

# Teilhaberechte an der Gestaltung des öffentlichen Raums durch Denkmäler\*

## Einleitung

›erinnern – zerstören – gestalten‹ – allesamt Tätigkeiten, die emotionsgeladen sind. Im Verfassungsstaat ist das wesentliche Instrument zur Reglementierung von Verhalten von Bürgern und Staat gleichermaßen das Recht. Doch das Recht ist kalt; ihm muss Leben eingehaucht werden. Damit ist der Weg gesellschaftlicher und politischer Willensbildung adressiert. Recht ist geronnene Politik, wobei sich dieser Gerinnungsprozess nicht im rechtsfreien Raum, sondern unter der Geltung des Grundgesetzes und in Anwendung vieler Fachgesetze abspielt. Und so sind am Ende auch ›erinnern – zerstören – gestalten‹ rechtlich eingehegt, jedenfalls soweit sie sich im öffentlichen Raum entfalten.

## Aufmerksamkeitsfelder

Neben den natürlichen sind auch die kulturhistorischen Ressourcen ein wichtiger, evtl. sogar unverzichtbarer Bestandteil der individuellen und kollektiven Lebensqualität. Die kulturelle Dimension öffentlicher Räume entfaltet sich vor allem auf symbolischer Ebene durch Denkmäler, Gedenkstätten, durch Architektur und Landschaft, durch Namensgebung (Hindenburgufer, Tirpitzhafen) und nicht zuletzt auch durch Werbung, Werbeanlagen und Firmensymbole auf und an Gebäuden. Denkmäler stellen ein notwendiges Gegengewicht zur Dynamik der zivilisatorischen Prozesse dar.<sup>1</sup> Sie können einem Ort sein Gepräge geben, oberflächlich und äußerlich ebenso wie tiefverwurzelt und ausdrucksstark.

---

\* Der Beitrag stellt die Schriftfassung eines im Rahmen der Ringvorlesung *erinnern\_zerstören\_gestalten* gehaltenen Vortrags dar, die die Philosophische Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel im Wintersemester 2021/22 veranstaltet hat. Für die wertvolle Unterstützung bei der Aufarbeitung des Themas danke ich meinem wissenschaftlichen Mitarbeiter Dr. Asad Yasin sehr herzlich! Der Beitrag erscheint in diesem Band mit freundlicher Genehmigung des Verlags Mohr Siebeck, Tübingen. Erstmals publiziert wurde er in der *Juristenzeitung (JZ)* 5, 2022, 215-222, <https://doi.org/10.1628/jz-2022-0059>.

1 Haspel, in: Martin/Krautzberger 2022, A. Rn. 10 ff.

## Wer bestimmt, was ein Denkmal ist?

Das schleswig-holsteinische Denkmalschutzgesetz (DSchG) versteht unter Denkmälern »Kulturdenkmale« und »Schutzzone«.<sup>2</sup>

»Kulturdenkmale sind Sachen, Gruppen von Sachen oder Teile von Sachen aus vergangener Zeit, deren Erforschung oder Erhaltung wegen ihres besonderen geschichtlichen, wissenschaftlichen, künstlerischen, technischen, städtebaulichen oder die Kulturlandschaft prägenden Wertes im öffentlichen Interesse liegen. Kulturdenkmale können beweglich und unbeweglich sein.«<sup>3</sup>

Als Kulturdenkmale sieht es »insbesondere Baudenkmale, archäologische Denkmale und Gründenkmal« an, die es im Einzelnen noch näher definiert.<sup>4</sup> Dasselbe unternimmt das Gesetz hinsichtlich der Schutzzone.<sup>5</sup> Verdichtet man die Definition des Kulturdenkmals, so erhält man drei zentrale Begriffselemente: den Vergangenheitsbezug, einen spezifischen Wert und das öffentliche Interesse daran. Es geht dem Denkmalschutzrecht also um Sachen oder Sachgesamtheiten, die aus der Vergangenheit herüberreichen in Gegenwart und Zukunft und dort wegen eines in ihnen verkörperten, im weitesten Sinne ideellen Wertes im öffentlichen Interesse geschützt und gepflegt werden sollen.<sup>6</sup>

In der Definition des Denkmals sind mehrere unbestimmte Gesetzesbegriffe benannt, deren Verwendung im Denkmalschutzrecht als zulässig anerkannt worden ist<sup>7</sup> und bei deren Anwendung und Auslegung den Behörden kein Beurteilungsspielraum zusteht, sondern eine vollumfängliche Nachprüfung durch die Verwaltungsgerichte erfolgt.<sup>8</sup> Entscheidend kommt es für die Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale auf den Maßstab an, der herkömmlich nicht unter Bezug auf den sog. gebildeten Durchschnittsmenschen, sondern den Wissens- und Erkenntnisstand sachverständiger Kreise definiert wird.<sup>9</sup> Ausdruck dafür ist im schleswig-holsteinischen Denkmalschutzrecht die Etablierung eines Denkmalrats mit beratender Funktion der obersten Denkmalschutzbehörde und Anhörungsrechten vor näher bestimmten Verwaltungsentscheidungen.<sup>10</sup> Damit wird bewusst eine Unabhängigkeit von temporalen Emotions- und Stimmungslagen der Bevölkerung gewährleistet.

---

2 § 2 Abs. 1 DSchG.

3 § 2 Abs. 2 S. 1 u. 2 DSchG.

4 § 2 Abs. 2 S. 3 u. 4 DSchG.

5 § 2 Abs. 3 DSchG.

6 Bei unbeweglichen Kulturdenkmälern löst das Gesetz selbst den Schutz aus (s. § 8 Abs. 1 DSchG). Bei beweglichen Kulturdenkmälern verfügt die obere Denkmalschutzbehörde (Landesamt) die Unterschutzstellung auf Antrag oder von Amts wegen durch Verwaltungsakt (s. § 9 Abs. 1 DSchG). Die Ausweisung von Schutzzone nimmt die obere Denkmalschutzbehörde durch Verordnung vor (s. § 10 Abs. 1 DSchG).

7 BVerfGE 78, 205 (213).

8 BVerwGE 24, 60 (63); OVG Lüneburg, VRspr. 30 Nr. 185; NVwZ 1983, 213 (214).

9 BVerwGE 11, 32 (37); OVG Koblenz, NVwZ 1984, 192 f.; BayVGH, BayVBl 1986, 399 f.; OVG Lüneburg, BRS 44 Nr. 124 S. 299; BayObLG, BayVBl 1987, 154 (155); VG Schleswig, U. v. 1.11.2016 – 8 A 28/14.

10 Vgl. § 6 Abs. 1 DSchG.

Diese Maßstabsbildung lässt sich begründen: Nur dadurch werde Denkmalschutz effektiv.<sup>11</sup> Es gehe hierbei nicht um persönlichen Geschmack, sondern ein darüber hinausgehendes Erhaltungsinteresse. Die geschichtliche Bedeutung eines Objekts sei für den unbefangenen Beobachter unter Umständen gar nicht ablesbar, sondern setze zumindest punktuelles bzw. temporäres Fachwissen voraus.<sup>12</sup> Und doch bleibt die Frage, ob damit nicht eine Scheinobjektivität, ein paternalistisches Verständnis oder auch ein edukatorischer Ansatz verbunden ist. Nimmt man diese Gedanken auf, folgen unmittelbar die Anschlussfragen nach der Berechtigung von Staat und Verwaltung, auf diese Weise »Kultur- bzw. Bildungsarbeit« zu leisten.

### **Themenwechsel: Prägung des öffentlichen Raumes durch Werbung**

Werbung begegnet uns im Stadtbild auf Straßenbahnen und Stromkästen, an Plakatwänden und Bushaltestellen, auf digitalen Leinwänden und traditionellen Litfaßsäulen, auf Fahnen und Bannern bei Veranstaltungen und in den Namen von Hallen und Arenen. Geworben wird für alles, was das Herz begehrt – oder nach Ansicht der Werbenden jedenfalls begehren sollte, manchmal witzig und originell, gelegentlich anstößig und fragwürdig, immer aber Aufmerksamkeit heischend für das beworbene Produkt oder eine Marke. Außenwerbung gehört von alters her zum Erscheinungsbild der Städte und Gemeinden und ist mancherorts zum Wahrzeichen geworden.

Die Grundrechte schützen auch Wirtschaftswerbung, sowohl als Berufsausübung gemäß Art. 12 Abs. 1 GG als auch als Meinungsäußerung über Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG. Insbesondere auch (rein) kommerziell motivierte Werbung wird von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG erfasst, wenn und soweit ihr ein meinungsbildendes Element eigen ist.<sup>13</sup> Auf das Produkt kommt es insoweit nicht an.<sup>14</sup> Das heißt: Wenn der Staat Werbung aus dem öffentlichen Raum verbannen will, gerät er (verfassungs-)rechtlich wegen des damit verbundenen Eingriffs in vielfältige (Grund-)Rechte unter Rechtfertigungszwang.

Die Volksinitiative ›Berlin Werbefrei‹<sup>15</sup> zeigt das Spannungsverhältnis auf, in dem Außenwerbung steht: Es geht um grundrechtlich geschütztes Verhalten der Werbenden auf der einen und um staatlich vermittelten Schutz der Rezipienten und Konsumenten auf der anderen Seite. Wie ein Brennglas bündelt das streitbefangene sogenannte ›Antikommodifizierungsgesetz‹ die betroffenen Aktionsfelder: Um den Bürger vermeintlich vor Beeinflussung und Belästigung durch Werbung zu schützen, soll sie weitgehend verboten werden, und zwar mit dem Werbefreiheitsgesetz und der Änderung des Schulgesetzes innerhalb öffentlicher

---

11 OVG Koblenz, NVwZ 1984, 192-193.

12 OVG Hamburg, U. v. 3.5.2017 – 3 Bf. 98/15.

13 BVerfG, NJW 2001, 3403 (3404) mit Verweis auf BVerfGE 30, 336 (352); 71, 162 (175); 102, 347 (359).

14 Vgl. aus dem Schrifttum etwa Starck/Paulus, in: Mangoldt/Klein/Starck 2018, Art. 5 Rn. 79; Grabenwarter, in: Maunz/Dürig 2020, Art. 5 Rn. 62; ausführend etwa Zsóks 2004, 35 ff.

15 VerfGH Berlin, Beschl. v. 18.11.2020 – VerfGH 173/19.

Einrichtungen und Gebäude und mit der Änderung der Bauordnung an Gebäuden und auf Grundstücken in privater und öffentlicher Hand.<sup>16</sup>

Dass hinter diesem Entwurf eines Gesetzes zur Regulierung von Werbung in öffentlichen Einrichtungen und im öffentlichen Raum eine gesellschaftspolitische bzw. weltanschauliche Haltung steht, macht schon die Begrifflichkeit der ›Antikommodifizierung‹ deutlich, mit der eine – negativ konnotierte – Kommerzialisierung von Gegenständen und Leistungen, auch öffentlicher Güter beschrieben wird. Auch der in § 1 des als Art. 1 eingebrachten Werbefreiheitsgesetzes niedergelegte Gesetzeszweck unterstellt, dass eine Pflicht des Staates zum »Schutz der Bevölkerung und des Einzelnen vor Belästigung und Beeinflussung durch Werbung« besteht, und zwar zur »Wahrung der Neutralität des Staates«. Das ist aber nichts anderes als eine ungeschützte Behauptung, die verbrämen soll, dass ein staatliches Verbot für Werbung im öffentlichen Raum und auf Privateigentum alles andere als neutral wäre. Damit stellt sich auch hier die Frage, ob der (Landes-)Gesetzgeber ein solch gesellschaftspolitisches, mutmaßlich ideologisches Ziel überhaupt verfolgen darf.

### **Was ist öffentlich?**

Denkmäler – wie auch stationäre Werbung – wollen gesehen werden, um wirken zu können. Deshalb stehen sie im öffentlichen Raum, der sich in Bezug auf die diesbezügliche Herrschaftsgewalt bei näherer Betrachtung allerdings als heterogen darstellt:

- Denkmäler an bzw. auf in der Verwaltungsträgerschaft von Bund, Land oder Gemeinde befindlichen öffentlichen Sachen im weiteren Sinn, insbesondere an Verwaltungsgebäuden, auf öffentlichen Straßen und Grünflächen, auf Grundstücken der gemeindeeigenen Versorgungs- und Verkehrsbetriebe;
- Denkmäler an bzw. auf Gegenständen und Grundstücken von privatrechtlich organisierten Unternehmen in staatlicher oder kommunaler Trägerschaft, vor allem Unternehmen des ÖPNV, Stadtwerke, Messe- und Veranstaltungsgesellschaften, Wohnungsbaugenossenschaften, Sparkassen;
- Denkmäler auf öffentlichen Straßen und Wegen, die von Privaten errichtet und unterhalten werden;
- Denkmäler, die auf privaten Grundstücken und Gegenständen errichtet und unterhalten werden.

Es gibt mithin einerseits einen Raum, den die öffentliche Hand im Rechtssinne ›besitzt‹, in dem sie also auch durch Denkmäler wirken kann, weil sie entweder einen grundstücksbezogenen oder einen unternehmerischen Einfluss hat. Wenn Behörden auf Flächen, Gebäude und Anlagen in Privateigentum zugreifen, beeinträchtigen sie damit andererseits die Eigen-

<sup>16</sup> VerfGH Berlin, Beschl. v. 18.11.2020 – VerfGH 173/19, erkennt in diesen Regelungen einen sachlichen Zusammenhang und nicht – wie die Senatsverwaltung für Inneres und Sport – einen Verstoß gegen das Kopplungsverbot bzw. den Vorrang des Gesetzes aus Art. 12 Abs. 2 des Gesetzes über Volksinitiative, Volksbegehren und Volksentscheid (Abstimmungsgesetz – AbstG) vom 11. Juni 1997 (GVBl 304), zuletzt geändert durch Gesetz vom 12.10.2020 (GVBl 787).

tumsfreiheit im Sinne von Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG. Denkmalschutz erschwert unter Umständen die geschützte privatnützige Verwendungsmöglichkeit von privaten Flächen und bedarf deshalb der Rechtfertigung. Denkmalschutz und -pflege werfen hier nicht nur die Frage auf, ob der Staat solcherart Ziel überhaupt verfolgen darf, sondern stellen auch das Wie im Einzelfall unter den Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit.

### **Antwort des schleswig-holsteinischen Gesetzgebers**

Eine bemerkenswerte Antwort auf die tiefgreifende Frage nach Grund und Reichweite staatlichen Denkmalschutzes gibt das schleswig-holsteinische Denkmalschutzgesetz, indem es den Normen eine Präambel voranstellt:

»Grundlage für die Gestaltung der Zukunft ist die Erinnerung an die Vergangenheit. Sie stützt sich auf Orte, bewegliche und unbewegliche Objekte und immaterielle Zeugnisse wie Sprache, Brauchtum, traditionelle Handwerkstechniken oder Musik. Aufgabe des Denkmalschutzes und der Denkmalpflege ist es, diesem Grundbedürfnis des Einzelnen und der Gesellschaft nach Erinnerung zu dienen. Dies setzt die Zusammenarbeit von Behörden und Eigentümerinnen und Eigentümern, aber auch von anderen Betroffenen, z. B. Nutzerinnen und Nutzern oder ehrenamtlich Tätigen voraus. Denkmale sind materielle Zeugen menschlichen Wirkens. Sie dokumentieren historische Ereignisse und Entwicklungen, künstlerische Leistungen, technische Errungenschaften, soziale Lebenswirklichkeiten, unabhängig davon, ob diese heute positiv oder negativ bewertet werden. Sie sind Teil des heutigen Lebensraumes und der heutigen Kultur. Durch Denkmale schützt und vertieft die Gesellschaft ihre Identität sowie Toleranz und Solidarität mit verschiedenen Gruppierungen, einschließlich den Minderheiten. Denkmalschutz und Denkmalpflege ermöglichen es künftigen Generationen, Geschichte zu erfahren, wahrzunehmen, zu interpretieren und zu hinterfragen. Erkenntnisse über Denkmale müssen daher öffentlich zugänglich sein. Daher ist es der Gesellschaft ein Anliegen, den überlieferten Denkmalbestand zu erhalten. Eine angemessene Nutzung begünstigt die langfristige Erhaltung. Jede Nutzung muss sich an der Substanzerhaltung orientieren.«

Ungeachtet der rechtlichen Regelungsqualität dieser Präambel<sup>17</sup> definiert sie die Aufgabe von Denkmalschutz und Denkmalpflege und bestimmt das öffentliche Interesse daran. Beides greift § 1 Abs. 1 u. 2 DSchG mit unstreitiger Rechtsverbindlichkeit auf. Dass Denkmäler geeignet sind, die Auseinandersetzung mit der eigenen Geschichte zu befördern und der Gesellschaft darüber ein Bild von sich und ihren Werten in der Zeit zu vermitteln,<sup>18</sup> steht außer Frage. Was die Präambel aber schlicht für den Staat, in diesem Fall letztlich für die Denkmal-

---

<sup>17</sup> Verneinend Wiener, in: DSchG, Kommentar, Erl. zur Präambel.

<sup>18</sup> So Wiener, in: DSchG, Erl. zur Präambel.

schutzbehörden reklamiert, ist der Auftrag, notfalls mit Hoheitsgewalt Denkmäler als »kulturelle Lebensgrundlagen« zu definieren und unter staatlichen Schutz zu stellen.

Angemerkt sei, dass die Schaffung neuer Kultur-, Denkmal- und Erinnerungsstätten gesetzlich gänzlich ungeregt ist. Erst wenn eine Anlage oder Sache vorhanden ist und die Denkmaleigenschaften erfüllt, wird das Schutzregime des Denkmalschutzgesetzes aktiviert. Wenn noch nicht an einen vorhandenen (Bau-)Bestand angeknüpft werden kann, ergibt sich das Problem des diesbezüglichen staatlichen Auftrags noch nachdrücklicher. Denn es wird von Staats wegen im öffentlichen Interesse erst eine Aussage mit dem Ziel eines »besonderen geschichtlichen, wissenschaftlichen, künstlerischen, technischen, städtebaulichen oder die Kulturlandschaft prägenden Wertes« entworfen. Dasselbe gilt für die Förderung einschlägiger privater Initiativen.

## Kulturpflege als staatliche Integrationsaufgabe

Vor diesem Hintergrund ist zu untersuchen, ob Denkmäler überhaupt eine staatliche Angelegenheit bilden und ob – wenn ja – normative Leitbilder für die kultursymbolische Gestaltung des öffentlichen Raums bestehen.

### Staatstheoretische Fundierung

Auf die Kunst gewendet versteht das BVerfG Art. 5 Abs. 3 GG als »objektive Wertentscheidung für die Freiheit der Kunst«, die »dem modernen Staat, der sich im Sinne einer Staatszielbestimmung als Kulturstaat versteht, zugleich die Aufgabe [stellt], ein freiheitliches Kunstleben zu erhalten und zu fördern«. <sup>19</sup> Darüber hinausgehende, auch Elemente der Kultur, die nicht Kunst (oder Religion) sind, erfassende Gewährleistungen kennt die Bundesverfassung nicht. <sup>20</sup> Hier knüpft die regelmäßig aufflammende Diskussion um die Einfügung eines Staatsziels »Kultur« in das Grundgesetz an. <sup>21</sup> Die Landesverfassungen sind insoweit traditionell sprechender und benennen teilweise auch Denkmalschutz und -pflege als staatliche Aufgabe. <sup>22</sup>

Diese verfassungsrechtliche Ausprägung des Kulturstaats bildet die Spitze des Eisbergs, dessen unter der Oberfläche der Verrechtlichung liegendes Fundament die Lebensbedingungen einer offenen Verfassungsstaatlichkeit sind:

---

19 BVerfGE 36, 321 (331); mit Wissenschaftsbezug BVerfGE 81, 108 (116) und 127, 87 (114).

20 Steiner 1984, 13 ff.

21 Dazu schon Steiner, in: Isensee/Kirchhof 2006, § 86 Rn. 28; ders. 1984, 38 ff. Siehe nun Initiative »kulturinsgrundgesetz.de« (<https://www.kulturinsgrundgesetz.de/>, letzter Zugriff: 26.4.2023) oder auch Pressemitteilung Kulturrat 2021; s. auch die Pläne der Ampel-Koalition in Koalitionsvertrag 2021, 121.

22 Siehe etwa Art. 13 Abs. 2 und 3 der Verfassung des Landes Schleswig-Holstein (Förderung der Pflege der niederdeutschen Sprache, des Sports, der Erwachsenenbildung, des Büchereiwesens, der Volkshochschulen) oder Art. 18 Abs. 2 und 3 der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen (Denkmäler der Kunst, der Geschichte und der Kultur, die Landschaft und Naturdenkmale, Sport). S. auch Art. 30 Abs. 1 der Verfassung des Freistaats Thüringen: Brauchtum.

»Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann. Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist. Als freiheitlicher Staat kann er einerseits nur bestehen, wenn sich die Freiheit, die er seinen Bürgern gewährt, von innen her, aus der moralischen Substanz des einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft, reguliert. Andererseits kann er diese inneren Regulierungskräfte nicht von sich aus, das heißt mit den Mitteln des Rechtszwanges und autoritativen Gebots zu garantieren suchen, ohne seine Freiheitlichkeit aufzugeben und – auf säkularisierter Ebene – in jenen Totalitätsanspruch zurückzufallen, aus dem er in den konfessionellen Bürgerkriegen herausgeführt hat.«<sup>23</sup>

Mit Blick auf eine sogenannte ›Kulturstaatsklausel‹ im Grundgesetz wird vertreten, die Rolle des Staates »ist die des Anstifters und Gehilfen zur kulturellen Leistung. Als kultureller Täter scheidet er aus. Kultur kann der Staat nicht machen, er kann sie nur pflegen«.<sup>24</sup> Ob damit angesichts der Erosion gesellschaftlicher Gewissheiten nicht zu kurz gegriffen wird, ob Individualisierung und Fragmentierung nicht verlangen, den staatlichen Erziehungsauftrag kulturpflegerisch und staatsbürgerkundlich anzureichern, dürfte zu diskutieren sein. Denn der Staat ist auf eine geformte Erinnerung, auf manifestierte *shared memories* bzw. *history* angewiesen. Die Errichtung, Gestaltung und Unterschutzstellung von Denkmälern im öffentlichen Raum gibt ihm die Möglichkeit, zu deren geschichtskultureller Sinnbildung beizutragen.

### **Angebotsverwaltung und Nicht-Identifikation**

Wenn der Staat nicht in die Rolle des bevormundenden oder gar totalen Staates geraten soll, muss er indes auf die Rolle des Förderers und Maklers beschränkt bleiben. Die Verwaltung kann Angebote unterbreiten; das Treffen von Entscheidungen für das Leben des Einzelnen ist ihr hingegen verwehrt. Staatliche Kulturpflege unterliegt insofern denselben Gelingensbedingungen wie der staatliche Umgang mit Religion und Weltanschauung: Wo etwa eine Minderheit zu schwach ist, ihren religiös oder weltanschaulichen Standpunkt in der staatlichen Rechts- und Verwaltungsordnung zum Ausdruck zu bringen, muss der Staat in Anbetracht des Art. 137 Abs. 1 WRV dafür Sorge tragen, dass eine Wahlmöglichkeit bleibt und dass auch eine konfessionell nicht gebundene Ausgestaltung der betreffenden Lebensbereiche (Schule, Krankenhaus, Alters- oder Pflegeheim) gesichert wird. Dem Staat kommt hier ebenso wenig die Aufgabe zu, den Einzelnen in konfessionelle Anstalten zu zwingen, wie ihm erwünschte konfessionelle Ausgestaltung vorzuenthalten.<sup>25</sup> Auf die staatliche Kulturpflege übersetzt heißt das: Vorsorge für Kultur »um der Kultur willen«.<sup>26</sup> Staat und Verwaltung tragen insoweit eine

---

23 Böckenförde 1991, 112–113.

24 Steiner, in: Isensee/Kirchhoff 2006, § 86 Rn. 28.

25 Campenhausen 1996, 66–67; BVerfGE 10, 59 (85).

26 Steiner, in: Isensee/Kirchhoff 2006, § 86 Rn. 1.

Infrastruktur- und Auffangverantwortung,<sup>27</sup> die im Bereich der kulturellen Freiheitsrechte unter den Geboten der Neutralität und der Nicht-Identifikation steht.<sup>28</sup>

Legt sich der Staat nämlich auf einen materiellen Gehalt fest, dann bewirkt diese Festlegung, dass seine Bürger keine Möglichkeit der Wahl in demjenigen Bereich mehr haben, der inhaltlich aufgeladen ist. Identifikation auf Seiten des Staates erweist sich damit gleichbedeutend mit Unfreiheit auf Seiten des Bürgers. Das gilt zunächst für jede Art von Weltanschauung: Identifiziert sich ein Staat mit einem religiösen oder weltanschaulichen Glauben, dann würde er sich selbst untreu werden, wenn er nicht unduldsam gegenüber allen Andersgläubigen würde. Erst die Aufhebung dieser Art von Identifikation durch die Trennung von Staat und Kirche hat daher grundsätzlich die Freiheit der Religion und der Weltanschauung für den einzelnen Menschen begründet. Nicht-Identifikation auf Seiten des Staates erweist sich damit als gleichbedeutend mit Freiheit auf Seiten des Bürgers.<sup>29</sup>

Der Grundsatz der Nicht-Identifikation enthält die Prämisse, dass das Grundgesetz einen wertoffenen, freiheitlichen und demokratischen Staat konstituiert hat. Dem wertoffenen oder auch pluralistischen Staat ist es wesenseigen, dass dem Bürger die Wertewahl bleibt – die Wahl des Wertes überhaupt, die Wahl der Art seiner Begründung wie auch die Wahl der Werthöhe.<sup>30</sup> Darin liegt die konstitutionelle Aussage des Art. 4 GG, wenn er die Glaubens- und Gewissensfreiheit gewährleistet einschließlich eben der religionsfeindlichen und religionsindifferenten Wertwahl. Der Staat ist »Heimstatt aller Staatsbürger ohne Ansehen der Person«; diese gewollte Vielfalt der gesellschaftlichen Kräfte auf dem Gebiet der Religion und Weltanschauung erlegt dem Staat folgerichtig die Verpflichtung zur Neutralität auf diesen Gebieten auf.<sup>31</sup> Hinzu und vor die abwehrrechtliche Funktion der Grundrechte tritt zunehmend die Drittwirkungsdimension.<sup>32</sup>

### **Neutralität, Parität, Toleranz**

Die Staatsordnung bleibt insoweit neutral, als sie den Staatsbürgern die Möglichkeit erhält, ihren religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen auch im öffentlichen Leben so weit wie möglich Geltung zu verschaffen, und nicht das religiöse Faktum ignoriert. Dazu zählt, dass jede Glaubens-, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaft die Möglichkeit haben muss, nach eigenen freien Entschlüssen Unternehmen in Angriff zu nehmen oder zu unterlassen. Entschließt sie sich zu Aktivitäten und nimmt der Staat an ihnen Interesse, so wird er

---

27 Allgemein zum »Freiheitsprinzip als Grund und Grenze des Sozialstaats« Pitschas 2005, 112–113; zu »Trägervielfalt, Kooperationsgebot, Gesamtverantwortung und Gewährleistung als korrespondierende Leitprinzipien des Fürsorgesektors« Tettinger 2005, 220–221.

28 Steiner, in: Isensee/Kirchhof 2006, § 86 Rn. 9: »Normative Kulturverfassung ist daher primär Kulturförderverfassung«.

29 Krüger 1966, 181. Zum religiösen Neutralitätsgebot des Staates etwa Unruh 2018, Rn. 90; s. auch Dreier 2018, 9: »Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates bildet die Kehrseite der Religionsfreiheit, die alle Bürger genießen«.

30 Zu gesellschaftlicher Identitätspolitik als Herausforderung, aber auch Chance für die liberale Rechtsordnung sehr lesenswert: Hilgendorf 2021.

31 BVerfGE 19, 206 (216); 226 (238).

32 Marsch 2021, 1129.

dieser Wertegemeinschaft allein (finanzielle) Hilfe gewähren dürfen, ohne damit den Neutralitätsgrundsatz zu verletzen. Neutralität führt nicht zu einer Nivellierung, muss sich aber am Gleichheitssatz orientieren.<sup>33</sup>

Darüber hinaus geht ein pluralistischer Staat von der Gleichwertigkeit und -berechtigung aller in ihm vertretenen Religionen, Weltanschauungen und Ideologien aus, weil dies eine Konsequenz aus der Gleichberechtigung seiner Bürger ist. Dem Staat kann kein Schiedsrichteramt zwischen zwei konkurrierenden Vorstellungen zuerkannt werden.<sup>34</sup> Insoweit ist die Parität eine Variation des Gleichheitssatzes mit personaler und organisatorischer Komponente.<sup>35</sup> Allerdings gebietet das Grundgesetz nicht, dass der Staat alle Wertegemeinschaften schematisch gleichbehandelt. Vielmehr sind Differenzierungen zulässig, die durch tatsächliche Verschiedenheiten der einzelnen Vereine, Gruppen und Gesellschaften im konkreten Sachverhalt bedingt sind.<sup>36</sup>

Schließlich beinhaltet Neutralität ein Toleranzgebot, das mehr als bloße indifferente Tolerierung verlangt; es bedeutet positive Aufnahme immaterieller Bedürfnisse, die Bereitstellung rechtlicher Sicherungen für die Ausübung des Religiösen und Weltanschaulichen.<sup>37</sup> Für den Staat begründet das Toleranzgebot die Rechtspflicht zur Bewahrung der pluralistischen Struktur des gesellschaftlichen Lebens und zur Sorge dafür, dass es nicht zu einer Unterdrückung des Gewissens kommt.<sup>38</sup>

### **Bezugspunkt freiheitliche demokratische Grundordnung**

Allerdings: Bloße Nicht-Identifikation erhebt eventuell das Bekenntnis zur Bekenntnislosigkeit zur »Staatsreligion«.<sup>39</sup> Neutralität, Parität und Toleranz beziehen sich auf vorhandene Weltanschauungen, Meinungen, Ansichten und Bekenntnisse und beschreiben staatliche Enthaltenssamkeit statt Parteinahme. Anstelle von Nicht-Identifikation ist deshalb vielleicht besser von offener positiver Neutralität zu sprechen, wenn es um originäres staatliches Engagement in der Kulturpflege geht. Eine Instrumentalisierung etwa von Denkmälern im Sinne einer Staatsdoktrin scheidet dabei ebenso aus wie die Etablierung einer Staatsreligion. Das staatliche Engagement, das verhindern soll, dass sich letztlich der Pluralismus gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung selbst wendet, muss im Ausgleich von Wertexistenz und Wahlfreiheit zustande kommen.<sup>40</sup>

Nicht zuletzt mit der Verabsolutierung von Verfassungsgrundsätzen zum Schutz der Demokratie in Art. 79 Abs. 3 GG hat gerade das Prinzip der wehrhaften Demokratie verfassungsrechtlich ein besonderes Gewicht erhalten, denn die Unveräußerlichkeit von Grundsätzen der Verfassung ist untrennbar mit der Idee ihrer Bewehrung verbunden.<sup>41</sup> Versteht der Staat

---

33 v. Camphausen, in: List/Pirson 1994, § 2, 78; Sacksofsky 2009, 24.

34 Scheuner 1974, § 1, 58 ff.; Campenhausen, 75–76; BVerfGE 153, 1 (37).

35 Grundlegend Heckel, in: Friesenhahn/Scheuner/Listl 1974, § 10, 445; ders., in: Listl/Pirson 1994, § 20, 589 ff.

36 BVerfGE 19, 1 (8); 153, 1 (36–37).

37 BVerfGE 153, 1 (37).

38 Scheuner, in: Friesenhahn/Scheuner/Listl 1974, § 1, 64.

39 Heckel 1968, 209; vgl. auch Schlaich 1972, 21 (Neutralität als »Aufruf zur Staatlichkeit«) u. 243–244; Scheuner, in: Friesenhahn/Scheuner/Listl 1974, § 1, 63–64.

40 Schlaich 1972, 262 ff.

41 Siehe BVerfGE 13, 46 (50); 25, 44 (58); 28, 36 (48); 30, 1 (19); 39, 334 (349).

die Kulturpflege auch als Auftrag, die Integration zu sich selbst zu befördern, so ist ihm das grundsätzlich nicht verwehrt.<sup>42</sup> Gerade umgekehrt wird die Sicherung der kulturellen Bedingungen selbst zur Staatsaufgabe, wo dem Staat die Erfüllung der ihm ausdrücklich zugewiesenen Aufgaben nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich ist.<sup>43</sup>

Grund und Grenze auch kulturstaatlicher Bemühungen sind die materiellen Aussagen des Grundgesetzes. Denn auch die politischen Anschauungen über die unerlässlichen Voraussetzungen eines geordneten staatsbürgerlichen Gemeinschaftslebens werden durch die Wertmaßstäbe der Verfassung geprägt.<sup>44</sup> Unter Berücksichtigung vor allem der Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG und der in Art. 20 GG niedergelegten Strukturprinzipien der Demokratie, des Föderalismus und der Rechtsstaatlichkeit nimmt ein Wertekanon im Sinne von »freiheitlicher demokratischer Grundordnung« gemäß Art. 18 u. 21 Abs. 2 S. 1 GG beziehungsweise »verfassungsmäßiger Ordnung« nach Art. 9 Abs. 2 GG Gestalt an.<sup>45</sup>

## Zuständigkeiten für Denkmalschutz und Denkmalpflege

Mit diesen inhaltlichen Maßgaben ist der Staat berechtigt, Kultur »nach Zweck und Ziel, Mittel und Methode, Person und Institution« zu gestalten.<sup>46</sup> Neben der grundrechtlichen Sicherung der Freiheit des Einzelnen<sup>47</sup> hindert die föderale und kommunale Struktur, genauer: die rechtsstaatliche Kompetenzverteilung, einen ideologischen Staatsdirigismus und eine Staatskunst. Im Übrigen ist Kulturpflege Teil des allgemeinen politischen Gestaltungsauftrags, der über demokratische Wahlen auf Zeit erteilt wird und damit änderbar ist.<sup>48</sup> Insoweit geraten vor allem originäre und derivative Teilhaberechte an der Gestaltung der kulturellen Symbolik des öffentlichen Raums in den Blick.

---

42 Steiner 1984, 28.

43 Grimm 1984, 64–65: »Kulturauftrag im Verfassungsrecht«.

44 So OVG NW, NWVBl 2001, 223, zum Merkmal der öffentlichen Ordnung; zum Wandel des Begriffsverständnisses Störmer 1997, 240 ff. m.w.N. I.d.S. auch schon Hill 1985, 95–96: »verfassungskonforme Neuinterpretation des Begriffs der öffentlichen Ordnung durch Reduktion des Schutzguts auf solche Inhalte, die bereits im Verfassungskonsens anerkannt sind«. Im Einzelnen zieht er den Grundsatz der Menschenwürde in seinem objektiven Gehalt, die Ordnungsfunktion der Freiheits- und Gleichheitsrechte sowie andere verfassungsrechtliche Wertentscheidungen anstelle gesellschaftlicher Wertvorstellungen zur Bestimmung des Inhalts der öffentlichen Ordnung heran. Ähnlich schon BVerwGE 64, 274 (276 ff.); OVG NW, NWVBl 1994, 387–388 u. 1995, 473 (474).

45 Für die inhaltsgleiche Interpretation dieser Schranken Kingreen/Poscher 2020, Rn. 869; Ipsen 2021, Rn. 599; Merten, in: Isensee/Kirchhof 2010, § 165, Rn. 78. Dürig/Klein, in: Maunz/Dürig 2020, Art. 18, Rn. 57; vgl. BVerwGE 47, 330 (351). Das BVerfG hat zu den grundlegenden Prinzipien der freiheitlichen demokratischen Grundordnung »mindestens« gerechnet: »die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition«, s. BVerfGE 2, 1 (12–13) u. 5, 85 (140); zustimmend Dürig/Klein, in: Maunz/Dürig 2020, Art. 18 GG, Rn. 62 ff.

46 Steiner, in: Isensee/Kirchhof 2006, § 86 Rn. 12.

47 Zur Kunstfreiheit als »Seismograph der Freiheitlichkeit« vgl. Marsch 2021, 1129 ff.

48 Steiner, in: Isensee/Kirchhof 2006, § 86 Rn. 12.

## Bund, Länder, Kommunen: Kompetenzordnung des Grundgesetzes

Das an den Staat gerichtete Verbot inhaltlicher kultureller Parteinahme wird abgesichert durch die Pluralität und Dezentralität autonomer hoheitlicher Kulturträger und deren finanzwirtschaftliche Leistungsfähigkeit.<sup>49</sup> Denn die Aufgabe der Kulturpflege wird innerhalb der allgemeinen Kompetenzregeln der Art. 30, 70 ff. u. 83 ff., 28 Abs. 2 GG wahrgenommen. Das schließt Kompetenzüberschreitungen nicht aus und führt insbesondere bei der Kulturfinanzierung infolge der Leistungsfähigkeit des Bundeshaushalts zu einer Präponderanz des Bundes.<sup>50</sup> Die Entwicklung neuer und Anpassung bestehender Förderprogramme durch den Bund sowie Vereinbarungen über das Zusammenwirken von Bund und Ländern im kulturellen Bereich fordern jedoch die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung heraus.

Neben den wenigen geschriebenen Gesetzgebungskompetenzen zugunsten des Bundes im Kulturbereich<sup>51</sup> können sich solche in (restriktiv zu handhabenden) Einzelfällen auch aus einer Annexkompetenz bzw. Kompetenz kraft Sachzusammenhangs ergeben. Dabei ist diesen beiden Formen gemein, dass sie an eine geschriebene Kompetenz des Bundes anknüpfen und diese kraft Annex »in die Tiefe« (Planung, Beratung, Organisation und Verfahren, z. T. auch Sonderordnungsrecht) bzw. kraft Sachzusammenhang »in die Breite« (neue Inhalte aufgrund »Verzahnung«) erweitern.<sup>52</sup> Aufgrund der Vielfalt kultureller Tätigkeiten muss die Kompetenzfrage konkret-aufgabenbezogen gestellt werden, z. B. für Rundfunk, Presse, Schutz geistigen Eigentums etc.<sup>53</sup>

Verwaltungskompetenzen des Bundes im kulturellen Bereich bestehen ausdrücklich nur für die auswärtige Kulturpolitik,<sup>54</sup> im Wesentlichen gilt also der Grundsatz der Landeszuständigkeit gem. Art. 30, 83 GG. Nicht nur im Bereich der Eingriffsverwaltung, sondern auch im Bereich der Leistungsverwaltung und Finanzierung, und damit häufig im Bereich der »gesetzesfreien« Verwaltung, bedarf hoheitliches Handeln stets eines grundgesetzlich ableitbaren Kompetenztitels.<sup>55</sup> Daher ist auch im Bereich des Kulturrechts, das seinem Wesen nach eher formloses, schlicht hoheitliches Handeln der öffentlichen Stellen begünstigt, ein Unterlaufen der grundgesetzlichen Kompetenzordnung zu verhindern.<sup>56</sup>

Da die Ausgaben grundsätzlich den Aufgaben nachfolgen,<sup>57</sup> erwachsen Finanzierungs-kompetenzen des Bundes auch in diesem Bereich nur aus einer Verwaltungskompetenz.<sup>58</sup>

---

49 Steiner, in: Isensee/Kirchhof 2006, § 86 Rn. 10.

50 Vgl. Steiner, in: Isensee/Kirchhof 2006, § 86 Rn. 15.

51 Vgl. Art. 73 Abs. 1 Nr. 5a, 74 Abs. 1 Nr. 10 GG; s. auch BVerfGE 135, 155 ff. zur Filmabgabe nach Filmfördergesetz gestützt auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft).

52 Ausführend etwa Papel 2003, 52 ff., die jedoch darauf hinweist, dass eine Kompetenz kraft Sachzusammenhangs in der Judikatur des BVerfG stets abgelehnt wurde, vgl. S. 56 m.w.N.; zudem sehr kritisch zu Kompetenzen kraft »Natur der Sache« unter dem Gesichtspunkt einer kulturellen Repräsentation des Gesamtstaates oder einer gesamtstaatlichen Bedeutung einer kulturellen Einrichtung oder Veranstaltung, dies., 61 ff.; s. aber auch Robbers 2011, 140.

53 Etwa Auslandsrundfunk: BVerwG, NJW 1987, 272 (273) bejaht Bundeskompetenz für DLF-Parteiwerbung in DDR.

54 Art. 87 Abs. 1 S. 1 GG.

55 Vgl. entsprechend BVerfGE 12, 205 (244 ff.).

56 Vgl. Germelmann 2013, 235–236.

57 Vgl. Art. 104a Abs. 1 GG.

58 Ausführend Lenski 2013, 118 ff., 130 ff.

Insgesamt bildet die sog. Kulturhoheit damit ein Kernelement der Eigenstaatlichkeit der Länder.<sup>59</sup> Mit Finanzhilfen des Bundes wird nicht nur dieser rechtssystematische Zusammenhang durchbrochen, sondern mit diesen geht natürlicherweise auch ein Steuerungsanspruch des Mittelgebers einher. Wie im Bildungsbereich<sup>60</sup> droht daher auch bei der Kulturpflege neben der finanzwirtschaftlichen Verflechtung eine inhaltliche Fremdbestimmung der Landespolitik.

### **Bürger und Institutionen: Demokratie und Rechtsstaat**

Neben und über diese kompetenzielle Einhegung der Staatsgewalt hinaus hält der Rechtsstaat Regelungen zu Inhalt, Umfang und Verfahren auch zu Zwecken der Kulturpflege und des Denkmalschutzes bereit. Dabei ist zu gewärtigen, dass im Verfassungsstaat auch der politische Diskurs ab einem gewissen Punkt insoweit institutionalisiert und in definierten Verfahren monopolisiert ist, als er auf staatliche Entscheidungen abzielt. Da Staat und Verwaltung nun aber einerseits offene positive Neutralität obliegt, sie andererseits aber auf Werteexistenz existenziell angewiesen sind, kommt der politischen Teilhabe an Konzeption und Gestaltung ›offizieller‹ Denkmäler eine identitätsbegründende, herrschaftssichernde, republikanische Bedeutung zu.

Grundsätzlich dient die demokratische Willensäußerung der Bildung und Legitimation derjenigen Organe, die Herrschaftsgewalt gegenüber dem Bürger ausüben. In der repräsentativen Demokratie grundgesetzlicher Provenienz erschöpfen sich demokratische Kreation und Legitimation grundsätzlich in der Ernennung der Amtsträger über eine Legitimationskette, die sich auf das volksgewählte Parlament zurückführen lässt, sowie in der Bindung von Verwaltung und Rechtsprechung an Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes. Nur ausnahmsweise sind auf Länder- und Kommunalebene Volksbegehren und -entscheide in Einzelfragen eröffnet. Insoweit gewinnt die genaue Position des streitbefangenen Denkmals im öffentlichen Raum Bedeutung: Je nachdem unterscheiden sich die Partizipationsmöglichkeiten. In Bezug auf den direkten Zugriff der Bürger auf einzelne und konkrete (Sach-)Entscheidungen bestehen auf der kommunalen Ebene die weitgehendsten Mitspracheinstrumente. Ende des letzten Jahrtausends sind in allen Flächenländern solche Instrumente in Form von Bürgerbegehren und Bürgerentscheid in die Kommunalverfassungen eingefügt worden.<sup>61</sup>

Ungeachtet besonderer Instrumente müssen Repräsentanten des Volkes responsiv agieren, das heißt: Abweichungen von Bürger-Präferenzen müssen erklärt werden. Die Bürger müssen sich in der vertretungskörperschaftlichen Meinungsbildung wiederfinden können. Das Verfahren der parlamentarischen Entscheidungsfindung muss transparent sein.<sup>62</sup> Erforderlich ist ein permanenter Kommunikationsprozess. Während Partizipation die Einbeziehung der Bürgerschaft in den Entscheidungsprozess von Politik und Verwaltung beschreibt, geht Kollabo-

---

59 BVerfGE 6, 309 (346-347; 354); 135, 155 (196) m.w.N.; Steiner 1984, 19: »Dem Bund als Förderer von Kunst und Kultur fehlt das unbestrittene verfassungsrechtliche Mandat«.

60 Vgl. Art. 104c GG.

61 Vgl. zu den ersten Erfahrungen mit der Einführung »basisdemokratischer Elemente« in die nordrhein-westfälische Kommunalverfassung: Klenke 2002, 45 ff.

62 Plünder 2012, 197ff.

ration über die bekannten Formen der Bürgerbeteiligung hinaus und bezeichnet alle Formen einer informellen, insbesondere auch virtuellen Kommunikation.<sup>63</sup> Zwar wird in beiden Fällen – anders als bei plebiszitären bzw. direkt-demokratischen Instrumenten – keine Entscheidung getroffen.<sup>64</sup> Gleichwohl ergibt sich eine faktische Bindungswirkung des Ergebnisses, sodass der Rechtfertigungsdruck auf die formell zur Entscheidung berufenen Amts- und Mandats-träger steigt, wenn sie bei ihrer Entscheidung später vom eingeholten Meinungsbild abweichen. Zudem besteht die Gefahr einer Verzerrung des Stimmungsbildes durch gut organisierte Partikularinteressen.

### **Bürger und Raum: Recht auf und Recht am öffentlichen Raum**

Räumliche Bezugsgröße der Kommunikation und Deliberation ist der öffentliche Raum, hier verstanden als Raum, für den die öffentliche Hand die Verfügungsbefugnis treuhänderisch für den Souverän, das Volk, ausübt.<sup>65</sup> Ein Recht am öffentlichen Raum hat zunächst abwehrrechtlichen Gehalt in dem Sinne, dass ein etabliertes Nutzungsregime nicht sachgrundlos durch Ausübung der staatlichen Verfügungsbefugnis etwa an öffentlichen Straßen, Wegen und Plätzen teilentwidmet oder aufgehoben werden kann.<sup>66</sup> Hinzu tritt die Funktion, Grundrechtsausübung durch Verfahren und Organisation zu ermöglichen.<sup>67</sup> Den verschiedensten Aktivitäten der Parteien, Gruppen und Einzelpersonen, also Wahlwerbung, Bürgerbeteiligung, Demonstrationen, Initiativen, Unterschriftensammlungen, Leserbriefe, Flashmobs oder Flugblätter, ist zu größtmöglicher Teilhabe am öffentlichen Raum zu verhelfen.

In Bezug auf ein Recht auf öffentlichen Raum ist zu unterscheiden zwischen der gleichen Teilhabe an, dem gleichen Zugang zu vorhandenen öffentlichen Einrichtungen und Anlagen einerseits und der Schaffung neuer, zusätzlicher, weiterer, anderer staatlicher Leistungen andererseits.<sup>68</sup> Während ersteres anerkannt und durch Diskriminierungsverbote eingeeht ist, wird letzteres weitgehend vollständig verneint. Ein Bypass, der die verfassungsrechtlich geordnete staatliche Willensbildung zur Gestaltung des öffentlichen Raums mit Denkmälern im Einzelfall überspielt, kann nicht unmittelbar aus Grundrechten abgeleitet werden. Lediglich die Einflussnahme auf zuständige Entscheidungsträger durch die Ausübung des Rechts am öffentlichen Raum mittels Meinungsäußerung, Versammlung und Partizipation ist eröffnet.

Allerdings können die Leitplanken, Orientierungspunkte und Verfahrensschritte in den Formen und Bahnen des Rechts verändert werden. Der Gesetzgeber vermag die Präambel und die Vorschriften des schleswig-holsteinischen Denkmalschutzgesetzes ebenso anders zu fassen wie den Kreis der Verfahrensbeteiligten oder die Entscheidungszuständigkeiten. Der-

---

63 Janda, in: Schliesky/Schulz 2012, 11 (24, 29 jeweils m.w.N.).

64 Tischer 2013, 4-5.

65 Siehr 2016, 433-434.

66 Siehr 2016, 543.

67 I.d.S. in Bezug auf Nutzungsverbote außerhalb des Widmungszwecks auch Siehr 2016, 543-544.

68 Siehr 2016, 644-645, und allgemein zur Nutzung öffentlicher Sachen am Beispiel des Straßenrechts Peine/Siegel 2020, § 31.

zeit ist für die Integrationsaufgabe der Kultur- und Denkmalpflege (auch) eine behördliche Kompetenz begründet, die private Aktivitäten nicht ausschließt, aber eine diesbezügliche Meinungsbildung vor der Amtsstube belässt. Im Ergebnis geht das Recht am öffentlichen Raum weiter als das Recht auf öffentlichen Raum.

### **Verwaltung und Gerichte: Kontrolle unbestimmter Gesetzesbegriffe**

Der Denkmalbegriff ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der nach der juristischen Methodik auszulegen und voll justiziabel ist.<sup>69</sup> Historische Umstände, architektonische Dimensionen, psychologische Wirkungen und künstlerische Aspekte sind dem Beweis zugängliche Tatsachenfragen, über die Behörde oder Gericht ein Sachverständigengutachten einholen können.<sup>70</sup> Der Sachverständige darf aber nicht danach gefragt werden, was ein Kulturdenkmal im Sinne von § 2 Abs. 1 DSchG ist.<sup>71</sup> Mit einer solchen Frage würde nämlich die staatliche Aufgabe zur Auslegung des unbestimmten Gesetzesbegriffs in unzulässiger Weise auf den Sachverständigen übertragen. Die Beweisfrage darf vielmehr nur auf die fachwissenschaftlichen Vorfragen, also etwa die historische Bedeutung eines Bauwerks, gerichtet sein. Ob auch die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, mithin darin ein spezifischer Wert im öffentlichen Interesse einhergeht, hat dann letztverbindlich das Gericht zu entscheiden.<sup>72</sup>

Für ein anderes Verhältnis von Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit dergestalt, dass die Kontrolle vom Inhalt der Entscheidung auf die Einhaltung der Verfahrensmodalitäten gelenkt werden muss bzw. kann, ist notwendige Bedingung, dass das Verfahren der Entscheidungsfindung vom Gesetzgeber ausdrücklich oder konkludent besonders ausgestaltet bzw. der Natur der Sache nach atypisch ist.<sup>73</sup> Ohne solche Anknüpfungspunkte im Gesetz träte eine Verschiebung im Verhältnis der Gewalten ein, wenn der Regelmodus der Rechtsanwendung aufgeweicht wird.<sup>74</sup> Voraussetzung ist deshalb ein gesetzlich angelegtes Entscheidungsfindungsprogramm, das einen Sicherungseffekt im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der Verwaltungsentscheidung entfaltet, der eine Rücknahme der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle erlaubt.<sup>75</sup>

Die besondere Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens hat insoweit indiziellen Charakter für die Kontrolldimension.<sup>76</sup> Ohne einen Anspruch auf Vollständigkeit bieten insofern

---

69 BVerwG, B. v. 29.06.2021 – 4 B 7/21 –, juris Rn. 6; B. v. 26.04.1996 – 4 B 19/96 –, juris Rn. 8.

70 Vgl. BVerwG, LKV 1998, 150 (151): »Auch die Frage, ob ein Gebäude wegen seiner künstlerischen Bedeutung von Interesse für die Allgemeinheit ist, kann nicht allgemein und grundsätzlich vorweg beantwortet werden. Diese Entscheidung kann nur gesondert für jeden Einzelfall notfalls unter Hinzuziehung von Sachverständigen aufgrund der jeweils gegebenen örtlichen Besonderheiten getroffen werden«.

71 BVerwG, NJW 1988, 505, räumt ein, dass »die Trennung von tatsächlichen und normativen Fragen nicht leicht ist«.

72 Zum nicht immer eindeutigen Verhältnis von Geistes-, insbesondere Geschichtswissenschaft und Recht am Beispiel der Frage über Ausgleichsleistungen für die Hohenzollern. Schwab 2021, 500 ff., insbes. auch zum Verhältnis historischen Sachstands und richterlicher Kompetenz ebd. 505 ff.

73 Es gibt offenbar auch Normen, bei denen die Rechtsprechung »ansatzlos« eine Abwägung an- und die Kontroll-dichte zurücknimmt und sich dann auf »der Suche nach Maßstäben« wiederfindet, so Schulze-Fielitz 2014, 256 ff., am Beispiel des Verzichts auf Maßnahmen des aktiven Lärmschutzes nach § 41 Abs. 2 BImSchG.

74 Mehde 2014, 545–546, am Beispiel von Verhältnismäßigkeitsprüfungen auch bei gebundenen Entscheidungen.

75 Zum Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht Gurlit 2011, 227 ff., und Fehling 2011, 278 ff.; für die unionsrechtliche Perspektive Schoch 2013, 369 m.w.N.

76 Trute, in: Eberle/Ibler/Lorenz 2002, 188.

die Sachverhaltsermittlung, der Beteiligtenkreis, Darlegungslasten und Begründungspflichten Anhaltspunkte für die Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle zugunsten der denkmalbehördlichen Entscheidung. In diesem Sinne müssten denkmalpflegerische Verfahrenssettings vom Gesetzgeber verändert werden, um die Entscheidung der Verwaltung auf eine besondere Grundlage zu stellen und die korrespondierende Kontrolle der Gerichte zurückzunehmen. Die Etablierung von Denkmalräten zur Beratung der Denkmalschutzbehörden gemäß § 6 DSchG SH weist in diese Richtung. Allerdings bleibt die Entscheidungszuständigkeit der Behörde – und damit die Deutungshoheit staatlicher Funktionsebenen – im Ergebnis unangetastet.

## Fazit

Staatliche Parlamente, Verwaltungen und Gerichte sind einerseits der Nicht-Identifikation mit Religionen, Weltanschauungen und Ideologien verpflichtet. Damit werden die Offenheit der Gemeinwohlkonkretisierung im politischen Prozess und die Gemeinwohlbindung der zweiten und dritten Gewalt gewährleistet.<sup>77</sup> Andererseits ist das Grundgesetz keineswegs wertneutral, sondern ist fokussiert auf die freiheitliche demokratische Grundordnung. Hierauf und auf deren Gelingensbedingungen bezogen, darf der Staat Bildungs- und Erziehungsarbeit betreiben und sich wehrhaft zeigen. Auch staatliche Kulturpflege ist in einer repräsentativen Demokratie mithin gewissermaßen dialektisch angelegt: Sie ist einerseits resonanzbedürftig und responsiv und andererseits parteilich.<sup>78</sup>

Denkmäler haben einen spezifischen Wert, machen ggf. eine politische Aussage und besitzen daher eine Berechtigung im öffentlichen Raum. Zum Diskurs über Inhalt, Bedeutung und Wandel von Wert und Aussage eines Denkmals und damit letztlich auch über seine Berechtigung ist die Gesellschaft berufen. Für die Entscheidung über die Denkmaleigenschaft von Sachen oder Sachgesamtheiten im Sinne der einschlägigen Gesetze sind die Denkmalschutzbehörden zuständig; Beteiligungsrechte der Öffentlichkeit sind – vorbehaltlich der Mitwirkung des Denkmalrats – insoweit nicht vorgesehen. Der gesellschaftliche Diskurs über die Erinnerungskultur findet im Wesentlichen in der rechtsmethodischen Auslegung und Anwendung von Gesetzesrecht durch Exekutive und Judikative statt. Über die Planung und Errichtung neuer Denkmäler der öffentlichen Hand entscheiden je nach Ebene die Vertretungskörperschaften des Bundes, der Länder oder der Kommunen; in Schleswig-Holstein ist auf Landes- und Kommunalebene zudem die Möglichkeit zu Volksinitiativen bzw. Bürgerbegehren eröffnet. Jenseits dieser institutionalisierten Mitwirkung bestehen keine bürgerschaftlichen Teilhaberechte an der Gestaltung des öffentlichen Raums durch Denkmäler.

---

<sup>77</sup> Hierzu eingehend Droege 2021, 326 ff.

<sup>78</sup> Droege 2021, 298 ff., zu den »Verschränkungen der Volks- und Staatswillensbildung in einer repräsentativen Demokratie«.

# Literatur

- Böckenförde 1991 = Ernst-Wolfgang Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte. Frankfurt a.M. 1991.
- Campenhausen 1996 = Axel v. Campenhausen, Staatskirchenrecht. 3. Aufl. München 1996.
- DSchG = Klaus-Dieter Dehn (Hrsg.), PdK Landesausgabe Schleswig-Holstein. DSchG (G 11 SH). Wiesbaden 2019.
- Dreier 2018 = Horst Dreier, Staat ohne Gott. Bonn 2018.
- Droege 2021 = Michael Droege, Neutralität als Verfassungsgebote? Die Exekutive und der politische Prozess, in: VVDStRL 81, 2021, 298–348.
- Eberle/Ibler/Lorenz 2002 = Carl-Eugen Eberle/Martin Ibler/Dieter Lorenz (Hrsg.), Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart. München 2002.
- Fehling 2011 = Michael Fehling, Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, in: VVDStRL 70, 2011, 278–329.
- Friesenhahn/Scheuner/Listl 1974 = Ernst Friesenhahn/Ulrich Scheuner/Joseph Listl (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland. 1. Aufl. Berlin 1974.
- Germelmann 2013 = Claas Friedrich Germelmann, Kultur und staatliches Handeln – Grundlagen eines öffentlichen Kulturrechts in Deutschland. Tübingen 2013.
- Grimm 1984 = Dieter Grimm, Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, in: VVDStRL 42, 1984, 46–79.
- Gurlit 2011 = Elke Gurlit, Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, in: VVDStRL 70, 2011, 227–273.
- Heckel 1968 = Martin Heckel, Staat – Kirche – Kunst. Rechtsfragen kirchlicher Kulturdenkmäler. Tübingen 1968.
- Hilgendorf 2021 = Eric Hilgendorf, Identitätspolitik als Herausforderung für die liberale Rechtsordnung, in: JZ 18, 2021, 853–863.
- Hill 1985 = Hermann Hill, Abschied von der öffentlichen Ordnung im Polizei- und Ordnungsrecht?, in: DVBl 2, 1985, 88–96.
- Ipsen 2021 = Jörn Ipsen, Staatsrecht II (Grundrechte). 24. Aufl. München 2021.
- Isensee/Kirchhof 2006 = Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts. Band IV. 3. Aufl. Heidelberg 2006.
- Isensee/Kirchhof 2010 = Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts. Band VII. 3. Aufl. Heidelberg 2010.
- Koalitionsvertrag 2021 = Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit. Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen SPD, Bündnis 90/ Die Grünen und FDP vom 24.11.2021, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/koalitionsvertrag-2021-1990800> (letzter Zugriff: 26.4.2023).
- Kingreen/Poscher 2020 = Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II. 36. Aufl. Heidelberg 2020.
- Klenke 2002 = Reinhard Klenke, Rechtsfragen zum Bürgerbegehren nach dem nordrhein-westfälischen Kommunalverfassungsrecht, in: NWVBl 2, 2002, 45–50.
- Krüger 1966 = Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre. 2. Aufl. Stuttgart 1966.
- Lenski 2013 = Sophie-Charlotte Lenski, Öffentliches Kulturrecht – Materielle und immaterielle Kulturwerke zwischen Schutz, Förderung und Wertschöpfung. Tübingen 2013.
- Listl/Pirson 1994 = Joseph Listl/Dietrich Pirson (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland. 2. Aufl. Berlin 1994.
- Mangoldt/Klein/Starck 2018 = Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Grundgesetz. Band 1. 7. Aufl. München 2018.
- Marsch 2021 = Nikolaus Marsch, Kunst unter Druck – Zu Zweck und Reichweite des grundrechtlichen Schutzes von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, insbesondere in der Drittwirkungsdimension, in: JZ 23, 2021, 1129–1138.
- Martin/Krautzberger 2022 = Dieter Martin/Michael Krautzberger (Hrsg.), Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege. 5. Aufl. München 2022.
- Maunz/Dürig 2020 = Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz-Kommentar. 92. EL. München 2020.
- Mehde 2014 = Veith Mehde, Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit bei gebundenen Entscheidungen, in: DÖV 13, 2014, 541–548.
- Papel 2003 = Katharina Papel, Grundfragen der Kompetenzordnung im Bereich der Kunst. Berlin 2003.
- Peine/Siegel 2020 = Franz-Joseph Peine/Thorsten Siegel, Allgemeines Verwaltungsrecht. 13. Aufl. Heidelberg 2020.
- Pitschas 2005 = Rainer Pitschas, Die Zukunft der sozialen Sicherungssysteme, in: VVDStRL 64, 2005, 109–143.
- Pressemitteilung Kulturrat 2021 = Deutscher Kulturrat, Grundgesetz: Staatsziel Kinderrechte soll kommen, kommt auch das Staatsziel Kultur?, in: kulturrat.de, 12.1.2021, <https://www.kulturrat.de/presse/pressemitteilung/grundgesetz-staatsziel-kinderrechte-soll-kommen-kommt-auch-das-staatsziel-kultur/> (letzter Zugriff: 26.4.2023).
- Pünder 2012 = Hermann Pünder, Wahlrecht und Parlamentsrecht als Gelingensbedingungen der repräsentativen Demokratie, in: VVDStRL 72, 2012, 191–261.
- Robbers 2011 = Gerhard Robbers, Kulturförderung und Kompetenzen, in: DVBl 3, 2011, 140–149.

- Sacksofsky 2009 = Ute Sacksofsky, Religiöse Freiheit als Gefahr?, in VVDStRL 68, 2009, 7–41.
- Schlaich 1972 = Klaus Schlaich, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip: vornehmlich im Kulturverfassungs- und Staatskirchenrecht. Tübingen 1972.
- Schliesky/Schulz 2012 = Utz Schliesky/Sönke Schulz (Hrsg.), Transparenz, Partizipation, Kollaboration – Web 2.0 für die öffentliche Verwaltung. Kiel 2012.
- Schoch 2013 = Friedrich Schoch, Verwaltungsgerichtsbarkeit, quo vadis?, in: VBIBW 10, 2013, 361–370.
- Schulze-Fielitz 2014 = Helmuth Schulze-Fielitz, Richterrechtliche Kontrollmaßstäbe für Verkehrslärmprognosen und für die Begrenzung von Maßnahmen aktiven Lärmschutzes, in: DV 47, 2014, 243–262, <https://doi.org/10.3790/verw.48.2.155>.
- Schwab 2021 = Sebastian Schwab, Historische Ambiguität und Recht, in: JZ 10, 2021, 500–508.
- Siehr 2016 = Angelika Siehr, Das Recht am öffentlichen Raum. Tübingen 2016.
- Steiner 1984 = Udo Steiner, Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, in: VVDStRL 42, 1984, 7–41.
- Störmer 1997 = Rainer Störmer, Renaissance der öffentlichen Ordnung?, in: DV 30, 1997, 233–257.
- Tettinger 2005 = Peter Tettinger, Verwaltungsrechtliche Instrumente des Sozialstaates, in: VVDStRL 64, 2005, 199–237.
- Tischer 2013 = Jakob Tischer, Identifikationsdienste für das Management von E-Partizipation auf kommunaler Ebene, in: VM 1, 2013, 3–12.
- Unruh 2018 = Peter Unruh, Religionsverfassungsrecht. 4. Aufl. Baden-Baden 2018.
- Zsöks 2004 = Nadja Zsöks, Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit. Ein Vergleich der Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika unter besonderer Berücksichtigung von Inhalt und Grenzen der Wirtschaftswerbung in den Medien. Aachen 2004.

## Autor

### Christoph Brüning

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaften sowie Direktor des Instituts für Öffentliches Wirtschaftsrecht und Vorstand des Lorenz-von-Stein-Instituts für Verwaltungswissenschaften an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. Daneben ist Christoph Brüning Präsident des Schleswig-Holsteinischen Landesverfassungsgerichts.

[cbruening@law.uni-kiel.de](mailto:cbruening@law.uni-kiel.de)

### Open Access

Der Beitrag erscheint hier mit freundlicher Genehmigung des Verlags Mohr Siebeck, Tübingen. Alle Rechte vorbehalten.