteil vom 16. September 2010 – III ZR 29/10 –, BGHZ 187, 51-60, Rn. 11

¹⁹ vgl. z.B. BVerwGE 22, 342, 345 ff; BVerwG UPR 1992, 234, 235; BGH Urteile vom 29. September 1975 - III ZR 40/73, BGHZ 65, 182, 186; vom 18. Dezember 1986 - III ZR 174/85, BGHZ 99, 262, 273; vom 21. Mai 1992 - III ZR 14/91, BGHZ 118, 263, 265; vom 13. Oktober 2005 - III ZR 234/04, NVwZ 2006, 1177)

verletzten Amtspflicht und dem Bauwilligen als einem geschützten "Dritten" im Sinne des § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB zu bejahen²⁰.

Dies macht wiederum auf Seiten der Gemeinden ein besonders sorgfältiges Handeln – mit einem entsprechend hohen Personalaufwand – erforderlich. Für diese Mehrbelastungen ist die Neuregelung auch kausal.

²⁰ BGH, Urteil vom 16. September 2010 – III ZR 29/10 –, BGHZ 187, 51-60, Rn. 11

C Ergebnis

Der Gesetzentwurf wird deshalb den verfassungsrechtlichen Anforderungen bereits deshalb nicht gerecht, da er seiner Verpflichtung zur Ermittlung, wie hoch die Mehrbelastung ausfällt, die ihm gem. § 3 KonnexAG als Gesetzgeber obliegt nicht nachgekommen ist.

Der Gesetzgeber hat daher eine den aller Voraussicht erheblichen Mehraufwand der Gemeinden abzuschätzen, eine Regelung über die Kosten zu treffen und ggfs. eine Regelung des Ausgleichs der Kosten zu treffen.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Achelpöhler', written in a cursive style.

Achelpöhler
Rechtsanwalt