

ARCHÄOLOGIE UND RECHT II

Wohin mit dem Bodendenkmal?

Herausgegeben von

Udo Recker und Dimitrij Davydov



LANDESAMT FÜR DENKMALPFLEGE HESSEN
hessenARCHÄOLOGIE

WIESBADEN 2018

Fundberichte aus Hessen • Beiheft 11

FUNDBERICHTE AUS HESSEN

BEIHEFT 11 • 2018

LANDESAMT FÜR DENKMALPFLEGE HESSEN

hessenARCHÄOLOGIE

Wiesbaden 2018

Selbstverlag des Landesamtes für Denkmalpflege Hessen
in Kommission bei Dr. Rudolf Habelt GmbH, Bonn

ARCHÄOLOGIE UND RECHT II

WOHIN MIT DEM BODENDENKMAL?

HERAUSGEGEBEN VON

UDO RECKER

DIMITRIJ DAVYDOV

Landesamt für Denkmalpflege Hessen
hessenARCHÄOLOGIE

Schriftleitung
Dr. Stefan Thörle

Redaktion
Dr. Dr. Dimitrij Davydov, Dr. Stefan Thörle, Dr. Petra Hanauska (KAL),
Dr. Bernd Steinbring

Übersetzungen:
Dr. Dr. Dimitrij Davydov, Stefanie Cole, Isabel Staron,
Christoph Salzmann

Satz und Layout
Dr. Stefan Thörle
Layoutkonzept:
Dipl.-Des. (FH) Katrin Pfeil, Büro für visuelle Gestaltung, Mainz

Titelbild:
Bauliche Relikte des KZ-Außenlagers Walldorf in Mörfelden-Walldorf,
mit freundlicher Genehmigung der Margit-Horváth-Stiftung,
Langgasse 43, 64546 Mörfelden-Walldorf
Foto: Dr. Bernd Steinbring

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-7749-4137-3

Druck
mww.druck und so... GmbH, Mainz-Kastel

Vorwort

Die Europäische Kommission hat das Jahr 2018 zum Europäischen Kulturerbejahr (European Year of Cultural Heritage) bestimmt und es unter das Motto „Sharing Heritage“ gestellt. Im Fokus stehen dabei das Gemeinschaftliche und das Verbindende der europäischen Kultur (Siehe <https://sharingheritage.de/kulturerbejahr> [*passim*]). Erklärtes Ziel ist es, Europa den Europäern wieder näherzubringen, dazu beizutragen, gemeinsame Wurzeln zu erkennen, das Bewusstsein für das reichhaltige europäische Erbe zu fördern, dieses erlebbar zu machen sowie die Bereitschaft zu wecken, es für die heutige Gesellschaft und auch darüber hinaus für künftige Generationen zu bewahren. Wenn es um die kulturelle Identität Europas geht, um Handelsrouten und Kulturwege, wirtschaftlichen und kulturellen Austausch, die Bewegung von Menschen, Gedanken und Wertvorstellungen, dann kommt dem archäologischen Erbe eine herausragende Rolle zu (Siehe <https://sharingheritage.de/leitthemen/europa-austausch-und-bewegung> [*passim*]). Insofern bietet das Europäische Kulturerbejahr 2018 einen hervorragenden Anlass, den Themenkomplex Archäologie und Recht neuerlich aufzugreifen und die rechtliche Situation der Bodendenkmalpflege in ausgewählten Ländern Europas zu reflektieren und der aktuellen Rechtslage in Deutschland gegenüberzustellen.

Auf Einladung der hessenARCHÄOLOGIE haben sich 19 Autorinnen und Autoren aus neun europäischen Ländern bereit erklärt, einen Überblick über die Situation und die rechtlichen Rahmenbedingungen der Bodendenkmalpflege in ihren Heimatländern zu geben bzw. sich zu einzelnen Aspekten dieses weitgefächerten

Themenkomplexes zu äußern. Ihnen allen gilt der Dank der Herausgeber. Insbesondere dafür, dass sie nicht nur grundsätzlich bereit waren, sich an diesem Projekt zu beteiligen, sondern auch durch die Einhaltung der knappen Abgabetermine dazu beigetragen haben, diese Publikation in kürzester Zeit zu realisieren. Die Idee, sich dem Thema zu nähern und es als hessischen Beitrag zu „Sharing Heritage“ in Form einer Publikation zugänglich zu machen, geht zurück auf Dimitrij Davydov. Am Ende intensiver Diskussionen, insbesondere mit Bernd Steinbring, stand schließlich ein stimmiges Konzept, das zur Grundlage dieser Publikation wurde. Über die Idee hinaus hat Dimitrij Davydov mit großem Engagement und vielfältigen Beiträgen ganz wesentlich zum Gelingen dieses Projekts beigetragen. Dank gilt darüber hinaus dem Landschaftsverband Westfalen-Lippe, der Altertumskommission für Westfalen und den Herausgebern des Tagungsbandes „Archäologie und Recht. Was ist ein Bodendenkmal?“, die sich damit einverstanden erklärt haben, dass der nun vorliegende Band unter dem Titel „Archäologie und Recht II: Wohin mit dem Bodendenkmal?“ erscheinen kann. Zu guter Letzt: Ohne die – wie immer – qualitätvolle Arbeit der wissenschaftlichen Redaktion der hessenARCHÄOLOGIE hätte diese Publikation nicht realisiert werden können. Der Dank der Herausgeber richtet sich daher explizit auch an Stefan Thörle (Schriftleitung) und Petra Hanauska.

Wiesbaden, im Herbst 2017

Udo Recker
Landesarchäologe

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Archäologie und Recht II. Wohin mit dem Bodendenkmal? – Eine Einführung	1
Von Udo Recker	
TEIL 1: BODENDENKMALRECHT IN DEUTSCHLAND	
„Wann jemand ... Altertümer findet, so soll er solches ... anzeigen“. Einige Aspekte zur Geschichte des Bodendenkmalrechts	9
Von Felix Hammer	
Was ist ein Bodendenkmal – 25 Jahre später	19
Von Dimitrij Davydov	
„Zerstörung, Beeinträchtigung oder Veränderung durch Eingriffe“. Archäologisches Erbe im Genehmigungsverfahren	29
Von Dimitrij Davydov	
Geschichtsforschung trifft auf Betongold – Bodendenkmalpflege und Eigentumsgrundrecht	39
Von Jörg Spennemann	
Zumutbarkeit bei Grabungs- und Dokumentationskosten – Gibt es Grenzen der Kostentragungspflicht für die öffentliche Hand?	49
Von Bianca Petzhold	
Öffentlich-rechtliche Verträge in der Bodendenkmalpflege	59
Von Till Kemper	
„Jeder kann graben“? – Archäologisches Erbe im Spannungsfeld zwischen Partizipation und Gefahrenabwehr	67
Von Dimitrij Davydov	
Das illegale Ausgraben von archäologischen Kulturgütern – ein Fall für den deutschen Gesetzgeber	77
Von Arnd Hüneke	
Die Bedeutung des Kulturgutschutzgesetzes für Archäologie und Paläontologie	87
Von Frank Fechner	
„Billig und gerecht“. Aktuelle Fragen der Bewertung archäologischer Funde	97
Von Heike Krischok	
Unterwasserarchäologie und Recht: das UNESCO-Übereinkommen von 2001 und seine Umsetzung in Deutschland	105
Von Birgitta Ringbeck	

TEIL 2: BODENDENKMALRECHT IN EUROPA

Die Reform des Rechts der Archäologie in Frankreich.....	111
Von Noé Wagener	
Variationen eines Themas: das Recht der Archäologie in den Niederlanden.....	117
Von Mark Spanjer und Marisa Michels	
Der rechtliche Schutz von Unterwasser-Kulturerbe in Belgien: Überblick und aktuelle Entwicklungen	127
Von Thary Derudder	
Archäologischer Kulturgüterschutz in Österreich.....	133
Von Erika Pieler	
Archäologische Kulturgüter in der Schweiz: Eigentums- und Handelsverhältnisse	145
Von Antoinette Maget Dominicé	
Der archäologische Denkmalschutz in Lettland.....	151
Von Sandra Zirne	
Strafrechtlicher Schutz des archäologischen Erbes in Polen: Prävention und Strafverfolgung	157
Von Maciej Trzciński	
Die Gesetzgebung der Republik Belarus zum Schutz des archäologischen Erbes.....	165
Von Igor Martynenko	

TEIL 3: ZUSAMMENSCHAU

Aktuelle Fragen des Bodendenkmalrechts: die deutsche und die europäische Perspektive.....	175
Von Dimitrij Davydov	
AUTOREN	191

Archäologie und Recht II: Wohin mit dem Bodendenkmal? – Eine Einführung

Von Udo Recker

Als im Januar 1975 das Europäische Denkmalschutzjahr (European Architectural Heritage Year – EAHY) eröffnet wurde, beteiligte sich von den ehemaligen beiden deutschen Staaten lediglich die Bundesrepublik Deutschland an dieser Europaratsinitiative, wohingegen sich die Deutsche Demokratische Republik analog zu anderen ehemaligen Ostblockstaaten der ablehnenden Haltung der Sowjetunion anschloss. Zu diesem Zeitpunkt verfügten nur fünf der damaligen elf Bundesländer der Bundesrepublik über moderne Denkmalschutzgesetze. Dies waren Baden-Württemberg, Bayern, Hamburg, Hessen und Schleswig-Holstein¹. Als sechstes Bundesland verabschiedete Bremen im Mai 1975 ein Gesetz zur Pflege und zum Schutz der Kulturdenkmäler. Es folgten das Saarland und das Land Berlin (1977) sowie Rheinland-Pfalz und Niedersachsen (1978). Erst 1980 erhielt mit Nordrhein-Westfalen auch das letzte westdeutsche Bundesland ein modernes Denkmalschutzgesetz. In der DDR war mit Abschaffung der Länder im Jahr 1952 auch der Denkmalschutz zentralisiert worden. Fortan regelte die Verordnung zur Erhaltung und Pflege der nationalen Kulturdenkmale den Denkmalschutz auf nationaler Ebene. Diese wurde 1961 durch die Verordnung über die Pflege und den Schutz der Denkmale der Republik abgelöst. Erst im Jahr 1975 verabschiedete die Volkskammer der DDR ein Denkmalpflegegesetz.

Nach Jahrzehnten des Wiederaufbaus und des sog. Wirtschaftswunders begann das Europäische Denkmal-

schutzjahr aus bundesdeutscher Sicht in einem von Rezession geprägten Krisenjahr. Und doch fand das öffentliche Nachdenken über den Wert der Vergangenheit für die Jetztzeit und die Bedeutung der potenziell identitätsstiftenden Relikte Ersterer für die aktuelle Gesellschaft zunehmend Gehör. Wirft man einen Blick auf die mehrjährigen Vorbereitungen für das Europäische Denkmalschutzjahr, so zeigt sich, dass dieses bereits im Vorfeld von einer in dieser Form bis dahin nicht gekannten breiten Allianz unterschiedlichster gesellschaftlicher Gruppen, Institutionen und Initiativen getragen wurde. Der hier offenbar gewordene gesellschaftliche Wandel ging zudem mit einem Wertewandel einher². Einer Umfrage des Deutschen Nationalkomitees für Denkmalschutz aus dem Jahr 1976 zufolge haben rund zwei Drittel aller Erwachsenen das Europäische Denkmalschutzjahr bewusst wahrgenommen. Auch die Politik reagierte. Felix Hammer attestierte in diesem Zusammenhang: „Daß sich das Interesse der Landespolitik nicht in einem einmaligen Gesetzgebungsakt als bloßem Lippenbekenntnis zum Denkmalschutz erschöpfte, daß es vielmehr unvermindert weiterbestand und die Ergebnisse, die die neuen Gesetze zeitigten, sehr genau registriert wurden, wie auch Erfahrungen mit dem Gesetzesvollzug eine intensive Verwertung fanden, und der Gesetzgeber bereit war, diese auch in eine Verbesserung des Denkmalschutzes umzusetzen, zeigt die große Zahl von Novellen, die zu den noch jungen Gesetzen alsbald ergingen und vorhandene Mängel auszugleichen sowie das Schutz- und Regelungssystem zu perfektionieren suchten. [...] So bestand das Verdienst der denkmalfreundlichen Strömung weniger in der Ausprägung neuer Ideen für die Denkmalschutzgesetzgebung, als viel eher darin, daß nun endlich die längst erforderlichen Vorschriften tatsächlich verabschiedet und detaillierte Schutzbestimmungen bereitgestellt wurden und diese zudem noch umgehend verbessert und verfeinert werden konnten.“³ Rückblickend erscheint das Jahr 1975 als äußerst programmatisch; es stellt eine entscheidende Wendemarke

¹ Mit Ausnahme von Schleswig-Holstein, dessen Landtag bereits 1958 ein Denkmalschutzgesetz verabschiedet hatte, bestanden in diesen Ländern hinsichtlich des Denkmalschutzes über beinahe drei Jahrzehnte hinweg die vor dem Zweiten Weltkrieg geltenden Bestimmungen fort. Das Beispiel Hessen zeigt die heute kaum mehr vorstellbaren rechtlichen Konsequenzen, die damit einhergingen: Obwohl das Großherzogtum Hessen als Vorreiter in Sachen Denkmalschutzgesetzgebung gelten muss, da dort im Jahr 1902 das erste moderne Denkmalschutzgesetz in Deutschland erlassen worden war, und zudem der Denkmalschutz im neugeschaffenen Bundesland Hessen seit 1946 Verfassungsrang hat, gab es dort bis 1974 kein landesweit einheitliches Denkmalrecht. Vielmehr bestanden für die ehemals zum Großherzogtum Hessen gehörigen Gebiete die gesetzlichen Regelungen aus dem Jahr 1902 sowie die Bekanntmachung über die Anzeigepflicht und die behördlichen Anordnungen bei Ausgrabungen und Funden von 1920 fort, wohingegen in den ehemals zur Provinz Hessen-Nassau gehörenden Gebieten weiterhin Teile des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten aus dem Jahr 1794 sowie die Bestimmungen des preußischen Ausgrabungsgesetzes von 1914 galten.

² V. Lukas-Krohmer, Denkmalschutz und Denkmalpflege von 1975 bis 2005 mit Schwerpunkt Bayern. Schr. Fakultät Geistes- u. Kulturwiss. Otto-Friedrich-Univ. Bamberg 19 (Bamberg 2014) 62.

³ F. Hammer, Die geschichtliche Entwicklung des Denkmalrechts in Deutschland. Jus Ecclesiasticum 51 (Tübingen 1995) 330 f.

mit weitreichenden und langfristig positiven Folgen für den Denkmalschutz in der Bundesrepublik Deutschland dar.

Zu Beginn des Europäischen Denkmalschutzjahres sah die Realität vielerorts anders aus. Klaus Drießen merkte in diesem Zusammenhang kritisch an, dass es hinsichtlich des Denkmalschutzes eine „verwirrende Uneinheitlichkeit im Begrifflichen und in der Sache selbst“ gebe⁴. Auch warf er die Frage auf, ob die „durch die Denkmalschutzgesetze an die Hand gegebenen Mittel ausreichen, um Kulturdenkmale in genügendem Maße und auf geeignete Weise für die Zukunft zu erhalten“⁵. In der Wochenzeitung DIE ZEIT, Ausgabe Nr. 4 vom 17.01.1975, beschrieb der damalige Landeskonservator von Schleswig-Holstein, Hartwig Beseler, unter Verwendung des für das Europäische Jahr gewählten Mottos „Die Zukunft der Vergangenheit“⁶ nicht nur die Hintergründe des Belangs Denkmalschutz, sondern betonte zugleich die hohe Bedeutung wie auch die Brisanz des Themas: Er betonte zwar, dass es „auf den ersten Blick [...] kaum vorstellbar [scheint], daß man dem Denkmalschutz anders denn mit ungeteiltem Wohlwollen begegnet“⁷, unterstrich aber zugleich, dass „die Pflege schöner Schätze [...] auch Kopfzerbrechen [macht]“⁸. Er ließ es dabei nicht an Deutlichkeit fehlen, indem er ausführte: „Konservatoren und Restauratoren [...] klagen auch an. Die ihnen zur Verfügung gestellten Mittel müßten verzehnfacht werden, wenn die anfallenden Aufgaben auch nur annähernd erfüllt werden sollten (man verweist vorwurfsvoll auf die Kosten eines Autobahnkilometers oder, militanter, auf Preis und Lebensdauer eines Starfighters). Und schließlich sind da noch die Intimfeinde: der Staat, die Wohnungsbaugesellschaften, die Konzerne, die rüde nach der historischen Substanz greifen.“⁹ Im zugehörigen Leitartikel in derselben Ausgabe der Wochenzeitung DIE ZEIT formulierte Petra Kipphoff ganz grundsätzlich: „Denkmalschutz und Denkmalpflege beginnen mit einer Definition des Denkmalbegriffs (der das Kultur-, das Bau- wie das Bodendenkmal berücksichtigt) und einer Auflistung der in Frage kommenden Objekte. Denkmalschutz und Denkmalpflege verdienen ihren Namen erst, wenn die verantwortlichen Stellen Mittel und Wege finden, ihrer Verantwortung gerecht zu werden.“¹⁰

⁴ K. Drießen, Systematischer Vergleich der Denkmalschutzgesetze in der Bundesrepublik. Dt. Kunst u. Denkmalpflege 32, 1974, 84.

⁵ Ebd.

⁶ H. Beseler, Am 19. Januar beginnt das europäische Denkmalschutzjahr. Die Zukunft der Vergangenheit. Die Zeit 1975,4 (17.01.1975). Hier zitiert nach <http://www.zeit.de/1975/04/die-zukunft-der-vergangenheit> (Zugriff: 21.09.2017).

⁷ Ebd.

⁸ Ebd.

⁹ Ebd.

¹⁰ P. Kipphoff, 1975: das Jahr des Denkmalschutzes: Nicht der Cherusker. Die Zeit 1975,4 (17.01.1975). Hier zitiert nach

Diesen Forderungen sind die z. T. ebenfalls neu aufgebauten Denkmalpflegeämter in den Ländern der Bundesrepublik Deutschland auf der Grundlage der bis 1975 bereits erlassenen und später noch folgenden Denkmalschutzgesetze – wenngleich in unterschiedlichen Geschwindigkeiten und variierendem Umfang – Schritt für Schritt nachgekommen. Sie konnten sich dabei einer zunehmenden öffentlichen Wahrnehmung und einer zunächst wachsenden gesellschaftlichen Unterstützung gewiss sein. In diesen Kontext ist auch die Jahrestagung 1989 des Verbandes der Landesarchäologen in der Bundesrepublik Deutschland zu stellen. Nicht ganz ein Jahrzehnt nach Einführung eines modernen Denkmalschutzgesetzes in Nordrhein-Westfalen fand diese auf Einladung des damaligen Ministeriums für Stadtentwicklung und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen in Münster statt. In ihrem Rahmen trafen sich vornehmlich Bodendenkmalpfleger und Juristen, um sich erstmals fächerübergreifend mit dem Themenfeld „Was ist ein Bodendenkmal? – Archäologie und Recht“ auseinanderzusetzen. Heinz Günter Horn, Hiltrud Kier, Jürgen Kunow und Bendix Trier trugen als Herausgeber Sorge dafür, dass eine umfassende Dokumentation dieser Tagung 1991 unter dem Titel „Archäologie und Recht. Was ist ein Bodendenkmal?“ im Verlag Philipp von Zabern erschien¹¹. Diese Publikation gilt allgemein als sehr erfolgreich. Von ganz wesentlicher Bedeutung ist insbesondere die Tatsache, dass sie in der Archäologie ebenso wie von der Rechtsprechung und der juristischen Fachliteratur rezipiert worden ist. Darin zogen Hugo Borger, Dieter Planck und Joachim Reichstein zum einen eine sehr kritische Bilanz der Arbeit der Bodendenkmalpflege in der Bundesrepublik¹², vertraten zum anderen darüber hinaus aber zwei vermeintlich nicht miteinander vereinbare Positionen: den Vorrang des Denkmalschutzgedankens¹³ einerseits bzw. das Primat der archäologischen Forschung¹⁴ andererseits. Hannes Lehmann, Janbernd Oebbecke und Hans-Dieter Upmeyer befassten sich mit dem Rechtsbegriff des Bodendenkmals¹⁵, äußerten sich des Weiteren zum Thema Schatzregal¹⁶ und kritisierten die aus ihrer Sicht deutlich zutage tretende Ten-

<http://www.zeit.de/1975/04/nicht-der-cherusker> (Zugriff: 21.09.2017).

¹¹ H. G. Horn/H. Kier/J. Kunow/B. Trier (Hrsg.), Archäologie und Recht. Was ist ein Bodendenkmal? Schr. Bodendenkmalpflege Nordrhein-Westfalen 2 (Münster 1991, 1993²).

¹² H. Borger, Einführung in die Problematik und Zielsetzung des Kolloquiums. In: Horn u. a. (Anm. 11) 6 ff. bes. 10.

¹³ D. Planck, Rettungsgrabung und Forschung – Archäologische Denkmalpflege heute. In: Horn u. a. (Anm. 11) 14; 20.

¹⁴ J. Reichstein, Das archäologische Denkmal als archäologische Quelle. In: Horn u. a. (Anm. 11) 34.

¹⁵ J. Oebbecke, Der Rechtsbegriff des Bodendenkmals. In: Horn u. a. (Anm. 11) 39–46; H.-D. Upmeyer, Das Bodendenkmal in der aktuellen Rechtsprechung – mit einem Beitrag von Horst Dieter Schönstein. In: Horn u. a. (Anm. 11) 66–69.

¹⁶ H. Lehmann, Das Schatzregal: Antiquierte Begrifflichkeit oder moderne Gesetzestechnik? In: Horn u. a. (Anm. 11) 73–83.

denz der Bodendenkmalpflege, eher zurückzuweichen, wenn andere Belange durch Dritte nur nachdrücklich genug vertreten werden¹⁷. Bendix Trier und Jürgen Kunow schließlich befassten sich aus der Sicht des alltäglichen Handelns des Bodendenkmalpflegers mit Fragen der Definition eines Bodendenkmals, dessen räumlicher Abgrenzbarkeit und der wissenschaftlichen Begründung¹⁸ sowie der Erfassung ortsfester Bodendenkmäler¹⁹. Als Vertreter des einladenden Ministeriums unternahm Heinz Günter Horn abschließend den Versuch einer Zusammenfassung, die er u. a. mit einer Feststellung und mit einem Auftrag beendete: „Demnach besteht auch ein ausreichendes rechtliches Instrumentarium, die Bodendenkmäler zu schützen; man muß es nur zu gebrauchen wissen. Hier scheinen aber für die Zukunft die größten Aufgaben zu liegen: Archäologen und Juristen müssen gemeinsam und intensiver als bisher die Möglichkeiten der Denkmalschutzgesetze in der Bundesrepublik Deutschland ausloten und den vorgegebenen gesetzlichen Rahmen ausfüllen.“²⁰ Abgerundet wurde die Tagungsdokumentation durch die Beigabe einer Beispielsammlung nordrhein-westfälischer Bodendenkmäler.

Seither wurden Themen an der Schnittstelle von Archäologie und Recht nur sporadisch im Rahmen wissenschaftlicher Tagungen in Deutschland und/oder in entsprechenden Publikationen behandelt. Im Jahr 2005 veranstaltete der Landschaftsverband Rheinland (LVR) einen archäologischen Juristentag in Köln, dessen Ergebnisse das LVR-Amt für Bodendenkmalpflege im Rheinland 2007 in einer hauseigenen Reihe – fokussiert auf die Problematik von Raubgrabungen – vorlegte²¹. Ein Jahrzehnt darauf war es abermals der Landschaftsverband Westfalen-Lippe (LWL), der eine Tagung in Münster ausrichtete, die sich mit dem Denkmalrecht im Allgemeinen befasste. Unter der Überschrift „Quo vadis Denkmalrecht?“ wurden Rechtsfragen der Bau- und Kunstdenkmalpflege ebenso behandelt wie solche der Bodendenkmalpflege. Die Tagungsergebnisse publizierte das Deutsche Nationalkomitee für Denkmalschutz zeitnah in seiner Schriftenreihe²².

¹⁷ H.-D. Upmeier, Das Bodendenkmal in der aktuellen Rechtsprechung – mit einem Beitrag von Horst Dieter Schönstein. In: Horn u. a. (Anm. 11) 65 f.

¹⁸ B. Trier, Definition, Abgrenzbarkeit und Begründbarkeit von Bodendenkmälern für das praktische Verwaltungshandeln. In: Horn u. a. (Anm. 11) 57–64.

¹⁹ J. Kunow, Wissenschaftliche Erfassung von ortsfesten Bodendenkmälern nach dem Denkmalschutzgesetz Nordrhein-Westfalen. In: Horn u. a. (Anm. 11) 47–56.

²⁰ H. G. Horn, Versuch einer Zusammenfassung. Ebd. 87.

²¹ Tatort Bodendenkmal. Archäologischer Juristentag 2005, hrsg. v. Landschaftsverband Rheinland/Rheinisches Amt für Bodendenkmalpflege. Mat. Bodendenkmalpflege Rheinland 17 (Treis-Karden 2007).

²² Quo vadis Denkmalrecht? Kulturerbe zwischen Pflege und Recht. Dokumentation der Tagung in Münster/Westfalen, 15.–17. Juli 2015. Schriften Dt. Nationalkomitee Denkmalschutz 90 (Berlin 2017). Eine 2. Auflage der Publikation ist online verfü-

Die politischen Veränderungen der Jahre 1989/90 in Deutschland zeitigten auch in den Bereichen Denkmalschutz, Denkmalpflege und Denkmalrecht Folgen. Die fünf neuen Bundesländer erhielten nach und nach eigene Denkmalschutzgesetze²³: Brandenburg und Sachsen-Anhalt im Jahr 1991, Thüringen 1992 sowie Sachsen und Mecklenburg-Vorpommern schließlich 1993. Damit einher ging der Aufbau völlig neuer Verwaltungsstrukturen. Schon 1989 hatte der Bund parallel dazu ein Förderprogramm in Milliardenhöhe zur Rettung der (historischen) Bausubstanz in ostdeutschen Städten aufgelegt. In den Folgejahren flossen über 8 Milliarden DM in die städtebauliche Denkmalpflege und allgemeine Städtebauförderung in Ostdeutschland²⁴. Hinzu kamen Mittel der Deutschen Stiftung Denkmalschutz und der Deutschen Bundesstiftung Umwelt. Während die finanzielle Förderung der Sicherung und des Erhalts des historischen Erbes in den neuen Bundesländern ungeahnte Ausmaße annahm, sank die Förderrate in den westlichen Bundesländern innerhalb kürzester Zeit in erheblichem Maße. Anfang der 1990er-Jahre standen in den Alt-Bundesländern für diese Aufgaben im Vergleich zu 1989 nur noch rund 25% der vorherigen Mittel zur Verfügung²⁵. Darüber hinaus muss festgehalten werden, dass auch die nach 1990 in den nunmehr 16 Ländern der Bundesrepublik festzustellenden, z. T. gravierenden Veränderungen in den Bereichen Gesetzgebung und Rechtsprechung nicht nur positiver Natur waren. Mit der Überarbeitung einzelner Landesdenkmalschutzgesetze in den 1990er-Jahren gingen vielfach Schwächungen der Belange Denkmalschutz und Denkmalpflege einher. Die vorstehend beschriebenen Mittelkürzungen erreichten ebenso die archäologischen Fachämter oder Fachabteilungen in den Denkmalämtern. Mit Blick auf die Verwaltungsstrukturen ist zu bemerken, dass Landesdenkmalbehörden in ihrer Kom-

bar unter: http://www.dnk.de/_uploads/media/2134_2116_DNK-Quo-vadis-Denkmalrecht-Bd-90-2Auflage-2017.pdf (Zugriff: 21.09.2017).

²³ In den neuen Bundesländern galten bis zur gesetzlichen Neuregelung die Bestimmungen des 1975 von der Volkskammer der DDR verabschiedeten Denkmalpflegegesetzes. Die Grundlage dafür stellte Art. 9 des Einigungsvertrages von 1990 dar, der die Fortgeltung des Rechts der Deutschen Demokratischen Republik nach dem Wirksamwerden deren Beitritts zum Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland gem. Art. 23 GG a.F. regelte. Mit Blick auf künftiges Landesrecht heißt es dazu in Abs. 1: „Das im Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Vertrags geltende Recht der Deutschen Demokratischen Republik, das nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes Landesrecht ist, bleibt in Kraft, soweit es mit dem Grundgesetz [...] sowie mit dem unmittelbar geltenden Recht der Europäischen Gemeinschaften vereinbar ist und soweit in diesem Vertrag nichts anderes bestimmt wird.“ Hier zitiert nach http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/Gesellschaft-Verfassung/DeutscheEinheit/Einigungsvertrag.pdf?__blob=publicationFile (Zugriff: 21.09.2017).

²⁴ G. Kiesow, Denkmalpflege im vereinigten Deutschland: eine kritische Bilanz. In: Denkmalpflege Zwischenbilanz 1997 (Stuttgart 1997) 35.

²⁵ Ebd. 40.

petenz beschnitten oder sogar zerschlagen wurden. Anders als in den 1970er-Jahren fand eine „öffentliche Diskussion über die Auswirkungen von Stellenstreichungen, Verminderung von Förderbudgets und die Verschlechterung mancher Ländergesetze [...] nur am Rande in wenigen Artikeln überregionaler Feuilletons statt. [...] Nur die Auswirkungen auf die Verfahren in der Denkmalpflege wurden jedem, der damit zu tun hatte, bewusst.“²⁶ Dies ist umso bemerkenswerter, als laut einer Umfrage des Instituts für Demoskopie Allensbach zumindest in Westdeutschland von 1975 bis 1994 die positive Haltung zum Denkmalschutz von 54% auf 66% gestiegen war²⁷. Gleichzeitig zog sich der Staat aber in zunehmendem Maße aus seiner Verantwortung zurück. Die damalige Bundestagsvizepräsidentin Antje Vollmer stieß gar eine Debatte über die Möglichkeit der Entstaatlichung des Denkmalschutzes an. Im März 2000 stellte der Theologe, Stadtplaner und Architekturkritiker Dieter Hoffmann-Axthelm seine diesbezüglichen Überlegungen im Rahmen einer Anhörung – zu der im Übrigen kein Vertreter der amtlichen Denkmalpflege geladen war – im Berliner Reichstag vor²⁸. Er forderte darin einen Abbau der staat-

²⁶ Lukas-Krohnm (Anm. 2) 127.

²⁷ J. Spannemann, Verfahrensbeschleunigung im Denkmalrecht. Schriftenr. dt. u. internat. Wirtschaftsrecht 2 (Baden-Baden 2005) 230.

²⁸ Stellvertretend für zahlreiche Stimmen aus den Denkmalfachämtern, seien nachfolgend der damalige Landeskonservator für das Rheinland, Udo Mainzer, sowie der damalige Generalkonservator des Bayerischen Landesamts für Denkmalpflege, Egon Johannes Greipl, zitiert. Mainzer betonte, dass die „unerwartet bundesweit losgetretene Debatte [...] durchaus auch ihr Positives [hatte], weil sie wie kaum jemals zuvor Denkmalschutz und Denkmalpflege plötzlich in den Mittelpunkt allgemeinen Interesses rückte [...]“. Zu Hoffmann-Axthelm und seinen Gedankengängen stellt er in aller Deutlichkeit fest: „Doch sei erwähnt, dass er sich mit seiner romantisch-verbrämten Reduktion des Denkmalbegriffs auf rein ästhetische Qualitäten zum einen und zum anderen auf Bauwerke, deren Erbauung am liebsten vor 1700, äußerstenfalls aber vor 1840 liegen müsse – also in vordemokratischer und vorindustrieller Zeit – den Vorwurf antiquierten Denkens gefallen lassen muss. Auf diese mental zwei Jahrhunderte rückwärts gewandte [sic!] Sehweise sahen sich selbst prominente politische Funktionsträger genötigt, ablehnend zu reagieren [...]“. Um die Denkmälerdefinition dem Diktat zeit- und modebedingten Schönheitsempfindens zu entziehen, haben die weisen Urheber der deutschen Denkmalschutzgesetze als wesentliches Kriterium für eine Denkmaleigenschaft aus gutem Grund die geschichtliche Bedeutung konstituiert.“ Hier zitiert nach http://www.dnk.de/Im_Fokus/n2372?node_id=2372&from_node=2402&beitrag_id=359 (Zugriff: 21.09.2017). Greipl sah in Hoffmann-Axthelms Thesen einen „fatale[n] Rückschritt hinter sorgfältig erarbeitete Erkenntnisse und mühsam erkämpfte Errungenschaften unseres Denkmalverständnisses, Denkmalschutz- und Denkmalpflegeverständnisses, hinter Errungenschaften staatlicher Kulturpolitik.“ Des Weiteren betonte er, dass sich staatlicher Denkmalschutz und Denkmalpflege haben behaupten können, „weil sich in immer breiteren Kreisen die Erkenntnis breitmacht, dass Deregulierung und Privatisierung als ideologisches Prinzip staatlichen Handelns Auslaufmodelle sind.“ Hier zitiert nach E. J. Greipl, Denkmalschutz in Bayern. Erfahrungen, Organisation, Reformansätze. In: Denkmalschutz: Privatinitiative statt staatlicher Gängelung? Dokumentation einer Tagung am 23./24. Januar 2002 in

lichen Denkmalpflege zugunsten einer selbstbestimmten Bürgergesellschaft²⁹. Trotz vermeintlich abnehmender Zustimmung zu Denkmalschutz und Denkmalpflege konnte das Deutsche Nationalkomitee für Denkmalschutz bereits im darauffolgenden Jahr feststellen, dass diese Debatte „viele kluge Beiträge und überzeugende Plädoyers zur Eigenverantwortung der öffentlichen Hände im Bereich Denkmalschutz und Denkmalpflege und zur Stärkung der entsprechenden staatlichen und kommunalen Behörden hervorgerufen“ habe³⁰. Eine solche Reaktion war aber unmittelbar nach der Vorlage des Gutachtens von Hoffmann-Axthelm nicht zwingend zu erwarten gewesen. Die der amtlichen Denkmalpflege von außen aufgezwungene Diskussion war grundsätzlich geeignet an deren Grundfesten zu rütteln³¹. „So leicht sich innerhalb der Fachwelt auch die Vorschläge der Politik als unwissenschaftlich und indiskutabel auch [sic!] abtun ließen, so gefährlich waren doch die Auswirkungen dieser Diskussion.“³² Es gilt festzuhalten, dass diese wie auch weitere gesellschaftliche Auswirkungen der verstärkten Globalisierung zunächst dazu führten, dass selbst anerkannte Grundsätze der Denkmalpflege negiert und/oder infrage gestellt wurden. Wenngleich hinsichtlich dieses Punktes heute zunehmend wiederum gegenläufige Tendenzen erkennbar sind, so stellt das zeitgleiche Hervortreten von immer mehr Partikularinteressen weiterhin ein großes Problem dar.

Demgegenüber war und ist auf der Ebene europäischer Initiativen, Konventionen und Richtlinien in den zurückliegenden Jahrzehnten immer wieder eine Hinwendung zum Thema historisches Erbe festzustellen. Dabei bildet das europäische Übereinkommen zum Schutz des archäologischen Erbes aus dem Jahr 1992 – allgemein bekannt als die Konvention von La Valletta – die gemeinsame Klammer für die politische wie auch rechtliche Gewährleistung des Schutzes des archäologischen Erbes in Europa.

Nicht zuletzt vor dem Hintergrund der gesetzlichen Neuordnung des Denkmalschutzes im Bundesland Hessen im Jahr 2016 werfen die Entwicklung und die alltägliche Praxis der Bodendenkmalpflege seit Einführung einer einheitlichen Denkmalschutzgesetzgebung im Jahr 1974 zahlreiche juristische Fragen auf. Im Mittelpunkt stehen dabei nicht mehr so sehr die möglichen Kriterien, die ein Bodendenkmal ausmachen. Vielmehr geht es heute um Fragen des praktischen Schutzes, insbesondere

Tutzing. Kommunalpolitische Schriftenr. Petra-Kelly-Stiftung 6 (Bamberg, München 2002) 18.

²⁹ M. Donath (Hrsg.), Entstaatlichung der Denkmalpflege? Von der Provokation zur Diskussion. Eine Debatte über die Zukunft der Denkmalpflege, hrsg. v. der Vereinigung der Landesdenkmalpfleger in der Bundesrepublik Deutschland, zusammengestellt von M. Donath (Berlin 2000) Vorbemerkung.

³⁰ http://www.dnk.de/Im_Fokus/n2372?node_id=2372&from_node=2402&beitrag_id=359 (Zugriff: 21.09.2017).

³¹ Lukas-Krohnm (Anm. 2) 127.

³² Ebd.

um Grenzen der Einwirkungsmöglichkeiten des Staates. In welchem Umfang kann bspw. ein Bauherr mit den Kosten archäologischer Untersuchungen belastet werden, obwohl doch allein sein Vorhaben den Bestand eines Bodendenkmals erst gefährdet und ggf. eine archäologische Untersuchung notwendig macht? Wie kann die Steuerung privater archäologischer Nachforschungen – auch im Lichte des Partizipationsgedankens – gesetzestechnisch ausgestaltet und verwaltungsmäßig umgesetzt werden? Sind sog. Sondengänger und ihre Aktivitäten ebenso einzuschätzen und zu behandeln wie die der seit Jahrzehnten ehrenamtlich tätigen Feldbegeher? Welcher Handlungsspielraum und welche Handlungsformen stehen der Verwaltung zur Verfügung? Was geschieht mit den geborgenen Funden? Steht dem Entdecker eine Vergütung zu und wenn ja, wie ist deren Höhe zu bemessen? Wie kann Fehlverhalten sanktioniert werden?

Der grenzüberschreitende Erfahrungsaustausch zeigt, dass in anderen europäischen Ländern die amtliche Bodendenkmalpflege vor vergleichbaren Herausforderungen steht. Daher erscheint es lohnenswert, der Frage nachzugehen, welche rechtlichen Ansätze zur Lösung von typischen Interessenkonflikten in anderen Ländern entwickelt worden sind.

Abstract

In the early 1970s the public became increasingly aware of the relevancy of the past for the world of today. The significance of relicts of bygone times as well as their identity-generating potential for contemporary societies received more and more attention. On the initiative of the Council of Europe the year 1975 was proclaimed as European Architectural Heritage Year (EAHY) which was met with wide social perception and political support. EAHY marked a watershed with far-reaching and long-acting positive consequences for the cultural heritage sector in West Germany. In the 1970s most of the West German federal states issued modern Monument Protection Acts providing the general basis for all protective measures of the state offices for monuments and sites. Two decades later the newly formed German states followed suit. Since then several amendments to these acts were accompanied by an overall weakening of the awareness of cultural heritage as well as staff and budget cuts. This paper outlines the impact of the political turnaround in 1989/90 on the cultural heritage sector in the Federal Republic of Germany.

TEIL 1:

BODENDENKMALRECHT

IN DEUTSCHLAND

„Wann jemand ... Altertümer findet, so soll er solches ... anzeigen“. Einige Aspekte zur Geschichte des Bodendenkmalrechts

Von Felix Hammer

Einleitung

Eine Gesamtdarstellung der Geschichte des Bodendenkmalrechts¹ auf dem knappen, hier zur Verfügung stehenden Raum bieten zu wollen, wäre ein nachgerade vermessenes Unterfangen, zumal größer angelegte Untersuchungen speziell dieses Themas bislang noch fehlen. Lediglich im Rahmen historischer Betrachtungen des Denkmal- oder des Kulturgüterrechts insgesamt findet auch das Bodendenkmalrecht Berücksichtigung². Immerhin existieren aus verschiedenen Epochen Abhandlungen zum jeweils geltenden Bodendenkmalrecht³, die als historische Momentaufnahmen herangezogen werden können, aber als solche wiederum der kritischen geschichtswissenschaftlichen Bewertung bedürfen. Angesichts dessen können hier allein einige – mehr oder minder bedeutsame – Aspekte der Geschichte des Bodendenkmalrechts vorgestellt werden. Dass die hierfür notwendige Auswahl nur anhand subjektiver

Kriterien erfolgen kann, ja dass ihr etwas Willkürliches anhaften muss, lässt sich nicht vermeiden⁴. Wenn aber diese Ausführungen dazu beitragen können, die Bedeutung einiger der historisch gewachsenen Rechtsfiguren und -instrumente des Bodendenkmalrechts zu klären oder wenigstens verständlicher zu machen und im Übrigen einen Anreiz für weitere rechtshistorische Forschungen in diesem Bereich zu bieten, haben sie ihr Ziel voll und ganz erreicht.

Erste Ansätze des Schutzes für Bodendenkmale und eines Bodendenkmalrechts

Lassen sich Maßnahmen zur Instandhaltung und Pflege von Kunstwerken und bedeutenden Geschichtszeugnissen bereits in Antike und Mittelalter feststellen⁵, die dadurch motiviert waren, dass hochgeschätzte Kunstwerke geschützt oder geschichtliche Ereignisse oder Traditionen bewahrt werden sollten, welche für ein Reich, eine Stadt, eine Familie oder eine kirchliche Institution bis hin zur Legitimierung ihrer Macht oder Existenz von hoher Bedeutung waren und in einzelnen Bauwerken oder Gegenständen besonders verkörpert gesehen wurden, oder dass es sich um geheiligte Gegenstände handelte, wie dies etwa

¹ Das Zitat im Titel stammt aus der Verordnung, die Erhaltung der im Lande befindlichen Monumente und Alterthümer betreffend, Landgrafs Friedrich II. von Hessen-Kassel vom 22. 12.1780, Nr. 6. In: N. Huse (Hrsg.), Denkmalspflege. Deutsche Texte aus drei Jahrhunderten (München 1984) 26 f.

² So K. Odendahl, Kulturgüterschutz. Entwicklung, Struktur und Dogmatik eines ebenenübergreifenden Normensystems (Tübingen 2005) 7–235; S. Mieth, Die Entwicklung des Denkmalrechts in Preußen 1701–1947. Rechtshist. Reihe 309 (Frankfurt a. M. 2005) 108 ff. zum Ausgrabungsgesetz von 1914; F. Hammer, Die geschichtliche Entwicklung des Denkmalrechts in Deutschland. Jus Ecclesiasticum 51 (Tübingen 1995); ders., Geschichte der Denkmalspflege sowie des rechtlichen Denkmal- und Kulturgüterschutzes. In: D. Martin/M. Krautzberger (Begr.), Handbuch Denkmalschutz und Denkmalspflege⁴, hrsg. von D. Davydov u. J. Spannemann (München 2017) 39–56; ders., Zur Geschichte des rechtlichen Kulturgüter- und Denkmalschutzes. In: F. Fechner/Th. Oppermann/L. V. Protz (Hrsg.), Prinzipien des Kulturgüterschutzes. Ansätze im deutschen, europäischen und internationalen Recht. Tübinger Schr. internat. u. europäisches Recht 37 (Berlin 1996) 47–66.

³ Genannt seien: J. Diehl, Das Ausgrabungsrecht, seine Systembildung, gegenwärtige Gestaltung und praktische Handhabung unter besonderer Berücksichtigung Preußens und Hessens. Univ. Diss. Frankfurt a. M. (Limburg a. d. Lahn 1934); M. Blens-Vandieken, Das deutsche Ausgrabungsrecht. Badische Fundber., Sonderh. 9 (Freiburg i. B. 1965); F. Fechner, Rechtlicher Schutz archäologischen Kulturguts. Tübinger Schr. internat. u. europäisches Recht 25 (Berlin 1991); J. Brügge, Bodendenkmalrecht unter besonderer Berücksichtigung der Paläontologie. Schriftenr. Freiherr-vom-Stein-Inst. 22 (Köln 1993).

⁴ Ergänzend – besonders auch für den europa- und internationalrechtlichen Schutz archäologischer Kulturgüter – sei daher neben den in Anm. 2 genannten Publikationen verwiesen auf: F. Fechner, Neue Entwicklungen des rechtlichen Schutzes archäologischer Kulturgüter. Arch. Nachrbl. 5,2, 2000, 373–384; zu internationalen Übereinkommen (UNESCO, Europarat) und EU-Normen seit 1954: H. Krischok, Der rechtliche Schutz des Wertes archäologischer Kulturgüter. Beitr. Grundfragen Recht 17 (Göttingen 2016) 43–51; 197–242 (Wiedergabe diverser Rechtsquellen); Ch. Starck, Architektonisches und archäologisches Kulturerbe in europa- und völkerrechtlicher Sicht. In: D. Hanschel/S. Graf Kielmannsegg/U. Kischel/Ch. Koenig/R. A. Lorz (Hrsg.), Mensch und Recht [Festschr. E. Riedel]. Veröff. Walther-Schücking-Inst. Internat. Recht Univ. Kiel (Berlin 2013) 181–190 (auch zu Entschlüssen und Fördermaßnahmen der EU/des Europäischen Parlaments); U. Fastenrath/F. Fechner/B. Ringbeck in: Martin/Krautzberger (Anm. 2) 73–122.

⁵ Hammer (Anm. 2: 1995) 8 ff. 14 ff.; ders. (Anm. 2: 2017) 40 f.

bei Reliquien oder ganzen Heiliumssammlungen⁶ der Fall war, die nicht Verlust oder Verfall überlassen werden durften⁷, so erfassten derartige Schutzbemühungen in aller Regel keine Bodendenkmäler. Denn diese Aktivitäten waren noch nicht von einem wissenschaftlich-historischen Interesse an der Erlangung von Kenntnissen über vergangene Epochen geleitet, sondern gründeten sich auf die visuelle Wahrnehmbarkeit des Gegenstandes ihrer Verehrung, die im Boden verborgene Dinge nicht bieten konnten. Dies schloss freilich nicht aus, dass einzelne Bodenfunde in Kunst- und Wunderkammern⁸ oder an anderen Stellen⁹ als staunenswerte Objekte ausgestellt wurden, doch fehlte hier jegliche auch nur im Ansatz kulturpflegerische Tendenz; ausschlaggebend war allein die Sammelfreude und die Außergewöhnlichkeit des Fundes.

Erste archäologische und bodendenkmalpflegerische Maßnahmen und sodann auch Schutzvorschriften konnten erst entstehen, nachdem der historische Zeugniswert im Boden verborgener Dinge erkannt worden war. Sie setzten damit eine wenigstens rudimentär ausgebildete quellenorientierte Geschichtsforschung voraus. Bezeichnenderweise bildete sich diese an den Relikten der Antike aus, die oftmals nur durch Grabungen aufgefunden werden konnten. Die besonders frühen, bis in die Antike und das Mittelalter zurückreichenden päpstlichen und kirchlichen kulturschützenden Vorschriften betrafen dagegen zum einen vielfach nur Bauwerke und waren zum anderen zumeist allein an der Erhaltung des Kirchenvermögens und eines würdigen Erscheinungsbildes kirchlicher Bauten und Gegenstände orientiert¹⁰. Seit dem 15. Jahrhundert erscheinen dann – noch recht unsystematisch – einzelne Vorschriften zum Schutz antiker Ruinen, die sich

im Grenzbereich von Bau- und Bodendenkmalschutz bewegen, betrafen sie doch sowohl Ruinen mit aufgehendem Mauerwerk als auch – mehr oder minder – im Boden befindliche Objekte. Seit dem späteren 16. Jahrhundert kam ein – ansatzweise ebenfalls wissenschaftlich geprägtes – Interesse an den – gleichermaßen im Grenzbereich von Bau- und Bodendenkmälern angesiedelten – frühchristlichen Katakomben hinzu¹¹. Eine einigermaßen systematische päpstliche Gesetzgebung sowohl zur Regulierung von Ausgrabungen als auch zur Verhinderung der Ausfuhr antiker Fundgegenstände setzte erst seit dem frühen 17. Jahrhundert ein; sie wurde in der Folgezeit vielfach erneuert und verbessert und fand ihren Abschluss in den beiden bedeutenden Gesetzen des frühen 19. Jahrhunderts, dem Editto Doria Pamphilj vom 2.10.1802 und der Lex Pacca vom 7.4.1820¹².

Erste Maßnahmen zur systematischen Erforschung von Bodendenkmälern erfolgten bereits ab der Wende des Mittelalters zur Neuzeit auch außerhalb Roms und Italiens und wenig später ergingen erste Fundschutzbestimmungen. So sammelte der Augsburger Patrizier Conrad Peutinger römische Steine und publizierte ab 1505 Werke über römische Inschriften; 1534 edierte Peter von Apian aus Ingolstadt eine entsprechende umfangreiche Sammlung¹³. Im Herzogtum Württemberg sammelte der Marbacher Lateinschul-Präzeptor Simon Studion seit 1579 römische Steindenkmäler und überließ diese 1583 dem Herzog in Stuttgart, den er dazu veranlasste, eine systematische Ausgrabung eines Kastells in Benningen, das er jedoch für eine Stadt hielt, durchführen zu lassen. Deren Ergebnisse hielt er in einem Manuskript fest, dem er auch eine Planzeichnung der Anlage und eine Ansicht eines dort gefundenen Weihesteins beigab¹⁴. Freilich bildete dies noch keinen Auftakt für eine planmäßige Erforschung der Römerzeit und ihrer Bodendenkmäler; entsprechende Vorhaben erfolgten – nicht zuletzt wegen des Dreißigjährigen Krieges und seiner Folgen – während der nächsten zwei Jahrhunderte nur sporadisch und punktuell. Erst in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts erscheinen vermehrt Maßnahmen in Württemberg und den angrenzenden Territorien, Relikte der Römerzeit auszugraben,

6 Ein bezeichnendes Beispiel bei A. Schütz, *Der Andechser Heiliumsschatz*. In: J. Kirmeier/E. Brockhoff (Hrsg.), *Herzöge und Heilige. Das Geschlecht der Andechs-Meranier im europäischen Hochmittelalter*. Veröff. Bayerische Gesch. u. Kultur 24² (München 1993) 165–185; 249–253.

7 Zu den Motiven vgl. Hammer (Anm. 2: 1995) 21 ff.; ders. (Anm. 2: 2017) 40 f.

8 Zu diesen etwa H. Bredekamp, *Antikensehnsucht und Maschinenglauben. Die Geschichte der Kunstkammer und die Zukunft der Kunstgeschichte*. Kleine kulturwiss. Bibl. 41 (Berlin 1993) 19 ff.; weitere Nachweise bei Hammer (Anm. 2: 1995) 17 Anm. 18.

9 So wird seit 1605 in der Stadtkirche von Schwäbisch Hall ein Mammutzahn verwahrt: W. Deutsch/H. W. Hönes/W. Müller/G. Schumacher/Ch. Weismann, *Die Michaelskirche in Schwäbisch Hall. Ein Begleiter durch die mittelalterlichen Kirchen St. Michael, St. Katharina und Urbanskirche*³ (Lindenberg 2011) 30.

10 Zu ihr grundlegend L. Wolf, *Kirche und Denkmalschutz. Die päpstliche Gesetzgebung zum Schutz der Kulturgüter bis zum Untergang des Kirchenstaates im Jahr 1870*. Kirchenrechtliche Bibl. 7 (Münster 2003); zusammenfassend ders., *Die Kirche als älteste Denkmalschützerin*. In: A. Weiß/S. Ihli (Hrsg.), *Kulturgutschutz und Kirche, Bibel und Kirchenrecht. Adnotationes ius canonicum* 31 (Frankfurt am Main 2004) 19–31; weiterhin: P. Leisching, *Roma Restauranda. Versuch einer Geschichte des päpstlichen Denkmalschutzrechtes*. In: E. Gatz (Hrsg.), *Römische Kurie. Kirchliche Finanzen*. Vatikanisches Archiv, 1. Teil. Miscellanea Hist. Pontificiae 46 (Rom 1979) 425 ff.; Hammer (Anm. 2: 1995) 8 ff. 68.

11 W. Wischmeyer, *Die Entstehung der christlichen Archäologie im Rom der Gegenreformation*. Zeitschr. Kirchengesch. 89, 1978, 136–149.

12 Abgedruckt in italienischer Sprache bei Wolf (Anm. 10: 2003) 233 ff. 243 ff.

13 Hammer (Anm. 2: 1995) 25.

14 M. Luik, „... sondern man muss auch auf ihre Erhaltung sinnen ...“. Zum Beginn der didaktischen Präsentation von archäologischen Ausgrabungen in Südwestdeutschland. *Denkmalpf. Baden-Württemberg* 42, 2013, 102–107 bes. 104 f.; M. Nick, „Beweis, wie weit der Römer Macht ...“ 500 Jahre Römerforschung in Baden-Württemberg. *Arch. Inf. Baden-Württemberg* 50 (Stuttgart 2004) 18 f.; H. U. Nuber, *Limesforschung in Baden-Württemberg*. *Denkmalpf. Baden-Württemberg* 12, 1983, 109–118.

zu sammeln, zu erhalten, zu publizieren, ja sogar, sie der Öffentlichkeit zu präsentieren¹⁵.

Eine erste Fundschutz- und -ablieferungsvorschrift, die durch dieses Interesse an römischerzeitlichen Funden motiviert war, erließ in Württemberg 1670 Herzog Eberhard III. und befahl seinen Superintendenten und Vögten unter Hinweis darauf, dass beim Umbrechen der Felder schon mehrmals römische Funde aufgetaucht seien, nachzuforschen, ob bei Privatleuten irgendwelche „Stück alter römischer inscriptionum lapidum urnarum und dergleichen zu finden sein, oder auch sonst da und dort stehen“. Diese waren gegen eine Belohnung abzuliefern¹⁶. Ihr folgten in Württemberg weitere ähnliche Normen 1757, 1811 und 1820. Vergleichbare Vorschriften existierten auch in anderen Territorien, so eine Verordnung von 1716 in der Markgrafschaft Baden-Durlach und von 1749 in der Kurpfalz¹⁷. Sehr alt, bis ins 17. Jahrhundert zurückreichend, sind ähnliche Normen in Schweden, die der Erforschung und Pflege der Geschichte des Königreichs dienen sollten¹⁸. Gemeinsam ist diesen Maßnahmen, dass sich in ihnen ansatzweise zwar ein wissenschaftliches Interesse zeigte, das die Bodendenkmäler als Zeugen einer vergangenen Zeit erkannte, tragendes Motiv war aber nicht die unvoreingenommene Erforschung der Vergangenheit, sondern eine in ihnen verkörperte glanzvolle Vorzeit (der Antike oder der schwedischen Geschichte), in deren Tradition sich der entstehende und verfestigende Staat der frühen Neuzeit sah und die er für sich in Anspruch nehmen wollte.

Bodendenkmalschutznormen seit der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert

Zwei der ganz frühen deutschen Denkmalschutzverordnungen enthalten Normen auch zum Schutz von Bodendenkmälern¹⁹. Die „Verordnung, die Erhaltung der im Lande befindlichen Monumente und Alterthümer betreffend“ Landgrafs Friedrichs II. von Hessen-Kassel vom 22.12.1780²⁰ statuierte eine Anzeigepflicht von Münz- und anderen Altertumsfunden und eine Allerhöchste Verordnung Ludwigs I. von Hessen-Darmstadt von 1818 sah – freilich nur für die Beamten – eine

¹⁵ Vgl. dazu: Luik (Anm. 14) 102 ff.; Nick (Anm. 14) 21 ff.; Nuber (Anm. 14) 110 f.

¹⁶ Abgedruckt bei W. Fleischhauer, *Kunstkammer und Kronjuwelen* (Stuttgart 1977) 16.

¹⁷ Zum Ganzen: Hammer (Anm. 2: 1995) 26 ff.; Luik (Anm. 14) 103; 105.

¹⁸ S. Curman, *Entstehung und Entwicklung der schwedischen Denkmalpflege*. Die Denkmalpflege: Zeitschr. Denkmalpflege u. Heimatschutz 1931, 1–8.

¹⁹ Zu diesen (auch zur Datierung) Hammer (Anm. 2: 1995) 38 ff. 68 f.

²⁰ Nachweis siehe Anm. 1.

Pflicht vor, aufgefundene Bodentalertümer zu erhalten und anzuzeigen²¹. Insgesamt blieb der Schutz von Bodendenkmälern im 19. Jahrhundert jedoch sehr gering. Dies resultierte daraus, dass weiterreichende Denkmalschutzbestimmungen in keinem deutschen Staat ergingen. Lediglich einzelne Ministerial- und ähnliche Verfügungen an nachgeordnete staatliche oder kirchliche Stellen oder gesetzliche Bestimmungen im Kommunal- und Kirchengeschichtsrecht wurden als Notlösungen realisiert²². Letztere knüpften zumeist an Veräußerungen und Veränderungen von und an Denkmälern an, die unter Genehmigungsvorbehalt gestellt wurden, und konnten daher nur Bau- und Kunstdenkmäler erfassen. Die Verfügungen an nachgeordnete Stellen, die nicht selten besonders gefährdete Denkmäler zu schützen suchten, betrafen häufig ebenfalls Bau- und Kunstdenkmäler, verschiedentlich aber auch bereits Bodendenkmäler, vor allem Bodenfunde²³, konnten aber keine Wirkungen gegenüber Privateigentümern entfalten.

Ausgrabungsrechtsetzung des frühen 20. Jahrhunderts

Zu Beginn des 20. Jahrhunderts ergingen in einigen Ländern des Deutschen Reichs entweder Ausgrabungsgesetze oder auf der Grundlage der süddeutschen Polizeistrafgesetzbücher Ausgrabungsverordnungen²⁴. Die Reihe eröffnete 1908 Bayern²⁵, 1914 folgten Preußen²⁶ und

²¹ Abgedruckt: Huse (Anm. 1) 32 f. Nr. 6.

²² Hammer (Anm. 2: 1995) 70 ff. 112 ff.

²³ Dazu ebd. 73 f. 117 ff. mit Nachweisen, z. B.: Min. Entschl. Bayern v. 19.11.1830, die Auffindung von Alterthümern, insbesondere von Grabhügeln betreffend; Bek. d. Staatsmin. Oldenburg, betr. die Vornahme von Ausgrabungen etc. bei ... Steindenkmälern des Alterthums v. 14.03.1881.

²⁴ Zu dieser Gesetzgebung: Hammer (Anm. 2: 1995) 162 ff. 218; zu ihren Regelungen als noch geltendes Recht: M. Blens-Vandieren (Anm. 3) 31 ff.

²⁵ VO, die Ausgrabungen und Funde von prähistorischen oder historisch merkwürdigen Gegenständen betreffend, vom 06.09.1908 (Bayer. GVBl. S. 762).

²⁶ Ausgrabungsgesetz vom 26.03.1914 (Preuß. GS S. 41 = Zentralbl. f. d. gesamte Unterrichtsverwaltung in Preußen, 56 [1914] 416); hierzu E.-R. Hönes, *100 Jahre preußisches Ausgrabungsgesetz*. Dt. Verwaltungsbl. (DVBl) 2014, 1502–1510; Mieth (Anm. 2) 108 ff.; H. Strunk, *Zum preußischen Ausgrabungsgesetz*. Bodenreform 25, 1914, 298–302; E. Renard, *Zur Anwendung des preußischen Ausgrabungsgesetzes*. Die Denkmalpflege 20, 1918, 46; P. Seger, *Schatzrecht und Denkmalschutzgesetzgebung unter besonderer Berücksichtigung des Preußischen Ausgrabungsgesetzes vom 26. März 1914*. Diss. Univ. Breslau 1925 (nur in Auszügen veröffentlicht).

Baden²⁷, 1917 Sachsen-Weimar-Eisenach²⁸ und 1920 Mecklenburg-Strelitz²⁹ (die Gesetze von 1917 und 1920 orientierten sich stark am preußischen Vorbild). 1932 wurde im neu gebildeten Land Thüringen das Weimari-sche Gesetz novelliert und auf weitere Regionen er-streckt³⁰. Die Verordnungen und Gesetze stellten Aus-grabungen unter ein Genehmigungserfordernis³¹ und statuierten Anzeige³² oder Ablieferungspflichten³³ für zufällig aufgetretene Bodenfunde; sie sahen die Möglich-keit vor, Grabungsgenehmigungen mit Bedingungen oder Anordnungen zum Schutz von Bodendenkmälern, zur Si-cherstellung einer *lege artis* durchgeführten Grabung und von Funden zu versehen³⁴ sowie Verstöße mit Geldstraf-fen zu ahnden³⁵. Darüber hinaus verlangten sie vom Denkmaleigentümer jedoch nicht, mit Bodendenkmälern pfleglich umzugehen oder für diese Erhaltungsmaßnah-men zu treffen (wobei Derartiges für die damalige Zeit wohl auch schwer vorstellbar gewesen sein mag), wie sie auch – über Ausgrabungen hinaus – keine Nutzungsbe-schränkungen der Grundstücke vorsahen.

Diese Gesetze waren allenfalls zum Teil Ausdruck eines besonderen Interesses an den Bodendenkmälern; vor allem boten sie wenigstens eine Teillösung ange-sichts politisch nicht durchsetzbarer umfassender Denk-malschutzgesetze. Für sie waren zwei Beweggründe aus-schlaggebend: Einerseits bedeuteten die von ihnen angeordneten Fundablieferungs- und Anzeige- oder Ge-nehmigungspflichten für Ausgrabungen keine sehr tief-greifenden Beschränkungen der Eigentumsfreiheit, die nicht durch aufwendige Erhaltungspflichten oder Nut-zungsverbote beeinträchtigt wurde, andererseits be-stand in dieser Zeit ein starkes öffentliches, insbesonde-re juristisches Interesse an einer Gesetzgebung zum Schutz natur-, vor- und frühgeschichtlicher Bodenden-kmäler und Funde, das diverse deutsche Länder zum Handeln veranlasste³⁶. Diese Konstellation ermöglichte eine Denkmalschutzgesetzgebung wenigstens in einem Teilbereich, freilich beschränkt auf einige wenige Länder,

wenngleich mit dem flächenmäßig großen Preußen nun ein erheblicher Teil des Reichsgebiets einen gewissen Bodendenkmalschutz erfuhr.

Die Einbeziehung der Bodendenkmäler in die umfassenden Denkmalschutzgesetze des 20. Jahrhunderts

Soweit in Deutschland im Verlauf des 20. Jahrhunderts bereits umfassende Denkmalschutzgesetze ergingen, was vor 1970 nur eher zögerlich und vereinzelt ge-schah³⁷, nahmen diese die Bodendenkmäler neben Bau-, Kunst-, zumeist Natur-³⁸ und zum Teil auch bewegli-chen Denkmälern in ihren Schutz auf. Damit erstreckten sie den Denkmalschutz auf alle Denkmalgattungen und anerkannten die Bodendenkmäler als Bestandteil des Denkmalerbes insgesamt. Freilich enthielten die frühe-ren Gesetze noch getrennte Tatbestände für den Schutz von Bau- und beweglichen Denkmälern sowie für Bo-dendenkmäler. Bei Letzteren wurden lediglich Anzeige-bzw. Genehmigungspflichten für Ausgrabungen und An-zeige- bzw. Ablieferungspflichten für Funde angeordnet; Erhaltungspflichten waren bei Bodendenkmälern nicht vorgesehen. Zu nennen sind hier die Denkmalschutz-gesetze des Großherzogtums Hessen von 1902³⁹, des Herzogtums Oldenburgs von 1911, der Hansestadt Lü-beck von 1915 (novelliert 1921), Hamburgs von 1920 und das Heimatschutzgesetz Lippes von 1920. Das Denkmalschutzgesetz Mecklenburg-Schwerins von 1929⁴⁰ sah in § 1 Abs. 5, §§ 4 und 5 bereits einen Schutz der Bodendenkmäler und ihrer Umgebung vor, doch konnte es – vor allem auch wegen der Finanzknappheit während seiner Entstehungszeit – gegenüber Privat-eigentümern nur eingeschränkte Wirkungen entfalten. Das sächsische Heimatschutzgesetz von 1934⁴¹, das Denkmalschutzgesetz [Süd-]Badens von 1949⁴² und das

²⁷ VO, Ausgrabungen und Funde betreffend, vom 27.07.1914 (GVBl. S. 290); mit Geldstrafe bewehrt durch Art. II Gesetz, die Abänderung des Polizeistrafgesetzbuches betreffend, vom 25.07.1914 (GVBl. S. 283).

²⁸ Ausgrabungsgesetz vom 12.12.1917 (Weimarisches Reg. Bl., 277); dazu: Das Weimari-sche Ausgrabungsgesetz. Die Denkmal-pflege 20, 1918, 15.

²⁹ Gesetz vom 21.12.1920 (Amtl. Anz. S. 1161).

³⁰ Durch 25. Ausführungsverordnung zum Kreiseinteilungs-gesetz vom 01.07.1932 (Ges.-S. S. 122); Neubekanntmachung: Ges.-S. 1932, 123.

³¹ So § 1 Bayern 1908; §§ 1 f. Baden 1914; §§ 1 ff. Preußen 1914.

³² Auf eine solche beschränkten sich die Verordnungen in Bay-ern 1908 (§ 2) und Baden 1914 (§ 3).

³³ So §§ 8 ff. Preußen 1914.

³⁴ § 1 Abs. 3 Bayern; § 1 Abs. 3 und 4 Preußen; § 2 Baden.

³⁵ §§ 24 f. Preußen 1914; zu Baden siehe Anm. 27.

³⁶ So hatte sich 1904 der Deutsche Juristentag mit der Thematik befasst und staatliches Handeln gefordert: Hammer (Anm. 2: 1995) 149 f. 162.

³⁷ Zu den realisierten Gesetzen: Hammer (Anm. 2: 1995) 151 ff. 211 ff. 251 f. 301 ff. (mit weiterführenden Nachweisen auch zu den Fundstellen der Gesetze).

³⁸ Sie wurden abgelöst durch die Naturdenkmalschutzvorschrif-ten des Reichsnaturschutzgesetzes vom 26.06.1935 (RGBl. I S. 821); seither bildet der Naturdenkmalschutz einen Teil des Naturschutzes.

³⁹ E.-R. Hönes, Das hessische Denkmalschutzgesetz vom 16. Juli 1902. Die alte Stadt (DaS) 29, 2002, 236–252; 100 Jahre Denk-malschutz in Hessen. Geschichte – Bedeutung – Wirkung, hrsg. v. Landesamt für Denkmalpflege Hessen. Arbeitsh. Landesamt Denkmalpflege Hessen 5 (Stuttgart 2003).

⁴⁰ Vgl. dazu: O. Schult/H. Reifferscheid/A. F. Lorenz/W. Josephi, Denkmalschutz in Mecklenburg-Schwerin 1930–1931. Meck-lenburgische Jahrb. 95, 1931, 179–200.

⁴¹ F. H. Hammer, Das sächsische Heimatschutzgesetz vom 13. Januar 1934. Die alte Stadt 27, 2000, 217–225.

⁴² W. E. Stopfel, Zwei Jubiläen: Fünfzig Jahre Badisches Denk-malschutzgesetz, fünfzig Jahre Nachrichtenblatt der Denkmal-pflege. Denkmalpf. Baden-Württemberg 30, 2001, 20–30 (mit weiterführenden Nachweisen).

Denkmalschutzgesetz Schleswig-Holsteins von 1958 bezogen dann jedoch die – soweit dies Schutzvoraussetzung war: in das Denkmalsbuch eingetragenen – Bodendenkmäler in einen für alle Kulturdenkmäler geltenden Schutz ein, sodass fortan auch bei ihnen die Eigentümer zu Erhaltung und pflegerischer Behandlung verpflichtet waren. Daneben enthielten auch diese Gesetze weitere Bestimmungen für Bodendenkmäler treffende besondere Gefährdungen (Funde und Ausgrabungen).

Entwicklung in der NS-Zeit

Nahm der Nationalsozialismus – oder eher einzelne Strömungen innerhalb seines Gesamtspektrums – schon allgemein die materiellen Zeugnisse der deutschen Geschichte und Kunst und damit den Denkmalschutz, mehr aber noch den deutlich für seine Ideologie anfälligeren Heimatschutz, zur Propagierung und Durchsetzung seiner Ziele (insbesondere die Stärkung von „Rasse“ und „Volkstum“) in Anspruch⁴³, so galt das in besonderem Maße für die Bodendenkmäler⁴⁴. Denn Geschichte und Kultur der Germanen, die vielfach als Inbegriff der nordischen Rasse verstanden wurden, mussten vor allem mittels Grabungen und Funden ermittelt werden. Insbesondere die diesen Ideen verpflichteten Ideologen um Alfred Rosenberg und den von ihm abhängigen Reichsbund für Deutsche Vorgeschichte unter der Leitung Hans Reinerths⁴⁵ und – damit konkurrierend – um Heinrich Himmler mit seiner berüchtigten Organisation Ahnenerbe der SS⁴⁶ betätigten sich intensiv in diesem Bereich und verstanden es, zahlreiche Vorgeschichtsforscher und Bodendenkmalpfleger an ihre Organisationen zu binden⁴⁷. Vor allem Himmler und das Ahnenerbe suchten Bodendenkmäler und Funde propagandistisch zu missbrauchen, indem sie postulierten, Gebiete, in denen Germanenfunde festzustellen seien, hätten Bestandteil des Großdeutschen Reichs zu sein⁴⁸. Im Recht fanden diese Umtriebe freilich kaum Niederschlag. Denn

die politisch letztlich maßgeblichen Kräfte, vor allem Hitler selbst, waren wenig an Bodendenkmälern interessiert; Hitlers Rassenwahn gründete primär auf dem, was er als biologisches Erbgut verstand, nicht jedoch auf kulturgeschichtlichen Entwicklungen⁴⁹. Zudem lag ihm wenig an der Erhaltung historischer Denkmäler; er suchte gigantoman Denkmäler und Städte für die Zukunft zu gestalten, die ihm einen einzigartigen Platz in der Weltgeschichte sichern sollten⁵⁰.

Konnten so die Bodendenkmäler im Machtgeflecht des „Dritten Reiches“ keine erstrangige Position erlangen, so galt das ganz besonders für Denkmalschutzvorschriften, auch soweit sie Bodendenkmäler betrafen. Zwar gibt es einzelne Ansätze zu einer diesbezüglichen Normsetzung; diese beruhte jedoch wiederholt auf älteren Gesetzesprojekten, die vor 1933 nicht mehr zum Abschluss gelangt waren; sodann handelte es sich um eher vereinzelte, fast zufällige Aktionen, die zudem vielfach gar keine Vollenendung fanden. Ein in Sachsen 1934 erlassenes Heimatschutzgesetz, das in Wahrheit ein Denkmalschutzgesetz war und auf vorhandenen älteren Entwürfen beruhte, unterstellte die Bodendenkmäler dem Kulturdenkmalschutz, sah für sie aber noch zusätzliche Sonderbestimmungen vor⁵¹, dasselbe gilt für einen Vorentwurf für ein Reichsdenkmalschutzgesetz von 1936⁵², der in Entwürfe von 1937 und 1938 einfluss, die aber letztlich nicht verwirklicht wurden⁵³, während ein preußischer Entwurf von 1933⁵⁴ noch nicht für Bodendenkmäler gelten sollte. Ein braunschweigisches Heimatschutzgesetz von 1934 ermächtigte pauschal das Staatsministerium zum Erlass von Anordnungen zum Schutz von Kunst- und Geschichtsdenkmälern, ohne die Bodendenkmäler eigens zu nennen⁵⁵. In Thüringen erging noch 1933 ein Ausgrabungsgesetz, das jedoch lediglich eine verbesserte Neufassung des Weimarerischen Gesetzes von 1917 war⁵⁶. Bei den Versuchen, das Strafrecht nationalsozialistisch umzugestalten, spielten die Bodendenkmäler im Rahmen eines Titels „Angriffe auf das Volksgut“ eine Rolle, doch war diesem Vorhaben ebenfalls kein Erfolg beschieden⁵⁷.

Der Bodendenkmalerschutz erfuhr – trotz der Bedeutungsgewinne, die er jedenfalls für Teile des Nationalsozialismus besaß – im Recht also nur marginale Verbesserungen unter dessen Schreckensherrschaft. Ein nationalsozialistisch geprägtes Denkmalrecht im Allgemeinen oder Bodendenkmalrecht im Besonderen ver-

⁴³ Ausführlich zu dieser Epoche: Th. Scheck, Denkmalspflege und Diktatur. Die Erhaltung von Bau- und Kunstdenkmälern in Schleswig-Holstein und im Deutschen Reich zur Zeit des Nationalsozialismus (Berlin 1995); Hammer (Anm. 2: 1995) 226–276; ders. (Anm. 41) 217–225; weiterhin die Beiträge von W. Lübbecke/E. Grunsky/J. Glatz in: I. Scheurmann (Hrsg.), Zeitschichten erkennen und erhalten – Denkmalspflege in Deutschland. Katalogbuch zur Ausstellung im Residenzschloss Dresden, 30.07.–13.11.2005 (Berlin 2005) 130–145.

⁴⁴ Speziell zu diesen: B. Arnold, The Past as Propaganda. *Archaeology* 43,4, 1992, 30–37; Scheck (Anm. 43) 54 ff. 95 f. 165 ff. 209; 218 ff.

⁴⁵ Ebd. 55; 95 f.

⁴⁶ Zu diesem sehr detailliert M. H. Kater, Das „Ahnenerbe“ der SS 1933–1945. Ein Beitrag zur Kulturpolitik des Dritten Reiches. *Stud. Zeitgesch.* 6 (München 1974).

⁴⁷ Scheck (Anm. 43) 55 f. 95 f. 165 ff. 219 (Dok. 13).

⁴⁸ Arnold (Anm. 44) 30–37; Hammer (Anm. 41) 223.

⁴⁹ Hammer (Anm. 2: 1995) 241 ff. bes. 243 (mit weiterführenden Nachweisen).

⁵⁰ Ebd. 242; 264 ff.; Hammer (Anm. 41) 223 f.

⁵¹ Vom 13.01.1934 (Sächs. GBl. S. 13); zu ihm: ebd. 217–225.

⁵² Abgedruckt: Scheck (Anm. 43) 212 ff.

⁵³ Dazu ebd. 136 ff.; Hammer (Anm. 2: 1995) 261 ff.

⁵⁴ Abgedruckt in: Scheck (Anm. 43) 210 ff.

⁵⁵ Vom 17.09.1934 (Braunsch. GVS S. 179); zu diesem: Hammer (Anm. 2: 1995) 251.

⁵⁶ Vom 23.10.1933 (Ges.-Slg. f. Thür. S. 371); dazu Hammer, (Anm. 2: 1995) 252 f.

⁵⁷ Hierzu Hammer (Anm. 2: 1995) 267 ff.

mochte sich nicht auszubilden – nicht deswegen, weil sich das Denkmalrecht dem Gedankengut des Nationalsozialismus gegenüber als resistent erwiesen hätte, sondern weil dieser – wie regelmäßig auch in anderen Rechtsgebieten – nicht in der Lage war, konsequente, dogmatisch schlüssige Regelungskonzepte zu entwickeln und zudem an einem kulturstaatlichen Denkmalschutz kein Interesse fand. So blieb der Rechtsgeschichte ein entsprechendes Machwerk erspart.

Denkmalschutzgesetzgebung nach 1970

Für den Schutz der Bodendenkmäler war die Denkmalschutzgesetzgebungswelle, die mit dem baden-württembergischen Gesetz 1971 eingesetzt hatte und mit dem nordrhein-westfälischen Gesetz 1980 für die westlichen Bundesländer, die nun alle über Denkmalschutzgesetze verfügten, ihren Abschluss fand⁵⁸, von erheblicher Bedeutung. In einzelnen Regionen bestand bis dahin noch gar kein wirksamer gesetzlicher Denkmalschutz⁵⁹; in den Ländern und in den Landesteilen, die über Ausgrabungsgesetze und -verordnungen verfügten, war der Schutz, den Bodendenkmäler erfuhren, höchst unvollkommen. Bestand doch deren Schutzziel, wie es aus ihrem gesamten Regelungsgefüge folgte, darin, archäologische Fundstätten vor unsachgemäßen Grabungen und Funde vor Zerstörung oder davor zu bewahren, dass sie in Privatsammlungen verschwanden (und damit der wissenschaftlichen Forschung entzogen wurden), so erlegten sie den Eigentümern von Bodendenkmälern keine materielle Pflicht auf, diese zu erhalten, vor Beschädigungen zu bewahren und pfleglich zu behandeln. Die neuen Denkmalschutzgesetze beanspruchten Geltung für alle Denkmalgattungen: Bau-, Boden- sowie bewegliche Denkmäler (oder wenigstens das Zubehör von Denkmälern). Zumeist fanden für Bodendenkmäler die allgemeinen Schutzvorschriften Anwendung, die eine Denkmalerhaltungspflicht anordneten⁶⁰; sie wurden noch ergänzt durch Normen, die speziellen Gefährdungen, denen diese ausgesetzt sind, begegneten⁶¹. Soweit – freilich eher ausnahmsweise – die Regelungen für die verschiedenen Denkmalgattungen getrennt erfolgten

⁵⁸ Zu dieser Hammer (Anm. 2: 1995) 329 ff.; F. Fechner, Unterschiede der Denkmalschutzgesetze im archäologischen Bereich. Arch. Nachrbl. 1,1, 1996, 35–45.

⁵⁹ So in Baden-Württemberg mit Ausnahme Südbadens.

⁶⁰ So §§ 2, 6 ff., 12 ff. DSchG BW; §§ 2, 8 ff. DSchG Berlin; §§ 2, 9 ff. DSchG Bremen; §§ 2, 8 ff. DSchG Hamburg; §§ 2, 7 ff. DSchG Hessen 1974; §§ 3, 6 ff. DSchG Nieders.; §§ 2, 7 ff. DSchG NRW; §§ 3 ff., 8 ff. DSchG RP; ebenso §§ 1 Abs. 2, 9 ff. des bereits am 07.07.1958 (GVObI. S. 217) erlassenen DSchG SH.

⁶¹ §§ 20 ff. DSchG BW; § 3 DSchG Berlin; § 15 ff. DSchG Bremen; §§ 15 ff. DSchG Hamburg; §§ 19 ff. DSchG Hessen 1974; §§ 12 ff. DSchG Nieders.; §§ 11 ff. DSchG NRW; §§ 16 ff. DSchG RP; ebenso §§ 14 ff., 18 ff. DSCHG SH 1958.

und keine Erhaltungspflicht für Bodendenkmäler statuiert wurde⁶², blieb deren Schutz unvollkommen. Zwar kommen die bei Baudenkmalern regelmäßig notwendigen Erhaltungsmaßnahmen für Bodendenkmäler meist nicht in Betracht, doch ist es denkbar, dass positive Handlungen des Eigentümers zu ihrem Schutz erforderlich sein können, etwa indem er Gefahren, die dem Denkmal aus der Grundstücksbeschaffenheit drohen, abzuwenden hat – sie lassen sich bei dieser Gesetzgestaltung nicht durchsetzen.

Ergänzung des Bodendenkmalschutzes durch flankierende Rechtsinstrumente

Von großer Bedeutung auch für Bodendenkmäler war die Schaffung den eigentlichen Denkmalschutz flankierender und ergänzender Rechtsinstrumente sowohl im Recht der Bauleitplanung als auch in Fachplanungsgesetzen, welche die Grundlage für Planfeststellungsverfahren und -beschlüsse bilden, mittels derer vor allem über die Durchführung öffentlicher Infrastrukturvorhaben, oft von überregionaler Bedeutung, entschieden wird⁶³. Die entsprechenden Rechtsänderungen fanden Eingang in das geltende Recht, ab 1971 zunächst durch das Städtebauförderungsgesetz, sodann 1976 durch eine Novellierung dieses Gesetzes und des Bundesbaugesetzes sowie 1980 durch das Gesetz zur Berücksichtigung des Denkmalschutzes im Bundesrecht, das bspw. Änderungen im Bundesfern-, Bundeswasserstraßen-, Telegrafewege- und Bundesbahngesetz vornahm⁶⁴. Dass Ausweisungen von Baugebieten und Maßnahmen etwa der Errichtung neuer Schienenwege, Bundesfern- und -wasserstraßen dort vorhandene Bodendenkmäler in starkem Maße beeinträchtigen können, ist evident. Die planungsrechtlichen Instrumente waren dabei deshalb

⁶² In den Denkmalschutzgesetzen Bayerns (Art. 4 ff., 7 ff., 10) und des Saarlandes (§§ 7 f., 9, 10 ff.).

⁶³ Zur Bedeutung von (Bebauungs- und Fach-)Planungsrecht und -maßnahmen für den (Boden-)Denkmalschutz und zu deren Zusammenwirken bspw.: R. Alexander/W. Martin, Planfeststellung und Bodendenkmalschutz. Neue Zeitschr. Verwaltungsrecht (NVwZ) 1992, 950–954; B. Graf/A. Thiel, Verlusten vorbeugen. Erhalt und Schutz archäologischer Kulturdenkmale im Rahmen der Planungsberatung. Denkmalpf. Baden-Württemberg 40, 2011, 213–217; M. Hahn/E. Roth, Denkmalpflege und Bauleitplanung. Vorsorgende Denkmalpflege und kommunale Verantwortung. Denkmalpf. Baden-Württemberg 39, 2010, 148–153; St. Mitschang, Stadterhaltung und Stadtgestaltung in städtebaulichen Planungen – eine instrumentelle Betrachtung. Zeitschr. dt. u. internat. Bau- u. Vergaberecht (ZfBR) 2000, 379–388; M. Schladebach, Denkmalschutz im Bauplanungsrecht. Baurecht (BauR) 2000, 314–322; W. Spannowsky, Planfeststellung und Denkmalschutz. Zeitschr. dt. u. internat. Bau- u. Vergaberecht (ZfBR) 2000, 239–247; J. Spennemann, M. Krautzberger u. a. in: Martin/Krautzberger (Anm. 2), Teil E RdNr. 89 ff., Teil G RdNr. 25, Teil H RdNr. 6 f., 11, 73 ff., Teil I RdNr. 130.

⁶⁴ Hammer (Anm. 2: 1995) 339 ff.

sehr wichtig, weil die Grundlage der entsprechenden Planungen vielfach Bundesgesetze sind und sie oft von Bundesbehörden durchgeführt werden, sodass die Regelungen der (Landes-)Denkmalschutzgesetze hier keine unmittelbaren Wirkungen entfalten können, wenn auch bei Abwägungen deren materielle Bestimmungen zu beachten sind. Die Rechtsänderungen führten zu einer Rücksichtnahme auf den (Boden-)Denkmalschutz in zweifacher Hinsicht: Zum einen wurden die nach Landesrecht zuständigen Denkmalfachbehörden in den Planfeststellungsverfahren beteiligt und konnten in diese die Belange des Denkmalschutzes einbringen, zum anderen waren diese Belange im Rahmen der der Planfeststellung notwendigerweise vorausgehenden Abwägung angemessen zu berücksichtigen und zu gewichten. Inzwischen sind die Belange der Bodendenkmalpflege in allen Fachplanungsvorhaben zu berücksichtigen, die Auswirkungen auf diese haben können.

Schutz der Bodendenkmäler in der Denkmalschutzgesetzgebung der neuen Bundesländer von 1991 bis 1993

Zwischen 1991 und 1993 erhielten in rascher Folge die durch die deutsche Wiedervereinigung entstandenen oder restituierten Bundesländer neue Denkmalschutzgesetze⁶⁵. Alle sahen sie – wie die meisten der westdeutschen Denkmalschutzgesetze – für die Bodendenkmäler ebenso wie für die anderen Kulturdenkmalgattungen einen allgemeinen Schutz vor, der Denkmalveränderungen von einer vorgängigen Erlaubnis oder Genehmigung abhängig machte und Denkmaleigentümer und -besitzer bis zur Grenze des ihnen Zumutbaren verpflichtete, ihre Denkmäler pfleglich zu behandeln und erforderliche Erhaltungsmaßnahmen durchzuführen. Darüber hinaus stellten sie für Bodendenkmäler zusätzliche Schutzvorschriften zur Verfügung, die besonderen Gefährdungen, denen diese ausgesetzt sind, begegnen sollten. Sie sahen für Ausgrabungen und Nachforschungen, teilweise sogar für reine Erdarbeiten ein Genehmigungserfordernis vor;

⁶⁵ Gesetz über den Schutz und die Pflege der Denkmale und Bodendenkmale im Land Brandenburg v. 22.07.1991 (GVBl. S. 311); Denkmalschutzgesetz des Landes Sachsen-Anhalt v. 21.10.1991 (GVBl. S. 368); Gesetz zur Pflege und zum Schutz d. Kulturdenkmale im Land Thüringen v. 07.01.1992 (GVBl. S. 17); Ges. z. Schutz u. z. Pflege d. Kulturdenkmale im Freistaat Sachsen v. 03.03.1993 (GVBl. S. 229); Ges. z. Schutz u. z. Pflege der Denkmale im Lande Mecklenburg-Vorpommern v. 30.11.1993 (GVBl. S. 975); zu diesen: D. J. Martin, 65 Jahre Denkmalrecht in der DDR und in den neuen Bundesländern – eine Bilanz 25 Jahre nach der Wiedervereinigung, Landes- und Kommunalverwaltung (LKV) 2015, 385–393 bes. 389 ff.; F. Hammer, Das Recht des Denkmalschutzes in den neuen Bundesländern. Neue Zeitschr. Verwaltungsrecht (NVwZ) 1994, 965–970 (dort Nachweise zu den damals geltenden, für die folgenden Ausführungen jeweils einschlägigen Normen dieser Gesetze).

Grundflächen mit – vorhandenen oder vermuteten – Bodendenkmälern konnten zum archäologischen oder Grabungsschutzgebiet erklärt werden; überall wurde – bei Abweichungen in Regelungsdetails – ein staatliches Schatzregal statuiert. Das Gesamtgefüge der für Bodendenkmäler geltenden Normen erreichte so einen Schutzstandard, der – bei aller Vorsicht, der bei derartigen Vergleichen geboten ist – dem der westlichen Gesetze zumindest entsprach oder – eher – diesen sogar noch übertraf.

Erweiterungen des Schutzbereichs bodendenkmalschützender Vorschriften ohne Änderung des Normtextes

Die vielleicht sogar wichtigsten Erweiterungen des Schutzbereichs bodendenkmalschützender Vorschriften im Verlauf des 20. Jahrhunderts (insbesondere in dessen zweiter Hälfte) erfolgten ohne Änderung der Normtexte. Dies betraf zum einen das Alter der Gegenstände, die als schützenswert betrachtet wurden. Waren noch zu Beginn des 20. Jahrhunderts weitestgehend nur Relikte der Vor- und Frühgeschichte, also aus Epochen, für die die archäologische Forschung die zumindest wesentliche Erkenntnisquelle für die Geschichtsschreibung bildete, von Bedeutung, so traten ihnen allmählich Funde und Bodendenkmäler des Mittelalters⁶⁶, später auch der frühen und jüngeren Neuzeit⁶⁷ zur Seite. Sodann beschränkte sich das Interesse zunächst vor allem auf Objekte, die Rückschlüsse auf besondere Kunstfertigkeit, mächtigere Personen, auf sakrale Praktiken und die Kriegführung ermöglichten; es erweiterte sich jedoch – parallel zur Erweiterung des Interessenspektrums der Geschichtsforschung und der Denkmalpflege insgesamt – zunehmend auch auf Zeugnisse gewerblicher

⁶⁶ So sind in Fundber. Schwaben N. F. 1, 1917–1922 (1922); N. F. 2, 1922–1924 (1924) den Epochen von der älteren Steinzeit bis zur alamannisch-fränkischen Zeit 50 Seiten (ergänzt noch durch zwei Beiträge zu besonderen Themen), dem Mittelalter dagegen nur zwei Seiten gewidmet; zu Aufgaben und Methoden der Mittelalterarchäologie um 1985: D. Planck, Archäologische Denkmalpflege in Baden-Württemberg. In: Der Keltenfürst von Hochdorf. Methoden und Ergebnisse der Landesarchäologie, hrsg. v. Landesdenkmalamt Baden-Württemberg (Stuttgart 1985) 19–29 bes. 21 f., sowie ebd. die Beiträge von J. Oexle und P. Schmidt-Thomé, 451–483 sowie Katalog 484–507; für die Schweiz: H. R. Sennhauser, EKD und Archäologie des Mittelalters. Unsere Kunstdenkmäler 38, 1987, 33–36.

⁶⁷ B. Tuchen, Pingen – „Eisenloch“ – Hochofen. Relikte der neuzeitlichen Eisenindustrie in Hohenzollern. Denkmalpf. Baden-Württemberg 45, 2016, 121–125; R. Schreg, Industriearchäologie in einer Glashütte des 19. Jahrhunderts: Schmidtsfelden (Stadt Leutkirch, Kreis Ravensburg). Denkmalpf. Baden-Württemberg 28, 1999, 107–111.

und industrieller⁶⁸, landwirtschaftlicher⁶⁹, bautechnischer⁷⁰ Produktions- und Arbeitsmethoden, ja sogar der Klimageschichte⁷¹ und schließlich sogar auf Denkmäler des Unerfreulichen und Entsetzlichen⁷² und führte so zu einer enormen Erweiterung des Kreises potenzieller Bodendenkmäler.

Um den Schutz des Bodendenkmalrechts auf diese Objekte zu erstrecken, waren jedoch keinerlei Rechtsänderungen erforderlich, weil die Denkmal-Legaldefinitionen aller deutschen Denkmalschutzgesetze so gestaltet waren und sind, dass jene von ihrer Begrifflichkeit aufgefangen werden. Bei allen Nuancen, welche die Denkmaldefinitionen in den verschiedenen deutschen Ländern aufweisen, ist ihnen im Kern gemeinsam, dass sie alle Sachen von historischer Bedeutung, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse liegt, schützen wollen, aufgefächert zumeist in die Begriffstrias der geschichtlichen, künstlerischen und wissenschaftlichen Bedeutung, ergänzt vielfach noch durch weitere Kategorien⁷³. Was aber in diesem Sinne historischen Wert besitzt, lässt sich den Gesetzen selbst nicht abschließend entnehmen. Daher muss die Denkmaldefinition durch die Denkmaladministration (durch Fachpublikationen wie von ihr zu treffende Entscheidungen), durch die zu ihrer

68 B. Jenisch, Eine frühe Glashütte im Hochschwarzwald. Denkmalpfl. Baden-Württemberg 25, 1996, 258–260; W. Seidenspinner, Industriearchäologische Bodendenkmale. Bodenurkunden zum Bergbau als Zeugnisse der Technik-, Wirtschafts- und Sozialgeschichte. Denkmalpfl. Baden-Württemberg 15, 1986, 102–111.

69 B. Jenisch, Wüstgefallende Schwarzwaldhöfe am Beispiel Elzach-Yach. Eine Aufgabe für die Denkmalpflege? Denkmalpfl. Baden-Württemberg 43, 2014, 126–131.

70 A. Haasis-Berner, Zum Wasserbau im Mittelalter. Beispiele aus Südbaden. Denkmalpfl. Baden-Württemberg 37, 2008, 40–44.

71 M. Rösch, Moor, Verkehr und Klimawandel. Ein Torflager bei Biberach als klimageschichtliches Denkmal, Denkmalpfl. Baden-Württemberg 41, 2012, 41–47.

72 K. E. Meyer, Digging Berlin's Chamber of Horrors. Archaeology 45,4, 1992, 24–29; R. J. Kosher, On Cults and Cultists. German Historic Preservation in the Twentieth Century. In: M. Page/R. Mason (Hrsg.), Giving Preservation a History. Histories of Historic Preservation in the United States (New York, London 2004) 45–78 bes. 72 ff.; R. Brosch/O. Schlegel, Ausflugsziel Grabenkrieg. Die Medingschanze bei Halberstadt. Die Denkmalpflege 72, 2014, 26–30; C. Kieser, „Westwall“ – weder Schutzwall noch Baukunst. Die militärischen Westbefestigungen des Nationalsozialismus in Baden-Württemberg. Denkmalpfl. Baden-Württemberg 39, 2010, 247–252; Landtag von Baden-Württemberg, Drucks. 16/1906 vom 07.04.2017: Antrag der Abgeordneten G. Rolland u. a. (SPD) um Stellungnahme des Ministeriums für Wirtschaft, Arbeit und Wohnungsbau: Umgang mit der Frage des Denkmalschutzes beim ehem. Westwall; G. Ongyerth, Fortifikationen des Kalten Krieges – Methodische Bewertung eines sperrigen Themas. Die Denkmalpflege 67, 2009, 38–42 (sowie weitere Beiträge in diesem Heft); allgemein dazu: N. Huse, Unbequeme Baudenkmale. Entsorgen? Schützen? Pflegen? (München 1997) bes. 34–66; 98–100; M. Escherich, Erklären, Inszenieren, Provozieren – Strategien der Vermittlung ungeliebter Denkmale, Die Denkmalpflege 67, 2009, 60–65; Präambel des DSchG SH v. 30.12.2014 (GVObI. 2015 S. 2).

73 D. Davydov, in: Martin/Krautzberger (Anm. 2), Teil C RdNr. 15 ff., 27 ff.; F. Hammer, Die geschützten Denkmale der Landesdenkmalschutzgesetze. Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 1995, 358–365 bes. 360 ff.

Kontrolle berufenen Gerichte und die Rechtswissenschaft ausgefüllt und konturiert werden. Sie aber griffen die Ausdehnung des Denkmalbegriffs durchweg auf oder akzeptierten sie, sodass hier eine erhebliche Erweiterung des Schutzes von (Boden-)Denkmälern ganz ohne Änderung des Normtextes erfolgen konnte.

Ebenso wurde die Schutzrichtung der Bodendenkmalschutznormen in gleichfalls erheblicher Weise geändert und erweitert. Erschöpfte sich der Schutz der Ausgrabungsgesetze und -verordnungen des frühen 20. Jahrhunderts noch darin, archäologische Fundstätten vor unsachgemäßen Grabungen und Funde vor Zerstörung oder dem Verschwinden in Privatsammlungen zu bewahren, kam es seit der Mitte des 20. Jahrhunderts zu einer wesentlichen Neuausrichtung mit dem Gedanken vom „Boden als Archiv der Urgeschichte“⁷⁴, der Bodendenkmäler am besten überhaupt vor Grabungsmaßnahmen bewahren und so ihre ungestörte Erhaltung erreichen wollte⁷⁵, um sie künftigen Generationen, die voraussichtlich auch über bessere Forschungsmethoden verfügen werden, zu erhalten⁷⁶. Aber auch insoweit waren besondere Ergänzungen oder Änderungen des Normtextes⁷⁷ im Grunde überflüssig.

Denn mit dem Erlass umfassender Denkmalschutzgesetze in den westdeutschen Bundesländern seit 1971, die für Bau-, bewegliche und Bodendenkmäler Geltung besaßen⁷⁸, wurde der Grundsatz, dass Denkmäler im Rahmen des Zumutbaren zu erhalten sind, auch auf Bodendenkmäler ausgedehnt, entweder dadurch, dass auch Bodendenkmäler den allgemeinen Schutzvorschriften des Gesetzes unterstellt wurden, die eine Denkmalerhaltungspflicht anordneten, oder aber – soweit für Bodendenkmäler abschließende Sonderregelungen galten, die keine Erhaltungspflicht vorsahen – dadurch, dass durch die Einfügung des Bodendenkmalschutzes in die Systematik einer auf die Denkmalerhaltung abzielenden Gesamtregelung Genehmigungen für Grabungen nur noch dann erteilt werden durften, wenn dies angesichts des generellen Auftrags des Gesetzes zu möglichst ungestörter Erhaltung der Denkmäler im Einzelfall vertretbar erschien⁷⁹. Interessant ist, dass auch diese Akzentver-

74 So bspw. I. Stork, Der Boden als Archiv der Urgeschichte. In: Keltenfürst (Anm. 66) 55–64.

75 Ebd. 55; kritisch Brügge (Anm. 3) 98; 122 ff.

76 Dazu (ablehnend) ebd. 98; 125.

77 Sie finden sich freilich gegenwärtig in verschiedenen Denkmalschutzgesetzen, so Art. 7 Abs. 1 S. 2 DSchG Bayern; § 12 Abs. 2 DSchG Niedersachsen; § 13 Abs. 2 DSchG NRW. Der Wandel hin zum Schutz der Integrität der Bodendenkmäler wird deutlich bei einem Vergleich der verschiedenen Textfassungen des DSchG von Schleswig-Holstein: §§ 12 Abs. 2 Nr. 2 bis 7, 13 Abs. 2 und 4 sowie Präambel des Gesetzes vom 30.12.2014; §§ 11 Abs. 1, 19 Abs. 1 des Gesetzes vom 21.11.1996 (GVObI. S. 677) und §§ 11, 18 des Gesetzes vom 07.07.1958 (GVObI. S. 217).

78 Zu dieser Gesetzgebung oben S. 6.

79 Neben drohender Zerstörung des Denkmals kommt insbesondere ein vorrangig zu berücksichtigendes, durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geschütztes wissenschaftliches Erforschungsinteresse in

schiebung vor allem durch ein gewandeltes Verständnis des Normtextes und der Gesetzssystematik erfolgen konnte und keiner Textänderungen bedurfte.

Erweiterung des Bodendenkmalschutzes durch die Strafrechtspflege

Eine bemerkenswerte, sehr weitgehende, jedoch wenig folgenreiche Erweiterung gerade auch des Bodendenkmalschutzes nahm die Strafrechtspflege durch eine mutige Auslegung des Straftatbestands des § 304 StGB vor, der insoweit unverändert bis heute gilt⁸⁰. Dieser stellt die Beschädigung öffentlicher Denkmäler unter Strafe, meinte – ausweislich der Entstehungsgeschichte – jedoch an öffentlichen Straßen und Plätzen aufgestellte Monumente. Schon 1903 stellte das Reichsgericht (RG) noch ohne detaillierte Begründung fest, dass auch ein prähistorischer Grabhügel unter diesen Begriff falle. 1910 führte es dann eingehend aus, dass der Begriff des Denkmals in § 304 StGB auch Sachen aus der Vergangenheit von geschichtlicher, wissenschaftlicher oder künstlerischer Bedeutung erfasse. Da das RG bei seiner Auslegung allein auf den Straftatbestand selbst abstellte, verlangte es keine besondere Unterschutzstellung nach Landesrecht (die es in den entschiedenen Fällen nicht gab), sodass damit § 304 StGB im Grunde zu einer Generalnorm zur Verhinderung von Denkmalbeschädigungen wurde, die Staatsanwälte und Strafrichter zu den wichtigsten Denkmalschützern machte, zumal die Norm – weil sie keine Fremdheit des Denkmals verlangt – auch Beschädigungen des Eigentümers selbst unter Strafe stellt. Offenbar scheuten sich Staatsanwaltschaften und Gerichte, diese Rolle anzunehmen, denn es gibt über die Jahrzehnte hinweg nur sehr wenige (veröffentlichte) Entscheidungen, die hier zu Verurteilungen führten, eine davon betraf einen Landwirt, der ein Megalithgrab zerstörte, weil er Beschränkungen des Denkmalschutzes fürchtete⁸¹.

Resümee – Bedeutung der Denkmalrechtsgeschichte für die Gegenwart

Die hier vorgestellten Aspekte der Geschichte des Bodendenkmalrechts ließen sich problemlos erweitern, auch ließen sich weitere hinzufügen. Einige wesentliche Konturen

Betracht; vgl. dazu F. Fechner, Grenzen der Forschungsfreiheit am Beispiel der Bodendenkmalpflege. Juristenzeitung (JZ) 1992, 777–784.

⁸⁰ Eingehend hierzu Hammer (Anm. 2: 1995) 180–186 (mit weiterführenden Nachweisen).

⁸¹ OLG Celle, Urteil v. 28.01.1974, NJW 1974, 1291 ff.

seiner – bereits mehrere Jahrhunderte umfassenden – historischen Entwicklung dürften aber sicher deutlich geworden sein und bieten auch die eine oder andere Einsicht für das Denkmalrecht der Gegenwart. So zeigen sie, dass das Bodendenkmalrecht kontinuierlich aus kleinsten Anfängen immer weiter perfektioniert und in seinem Anwendungsbereich ausgedehnt werden konnte – es spricht nichts dafür, dass sich diese Tendenz umkehren könnte. Bemerkenswert erscheint auch die Erkenntnis, dass es nicht stets der Gesetzgeber war, der wichtige Schritte dieser Ausdehnung bewirkte, sondern einerseits die Strafrechtspflege mit ihrer Neuinterpretation des § 304 StGB, andererseits die Wissenschaft, die immer mehr Objekte als schützenswert im Sinne der Legaldefinitionen der Denkmalschutzgesetze ansah, und die Rechtsanwendung durch Behörden und Gerichte, die dies akzeptierte und bestätigte. Das zeigt, dass nicht stets Gesetzesreformen erforderlich sind, um einen Rechtswandel zu erreichen. Es kann oft genügen, das vorhandene Recht mit Blick auf die Entwicklung des Sachbereichs, den es regelt, und auf die Herausforderungen, die dieser stellt, orientiert an überzeugenden Lösungen ohne ängstliche Bindung an überkommene Begrifflichkeiten anzuwenden und vorhandene Interpretationsspielräume zu nutzen. Ob aus diesem Beitrag noch weitere Erkenntnisse für das aktuelle Bodendenkmalrecht zu gewinnen sind, mag der Leser entscheiden, wobei der Wert einer historischen Betrachtung naturgemäß nicht daran gemessen werden darf, welche Nutzenanwendung sie für die Gegenwart bietet; allein schon die Erkenntnis, welche Wege und Umwege zu dieser geführt haben, lohnt den Rückblick in die Vergangenheit.

Abstract

First laws protecting archaeological sites and ruins date back to 15th century Rome where in the 16th century a more systematic papal legislation developed, which was brought to an end by the laws of 1802 and 1820. From a historical point of view preservation of archaeological heritage in Germany began in the early 16th century; first legislative action took place in 1670 in Württemberg. But it was not until the first years of the 20th century, that some German states (Länder) passed effective laws to protect archaeological sites and finds, whilst others remained without appropriate legislation. Although the National Socialists used archaeology for propaganda purposes, they did not reform existing German laws. After World War II only two German states (Baden 1949 and Schleswig-Holstein 1958) adopted new laws, but between 1971 and 1980 an extensive legislative process took place in all states of West Germany concerning preservation of cultural heritage, including archaeological remains. After the German reunion the states of former East Germany also passed laws in this regard.

Was ist ein Bodendenkmal? 25 Jahre später

Von Dimitrij Davydov

Vorbemerkung

Die richtungweisende Publikation „Archäologie und Recht. Was ist ein Bodendenkmal?“¹ – 1991 erstmalig erschienen und zwei Jahre später erneut aufgelegt – behandelte die damals aktuellen Fragen an der Schnittstelle von Archäologie und Recht, allen voran die Bedeutung des Begriffs „Bodendenkmal“. Besonders in den Beiträgen von Janbernd Oebbecke² und Hans-Dieter Upmeier³ wurde der damalige Stand der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung und des juristischen Schrifttums zu diesem Thema referiert. Auch wenn der Schwerpunkt des vorliegenden Bandes sich in Richtung des praktischen Umgangs mit dem archäologischen Erbe in Deutschland und Europa verschoben hat, so verpflichtet allein schon die dem erfolgreichen Vorgänger entlehnte Namensgebung der Frage, was ein Bodendenkmal ausmacht, mit einem Abstand von gut 25 Jahren erneut nachzugehen.

Entwicklung des Bodendenkmalbegriffs

Die Fortentwicklung der gesetzlichen Definitionen des Bodendenkmalbegriffs in den letzten 25 Jahren trägt der Spruchpraxis der Verwaltungsgerichte ebenso Rechnung wie den internationalen fachlichen Standards. Sie spiegelt zugleich die Erweiterung der Forschungsschwerpunkte der Archäologie in Deutschland wider.

Terminologie und Systematik

Als Ausdruck der föderalen Vielfalt im Kulturverwaltungsrecht – und allen Harmonisierungsansätzen⁴ zum

Trotz – ist die Verwendung des Rechtsbegriffs „Bodendenkmal“ bzw. „archäologisches Denkmal“ in den Denkschutzgesetzen der Länder nach wie vor disparat. Während Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz mit einem einheitlichen Kulturdenkmalbegriff operieren, wird dort, wo der Gesetzgeber die Bodendenkmäler als eine separate Gattung geschützter Objekte hervorhebt, rechtstechnisch unterschiedlich verfahren. In den meisten Fällen werden abstrakt-generelle Umschreibungen dessen, was ein Bodendenkmal ausmacht und es von anderen Schutzgütern abgrenzt, verwendet. Zu den Tatbestandsmerkmalen zählen typischerweise die Lage eines Objekts, daneben z. T. auch weitere Kriterien wie etwa seine physische Beschaffenheit, seine Herkunft oder seine dokumentarische Bedeutung für bestimmte Epochen. So will der Gesetzgeber in Nordrhein-Westfalen als Bodendenkmäler (§ 2 Abs. 5 Satz 1 DSchG NRW) bewegliche oder unbewegliche Denkmäler verstanden wissen, die sich im Boden befinden oder befanden. Auch wenn in der Grunddefinition „Gewässer“ nicht erwähnt werden, so beweist doch ein Blick auf § 13 Abs. 1 Satz 1 DSchG NRW⁵, dass sich Bodendenkmäler auch in Gewässern befinden können. In Bayern wird eine identische Beschreibung mit dem Nachsatz versehen, dass Bodendenkmäler „in der Regel aus vor- oder frühgeschichtlicher Zeit stammen“ müssen (Art. 1 Abs. 4 BayDSchG). Demgegenüber hat sich der Gesetzgeber in Schleswig-Holstein für eine umfassende Definition entschieden, die mehrere Merkmale miteinander kombiniert: Laut § 2 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 DSchG SH sind „archäologische Denkmale solche, die sich im Boden, in Mooren oder in einem Gewässer befinden oder befanden und aus denen mit archäologischer Methode Kenntnis von der Vergangenheit des Menschen gewonnen werden kann; hierzu gehören auch dingliche Zeugnisse wie Veränderungen und Verfärbungen in der natürlichen Bodenbeschaffenheit sowie Zeugnisse pflanzlichen und tierischen Lebens, wenn aus ihnen mit archäologischer Methode Kenntnis von der

¹ H. G. Horn/H. Kier/J. Kunow/B. Trier (Hrsg.), Archäologie und Recht. Was ist ein Bodendenkmal? Schr. Bodendenkmalpflege Nordrhein-Westfalen 2² (Mainz 1993).

² J. Oebbecke, Der Rechtsbegriff des Bodendenkmals. In: Horn/Kier/Kunow/Trier (Anm. 1) 39–46.

³ H.-D. Upmeier, Das Bodendenkmal in der aktuellen Rechtsprechung. In: Horn/Kier/Kunow/Trier (Anm. 1) 65–72.

⁴ So wurde z. B. der Entschließungsantrag „Stärkung von Baukultur und Denkmalschutz“ der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 12.06.2013 (Bundestag, 17. Wahlperiode, Drucksache 17/13914), der u. a. die Erarbeitung eines (unverbindlichen) Musterdenkmalschutzgesetzes nach dem Vorbild der

Musterbauordnung vorgesehen hatte, abgelehnt und das Anliegen nicht weiterverfolgt.

⁵ Dieser lautet: „Wer nach Bodendenkmälern graben oder Bodendenkmäler aus einem Gewässer bergen will, bedarf hierzu der Erlaubnis der Oberen Denkmalbehörde“, vgl. E.-R. Hönes in: D. Davydov/E.-R. Hönes/Th. Otten/B. Ringbeck, Denkmalschutzgesetz Nordrhein-Westfalen. Kommentar⁵ (Wiesbaden 2016) § 2 RdNr. 165.

Vergangenheit des Menschen gewonnen werden kann“. Die in den frühen deutschen Denkmalschutzgesetzen üblichen exemplarischen Aufzählungen anhand von Objekttypen⁶ sind aus der Gesetzeslandschaft nahezu vollständig verschwunden. In Sachsen-Anhalt wird allerdings eine abstrakte Definition des Begriffs „archäologisches Kulturdenkmal“ durch einen Katalog der typischen Erscheinungsformen des archäologischen Erbes in diesem Land ergänzt: Während die Grunddefinition (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 DSchG LSA) besagt, „archäologische Denkmale“ seien „Reste von Lebewesen, Gegenständen und Bauwerken, die im oder auf dem Boden, im Moor und unter Wasser erhalten geblieben sind und die von der Geschichte des Menschen Zeugnis ablegen“, folgt im Satz 2 die exemplarische Aufzählung, derzufolge insbesondere „Siedlungen und Wüstungen, Befestigungsanlagen aller Art, Landwehren und markante Grenzverläufe, Produktionsstätten wie Ackerfluren und Werkplätze, Glashütten, Öfen, Steinbrüche, Pingen, Halden, Verkehrsanlagen, Be- und Entwässerungssysteme, Gräberfelder, Grabanlagen, darunter Grabhügel und Großsteingräber, Höhlen, Kultstätten, Denkmale der Rechtsgeschichte und Überreste von Bauwerken sowie Steinmale und Schälchensteine“ als „archäologische Kulturdenkmale“ gelten⁷. Auffällig ist, dass der Gesetzgeber neben zahlreichen außerrechtlichen Begriffen auch einen unbestimmten Rechtsbegriff „Denkmale der Rechtsgeschichte“ in die exemplarische Aufzählung aufgenommen hat.

Zeitliche Dimension

Ein Wandel im Verständnis des archäologischen Erbes lässt sich anhand der Gesetzgebung und der Rechtsprechung der letzten Jahrzehnte bei der Frage nachvollziehen, ob dem Bodendenkmalbegriff eine bestimmte zeitliche Grenze immanent ist: War mit dem Bodendenkmalbegriff herkömmlich die Vorstellung verbunden, er beziehe sich auf materielle Hinterlassenschaften aus ur- und frühgeschichtlicher Zeit („Bodenaltertümer“)⁸, ist in jüngster Zeit eine Tendenz zur Ausweitung des Schutzbereichs des Bodendenkmalbegriffs erkennbar. In Bayern werden Bodendenkmäler zwar immer noch als Gegenstände, die „in der Regel aus vor- und frühgeschichtlicher Zeit“ stammen, definiert (Art. 1 Abs. 4 BayDSchG), in der Praxis werden aber auch Funde und Befunde aus späteren Epo-

chen als Bodendenkmäler behandelt⁹. Die in anderen Gesetzen verwendete abstrakte Formulierung „aus vergangenen Zeiten“ (§ 3 Abs. 4 DSchG Nds., § 2 Abs. 2 Satz 1 DSchG SH) schließt demgegenüber auch Funde und Befunde aus jüngerer Vergangenheit, z. B. Zeugnisse des SED-Regimes und Relikte des Zweiten Weltkriegs, mit ein¹⁰.

Im früheren Hessischen Denkmalschutzgesetz kam die Definition des Bodendenkmals (§ 19 HDSchG 1986) zwar ohne Verweis auf bestimmte Epochen aus, schränkte den Kreis der schutzwürdigen Objekte aber indirekt ein, indem sie Bodendenkmäler als „Zeugnisse, Überreste oder Spuren menschlichen, tierischen oder pflanzlichen Lebens, die aus Epochen und Kulturen stammen, für die Ausgrabungen und Funde eine der Hauptquellen wissenschaftlicher Erkenntnisse sind“ ansprach. Hieraus wurde in der Praxis mitunter der Schluss gezogen, neuzeitliche Funde, etwa Metallgegenstände aus der Zeit nach dem Dreißigjährigen Krieg, seien in Hessen grundsätzlich nicht als Bodendenkmäler zu qualifizieren, weil es ab dieser Zeit – vor allem wegen schriftlicher und sonstiger Quellen – schwer vorstellbar sei, dass nur Ausgrabungen und Funde eine der Hauptquellen wissenschaftlicher Erkenntnisse sein könnten¹¹. Auf diese Fehlentwicklung hat der Landesgesetzgeber reagiert und die Definition des Bodendenkmalbegriffs im Zuge der Gesetzesnovelle 2016 geändert: Nunmehr spricht § 2 Abs. 2 Satz 1 HDSchG Bodendenkmäler als „Zeugnisse menschlichen, tierischen oder pflanzlichen Lebens von wissenschaftlichem Wert“ an, die „im Boden verborgen sind oder waren oder aus urgeschichtlicher Zeit stammen“. Zur Begründung wurde ausgeführt, die frühere Fokussierung des Bodendenkmalbegriffs auf schriftlose Epochen sei weder zeitgemäß noch fachlich vertretbar gewesen. Entscheidend sei, dass archäologische Funde oft ganz andere Aspekte beleuchten als die erhaltenen Schriftquellen¹².

Mit der Ausweitung des Schutzbereichs des gesetzlichen Bodendenkmalbegriffs hängt der Umstand zusammen, dass im Rahmen der Denkmalwertbegründung neben dem – bis dahin ausschlaggebenden wissenschaftlichen Erkenntniswert archäologischer Relikte – zunehmend auch andere Denkmalwertkategorien, etwa der Erinnerungswert, zum Tragen kommen können. So hat das nordrhein-westfälische Oberverwaltungsgericht anlässlich der Ausweisung der untertätigen Überreste des früheren Arbeitserziehungslagers Lahde in Petershagen als ortsfestes Bodendenkmal gem. § 2

⁶ So z. B. in § 1 der Verordnung der Freien Hansestadt Bremen vom 18.11.1872, betreffend den Schutz geschichtlicher und vor-geschichtlicher Denkmale und noch in § 38 des Badischen Denkmalschutzgesetzes vom 12.07.1949. Zur geschichtlichen Entwicklung des Bodendenkmalrechts siehe den Beitrag von F. Hammer in diesem Band, 9–17.

⁷ Eine ähnliche Aufzählung findet sich auch in Bremen (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 DSchG BR).

⁸ Siehe den Beitrag von F. Hammer in diesem Band, 9–17.

⁹ Vgl. W. Eberl in: W. Eberl/D. Martin/J. Spennemann, Bayerisches Denkmalschutzgesetz. Kommentar⁷ (Stuttgart 2016) Art. 1 RdNr. 66.

¹⁰ VG Schleswig, Urteil v. 09.01.2012 – 8 A 140/11, bestätigt durch OVG SH, Beschluss v. 12.04.2012 – 1 LA 8/12 –, juris.

¹¹ VG Wiesbaden, Urteil v. 03.05.2000 – 7 E 818/00 (V).

¹² Amtliche Begründung, Hessischer Landtag, 19. Wahlperiode, Drucksache 19/3570, 14.

Abs. 5 DSchG NRW zwar primär auf den Charakter des Objekts als Quelle wissenschaftlicher Erkenntnisse über den Lageralltag abgehoben, zugleich aber ausgeführt, das Objekt könne auch künftig – nach einer etwaig erfolgten Erforschung und Erkennung durch die Archäologie – als „Anschauungsobjekt bei der Dokumentation der bedeutenden Vorgänge, die sich an diesem Ort abgepielt haben, dienen“¹³.

Qualitative Begrenzung des Denkmalbegriffs?

Der Vorwurf einer „konturlosen Weite“ des Denkmalbegriffs, der in der Rechtsprechung gelegentlich anklingt¹⁴ und Gerichte immer wieder dazu verleitet, bei der Prüfung der Denkmaleigenschaft ungeschriebene Tatbestandsmerkmale wie die „Denkmalwürdigkeit“ heranzuziehen¹⁵, gilt grundsätzlich unterschiedslos für alle Denkmalgattungen und somit auch für Bodendenkmäler. Nach wie vor umstritten ist aber, wie man der vermeintlichen Ausuferung begegnen soll. Die Verankerung des konkreten Objekts im Bewusstsein der – wie weit auch immer zu fassenden – Allgemeinheit ist jedenfalls als Korrektiv bei den verborgenen, den Blicken der Öffentlichkeit in der Regel entzogenen Bodendenkmälern noch weniger geeignet als bei den im Stadt- und Landschaftsbild regelmäßig, wenn auch nicht immer, präsenten Baudenkmalern¹⁶.

Dennoch führt das in den meisten Denkmalschutzgesetzen festgeschriebene Merkmal des „öffentlichen Erhaltungsinteresses“ in der Praxis zur Notwendigkeit einer wertenden Auswahl dessen, was eines rechtlichen Schutzes bedarf. Die Rechtsprechung hat bislang hauptsächlich im Zusammenhang mit der Unterschutzstellung von Baudenkmalern eine Gratwanderung vollzogen zwischen der Einsicht, dass nicht nur Spitzenobjekte einer Ausweisung als Denkmal würdig sind¹⁷ und der Erkenntnis, dass umgekehrt nicht jeder Altbau automatisch Denkmal ist¹⁸. Das Ergebnis lautet hier, dass es notwendig sein kann, aus einer Vielzahl ähnlicher Objekte einige wenige¹⁹ oder mitunter sogar ein einzelnes²⁰

auszuwählen. Diese Diskussion ist auch dem archäologischen Erbe nicht erspart geblieben.

So hat das VG Düsseldorf 2015 in einer aufsehenerregenden²¹ Entscheidung die vorläufige Unterschutzstellung der im Zuge von Straßenbauarbeiten entdeckten Überreste eines Tagelöhnerhofes aus der Mitte des 19. Jahrhunderts bei Heiligenhaus (Kotten „Auf der Heiden“) für rechtswidrig erklärt und ausgeführt, dass es an der notwendigen Bedeutung fehle²². Es sei nicht klar, was an hier vorgefundenen Funden und Befunden (Fundamentreste von zwei Gebäuden, Bauschutt, Keramikscherben u. Ä.) konkret im Hinblick auf das Leben und Arbeiten der Menschen in vergangenen Zeiten ablesbar sein soll. Der Umstand allein, dass es sich dabei um historische Relikte handele, sei nicht ausreichend, da man sonst jedes ältere Gebäude unter Denkmalschutz zu stellen hätte. Auch der Seltenheitswert von wüst gefallenen Anlagen aus der Mitte des 19. Jahrhunderts belege nicht zwingend die Denkmaleigenschaft. Dieser Argumentation hat sich das nordrhein-westfälische Oberverwaltungsgericht nicht angeschlossen und die Rechtmäßigkeit der von der Denkmalbehörde ausgesprochenen vorläufigen Unterschutzstellung in jeglicher Hinsicht bestätigt²³. Nach Ansicht des OVG hatten im Zeitpunkt der vorläufigen Unterschutzstellung sehr wohl gewichtige Anhaltspunkte dafür vorgelegen, dass die Reste der mutmaßlich 1859/62 aufgegebenen Hofanlage einen Aussagewert für das Leben bestimmter Zeitepochen sowie für politische, wirtschaftliche, kulturelle oder soziale Verhältnisse und Geschehensabläufe besaßen, sodass ihnen Bedeutung für die Geschichte der Menschen zukam. Die Besonderheit bestehe darin, dass nach Abbruch der Gebäude, durch das Auffüllen der Gebäudereste und ihre Bedeckung mit Mutterboden die Zeitschicht „gleichsam eingefroren“ worden war.

Anthropozentrischer Denkmalbegriff und die Bodendenkmalpflege

Die föderale Vielfalt im Denkmalrecht zeigt sich insbesondere bei der Frage der Einbeziehung von Zeugnissen der Erdgeschichte in die Definition des Bodendenkmals. Der Ausdehnung des Bodendenkmalschutzes auf erdgeschichtliche Relikte ist dort von vorneherein der Riegel vorgeschoben, wo der Gesetzgeber Denkmäler generell als „von Menschen geschaffene Sachen“ oder „Zeugnisse

¹³ OVG NRW, Beschluss v. 31.08.2006 – 10 A 1504/05 –, Entscheidungen zum Denkmalrecht (EzD) 2.3.2 Nr. 15.

¹⁴ Vgl. SächsOVG, Urteil v. 12.06.1997 – 1 S 344/95 –, juris.

¹⁵ Vgl. SächsOVG, Beschluss v. 08.11.2012 – 1 A 339/11 –, juris; OVG TH, Urteil v. 30.10.2003 – 1 KO 433/00 –, EzD 2.1.3 Nr. 8.

¹⁶ Kritisch zu diesem Kriterium: C. Lund, Anforderungen an Denkmalschutzobjekte – Bestand und Perspektive. Zeitschr. öffentliches Recht Norddeutschland (NordÖR) 11, 2008, 295 und Hönes (Anm. 5) RdNr. 94 f.

¹⁷ Vgl. OVG NRW, Beschluss v. 06.02.2008 – 10 A 4484/06 –, openJur.

¹⁸ Vgl. OVG NRW, Urteil v. 12.09.2006 – 10 A 1541/05 –, juris.

¹⁹ Vgl. OVG HH, Urteil v. 03.05.2017 – 3 Bf 98/15 –, juris.

²⁰ Vgl. OVG NRW, Beschluss v. 09.01.2008 – 10 A 3666/06 –, openJur.

²¹ Vgl. M. Rind, Rechtsfragen der Bodendenkmalpflege. In: Quo vadis Denkmalrecht? Kulturerbe zwischen Pflege und Recht. Dokumentation der Tagung in Münster/Westfalen, 15.–17. Juli 2015, hrsg. v. Deutsches Nationalkomitee für Denkmalschutz. Schriftenr. Dt. Nationalkomitee Denkmalschutz 90 (Berlin 2017) 29.

²² VG Düsseldorf, Urteil v. 23.04.2015 – 9 K 1359/14 –, EzD 2.2.4 Nr. 50 mit Anmerkung von G.-U. Kapteina.

²³ OVG NRW, Urteil v. 14.12.2016 – 10 A 1445/15 –, juris.

menschlichen Lebens“ verstanden wissen will („anthropozentrischer Denkmalbegriff“), so z. B. in Bayern (Art. 1 Abs. 1 BayDSchG²⁴) und in Sachsen-Anhalt (§ 2 Abs. 1 DSchG LSA). Im Übrigen werden Zeugnisse des tierischen und pflanzlichen Lebens entweder dem Bodendenkmalbegriff oder generell dem Kulturdenkmalbegriff zugeordnet. Der Kreis der schutzwürdigen Objekte kann dennoch unterschiedlich weit gefasst sein: Während z. B. in Rheinland-Pfalz (§ 3 Abs. 2 DSchG RP) grundsätzlich beliebige Zeugnisse der Entwicklungsgeschichte der Erde und somit auch geologische Aufschlüsse schutzwürdig sein können, sind es in Hessen (§ 2 Abs. 2 Satz 1 HDSchG), Thüringen (§ 2 Abs. 7 DSchG TH) und Schleswig-Holstein (§ 2 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2) allein Zeugnisse des tierischen und pflanzlichen Lebens²⁵. Dabei gelten in Schleswig-Holstein die Zeugnisse des tierischen und pflanzlichen Lebens als „archäologische Denkmale“, wenn aus ihnen mit archäologischer Methode Kenntnis von der Vergangenheit des Menschen gewonnen werden kann, während der Gesetzgeber in Thüringen den Bodendenkmalbegriff – konsequent – in „archäologische Denkmale“ und „paläontologische Denkmale“ aufgeteilt hat.

Eine Sonderlösung hat der Gesetzgeber in Niedersachsen vorgenommen, wo im Zuge der Gesetzesnovelle 2011 zwar nicht der – bis dahin anthropozentrische – Bodendenkmalbegriff in § 3 Abs. 4 DSchG Nds. erweitert, sondern in § 3 Abs. 6 DSchG Nds. das „Denkmal der Erdgeschichte“ als zusätzliche Denkmalgattung eingeführt worden ist²⁶. Dieses umfasst „Überreste und Spuren, die Aufschluss über die Entwicklung tierischen oder pflanzlichen Lebens in vergangenen Erdperioden oder die Entwicklung der Erde geben und an deren Erhaltung aufgrund ihrer herausragenden wissenschaftlichen Bedeutung ein öffentliches Interesse besteht“. In der Kommentarliteratur wurde eine Ausuferung des Denkmalbegriffs, die durch finanzielle und personelle Kapazitäten des Landes nicht hinterlegt gewesen sei, bemängelt²⁷.

²⁴ Die Rechtsprechung in Bayern geht jedoch davon aus, dass auf einem Gräberfeld geborgene menschliche und tierische Skelette in untrennbarem Zusammenhang mit den Grabbeigaben stehen, daher von archäologischem Interesse sind und mithin Denkmalcharakter haben, vgl. VG Würzburg, Urteil vom 16.10.2006 – W 4 K 06.552 –, EzD 2.3.2 Nr. 8.

²⁵ In Schleswig-Holstein gelten Zeugnisse des tierischen und pflanzlichen Lebens als archäologische Denkmäler, wenn aus ihnen mit archäologischer Methode Kenntnis von der Vergangenheit des Menschen gewonnen werden kann.

²⁶ Niedersächsischer Landtag, 16. Wahlperiode, Drucksache 16/3208, 2 und 9.

²⁷ D. Martin in: A. Kleine-Tebbe/D. Martin, Denkmalrecht Niedersachsen. Kommentar² (Wiesbaden 2013) Erl. 3.2.4 zu § 3.

Funde und Befunde

Die Bedeutung der Rechtsbegriffe „Fund“ und „Befund“ sowie deren Verhältnis zum Bodendenkmalbegriff bereiten in der Praxis mitunter Schwierigkeiten.

Fund

Während zivilrechtlich – etwa im Zusammenhang mit der Eigentumszuordnung nach § 984 BGB – mit der Formulierung „Fund“ der Vorgang der Auffindung einer beweglichen Sache gemeint ist²⁸, werden im Denkmalrecht mit diesem Begriff vielfach die Sachen selbst, also zufällig oder bei gezielten Nachforschungen entdeckte archäologische und ggf. auch paläontologische Relikte, angesprochen²⁹. So heißt es beispielsweise im nordrhein-westfälischen Denkmalrecht, denjenigen, die ihrer Ablieferungspflicht nachkommen, soll eine angemessene Belohnung in Geld gewährt werden, die sich am „wissenschaftlichen Wert des Fundes“ orientiert (§ 17 Abs. 2 Satz 1 DSchG NRW), während in Hessen § 21 Abs. 3 Satz 1 HDSchG dem Finder vorschreibt, „den Fund und die Fundstelle“ bis zum Ablauf einer Woche nach der Anzeige im unveränderten Zustand zu erhalten und in geeigneter Weise vor Gefahren „für die Erhaltung des Fundes“ zu schützen. Dem zivilrechtlichen Sprachgebrauch angepasst ist demgegenüber die Formulierung in Schleswig-Holstein, wo § 15 Abs. 3 DSchG SH bestimmt, ein „gefundenes oder ausgegrabenes bewegliches Kulturdenkmal“ – und nicht etwa „den Fund“ – der oberen Denkmalschutzbehörde auszuhändigen. In Niedersachsen hat der Gesetzgeber wiederum den Begriff „Bodenfund“ eingeführt und in § 14 Abs. 1 Satz 1 DSchG Nds. erläutert, dass darunter Sachen oder Spuren zu verstehen sind, „bei denen Anlass zu der Annahme gegeben ist, dass sie Kulturdenkmale sind“.

Bemerkenswert ist die Fortentwicklung der Terminologie in Nordrhein-Westfalen, wo der Gesetzgeber 2013 im Zusammenhang mit dem neu eingeführten Schatzregal (§ 17 DSchG NRW) als Gegenstand des originären staatlichen Eigentumserwerbs „bewegliche Denkmäler und bewegliche Bodendenkmäler sowie Funde von besonderer wissenschaftlicher Bedeutung“ definiert hat. Diese Formulierung, die eigentlich ein uneingeschränktes Schatzregal kennzeichnen sollte³⁰, führte – auch im

²⁸ Vgl. K.-H. Gursky/W. Wiegand in: J. von Staudingers Kommentar zum BGB 13, Buch 3 (Berlin 2017) vor § 956 RdNr. 2.

²⁹ Vgl. O. Morlock in: G. Hager/F. Hammer/O. Morlock/D. Zimdars/D. Davydov, Denkmalrecht Baden-Württemberg. Kommentar² (Wiesbaden 2016) § 20 RdNr. 4.

³⁰ So wird der Inhalt der Regelung in der amtlichen Begründung vereinfacht auf die Formel „alle archäologischen Funde gehören dem Staat“ gebracht, vgl. Landtag Nordrhein-Westfalen, 16. Wahlperiode, Drucksache 16/2279, 1.

Zusammenspiel mit der 2014 erlassenen Verwaltungsvorschrift³¹ – zur Befürchtung, der Gesetzgeber würde archäologische Funde nicht mehr als Bodendenkmäler betrachten wollen³². Tatsächlich bringt die Begriffstria in § 17 DSchG NRW jedoch zum Ausdruck, dass nicht nur diejenigen Funde, welche die gesetzlichen Anforderungen an ein bewegliches Bodendenkmal erfüllen (s. u.), dem Schatzregal unterfallen, sondern darüber hinaus auch solche Funde, die unterhalb dieser Bedeutungsschwelle dennoch einen nicht unerheblichen wissenschaftlichen Wert aufweisen. Mit der Einführung des Begriffs „Funde von besonderer wissenschaftlicher Bedeutung“ hat der Gesetzgeber somit einen Auffangtatbestand geschaffen, auch wenn dessen praktische Bedeutung nicht überbewertet werden sollte.

Befund

Obwohl allgemein anerkannt ist, dass die wissenschaftliche Bedeutung eines archäologischen Fundes sich vornehmlich aus dem konkreten Fundzusammenhang erschließt³³, taucht der Begriff „Befund“ in den Denkmalschutzgesetzen als Bestandteil der Definition des Bodendenkmals nicht auf. In Thüringen wird allein im Kontext der (zufälligen) Entdeckung von Bodendenkmälern darauf abgehoben, ob der wissenschaftliche Wert „des Fundes oder der Befunde“ die Fortsetzung der unterbrochenen Arbeiten zulässt (§ 16 Abs. 3 DSchG TH), womit zumindest indirekt eine Beziehung des Befundbegriffs zum Bodendenkmalbegriff hergestellt wird.

In Nordrhein-Westfalen hat das Oberverwaltungsgericht – u. a. unter Berufung auf den Beitrag von B. Trier in „Archäologie und Recht“³⁴ – bereits 1992 im Zusammenhang mit der Unterschutzstellung eines größeren Teilbereichs des Höhenrückens „Die Berge“ bei Borken³⁵ eingeräumt, dass Bodendenkmäler im Sinne des Geset-

zes nicht nur die beweglichen oder unbeweglichen Sachen oder Mehrheiten von Sachen, die Anlass für die Unterschutzstellung bieten, sind, sondern „auch der diese Sachen umgebende und mit ihnen eine Einheit bildende Boden“³⁶. Der Gesetzgeber habe sich die archäologische Sichtweise, „den Boden mit den darin enthaltenen Dokumenten als Ganzes zu begreifen“, zu eigen gemacht, weil nur so den Besonderheiten und Bedürfnissen der Bodendenkmalpflege Rechnung getragen werden könne. In einer späteren Entscheidung, bei der es um die Unterschutzstellung der Fläche einer mittelalterlichen Hofanlage (des Borgschen Hofes in Duisburg-Rheinhausen) ging, hat das OVG den Grundsatz der Einheit von Boden und Bodendenkmal allerdings präzisiert und klargestellt, dass „der Boden an sich“ keinen Denkmalwert hat³⁷. Entscheidend sei vielmehr der Wert, den der Boden zusammen mit dem „eigentlichen Bodendenkmal“ als Informationsträger habe, etwa weil wissenschaftlich fundierte Aussagen über die im Boden verborgene Sache nur aufgrund ihrer Lage in einer bestimmten Bodenschicht oder aufgrund ihrer Lage zu anderen Sachen möglich seien. Fünf Jahre später hat das Gericht wiederum im Zusammenhang mit der Klärung des Denkmalwerts eines fränkischen Gräberfelds des 5.–7. Jahrhunderts in Duisburg-Hochemmerich ausgeführt, das unter Schutz zu stellende Bodendenkmal sei hier nicht das einzelne Grab oder gar einzelne Fundstücke, sondern „das gesamte Gräberfeld einschließlich des die Gräber umgebenden und voneinander abgrenzenden Bodens“³⁸.

Der Begriff „Befund“ hat seitdem weder in die Definition des Bodendenkmals (§ 2 Abs. 5 DSchG NRW) Eingang gefunden noch in sonstiger Hinsicht eine rechtsverbindliche Definition erfahren. Immerhin hat aber der nordrhein-westfälische Gesetzgeber 2013 im Zusammenhang mit der gesetzlichen Normierung des Verursacherprinzips die Formulierung ins Gesetz aufgenommen, dass derjenige, der in ein Bodendenkmal eingreift, die vorherige wissenschaftliche Untersuchung, die Bergung von Funden und die Dokumentation der Befunde sicherzustellen hat (§ 29 Abs. 1 Satz 1 DSchG NRW).

Bewegliches Denkmal

Die Frage, wann ein einzelner archäologischer Fund oder eine Mehrheit von Funden ein bewegliches Bodendenkmal darstellen, ist nach wie vor von erheblicher prakti-

³¹ Verwaltungsvorschrift zur Ausführung des Gesetzes zum Schutz und zur Pflege der Denkmäler im Lande Nordrhein-Westfalen (VV zum DSchG). Runderlass des Ministeriums für Bauen, Wohnen, Stadtentwicklung und Verkehr vom 11.04.2014.

³² Vgl. Ch. Fuchs, Warum archäologische Gegenstände keine „Funde“ sein dürfen – Die Verwaltungsvorschrift zu § 17 Schatzregal DSchG NRW. Arch. Inf. 38, 2015, 343–351.

³³ Vgl. F. Fechner, Rechtlicher Schutz archäologischen Kulturguts. Tübinger Schr. internat. u. europäisches Recht 25 (Berlin 1991) 14 f.; zum Begriff des „archäologischen Kulturguts“ vgl. H. Kriechok, Der rechtliche Schutz des Wertes archäologischer Kulturgüter. Beitr. Grundfragen Recht 17 (Göttingen 2016) 40–42.

³⁴ B. Trier, Definition, Abgrenzbarkeit und Begründbarkeit von Bodendenkmälern für das praktische Verwaltungshandeln. In: Horn/Kier/Kunow/Trier (Anm. 1) 57 ff.

³⁵ Es handelt sich um eine weitgehend intakt erhaltene archäologische Fundlandschaft, die durch zahlreiche mittel- und jungsteinzeitliche Rast- und Jagdplätze sowie Grabhügel aus der Bronze- und Eisenzeit gekennzeichnet ist. Siehe Erhaltende Kulturlandschaftsentwicklung in NRW. Kulturlandschaftlicher Fachbeitrag zur Landesplanung in Nordrhein-Westfalen, hrsg. v.

Landschaftsverband Westfalen-Lippe und Landschaftsverband Rheinland (Münster, Köln 2007) 347.

³⁶ OVG NRW, Urteil v. 05.03.1992 – 10 A 1748/86 –, EzD 2.3.2 Nr. 1.

³⁷ OVG NRW, Urteil v. 21.12.1995 – 10 A 4827/94 –, EzD 2.2.3 Nr. 2.

³⁸ OVG NRW, Beschluss v. 08.09.2000 – 8 A 1452/99 –, open-Jur.

scher Relevanz³⁹. Die früheren Denkmalschutzgesetzen zugrunde liegende Vorstellung, dass bewegliche Gegenstände von kulturhistorischem Wert, wenn überhaupt, eines lediglich nachrangigen Schutzes bedürfen und daher allein in Ausnahmefällen denselben Restriktionen wie unbewegliche Denkmäler unterworfen werden können⁴⁰, ist zwar im Laufe der Jahre aufgeweicht worden⁴¹; von der Zuordnung eines Gegenstandes kann jedoch auch heute noch abhängen, in welchem Umfang und auf welchem Wege er staatlichem Schutz unterworfen wird.

Über das Verständnis des Mobilitätsmerkmals im Denkmalrecht – und speziell im Bodendenkmalrecht – gehen die Auffassungen im Schrifttum von jeher auseinander, sofern der Wortlaut der jeweiligen Landesgesetze Interpretationsspielräume belässt⁴². Während auf der einen Seite dafür plädiert wird, die Beweglichkeit anhand zivilrechtlicher Abgrenzungskriterien (§§ 93, 94 Abs. 1 BGB) zu bestimmen⁴³, wird auf der anderen Seite eine denkmalspezifische Sichtweise vertreten⁴⁴, für die entscheidend ist, ob der Denkmalwert eines Gegenstandes ortsgebunden ist oder nicht. Beiden Interpretationsansätzen gemeinsam ist die maßgebliche Frage, ob ein Fund ohne Gefahr der Beeinträchtigung – sei es seines wirtschaftlichen Werts, sei es seines Denkmalwerts – fortbewegt, also aus einem Grundstück oder einem Gewässer geborgen werden kann. Speziell aus der Sicht der paläontologischen Denkmalpflege hat indes J. Brüggel kritisch angemerkt, dass die Frage der gefahrlosen Herauslösung eines Fossils aus dem Gesteinsverband mit der Festigkeit der umgebenden Sedimentsschichten und der Konsistenz des Fossils zusammenhängt, somit von Zufällen abhängig ist und vor der Bergung kaum be-

stimmt werden kann⁴⁵. Die Anwendung des zivilrechtlichen Konstrukts des wesentlichen Grundstücksbestandteils (§ 94 Abs. 1 Satz 1 BGB) kann aber auch in der archäologischen Denkmalpflege aufgrund des diesem Konstrukt immanenten Rekurses auf die Verkehrsanschauung⁴⁶ und der wirtschaftlichen Zwecksetzung der Vorschrift⁴⁷ mitunter zu widersprüchlichen Bewertungen führen. So hat Heinrich Dörner etwa bei Brunnen oder in den Hang eingegrabenen Töpferöfen eine feste Verbindung mit dem jeweiligen Grundstück im Sinne des § 94 Abs. 1 Satz 1 BGB konstatiert und diese daher als unbewegliche Bodendenkmäler eingeordnet, während er bei Megalithgräbern aufgrund einer – allerdings nicht im Detail erläuterten – Verkehrsanschauung zu der Auffassung gelangt ist, es handle sich generell um bewegliche Bodendenkmäler⁴⁸. Der von Dörner angeführte Umstand, dass die beim Bau dieser Gräber verwendeten Findlinge oder Steinblöcke (möglicherweise) von anderen Orten als dem Aufstellungsort stammten, kann indes für die Annahme einer Beweglichkeit dieser Objekte allerdings ebenso wenig von Belang sein wie die Provenienz der Steine, aus denen sich beispielsweise ein gemauerter Brunnen zusammensetzt.

Das insbesondere vom nordrhein-westfälischen Oberverwaltungsgericht geprägte Verständnis des Bodendenkmals als eine Einheit von Artefakten und diese umgebendem Boden⁴⁹ führt wiederum zu der Annahme, dass alle Grundstücke, die archäologische Substanz in sich bergen, als unbewegliche (ortsfeste) Bodendenkmäler⁵⁰ und die aus diesen Grundstücken herausgelösten Funde als bewegliche Bodendenkmäler⁵¹ anzusehen sind. Dies vorangeschickt, dürfte es sich auch in dem von Dörner erwähnten Fall bei den in einem Acker in der Nähe von Warburg entdeckten Überresten eines jungsteinzeitlichen Steinkammergrabes⁵² zum Zeitpunkt der Entdeckung um ein

³⁹ T. Kemper, Bodendenkmäler. In: D. Martin/M. Krautzberger (Begr.), Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege⁴, hrsg. von D. Davydov u. J. Spennemann (München 2017) Teil C RdNr. 117.

⁴⁰ So lautete z. B. die Begründung zum Hessischen Denkmalschutzgesetz vom 23.09.1974: Hessischer Landtag, 7. Wahlperiode, Drucksache 7/3958, 15, vgl. hierzu S. Dörfeldt, Hessisches Denkmalschutzrecht. Kommentar (Wiesbaden 1977) Erl. 2 und 3 zu § 9, Erl. 9 zu § 19.

⁴¹ Siehe Begründung zum Hessischen Denkmalschutzgesetz vom 28.11.2016, Hessischer Landtag, 19. Wahlperiode, Drucksache 19/3570, 18.

⁴² Vgl. C. Bielfeldt, Bewegliche und unbewegliche (ortsfeste) Bodendenkmale – Abgrenzung und Unterschützstellung. In: D. Martin/J. Viebrock/C. Bielfeldt (Hrsg.), Denkmalschutz – Denkmalpflege – Archäologie. Handbuch: Rechtsgrundlagen – denkmalfachliche Grundsätze – Organisation – Verfahren – Kosten und Finanzierung. 1 Lfg. Carl-Link-Fachschriftenlsg. (Kronach 1997) Kennzahl 90.28, 1 f.

⁴³ Vgl. H. Strobl/H. Sieche, Denkmalschutzgesetz für Baden-Württemberg. Kommentar und Vorschriftensammlung³ (Stuttgart 2009) § 8 RdNr. 20; H. Dörner, Zivilrechtliche Probleme der Bodendenkmalpflege. Münsterische Beitr. Rechtswiss. 63 (Berlin 1992) 27.

⁴⁴ Vgl. W. Bülow, Rechtsfragen flächen- und bodenbezogenen Denkmalschutzes. Beitr. Siedlungs- u. Wohnungswesen u. Raumplanung 103 (Münster 1986) 228.

⁴⁵ J. Brüggel, Bodendenkmalrecht unter besonderer Berücksichtigung der Paläontologie. Schriftenr. Freiherr-vom-Stein-Inst. 22 (Köln 1993) 78 f.

⁴⁶ Vgl. J. Fritzsche in: H. G. Bamberger/H. Roth (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch³. Bd. 1: §§ 1-487 • CISG (München 2012) § 94 RdNr. 5; W. Boecken, BGB – Allgemeiner Teil². SR-Studienr. Rechtswiss. (Stuttgart 2012) RdNr. 173 f.

⁴⁷ Vgl. Fritzsche (Anm. 46) § 93 RdNr. 2; OVG RP, Urteil v. 08.05.1996 – 8 A 12613/94 –, EzD 2.3.3 Nr. 9.

⁴⁸ Dörner (Anm. 43) 15; 27 f. Nach abweichender Ansicht handelt es sich bei Megalithgräbern um Bauwerke und deshalb um Baudenkmäler, siehe D. Martin in: J. Haspel/D. Martin/J. Wenz/H. Drewes, Denkmalschutzrecht in Berlin. Kommentar (Berlin 2008) Erl. 3.2.3.2 zu § 2, ebenso H. K. Schmaltz/R. Wiechert, Niedersächsisches Denkmalschutzgesetz. Kommentar² (München 2012) § 3 RdNr. 43.

⁴⁹ OVG NRW (Anm. 38).

⁵⁰ P. A. Memmesheimer/D. Upmeyer in: P. A. Memmesheimer/D. Upmeyer/H. D. Schönstein, Denkmalrecht Nordrhein-Westfalen. Kommentar² (Köln 1989) § 2 RdNr. 83, 86.

⁵¹ Ebd. RdNr. 93; ähnlich für Niedersachsen: Schmaltz/Wiechert (Anm. 48) § 3 RdNr. 47.

⁵² K. Günther, Ein Großsteingrab mit Bildzeichen bei Warburg. In: H. Hellenkemper/H. G. Horn/H. Koschik (Hrsg.), Archäologie in Nordrhein-Westfalen. Geschichte im Herzen Europas.

unbewegliches (ortsfestes) Bodendenkmal gehandelt haben, während der geborgene Wandstein erst nach der Herauslösung aus dem Grundstück die Qualität eines beweglichen Bodendenkmals erlangte⁵³. Als bewegliches Bodendenkmal wäre ein derartiger Wandstein allenfalls dann bereits zum Zeitpunkt seiner Entdeckung zu qualifizieren gewesen, wenn er zu einem früheren, nicht mehr feststellbaren Zeitpunkt aus einem nicht bekannten oder mittlerweile nicht mehr existenten Megalithgrab herausgelöst und an einen anderen Ort verbracht worden wäre.

In der Praxis führt die Abgrenzung der beweglichen von den unbeweglichen Bodendenkmälern mitunter zu Wertungswidersprüchen, deren Auflösung bislang weder dem Gesetzgeber noch der Rechtsprechung geglückt ist. So ist einerseits anerkannt, dass z. B. Fragmente von untergegangenen unbeweglichen Bodendenkmälern als bewegliche Bodendenkmäler betrachtet werden können⁵⁴, sofern sie einer eigenständigen denkmalrechtlichen Bewertung zugänglich sind. Dies wird bei Einzelunden und Fundkomplexen selbst dann angenommen, wenn sie aus illegalen Nachforschungen stammen und der Herkunftsort nicht genau bekannt ist, sondern lediglich mit einer hohen Wahrscheinlichkeit in einer bestimmten Gegend lokalisiert werden kann⁵⁵. Andererseits wird die Anwendung von Schutzbestimmungen, insbesondere der gesetzlichen Erhaltungspflicht, in den meisten Ländern auf geborgene archäologische Funde auch dann von der konstitutiven Eintragung abhängig gemacht, wenn der Schutz des beseitigten ortsfesten Bodendenkmals, um dessen Überbleibsel es sich dabei handelt, *ipso lege* bestanden hat. Zugleich geht die Rechtsprechung davon aus, dass Funde aus archäologischen Rettungsgrabungen zusammen mit der zugehörigen Grabungsdokumentation als eine Art Derivat des beseitigten ortsfesten Bodendenkmals zu betrachten sind⁵⁶.

Weshalb nun das unbewegliche Bodendenkmal, über dessen kulturhistorischen Wert vor der Ausgrabung in aller Regel weniger bekannt ist als nach deren Abschluss, einem weitergehenden und verfahrensrechtlich einfacher zu eröffnenden Schutz unterliegen soll als die nach Abschluss der Grabung übrig bleibende Sekundärquelle, erschließt sich nicht⁵⁷. Gerade im Lichte der Konvention

von La Valletta⁵⁸ erscheint es wenig konsequent, dem Verursacher der Rettungsgrabung zwar deren Kosten aufzuerlegen, den substanziellen Erhalt der bei der Grabung geborgenen Funde jedoch von weiteren materiellen Voraussetzungen oder zusätzlichen Verfahrensschritten wie der Vornahme einer rechtsbegründenden Eintragung abhängig zu machen. Die Schutzlücke, die hier zum Vorschein kommt, lässt sich allenfalls dort schließen, wo archäologische Funde aus regulären Ausgrabungen ohnehin im Wege eines (umfassenden) Schatzregals in staatliche Obhut gelangen, sodass ihr dauerhafter Erhalt sichergestellt ist⁵⁹.

Die Entwicklung der Gesetzgebung hat in der Diskussion um das Verständnis des Beweglichkeitsbegriffs im Denkmalrecht mitunter einen Schlusspunkt gesetzt. Auch wenn es gute Gründe dafür geben mag, dieses Verständnis „vom zivilistischen Denken“ abzukoppeln⁶⁰, steht es dem Gesetzgeber natürlich frei, dieser Empfehlung gerade nicht zu folgen. So ist in Hessen im Zuge der Gesetzesnovelle 2016 in die Legaldefinition des Kulturdenkmalbegriffs eine klarstellende Regelung aufgenommen worden, welche die Begriffe „bewegliches Kulturdenkmal“ und „unbewegliches Kulturdenkmal“ mit der sachenrechtlichen Terminologie verknüpft (§ 2 Abs. 4 HDSchG).

Nachweis des Bodendenkmals

Von den gesetzlichen Merkmalen eines Bodendenkmals zu unterscheiden ist die – für die Praxis nicht weniger bedeutsame – Frage seines Nachweises, sei es im Rahmen eines separaten Unterschutzstellungsverfahrens, sei es anlässlich von Planungs- und Genehmigungsverfahren.

Existenz des Bodendenkmals

Dass die Herbeiführung einer Gewissheit über das Vorhandensein eines Bodendenkmals dessen Ausgrabung und somit eine zumindest partielle Zerstörung bedeutet, hat die Rechtsprechung seit Langem anerkannt. So hat das VG Düsseldorf in seiner richtungsweisenden Ent-

Schr. Bodendenkmalpflege Nordrhein-Westfalen 1 (Trier 1990) 143–148.

⁵³ OVG NRW, Urteil v. 06.12.1994 – 11 A 3736/92 –, EzD 2.3.4 Nr. 2.

⁵⁴ Vgl. Eberl (Anm. 9) Art. 1 RdNr. 67.

⁵⁵ Vgl. VG Köln, Urteil v. 12.04.2001 – 14 K 1664/99 –, EzD 2.3.2 Nr. 7.

⁵⁶ Vgl. OVG NRW, Beschluss v. 12.06.2009 – 10 A 1847/08 –, juris.

⁵⁷ Teilweise wird angenommen, der Fortbestand der Denkmaleigenschaft von im Zuge einer Ausgrabung geborgenen Funden sei nur gerechtfertigt, sofern es sich nicht um „belanglose Massenfunde“ handelt, vgl. D. Martin (Anm. 27) Erl. 3.2.3.2.4 zu § 3.

⁵⁸ Europäisches Übereinkommen zum Schutz des archäologischen Erbes (revidierte Fassung) vom 16.01.1992. Das Übereinkommen ist für Deutschland am 23.07.2003 in Kraft getreten (BGBl. II 309). Die Landesgesetzgeber bekennen sich in den letzten Jahren ausdrücklich zu den Zielen der Konvention, vgl. z. B. die amtliche Begründung zum HDSchG (Anm. 41) 19 sowie zum DSchG von Schleswig-Holstein, vgl. Schleswig-Holsteinscher Landtag, 18. Wahlperiode, Drucksache 18/2031, 30.

⁵⁹ So z. B. in Nordrhein-Westfalen, vgl. VV zum DSchG (Anm. 31).

⁶⁰ So D. Martin in: Martin/Krautzberger (Anm. 39) Teil C RdNr. 149.

scheidung vom 30. Oktober 2003 für die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen ausgeführt, die seine gleichzeitige Vernichtung bedeutende Sichtbarmachung des Denkmals mit dem Ziel, den Beweis seiner (zwangsläufig zerstörten) Existenz liefern zu können, liefe dem zentralen Anliegen des Denkmalschutzes, das kulturelle Erbe zu erhalten, zuwider⁶¹. Während aber ein derart strenger Maßstab an den Nachweis eines Bodendenkmals zu Recht einerseits als überzogen abgelehnt wird, geht die Rechtsprechung andererseits davon aus, dass bloße Mutmaßungen über die Existenz des Bodendenkmals der Grundrechtsrelevanz einer denkmalrechtlichen Unterschutzstellung nicht gerecht werden und deshalb nicht ausreichen⁶². Erforderlich ist daher nach obergerichtlicher Rechtsprechung eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit, dass im Bereich der betroffenen Fläche ein Bodendenkmal vorhanden ist⁶³. Die wissenschaftlich abgesicherte Beweisführung kann dabei die sachverständige Denkmalfachbehörde je nach Umständen durch Oberflächenfunde, Auswertung von Bodenveränderungen, Sondierungen, Luftbilder oder durch Vergleiche mit bereits erforschten Fällen sowie Analogieschlüsse aus ihnen, abgesichert auch durch anerkannte Erfahrungssätze, vornehmen⁶⁴.

Ausdehnung des Bodendenkmals

Die erforderliche Balance zwischen der Wahrung der Rechte des Grundeigentümers und der Erfüllung des Erhaltungsanspruchs der Allgemeinheit, die bereits den beim Nachweis der Existenz eines Bodendenkmals anzulegenden – hohen – Wahrscheinlichkeitsmaßstab bedingt, kann auch bei der Ermittlung seiner Ausdehnung nicht ausgeblendet werden. Soll nämlich eine bestimmte Fläche in ihrer Gesamtheit als Bodendenkmal dem staatlichen Schutz unterworfen werden, so muss mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit angenommen werden können, dass die gesamte Fläche – und nicht nur einzelne Teilbereiche – denkmalwerte Funde und/oder Befunde enthält.

So hat das nordrhein-westfälische Oberverwaltungsgericht bereits 1995 festgestellt, es könne nicht das gesamte Grundstück als Bodendenkmal ausgewiesen werden, wenn zwar feststeht, dass sich im Boden des Grundstücks denkmalwerte Gegenstände befinden, die genaue Ausdehnung jedoch offen sei. In solchen Fällen

käme allenfalls die Erklärung des Grundstücks zum Grabungsschutzgebiet in Betracht⁶⁵. Das Gericht hat daher 2003 im Zusammenhang mit der Unterschutzstellung der untertägigen Überreste des wüst gefallenem mittelalterlichen Herrnsitzes Haus Cliff in Hattingen die von der Denkmalschutzbehörde vorgenommene Abgrenzung der relevanten Fläche nicht beanstandet, nachdem diejenigen Bereiche ausgeklammert worden waren, in denen aufgrund von vorangegangenen Bau- und Erdarbeiten nicht mehr mit erforderlichem Maß an Wahrscheinlichkeit mit den Überresten des Herrnsitzes zu rechnen war⁶⁶. Andererseits hat das Oberverwaltungsgericht 2007 die Entscheidung der zuständigen Behörde als rechtmäßig bestätigt, bei der Unterschutzstellung des Teilbereichs einer von Köln über Zülpich nach Trier verlaufenden römischen Straße nicht nur den zwölf Meter breiten Straßenkörper, sondern zusätzlich auch einen circa fünf Meter breiten Schutzstreifen beiderseits des Straßenkörpers als Bodendenkmal auszuweisen⁶⁷. Die Einbeziehung des Schutzstreifens sei dadurch begründet, dass eine trennscharfe Begrenzung des eigentlichen Wegebauwerks entlang heutiger Parzellengrenzen nicht mit Sicherheit angenommen werden könne. Vielmehr sei davon auszugehen, dass es bei Straßen ohne Randbebauung leichte Unregelmäßigkeiten im Streckenverlauf gegeben habe, die durch die Hinzunahme des Streifens „aufgefangen“ werden könnten.

Denkmalvermutung

Der Begriff „vermutetes Bodendenkmal“ ist im nordrhein-westfälischen Denkmalrecht beheimatet und kam dort ursprünglich hauptsächlich im Zusammenhang mit temporären Sicherungsinstrumenten – wie der vorläufigen Unterschutzstellung gem. § 4 DSchG NRW und der Ausweisung eines Grabungsschutzgebiets gem. § 14 DSchG NRW – vor. Im Zuge der Gesetzesänderung 2013 hat der Gesetzgeber vermutete Bodendenkmäler auch an anderen Stellen im Gesetz verortet, um deutlich zu machen, dass es für die Anwendung von bestimmten gesetzlichen Regelungen zum Schutz des archäologischen Erbes einer Eintragung in die Denkmalliste ausnahmsweise nicht bedarf⁶⁸.

⁶¹ VG Düsseldorf, Urteil v. 30.10.2003 – 4 K 61/01 –, www.nrwe.de (NRWE), ebenso OVG NRW, Beschluss v. 27.08.2007 – 10 A 3856/06 –, EzD 2.3.2 Nr. 9; wohl anderer Ansicht VG Schwerin, Urteil v. 27.04.2017 – 2 A 3548/15 SN –, juris.

⁶² VG Aachen, Urteil v. 06.12.2011 – 3 K 231/10 –, EzD 2.3.2 Nr. 13.

⁶³ OVG NRW, Beschluss v. 14.11.2013 – 10 B 1156/13 –, EzD 2.3.2 Nr. 14.

⁶⁴ VG Aachen (Anm. 62).

⁶⁵ OVG NRW, Urteil v. 21.12.1995 – 10 A 4827/94 –, EzD 2.3.2 Nr. 2.

⁶⁶ OVG NRW, Beschluss v. 31.03.2003 – 8 A 2071/00 –, NRWE.

⁶⁷ OVG NRW (Anm. 61).

⁶⁸ Landtag Nordrhein-Westfalen (Anm. 30) 9, 12. Aus dem Verweis auf die Rechtsprechung des OVG NRW (Urteil v. 20.09.2011 – 10 A 2611/09 –, NRWE) in der amtlichen Begründung wird deutlich, dass das Praxisproblem, um dessen Behebung der Gesetzgeber hier bemüht war, der vorgreifende Schutz des archäologischen Erbes – namentlich die Möglichkeit der Rücksichtnahme auf noch nicht eingetragene Bodendenkmäler bei öffentlichen Planungen und Maßnahmen – war und nicht die Frage des Denkmalnach-

Dass es für die Denkmalvermutung nicht des gleichen Grades an Erkenntnis wie für den Denkmalnachweis bedarf und folglich hierfür keine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins eines Bodendenkmals vorliegen muss, liegt einerseits auf der Hand. Andererseits werden, da an die Denkmalvermutung grundrechtsrelevante Folgen wie z. B. die Verursacherhaftung geknüpft werden, auch hierbei bloße Mutmaßungen nicht ausreichen. Ab welchem Kenntnisstand eine – auch nur vorläufige – denkmalrechtliche Inanspruchnahme des Grundstücks gerechtfertigt ist, wird von der Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt. Eine restriktive Haltung markiert eine frühe Entscheidung des VG Köln, das der Denkmalbehörde die Befugnis abgesprochen hat, eine Fläche innerhalb des mittelalterlichen Stadtkerns von Siegburg, gleichsam „auf Verdacht“, vorläufig unter Schutz zu stellen⁶⁹. Zwar lasse eine vorläufige Unterschutzstellung nach § 4 DSchG NRW, anders als eine endgültige, ein gewisses Maß an Unsicherheit zu. Die Erfahrung, dass bei einem innerstädtischen Grundstück, das seit Jahrhunderten unbebaut gewesen und als Gartenland genutzt worden sei, mit Brunnen, Abort- oder Abfallgruben zu rechnen sei, stelle jedoch eine bloße Vermutung dar. Das VG Düsseldorf stellte wiederum fest, für eine vorläufige Unterschutzstellung als Bodendenkmal reiche es aus, dass nach überschlägiger Prüfung eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für die Denkmaleigenschaft spricht⁷⁰. Hierfür ließ das Gericht die auf einem Grundstück als Überreste eines römischen Militärlagers erkennbaren Befunde – Lagergräben und Holz-Erde-Mauer – als Anhaltspunkte für eine künftige endgültige Unterschutzstellung genügen, ohne dass eine weitergehende archäologische Untersuchung zur genauen Lokalisierung des Bodendenkmals verlangt wurde.

Vom Bodendenkmal zum archäologischen Kulturgut

Das nicht bis ins letzte Detail geklärte Verhältnis des Landesdenkmalrechts zum neuen Kulturgutschutzgesetz des Bundes⁷¹ umfasst auch die Frage nach der inhaltlichen Kohärenz der jeweils verwendeten Begriffsdefinitionen. „Archäologisches Kulturgut“ wird in § 2 Abs. 1 Nr. 10 KGSG beschrieben als „bewegliche Sachen oder Sachgesamtheiten, die von Menschen geschaffen

weises. Indem in der amtlichen Begründung von „vermuteten, nicht eingetragenen Bodendenkmälern“ gesprochen wird, werden indes zwei Fragen – die des formalen Status und die des erforderlichen Erkenntnisgrades – miteinander vermengt.

⁶⁹ VG Köln, Beschluss v. 05.12.1992 – 14 L 469/92.

⁷⁰ VG Düsseldorf, Beschluss v. 16.09.2013 – 9 L 1221/13 –, openJur.

⁷¹ Siehe hierzu den Beitrag von F. Fechner in diesem Band, 87–95.

oder bearbeitet wurden oder Aufschluss über menschliches Leben in vergangener Zeit geben, sich im Boden oder in einem Gewässer befinden oder befunden haben oder bei denen aufgrund der Gesamtumstände dies zu vermuten ist.“ Die Definition des archäologischen Kulturguts ist offensichtlich dem landesrechtlichen Begriff des Bodendenkmals nachgebildet⁷², geht aber darüber hinaus, indem sie auch die (begründete) Vermutung über die Herkunft der Objekte ausreichen lässt. Somit wird ein bewegliches Bodendenkmal nach Landesrecht – sofern es sich um ein Artefakt handelt – in aller Regel den Anforderungen an ein archäologisches Kulturgut im Sinne des KGSG genügen. Umgekehrt hat z. B. der hessische Gesetzgeber im Zuge der Gesetzesnovelle 2016 in seine Legaldefinition einen Verweis auf das KGSG integriert: Nach § 2 Abs. 5 HDSchG stellen Gegenstände, die auf der Grundlage des KGSG in das hessische „Verzeichnis national wertvollen Kulturgutes“ eingetragen sind, Kulturdenkmäler dar. Als Eintragungsvoraussetzung gilt gem. § 7 Abs. 1 KGSG, dass das Kulturgut „besonders bedeutsam für das kulturelle Erbe Deutschlands, der Länder oder einer seiner historischen Regionen und damit identitätsstiftend für die Kultur Deutschlands ist“ und „seine Abwanderung einen wesentlichen Verlust für den deutschen Kulturbesitz bedeuten würde und deshalb sein Verbleib im Bundesgebiet im herausragenden kulturellen öffentlichen Interesse liegt“. Zwar bedürfen bewegliche Bodendenkmäler in Hessen, um den gesetzlichen Schutz zu genießen, gem. § 12 Abs. 2 Satz 1 HDSchG grundsätzlich einer konstitutiven Eintragung ins Denkmalverzeichnis, die wiederum nur unter zusätzlichen Voraussetzungen des § 12 Abs. 1 HDSchG möglich ist. Ist aber ein Fund oder Fundkonvolut nach Landesrecht nicht eintragungsfähig, so kann dies durch eine Eintragung nach Bundesrecht (§§ 6, 7 KGSG) umgangen werden: Ein Objekt, das ins Landesverzeichnis des national wertvollen Kulturguts eingetragen ist, gilt gem. § 12 Abs. 2 Satz 2 HDSchG als eingetragenes Kulturdenkmal im Sinne des Gesetzes.

Schlussbetrachtung

In seinem Aufsatz zum Bodendenkmalbegriff⁷³ redete Janbernd Oebbecke seinerzeit der föderalen Vielfalt auch im Bereich des Denkmalschutzes das Wort, weshalb er auch davor warnte, die landesrechtlichen Unterschiede beim Verständnis des Bodendenkmals interpretatorisch zu nivellieren. Andererseits werden gerade die Rechtsverhältnisse im Bereich der Bodendenkmalpflege selbst von

⁷² Vgl. Das neue Kulturgutschutzgesetz. Handreichung für die Praxis, hrsg. v. Die Beauftragte der Bundesregierung für Kultur und Medien (Berlin 2017) 114, 116.

⁷³ Oebbecke (Anm. 2) 45.

langjährigen Beobachtern der Gesetzgebung wie Dieter Martin gelegentlich etwas despektierlich als eine „Spielwiese“ des Gesetzgebers charakterisiert⁷⁴, wohinter sich offenbar die Einsicht verbirgt, dass die sich wandelnden gesetzlichen Vorkehrungen zum Schutz des archäologischen Erbes nicht immer bis zum Ende durchdacht sind. Zwar sollte der Landesgesetzgeber auch im Denkmalrecht dazu animiert sein, „gut funktionierende Lösungen“ aus anderen Ländern zu übernehmen⁷⁵, doch liegen erfahrungsgemäß die Auffassungen darüber, ob eine Lösung gut funktioniert, mitunter weit auseinander.

Ob das Konzept der Eigenständigkeit der landesrechtlichen Bodendenkmalbegriffe und die Ablehnung der Rechtsangleichung in diesem Bereich mit der Idee eines gemeinsamen europäischen archäologischen Erbes, zu dessen Schutz die Bundesrepublik Deutschland sich mit der Ratifikation der Konvention von La Valletta verpflichtet hat und zu dem sich zunehmend auch die Landesgesetzgeber ausdrücklich bekennen, zu vereinbaren sind, ist fraglich. Interessanterweise war es ausgerechnet das Verursacherprinzip, das in den letzten Jahren Anlass zu einer gewissen Rechtsvereinheitlichung im Bodendenkmalrecht gegeben hat. Dabei führt die Unmöglichkeit, den Verursacher zur (anteiligen) Kostentragung heranzuziehen, nicht automatisch zur Gefährdung des archäologischen Erbes, sondern hat zunächst nur eine erhebliche Erhöhung der Ausgaben der öffentlichen Hand zur Folge⁷⁶, während beispielsweise die landesspezifischen Unterschiede bei der Einstufung eines Gegenstandes als bewegliches oder als unbewegliches Bodendenkmal unmittelbare Auswirkungen auf das Schutzniveau haben. Als weitere Überlegung kommt die Wirksamkeit des inzwischen nahezu flächendeckend im deutschen Denkmalrecht etablierten Schatzregals hinzu: Das hinter der Einführung des Schatzregals stehende Ziel – dem illegalen Handel mit archäologischen

Funden in Deutschland den Nährboden zu entziehen⁷⁷ – lässt sich nur schwer erreichen, wenn das Verständnis dessen, worauf sich der staatliche Zugriff eigentlich erstreckt, von Land zu Land variiert⁷⁸.

Im Ergebnis gibt es also durchaus gute Gründe dafür, die Auslegungsspielräume – soweit sie unter Zugrundelegung des gesetzgeberischen Willens im Einzelnen vorhanden sind – im Sinne eines flächendeckenden und einheitlichen Schutzes des archäologischen Erbes zu nutzen.

Abstract

The present article outlines the development of the legal term "archaeological monument" in German legislation during the last 25 years. It deals both with legal criteria defining an archaeological monument – for instance its scientific value and its memorial value – and the problem of distinguishing between movable and immovable archaeological monuments. It becomes evident that applying the concept of moveable and immovable property, derived from civil law, to the domain of archaeological heritage protection does not automatically lead to an improvement in the level of protection. Besides, the article focuses on previous rulings of the judiciary concerning identification and listing of archaeological monuments. Especially the established jurisprudence in North Rhine-Westphalia is considered, whose Higher Administrative Court (HAC) defined legal requirements for the protection of archaeological heritage. The HAC clarified that a parcel of land containing archaeological structures can only be listed as an immovable archaeological monument if the exact extent of these structures is known. If this is not the case, the site can only be declared as a temporary protection area.

⁷⁴ D. Martin, Altes und neues Denkmalrecht in Schleswig-Holstein. *DenkMal Zeitschr. Denkmalpflege Schleswig-Holstein* 19,1, 2012, 11.

⁷⁵ So J. Oebbeke, *Entwicklungen und Tendenzen im deutschen Denkmalrecht*. *Deutsche Verwaltungsbl. (DVBl.)* 20, 2015, 1288.

⁷⁶ Begründung zum Entwurf des Änderungsgesetzes zum DSchG NRW, Landtag Nordrhein-Westfalen (Anm. 30) 1.

⁷⁷ Ebd. 2.

⁷⁸ Das im Übrigen auch die von Land zu Land unterschiedliche Festlegung der weiteren Rahmenbedingungen des staatlichen Eigentumserwerbs diesen Zweck konterkariert, steht auf einem anderen Blatt.

„Zerstörung, Beeinträchtigung oder Veränderung durch Eingriffe“. Archäologisches Erbe im Genehmigungsverfahren

Von Dimitrij Davydov

Einleitung

Die internationale Charta für Schutz und Pflege des archäologischen Erbes (Charta von Lausanne) aus dem Jahre 1990¹ fordert die Gesetzgebung auf, die „Zerstörung, Beeinträchtigung oder Veränderung durch Eingriffe in archäologische Stätten und Denkmäler oder deren Umgebung“² zu verbieten, wenn sie ohne Zustimmung der zuständigen archäologischen Behörden erfolgen (Art. 3 Abs. 5). Damit korrespondiert die in Art. 3 i) Buchst. a der Konvention von La Valletta³ formulierte Verpflichtung, Verfahren zur Genehmigung und Überwachung von Ausgrabungen und sonstigen archäologischen Tätigkeiten so anzuwenden, dass jede unerlaubte Ausgrabung oder Beseitigung von Elementen des archäologischen Erbes verhindert wird. In den Denkmalschutzgesetzen der Länder tragen Genehmigungsverhalte dem substanziellen Schutz und, soweit erforderlich, auch der visuellen Integrität des archäologischen Erbes Rechnung.

Auch wenn die denkmalrechtlichen Erlaubnis- bzw. Genehmigungsvorschriften im Detail unterschiedlich formuliert sind, handelt es sich dabei rechtstheoretisch stets um präventive Verbote mit Erlaubnisvorbehalt⁴: Vorhaben, die Bodendenkmäler potenziell beeinträchtigen, sind demnach nicht generell ausgeschlossen, sondern sollen lediglich vorweg einer behördlichen Prüfung unterzogen werden. Nichts anderes verlangen auch die Konvention von La Valletta und die Charta von Lausanne, wonach nicht denkmalerschädigende Eingriffe

schlechthin, sondern lediglich ungenehmigte Eingriffe unterbleiben sollen. Zwar durchzieht der Grundsatz der größtmöglichen Schonung des archäologischen Erbes wie ein roter Faden sowohl die (unverbindliche) ICOMOS-Charta als auch die Konvention des Europarats, der die Bundesrepublik Deutschland beigetreten ist und die zumindest als Auslegungsregel für den Vollzug der Denkmalschutzgesetze der Länder⁵ relevant ist. Im Rahmen der vorgeschalteten vorbeugenden Verwaltungskontrolle soll indes nicht nur die Denkmalverträglichkeit des Vorhabens⁶ im engeren Sinne geprüft, sondern auch eine Abwägung der widerstreitenden Interessen erfolgen.

Genehmigungspflichtige Vorhaben

Substanzielle Eingriffe

Die zentrale Prämisse für den Umgang mit dem archäologischen Erbe im denkmalrechtlichen Genehmigungsverfahren lautet, dass die Erhaltung der Bodendenkmäler grundsätzlich die Notwendigkeit bedeutet, diese in ungestörtem Zustand an Ort und Stelle zu belassen⁷. Für Baudenkmäler hat das OVG NRW festgestellt, dass ihre vollständige Zerstörung sämtlichen mit ihrer Unterschutzstellung verfolgten Zielen die Grundlage entzieht, sodass sie nur in Ausnahmefällen durch besonders gewichtige Interessen gerechtfertigt sein kann⁸. Dass ein solches Regel-Ausnahme-Verhältnis auch für Bodendenkmäler gilt, kann im Lichte der Regelungen der Konvention von La Valletta nicht ernsthaft infrage gestellt werden: Laut Art. 4 ii gehört zu den Maßnahmen zum physischen Schutz des archäologischen Erbes, welche die

¹ ICOMOS-Charta für Schutz und Pflege des archäologischen Erbes (in der Fassung v. 1991), deutsche Übersetzung abgedruckt in: Denkmalschutz. Schriften zum Denkmalschutz und zur Denkmalpflege⁴, hrsg. v. Deutsches Nationalkomitee für Denkmalschutz (Bonn 2007) 175 f.

² In der englischen Fassung der Charta ist von „destruction, degradation or alteration through changes“ die Rede.

³ Europäisches Übereinkommen zum Schutz des archäologischen Erbes (revidierte Fassung) v. 16.01.1992. Das Übereinkommen ist für Deutschland am 23.07.2003 in Kraft getreten (BGBl. II 309).

⁴ Vgl. D. Martin/J. Spennemann in: W. Eberl/D. Martin/J. Spennemann, Bayerisches Denkmalschutzgesetz. Kommentar mit einer fachlichen Einführung von Michael Petzet⁷ (Stuttgart 2016) Art. 6 RdNr. 1; VGH BW, Urteil v. 19.07.2000 – 1 S 2992/99 –, juris.

⁵ Vgl. VG Ansbach, Urteil v. 22.04.2015 – AN 9 K 14.00265 –, juris.

⁶ Zu diesem Begriff siehe D. Davydov, Die Denkmalverträglichkeitsprüfung. Zur Berücksichtigung konservatorischer Belange im Erlaubnisverfahren nach § 9 DSchG NRW. Denkmalpflege in Westfalen-Lippe 18,1, 2012, 20 ff.

⁷ Vgl. J. Oebbecke, Das Recht der Bodendenkmalpflege in der Bundesrepublik Deutschland. DVBl – Dt. Verwaltungsbl. 98, 1983, 389.

⁸ OVG NRW, Beschluss v. 12.04.2013 – 10 A 671/11 –, NRWE.

Vertragsparteien sicherzustellen haben, u. a. die Erhaltung und Pflege dieses Erbes „vornehmlich an Ort und Stelle“.

Anders als gelegentlich angenommen, gehört die Ausgrabung eines Bodendenkmals nicht von vornherein zu den Zielen seiner Unterschutzstellung, sodass seine Zerstörung nicht immer dann denkmalgerecht ist, wenn sie archäologisch begleitet wird. Zwar dient die Erforschung von Zeugnissen der menschlichen Geschichte und Entwicklung in der Tat der Vertiefung und Vervollkommnung des Wissens über die Wohn-, Arbeits- und Wirtschaftsverhältnisse in früheren Epochen⁹. Die archäologische Denkmalpflege in Deutschland ist aber nicht mehr notwendig auf immer neue Ausgrabungen ausgerichtet¹⁰, sondern zielt auf den größtmöglichen Erhalt der noch unberührten archäologischen Schichten ab, damit auch zukünftigen Generationen noch eine Chance auf wissenschaftliche Untersuchung materieller Spuren der Vergangenheit mit dann möglicherweise besseren wissenschaftlichen Methoden und Hilfsmitteln bleibt¹¹. Diese Erkenntnis lässt sich durch den in den meisten Denkmalschutzgesetzen den Denkmalfachbehörden zugewiesenen Forschungsauftrag (vgl. Art. 12 Abs. 2 Satz 2 BayDSchG) ebenso wenig infrage stellen wie durch den Umstand, dass die Forschung gelegentlich – neben dem Schutz und der Pflege der Denkmäler – als Gesetzeszweck definiert wird (vgl. § 1 Abs. 1 DSchG Bln., § 1 Satz 1 DSchG Nds.; § 1 Abs. 1 Satz 1 DSchG NRW)¹². Denn mit der Hervorhebung der Denkmalerforschung hat der Gesetzgeber letztlich nur zum Ausdruck gebracht, dass eine gesicherte wissenschaftliche Basis für die Erhaltung der Denkmäler geschaffen werden soll¹³; ein Bekenntnis zu Forschungsgrabungen oder überhaupt zu invasiven Forschungsmethoden lässt sich daraus jedoch nicht ableiten. Es bleibt vielmehr den dafür zuständigen Denkmalfachbehörden überlassen, welche Objekte sie wann mit welchen Methoden erforschen.

Sowenig die gesetzliche Verankerung der Forschung als einem Ziel der Denkmalpflege auf eine Gleichwertigkeit der Erhaltung des Bodendenkmals *in situ* und seiner fachgerechten Ausgrabung schließen lässt, sowenig kann

man eine solche Schlussfolgerung aus dem Verursacherprinzip ziehen. Dieses besagt lediglich, dass derjenige, dessen Bauvorhaben zur Zerstörung oder Beschädigung des archäologischen Erbes führt, für die Kosten der erforderlichen Rettungsgrabungen aufzukommen hat¹⁴. Die Rechtsprechung zur Verursacherhaftung lässt keinen Zweifel daran aufkommen, dass es sich bei einer Rettungsgrabung lediglich um eine *ultima ratio* der Bodendenkmalpflege handelt. So hat das OVG NRW festgestellt, die – in diesem Fall von der Denkmalfachbehörde durchgeführte – Rettungsgrabung diene aus fachlicher Sicht ausschlaggebend dazu, gegenüber dem an sich wünschenswerten Belassen der Bodendenkmäler an Ort und Stelle „noch schwerwiegendere Nachteile“ für den Bodendenkmalschutz zu vermeiden¹⁵.

Der von der Rechtsprechung vereinzelt verwendete Begriff „Sekundärdenkmal“¹⁶ ist zumindest missverständlich, da er zur Annahme verleiten könnte, Bodendenkmäler könne es in verschiedenen „Aggregatzuständen“ geben, die aus der Sicht des öffentlichen Interesses gleichwertig wären. Das der Konvention von La Valletta zugrunde liegende Verständnis des archäologischen Erbes steht einer solchen Auslegung ebenso entgegen wie die Ziele der Landesdenkmalschutzgesetze, soweit sie sich aus den Gesetzgebungsmaterialien ermitteln lassen. Selbst wenn man das Denkmalrecht vornehmlich als Informationserhaltungsrecht¹⁷ sieht und den Wert eines bedrohten Bodendenkmals auf seinen Informationswert reduziert, wird in aller Regel nicht sichergestellt werden können, dass dieser Informationswert im Rahmen einer Rettungsgrabung, die naturgemäß nur dem jeweils aktuellen Stand der Technik entspricht, vollständig erfasst wird¹⁸. Vielmehr bleibt die Dokumentation eine „interpretierende Abschrift“ des Denkmals¹⁹, deren Erkenntniswert die Wissenschaft möglicherweise bereits nach wenigen Jahrzehnten nicht mehr befriedigen wird²⁰, ohne dass eine Neuinterpretation anhand des Originalbefunds wiederholt werden könnte. Dieser Einsicht trägt die Entscheidung des VG Ansbach aus

⁹ So VG Düsseldorf, Urteil v. 30.10.2004 – 4 K 61/01 – www.justiz.nrw.de (NRWE).

¹⁰ So für die archäologische Denkmalpflege in Bayern: C. S. Sommer, Bodendenkmalrecht: Erhaltungsgebot vs. Forschungsauftrag. In: Quo vadis Denkmalrecht? Kulturerbe zwischen Pflege und Recht, hrsg. v. Deutsches Nationalkomitee für Denkmalschutz. Schriftenr. DNK 90 (Berlin 2017) 85; 87 f.

¹¹ OVG RP, Urteil v. 05.02.2003 – 8 A 10775/02 –, DVBl. 2003, 811; OVG SH, Urteil v. 30.11.1994 – 1 L 22/94 –, juris.

¹² So aber P. Nethövel-Kathstede, Das Verursacherprinzip im Denkmalrecht. In: Quo vadis Denkmalrecht (Anm. 10) 71 sowie J. Brügge, Verfassungsrechtliche Aspekte der Genehmigung von Ausgrabungen. Deutsches Verwaltungsbl. (DVBl.) 109, 1994, 621.

¹³ Vgl. W. Erbguth/H. Paßlick/G. Püchel, Denkmalschutzgesetze der Länder. Rechtsvergleichende Darstellung unter besonderer Berücksichtigung Nordrhein-Westfalens. Beitr. Siedlungs- u. Wohnungswesen u. Raumplanung 97 (Münster/Westf. 1984) 5.

¹⁴ Vgl. OVG LSA, Urteil v. 16.06.2010 – 2 L 292/08 –, EzD 2.3.4 Nr. 13; BayVGH, Urteil v. 04.06.2003 – 26 B 00.3684 –, EzD 2.3.5 Nr. 3.

¹⁵ OVG NRW, Urteil v. 29.01.2009 – 20 A 2034/06 –, NRWE.

¹⁶ OVG NRW, Beschluss v. 12.06.2009 – 10 A 1847/08 –, NRWE.

¹⁷ Vgl. J. Oebbecke, Informationserhaltung durch Denkmalschutzrecht und Naturschutzrecht. In: J. Ipsen/B. Stürer (Hrsg.), Europa im Wandel [Festschr. H.-W. Rengeling] (Köln 2008) 161–163.

¹⁸ So auch W. Eberl in: W. Eberl/G. Bruckmeier/R. Hartl/R. Hörtnagl, Kulturgüter. Gesetzlicher Rahmen zum Umgang mit Denkmälern und Kunstwerken einschließlich Steuerrecht. Handbücher Rechtswissenschaften u. Verwaltung (Stuttgart 2016) RdNr. 221, 260.

¹⁹ B. Trier, Landesarchäologie – ein Überblick. In: H. G. Horn/J. Biel/H. Koschik (Hrsg.), Archäologische Denkmalpflege in Deutschland: Standort, Aufgabe, Ziel (Stuttgart 2003) 14.

²⁰ Vgl. Sommer (Anm. 10) 88.

dem Jahre 2015 Rechnung: Eine mit den Methoden der Gegenwart erfolgende, noch so fachgerechte Ausgrabung und eine noch so gute Dokumentation und wissenschaftliche Aufbereitung könnten das Bodendenkmal nicht ersetzen²¹. Folgerichtig entschied auch das VG Stuttgart, für die Nachwelt habe das Bodendenkmal bei einem Verbleib an Ort und Stelle einen höheren Wert als im Fall von dessen „Bergung und rudimentärer Sicherung“²².

Visuelle Eingriffe

Auch wenn Fragen des denkmalrechtlichen Umgebungsschutzes typischerweise im Zusammenhang mit Baudenkmalen diskutiert werden, stellen die meisten Denkmalschutzgesetze der Länder sicher, dass in die denkmalrechtliche Prüfung von benachbarten Bauvorhaben und sonstigen Maßnahmen in der Umgebung von ortsfesten Bodendenkmälern auch deren visuelle Integrität, sofern sie im Einzelfall denkmalwertkonstituierend ist, mit aufgenommen wird. Dies kann bei im Gelände deutlich wahrnehmbaren, landschaftsprägenden Bodendenkmälern wie Landwehren, Burg- oder Grabhügeln ohne Weiteres angenommen werden. Eine Besonderheit stellt die Rechtslage in Niedersachsen dar, wo ein Umgebungsschutz zwar ausdrücklich nur für Baudenkmalen normiert ist, aber bestimmte Objekte, die typischerweise als archäologische Denkmäler betrachtet werden, rechtlich als Baudenkmalen gelten²³. So hat das niedersächsische Obergericht 1995 entschieden, die Errichtung eines Einfamilienhauses im unmittelbaren Nahbereich eines bronzezeitlichen Grabhügels könne aus Gründen des Denkmalschutzes nicht hingenommen werden, dabei jedoch den Grabhügel als Baudenkmal eingestuft²⁴.

Die Reichweite des Umgebungsschutzes für Bodendenkmäler hängt auf den ersten Blick mit der Formulierung des Schutzzwecks im jeweiligen Gesetz zusammen: Während beispielsweise in Nordrhein-Westfalen allein Maßnahmen in der engeren Umgebung des ortsfesten Denkmals erlaubnispflichtig sind, die sein „Erscheinungsbild“ beeinträchtigen (§ 9 Abs. 1 b DSchG NRW²⁵), sind in anderen Landesgesetzen auch solche Vorhaben der staatlichen Kontrolle unterworfen, die sich auf den

„Bestand“ des Denkmals (Art. 7 Abs. 4 Satz 1 BayDSchG, § 18 Abs. 2 HDSchG), seine „Substanz“ (§ 7 Abs. 1 Nr. 2 DSchG MV) oder seine „Eigenart“ (§ 8 DSchG HH) negativ auswirken können. Bei näherer Betrachtung kommt jedoch die Frage auf, ob die Beschränkung des Umgebungsschutzes auf rein optisch-ästhetische Aspekte der *ratio legis* entsprechen kann oder eine extensive Gesetzesauslegung geboten ist. So hat das VG Aachen zur Genehmigungsfähigkeit eines Bauvorhabens in der Nähe einer als Baudenkmal geschützten Windmühle ausgeführt, es spreche Einiges dafür, einen denkmalrechtlichen Umgebungsschutz in entsprechender Anwendung des § 9 Abs. 1 b DSchG NRW auch dann anzuerkennen, wenn durch ein Vorhaben in der engeren Umgebung eines Denkmals dessen Bestand beeinträchtigt wird bzw. werden kann²⁶. Denn es könne keinen Unterschied machen, ob eine Beeinträchtigung des Bestandes eines Denkmals durch unmittelbare Einwirkung oder durch mittelbare Einwirkungen eines Vorhabens in der Umgebung verursacht wird. Diese Argumentation lässt sich auf ortsfeste Bodendenkmäler gleichermaßen anwenden, sofern deren Bestand durch Bauvorhaben in der Nachbarschaft, etwa infolge von Erschütterungen oder Grundwasserabsenkung, bedroht wird.

Auch das Wesen und die Eigenart eines Bodendenkmals kann bei der denkmalrechtlichen Bewertung eines benachbarten Bauvorhabens nicht völlig ausgeblendet werden. So hat das VG Ansbach 2007 die Errichtung einer landwirtschaftlichen Maschinenhalle im Randbereich eines mittelalterlichen Turmhügels in Markt Bibart-Altensteckfeld – trotz gesetzlicher Privilegierung dieses Bauvorhabens – als nicht genehmigungsfähig eingestuft²⁷ und dabei nicht allein die optische Unverträglichkeit der aufgrund ihrer Abmessungen zu dominanten Halle mit dem Bodendenkmal festgestellt, sondern auch auf die Beeinträchtigung „des Wesens“ des Objekts abgestellt: Für den Turmhügel als ehemaliges Verteidigungsbauwerk sei ein umlaufender Freiraum charakteristisch, der von der Bebauung freizuhalten sei.

Dass es im Rahmen des bodendenkmalrechtlichen Umgebungsschutzes nicht zwingend um Bauvorhaben gehen muss, demonstriert der vom Schleswig-Holsteinischen Obergericht entschiedene Fall der Wiederaufforstung eines ehemals bewaldeten Grundstückes in der Braderuper Heide auf Sylt²⁸. Das Gericht sah es als erwiesen an, dass der Eindruck der in der Nähe des Grundstückes gelegenen Grabhügel im Fall einer Aufforstung wesentlich beeinträchtigt wäre. Als Zeugnisse des Neolithikums und der Bronzezeit auf der Insel Sylt seien die Hügelgräber auf einen gewissen Freiraum an-

²¹ VG Ansbach (Anm. 5) unter Berufung auf W. Eberl in: W. Eberl/D. Martin/J. Greipl, Bayerisches Denkmalschutzgesetz. Kommentar unter besonderer Berücksichtigung finanz- und steuerrechtlicher Aspekte⁶ (Stuttgart 2007) Vorbemerkung zu Art. 7 RdNr. 2.

²² VG Stuttgart, Beschluss v. 23.09.2013 – 1 K 2708/13.

²³ Vgl. J. Assendorp, Umgebungsschutz für archäologische Denkmale am Beispiel Soderstorf, Ldkr. Lüneburg. Ber. Denkmalpf. Niedersachsen 1984, 4, 41–44.

²⁴ Urteil v. 15.06.1995 – 1 L 339/93 –, EzD 3.2 Nr. 14.

²⁵ Ähnlich in Baden-Württemberg für eingetragene Kulturdenkmäler: § 15 Abs. 3 Satz 1 und 3 DSchG BW.

²⁶ Urteil v. 28.05.2013 – 3 K 271/11 –, NRW.

²⁷ VG Ansbach, Urteil v. 13.09.2007 – AN 18 K 07.00662 –, juris.

²⁸ OVG SH, Urteil v. 29.09.2003 – 1 LB 64/03 –, EzD 2.3.4 Nr. 19.

gewiesen, zumal paläobotanische Analysen ergeben hätten, dass die Gräber seinerzeit in einer offenen, baumfreien Kulturlandschaft angelegt wurden.

Entscheidungsfindung

Widerstreitende Interessen

Wie alle anderen Denkmäler sind auch Bodendenkmäler rechtlich nicht unantastbar²⁹. Vielmehr bedarf es bei Bauvorhaben und sonstigen Maßnahmen, die zu Eingriffen in Bodendenkmäler führen, einer sorgfältigen Abwägung der widerstreitenden öffentlichen und privaten Interessen. Auch wenn verfassungsrechtlich die zentrale Arena, auf der die Interessenskonflikte im Denkmalrecht – und speziell im Bodendenkmalrecht – ausgefochten werden, die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes ist³⁰, so stehen doch auch andere öffentliche Belange, etwa der Straßenbau, die Rohstoff- und Energieversorgung oder der Ausbau von erneuerbaren Energien in Genehmigungsverfahren dem Bodendenkmalschutz typischerweise gegenüber. Die Berücksichtigung der gegenläufigen Interessen im denkmalrechtlichen Genehmigungsverfahren erfolgt dabei – je nach gesetzestechnischer Ausgestaltung der Genehmigungsnorm – entweder im Rahmen der Ermessensausübung oder, wenn das Gesetz eine gebundene Entscheidung vorsieht, im Rahmen der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen, etwa der „entgegenstehenden Gründe des Denkmalschutzes“ oder des „überwiegenden öffentlichen Interesses“. Gerade bei Bau- und Infrastrukturvorhaben der öffentlichen Hand wird es im Einzelfall entscheidend darauf ankommen, ob die für die Durchführung der Maßnahme sprechenden Allgemeininteressen entweder generell oder im Einzelfall gewichtiger sind als die Belange des Bodendenkmalschutzes³¹ und diese die Maßnahme „verlangen“, also nicht auf andere Weise, etwa durch eine Standortverschiebung, eine abweichende Bauausführung oder eine veränderte Trassenführung, zu verwirklichen sind³².

Bei der Gewichtung der Interessen des Bodendenkmalschutzes im Rahmen von administrativen Abwägungsvorgängen ist davon auszugehen, dass die Erhaltung des kulturellen Erbes eine Ausprägung des – sowohl auf der Bundes- als auch auf der Landesebene geltenden – Kulturstaatsprinzips ist. Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht die Aufgaben des Denk-

malschutzes und der Denkmalpflege mehrfach als einen gewichtigen öffentlichen Belang charakterisiert³³, der bis zu einem gewissen Grad Einschränkungen der Eigentumsfreiheit rechtfertigt³⁴. Da es sich bei der Eigentumsgarantie des Grundgesetzes anerkanntermaßen um einen Grundpfeiler der deutschen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung handelt, liegt auf der Hand, dass auch andere verfassungsrechtlich geschützte Rechtspositionen und Rechtsgüter mit Verfassungsrang im Einzelfall den Erfordernissen des Denkmalschutzes untergeordnet werden können. Der bloße Umstand, dass Bekenntnisse zum Denkmalschutz aus kompetenzrechtlichen Gründen sich „nur“ in den Länderverfassungen, nicht jedoch im Grundgesetz finden, spricht dabei keineswegs für eine Nachrangigkeit des kulturellen Erbes gegenüber den im Grundgesetz normierten Staatszielen wie etwa den natürlichen Lebensgrundlagen in Art. 20a GG³⁵. Allein bei besonders hochrangigen Schutzgütern wie Leben und körperliche Unversehrtheit wird man von einem generellen Vorrang gegenüber dem kulturellen Erbe ausgehen können.

Für konkrete behördliche Entscheidungen über denkmalrechtlich genehmigungsbedürftige Vorhaben – einschließlich der Konstellation, dass die denkmalrechtliche Genehmigung in einem Planfeststellungsbeschluss aufgeht –, wird in der Literatur zugunsten des kulturellen Erbes bisweilen ein Optimierungsgebot angenommen³⁶, wonach die Überwindung der Belange des Denkmalschutzes nur in Ausnahmefällen möglich ist und einer besonderen Rechtfertigung bedarf. Aus der Spruchpraxis der für das Denkmalrecht zuständigen Gerichte geht allerdings hervor, dass die Frage nach der Überwindbarkeit der Interessen des Denkmalschutzes durch andere öffentliche und private Interessen nicht losgelöst von der Bedeutung des konkret betroffenen Denkmals und der Schwere des beabsichtigten Eingriffs beantwortet werden kann. Hiervon ausgehend, kann die Abwägung im Einzelfall sowohl die Zulässigkeit der (partiellen) Beseitigung eines Bodendenkmals als auch die Notwendigkeit seines Belassens an Ort und Stelle ergeben³⁷.

Auch dort, wo der Gesetzgeber im Denkmalschutzgesetz bestimmte öffentliche Interessen – wie etwa den

²⁹ Vgl. J. Oebbecke, Entwicklungen und Tendenzen im deutschen Denkmalrecht. In: Quo vadis Denkmalrecht (Anm. 10) 7.

³⁰ Vgl. ebd. 12.

³¹ Vgl. OVG SH (Anm. 28).

³² Vgl. OVG Nds., Urteil v. 22.04.20016 – 7 KS 35/12 –, open-Jur zur Ortsumgehung Celle; siehe auch W. Eberl, Anmerkung zu OVG LSA, Beschluss v. 16.09.2009 – 2 M 89/09 –, EzD 2.3.4 Nr. 16.

³³ BVerfG, Beschluss v. 14.04.2010 – 1 BvR 2140/08 –, EzD 1.1 Nr. 24, Beschluss v. 02.03.1999 – 1 BvL 7/91 –, EzD 1.1 Nr. 7.

³⁴ Vgl. hierzu den Beitrag von J. Spennemann in diesem Band, 39–41.

³⁵ So aber zu Unrecht M. Böhm/P. Schwarz, Möglichkeiten und Grenzen bei der Begründung von energetischen Sanierungspflichten für bestehende Gebäude. Neue Zeitschr. Verwaltungsrecht (NVwZ) 2012, 133.

³⁶ Vgl. E. Rabeling, Die Belange des Denkmalschutzes und der Denkmalpflege in administrativen Abwägungsentscheidungen. Wiss. u. Praxis Kommunalverwaltung 6 (Wiesbaden 2012) 83; 99 ff.

³⁷ OVG NRW, Urteil v. 20.09.2011 – 10 A 2611/09 –, NRWE.

Klima- und Ressourcenschutz in Hessen³⁸ – als berücksichtigungsbedürftige widerstreitende Belange hervor gehoben hat, wird die Interessenabwägung weder ent behrlich noch ist ihr Ergebnis präjudiziert. Speziell in Hessen sollte laut amtlicher Begründung mit dem Ge nehmigungsgrund der „überwiegenden öffentlichen In teressen“ (§ 18 Abs. 3 Nr. 3 HDSchG) lediglich deutlich gemacht werden, dass in Abwägungsprozessen einzeln festgestellte und überwiegende öffentliche Interessen aus anderen Bereichen des öffentlichen Rechts, darunter auch der in § 9 Abs. 1 HDSchG gesondert verankerte Belang des Klima- und Ressourcenschutzes, das denkmal rechtliche Erhaltungsgebot zu überwinden vermögen und einen Anspruch auf eine Veränderungs- oder Besei tigungsgenehmigung auslösen können³⁹. Eine Gewich tungsvorgabe für die widerstreitenden öffentlichen Inte ressen enthält das Gesetz somit nicht.

Eine Besonderheit weist die Rechtslage in Nordrhein Westfalen auf, wo der Gesetzgeber einen Ausgleich zwi schen dem öffentlichen Interesse an der Gewinnung von Bodenschätzen und den Belangen der Bodendenkmal pflege selbst vorgenommen hat, anstatt ihn auf die Ebene des Verwaltungsverfahrens zu verlagern: Nach § 19 DSchG NRW sind bestimmte Maßnahmen des Bo dendenkmal schutzes, die auf eine langfristige Sicherung der Bodendenkmäler *in situ* abzielen, von vornherein ausgeschlossen⁴⁰. Zu den Vorschriften, die gem. § 19 Abs. 1 DSchG NRW mit dem Beginn des Abbauvorha bens keine Anwendung mehr finden, gehören jedoch weder die Bestimmungen über die Unterschutzstellung von Bodendenkmälern (§§ 3, 4 DSchG) noch der denk malrechtliche Erlaubnisvorbehalt (§ 9 Abs. 1 DSchG). Daraus folgt, dass bei der Entdeckung von bislang unbe kannten Bodendenkmälern im Abbaugebiet über deren Beseitigung gesondert entschieden werden muss, mit der Option, dass zumindest bei besonders wertvollen Objekten ausnahmsweise auch ein Erhalt *in situ* in Be tracht kommt⁴¹.

Typischerweise stehen Belange des Bodendenkmal schutzes dann im Fokus administrativer Abwägungs vorgänge, wenn es um Vorhaben geht, die zur Zerstö rung oder Beschädigungen des archäologischen Erbes führen; die Beachtung dieser Belange kann zur Folge haben, dass ein denkmalwidriges Bauvorhaben entwe der ganz unterbleiben oder abweichend ausgeführt wer den muss. Seltener ist der umgekehrte Fall, dass ein Bau vorhaben, das dem Erhalt, der Nutzung oder der Präsentation eines Bodendenkmals dient, sich gegen

über den konkurrierenden öffentlichen Interessen, etwa in Form von Vorgaben des Natur- und Landschafts schutzes durchsetzen muss. Auch hier ist eine Abwä gung der konkurrierenden Schutzgüter erforderlich. Im Bereich der Baudenkmalpflege hat sich die Einsicht, dass beispielsweise die sinnvolle Nutzung eines Baudenk mals ein Zurückweichen anderer öffentlicher Belange rech t fertigen und somit im Baugenehmigungsverfahren Aus nahmen und Befreiungen erforderlich machen kann, durchgesetzt⁴². Diese Überlegungen sind auf die Frage der Nutz barmachung, insbesondere der musealen Er schließung von Bodendenkmälern, durchaus übertrag bar, was auch die aktuelle Praxis bestätigt⁴³.

Nebenbestimmungen

Die Verwendung von Nebenbestimmungen im denkmal rechtlichen Genehmigungsverfahren richtet sich entwe der nach den landesrechtlichen Spezialvorschriften oder den § 36 VwVfG nachgebildeten Regelungen der Verwal tungsverfahrensgesetze der Länder. Im letztgenannten Fall ist als Ermächtigungsgrundlage für Nebenbestim mungen – je nach Ausgestaltung des landesrechtlichen Genehmigungsvorbehaltes als gebundene Vorschrift oder als Ermessensvorschrift – entweder § 36 Abs. 1 VwVfG⁴⁴ oder § 36 Abs. 2 VwVfG⁴⁵ einschlägig.

Sinn und Zweck

Allen Nebenbestimmungen gemeinsam ist, dass sie als „Mittel der Feinjustierung“ es der Verwaltung ermög lichen, Entscheidungen zu treffen, die den Besonderhei ten des Einzelfalls gerecht werden⁴⁶. Gerade wenn es gilt, die schutzwürdigen Interessen des Antragstellers mit den Anforderungen des Denkmalschutzes abzuwägen, gebietet es der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, von Nebenbestimmungen Gebrauch zu machen, da eine Ge nehmigung mit Nebenbestimmungen den Antragsteller grundsätzlich günstiger stellt als eine vollständige Versa gung⁴⁷. Dies setzt allerdings voraus, dass dem geschütz-

³⁸ § 9 Abs. 1 Satz 3 HDSchG.

³⁹ Hessischer Landtag, 19. Wahlperiode, Drucksache 19/3570, 18.

⁴⁰ B. Ringbeck in: D. Davydov/E.-R. Hönes/Th. Otten/B. Ringbeck, Denkmalschutzgesetz Nordrhein-Westfalen. Kommentar⁵ (Wiesbaden 2016) § 19 RdNr. 10.

⁴¹ Vgl. OVG NRW, Beschluss v. 31.01.2017 – 10 A 692/15 –, juris.

⁴² Vgl. D. Davydov, Nutzungsgebote und Nutzungsverbote. In: D. Martin/M. Krautzberger (Begr.), Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege⁴, hrsg. von D. Davydov u. J. Spannemann (München 2017) Teil E RdNr. 164 f.

⁴³ So erforderte die Errichtung eines museal genutzten Schutzbaus über dem freigelegten Barackenkeller auf dem Gelände des früheren KZ Walldorf-Mörfelden (siehe Titelbild) die Ausräumung forstrechtlicher Versagungsgründe. Hierfür wurde die vorangegan gene Erklärung der entsprechenden Waldfläche zu Bannwald gem. § 13 Abs. 2 HWaldG rückgängig gemacht.

⁴⁴ Vgl. OVG LSA, Urteil v. 26.07.2012 – 2 L 154/10 –, juris.

⁴⁵ Vgl. VG Würzburg, Urteil v. 03.07.2014 – W 5 K 14.393 –, juris.

⁴⁶ Vgl. R. Störmer in: M. Fehling/B. Kastner/R. Störmer (Hrsg.), Verwaltungsrecht. Handkommetar⁴. Nomoskommentar (Baden-Baden 2016) § 36 VwVfG RdNr. 2.

⁴⁷ Vgl. J. Viebrock, Nebenbestimmungen. In: Martin/Krautzberger (Anm. 42) Teil E RdNr. 100.

ten Gut – etwa dem archäologischen Erbe – durch die Erteilung einer mit Nebenbestimmungen versehenen Genehmigung ebenso gut Rechnung getragen werden kann wie durch eine Ablehnung des Antrags. Denn aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist die Behörde lediglich gehalten, aus mehreren gleich wirksamen Entscheidungsalternativen die am wenigsten belastende auszuwählen; sie ist jedoch nicht verpflichtet, den Antragsteller um jeden Preis zu begünstigen.

Im Bereich der Bodendenkmalpflege können dem Antragsteller durch Nebenbestimmungen sowohl die Duldung als auch die Durchführung von archäologischen Untersuchungen, einschließlich der Kostenfolgen, auferlegt werden⁴⁸. Von welcher Art von Nebenbestimmung Gebrauch gemacht wird, kann dabei je nach Art und Anlass der geforderten archäologischen Untersuchung – Prospektion oder Rettungsgrabung – variieren: Entscheidend ist, ob mit der Ausführung des genehmigungspflichtigen Vorhabens begonnen werden kann, ohne denkmalrechtliche Anforderungen zu beachten, oder ob die Durchführung des Vorhabens mit der Erfüllung dieser Anforderungen steht und fällt⁴⁹. Wenn der Eintritt der beantragten Vergünstigung, z. B. einer durch Planfeststellung zugelassenen Abgrabung von Bodenschätzen, davon abhängig gemacht wird, dass der Antragsteller zuvor Maßnahmen des Bodendenkmalschutzes eingeleitet und durchgeführt hat, liegt eine Bedingung im Sinne des § 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG vor⁵⁰. Als eine Auflage gem. § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG hat das OVG des Landes Sachsen-Anhalt eine Nebenbestimmung eingestuft, der zufolge der Veranlasser einer archäologischen Grabung die Kosten einer ihm auferlegten Grabungsdokumentation tragen musste⁵¹. Einen untrennbaren Zusammenhang zwischen der Hauptregelung und der Regelung über die Kostenfolge hat das OVG hier zutreffend verneint: Die Offenheit der Kostenfrage stehe, wenn der Veranlasser die ihm auferlegten Maßnahmen durchführt, der Denkmalverträglichkeit des Eingriffs nicht entgegen. Es liege im Risikobereich der Denkmalbehörde, ob sie vom Vorhabenträger vorgeleistete Kosten im Ergebnis erstatten muss, wenn sie der Zumutbarkeitsprüfung nicht standhalten.

Archäologische Geländeuntersuchungen

Geeigneter Gegenstand von denkmalrechtlichen Nebenbestimmungen sind archäologische Geländeuntersuchungen. Das Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt hat 2012 die Rechtmäßigkeit einer denkmalrechtlichen Auflage zu einem bergrechtlichen Planfeststellungsbeschluss bestätigt⁵², mit der dem An-

tragsteller – einem Kies abbauenden Unternehmen – auferlegt worden war, im Vorhabensbereich auf eigene Kosten Probeschnitte anzulegen, um dort eventuell vorhandene Bodendenkmäler festzustellen. Das Gericht erklärte, es gebe einen allgemeinen Grundsatz, wonach derjenige, der eine Genehmigung beantragt, die Voraussetzungen für die Genehmigungsfähigkeit belegen muss. Da im Abbaugelände begründete Anhaltspunkte für die Entdeckung von Bodendenkmälern vorliegen, sei es Aufgabe des Antragstellers, im Wege einer Prospektion klären zu lassen, ob und ggf. in welchem Umfang tatsächlich Bodendenkmäler vorhanden sind. Das OVG räumte ein, dass die Entscheidung über die Genehmigung von Erdingriffen in einer Situation, wenn keine Gewissheit, sondern nur begründete Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Bodendenkmals bestehen, mit Unwägbarkeiten verbunden ist. Diese Unwägbarkeiten könnten aber durch eine Genehmigung unter Auflage von Suchschnitten beseitigt werden. Eine solche Genehmigung stelle gegenüber einer Versagung das mildere Mittel dar⁵³.

Es steht einem Bauherrn natürlich frei, bereits im Vorfeld eines Genehmigungs- oder eines sonstigen Zulassungsverfahrens archäologische Geländeuntersuchungen einzuleiten, um einer späteren Entdeckung von Bodendenkmälern während der Bauphase und den damit zusammenhängenden Verzögerungen im Bauablauf vorzubeugen⁵⁴. In diesem Fall entfällt die Notwendigkeit von Nebenbestimmungen zur Feststellung von Bodendenkmälern; es kann jedoch immer noch erforderlich sein, Nebenbestimmungen zur Sicherung von festgestellten Bodendenkmälern zu erlassen.

Denkmalsicherung

Etwas anders stellt sich die Rechtslage dann dar, wenn nicht Prospektionen, sondern Maßnahmen zur Sicherung des von einem Bauvorhaben betroffenen Bodendenkmals als Sekundärquelle Gegenstand von Nebenbestimmungen sind. Ansatzpunkt für denkmalrechtliche Nebenbestimmungen ist nicht die Überlegung, dass der Antragsteller die Genehmigungsfähigkeit seines Vorhabens belegen muss, sondern der Kompensationsgedanke: Derjenige, der aus einem genehmigungspflichtigen Vorhaben Nutzen zieht, ist zumindest mitverantwortlich für die Bewahrung dessen, was durch sein Vorhaben in Mitleidenschaft gezogen wird⁵⁵. Eine Nebenbestimmung, die dem Antragsteller die Durchführung einer Rettungsgrabung auferlegt, zielt also darauf ab, nachteilige Wirkungen seines Vorhabens zu verhindern oder

⁴⁸ Siehe Beitrag von J. Spennemann in diesem Band, 43.

⁴⁹ Vgl. Viebrock (Anm. 47) RdNr. 100 ff.

⁵⁰ VG Düsseldorf, Urteil v. 30.10.2003 – 4 K 61/01 –, NRWE.

⁵¹ OVG LSA, Beschluss v. 16.09.2009 – 2 M 89/09 –, EzD 2.3.4 Nr. 16 mit Anm. von J. Viebrock.

⁵² OVG LSA, Urteil v. 26.07.2012 – 2 L 154/10 –, juris.

⁵³ Das Gericht stellte jedoch klar, dass bei bloßen Vermutungen über das Vorliegen von Bodendenkmälern es die Aufgabe der Behörde gewesen wäre, im Rahmen ihrer Amtsermittlungspflicht entsprechende Erkundungen vorzunehmen.

⁵⁴ Vgl. VG Düsseldorf, Urteil v. 15.01.2015 – 9 K 4006/13 –, NRWE.

⁵⁵ Vgl. OVG RP, Urteil v. 05.02.2003 – 8 A 10775/02 –, EzD 7.8 Nr. 13.

zumindest auszugleichen⁵⁶. Mit der Nebenbestimmung wird jedoch auch hier sichergestellt, dass das Vorhaben genehmigungsfähig ist.

Es existiert allerdings kein Automatismus dergestalt, dass mit einer Rettungsgrabung die dem Bauvorhaben im Wege stehenden bodendenkmalpflegerischen Bedenken stets ausgeräumt werden. Die Äußerung des nordrhein-westfälischen Oberverwaltungsgerichts⁵⁷, der Beseitigung des Bodendenkmals „Vorgeschichtliche Siedlungsplätze Steinstraß“ in Niederzier stünden Gründe des Denkmalschutzes nicht entgegen, wenn es zuvor durch eine wissenschaftliche Ausgrabung, Dokumentation und Bergung von Funden als Sekundärquelle gesichert sei, mag für den konkreten Fall zugetroffen haben, ist jedoch nicht verallgemeinerungsfähig. Dass im Einzelfall auch eine Versagung des beantragten Vorhabens gerechtfertigt sein kann, bestätigt das Urteil des VG Ansbach⁵⁸ zu einem Bauvorhaben im Bereich des mittelalterlichen Burgstalls in Unterampfrach: Es sei nicht ersichtlich, dass die Behörde den hier drohenden Eingriff in den Bestand des Bodendenkmals durch Auflagen hätte ausgleichen können, da die Errichtung des Bauvorhabens in jedem Fall zur Zerstörung eines Teils des Bodendenkmals führen würde. Selbst wenn eine wissenschaftlich begleitete Grabung im Bereich des Bauvorhabens durchgeführt worden wäre, hätten allenfalls einzelne Relikte gesichert, keinesfalls aber das Denkmal in seinem Bestand erhalten werden können. Da aber nach den Ausführungen der Vertreter des Landesamtes für Denkmalpflege gerade der unveränderte Bestand eines Bodendenkmals Ziel heutiger Tätigkeit der Denkmalschutzbehörden sei, insbesondere um dieses auch für die in Zukunft möglichen weiteren Untersuchungsmethoden nicht zu entziehen, sei die Ablehnung der Erlaubnis auch nicht unverhältnismäßig.

Auswahl des Fachpersonals

Der in der Konvention von La Valletta enthaltenen Forderung, sicherzustellen, dass Ausgrabungen und andere möglicherweise zerstörende technische Verfahren nur von fachlich geeigneten, besonders ermächtigten Personen durchgeführt werden (Art. 3 ii), kann auf der Ebene des Gesetzesvollzugs ebenfalls durch Nebenbestimmungen Rechnung getragen werden.

In Hessen hat der Gesetzgeber generell festgelegt, dass – soweit die besondere Eigenart eines Kulturdenkmals dies gebietet – verlangt werden kann, dass die Leitung

oder Ausführung von Arbeiten, die besondere Erfahrungen und Kenntnisse voraussetzen, durch denkmalfachlich geeignete Personen erfolgt (§ 20 Abs. 4 HDSchG). Laut amtlicher Begründung hatte der Gesetzgeber bei dieser Bestimmung jedoch die Ausführung besonders komplexer Bauaufgaben bei der Instandsetzung von Denkmälern, „deren Eigenart eine herausgehobene Behandlung erfordert“, im Blick⁵⁹ und nicht Qualitätsstandards bei archäologischen Geländeerkundungen und Rettungsgrabungen.

Es ist allerdings anerkannt, dass die Denkmalbehörde – oder die an ihre Stelle tretende sonstige Gestattungsbehörde – der Komplexität der Aufgabe „Ausgrabung“ und der begrenzten Prognostizierbarkeit ihres Ablaufs durch Anforderungen an die Qualifikation des Grabungsleiters und des Grabungspersonals in Form von Nebenbestimmungen zur jeweiligen Genehmigung Rechnung tragen kann⁶⁰. Auch dann, wenn nach dem einschlägigen Landesrecht die Entscheidung über den Eingriff in das Bodendenkmal keine Ermessens-, sondern eine gebundene Entscheidung ist, werden derartige Qualitätsanforderungen den Vorgaben des § 36 Abs. 1 zweiter Halbsatz VwVfG genügen, da der Eingriff nur dann genehmigungsfähig ist, wenn die Rettungsgrabung *de lege artis* ausgeführt wird⁶¹. Hierzu gehört grundsätzlich auch die Forderung nach einschlägigen Erfahrungen in einem bestimmten Forschungsbereich. Die an der Angemessenheit einer solchen Forderung gelegentlich geäußerten Zweifel⁶² erweisen sich als unberechtigt: Da Grabungserfahrung auch außerhalb der kommerziellen archäologischen Tätigkeit – etwa bei Hochschul- und Amtsgrabungen – gesammelt werden kann, wird hierdurch für Firmen, die auf dem Markt für archäologische Dienstleistungen erstmalig Fuß fassen wollen, kein unüberwindbares Hindernis geschaffen.

Durchsetzung einer Amtsgrabung

Mit der Frage nach der Reichweite der staatlichen Einflussnahme auf die personelle Besetzung einer vom Veranlasser zu beauftragenden Firmengrabung eng verknüpft ist die Frage, ob die Genehmigungsbehörde im Wege einer Nebenbestimmung anstelle einer Firmengrabung eine Amtsgrabung durchsetzen kann. Obwohl die Durchführung von archäologischen Ausgrabungen als eine der Aufgaben der Bodendenkmalpflege den

⁵⁶ Vgl. VG Ansbach, Urteil v. 22.04.2015 – AN 9 K 14.00265 –, juris.

⁵⁷ OVG NRW, Urteil v. 20.09.2011 – 10 A 1995/09 –, NRWE. Bereits bei der Unterschutzstellung des Bodendenkmals war hier aus Rücksicht auf die wirtschaftlichen Interessen des Grundeigentümers nicht die dauerhafte Erhaltung *in situ*, sondern eine geordnete und denkmalfachlich einwandfreie Sicherung als Sekundärquelle als Ziel der Bodendenkmalpflege definiert worden, vgl. OVG NRW, Beschluss v. 23.10.2007 – 10 B 1566/07 –, NRWE.

⁵⁸ VG Ansbach, Urteil v. 21.12.2016 – AN 9 K 15.01400 –, juris.

⁵⁹ Hessischer Landtag, 11. Wahlperiode, Drucksache 11/5647, 11f.

⁶⁰ J. Oebbecke, Rechtsfragen zur Tätigkeit von Grabungsfirmen bei der archäologischen Untersuchung von Flächen. In: Archäologische Denkmalpflege und Grabungsfirmen, hrsg. v. Verband der Landesarchäologen in der Bundesrepublik Deutschland (Stuttgart 1994) 62 f.

⁶¹ J. Oebbecke/A. Haibt, Öffentlich-rechtliche Fragen des Einsatzes privater Grabungsfirmen. In: J. Oebbecke (Hrsg.), Privatisierung in der Bodendenkmalpflege. Öffentlich-rechtliche Fragen des Einsatzes privater Grabungsfirmen (Baden-Baden 1997) 52.

⁶² Ebd. 91.

Denkmalfachbehörden vielfach ausdrücklich übertragen ist, ist mit dieser Aufgabenzuweisung kein Ausgrabungsmonopol des Staates verbunden⁶³. Nach der bislang unangefochtenen Ansicht von Janbernd Oebbecke ergibt es sich jedenfalls aus dem Charakter des Denkmalrechts als Sonderordnungsrecht, dass der Verpflichtete – also der Veranlasser einer Grabung – berechtigt ist, als Ersatzmittel zu einer Amtsgrabung eine Firmengrabung anzubieten⁶⁴. Zwar konzidiert Oebbecke, dass es in Einzelfällen berechtigte Gründe dafür geben mag, die Durchführung der Grabung ausschließlich durch die Denkmalfachbehörde zu fordern, etwa das Interesse an der Forschungskontinuität oder an der Aufrechterhaltung der Grabungspraxis⁶⁵. Fraglich ist aber, ob diese Interessen so gewichtig sind, dass sie eine entsprechende Nebenbestimmung rechtfertigen können. Maßgeblich hierfür ist die konkrete Ausgestaltung der anzuwendenden Genehmigungsvorschrift.

Hat die Genehmigungsbehörde eine gebundene Entscheidung zu treffen⁶⁶ und liegt keine spezialgesetzliche Ermächtigung für die Verwendung von Nebenbestimmungen vor, so kommt es darauf an, ob der Verzicht auf die Amtsgrabung zur Folge hätte, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes nicht erfüllt würden (§ 36 Abs. 1, 2. Halbsatz VwVfG). Zu beachten ist an dieser Stelle, dass auch im Fall der Zulassung einer Firmengrabung eine fachliche Steuerung der Maßnahme durch die Denkmalfachbehörde nicht ausgeschlossen wäre, sondern diese in der Lage wäre, Einfluss auszuüben: sei es präventiv durch Festlegung der Rahmenbedingungen der Grabung, sei es maßnahmenbegleitend durch Grabungsaufsicht. Auch die generell sicherlich sinnvolle Aufrechterhaltung der Grabungspraxis dürfte im Einzelfall kein ausreichender Grund für die Ablehnung einer Firmengrabung bzw. die Erzwingung einer Amtsgrabung sein, sofern nicht dargelegt würde, dass die Aufrechterhaltung der amtlichen Grabungspraxis mit genau dieser konkreten Ausgrabung steht und fällt.

Liegt die Genehmigung im Ermessen der Behörde und richtet sich die Zulässigkeit der Nebenbestimmung deshalb nach § 36 Abs. 2 VwVfG, ist der Entscheidungsspielraum der Behörde tendenziell größer. Zwar folgt aus dem Verweis auf § 36 Abs. 1 VwVfG, dass eine Nebenbestimmung letztlich auch im Bereich der Ermessensverwaltung den Zweck hat, die Einhaltung der gesetzlichen

Voraussetzungen des Hauptverwaltungsaktes zu sichern⁶⁷. Die gesetzlichen Voraussetzungen für den Erlass der Genehmigung sind jedoch bei Ermessensvorschriften vielfach nicht ausdrücklich normiert, so z. B. in Baden-Württemberg (vgl. §§ 8, 15 DSchG BW). Aus der systematischen Zusammenschau der Vorschriften des jeweiligen Gesetzes kann sich ergeben, dass die Ausführung der Ausgrabung ausgerechnet durch die Denkmalfachbehörde im überwiegenden öffentlichen Interesse ist⁶⁸.

Etwas anderes gilt dann, wenn die Nebenbestimmung nicht auf § 36 Abs. 1 oder Abs. 2 VwVfG, sondern auf eine abweichend formulierte landesrechtliche Ermächtigungsgrundlage gestützt wird. So kann z. B. in Niedersachsen die Genehmigung für die Zerstörung oder Veränderung eines Kulturdenkmals – auch eines Bodendenkmals – unter Bedingungen oder mit Auflagen erteilt werden, soweit dies erforderlich ist, um die Einhaltung des Denkmalschutzgesetzes zu sichern (§ 10 Abs. 3 Satz 2 DSchG Nds.). Speziell für eine Ausgrabungsgenehmigung enthält § 12 Abs. 2 Satz 2 DSchG Nds. eine Ermächtigungsgrundlage für Nebenbestimmungen, wobei zugleich aus § 12 Abs. 2 Satz 1 hervorgeht, dass die Genehmigung zu versagen ist, soweit die Maßnahme Forschungsvorhaben des Landes beeinträchtigen würde. Wenn der Gesetzgeber die Forschungstätigkeit des Staates für einen derart gewichtigen öffentlichen Belang hält⁶⁹, dass er als Versagungsgrund taugt, dann lässt sich darauf im Zweifel auch eine Nebenbestimmung stützen, die staatlichen Forschungsstellen einen Vorrang bei einer Rettungsgrabung einräumt.

Verhältnis zu anderen Gestattungstatbeständen

Planfeststellung

Die Frage nach dem Verhältnis der denkmalrechtlichen Genehmigungspflicht zur Genehmigungswirkung eines Planfeststellungsbeschlusses führt in der Praxis dann zu Unsicherheiten, wenn es um das Schicksal von Bodendenkmälern geht, die bei planfestgestellten Bauvorhaben erst im Zuge der Bauausführung zutage kommen. Grundsätzlich stellt ein Planfeststellungsbeschluss gem. § 75 Abs. 1 Satz 1 erster Halbsatz VwVfG die Zulässigkeit des

⁶³ J. Oebbecke, Private Unternehmen in der Bodendenkmalpflege. Die Rechtswissenschaftliche Perspektive. Arch. Inf. 21,2, 1998, 217; 221.

⁶⁴ Oebbecke (Anm. 60) 65.

⁶⁵ Ebd., siehe auch Stellungnahme des Kommunalwissenschaftlichen Instituts der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster zum Entwurf des Änderungsgesetzes zum DSchG NRW: Landtag Nordrhein-Westfalen, 16. Wahlperiode, Stellungnahme 16/782, 2.

⁶⁶ Maßgeblich ist, ob nach dem jeweils einschlägigen Gesetz bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen ein Genehmigungsanspruch besteht, vgl. Störmer (Anm. 46) § 36 VwVfG RdNr. 69.

⁶⁷ Ebd. RdNr. 76.

⁶⁸ Für die Rechtslage in Baden-Württemberg wird gelegentlich ein Nachforschungsvorrecht des Landes angenommen, vgl. H. Strobl/H. Sieche, Denkmalschutzgesetz für Baden-Württemberg. Kommentar und Vorschriftensammlung³. Rechtswiss. u. Verwaltung Kommentare (Stuttgart 2010) § 21 RdNr. 5.

⁶⁹ Vgl. hierzu H. K. Schmaltz in: H. K. Schmaltz/R. Wiechert (Hrsg.), Niedersächsisches Denkmalschutzgesetz. Kommentar² (München 2012) § 12 RdNr.19–21, hierzu kritisch: H. Krischok, Der rechtliche Schutz des Wertes archäologischer Kulturgüter. Beitr. Grundfragen Recht 17 (Göttingen 2016) 137 f.

Vorhabens in Bezug auf alle von ihm berührten öffentlich-rechtlichen Belange fest, einschließlich der Belange des Denkmalschutzes. Weitere öffentlich-rechtliche Gestaltungen, einschließlich der denkmalrechtlichen Genehmigung für die Beseitigung oder Veränderung von Bodendenkmälern im Plangebiet, sind gem. § 75 Abs. 1 Satz 1 zweiter Halbsatz neben der Planfeststellung nicht erforderlich, sondern werden von dieser eingeschlossen⁷⁰. Dieser Umstand steht der denkmalrechtlichen Genehmigungspflicht jedoch nur entgegen, soweit im Planfeststellungsbeschluss eine abschließende Regelung getroffen wurde. Das nordrhein-westfälische Oberverwaltungsgericht hat erst für das wasserrechtliche⁷¹ und dann für das straßenrechtliche⁷² Planfeststellungsverfahren entschieden, dass ein Planfeststellungsbeschluss grundsätzlich keine negative Feststellung dahingehend enthält, dass im Plangebiet keine Bodendenkmäler bzw. – wenn Bodendenkmäler bekannt sind – keine weiteren Bodendenkmäler existieren. Dementsprechend beziehen sich die denkmalschutzrechtlichen Regelungen, die dem Planfeststellungsbeschluss typischerweise als Nebenbestimmungen beigelegt werden, ausschließlich auf die Objekte, die zum Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung bekannt waren und in die Abwägung der widerstreitenden privaten und öffentlichen Belange einbezogen wurden. Werden jedoch bei der Realisierung der planfestgestellten Maßnahme neue Bodendenkmäler entdeckt, ist weder deren förmliche Unterschutzstellung ausgeschlossen noch deren Beseitigung genehmigungsfrei. Dabei geht zwar die Entscheidung über die Beseitigung des Denkmals im Wege der Konzentrationswirkung auf die Planfeststellungsbehörde über⁷³; diese ist jedoch gehalten, der geänderten Sachlage durch geeignete Vorkehrungen, etwa zusätzliche Nebenbestimmungen, Rechnung zu tragen.

Grabungsgenehmigung

Auch das Verhältnis der denkmalrechtlichen Genehmigung zu der in den meisten Denkmalschutzgesetzen separat geregelten archäologischen Nachforschungsgenehmigung wirft in der Praxis Fragen auf⁷⁴. Gegenstand der Genehmigungspflicht bei einer Nachforschungsgenehmigung sind typischerweise (auch) Ausgrabungen⁷⁵, die

in aller Regel eine vollständige oder partielle Zerstörung des Bodendenkmals implizieren, für die wiederum stets eine denkmalrechtliche Zerstörungsgenehmigung erforderlich ist. Jedenfalls dort, wo die Entscheidungskompetenz unterschiedlichen Behörden zugewiesen wird⁷⁶ und die Genehmigungstatbestände gerade auf der Rechtsfolgenseite unterschiedlich formuliert sind⁷⁷, liegt die Vermutung nahe, dass der Gesetzgeber hier von parallel bestehenden Genehmigungserfordernissen ausgegangen ist. In der Kommentarliteratur lässt sich zu dieser Frage keine einheitliche Linie ausmachen: Einerseits wird bei Auseinanderfallen der Genehmigungsbehörden angenommen, dass die Grabungsgenehmigung die gleichzeitig für den Eingriff in das Bodendenkmal erforderliche Genehmigung ersetzt⁷⁸, andererseits wird im umgekehrten Fall der Behördenidentität vertreten, es seien zwei verschiedene Genehmigungen notwendig⁷⁹.

Für die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen ist in der Vergangenheit versucht worden, die Abgrenzung zwischen § 9 Abs. 1 a DSchG (Zerstörungserlaubnis) und § 13 DSchG (Ausgrabungserlaubnis) anhand des subjektiven Moments vorzunehmen, wonach einer Ausgrabungserlaubnis nur bedarf, wer aus kulturellen oder wissenschaftlichen Gründen nach Bodendenkmälern graben will, nicht jedoch wer im Bereich des Bodendenkmals aus anderen, etwa wirtschaftlichen, Gründen Erdingriffe vornehmen will⁸⁰. Diese Deutung widerspricht allerdings dem in der Begründung zum Gesetzesentwurf dokumentierten Willen des Gesetzgebers: Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt sollte hiernach sowohl für planmäßige Ausgrabungen als auch für sonstige Erdarbeiten gelten, „wenn der Grabende weiß oder annehmen muss, dass in dem Grundstück Denkmäler liegen“⁸¹. Auch das VG Aachen ist 1994 aufgrund einer systematischen Zusammenschau

⁷⁶ So ist in Baden-Württemberg (§ 21 DSchG BW) und Hessen (§ 22 HDSchG) für die Erteilung einer Grabungsgenehmigung die Denkmalfachbehörde zuständig, während die Erteilung der denkmalrechtlichen Genehmigung der Unteren Denkmalschutzbehörde obliegt. In Nordrhein-Westfalen entscheidet die Untere Denkmalbehörde über die Zerstörung oder Veränderung eines Bodendenkmals (§ 9 Abs. 1 a DSchG NRW), die Obere Denkmalbehörde dagegen über die Zulassung der Ausgrabung (§ 13 DSchG NRW).

⁷⁷ So hat der Gesetzgeber in Hessen die denkmalrechtliche Genehmigung (§ 18 HDSchG) als eine gebundene Vorschrift mit ausdrücklich aufgeführten Genehmigungsgründen, die Grabungsgenehmigung (§ 22 HDSchG) dagegen als eine Ermessensvorschrift ohne dezidierte Entscheidungsvoraussetzungen konzipiert.

⁷⁸ So für die Rechtslage in Baden-Württemberg: O. Morlock in: G. Hager/F. Hammer/O. Morlock/D. Zimdars/D. Davydov, Denkmalrecht Baden-Württemberg, Kommentar² (Wiesbaden 2016) § 21 RdNr. 8.

⁷⁹ So für Niedersachsen: A. Kleine-Tebbe in: A. Kleine-Tebbe/D. Martin, Denkmalrecht Niedersachsen, Kommentar² (Wiesbaden 2013) Erl. 1.3 zu § 12.

⁸⁰ Vgl. A. Gumprecht, Bodendenkmäler im Genehmigungsverfahren. Neujahrsgruß Münster 2007. Jahresber. 2006, 138 f.; VG Düsseldorf (Anm. 50).

⁸¹ Landtag NRW, 8. Wahlperiode, Drucksache 8/4492, 7.

⁷⁰ Vgl. Rabeling (Anm. 36) 36; 99 f.

⁷¹ OVG NRW, Urteil v. 20.09.2011 – 10 A 2611/09 –, NRWE.

⁷² OVG NRW, Urteil v. 14.12.2016 – 10 A 1445/15 –, juris.

⁷³ Dies entzieht der verbreiteten Auffassung die Grundlage, dass in der Realisierungsphase eines Bauvorhabens entdeckte Bodendenkmäler nicht anders geschützt werden könnten als im Wege ihrer Bergung und Dokumentation durch die zuständige Denkmalbehörde und auf deren Kosten.

⁷⁴ Diese Frage stellt sich in Bayern nicht, da hier Eingriffe in Baudenkmäler und in Bodendenkmäler separat geregelt sind.

⁷⁵ Siehe den Beitrag von D. Davydov, „Jeder kann graben“? in diesem Band, 70 f.

der §§ 9, 13 und 15 DSchG NRW zu einer abweichenden Auffassung gelangt: Die Erlaubnispflicht nach § 13 DSchG bestehe auch dann, wenn aus wirtschaftlichen Gründen Bodeneingriffe in einem Bereich vorgenommen werden, in dem nachweislich ein Bodendenkmal vorhanden ist und Bestandteile des Bodendenkmals aufgefunden werden⁸². Die Ausgrabungserlaubnis werde auch nicht durch die vorangegangene denkmalrechtliche Erlaubnis der Unteren Denkmalbehörde nach § 9 DSchG ersetzt, mit der die Baumaßnahme als solche – im konkreten Fall: die Verlegung einer Gasleitung im Bereich des Jülicher Brückenkopfs – gestattet worden war. Denn diese war lediglich mit den allgemein formulierten Nebenbestimmungen versehen gewesen, beim Antreffen archäologischer Substanz diese zu sichern und zu erhalten bzw. die Kosten der erforderlichen archäologischen Untersuchungen zu tragen. Daraus ergibt sich für das Verhältnis der Erlaubnistatbestände im nordrhein-westfälischen Denkmalrecht, dass bei Bauvorhaben, die zu Eingriffen in Bodendenkmäler führen, im Rahmen der denkmalrechtlichen Erlaubnis – oder im Rahmen der diese ersetzenden sonstigen Genehmigung oder Planfeststellung – zunächst nur über den Eingriff als solchen sowie die Notwendigkeit einer archäologischen Kompensation entschieden wird⁸³. Die konkrete Ausgestaltung der archäologischen Kompensationsmaßnahmen – also Art und Umfang der Rettungsgrabung – ist demgegenüber der gesonderten Entscheidung nach § 13 DSchG vorbehalten, wobei es nicht darauf ankommt, ob der Antrag vom Unternehmer selbst gestellt wird oder von der von diesem beauftragten Fachfirma.

Fazit

Die Behandlung der Bodendenkmäler in Genehmigungsverfahren leidet in der Praxis mitunter an der Grundvorstellung, das Vorhandensein eines Bodendenkmals auf dem Vorhabengrundstück sei grundsätzlich ein über-

⁸² VG Aachen, Urteil v. 30.08.1994 – 5 K 3521/92.

⁸³ So auch Oebbecke/Haibt (Anm. 61) 37 f. 39.

windbares Hindernis, das durch archäologische Untersuchungen ausgeräumt werden kann. Dies hat zur Folge, dass in behördlichen Entscheidungsprozessen bei Bodendenkmälern – anders bei Baudenkmalen – die Frage nach dem „Ob“ ihrer Zerstörung mitunter übersprungen wird und die Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit eines Vorhabens sich auf die Frage des Umfangs und der Kosten einer Rettungsgrabung beschränkt. Eine solche Ungleichbehandlung des archäologischen und des baukulturellen Erbes ist jedoch weder den Denkmalschutzgesetzen noch den internationalen Grundsatzdokumenten der Denkmalpflege noch den internationalen Konventionen, denen die Bundesrepublik Deutschland beigetreten ist, immanent.

Die einschlägigen Genehmigungsvorschriften gewähren Bodendenkmälern zwar keinen absoluten Schutz – ein solcher wäre auch aus verfassungsrechtlicher Sicht weder geboten noch durchsetzbar. Sie bieten aber den zuständigen Behörden unterm Strich ein auskömmliches Instrumentarium, um typische Gefahren für das archäologische Erbe immer dann abzuwehren, wenn die Interessen, die diese Gefahren erzeugen, keinen unabweisbaren Charakter haben.

Abstract

The article deals with permission procedures adopted in Germany in order to protect archaeological heritage. It focusses on weighing conflicting public and private interests by specialized authorities. The central question is: When do authorities have to permit destruction, degradation or alteration of archaeological monuments and sites and how can they ensure that the interests of archaeological heritage are at least partially respected? German administrative law generally allows issuing ancillary provisions to ensure that approval requirements are met. The article examines to which extent various ancillary provisions are suitable to take account of the requirements of archaeological heritage such as prospections, rescue excavations and the fulfillment of quality standards.

Geschichtsforschung trifft auf Betongold – Bodendenkmalpflege und Eigentumsgrundrecht

Von Jörg Spennemann

[Die folgenden Seiten sind aus urheberrechtlichen Gründen nicht online.]

Zumutbarkeit bei Grabungs- und Dokumentationskosten – Gibt es Grenzen der Kostentragungspflicht für die öffentliche Hand?

Von Bianca Petzhold

Einleitung

In allen Bundesländern stellt sich die Frage der Kostentragung für Maßnahmen der Bodendenkmalpflege. Dabei steht bei der vorliegenden Untersuchung die Kostentragung im Fall der Zerstörung eines (vermuteten) Bodendenkmals im Vordergrund. Soweit die Kostentragung für Prospektionsmaßnahmen, „also Untersuchungen zur Erfassung und Erkundung von Bodendenkmälern“¹ in Rede steht, ist nicht abschließend geklärt – und nicht zuletzt anhand der einzelnen landesrechtlichen Gesetzesformulierungen – zu beurteilen, ob diese auf den Veranlasser delegiert werden können². Hinsichtlich der Kostentragungspflicht für archäologische Grabungen und deren Dokumentationen ist ein Potpourri an Regelungsansätzen in den einzelnen Bundesländern auszumachen³. So sind Regelungen zu finden, bei denen die Kostentragung für die Erhaltung, Bergung und Dokumentation für alle Arten von Denkmälern umfassend

in einer Vorschrift geregelt wird⁴. Zum Teil wird in einzelnen Ländern von einem ungeschriebenen Veranlasserprinzip ausgegangen, sodass im Bereich der Bodendenkmäler gesetzliche Regelungen zur Kostentragung fehlen⁵; in wieder anderen Ländern differenzieren die Denkmalschutzgesetze zwischen der Erhaltungspflicht und deren Kostentragung sowie der Kostentragung bei Eingriffen in Bau- und Bodendenkmäler⁶. Die Kostentragungspflicht des Veranlassers ist indes auf das Zumutbare zu begrenzen: Dies folgt entweder schon direkt aus den gesetzlichen Formulierungen⁷ oder den aus dem Eigentumsgrundrecht abgeleiteten Grundsätzen⁸. Neben der Problematik, den unbestimmten Rechtsbegriff der Unzumutbarkeit auszufüllen⁹, ist auch die hier zu untersuchende Frage der Anwendbarkeit dieser Unzumutbarkeitsgrenze auf die öffentliche Hand aufzuwerfen¹⁰.

1 D. Davydov in: D. Davydov/E.-R. Hönes/Th. Otten/B. Ringbeck, Denkmalschutzgesetz Nordrhein-Westfalen. Kommentar⁵ (Wiesbaden 2016) § 29 RdNr. 13.

2 Ebd. Soweit es um den Nachweis von Genehmigungsvoraussetzungen geht, legt eine umfassende Kostentragungspflicht – ohne Berücksichtigung einer Zumutbarkeit – zugrunde: J. Spennemann in D. Martin/M. Krautzberger (Begr.), Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege⁴, hrsg. von D. Davydov u. J. Spennemann (München 2017) Teil F RdNr. 41. Für eine Anwendbarkeit der Kostentragungspflicht und der Zumutbarkeitsgrenze von § 29 DSchG NRW für Nordrhein-Westfalen: D. Davydov (Anm. 1). Siehe auch der gemeinsame Runderlass des Ministeriums für Bauen, Wohnen, Stadtentwicklung und Verkehr, des Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand und Handwerk und des Ministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz vom 01.02.2016 betreffend Berücksichtigung des Bodendenkmalschutzes bei der Umweltverträglichkeitsprüfung in Verfahren zur Zulassung oder Genehmigung von Abgrabungen und in bergrechtlichen Planfeststellungsverfahren (Gewinnung nicht-energetischer oberflächlicher Rohstoffe), MBl. NRW. 2016 S. 107, Ziff. 3. Bejahend für Sachsen-Anhalt: OVG LSA, Urteil v. 26.07.2012 – 2 L 154/10 –, juris.

3 T. Kemper, Kostentragungspflicht und Zumutbarkeit für Verursacher im novellierten Denkmalschutzgesetz von Nordrhein-Westfalen im Vergleich mit den übrigen Bundesländern. Arch. Inf. 38, 2015, 353; Spennemann (Anm. 2) Teil D RdNr. 109; S. Mieth/J. Spennemann, Die Zumutbarkeit im Denkmalrecht². Recht u. Verwaltung (Stuttgart 2017) 75.

4 So beispielhaft: § 7 BbgDSchG; § 6 Abs. 5 DSchG MV; § 7 Abs. 5 HbgDSchG; § 18 Abs. 5 HDSchG; zu dieser umfassenden Formulierung des Verursacher- bzw. Veranlasserprinzips auch: Spennemann (Anm. 2).

5 So in Bayern und Baden-Württemberg; ausführlich dazu: Kemper (Anm. 3) 361.

6 So § 29 Abs. 1 DSchG NRW; eine solche Kostentragungspflicht lehnte das OVG NRW vor der Novellierung des Denkmalschutzgesetzes im Jahr 2013 ab, da vormalig eine gesetzliche Regelung für das Veranlasserprinzip in diesen Fällen nicht vorhanden war und das Gericht ohne gesetzliche Regelung die Aufgabenzuweisung für die Durchführung von Grabungen nach § 22 Abs. 3 Nr. 4 DSchG NRW allein bei den Denkmalfachbehörden sah, vgl. Urteil v. 20.09.2011 – 10 A 1995/09 –, juris; dazu auch Mieth/Spennemann (Anm. 3).

7 So beispielsweise: § 29 Abs. 1 DSchG NRW; § 14 Abs. 9 DSchG LSA; § 7 Abs. 3 BbgDSchG.

8 So schon das BVerfG zur Altlastensanierung: Beschluss v. 16.02.2000 – 1 BvR 242/91 –, juris. Die unmittelbar aus dem Eigentumsrecht fußenden Grundätze sind auch ohne einfachrechtliche Regelung – und auch im Denkmalrecht – anwendbar: vgl. Mieth/Spennemann (Anm. 3) 19.

9 Dazu Spennemann (Anm. 2) Teil F RdNr. 41–43; aus der Rechtsprechung: OVG LSA, Urteil v. 16.06.2010 – 2 L 292/08 –, juris.

10 Zur Problematik der Zumutbarkeitsgrenze und der öffentlichen Hand mit Schwerpunkt auf die Erhaltung von (Bau-)Denkmälern: Mieth/Spennemann (Anm. 3) 38 ff.; Spennemann (Anm. 2) Teil F RdNr. 28 ff.; Davydov (Anm. 1) § 7 RdNr. 34, 35; sowie zur Zumutbarkeit im Rahmen von § 29 DSchG: Davydov (Anm. 1) § 29 RdNr. 24.

Zunächst scheint die Antwort auf diese Frage klar und eindeutig in dem Sinne, dass sich die öffentliche Hand grundsätzlich nicht auf eine Zumutbarkeitsgrenze berufen könne, da die Zumutbarkeitsgrenze vor einer unverhältnismäßigen Eigentumsbelastung schützen soll¹¹. Nicht zuletzt ein aktuelles Urteil des OVG NRW aus dem Jahr 2016 gebietet aber eine differenzierte Auseinandersetzung¹². Das OVG NRW hat in diesem Urteil geprüft, ob es Anhaltspunkte dafür gibt, dass in dem zu entscheidenden Fall die Kosten für die archäologischen Maßnahmen den in § 29 DSchG NRW vorgegeben Rahmen des Zumutbaren übersteigen. Dies verwundert insofern, als es sich bei der Klägerin um das Land NRW, vertreten durch eine Landesbehörde, handelte. Das Gericht problematisiert nicht, ob die Zumutbarkeitsgrenze Anwendung findet, sondern prüft unmittelbar, ob dieser Rahmen des Zumutbaren im vorliegenden Fall überschritten wurde¹³. Ob daraus eine abschließende Positionierung des Oberverwaltungsgerichts abgeleitet werden kann, mag zweifelhaft sein. Zumindest sollte es Anlass für eine nähere Prüfung dieser Fallkonstellationen geben.

Die Zumutbarkeit als Korrektiv

Bei dem Begriff der Zumutbarkeit handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der einer Ausfüllung bedarf¹⁴. Der Begriff findet sich in den unterschiedlichsten Rechtsgebieten und Zusammenhängen¹⁵ und weist auch im Denkmalrecht keine einheitliche Begriffsbestimmung auf¹⁶. In der Rechtsprechung wird zudem zwischen der wirtschaftlichen und der sonstigen Zumutbarkeit differenziert¹⁷. Bei der Kostentragung für archäologische Grabungen und deren Dokumentationen steht dabei in der Regel die wirtschaftliche Zumutbarkeit im Vordergrund. Im Übrigen sind schutzwürdige Belange des Grundstückseigentümers und des Vorhabenträgers „grundsätzlich bereits bei der Festlegung des Umfangs und der Dauer der erforderlichen wissenschaftlichen Untersuchungen zu berücksichtigen“¹⁸. Die Frage der notwendigen wissenschaftlichen Untersuchungen ist

dabei einer eigenen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterziehen.

Die Zumutbarkeit dient als Korrektiv, um unverhältnismäßige Eingriffe in die Grundrechte, insbesondere in die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG, zu verhindern¹⁹. Zum Ausdruck kommt dies in der folgenden Definition der Zumutbarkeit: „Zumutbar ist das vom Denkmalschutzgesetz angesonnene Verhalten dann, wenn eine Abwägung aller subjektiven Gesichtspunkte unter Berücksichtigung der objektiven Lage und unter Berücksichtigung des Verfassungsgrundsatzes von der Sozialbindung des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 S. 1 GG) ergibt, dass ein solches Verhalten in Fällen dieser Art billigerweise verlangt werden kann“²⁰. Als Anknüpfungspunkt kommt demnach zum einen der Grundrechtsschutz des Art. 14 GG als auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – gegebenenfalls als selbstständiger allgemeiner Rechtsgrundsatz – in Betracht. Ist es daher nicht denkbar, dass die Zumutbarkeitsgrenze als Ausprägung eines verfassungsrechtlich eigenständigen Grundsatzes auch für die öffentliche Hand Anwendung findet?

Bei der folgenden Untersuchung, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Berufung auf eine Zumutbarkeitsgrenze durch die öffentliche Hand zulässig ist, wird sowohl auf den Rechtsprechungs- und Streitstand innerhalb des Denkmalrechts als auch außerhalb des Denkmalrechts – mit Schwerpunkt auf dem Bundesbodenschutzrecht – Bezug genommen. Innerhalb des Denkmalrechts ist zu differenzieren zwischen den Erhaltungskosten für Denkmäler sowie den Kosten für die „Sekundärsicherung“ im Fall deren Zerstörung. Rechtsprechung und Literatur weisen einen Schwerpunkt mit Blick auf die Erhaltungspflichten auf. Die Überlegungen und Grundsätze zu der Frage, ob für die öffentliche Hand im Rahmen ihrer Erhaltungspflicht eines Denkmals oder im Rahmen der Zustandsstörerhaftung nach dem Bundesbodenschutzgesetz die Geltendmachung einer Zumutbarkeitsgrenze möglich ist, können parallel auf den Bereich der Grabungs- und Dokumentationskosten für archäologische Maßnahmen übertragen werden²¹.

¹¹ So wohl ohne Einschränkung: D. J. Martin in: G. Hager/F. Hammer/D. Zimdars/D. Davydov/D. J. Martin, *Denkmalrecht Baden-Württemberg. Kommentar*¹ (Wiesbaden 2011) Erl. 6.1 zu § 24; dazu unter Berücksichtigung der kommunalen Selbstverwaltung: Davydov (Anm. 1) § 29 RdNr. 24.

¹² OVG NRW, Urteil v. 14.12.2016 – 10 A 1445/15 –, juris.

¹³ Ebd.

¹⁴ Spennemann (Anm. 2) Teil F RdNr. 2.

¹⁵ Dazu ausführlich Mieth/Spennemann (Anm. 3) 30 ff.

¹⁶ Statt aller: Ebd. 30.

¹⁷ Dazu A. Kleine-Tebbe/D. J. Martin in: *Praxis der Kommunalverwaltung Niedersachsen. Denkmalrecht*. G 11 Nds. (Wiesbaden 2015), Ziff. 2, 2.1; Martin (Anm. 11).

¹⁸ Davydov (Anm. 1) § 29 RdNr. 19.

¹⁹ Vgl. VG Weimar, Urteil v. 22.03.2006 – 1 K 3684/03.We –, juris; Davydov (Anm. 1) § 29 RdNr. 24.

²⁰ Spennemann (Anm. 2) Teil F RdNr. 3.

²¹ So hinsichtlich der Parallele zwischen den Kosten für die Erhaltung und den Kosten für Grabungs- und Dokumentationskosten auch: Kemper (Anm. 3) 359. Es gilt aber die Art der behördlichen Entscheidung zu beachten. So ist je nachdem, ob es sich um eine gebundene oder um eine Ermessensentscheidung handelt, hinsichtlich des Anknüpfungspunktes für eine Prüfung der Zumutbarkeit zu unterscheiden. Zur Berücksichtigung der Belange der Gemeinde im Fall einer Ermessensentscheidung: Spennemann (Anm. 3) 44; im Fall einer Abrissgenehmigung: ThürOVG, Urteil vom 16.01.2008 – 1 KO 717/06 –, juris.

Die Zumutbarkeit als Ausdruck der Eigentumsgarantie

Eine einheitliche Linie kann klar dahingehend ausgemacht werden, dass eine Anwendung der Zumutbarkeitsgrenze grundsätzlich dann ausscheidet, wenn der Zumutbarkeitsvorbehalt allein als Grenze von unverhältnismäßigen Grundrechtseingriffen bewertet wird²². Leitet man den Zumutbarkeitsvorbehalt allein aus Art. 14 GG ab, scheidet dessen Anwendbarkeit aus, da der Staat mit seinen Untergliederungen²³ nicht Träger der Grundrechte sein kann²⁴. Dies betrifft auch Gemeinden und kommunale Gebietskörperschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts²⁵. Art. 14 GG schützt das Eigentum Privater, nicht das Privateigentum²⁶. Es wird zum Teil vielmehr betont, dass die Gemeinden und Gebietskörperschaften in der Regel mittels Landesverfassung eine besondere Erhaltens- und Schutzpflicht treffen, sodass die Maßstäbe schon aus diesem Grund strenger sein müssten als bei Privaten²⁷.

Die Ausformung der Grundrechte dient dem Schutz des Privaten vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt²⁸. Der Staat ist Adressat und nicht Berechtigter der Grundrechte²⁹. Diesem Grundsatz steht auch nicht Art. 19 Abs.

3 GG entgegen, der normiert, dass die Grundrechte auch für inländische juristische Personen gelten, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind³⁰. Das Bundesverfassungsgericht hat grundsätzlich verneint, dass auch juristische Personen des öffentlichen Rechts Inhaber materieller Grundrechte sein können³¹. Dies hat es sowohl für den Bereich entschieden, in dem juristische Personen öffentliche Aufgaben wahrnehmen³², als auch außerhalb des Bereiches der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben³³. Der Staat sehe sich nicht der gleichen „grundrechtstypischen Gefährdungslage“ gegenüber wie der einzelne Eigentümer³⁴. Für den Fall, dass sich der Staat privatrechtlicher Organisationsformen bedient, gilt Gleiches, wenn dieser mehrheitlich Anteilseigner ist³⁵: Das bedeutet, dass staatliche Unternehmen in privater Rechtsform (alle Anteile in staatlicher Hand) und gemischt-wirtschaftliche Unternehmen (Anteile mehrheitlich in staatlicher Hand) sich ebenfalls nicht auf Art. 14 GG berufen können³⁶. Dies gilt auch für mittelbare Mehrheitseignerschaften³⁷.

Da die Eigentumsgarantie für juristische Personen des öffentlichen Rechts als Anknüpfungspunkt für einen Zumutbarkeitsvorbehalt damit ausscheidet, gilt es zu klären, ob – unabhängig davon, ob sie sich auf Art. 14 GG berufen können – eine (andere) Grenze für die wirtschaftliche Zumutbarkeit greift.

²² VG Cottbus, Urteil v. 19.06.2014 – 3 K 73/13 –, n. v.; BayVG, Urteil v. 27.09.2007 – 1 B 00.2474 –, juris, Rn. 51 ff.; VG Regensburg, Urteil v. 20.01.2011 – RO 7 K 09.1518 –, juris, RdNr. 46 mit Verweis auf die Hinweise des Bayerischen Staatsministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst vom 14.01.2009; D. Upmeier in: P. A. Memmesheimer/D. Upmeier/H. D. Schönstein, Denkmalrecht Nordrhein-Westfalen². Kommunale Schr. Nordrhein-Westfalen 46 (Köln 1989) § 7 RdNr. 12; Davydov (Anm. 1) § 29 RdNr. 24; Spennemann (Anm. 2) Teil F RdNr. 28; ThürOVG (Anm. 21) RdNr. 32.

²³ Vgl. Mieth/Spennemann (Anm. 3) 38 f.

²⁴ Zur Zumutbarkeit: K. Füßer/S. Kreuter, Die Abbruchgenehmigung im Denkmalrecht der neuen Bundesländer. Landes- und Kommunalverwaltung (LKV) 2008, 108; ThürOVG (Anm. 21) RdNr. 33; Spennemann (Anm. 2) Teil F RdNr. 28; Davydov (Anm. 1) § 7 RdNr. 34–35, § 29 RdNr. 24.

²⁵ BVerfG, Beschluss v. 08.07.1982 – 2 BvR 1187/80 –, NJW 1982, 2173–2177; S. Werres, Kommunale Selbstverwaltung und denkmalrechtliche Anordnungen. Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 2005, 20; B. Remmert in: Th. Maunz/G. Dürig (Begr.), Grundgesetz. Loseblatt-Kommentar, 79. Ergänzungsflg. – Stand 12/2016 (München 2016) Art. 19 Abs. 3 GG, RdNr. 44; H. Dreier in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II: Artikel 20–82³ (Tübingen 2015) Art. 28 RdNr. 79.

²⁶ BVerfG (Anm. 25) 2173.

²⁷ Zu Art. 34 Abs. 2 der Verfassung des Landes Brandenburg: VG Cottbus (Anm. 22); zu Art. 36 Abs. 4 der Landesverfassung des Landes Sachsen-Anhalt: OVG LSA, Urteil v. 18.08.2016 (Anm. 38) RdNr. 56; Art. 18 Abs. 2 Landesverfassung des Landes Nordrhein-Westfalen. Dazu insgesamt: Werres (Anm. 25) 21.

²⁸ Dazu statt aller: Ch. Enders in: V. Epping/Ch. Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, Edition 33 Stand 01.06.2017, Art. 19 RdNr. 45. Siehe: https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fkomm%2Fbeckok_33_bandverfr%2Fcont%2Fbeckok.verfr.htm (Zugriff: 16.10.2017).

²⁹ BVerfG, Beschluss v. 02.05.1967 – 1 BvR 578/63 –, NJW 1967, 1411.

³⁰ BVerfG (Anm. 25) 2173.

³¹ Ebd. Zu den Ausnahmefällen, in denen eine Grundrechtsträgerschaft für juristische Körperschaften des öffentlichen Rechts bejaht wird, zählen öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften, Universitäten mit Blick auf Art. 5 Abs. 3 GG, öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten mit Blick auf Art. 5 Abs. 1 S. 1, Art. 10 GG; vgl. hierzu statt aller: M. Sachs in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar⁷ (München 2014) Art. 19 RdNr. 91.

³² BVerfG, Beschluss v. 02.05.1967 – 1 BvR 578/63 –, NJW 1967, 1411; Beschluss v. 07.06.1977 – 1 BvR 108, 424/73, 226/74 –, NJW 1977, 1960; zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Private siehe: B. Remmert in: Maunz/Dürig (Anm. 25) Art. 19 Abs. 3 GG RdNr. 44.

³³ BVerfG (Anm. 25) 2173.

³⁴ BVerfG, Beschl. v. 07.06.1977 – 1 BvR 108, 424/73, 226/74 –, NJW 1977, 1960; Sachs (Anm. 31) Art. 19 RdNr. 91; zum Einsatz privatrechtlicher Organisationsformen durch öffentlich-rechtliche Einrichtungen: H. D. Jarass in: H. D. Jarass/B. Pieroth (Bearb.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar¹³. Gelbe Erläuterungsb. (München 2014) Art. 19 RdNr. 18–19.

³⁵ Siehe dazu statt aller: Mieth/Spennemann (Anm. 3) 41. Eine nachträgliche Beteiligung des Staates soll nach Spennemann unerheblich sein, wenn dieses Unternehmen nicht mit staatlichen Aufgaben betraut wird. Fraglich ist, was bei einer Beteiligung unterhalb der Mehrheit, aber bestehender Sperrminorität gilt. Gegebenenfalls ist hier auf die jeweilige Satzung der Gesellschaft abzustellen.

³⁶ SächsOVG, Urteil v. 17.04.2016 – 1 A 265/14 –, juris; Mieth/Spennemann (Anm. 3) 40. Als nicht grundrechtsfähig hinsichtlich Art. 14 GG führt Spennemann auf: Träger der Sozialversicherung, Sparkassen, Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, Vereinigungen wie IHK, berufsständische Kammern, Siedlungsverbände, Jagd- und Fischereigenossenschaften; je nach Stand der Privatisierung auch die Deutsche Bahn AG.

³⁷ Mieth/Spennemann (Anm. 3) 41.

Die Gewährleistung einer Zumutbarkeitsgrenze durch Landesrecht?

Fraglich ist, ob ein Zumutbarkeitsvorbehalt für öffentlich-rechtliche Körperschaften durch einfaches Gesetzesrecht zugewiesen werden kann. Zum Teil sind Ansätze für diesen Standpunkt auszumachen. Danach sei davon auszugehen, dass im Fall einer umfassenden einfachrechtlichen Zumutbarkeitsregelung, die gleichermaßen für die öffentliche Hand und Private gilt, die Zumutbarkeitsgrenze auch für die öffentliche Hand Anwendung findet³⁸. Dies vertritt das OVG Magdeburg in zwei seiner Entscheidungen³⁹. Es schließt aus der Streichung des § 10 Abs. 7 DSchG LSA, der die fehlende Grundrechtsfähigkeit der öffentlichen Hand und die daraus folgende Unanwendbarkeit der Zumutbarkeitsgrenze einfachrechtlich wiederholte, dass nunmehr konkrete Erhaltungsmaßnahmen auch gegenüber juristischen Personen des öffentlichen Rechts nur dann von der Denkmalbehörde angeordnet werden können, wenn die Erhaltung den Eigentümer nicht unzumutbar belastet, obwohl sich die juristischen Personen des öffentlichen Rechts nicht auf den Eigentumsschutz des Art. 14 GG berufen können⁴⁰. Dabei zieht das Gericht die Gesetzesbegründung des Landesgesetzgebers zur Aufhebung des § 10 Abs. 7 DSchG LSA durch Art 2 des Dritten Investitionserleichterungsgesetzes vom 20.12.2005⁴¹ heran⁴². Die Begründung argumentiert dabei, dass es Gemeinden oder Gemeindeverbänden angesichts knapper öffentlicher Kassen schwerer falle, die bestehenden Erhaltungspflichten an denkmalgeschützten Gebäuden im bisherigen Umfang aufrechtzuerhalten. Daher sei die Pflicht des § 10 Abs. 7 DSchG LSA, die Erhaltungsmaßnahmen auch bei unzumutbaren Belastungen – im Sinne des § 10 Abs. 4 DSchG NW – vorzunehmen, nicht mehr vertretbar. In seiner Entscheidung aus dem Jahr 2016 hebt das Gericht aber – in Ergänzung zu seiner Entscheidung aus dem Jahre 2008 – hervor, dass sich kommunale Gebietskörperschaften an einem anderen Maßstab als private Eigentümer messen lassen müssten, da sie der Staatszielbestimmung des Art. 36 Abs. 4 LVerf gerecht werden müssen⁴³.

³⁸ Dieser Auffassung: Füßer/Kreuter (Anm. 24), 108; D. Upmeier in: Memmesheimer/Upmeier/Schönstein (Anm. 22), § 7 Rn. 12; OVG LSA, Urteil v. 18.08.2016 – 2 L 65/14 –, juris, RdNr. 53; Beschluss v. 20.01.2008 – 2 M 358/07 –, juris, RdNr. 17 ff; a. A.: Mieth/Spennemann (Anm. 3) 44.

³⁹ OVG LSA, Urteil v. 18.08.2016 (Anm. 38) RdNr. 53; Beschluss v. 20.01.2008 (Anm. 38) RdNr. 17 ff.

⁴⁰ OVG LSA, Urteil v. 18.08.2016 (Anm. 38) RdNr. 53; Beschluss v. 20.01.2008 (Anm. 38) RdNr. 17 ff.

⁴¹ GVBl. LSA S. 769 (801).

⁴² OVG LSA, Urteil v. 18.08.2016 (Anm. 38) RdNr. 53 mit Verweis auf LT-Drucksache. 4/2252, 273.

⁴³ In seinem Beschluss vom 20.01.2008 (Anm. 40) hat das Gericht noch uneingeschränkt ausgeführt: „Die vom Landesgesetzgeber mit der Streichung des früheren § 10 Abs. 7 DenkmSchG LSA a. F. vorgesehene Gleichstellung der öffentlichen Hand mit Privaten bedeutet, dass für juristische Personen des öffentlichen

Danach war die Klägerin zur Denkmalpflege als Gemeinwohlbelang mit hohem Rang verpflichtet. Das Gericht sieht eine Begrenzung der Erhaltungspflicht aber in den Fällen, in denen die Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden verletzt wird⁴⁴. Es verlässt damit aber den Argumentationspfad, dass die Begrenzung der Zumutbarkeit auf einfachem Recht beruhe. Zudem ist zu bedenken, dass sich auch die vormalige Regelung des § 10 Abs. 7 DSchG LSA an der Garantie des Art. 28 Abs. 2 GG messen lassen musste⁴⁵.

Es ist zu differenzieren, ob die einfachgesetzliche Zumutbarkeitsregelung allein als Ausdruck von Art. 14 GG zu verstehen ist oder Ausfluss anderer verfassungsrechtlicher Grundsätze ist. Auch in letzterem Fall wird der Zumutbarkeitsvorbehalt gerade nicht aus dem einfachen Recht gewonnen, sondern fußt auf verfassungsrechtlicher Ebene. Das einfache Recht kann gerade vor dem Hintergrund, dass die Zumutbarkeitsgrenze auf den Grundrechtsschutz des Art. 14 GG als auch auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – gegebenenfalls als selbstständiger allgemeiner Rechtsgrundsatz – zurückzuführen ist, eine entsprechende Grundlage nicht bieten, wenn diese im Widerspruch zur Wertung des Grundgesetzes steht. Soweit der Zumutbarkeitsvorbehalt auf Art. 14 GG fußt, kann einfaches Recht hier keine entgegenstehende Regelung treffen. Die Wertung des Art. 19 Abs. 3 GG greift durch; sie kann nicht aufgehoben oder geändert werden⁴⁶. Dies gebietet auch die Regelung des Art. 20 Abs. 3 GG, der die Bindung der Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung statuiert⁴⁷. Die einfachrechtlich formulierte Zumutbarkeit kann daher nur in einem auch für die öffentliche Hand zu berücksichtigenden Grundsatz – wie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – begründet sein. Als Sonderfall hinsichtlich der Gemeinden und Gemeindeverbände kann hier zudem ein Ausfluss der Selbstverwaltungsgarantie aus

Rechts – unabhängig davon, ob sie sich auf den Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG berufen können – für die wirtschaftliche Zumutbarkeit von Erhaltungsmaßnahmen an einem Denkmal die gleichen Maßstäbe gelten wie für private Eigentümer, sie also keine besondere, über die privaten Eigentümerpflichten hinausgehende Pflicht zur Erhaltung von Baudenkmalen haben“. In seiner Entscheidung aus dem Jahre 2016 (Anm. 38) führt das Gericht dann aus, dass diese vorherige Entscheidung keine kommunale Gebietskörperschaft betraf, sondern nur eine sonstige Person des öffentlichen Rechts. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass das Gericht in seiner Entscheidung aus 2008 seine Aussage explizit auf juristische Personen des öffentlichen Rechts im gesamten erstreckte. Von einer völligen Gleichstellung durch den Beschluss des OVG LSA (Anm. 38) gehen auch Mieth/Spennemann (Anm. 3) 44 aus.

⁴⁴ OVG LSA, Urteil v. 18.08.2016 (Anm. 38) RdNr. 53.

⁴⁵ Zu Art. 28 Abs. 2 GG und der Gewährleistung eines Kerngehalts siehe unten 4.

⁴⁶ So auch Mieth/Spennemann (Anm. 3) 44.

⁴⁷ Allgemein dazu: S. Huster/J. Rux in: Epping/Hillgruber (Anm. 28) Art. 20 RdNr. 165; M. Antoni in: D. Hömig/H. A. Wolff, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Handkommentar¹¹ (Baden-Baden 2006) Art. 20 RdNr. 14.

Art. 28 Abs. 2 GG zu sehen sein, die ihrerseits in enger Beziehung und in einem Wechselverhältnis zur Verhältnismäßigkeit steht⁴⁸.

Sonderfall: Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden und Gemeindeverbände

Ein Zumutbarkeitsvorbehalt könnte für Gemeinden und Gemeindeverbände aus der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG, insbesondere der Finanzhoheit, folgen. Als dogmatischer Anknüpfungspunkt kommt sowohl das Zumutbarkeitsgebot als Ausfluss des Art. 28 Abs. 2 GG als auch losgelöst von einem Zumutbarkeitsgebot die finanzielle Leistungsfähigkeit vor dem Hintergrund der Verhältnismäßigkeit in Betracht⁴⁹. So wird zum Teil vertreten, dass auch im Fall einer Einschlägigkeit von Art. 28 Abs. 2 GG der Zumutbarkeitsvorbehalt als solcher nicht gelte⁵⁰. Vielmehr gelte als Anknüpfungspunkt allein ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Selbstverwaltungsgarantie aufgrund mangelnder Leistungsfähigkeit⁵¹. Zum Teil wird vertreten, dass auch für Gemeinden im Rahmen ihres Selbstverwaltungsrechts die Zumutbarkeitsgrenze gelte⁵². Der dogmatische Anknüpfungspunkt soll hier zunächst außen vor bleiben. Es wird sich zeigen, dass die beiden Ansätze nicht im Widerspruch zueinander stehen, sondern vielmehr miteinander in Einklang gebracht werden können⁵³.

Es kann festgehalten werden, dass mehrheitlich davon ausgegangen wird, dass die Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden und Gemeindeverbände als Grenze für eine Kostenbelastung der Gemeinden dienen kann⁵⁴. Zumeist wird auf die Berücksichtigung der finanziellen Belastung der Gemeinden wegen ihrer möglichen Auswirkun-

gen auf das Selbstverwaltungsrecht im Rahmen von Ermessensentscheidungen Bezug genommen⁵⁵. Dies betrifft zum Beispiel die Fälle auf Erteilung einer Abbruchgenehmigung aus wirtschaftlichen Gründen⁵⁶ oder die Fälle, in denen es sich bei der Unterschutzstellung um eine Ermessensentscheidung handelt⁵⁷. Dies betrifft aber auch gebundene Entscheidungen, da die gemeindliche Selbstverwaltung in ihrem Kernbestand und Wesensgehalt bei gesetzlichen Einschränkungen gewährleistet werden muss⁵⁸. Diesen Vorgaben muss der Gesetzgeber gerecht werden, denn der institutionelle Kernbereich ist unantastbar⁵⁹. Dies bedeutet, dass der Gesetzgeber „die identitätsbestimmenden Merkmale gemeindlicher Selbstverwaltung weder faktisch noch rechtlich beseitigen“⁶⁰ darf. Es verbieten sich demnach jegliche Regelungen, die eine eigenständige organisatorische Gestaltungsfähigkeit der Gemeinden im Kern ersticken würden⁶¹. Der Kernbereich ist also verletzt, wenn kein Raum mehr für die Ausübung übrig bleibt. Zu dem Kernbereich wird auch eine finanzielle Mindestausstattung gezählt⁶². Eine Verletzung des Kernbereiches durch die Kostentragung für die archäologischen Grabungen und deren Dokumentationen ist dann anzunehmen, wenn die durch die Aufgaben des Denkmalschutzes verursachte Bindung von Haushaltsmitteln bei einer kommunalen Gebietskörperschaft dazu führt, dass sie ihre eigenen Aufgaben nicht mehr erfüllen kann⁶³.

Fraglich ist, was für den „Randbereich“ gilt, also jenem Bereich, bei dem die Gemeinde oder der Gemeindeverband noch nicht in ihrem Kerngehalt der Selbstverwaltungsgarantie tangiert ist, sie oder er aber über Gebühr wirtschaftlich belastet wird⁶⁴. Es ist davon auszugehen, dass diese auch dann nicht schutzlos dastehen, sondern sich diese Eingriffe am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit messen lassen müssen⁶⁵. Dies betrifft auch die Fälle,

⁴⁸ Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und dem Verhältnis zu Art. 28 Abs. 2 GG ausführlich unter 5.

⁴⁹ Mieth/Spennemann (Anm. 3) 43.

⁵⁰ Ebd. 42; Davydov (Anm. 1) § 29 RdNr. 24.

⁵¹ Vgl. Anm. 50. Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und dem Verhältnis zu Art. 28 Abs. 2 GG wird verwiesen auf die Ausführungen im Kapitel „Der allgemeine Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Zumutbarkeitsgrenze“.

⁵² Füßler/Kreuter (Anm. 24) 108; so wohl auch VGH BW, Urteil v. 10.10.1989 – 1 S 736/88 –, NVwZ 1990, 586.

⁵³ Siehe unten, Kapitel „Der allgemeine Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Zumutbarkeitsgrenze“.

⁵⁴ OVG LSA, Urteil v. 18.08.2016 (Anm. 38) RdNr. 53; VGH BW (Anm. 52); VG Darmstadt, Urteil v. 30.10.2013 – 6 K 1717/11.DA –, juris; Spennemann (Anm. 2) Teil F RdNr. 30; Davydov (Anm. 1) § 29 RdNr. 24. Das BVerwG scheint einen Schutz des Eigentums mittelbar durch Art. 28 Abs. 2 GG gewährleisten zu wollen. Es führt aus, Gemeinden könnten sich nicht auf Art. 14 Abs. 1 GG berufen, weil das Eigentum von Gemeinden verfassungsrechtlich nur im Rahmen der Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung geschützt sei: Urteil v. 14.04.2005 – 7 C 26/03 – juris, RdNr. 36 mit Verweis auf Urteil v. 24.11.1994 – 7 C 25.93 –, BVerwGE 97, 143 f.

⁵⁵ VGH BW (Anm. 52); Mieth/Spennemann (Anm. 3) 43; Werres (Anm. 25) 20.

⁵⁶ Vgl. Spennemann (Anm. 2) Teil F RdNr. 30.

⁵⁷ Vgl. Werres (Anm. 25) 20.

⁵⁸ Jarass/Pieroth (Anm. 34) Art. 28 RdNr. 22; Dreier (Anm. 25) Art. 28 RdNr. 115.

⁵⁹ Bezüglich der Grenzen der kommunalen Zustandsstörerhaftung nach dem Bundesbodenschutzgesetz: F. C. Weber/O. Otting, Grenzen der kommunalen Zustandsstörerhaftung nach dem Bundes-Bodenschutzgesetz. Neue Zeitschr. Verwaltungsrecht (NVwZ) 2014, 1622. Zur Kernbereichsgarantie: Jarass/Pieroth (Anm. 34) Art. 28 RdNr. 22.

⁶⁰ BVerfG, Beschluss v. 19.11.2002 – 2 BvR 329/97 –, juris; Jarass/Pieroth (Anm. 34) Art. 28 RdNr. 22.

⁶¹ Dreier (Anm. 25) Art. 28 RdNr. 116.

⁶² Ebd.

⁶³ OVG LSA, Urteil v. 18.08.2016 (Anm. 38) RdNr. 55; VGH BW (Anm. 52); SächsOVG (Anm. 36) RdNr. 18.

⁶⁴ Vgl. Weber/Otting (Anm. 59) 1622.

⁶⁵ So auch: Weber/Otting (Anm. 59) 1622 und wohl auch VG Cottbus (Anm. 22); siehe auch Jarass/Pieroth (Anm. 34) Art. 28 RdNr. 23; A. Heusch, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Staatsorganisationsrecht. Schr. Öffentliches Recht 936 (Berlin 2003) 70 f.

in denen die Planungshoheit außerhalb des durch den Kernbereich geschützten Bereiches beeinträchtigt wird⁶⁶. „Denn selbst wenn der Kernbereich der Selbstverwaltung die Planungshoheit umfassen sollte, so kann dies wiederum nur für deren Wesensgehalt und nicht für die Planungshoheit in vollem Umfang und in all ihren Erscheinungsformen gelten“⁶⁷.

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip wird auch von der Rechtsprechung in das Aufgabenverteilungsprinzip des Art. 28 Abs. 2 GG integriert⁶⁸. Dabei findet der allgemeine Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, unabhängig von der einfachrechtlichen gesetzlichen Regelung, Berücksichtigung. Im Fall einer fehlenden Begrenzung der Unzumutbarkeit auf Private durch den Wortlaut der Vorschrift, kann diese Zumutbarkeitsregelung als dogmatischer Anknüpfungspunkt für den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz fungieren. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung ist aber nicht erforderlich. So konstatiert H. Dreier zutreffend: „Offenbar kann man auf die Rationalitätsverbürgende Funktion des Verhältnismäßigkeitsprinzips auch im Staatsorganisationsrecht nicht verzichten“⁶⁹. Ob das allgemeine Verhältnismäßigkeitsprinzip als Zumutbarkeitsgrenze für die öffentliche Hand überzeugt, soll im Weiteren näher untersucht werden.

Der allgemeine Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Zumutbarkeitsgrenze

Die Verhältnismäßigkeit als allgemeines Prinzip

Ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit für die öffentliche Hand als Begründung eines „Zumutbarkeitsvorbehalts“ herangezogen werden kann, bemisst sich zunächst danach, auf welcher Rechtsgrundlage das Verhältnismäßigkeitsprinzip fußt. Die Rechtsgrundlage des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist umstritten⁷⁰. Als Rechtsgrundlage werden Art. 1 GG, die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2, Art. 3 Abs. 1, die Grundrechte und das Rechtsstaatsprinzip diskutiert⁷¹. Soweit das Verhältnis zwischen

Bürger und Staat betroffen ist, überzeugt es, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Ausdruck der Grundrechte zu werten⁷². Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kann aber auch zwischen einzelnen Staatsorganen und damit im Staatsorganisationsrecht Anwendung finden⁷³. In diesen Fällen ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Rechtsstaatsprinzip verankert⁷⁴. So wird im Bereich der Zustandsstörerhaftung nach dem Bundesbodenschutzgesetz bereits in der Literatur und der Rechtsprechung dieser Ansatzpunkt zur Deckelung der Sanierungskosten für Gemeinden herangezogen⁷⁵. Die Gegenauffassung, die eine Begrenzung der Zustandsverantwortlichkeit für die öffentliche Hand – und das Rechtsstaatsprinzip als Grundlage für den allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – grundsätzlich ablehnt⁷⁶, überzeugt nicht. Vielmehr ist die Grundlage des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes das Rechtsstaatsprinzip als solches, dem auch der daneben genannte „grundrechtliche Freiheitsanspruch des Bürgers gegenüber dem Staat“ als Unterfall zugerechnet werden kann⁷⁷.

Erfordernis eines subjektiven öffentlichen Rechts?

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kommt jedoch nach herrschender Meinung nicht uneingeschränkt im Staatsorganisationsrecht zum Tragen⁷⁸. Das einzelne Staatsorgan kann sich nur in den Fällen auf den Grundsatz berufen, in denen dieses ein subjektives Recht (und nicht nur eine Kompetenz) besitzt⁷⁹. Dem Staatsorgan muss vielmehr eine Rechtsposition bzw. ein subjektives Recht zugewiesen sein in dem Sinne, dass das Organ über die Rechtsposition autonom verfügen kann oder dem Organ die Rechts- bzw. Kompetenzsphäre in der

⁶⁶ BVerfG, Beschluss v. 07.05.2001 – 2 BvK1/00 –, NVwZ-RR 2002, 86; Dreier (Anm. 25) Art. 28 RdNr. 118; H. Schulze-Fielitz in: Dreier (Anm. 25) Art. 20 RdNr. 18; siehe zum Verhältnis der denkmalschutzrechtlichen Erhaltungspflicht der Gemeinden und der gemeindlichen Planungshoheit: Spennemann (Anm. 3), 43 f.

⁶⁷ BVerfG (Anm. 66).

⁶⁸ So Dreier (Anm. 25), Art. 28 RdNr. 114 mit Darstellung der Entwicklung und Verweis auf BVerfGE 125, 141 (167 ff. RdNr. 91 ff.) und BVerfGE 138, 1 (19 ff. RdNr. 54 ff.). Zu den Änderungen in der Rechtsprechung auch Heusch (Anm. 65) 69 f.

⁶⁹ Dreier (Anm. 25) Art. 28 RdNr. 118.

⁷⁰ Dazu: B. Grzeszick in: Maunz/Dürig (Anm. 25) Art. 20 RdNr. 108.

⁷¹ Ebd. Art. 20 RdNr. 108; Jarass (Anm. 34), Art. 20 RdNr. 80; ausführlich: Schulze-Fielitz (Anm. 66) Art. 20 RdNr. 179.

⁷² Grzeszick (Anm. 70) Art. 20 Rn. 108.

⁷³ So im Bereich der Zustandsstörerhaftung nach dem Bundesbodenschutzgesetz: VG Darmstadt (Anm. 54); Weber/Otting (Anm. 59) 1622.

⁷⁴ Allgemein: Grzeszick (Anm. 70) Art. 20 RdNr. 108; Schulze-Fielitz (Anm. 66) Art. 20 RdNr. 179.

⁷⁵ VG Darmstadt (Anm. 54); Weber/Otting (Anm. 59) 1622.

⁷⁶ So VG Kassel, Urteil v. 18.02.2013 – 4 K 548/11.KS –, BeckRS 2014, 56325.

⁷⁷ Sachs (Anm. 31) Art. 20 RdNr. 126; so wohl auch Jarass (Anm. 34) Art. 20 RdNr. 80; siehe auch A. Bleckmann, Begründung und Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Juristische Schulung (JuS) 1994, 177.

⁷⁸ Jarass (Anm. 34) Art. 20 RdNr. 82; Schulze-Fielitz (Anm. 66) Art. 20 RdNr. 188; siehe dazu auch Heusch (Anm. 65), 71 f.

⁷⁹ Jarass (Anm. 34) Art. 20 Rn. 82; Schulze-Fielitz (Anm. 66) Art. 20 RdNr. 188; a. A. Bleckmann (Anm. 77) 181–183; mit Einschränkung: M. Radu, Begründung und Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzips (zu Bleckmann [Anm. 77] 177 ff.). JuS 1994, 816. Zur Zustandsverantwortlichkeit im Bundesbodenschutzgesetz: VG Darmstadt (Anm. 54); Weber/Otting (Anm. 59) 1621.

Art eines Freiheitsrechts zugewiesen wird⁸⁰. Dem wird entgegengehalten, dass die Kategorie des subjektiven Rechts für die „Umschreibung der Rechtsverhältnisse im staatsorganisatorischen Bereich ungeeignet sei“⁸¹. Es genüge vielmehr, dass auf Verfassungsebene ein begrenzter Bereich abgesteckt und umhegt ist⁸². Unerheblich sei dabei, ob dieser Bereich ausschließlich objektivrechtlich ausgestaltet ist oder ob dieser ein subjektives Recht normiert⁸³. Es kann festgehalten werden, dass zum einen umstritten ist, ob die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Staatsorganisationsrecht eines subjektiven Rechts bedarf, zum anderen ist umstritten, in welchen Fällen von einem subjektiven Rechts des Staates die Rede sein kann⁸⁴. Geht man davon aus, dass ein subjektives Recht ein Freiheitsrecht impliziert⁸⁵, so scheiden reine Kompetenzen schon aus diesem Grund aus⁸⁶. Der Streit kann dahinstehen, sofern ein subjektives öffentliches Recht ausgemacht werden kann.

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Zumutbarkeitsgrenze für Gemeinden und Gemeindeverbände

So kann bezüglich der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Kostentragung für archäologische Maßnahmen durch Gemeinden oder Gemeindeverbände dahinstehen, ob ein subjektives öffentliches Recht zu fordern ist. Denn ein subjektives Recht für Gemeinden ist bei Einschränkungen ihrer Selbstverwaltungsgarantie zu bejahen⁸⁷: Art. 28 Abs. 2 GG weist den Gemeinden und Gemeindeverbänden eine Rechtsposition in der Art eines Freiheitsrechts zu⁸⁸.

⁸⁰ So zur Zustandsverantwortlichkeit im Bundesbodenschutzgesetz VG Darmstadt (Anm. 54); dazu: Weber/Otting (Anm. 59) 1621.

⁸¹ So Heusch (Anm. 65) 71; dazu kritisch und ausführlich: W. Roth, *Verwaltungsrechtliche Organstreitigkeiten*. Schr. Öffentliches Recht 853 (Berlin 2001) 463.

⁸² Heusch (Anm. 65) 72; siehe auch: Bleckmann (Anm. 77) 181–183. Bleckmann vertritt zwei Begründungsansätze: Zum einen ein Gebot umfassender gerechter Abwägung, das den Schutz öffentlicher Interessen gewährleisten soll, zum anderen eine sog. Kompetenzlehre. Das Verhältnis dieser zueinander bleibt unklar. Kritisch dazu: Heusch (Anm. 65) 60.

⁸³ Heusch (Anm. 65) 72; Roth (Anm. 81) 470 ff.

⁸⁴ Ausführlich dazu: Heusch (Anm. 65) 71 Anm. 214.

⁸⁵ So VG Darmstadt (Anm. 54); dazu: Weber/Otting (Anm. 59) 1622.

⁸⁶ Subjektive Rechte aus der Kompetenz ablehnend: Roth (Anm. 81) 488. Roth weist aber darauf hin, dass nichtsdestotrotz subjektive Organrechte neben der objektivrechtlichen Kompetenzordnung gegeben sein können.

⁸⁷ VG Darmstadt (Anm. 54); Schulze-Fielitz (Anm. 66) Art. 20 RdNr. 188; Grzeszick (Anm. 70) Art. 20 RdNr. 108; Jarass (Anm. 34) Art. 20 RdNr. 82.

⁸⁸ VG Darmstadt (Anm. 54); Grzeszick (Anm. 70) Art. 20 RdNr. 108; Jarass i(Anm. 34) Art. 20 Rn. 82.

Über den Kernbereich des Art. 28 Abs. 2 GG hinaus kommt also auch dann eine Einschränkung der Kostenlast in Betracht, wenn die Gemeinden oder Gemeindeverbände unverhältnismäßig über Gebühr belastet werden. Für diesen „Randbereich“ dürfte jedoch nur ein sehr enger Anwendungsbereich – mit Nähe zur Beeinträchtigung des Kernbereiches – gegeben sein. Dies folgt aus zwei Tatsachen: Zum einen treffen die Gemeinden oftmals aufgrund von landesrechtlichen Staatszielbestimmung erhöhte Pflichten im Bereich der Denkmalpflege und des Denkmalschutzes⁸⁹, zum anderen ist zu beachten, dass der Staat – je nach Einzelfall auch die Gemeinde oder der Gemeindeverband – für jene Kosten aufkommt, die oberhalb der Zumutbarkeitsgrenze für den Privaten liegen⁹⁰. Daraus folgt, dass auch unter Heranziehung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit die Messlatte für die Unzumutbarkeit der Kostentragung für die Gemeinden oder Gemeindeverbände hoch anzulegen ist. Es ist vielmehr so, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als „Kontrollfunktion“⁹¹ für jenen „Randbereich“⁹² gelten soll, der den Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie noch tangiert. Neben der Beeinträchtigung der Selbstverwaltungsgarantie als Ausprägung der Finanzhoheit ist – wie bereits dargestellt – die Anwendbarkeit der Verhältnismäßigkeit auch auf jenen Bereich außerhalb des Kernbereiches denkbar, in dem die Planungshoheit der Gemeinde eingeschränkt wird. Hier kann eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ergeben, dass die Einschränkung der Planungshoheit nicht geboten ist: Überörtliche Interessen von höherem Gewicht müssen den Eingriff in die Planungshoheit erfordern⁹³. Auch für Maßgaben außerhalb des geschützten Kernbereiches der Planungshoheit ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten und eine Güterabwägung vorzunehmen⁹⁴. Hier dürfte die Planungshoheit grundsätzlich zurückstehen, solange sich die Planung noch nicht verfestigt hat⁹⁵. Erscheint die Kostenlast derart hoch, dass die Umsetzung der Planung dadurch un-

⁸⁹ Dazu: SächsOVG (Anm. 36) RdNr. 18; Weber/Otting (Anm. 59) 1622.

⁹⁰ Zu diesem Gedanken: Davydov (Anm. 1) § 7 RdNr. 35 mit Verweis auf VG Sigmaringen, Beschluss v. 04.12.2003 – 2 K 1637/03–, juris.

⁹¹ Im Sinne einer Kontrollfunktion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: Dreier (Anm. 25) RdNr. 118.

⁹² Zu diesem Randbereich ohne weitere Konkretisierung: Weber/Otting (Anm. 59) 1622.

⁹³ So BVerfG, Beschluss v. 07.05.2001 – 2 BvK1/00 –, NVwZ-RR 2002, 86; siehe dazu auch Schulze-Fielitz, Anm. 66) Art. 20 RdNr. 188.

⁹⁴ Ebd. Art. 20 RdNr. 118; BVerfG (Anm. 93).

⁹⁵ Hinsichtlich der Erhaltung eines (Bau-)Denkmals wird vertreten, dass eine nicht verfestigte Planungsabsicht in der Regel nicht der gesetzlichen Erhaltungspflicht entgegengehalten werden kann: BayVG, Urteil v. 27.03.1979 – 305 I 74 –, BeckRS 1979, 108299; Mieth/Spennemann (Anm. 3) 44. Eine fehlerfreie Abwägung der betroffenen Belange im Verfahren zur Aufstellung eines Bebauungsplans werde im Regelfall nicht zur Beseitigung eines Baudenkmals führen können: Mieth/Spennemann

durchführbar würde, sind zunächst Alternativen zu prüfen. Dabei ist zu beachten, dass das Bodendenkmal schon zugunsten der Planung „geopfert“ wurde, d. h. in diesen Fällen ohnehin nur noch die Erkenntnisse aus der Grabung mittels Dokumentationen und gegebenenfalls Funden gesichert werden können. Das Bodendenkmal hingegen wird unwiederbringlich zerstört. Es müssen daher für ein unverhältnismäßiges Eingreifen in die Planungshoheit noch höhere Anforderungen gelten als für Fälle, in denen es um die Erhaltung von Denkmälern geht. In den Fällen, in denen die Kostentragung für die Zerstörung eines Bodendenkmals in Rede steht, dürfte daher grundsätzlich die Verhältnismäßigkeit zu bejahen und die Unzumutbarkeit der Kostentragung zu verneinen sein.

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Zumutbarkeitsgrenze für den Bund und die Länder

Zu klären bleibt, ob sich der Bund oder die Länder aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf eine Unzumutbarkeit der Kostentragung archäologischer Maßnahmen berufen können. Der Bund und die Länder können sich nicht – wie die Gemeinden – auf die Rechtsposition der Selbstverwaltungsgarantie berufen. Wenn man mit der herrschenden Meinung die Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips mit einem subjektiven Recht verknüpft⁹⁶, müsste eine andere Rechtsposition betroffen sein, über die der Bund oder die Länder frei verfügen können oder in ihrer Art einem Freiheitsrecht entspricht. Regelmäßig anerkannt wird, dass im Rahmen von Ermessensentscheidungen der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit als Belang der öffentlichen Hand in die Abwägung mit einzufließen habe⁹⁷. Dabei wird der finanziellen Leistungsfähigkeit neben dem Zumutbarkeitsgebot im Rahmen von Ermessensentscheidungen Bedeutung verliehen. Die häufig in Rede stehenden Fälle betreffen Anträge auf Abbrucherlaubnisse durch die öffentliche Hand⁹⁸. Es bleibt aber zu klären, inwieweit der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit für die öffentliche Hand in den Fällen der Kostentragung für archäologische Maßnahmen eine Grenze bietet. Anknüpfungspunkt bildet in diesen

Fällen – wie ausgeführt – der allgemeine Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Können sich der Bund oder die Länder bei der Kostentragung für archäologische Maßnahmen darauf berufen, dass ihre Verpflichtung zur wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsführung nicht unverhältnismäßig zurückgesetzt wird? Dabei ist bei der Gewichtung der grundsätzliche Unterschied zwischen dem Bund und den Ländern hervorzuheben, dass den Ländern – wie den Gemeinden – durch die Staatszielbestimmungen in den Landesverfassungen eine besondere Pflicht zukommt, die in ihrem Eigentum stehenden Denkmäler zu erhalten⁹⁹. Eine vergleichbare verfassungsrechtlich normierte Pflicht gibt es für den Bund nicht¹⁰⁰. Allein aus dem allgemein anerkannten Kulturauftrag folgt keine besondere denkmalschutzrechtliche Erhaltungspflicht¹⁰¹.

Die Verankerung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und der Sparsamkeit ist nicht abschließend geklärt: Zum einen findet er seine Verankerung auf Bundesebene im Prüfungsmaßstab des Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG¹⁰², zum anderen soll er sich aus allgemeinen grundgesetzlichen Wertungen ergeben und damit allgemeine Geltung haben¹⁰³. Eine Differenzierung der Regelungen kann hier dahinstehen, da das Grundgesetz – wie auch die meisten Landesverfassungen – inhaltsgleiche finanzverfassungsrechtliche Regelungen aufweisen¹⁰⁴. So wertet der Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen die Bindung des Haushaltsgesetzgebers an das Wirtschaftlichkeitsgebot als Ausprägung rechtsstaatlicher Verhältnismäßigkeit¹⁰⁵. Dem wird zu Recht entgegengehalten, dass es sich vielmehr um einen innerstaatlichen Abwägungsprozess handele¹⁰⁶ und vielmehr eine Prüfung der Kosten-Nutzen-Relation erfolge¹⁰⁷. Zweifelhaft ist, ob der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ein subjektives öffentliches Recht gewährleistet, sodass sich die Länder bzw. der Bund darüber hinaus auf eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung dieses Grundsatzes berufen können, es sich also um eine autonome Rechtsposition handelt oder eine Rechts- bzw. Kompetenzsphäre in der Art eines Freiheitsrechts. Bleckmann vertritt die Ansicht, dass bei Eingriffen in das verfassungsrechtlich geschützte öffentliche Finanzinteresse

(Anm. 3) 44 mit Verweis auf BayVerfGH, Entscheidung v. 22.07.2008 – Vf. 11-VII-07 –, juris.

⁹⁶ Statt aller: VG Darmstadt (Anm. 54); Jarass (Anm. 34) Art. 20 RdNr. 82.

⁹⁷ Mieth/Spennemann (Anm. 3) 42 f.: Dabei wird aber betont, dass die Geltendmachung der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit ausscheidet, die Auswirkungen aber im Rahmen der Ermessensentscheidung der Behörde berücksichtigt werde; siehe auch bezüglich der Deutschen Bundespost als ehemals öffentliches Unternehmen: VGH BW, Urteil v. 29.06.1992 – 1 S 2245/90 –, juris, RdNr. 34.

⁹⁸ VGH BW (Anm. 97); VG Regensburg (Anm. 22).

⁹⁹ Dazu Mieth/Spennemann (Anm. 3) 44.

¹⁰⁰ VGH BW (Anm. 97) RdNr. 35.

¹⁰¹ Ausführlich dazu: Ebd..

¹⁰² Siehe zur Rechtslage ausführlich: N. Gumboldt, Zur Verfassungsmäßigkeit kreditfinanzierter Rücklagen in öffentlichen Haushalten. Neue Zeitschr. Verwaltungsrecht (NVwZ) 2005, 37.

¹⁰³ H. Siekmann in: Sachs (Anm. 31) Art. 110, RdNr. 68; H. Kube in: Maunz/Dürig (Anm. 25) Art. 114 RdNr. 104; für die Landesebene beispielhaft NRW: NWVerfGH, Entscheidung v. 02.09.2003 – VerfGH 6/02, NVwZ 2004, 217.

¹⁰⁴ Siekmann (Anm. 103) Art. 110, Rn. 6.

¹⁰⁵ NWVerfGH (Anm. 103); dazu: Gumboldt (Anm. 102) 36–43.

¹⁰⁶ Ebd. 41.

¹⁰⁷ Kube (Anm. 103) Art. 114, RdNr. 100.

der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eingreife¹⁰⁸. Sein dogmatischer Ansatz beruht nicht auf der Annahme eines subjektiven öffentlichen Rechts, sondern einem allgemein zu gewährleistenden Schutz öffentlicher Interessen, der auf einem umfassenden Gebot gerechter Abwägung beruhen soll¹⁰⁹.

Bei dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit dürfte es sich aber vielmehr um eine festgeschriebene Zielvorgabe bzw. Leitlinie und nicht um ein subjektiv öffentliches Recht handeln. Gegenstand ist die Prüfung einer Kosten-Nutzen-Relation. Selbst für den Fall, dass ein subjektives Recht bejaht würde oder auf ein solches verzichtet wird, dürfte die Kostentragung für die archäologischen Maßnahmen weder für den Bund noch für die Länder unverhältnismäßig sein. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Erhaltung bzw. „Sekundärsicherung“ von Denkmälern stets den Grundsatz der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung betrifft¹¹⁰. Es ist gerade Sinn und Zweck der denkmalrechtlichen Regelungen, die Erkenntnisquellen grundsätzlich unabhängig von ihrer Kostenlast zu bewahren und zu sichern. In den Fällen, in denen die Kostenlast die Zumutbarkeitsgrenze eines privaten Veranlassers überschreitet, hat der Staat die darüber hinausgehenden Kosten aufzufangen. Der Grundsatz der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung dürfte also den Denkmalschutz in der Regel nicht überwiegen. Dies gilt für die Länder, die durch Staatszielbestimmungen der Denkmalpflege und dem Denkmalschutz besonders verpflichtet sind¹¹¹, aber auch für den Bund, der sich mit der Ratifikation und gesetzgeberischen Umsetzung des Europäischen Übereinkommens zum Schutz des archäologischen Erbes vom 16.01.1992¹¹² selbst gebunden und einer Bereitstellung von Haushaltsmitteln für Rettungsgrabungen zugestimmt hat (Art. 6 des Übereinkommens). Zudem ist bei der Angemessenheit von Grabungs- und Dokumentationskosten für archäologische Maßnahmen zu berücksichtigen, dass das Bodendenkmal aufgrund einer Landes- oder Bundesmaßnahme unwiederbringlich weichen muss. Die öffentliche Hand sieht gerade nicht einer dauerhaften wirtschaftlichen Belastung, sondern einer einmaligen Kostenlast entgegen. Anders als im Fall des Korrektivs durch Art. 14 GG ist bei der finanziellen Leistungsfähigkeit der öffentlichen Hand auch mit in den Blick zu nehmen, ob die Belastung in Anbetracht des Haushaltsumfangs unange-

messend ist¹¹³. All diese Aspekte sollten – unabhängig von den Anforderungen an eine Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Staatsorganisationsrecht – gegen einen Zumutbarkeitsvorbehalt von Bund und Ländern aufgrund einer unverhältnismäßigen Belastung sprechen. Insofern mag das Urteil des OVG Münsters in der Weise zu lesen sein, dass eine solche Zumutbarkeitsgrenze auch vom OVG Münster nicht von vornherein ausgeschlossen wird und implizit eine Angemessenheitsprüfung als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erwogen wird. Eine Grenze der Kostenbelastung dürfte aus den dargestellten Gründen jedoch schwer zu begründen sein. Wie genau die Entscheidung des OVG Münsters mit Bezug auf die Dogmatik eines Zumutbarkeitsvorbehalts für die öffentliche Hand einzuordnen ist, bleibt zunächst offen.

Zusammenfassung

Die Kostentragungspflicht für archäologische Maßnahmen muss sich sowohl an Art. 14 GG als auch an dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzip messen lassen. Dies gilt auch in jenen Fällen, in denen eine einfachrechtliche Zumutbarkeitsgrenze nicht normiert wurde, oder die Anwendbarkeit auf die öffentliche Hand ausgeschlossen wird. Gemeinde und Gemeindeverbände können sich auf die Bewahrung des Kerngehalts ihrer Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG, insbesondere die Finanz- und Planungshoheit, berufen. Eine Verletzung des Kernbereiches durch die Kostentragung für archäologische Grabungen und deren Dokumentationen ist dann anzunehmen, wenn die durch die Aufgaben des Denkmalschutzes verursachte Bindung von Haushaltsmitteln bei einer kommunalen Gebietskörperschaft dazu führt, dass sie ihre eigenen Aufgaben nicht mehr erfüllen kann. Über den Kernbereich des Art. 28 Abs. 2 GG hinaus kommt auch dann eine Einschränkung der Kostenlast in Betracht, wenn die Gemeinden oder Gemeindeverbände unverhältnismäßig über Gebühr belastet werden. Dem Verhältnismäßigkeitsprinzip kommt für diesen „Randbereich“ eine Kontrollfunktion zu. Es dürfte jedoch nur ein sehr enger Anwendungsbereich – mit Nähe zur Beeinträchtigung des Kernbereiches – gegeben sein. Neben der Beeinträchtigung der Selbstverwaltungsgarantie als Ausprägung der Finanzhoheit ist die Anwendbarkeit der Verhältnismäßigkeit auch auf jenen Bereich außerhalb des Kernbereiches denkbar, in dem die Planungshoheit der Gemeinde eingeschränkt wird. Hier kann eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ergeben, dass die Einschränkungen der Planungshoheit nicht geboten sind. Hier dürfte die Planungshoheit

¹⁰⁸ Bleckmann (Anm. 77) 180; kritisch: Heusch (Anm. 65) 57 ff.

¹⁰⁹ Siehe Anm. 108.

¹¹⁰ So auch ausdrücklich: OVG LSA, Urteil v. 18.08.2016 (Anm. 38) RdNr. 73.

¹¹¹ Siehe auch OVG LSA, Urteil v. 18.08.2016 (Anm. 38) RdNr. 73.

¹¹² Gesetz vom 09.10.2002, BGBl. II. S. 2709 ff.

¹¹³ So hinsichtlich der Leistungsfähigkeit von Gemeinden: VG Regensburg (Anm. 22) RdNr. 49.

grundsätzlich zurückstehen, solange sich die Planung noch nicht verfestigt hat. Es müssen für ein unverhältnismäßiges Eingreifen in die Planungshoheit noch höhere Anforderungen gelten als für Fälle in denen es um die Erhaltung von Denkmälern geht. In den Fällen, in denen die Kostentragung für die Zerstörung eines Bodendenkmals in Rede steht, dürfte daher die Verhältnismäßigkeit grundsätzlich zu bejahen und die Unzumutbarkeit der Kostentragung zu verneinen sein.

Der Bund und die Länder können sich in der Regel nicht auf eine Unzumutbarkeit der Kostentragungslast für Grabungs- und Dokumentationskosten für archäologische Maßnahmen berufen. Selbst für den Fall, dass man den Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit als autonome Rechtsposition qualifiziert, dürfte dieser den Denkmalschutz in der Regel nicht überwiegen. Bei der Angemessenheit von Grabungs- und Dokumentationskosten für archäologische Maßnahmen ist zu berücksichtigen, dass das Bodendenkmal aufgrund einer Landes- oder Bundesmaßnahme unwiederbringlich weichen muss. Die öffentliche Hand sieht gerade nicht einer dauerhaften wirtschaftlichen Belastung, sondern einer einmaligen Kostenlast entgegen. Zudem ist der Denkmalpflege und dem Denkmalschutz ein Zuwiderlaufen mit dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit immanent. Eine unverhältnismäßige Belastung von Bund und Ländern wird regelmäßig zu verneinen sein. Es bleibt abzuwarten, ob und wie das Oberverwaltungsgericht Münster seine „Prüfung“ der Zumutbarkeitsgrenze für das Land Nordrhein-Westfalen in seinem Urteil vom 14.12.2016 in seiner zukünftigen Rechtsprechung aufgreift und gegebenenfalls begründet.

Abstract

The present article examines if public authorities have to bear the costs for necessary archaeological measures if these costs exceed a "reasonable" level. The focus of the article lies on the costs for archaeological excavations and their documentation. The central question is: Can public authorities claim that these costs are "unreasonable" the same way as private owners can?

Private owners can claim property protection which is guaranteed in the Basic Law of the Federal Republic of Germany. But this fundamental right does not apply to the state, neither the Federation, the federal states nor municipalities. The article analyses if there are fundamental principles allowing a limitation of costs for archaeological excavations and their documentation. The author differentiates between the Federation, the federal states and municipalities. Municipalities can claim their guaranteed right – especially the guarantee of financial autonomy recorded in Article 28 of the Basic Law – that it is their own responsibility to regulate all local affairs. She discusses if the principle of proportionality allows – not only the Municipalities but also the Federation and the federal states – to plead for a limitation of these costs. First, it can be doubted if a protected legal position is violated here; second, the article lists several reasons why there is no such thing as disproportion of costs for the Federation or the federal states in general. Thus, neither the Federation nor the federal states might usually argue that costs for archaeological excavations or their documentation should be considered as being "unreasonable".

Öffentlich-rechtliche Verträge in der Bodendenkmalpflege

Von Till Kemper

Einleitung

In jüngerer Zeit kommt nicht nur im Verwaltungsrecht im Allgemeinen, sondern im Städtebaurecht und auch im Denkmalschutzrecht im Besonderen¹ den öffentlich-rechtlichen Verträgen eine immer stärkere Bedeutung zu. Dies mag mit dem Umstand zusammenhängen, dass sich die Behörden zunehmend als Servicestellen verstehen und sich – auch auf politischer Ebene – kooperative Strukturen durchsetzen. Aber auch die faktischen Zwänge durch Personal- und Finanzmittelknappheit machen es – gerade im Denkmalschutz – erforderlich, behördliche Leistungen im Austausch gegen finanzielle Leistungen anzubieten. Andererseits geht die Beratungspraxis für Investoren ebenfalls dahin, möglichst früh mit den Behörden Konsens über Vorgehensweisen zu erzielen und dies in vertraglichen Regelungen verbindlich zu regeln; so wird Planungssicherheit geschaffen. Gerade in der Bodendenkmalpflege haben sich die sog. Investorenverträge zur Regelung von für die Baufeldfreimachung notwendigen Grabungsleistungen bereits wiederholt einer gerichtlichen Kontrolle unterziehen müssen – und meist standgehalten. Dieser Text soll die rechtlichen Grundlagen für öffentlich-rechtliche Verträge in der Bodendenkmalpflege darlegen (2) und einzelne Fälle möglicher Vertragswerke diskutieren (3).

Rechtliche Grundlagen – der öffentlich-rechtliche (Austausch-)Vertrag

Die wesentlichen rechtlichen Maßstäbe für öffentlich-rechtliche Verträge ergeben sich aus den Verwaltungsverfahrensgesetzen der Länder (LVwVfG). Diese sind wortgleich mit den Regelungen des Bundesverwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG). Zur besseren Lesbarkeit werden im Folgenden allein die Regelungen des VwVfG wiedergegeben.

Bezüglich der Vertragsparteien wird zum einen die vertragschließende Behörde benannt, zum anderen der „Vertragspartner“, der als Rechtsperson des privaten oder öffentlichen Rechts der Behörde gegenübersteht

und *in praxi* auch als Vorhabenträger oder Bauherr in Erscheinung tritt².

Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge

Im VwVfG ist der öffentlich-rechtliche Vertrag in den §§ 54 ff. geregelt. Der öffentlich-rechtliche Vertrag ist ein grundsätzlich zulässiges Mittel der Verwaltung. § 54 VwVfG stellt klar, dass ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts durch Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden kann, soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Insbesondere kann nach § 54 Satz 2 VwVfG ein Vertrag geschlossen werden, um einen Verwaltungsakt zu ersetzen (sog. subordinationsrechtlicher Vertrag); Vertragspartner ist dann der eigentliche Adressat des Verwaltungsaktes. Hieraus kann bereits das breite Anwendungsspektrum erahnt werden.

Form

Anders als privatrechtliche Verträge bedürfen öffentlich-rechtliche Verträge für ihre Wirksamkeit stets der Schriftform, also der Verfassung einer Urkunde, die von Bevollmächtigten unterschrieben ist; fehlt die Schriftform, ist der Vertrag nichtig (vgl. § 125 BGB i. V. m. § 59 S. 1 VwVfG). Ausnahmen sind nur bei expliziter gesetzlicher Regelung zulässig. Die Schriftform ist allein schon für die Transparenz der Verwaltung und ihre Kontrollierbarkeit erforderlich, so auch für Dritte, deren Belange von dem jeweiligen Vertrag berührt werden.

Wie für privatrechtliche Verträge gilt auch für öffentlich-rechtliche Verträge, dass sie durch wirksam bevollmächtigte bzw. berechnigte Personen unterzeichnet werden müssen. Dies kann es aufgrund spezieller gesetzlicher Regelungen, wie in den Gemeindeordnungen (z. B. § 71 Hessische Gemeindeordnung) erforderlich machen, dass etwa auf kommunaler Ebene zunächst ein Beschluss des

¹ Vgl. U. Zepf, Vertragsdenkmalschutz. Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 68, 2015, 518–526.

² Vgl. grundlegend auch: J. Oebbecke/A. Haibt, Öffentlich-rechtliche Fragen des Einsatzes privater Grabungsfirmen. In: J. Oebbecke, Privatisierung in der Bodendenkmalpflege. Öffentlich-rechtliche Fragen des Einsatzes privater Grabungsfirmen. Düsseldorf Rechtswiss. Schr. 2 (Baden-Baden 1997) 8 ff.

Entscheidungsgremiums der Kommune herbeigeführt werden muss, um dem jeweiligen Bürgermeister die hinreichende Vollmacht für den Vertragsabschluss zu geben. Dies gilt unabhängig davon, dass die den Vertrag abschließende Behörde nicht befugt sein muss, die im Vertrag vereinbarte Regelung, insbesondere die vom Vertragspartner zu erbringende Leistung andernfalls durch Verwaltungsakt zu ersetzen³.

Sind von den vertraglichen Regelungen Rechte Dritter – sowohl privater (juristischer) Personen wie auch öffentlich-rechtlicher Einrichtungen⁴ – betroffen, so wird der Vertrag erst wirksam, wenn der Dritte dem Vertrag schriftlich zustimmt, § 58 Abs. 1 VwVfG. Dies trägt zum einen dem Rechtsgrundsatz Rechnung, dass Verträge zu Lasten Dritter grundsätzlich unzulässig sind⁵, zum anderen der Anforderung an den Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte mit Drittwirkung, bei denen die jeweils belastete Rechtsperson gemäß § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt wäre. Zustimmung meint hier sowohl die vorherige Einwilligung im Sinne des § 183 BGB als auch die nachträgliche Genehmigung im Sinne des § 184 BGB; im letzteren Fall ist der Vertrag bis zur Erteilung der Genehmigung schwebend unwirksam⁶. Für den Fall, dass ein öffentlich-rechtlicher Vertrag einen Verwaltungsakt ersetzen soll, bei dessen Erlass die Genehmigung, die Zustimmung oder das Einvernehmen einer anderen Behörde erforderlich ist, so ist der Vertrag solange (schwebend) unwirksam, wie die jeweilige Behörde nicht in der vorgeschriebenen Form beteiligt wurde, § 58 Abs. 2 VwVfG. Sollte also durch ein Stadtplanungsamt ein städtebaulicher Vertrag abgeschlossen werden, von dessen Inhalt die Belange des Denkmalschutzes berührt sind, ohne Einvernehmen mit der Denkmalfachbehörde herzustellen, obwohl dies nach dem jeweiligen Denkmalschutzgesetz erforderlich ist, so wäre der Vertrag unwirksam.

Inhalt

Inhaltlich unterscheidet man im Wesentlichen zwei Typen: Den Vergleichsvertrag (§ 55 VwVfG) und den Austauschvertrag (§ 56 VwVfG). Im Vergleichsvertrag wird durch gegenseitiges Nachgeben eine bestehende Ungewissheit bzgl. der Sach- oder der Rechtslage nach verständiger Würdigung ausgeräumt. Typische Fälle sind der Prozessvergleich oder der Vergleich in einem Widerspruchsverfahren. Dieser Vertragstyp soll hier nicht weiter betrachtet werden. Wesentlicher Gegen-

stand der weiteren Betrachtung ist der Austauschvertrag im Sinne des § 55 VwVfG.

Der wohl typischste Fall des Austauschvertrages in der Bodendenkmalpflege ist der Investorenvertrag bzgl. Grabungsleistungen⁷. Da diese wiederholt Gegenstand der Rechtsprechung waren, gibt es auch für den Bereich der Bodendenkmalpflege konkretisierte Anforderungen.

Mit dem Verweis auf § 54 Satz 2 VwVfG wird klargestellt, dass ein Austauschvertrag ein subordinationsrechtlicher Vertrag ist, d. h., es kommt auf das Über- und Unterordnungsverhältnis von einer natürlichen oder juristischen Person des öffentlichen oder privaten Rechts zu einer Behörde an. Dies ist dann der Fall, wenn die Rechtsperson für eine Handlung die Genehmigung, Zustimmung oder das Einvernehmen einer Behörde benötigt. Es ist lediglich erforderlich und aber auch ausreichend, dass die vertragschließende Behörde berechtigt wäre, im Gegenstandsbereich des Vertrages ggf. auch einseitige Festsetzungen zu treffen⁸. In der Bodendenkmalpflege sind dies etwa die Erteilung einer denkmalrechtlicher Genehmigung für die Beseitigung oder Veränderung eines Denkmals oder der Umgebung eines Denkmals, die Erteilung einer Nachforschungsgenehmigung oder der Verzicht auf ein Vorkaufsrecht. Besondere Relevanz kommt dem Austauschvertrag dann zu, wenn durch den Vertrag das von der zuständigen Behörde auszuübende Ermessen positiv beeinflusst werden soll. Steht die Leistung der Behörde in deren Ermessen, ist die Leistung ihres Vertragspartners oft nicht eigentlich Gegenleistung für die behördliche Leistung, sondern schafft erst die Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns, auch für eine pflichtgemäße Ermessensausübung⁹. Dies ist möglich, weil nach § 56 VwVfG für die Gegenleistung des Vorhabenträgers keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage vorhanden sein muss¹⁰; auch eine spezielle gesetzliche Ermächtigung ist nicht erforderlich¹¹. Somit sind Verträge auch dann als Austauschverträge im Sinne des § 56 VwVfG zu qualifizieren, wenn kein Leistungsaustausch im engeren Sinne stattfindet, sondern eine Art Aufwendungsersatz vereinbart wird¹², wie es im Investorenvertrag für die Baufeldfreimachung von Bodendenkmalen der Fall ist.

An die Vereinbarung der vom Vertragspartner zu erbringenden Gegenleistung werden erhebliche Maßstäbe

³ BVerwGE 111, 162 (165).

⁴ F. O. Kopp/U. Ramsauer (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG. Kommentar*¹⁷ (München 2016) § 58 RdNr. 5f.

⁵ Vgl. OVG RP, Urteil vom 27.04.2004 – 6 A 10035/04.OVG –, NVwZ-RR 2005, 499, 500.

⁶ F. O. Kopp/W.-R. Schenke (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO. Kommentar*²³ (München 2017) § 58 RdNr. 4.

⁷ VG Minden, Urteil vom 10.03.2015 – 1 K 3980/13 –, EzD 2.3.4 Nr. 17; OVG LSA, Urteil vom 16.06.2010 – 2 L 292/08 –, EzD 2.3.4 Nr. 13; VG Weimar, Urteil vom 22.03.2006 – 1 K 3684/03.We –, EzD 2.3.5 Nr. 5; OVG RP, Urteil v. 05.02.2003 – 8 A 10775/02 –, EzD 7.8 Nr. 13.

⁸ OVG RP (Anm. 5).

⁹ P. Stelkens/H. J. Bonk/M. Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG. Kommentar*⁸ (München 2014) § 56 RdNr. 15–24.

¹⁰ OVG RP (Anm. 5).

¹¹ BVerwGE 84, 236 (238).

¹² Ebd.

gesetzt. Sie muss einem bestimmten Zweck und der von der vertragschließenden Behörde wahrzunehmenden Aufgabe dienen, angemessen sein und im sachlichen Zusammenhang mit der von der Behörde zu erbringenden Leistung stehen. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, droht die Nichtigkeit des Vertrages etwa wegen Verstoßes gegen das Kopplungsverbot. So ist z. B. ein Vertrag nach § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG nichtig, wenn sich die Behörde eine unzulässige Gegenleistung versprechen lässt¹³. Das Kopplungsverbot besagt, dass durch einen verwaltungsrechtlichen Vertrag nicht miteinander verknüpft werden darf, was nicht ohnedies schon in einem inneren Zusammenhang steht und hoheitliche Entscheidungen nicht ohne entsprechende gesetzliche Ermächtigung von wirtschaftlichen Gegenleistungen abhängig gemacht werden dürfen, es sei denn, dass erst die Gegenleistung ein der Entscheidung entgegenstehendes Hindernis beseitigt¹⁴.

Für den Fall, dass auf die von der Behörde zu erbringende Leistung ein Anspruch besteht, fordert § 56 Abs. 2 VwVfG weiter einschränkend, dass nur solche Gegenleistungen vereinbart werden, die bei Erlass eines Verwaltungsaktes Inhalt einer Nebenbestimmung sein könnten. Ein Anspruch im Sinne des § 56 Abs. 2 VwVfG besteht, wenn eine Rechtsnorm die Leistungserbringung der Behörde zwingend vorschreibt und diese Rechtsnorm auch der jeweiligen Rechtsperson ein subjektiv-öffentliches Recht vermittelt oder die Leistung zwar im Ermessen der Behörde steht, aber ihr Ermessen im konkreten Fall auf Null reduziert ist¹⁵. Nach diesen Maßstäben ist etwa die Kopplung einer Baugenehmigung mit dem Verzicht auf weitere Baumaßnahmen unzulässig¹⁶. Zulässig können aber in einem Investorenvertrag zur Baufeldfreimachung etwa die Vereinbarung des Einsatzes von Fachkräften für die Bergung von Bodendenkmälern, die Kostenbeteiligung im Rahmen des Zumutbaren oder die Überlassung zur Untersuchung von Fundstücken sein.

Vertragskonstellationen in der Bodendenkmalpflege

Es sind verschiedene Vertragskonstellationen denkbar. Bereits für die möglichen Vertragsparteien sind zahlreiche Variationen auf Seiten des Vertragspartners und der Behörde denkbar. Damit eng verbunden sind die Verfahren bzw. Projektschritte, in denen der Abschluss eines Verfahrens denkbar ist. Die typischsten Fälle sind (a) die Verträge zur Erlangung einer denkmalrechtlichen Ge-

nehmigung und (b) zur Erlangung einer Nachforschungs-genehmigung.

Vertrag zur Erlangung einer denkmalrechtlichen Genehmigung

Der typischste Fall eines öffentlich-rechtlichen Vertrages in der Bodendenkmalpflege ist, dass ein „Bauherr“ oder „Vorhabenträger“ ein Bauvorhaben auf oder neben einem Grundstück (in der Umgebung des Denkmals) plant, auf dem Bodendenkmäler bekannt sind, die gesichert oder geborgen werden müssen, bevor das Bauvorhaben verwirklicht bzw. genehmigt werden kann. Als Vorhabenträger ist auch eine Kommune zu qualifizieren, die ein mit Bodendenkmälern belegtes Gebiet als neues Baugebiet überplant¹⁷, oder aber auch ein Vorhabenträger eines planfeststellungsbedürftigen Vorhabens wie ein Infrastrukturvorhaben. In diesen Fällen bietet sich eine Regelung in dem städtebaulichen Vertrag in Gestalt des Durchführungsvertrages an (§ 11 BauGB)¹⁸.

In allen Denkmalschutzgesetzen ist geregelt, dass für solche Vorhaben eine denkmalrechtliche Genehmigung der jeweils zuständigen (meist Unteren) Denkmalschutzbehörde erforderlich ist. Wird zugleich ein bau- oder immissionsschutzrechtliches Genehmigungs- oder gar Planfeststellungsverfahren betrieben, so geht die denkmalschutzrechtliche Genehmigung in der Regel in diesem auf. In diesen Fällen wandelt sich die Genehmigungsentscheidung in eine bloße „Stellungnahme“ der Denkmalschutzbehörde bzw. der Denkmalfachbehörde, deren Gewicht dem Grunde nach den Stellungnahmen anderer Träger öffentlicher Belangen gleichsteht. Zuweilen kann es für Vorhabenträger angezeigt sein, einen Vorbescheid zur denkmalrechtlichen Genehmigungsfähigkeit einer Maßnahme einzuholen, um Gewissheit über die Umsetzbarkeit der geplanten Maßnahme zu erhalten; für diesen Fall gilt das Gleiche wie für die Erlangung einer denkmalrechtlichen Genehmigung.

In den Ländern ist es unterschiedlich geregelt, ob die Genehmigungsentscheidung eine gebundene (Anspruch) oder Ermessensentscheidung ist. Dagegen ist in nahezu allen Ländern geregelt bzw. *in praxi* anerkannt, dass eine solche Genehmigung zur Beseitigung oder Veränderung eines Bodendenkmals mit den Auflagen verbunden werden kann, dass die Bergung und Dokumentation der Denkmale durch Fachpersonal und unter fachlicher Weisung der Denkmalfachbehörde vorgenommen werden muss oder aber der Vorhabenträger in zu-

¹³ Kopp/Schenke (Anm. 6).

¹⁴ BVerwGE 111, 162 (169).

¹⁵ Stelkens u. a. (Anm. 9) § 56 RdNr. 3–43.

¹⁶ Ebd.

¹⁷ Vgl. VG München, Urteil vom 14.09.2000 – M 29 K 00.838 –, EzD 2.3.5 Nr. 2.

¹⁸ Siehe zu den Grundlagen auch: H.-J. Birk (Bearb.), Städtebauliche Verträge. Inhalte und Leistungsstörungen⁵ (Stuttgart 2013); U. Battis/M. Krautzberger/R.-P. Löhr (Begr.), Baugesetzbuch: BauGB. Kommentar¹³. Gelbe Erläuterungsb. (München 2016) § 11 RdNr. 2 ff.

mutbarem Rahmen zur Tragung der Kosten der Bergung und Dokumentation durch die Denkmalfachbehörde herangezogen werden kann¹⁹; Dokumentation meint hierbei die bloße Grabungsdokumentation und nicht die weitergehende Publikation²⁰.

Beim Vorhabenträger besteht in solchen Situationen zu Zwecken der Planungssicherheit der Drang, die positive Genehmigungsentscheidung sicherzustellen, das zeitliche und räumliche Ausmaß sowie den finanziellen Aufwand für ggf. erforderliche Grabungsleistungen möglichst abschließend in einem frühen Projektstatus verbindlich zu regeln. Denn der Vorhabenträger hat keinen Anspruch darauf, dass die Denkmalfachbehörde ggf. erforderliche Grabungsleistungen in einem bestimmten Zeitraum durchführt²¹. Den Denkmalschutzbehörden ist daran gelegen, die Eingriffe in die Bodendenkmäler so gering wie möglich zu halten und den Informationsfluss sowie die Wissenschaftlichkeit der ggf. erforderlichen Grabung sicherzustellen. Die Gewährleistung, diesen Zielen möglichst nahezukommen, ist der Abschluss eines Austauschvertrages im Sinne des § 56 VwVfG.

Der Vertrag kann sowohl mit der Denkmalfachbehörde als auch mit der Denkmalschutzbehörde geschlossen werden²². Wegen § 58 VwVfG wäre die jeweils andere Behörde ohnehin hinzuzuziehen.

Die Leistung der Behörde kann in der Erteilung der Genehmigung bzw. der positiven Stellungnahme im Rahmen des konzentrierten Verfahrens liegen, wobei die Bergung und Dokumentation der Bodendenkmäler dem Vorhabenträger obliegen. Auch wäre eine mögliche Behördenleistung, verbindliche Regelungen zur Kontrolle von Arbeiten bestellter Grabungsfirmen, zu definieren²³.

Hierbei stellt sich auch die bislang nicht abschließend beantwortete Frage, wie das Vergaberecht in diesen Konstellationen Platz erhält. Klar ist, dass die Denkmalfachbehörde, wenn sie selbst Aufträge an Grabungsfirmen vergibt, zumindest das nationale Haushaltsrecht, in naher Zukunft wohl die Unterschwellenvergabeordnung sowie das Landesvergaberecht zu beachten hat. Sofern die Grabungsleistungen auf den Vorhabenträger bzw. auf die von ihm zu beauftragende Grabungsfirma vertraglich übertragen werden, steht die Frage im Raum, ob dies zu einer Umgehung des Vergaberechts führen könnte und daher dem Vorhabenträger aufzugeben ist, ein förmliches Vergabeverfahren durchzuführen. Diese Frage kann in diesem Beitrag nicht weiter geklärt werden, bedarf aber der weiteren Diskussion.

Darüber hinaus sollte definiert werden, welche Bodendenkmäler ohne Bergung, sondern durch Sicherung etwa mittels Schutzwänden oder -schichten vor Beeinträchtigungen geschützt werden können, sodass lediglich die Dokumentation der „aktuellen Befundlage“ notwendig ist.

Bei einem solchen Vertrag muss die Gegenleistung, die meist in der Übernahme von Ausgrabungskosten besteht, den gesamten Umständen nach angemessen sein, gem. § 56 Abs. 1 S. 2 1. HS VwVfG. Angemessenheit bedeutet, dass Leistung und Gegenleistung wirtschaftlich ausgewogen sein müssen; die Behörde darf weder wuchern noch verschleudern²⁴.

Für eine solche Angemessenheit würde im konkreten Fall sprechen, wenn die Kosten für eine Grabung durch ein Landesmuseum oder das Landesdenkmalamt in Folge eines Erfahrungssatzes festgelegt werden²⁵. Für die „gesamten Umstände“ ist neben einer objektiven Angemessenheit auch auf eine subjektive Angemessenheit abzustellen²⁶. So kann hier eine Abwägung der Kosten für die Grabung mit denen des Investitionsvolumens des gesamten Projekts durchzuführen zu sein. So drängt sich eine Angemessenheit bei einem Verhältnis von 3:700 geradezu auf²⁷. In einem weiteren Fall war ein Verhältnis von 1:22 auch als angemessen angesehen worden²⁸. Das BVerwG hat eine Grenze für die Kostenhöhe bei 15 % der Gesamtkosten des Investitionsvolumens bestätigt, die auch nicht durch das sog. Übereinkommen von Malta angehoben werden muss²⁹.

Die Höhe der Übernahme der Kosten muss in dem Vertrag konkret angegeben werden. Für eine solche konkrete Angabe genügt es aber, dass eine pauschale Zahlungsverpflichtung „bis zu ... €“ vereinbart wird, soweit sich eine konkrete Zweckbestimmung aus dem Vertragsvollzug ergibt³⁰.

Die Forderung nach einer bereits im Vertrag vorzunehmenden Differenzierung in fachliche Teilleistungen, eine detaillierte Begründung und Kalkulation der (voraussichtlichen) Kosten ist im Zusammenhang mit dem Nachweis der unmittelbaren Kausalität von Leistung und Gegenleistung nicht erforderlich. Eine solche Forderung würde der für den Verwaltungsvertrag stehenden Flexibilisierung des Verwaltungshandelns widersprechen und insoweit auch der besonderen Situation bei Grabungsarbeiten, Befundsicherung und Dokumentation im Denkmalschutzrecht nicht gerecht. Es ergibt sich für das Denkmalschutzrecht aus der Natur der Sache, dass die Notwendigkeit bestimmter Arbeiten nach Art

¹⁹ D. Martin/M. Krautzberger (Begr.), Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege⁴, hrsg. von D. Davydov u. J. Spennemann (München 2017) Teil D RdNr. 109.

²⁰ D. Davydov in: D. Davydov/E.-R. Hönes/Th. Otten/B. Ringbeck, Denkmalschutzgesetz NRW. Kommentar⁵ (Wiesbaden 2016) § 29 RdNr. 15.

²¹ OVG RP (Anm. 5).

²² Siehe Kopp/Schenke (Anm. 6).

²³ Oebbecke/Haibt (Anm. 2) 92 f.

²⁴ Stelkens u. a. (Anm. 9) § 56 RdNr. 54.

²⁵ OVG RP (Anm. 5).

²⁶ Stelkens u. a. (Anm. 9) § 56 RdNr. 55a.

²⁷ OVG RP (Anm. 5).

²⁸ VG Weimar (Anm. 7).

²⁹ BVerwG, Beschluss vom 13.12.2010 – 7 B 64/10 –, openJur; Spennemann in: Martin/Krautzberger (Anm. 19) Teil F RdNr. 42.

³⁰ VG Weimar (Anm. 7).

und Umfang schwer vorhersehbar oder allenfalls an Erfahrungswerten orientiert werden kann³¹. Die Vereinbarung eines pauschalierten Kostenrahmens in einem denkmalrechtlichen Investorenvertrag ist danach unter den folgenden vier Mindestvoraussetzungen nicht zu beanstanden:

- Die pauschalierte Geldzahlung des Investors muss zumindest auf einer an Erfahrungswerten der Denkmalfachbehörde orientierten Kostenschätzung beruhen;
- der ausgewiesene Geldbetrag muss erkennbar als Leistungsobergrenze für die zumindest nach den Kostengruppen z. B. im Sinne des § 13 Abs. 3 ThürDSchG oder § 14 Abs. 2 HDSchG beschriebenen Leistungen der Behörde festgelegt worden sein;
- die konkrete Abrechnung der tatsächlichen Aufwendungen muss die Möglichkeit einer Erstattung zugunsten des Veranlassers vorsehen;
- im Rahmen des Vertragsvollzugs, spätestens mit der entsprechenden Schlussrechnung, müssen jeder der vertraglich vereinbarten und tatsächlich durchgeführten Maßnahmen der Behörde Aufwendungen in konkreter Höhe zugeordnet werden können³².

Offen dabei ist, inwieweit die Kosten notwendiger Voruntersuchungen etwa mittels geomagnetischer Prospektion zur Eingrenzung des Vertragsgebietes bei der Angemessenheit mitzuberücksichtigen sind³³. Andere mögliche Gegenleistungen des Vertragspartners sind die Bereitstellung von Personal, Logistik oder Material, Zuschüsse zur Publikation und zur Öffentlichkeitsarbeit bzgl. der Grabungsarbeiten bzw. der Ergebnisse oder zur Restauration.

Die Verträge sollten möglichst frühzeitig im Dialog zwischen Vertragspartner und Behörde verhandelt und auch geschlossen werden, um allen Beteiligten Planungssicherheit zu geben und im Fall der planenden Kommune auch Gewissheit über eventuell zu erhebende Beiträge bzw. anzusetzende Umlegungspreise, in welche die Grabungskosten eingepreist werden können.

Inhaltlich sollte in jedem Fall geregelt werden:

- Definition des Vertragsgebietes und des Zwecks des Vertragsschlusses,
- Leistungen der Behörde inkl. Zeit- und Kostenrahmen,
- Gegenleistung des Vertragspartners,

³¹ Ebd.

³² Ebd.

³³ Bejahend OVG LSA, Urteil vom 26.07.2012 – 2 L 154/10; ablehnend OVG NRW, Urteil vom 20.09.2011 – 10 A 1995/09 – NRWE; A. Gumprecht, Zwanzig Jahre Denkmalschutzgesetz NRW. Eine Bilanz aus rechtlicher Sicht im Hinblick auf die Bodendenkmalpflege. Neujahrsgruß – Jahresbericht für 2000, 2001, 20; Oebbecke/Haibt (Anm. 2) 66 f.

- ggf. Vergabe- und Vertragskriterien für die Beauftragung einer Grabungsfirma (Weisungsrechte der Denkmalfachbehörde),
- Eigentumsrechte an den Funden,
- Urheber- und Urhebernutzungsrechte,
- Hinweise zu Nachforderungen, Rückbauverpflichtungen etc.

Sofern nicht die kooperative Idee im Vordergrund steht, so hat sich dennoch der Vertragspartner zu vergewärtigen, dass im Fall der fehlenden Genehmigung eine Ordnungswidrigkeit infrage steht und zudem die umfänglichen Anordnungsrechte der Denkmalschutzbehörden bzgl. Rückbauverpflichtung oder Baustopp drohen, sollte die Baumaßnahme ohne die erforderliche Genehmigung durchgeführt werden.

Vertrag zur Erlangung des Einvernehmens oder Benehmens der zuständigen Denkmalschutz- oder Fachbehörde

Die Ausführungen unter a) sind entsprechend auf die Verträge anzuwenden, wenn Vorhabenträger für die Planung, Genehmigung oder Durchführung eines Vorhabens eines verwaltungsinternen Mitwirkungsaktes (des Einvernehmens oder des Benehmens) der Denkmalschutz- oder Denkmalfachbehörde bedürfen.

Mit Blick auf § 58 VwVfG und § 11 Abs. 1 BauGB sind auch vertragliche Abreden bzgl. des Denkmalschutzes denkbar, wenn ein Vorhabenträger in Verbindung mit einem Vorhaben- und Erschließungsplan oder vorhabenbezogenem Bebauungsplan einen Durchführungsvertrag gemäß §§ 12a ff. BauGB mit einer Kommune abschließt und Gegenstand von diesem Grundstücke mit Bodendenkmälern sind³⁴. Hier kann es erforderlich sein, dass der Vorhabenträger entweder einen zusätzlichen bilateralen Vertrag mit der Denkmalschutz- oder Denkmalfachbehörde schließt oder aber sogleich einen trilateralen Vertrag mit der Kommune und der Denkmalfachbehörde. Denn bereits in diesem Stadium sollten Regelungen über das qualitative und quantitative Mindestmaß von Voruntersuchungen zur Identifizierung der bodendenkmalpflegerischen Risikobereiche getroffen werden, aufgrund derer ggf. auch „Korrekturen“ in den Planungsentwürfen vorgenommen werden können, um das Erfordernis von Grabungen zu reduzieren.

Gleiches gilt für das Aufstellungsverfahren von Bauleitplänen, die Durchführung von UVP-Verfahren etc. Denn zur Ermittlung der abwägungserheblichen Belange sowie der wegen dieser zu bestimmenden Festsetzungen oder Auflagen ist es für den Vorhabenträger erforderlich

³⁴ Battis u. a. (Anm. 18) § 11 RdNr. 4 f.; D. Martin in: D. J. Martin/M. Krautzberger (Hrsg.), Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege² (München 2006) Teil I RdNr. 130.

zu wissen, welche Erkenntnisquellen (z. B. geomagnetische oder luftbildarchäologische Daten) der Denkmalfachbehörde mindestens zu Verfügung zu stellen sind, damit zügig eine verbindliche Aussage getroffen werden kann.

Archäologische Nachforschungen

Auch die Nachforschung nach Bodendenkmälern ist in allen Bundesländern unter Genehmigungsvorbehalt gestellt³⁵. In der Regel kann mit einer solchen Genehmigung die Auflage verbunden werden, die „Wissenschaftlichkeit der Nachforschung“, also zumindest die Wahrung der Mindeststandards, für eine ordnungsgemäße Funddokumentation nachzuweisen. Dies kann durch die Aufsicht einer denkmalfachlich geeigneten Person erfolgen. Wer ohne eine bestandskräftige Genehmigung nach Bodendenkmälern forscht, begeht eine Ordnungswidrigkeit und in Schleswig-Holstein sogar eine Straftat. In allen Bundesländern (mit Ausnahme von Bayern) greift das Schatzregal, sodass das Eigentum des Landes an den entdeckten Funden entsteht und zugleich der Straftatbestand der Unterschlagung (§ 246 StGB) – und bei Veräußerung der Hehlerei (§§ 259 f. StGB) – verwirklicht wird, wenn die Funde nicht an die Denkmalfachbehörde ausgehändigt werden. Eine Genehmigung sollte daher zwingend vor Beginn der Nachforschung beantragt werden. Eine solche Genehmigung ist in der Regel bei der Denkmalfachbehörde zu beantragen. Folglich ist diese auch als vertragsschließende Behörde zu erkennen. Antragsteller bzw. Vertragspartner können sowohl Ehrenamtliche sein, die sich in den Dienst der Bodendenkmalpflege stellen, als auch Grabungsfirmen etc.

Inhalte solcher Verträge sollten sein:

- Bestimmung des Nachforschungsgebietes,
- Bestimmung der Nachforschungsleistungen und der qualitativen Standards,
- Weisungsrechte der Denkmalfachbehörde,
- Anzeige- und Dokumentationsprozedere bei Funden,
- Eigentumsrechte an Funden,
- Urheber- und Urhebernutzungsrechte an der Dokumentation,
- Regelungen für das (illegale) Nachforschen außerhalb des definierten Gebietes.

³⁵ Siehe Beitrag von D. Davydov, „Jeder kann graben“?, in diesem Band (67–76) sowie Spennemann (Anm. 29).

Abgeltung von beitragsfähigen Grabungskosten

Gemäß § 127 BauGB können Gemeinden Erschließungsbeiträge für die im Rahmen von Erschließungsarbeiten notwendigen archäologischen Grabungen erheben³⁶. Auch können Schutzmaßnahmen für Bodendenkmäler beitragsfähig sein³⁷. Folglich können auch Ablöseverträge für solche Erschließungskosten über einen Maximalbetrag geschlossen werden, was in der Regel im Stadium der Planung bzw. des Beginns der Erschließungsmaßnahmen bzw. des Grundstückskaufs Platz haben sollte, vgl. § 133 Abs. 3 BauGB. Ein Blick in § 11 Abs. 1 Nr. BauGB zeigt, dass eben solche Verträge auch in jeder bauplanungsrechtlichen Planungsstufe geschlossen und beispielsweise auch in ein Baulandumlegungsverfahren integriert werden können³⁸. Gleiches gilt wohl für die artverwandten Straßenausbaubeiträge.

Grabungsleistungen der Denkmalfachbehörde

In einigen Bundesländern findet sich in Kombination mit den zuvor dargestellten Konstellationen die Situation, dass die Denkmalfachbehörde mit der Ausführung der Grabungsleistungen beauftragt wird bzw. sich beauftragen lässt. Auch wenn dies häufig mit der Genehmigungs- oder Einvernehmensfrage kombiniert wird, so handelt es sich bei der Beauftragung nicht um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag im engeren Sinne. Zwar findet sich in den meisten Aufgabenkatalogen der Denkmalfachbehörden auch die Erforschung von Bodendenkmälern. Jedoch überwiegt bei der Beauftragung der Denkmalfachbehörde anstelle einer privaten Grabungsfirma mit Grabungsleistungen der zivilrechtliche Charakter. Die Denkmalfachbehörde wird dann selbst vielmehr als Betrieb gewerblicher Art tätig, der dann – im Rahmen der Grenzen der Zumutbarkeit – eine „Vergütung“ erhält³⁹. Der Rahmen der Zumutbarkeit ist zu wahren, weil der Grundsatz „keine Flucht ins Privatrecht“ es der Denkmalfachbehörde nicht erlaubt, durch die zivilrechtliche Auftragskonstellation mehr „Vorteile“ zu erlangen als bei der „Verwaltungsaktlösung“. Auch darf die Denkmalfachbehörde ihre Stellung nicht derart ausnutzen, dass sie den Wettbewerb zu privaten Grabungsfirmen gänzlich verzerrt⁴⁰. Der Vorteil

³⁶ VG Greifswald, Urteil vom 03.04.2014 – 3 A 134/12, mit Anm. T. Kemper, Immobilien u. Baurecht (IBR) 2014, 1171.

³⁷ Martin (Anm. 34) RdNr. 130.

³⁸ Battis u. a. (Anm. 18) § 11 RdNr. 4 f.

³⁹ Oebbecke/Haibt (Anm. 2) 24 f.

⁴⁰ P. Kirchhof in: Th. Maunz/G. Dürig (Hrsg.), Grundgesetz. Loseblatt-Kommentar, 79. Erg.-Lfg. – Stand: 12/2016 (München 2017) Art. 83 RdNr. 106 f. Andere Auffassung: J. Oebbecke, Rechtsfragen zur Tätigkeit von Grabungsfirmen bei der archäologischen Untersuchung von Flächen. In: Archäologische Denkmalpflege und Grabungsfirmen. Kolloquium im Rahmen der Jahres-

des Investors besteht darin, dass der zeitliche und personelle Rahmen eindeutig bestimmt werden kann, worauf der Investor sonst keinen Anspruch hätte, er Ansprüche wegen Leistungsverzug etc. hat und das Risiko von Nachgrabungen wegen Verletzung der Grabungsstandards nahezu ausgeschlossen ist. Der Vorteil der Denkmalfachbehörde liegt in der Sicherung der Kostenübernahme und Planbarkeit des Arbeitseinsatzes.

Schlussbetrachtung

Der öffentlich-rechtliche Austauschvertrag ist grundsätzlich zulässiges Mittel zur Regelung von verwaltungsrechtlichen Tatbeständen und somit auch für den Bereich der Bodendenkmalpflege. Gegenüber dem starren Verwaltungsakt bieten die vertraglichen Abreden eine größere Flexibilität. Und dennoch wird mit ihnen noch zurückhaltend gearbeitet, was auch z. T. einem noch geringen Erfahrungsschatz der Behörden geschuldet sein mag; diesbezüglich bleibt aber festzustellen, dass Gesetz und Rechtsprechung eine hohe „Fehlertoleranz“ der Verträge in der inhaltlichen Ausgestaltung zulassen. Die Schaffung von Vertragsrecht setzt aber voraus, dass insbesondere die Vorhabenträger frühzeitig in den kooperativen Dialog mit den Denkmalschutz- und Denkmalfachbehörden treten. Dieser wird häufig von Vorhabenträgern aus Furcht davor, „über den Tisch gezogen zu werden“, gescheut. Dieser Sorge kann nur durch eine qualifizierte rechtliche und denkmalfachliche Beratung abgeholfen werden; ein neues Berufsfeld für „freie Archäologen“ tut sich dabei auf. Und dennoch zeigen die von der Rechtsprechung entwickelten Maßstäbe, dass die Verträge über umfangreiche Anwendungsmöglichkeiten mit hohem Potenzial zum allseitigen Interessenausgleich auch in der Bodendenkmalpflege verfügen. Somit bleibt der Appell: nur Mut zum Vertrag!

tagung 1993, Bruchsal, 10.–13. Mai 1993. Hrsg. v. Verband der Landesarchäologen in der Bundesrepublik Deutschland (Stuttgart 1994) 57–66 bes. 65.

Abstract

In the more recent past, public law contracts have increasingly gained in relevance not only in administrative legislation in general, but also in urban development legislation and particularly in heritage protection legislation. This may be related to the fact that the authorities increasingly see themselves as service departments and that – on the political level as well – collaborative structures are becoming more prevalent. But the *de facto* pressures arising from staff and funding shortages make it necessary for the authorities – especially in heritage protection – to offer their services in exchange for financial remuneration. On the other hand, the consultation process for investors at practical level is similarly leading towards achieving a consensus with the authorities on the procedures at the earliest possible stage, and to regulate this by contractual provisions; this leads to planning reliability. In archaeological site conservation, in particular, the so-called investor contracts to regulate archaeological excavations required for site preparation were repeatedly subjected to judicial decisions – and usually upheld. The objective of these contracts can be to obtain approval under heritage protection legislation, the agreement of or approval by the heritage protection authorities, or the payment of the excavation costs. The public law exchange agreement is fundamentally a permissible means of regulating matters governed by administrative law and thus for archaeological site conservation as well. Contractual agreements provide greater flexibility than an inflexible administrative act. They are still only used with reluctance, however, which may also be down to the fact that the authorities sometimes have little experience with them; it must be noted, however, that legislation as well as adjudications permit a high “error tolerance” in respect of the content of the contracts. However, the establishment of contract law requires that project developers in particular seek to enter into collaborative dialogue with heritage protection and archaeological authorities at an early stage. Project developers often shy away from this contact for fear of “being taken for a ride”. This fear can only be assuaged by a discussion with qualified legal and heritage protection specialists; this opens up a new professional field for “self-employed archaeologists”. But the standards developed by the adjudications nevertheless show that the contracts have extensive scope for application with high potential for an all-round balancing of interests in archaeological site conservation as well.

„Jeder kann graben“? – Archäologisches Erbe im Spannungsfeld zwischen Partizipation und Gefahrenabwehr

Von Dimitrij Davydov

Problemaufriss

Erforschung und Erhaltung des kulturellen Erbes in Deutschland sind seit jeher durch ein Nebeneinander von staatlichen und privaten Akteuren geprägt gewesen¹. Die Grenze zwischen den hoheitlichen Aufgaben und dem privaten Engagement hat sich dabei im Laufe der Geschichte mehrmals verschoben: Während noch zu Beginn des 20. Jahrhunderts von der Öffentlichkeit der Wunsch nach einer Institutionalisierung der Denkmalpflege artikuliert worden war² – und in den ersten deutschen Denkmalschutzgesetzen seinen Ausdruck gefunden hatte –, sind rund hundert Jahre später Forderungen nach ihrer „Entstaatlichung“ in den Fokus der öffentlichen Auseinandersetzung gerückt³. Speziell im Bereich der Bodendenkmalpflege hatten bislang vornehmlich der Einsatz privater Grabungsunternehmen und deren Verhältnis zu staatlichen Fachbehörden im Mittelpunkt der „Privatisierungsdiskussion“ gestanden⁴. Inzwischen werden jedoch unter dem Stichwort „citizen science“ die Handlungsoptionen Privater im Bereich der archäologischen Forschung – und der archäologischen Denkmalpflege – teilweise neu ausgelotet⁵.

¹ Vgl. O. Karnau, Ehrenamtliche Denkmalpflege. In: D. Martin/M. Krautzberger (Begr.), Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege⁴, hrsg. von D. Davydov u. J. Spennemann (München 2017) Teil I, RdNr. 77 ff.

² Vgl. H. Ament, Denkmalpflege und Vereinstätigkeit im 19. Jahrhundert. Arch. Nachrbl. 5,2, 2000, 187–194.

³ Vgl. Entstaatlichung der Denkmalpflege? Von der Provokation zur Diskussion. Hrsg. v. Vereinigung der Landesdenkmalpfleger (München 2000); A. Hense (Hrsg.), Denkmalrecht unter Denkmalschutz? Aktuelle rechtspolitische, verfassungs- und verwaltungsrechtliche Probleme von Denkmalschutz und Denkmalpflege. Dresdner Schr. Öffentliches Recht 3 (Frankfurt a. M., Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien 2003).

⁴ Vgl. H. G. Horn, Wohin steuert die amtliche Bodendenkmalpflege? Anmerkungen aus der Sicht einer Obersten Denkmalbehörde. In: Archäologische Denkmalpflege und Grabungsfirmen. Kolloquium im Rahmen der Jahrestagung 1993, Bruchsal, 10.–13. Mai 1993, hrsg. v. Verband der Landesarchäologen (Stuttgart 1994) 13–15; J. Oebbecke, (Teil-)Privatisierung der Bodendenkmalpflege – kurzlebige Mode oder notwendige Modernisierung? In: J. Oebbecke (Hrsg.), Privatisierung in der Bodendenkmalpflege. Öffentlich-rechtliche Fragen des Einsatzes privater Grabungsfirmen (Baden-Baden 1997) 14–17.

⁵ Vgl. mit der Gegenüberstellung der Rechtslage in Österreich und Großbritannien: R. Karl, Bekanntes Wissen oder unbekanntes

Obwohl ein reges öffentliches Interesse an den materiellen Zeugnissen vergangener Epochen die Grundprämisse eines funktionierenden staatlichen Denkmalschutzes darstellt, kann dieses Interesse in der Praxis neben fruchtbarer öffentlich-privater Kooperation zum Vorteil des kulturellen Erbes gelegentlich auch zu Verwerfungen führen, wenn Einzelne eine autonome, von behördlicher Begleitung abgekoppelte Erforschung dieses Erbes für sich reklamieren oder – erst recht – wenn das Interesse an solchen Zeugnissen in erster Linie ein kommerzielles ist. In der Bodendenkmalpflege wird die Einbindung Privater inzwischen als eine unentbehrliche Unterstützung der staatlichen und kommunalen Behörden betrachtet, die zumindest ansatzweise die ausgedünnte Personaldecke in der Verwaltung kompensiert⁶. Das Spektrum der Aufgaben ehrenamtlicher Helfer reicht hier von Feldbegehungen zur Kontrolle bekannter und Entdeckung bislang unbekannter Bodendenkmäler sowie Baustellenbeobachtungen bis hin zu Fundbergungen und der Auswertung von Fundgut⁷. Auf der anderen Seite hat sich die Suche nach „Schätzen“, die insbesondere private Nachforschungen unter Einsatz von Metallsuchgeräten (das sog. Sondengehen) umfasst, inzwischen zu einem Phänomen entwickelt, das flächendeckend das archäologische Erbe gefährdet und die amtliche Bodendenkmal-

Informationen? Gedanken zum eigentlichen Ziel und zur bestmöglichen Umsetzung des Schutzes archäologischer Funde. Österreichische Zeitschr. Kunst- u. Denkmalpflege 2011, H. 3, 267–269; ders., The public? Which public? In: N. Schücker (Hrsg.), Integrating Archaeology. Science – Wish – Reality. International Conference on the Social Role, Possibilities and Perspectives of Classical Studies. Papers held in Frankfurt a. M. on 12–14 June 2012 (Frankfurt a. M. 2012) 23–27; ders., Ich bin Hobby-polizist und Hobbychirurg. Arch. Inf. Early View, 13.10.2016, 1–13 (Online-Publ.: http://www.dguf.de/fileadmin/AI/ArchInf-EV_Karl2.pdf [Zugriff: 22.02.2017]).

⁶ Vgl. G. Weber, Ehrenamtliche Tätigkeit in der Archäologischen Denkmalpflege. Versuch einer Zusammenfassung. Arch. Nachrbl. 7,2, 2002, 168–172.

⁷ J. Fries, Nicht nur für Profis. Möglichkeiten der freiwilligen Mitarbeit in der archäologischen Denkmalpflege. In: P. Becker/Ch. Wawrzinek (Hrsg.), Raubgräber – Grabräuber. Begleitschrift zur Sonderausstellung des Museums Natur und Mensch Oldenburg (Mainz 2013) 179 f.; H. Koschik, Archäologische Denkmalpflege und ihre Partner. In: Archäologische Denkmalpflege in Deutschland. Standort, Aufgabe, Ziel, hrsg. vom Verband der Landesarchäologen (Stuttgart 2003) 58 f.

pflege in Deutschland vor erhebliche Probleme stellt⁸. Das Deutsche Nationalkomitee für Denkmalschutz hat deshalb bereits 1991 in seiner Schweriner Erklärung⁹ an die Landesgesetzgeber appelliert, die Benutzung von Metalldetektoren und ähnlichen Geräten im Gelände einer Genehmigungspflicht zu unterwerfen. Die so skizzierte Gemengelage verschiedener öffentlicher und privater Interessen gibt Anlass, dem Verhältnis von Gefahrenabwehr und Partizipation im Denkmalrecht nachzugehen.

Archäologisches Erbe und Partizipation

Internationaler Rahmen

Der Gedanke der Einbeziehung der interessierten Öffentlichkeit in die Aktivitäten der amtlichen Bodendenkmalpflege findet mittlerweile in zahlreichen Grundsatzpapieren und Leitlinien internationaler und nationaler Fachgremien Ausdruck. Während in den frühen Empfehlungen zum Umgang mit dem kulturellen Erbe – darunter auch mit archäologischen Stätten, Befunden und Funden – die (nichtwissenschaftliche) Öffentlichkeit lediglich informiert und sensibilisiert werden sollte, hat die vom International Committee for the Management of Archaeological Heritage (ICAHM) erarbeitete und 1990 von der IX. ICOMOS-Generalversammlung angenommene „Charta für den Schutz und die Pflege des archäologischen Erbes“ (Charta von Lausanne) beim Thema Partizipation neue Akzente gesetzt. So wird in Art. 6 der Charta konstatiert, dass Engagement und Teilnahme der örtlichen Bevölkerung an der Erhaltung und Konservierung des archäologischen Erbes gefördert werden sollen, insbesondere „[...] wenn es sich um das archäologische Erbe einer autochthonen Bevölkerung oder lokaler Bevölkerungsgruppen handelt“¹⁰. Das der Charta von Lausanne zugrunde liegende Verständnis der Bürgerbeteiligung geht dabei so weit, dass die Empfehlung ausgesprochen wird, „in manchen Fällen“ den lokalen Bevölkerungsgruppen die Verantwortung für Schutz und Pflege von archäologischen Stätten und Denkmälern zu übertragen. Mit dieser Empfehlung ist freilich weder

eine Abkehr vom Primat eines effektiven staatlichen Schutzes noch eine Absenkung der fachlichen Anforderungen verbunden. So wird einerseits in Art. 3 der Charta bekräftigt, dass jegliche Eingriffe in archäologische Stätten und Denkmäler oder deren Umgebung nur mit Zustimmung der zuständigen „archäologischen Behörden“ erfolgen dürfen, und andererseits wird in Art. 8 klargestellt, dass für die Pflege des archäologischen Erbes ein hohes wissenschaftliches Niveau in den verschiedenen Disziplinen unumgänglich ist, wofür u. a. Standards für Berufsausbildung und Berufsethik festgelegt werden müssen.

Die Förderung „angemessener ethischer und wissenschaftlicher Standards in der archäologischen Arbeit“ hat sich insbesondere die Vereinigung Europäischer Archäologen (European Association of Archaeologists – EAA) zum Ziel gesetzt. In ihrem 1997 in Ravenna verabschiedeten Verhaltenskodex¹¹, der in der geistigen Tradition der Charta von Lausanne steht, werden als Richtschnur beruflicher Aktivität aller – nicht nur amtlicher – Archäologen einerseits der weitestgehende Einsatz für den substanziellen Schutz des archäologischen Erbes (Art. 1.2) sowie andererseits die Einhaltung höchster fachlicher Qualitätsanforderungen bei Untersuchungen jedweder Art (Art. 1.4) definiert. Letzteres umfasst auch die Notwendigkeit der Archäologen, sich ständig über methodische Entwicklungen auf dem Laufenden zu halten, die das Feld ihrer Spezialisierung wie auch Techniken der Feldarbeit, Konservierung und Informationsverbreitung sowie verwandte Gebiete betreffen (Art. 2.2). Damit korrespondiert die Forderung, keine Projekte durchzuführen, für die sie nicht entsprechend ausgebildet oder vorbereitet worden sind (Art. 2.3). Diese Grundsatzhaltung ist auch in den 1998 in Göteborg ergänzend zum Verhaltenskodex verabschiedeten Verhaltensregeln für archäologische Vertragsarbeit¹² bestätigt worden.

Der anhand von Leitlinien und Empfehlungen internationaler Fachgremien nachvollziehbare Wandel des Partizipationsgedankens spiegelt sich in der Entwicklung internationaler Rechtsnormen wider. Während das revidierte Europäische Übereinkommen zum Schutz des archäologischen Erbes (Konvention von La Valletta)¹³ aus dem Jahre 1992 sich lediglich in Art. 9 für bildungspolitische Maßnahmen zur Sensibilisierung der Allgemeinheit ausspricht und dabei insbesondere einen öffentlichen Zugang zu archäologischen Stätten als

⁸ Vgl. E. Schallmayer, Raubgräberei und Landesarchäologie – Sichtweise und Praxis. *Denkmalpflege u. Kulturgesch.* 2008, H. 3, 6–8; J. Biel, Sondengänger und Archäologische Denkmalpflege. *Arch. Nachrbl.* 11,2, 2006, 184–188.

⁹ Vgl. Zur Gefährdung und Zerstörung von Bodendenkmälern durch Sondengänger und Raubgräber, Erklärung vom 11.11.1991. In: I. Friedrich (Bearb.), *Denkmalschutz. Texte zum Denkmalschutz und zur Denkmalpflege*⁴, hrsg. v. Deutsches Nationalkomitee für Denkmalschutz. DNK-Schriften. 51 (Berlin 2007) 201.

¹⁰ Bis dahin hatte allein die australische ICOMOS-Charta von Burra – mit Blick auf das kulturelle Erbe der Ureinwohner – eine Einbindung der lokalen Bevölkerung in Denkmalpflegeprojekte vorgesehen.

¹¹ Der Verhaltenskodex der EAA (EAA Code of Practice) v. 27.09.1997.

¹² Verhaltensregeln der EAA für Archäologen unter archäologischer Vertragsarbeit (EAA Principles of Conduct for Contract Archaeology) v. 26.09.1998.

¹³ Europäisches Übereinkommen zum Schutz des archäologischen Erbes (revidierte Fassung) vom 16.01.1992. Das Übereinkommen ist für Deutschland am 23.07.2003 in Kraft getreten (BGBl. II S. 309).

anstrebenswert beschreibt, beschreitet die 2005 angenommene Konvention über den Wert des Kulturerbes für die Gesellschaft (Konvention von Faro)¹⁴ in puncto „Organisation der öffentlichen Verantwortung für das kulturelle Erbe“ Neuland. So werden die Vertragsstaaten¹⁵ in der Faro-Konvention aufgefordert, „innovative Wege der Zusammenarbeit“ zwischen den öffentlichen Behörden und anderen Beteiligten (Art. 11 c) zu entwickeln sowie zur Achtung und Ermutigung von freiwilligen Initiativen aufgerufen, „[...] welche die Rolle der öffentlichen Behörden ergänzen“ (Art. 11 d). Nicht aus dem Auge verloren werden sollte jedoch der Umstand, dass die Faro-Konvention laut ihrer Präambel als eine Fortentwicklung der vorangegangenen Europäischen Übereinkommen zum Schutz des kulturellen Erbes, darunter auch der Konvention von La Valletta, verstanden sein will. Die Hervorhebung der gesamtgesellschaftlichen Verantwortung für das kulturelle Erbe in der Konvention von Faro ändert daher nichts an dem der Konvention von La Valletta zugrunde liegenden Konzept des effektiven staatlichen Bodendenkmalschutzes, der u. a. durch den Vorrang der Erhaltung *in situ* gekennzeichnet ist (Art. 4 ii) und die Aufgabe hat, unsachgemäße, das archäologische Erbe gefährdende Ausgrabungen und Erkundungen durch geeignete Überwachungs- und Genehmigungsverfahren zu verhindern (siehe Erwägungsgründe 7 und 8 sowie Art. 3 der Konvention)¹⁶. Der partizipative Ansatz der Konvention von Faro geht dementsprechend mit der Anerkennung der Notwendigkeit von Qualitätsstandards im Umgang mit dem kulturellen Erbe einher; hierzu gehört auch die Förderung qualitativ hochwertiger Arbeit durch Systeme beruflicher Qualifizierung und Zulassung für Einzelpersonen, Unternehmen und Organisationen (Art. 9 e der Konvention).

Als Zwischenergebnis darf man also festhalten, dass weder in den international anerkannten Grundsatzdokumenten und Positionspapieren zur Bodendenkmalpflege noch in den europäischen Übereinkommen zum Schutz des kulturellen (archäologischen) Erbes – von ihrer jeweiligen innerstaatlichen Geltung in Deutschland einmal abgesehen¹⁷ – eine Freiheit der archäologischen

Forschung postuliert wird, die Jedermann dazu berechtigten würde, ohne staatliche Überwachung Nachforschungen oder Ausgrabungen durchzuführen.

Nationale Regelungen

Die innerstaatlichen Regelungen zur Erhaltung des kulturellen Erbes in der Bundesrepublik Deutschland – insbesondere die Denkmalschutzgesetze der Länder – enthalten bislang nur ansatzweise dezidierte Vorgaben zur Partizipation speziell im Bereich der archäologischen Denkmalpflege.

Die in der Regel Denkmalfachbehörden zugewiesenen Aufgaben im Bereich der Öffentlichkeitsarbeit sind sehr allgemein gefasst und beschränken sich meist auf die Aufforderung, in der Öffentlichkeit Verständnis für Denkmalschutz und Denkmalpflege zu wecken und zu fördern (beispielsweise § 4 Abs. 2 Satz 2 HDSchG). Eine Rechtspflicht der entsprechenden Behörden zur Einbindung von Privaten in ihre Forschungsvorhaben oder gar Entscheidungsprozesse ergibt sich daraus nicht. Die den Denkmalschutzbehörden in einigen Ländern eingeräumte Befugnis, interessierte Bürger zu „ehrenamtlichen Beauftragten“ (§ 18 Abs. 5 BbgDSchG, § 24 DSchG NRW, § 7 Abs. 3 SächsDSchG), „ehrenamtlichen Denkmalpflegern“ (§ 27 DSchG RP), oder „Vertrauensleuten“ (§ 5 DSchG SH) zu bestellen, eröffnet der Verwaltung zwar die Möglichkeit, sich bürgerschaftlichen Engagements zu bedienen, belässt ihr jedoch im Übrigen einen mehr oder weniger weiten Spielraum hinsichtlich des Zustandekommens und erst recht hinsichtlich der inhaltlichen Ausgestaltung der Zusammenarbeit. Am weitesten ist der partizipative Ansatz in Bayern ausgeprägt: Neben der obligatorischen Einbindung von ehrenamtlich tätigen Heimatpflegern in behördliche Entscheidungsprozesse (Art. 13 Abs. 1 BayDSchG) sieht das Gesetz vor, dass Denkmalschutzbehörden und das Bayerische Landesamt für Denkmalpflege sich „in geeigneten Fällen“ der Unterstützung u. a. privater Initiativen bedienen sollen (Art. 13 Abs. 2 BayDSchG). Letztlich bleibt es aber auch hier der jeweiligen Behörde überlassen, ob und inwieweit sie Unterstützung und Beratung nicht-staatlicher Organisationen im Einzelfall abrufen.

Es zeigt sich also, dass auch das nationale Recht die Mitwirkung Privater an Entscheidungsprozessen, Forschungsaktivitäten oder Erhaltungsmaßnahmen in der Bodendenkmalpflege zwar in einem gewissen Rahmen gestattet, aber keineswegs bietet¹⁸.

Form er die Kooperation zwischen Behörden und Privaten realisiert. Ein subjektiv-öffentliches Recht des Einzelnen auf Teilnahme an behördlichen Schutzmaßnahmen oder Forschungsaktivitäten ergäbe sich daraus nicht.

¹⁸ Unabhängig von der Frage einer dezidierten gesetzlichen Aufgabenzuweisung sind Denkmalschutz- und Denkmalfachbehörden selbstverständlich Handlungsspielräume eröffnet, einzelne

¹⁴ Rahmenkonvention des Europarats über den Wert des Kulturerbes für die Gesellschaft vom 27.10.2005; zur völkerrechtlichen Relevanz der Konvention siehe C. F. Germelmann, Kulturelles Erbe als Menschenrecht? Der Beitrag der Rahmenkonvention des Europarats über den Wert des kulturellen Erbes für die Gesellschaft. Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 2015, 859–863.

¹⁵ Die Rahmenkonvention ist von der Bundesrepublik Deutschland bislang nicht unterzeichnet worden, vgl. BT-Drucks. 16/2157, 10.

¹⁶ Der Überwachungsauftrag wird durch die in Art. 6 i der Konvention von La Valletta vorgesehene Verpflichtung zur Finanzierung der archäologischen Forschung durch „gesamtstaatliche, regionale und kommunale Behörden“ flankiert. Weitere Träger der archäologischen Forschung nennt die Konvention nicht.

¹⁷ Selbst wenn die Bundesrepublik Deutschland der Faro-Konvention beitreten würde, bliebe es aufgrund des offenen Wortlauts des Art. 11 c) und d) letztlich dem Staat überlassen, in welcher

Archäologisches Erbe und staatliche Kontrolle

Eine hoheitliche Kontrolle archäologischer Nachforschungen und Ausgrabungen bleibt ein Kernelement des Bodendenkmalschutzes, der wie ein roter Faden die Empfehlungen und Leitlinien internationaler Expertengremien und die auf diesen beruhenden zwischenstaatlichen Übereinkommen durchzieht und auch in Deutschland ein fester Bestandteil der innerstaatlichen Rechtsordnung ist.

Internationaler Rahmen

Bereits in der Empfehlung der UNESCO zu internationalen Grundsätzen bei archäologischen Ausgrabungen aus dem Jahre 1956¹⁹ wird jedem Mitgliedstaat, auf dessen Territorium Ausgrabungen²⁰ durchgeführt werden sollen, nahegelegt, „[...] allgemeine Vorschriften hinsichtlich der Erteilung von Ausgrabungsgenehmigungen festzulegen“. Als einzelne Bestimmungen, die Gegenstand einer Genehmigung sein sollen und vom Grabungsberechtigten zu befolgen sind, nennt die UNESCO-Empfehlung unter Nr. 13 insbesondere die Beaufsichtigung durch nationale Behörden, die Gültigkeitsdauer der Genehmigung, die Gründe, die zur Aufhebung dieser Genehmigung führen können, die Unterbrechung der Arbeiten und die Möglichkeit der Übertragung der Arbeiten vom autorisierten Ausgräber auf die Behörde (den „nationalen archäologischen Dienst“).

Während die Grundzüge des Genehmigungsverfahrens von der UNESCO noch als eine Empfehlung formuliert werden, nimmt die Konvention von La Valletta die Vertragsstaaten nunmehr ausdrücklich in die Pflicht, „Verfahren zur Genehmigung und Überwachung von Aus-

Vorhaben im Bereich der Erhaltung oder der Erforschung des kulturellen Erbes als Kooperationsprojekte mit regionalen oder lokalen Bürgerinitiativen durchzuführen. Ein Förderverein kann hierbei beispielsweise als Träger einer Ausgrabung oder Betreiber einer Dauerausstellung fungieren, in der Grabungsfunde der Öffentlichkeit präsentiert werden. Zum sog. Schleswiger Modell vgl. C. v. Carnap-Bornheim/U. Ickerodt/E. Siegloff, Einige Bemerkungen zu Christoph Huths Beitrag „Vom rechten Umgang mit Sondengängern“ – die Schleswig-Holsteinische Perspektive. Arch. Inf. 38, 2015, 324–328.

¹⁹ Die Empfehlung wurde von der Generalkonferenz der UNESCO auf ihrer neunten Tagung in Neu-Delhi am 05.12.1956 angenommen.

²⁰ Die Verwendung des Begriffs „archäologische Ausgrabungen“ in den einschlägigen internationalen Dokumenten ist uneinheitlich. Die „UNESCO-Empfehlung zu internationalen Grundsätzen bei archäologischen Ausgrabungen“ meint damit „[...] alle Arten von Forschungen, die der Entdeckung von Objekten mit archäologischem Charakter dienen, egal, ob diese Forschungen das Graben im Erdreich oder die systematische Erkundung der Oberfläche beinhalten, oder aber ob sie im Bett oder Untergrund von Binnengewässern oder Hoheitsgewässern eines Mitgliedsstaates ausgeführt werden“.

grabungen und sonstigen archäologischen Tätigkeiten“ vorzusehen und so anzuwenden, dass das archäologische Erbe bewahrt und gleichzeitig die wissenschaftliche Bedeutung der archäologischen Forschungsarbeit gewährleistet wird (Art. 3 der Konvention). Dabei gilt es sicherzustellen, dass jede unerlaubte Ausgrabung oder Beseitigung von Elementen des archäologischen Erbes verhindert wird und dass archäologische Ausgrabungen und Erkundungen in wissenschaftlicher, möglichst substanzschonender Weise vorgenommen werden (Art. 3 i) sowie zu gewährleisten, dass Ausgrabungen und andere möglicherweise zerstörende technische Verfahren nur von fachlich geeigneten, besonders ermächtigten Personen durchgeführt werden (Art. 3 ii). Eine weitere Verpflichtung betrifft den Einsatz von Metalldetektoren und anderen Suchgeräten oder von Verfahren für archäologische Forschungsarbeiten: Diese sind von einer vorherigen Sondergenehmigung abhängig zu machen, soweit das innerstaatliche Recht des Staates dies vorsieht (Art. 3 iii).

Nationale Regelungen

In Deutschland ist nach obergerichtlicher Rechtsprechung die vom Gesetzgeber gewollte Ordnung im Bereich der Erhaltung des kulturellen Erbes dadurch gekennzeichnet, dass „[...] der Denkmalschutz in die Hände staatlicher Fachbehörden gelegt wird, die für eine geordnete und wissenschaftlich fundierte Denkmalpflege zu sorgen haben“²¹. Zu einer „wissenschaftlich fundierten Denkmalpflege“ gehört dabei der in den Denkmalschutzgesetzen der Länder typischerweise an Denkmalfachbehörden gerichtete Auftrag, Denkmäler zu erforschen, der auch die Aufgabe umfasst, wissenschaftliche Grabungen in eigener Verantwortung und Zuständigkeit durchzuführen²². Eine „geordnete“ Denkmalpflege setzt wiederum voraus, dass die Denkmalschutzgesetze für Ausgrabungen und sonstige archäologische Nachforschungen Genehmigungsvorbehalte vorsehen.²³

²¹ Vgl. OVG NRW, Urteil v. 20.09.2011 – 10 A 1995/09 –, www.nrwe.de (NRWE).

²² So OVG NRW (Anm. 21), unter Verweis auf § 22 Abs. 3 Nr. 4 DSchG NRW.

²³ Die hoheitliche Steuerung von Ausgrabungen blickt in Deutschland auf eine über einhundertjährige Rechtstradition zurück: Das Denkmalschutzgesetz des Großherzogtums Hessen vom 16.07.1902 und das Denkmalschutzgesetz des Großherzogtums Oldenburg vom 18.05.1911 unterwarfen Ausgrabungen einer Anzeigepflicht, verbunden mit der Befugnis, Anordnungen zu Art und Weise der Ausgrabung zu treffen; das Preußische Ausgrabungsgesetz vom 26.03.1914 sah in § 18 eine Genehmigungspflicht für Ausgrabungen vor.

Regelungen mit subjektivem Anknüpfungstatbestand

Eine Reihe von landesrechtlichen Genehmigungstatbeständen macht die Genehmigungspflicht ausschließlich an der mit der Tätigkeit verbundenen Absicht fest: So bedarf in Nordrhein-Westfalen (§ 13 DSchG NRW) und Brandenburg (§ 16 BbgDSchG) derjenige einer Erlaubnis der jeweils zuständigen Behörde, wer „[...] nach Bodendenkmälern graben oder Bodendenkmäler aus einem Gewässer bergen will“, wobei in Brandenburg der Kreis der erlaubnispflichtigen Tätigkeiten um die zielgerichtete Suche nach Bodendenkmälern unter Einsatz von technischen Hilfsmitteln erweitert wird.

Auf das Ziel der Tätigkeit heben auch die Genehmigungstatbestände in Baden-Württemberg (§ 21 DSchG BW), Hessen (§ 22 HDSchG), Mecklenburg-Vorpommern (§ 12 DSchG MV) und Thüringen (§ 18 ThürDSchG) ab: Gegenstand der Genehmigungspflicht sind hier „[...] Nachforschungen, insbesondere Grabungen, mit dem Ziel, Bodendenkmäler zu entdecken.“

Eine dritte Variante stellt die im bremischen Denkmalschutzgesetz („wer nach Bodendenkmälern gräbt, bedarf hierfür der Genehmigung“, § 16 BremDSchG) und früher auch in Schleswig-Holstein („wer nach Kulturdenkmälern sucht [...]“, § 18 DSchG SH a. F.²⁴) verwendete Formulierung dar, die in ähnlicher Form auch im Denkmalschutzgesetz Berlin („das Graben nach Bodendenkmälern bedarf [...] der Genehmigung“, § 3 Abs. 3 DSchG Bln.) vorkommt. Auch hier ist die Genehmigungspflicht an das Ziel der Nachforschung geknüpft: Dem Grabenden/Suchenden muss es um die Auffindung von Bodendenkmälern gehen und nicht von anderen im Boden oder in Gewässern verborgenen Gegenständen.

Die Anwendung aller vorgenannten Regelungen kann in der Verwaltungspraxis auf das Problem stoßen, das Ziel der Nachforschung oder den Willen des Nachforschenden, ggf. entgegen dessen Behauptung, zu ermitteln – sei es, um diesen zur Beantragung einer Genehmigung anzuhalten, sei es, um bereits vorgenommene Nachforschungen als Gesetzesverstoß zu ahnden. Ob in solchen Fällen die Heranziehung strafrechtlicher Grundsätze infrage kommt, wird in Fachliteratur und Rechtsprechung unterschiedlich bewertet. So hat das VG Schleswig für die frühere Rechtslage in Schleswig-Holstein ausgeführt, die Suche nach Bodendenkmälern erfordere zwar Vorsatz, bedingter Vorsatz sei aber ausreichend. Der Suchende müsse demnach wissen oder es für möglich halten und billigend in Kauf nehmen, bei der Suche auf Bodendenkmäler zu stoßen. Eventuelle Meinungsunterschiede über die Einstufung der in der Erde gefundenen Gegenstände als geschichtlich wertvoll stell-

ten den bedingten Vorsatz nicht infrage²⁵. Demgegenüber hat das VG Düsseldorf für die Anwendung des nordrhein-westfälischen Genehmigungstatbestandes (§ 13 DSchG NRW) festgestellt, der Wortlaut dieser Vorschrift stelle auf die Absicht der Freilegung oder Bergung von Bodendenkmälern ab. Grabungen mit anderer, etwa wirtschaftlicher Zielsetzung, fielen darunter nicht. Es reiche auch nicht aus, dass der Grabende das Vorhandensein von Bodendenkmälern kennt und billigend in Kauf nimmt oder sich damit abfindet, dass sie zutage gefördert werden. Wer nach Bodendenkmälern graben wolle, müsse „[...] einen auf den spezifischen Zweck ausgerichteten Willen entwickeln“²⁶.

Praxisgerechter erscheinen subjektiv gefasste Genehmigungstatbestände, in denen nicht oder nicht ausschließlich auf die Absicht des Nachforschungswilligen, sondern (auch) auf dessen Wissensstand abgehoben wird. So bedarf in Bayern der Erlaubnis u. a. derjenige, wer Erdarbeiten auf einem Grundstück vornehmen will, obwohl er weiß oder vermutet oder den Umständen nach annehmen muss, dass sich dort Bodendenkmäler befinden (Art. 7 Abs. 1 Satz 1 BayDSchG). Das Gesetz in Niedersachsen umfasst wiederum, in jeweils getrennten Paragrafen geregelt, sowohl zielgerichtete Nachforschungen (Grabung, Bergung und Suche mit technischen Hilfsmitteln, § 12 DSchG Nds.) als auch Nachforschungen und Erdarbeiten auf Grundstücken, von denen der Betroffene weiß, vermutet oder den Umständen nach annehmen muss, dass diese Kulturdenkmäler enthalten (§ 13 DSchG Nds.). Ähnlich ist auch die saarländische Regelung konzipiert (§ 10 Abs. 1 Satz 1 und § 10 Abs. 1 Satz 2 DSchG SL).

Regelungen mit kombinierten Tatbestandsvoraussetzungen

In einer Reihe von Denkmalschutzgesetzen werden subjektive und objektive Tatbestandsmerkmale verwendet, um unterschiedliche Tätigkeiten, die geeignet sind, das archäologische Erbe zu gefährden, einer Verfahrenspflicht zu unterwerfen. In Sachsen sind einerseits die „Nachforschungen, insbesondere Grabungen, mit dem Ziel, Kulturdenkmale zu entdecken“ genehmigungspflichtig (§ 14 Abs. 2 SächsDSchG), andererseits aber auch „Erdarbeiten, Bauarbeiten oder Gewässerbaumaßnahmen an einer Stelle, von der bekannt oder den Umständen nach zu vermuten ist, dass sich dort Kulturdenkmäler befinden“ (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 SächsDSchG) sowie schließlich die „[...] Ände-

²⁴ Gesetz zum Schutze der Kulturdenkmale vom 12.01.2012, außer Kraft getreten am 30.01.2015.

²⁵ VG Schleswig, Urteil v. 09.01.2012 – 8 A 140/11; bestätigt durch OVG SH, Beschluss v. 12.04.2012 – 1 LA 8/12 –, juris; ebenso NdsOVG, Urteil v. 07.02.1994 – 1 L 4549/92 –, Entscheidungen zum Denkmalrecht (EzD) 2.3.4 Nr. 1 und J. Brügge, Bodendenkmalrecht unter besonderer Berücksichtigung der Paläontologie (Köln 1993) 100.

²⁶ VG Düsseldorf, Urteil v. 30.10.2003 – 4 K 61/01 –, NRWE; ebenso P. Memmesheimer/D. Upmeyer/H. Schönstein, Denkmalrecht NRW² (Köln 1989) § 13 RdNr. 5.

zung der bisherigen Bodennutzung von Grundstücken, von denen bekannt ist, dass sie im Boden Kulturdenkmale bergen“ (§ 14 Abs. 1 Nr. 2 SächsDSchG). Eine ähnliche Struktur weist die entsprechende Vorschrift in Rheinland-Pfalz (§ 21 DSchG RP) auf. Allen vorgenannten Regelungen ist dabei gemeinsam, dass der Landesgesetzgeber mit der Verwendung von Formulierungen wie „bekannt ist“ und „zu vermuten ist“ die Genehmigungspflicht vom Wissensstand des jeweiligen Nachforschungswilligen abgekoppelt hat.

In Hamburg und Sachsen-Anhalt hat der Gesetzgeber schließlich für unterschiedliche Tätigkeiten verschiedene Verfahrensarten vorgesehen: Während zielgerichtete archäologische Nachforschungen in beiden Ländern genehmigungspflichtig sind, besteht in Hamburg für beabsichtigte Änderungen der Bodennutzung an Grundstücken, die nachweislich Bodendenkmäler enthalten (§ 14 Abs. 2 HmbgDSchG) und in Sachsen-Anhalt für Erd- und Bodenarbeiten, bei denen „[...] begründete Anhaltspunkte bestehen, dass Kulturdenkmäler entdeckt werden“ (§ 14 Abs. 2 Satz 1 DSchG LSA) lediglich eine Anzeigepflicht.

Regelungen mit objektivem Anknüpfungstatbestand

Für eine Genehmigungsregelung ohne subjektive Elemente hat sich der Gesetzgeber in Schleswig-Holstein entschieden. Hier bedürfen gem. § 12 Abs. 2 DSchG SH²⁷ der Genehmigung der oberen Denkmalschutzbehörde: die Anwendung archäologischer Methoden, die geeignet sind, Kulturdenkmale aufzufinden, an Stellen, von denen bekannt ist oder den Umständen nach zu vermuten ist, dass sich dort Kulturdenkmale befinden (Abs. 2 Nr. 4), das Verwenden von Mess- und Suchgeräten, die geeignet sind, Kulturdenkmale aufzufinden, ohne dazu nach anderen Rechtsvorschriften befugt zu sein (Nr. 5) sowie Nachforschungen, Erdarbeiten oder taucherische Bergungen an Stellen, von denen bekannt ist oder den Umständen nach zu vermuten ist, dass sich dort Kulturdenkmale befinden, ohne dazu nach anderen Rechtsvorschriften befugt zu sein (Nr. 6).

Rechtsfolgen

So vielfältig die genehmigungspflichtigen Handlungen in den Denkmalschutzgesetzen der Länder gefasst sind, so unterschiedlich sind auch die Formulierungen auf der Rechtsfolgenseite. So werden in einigen Landesgesetzen Gründe, die zur Versagung der Genehmigung führen, in anderen umgekehrt die Genehmigungsvoraussetzungen genannt. Während in Nordrhein-Westfalen die Grabungs- bzw. Bergungserlaubnis nach § 13 Abs. 2 DSchG NRW zu erteilen ist, „[...] wenn die beabsichtigte Grabung oder Bergung Bodendenkmäler oder die Erhaltung

von Quellen für die Forschung nicht gefährdet“, ist in Berlin die Grabungsgenehmigung gem. § 3 Abs. 3 Satz 2 BlnDSchG zu versagen, „[...] wenn nicht die Gewähr dafür gegeben wird, dass die Durchführung der Grabung dem Schutze und der Pflege der Bodendenkmale gerecht wird“. In Schleswig-Holstein hat sich der Gesetzgeber wiederum auf eine nicht gattungsspezifische Formulierung („Die Genehmigung kann versagt werden, soweit dies zum Schutz der Denkmale erforderlich ist“, § 13 Abs. 2 Satz 1 DSchG SH) beschränkt. Auch dann, wenn die Entscheidungsparameter nicht ausdrücklich normiert sind, hat die Genehmigungsbehörde dennoch zu prüfen, ob die beantragte Maßnahme (Nachforschung, Grabung, Bergung usw.) die Gewähr wissenschaftlicher Methodik bietet oder eine Gefährdung von Forschungsquellen zu befürchten ist. Dass die Verwaltung angesichts der Unwiederbringlichkeit des archäologischen Befundes einen strengen Maßstab anlegen darf²⁸, entspricht dabei dem Charakter der Denkmalschutzgesetze als Gefahrenabwehrrecht ebenso wie den durch die Konvention von La Valletta formulierten Anforderungen an die Ausgestaltung nationaler Schutznormen.

Liegt die Entscheidung über den Antrag, wie z. B. in Baden-Württemberg und Hessen, im Ermessen der Genehmigungsbehörde, hat sie schutzwürdige Interessen des Antragstellers – eines kommerziellen Grabungsunternehmens,²⁹ eines Privatforschers³⁰ oder eines Sondengängers³¹ – in die Entscheidungsfindung einzustellen. Auch hierbei dürfen Zuverlässigkeit und Befähigung des jeweiligen Antragstellers im Umgang mit dem archäologischen Erbe selbstverständlich nicht aus dem Blick verloren werden: Dem öffentlichen Interesse am Erhalt des archäologischen Erbes ist Vorrang einzuräumen, wenn erforderliche Fachkenntnisse oder die notwendige Einsicht, sich im Zweifel mit Bodeneingriffen zurückzuhalten, fehlen³². Eine ausgewogene Entscheidung setzt jedoch auch voraus, dass mildere Alternativen, etwa eine befristete oder nach Suchgebiet und Suchmethode eingeschränkte Genehmigung, in Erwägung gezogen und, sofern fachlich vertretbar, einer vollständigen Ablehnung vorgezogen werden³³.

²⁸ Vgl. F. Fechner, Rechtlicher Schutz archäologischen Kulturguts. Tübinger Schr. internat. u. europäisches Recht 25 (Berlin 1991) 39.

²⁹ Vgl. J. Oebbecke, Rechtsfragen zur Tätigkeit von Grabungsfirmen bei der archäologischen Untersuchung von Flächen. In: Archäologische Denkmalpflege (Anm. 4) 61.

³⁰ Vgl. J. Oebbecke, Das Verhältnis von Bodendenkmalpflege und Forschung aus verfassungsrechtlicher Sicht. In: S. Dušek (Hrsg.), Archäologische Denkmalpflege und Forschung. 4. Kolloquium des Verbandes der Landesarchäologen (Weimar 1993) 62.

³¹ Vgl. H. Strobl/H. Sieche, Denkmalschutzgesetz BW³ (Stuttgart 2010) § 21 RdNr. 5.

³² VG Schleswig, Urteil v. 09.01.2012 – 8 A 140/11.

³³ Hierzu VG Wiesbaden, Urteil v. 03.05.2000 – 7 E 818/00 –, n. v.

²⁷ Denkmalschutzgesetz SH vom 30.12.2014.

Als Nebenbestimmungen, durch die eine Gefährdung archäologischer Quellen im Einzelfall ausgeschlossen werden kann, nennt das Gesetz in Nordrhein-Westfalen Auflagen und Bedingungen, die „[...] die Planung und Ausführung der Grabung oder Bergung, die Leitung durch vorgebildete Fachkräfte, die Behandlung und Sicherung der Bodenfunde, die Dokumentation der Grabungsfunde, die Berichterstattung und die abschließende Herrichtung der Grabungsstätte [...]“ betreffen (§ 13 Abs. 3 Satz 1 DSchG NRW). Vergleichbare Regelungen kommen auch bei privater Suche nach archäologischen oder paläontologischen Relikten in Betracht.³⁴

Gefahrenabwehr versus Forschungsfreiheit

Die eingangs angesprochene Diskussion über die Reichweite der behördlichen Einflussnahme auf private Nachforschungen und die möglichen Teilhaberechte Privater im Bereich der Erforschung des archäologischen Erbes ist aus juristischer Sicht auf die Frage der verfassungsrechtlichen Grenzen landesgesetzlicher Kontrollmechanismen zu fokussieren. Hierbei steht die Vereinbarkeit der in den Denkmalschutzgesetzen vorgesehenen Genehmigungsregelungen mit der im Grundgesetz garantierten Forschungsfreiheit im Vordergrund.

Schutzbereich der Forschungsfreiheit

Das Grundgesetz gewährt jedem, der in Wissenschaft, Forschung und Lehre tätig ist oder sein will, ein Grundrecht auf freie wissenschaftliche Betätigung (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG)³⁵. Den Kernbereich wissenschaftlicher Betätigung stellen dabei die auf wissenschaftlicher Eigengesetzlichkeit beruhenden Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen bei der Suche nach Erkenntnissen, ihrer Deutung und Weitergabe dar³⁶. Als Abwehrrecht schützt das Grundrecht die wissenschaftliche Betätigung gegen staatliche Eingriffe und gewährt dem einzel-

nen Wissenschaftler einen vorbehaltlos geschützten Freiraum³⁷.

Ausgehend von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann die Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG auf die archäologische Forschung von Universitäten und sonstigen Forschungseinrichtungen (beispielsweise Römisch-Germanische Kommission des Deutschen Archäologischen Instituts, Römisch-Germanisches Zentralmuseum, Deutsches Bergbaumuseum usw.) nicht ernsthaft infrage gestellt werden. Sie bedarf jedoch bei Privatpersonen, welche die Suche nach archäologischen oder paläontologischen Relikten, ob nun mit oder ohne technische Hilfsmittel, betreiben wollen, einer eingehenderen Erörterung. Zwar ist es anerkannt, dass die Forschungsfreiheit nicht nur etablierten, sondern auch angehenden Wissenschaftlern zur Seite steht³⁸ und dass neben Hochschulforschern auch „Privatgelehrte“³⁹ und letztlich auch weitere Privatpersonen vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG erfasst werden können, sofern diese die Absicht haben, sich wissenschaftlich zu betätigen. Fraglich ist aber bereits, ob eine solche Absicht dem vorgenannten Personenkreis *in toto* unterstellt werden kann. Nach der Definition des Bundesverfassungsgerichts setzt eine wissenschaftliche Betätigung nämlich einen „ernsthaften und planmäßigen Versuch zur Ermittlung der Wahrheit“ voraus⁴⁰. Die Motivation der Privatpersonen, die in ihrer Freizeit nach archäologischen und paläontologischen Relikten suchen, ist indes erfahrungsgemäß vielfältig: Zwar kann der Wunsch nach „Ermittlung der Wahrheit“ über historische Ereignisse oder Lebensumstände in vergangenen Epochen in Einzelfällen durchaus Anlass für private Nachforschungen sein, doch stehen vielfach Sammelleidenschaft und kommerzielle Vermarktung von Fundgut im Vordergrund.

Damit hängt auch die weitergehende Frage zusammen, ob private Nachforschungen stets als „ernsthaft“, also von einem gewissen Kenntnisstand ausgehend⁴¹, sowie „planmäßig“, d. h., nach einer nachvollziehbaren Methode ausgerichtet⁴², qualifiziert werden können. Zu bedenken ist hier einerseits, dass das Bundesverfassungsgericht den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit tendenziell großzügig auslegt⁴³, sodass ein unvollständiger Kenntnisstand oder methodische Mängel nicht automatisch dazu führen, dass einer Nachforschung die Qualität einer wissenschaftlichen Tätigkeit

³⁴ VG Wiesbaden (Anm. 33). Das VG hat im Zusammenhang mit der Genehmigungspraxis in Hessen ein „Umdenken“ der Fachbehörde über die Einbindung von ehrenamtlicher Tätigkeit für angezeigt gehalten. Als einen möglichen Weg hat das Gericht dabei Fortbildungsveranstaltungen für Genehmigungsinteressenten benannt, welche die Fachbehörde anbieten oder „zumindest fördern“ könnte.

³⁵ Vgl. BVerfG, Beschluss v. 04.11.2010 – 1 BvR 3389/08 –, openJur; Beschluss v. 28.10.2008 – 1 BvR 462/06 –, BVerfGE 122, 89 (105).

³⁶ Vgl. BVerfG, Beschluss v. 26.10.2004 – 1 BvR 911, 927, 928/00 –, BVerfGE 111, 333 (354).

³⁷ Vgl. BVerfG, Beschluss v. 03.03.1993 – 1 BvR 757, 1551/88 –, BVerfGE 88, 129 (136).

³⁸ Vgl. F. Fechner in: K. Stern/F. Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar (Köln 2010) Art. 5 RdNr. 221 – 226.

³⁹ Vgl. H. Bethge in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar⁷ (München 2014) Art. 5 RdNr. 209.

⁴⁰ BVerfG, Beschluss v. 01.03.1978 – 1 BvR 333/75, 174, 178 u. 191/71 –, BVerfGE 47, 327 (369).

⁴¹ Fechner (Anm. 38) Art. 5 RdNr. 179.

⁴² I. Pernice in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1² (Tübingen 2004) Art. 5 III RdNr. 27.

⁴³ Ebd. RdNr. 29.

abgesprochen werden kann⁴⁴. Andererseits stellt das Gericht auch klar, dass die Einordnung unter die Wissenschaftsfreiheit nicht allein von der Beurteilung desjenigen abhängen kann, der das Grundrecht für sich in Anspruch nimmt⁴⁵. Ein entscheidendes Indiz ist daher die Drittanererkennung einer Tätigkeit als wissenschaftlich⁴⁶. Dass in Deutschland und Europa die Archäologie als solche als eine wissenschaftliche Disziplin anerkannt ist⁴⁷, unterliegt dabei zwar keinem vernünftigen Zweifel, ist jedoch kein Beleg für die Drittanererkennung einer jeden privaten Nachforschung als einer von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG erfassten wissenschaftlichen Betätigung. Im Gegenteil: Wie man den zuvor zitierten Grundsatzdokumenten entnehmen kann, basiert das Selbstverständnis der – nicht nur amtlichen, sondern vertraglich tätigen – Archäologen europaweit auf der Anerkennung höchster fachlicher Standards im Umgang mit dem archäologischen Erbe sowie der Schutzverpflichtung diesem gegenüber. Deshalb dürfte es, abgesehen von Einzelfällen, in denen Nachforschungen von Privaten im behördlichen Auftrag und unter fachlicher Anleitung der Bodendenkmalpfleger vorgenommen werden, an einer Drittanererkennung der Schatzsuche als wissenschaftliche Betätigung fehlen.

Schranken der Forschungsfreiheit

Selbst wenn man die private Suche nach archäologischen und paläontologischen Relikten als eine in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG fallende Grundlagenforschung betrachten wollte, wäre sie staatlicher Kontrolle nicht völlig entzogen, sondern könnte im Einzelfall eingeschränkt oder ggf. auch gänzlich unterbunden werden. Die Wissenschaftsfreiheit kann nämlich, wie andere vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte auch, aufgrund von kollidierendem Verfassungsrecht beschränkt werden⁴⁸, das einerseits die Grundrechte Dritter und andererseits andere Schutzgüter von Verfassungsrang umfasst⁴⁹. Dementsprechend werden in Fachliteratur und Rechtsprechung zur Rechtfertigung staatlicher Eingriffsbefugnisse im Bereich des Bodendenkmalschutzes, insbesondere der z. T. restriktiven Genehmigungspraxis der Denkmalbehörden beim Thema „Sondengehen“, zwei verschiedene Ansätze vertreten.

⁴⁴ BVerfG, Beschluss v. 11.01.1994 – 1 BvR 434/87 –, BVerfGE 90, 1 (12 f.).

⁴⁵ Ebd.

⁴⁶ Vgl. Pernice (Anm. 42) RdNr. 25.

⁴⁷ Vgl. H. Krischok, Der rechtliche Schutz des Wertes archäologischer Kulturgüter. Beitr. Grundfragen Recht 17 (Göttingen 2016) 110 f.

⁴⁸ Vgl. BVerfG, Beschluss v. 01.03.1978 – 1 BvR 333/75, 174, 178 u. 191/71 –, BVerfGE 47, 327 (369).

⁴⁹ Fechner (Anm. 38) RdNr. 308.

Forschungsfreiheit anderer Wissenschaftler

Die Rechtsprechung geht davon aus, dass die Erlaubnis- und Anzeigepflichten im Denkmalrecht – und damit auch die Vorschriften zur Genehmigungspflicht von Nachforschungen – dem Schutz der Bodendenkmäler vor allem vor Zerstörung, Beschädigung, Verminderung und vor unsachgemäß durchgeführten Grabungen dienen⁵⁰. Es ist anerkannt, dass die archäologische Denkmalpflege ein schutzwürdiges Interesse am größtmöglichen Erhalt der noch unberührten archäologischen Schichten hat, „[...] damit auch künftigen Generationen die Möglichkeit der wissenschaftlichen Untersuchung der Spuren der Vergangenheit bleibt“⁵¹.

Aus diesen Erwägungen wird teilweise abgeleitet, durch eine restriktive Handhabung der Genehmigungspraxis in der Gegenwart werde die Forschungsfreiheit künftiger Wissenschaftsgenerationen gewährleistet, das archäologische Erbe mit möglicherweise dann fortgeschrittenen Methoden zu erforschen und dabei unter Umständen weitergehende Erkenntnisse zu gewinnen⁵². Bei näherer Betrachtung erscheint diese Argumentation jedoch wenig tragfähig: Abgesehen davon, dass es an der notwendigen Existenz eines Grundrechtsträgers in der Gegenwart fehlt⁵³, läuft sie letztlich auf eine zeitlich nahezu unbegrenzte Verweigerung des Forschungszugangs hinaus, da man auf diese Weise auch künftigen Forschern entgegenhalten könnte, dass irgendwann noch fortschrittlichere und noch weniger invasive Untersuchungsmethoden entwickelt werden könnten. Denkbar wäre deshalb eine Verweigerung der Nachforschungs- oder Grabungsgenehmigung unter Rückgriff auf Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG allenfalls dann, wenn hierdurch die Forschungsfreiheit eines lebenden, im Vergleich zu dem Antragsteller nachweislich besser qualifizierten Wissenschaftlers gewährleistet werden sollte. Dies dürfte jedoch das Vorhandensein eines konkreten Forschungsvorhabens voraussetzen.

Kulturstaatsprinzip und Denkmalschutzgarantien

Nach zutreffender Auffassung zählt der Bodendenkmalschutz zu kollektiven Rechtsgütern. Die Erhaltung des archäologischen Erbes ist „ein Wert an sich“, der behördliche Vorkehrungen zum Schutz archäologischer Sub-

⁵⁰ VG Ansbach, Urteil v. 22.04.2015 – 9 K 14.00265 –, Bayern-Recht.

⁵¹ Vgl. BayVGh, Beschluss v. 04.06.2003 – 26 B 00.3684 –, juris; ähnlich OVG RP, Urteil v. 05.02.2003 – 8 A 10775/02 –, juris; siehe auch OVG NRW, Urteil v. 29.01.2009 – 20 A 2034/06 –, NRWE; OVG SH, Urteil v. 30.11.1994 – 1 L 22/94 –, juris.

⁵² J. Oebbecke, Das Recht der Bodendenkmalpflege in der Bundesrepublik Deutschland. DVBl – Dt. Verwaltungsbl. 98, 1983, 384; 388.

⁵³ Krischok (Anm. 47) 132 f.; Brüggel (Anm. 25) 156.

stanz – unabhängig von der förmlichen Schutzausweisung – erlaubt⁵⁴. Die wohl herrschende Ansicht im juristischen Schrifttum geht deshalb zu Recht davon aus, dass die Forschungsfreiheit im Bereich des Bodendenkmalschutzes legitimer Weise durch konkurrierende Verfassungswerte beschränkt werden kann, zu denen auch der Schutz des archäologischen Erbes zählt⁵⁵.

Das Bundesverfassungsgericht hat in der Vergangenheit mehrfach klargestellt, dass der Gemeinwohlbelang Denkmalschutz auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive einen hohen Rang aufweist⁵⁶, ohne jedoch den systematischen Anknüpfungspunkt dieses Ranges in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes zu benennen. In der juristischen Literatur wird teilweise von einem bundesrechtlichen – wenn auch im Grundgesetz nicht ausdrücklich normierten – Kulturstaatsprinzip ausgegangen⁵⁷, das auch eine staatliche Schutzpflicht für das kulturelle Erbe beinhaltet. Zur Begründung wird einerseits auf das u. a. im Einigungsvertrag (Art. 35 Abs. 1 Satz 3 EinV) zum Ausdruck kommende Selbstverständnis der Bundesrepublik Deutschland als Kulturstaat⁵⁸ verwiesen, andererseits auf die internationalen Konventionen zum Schutz des kulturellen Erbes, denen die Bundesrepublik Deutschland beigetreten ist⁵⁹.

Ob aus dem bundesrechtlichen Kulturstaatsprinzip Schranken der Wissenschaftsfreiheit im Bereich des Bodendenkmalschutzes hergeleitet werden können⁶⁰, kann jedoch letztlich offen bleiben. Denn jedenfalls enthalten die meisten Länderverfassungen Kulturstaatsklauseln bzw. Staatszielbestimmungen zum Schutz des kulturellen Erbes, die als taugliche Schranken auch für vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte infrage kommen⁶¹. Diese Normen stellen keine bloßen Programmsätze dar, sondern beinhalten bindendes objektives Ver-

fassungsrecht, an dem die Handlungen des Staates und seiner Institutionen zu messen sind⁶².

Ergebnis

Für die Anwendung der denkmalrechtlichen Genehmigungsregelungen folgt daraus, dass – den wissenschaftlichen Charakter der beantragten Nachforschung einmal unterstellt – stets eine Abwägung der Wissenschaftsfreiheit mit dem verfassungsrechtlichen Staatsziel (Boden-) Denkmalschutz zu erfolgen hat⁶³, die je nach Einzelfallumständen auch zur Versagung oder zu einer Modifizierung der Gestattung führen kann. Als entscheidungsrelevante Kriterien können dabei, neben der Bedeutung des Bodendenkmals und der Möglichkeit seiner unversehrten Erhaltung, etwa die Tragweite der geplanten Eingriffe, voraussichtliche Erkenntnisgewinne des Forschungsvorhabens, die Zahl und der wissenschaftliche Wert der Funde eine Rolle spielen⁶⁴. Bei vermeidbarer Gefährdung des archäologischen Erbes ist eine Unter-sagung des Vorhabens verfassungsrechtlich unbedenklich⁶⁵.

Abschließende Betrachtung

Eine Gesamtschau der in Deutschland geltenden Regelungen zur Erhaltung des archäologischen Erbes und der hierzu vorliegenden Rechtsprechung lässt – ungeachtet aller länderspezifischen Unterschiede in der Formulierung – ein gewisses Grundverständnis von Aufgaben und Zielen der staatlichen Bodendenkmalpflege erkennen. Hierzu gehört erstens die Einsicht, dass der gesetzliche Schutzauftrag gegenüber dem archäologischen Erbe sich nicht auf die bekannten, bewerteten und als bedeutend eingestuften Objekte und erst recht nicht auf Bodendenkmäler beschränkt, die bereits in amtliche Denkmallisten eingetragen sind. Dementsprechend sind behördliche Schutzmaßnahmen grundsätzlich nicht auf die förmlich unter Schutz gestellte archäologische Substanz begrenzt. Hinzu kommt zweitens die im Einklang mit den internationalen Grundsatzdokumenten zum archäologischen Erbe stehende Erkenntnis, dass die Bodendenkmalpflege in Deutschland nicht auf eine größtmögliche Ausgrabung von Bodendenkmälern, sondern primär auf ihre ungestörte Erhaltung *in situ* gerichtet ist. Eine Sicherung des Bodendenkmals als

⁵⁴ So VG Düsseldorf, Urteil v. 30.10.2003 – 4 K 61/01 –, EzD 2.3.4 Nr. 21.

⁵⁵ Vgl. F. Hammer in: Martin/Krautzberger (Anm. 1) Teil B, RdNr. 7, 16. Aus der Kommentarliteratur siehe Th. Otten in: D. Davydov/E. Hönes/Th. Otten/B. Ringbeck, Denkmalschutzgesetz NRW⁵ (Wiesbaden 2016) § 13 RdNr. 10; O. Morlock in: G. Hager/F. Hammer/O. Morlock/D. Davydov/D. Zimdars, Denkmalrecht BW² (Wiesbaden 2016) § 21 RdNr. 11; W. Eberl in: W. Eberl/D. Martin/J. Spennemann, Bayerisches Denkmalschutzgesetz⁷ (Stuttgart 2016) Art. 7 RdNr. 6.

⁵⁶ BVerfG, Beschluss v. 14.04.2010 – 1 BvR 2140/08 –, EzD 1.1 Nr. 24; BVerfG, Beschluss v. 02.03.1999 – 1 BvL 7/91 –, EzD 1.1 Nr. 7.

⁵⁷ Vgl. C. F. Germelmann, Kultur und staatliches Handeln. Grundlagen eines öffentlichen Kulturrechts in Deutschland. Jus Publicum 223 (Tübingen 2013) 706.

⁵⁸ Vgl. F. Fechner, Bodendenkmalpflege und das Grundrecht der Forschungsfreiheit. In: Dušek (Anm. 30) 53–55.

⁵⁹ So z. B. Hammer (Anm. 55) RdNr. 6 f.: Die Verfassungsordnung des Grundgesetzes sei durch „[...] ein Bekenntnis zum Schutz der Kulturgüter und des kulturellen Erbes geprägt“.

⁶⁰ In diesem Sinne z. B. NdsOVG, Urteil v. 07.02.1994 – 1 L 4549/92 –, EzD 2.3.4 Nr. 1.

⁶¹ Krischok (Anm. 47) 134 f.; ebenso J. Oebbecke/A. Haibt, Öffentlich-rechtliche Fragen des Einsatzes privater Grabungsfirmen. In: Oebbecke (Hrsg.) (Anm. 4) 45.

⁶² So BayVerfGH, Entscheidung v. 22.07.2008 – Vf. 11-VII-07 –, EzD 1.2 Nr. 6 zu Art. 141 Abs. 1 Satz 1 der Bayerischen Verfassung.

⁶³ Strobl/Sieche (Anm. 31) § 21 RdNr. 5.

⁶⁴ Hammer (Anm. 55) RdNr. 16.

⁶⁵ So im Ergebnis Krischok (Anm. 47) 136 f.

Sekundärquelle im Wege einer fachlich fundierten Ausgrabung wird dementsprechend nur dann als ein sachgerechter Umgang mit dem geschützten Gut angesehen, wenn die substanzielle Erhaltung des Bodendenkmals an Ort und Stelle aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglich ist. Dieses auch in der Rechtsprechung anerkannte Regel-Ausnahme-Verhältnis im Denkmalrecht wird flankiert durch die Feststellung, dass eine sachgerechte Ausgrabung die Einhaltung hoher fachlicher Standards voraussetzt. Damit ist der rechtliche Rahmen für eine Partizipation von Privatpersonen an der archäologischen Forschung – sofern man die zunehmend populäre Suche nach archäologischen und paläontologischen Relikten als Feldforschung betrachtet will – abgesteckt.

Ein „kreatives Nachdenken“ der Verwaltung über tragfähige Strukturen der Einbindung des ehrenamtlichen Engagements in die Erhaltung des archäologischen Erbes, wie es gelegentlich angeregt wird, ist dadurch selbstverständlich nicht ausgeschlossen, zumal eine solche Einbindung bereits jetzt praktiziert wird und sich in vielen Fällen auch bewährt hat. Wenn die Zukunft der amtlichen Denkmalpflege in Deutschland zunehmend im Ausbau „strategischer Allianzen“ mit weiteren gesellschaftlichen Akteuren, darunter auch den ehrenamtlichen und gemeinnützigen Trägern, gesehen wird⁶⁶, dann muss dieser Befund gleichermaßen für die Bau- und die Bodendenkmalpflege gelten⁶⁷. Die Grenze einer sinnvollen Partizipation dürfte jedoch dort überschritten sein, wo durch die mit

der Einbindung Privater verbundene Entlastung der Denkmalbehörde in eine Belastung umschlägt, weil ein Ausbildungs- und Betreuungsaufwand generiert wird, der zu ihrer primären Aufgabe – für eine „geordnete und wissenschaftlich fundierte“ Bodendenkmalpflege zu sorgen – in keinem vernünftigen Verhältnis mehr steht. Wegen der grundsätzlichen Konzeption des deutschen Denkmalrechts als Sonderordnungsrecht wird es daher auch künftig der fachbehördlichen Einschätzung überlassen bleiben, Art und Maß der mit der Gefahrenabwehr verträglichen Partizipation im Einzelfall zu definieren.

Abstract

The article focuses on possible conflicts between the mandate of the state to protect archaeological heritage and the right of individuals to participate in the field of culture. It raises the question, if effective governmental control over private activities in archaeological field research is compatible with both the growing role of civil society in protection, conservation and presentation of cultural heritage and the widespread concept of so-called citizen science. The issue of the European Convention on the Value of Cultural Heritage for Society, which is to encourage everyone's access to cultural heritage and democratic participation, is contrasted with the requirements of the revised European Convention on the Protection of the Archaeological Heritage, concerning especially the quality standards of archaeological investigations and the use of metal detectors. Permission procedures established in German law are examined as well as legal possibilities for the participation of civil actors or NGOs in protective measures of archaeological authorities.

⁶⁶ M. Goer, Denkmalpflege hat Zukunft. In: Denkmalpflege der Zukunft, hrsg. v. Erhalten historischer Bauwerke e. V. (Stuttgart 2005) 58–60.

⁶⁷ Leitlinien zur Archäologischen Denkmalpflege in Deutschland, hrsg. v. Verband der Landesarchäologen (Lübstorf 2001) 6 f.

Das illegale Ausgraben von archäologischen Kulturgütern – ein Fall für den deutschen Strafgesetzgeber

Von Arnd Hüneke

Moderne Schatzsuche im Lichte des Strafrechts

Der Fund des Topfes mit Gold unter den Wurzeln eines Baumes ist kein Märchen. Seien es der Fund einer Bronzescheibe, die den Himmelsäquator zeigt, eines bronzenen Pferdekopfes einer römischen Statue auf einem hessischen Feld, von Pferdesandalen an einem niedersächsischen Hügelkamm oder von Münz- und Metallhorten jüngerer und älterer Zeit: Der Boden scheint noch voller mysteriöser Güter. Und doch sind sie allesamt Zeugnisse ihrer Zeit. Sie sind Teil des kulturellen Erbes.

Der Boden birgt folglich ein bedeutsames Archiv der Kulturgeschichte¹. Die Aufgabe, es zu schützen, ist Anliegen der Bodendenkmalpflege. Archäologen haben nicht den Auftrag, Bodendenkmale zu bergen, sondern sie in erster Linie zu schützen. Nur wenn das öffentliche Interesse an der Bergung größer als das Erhaltungsinteresse ist oder aber der Erhalt nicht anders möglich ist, ist eine archäologische Grabung geboten.

Die Faszination, welche die Suche nach geschichtsträchtigen Objekten im Boden und unter Wasser ausübt, wird nicht nur durch zahlreiche Film- und Fernsehproduktionen dokumentiert, sondern auch durch den fallenden Preis für Metalldetektoren, der diese Geräte auch für Privatpersonen erschwinglich werden lässt. Die Anomalien und Veränderungen im Magnetfeld der Erde werden vom Metalldetektor gemessen, indem ein Magnetfeld von der charakteristischen teller- oder ringförmigen Spule in den Boden gesendet und der zurückgeworfene Wirbelstrom vom Detektor in akustische oder optische Signale umgewandelt wird. Die typischen Schatzsucher-Shops im Internet bieten neben einem passenden Metalldetektor auch die Grabehacke und den Klappspaten als Schatzsucherutensilien an. In jüngerer Zeit finden sich neben dem Metalldetektor auch sog. Magnetangeln zur Bergung von Metallobjekten aus Gewässern. Es handelt sich dabei um Magnete, die aus einer Legierung von anisotrop gesinterten Seltenen

Erden und einem Metall oder mehreren Metallen bestehen², die gegenüber gängigen Magneten eine erheblich größere magnetische Energiedichte haben.

In vielen Bundesländern ist der Einsatz von Metalldetektoren oder von Magnetangeln zur Suche nach archäologisch relevanten Objekten von Genehmigungen abhängig. Ausgestaltet sind sie jeweils als repressive Verbote mit Dispensvorbehalt. In Schleswig-Holstein ist die Regelung dabei am besten vollziehbar³. In Bayern bedarf die Suche mit Metalldetektoren keiner Genehmigung.

Dieses Verbot vollzieht eine völkerrechtliche Verpflichtung aus der La-Valletta-Konvention⁴ nach. Dort heißt es in Art. 3: „Zur Bewahrung des archäologischen Erbes [...] verpflichtet sich jede Vertragspartei, [...] iii) den Einsatz von Metalldetektoren und anderen Suchgeräten [...] von einer vorherigen Sondergenehmigung abhängig zu machen, [...]“.

Will der Sondengänger nun großflächig suchen, so ist er an die unterschiedlichen Zuständigkeitsregelungen der Bundesländer gebunden: Kann er eine Genehmigung für alle Strände und Binnengewässer in Schleswig-Holstein durch die Zuständigkeitskonzentration bei einem Amt⁵ erbitten, muss er sich in Niedersachsen an zahlreiche Landkreise und an das zuständige Ministerium wenden⁶.

² In der Regel Neodym-Eisen-Bor oder Samarium-Kobalt.

³ Dort heißt es in § 12 Abs. 2 DSchG SH: „Der Genehmigung [...] bedarf [...] 5. das Verwenden von Mess- und Suchgeräten, die geeignet sind, Kulturdenkmale aufzufinden, ohne dazu nach anderen Rechtsvorschriften befugt zu sein.“

⁴ Europäisches Übereinkommen zum Schutz des archäologischen Erbes (revidiert) vom 16. Januar 1992; für die Bundesrepublik Deutschland am 23. Juli 2003 in Kraft getreten (BGBl. II 2002, S. 2079). Es kann allerdings hinterfragt werden, ob der Bund im Hinblick auf Art. 32 Abs. 3 GG eine Abschlusskompetenz hatte.

⁵ § 12 Abs. 2 Nr. 5 DSchG SH i. V. m. § 3 Abs. 2 DSchG SH.

⁶ § 20 Abs. 1 S. 2 NDSchG.

¹ J. Oebbecke, Das Recht der Bodendenkmalpflege in der Bundesrepublik Deutschland. DVBl – Dt. Verwaltungsbl. 98, 1983, 384.

Sanktionierung der illegalen Schatzsuche und der unzulässigen Ausgrabung

Die ungenehmigte Suche ist wenigstens eine Ordnungswidrigkeit. Strafbare ist die ungenehmigte Verwendung von Metalldetektoren allerdings nur in Schleswig-Holstein (§ 19 Abs. 1 Nr. 2 DSchG SH).

Dazu enthalten alle Denkmalschutzgesetze entsprechende Tatbestände. Ist die Schatzsuche lediglich formell illegal, d. h., die Genehmigung fehlt, sie wäre aber zu erteilen gewesen, so erscheint dies angemessen. Muss die Suche aber auch als materiell illegal eingeordnet werden, so stellt sich die Frage nach strafrechtlichen Konsequenzen. Dies gilt umso mehr, wenn der Schatzsucher „den Spaten ansetzt“ und gräbt. Dabei wird in der Regel der Fundzusammenhang zerstört, da sich nicht nur ein Einzelobjekt, sondern ein Gesamtkomplex im Boden befindet. Für den Aussagewert kommt es allerdings auf diesen Befund an. Der Ausgräber, ob er nun professionell als Archäologe oder als Laie mit oder ohne Genehmigung gräbt, zerstört daher ein archäologisches Kulturdenkmal. In allen Denkmalschutzgesetzen der Länder findet sich eine Anzeigepflicht für Bodenfunde, deren Verletzung bußgeldbewehrt ist⁷.

Verfassungsrechtliche Rechtfertigung einer Strafbarkeit

Für die Strafrechtswissenschaft war jahrelang die Überzeugung tragend, dass die Legitimität von gesetzlichem Kriminalunrecht nur dann gegeben war, wenn mit der Vorschrift der Schutz eines Individual- oder Universalrechtsgutes bezweckt wurde (sog. Rechtsguttheorie)⁸. Nur so kann dem Strafrecht die Funktion einer *ultima ratio* zukommen. Der Gesetzgeber wäre folglich nicht frei, beliebiges Verhalten unter Strafe zu stellen.

Bereits in der Inzest-Entscheidung⁹ war die Rechtsgutstheorie vom Bundesverfassungsgericht infrage gestellt worden, um dann kurze Zeit später in der Untreue-Entscheidung¹⁰ teilweise wieder belebt zu werden. Gleichwohl hält das Gericht mit seiner früheren Rechtsprechung daran fest, dass der Gesetzgeber in der Entscheidung frei ist, das Ob und Wie einer Strafbarkeit zu

bestimmen¹¹. Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Überprüfung muss sich dies am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz messen lassen. Da das Gericht dem Gesetzgeber auch noch eine Einschätzungsprärogative einräumt, eröffnet es damit einer paternalistischen Strafrechtsgesetzgebung Raum.

Unabhängig davon ist das kulturelle Erbe ein abstraktes Schutzgut, das nicht nur verfassungsrechtlich von Relevanz ist, sondern auch als Universalrechtsgut der Rechtsgutstheorie genügt. Das kulturelle Erbe genießt seinen Schutz durch die Verankerung des Kulturstaatsprinzips in Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG¹². Auch wenn die Denkmalpflege ihre Rechtfertigung in der Regel durch die Staatszielbestimmungen in den Landesverfassungen begründet, handelt es sich im Kern jedoch um eine Verpflichtung des Bundesverfassungsrechts. Aus der föderalen Kompetenz- und Gestaltungsstruktur für den Bereich der Denkmalpflege lässt sich jedenfalls kein Widerspruch dazu begründen¹³. Es ist denn auch die Überlieferung der zivilisatorischen Erkenntnisse und Errungenschaften, welche die Gemeinsamkeit in einer Gesellschaft ausmachen. Es handelt sich bei dem Schutz des kulturellen Erbes um eine Gemeinwohlaufgabe mit einem hohen Rang¹⁴. Dadurch ist dem Gesetzgeber verfassungsrechtlich der Eingriff in die privaten Interessen zulässig: Er darf – im Rahmen der Verhältnismäßigkeit – das Hobby des „Sondengehens“ reglementieren und auch strafrechtlich sanktionieren.

Daraus resultiert nun eine Kompetenzproblematik: Ist der Denkmalschutz als Gesetzgebungsmaterie den Ländern nach Art. 70 Abs. 1 GG ausschließlich zugewiesen¹⁵, bleibt dem Bundesgesetzgeber aber die Möglichkeit, durch die konkurrierende Kompetenz für das Strafrecht nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG Regelungen zu treffen¹⁶.

¹¹ Ständige Rechtsprechung, BVerfGE 27, 18 (30); 50, 142 (146).

¹² Als nicht genannte Staatszielbestimmung von BVerfGE 36, 321 (331) aus der Kulturförderpflicht aus Art. 5 Abs. 3 GG hergeleitet. Das Kulturstaatsprinzip dürfte aber auch daran noch zu kurz gefasst sein. Durch seine Anknüpfung an das Schaffen des Individuums für die Gesellschaft erscheint es wesensgerecht das Kulturstaatsprinzip entsprechend dem Sozialstaatsprinzip auszugestalten. Dafür spricht mit Kloepfer der Umstand, dass die Kultur die Qualität des Lebens des Einzelnen betrifft. Siehe M. Kloepfer, Denkmalschutz und Umweltschutz: Rechtliche Verschränkungen zwischen dem raumgebundenen Kulturgüter-schutz und dem Umwelt- und Planungsrecht. Unter Mitarb. von E. Ditscherlein u. F. Kahrl. Schr. Umweltrecht 172 (Berlin 2012) 29.

¹³ Vgl. C. F. Germelmann, Kultur und staatliches Handeln. Grundlagen eines öffentlichen Kulturrechts in Deutschland. Jus Publicum. Beitr. öffentliches Recht 223 (Tübingen 2013) 706 mit weiteren Nachweisen.

¹⁴ BVerfGE 100, 226 (242).

¹⁵ BVerfGE 78, 205 (209).

¹⁶ Auch für die ausschließliche Sachregelung im Landesrecht: vgl. H. D. Jarass/B. Pieroth (Bearb.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG. Kommentar¹³ (München 2014) Art. 74 GG RdNr. 7; BVerfGE 23, 113 (125).

⁷ z. B. Art. 8 BayDSchG, § 20 DSchG BW, § 3 Abs. 1 DSchG BE, § 11 DSchG BB, § 15 DSchG HB, § 18 DSchG HH, § 21 DSchG HE, § 11 DSchG MV, § 14 NDSchG, §§ 15, 16 DSchG NW, § 17 DSchG RP, § 12 DSchG SL, § 20 DSchG SN, § 17 DSchG ST, § 15 DSchG SH, §§ 8 Abs. 3, 16 DSchG TH.

⁸ B. Schünemann, Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft. In: B. Schünemann/H. Achenbach/W. Bottke/B. Haffke/H.-J. Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001 (Berlin 2001) 29.

⁹ BVerfGE 120, 224 ff.

¹⁰ BVerfGE 126, 170, mit erfreulich abweichender Auffassung des Richters W. Hassemer.

Sachentzug, Sachbeschädigung oder gemeinschädliche Sachbeschädigung?

Lediglich die Verwendung des Metalldetektors macht noch keine Sachbeschädigung aus. Der Suche nach den Kulturdenkmälern wohnt lediglich eine mittelbare Sozialschädlichkeit inne. Die Bestimmung der Position eines Metallgegenstandes im Boden eröffnet zwar die Tatgelegenheit zur Ausgrabung, die unmittelbare Gefährdung des Rechtsguts steht damit aber noch nicht an¹⁷. Es handelt sich um eine reine Vorbereitungshandlung zum Ausgraben, schon weil es sich bei den Sachbeschädigungsdelikten um Erfolgsdelikte handelt. Wird jedoch der (metallische) Gegenstand aus dem Boden oder dem Wasser geborgen, ist das archäologische Denkmal tatbestandlich zerstört oder wenigstens beschädigt. Das Ausgraben ist nur dann Sachbeschädigung, wenn es in das fremde Grundstück eingreift. Hier kann dem Täter nur eine Einwilligung des Grundstückseigentümers helfen. Da es sich um ein Erfolgsdelikt handelt, beseitigt ein späteres Verfüllen der Grabungslöcher die Strafbarkeit nicht.

Hinsichtlich der geborgenen Sache scheidet die einfache Sachbeschädigung aber aus, weil es sich dabei um eine Vorschrift zum Schutz des Privateigentums handelt, denn tatbestandsmäßig muss eine fremde Sache beschädigt oder zerstört worden sein. Die im Boden oder unter Wasser verborgenen Gegenstände sind aber in der Regel so lange dem Rechtsverkehr entzogen gewesen, dass sie herrenlos geworden sind¹⁸. Darüber hinaus wäre es zunächst ein reiner Sachentzug, der nicht tatbestandsmäßig für die Sachbeschädigung ist¹⁹.

Dieser unbefriedigende Zustand für den Schutz des archäologischen Denkmals wird dadurch verschärft, dass er das Denkmal schutzlos gegenüber dem Grundstückseigentümer oder gegenüber Grabungen Dritter, die vom Grundstückseigentümer geduldet werden, zurücklässt. Der Gesetzgeber hat mit der Gemeinschädlichen Sachbeschädigung einen Sondertatbestand geschaffen, der eben keine Qualifikation zur einfachen Sachbeschädigung ist. Für die hier zu diskutierenden Fälle scheidet § 304 StGB aber an einer ganz anderen Unzulänglichkeit. Nach herrschender Auffassung ist § 304 StGB so zu verstehen, dass es sich bei den von der Vorschrift geschützten „öffentlichen Denkmälern“ um öffentlich zugängliche handeln muss²⁰. Die Rechtsprechung rechtfertigt diese Einschränkung damit, dass die öffentliche Zugänglichkeit dem Schutz dieser Objekte entgegenwirke und dass das Strafrecht einen komplexeren Schutz biete. Das ist zweifelhaft, weil sich aus

dem Gesetzeswortlaut eine solche Einschränkung nicht ergibt. Rechtfertigen lässt sich dies allein aus der Sicherheit des Rechtsverkehrs heraus, weil die Ausdehnung eines Bodendenkmals für den Laien an den äußerlichen Gegebenheiten regelmäßig nicht erkennbar ist. Der Fundort ist ferner nicht der Allgemeinheit gewidmet, so dass eine Anwendung ausscheidet²¹. Allein die Grabhügel²² oder Burgruinen dürften damit noch in den Schutz einbezogen sein²³.

Dieser Umstand reißt eine gewichtige Lücke in das strafrechtliche Schutzkonzept. Grundsätzlich wird man mit Roxin von einem fragmentarischen Strafgüterschutz als kriminalpolitisches Postulat ausgehen²⁴, der nicht jedes schädigende Verhalten zu Kriminalunrecht aufstufen kann. Allerdings ist der Gesetzgeber wegen seiner Bindung an die verfassungsmäßige Ordnung aus Art. 20 Abs. 3 GG eben zur Sicherung des Wesensgehaltes des Grundgesetzes und seiner immanenten Ordnung gezwungen, ein Kernstrafrecht zu er- und zu unterhalten. Es hat folglich nicht nur die Verletzung grundrechtlich geschützter Güter zu pönalisieren, sondern auch die Gefährdung von Verfassungsprinzipien und Gemeingütern. Die Ergänzung im Hinblick auf die Raubgrabungen ist daher dringend erforderlich.

Strafvorschriften der Länder

Strafbestimmungen enthalten nur wenige Denkmalschutzgesetze der Länder. Aber auch diese sind nicht unbedingt angetan, eine effektive Verfolgung zu ermöglichen. So sieht z. B. § 34 NDSchG eine Strafbarkeit vor, wenn ein Denkmal ohne Genehmigung zerstört oder beschädigt wurde, und beschwört damit schwierige Beweis- und Rechtsfragen, insbesondere, ob der Irrtum über die Erforderlichkeit der Genehmigung einen Tatbestands- oder einen Verbotsirrtum darstellt²⁵.

Im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle war die Strafbestimmung des sächsischen Denkmalschutzgesetzes dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt worden, weil das erkennende Gericht die Vorschrift wegen Verletzung der Kompetenzordnung für verfassungswidrig hielt. Durch die Regelung des § 304 StGB hätte – so

¹⁷ Insoweit ist auch die Strafvorschrift im DSchG SH wohl unverhältnismäßig.

¹⁸ Zu den Ausnahmen siehe unten.

¹⁹ Vgl. BGHSt 44, 34.

²⁰ So RGSt 43, 240 (246).

²¹ A. Koch, Schatzsuche, Archäologie und Strafrecht – Strafrechtliche Aspekte sog. „Raubgräberei“. Neue Juristische Wochenschr. (NJW) 2006, 559. Zum Gesamtkomplex kritisch: E.-R. Hönes, Zum Schutz öffentlicher Denkmäler und Naturdenkmäler nach § 304 StGB. Natur u. Recht (NuR) 2006, 750 ff.

²² OLG Celle NJW 1974, 1291.

²³ In Niedersachsen handelt es sich dabei nicht um Bodendenkmäler, sondern um archäologische Baudenkmale, vgl. § 3 Abs. 4 NDSchG.

²⁴ C. Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Bd. I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre⁴ (München 2006) § 2 RdNr. 101.

²⁵ Anders das sächsische Denkmalschutzgesetz, das in § 35 Abs. 2 DSchG SN auch die fahrlässige Begehung der Tat mit Strafe (bis zu einem Jahr) bedroht.

die Ansicht des Tatrichters – der Bund abschließend von seiner Kompetenz Gebrauch gemacht. Die Länder wären somit an einer Strafgesetzgebung im Bereich der Denkmalpflege gehindert. Das Bundesverfassungsgericht hat die Frage wegen der Unzulässigkeit der Vorlage nicht endgültig beantwortet. Die Entscheidungsgründe zeigen aber auf, dass das Verfassungsgericht durchaus eine Gesetzgebungskompetenz der Länder subsidiär zum Bundesrecht anerkennen würde, wenn das Landesgesetz Strafbarkeitslücken deckt und nicht im Widerspruch zum Willen des Bundesgesetzgebers steht²⁶. Schon weil es sich um eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz handelt, ist die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts zutreffend. Den Ländern ist wegen ihrer noch verbliebenen Regelungskompetenz auch die Strafbarkeit als Annex innerhalb der Regelungsmaterie zuzubilligen. Dem Bundesgesetzgeber verbleibt jederzeit die Möglichkeit, ungewollte Strafvorschriften der Länder durch eigene Regelungen zu beseitigen.

Im Hinblick auf die punitiven Tendenzen in der Strafgesetzgebung erscheint allerdings die Maßregelung der Länder durch das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch als Anachronismus. Da die Strafanndrohung über ein Höchstmaß von zwei Jahren nicht hinausgehen darf, bilden die Strafvorschriften der Länder Bagatelldelikte. Der Grund dieses Strafbanns findet sich in den historischen Umständen bei Erlass des EGStGB²⁷. Neben der materiellen Sinnhaftigkeit dieser Regelung in der heutigen Zeit ist in Zweifel zu ziehen, ob der Bundesgesetzgeber durch einfaches Gesetz diese Konkretisierung der konkurrierenden Gesetzgebung vornehmen durfte. Dem Landesgesetzgeber steht daher nur ein stumpfes Instrumentarium zur Verfügung.

Anschlussdelikte

Begünstigung, Hehlerei oder Geldwäsche?

Da die klassischen Anschlussdelikte Begünstigung, Hehlerei und Geldwäsche Straftaten als Vortaten voraussetzen, war bislang das Strafrecht nicht geeignet, den Handel mit rechtswidrig ausgegrabenen archäologischen Kulturgütern zu beschränken. International hat diese Ignoranz des deutschen Gesetzgebers Kritik hervorgerufen. Als ruchbar wurde, dass insbesondere Terrororgani-

sationen wie der Islamische Staat im Irak und in der Levante sich nicht unerhebliche Finanzmittel aus dem Handel mit geraubten und sinnlos geborgenen Antiken beschafften, dürfte der Druck auf den Gesetzgeber groß genug gewesen sein, um den Markt zu regulieren. Der Kunsthandel ist für die Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte besonders gut geeignet, weil Investitionen in der Regel eine gute Rendite versprechen. Da das illegale Ausgraben aber keine strafrechtlich relevante Vortat (§ 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB) darstellt, fallen die Anschlussdelikte aus²⁸.

Ist der Käufer eines Bodenfundes aber hinsichtlich des Miteigentums des Dritten bösgläubig, so ist er wegen Hehlerei nach § 259 StGB strafbar. Die Strafbarkeit setzt jedoch voraus, dass der Täter die Umstände kennt, aus welchen sich die Unterschlagung als Vortat ergibt. Er muss die rechtliche Bewertung nicht nachvollziehen²⁹. In der Regel wird allerdings eine Hehlerei nur dann zu bejahen sein, wenn zusätzlich ein weiterer Absatz der Ware erfolgt. Denn wenn dem Käufer des Bodenfundes der Vorsatz fehlt, einen über den Vermögensvorteil des Finders als Verkäufer hinausgehenden Vorteil zu ziehen, bleibt es bei einer Strafbarkeit wegen Begünstigung nach § 257 StGB³⁰.

Illegales Inverkehrbringen

Mit dem Inkrafttreten des Kulturgutschutzgesetzes (KGSG) ist das Inverkehrbringen³¹ von abhandengekommenem oder rechtswidrig ausgegrabener (oder rechtswidrig eingeführtem) Kulturgut verboten. Weiß der Täter des Inverkehrbringens sicher, dass es rechtswidrig ausgegraben wurde, so begeht er eine Straftat nach § 83 Abs. 1 Nr. 4 KGSG. Bandenmäßiges oder gewerbsmäßiges Handeln wird als Verbrechen nach § 83 Abs. 5 KGSG bestraft. Eine Leichtfertigkeitstrafbarkeit wie § 261 Abs. 5 StGB kennt das KGSG hingegen nicht. Der Verstoß des Käufers gegen die Sorgfaltspflichten aus § 41 KGSG, sich gewissenhaft mit der Frage, ob eine rechtswidrige Ausgrabung vorliegen könnte, auseinanderzusetzen, ist hingegen nicht sanktioniert.

Dem Delikt des Inverkehrbringens von rechtswidrig ausgegrabenen Kulturgütern, wie so vielen anderen Delikten, wohnt der Mangel inne, dass das Delikt mit einer überschießenden Innentendenz ausgestaltet ist. Während bei der Strafbarkeit wegen Diebstahls oder Betrugs

²⁶ § 4 Abs. 2 EGStGB: Vorschriften des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches lassen auch die Straf- und Bußgeldvorschriften des Landesrechts unberührt, soweit diese nicht eine Materie zum Gegenstand haben, die im Strafgesetzbuch abschließend geregelt ist. U. Weber (Zum Verhältnis von Bundes- und Landesrecht auf dem Gebiet des straf- und bußgeldrechtlichen Denkmalschutzes. In: H.-H. Jescheck/Th. Vogler [Hrsg.], Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989 [Berlin 1989] 338; 344) sieht jedoch die Regelung des § 304 StGB als abschließend an.

²⁷ Die Strafvorschriften der Länder zum Schutz von Feld und Forst sollten aufrecht erhalten bleiben.

²⁸ Offensichtlich anderer Ansicht sind H. K. Schmaltz/R. Wiechert, Niedersächsisches Denkmalschutzgesetz. Kommentar² (München 2012) § 34 RdNr. 8.

²⁹ Th. Fischer, Strafgesetzbuch: StGB mit Nebengesetzen⁶⁴. Beck'sche Kurz-Kommentare 10 (München 2017) § 259 StGB RdNr. 20.

³⁰ BGH NStZ 1995, 595.

³¹ Als Inverkehrbringen von Kulturgut definiert § 2 Abs. 1 Nr. 9 KGSG das Anbieten, das Verkaufen, die Vermittlung, den Vertrieb, das Absetzen, die unentgeltliche Weiter- oder Abgabe zum Zweck der wirtschaftlichen Verwertung oder die wirtschaftliche Verwertung in sonstiger Weise im eigenen oder fremden Namen.

den Einreden gegenüber den besonderen Anforderungen des subjektiven Tatbestands mit der Abqualifizierung als Schutzbehauptung begegnet wird, zeigt sich bei der Strafverfolgung wegen Delikten des Nebenstrafrechts genau die entgegengesetzte Tendenz. Dort wird der Tatverdacht bereits mangels Beweisbarkeit verneint oder eine Einstellung aus Opportunitätsgründen bevorzugt.

Steuerdelikte

Archäologische Kulturgüter werden in der Regel nicht in den stationären Kunst- und Antikenhandel gebracht. Sie werden stattdessen auf Handelsplattformen im World Wide Web oder im Darknet verhandelt. Dabei wird aber in der Regel nicht beachtet, dass sich der Fiskus auch für dieses Verhalten interessiert. Ob das Inverkehrbringen nun legal oder illegal erfolgt, kann dahinstehen. So sind die Umsätze und Einkünfte doch steuerbar. Nicht wenige Sondengänger rühmen sich in ihren Foren, erhebliche Gewinne aus ergrabenen Gegenständen zu generieren. Wenn es sich nicht um die bei dieser Klientel häufig anzutreffende Wichtigtuerei handelt, so bleibt doch eine Steuerhinterziehung nach § 370 AO. Denn die Umsatz- und Einkommensteuer wird regelmäßig nicht abgeführt.

Begleitdelikte

Neben den Delikten um die Suche, die Ausgrabung und den Handel mit archäologischen Kulturgütern verwicklicht das Verhalten von Sondengängern von anderen Straftatbeständen nicht selten weitere Straftaten.

Delikte gegen die Allgemeinheit

Nicht wenige der Schatzsucher interessieren sich ausschließlich für die Reste der militärischen Auseinandersetzungen der vergangenen Jahrhunderte. Das Spannungsfeld mit der Archäologie ist sodann rechtlich schwierig zu bewerten. Der Genehmigungsvorbehalt der Ländergesetze für die Suche mit dem Metalldetektor ist in der Regel nur eröffnet, wenn archäologische Denkmäler betroffen sein können. Dabei sind Patronenhülsen, Granatreste oder militärische Rangabzeichen üblicherweise für die Archäologie von untergeordnetem Interesse. Ob daher eine Genehmigung erforderlich ist, muss im Einzelfall beurteilt werden. Die Fundsituation kann durchaus wichtig für bestimmte militärhistorische Fragestellungen sein³².

³² So zeigten die Sandalennägel am niedersächsischen Harzhorn die Laufrichtung der römischen Soldaten zum Zeitpunkt des germanischen Hinterhalts an.

Für Militaria existiert ein großer Markt. Die Zahl der spezialisierten Schatzsucher ist daher nicht gering. Nicht wenige sind dabei auf die Weltkriegsreste im Boden aus.

Verstöße gegen das Waffen- und Sprengstoffrecht

Obwohl das Kriegsende nun schon mehr als 70 Jahre zurückliegt, verdeutlichen die zahlreichen Zeitungsmeldungen von Bombenentschärfungen, dass im Boden noch ein erhebliches Gefährdungspotenzial schlummert. Dabei ist nicht auszuschließen, dass Schatzsucher, ob sie nun mit dem Metalldetektor oder der Magnetangel unterwegs sind, unbedacht scharfe Weltkriegsmunition mit dem Auto zur nächsten Polizeiwache transportieren oder in Unkenntnis ihrer Gefährlichkeit mit nach Hause nehmen. Daneben werden im Internet immer wieder Minen oder Granaten angeboten, die delaborient worden seien, d. h., denen der inerte Sprengstoff entnommen wurde.

Der unerlaubte Umgang mit Waffen und Munition ist nicht nur vorsätzlich eine Straftat. Auch die fahrlässige Begehung bedroht das Gesetz mit Strafe (vgl. § 52 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 4 WaffG); in der Regel handelt es sich um Reste von Waffen und Munition aus den Kampfhandlungen des Zweiten Weltkrieges. Kriegswaffen, die vor dem 2. September 1945 geschaffen wurden, stehen nicht auf der Kriegswaffenliste³³. Für sie gilt daher das Kriegswaffenkontrollgesetz nicht. Auf diese Kriegswaffen ist lediglich das Waffengesetz anwendbar. Aus der Erfahrung der Praxis hat sich gezeigt, dass Schatzsucher die Risiken, die von den Relikten der Kriege ausgehen, häufig gering einschätzen. Im Sommer 2015 wurden im Zuge einer Hausdurchsuchung bei einem Schatzsucher, der sich angeblich nur für Reste einer napoleonischen Schlacht interessierte, scharfe Munitionsreste aus dem Zweiten Weltkrieg gefunden³⁴. Da auch die fahrlässige Begehung von Waffendelikten strafbar ist, hilft dem Beschuldigten eine Behauptung, von der Gefährlichkeit nicht gewusst zu haben, keinesfalls weiter.

Die Suche nach Resten des letzten Weltkrieges erfreut sich hoher Beliebtheit. Zahlreiche Videos, die in den sozialen Netzwerken hochgeladen werden, oder Fundstücke, die auf Plattformen wie eGun³⁵ verhandelt werden, geben dafür ein entsprechendes Zeugnis. In fast allen Bundesländern ist die Suche nach Kampfmitteln³⁶ und die Inbesitznahme von Kampfmitteln verboten³⁷ oder es besteht eine sofortige Anzeigepflicht gegenüber den Be-

³³ Anlage zum Kriegswaffenkontrollgesetz.

³⁴ Staatsanwaltschaft Lüneburg, Az.: 1104 Js 14915/15. Das Verfahren wurde später nach § 153 StPO eingestellt.

³⁵ <http://www.egun.de/>.

³⁶ Vgl. § 3 Kampfmittelverordnung NRW (GV. NRW. 2003, S. 685).

³⁷ Vgl. § 5 Abs. 1 Kampfmittelverordnung SH (GVOBl. 2012, S. 539).

hörden³⁸. Eine Vereinheitlichung dieser Rechtsmaterie in Deutschland wäre förderlich. Da diese Verordnungen aber jeweils auf der Grundlage des Landespolizeigesetzes erlassen werden, kann an deren Stelle nur eine Bundesregelung treten, die einer anderen Rechtsmaterie zugeordnet wird³⁹.

Dabei wird nicht zu verkennen sein, dass vereinzelt die Funde von Weltkriegsresten⁴⁰ auch für die historische Forschung der jüngeren deutschen Geschichte von Bedeutung sein können.

Verstöße gegen die Sittlichkeit

Ein weiteres hier abzuhandelndes Delikt ist die Störung der Totenruhe. Der Grabraub zählt wohl auch zu den ältesten Gewerben der Welt. Ganz häufig sind es Schätze von Edelmetallen, Schmuck und kunstvoll gefertigten Waren, welche die Lebenden den Toten mit auf den Weg in das Jenseits gaben, an denen das Interesse der Raubgräber besteht. Und der Einbruch in das menschliche Grab war schon immer ein Tabu, das zu jeder Zeit gebrochen wurde.

Gleichwohl reicht der heutige Schutz für die historischen Gräber nicht hin. Ein Berechtigter, der sich gegen die Beseitigung der jahrhundertealten Gebeine betroffen fühlen könnte, ist nicht mehr vorhanden. Der Tatbestand der Störung der Totenruhe lässt zwar den unerlaubten Substanzeingriff in eine Beisetzungsstätte zu einer Straftat aufrücken. So kann der Eingriff in den frei begehbaren frühzeitlichen Grabhügel eine Störung der Totenruhe sein, in diesen Fällen wird aber das Delikt durch § 304 StGB verdrängt.

Verstöße gegen das Bestattungswesen liegen ebenfalls kaum mehr vor. So setzen die Ordnungswidrigkeiten in diesem Bereich das Vorhandensein einer Leiche voraus. Leichen sind Reste eines menschlichen Körpers, bei denen der körperliche Zusammenhang noch besteht und noch nicht durch den Verwesungsprozess völlig aufgehoben ist⁴¹. Wenn nicht durch die besonderen Umstände eines günstigen, anaeroben und kühlen Bodenumlieus die Verwesung gehindert wurde, ist durch die Skelettierung des Leichnams eine Leiche im rechtlichen Sinne in der Regel nicht mehr gegeben.

Bestimmte Suchergruppen haben sich auf die Schatzsuche an gesunkenen Schiffswracks und abgestürzten Flugzeugen spezialisiert. Nun bestimmt das sog. Gräber-

gesetz⁴² für Kriegsgräber ein ewiges Ruherecht (§ 2 Abs. 1 GräberG). Der Begriff des Grabes nach dem Gräbergesetz hebt sich deutlich von der Beisetzungsstätte, d. h. eine der Ruhe und dem Andenken an Verstorbene dienende und deshalb gewidmete Stätte⁴³, ab. Dem soll wohl auch der Begriff des Kriegsgrabes entsprechen, d. h., es müsste sich dabei um eine gewillkürte Stätte der Leichenbettung handeln⁴⁴. Auch bei Flugzeugwracks kann es sich somit nicht um geschützte Gräber nach § 168 StGB handeln.

Problematisch in diesem Zusammenhang ist insbesondere, dass sich unter den Militaristasuchern auch die sog. Identifizierungsmarken (im US-Slang „dog tags“ – „Hundemarken“ genannt) einer gewissen Beliebtheit erfreuen. Wenn dann nach dem Aufspüren eines verunglückten Piloten o. ä. die Marke entfernt wird, kann eine Identifizierung nicht mehr erfolgen. Auch diese Wegnahme mag pietätlos sein, sie wird jedoch von § 168 StGB nicht mit Strafe bedroht.

Delikte gegen Individualrechtsgüter

Angemäßtes Betretungsrecht

Grundsätzlich gilt für Wald und Natur das freie Betretungsrecht. Dieses allgemeine Betretungsrecht fußt im Wesentlichen auf dem überkommenen gewohnheitsrechtlichen Gemeingebrauch. So gewährleistet § 59 BNatSchG das Betreten der freien Landschaft, solange dies auf Straßen, Wegen oder ungenutzten Grundflächen erfolgt. Für den Wald gelten § 14 BWaldG sowie die Landesgesetze über den Wald⁴⁵. Dieses allgemeine Betretungsrecht soll der Erholung dienen, nicht der öffentlichen Veranstaltung oder der gewerbsmäßigen Nutzung.

Auch Strandgut scheint in jüngerer Zeit wieder für die Schatzsuche interessant zu sein. Angespülte Containerfracht an deutschen Küsten oder aber die vergessenen und verlorenen Euromünzen in den Dünen lassen die Suche mit dem Metalldetektor lohnenswert erscheinen. Aber auch kulturhistorisch ist der Küstenbereich von großem Interesse, namentlich der überspülte Siedlungsbereich von Nordfriesland mit der untergegangenen Ortschaft Rungholt oder das friesische Watt, das schon vor dem Entstehen der Nordsee besiedelt war. Vermehrt sind Strände jedoch weiträumig abgegrenzt und eingefriedet, weil die Kommunen eine Kurtaxe erheben, um

³⁸ Vgl. § 3 Kampfmittelverordnung SN (SächsGVBl. 2009, S. 118).

³⁹ Denkbar wäre eine Regelung auf der Grundlage des Bodenschutzes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG, wenn Kampfmittel wegen der inerten Sprengstoffe als Bodengefährdungen betrachtet werden oder aber eine Anwendung als „Kriegsschaden“ nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 9 GG.

⁴⁰ In Niedersachsen werden die Fundstellen von Flugzeugwracks oder von Triebwerken der sog. Vergeltungswaffen verzeichnet.

⁴¹ Vgl. § 2 Abs. 1 Nds. BestattG (und vergleichbare Regelungen der übrigen Länder).

⁴² Gesetz über die Erhaltung der Gräber der Opfer von Krieg und Gewaltherrschaft (Neufassung vom 16. Januar 2012; BGBl. I S. 98).

⁴³ RGSt 28, 139.

⁴⁴ Dementsprechend hat der BGH eine Bergung eines U-Boot-Wracks mit den ertrunkenen Leichen nicht als Störung der Totenruhe angesehen (Neue Juristische Wochenschr. 1994, 2613 f.).

⁴⁵ z. B. § 23 NWaldLG.

die Infrastruktur am Strand aufrechtzuerhalten⁴⁶. Da der Strand aber in der Regel Eigentum der öffentlichen Hand ist, wäre diese möglicherweise nach § 62 BNatSchG sogar verpflichtet, Barrieren zu beseitigen, um die Zugänglichkeit – das freie Betretungsrecht – zu realisieren.

Ob dies im Einklang mit dem allgemeinen Betretungsrecht der Natur steht, ist höchstrichterlich jüngst entschieden worden⁴⁷. Nach Auffassung der Obergerichte sind die Strandabschnitte, die einer ständigen Er- und Unterhaltung unterworfen sind und damit bewirtschaftet werden, vom allgemeinen Betretungsrecht nicht umfasst⁴⁸. Demgegenüber sieht das BVerwG (Anm. 47) grundsätzlich ein freies Betretungsrecht des Strandes. Nur dort, wo der Strand der wirtschaftlichen Badenutzung unterworfen und dementsprechend gewidmet wird, könne das Betretungsrecht eingeschränkt werden. Ob die Nutzung als Strandbadbetrieb selbst rechtmäßig ist, habe für die Beschränkung des Betretungsrechts keine Rolle.

Strafbar als Hausfriedensbruch nach § 123 Abs. 1 StGB ist jedoch das unbefugte Betreten von Grundstücken nur dann, wenn sie befriedet sind. Grundstücke, die dem allgemeinen Betretungsrecht unterworfen sind, dürfen nicht befriedet sein. Für eine Befriedung ist eine physische Abgrenzung notwendig, die von einer gewissen Dauerhaftigkeit⁴⁹ und ein körperliches Hindernis für die Überwindung sein muss⁵⁰, wobei das Hindernis zwar erkennbar sein, aber auch nicht zwingend die Überwindung erheblich erschweren muss.

Unterschlagung

Der Schatzsucher wähnt sich im Recht, dass ihm das gehört, was er findet. Allein das plötzliche Wahrnehmen einer Sache ist jedoch rechtlich kein „Finden“. Es bedarf neben der Entdeckung auch der Inbesitznahme. Damit setzt die Eigentumsbegründung in der Regel eine verbotene Handlung voraus: So ist bei der Entdeckung eines Bodenfundes die Fundstelle unverändert zu lassen und der Bodenfund muss den Denkmalbehörden mitgeteilt werden⁵¹. Wird der Bodenfund vom Schatzsucher unter Verletzung der denkmalrechtlichen Vorschriften an sich genommen, wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass damit dennoch das Eigentum an dem Schatz begründet wird, da es sich um einen gesetzlichen Eigentumserwerb handelt.

Die Frage des Eigentums ist von ganz entscheidender Rolle. Sie birgt aufgrund der Konstruktion des Fundrechts erhebliche rechtliche Schwierigkeiten, sodass der Finder durchaus ein nicht zu billiges Interesse daran haben kann, die eigentlichen Eigentümer oder Miteigentümer aus ihrer Stellung zu verdrängen. Immerhin kann auch die wirtschaftliche Verwertung eines Fundes für den Eigentümer von besonderer Bedeutung sein⁵².

Nach § 984 BGB gilt der Eigentumserwerb aber nur insoweit, dass gemeinsam mit dem Grundeigentümer ein Miteigentum – Bruchteilseigentum nach § 1008 BGB – zur Hälfte entsteht⁵³. Für den Schatzsucher gilt die „Hadrianische Teilung“. Zivilrechtlich erwirbt er bei einem Fund von Gegenständen im Boden, die solange verborgen waren, dass sie herrenlos sind, Miteigentum zur Hälfte. Die andere Hälfte gebührt dem Grundeigentümer oder auch den Grundeigentümern⁵⁴. Strafrechtliche Relevanz entfaltet sich aus den Fundumständen erst, wenn der Miteigentümer gleichsam aus seinem Eigentum verdrängt wird. Das ist der Fall, wenn der Fund weiterverkauft wird oder der Finder für sich beschließt, den Fund gar nicht erst mitzuteilen, also verschweigt, oder nur zum Teil an den Miteigentümer vermittelt. Denn „fremd“ ist eine Sache, wenn sie nicht im Alleineigentum des Täters steht oder herrenlos ist. Zwar ist die Sache zunächst herrenlos, sodass sie sich angeeignet werden kann. Allerdings wird von Gesetzes wegen im Zeitpunkt der Begründung der Tatherrschaft am Fundgegenstand der Finder und der oder die Grundeigentümer jeweils zur Hälfte und zeitgleich Miteigentümer. Eine vorrangige oder juristisch vorzeitige Eigentumsbegründung beim Finder entsteht nicht.

Ein Kuriosum kann jedoch entstehen, wenn Entdeckung und Besitzbegründung am Schatzfund durch zwei verschiedene Personen stattfinden. Das Zivilrecht sieht hier lediglich den Entdecker als Miteigentümer am Fund. Derjenige, der die tatsächliche Sachherrschaft begründet, hat kein Recht zum Besitz. Er ist zur Herausgabe der Sache verpflichtet. Sollte daher ein Schatzsucher rechtskonform die Fundstelle nach seiner Entdeckung zunächst unberührt lassen, sich von der Fundstelle entfernen und ein Dritter die Sache an sich nehmen, entstehen bei ihm und beim Grundeigentümer das Miteigentum an der Fundsache. Entfernt sich nun der unrechtmäßige Besitzer mit der Fundsache, hat er den

⁴⁶ Rechtsgrundlage der Kurtaxen sind die Kommunalabgabengesetze der Länder (z. B. § 13 NKAG). Es handelt sich um eine Zeitabgabe.

⁴⁷ BVerwG, Urteil v. 13.9.2017 – 10 C 7.16.

⁴⁸ OVG Lüneburg, Urteil v. 19.01.2016 – 10 LC 87/16. Dagegen ist Revision unter dem vorgenannten Aktenzeichen des Bundesverwaltungsgerichts anhängig.

⁴⁹ Ein einfach zu entfernender Elektrozaun sollte nicht ausreichen (AG Brandenburg, Urteil v. 05.08.2015 – 34 C 93/12 –, juris).

⁵⁰ OLG Frankfurt, Neue Juristische Wochenschr. 2006, 1747.

⁵¹ Vgl. § 14 NDSchG. § 9 und 17 DSchG ST.

⁵² So schloss sich an die Verfolgung der illegalen Ausgrabung und des Verkaufs der Himmelscheibe von Nebra zu einem späteren Zeitpunkt die Verteidigung der Nutzungsrechte aus § 71 UrhG an (vgl. LG Magdeburg GRUR 2004, 672).

⁵³ Vgl. O. Hohmann in: W. Joecks/K. Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB³, Bd. 4 (München 2017) § 246 StGB RdNr. 11.

⁵⁴ Beim Fund einer Bronzefibel auf einem brachliegenden Acker in Südniedersachsen wurden 69 Grundeigentümer festgestellt, die jeweils mit 117tel-Bruchteilen Eigentum an dem Feld hatten. Aufgrund der Besonderheit der Fibel wurde hier das Schatzregal angewendet.

Fund bei der Gemeinde als Fundsache abzuliefern. Andernfalls begeht er eine Fundunterschlagung.

Da der Grundstückseigentümer keinen unmittelbaren Besitz an dem Schatz erwirbt, aber Bruchteilseigentümer an der Sache wird, hat er jedoch das Recht auf Auskunft und das Recht zur Besichtigung (§ 809 BGB). Der Finder muss daher den Grundstückseigentümer über seinen Fund unterrichten (§ 260 BGB). Tut er dies nicht, ist aus dieser Handlung zu schließen, dass er den Grundstückseigentümer aus seinem Miteigentum verdrängen will. Es handelt sich daher um eine Manifestation des Zueignungswillens an der Sachsubstanz. Der Finder hat die Unterschlagung in diesem Fall durch Unterlassen verwirklicht.

Frei verfügen darf jeder Miteigentümer nur über seinen eigenen Bruchteil nach § 747 Abs. 1 BGB, über die gesamte Sache ist dies nur gemeinschaftlich möglich. Verkauft der Finder seinen Schatzfund nun insgesamt ohne Kenntnis des anderen Miteigentümers, so ist in diesem Verkauf eine Manifestation der Zueignung des Sachwerts des fremden Miteigentumsanteils an der Sache zu sehen. Die Unterschlagung ist daher mit dem Verkauf verwirklicht. Die Unterschlagung wird durch einen möglichen Betrug nicht verdrängt. War zwischen den Miteigentümern kein Besitzmittlungsverhältnis über die gesamte Sache vereinbart, ist ein gutgläubiger Eigentumserwerb durch den Käufer am gesamten Gegenstand möglich. Denn abhandengekommen ist die Sache nicht, weil der Grundstückseigentümer keinen unmittelbaren Besitz an der Sache hatte oder diesen nicht ohne seinen Willen verloren hat oder weil der eigentliche Besitzer (der Finder) seinen Besitz nicht ohne seinen Willen verliert. Die ältere Rechtsprechung erkennt eine Strafbarkeit wegen Betrugs aus der sog. Makeltheorie hier allerdings an, denn auch für den gutgläubigen Erwerber entstände ein Schaden. Dieser läge darin, dass sich für den Erwerber die Gefahr entfaltet, vom früheren Eigentümer wegen Hehlerei oder bösgläubigen Erwerbs in Haftung genommen zu werden⁵⁵. Die jüngere Rechtsprechung sieht sich vom Bundesverfassungsgericht in Schranken verwiesen und will dieses Prozessrisiko nur dann als betrugsrelevanten Vermögensschaden ansehen, wenn es sich konkret bestimmen lässt⁵⁶. Insgesamt ist allerdings ein solcher, eher normativ geprägter Schaden abzulehnen, weil das Prozessrisiko ein allgemeines Lebensrisiko ist. Es bleibt daher bei der Unterschlagung zum Nachteil des oder der Miteigentümer.

Ist die Sache hingegen rechtswidrig ausgegraben worden, so ist der Betrug verwirklicht. § 40 Abs. 2 KGSG erklärt Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte über rechtswidrig ausgegrabene archäologische Kulturgüter für nichtig. Zivilrechtlich mag dem Erwerber zwar ein

Schadensersatzanspruch gegen den Verkäufer zustehen. Hier jedoch findet sich ein konkreter Schadenseinschlag, weil das Eigentum durch das gesetzliche Verbot in keiner Weise vermittelt werden kann. Zufriedenstellend ist der Ansatz nicht. Zwar mag er den ersten Waschvorgang zur Verschleierung der unerlaubten Grabung kriminalisieren, jedoch wird der Nachweis der Herkunft aus einer illegalen Grabung kaum gelingen. Andererseits ist die als Reaktion auf dieses Problem vielerorts geforderte Beweislastumkehr dem Strafrecht fremd.

Die Eigentumsdelikte werden stets berührt, wenn nicht das Alleineigentum des Täters besteht. In der Regel sind die im Boden und im Wasser verborgenen Kulturgüter herrenlos, d. h., sie unterliegen dem Aneignungsrecht des Finders. Denn archäologisch relevante Gegenstände sind keine *res extra commercium*; sie können insgesamt Objekte von Rechten sein. Schon in der Gesetzgebungshistorie des BGB war erwogen worden, die archäologischen Objekte gesondert zu fassen⁵⁷.

Die zu suchenden Gegenstände sind regelmäßig verkehrsfähige Gegenstände, selbst wenn sie noch so groß sind wie z. B. Flugzeuge oder Schiffswracks o. ä. Gerade Letztere sind wie oben dargelegt für manche Schatzsucher von großem Interesse. Das Sinken eines Schiffes oder der Absturz eines Flugzeugs führt jedenfalls nicht zu einer Dereliktion des Objekts oder gar zu einem Eigentumserwerb des Staates am Unglücksort⁵⁸. Zahlreiche Nationen formulieren die Regel, dass nur durch internationale Vereinbarung oder aber durch formelle Erklärung das Eigentum des Flaggenstaates am Flugzeug oder Schiff untergeht oder auf einen Dritten übergeht.⁵⁹ Da das Reichsvermögen auf den Bund nach Art. 134 GG übergegangen ist, bleibt das Eigentum an Gegenständen der Wehrmacht, soweit es nicht deutlich als derelinquiert gelten kann, beim Bund.

Was jedoch nicht herrenlos ist, sondern lediglich verlassen oder verloren, unterliegt folglich nicht dem An-

⁵⁷ Mehrere Zivilrechtsgelehrte, wie Otto Bähr und Otto Gierke, bemühten sich bei der Beschlussfassung für einen Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches in den Jahren vor 1900 um eine Berücksichtigung der archäologischen Funde in den sachenrechtlichen Vorschriften. Im Ergebnis konnten sie sich jedoch nicht durchsetzen, siehe Darstellung bei R. Fischer zu Cramburg, Das Schatzregal: der obrigkeitliche Anspruch auf das Eigentum an Schatzfunden in den deutschen Rechten. Veröff. Ges. Hist. Hilfswiss. 6 (Hoehr-Grenzhausen 2001) 100 ff.

⁵⁸ J. A. Bischoff, Kriegsschiffwracks. Welches Recht gilt für Fragen des Eigentums, der Beseitigung und der Haftung? Zeitschr. ausländisches öffentliches Recht u. Völkerrecht – ZaöRV 66, 2006, 465 mit dem Hinweis darauf, dass allerdings die Dereliktion zu einem Auffangerwerb des Staates am Unglücksort führen kann.

⁵⁹ Aus der Erklärung der Major Maritime Powers (USA, UK, RUS, F, D) aus dem Jahre 1998, nach Bischoff (ebd. 466 mit weiteren Nachweisen). Für Deutschland werden die Rechte an den abgestürzten Flugzeugen und deutschen Schiffen ebenfalls weiterhin reklamiert (vgl. Bischoff ebd.); dieses Recht wird derzeit von der Bundesanstalt für Immobilienaufgaben wahrgenommen.

⁵⁵ Anstelle vieler: BGHSt 15, 83 (87 f.).

⁵⁶ BGH NStZ 2013, 37.

eignungsrecht⁶⁰. Für diese Gegenstände gilt das allgemeine Fundrecht⁶¹. Wenn der Nicht-Berechtigte (d. h. der Finder) sie behält, handelt es sich um eine Unterschlagung.

Für das bürgerliche Recht, dem auch das Sachenrecht unterfällt, hat der Bund eine konkurrierende Gesetzgebung vorgesehen. Obwohl er hier umfassend von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat, gestattet Art. 73 EGBGB die Regalien durch Landesgesetz selbst zu regeln. Bei den Regalien handelt es sich um Vorrechte des Staates. Ihr Ursprung ist teilweise im deutschen wie auch im römischen Recht zu finden. Unter die Regalien fällt auch das Schatzregal, d. h. der Eigentumserwerb des Landesherrn am Schatzfund. Mit Ausnahme von Bayern ist in jedem Bundesland ein Schatzregal verankert⁶². Das Schatzregal lässt originär – und zwar mit dem Zeitpunkt des Fundes – das Eigentum beim Staat entstehen. Von Gegnern des Schatzregals wird es dagegen als „mittelalterliche Zwangsentziehung“ polemisiert.

Dabei wird beiläufig zwischen Schatzregalen unterschiedlicher Reichweite differenziert („kleines“, „großes“ Schatzregal). Die geringste Ausprägung eines Schatzregals findet sich dort, wo lediglich das Eigentum an Funden bei staatlichen Grabungen an den Staat übergeht. „Mittlere“ Schatzregale hingegen statuieren den Eigentumserwerb auch dann, wenn der Fund in einem Grabungsschutzgebiet stattfindet oder von besonderer wissenschaftlicher Bedeutung ist⁶³. Große Schatzregale nehmen auch einen Eigentumserwerb immer dann an, wenn der Finder ohne Genehmigung gesucht hat⁶⁴. Ein Sonderfall dürfte dann aber das sächsische Denkmalschutzgesetz sein, das grundsätzlich bei jedem Fund einen Eigentumserwerb des Staates erklärt⁶⁵.

Obwohl die Anwendung des Schatzregals naturgemäß erst nach dem Fund zu erklären ist, wird der Eigentumsübergang an den Staat mit der Entdeckung *ex tunc* wirksam. Das Handeln des Finders bestimmt nun über seine Strafbarkeit. Hat er den Fund rechtzeitig gemeldet und liefert er ihn ab, wird ihm kein Strafübel aus der Unterschlagung drohen. Ein Verschweigen, Behalten oder Verkaufen, das unter der Billigung des Ausschließens des

staatlichen Eigentums geschieht, ist dann als Unterschlagung strafbar.

In jüngster Zeit hat die Gerichte der Fund des „Barbarenschatzes von Rülzheim“⁶⁶ beschäftigt. Ausgangs- und Berufungsinstanz hatten eine Fundunterschlagung durch den Finder, der nach den Feststellungen der Tatgerichte von Anfang an den Hort für sich und in seinem Eigentum behalten wollte, angenommen. Das OLG Zweibrücken hat die Berufungsentscheidung aufgehoben, weil der Eigentumsübergang auf das Land durch das Schatzregal nicht hinreichend bewiesen gewesen sei. Das Gericht habe die wissenschaftliche Bedeutung des Schatzfundes nicht dargelegt. Es komme eben nicht auf den materiellen Wert an, sondern auf die wissenschaftliche Bedeutung⁶⁷. Es ist allerdings fraglich, ob dies angesichts der Veröffentlichung der Generaldirektion Kulturelles Erbe als Fachbehörde nicht ausreichend war, um nach § 244 StPO als offenkundige, d. h. konkret allgemeinkundige Tatsache festzustehen, weil sich jedermann darüber in den einschlägigen Publikationen hätte informieren können. Das Prozessrecht nimmt jedoch die Merkmale des gesetzlichen Tatbestands bzw. die unmittelbar beweisheblichen Tatsachen davon aus⁶⁸. Feststellungen, ob der Grundeigentümer entsprechend informiert war und sich daraus eine Tatsachenalternativität, wessen Eigentum verletzt war⁶⁹, ergäbe und so eine Unterschlagung auch anderweitig gegeben sein könnte, fehlten. Insoweit sind die Gerichte gehalten, sich sachverständig beraten über die Voraussetzungen des Schatzregals zu informieren und die zivilrechtlichen Feststellungen zum Eigentumsübergang deutlich im Urteil niederzulegen.

Fazit: Vermeidung der Strafrechtslücke *de lege ferenda*

Es bleibt zu konstatieren, dass trotz zahlreicher Tatbestände im Kontext der illegalen Ausgrabung das eigentliche Delikt im Strafrecht nicht zu finden ist. Auch der Rückgriff auf frühere Entwürfe hilft hier nicht. Selbst der Entwurf des Deutschen Strafgesetzbuches von 1938 kann, obwohl die Archäologie als Weltanschauungswissenschaft in weiten Zügen pervertiert wurde, mit sei-

⁶⁰ Schatzsucher berichten auch, dass sie zufällig gefundene Abwurfstangen (Geweih) mitnahmen. Dass sie dadurch Jagdrecht verletzen und den Wildereitbestand nach § 292 Abs. 1 Nr. 2 StGB verwirklichten, war auf Vorhalt nicht klar.

⁶¹ Das gilt insbesondere auch am Strand, da die Reichsstrandungsordnung am 1. Juli 1990 außer Kraft getreten ist.

⁶² Zuletzt NRW (2013) und Hessen (2011).

⁶³ z. B. Bremen (§ 19 DSchG HB), Hamburg (§ 18 Abs. 3 DSchG HH), Mecklenburg-Vorpommern (§ 13 DSchG MV), Niedersachsen (§ 18 NDSchG), Nordrhein-Westfalen (§ 17 DSchG NW), Sachsen-Anhalt (§ 12 DSchG ST), Rheinland-Pfalz (§ 20 DSchG RP) oder Baden-Württemberg (§ 23 DSchG BW).

⁶⁴ z. B. Brandenburg (§ 12 DSchG BB), Hessen (§ 25 DSchG HE), Saarland (§ 14 DSchG SL), Thüringen (§ 17 DSchG TH).

⁶⁵ Vgl. § 3 Abs. 2 DSchG BE, § 25 Nr. 1 DSchG SN, allerdings mit Entschädigungsjunktim.

⁶⁶ Die Generaldirektion Kulturelles Erbe beschreibt den Inhalt des Hortes u. a. mit einer Silberschale, Gewandbesatz und Resten eines Klappstuhls.

⁶⁷ Vgl. OLG Zweibrücken, Beschluss v. 07.07.2016 – 1 OLG 1 Ss 37/16 –, juris.

⁶⁸ L. Meyer-Goßner/B. Schmitt, Strafprozessordnung: StPO⁶⁰. Beck'sche Kurz-Kommentare 6 (München 2017) § 244 StPO Rn. 51.

⁶⁹ Es handelt sich um eine gleichartige Wahlfeststellung, die zulässig ist. Allerdings hat der Richter die Alternativen festzustellen und muss andere Möglichkeiten sicher ausschließen.

nem Delikt des „Denkmalfrevels“ (§ 269 des Entwurfs) keine Hilfe sein.

Als Vehikel mag dann schon eher das Völkerrecht dienen. Der Europarat hat jüngst das Übereinkommen des Europarates über Straftaten im Zusammenhang mit Kulturgut (sog. Nikosia-Konvention, SEV-Nr. 221) aufgelegt, das an die Stelle der wirkungslos gebliebenen Delphi-Konvention von 1985 treten soll. Art. 4 der Nikosia-Konvention fordert von den Staaten, dass diese einen Straftatbestand für die illegale Ausgrabung schaffen.

Gegen eine Verankerung dieses Tatbestands *de lege ferenda* im Landesrecht spricht einerseits der drohende Partikularismus, der die Anwendung verkompliziert und auch nicht hinreichend Rechnung trägt, dass dieser Tatbestand auch dem Strafanwendungsrecht nach §§ 4–7 StGB für illegale Ausgrabungen, die im Ausland vorgenommen wurden, unterfallen soll. Denn die Schaffung eines interlokalen Strafrechts, d. h. ein partikuläres Strafrecht, das die Handlung im Bundesgebiet unterschiedlich bestraft, ist für diesen Anwendungsfall kaum handhabbar. Ferner ist die Limitierung der Strafgewalt der Länder unbrauchbar. Wenn schon der Verkauf illegal ausgegrabener archäologischer Güter mit einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bedroht sein soll, erscheint es sinnwidrig, wenn das eigentliche Hervorbringen der Tatobjekte nur mit einem Strafraum bis zu zwei Jahren bewehrt sein soll. Diesen Wertungswiderspruch gilt es zu vermeiden oder wenigstens abzumildern.

Sinnvoll erscheint daher *de lege ferenda* eine Erweiterung der Gemeenschädlichen Sachbeschädigung nach § 304 StGB dergestalt:

Die Überschrift von § 304 StGB ist wie folgt zu fassen:

„Gemeenschädliche Sachbeschädigung; unerlaubte Bergung archäologischer Kulturgüter“.

Die Begrifflichkeit „unerlaubt“ lehnt sich dabei an die Vorschriften über die Straftaten gegen die Umwelt an.

Absatz 2 von § 304 StGB wird wie folgt gefasst:

(2) Ebenso wird bestraft, wer unbefugt

1. das Erscheinungsbild einer in Absatz 1 bezeichneten Sache oder eines dort benannten Gegenstandes nicht nur vorübergehend verunstaltet oder

2. Eingriffe in den Boden oder unter Wasser vornimmt, um archäologisches Kulturgut zu bergen.

Die Begrifflichkeit „archäologisches Kulturgut“ ist § 2 Abs. 1 Nr. 1 KGSG entlehnt. Es ist dort gesetzlich definiert als „bewegliche Sachen oder Sachgesamtheiten, die von Menschen geschaffen oder bearbeitet wurden oder Aufschluss über menschliches Leben in vergangener Zeit geben, sich im Boden oder in einem Gewässer befinden oder befunden haben oder bei denen aufgrund der Gesamtumstände dies zu vermuten ist“.

Diese Deliktsformulierung verzichtet auf eine überschießende Innentendenz und scheidet den zufälligen Finder durch den (Eventual-)Vorsatz von der Strafbarkeit aus. Wer eine Genehmigung hat, handelt nicht „unbefugt“. Der Begriff des „Bergens“ schließt jeden Vorgang ein, der den Fund hervorbringt, sei es durch das „klassische“ Ausgraben oder durch das Ausräumen eines Wracks oder die Verwendung von Hebeegeräten. Die Versuchsstrafbarkeit lässt sich hinreichend von der weitgehend als Ordnungswidrigkeit ausgestalteten Suche (Vorbereitungshandlung) differenzieren.

Eine Ergänzung des Strafanwendungsrechts für Delikte, die im Ausland begangen wurden, ist nicht erforderlich. Hier kann der deutsche Staat im Rahmen der stellvertretenden Strafrechtspflege nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB ausreichend tätig werden.

Abstract

Archaeologists in Germany demand criminal liability for illegal treasure hunting. This article outlines the attendant circumstances of treasure hunting and reviews offences usually committed by treasure hunters using metal detectors with the intention to excavate (archaeological) objects covered by soil or using magnets to retrieve such objects out of the water. Finally a statutory offence of illegal excavations is proposed to complement the German Criminal Code (StGB).

Die Bedeutung des Kulturgutschutzgesetzes für Archäologie und Paläontologie

Von Frank Fechner

Schutz archäologischen Kulturguts durch das Recht

Die Rechtsgrundlagen

Das Kulturgutschutzgesetz (KGSG) vom 31. Juli 2016 regelt den Schutz von Kulturgütern in einer umfassenden Weise¹. Lediglich als Teilbereich sind archäologische Kulturgüter und paläontologische Objekte in den Anwendungsbereich des Gesetzes einbezogen. Deren Erhaltung ist im nationalen Recht in den Denkmalschutzgesetzen geregelt. Der Denkmalschutz ist durch das KGSG formal nicht berührt, da es sich um ein Bundesgesetz handelt, das verschiedene, nicht in der Kompetenz der Bundesländer stehende Materien regelt. In die Bundeskompetenz fällt vor allem der Schutz deutschen Kulturguts gegen Abwanderung ins Ausland. Der Denkmalschutz, der in der gesetzgeberischen Kompetenz der Bundesländer liegt, wurde durch das Gesetz nicht berührt. Dennoch sind die Auswirkungen des Kulturgutschutzgesetzes jedenfalls auf die Archäologie kaum zu überschätzen; in gewisser Weise kann man von einem Paradigmenwechsel hinsichtlich der Einstufung archäologischer Belange durch den Gesetzgeber sprechen.

Bedauern mag man, dass es erst zu spektakulärer Vernichtung archäologischen Kulturguts kommen musste², bevor der Gesetzgeber gehandelt hat. Insbesondere die Forderung nach Importbeschränkungen war schon seit Langem insbesondere aus Kreisen der Landesdenkmalpfleger, der Archäologen, aber auch von Kulturgüterrechtlern geäußert worden³.

Kulturgutschutz und Denkmalschutz

Kulturgutschutz und Denkmalschutz sind zwei getrennte Rechtsgebiete, auch wenn beide den Schutz von Kulturgütern bezwecken⁴. Dies ergibt sich aus der unterschiedlichen Gesetzgebungskompetenz im föderalen Staat. Das Kulturgutschutzgesetz ist ein Bundesgesetz, wohingegen die Denkmalschutzgesetze von den Bundesländern erlassen worden sind. Die Kompetenz des Bundes ergibt sich insbes. aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 5a GG, der dem Bund den „Schutz deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung ins Ausland“ als ausschließliche Gesetzgebungskompetenz zuweist. Die Formulierung zeigt, dass es dem Verfassungsgeber weniger um den Erhalt kultureller Substanz ging als um die dauerhafte Verortung bestimmter Kulturgüter auf dem eigenen Staatsgebiet. Inhaltlich geht es dementsprechend beim Kulturgüterschutz um die Verhinderung bestimmter Ortsverlagerungen, beim Denkmalschutz um die Substanzerhaltung. Schutzobjekt des KGSG sind mithin bewegliche Kulturgüter; als Aufgabe des Denkmalschutzes wird die physische Erhaltung vor allem von unbeweglichem Kulturgut gesehen⁵.

Teilweise überlappen sich die Regelungen. So machen auch die Denkmalschutzgesetze die Verbringung eines Kulturdenkmals „an einen anderen Ort“ erlaubnispflichtig⁶, was unter den gesetzlichen Voraussetzungen zu einer doppelten Genehmigungspflicht führen kann. Es ähnelt sich auch die Terminologie. Der Begriff „Denkmal“ in den Landesdenkmalschutzgesetzen wird mit dem Begriff „Kulturdenkmal“ synonym verwendet und daher lediglich von den Natur- und Landschaftsdenkmalen abgesetzt⁷. Beiden Regelungen liegt der Begriff der Kultur zugrunde, der sich letztlich staatlicher Definition entzieht und damit im Hinblick auf die Bestimmtheit staatlicher Handlungsermächtigungen gesetzgeberischer Umschreibung bedarf.

¹ Eine Übersicht zum Kulturgüterrecht von F. Fechner findet sich in D. Martin/M. Krautzberger (Begr.), Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege⁴, hrsg. von D. Davydov/J. Spennemann (München 2017) Teil B RdNr. 78 ff.

² Siehe dazu etwa G. Wessel, Das schmutzige Geschäft mit der Antike. Der globale Handel mit illegalen Kulturgütern² (Berlin 2016).

³ z. B. F. Fechner, Rechtlicher Schutz archäologischen Kulturguts. Tübinger Schr. internat. u. europäisches Recht 25 (Berlin 1991) 105 ff.

⁴ F. Fechner, Kulturgüterschutz und Denkmalschutz – Unterschiede und Gemeinsamkeiten – ein Rechtsgebietsvergleich. In: M. Wittinger/R. Wendt/G. Ress (Hrsg.), Verfassung – Völkerrecht – Kulturgüterschutz [Festschr. W. Fiedler]. Staats- u. völkerrechtliche Abhandl. Studiengruppe Politik u. Völkerrecht 26 (Berlin 2011) 373 ff.

⁵ A. Hipp, Schutz von Kulturgütern in Deutschland (Berlin, New York 2000) 13.

⁶ So z. B. § 13 Abs. 1 Nr. 1 a DSchG.TH.

⁷ z. B. D. Martin in: F. Fechner/D. Martin, Denkmalschutzgesetz Thüringen. Kommentar (Wiesbaden 2005) Erl 2.2 zu § 2.

Besonderheiten archäologischer Kulturgüter

Die Besonderheit archäologischer Kulturgüter wird erst allmählich auch von Politik, Rechtssetzern und Rechtsanwendern erkannt und berücksichtigt⁸ und auch im Kreis der Archäologen war sie nicht immer unumstritten⁹. Sie liegt darin, Fundkontexte im Interesse wissenschaftlicher Erkenntnis gegen Raubgrabungen, aber auch gegen Umwelteinflüsse zu schützen. Im Gegensatz zu anderen kontextgebundenen Kulturgütern besteht bei archäologischen Fundstücken im Regelfall die Besonderheit, dass ihre Existenz vor der Ausgrabung nicht nachgewiesen ist, mithin die Herkunft eines im Kunsthandel befindlichen Stückes normalerweise nicht mehr belegt werden kann. Aus diesem Grund erscheint zunehmend die Unterschutzstellung archäologischer Fundplätze als solche als Aufgabe des Denkmalschutzes. Deutlich wird das beispielsweise an der denkmalrechtlichen Befugnis, Grabungsschutzgebiete auszuweisen. Althergebrachte Rechtsinstitute wie das Schatzregal können diese Wirkung wohl ebenfalls entfalten, sind aber ursprünglich nicht zum Zweck der Kontexterhaltung geschaffen worden¹⁰.

Im Völkerrecht tritt der Aspekt der Kontexterhaltung mindestens ansatzweise zutage. Unterbunden werden soll insbesondere der illegale Handel mit unzulässig ergrabenen Objekten. Beispiele für völkerrechtliche Abkommen zum Schutz von Fundkontexten ist die Konvention von Malta¹¹, wie auch Ansätze für einen Schutz von Fundplätzen auf dem Gebiet der Hohen See in einer UNESCO-Konvention¹². Im Kulturgutschutzgesetz klingt dieser Schutzaspekt nun auch im deutschen Bundesrecht an.

Schutz archäologischen Kulturguts durch die Denkmalschutzgesetze

Alle Denkmalschutzgesetze beziehen mittlerweile archäologische Fundstellen als solche in ihren Anwen-

dungsbereich ein¹³. Dieser Schutzaspekt hat sich allerdings erst in den vergangenen Jahren allmählich entwickelt und wird nicht immer zufriedenstellend von Verwaltungsbehörden und Gerichten umgesetzt. Zunächst war es vor allem der Fund selbst, der vor einer Wegnahme und Aneignung durch Unbefugte geschützt werden sollte. Weithin einheitlich geregelt sind die Genehmigungspflichtigkeit archäologischer Grabungen und die Anzeigepflicht von Zufallsfunden. Darüber hinaus gibt es häufig den Schutz gegen Metallsondengänger¹⁴. Noch unterschiedlich geregelt ist in den Bundesländern das sog. Schatzregal, das bestimmte Funde *ipso jure* mit dem Fund in Landeseigentum übergehen lässt.

Die in den Landesdenkmalgesetzen vorhandenen Probleme werden mithin durch das KGSG nicht gelöst. Wichtigstes Beispiel ist das Schatzregal, das immer noch nicht flächendeckend gilt. Während Hessen als vorletztes Bundesland ein Schatzregal eingeführt hat, gibt es dieses Rechtsinstitut in Bayern nicht. Das Problem des „Fundorttourismus“ besteht nach wie vor.

Archäologie und Paläontologie

Der Anwendungsbereich des Kulturgutschutzgesetzes ist weit gezogen. Archäologische und paläontologische Kulturgüter sind nicht sein einziger Anwendungsbereich, indessen werden sie vom Gesetz ausdrücklich einbezogen.

Wie bei einem modernen Gesetz üblich, werden zu Beginn die verwendeten Begriffe definiert. § 2 Abs 1. Nr. 10 KGSG umschreibt den Oberbegriff „Kulturgut“ als „jede bewegliche Sache oder Sachgesamtheit von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder aus anderen Bereichen des kulturellen Erbes, insbesondere von paläontologischem, ethnographischem, numismatischem oder wissenschaftlichem Wert“. Mit dieser Umschreibung werden die archäologischen und paläontologischen Objekte den Kulturgütern zugeordnet; sie unterfallen damit grundsätzlich den Regelungen des KGSG. Darüber hinaus definiert das Gesetz archäologisches Kulturgut als solches und wann dieses als „rechtswidrig ausgegraben“ gilt. Archäologisches Kulturgut wird umschrieben als „bewegliche Sachen oder Sachgesamtheiten, die von Menschen geschaffen oder bearbeitet wurden oder Aufschluss über menschliches Leben in vergangener Zeit geben, sich im Boden oder in einem Gewässer befinden oder befunden haben oder bei denen aufgrund der Gesamtumstände dies zu vermuten ist“. Wann ein archäologisches Kulturgut als „rechtswidrig

⁸ Dazu z. B. F. Fechner, Schutz archäologischer Fundzusammenhänge durch das Recht. In: M. Flashar (Hrsg.), *Bewahren als Problem. Schutz archäologischer Kulturgüter*. Studeo 9 (Freiburg i. B. 2000) 113 ff.

⁹ Siehe z. B. H. G. Niemeyer (Hrsg.), *Archäologie, Raubgrabungen und Kunsthandel*. Schr. Dt. Archäologen-Verband 13 (Hannover 1995), insbes. bezüglich der „Berliner Erklärung“.

¹⁰ Die Wirkung des Schatzregals ist umstritten, dazu siehe z. B. R. Fischer zu Cramburg, *Das Schatzregal*. Der obrigkeitliche Anspruch auf das Eigentum an Schatzfunden in den deutschen Rechten. Veröff. Ges. Hist. Hilfswiss. 6 (Hoehr-Grenzhausen 2001).

¹¹ Europäisches Übereinkommen zum Schutz des archäologischen Erbes vom 16.01.1992 (Konvention von La Valletta).

¹² Übereinkommen zum Schutz des Unterwasser-Kulturerbes vom 06.11.2001, siehe hierzu den Beitrag von B. Ringbeck in diesem Band, S. 105–107.

¹³ Grundsätzliches bei F. Fechner, *Unterschiede der Denkmalschutzgesetze im archäologischen Bereich*. Arch. Nachrbl. 1,1, 1996, 35 ff.

¹⁴ Siehe hierzu den Beitrag von D. Davydov in diesem Band, S. 67–76.

ausgegraben“ gilt, ergibt sich aus Nr. 14 und zwar ist das dann der Fall, „wenn es unter Verstoß gegen eine inländische oder ausländische Rechtsvorschrift zum Schutz von archäologischem oder paläontologischem Kulturgut insbesondere ohne eine nach einer solchen Rechtsvorschrift erforderliche Genehmigung, ausgegraben worden ist.“ Ausdrücklich gelten damit nach ausländischem Recht illegale Ausgrabungen auch in Deutschland als rechtswidrig.

Überraschend ist auf den ersten Blick, dass das paläontologische Erbe mit in den Anwendungsbereich des Gesetzes einbezogen wurde, vor allem in welcher Weise dies geschehen ist. Über die Erforderlichkeit des Schutzes paläontologischer Objekte besteht kein Zweifel. Allerdings wurde verschiedentlich auf Unterschiede paläontologischer und archäologischer Substanz hingewiesen¹⁵. Das mag insoweit zutreffend sein, als versteinerte Relikte aus dem Tier- und Pflanzenreich häufig in großen Massen auftreten und ihnen damit die Einmaligkeit abgesprochen wird – ähnlich wie dies das Gesetz für häufig vorkommende Münzen sieht. Indes gibt es zum einen auch sehr seltene oder gar einmalige Stücke, die nicht nur aus musealen Gründen, sondern auch für die Wissenschaft von großer Bedeutung sind. Zu nennen sind etwa die seltenen Funde des Archäopteryx oder der Primat „Ida“ aus der Grube Messel bei Darmstadt. Der Verkauf „Idas“ ins Ausland stellt angesichts des medialen Interesses mindestens einen Verlust für deutsche Museen dar. Zum anderen tritt auch in der Paläontologie mehr und mehr die Erforschung des Gesamtkontextes einer Fundstelle in den Mittelpunkt des Interesses, etwa die Ausrichtung von Fundstücken zur Ermittlung der ehemaligen Strömungsverhältnisse. Insoweit unterscheiden sich die Interessen an der Erhaltung paläontologischer Objekte und paläontologischer Fundstellen von denen der entsprechenden archäologischen Fundplätze kaum, zumal auch dort Funde von Pollen, Holz, Knochen etc. im Hinblick auf Klima, Datierung, Ernährungs- und Wirtschaftsweise bedeutungsvoll sind. Die Unterschiede sind mithin gradueller, nicht grundsätzlicher Natur.

Es stellt sich indes die Frage, ob paläontologische, mithin nicht von Menschen geschaffene und auch nicht mit seinem Leben in Zusammenhang stehende Objekte als „Kulturgut“ bezeichnet werden können. Das Gesetz nimmt in § 2 Nr. 10 eine doppelte Zuordnung zur Kultur vor. Zum einen wird jede bewegliche Sache oder Sachgesamtheit von paläontologischem Wert dem „kulturellen Erbe“ und damit dem „Kulturgut“ zugerechnet. Wie die weite Begriffsumschreibung des „Kulturguts“ in

Nr. 10 zeigt, geht es bei der Einbeziehung in den Begriff nicht darum, dass die Sache von Menschenhand geschaffen und damit als Artefakt zu bezeichnen ist, sondern auf verschiedenste Weise für die Kultur des Menschen von Interesse sein kann, etwa und gerade auch durch seinen wissenschaftlichen Wert. Die Landesdenkmalschutzgesetze gehen teilweise den gleichen Weg.

Letztlich ist hier die definatorische Hoheit und Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers maßgeblich, der sich über allgemeinsprachliche oder naturwissenschaftliche Zuordnungen hinwegsetzen kann, wenn er etwa in Fischereigesetzen formuliert: „Fische im Sinne des Gesetzes sind auch Krebse und Muscheln“. Im Folgenden werden die paläontologischen Fundstücke nicht gesondert erwähnt, da das KGSG sie auch nicht anders behandelt als archäologisches Kulturgut.

Auswirkungen des Kulturgutschutzgesetzes auf die Archäologie

Paradigmenwechsel des Gesetzgebers

Ein paradigmatischer Wechsel im Kulturgüterschutzgesetz gegenüber der vorher bestehenden Rechtslage ist die Aufgabe des zwingenden Listenprinzips und dessen Ablösung durch offene Tatbestände. Das sog. Listenprinzip der früheren Rechtslage, demzufolge sich gesetzlicher Schutz lediglich auf Objekte erstreckt, die in einer nationalen Liste eingetragen sind, hatte sich aus verschiedenen Gründen nicht bewährt, wie auch die Bundesregierung in ihrem vorbereitenden Gutachten eingestanden hatte¹⁶. Problematisch an der Situation im Inland war, dass es nicht eine zentrale Stelle gibt, die für die Eintragung zuständig ist, sondern jedes Bundesland eine eigene Liste führt und zudem die Eintragung nach unterschiedlichen Eintragungskriterien erfolgt. Datenbanken im Ausland waren, wenn überhaupt vorhanden, oft in schlechtem Zustand. All dies sprach gegen das Listenprinzip, das sich zudem aus leicht verständlichen Gründen nicht für den Schutz archäologischer Fundkontexte eignet, da unbekannte Funde nicht in eine Liste aufgenommen sein können. Das Problem der Listen ist zwar als solches nicht aufgehoben, es hat allerdings erheblich an Brisanz verloren, da eine Unterschutzstellung bei Erfüllung bestimmter tatbestandlicher Voraussetzungen hinzugetreten ist. Die zweite archäologisch relevante Neuerung ist die Einführung von Importverboten von im Ausland illegal ergrabenen Funden.

¹⁵ W. von Koenigswald, Bodendenkmalpflege und Forschung aus Sicht eines Paläontologen. In: Archäologische Denkmalpflege und Forschung, hrsg. vom Thüringischen Landesamt für Archäologische Denkmalpflege durch Sigrid Dušek (Weimar 1993) 37–40.

¹⁶ Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, Drucksache 17/13378.

Schutz archäologischen Kulturguts durch Ausfuhrvorschriften

Die Ausfuhr von Kulturgut, mithin auch von archäologischem und paläontologischem Kulturgut, ist grundsätzlich gem. § 20 KGSG zulässig, wobei das Gesetz zahlreiche Ausnahmen von diesem Grundsatz vorsieht. Verboten ist die Ausfuhr von Kulturgut vor allem dann, wenn ein Eintragungsverfahren eingeleitet worden ist und auch dann, wenn eine für den Export erforderliche Genehmigung nicht vorliegt. Zudem darf auch unrechtmäßig aus einem anderen Staat eingeführtes Kulturgut nicht ausgeführt werden (§ 21 KGSG).

Ausgangspunkt des Kulturgutschutzgesetzes von 2016 ist die Unterschutzstellung nationalen Kulturguts als Teil des kulturellen Erbes Deutschlands gegen Abwanderung aus dem Bundesgebiet (§ 5 KGSG). Was als nationales Kulturgut anzusehen ist, wird in § 6 KGSG bestimmt. Zum einen ist das Kulturgut, das in ein Verzeichnis national wertvollen Kulturguts eingetragen ist. Damit ist das schon in der vorhergehenden Normierung vorgesehene Eintragungsprinzip weiterhin Grundlage der Unterschutzstellung. Die Kritik gegen dieses – oftmals zufällige – System wurde bei der Novellierung allerdings in Bezug auf Kulturgut in öffentlicher Hand aufgegriffen. Unter Schutz steht zum anderen auch das Kulturgut, das sich in öffentlichem Eigentum oder im Bestand einer öffentlich-rechtlichen, Kulturgut bewahrenden Einrichtung oder ähnlicher Institutionen befindet. Damit ist bezüglich der Objekte in öffentlicher Hand ein genereller Schutz gegen Abwanderung geschaffen. Durch das Kulturgutschutzgesetz sind mithin archäologische Ausgrabungsstücke geschützt, die in ein Verzeichnis national wertvollen Kulturguts eingetragen sind wie auch archäologische Kulturgüter im Bestand der öffentlich-rechtlichen Einrichtungen wie archäologischer oder paläontologischer Museen oder von Magazinen der Landesdenkmalämter oder universitärer Forschungseinrichtungen. Eine Genehmigungspflicht für die Ausfuhr besteht zudem für Kulturgüter, die „unmittelbar aus Grabungen, archäologischen Funden und archäologischen Stätten in einem Mitgliedstaat stammen“¹⁷. Damit sind auch unbekannte archäologische Objekte von der Regelung erfasst und zwar sowohl Funde, die aus Raubgrabungen stammen, als auch solche aus autorisierten Grabungen im Inland sowie aus anderen EU-Mitgliedstaaten.

Vom Anwendungsbereich des Abwanderungsschutzes werden allerdings unter bestimmten Voraussetzungen Münzen ausgenommen (§ 24 Abs. 2 Satz 2 KGSG). Münzen gelten nicht als archäologische Gegenstände¹⁸,

wenn es sie in großer Stückzahl gibt, sie für die Archäologie keinen relevanten Erkenntniswert haben und nicht von einem Mitgliedstaat als individualisierbare Einzelobjekte unter Schutz gestellt sind. Wenn diese Ausnahme für bereits dem Boden entnommene Münzen auch zutreffend sein mag, ist doch nicht zu verkennen, dass mit dieser Ausnahme die Kontexterhaltung archäologischer Fundstellen im Inland gefährdet ist. Der Erkenntniswert einer Münze für die archäologische Forschung erschöpft sich normalerweise nicht in der Münze selbst, sondern wird ergänzt durch die Kenntnis ihres Fundzusammenhangs. Eine in Italien gängige Münze mag in einem Grab im Hinterland des Limes Hinweise auf Handelskontakte zwischen den Völkern liefern oder auf die Besoldung des Bestatteten als Söldner im römischen Heer. Anzumerken ist, dass die Formulierung in § 24 Abs. 2 KGSG nicht eindeutig ist. Da in Abs. 2 die Ausfuhr in den Binnenmarkt geregelt ist, bezieht sich die Ausnahme für Münzen offenbar nicht auf die Ausfuhr in Drittstaaten. Ob dies als Redaktionsversehen anzusehen ist und von der Rechtsprechung im Wege der teleologischen Auslegung auch auf die Ausfuhr in Drittstaaten angewendet wird, bleibt abzuwarten.

Von der Ausnahme der Münzen abgesehen, greift der Schutz archäologischer Objekte unabhängig von ihrem Wert; es besteht aber eine Altersgrenze von 100 Jahren¹⁹. Das mag grundsätzlich unproblematisch sein, hinzuweisen ist jedoch darauf, dass sich archäologische und denkmalpflegerische Aktivitäten zunehmend auch auf jüngere Fundkomplexe erstrecken, beispielsweise KZs oder Fluchttunnel aus der DDR.

Schutz archäologischen Kulturguts durch Importbeschränkungen

Mit dem Kulturgutschutzgesetz von 2016 sind erstmals Einfuhrverbote für Kulturgüter in das nationale Recht aufgenommen worden²⁰. Dies ist für archäologische Kulturgüter von epochaler Bedeutung. Der Paradigmenwechsel des Gesetzgebers erklärt sich vor allem durch die Eindrücke der Zerstörungen von Kulturgut im Syrienkonflikt, in deren Zusammenhang die Finanzierung von Terrororganisationen wie des IS durch den Verkauf von Antiken aus Museen und Raubgrabungen angeführt wurde.

Die Einfuhr von Kulturgut ist in drei Fällen verboten. Zum Ersten, wenn Kulturgut von einem Mitgliedstaat oder Vertragsstaat als nationales Kulturgut eingestuft oder definiert worden ist und unter Verstoß gegen dessen Rechtsvorschriften zum Schutz nationalen Kultur-

¹⁷ § 24 Abs. 1 Nr. 2 KGSG i. V. m. Art. 2 Abs. 2 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 116/2009.

¹⁸ Nach Kategorie 1 des Anhangs I der Verordnung (EG) Nr. 116/2009.

¹⁹ § 24 Abs. 2 KGSG i. V. m. Anhang I VO (EG) 116/2009.

²⁰ Dazu H. Strobl, Die Bedeutung des neuen Kulturgutschutzgesetzes für Handel und Museen. Der Sachverständige (DS) 2016, 101; 102.

gutes aus dessen Hoheitsgebiet verbracht worden ist. Der zweite Fall erfasst Kulturgut, welches unter Verstoß gegen EU-Recht, das die grenzüberschreitende Verbringung von Kulturgut einschränkt oder verbietet, importiert worden ist. Der dritte Fall bezieht sich auf Kulturgut, das entgegen der Vorgaben des Protokolls der Haager Konvention aufgrund eines bewaffneten Konflikts eingeführt worden ist (§ 28 KGSG). Grundsätzlich hat die unrechtmäßige Ausfuhr von Kulturgut aus einem Mitgliedstaat der EU oder einem Vertragsstaat des UNESCO-Übereinkommens die Unrechtmäßigkeit der Einfuhr nach Deutschland zur Folge²¹.

Der Importeur von Kulturgut hat daher entsprechende Unterlagen mitzuführen, mit denen er die rechtmäßige Einfuhr nachweisen kann. Als einen solchen Nachweis bezeichnet das Gesetz Ausfuhrgenehmigungen des Herkunftsstaates sowie sonstige Bestätigungen des Herkunftsstaates, denen zufolge das Kulturgut rechtmäßig ausgeführt werden konnte (§ 30 KGSG).

Diese Importbeschränkungen sind ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung. Der frühere Rechtszustand war unhaltbar, demzufolge Kulturgüter, die unter Verstoß gegen Exportverbote der Herkunftsstaaten ausgeführt worden waren, ohne Weiteres nach Deutschland importiert und dort rechtmäßig gehandelt werden durften. Mit der Unterzeichnung des UNESCO-Übereinkommens von 1970 durch Deutschland im Jahr 2007 wurden Importverbote zwar auch für Deutschland zur völkervertraglichen Pflicht, indes lediglich gegenüber den Verbandsstaaten. Das ist nun von der Sache her richtigerweise ausgeweitet worden.

Dennoch ist die gegenwärtige Rechtslage zum Schutz von Kulturgütern noch nicht perfekt. Mit dem Rekurs auf das Recht der Herkunftsstaaten ist zunächst eine Befassung und möglicherweise Interpretation des ausländischen Rechts erforderlich. In der Praxis ist es nicht immer leicht, das einschlägige ausländische Recht in Erfahrung zu bringen und im Zweifel zeitaufwendig. Sollte sich im Einzelfall ein Exportverbot nicht nachweisen lassen, so muss das Kulturgut passieren dürfen. Die Illegalität der Einfuhr kann nur dann behauptet werden, wenn der Herkunftsstaat ein entsprechendes Verbot erlassen hat.

Zudem sind in vielen Fällen die Herkunftsstaaten nicht in der Lage oder nicht willens, ihre Kulturgüter hinreichend zu schützen und haben keine oder nur unzureichende Schutznormen erlassen. In diesen Fällen liegt bei einem Import ohne Ausfuhrgenehmigung kein „Verstoß gegen dessen Rechtsvorschriften“ vor und der Import – auch von Raubgrabungen – nach Deutschland ist dann legal. Eine Umgehung der gesetzlichen Regelungen ist auch beim Import von Objekten mit einer Exportgenehmigung des Herkunftsstaats denkbar, die durch Beste-

chung erwirkt wurde oder in Zeiten politischer Wirren aus finanziellen Gründen etwa auf offiziellen Genehmigungsformularen durch eine Terrororganisation ausgestellt wurde. In faktischer Hinsicht problematisch bleiben zudem die Fälle, in denen Exportgenehmigungen gefälscht oder für ein modernes Kunstwerk oder eine Replik ausgestellt wurden, wenn anstelle des genehmigten Stückes ein antikes Kunstwerk eingeführt wird. Ohne Weiteres importiert werden dürfen auch Kulturgüter vom Meeresgrund aus dem Gebiet der Hohen See. Ein vollumfassender Schutz von Kulturgütern durch das KGSG besteht somit nicht.

Inverkehrbringen archäologischen Kulturguts

Das Kulturgutschutzgesetz regelt nicht nur die Ein- und Ausfuhr, sondern auch das Inverkehrbringen von Kulturgut. Kulturgut, das abhandengekommen ist, rechtswidrig ausgegraben wurde oder unrechtmäßig eingeführt worden ist, darf nicht in Verkehr gebracht werden (§ 40 Abs. 1 KGSG). Wann Kulturgut „rechtswidrig ausgegraben“ ist, ergibt sich aus der oben erwähnten Definition des § 2 Abs. 1 Nr. 13 KGSG. Erfasst sind damit unterschiedliche Sachverhaltsvarianten. Zum einen sind archäologische und paläontologische Funde in den Anwendungsbereich des Gesetzes eingeschlossen, die ohne eine nationale Grabungsgenehmigung ergraben worden sind. Wann eine Grabungsgenehmigung erforderlich ist, ergibt sich aus den Denkmalschutzgesetzen der Bundesländer. Regelmäßig ist dies der Fall bei Nachforschungen, insbesondere Grabungen mit dem Ziel, Bodendenkmale zu entdecken²². Ausgrabungen ohne Grabungsgenehmigung sind aber nur ein Anwendungsfall für das Verbot des Inverkehrbringens („insbesondere“). Eine andere Vorschrift zum Schutz von archäologischem oder paläontologischem Kulturgut ist die Regelung, der zufolge Zufallsfunde der zuständigen Behörde anzuzeigen sind, damit die erforderlichen Maßnahmen durchgeführt werden können²³. Zufallsfunde, die unter Missachtung einer solchen Norm an sich genommen wurden, dürfen jedenfalls nicht in Verkehr gebracht werden. Das gilt auch bei Funden, die unter das Schatzregal fallen, abgesehen davon, dass an ihnen grundsätzlich nicht gutgläubig Eigentum erworben werden kann. Schließlich sind auch die Fälle erfasst, in denen archäologische Kulturgüter unter Missachtung der Importverbote ins Inland verbracht worden sind. In diesen Fällen ist sowohl der Import als auch das Inverkehrbringen rechtswidrig und kann zur Strafbarkeit nach dem KGSG führen (§ 83 Abs. 1 Nr. 4 KGSG).

Um die genannte Regelung abzusichern, sind Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte, die über unzulässig in

²¹ Gesetzentwurfsbegründung zu § 28 KGSG: Deutscher Bundestag, Drucksache 18/7456, 90.

²² So z. B. § 18 DSchG TH.

²³ z. B. § 16 DSchG TH.

Verkehr gebrachtes Kulturgut abgeschlossen wurden, nichtig (§ 40 Abs. 2, 3 KGSG). Dieses gesetzliche Verbot hat zur Folge, dass der Erwerber nicht Eigentümer des unrechtmäßig veräußerten Kulturguts werden kann und der Verkäufer keinen Anspruch auf Bezahlung des Kaufpreises hat.

Um sicherzustellen, dass die durch das Gesetz ausgesprochenen Verbote bezüglich des Inverkehrbringens von Kulturgut auch eingehalten werden, sieht das Gesetz zudem zahlreiche Sorgfaltspflichten vor²⁴. Wer Kulturgut in Verkehr bringt, hat zu prüfen, ob das Kulturgut abhandengekommen, unrechtmäßig eingeführt oder rechtswidrig ausgegraben worden ist (§ 41 Abs. 1 KGSG). Die Sorgfaltspflicht ist dann anzuwenden, wenn sich einer „vernünftigen Person“ die Vermutung aufdrängen müsste, dass einer der genannten Tatbestände erfüllt ist. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn das Kulturgut entweder außergewöhnlich billig war oder wenn der Verkäufer bei einem Kaufpreis von mehr als 5 000 € Barzahlung verlangt hat (§ 41 Abs. 2 KGSG).

Die Regelung bezieht sich ihrem Wortlaut nach sowohl auf importierte Kulturgüter als auch auf im Bundesgebiet abhandengekommenes Kulturgut oder nach Landesrecht illegal ausgegrabenes Kulturgut. Inwieweit sich die Sorgfaltspflicht auf Kleinfunde erstreckt, lässt sich dem Wortlaut der Norm nicht entnehmen. Ihre Auffindung durch Raubgrabungen ist allerdings regelmäßig mit derselben Zerstörung des Fundkontexts verbunden, wie dies bei marktmäßig teuren Stücken der Fall ist. Aus diesem Grund ist die Interpretation der Norm zu bevorzugen, die auch Kleinfunde in den Anwendungsbereich mit einbezieht. Der Wortlaut der Norm steht dem nicht entgegen, vielmehr ist er allgemein gefasst.

Die Sorgfaltspflicht verschärft sich noch, wenn jemand Kulturgut in Ausübung seiner gewerblichen Tätigkeit in Verkehr bringt. Damit ist der Kunst- und Antikenhandel in Pflicht genommen. In diesen Fällen müssen unter anderem nicht nur Name und Anschrift des Veräußerers festgestellt werden, sondern auch die Provenienz des Kulturguts und die Ein- und Ausfuhrdokumente geprüft werden wie auch die einschlägigen Verzeichnisse²⁵. Schließlich ist eine Erklärung des Veräußerers über seine Verfügungsberechtigung einzuholen. Alle diese Pflichten stehen jedoch unter der Maßgabe des zumutbaren Aufwandes, insbesondere der wirtschaftlichen Zumutbarkeit (§ 42 Abs. 1 KGSG).

Durch diese sehr unbestimmte Regelung wird die Wirksamkeit der Sorgfaltspflichten aufgeweicht. Noch problematischer sind die in Abs. 3 aufgeführten Wertgrenzen, unterhalb derer die zusätzlichen Sorgfaltspflichten nicht anzuwenden sind. Bei archäologischem Kulturgut liegt die Wertgrenze bei 100 € bzw. bei 2 500 €, wenn

der Besitzer nachweist, dass es sich seit mindestens 20 Jahren im Besitz der Familie befunden hat oder in diesem Zeitraum mehrfach den Eigentümer gewechselt hat. Für alles andere Kulturgut gilt eine Wertgrenze von 2 500 € (§ 42 KGSG).

Münzen sind wiederum von der Regelung über archäologisches Kulturgut ausgenommen, wenn es sie in großer Stückzahl gibt und wenn sie für die Archäologie keinen relevanten Erkenntniswert haben (§ 42 Abs. 3 Satz 2 KGSG). Die Bedenken hinsichtlich der Kontexterhaltung archäologischer Fundstellen bestehen auch bezüglich dieser, erst kurz vor Erlass des Gesetzes eingefügten Ergänzung. Das Kulturgutschutzgesetz trägt diesen Bedenken nicht Rechnung.

Die allgemeinen Sorgfaltspflichten gem. § 41 KGSG gelten auch für gewerbliche Antiken- und Münzhändler. Somit trifft auch den professionellen Händler die Pflicht, mit der erforderlichen Sorgfalt zu prüfen, ob selbst ein wertmäßig unbedeutendes archäologisches inkl. numismatisches oder ein paläontologisches Objekt abhandengekommen, unrechtmäßig eingeführt oder rechtswidrig ausgegraben worden ist.

Während die Verletzung von Sorgfaltspflichten gewerblicher Händler gem. § 84 KGSG mit erheblichen Bußgeldern geahndet werden können, gibt es offenbar keine Sanktion, wenn die allgemeinen Sorgfaltspflichten nicht eingehalten werden und es sich nicht um einen gewerblichen Händler handelt. Allerdings wird Gewerbmäßigkeit in diesem Zusammenhang auch weit unterhalb des Kunsthandelniveaus zu bejahen sein, bereits bei einer gewissen Anzahl von Verkäufen beispielsweise im Internet oder auf Flohmärkten, wobei die Einzelheiten von der Rechtsprechung zu bestimmen sein werden.

Rückgabe archäologischen Kulturguts an Drittstaaten

Die Rückgabeansprüche von Drittstaaten auf in Deutschland belegenes Kulturgut sind für die nationale Denkmalpflege von geringerem Interesse als der umgekehrte Fall der Rückführung deutschen Kulturguts nach illegaler Verbringung ins Ausland. Bedeutungsvoll kann die Variante jedoch für öffentliche Museen sein. Die Rückgabeansprüche belegen, dass das Gesetz grundsätzlich von einer nationalen Verortung von Kulturgütern ausgeht und dass diese Verortung gegenüber den Interessen des Kunsthandels und der Sammler vorrangig ist. Selbst wenn Fundkontexte hierdurch nur indirekt geschützt werden, können Rückführungen für die Kontexterhaltung in einem weiteren Sinne sehr sinnvoll sein, beispielsweise bei einer Statue, die aus einer Tempelruine geraubt wurde. Die Übergänge zur Archäologie sind insoweit fließend.

An erster Stelle behandelt das Gesetz Kulturgut, das unrechtmäßig aus einem anderen EU-Mitgliedstaat nach

²⁴ Zu den Sorgfaltspflichten Strobl (Anm. 20) 101; 103 f.

²⁵ So das Internetportal gem. § 4 KGSG <http://www.kulturgutschutz-deutschland.de>.

Deutschland verbracht worden ist. Solches Kulturgut ist auf Ersuchen des Mitgliedstaats zurückzugeben, wenn es unter Verstoß gegen Rechtsvorschriften des Herkunftsstaats nach Deutschland verbracht worden war oder wenn es von diesem Staat vor der Verbringung als Kulturgut von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert im Sinne des Art. 36 AEUV eingestuft worden war (§ 50 KGSG). Interessanterweise kann eine Einstufung durch den Herkunftsstaat als nationales Kulturgut auch noch nach der Verbringung nach Deutschland erfolgen. Die Rückgabepflicht besteht nur dann, wenn das Kulturgut nach dem 31.12.1992 aus dem ersuchenden Mitgliedstaat ausgeführt worden ist. Damit sollen keine neuen Ansprüche für die vielen umstrittenen Altfälle begründet werden.

Eine zweite Art von Rückgabeansprüchen von Drittstaaten ist gegeben, wenn Kulturgut entgegen den Vorschriften des EU-Rechts unrechtmäßig eingeführt worden ist (§ 51 KGSG). Dies betrifft Kulturgut, das einer Embargoregelung der EU unterfällt. Solche Regelungen sind bezüglich Irak und Syrien erlassen worden und betreffen damit vor allem in solchen Regionen illegal ergrabene Kulturgüter, die in Deutschland auf den Markt gebracht werden. Der Wortlaut der Norm erfasst indes auch künftige vergleichbare EU-Regelungen, womit Objekte, die entgegen solchen Maßnahmen eingeführt worden sind, dem Rückführungsmechanismus unterstellt sind²⁶.

Eine dritte Variante von Rückgabeansprüchen von Drittstaaten auf in Deutschland belegenes Kulturgut ergibt sich aus dem UNESCO-Übereinkommen. Voraussetzung für den Rückgabeanspruch eines Vertragsstaats ist vor allem, dass das Kulturgut einer der in Art. 1 des UNESCO-Übereinkommens genannten Kategorie angehört und nach dem Stichdatum (26.04.2007) unter Verstoß gegen die Rechtsvorschriften des Herkunftsstaats nach Deutschland importiert worden ist (§ 52 KGSG). Lässt sich nicht klären, ob das Kulturgut nach dem Stichdatum eingeführt worden ist, so wird vermutet, dass das Kulturgut nach diesem Tag aus dem Hoheitsgebiet des Vertragsstaats verbracht worden ist. Diese Vermutung kann dem Wortlaut des Gesetzes zufolge nur durch den Nachweis widerlegt werden, dass sich das Kulturgut schon vor diesem Tag im Bundesgebiet, im Binnenmarkt oder in einem Drittstaat befunden hat. Die Abgabe einer Versicherung an Eides statt ist zur Erbringung des Nachweises ein zulässiges Beweismittel (§ 52 Abs. 2 KGSG).

Eine vierte Variante von Rückgabeansprüchen ergibt sich aus der Haager Konvention. Diese Variante ist offensichtlich aufgrund der Berichte um die Terrorfinanzierung des IS durch Kulturgüter im Syrienkonflikt 2016 vom Gesetzgeber einbezogen worden.

Die Rückgabeansprüche von Drittstaaten können verjähren, sofern sie nicht von der Verjährung gänzlich ausgenommen sind. Letzteres gilt grundsätzlich für Kulturgut aus öffentlichen Sammlungen, kirchlichen oder religiösen Einrichtungen (§ 55 Abs. 1 KGSG)²⁷.

Das Rückgabeverfahren ist in den §§ 58 ff. KGSG geregelt. Der unmittelbare Eigenbesitzer hat Anspruch auf eine angemessene Entschädigung durch den rückfordernden Staat, wenn er beim Erwerb des Kulturguts mit der erforderlichen Sorgfalt vorgegangen ist. Bis zur Zahlung der Entschädigung kann er die Rückgabe des Kulturguts verweigern (§ 66 Abs. 1 KGSG). Die Entschädigung bestimmt sich nicht nur nach den Erwerbskosten, sondern auch nach den Aufwendungen für die notwendigen Maßnahmen zur Erhaltung des Kulturguts (§ 67 Abs. 1 KGSG).

Mit diesen variantenreichen Rückgabepflichten wurde der frühere Rechtszustand, der auf dem Listenprinzip basierte, beendet, unter dessen Geltung es trotz verschiedener Rückgabeersuchen ausländischer Staaten zu keiner einzigen Rückgabe gekommen war²⁸.

Rückgabe unrechtmäßig aus Deutschland ausgeführten archäologischen Kulturguts

Die Rückgabeansprüche Deutschlands gegen Drittstaaten sind im Hinblick auf die Bewahrung deutschen Kulturguts auf dem Gebiet der Bundesrepublik von Interesse und damit für Archäologie und Paläontologie, soweit es um Belegstücke geht oder um Gegenstände, die für weitere Forschungen wie Materialanalysen vor Ort zur Verfügung stehen sollten. Was die Erhaltung des Fundkontexts anbetrifft, sind diese Rückgabeansprüche nicht von direkter Hilfe. Ein einmal ergrabener Gegenstand kann nicht wieder in seinen Fundkontext eingebettet werden; der Fundkontext ist mit der Ausgrabung unwiederbringlich zerstört. Allerdings kann die Regelung in indirekter Weise zur Erhaltung von Fundkontexten beitragen. Müssen Kunsthändler und Sammler im Ausland damit rechnen, dass illegal verbrachte Stücke unabhängig von den Eigentumsverhältnissen an dem Gegenstand zurückzugeben sind, so wirkt dies dem illegalen Handel mit Kulturgütern und damit Raubgrabungen entgegen.

Das Gesetz unterscheidet zwischen Rückgabeansprüchen gegenüber EU-Mitgliedstaaten (§ 69 KGSG) und Rückgabeansprüchen gegenüber Vertragsstaaten des UNESCO-Übereinkommens (§ 70 KGSG) und bestimmt

²⁶ Deutscher Bundestag, Drucksache 18/7456, 103.

²⁷ Die Verjährungsregeln sind kompliziert und hängen von der zugrunde liegenden nationalen, europarechtlichen oder völkerrechtlichen Grundlage ab. Zu den Einzelheiten siehe § 55 KGSG.
²⁸ M. Grütters, Vorwort. In: Das neue Kulturgutschutzgesetz. Handreichung für die Praxis, hrsg. von Die Beauftragte der Bundesregierung für Kultur und Medien (Berlin 2017) 6.

die für die Geltendmachung der Ansprüche zuständigen Behörden. Die Kosten des Rückgabeverfahrens trägt derjenige, der das Kulturgut unrechtmäßig ausgeführt hat (§ 71 KGSG). Das Eigentumsrecht an den rückgeführten Kulturgütern ist nach den deutschen Sachvorschriften zu bestimmen (§ 72 KGSG).

Rückgabezusage für den internationalen Leihverkehr

Ausnahmen von den allgemeinen Regelungen lässt das Gesetz für den internationalen Leihverkehr mit Kulturgütern zu, was gemeinhin mit dem Stichwort „freies Geleit“ umschrieben wird. Hierdurch soll auch weiterhin ein freier vorübergehender Austausch von Kulturgütern für Sonderausstellungen etc. ermöglicht werden, da andernfalls Leihgeber eine Beschlagnahme der Exponate auf deutschem Boden aufgrund zivilrechtlicher Restitutionsverlangen befürchten müssten. Die zuständigen Behörden können daher für den internationalen Leihverkehr, insbesondere für Ausstellungen und wissenschaftliche Untersuchungen, eine Rückgabezusage geben (§ 73 KGSG). Bis zur Rückgabe des Kulturguts an den Verleiher sind dann gerichtliche Klagen auf Herausgabe, Arrestverfügungen, Pfändungen und Beschlagnahmen sowie behördliche Vollstreckungsmaßnahmen nicht zulässig (§ 76 Abs. 2 KGSG).

Fazit

Insgesamt stellt das Kulturgutschutzgesetz von 2016 aus archäologischer Sicht eine deutliche Verbesserung der zuvor bestehenden Rechtslage dar. Zum einen wurde der nationale Blickwinkel auf Kulturgüter zugunsten einer internationalen Sichtweise erweitert und zum anderen wurde der Schutz archäologischer Kulturgüter und paläontologischer Objekte durch die Abkehr vom Listenprinzip deutlich gestärkt. War ursprünglich lediglich die Abwanderung nationalen Kulturguts Gegenstand der gesetzlichen Regelungen auf Bundesebene, werden nun auch ausländische Kulturgüter mit in den Anwendungsbereich einbezogen, jedenfalls dann, wenn die Herkunftsstaaten entsprechende rechtliche Schutzmaßnahmen getroffen haben. Insofern kann man von einem Paradigmenwechsel sprechen. Allerdings ist dieser Paradigmenwechsel nicht ganz ohne äußere Einwirkung erfolgt. Zunächst sind europa- und völkerrechtliche Vorgaben zu nennen, die zuvor allenfalls halbherzig umgesetzt worden waren, wie das UNESCO-Übereinkommen von 1970, das erst 2007 in nationales Recht transformiert wurde. Somit standen immerhin schon seit 2007 auch aus dem Ausland stammende Kulturgüter im Anwendungsbereich nationaler Rechtsnormen.

Diese waren aber noch wenig effektiv. Hinzu kam als äußerer Druck die Plünderung archäologischer Fundstellen im Irak und in Syrien, die auch von den Medien in eindruckvoller Weise aufgegriffen worden waren. Aus Sicht der Archäologie ist zudem positiv hervorzuheben, dass die Sorgfaltspflichten des Kunsthandels genauer gefasst wurden.

Die in den Medien gegen das Gesetz vor allem im Vorfeld geäußerte Kritikpunkte sind aus Sicht kontexterhaltender Archäologie bzw. Denkmalpflege von geringerem Gewicht und führten teilweise noch im Gesetzgebungsverfahren zu Abmilderungen. Infrage steht, ob das Eigentumsrecht von Sammlern und Händlern in Art. 14 Abs. 1 GG und die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte unternehmerische Freiheit der Kunst- und Antikenhändler in verfassungsrechtlich zulässiger Weise eingeschränkt worden ist. Unzweifelhaft werden Rechte von Kunsthändlern und privaten Sammlern in nicht unerheblicher Weise beeinträchtigt und insbesondere Kunsthändlern umfangreiche Sorgfaltspflichten auferlegt. Verstöße gegen die grundlegenden Vorschriften der Ausfuhr, Einfuhr und des Inverkehrbringens von Kulturgut können den Straftatbestand des § 83 KGSG erfüllen und mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe geahndet werden. Gerechtfertigt ist dies aus dem Kulturstaatsprinzip und der staatlichen Schutzpflicht von Kulturgütern für die Allgemeinheit, künftige Generationen und künftige Forschung sowie aus den völker- und europarechtlichen Abkommen.

Demgegenüber könnten im Hinblick auf die archäologischen Besonderheiten Verbesserungsvorschläge gemacht werden. Diese beziehen sich vor allem auf die Abhängigkeit des Schutzes ausländischen Kulturguts von dem Schutzinteresse der Herkunftsstaaten. Den Schutz archäologischer Kulturgüter von der zufälligen Qualität der Gesetzgebung in Drittstaaten abhängig zu machen, auf die Deutschland keine Einwirkungsmöglichkeit hat, will nicht einleuchten. Weiterhin gibt es Kulturgutimporte, die sich dem Regime des Kulturgutschutzgesetzes zur Gänze entziehen, da sie nicht aus dem Gebiet (anerkannter) Staaten kommen. Damit ist nun auch im internationalen Bereich mit Fundorttourismus zu rechnen. Da sich antike Kulturen nicht mit modernen Staatsgrenzen decken, dürften Funde in solche Staaten verbracht werden, in denen Ausfuhrdokumente leichter zu erlangen sind als im Staat der Ausgrabung.

Aus Sicht einer kontexterhaltenden Archäologie können die Ausnahmen, die im Gesetz im Hinblick auf Münzen gemacht werden, nicht überzeugen. Die Anzahl ähnlicher Funde und Wertgrenzen mögen hinsichtlich eines ergrabenen Objekts sinnvoll sein, in Bezug auf die Kontexterhaltung haben sie negative Auswirkungen. Hier konnten sich in letzter Minute die Interessen der Münzhändler durchsetzen, wie sich auch an anderer Stelle die Lobbyarbeit der Kunsthändler bezahlt gemacht hat, insbesondere bei den Ausnahmen von den gewerb-

lichen Sorgfaltspflichten, die zu einer Aufweichung des Gesetzes bis hin zur Ineffektivität geführt hat.

Die Ausrichtung eines Gesetzes zum Schutz von Kulturgut und seine Ausgestaltung ist sehr wohl von Einfluss auf den Kunsthandel und damit zumindest indirekt auf den Umfang des Handels mit unautorisiert ergrabenen archäologischen Objekten. Verwiesen werden kann etwa auf das Beispiel der Schweiz, die sich von einem Hauptumschlagplatz des illegalen Kunsthandels²⁹ zu einem Musterland des Kulturgüterschutzes entwickelt hat.

Das deutsche Kulturgutschutzgesetz hat nach wie vor die nationale Verortung von Kulturgut zum Ziel, wobei jetzt immerhin auch die Interessen anderer Staaten einbezogen werden. Böswillig ausgedrückt könnte man sagen, es wurde ein chauvinistisch-kulturnationalistischer Ansatz zu einem international-kulturnationalistischen Ansatz fortgeschrieben. Die Entwicklung zu einem substanzerhaltenden Kulturgüterschutz steht insoweit noch aus.

Es ist zu hoffen, dass das Gesetz trotz seiner Schwächen den Schutz archäologischer Kulturgüter verstärken wird. Allemal ist es dazu geeignet, die Schutzbedürftigkeit archäologischer Fundsubstanz stärker in den Fokus der Öffentlichkeit zu rücken und damit zu einem Bewusstseinswandel beizutragen, wie dies schon vor Jahren beim Artenschutz gelungen ist. Bei begleitender Aufklärung durch Denkmalpfleger und Archäologen und einer gutwilligen Medienberichterstattung kann das Bewusstsein um die Unwiederbringlichkeit archäologischer und paläontologischer Funde und Fundstellen gestärkt

²⁹ Aufschlussreich zu den Verhältnissen unter dem früheren Rechtszustand: P. Watson/C. Todeschini, Die Medici-Verschöpfung. Der Handel mit Kunstschätzen aus Plünderungen italienischer Gräber und Museen (Berlin 2006).

und damit die Nachfrage nach archäologischen Prestige- und Anlageobjekten aus Raubgrabungen minimiert werden.

Abstract

Since July 2016, there is a new act dealing specifically with trade of cultural goods. It is called Kulturgutschutzgesetz – Act on the Protection of Cultural Property. This Act concerns cultural property as such but is of special significance for archaeological objects. Its main objective is to keep cultural property within German territory but it serves also to integrate European regulations into German law as well as international conventions like that of the UNESCO from the year 1970.

The Act protects cultural property from illicit export and also covers archaeological objects that have been excavated in violation of domestic regulations. Important for archaeology are especially regulations concerning unlawful import and export of objects. Whilst in former times the import of cultural objects such as archaeological finds was only illicit when they were listed by the exporting state, nowadays in Germany the import of these objects is to be declared as "unlawful" if it violates national legislations of the states of origin. Additionally, it is also forbidden to circulate these objects on the German market. In general, illegally exported or imported cultural goods are to be returned to the state of origin.

The Act is an improvement as far as protection of archaeological items is concerned. Nevertheless, this regulation is not yet perfect, because there are still possible scenarios where the objective of protecting cultural property cannot be accomplished by applying the present Act.

„Billig und gerecht“. Aktuelle Fragen der Bewertung archäologischer Funde

Von Heike Krischok

Einleitung

In allen Bundesländern – außer Bayern – gilt das Schatzregal, bei dem das Eigentum an einem neu entdeckten „Schatz“ unmittelbar an das jeweilige Bundesland fällt. Die Mehrheit der Bundesländer gewährt im Gegenzug dem ehrlichen Finder, der seinen „Schatz“ abgeliefert, eine Belohnung. Der nachfolgende Artikel beleuchtet die Ausgestaltung der Regelungen zur Belohnung und deren Bemessung näher.

Was in diesem Zusammenhang als „Schatz“ gilt, ist von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich. Die Bezeichnung der Gegenstände, für die das Schatzregal greift, ist ebenso wenig einheitlich. Allen Vorschriften gemeinsam ist, dass es sich um bewegliche Sachen handelt.

Die Hadrianische Teilung

Ausgangspunkt für das Fundrecht bei archäologischen Kulturgütern ist § 984 BGB – die sog. Hadrianische Teilung¹. Erfasst werden Sachen, die so lange verborgen gelegen haben, dass der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist (Schatz). Die Vorschrift findet sich systematisch unter den Vorschriften zum Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen. Daraus folgt, dass § 984 BGB nur bewegliche Sachen erfasst. Wird eine solche Sache entdeckt und infolge der Entdeckung in Besitz genommen, so wird das Eigentum zur Hälfte von dem Entdecker, zur Hälfte von dem Eigentümer der Sache erworben, in welcher der Schatz verborgen war.

War die bewegliche Sache im Boden verborgen, so fällt das Eigentum daran zur Hälfte an den Finder und zur Hälfte an den Eigentümer des Grundstücks. Es entsteht also Miteigentum (§§ 1008 ff. BGB) und eine Gemeinschaft (§§ 741 ff. BGB). Wollen Finder oder Grundstückseigentümer diesen Zustand beenden, so kann der Betreffende nach § 749 Abs. 1 BGB jederzeit die Auf-

hebung der Gemeinschaft verlangen. Die vom Gesetz vorgesehene Teilung in Natur (§ 752 BGB) kommt nicht in Betracht, da dabei regelmäßig eine Wertminderung die Folge wäre. Das Gesetz sieht dann einen Verkauf nach den Vorschriften über den Pfandverkauf vor (§§ 753 Abs. 1 S. 1, 1233 ff. BGB), d. h., es kommt in der Regel zu einer öffentlichen Versteigerung (§ 1235 BGB). Allerdings können sich Finder und Grundstückseigentümer auch auf eine andere Art der Verwertung einigen. Insbesondere kann einem von ihnen gegen eine Ausgleichszahlung an den anderen das Alleineigentum an der Sache zugewiesen werden². Die Festlegung der Ausgleichszahlung liegt im Belieben der Vertragsparteien.

Das Schatzregal

In allen Bundesländern (bis auf Bayern) wird die Hadrianische Teilung aus dem BGB durch das sog. Schatzregal überlagert. Das Schatzregal ist im jeweiligen Denkmalschutzgesetz geregelt und führt im Ergebnis zu einem Eigentumserwerb des jeweiligen Bundeslandes. Die Voraussetzungen sind von Bundesland zu Bundesland sehr unterschiedlich ausgestaltet³. Teilweise wird auf die Bedeutung für die Wissenschaft abgestellt. Alle Schatzregale beziehen sich auf bewegliche Sachen, die so lange verborgen waren, dass ihr Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist⁴.

Ebenso gehen die Regelungen zur Gewährung einer Belohnung weit auseinander. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts haben der Grundstückseigentümer und der Finder bis zur Entdeckung des Schatzes nur eine grundrechtlich nicht geschützte Erwerbschance⁵. Deshalb handelt es sich beim Schatzregal

¹ Die h. M. bezieht auch paläontologische Funde in den Schatzbegriff von § 984 BGB ein. Nachweis bei J. Oechsler in: F. Säcker/R. Ritzcker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 7⁷ (München 2017) § 984 RdNr. 2.

² D. Medicus/St. Lorenz, Schuldrecht II¹⁷. Ein Studienbuch. Juristische Kurz-Lehrb. (München 2014) RdNr. 996.

³ Einzelheiten bei: R. Fischer zu Cramburg, Das Schatzregal: der obrigkeitliche Anspruch auf das Eigentum an Schatzfunden in den deutschen Rechten. Veröff. Ges. Hist. Hilfswiss. 6 (Hoehr-Grenzhausen 2001); H. Krischok, Der rechtliche Schutz des Wertes archäologischer Kulturgüter. Beitr. Grundfragen Recht 17 (Göttingen 2016) 118 ff.

⁴ Mehrere Bundesländer beziehen paläontologische Funde in den Denkmalschutzbegriff ein. Dann stellen sich die gleichen Fragen bei der Bewertung dieser Funde.

⁵ BVerfGE 78, 205; 211.

um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG⁶. Diese ist grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen⁷. Somit stellen Regelungen zum Schatzregal, die keinerlei Belohnung vorsehen, keinen Verstoß gegen Art. 14 GG dar.

Hessen gewährt als einziges Bundesland dem Grundstückseigentümer zur Hälfte eine Fundprämie. Die andere Hälfte geht an den Finder. In allen anderen Bundesländern geht der Grundstückseigentümer leer aus. Für die Finder gehen die Regelungen weiter auseinander (Tab. 1). Der Grund für den Gesetzgeber, eine Belohnung zu gewähren, ist die Hoffnung, dass dadurch die Motivation des Finders erhöht wird, die Sachen bei der Denkmalbehörde abzuliefern.

Keine Belohnung

In Baden-Württemberg (§ 23 DSchG), Berlin (§ 3 Abs. 2 DSchG), Bremen (§ 19 DSchG), Hamburg (§ 17 DSchG), Mecklenburg-Vorpommern (§ 13 DSchG), Saarland (§ 14 DSchG) und Thüringen (§ 17 DSchG) wird keine Belohnung gewährt. Wie bereits festgestellt, ist eine gesetzliche Regelung, die keine Belohnung gewährt, zulässig. Über die Frage, ob die Gewährung einer Belohnung sinnvoll ist, kann man geteilter Auffassung sein. Als Gegenargument zur Belohnung lässt sich ins Feld führen, dass schon die Aussicht auf die Belohnung beispielsweise Sondengängern noch mehr animieren könnte, ihrem „Hobby“ nachzugehen und bei dem Graben nach Metallfunden, den Fundzusammenhang zu zerstören.

Andererseits kann man eine Belohnung gewähren in der Hoffnung, dass dadurch die Motivation des Finders erhöht wird, die Sachen bei der Denkmalbehörde abzuliefern. Auf diese Art würden die Behörden überhaupt Kenntnis vom Fund bekommen. Außerdem wird in der Regel keine Belohnung gewährt, wenn es sich um unerlaubte Nachforschungen handelt. Somit werden für illegalen Grabungen keine Vorteile gewährt.

Ob es zur Frage der Auswirkungen von Belohnungen für die Ablieferung von Funden wissenschaftliche Untersuchungen gibt (und nicht nur pauschale Verweise auf die Situation in Großbritannien), entzieht sich meiner Kenntnis. Immerhin ist eine Regelung, die keinen Finderlohn gewährt, eindeutig.

Finderlohn

Höhe des Finderlohns

Hessen ist das einzige Bundesland, das eine Belohnung, die sich an den Vorschriften zum bürgerlich rechtlichen Finderlohn anlehnt, gewährt. Die Regelung in Hessen ist

erst seit dem 6. Dezember 2016 in Kraft. Es ist auch die erste Norm im Rahmen eines Schatzregals, die dem Eigentümer des Grundstückes eine Belohnung zugesteht und sich direkt an den Regelungen zum Fund im BGB orientiert. Nach § 971 Abs. 1 S. 2 BGB beträgt der Finderlohn bis zu 500 Euro 5%, von dem Mehrwert 3% vom Wert der Sache. Gemeint ist hierbei der Verkehrswert der Sache zum Zeitpunkt der Übergabe⁸.

Ermittlung des Marktwertes

Grundsätzlich sind archäologische Kulturgüter handelbare Güter mit einem eigenen Markt⁹. Existiert im Einzelfall für das gefundene archäologische Kulturgut ein Markt, so lässt sich in der Regel ein Marktpreis ermitteln. Kann hier keine Einigung erzielt werden, wird ein Verkehrswertgutachten erforderlich. Bei Münzen beispielsweise kann die Wertermittlung relativ einfach sein, wenn diese in entsprechenden Katalogen aufgeführt sind. Handelt es sich dagegen um absolute Einzelstücke, können sich hier Probleme ergeben. Ebenso ist es möglich, dass es sich um Stücke handelt, für die sich (z. B. aufgrund des Zustandes) kein Käufer finden würde. Dann beträgt der Verkehrswert Null und es würde kein Anspruch auf einen Finderlohn bestehen.

Die Preisbildung auf dem Markt für archäologische Kulturgüter – gerade bei absoluten Einzelstücken – kann hochkomplex sein. Als Erstes muss beachtet werden, dass es sich hier um sog. Seltenheitsgüter handelt. Seltenheitsgüter sind durch Arbeit nicht vermehrbar¹⁰. Deshalb bestimmt sich ihr Marktwert nicht anhand der entstandenen Herstellungskosten¹¹. Ein Verkauf erfolgt häufig auf Auktionen, bei denen durch den erzielten Zuschlagspreis überhaupt erst ein Marktpreis für das jeweilige Objekt bestimmt wird¹².

Auf den Preis von Fundstücken haben verschiedene Faktoren Einfluss. Die moderne Preistheorie geht davon aus, dass der Konsum von Gütern der Bedürfnisbefriedigung dient¹³. Dabei wird das Kaufverhalten von psychologischen Aspekten beeinflusst¹⁴. Beim Erwerb von archäologischen Fundstücken werden soziale Bedürfnisse und vor allem Wertschätzungsbedürfnisse angespro-

⁸ Oechsler (Anm. 1) § 971 RdNr. 5.

⁹ Daraus resultieren die Probleme der Raubgrabungen und des illegalen Handels mit archäologischen Kulturgütern. Umfassend M. Anton, *Illegaler Kulturgüterverkehr. Rechtshandbuch Kulturgüterschutz u. Kunstrestitutionsrecht 1* (Berlin 2010).

¹⁰ U. van Suntum, *Die unsichtbare Hand: Ökonomisches Denken gestern und heute*³ (Berlin 2005) 36.

¹¹ Handelt es sich um beliebig vermehrbare Güter, wird der Preis kurzfristig über Angebot und Nachfrage und langfristig über die Produktionskosten bestimmt, vgl. A. E. Ott, *Grundzüge der Preistheorie*³. *Grundriss Sozialwiss.* 25 (Tübingen 1991) 23.

¹² M. Beckmann, *Ökonomische Analyse deutscher Auktionen* (Wiesbaden 1999) 167.

¹³ J. Schumann/U. Meyer/W. Ströbele, *Grundzüge der mikroökonomischen Theorie*⁹ (Berlin, Heidelberg 2011) 4 f.

¹⁴ Vgl. dazu die Bedürfnispyramide nach A. H. Maslow, *Motivation und Persönlichkeit*¹² (Hamburg 2010) 62 ff.

⁶ So auch BVerwGE 102, 260; 267.

⁷ BVerfGE 100, 226 (241).

Tabelle 1	
Regelung	Denkmalschutzgesetz
Keine Belohnung	Baden-Württemberg (§ 23 DSchG), Berlin (§ 3 Abs. 2 DSchG), Bremen (§ 19 DSchG), Hamburg (§ 17 DSchG), Mecklenburg-Vorpommern (§ 13 DSchG), Saarland (§ 14 DSchG), Thüringen (§ 17 DSchG)
Fundprämie je zur Hälfte an Finder und Grundstückseigentümer, Bemessung entsprechend § 971 BGB	Hessen (§ 25 Abs. 2 DSchG)
Angemessene Belohnung in Geld	Brandenburg (§ 12 Abs. 2 DSchG), Sachsen (§ 25 Abs. 2 DSchG), Schleswig-Holstein (§ 22 Abs. 1 DSchG)
Belohnung im Rahmen der verfügbaren Mittel des Landeshaushaltes, Höhe nach den Umständen des Einzelfalles	Niedersachsen (§ 18 DSchG), Rheinland-Pfalz (§ 20 Abs. 2 DSchG)
Angemessene Belohnung in Geld, orientiert am wissenschaftlichen Wert	Nordrhein-Westfalen (§ 17 Abs. 2 DSchG), Sachsen-Anhalt (§ 12 Abs. 1 DSchG)

Tab. 1: Übersicht zu den Regelungen über eine Belohnung im Rahmen des Schatzregals (Tab.: Vorlage H. Krischok).

chen¹⁵. Der Wunsch nach Ansehen und Achtung innerhalb der sozialen Gruppe wird befriedigt. Hinzu kommen externe Konsum- und Nachfrageeffekte, bei denen die Nachfrage nach einem bestimmten Gut von der Nachfrage anderer Haushalte abhängt¹⁶. Für archäologische Fundstücke sind der Snob- und der Prestigeeffekt¹⁷ relevant. Beim Snobeffekt spielt der Preis nur eine untergeordnete Rolle für die Kaufentscheidung. Es geht darum, dass das Gut möglichst einzigartig ist¹⁸. Beim Prestigeeffekt steigt die Nachfrage nicht, wenn der Preis sinkt, sondern wenn er steigt¹⁹. Kulturgüter eignen sich, um hohe Bildung, ästhetisches Empfinden und exklusiven Lebensstil zu demonstrieren²⁰. Dazu kann das Sammeln als Motiv für den Erwerb kommen²¹. Da die Preise auf dem Kulturgütermarkt seit Jahren deutlich steigen,

gelten Kulturgüter auch als Anlageobjekte und werden im Rahmen spekulativer Nachfrage erworben.

Erschwerend kommt hinzu, dass ein großer Schwarzmarkt für archäologische Kulturgüter existiert. Nach Einschätzung der UNESCO hatte der Handel mit illegalen Altertümern im Jahre 2011 ein Volumen von über 6 Mrd. US-Dollar²². Dieser illegale Handel ist nicht beobachtbar und erschwert die Messbarkeit des Marktpreises.

Aufgrund der Komplexität bei der Preisbildung für archäologische Fundstücke erfordert eine korrekte Ermittlung des Marktpreises eine umfassende Expertise und Marktkenntnis. Wenn man von den Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Marktpreises absieht, hat der Gesetzgeber hier auf die bewährte Regelung des Bürgerlichen Rechts zum Finderlohn zurückgegriffen und damit eine nachvollziehbare, praktikable Lösung geschaffen.

Angemessene Belohnung

In Brandenburg (§ 12 Abs. 2 DSchG), Sachsen (§ 25 Abs. 2 DSchG) und Schleswig-Holstein (§ 22 Abs. 1 DSchG) wird eine angemessene Belohnung gewährt. In diesen Bundesländern ergibt sich die Frage, was angemessen bedeutet. Klar ist, dass es sich nicht um eine Entschädigung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG handelt,

¹⁵ Krischok (Anm. 3) 80.

¹⁶ Schumann u. a. (Anm. 13) 294 f.

¹⁷ Synonym wird auch Veblen-Effekt verwendet.

¹⁸ E. Streissler/M. Streissler, Verallgemeinerung der mikroökonomischen Konsumtheorie. In: E. Streissler/M. Streissler (Hrsg.), Konsum und Nachfrage. Neue wiss. Bibl. 13 (Köln, Berlin 1966) 61; 70.

¹⁹ H. Leibenstein, Mitläufer-, Snob- und Veblen-Effekte in der Theorie der Konsumentennachfrage. In: Streissler/Streissler (Anm. 18) 231; 236.

²⁰ P. Baumeister, Die Auktion: Zur Preisbildung für Seltenheitsgüter im Versteigerergewerbe (Frankfurt a. M., Zürich 1975) 271.

²¹ Dazu H. Tesan, Vom Sammeln – Gesammelte Aspekte einer Kulturtechnik. In: A. Dippel/M. Strobel (Hrsg.), Die Kunst des Sammelns – Phänomene des Ordnen, Archivierens und Präsentierens. Schriftenr. Kunstvilla KunstQuartier 2 (Nürnberg 2011) 11.

²² The fight against illicit trafficking of cultural objects, hrsg. von UNESCO. CLT/2011/Conf.207/6, 2011, 3 f.

da keine Enteignung vorliegt²³. Außerdem will der Gesetzgeber mit einer solchen Formulierung der Behörde wohl Ermessen einräumen.

Daraus folgt, dass die Entscheidung hinsichtlich der Höhe der Belohnung durch die Gerichte nur im Hinblick auf Ermessensfehler überprüft wird (§ 114 VwGO). Wichtig ist es, die Entscheidung zu dokumentieren und den Abwägungsvorgang transparent darzustellen²⁴. Andernfalls würde es sich um einen Ermessensnichtgebrauch handeln und die Entscheidung wäre rechtswidrig.

Der Behörde bleibt – nach Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles – bei der Festsetzung der Belohnung ein Ermessensspielraum. Um diesen Spielraum näher zu konkretisieren, lohnt der Vergleich mit ähnlichen Vorschriften.

Wenn man nach vergleichbaren Regelungen Ausschau hält, kommt – neben der Regelung zum Finderlohn – noch die Auslobung (§ 657 BGB) in Betracht. Danach kann durch öffentliche Bekanntmachung eine Belohnung für die Vornahme einer Handlung ausgesetzt werden. Zur Bestimmung der Höhe der Belohnung werden die §§ 315 ff. BGB herangezogen²⁵. Nach § 315 Abs. 1 BGB erfolgt eine Bestimmung der Leistung nach billigem Ermessen²⁶. Auch hier ergibt sich für die Leistungsbestimmung ein Spielraum. Derjenige, dem das Leistungsbestimmungsrecht zusteht, kann bis an die durch die Billigkeit gekennzeichnete Grenze seines Ermessensspielraums gehen²⁷.

Es sind eine umfassende Analyse und Abwägung der Interessen beider Seiten unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände des Einzelfalles durchzuführen²⁸. Außerdem ist das in vergleichbaren Fällen Übliche zu berücksichtigen²⁹. Literatur und Rechtsprechung haben für die Bestimmung der Grenzen des billigen Ermessens Kriterien entwickelt³⁰. Für den Fund von beweglichen Bodendenkmälern könnte als Anhaltspunkt der Verkehrswert in Betracht kommen. Art und Umfang

der „Leistung“ sollte ebenfalls Berücksichtigung finden. Wurde das bewegliche Bodendenkmal im Rahmen einer genehmigten Grabung gefunden, sind die Aufwendungen dafür zu berücksichtigen. Handelt es sich dagegen um einen Zufallsfund, so wurde hier keine „Leistung“ in diesem Sinne erbracht. Es würde sich eine Orientierung an der Regelung zum Finderlohn (§ 971 Abs. 1 S. 2 BGB) anbieten. Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, welche Belohnung er für angemessen hält. Insofern dürfte man sich beim Zufallsfund von beweglichen Bodendenkmälern mit einer Belohnung, die sich am Finderlohn aus § 971 Abs. 1 S. 2 BGB orientiert, im Rahmen des Ermessens halten.

Erfolgte der Fund im Rahmen einer nicht genehmigten Grabung („Raubgrabung“), so enthalten die Vorschriften zum Schatzregal jeweils ausdrückliche Regelungen dazu, dass dann keine Belohnung zu gewähren ist. Das ist auch angemessen, da ein Verstoß gegen die Vorschriften zu Grabungsgenehmigung nicht belohnt werden sollte.

Begrenzung durch die verfügbaren Haushaltsmittel

In Niedersachsen (§ 18 DSchG) und Rheinland-Pfalz (§ 20 Abs. 2 DSchG) erfolgt die Belohnung ausdrücklich im Rahmen der verfügbaren Mittel des Landeshaushaltes. Die Höhe bemisst sich nach den Umständen des Einzelfalles.

Die Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles dürfte zu den gleichen Erwägungen führen, wie bei der Höhe der angemessenen Belohnung. Die Begrenzung auf die verfügbaren Haushaltsmittel stellt keine zusätzliche Voraussetzung dar, da die öffentliche Hand Ausgaben immer nur in diesem Rahmen tätigen darf. Auch wenn Bundesländer, die eine Belohnung gewähren, einen solchen Haushaltsvorbehalt nicht ausdrücklich normiert haben, besteht auch dort eine Begrenzung auf die verfügbaren Mittel aus dem jeweiligen Landeshaushalt.

Es ist sinnvoll den Zuwendungsbescheid mit einer Nebenbestimmung zu versehen, nach der die Gewährung der Belohnung unter dem Vorbehalt der Verfügbarkeit der veranschlagten Haushaltsmittel steht. Es handelt sich um eine Nebenbestimmung im Sinne von § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG, die einen vollständigen oder teilweisen Widerruf des Zuwendungsbescheides nach § 49 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG ermöglicht.

Angemessene Belohnung nach dem wissenschaftlichen Wert

In Nordrhein-Westfalen (§ 17 Abs. 2 DSchG) und Sachsen-Anhalt (§ 12 Abs. 1 DSchG) soll eine angemessene

²³ E.-R. Hönes in: D. Davydov/E.-R. Hönes/Th. Otten/B. Ringbeck, Denkmalschutzgesetz Nordrhein-Westfalen. Kommentar⁵ (Wiesbaden 2016) § 17 RdNr. 29.

²⁴ Ebd. § 17 RdNr. 29.

²⁵ F. Schäfer in: F.-J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5,2: Schuldrecht – Besonderer Teil III, 2 §§ 651a–704⁷ (München 2017) § 657 RdNr. 24.

²⁶ Dass zwischen den Begriffen Billigkeit und Ermessen im öffentlichen Recht eine gewisse Deckungsgleichheit besteht, ergibt sich auch aus einer Entscheidung des Gemeinsamen Senats der obersten Bundesgerichte (NJW 1972, S. 1411 ff.).

²⁷ M. Würdinger in: F.-J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil ⁷ (München 2017) § 315 RdNr. 30.

²⁸ Ebd. § 315 RdNr. 31.

²⁹ A. Stadler in: R. Stürmer (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch: BGB. Kommentar¹⁶, begründet von O. Jauernig (München 2015) § 315 RdNr. 7.

³⁰ Nachweis bei Würdinger (Anm. 27) § 315 RdNr. 31.

Belohnung in Geld gewährt werden, die sich am wissenschaftlichen Wert des Fundes orientiert. Bereits für die Anwendbarkeit der Vorschriften für das Schatzregal wird in Nordrhein-Westfalen eine besondere wissenschaftliche Bedeutung (§ 17 Abs. 1 S. 1 DSchG) und in Sachsen-Anhalt eine hervorragende wissenschaftliche Bedeutung (§ 12 Abs. 1 S. 1 DSchG) gefordert. Wenn die Behörde diese Kriterien als erfüllt ansieht, dann darf sie sich bei der Bestimmung der Höhe der Belohnung nicht widersprechen.

Auch bei der Bemessung der Belohnung nach dem wissenschaftlichen Wert handelt es sich um eine Ermessensentscheidung, bei der ein gewisser Spielraum gegeben ist. Problematisch ist, wie der wissenschaftliche Wert zu quantifizieren ist.

Der Terminus „Wert“ stammt ursprünglich aus der Ökonomie und fand im 19. Jahrhundert Eingang in die Philosophie³¹. Es entwickelte sich eine komplexe Wertphilosophie, in deren Rahmen auch der Zusammenhang von Werten und kulturellen Objekten thematisiert wurde:

„Halten wir also an dem mit dem Sprachgebrauch durchaus übereinstimmenden Begriff der Kultur fest, d. h. verstehen wir darunter die Gesamtheit der realen Objekte, an denen allgemein anerkannte Werte haften, und die mit Rücksicht auf Werte gepflegt werden ...“³²

Heute gilt Werthaftigkeit in der Philosophie nicht als objektive Eigenschaft, sondern als Beziehung bewertender Subjekte zu Gegenständen³³. Der wissenschaftliche Wert eines beweglichen Kulturdenkmals ist also nichts, was ihm objektiv anhaftet, sondern eine Zuschreibung, die der Betrachter vornimmt.

Der wissenschaftliche Wert eines Gegenstandes stellt die sich aus seiner Existenz ergebende Erkenntnismöglichkeit dar, wobei der Gegenstand nicht für sich spricht, sondern nur in seiner Beziehung zu anderen Gegenständen (bzw. Ereignissen) Einsichten liefert. Das gilt auch und in besonderem Maße für bewegliche Bodendenkmäler, welche die Archäologie für sich nutzbar macht. Die Archäologie beschäftigt sich mit den materiellen Hinterlassenschaften vergangener Kulturen³⁴. Die Archäologie hat den Anspruch der Rekonstruktion und Kenntnis der konkreten historischen Welt mit der Erfassung der ge-

samten Bandbreite der historischen Lebenswirklichkeit³⁵.

Um Erkenntnisse zu gewinnen, nutzt die Archäologie Funde und Befunde als Quellen. Der Befund wird auch als Fundkontext oder Fundzusammenhang bezeichnet und erfasst alle Beziehungen, die zwischen Funden und sonstigen materiellen Spuren in der konkreten Fundsituation feststellbar sind³⁶. Das Erkenntnispotenzial eines Fundes mit dokumentiertem Fundzusammenhang ist von grundlegend höherer Qualität als ein in der Regel kontextloser Zufallsfund³⁷.

So spielt beispielsweise für die Datierung der Fundzusammenhang eine große Rolle. Eine Möglichkeit, das Alter eines Fundes zu bestimmen und diesen damit in den historischen Zusammenhang zu bringen, besteht in der Methode der Stratigrafie. Diese ursprünglich aus der Geologie stammende Methode nutzt die zeitliche und räumliche Abfolge von Gesteinen und Sedimenten für die Altersbestimmung³⁸. Bei einem geschlossenen Fund, wenn also zwei Objekte gemeinsam in der gleichen Schicht gefunden werden, kann davon ausgegangen werden, dass diese zur gleichen Zeit abgelegt wurden³⁹.

Eine andere Möglichkeit der Datierung ist die Typologie. Dabei geht man davon aus, dass Objekte die zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort geschaffen wurden, einen gemeinsamen Stil aufweisen⁴⁰. Außerdem nimmt man an, dass sich anhand von Gestaltungsmerkmalen eine Fortentwicklung erkennen lässt. Daraus kann eine typologische Abfolge gebildet werden⁴¹. Kann ein Objekt in ein solches Typensystem eingeordnet werden, ergibt sich eine relative Datierung. So konnte beispielsweise die Himmelscheibe von Nebra über die Typologie der Beifunde (zwei Schwerter, zwei Beile, ein Meißel, zwei Armspiralen) auf ein Alter von circa 3600 Jahren datiert werden⁴².

Hieraus wird ersichtlich, dass die Erkenntnismöglichkeit weniger aus dem Gegenstand selbst resultiert, sondern aus seiner Beziehung zu anderen Objekten. Das hat der jeweilige Landesgesetzgeber bei der Formulierung für die Bemessung der Belohnung in keiner Weise berücksichtigt. Dazu kommt die Problematik, wie die Bedeutung eines Gegenstandes für die wissenschaftliche

³¹ A. Hügli, Wert. In: J. Ritter/K. Gründer/G. Gabriel (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie XII (Basel 2004) 556.

³² H. Rickert, Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft⁵ (Tübingen 1921) 3.

³³ A. Regenbogen, Wert/Werte. In: H. J. Sandkühler (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie III (Hamburg 2010) 2974.

³⁴ C. Renfrew/P. G. Bahn, Basiswissen Archäologie. Theorien, Methoden, Praxis (Mainz 2009) 10.

³⁵ T. Hölscher, Klassische Archäologie. Grundwissen³ (Darmstadt 2008) 13.

³⁶ M. Eggert/S. Samida, Ur- und frühgeschichtliche Archäologie. UTB Basics 3254 (Tübingen, Basel 2009) 30.

³⁷ M. Eggert, Prähistorische Archäologie – Konzepte und Methoden⁴. Uni-Taschenb. 2092 (Stuttgart 2012) 112 f.

³⁸ Eggert/Samida (Anm. 36) 65.

³⁹ Renfrew/Bahn (Anm. 34) 99.

⁴⁰ Ebd. 100 ff.; M. Trachsel, Ur- und Frühgeschichte. Quellen, Methoden, Ziele. Uni-Taschenb. 8369 (Stuttgart 2008) 29.

⁴¹ Renfrew/Bahn (Anm. 34) 100 ff.

⁴² H. Meller, Die Himmelscheibe von Nebra. Sterne u. Welt-raum 2003,12, 28, 31 f.

Forschung in Geld auszudrücken ist⁴³. Ein Rückgriff auf den Marktwert oder den Versicherungswert ist ungeeignet⁴⁴. So hat das Oberlandesgericht Zweibrücken in seiner Entscheidung zum sog. Barbarenschatz von Rülzheim⁴⁵ zutreffend festgestellt, dass der materielle Wert für die Frage der wissenschaftlichen Bedeutung eines Kulturgutes nicht von entscheidender Relevanz ist. Deshalb sind Wertungen wie „einzigartiger“ bzw. „außergewöhnlicher Edelmetallfund“ und „ungewöhnlich wertvolles Fundstück“, wie sie durch die Vorinstanz getroffen wurden, ohne Bezug zu einem wissenschaftlichen Kontext nicht geeignet, den wissenschaftlichen Wert zu begründen.

In Rechtsprechung und Literatur werden als Anhaltspunkte für den wissenschaftlichen Wert angegeben:

- das Alter von Fundstücken⁴⁶,
- Prototypcharakter⁴⁷, keine oder nicht in ausreichender Zahl vorhandene vergleichbare Forschungsobjekte⁴⁸, Leit- oder Referenzfund einer Epoche⁴⁹, bedeutender, äußerst selten vorkommender Fundtypus in einer Region⁵⁰,
- Zeugnis für einen bestimmten Wissensstand in einer Epoche⁵¹,
- Objekt ist „missing link“ bei bestimmter Frage⁵²,
- besonderes Interesse an öffentlicher Präsentation, wegen Einzigartigkeit⁵³,
- ein besonderes Interesse am Erhalt und der Untersuchung der Gegenstände⁵⁴, Interesse an langfristigen wissenschaftlichen Untersuchungen am Original⁵⁵.

Alle diese Kriterien mögen geeignet sein, in ihrer Gesamtschau eine besondere oder hervorragende wissenschaftliche Bedeutung eines Fundes zu begründen. Bei

der Frage, wie man den wissenschaftlichen Wert in Geld ausdrückt, bringen sie nicht entscheidend weiter. Letztlich ist es nicht möglich, den wissenschaftlichen Wert in Euro auszudrücken.⁵⁶

Daraus ergibt sich, dass hier die Grenzen des Ermessens bei der Bemessung der Belohnung nicht erkennbar sind. Mit anderen Worten: Die gesetzliche Regelung ist nicht hinreichend bestimmt. Legt man sich eine einigermaßen fatalistische Einstellung zu, dann kann man sich als Behörde, die in die Verlegenheit kommt, eine Belohnung nach dem wissenschaftlichen Wert des Fundes bemessen zu müssen, darauf zurückziehen, alle Erwägungen im Bescheid zu dokumentieren und dann eine Summe x festzulegen. Es ist dann an dem Finder, die Entscheidung (und dann vielleicht auch die gesetzliche Regelung) gerichtlich überprüfen zu lassen.

Zusammenfassung

Die gesetzlichen Regelungen zur Belohnung für den Finder eines „Schatzes“ reichen vom gemeinsamen Erwerb durch Grundstückseigentümer und Finder („Hadriatische Teilung“) über eine Belohnung (mit unterschiedlicher Bemessungsgrundlage) bis zum völligen Fehlen einer Gegenleistung. Diese unübersichtliche Gesetzeslage wird den ehrlichen Finder nicht gerade erfreuen und stellt für die jeweilige Behörde, die eine Belohnung festsetzen muss, eine Herausforderung dar. Eine Orientierung am Finderlohn nach § 971 BGB, wie sie in Hessen seit Ende 2016 normiert ist, erscheint sinnvoll. Die Regelungen, die eine Bemessung der Belohnung am wissenschaftlichen Wert des Fundes orientieren, sind demgegenüber nicht hinreichend bestimmt.

Insgesamt wäre eine Vereinheitlichung der Regelungen zweckmäßig und könnte gemeinsam mit einer Aufklärung der Bevölkerung über die Bedeutung des Fundzusammenhangs dazu beitragen, dass archäologische Funde häufiger den Behörden bekannt werden.

Abstract

In all German states – except Bavaria – a treasure trove passes into ownership of the respective state. The honest finder, who hands over the treasure trove to the authorities, in most states receives a reward in return.

But the basis for calculating the reward differs. Some states pay an "adequate" reward following the item's

⁵⁶ Jeder, der schon einmal die Erfahrung machen durfte, wie der Versuch endet, die Mittelverteilung an einer Universität nach der wissenschaftlichen Expertise der Lehrstuhlinhaber zu orientieren, weiß, wovon die Rede ist.

⁴³ Zur gesellschaftlichen Diskussion zum Wert von Forschung: U. Metschl, Vom Wert der Wissenschaft und vom Nutzen der Forschung. Zur gesellschaftlichen Rolle akademischer Wissenschaft (Wiesbaden 2016).

⁴⁴ Krischok (Anm. 3) 82.

⁴⁵ Das OLG Zweibrücken hatte nicht über die Höhe einer Belohnung zu entscheiden. Es hatte vielmehr die Frage der besonderen wissenschaftlichen Bedeutung für die Anwendbarkeit des Schatzregals im Rahmen einer Anklage wegen Unterschlagung zu klären, vgl. OLG Zweibrücken, Beschluss vom 07.07.2016 – 1 OLG 1 Ss 37/16 –, juris.

⁴⁶ OLG Zweibrücken (Anm. 45).

⁴⁷ D. Davydov in: D. Martin/M. Krautzberger (Begr.), Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege⁴, hrsg. von D. Davydov u. J. Spannemann (München 2017) Teil C, RdNr. 39.

⁴⁸ OLG Zweibrücken (Anm. 45).

⁴⁹ Hönes (Anm. 23) § 17 RdNr. 23.

⁵⁰ Ebd. § 17 RdNr. 23; OLG Koblenz, Urteil vom 16.09.1994 – 8 U 1801/93 –, juris.

⁵¹ Davydov (Anm. 47) Teil C, RdNr. 37.

⁵² Hönes (Anm. 23) § 17 RdNr. 23.

⁵³ Ebd. § 17 RdNr. 23.

⁵⁴ OLG Zweibrücken (Anm. 45).

⁵⁵ Hönes (Anm. 23) § 17 RdNr. 23. Bei der Ermittlung des Verkehrswerts eines paläontologischen Fundes (Schwimmsaurier) hat das LG Münster auf dessen wissenschaftlichen Wert und seinen Schauwert abgestellt, Urteil vom 08.12.2016 – 04 O 267/14 –, Urteilsabschrift, 7–9 (nicht rechtskräftig).

market value. However, the interpretation of what is "adequate" remains rather uncertain. As basis for assessment the reward for the finder stated in § 971 BGB could be considered.

In other states the finder receives a reward following the item's scientific value. Here, the problem is to convert scientific value into monetary value. The author

notes that these statutory regulations do not sufficiently specify the amount of the reward.

The regulations on rewards for finding and reporting a treasure trove should be revised and standardised, so that the honest finder is encouraged to hand it over to the authorities. This could then be a contribution to the protection of archaeological finds.

Unterwasserarchäologie und Recht: das UNESCO-Übereinkommen von 2001 und seine Umsetzung in Deutschland

Von Birgitta Ringbeck

Einführung

Die Generalkonferenz der Organisation der Vereinten Nationen für Erziehung, Wissenschaft und Kultur (UNESCO) nahm auf ihrer 31. Tagung am 2. November 2001 mit 88 Jastimmen, 4 Neinstimmen und 15 Enthaltungen das Übereinkommen zum Schutz des Unterwasser-Kulturerbes an¹. Gegen den Vertrag stimmten Norwegen, Russland, die Türkei und Venezuela. Der Stimme enthielten sich u. a. Deutschland, Frankreich, Griechenland, Großbritannien, Niederlande, Schweden und die Schweiz. Nachdem 20 Staaten das Übereinkommen ratifiziert hatten, trat es am 02.01.2009 in Kraft. Inzwischen haben es 57 Staaten, darunter aus der Europäischen Union Belgien², Frankreich, Italien, Portugal, Litauen, Rumänien, Spanien, Slowenien und die Slowakei, ratifiziert³.

Mit der Unterzeichnung des Übereinkommens tragen die Vertragsstaaten zum Schutz des nur unzureichend gesicherten Unterwasser-Kulturerbes in internationalen Gewässern bei, der weder vom Seevölkerrecht noch der nationalen Gesetzgebung gewährleistet wird⁴. Es ergänzt die Serie der von der UNESCO verabschiedeten Konventionen zum internationalen Kulturgutschutz; namentlich genannt seien Übereinkommen zum Schutz des Kultur- und Naturerbes der Welt (1972)⁵ und das Übereinkommen über Maßnahmen zum Verbot und zur Verhütung der unzulässigen Einfuhr, Ausfuhr und Über-eignung von Kulturgut (1970)⁶.

Schutz des Unterwasser-Kulturerbes

Genese des Übereinkommens

Der Verabschiedung des Übereinkommens gingen verschiedene Initiativen voran, den Schutz des maritimen Kulturguts als Teil des archäologischen Erbes in internationalen Empfehlungen und Chartas zu verankern⁷; so sind beispielsweise bereits in den von der Generalkonferenz der UNESCO im Jahr 1956 angenommenen Empfehlungen für die Festlegung internationaler Prinzipien bei archäologischen Ausgrabungen⁸ ausdrücklich Binnen- und Territorialgewässer genannt. Auch das vom Europarat verabschiedete Europäische Übereinkommen zum Schutz des archäologischen Erbes (Konvention von La Valletta)⁹, das am 23. Juli 2003 in Deutschland in Kraft getreten ist¹⁰, schließt unter Wasser liegendes bewegliches und unbewegliches Kulturerbe ein. Spezifische Regelungen zum Unterwasser-Kulturerbe in internationalen Gewässern und zur internationalen Zusammenarbeit aber blieben ein Desiderat, was auch in der ICOMOS-Charta zu Schutz und Pflege des Unterwasser-Kulturerbes (Charta von Sofia)¹¹ vermerkt ist. Das Bekenntnis der 29. Generalversammlung der UNESCO im Jahr 1997 zur Notwendigkeit eines entsprechenden völkerrechtlichen Vertrages führte schließlich zur Erarbeitung und zur Verabschiedung des Übereinkommens zum Schutz des Unterwasser-Kulturerbes im Jahr 2001¹².

¹ Amtliche Übersetzung <https://www.unesco.de/infotehek/dokumente/uebereinkommen/konvention-unterwasserkulturerbe.html> (Zugriff: 17.07.2017).

² Vgl. den Beitrag von T. Derudder in diesem Band, 127–132..

³ <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/underwater-cultural-heritage/> (Zugriff: 17.07.2017).

⁴ Vgl. D. Parham/M. Williams, An outline of the nature of the threat to Underwater Cultural Heritage in International Waters. In: R. A. York (Hrsg.), Protection of Underwater Cultural Heritage in International Waters adjacent to the UK. Proceedings of the JNAPC 21st Anniversary Seminar (Portsmouth 2011) 5–14.

⁵ Amtliche Übersetzung http://www.auswaertiges-amt.de/cae/servlet/contentblob/755988/publicationFile/223392/Uebereinkommen_deutsch.pdf (Zugriff: 17.07.2017).

⁶ Abgedruckt in: Das neue Kulturgutschutzgesetz. Handreichung für die Praxis, hrsg. von der Beauftragten der Bundesregierung für Kultur und Medien (Berlin 2017) Anhang 4.

⁷ Vgl. M. Rau, Kulturgüterschutz im Meer – eine erste Analyse der neuen UNESCO-Konvention. Zeitschr. ausländisches öffentliches Recht u. Völkerrecht (ZaöRV) 2001, 837–841.

⁸ Nicht amtliche Übersetzung abgedruckt in: Internationale Grundsätze und Richtlinien der Denkmalpflege. Principes et directives internationales pour la conservation. International Principles and Guidelines of Conservation, hrsg. von ICOMOS Deutschland, ICOMOS Luxemburg, ICOMOS Österreich, ICOMOS Schweiz. Monumenta I (Stuttgart 2012) 33 ff.

⁹ Europäisches Übereinkommen zum Schutz des archäologischen Erbes (revidierte Fassung) vom 16.01.1992.

¹⁰ BGBl. II S. 309.

¹¹ Deutsche Fassung abgedruckt in ICOMOS Deutschland u. a. (Anm. 8) 147.

¹² Rau (Anm. 7) 840.

Deutschland war an der Erarbeitung des Textes zwar beteiligt, hat sich bei der Beschlussfassung aber der Stimme enthalten. Die letztendlich ablehnende Haltung resultierte insbesondere aus dem teilweisen Widerspruch der Konvention zum UN-Seerechtsübereinkommen von 1982 (SRÜ). Kern der Bedenken gegen das Übereinkommen waren vor allem die dem SRÜ widersprechenden Regelungen der Rechte und Pflichten der Küsten- und Flaggenstaaten, die den Küstenstaaten zu Lasten der Flaggenstaaten Rechte einräumen, eine hinter dem SRÜ zurückbleibende Regelung der Immunität von Staatsschiffen und eine vermeintliche Relativierung der Rechte Deutschlands an untergegangenen Kriegsschiffen (Seemannsgräber) durch Mitbestimmungsrecht der Staaten, in dessen Küstenmeer oder ausschließlicher Wirtschaftszone das Kriegsschiffwrack liegt. Im Übereinkommen zum Schutz des Unterwasser-Kulturerbes ist jedoch klar geregelt, dass die Rechte, Hoheitsbefugnisse und Pflichten der Staaten aus dem Völkerrecht einschließlich des SRÜ unberührt bleiben. Es wird lediglich partiell und nur für die Vertragsparteien des UNESCO-Übereinkommens modifiziert und ergänzt das SRÜ als *lex specialis*.

Eckpunkte des Übereinkommens

Unter „Unterwasser-Kulturerbe“ versteht das Übereinkommen gemäß Art. 1 Abs. 1 a alle Spuren menschlicher Existenz von kulturellem, historischem oder archäologischem Charakter, die seit mindestens 100 Jahren, zeitweise oder durchgängig, zum Teil oder vollständig unter Wasser liegen¹³. Hierzu zählen „Stätten, Bauwerke, Artefakte und menschliche Überreste, zusammen mit ihrem archäologischen und natürlichen Kontext“ (i), „Schiffe, Luftfahrzeuge, sonstige Fahrzeuge oder Teile davon, ihre Ladung oder ihr sonstiger Inhalt, zusammen mit ihrem archäologischen und natürlichen Kontext“ (ii) sowie „Gegenstände prähistorischer Natur“ (iii). Ausgenommen sind laut Art. 1 Abs. 1 b die auf dem Meeresboden befindlichen Rohrleitungen und Kabel sowie gemäß Abs. 1 c sonstige auf dem Meeresboden befindliche und noch genutzte Anlagen.

Ziele und allgemeine Grundsätze des Übereinkommens sind in Art. 2 zusammengefasst. Hierzu zählt insbesondere das Prinzip, dass die Erhaltung des Unterwasser-Kulturerbes *in situ* fachliche Priorität hat (Art. 2 Abs. 5). Damit greift das Übereinkommen den Grundgedanken der Charta von Sofia auf, die ebenfalls von einem Vorrang der In-situ-Erhaltung ausgeht (Art. 1 der Charta)¹⁴. Zugleich spricht sich das Übereinkommen für

einen verantwortungsvollen, nichtstörenden Zugang für die In-situ-Beobachtung oder Dokumentation des Unterwasser-Kulturerbes aus, es sei denn, ein solcher Zugang ist mit dem Schutz und der Verwaltung des Erbes unvereinbar. Ziel dieser Regelung ist, die Öffentlichkeit für das Unterwasser-Kulturerbe zu sensibilisieren und seine Wertschätzung und seinen Schutz zu bewirken (Art. 2 Abs. 10).

Für geborgenes Unterwasser-Kulturerbe soll die langfristige Erhaltung gewährleistet werden (Art. 2 Nr. 6) und eine kommerzielle Verwertung – das Übereinkommen spricht von einer „Ausbeutung“ zu Handels- und Spekulationszwecken – ausgeschlossen sein (Art. 2 Nr. 7). Der illegale Handel mit dem Unterwasser-Kulturerbe soll unterbunden und geahndet werden.

Außerdem verpflichtet es die Staatsangehörigen der Vertragsstaaten bzw. Kapitäne von unter ihrer Flagge fahrenden Schiffen, Funde zu melden. Zentrale Anliegen sind zudem Maßnahmen zur Sensibilisierung der Öffentlichkeit für den Schutz des Unterwasser-Kulturerbes und zur Schärfung des Bewusstseins für seine kulturhistorische Bedeutung. Übergreifendes Ziel des Übereinkommens aber ist die Stärkung der Kooperation unter den Vertragsstaaten, da der Schutz des Unterwasser-Kulturerbes außerhalb nationaler Hoheitsbefugnisse nur durch internationale Zusammenarbeit erreicht werden kann.

Umsetzung in Deutschland

Unterwasser-Kulturerbe ist in Deutschland bis zur seeseitigen Grenze des deutschen Küstenmeeres durch die Denkmalschutzgesetze der Länder umfassend und sogar ohne Zeitgrenze geschützt. In Bezug auf das Küstenmeer müssten in einem Gesetz zur Ausführung des Übereinkommens über den Schutz des Unterwasser-Kulturerbes daher lediglich noch Regelungen in Bezug auf die in der Konvention normierten Meldepflichten gegenüber der UNESCO getroffen werden. Somit würde der räumliche Anwendungsbereich die deutsche ausschließliche Wirtschaftszone (AWZ) und – wenn Deutschland die Rolle des koordinierenden Staates übernommen hat – das Gebiet seawärts der AWZ sein. Verpflichtet würden die Führer von Schiffen, Wasserfahrzeugen und sonstigen Fahrzeugen, welche die deutsche Bundesflagge führen, und deutsche Staatsangehörige unabhängig von ihrem Aufenthaltsort sowie die Verantwortlichen von deutschen Unternehmen, denen von der Internationalen Meeresbodenbehörde eine Konzession zu Prospektion, Erforschung oder Ausbeutung für das Gebiet erteilt worden ist.

Als Maßnahmen zum Schutz wären im Wesentlichen der Ausschluss des allgemeinen Berge- und Fundrechts, konkrete Melde- und Verhaltenspflichten, Erlaubnispflichten und die Registrierung des entdeckten Unter-

¹³ Ebd. 841–847.

¹⁴ Vgl. D. Davydov in: D. Martin/M. Krautzberger (Begr.), Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege⁴, hrsg. von D. Davydov u. J. Spannemann (München 2017) Teil I, RdNr. 377.

wasser-Kulturerbes gesetzlich zu definieren. Hinzu kämen Straf- und Bußgeldvorschriften, besondere Regelungen für Sicherstellung und Einziehung durch die zuständigen Ordnungsbehörden sowie das Verbot der Einfuhr, des Inverkehrbringens und der Inbesitznahme von unrechtmäßig ins Bundesgebiet verbrachtem oder unrechtmäßig geborgenem Unterwasser-Kulturerbe. Auch seine Zerstörung, unrechtmäßige Bergung, Plünderung und Kommerzialisierung wäre zu verbieten. Zudem wären die Einfuhr von Unterwasser-Kulturerbe, für dessen Bergung und Ausfuhr eine Genehmigung des Herkunftsstaates erforderlich ist, sowie die Vorführpflicht beim Zoll zu regeln. Daraus resultiert, dass in die Umsetzung des Ausführungsgesetzes Ordnungsbehörden, Zollbehörden und das Auswärtige Amt involviert wären. Zudem wäre es sinnvoll, eine Fachstelle für Internationales Unterwasser-Kulturerbe bei einer einschlägigen Einrichtung zur Koordinierung der Belange des maritimen Kulturgutschutzes außerhalb des deutschen Hoheitsgebietes einzurichten.

Schon jetzt sind Maßnahmen aufgrund der bestehenden Raumordnungspläne¹⁵ für die deutsche AWZ in Nord- und Ostsee unter Berücksichtigung des Kulturgutschutzes genehmigungspflichtig; zuständige Behörde ist das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie (BSH) in Hamburg, das regelmäßig die Denkmalfachbehörden der drei deutschen Küstenländer bei entsprechenden Planfeststellungs- und Genehmigungsverfahren im Hinblick auf fachliche Aspekte kontaktiert. Mit einem Gesetz zur Ausführung des Übereinkommens über den Schutz des Unterwasser-Kulturerbes in Deutschland würde dafür eine rechtlich gesicherte Basis geschaffen. Gleiches gilt für Maßnahmen seewärts der deutschen AWZ, wenn Deutschland koordinierender Staat ist oder die Führer von Schiffen unter deutscher Bundesflagge, deutsche Unternehmen oder deutsche Staatsangehörige Tätigkeiten planen, die direkt oder indirekt auf das Unterwasser-Kulturerbe ausgerichtet sind. Darüber hinaus wären die Ratifizierung dieser UNESCO-Konvention und der Erlass eines entsprechenden Ausführungsgesetzes wichtige Grundlagen, um gegen den weltweiten illegalen Handel mit Kulturgut vorgehen zu können.

Das Ausführungsgesetz zum Übereinkommen über den Schutz des Unterwasser-Kulturerbes würde auch das neue Kulturgutschutzgesetz (KGSG) vom 31. Juli 2016 ergänzen, mit dem das UNESCO-Übereinkommen über Maßnahmen zum Verbot und zur Verhütung der unzulässigen Einfuhr, Ausfuhr und Übereignung von Kulturgut (1970) in Deutschland umgesetzt wird.

¹⁵ http://www.bsh.de/de/Meeresnutzung/Raumordnung_in_der_AWZ/index.jsp (Zugriff: 17.07.2017).

Schlussbetrachtung und Ausblick

Die Unterzeichnung des Übereinkommens zum Schutz des Unterwasser-Kulturerbes, das Deutschland als einzige der UNESCO-Kulturkonventionen noch nicht ratifiziert hat, wäre ein weiteres Bekenntnis zum Kulturgutschutz auf internationaler Ebene. Auch deshalb ist im Koalitionsvertrag für die 18. Legislaturperiode zwischen CDU, CSU und SPD vom 27.11.2013 die Absicht zum Beitritt festgehalten worden¹⁶. Wegen der notwendigen Kompatibilität ist mit der Novellierung des Gesetzes zum Schutz von Kulturgut (KGSG) eine wesentliche Voraussetzung für die baldige Ratifizierung des Übereinkommens und der Verabschiedung eines Ausführungsgesetzes geschaffen worden.

Abstract

The main principles of the UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage, adopted in 2001, are *in-situ* preservation as the first option, no commercial exploitation, reporting obligations, international cooperation, training and information sharing. Despite support for these objectives, many countries are reluctant to ratify the Convention. Germany was one of the countries to raise serious doubts, especially concerning the Convention's compatibility with the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), and therefore abstained from voting in 2001. Meanwhile, it has proved possible to allay these concerns; a framework for governing implementation is under consideration.

In Germany, underwater cultural heritage is already protected in internal waters, archipelago waters and the territorial sea by the conservation acts of the 16 German Länder. Moreover, activities incidentally affecting underwater cultural heritage require approval according to the maritime spatial plans for the German exclusive economic zones in the North Sea and the Baltic Sea. Furthermore, the import, export, placing on the market and movement of underwater cultural heritage is partially prohibited by the Cultural Property Protection Act implementing the 1971 UNESCO Convention in Germany. The main gaps to be filled by a German implementation law concern regulations on international cooperation, reporting and notification obligations for nationals, and vessels flying the German flag in the exclusive economic zone and the area.

¹⁶ Koalitionsvertrag: Deutschlands Zukunft gestalten, 175. <https://www.bundesregierung.de/Content/.../koalitionsvertrag-inhaltsverzeichnis.html> (Zugriff: 17.07.2017).

TEIL 2:

BODENDENKMALRECHT

IN EUROPA

Die Reform des Rechts der Archäologie in Frankreich

Von Noé Wagener

Einleitung

Das Recht der Archäologie in Frankreich wurde 2016 und 2017 umfassend reformiert¹. Diese Reform setzt sich aus drei Bestandteilen zusammen: dem Gesetz vom 7. Juli 2016², dem Dekret vom 9. Mai 2017³ und der Anweisung vom 29. Juni 2017⁴. Der Kern der Reform liegt im ersten dieser drei Rechtsakte, auf den der vorliegende Beitrag näher eingehen wird. Das Gesetz von 2016 ändert in zwei Punkten das Buch V des Kulturerbegesetzbuches⁵: Dies betrifft einerseits das rechtliche System präventiver Archäologie – also die Rechtsnormen für die Ausführung archäologischer Untersuchungen, die stattfinden, wenn ein Vorhaben Elemente des archäologischen Erbes beeinträchtigen kann – und andererseits die Regeln über das Eigentum an freigelegten Elementen des archäologischen Erbes.

Im französischen Parlament standen diese beiden Teilbereiche der Reform des Archäologierechts, die 2016 angenommen werden sollte, nicht vor den gleichen Hürden. Während die Bestimmungen über das Eigentum am archäologischen Erbe kaum diskutiert wurden, bestanden beim Thema „präventive Archäologie“ anhaltende Spannungspunkte zwischen der Nationalversammlung und dem Senat. Dieser Unterschied überrascht. Zwar ist seit Langem bekannt, dass die präventive Archäologie in Frankreich ein Arbeitsfeld darstellt, das diverse politische Spaltungen begünstigt, was im Parlament zu einer Reihe von polemischen Diskussionen zu jeder seiner Passagen geführt hat: Staat gegen lokale Behörden, Archäologen gegen Investoren, Wissenschaft versus Wirtschaft, Monopol gegen Wettbewerb, öffentlicher Dienst gegen freie Entfaltung des Marktes. Doch aus rechtlicher Sicht besteht die Kühnheit des Gesetzes

von 2016 eher darin, die Regeln des Eigentums am archäologischen Erbe zu ändern, als die Präventivarchäologie umzustrukturieren. Während das Parlament im ersten Fall eine sehr starke Entscheidung getroffen hat, um eine vollständige öffentliche Aneignung des archäologischen Erbes zu erreichen und damit einer alten Forderung der Archäologen gerecht zu werden, die lange Zeit als rechtlich nicht erfüllbar galt, hat es im zweiten Fall lediglich eine bereits bestehende Rechtsordnung angepasst, die durch die Gesetze vom 17. Januar 2001 und 1. August 2003 zur präventiven Archäologie⁶ festgelegt wurde.

Die Reform des Rechts der präventiven Archäologie

Seit den Gesetzen vom 17. Januar 2001 und 1. August 2003 existieren in Frankreich spezielle gesetzliche Bestimmungen, welche die Durchführung von archäologischen Untersuchungen regeln, die durch die Realisierung von Entwicklungsprojekten notwendig werden, die wiederum Elemente des archäologischen Erbes betreffen können. Dies bedeutet, dass seit den frühen 2000er Jahren die sog. präventive Archäologie rechtlich gesehen vom Rest der Archäologie (sog. programmierte Ausgrabungen und zufällige Entdeckungen) getrennt ist, die dem großen Archäologiestatut vom 27. September 1941 unterliegt⁷.

Die allgemeine Organisation der präventiven Archäologie, wie sie nach sehr lebhaften politischen und wissenschaftlichen Debatten 2001–2003 ins Leben gerufen wurde, wird jedoch durch die Parlaments-

¹ Es handelt sich um die Übersetzung eines auf Französisch vorgelegten Beitrags.

² Loi n° 2016-925 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine.

³ Décret n° 2017-925 relatif aux procédures administratives en matière d'archéologie préventive et aux régimes de propriété des biens archéologiques.

⁴ Ordonnance n° 2017-1117 relative aux règles de conservation, de sélection et d'étude du patrimoine archéologique mobilier.

⁵ Code du patrimoine. Buch V des Kulturerbegesetzbuches vereint alle Bestimmungen im Bereich der Archäologie.

⁶ Loi n° 2001-44 du 17 janvier 2001 relative à l'archéologie préventive; loi n° 2003-707 du 1^{er} août 2003 modifiant la loi n° 2001-44 du 17 janvier 2001 relative à l'archéologie préventive. Zu diesen beiden Gesetzen vgl. z. B. das Nachschlagewerk von P.-L. Frier (Hrsg.), *Le nouveau droit de l'archéologie préventive*. Coll. Droit patrimoine culturel et naturel (Paris 2004) sowie die kommentierte Ausgabe des Kulturerbegesetzbuchs: M. Cornu/V. Négri/S. Sprungard, *Code du patrimoine 2017*. Annoté et commenté. Papier et numérique. À jours des derniers décrets d'application de la loi patrimoine (Paris 2017).

⁷ Loi n°41-4011 du 27 septembre 1941 relative à la réglementation des fouilles archéologiques. *Journal officiel République française (JORF)* du 15 octobre 1941, 4438.

debatten von 2016 bestätigt. Vereinfacht ausgedrückt, richtet sich das französische Recht der präventiven Archäologie nach 2016 – wie auch bereits zuvor – einerseits an den Staat, der rechtlich entscheidet, wann und wie archäologische Untersuchungen durchzuführen sind, ohne jedoch dafür materiell etwas zu tun, und andererseits an die archäologischen Akteure, die solche Untersuchungen durchführen, ohne dafür jedoch rechtliche Entscheidungen zu treffen. Mit anderen Worten werden im Bereich der Präventivarchäologie die Entscheidungsbefugnisse und die entsprechenden Maßnahmen seit 2003 strikt voneinander getrennt, entsprechend dem, was in den meisten Wirtschaftssektoren geschehen ist, in denen die öffentliche Hand in der Vergangenheit direkt eingegriffen hatte (Elektrizität, Telekommunikation usw.).

So stellt das Gesetz von 2016 nicht die Tatsache infrage, dass der Staat allein durch die Präfekten der Regionen (welche die Vertreter des Staates auf regionaler Ebene sind) befugt ist, präventive archäologische Untersuchungen anzuordnen. Zwar verfügen die Gemeinden und Gemeindeverbände über einige Instrumente, um das archäologische Erbe zu schützen, z. B. durch Art. R. 151-24 des Städtebaugesetzbuches (Einrichtung von „archäologischen Reservaten“ durch Ausweisung eines Teils des Territoriums als „Natur- oder Waldgebiet“ im lokalen Bebauungsplan). Diese in der Praxis wenig genutzten Instrumente des Städtebaurechts bieten aber nicht die geringste Entscheidungskompetenz für die Archäologie, sprich in diesem Fall zu entscheiden, ob präventive archäologische Maßnahmen durchgeführt werden sollen, wenn „Entwicklungen, Bauarbeiten oder Maßnahmen aufgrund ihres Standorts, ihrer Art oder ihrer Bedeutung Teile des archäologischen Erbes betreffen oder beeinträchtigen können“ (Art. R. 523-1 des KulturerbeGesetzbuches⁸). Ein derartiger archäologischer Etatismus überascht natürlich nicht. Dieser „Etatismus“ ist seit dem Gründungsgesetz vom 27. September 1941 nicht nur der Leitfaden des Archäologierechts, sondern durchzieht auch das gesamte KulturerbeGesetzbuch: Die Geschichte des Rechts des kulturellen Erbes in Frankreich ist seit dem Gesetz vom 31. Dezember 1913 über historische Denkmäler⁹ die Geschichte des fortschreitenden Aufbaus des Staatsmonopols hinsichtlich der Entscheidungen über das Erbe – ein Indiz für das Phänomen, das manchmal als „Kulturregal“ bezeichnet wird¹⁰.

Mit dem Gesetz vom 7. Juli 2016 wird dieser Trend noch verstärkt. Obwohl der französische Staat keine ar-

chäologischen Operationen mehr durchführt, sondern lediglich die Rahmenbedingungen für deren Verwirklichung durch die Investoren organisiert, vervielfacht er andererseits die Instrumente, die es ihm ermöglichen, die Aktivitäten dieser Betreiber ständig genauer zu überwachen. So bestätigt das Gesetz von 2016 nicht nur die ausschließliche Zuständigkeit des Präfekten, präventive archäologische Maßnahmen vorzuschreiben, sondern verstärkt auch die Allgegenwart des Staates im archäologischen Gefüge. Der neue Wortlaut des Art. L. 522-1 lässt in diesem Punkt keine Unklarheiten zu: Der Staat „übt die wissenschaftliche Kontrolle der präventiven archäologischen Maßnahmen aus“. Es ist somit der Staat, der neben der Anordnungsbefugnis „die wissenschaftliche Person bestimmt, die für jede Maßnahme verantwortlich ist, [...] die wissenschaftliche und technische Kontrolle durchführt und diese Maßnahme auswertet“ und „alle wissenschaftlichen Daten über die Maßnahmen empfängt“ – eine Liste, die, wie noch zu zeigen sein wird, ergänzt werden sollte und durch die Aussage, dass der Staat „[...] Eigentümer der freigelegten archäologischen Zeugnisse“ wird. Mit anderen Worten, eine solche Rolle lässt sich anhand der herkömmlichen Kategorien des französischen Verwaltungsrechts nicht leicht analysieren.

Auch wenn ganz klar ist, dass der Staat in diesem Fall als Ordnungsbehörde agiert, wird seine Rolle mit dieser Umschreibung nicht erschöpfend erfasst. Die Dichte, die Dauerhaftigkeit und die Heterogenität der Mechanismen, mit denen er in präventive archäologische Maßnahmen eingreifen kann, beschränken sich nicht auf traditionelle Handlungsformen der Ordnungsverwaltung (POLICE ADMINISTRATIVE) und insbesondere auf das Genehmigungssystem. Um es klar zu sagen: Betrachtet man einerseits die Bestimmungen des KulturerbeGesetzbuches zur präventiven Archäologie und andererseits die Praxis, lassen sich die Zweifel kaum ausräumen: Kontrolliert der Staat letztlich nur das, was andere tun? Oder lässt er Arbeiten ausführen? Es gibt zwei sehr unterschiedliche Möglichkeiten, die Situation zu bewerten: Hat man es hier mit Ordnungsverwaltung zu tun? Oder werden hier Aufgaben des öffentlichen Dienstes an externe Betreiber ausgelagert?

Fest steht jedoch, dass der Staat, wenn er über präventive Archäologie „entscheidet“, nicht „handelt“. Die physische Durchführung von archäologischen Maßnahmen wird jetzt von anderen als dem Staat gewährleistet, die als Betreiber (OPÉRATEURS) der präventiven Archäologie bezeichnet werden. Unter diesem Gesichtspunkt verstärkt das Gesetz vom 7. Juli 2016 die Unterscheidung zwischen den in den Gesetzen von 2001 und 2003 eingeführten und inzwischen gut etablierten Systemen: dem System der „präventiven archäologischen Diagnostik“ einerseits und dem der „präventiven archäologischen Ausgrabungen“ anderer-

⁸ Die im Folgenden nicht näher gekennzeichneten Artikel sind solche des KulturerbeGesetzbuches.

⁹ Loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques.

¹⁰ J.-M. Pontier, *Le régalien dans le culturel. L'Actualités juridiques Droit administrative* (AJDA) 30, 2012, 1673.

seits. Die Diagnose besteht darin, die Elemente des archäologischen Erbes zu identifizieren und zu charakterisieren, die auf der Fundstätte vorhanden sein könnten, während die Ausgrabungen „durch Studien, Feld- und Laborarbeiten durchgeführt werden, um die auf der Fundstätte vorhandenen archäologischen Daten zu sammeln, sie zu analysieren, ihr Verständnis zu gewährleisten und alle Ergebnisse in einem Abschlussbericht darzustellen“ (Art. R. 523-15). Diese Differenzierung zwischen Diagnostik und Ausgrabung ist nicht nur wissenschaftlicher, sondern auch – und vielleicht sogar in erster Linie – rechtlicher Natur. Die Diagnostik wird aufgrund ihrer wissenschaftlichen Sensibilität tatsächlich aus dem Wettbewerb herausgehalten: Es besteht ein öffentliches Monopol in dem Sinne, dass nur die archäologischen Dienste der Gebietskörperschaften (SERVICES ARCHÉOLOGIQUES DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES) und der nationale öffentliche Betreiber, das „Institut national de recherches archéologiques préventives“ (INRAP), weiterhin in der Lage sind, diese Aufgaben wahrzunehmen, und zwar unter Bedingungen, die sie nicht in Konkurrenz zueinander setzen. Anders ist es bei den Ausgrabungen, die seit 2003 für den Wettbewerb geöffnet sind. Es ist daher die Sache des Bauherrn, seinen Ausgräber auszusuchen; zu diesem Zweck hat er eine breite – aber nicht vollständige – Auswahl, insofern neben INRAP und den örtlichen archäologischen Diensten „jede andere Person des öffentlichen oder privaten Rechts“ (also auch ein privates Unternehmen) präventive archäologische Ausgrabungen durchführen kann, wenn „ihre wissenschaftliche Kompetenz durch eine vom Staat ausgestellte Genehmigung gewährleistet ist“ (Art. L. 523-8).

Auch wenn das Gesetz von 2016 die Hauptmerkmale des Systems der präventiven Archäologie nicht tangiert, so bringt es doch einige interessante Änderungen mit sich, welche die sehr großen Schwierigkeiten des Gesetzgebers bei der Suche nach einem Ausgleich zwischen wissenschaftlicher Mission und wirtschaftlicher Tätigkeit in diesem Bereich offenbaren. Wichtig sind vor allem drei Änderungen. Die erste Neuerung besteht darin, dass das Kulturerbe-gesetz die Rechtslage der Betreiber in der präventiven Archäologie klarer differenziert, je nachdem, ob es sich um kommunale oder um private Betreiber handelt. Nicht nur in der Hinsicht, dass der private Betreiber, wie bereits dargelegt, keine diagnostischen Maßnahmen durchführen darf, er muss nun auch weitere Bedingungen erfüllen, um den Zugang zum Markt für Grabungsdienstleistungen zu erhalten. So bedarf der private Betreiber einer staatlichen Genehmigung (AGRÉMENT), während ein kommunaler Betreiber lediglich eine Zulassung (HABILITATION) benötigt. Diese Unterscheidung ist wichtiger, als es erscheinen mag. Die Relevanz liegt dabei nicht so sehr

auf der technischen Ebene – obwohl der private Betreiber jetzt im Gegensatz zum kommunalen Betreiber aufgefordert wird, seine Eignung bezüglich der sozialen, finanziellen und buchhalterischen Anforderungen nachzuweisen –, sondern in grundsätzlicher Hinsicht: Im Gegensatz zu dem, was 2003 geregelt wurde, stellt das Gesetzbuch nun klar und deutlich fest, dass im Bereich der Ausgrabungen kommunale Betreiber und private Betreiber nicht verwechselt werden dürfen. So ist es nicht weniger als die qualitative Einheitlichkeit zwischen den Betreibern von Ausgrabungen, mit der hier gebrochen wird, und eine solche Entscheidung des Gesetzgebers ist lehrreich: Angesichts der „Verwüstungen, die durch die Öffnung für den Wettbewerb“ verursacht werden, hielt es der Gesetzgeber letztlich für notwendig, eine wesentliche Unterscheidung wiederherzustellen, die verschwunden war¹¹.

Die zweite Neuheit, die 2016 eingeführt wurde, hängt mit der ersten zusammen. Es geht um die Verdichtung der wissenschaftlichen Kontrolle des Staates im Bereich der präventiven Archäologie, insofern, als nunmehr bestätigt wird, dass der Staat die „wissenschaftliche Kontrolle“ der präventiven archäologischen Maßnahmen, insbesondere der Ausgrabungen, sicherstellt. Allerdings ist die Formulierung „wissenschaftliche Kontrolle“, so wirkungsvoll sie auch sein mag, rechtlich schwer zu analysieren. Allenfalls ist in diesem Stadium zu erkennen, dass sie zur Einführung eines neuen Kontrollverfahrens geführt hat: Von nun an ist der Bauträger verpflichtet, dem Staat vor der Auswahl des Betreibers der Ausgrabung alle im Rahmen einer Konsultation zugelassenen Angebote zu übermitteln, damit der Staat „ihre Übereinstimmung mit den Ausgrabungsanforderungen überprüfen kann [...], den wissenschaftlichen Aspekt bewertet und sicherstellt, dass die Projekte mit den Mitteln des Betreibers übereinstimmen“ (Art. L. 523-9).

Schließlich hat die dritte Neuerung, die hier zu erwähnen ist, zu erbitterten parlamentarischen Debatten geführt. Sie betrifft den Umfang der Aufgaben der kommunalen archäologischen Dienste: Ist es notwendig, solche Aktivitäten dieser Dienste auf die administrative Verantwortung der Gebietskörperschaften, denen sie angehören, zu beschränken oder kann es ihnen im Gegenteil gestattet werden, auf Ausschreibungen in anderen Gebieten zu reagieren? Bei dieser

¹¹ Bericht n° 4061 des Abgeordneten Jean-Pierre Gorges zum Entwurf des Haushaltsgesetzes für 2017 (Anhang Nr. 10 Kulturerbe) vom 13.10.2016. Im Allgemeinen wird in mehreren kürzlich erschienenen Berichten festgestellt, dass die Öffnung des Wettbewerbs zwar zu einem allgemeinen Rückgang der Ausgrabungskosten geführt hat – was auch beabsichtigt war –, doch wird dies zumindest teilweise auch durch das Absinken der wissenschaftlichen Qualität der durchgeführten Untersuchungen erklärt.

Debatte über die „Territorialisierung“ der kommunalen archäologischen Dienste steht viel auf dem Spiel: Zum einen geht es darum, zu bekräftigen, dass die territorialen Akteure eine rein lokale Aufgabe des öffentlichen Dienstes wahrnehmen; zum anderen geht es darum, ihre potenzielle Beteiligung am Wettbewerb zu erweitern. Die letztendlich getroffene Entscheidung ist das Ergebnis eines Kompromisses zwischen diesen verschiedenen Maßstäben. Ein territorialer archäologischer Dienst ist demnach befugt, diagnostische Maßnahmen und Ausgrabungen außerhalb des Territoriums der jeweiligen Gebietskörperschaft durchzuführen, sofern diese auf dem Territorium der Region stattfinden, der die Gebietskörperschaft oder die Zusammenschlüsse von Gebietskörperschaften, angehören (Art. L. 522-8). Dennoch besagt Art. L. 522-8 weiter, dass der Präfekt die Gebietskörperschaft oder den Zusammenschluss von Gebietskörperschaften ermächtigen kann, archäologische Untersuchungen ganz oder teilweise auch außerhalb dieses Gebietes durchzuführen.

Die Reform der Eigentumsregelungen im Bereich des archäologischen Erbes

Der zweite Aspekt der Reform betrifft das Eigentum am archäologischen Erbe: Das Gesetz vom 7. Juli 2016 verkündet nichts Geringeres als den Grundsatz des staatlichen Eigentums an diesem beweglichen oder unbeweglichen Erbe. Es muss von vornherein klargestellt werden: Was das Gesetz zu verkünden beabsichtigt, ist keine Eigentumsübertragung zugunsten des Staates, sondern eine Aneignung *ab initio* (ab dem Zeitpunkt der Entdeckung der archäologischen Überreste infolge ihrer Freilegung), vollständig und entschädigungslos. Was die Archäologen betrifft, so ist der hier erfüllte Anspruch uralte: Es war ein echter Dauerbrenner, der jahrzehntelang von den größten Vertretern des Faches vorgetragen¹² und manchmal von Parlamentariern weitergegeben wurde¹³. Aber jeder der vielen Anläufe in der Vergangenheit war am Widerstand der Juristen (je nach Zeitpunkt: den Einwänden der Juristischen Dienste des Ministeriums, des Staatsrats in einer Konsultationsphase, der Gene-

¹² Vgl. z. B. den Entwurf für die Organisation einer nationalen Antikenbehörde, vorgelegt von Henri Breuil und Albert Grenier im Dezember 1940 (abgedruckt in: Archives de la Médiathèque de l'architecture et du patrimoine cote 80/6/10) oder aus jüngerer Zeit: J. Guilaine, *Archéologie, science humaine. Entretiens avec Anne Lehöerff* (Arles, Paris 2011) 193.

¹³ Vgl. z. B. die Gesetzesvorlage der Kommunisten von 1955 „tendenziell die verzierten Höhlen hinsichtlich ihrer staatlichen Zugehörigkeit den Bodenschätzen gleichzustellen“ (Journal officiel, Documents parlementaires, Assemblée nationale 1955, annexe n° 10286, 483).

ralinspektoren, der konsultierten Rechtsexperten usw.) gescheitert. Mit anderen Worten, die Sache galt lange Zeit als geklärt: Die öffentliche Aneignung des archäologischen Erbes unter den von den Archäologen geforderten Bedingungen (*ab initio*, vollständig und unentgeltlich) wurde als Entziehung des Eigentums des Grundeigentümers bewertet, die jedoch ohne eine Entschädigung unzulässig war.

Die Umstellung, deren Höhepunkt das Gesetz von 2016 ist, vollzog sich in der Tat schrittweise. Das Gesetz vom 17. Januar 2001 über die präventive Archäologie war das erste Gesetz, welches das Eigentum an den archäologischen Überresten von Gebäuden (und nur an diesen Überresten) durch einen während der parlamentarischen Debatte diskret von den zuständigen Referatren des Justizministeriums eingebrachten Änderungsantrag modifizierte. Der rechtliche Mechanismus ist relativ einfach und lässt sich wie folgt zusammenfassen: Er beruht auf der grundsätzlichen Entscheidung, dass der Eigentümer des Grundstückes nicht der Eigentümer der archäologischen Überreste ist (und es nie war), sondern dass er oder sie es bestenfalls werden kann. Mit anderen Worten: Die getroffene Entscheidung besteht darin, die archäologischen Überreste nicht als Bestandteile des Bodens aufzufassen, sondern als Dinge im Boden – herrenlose Immobilien, die vom Land getrennt und nicht darauf rückführbar sind –, deren Eigentum, wie dies bei Schatzfunden im Sinne des Art. 716 des Bürgerlichen Gesetzbuches der Fall ist, zum Zeitpunkt ihrer Entdeckung zugewiesen werden muss, es sei denn, einer Person gelingt es, ihr Eigentum an diesen Dingen darzulegen. Aus diesem rechtlichen Postulat folgt, dass, auch wenn der Gesetzgeber in der Vergangenheit die Entscheidung getroffen hat, bei der Bestimmung des Eigentums am archäologischen Erbe zum Zeitpunkt seiner Entdeckung sich auf Art. 552 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches¹⁴ zu stützen, dieser nicht daran gehindert ist, für die Zukunft eine andere Entscheidung zu treffen. Dies gilt nicht nur für Schätze im Sinne des Art. 716 des Bürgerlichen Gesetzbuches, bei denen das Eigentum zwischen dem Entdecker und dem Eigentümer des Grundstückes hälftig geteilt wird, sondern auch für bewegliche archäologische Relikte, die aus Ausgrabungen stammen, die von Amts wegen vom Staat durchgeführt wurden (früherer Teil 2 des Gesetzes vom 27. September 1941), bei denen das Eigentum zwischen dem Staat und dem Eigentümer des Grundstückes aufgeteilt wird. Infolgedessen ist der Gesetzgeber seit 2001 der Ansicht, dass es möglich ist, die Anwendung des Art. 552 des Bürgerlichen Gesetzbuches für unbewegliche archäologische Überreste „zu neutralisieren“, indem man diese zu herren-

¹⁴ „Das Eigentum an Grund und Boden umfasst das Eigentum oberhalb und unterhalb des Erdbodens“.

losen Dingen erklärt, um sie besser dem Staat zuordnen zu können.

Ein solcher Mechanismus mag machiavellistisch erscheinen, wenn als selbstverständlich vorausgesetzt wird, dass der Eigentümer des Grundstückes auch diejenigen Überreste sein Eigen nennen kann, aus denen sich sein Grundstück zusammensetzt, und nicht, dass dies bloß wahrscheinlich ist: Anstatt die Voraussetzungen für den Entzug des Eigentums zu regeln und um zu vermeiden, dass der Eigentümer des Grundstückes entschädigt werden muss – ein echtes administratives Trauma, das sich aus dem langen Rechtsstreit um die Höhle von Chauvet¹⁵ ergibt –, glaubte der Gesetzgeber, dass er damit durchkommen konnte, diesem Eigentümer jegliches Recht zu verweigern. Kurzum: Wenn der Eigentümer keine Rechte hat, wird ihm auch nichts entzogen. Nun war es diese Überzeugung, es mit einem zu plumpen Trick zu tun zu haben, als dass es glaubwürdig sein könnte, die den Richter, der in einem ersten Rechtsstreit – dem Fall der Höhle von Vilhonneur¹⁶ – mit dieser Regelung befasst war, zu der Entscheidung bewogen hat, dass hier die Bestimmungen des Art. 1 des ersten Zusatzprotokolls zur EMRK, welche die freie Verfügung über das Vermögen und insbesondere das Recht auf Eigentum schützen, grundlegend verkannt worden waren¹⁷. Etwas unerwartet entschied dann der Conseil d'État, das höchste Verwaltungsgericht Frankreichs, dennoch anders. In seinem Urteil vom 24. April 2012¹⁸ hat der Conseil d'État entschieden, dass nur dann, wenn eine Person, die vor Inkrafttreten des Gesetzes vom 17. Januar 2001 Eigentum an einem Grundstück hatte, berechtigterweise hoffen konnte, gemäß Art. 552 des Bürgerlichen Gesetzbuches Eigentümer der auf seinem Grund und Boden entdeckten Überreste zu werden, während derjenige, der nach dem Inkrafttreten des Gesetzes Eigentümer eines Grundstückes wird oder geworden ist, regelmäßig des Mechanismus des Bürgerlichen Gesetzbuches zugunsten eines anderen Mechanismus – des im Gesetz von 2001 beschriebenen

nen – beraubt werden kann. Mit anderen Worten, eine solche Situation könne „nicht als Eigentumsentzug“ im Sinne der EMRK angesehen werden.

Diese Lösung hat die französische Rechtslehre, gelinde gesagt, nur mäßig überzeugt, die sie fast durchgehend als einen Versuch des Staates gewertet hat¹⁹, seine Vermögenswerte auf indirektem Wege autoritär zu vermehren, ohne das Enteignungsgesetz²⁰ zu beachten. Das 2001 geschaffene System ist jedoch alles andere als absurd und seine partielle Anerkennung durch den Conseil d'État im Jahr 2012 eröffnet einen echten Bruch des Grundeigentums. Es war diese von Archäologen so lange ersehnte Bresche, die das Parlament 2016 dazu veranlasste, eine Verallgemeinerung des 2001 eingeführten Mechanismus zur Zuweisung von Eigentum auf das gesamte archäologische Erbe anzuwenden, und zwar nicht nur auf unbewegliche, sondern auch auf bewegliche Objekte. So sieht das Gesetz vom 7. Juli 2016 vor, dass Art. 552 des Bürgerlichen Gesetzbuches auf das archäologische Erbe insgesamt nicht anwendbar ist. Genauer gesagt gilt Art. 552 nicht für unbewegliche archäologische Relikte, wenn sie „auf einem Grundstück entdeckt wurden, dessen Eigentum nach der Veröffentlichung des Gesetzes vom 17. Januar 2001 erworben wurde“ (der neue Art. L 541-1), und ebensowenig für bewegliche Relikte, wenn sie auf Grundstücken entdeckt wurden, die „nach dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 7. Juli 2016 erworben wurden“. Sind diese Güter erst als herrenlos anerkannt, beschließt das Gesetz, das Eigentum dem Staat zuzuschreiben.

Daraus folgt, dass mit dem Gesetz vom 7. Juli 2016 das gesamte archäologische Erbe, das in Frankreich entdeckt wurde, mehr oder weniger langfristig, in das Eigentum des Staates übergeht, so die Hypothese. Das ist gleichbedeutend mit einer groß angelegten „Verstaatlichung“, die von Archäologen zwar durchaus begrüßt wird, bei der man aber nicht umhin kommt, sich zu fragen, warum dies im Parlament nicht diskutiert wurde.

Es bleibt natürlich abzuwarten, ob dieses Verfahren den Rechtsstreit vor dem Verfassungsrat und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte übersteht. Im Prinzip ist es nicht unwahrscheinlich. In der

¹⁵ Die Chauvet-Höhle ist eine paläolithische Höhle mit Wandmalereien, die 1994 in Frankreich in der Gemeinde Vallon-Pont-d'Arc (Dep. Ardèche) entdeckt wurde und einen sehr langen Prozess vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte verursachte (EGMR, Beschluss vom 11.10.2011 – 28216/09 – Helly et al. gegen Frankreich), bei dem es insbesondere um die Bedingungen der Entschädigung der Grundeigentümer infolge ihrer Enteignung ging.

¹⁶ Benannt nach einer paläolithischen Höhle mit Wandmalereien, die Mitte der 2000er Jahre im Département Charente entdeckt wurde.

¹⁷ Verfahrensgang: Tribunal administratif de Poitiers, 20.11.2008 – n° 0602706 – Mathé-Dumaine c. Ministre de la culture et de la communication; Cour administrative d'appel de Bordeaux, 23.12.2010 – n° 098X0010 – Ministre de la culture et de la communication c. Mathé-Dumaine.

¹⁸ Conseil d'État, 24.04.2012 – n° 346952 – Ministre de la culture et de la communication c. Mathé-Dumaine.

¹⁹ Vgl. R. Hostiou, Vestiges archéologiques, propriété du trésors et droit au respect des biens. L'Actualités juridiques Droit administrative (AJDA) 24, 2012, 1345; N. Foulquier, La quasi-expropriation des vestiges archéologiques immobiliers. Revue droit immobilier 2012, 451; oder aber A. Foubert, La propriété des vestiges archéologiques immobiliers. Revue française droit administratif 2012, 5, 983. Allgemein zur Frage des Eigentums am archäologischen Erbe nach dem Gesetz von 2016 siehe V. Négre (Hrsg.), Le patrimoine archéologique et son droit. Questions juridiques, éthiques et culturelles. Actes du colloque international, 9 et 10 octobre 2012, Musée du quai Branly (Paris) (Bruxelles 2015).

²⁰ Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Realität scheint es, dass an dem System unter Umständen weniger der angebliche Entzug der Eigentümerstellung kritisiert wird, welchen er darstellt, sondern die tiefen Unsicherheiten, die hinsichtlich des genauen Anwendungsbereiches bestehen bleiben. Was bedeutet dies archäologisch? Dieses Problem reicht jedoch tiefer, als man auf den ersten Blick vermutet. Die neuen Artikel L. 541-1 und L. 541-4 basieren auf einer Vision von dem archäologischen Erbe, die heute nicht mehr die der Archäologen ist: Diese Vorschriften betrachten Relikte wie die Menschheit des 18. Jahrhunderts – d. h. als Schätze in einem Feld, während es für Archäologen heute das Feld selbst ist, und vor allem seine Schichtung, die archäologisch ist. Mit anderen Worten ist das Beispiel der kunstvollen Höhle, mit dem man in Frankreich seit dem Chauvet-Konflikt systematisch argumentiert – was ein archäologischer Überrest ist, der durch die natürlichen Wände der Höhle klar von dem nicht-archäologischen Boden getrennt ist –, zutiefst irreführend: Es entspricht bei der überwiegenden Mehrheit der Situationen nicht der Realität, mit denen Archäologen konfrontiert sind²¹. Und schließlich ist es die bittere Ironie dieser Debatte, bei der – vielleicht – die Gefahr von Stolpersteinen besteht: Um die Nachfrage der Archäologen zu befriedigen, war es notwendig, eine „pompejanische“ Vision der Archäologie²² aufrechtzuerhal-

²¹ Vgl. N. Wagener, *Qualifier juridiquement le patrimoine archéologique*. In: Négri (Anm. 19) 201.

²² Der Ausdruck stammt von Bruno Desachy, siehe B. Desachy, *De la formalisation du traitement des données stratigraphiques*

ten, die sich auf die als Schätze konzipierten Überreste konzentriert, die von dem sie umgebenden Boden getrennt sind, obwohl diese nicht mehr dem heutigen Konzept der Archäologen entspricht. Es genügt festzustellen, dass die 2016 in Frankreich beschlossene allgemeine Reform des Eigentums des archäologischen Erbes wahrscheinlich noch nicht abgeschlossen ist. Im Gegenteil, es gibt allen Grund zu der Annahme, dass die juristischen Debatten, die sich in den kommenden Jahren zu diesem Thema entwickeln werden, nicht nur für französische Archäologen und Juristen, sondern auch für ihre europäischen Kollegen im Allgemeinen eine Lehrquelle sein werden.

Abstract

The French law of archeology has undergone a major reform in 2016 and 2017. This reform concerns both the rules of preventive archeology and the ownership of archaeological heritage. It is on this second point that the strongest innovation is achieved: the Heritage Code now organizes a principle of general appropriation by the State of archaeological heritage, whether movable or immovable. It thus responds to an ancient claim of archaeologists, but which is not without posing theoretical and practical difficulties that are examined in this article.

en archéologie de terrain. *Sciences de l'Homme et Société*. Université Panthéon-Sorbonne, vol. 1 (Paris 2008) 13.

Variationen eines Themas: das Recht der Archäologie in den Niederlanden

Von Mark Spanjer und Marisa Michels

Einleitung

Eine der bekanntesten Vorstellungen, die Ausländer über die Niederlande haben, ist, dass es sich um ein stark bevölkertes Land handelt¹. Wer es besucht, wird feststellen, dass diese Einschätzung zutrifft, dass aber große Teile des Landes den Eindruck von Offenheit und Leere erzeugen. Jedoch vor allem im westlichen Teil der Niederlande ist Raum Mangelware. Die Bodenpreise sind hier hoch, sodass verschiedene Nutzungsarten hauptsächlich im Ballungsraum Randstad miteinander um Baugrund konkurrieren müssen. Dieser Halbkreis der Städte umgibt das „Grüne Herz“, ein weitgehend offenes ländliches Gebiet, das theoretisch den umliegenden Städten für eine weitere Expansion den erforderlichen Raum geben könnte. Der grüne Teil des Landes symbolisiert jedoch andere Bedürfnisse, jenseits von Arbeit, Wohnraum und Reisen, welche die moderne niederländische Gesellschaft hat. Freiraum, gute Luftqualität, Kultur, historisches Erbe und Natur haben alle einen anerkannten Wert. Dass das „grüne Herz“ noch existiert, ist einer bewussten Wahl und einem Rahmenwerk aus Rechtsvorschriften zu verdanken.

Allen Bedürfnissen gleichermaßen Rechnung zu tragen, ist ein Balanceakt und macht ein striktes, ja rigores Raumplanungssystem erforderlich. Es ist daher nicht verwunderlich, dass in den Niederlanden der Schutz des kulturellen Erbes und die Archäologie im besonderen Maße ein Teil des Raumplanungssystems sind².

Entwicklung der Gesetzgebung

In den letzten 25 Jahren hat die niederländische Archäologie eine Entwicklung von einem gesetzlich kaum reglementierten Arbeitsgebiet zu einem durchaus – manche

meinen übermäßig – regulierten Aspekt des gesellschaftlichen Lebens vollzogen.

Ausgangslage

Möglicherweise begann dieser Trend im Jahre 1982 mit der Publikation „Das Bodenarchiv in Gefahr“³. Diese Broschüre – eher eine Streitschrift – wurde vom damaligen Staatlichen Amt für Bodendenkmalpflege (RIJKSDIENST VOOR HET OUDHEIDKUNDIG BODEMONDERZOEK – ROB) veröffentlicht, um die zunehmende Bedrohung für archäologische Zeugnisse in historischen Städten zu veranschaulichen⁴. Anhand von einfachen und eindrücklichen Karten mit einer Auswahl von über das Land verteilten Städten wurde die Geschichte von Verlust und Bedrohung erzählt. Die Verwendung der Farbe Schwarz für Verluste und der roten Farbe für bedrohte Objekte ließ ein alarmierendes Bild erkennen, was die Autoren auch beabsichtigten. Die Publikation endete bestechend einfach mit einem Vergleich zwischen der Behandlung des baulichen und der des archäologischen Erbes sowie mit der Vermutung, dass administrative Vorkehrungen im Bereich der Raumplanung die richtige Methode seien, um dieses meist verborgene, bedrohte Erbe zu schützen.

Denkmalschutzgesetz 1988

Zum Teil wegen der Publikation „Das Bodenarchiv in Gefahr“ wurde das Denkmalschutzgesetz vom 22. Juni 1961⁵, das nur rudimentäre Vorkehrungen zum Schutz des archäologischen Erbes enthalten hatte, im Jahr 1988 novelliert. Die Begründung für die Gesetzesnovelle besagte, dass verstärkt untere Verwaltungsebenen – die Provinzen und die Gemeinden – in die Denkmalpflege einbezogen und neue Schutzvorkehrungen eingeführt werden sollen. Im neuen Denkmalschutz-

¹ Es handelt sich um eine Übersetzung des in englischer Sprache vorgelegten Beitrags.

² Vgl. J. Bazelmans, Denkmalschutz in den Niederlanden: zwischen Tradition und Innovation. In: Quo vadis Denkmalrecht? Kulturerbe zwischen Pflege und Recht. Dokumentation der Tagung in Münster/Westfalen, 15.–17. Juli 2015, hrsg. v. Deutsches Nationalkomitee für Denkmalschutz. Schriftenr. Dt. Nationalkomitee Denkmalschutz 90 (Berlin 2017) 140–143.

³ W. A. van Es/J. M. Poldermans/H. Sarfatij/J. Sparreboom (Hrsg.), Het Bodemarchief bedreigd. Archeologie en planologie in de binnensteden van Nederland (Amersfoort, s'Gravenhage 1982).

⁴ Vgl. W. J. H. Willems, The management of the archaeological heritage in the Netherlands. Arch. Polona 38, 2000, 156.

⁵ Wet houdende voorzieningen in het belang van het behoud van Monumenten van Geschiedenis en Kunst (Stb. 1961, 200).

gesetz (MONUMENTENWET) vom 23. Dezember 1988⁶ wurde den Gemeinden die Aufgabe zugewiesen, über die denkmalrechtliche Genehmigung (MONUMENTENVERGUNNING) bei beliebigen Maßnahmen an geschützten Denkmälern – von Zerstörung, über Wiederherstellung bis hin zu einer Nutzungsänderung – zu entscheiden (Art. 11 ff. DSchG 1988), wobei im Gesetz zunächst nicht zwischen Maßnahmen an archäologischen Denkmälern und solchen an sonstigen geschützten Denkmälern differenziert wurde. Als Denkmal (MONUMENT) durch das Gesetz geschützt wurden alle vor mindestens 50 Jahren angefertigten Sachen, die wegen ihrer Schönheit, ihrer Bedeutung für die Wissenschaft oder ihres kulturhistorischen Wertes von allgemeinem Interesse waren (Legaldefinition des Art. 1 Buchst. b Nr. 1 DSchG 1988). Neben zusätzlichen Maßnahmen zum Schutz des baulichen Erbes wurde im Kapitel V („Ausgrabungen und Funde“) ein vergleichbares System für das archäologische Erbe eingeführt. Gesetzlich verankert wurden dabei u. a. Ausgrabungsgenehmigungen (Art. 39–41 DSchG 1988), Anzeigepflichten (Art. 47 Abs. 1, 2 DSchG 1988), das Eigentum an archäologischen Funden (Art. 43 DSchG 1988) sowie die Einrichtung von Depots für solche Funde (Art. 44 und 45 DSchG 1988).

Ein wesentlicher Punkt der Gesetzesnovelle war das System der Ausgrabungsgenehmigungen (OPGRAVINGSVERGUNNING). Das Gesetz legte in Art. 39 Abs. 1 DSchG fest, dass es verboten war, ohne eine solche Genehmigung Ausgrabungen durchzuführen. Im Gegensatz zu der Vorgängerregelung sah das neue Denkmalschutzgesetz vor, dass nicht jegliche natürliche und juristische Personen, sondern nur noch staatliche Behörden, wissenschaftliche Einrichtungen und Kommunen eine Ausgrabungsgenehmigung erhalten konnten. In gewissem Sinne machte es also die archäologische Forschung zu einer Expertentätigkeit, die ausschließlich vom Staat, den Provinzen und den Gemeinden betrieben werden sollte.

Für Funde, die nicht im Zusammenhang mit einer Ausgrabung standen, sah Art. 47 Abs. 1 DSchG 1988 eine Anzeigepflicht vor, sofern der Finder wusste oder redlicherweise davon ausgehen musste, dass es sich um ein Denkmal im Sinne des Gesetzes handelte. Das Eigentum an solchen beweglichen Denkmälern, die im Rahmen von Ausgrabungen (also zielgerichteten Suchen) gefunden wurden und an denen niemand sein Eigentum nachweisen konnte, stand erstmalig nicht mehr dem Finder (so noch Art. 23 Abs. 2 S. 1 DSchG 1961), sondern nach Art. 43 Abs. 1, 2 DSchG 1988 dem Staat bzw. bei Ausgrabungen durch eine Gemeinde Letzterer zu. Der Eigentümer des Grundes, in der das Denkmal gefunden wurde, hatte gegen den Eigentümer des gefundenen Denkmals einen Zahlungsanspruch in Höhe der Hälfte

des Denkmalwertes (Art. 43 Abs. 3 DSchG 1988). Der Ausgrabende sowie der ROB erhielten für wissenschaftliche Untersuchungen zeitlich befristeten Zugang zu dem Fund (Art. 46, 48 DSchG 1988). Das Eigentum an Zufallsfunden wurde hingegen nach allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen (Art. 5:13 des Zivilgesetzbuchs der Niederlande⁷) beurteilt und hälftig zwischen Grundeigentümer und Finder verteilt.

Deregulierung und Dezentralisierung

Man könnte meinen, die Einführung des Denkmalschutzgesetzes von 1988 sei ein großer Erfolg gewesen. Das Staatliche Amt für Bodendenkmalpflege wurde tatsächlich viel stärker in Raumplanungsprozesse eingebunden, was u. a. den Beginn einer Ära der großen archäologischen Ausgrabungen wie z. B. beim Bau der Autobahn A27 und der Eisenbahnstrecken HOGE SNELHEIDSLIJN (HSL) und BETUWELIJN zur Folge hatte. Die Belegschaft des ROB hat sich durch meist temporär beschäftigtes Personal verdreifacht; auch die Häufigkeit und die Gesamtzahl der Ausgrabungen stiegen an⁸.

Im Zeitraum von 1994 bis 2002 wurden die Niederlande allerdings von zwei aufeinanderfolgenden Koalitionsregierungen mit eher linksliberaler Ausrichtung regiert. Diese nach der Farbkombination der beteiligten Parteien als „violette Kabinette“ (PAARSE KABINETTEN) bezeichneten Regierungen hatten Dezentralisierung, Verringerung der Regelungsdichte und Privatisierung staatlicher Dienstleistungen wie Telekommunikation, Eisenbahn und Energie auf ihrer Agenda. Aus diesem politischen Klima resultierte auch das Bedürfnis, die Tätigkeiten des ROB im Bereich der Feldforschung und der Ausgrabungen zu entstaatlichen, da man den Eindruck hatte, dass die Voraussetzungen für einen Markt für archäologische Dienstleistungen gegeben seien. Zugleich ging man davon aus, dass es von Vorteil wäre, der örtlichen Verwaltung, die theoretisch eine größere Affinität zum lokalen Kulturerbe hatte, mehr Rechte im Umgang mit diesem einzuräumen. Die Argumentation lautete, dass die Gemeinden eher in der Lage wären, die Bedürfnisse der archäologischen Forschung in ihrem jeweiligen Gebiet eigenständig zu definieren.

So wurde ein Prozess der Dezentralisierung, der nicht nur die Archäologie betraf, mit dem Ziel gestartet, der örtlichen Verwaltung ein stärkeres Mitspracherecht und weitergehende Befugnisse für ihre eigenen Belange einzuräumen. Während die damals geltenden Regelungen auf eine staatliche und kommunale Archäologie fokussiert waren, wurde ab der Mitte der 1990er-Jahre *de facto* die

⁷ Burgerlijk Wetboek.

⁸ Vgl. dazu W. J. H. Willems, Von der Bodendenkmalpflege zum Management archäologischen Erbes: Entwicklungen in Europa und den Niederlanden. Arch. Nachrl. 3,2, 1998, 174.

⁶ Wet van 23 december 1988, tot vervanging van de Monumentenwet (Stb. 1988, 638), im Folgenden: DSchG 1988.

kommerzielle Archäologie als Alternativmodell installiert⁹. Nun war die kommerzielle Archäologie zwar nicht etwas, wonach niederländische Archäologen von sich aus gestrebt hätten¹⁰, sodass im Allgemeinen kein Bedürfnis bestand, sich das neue System zu eigen zu machen oder es zu unterstützen. Nach und nach wurde jedoch klar, dass das neue Geschäftsmodell auch ein System der Qualitätssicherung benötigte¹¹. Es sollte sichergestellt sein, dass – mit welchen Mitteln auch immer – archäologische Forschung betrieben und angeboten würde und das Ergebnis dem Gemeinwohl entspräche.

Qualitätssicherung in der Archäologie

Ab 1999 wurde unter der Ägide der Stiftung für Infrastruktur, Qualitätssicherung und Bodenbewirtschaftung (STICHTING INFRASTRUCTUUR KWALITEITSBORING BODEMBEHEER – SIKB) ein Qualitätssystem für die Archäologie entwickelt – ein dreiteiliges System, das aus dem Qualitätsstandard für die Niederländische Archäologie, einem Register der qualifizierten Archäologen und einem Ethikkodex bestehen sollte. Innerhalb der Stiftung wurde als führendes Fachgremium für die Entwicklung und Aktualisierung der Qualitätsstandards in der Archäologie im Jahr 2001 durch einen Beschluss des Ministers für Bildung, Kultur und Wissenschaft¹² der sog. Ausschuss für die Qualität in der Archäologie (COLLEGE VOOR DE ARCHEOLOGISCHE KWALITEIT – CVAK) eingerichtet, dem der heute noch existierende Zentrale Expertenausschuss für die Archäologie (CENTRAAL COLLEGE VAN DESKUNDIGEN ARCHEOLOGIE – CCVD) nachfolgte.

Der Qualitätsstandard für die Niederländische Archäologie (KWALITEITSNORM NEDERLANDSE ARCHEOLOGIE – KNA) wurde durch das Qualitätssystem des Eisenbahninfrastrukturunternehmens ProRail, das den Archäologen aufgrund ihrer Beteiligung an den Projekten der HSL und der BETUWELIJN bekannt war, stark

beeinflusst. Da die Stiftung für Infrastruktur, Qualitätssicherung und Bodenbewirtschaftung über Knowhow im Bereich der Wiederherstellung von kontaminierten Grundstücken verfügte, ist es nicht weiter verwunderlich, dass auch sie einen signifikanten Einfluss auf den Qualitätsstandard hatte. Der Qualitätsstandard KNA, heute in der Version 4.0 vorhanden¹³, befasst sich mit der Qualität des archäologischen Forschungsprozesses; er besteht aus einer Reihe von Protokollen, die unterschiedliche Bereiche der archäologischen Arbeit beschreiben und die jeweiligen materiellen und handwerklichen Mindestanforderungen festlegen. Der Standard, der in den Niederlanden obligatorisch für Ausgrabungen und deren Dokumentation ist¹⁴, sorgt für eine qualitativ hochwertige archäologische Arbeit.

Der Ethikkodex (ETHISCHE CODE)¹⁵ wurde vom Berufsverband der niederländischen Archäologen (NEDERLANDSE VERENIGING VAN ARCHEOLOGEN – NVvA) entwickelt¹⁶. Aad Nuis, der Staatssekretär für Kultur in den Jahren 1994 bis 1998, bezeichnete ihn sogar als einen „Eckpfeiler des archäologischen Systems“¹⁷. Obwohl viele Archäologen nicht grundsätzlich gegen die Einführung des Kodex waren, konzentrierte sich die Kritik vor allem auf die (gefühlte) Zwangsmitgliedschaft im Berufsverband sowie auf die unklaren Folgen von etwaigen Verstößen gegen den Kodex. Am Ende wurde jedoch klar, dass die Einhaltung des Kodex nicht von der Verwaltung durchgesetzt werden konnte, sondern dass es sich um eine freiwillige Selbstbindung handelte.

Vor diesem Hintergrund gewann das Register der qualifizierten Archäologen (HET BEROEPSREGISTER), das vom Berufsverband NVvA entwickelt wurde, an Bedeutung¹⁸. Nachdem 2004 ein Entwurf des Registers veröffentlicht worden war¹⁹, hat die NVvA in den folgenden Jahren versucht, es umzusetzen. Die Entwicklung und das endgültige Versagen des Registers sind zwar ein eigenständiger Forschungsgegenstand, der einer gesonderten Publikation würdig wäre; an dieser Stelle reicht es jedoch aus, zu konstatieren, dass es nie implementiert wurde.

Das dreiteilige System beschränkte sich deshalb im Wesentlichen auf den KNA und führte damit zu einem Engagement der staatlichen Denkmalfachbehörde – ab 2009 des Staatsdienstes für das kulturelle Erbe (RIJKSDIENST VOOR HET CULTUREEL ERFGOED – RCE), das von vielen Beteiligten als zu weitgehend empfunden wurde.

⁹ Vgl. M. Verbruggen, Everything you always wanted to know about commercial archaeology in the Netherlands. In: P. Florjanowicz (Hrsg.), *When Valletta meets Faro. The reality of European archaeology in the 21st century*. EAC Occasional Paper 11 (Namur 2016) 77 f. Private Grabungsfirmen arbeiteten, unter Umgehung des Gesetzes, im Auftrag des ROB oder der Universitäten.

¹⁰ Der damalige Leiter des ROB, Willem J. H. Willems, bezeichnete 1992 die Kontraktarchäologie als ein für die archäologische Forschung „lebensbedrohliches Phänomen“, siehe W. J. H. Willems, Archäologische Denkmalpflege und Forschung in den Niederlanden. In: S. Dušek (Hrsg.), *Archäologische Denkmalpflege und Forschung*, 4. Kolloquium des Verbandes der Landesarchäologen (Weimar 1993) 26.

¹¹ Vgl. M. v. d. Dries/W. Willems, Quality assurance in archaeology: the Dutch perspective. In: W. J. H. Willems/M. H. v. d. Dries (Hrsg.), *Quality Management in Archaeology* (Oxford 2007) 52–54.

¹² Instelling College voor de archeologische kwaliteit (Staatscourant 2001, 190).

¹³ <https://www.sikb.nl/archeologie/richtlijnen/brl-4000>.

¹⁴ v. d. Dries/Willems (Anm. 11) 54 f.

¹⁵ <http://www.nvva.info/ethische-code/> (Zugriff: 04.10.2017).

¹⁶ W. J. H. Willems, Archäologische Vereine in den Niederlanden. *Arch. Inf.* 25,1–2, 2002, 66.

¹⁷ Eröffnungsvortrag auf der 24. Archäologischen Jahrestagung (Reuvensdagen) in Alphen aan de Rijn am 17.11.1996.

¹⁸ v. d. Dries/Willems (Anm. 11) 55–58.

¹⁹ R. R. Knoop/Th. J. Maarleveld, *Het beroepsregister voor archeologen: een blauwdruk* (Amsterdam 2004) 15.

Dies hinterließ eine Lücke in dem System, die nach Ansicht der Regierung geschlossen werden sollte, da eine Selbstregulierung im Bereich der Archäologie nicht möglich war. Wie noch zu zeigen sein wird, sollte diese Lücke erst 2016 durch das neue Kulturerbegesetz geschlossen werden.

Archäologiegesezt 2006

Das Gesetz über die Archäologische Denkmalpflege (WET OP DE ARCHEOLOGISCHE MONUMENTENZORG) vom 21. Dezember 2006²⁰, das am 1. September 2007 in Kraft trat, modifizierte und erweiterte die Befugnisse der archäologischen Denkmalpflege, insbesondere durch Änderungen des Denkmalschutzgesetzes von 1988²¹. Das Archäologiegesezt war eine Antwort auf die Etablierung einer kommerziellen Archäologie, den Wunsch nach (weiterer) Dezentralisierung und die Notwendigkeit, die Anforderungen der Konvention von Malta umzusetzen.

Laut Art. 3 i) Buchst. a der Konvention von Malta sind Verfahren zur Genehmigung und Überwachung von Ausgrabungen und sonstigen archäologischen Tätigkeiten so anzuwenden, dass jede unerlaubte Ausgrabung oder Beseitigung von Bestandteilen des archäologischen Erbes verhindert wird. Das im Denkmalschutzgesetz vom 23. Dezember 1988 geregelte System der Grabungsgenehmigungen war ursprünglich nicht für kommerzielle Ausgrabungen durch Dritte konzipiert, sodass es modernisiert werden musste (Art. 45 bis Art. 48 DSchG 2007). Die mit der Vorgängerregelung eingeführte Beschränkung des Kreises der Ausgrabungsberechtigten entfiel: Art. 45 DSchG 2007 sah nunmehr vor, dass die Ausgrabungsgenehmigung mit oder ohne Einschränkungen erteilt werden sollte, sofern der Beantragende nachwies, über die notwendige Sachkunde zu verfügen.

Nach neuer Rechtslage konnten somit auch Unternehmen eine Ausgrabungsgenehmigung erhalten, sofern Befähigung und fachliche Eignung im Sinne des KNA nachgewiesen wurden. Die Genehmigungen wurden in den meisten Fällen für einen begrenzten Zeitraum, manchmal auch nur für ein bestimmtes Projekt ausgestellt.

Eine bevorzugte Stellung wurde den Universitäten eingeräumt (Art. 49 DSchG 2007). Der zuständige Minister konnte Ausgrabungen festlegen, die von diesen durchgeführt werden sollten, da sie eine wissenschaftliche Aufgabe haben und die Möglichkeit zu Ausgrabungen haben sollten, wenn sie in ihre Forschungsprogram-

me passen. Der hier vorgenommene unmittelbare Eingriff in den archäologischen Markt hat Diskussionen hervorgerufen. In der Praxis waren derartige Projekte seither eher selten: In den meisten Fällen arbeitete eine private Grabungsfirma unter der Leitung oder in Kooperation mit der ausgesuchten Universität.

Für „Amateur-Archäologen“, die meistens in lokalen oder nationalen Gesellschaften organisiert waren, beinhaltete das novellierte Gesetz keine Regelung, die ihnen eine eigenständige archäologische Feldforschung ermöglicht hätte. Eigenständige Nachforschungen durften nicht betrieben werden; bestenfalls war es erlaubt, professionelle Ausgrabungen zu unterstützen oder mit den städtischen archäologischen Dienststellen zusammenzuarbeiten. Verständlicherweise waren die Betroffenen nicht mit dem neuen Gesetz zufrieden, was zu einem vehementen Versuch führte, verlorenes Terrain zurückzuerobern. Angesichts der in der Konvention von Malta formulierten Verpflichtung zur Einbeziehung der Öffentlichkeit (Art. 9) handelte es sich hier möglicherweise nicht um den am besten begründeten Teil des neuen Gesetzes²².

Das Eigentum an den aufgefundenen beweglichen Denkmälern, an denen niemand sein Eigentum nachweisen konnte, fiel gemäß Art. 50 DSchG 2007 der Provinz, der ein Depot betreibenden Gemeinde oder – bei Funden außerhalb von Gemeindegrenzen – dem Staat zu. Der Ausgleichsanspruch des Grundeigentümers entfiel mit der Novelle. Neben der bereits bestehenden Anzeigepflicht für Denkmäler, die bei Ausgrabungen gefunden wurden (Art. 47 Abs. 1, 2 DSchG 1988, Art. 53 Abs. 1 DSchG 2007) wurde eine Anzeigepflicht von Zufallsfunden (Art. 53 Abs. 1 DSchG 2007) sowie von außerhalb einer Ausgrabung gemachten Wahrnehmungen, die für die archäologische Denkmalpflege von Bedeutung sind (Art. 54 DSchG 2007), eingeführt.

Die Bedeutung der Archäologie für und ihre Verankerung in Planungsprozessen ist ein Anliegen, das in Art. 5 der Konvention von Malta enthalten ist. Es lässt sich mit Sicherheit feststellen, dass es dem Gesetz über die Archäologische Denkmalpflege gelungen ist – anknüpfend an die starke Tradition der Raumplanung –, dieses Ziel zu gewährleisten. Hierfür wurden im neuen Kapitel V des Denkmalschutzgesetzes zahlreiche Verknüpfungen zum damaligen Raumordnungsgesetz (WET OP DE RUIMTELIJKE ORDENING)²³ hergestellt, um eine vielfältige Berücksichtigung der Belange der archäologischen Denkmalpflege insbesondere bei kommunalen Planungen sicherzustellen. Im Wesentlichen wurde den Gemeinden

²⁰ Wet van 21 december 2006 tot wijziging van de Monumentenwet 1988 en enkele andere wetten ten behoeve van de archeologische monumentenzorg mede in verband met de implementatie van het Verdrag van Valletta (Wet op de archeologische monumentenzorg); abrufbar unter: <http://wetten.overheid.nl/BWBR0021162/2008-01-01> (Zugriff: 04.10.2017).

²¹ Das geänderte Gesetz wird im Folgenden als DSchG 2007 gekennzeichnet.

²² Vgl. W. J. H. Willems, Malta and its consequences: a mixed blessing. In: V. M. v. d. Haas/P. Schut (Hrsg.), *The Valletta Convention. Twenty Years After – Benefits, Problems, Challenges*. EAC Occasional Paper 9 (Budapest 2014) 152.

²³ Wet van 05.07.1962, houdende vaststelling van nieuwe voorschriften omtrent de ruimtelijke ordening.

die Pflicht auferlegt, die Belange der Archäologie in kommunalen Flächennutzungsplänen (BESTEMMINGSPANEN) umzusetzen (Art. 40 DSchG 2007). In den Plänen konnten dabei neben archäologischen Denkmälern auch archäologische Erwartungsgebiete (ARCHEOLOGISCHE ATTENTIEGEBIEDEN) ausgewiesen werden, also Bereiche, in denen mit archäologischen Denkmälern zu rechnen war (Art. 44 DSchG 2007). Wie eine Erhebung der Inspektion für Kulturerbe (ERFGOEDINSPECTIE) zeigte, hatten bis 2012 die meisten Gemeinden die Belange der Archäologie in ihren Flächennutzungsplänen verankert²⁴. Schließlich hat auch das Umweltschutzgesetz (WET MILIEUBEHEER)²⁵ Änderungen erfahren: Zu den schutzwürdigen Gebieten, die nach Art. 4.9 Abs. 4 UmwSchG in einen Provinzumweltplan (PROVINCIAAL MILIEUBELEIDSPAN) aufzunehmen waren, sollten auch archäologische Erwartungsgebiete im Sinne von Art. 44 DSchG 2007 gehören.

Das Prinzip, das der Verursacher die Kosten der archäologischen Untersuchungen trägt, ist in Art. 6 der Konvention von Malta verankert. Eine Definition dieses Grundsatzes wurde absichtlich unterlassen, um den Unterzeichnern und Mitgliedstaaten des Europarats die Freiheit zu geben, ihn an ihre eigenen Gesetze und Gepflogenheiten anzupassen. In den Niederlanden bestimmte das Gesetz über die Archäologische Denkmalpflege, dass Art. 19 DSchG 1988 um einen neuen Abs. 3 ergänzt wurde, wonach eine denkmalrechtliche Genehmigung, die ein archäologisches Denkmal betraf, u. a. mit der Verpflichtung verbunden werden konnte, Grabungen durchzuführen oder Bodeneingriffe von qualifizierten Fachkräften beaufsichtigen zu lassen. Gemäß Art. II des Archäologiegesetzes wurde zudem das Abgrabungsgesetz (ONTGRONDINGENWET)²⁶ um eine entsprechende Regelung ergänzt. Schließlich ging aus dem Archäologiegesetz hervor, dass fortan Genehmigungen nach anderen Gesetzen, etwa die Baugenehmigung nach dem Wohnungsgesetz (BOUWVERGUNNING) und die Baugenehmigung nach dem Raumordnungsgesetz (AANLEGVERGUNNING), mit entsprechenden Auflagen versehen werden konnten. Insgesamt lässt sich feststellen, dass einige Vorgaben der Konvention von Malta durch das Gesetz über die Archäologische Denkmalpflege besser umgesetzt wurden als andere²⁷.

²⁴ Monitor Erfgoedinspectie. Staat van de naleving 2011–2012 (Den Haag 2013) 79.

²⁵ Wet van 13 juni 1979, houdende regelen met betrekking tot een aantal algemene onderwerpen op het gebied van de milieuhygiëne; abrufbar unter <http://wetten.overheid.nl/BWBR0003245/2017-08-30> (Zugriff: 04.10.2017); im Folgenden: UmwSchG.

²⁶ Wet van 27 oktober 1965, houdende regelen omtrent de ontgroningen; abrufbar unter <http://wetten.overheid.nl/BWBR0002505/2016-07-01> (Zugriff: 04.10.2017).

²⁷ Vgl. M. v. d. Dries, Does Holland look like Malta yet? Reflections on the achievements with development-led archaeology in the Netherlands. In: M. P. Guermandi/K. Salas Rossenbach (Hrsg.), Twenty years after Malta: preventive archaeology in Europe and in Italy (Bologna 2013) 43–55. Siehe auch: http://online.ibr.regione.emilia-romagna.it/I/libri/pdf/twenty_years_after_malta_26_09_2013web.pdf (Zugriff: 15.11.2017).

Gesetzesvollzug

Da die Kommunalverwaltung im Rahmen der Gesetzesnovelle von 2006 eine größere Rolle spielen sollte, sorgte das Gesetz dafür, dass Gemeinden ihre archäologischen Dienststellen beibehalten konnten²⁸. Die Gemeinden waren weiterhin dafür zuständig, bei denkmalrelevanten Maßnahmen eine denkmalrechtliche Genehmigung zu erteilen. Gemäß Art. 11 Abs. 2 DSchG 2007 war es verboten, ohne oder in Abweichung zu einer bestehenden denkmalrechtlichen Genehmigung geschützte archäologische Denkmäler abzureißen, zu zerstören, an einen anderen Ort zu verbringen oder in anderer Weise zu ändern (a) sowie ein solches geschütztes archäologisches Denkmal instand zu setzen oder es in einer Weise zu gebrauchen oder gebrauchen zu lassen, wodurch es gefährdet oder verunstaltet wurde (b). Bei bestimmten Bauvorhaben waren zugleich andere Genehmigungen notwendig. So erfolgte die Berücksichtigung der Belange der Archäologie auf kommunaler Ebene im Zusammenhang mit der Erteilung einer Baugenehmigung (BOUWVERGUNNING) und seit 2010 im Zusammenhang mit der Erteilung einer einheitlichen Umweltgenehmigung (OMGEVINGSVERGUNNING) nach dem neuen Gesetz über das allgemeine Raumordnungs- und Umweltrecht (WET ALGEMENE BEPALINGEN OMGEVINGSRECHT)²⁹.

Diese Genehmigung, die für die Errichtung, Nutzungsänderung und Beseitigung von Gebäuden sowie für sonstige Bauvorhaben erforderlich ist (Art. 2.1 ROUmwG), kann nur unter bestimmten Voraussetzungen erteilt werden. Eine dieser Voraussetzungen lautet, dass zunächst das archäologische Potenzial des Grundstücks bewertet werden sollte, meist in Form einer aktenmäßigen Prüfung. Besteht die begründete Erwartung, dass das beantragte Projekt Auswirkungen auf wertvolle archäologische Substanz haben wird, liegt es in der Verantwortung des Bauherrn bzw. Investors, die archäologische Substanz durch Feldforschung zu validieren. Geophysikalische Prospektion und die Anlage von Suchschnitten sind dabei die gängigsten Methoden, um den Wert der archäologischen Substanz zu ermitteln. Wenn feststeht, dass das Projekt wertvolle archäologische Substanz negativ beeinflussen wird, kann die Umweltgenehmigung mit Nebenbestimmungen versehen werden, die dem Bauherrn die Durchführung von Ausgrabungen zur Erforschung der archäologischen

²⁸ online.ibr.regione.emilia-romagna.it/I/libri/pdf/twenty_years_after_malta_26_09_2013web.pdf (Zugriff: 15.11.2017).

²⁹ Zu den Aufgaben der Gemeinden siehe D. Wesselingh, Balancing stakeholders in the Netherlands. A plea for high-quality municipal archaeology. In: P. Florjanowicz (Anm. 9) 105–109.

²⁹ Wet van 6 november 2008, houdende regels inzake een vergunningstelsel met betrekking tot activiteiten die van invloed zijn op de fysieke leefomgeving en inzake handhaving van vergunningen op het gebied van de fysieke leefomgeving; abrufbar unter <http://wetten.overheid.nl/BWBR0024779/2016-07-01> (Zugriff: 04.10.2017), im Folgenden: ROUmwG.

Substanz auferlegen. Die Nichtbeachtung dieser Bestimmungen kann zu Rücknahme der Genehmigung, Baustopp und Geldstrafen führen.

Das Verursacherprinzip wird in der Praxis seit der Gesetzesnovelle von 2006 derart umgesetzt, dass ein Vorhabenträger, sei es eine Behörde oder eine Privatperson, die Kosten der archäologischen Forschung tragen muss, soweit es die Sicherung von Daten und Funden, die Konservierung besonderer Funde und die Verbreitung der Ergebnisse auf einem allgemeinverständlichen Niveau betrifft. Eine weitergehende Darstellung der Ergebnisse liegt jedoch nicht in der Verantwortung des Verursachers. Auch die Restaurierung von Funden zählt nicht zu dessen Verpflichtungen. Bei den meisten Projekten existiert die Vorgabe, dass einige Funde restauriert werden sollten, da dies bei rationaler Betrachtungsweise der beste Weg ist, diese Objekte zu stabilisieren. Sofern es bei einigen Ausgrabungen etwas mehr Raum für die Einbindung der Öffentlichkeit, die Restaurierung der Funde und ein höheres Publikationsniveau gibt, geschieht dies auf freiwilliger Basis und meist im Zusammenhang mit der projektbezogenen Öffentlichkeitsarbeit bei übergreifenden Projekten³⁰.

Aktuelle Rechtslage: Das Tandem aus Kulturerbe-gesetz und Umweltgesetz

Im Augenblick befindet sich die niederländische Archäologie in einem Prozess des Übergangs. Das Kulturerbe-gesetz (ERFGOEDWET) vom 9. Dezember 2015³¹ ist am 1. Juli 2016 in Kraft getreten, während das Umweltgesetz (OMGEVINGSWET) vom 23. März 2016³² voraussichtlich erst am 1. Januar 2021 in Kraft treten wird. Bis zum Inkrafttreten des neuen Umweltgesetzes bleiben gemäß Art. 9.1 KultErbG einzelne Bestimmungen des früheren Denkmalschutzgesetzes übergangsweise in Kraft, u. a. die denkmalrechtliche Genehmigung für Eingriffe in archäologische Denkmäler (§ 11 DSchG 2007).

³⁰ Zur Frage, inwieweit die Öffentlichkeit an den Ergebnissen archäologischer Forschung partizipiert, siehe E. Kars/J. Kolen, Towards A "More-Than-Commercial" Community Archaeology. *Heritage and Soc.* 5,1, 2012, 132 ff. sowie M. v. d. Dries/S. v. d. Linde, Twenty years after Malta: archaeological heritage as a source of collective memory and scientific study anno 2012. *Analecta Praehist. Leidensia* 43/44, 2012, 12–15.

³¹ Wet van 09.12.2015, houdende bundeling en aanpassing van regels op het terrein van cultureel erfgoed – Erfgoedwet (Stb. 2015, 511); im Folgenden: KultErbG.

³² Wet van 23 maart 2016, houdende regels over het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving (Staatsblad 2016, 156), im Folgenden: UmwG.

Kulturerbe-gesetz

Wie der Name schon sagt, handelt es sich bei dem Kulturerbe-gesetz um ein Gesetz zum Schutz des kulturellen Erbes. Es bündelt sechs Gesetze und Vorschriften für Museumsammlungen, Museen, Kulturerbe und Archäologie. Es umfasst Archäologie an Land und unter Wasser und stärkt die Position der letztgenannten Disziplin³³.

Das Kulturerbe-gesetz regelt Verfahren und Befugnisse des Staates, Baudenkmäler und archäologische Denkmäler auszuweisen und zu erhalten. Es konzentriert sich auf die Unterschutzstellung von nationalen Denkmälern (RIJKSMONUMENTEN), der höchsten Klasse der geschützten Denkmäler im Land³⁴. Gemäß Art. 3.1. KultErbG kann der zuständige Minister für Bildung, Kultur und Wissenschaft von Amts wegen u. a. archäologische Denkmäler zu nationalen Denkmälern erklären, wenn aufgrund ihrer Schönheit, ihrer wissenschaftlichen Bedeutung oder ihres kulturhistorischen Wertes ein öffentliches Interesse besteht. Die unteren Verwaltungsebenen – die Provinzen und die Gemeinden – haben die Möglichkeit, archäologische Substanz zu schützen, indem sie Provinzdenkmäler (PROVINCIALE MONUMENTEN) und Gemeindedenkmäler (GEMEENTELIJKE MONUMENTEN) ausweisen (§ 3.4. KultErbG).

Für professionelle Archäologen hat die neue Rechtslage Veränderungen zur Folge. Das bekannte System der Ausgrabungsgenehmigungen ist zum 1. Juli 2017 ausgelaufen und durch ein System von Zertifizierungen (§ 5.1. KultErbG) ersetzt worden. Demzufolge sind nicht nur Ausgrabungen, sondern jegliche archäologische Nachforschungen grundsätzlich verboten, solange die entsprechende Institution über kein gültiges Zertifikat verfügt (Art. 5.1. KultErbG). Ergänzende Regelungen über archäologische Nachforschungen ergeben sich aus dem Archäologieerlass (BESLUIT ERFGOEDWET ARCHEOLOGIE) vom 8. April 2016³⁵. Daraus folgt, dass das grundsätzliche Ausgrabungsverbot und die aus ihm resultierende Zertifizierungspflicht auf bestimmte Nachforschungen nicht anwendbar sind. Hierzu zählen die Nachforschungen von Universitäten und Hochschulen (Art. 2.1. ArchErl), die Nachforschungen von Sondengängern, sofern Bodeneingriffe eine Tiefe von 30 cm nicht überschreiten und kein besonders geschützter Bereich vorliegt (Art. 2.2. ArchErl), die Nachforschungen von vereinsmäßig organisierten Amateurarchäologen (Art. 2.3. ArchErl) sowie schließlich die Ausgrabungen aufgrund von Genehmigungen oder

³³ Siehe amtliche Gesetzesbegründung: Bundeling en aanpassing van regels op het terrein van cultureel erfgoed (Erfgoedwet). *Memorie van Toelichting* (Kamerstuk 34109 Nr. 3) 3 f. 26–35.

³⁴ Vgl. J. Teters, *De Erfgoedwet als opvolger van de Monumentenwet 1988*. *StAB. Jurisprudentietijdschr. omgevingsrecht* 2016, 1, 7 f.

³⁵ Besluit van 8 april 2016, houdende regels voor archeologische opgravingen (Staatsblad 2016, 155), im Folgenden: ArchErl.

Zulassungen, die von anderen europäischen Staaten ausgestellt worden sind (Art. 2.4. ArchErl).

Liegt keiner der im Archäologieerlass genannten Ausnahmetatbestände vor, muss die grabende Institution – also die RCE, die städtischen archäologischen Dienststellen und die professionellen Unternehmen – von unabhängigen Organisationen zertifiziert werden, die auch für die Überwachung zuständig sind. Mit der entsprechenden Befugnis werden gemäß Art. 5.2. KultErbG vom zuständigen Minister Institutionen ausgestattet, die vom Niederländischen Akkreditierungsrat (RAAD VOOR ACCREDITATIE) zugelassen sind. Laut Art. 5.3. KultErbG wird ein Zertifikat nur ausgestellt, wenn der Antragsteller nachweisen kann, dass er befähigt ist, Ausgrabungen und andere verwandte Tätigkeiten professionell durchzuführen. Die Kosten der Zertifizierung und des Audits werden von den archäologischen Dienststellen und privaten Firmen gleichermaßen getragen.

Konkrete Vorgaben zum Zertifizierungsverfahren und zur Funktionsweise der Zertifizierungseinrichtungen ergeben sich entsprechend Art. 5.5. KultErbG aus dem bereits erwähnten Archäologieerlass. Unter anderem kann das zuständige Ministerium nach Art. 3.1. ArchErl eine Richtlinie verabschieden, in der Anforderungen an fachgerechte Ausgrabungen, einschließlich der Sicherung von Funden und der Dokumentation der Befunde, formuliert werden und die der Ausstellung von Zertifikaten zugrunde zu legen ist. Von dieser Ermächtigung hat das Ministerium für Bildung, Kultur und Wissenschaft mit Erlass vom 2. Juli 2016³⁶ Gebrauch gemacht und die geltenden Standards – die Bewertungsrichtlinie BRL 4000 Archeologie 4.0³⁷ und der Qualitätsstandard KNA 4.0 – zur Grundlage der Zertifizierung erhoben.

Für einzelne Archäologen besteht seit dem 1. Juli 2016 die Möglichkeit, sich kostenpflichtig in ein Register (ACTORREGISTER ARCHEOLOGIE) eintragen zu lassen³⁸. Obwohl das Gesetz die Archäologen streng genommen nicht dazu verpflichtet, wird künftig jedenfalls die Ausübung von Führungspositionen in der archäologischen Feldforschung vom Status als sog. KNA-Akteur und somit von der Registereintragung abhängig sein. Die Anforderungen an die fachliche Qualifikation und Berufserfahrung der Bewerber sind in Anhang 4 der Bewertungsrichtlinie (BRL 4000) festgelegt.

Umweltgesetz

Das neue Umweltgesetz fasst eine Reihe von Vorschriften zu Raumentwicklung, Infrastruktur, Umwelt- und Naturschutz zusammen und trägt dem Wunsch nach Verfahrensvereinfachung und Verringerung der Regelungsdichte Rechnung. Auch Teile des bisherigen Denkmalschutzgesetzes, welche die Integration der Belange der archäologischen Denkmalpflege in kommunale Planungsprozesse betrafen, finden sich im Umweltgesetz wieder³⁹. Laut Art. 3.1 UmwG werden der Staat, die Provinzen und die Gemeinden künftig verpflichtet sein, für ihr jeweiliges Gebiet ein Umweltkonzept (OMGEVINGSVISIE) zu erstellen, in dem der Zustand der physischen Umwelt, die laut gesetzlicher Begriffsdefinition das kulturelle Erbe mit umfasst, beschrieben und Leitlinien ihrer Entwicklung aufgezeigt werden. Zu den Grundprämissen des Umweltkonzepts soll dabei u. a. das Verursacherprinzip gehören (Art. 3.3 UmwG). Die Gemeinden werden anstelle eines Flächennutzungsplans künftig einen Umweltplan (OMGEVINGSPLAN) aufstellen, wobei den Belangen des kulturellen Erbes weiterhin Rechnung getragen wird. In Bezug auf die Archäologie besagt das Gesetz (Art. 2.28 UmwG), dass „die Erhaltung des kulturellen Erbes, einschließlich der bekannten oder nachweisbaren archäologischen Denkmäler“ zu den Festsetzungen des Umweltplans gehören sollen, wobei allerdings fraglich ist, welche Anforderungen an den Nachweis zu stellen sind⁴⁰. Die nach früherem Recht (Art. 44 DSchG 2007) vorgesehene Möglichkeit, im Rahmen der kommunalen Flächennutzungsplanung die von den Provinzen ausgewiesenen sog. archäologischen Interessensgebiete (ARCHEOLOGISCHE ATTENTIEGEBIEDEN) zu berücksichtigen, ist demgegenüber entfallen, da von der Ausweisungsmöglichkeit kein Gebrauch gemacht wurde⁴¹.

Den Gemeinden wird im Umweltgesetz die Erstzuständigkeit für den Schutz von archäologischen Zufallsfunden (ARCHEOLOGISCHE TOEVALSVONDSTEN) zugewiesen (Art. 19.8 Abs. 1 UmwG). Ausnahmsweise kann der zuständige Minister die Kompetenz gem. Art. 19.8 Abs. 3 UmwG an sich ziehen, wenn es sich um einen Zufallsfund von nationaler Bedeutung handelt. Im Übrigen sind die Gemeinden weiterhin für die Erteilung von Umweltgenehmigungen (OMGEVINGSVERGUNNING) – selbst bei Maßnahmen, die nationale Denkmäler betreffen – zuständig (Art. 5.1 Abs. 1 c UmwG). Für Maßnahmen an nationalen Denkmälern können gemäß Art. 5.18 und Art. 5.22 UmwG allgemeine Entscheidungskriterien festgelegt werden, welche die Erhaltung des kulturellen Erbes im Allgemeinen und insbesondere die Konservierung und die Instandhaltung von archäologischen Denkmälern, nach Möglichkeit *in situ*, sicherstellen sollen.

³⁶ Besluit aanwijzing richtlijn op professionele wijze verrichten van opgravingen (Staatscourant 2016, 36440).

³⁷ Beoordelingsrichtlijn Archeologie, abrufbar unter: https://www.sikb.nl/doc/archeo/BRL%20SIKB%204000%20Archeologie%204_0_definitief%2007062016.pdf (Zugriff 04.10.2017).

³⁸ <https://www.actorregistratie.nl>

³⁹ Vgl. Bazelmans (Anm. 2) 141 f.

⁴⁰ Hierzu Teters (Anm. 34) 12; J. Breimer/Ch. Sueur, Archeologie in de Omgevingswet: 'Aantoonbaar'! Maar hoe doe je dat? PRO – Praktijk Omgevingsrecht 3,7, 2015, 371–375.

⁴¹ Teters (Anm. 34) 8.

Raubgrabungen und Sondengängerei

Gesondert ist auf das Problem der Raubgrabungen und der Sondengängerei einzugehen. Die „schlechten alten Tage“ sind vorbei: Während es in den 1960er- und 1970er-Jahren noch spektakuläre Plünderungen durch gut organisierte Banden – vor allem im Herzen der historischen niederländischen Städte – gab, geschehen solche Dinge heute nur noch in sehr reduziertem Umfang. Bei den meisten Vorfällen geht es eher um Vandalismus als um Versuche, archäologische Stätten zu plündern. Öffentliche Bildung, aber auch eine bessere Beleuchtung von Ausgrabungen und Baustellen in Verbindung mit einer besseren Bekämpfung und stellenweise auch einer Überwachung haben die Anzahl und die Auswirkungen dieser Vorfälle verringert. In ländlichen Gebieten existiert aber nach wie vor ein Problem mit Raubgrabungen. Gerade an den Schauplätzen schwerer Kämpfe im Zweiten Weltkrieg finden insbesondere in Waldgebieten an der Grenze zu Deutschland noch systematische Plünderungen statt, deren Spuren klar zu erkennen sind. Auch wenn dieses Problem nicht klein geredet werden sollte, ist es dennoch kein Anzeichen für einen Fehler im System.

Archäologen haben gelernt, Presse und Öffentlichkeit nicht zu informieren, wenn wichtige Funde zutage gekommen sind, solange die Arbeit nicht erledigt ist. Einfache Maßnahmen, etwa die Abdeckung von wichtigen Befunden durch Bagger oder Stahlplatten, können helfen, Gelegenheitsraubgräber zu stoppen. Zwar kommt es immer noch vor, dass eine Ausgrabungsstelle Hinweise auf einen heimlichen (vor allem nächtlichen) Einsatz von Metallsuchgeräten offenbart. Da aber Ausgräber heutzutage selbst Metalldetektoren verwenden, sind die Auswirkungen eher begrenzt.

In den letzten 20 Jahren ist eine spürbare Verschiebung der Beziehungen zwischen Sondengängern und Archäologen zu verzeichnen. Tatsache ist, dass eine große Gruppe der Sondengänger, nämlich die meisten Amateur-Archäologen, ernst genommen werden und Teil der allgemeinen archäologischen Community sein will. Andererseits hat sich gezeigt, dass die Durchsetzung eines Verbots von Metallsonden auf nationaler Ebene nicht möglich ist.

Dass sich die Beziehungen verbessert haben, kommt im gewissen Sinne im Kulturerbegesetz und den hierzu erlassenen ergänzenden Vorschriften zum Ausdruck⁴². So ist es laut Art. 2.2. Abs. 1 ArchErl generell erlaubt, einen Metalldetektor zu verwenden und aktiv nach archäologischen Funden zu suchen. Bodeneingriffe sind nur bis zu einer Tiefe von maximal 30 cm zulässig; Funde müssen über ein digitales Formular im ARCHIS-System gemeldet werden. Eine Ausnahme von der Genehmigungsfreiheit gilt gem. Art. 2.2. Abs. 2 ArchErl für Bereiche, die als

Staats- oder Gemeindedenkmäler ausgewiesen sind oder in denen aktuell Ausgrabungen stattfinden. Einige Gemeinden haben zudem ein lokales Verbot der Verwendung von Metallsonden (Art. 2.2. Abs. 5 ArchErl) ausgesprochen, das selten für das gesamte Gemeindegebiet gilt, aber die Möglichkeiten eröffnet, den Einsatz von Metalldetektoren im Bereich der örtlichen Kulturdenkmäler und an sonstigen Standorten mit archäologischen Überresten auch in der 30-cm-Schicht zu unterbinden. Dass diese Regelung nach einer mehr als 25-jährigen Diskussion getroffen wurde, ist ein deutlicher Beweis für die Annäherung der beiden Seiten. Wenn man das Ziel der Archäologie darin sieht, ein breiteres Publikum zu erreichen, kann dies nur als ein Schritt in die richtige Richtung gewertet werden.

Fundrecht

Das Kulturerbegesetz regelt in Art. 5.7 das Eigentum an archäologischen Funden, die bei einer Ausgrabung aufgefunden werden und an denen niemand sein Eigentum nachweisen kann. Solche Funde sind grundsätzlich Eigentum der Provinz, in der die Ausgrabung stattfand. Die Funde werden in durch die Provinzen geführte Depots aufgenommen und sind so für Wissenschaft und Forschung auf der einen Seite und zur Leihgabe an Museen auf der anderen Seite verfügbar. Sofern eine Gemeinde, auf deren Grund ein Fund zutage tritt, über ein solches Depot verfügt, erhält diese das Eigentum an dem Fund. Sofern die Fundstelle außerhalb der Gemeindegrenzen liegt, fällt das Eigentum an den Funden an den Staat. Wird außerhalb einer Ausgrabung ein Fund geborgen, von dem redlicherweise vermutet werden kann, dass es sich um einen archäologischen Fund handelt (sog. archäologischer Zufallsfund), muss dieser so schnell wie möglich dem zuständigen Minister gemeldet werden (Art. 5.10 Abs. 1 KultErbG).

Regelungen zum Eigentum an solchen Zufallsfunden sind auch in dem Kulturerbegesetz nicht zu finden, sodass das Eigentum nach wie vor gemäß Art. 5:13 des Zivilgesetzbuches zur Hälfte dem Grundeigentümer und zur Hälfte dem Finder zusteht. Um trotz des möglichen Eigentums Privater die wissenschaftliche Untersuchung der Funde zu ermöglichen, haben die Berechtigten archäologische Zufallsfunde nach der Fundanzeige sechs Monate lang zur Verfügung zu halten oder zu stellen (Art. 5.10 Abs. 2 KultErbG). Auch nach dem Kulturerbegesetz hat derjenige, der außerhalb einer Ausgrabung Beobachtungen macht, von denen er weiß oder redlicherweise vermuten muss, dass diese für die archäologische Denkmalpflege von Bedeutung sind, diese Beobachtungen anzuzeigen (Art. 5.11 KultErbG).

⁴² Siehe amtliche Erläuterungen zum Archäologieerlass: Besluit Erfgoedwet archeologie (Anm. 35). Nota van Toelichting.

Bewertung des Systems

Die niederländische Archäologie ist in den letzten 30 bis 40 Jahren gewachsen. Eine Reihe von neuen Gesetzen und sonstigen Vorschriften hat zu einem normativen Gesamtgefüge geführt, das aus zwei Gesetzen – dem Kulturerbe- und dem Umweltgesetz – sowie einem System der Qualitätssicherung der archäologischen Arbeit besteht. Es stellt sich aber die Frage, wie gut dieses Modell unsere kollektive Vergangenheit und unser Kulturerbe, vor allem das archäologische Erbe, schützt. Die Diskussion darüber, wie man in der Archäologie gewährleistet, dass die richtigen Personen am richtigen Ort zur richtigen Zeit sind, ist immer noch nicht abgeschlossen. Die Eigenart des Managements des archäologischen Erbes in den Niederlanden, das eine marktgesteuerte und überwiegend im Rahmen der räumlichen Planung stattfindende Forschung beinhaltet, bringt es mit sich, dass es bislang nicht gelungen ist, diese zentrale Frage zur vollen Zufriedenheit aller Beteiligten zu beantworten.

Diskussionsbedarf besteht auch bei weiteren Aspekten, so z. B. hinsichtlich der Frage, wie man soziales Kapital in diesem Konstrukt generieren kann. Zwar ist ein wachsendes Interesse an archäologischer „Community“ und an „Public Archaeology“ zu verzeichnen; ungewiss ist aber, wie man diesem Interesse innerhalb der aktuellen rechtlichen Einschränkungen Rechnung tragen kann. Ein gewisser Fortschritt ist nicht von der Hand zu weisen; eine strukturelle Gesamtlösung ist aber nicht in Sicht.

Man könnte meinen, dass die Konvention von Malta nicht vollständig umgesetzt worden ist. Bei der Umsetzung der Konvention von Faro über den Wert des Kulturerbes für die Gesellschaft sind aber noch weniger Fortschritte zu verzeichnen. Wenn die Archäologie in den Niederlanden und selbst in Europa ihre Bedeutung behalten will, muss nach Wegen und Mitteln gesucht werden, den Wert zu kreieren oder zu erschließen, den das kulturelle Erbe für die Gesellschaft hat. Es ist verständlich, dass der niederländische Gesetzgeber wenig empfänglich für die Idee wäre, umgehend mit der Entwicklung eines neuen Gesetzes zu beginnen, das diesem Anliegen entspricht, nachdem erst vor Kurzem viel Mühe in die Erarbeitung des Kulturerbe- und des Umweltgesetzes geflossen ist. Es sind daher die Archäologen selbst aufgefordert, sich Gedanken darüber zu machen, was sie von der Zukunft für die Archäologie erwarten.

In der Theorie ist die Dezentralisierung der Erhaltung des archäologischen Erbes ein plausibles Konzept: Die Verantwortung für die Betreuung des kulturellen Erbes wird auf die lokale Ebene verlagert, wo die Menschen die engste Verbindung zur Archäologie haben, sich am stärksten um diese kümmern und somit über das umfangreichste Wissen verfügen. In der Praxis hat die Dezentralisierung jedoch zu Problemen geführt. Das ar-

chäologische Erbe ist nicht gleichmäßig über das Land verteilt; das Gleiche gilt auch für ökonomische Ressourcen und die Verfügbarkeit von Raum. Der Auftrag – man könnte sogar meinen, die Last –, das lokale Erbe zu bewahren, ist deshalb nicht gleichmäßig verteilt. Die den Gemeinden eingeräumte Freiheit, ihre lokale Politik und das Ortsrecht im Sinne des archäologischen Erbes zu gestalten, kann mitunter zur Gefährdung dieses Erbes führen. So kommt es vor, dass bei einem beiderseits der Gemeindegrenze gelegenen archäologischen Denkmal zwar beide Gemeinden die bauliche Entwicklung des jeweiligen Areals zulassen, aber die Verwaltung nur der einen Gemeinde die Umweltgenehmigung unter der Voraussetzung erteilt, dass eine (kostspielige) Ausgrabung stattfindet, während auf dem Gebiet der anderen Gemeinde kaum Forschung stattfinden muss. Die Unterschiede sind auch in sehr banalen Dingen spürbar, etwa dem Umgang mit Megalithgräbern (HUNNEBEDDEN) in der Provinz Drenthe. Je nach Gemeinde kann es vorkommen, dass die archäologische Stätte und deren Umfeld gut gepflegt und touristisch aufgewertet oder aber völlig vernachlässigt sind und beispielsweise der örtlichen Jugend als Lagerfeuerstelle dienen. Verantwortlich dafür ist nicht etwa ein in unterschiedlich hohem Maße ausgeprägtes Interesse an solchen Denkmälern, sondern die ungleiche Verteilung der ohnehin begrenzten Finanzmittel. Wenn eine Gemeinde in ihrem Gebiet mit einer bestimmten Art von archäologischen Stätten, die zum Verständnis einer bestimmten Epoche wichtig ist, besonders reich „gesegnet“ ist, muss man sich nicht weiter wundern, dass sie versucht sein wird, diesen strukturellen Nachteil im Vergleich zu den benachbarten Gemeinden durch örtliche Bestimmungen zu verringern.

Die Anzahl der Aufgaben in sehr unterschiedlichen Fachgebieten, die im vergangenen Jahrzehnt von der staatlichen Zentral- auf die Kommunalverwaltung übertragen wurden, ist stark gewachsen. Zwar sind die Haushaltsmittel der Aufgabenzuweisung gefolgt; der allgemeine Eindruck ist aber, dass die Gemeinden finanziell immer weniger in der Lage sind, die ihnen übertragenen Aufgaben wahrzunehmen. In allen Bereichen eine ausreichende Sachkunde vorzuhalten, fällt den Gemeinden schwer. In der archäologischen Denkmalpflege wird eine große Zahl von Gemeinden verständlicherweise über keine eigene archäologische Kompetenz verfügen. Manche werden ihre Personalressourcen bündeln und sogar ihre Politik im archäologischen Bereich synchronisieren, indem sie gemeinsam einen Archäologen anstellen. Andere werden mit temporär eingestellten oder teilzeitbeschäftigten Kräften arbeiten. Wieder andere werden einzelfallbezogen private Grabungsfirmen heranziehen. All diese Lösungen werden sich aber negativ auf die lokale Expertise auswirken, die zu nutzen der Sinn der Dezentralisierung war.

Auch wenn keine verlässlichen Zahlen verfügbar sind, ist dennoch klar, dass im absoluten Sinne die Bemühun-

gen der Gemeinden, ihr archäologisches Erbe zu pflegen und die Menge der von ihnen durchgeführten archäologischen Untersuchungen eindrucksvoll gewachsen sind. Ein begründeter Zweifel an der Wirksamkeit des aktuellen Modells ist dennoch angebracht. Vor allem die unterschiedlichen Praktiken bei der Pflege des archäologischen Erbes vor Ort sollten in den nächsten zehn Jahren zwar wohlwollend, aber kritisch beobachtet werden.

Fazit

Angesichts eines Systems, bestehend aus zwei Gesetzen – dem Kulturerbegesetz und dem Umweltgesetz –, gepaart mit einem starken System der Qualitätssicherung scheint es, als ob die Niederlande die stärksten gesetzlichen Rahmenbedingungen zum Schutz des archäologischen Erbes weltweit aufweisen würden. Aufgrund der oben skizzierten Veränderungsprozesse in der archäologischen Denkmalpflege wurden Arbeitsplätze geschaffen. Die kommerzielle archäologische Arbeit wird durch die finanzielle Heranziehung von Investoren ausreichend gestützt, während die meisten Vorgaben der Konvention von Malta, vor allem die dort geforderte Integration der Archäologie in Planungsprozesse, mittlerweile umgesetzt sind. Archäologische Denkmäler werden in der Tat besser geschützt als noch vor 25 Jahren. Plünderungen und illegale Eingriffe sowie illegaler Handel mit archäologischen Funden sind zwar nicht unbekannt, werden aber einigermaßen in Schach gehalten. Die Etablierung und der Ausbau der kommerziellen Archäologie haben zu einer Flut von Berichten und zur Entstehung von sorgfältig verwalteten Sammlungen von Daten und Funden geführt. Die archäologische Arbeit wird effizient zu einem vernünftigen Preis durchgeführt. Auch wenn sich über diesen Punkt diskutieren lässt, so zeigt doch der Blick über die Landesgrenzen, dass es genügend andere Staaten gibt, deren Rechtslage und Praxis der Denkmalerhaltung noch wesentlich defizitärer sind.

Das bedeutet andererseits nicht, dass die Niederländer einen archäologischen „Himmel auf Erden“ erschaffen hätten. Bei näherem Hinsehen bietet das System durchaus Raum für weitere Verbesserungen. Ein wesentlicher Aspekt sind die Qualitätsunterschiede in der Handhabung des Gesetzes auf lokaler Ebene, insbesondere das Problem, Fachwissen bei den Gemeinden vorzuhalten. Auch die Beziehungen der amtlichen Archäologie zu den Amateur-Archäologen, Sondengängern und generell zur Öffentlichkeit sind fragil und könnten (und sollten) gestärkt werden. Die Umsetzung der Konvention von Faro ist ein Vorhaben, das auf der archäologischen Agenda höher angesiedelt sein sollte.

Die vorhandenen Gesetze sind dazu da, unser gemeinsames Kulturerbe zu schützen, damit wir sowohl hier und heute als auch in der Zukunft daran teilhaben können. Wenn man sich das soziale Kapital, das hier generiert werden könnte und die mögliche Verbesserung der Lebensqualität vor Augen führt, so ist das jetzige wohl organisierte System von einem Idealzustand dennoch weit entfernt. Es ist daher nicht schwer zu prognostizieren, dass es innerhalb eines Jahrzehnts nochmals zu einer Überarbeitung der einschlägigen Gesetze kommen wird. Es wäre sicherlich politisch klug und sogar eine Pflicht der Archäologen, eine diesbezügliche Diskussion zu initiieren und in einer möglichst breiten Öffentlichkeit zu führen.

Abstract

The article describes the development in legislation concerning the protection of archaeological heritage in the Netherlands since the 1980s. The authors focus particularly on the Dutch system of securing quality standards in archaeological fieldwork and of considering the interests of archaeology in the context of planning processes. The article outlines to which extent international conventions on cultural heritage are currently implemented in Dutch law and points to shortcomings that should give reason to enhance the legal regulations.

Der rechtliche Schutz von Unterwasser-Kulturerbe in Belgien: Überblick und aktuelle Entwicklungen

Von Thary Derudder

[Die folgenden Seiten sind aus urheberrechtlichen Gründen nicht online.]

Archäologischer Kulturgüterschutz in Österreich

Von Erika Pieler

Einleitung und historische Entwicklung

Österreich ist ein an archäologischen Funden und Fundstätten reiches Land¹. So zählen dazu die paläolithische Figurine der sog. Venus von Willendorf, der prähistorische Bergbau in Hallstatt oder die römischen Fundstellen entlang des Donaulimes. Doch auch die jüngste Geschichte wie bauliche Überreste der NS-Zeit sind Teil der archäologischen Forschung und Bodendenkmalpflege. Aktuell stehen 1048 unbewegliche Bodendenkmale unter Denkmalschutz, wobei anzumerken ist, dass zahlreiche Regelungen des Denkmalschutzgesetzes – wie noch näher auszuführen sein wird – nicht nur geschützte Bodendenkmale, sondern archäologisches Kulturgut generell betreffen.

Betrachtet man die historische Entwicklung des Denkmal- und Kulturgüterschutzes² in Österreich, so waren Gegenstand der ersten rechtlichen Bestimmungen Ende des 18. und Anfang des 19. Jahrhunderts Münzen und archäologische Funde, welche bei Hofe einzusenden waren, um einen Ankauf zwecks Aufstellung im k. k. Münz- und Antiken-Cabinet zu prüfen. Die erste Ausführungsregelung (Hofkanzleidekret von 1818) hatte ebenfalls Antiken zum Schutzgegenstand. Ein umfassendes Denkmalschutzgesetz (DMSG)³ zum Schutze beweglicher und unbeweglicher Denkmäler⁴ wurde in Österreich 1923 erlassen und zählte dieses von Anfang an auch archäologische Objekte zu seinem sachlichen

Anwendungsbereich. Detaillierte Regelungen betreffend Archäologie wurden insbesondere im Rahmen der DMSG-Novelle 1990, welche unter Bezugnahme auf die Europaratskonvention zum Schutz archäologischen Kulturguts (London 1969) erarbeitet wurde, eingefügt⁵.

Die österreichische Bundesverfassung (B-VG) ordnet die Kompetenz Denkmalschutz⁶ in Gesetzgebung und Vollziehung dem Bund zu (Art. 10 Abs. 1 Z 13 B-VG). Österreich besitzt daher ein bundesweit geltendes Denkmalschutzgesetz (DMSG), welches den Schutz beweglicher und unbeweglicher Denkmäler sowie die Ausfuhr von Kulturgut regelt. Eine Konzentration der Materie Denkmalschutz auf den Bund erfolgt überdies durch die Vollziehung in unmittelbarer Bundesverwaltung (Art. 102 Abs. 2 B-VG) durch die Behörde Bundesdenkmalamt (BDA).

Begriffe

Denkmal

Dem DMSG liegt im Wesentlichen der Begriff des Denkmals, zu welchem auch Bodendenkmäler zählen, zugrunde⁷. § 1 Abs. 1 DMSG definiert Denkmäler als „von Menschen geschaffene unbewegliche und bewegliche Gegenstände (einschließlich Überreste und Spuren ge-

1 Der vorliegende Beitrag gibt die persönliche Meinung der Autorin wider. Es sei an dieser Stelle den Mitarbeitern der Abteilung für Archäologie im Bundesdenkmalamt, insbesondere dem Leiter Univ.-Doz. Dr. Bernhard Hebert sowie Dr. Eva Steigberger und Dr. René Ployer, für Informationen zu praktischen Fragen der Bodendenkmalpflege gedankt.

2 Siehe dazu W. Kirsch, Denkmalschutz. Kommentierte Ausgabe der Gesetze und Verordnungen auf dem Gebiete des Denkmalschutzes (Wien 1937) 1 ff.; N. Helfgott, Die Rechtsvorschriften für den Denkmalschutz (Wien 1979) 1 ff.; W. Frodl, Idee und Verwirklichung. Das Werden der staatlichen Denkmalpflege in Österreich. Stud. Denkmalschutz u. Denkmalpflege 13 (Wien 1988).

3 Bundesgesetz betreffend den Schutz von Denkmalen wegen ihrer geschichtlichen, künstlerischen und kulturellen Bedeutung, Stammfassung: BGBl Nr. 533/1923. Alle österreichischen Gesetze sind tagesaktuell bzw. in der gewünschten Fassung unter www.ris.bka.gv.at abrufbar (Zugriff: 31.08.2017).

4 Anm. der Red.: Aus Gründen der Einheitlichkeit wird im gesamten Band die Pluralform „Denkmäler“ verwendet. In Österreich lautet die Pluralform „Denkmale“.

5 BGBl. Nr. 473/1990; siehe die Erläuterungen in der Regierungsvorlage 1275 der Beilagen XVII. GP, abrufbar unter www.ris.bka.gv.at (Zugriff: 31.08.2017).

6 Zum österreichischen Denkmalschutzrecht siehe die Kommentare C. Bazil/R. Binder-Kriegelstein/N. Kraft, Das österreichische Denkmalschutzrecht. Kurzkomentar² (Wien 2015) und W. Fürnsinn, Denkmalschutzrecht, Kommentar (Wien 2002) sowie die Monografien und Beiträge W. Wieshaider, Stumm vibrierender Mitlaut – Denkmal und öffentliches Interesse. Allgemein und im Umgang mit Synagogen beidseits der Thaya (Wien 2016); E. Pieler, Kulturgüterschutz. In: A. Pfeffer/R. Rauter (Hrsg.), Handbuch Kunstrecht (Wien 2014) 264–280; W. Wieshaider, Denkmalschutzrecht. Eine systematische Darstellung für die österreichische Praxis (Wien, New York 2002). Zur Bodendenkmalpflege in der Praxis siehe die jährlich erscheinenden, vom BDA herausgegebenen Fundberichte aus Österreich (FÖ).

7 Vgl. E. Pieler, Zum Begriff des Denkmals im österreichischen Recht. Entstehung – Entwicklung – Ausblick. In: K. Odendahl/P. Weber (Hrsg.), Kulturgüterschutz – Kunstrecht – Kulturrecht [Festschr. K. Siehr]. Schr. Kunst- u. Kulturrecht 8 (Baden-Baden 2010) 21–39.

staltender menschlicher Bearbeitung sowie künstlich errichteter oder gestalteter Bodenformationen) von geschichtlicher, künstlerischer oder sonstiger kultureller Bedeutung“. Was alles unter Bodendenkmälern zu verstehen ist, hat der Verwaltungsgerichtshof (VwGH)⁸ in seinem Erkenntnis vom 19.05.1993, 93/09/0066 festgehalten: „unbewegliche wie Hügelgräber, Wallburgen, Landwehre, aber auch obertägig nicht sichtbare wie die Reste eines Römerlagers oder ein Gräberfeld, und bewegliche Objekte wie etwa Keramik, Geräte, Waffen, Münzen und sonstige Funde“. Auch Halden im Zusammenhang mit prähistorischem Bergbau können Denkmäler sein, weil sie das Ergebnis menschlicher Tätigkeit sind⁹. Irrelevant für die Denkmaleigenschaft sind Alter, monetärer Wert oder Wertschätzung durch die Bevölkerung.

Das Kriterium „von Menschen geschaffen“ erweist sich für den Bereich der Archäologie mitunter als problematisch, wie die Auseinandersetzungen in Bezug auf die Leiche vom Similaungletscher, den sog. Ötzi, zeigten¹⁰. Der Verfassungsgerichtshof (VfGH) hat zu der Voraussetzung der Schaffung durch den Menschen festgehalten, dass Skelette nur dann geschützt sind, wenn sie eine Einheit mit unter Denkmalschutz stehenden Gräbern darstellen¹¹. Solange Knochen bzw. generell menschliche Überreste aber weder bearbeitet sind noch in einem Bestattungszusammenhang liegen, sind sie nach der österreichischen Rechtslage keine Denkmäler. Ein weiteres Problem in Bezug auf den Denkmalbegriff sind Höhlen als Wohnstätten der prähistorischen Bevölkerung. Auch hierzu führte der VfGH aus, dass Höhlen nicht unter Denkmalschutz, sondern lediglich unter Naturschutz gestellt werden können¹².

Bodendenkmal

Bei den archäologiespezifischen Rechtsvorschriften des DMSG (§§ 8–11) wird der Begriff des „Bodendenkmals“ verwendet. § 9 Abs. 1 DMSG definiert Bodendenkmäler als Gegenstände unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche, die infolge ihrer Lage, Form oder Beschaffenheit offen-

kundig den Beschränkungen dieses Bundesgesetzes unterliegen könnten.

Akteure im Bereich der Archäologie

Behörden

Für die Wahrnehmung des Schutzes archäologischer Denkmäler ist in erster Linie die bundesweit agierende Behörde Bundesdenkmalamt (BDA) zuständig. Das BDA verfügt über eine Abteilung für Archäologie mit Hauptsitz in der Zentrale in Wien und einem Archäologiezentrum in Mauerbach, Niederösterreich, wo sich Funddepot, Bibliothek, Fundakten- und Planarchiv und Seminarräume befinden, sowie über Archäologinnen und Archäologen in den Außenstellen des BDA in den Bundesländern (sog. Gebietsbetreuer)¹³. Darüber hinaus besteht im BDA eine Abteilung für Konservierung und Restaurierung. Zu den Aufgaben des BDA zählen der Vollzug des DMSG (Unterschutzstellung von Denkmälern, Erteilung von Ausfuhr-, Grabungs- und Veränderungsbewilligungen), aber auch die Mitwirkung durch Amtssachverständige bei UVP-Verfahren. Daneben ist das BDA Berater in Denkmalpflegeangelegenheiten sowie für wissenschaftliche Forschungen zum österreichischen Denkmalbestand und zu Konservierungs- und Restaurierungstechnologien zuständig. Auch vergibt es Förderungen. Legistische Angelegenheiten sowie die Vertretung Österreichs bei internationalen Organisationen und der EU werden vom Bundeskanzleramt ausgeübt, welchem auch die Fachaufsicht über das BDA obliegt.

Der Rechtsschutz wird durch die Verwaltungsgerichte wahrgenommen. Insbesondere ist das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) zuständig, Entscheidungen (Bescheide) des BDA in Unterschutzstellungsangelegenheiten oder auch Grabungsbewilligungen auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen¹⁴. Höchstgerichte sind der Verfassungsgerichtshof und der Verwaltungsgerichtshof. Als Beratungsgremium für das BDA und den Bundeskanzler sowie die Verwaltungsgerichte fungiert der Denkmalbeirat – ein Expertengremium, welchem unter anderem Archäologinnen und Archäologen angehören (§ 15 DMSG).

⁸ Alle Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes wie auch des Verfassungsgerichtshofes (VfGH) und des Bundesverwaltungsgerichtes (BVwG) sind unter www.ris.bka.gv.at (Judikatur) abrufbar (Zugriff: 31.08.2017).

⁹ VwGH, Erkenntnis v. 23.02.2017 – Ro 2016/09/0008.

¹⁰ Siehe F. Höpfl/W. Platzer/K. Spindler (Hrsg.), *Der Mann im Eis*, Bd. 1. Bericht über das Internationale Symposium in Innsbruck 1992. Veröff. Univ. Innsbruck 187 (Innsbruck 1992); K. Weber, *Ist der „Ötzi“ ein Denkmal? Kulturgüterschutzrechtliche Aspekte von archäologischen Funden*. Österreichische Juristen-Zeitung 1992, 673.

¹¹ Erkenntnis v. 19.03.1964 – K II-4/63 –, BGBl. Nr. 1965/140.

¹² Siehe das Erkenntnis v. 22.10.1929 – Nr. 1240. Naturschutz ist gemäß Artikel 15 B-VG Landessache.

¹³ Aktuelle Informationen zur Archäologie im BDA sind auf dessen Website www.bda.gv.at abrufbar. Derzeit sind demnach 15 Archäologinnen und Archäologen am BDA beschäftigt.

¹⁴ Siehe E. Pieler, *Denkmalschutz und Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich*. In: *Quo vadis Denkmalrecht? Kulturelle zwischen Pflege und Recht*, hrsg. v. Deutsches Nationalkomitee für Denkmalschutz. Schriftenr. Dt. Nationalkomitee Denkmalschutz 90 (Berlin 2017) 145–156.

Sonstige Akteure

Neben den genannten Behörden, Gerichten und Einrichtungen sind im Bereich der Archäologie auch die Landesarchäologen in den Bundesländern, die Universitäten, die Akademie der Wissenschaften mit dem Österreichischen Archäologischen Institut oder die Landes- und Regionalmuseen wichtige Akteure.

Seit dem Jahr 2009 werden Grabungstätigkeiten vermehrt durch private Grabungsfirmen durchgeführt¹⁵ und zählen insbesondere Notgrabungen sowie Grabungen im Zusammenhang mit Großprojekten zu deren Aufgabenfeld. Wichtige Partner sind dabei auch die Auftraggeber. Insbesondere die großen Unternehmen im Straßen- und Bahnbau finanzieren im Vorfeld eines UVP-Verfahrens und danach die archäologischen Maßnahmen, sponsern Publikationen und nutzen die archäologischen Ergebnisse bewusst für ihre PR-Arbeit¹⁶.

Die Beteiligung der (interessierten) Öffentlichkeit ist im Denkmalschutzrecht nicht verankert, doch ist zunehmend eine Öffnung in Bezug auf Partizipation und Einbindung der Bevölkerung feststellbar. Diese Entwicklung steht im Einklang mit den internationalen Vorgaben, insbesondere den Forderungen aus der Rahmenkonvention des Europarats über den Wert des Kulturerbes für die Gesellschaft (sog. Konvention von Faro), welche für Österreich im Jahr 2015 Geltung erlangte¹⁷. Neben der Vermittlung archäologischer Themen in der Öffentlichkeit oder an Schulen und dem Austausch des BDA mit ehrenamtlich tätigen Laien und Heimatforschern kommt es auch zu einer verstärkt organisierten Bürgerbeteiligung (vgl. den 2015 gegründeten Verein *ArchaeoPublica*, dessen Zweck archäologische Bürgerbeteiligung, Öffentlichkeitsarbeit für Archäologie und lebenslanges Lernen ist)¹⁸. Eine Anerkennung der Verdienste

¹⁵ Zu diesem Strukturwandel siehe den Überblick „Archäologie im Bundesdenkmalamt 2016, Fundber. Österreich 55, 2016 (in Druck); B. Hebert, Die Abteilung für Bodendenkmale des Bundesdenkmalamtes im Jahr 2009, Fundber. Österreich 48, 2009, 9; E. Steigberger, Preventive Archaeology in Austria. In: P. Novaković/M. Horňák/M. P. Guermandi/H. Stäuble/P. Depaepe/ J.-P. Demoule (Hrsg.), *Recent Developments in Preventive Archaeology in Europe, Proceedings of the 22nd EAA Meeting in Vilnius 2016* (Ljubljana 2016) 173–181, abrufbar unter <http://www.ff.uni-lj.si/sites/default/files/Dokumenti/Knjige/e-books/recent.pdf> (Zugriff: 31.08.2017).

¹⁶ So konnte am 2012 eröffneten Bahnhof Tullnerfeld in Niederösterreich ein kleiner Ausstellungsbereich mit Grabungsfunden zur Information der Fahrgäste realisiert werden. Informationen zu Publikationsformaten wie die „Zeitschienen“ oder die „Trassenarchäologie“ finden sich auf der Website des BDA unter www.bda.gv.at (Zugriff: 31.08.2017).

¹⁷ BGBl. III Nr. 22/2015; siehe auch E. Pieler, Die Konventionen von Valetta und Faro und ihre Ratifikation durch Österreich. In: B. Hebert/N. Hofer (Hrsg.), *Festveranstaltung „Ratifizierung der Konventionen von Valetta und Faro durch Österreich“* 26. November 2015, Fundber. Österreich, Tagungsbd. (FÖTag) 5 (Wien 2016) 9–10.

¹⁸ www.archaeopublica.eu (Zugriff: 31.08.2017).

auch von Privatpersonen um den Denkmalschutz erfolgt insofern, als gemäß § 14 DMSG vom Bundeskanzler Medaillen für besondere Leistungen vergeben werden können¹⁹.

Eigentum und Verfügungsgewalt an archäologischen Objekten

Bereits entdeckte archäologische Objekte

Nach der österreichischen Rechtslage ist es grundsätzlich möglich, archäologische Objekte/Antiken in privatem Eigentum zu haben, weshalb diese auch am freien Markt erworben werden können und mit ihnen gehandelt wird. Einschränkungen ergeben sich zum einen aufgrund des Gewerberechts (§ 154 Abs. 2 GewO: erhöhte Auskunftspflicht für Antiquitäten-, Altwaren- und Kunsthändler) sowie aufgrund des erst 2016 erlassenen Kulturgüterrückgabegesetzes, dessen praktische Auswirkungen aber noch abzuwarten bleiben (§ 9 KGRG: Aufzeichnungs- und Sorgfaltspflichten für den Handel)²⁰. Steht das Objekt unter Denkmalschutz, hat der Eigentümer die Veräußerung gemäß § 6 Abs. 4 DMSG binnen zwei Wochen unter Namhaftmachung des Erwerbers dem BDA anzuzeigen.

Aus kulturgüterschutzrechtlicher Sicht problematisch erweist sich mitunter der „gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten“ (§ 367 ABGB; Voraussetzungen: 1. entgeltlicher Erwerb in einer öffentlichen Versteigerung, von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens oder von jemandem, dem sie der vorige Eigentümer anvertraut hatte; 2. rechtmäßiger und redlicher Besitz), weil dadurch die Gefahr besteht, dass Funde aus (internationalen) Raubgrabungen am österreichischen Markt „reingewaschen“ werden. Was den Handel mit Antiken im Internet betrifft, ist darauf zu verweisen, dass Österreich am „eBay Projekt“ 2008 beteiligt war und daraufhin ein Rückgang beim Angebot archäologischer Funde vermerkt werden konnte²¹.

Die Ausfuhr von archäologischen Objekten bedarf in der Regel einer Bewilligung durch das Bundesdenkmalamt, wobei unterschieden werden muss, ob eine dauerhafte (§ 17 DMSG) oder eine vorübergehende Ausfuhr etwa zu Ausstellungszwecken (§ 22 DMSG) angestrebt wird. Betroffen sind nach § 16 DMSG alle geschützten Denkmä-

¹⁹ Im Jahr 2011 wurde speziell der Archäologiebereich ausgezeichnet und waren unter den Würdenträgern auch Laien, Auftraggeber oder eine Schule vertreten. Siehe <https://homepage.univie.ac.at/elisabeth.trinkl/forum/forum0611/59pieler.htm> (Zugriff: 31.08.2017).

²⁰ Kulturgüterrückgabegesetz (KGRG), BGBl. I Nr. 19/2016.

²¹ Vgl. E. Pieler, Der Handel mit Kulturgütern im Internet. In: W. Jaksch-Ratajczak/A. Stadler (Hrsg.), *Aktuelle Rechtsfragen der Internetnutzung 2* (Wien 2011) 447 ff.

ler oder solche, hinsichtlich derer ein Unterschutzstellungsverfahren eingeleitet wurde. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass alle im Eigentum des Bundes oder eines Bundeslandes stehenden Denkmäler *ex lege* unter Schutz stehen. Auch nicht gemeldete archäologische Funde genießen einen *ex lege* Denkmalschutz (§ 9 Abs. 3 DMSG) und dürfen folglich nicht bewilligungslos ausgeführt werden. Darüber hinaus benötigen archäologische Gegenstände, soweit diese höchstens 100 Jahre alt sind und aus Grabungen und archäologischen Funden zu Lande oder unter Wasser, aus archäologischen Stätten oder aus archäologischen Sammlungen stammen, eine Bewilligung. Archäologische Gegenstände von archäologisch oder wissenschaftlich beschränkter Bedeutung, die nicht unmittelbar aus Grabungen, archäologischen Funden oder archäologischen Stätten in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften stammen (vorausgesetzt, der Handel mit diesen Kulturgütern erfolgt rechtmäßig), sind von der Bewilligungspflicht auch dann ausgenommen, wenn sie älter als 100 Jahre sind.

Zufalls- und Grabungsfunde

Was das Eigentum an Zufalls- und Grabungsfunden anbelangt, gilt der Verweis des § 10 DMSG auf die zivilrechtlichen Schatzfundregelungen²². Demnach ist das Eigentum an einem Fund zwischen dem Finder einerseits und dem Grundeigentümer andererseits zu teilen (§ 399 ABGB). Ein unredlicher Finder verliert jedoch seinen Hälfteanteil. Der Staat erhält grundsätzlich keinen Eigentumsanteil; es besteht allerdings eine Ausnahme aufgrund des DMSG, wenn das Objekt im Zuge einer Grabung von einer Gebietskörperschaft (z. B. Bund, Land, Gemeinde) bzw. auf dem Grundstück einer Gebietskörperschaft gefunden/ergraben wurde. Hier ist zwar der Wert zwischen Entdecker und Grundeigentümer zu teilen, doch hat die Gebietskörperschaft, welche die Grabung durchführte bzw. durchführen ließ, ein Ablöserecht im Sinne eines Ankaufsrechts (§ 10 DMSG). Dies hat zur Folge, dass der Fund in das Eigentum der Gebietskörperschaft übertragen wird, dem Grundeigentümer dafür aber eine Ablöse (Entschädigung) zusteht. Ziel dieser Sonderbestimmung ist die gesicherte Verwahrung in einer wissenschaftlichen Sammlung einer Gebietskörperschaft.

Aufgrund der geänderten Grabungspraxis, wonach das BDA kaum mehr als Ausgräber auftritt sowie der Ausgliederungen einstmals öffentlicher Institute oder Universitäten, ergeben sich Änderungen im Fundrecht.

²² S. Karl/I. Koch/E. Pieler, Revidierung der gesetzlichen Vorschriften zu archäologischen Funden und Schätzen in der österreichischen Monarchie zwischen 1834 und 1846. Mit einem Ausblick auf die heutige Situation. Österreichische Zeitschr. Kunst u. Denkmalpflege (ÖZKD) 71, 2017, 86–119.

Auftraggeber und Ausgräber sind aktuell in der Regel private Personen/Unternehmen und ihnen steht daher auch der (Hälfte-)Eigentumsanteil zu. Der Staat kann also kein Ablöserecht geltend machen, nicht über die Funde verfügen und lediglich mit den Mitteln des DMSG (insbesondere Unterschutzstellung, Recht auf wissenschaftliche Auswertung) Einfluss auf das weitere Schicksal der Funde nehmen. Einerseits werden die Funde in Depots der Grabungsfirmen aufbewahrt, andererseits werden Funde aus „privaten“ Grabungsmaßnahmen auch öffentlichen Institutionen zur Aufbewahrung übergeben²³.

De facto stellt die Fundaufbewahrung den Staat vor große Herausforderungen, zum einen, weil zahlreiche Funde zwar in der Verfügungsmacht des Bundesdenkmalamtes stehen, ihre eigentumsrechtliche Situation aber ungeklärt ist, weil die Grabungen schon lange zurückliegen²⁴. Zum anderen stellt sich aber auch bei neuen Funden das Problem ihrer Lagerung. Private Eigentümer sind zumeist nur an „spektakulären“ Funden interessiert. Für die Wissenschaft sind aber gerade auch die nicht so wertvollen Funde bzw. das gesamte Fundspektrum relevant. Darüber hinaus ist eine dauerhafte und konservatorisch korrekte Verwahrung erforderlich, deren Kosten mitunter hoch bzw. auch nicht abschätzbar sind. Es ist daher der Forderung nach einer Erhaltung *in situ* der Vorzug zu geben und wird dies in Entsprechung der Vorgaben aus der sog. Konvention von Valetta auch insofern befolgt, als die Republik Österreich mitunter finanzielle Zuschüsse zum Ankauf von Fundstätten bzw. auch Fundhoffnungsgebieten zum Zwecke einer dauerhaften Erhaltung bzw. späteren Erforschung leistet²⁵.

Unterschutzstellung

Grundsätzliches

Soll ein Bodendenkmal langfristig bzw. dauerhaft geschützt werden, wird vom BDA ein Unterschutzstellungsverfahren von Amts wegen eingeleitet. In der Regel wird in einem ersten Schritt ein (Amts-)Sachverständigengutachten erstellt, welches die Forschungsergebnisse zusammenfasst und eine Bewertung des archäologischen Gegenstandes im Hinblick auf seine Bedeutung als Denkmal vornimmt (Sachfrage). Für die Beurteilung der Bedeutung ist die in der Fachwelt vorherrschende

²³ Zur Aufbewahrung von archäologischem Fundmaterial siehe M. Hinterwallner, Fundber. Österreich 53, 2014, 30.

²⁴ Siehe Bericht von Ch. Blesl/J. Huber, Projekt Depotevaluierungen. Fundber. Österreich 54, 2015, 28 f.

²⁵ So geschehen im Fall des Erwerbs der römischen Villa Löffelbach (Steiermark) oder der römischen „Poststation“ Clunia in Vorarlberg durch die Gemeinden.

Meinung ausschlaggebend²⁶. Zumeist wird dazu ein Augenschein durchgeführt bzw. sind bereits im Vorfeld Grabungen oder geophysikalische Prospektionen vorgenommen worden. Gemäß § 30 DMSG besteht gegenüber dem BDA eine Auskunftspflicht der Grundeigentümer. Diese inkludiert die Duldung der Durchführung von Grabungen sowie von Fotoaufnahmen und die Entnahme von Proben zur Restaurierung.

In einem zweiten Schritt prüft die Behörde die Rechtsfrage, d. h., ob ein öffentliches Interesse an der Erhaltung besteht. Hier spielen Kriterien wie Seltenheit oder Qualität eine Rolle. Die Entscheidung ergeht in Form eines vor dem Bundesverwaltungsgericht bekämpfbaren Bescheides. Zu beachten ist, dass sich der Denkmalschutz nur auf das Bodendenkmal selbst beziehen kann, nicht aber auf die keine Überreste enthaltenden sonstigen Teile des betroffenen Grundstücks²⁷. Folglich ist das zu schützende Bodendenkmal, so es nicht an der Oberfläche deutlich erkennbar ist, in einem Plan (integrierender Bestandteil des Bescheides) darzustellen. Nur so kann ein Bescheid auch vollzogen und von archäologischen Laien verstanden werden. Ebenfalls nicht von der Unterschutzstellung betroffen ist der Bewuchs des Grundstücks oder die Bewirtschaftung, wenn dabei auf Erfordernisse des Schutzes des Bodendenkmals Bedacht genommen wird²⁸.

Fundhoffungsgebiete

Grundsätzlich ist es für die Unterschutzstellung notwendig, dass die Existenz eines Bodendenkmals erwiesen ist. Geeignete Beweismittel sind etwa Grabungsergebnisse, Oberflächenfunde, Luftbildarchäologie, Geländebegehungen oder geophysikalische Prospektion²⁹. § 1 Abs. 5 DMSG ermöglicht es der Behörde aber, eine Unterschutzstellung auch dann vorzunehmen, wenn die erforderlichen Fakten aufgrund des wissenschaftlichen Erkenntnisstandes wahrscheinlich sind und die Erhaltung andernfalls gefährdet wäre (geringeres Beweismaß der Wahrscheinlichkeit). Der VwGH³⁰ erkannte in diesem Zusammenhang wie folgt: „Für das Vorhandensein von im Boden verborgenen Denkmälern als ‚Überreste und Spuren gestaltender menschlicher Bearbeitung‘ (vgl § 1 Abs. 1 erster Satz DMSG), die insbesondere Gegenstand der archäologischen Denkmalpflege

sind, verlangt das Gesetz nicht den ‚vollen Beweis‘, d. h. die Herbeiführung eines behördlichen Urteils über die Gewißheit von im Boden anzutreffenden archäologischen Sachen, sondern läßt als besondere Art der Beweisführung die bloße ‚Wahrscheinlichkeit‘ genügen. Dieses geringere Beweismaß der behördlichen Überzeugung richtet sich danach, ob bei verständiger Würdigung aller glaubhaft gemachten Umstände die Beweisanzeichen mehr für als gegen das Vorhandensein von noch im Boden verborgenen Denkmälern sprechen. Bei der – nach diesen rechtlichen Maßstäben gebotenen – prognostischen Feststellung des Vorhandenseins von Bodendenkmälern sind im besonderen Maße Erfahrungen von Sachverständigen zu berücksichtigen.

Der letzte Satz im § 1 Abs. 2 DMSG mußte im Hinblick darauf aufgenommen werden (vgl. EBzRV 1275 BlgNR 17GP), daß eine genaue wissenschaftliche Erforschung vor allem teilweiser oder gänzlich verborgener Denkmale – insbesondere archäologischer Denkmale – erst dann möglich ist, wenn sie ausgegraben bzw. freigelegt wurden. Andererseits müssen bei der Unterschutzstellung solcher Denkmale eben noch viele Fragen offenbleiben, manchmal sogar die exakte Lage (etwa genaue Ausdehnung einer prähistorischen Siedlung). Nach dem Bericht des Ausschusses für Wissenschaft und Forschung (1444 BlgNR 17 GP) dürfen, weil diese Bestimmung gleichzeitig eine Funktion zum Schutz von Fundhoffungsgebieten hat, weder die Begriffe der ‚Wahrscheinlichkeit‘ noch der ‚Gefährdung‘ zu eng ausgelegt werden. Für die ‚Gefährdung‘ genügt etwa der Umstand, daß verhindert werden soll, daß auf einem Grundstück Metallsuchgeräte verwendet werden dürfen. Für die ‚Wahrscheinlichkeit‘ genügt, daß ein Grundstück in größerem Zusammenhang mit einem Gebiet steht, das konkret archäologisches Fundgebiet ist (z. B. Dürrnberg in Salzburg, Magdalensberg in Kärnten, Teile von Carnuntum) und das betreffende Grundstück sich innerhalb eines solchen, noch nicht exakt erforschten, ergrabenen Gebietes befindet.“

Parteien in einem Unterschutzstellungsverfahren ein unbewegliches Bodendenkmal betreffend sind der Grundeigentümer, der Landeshauptmann, der Bürgermeister sowie die Gemeinde, welche Stellungnahmen abgeben können (§ 26 Z 1 DMSG). Die Parteien können allerdings nur zur Bedeutung Stellung nehmen und allenfalls ein Gegengutachten beibringen, nicht aber private oder wirtschaftliche Interessen vorbringen³¹.

Ex lege Denkmalschutz

Gerade aufgrund von „illegalen Schatzsuchern“ sind archäologische Funde besonders gefährdet und werden diese nach illegaler Ausgrabung dem BDA naturgemäß

²⁶ VwGH, Erkenntnis v. 28.03.2017 – Ro 2016/09/0009.

²⁷ VwGH, Erkenntnis v. 25.06.2013 – 2011/09/0178; BVwG, Erkenntnis v. 18.04.2016 – W170 2000812-1.

²⁸ VwGH (Anm. 26).

²⁹ Das Bundesverwaltungsgericht entschied in diesem Zusammenhang, dass aufgrund eines Gutachtens zur geophysikalischen Prospektion das Vorhandensein von Bodendenkmälern (Überreste des römischen Municipiums Aguntum) erwiesen ist: Erkenntnis v. 03.11.2015 – W170 2000818-1.

³⁰ VwGH, Erkenntnisse v. 22.04.1993 – 92/09/0356 und v. 25.06.2013 – 2011/09/0178.

³¹ Vgl. VwGH, Erkenntnis v. 20.11.2008 – 2007/09/0010.

nicht vorgelegt. Um dem entgegenzuwirken, sieht § 9 Abs. 3 DMSG vor, dass aufgefundene Bodendenkmäler vom Zeitpunkt des Auffindens längstens auf die Dauer von sechs Wochen ab Abgabe der Fundmeldung dem DMSG unterliegen und zwar so als wäre eine bescheidmäßige Unterschutzstellung vorgenommen worden. Innerhalb dieser sechswöchigen Frist muss das BDA mit Bescheid entscheiden, ob die Funde weiterhin unter Denkmalschutz stehen sollen. Einem allfälligen Rechtsmittel dagegen kommt keine aufschiebende Wirkung zu. Wesentlich an dieser Bestimmung eines *ex-lege*-Denkmalschutzes ist, dass die Frist erst ab Abgabe einer Fundmeldung beim BDA zu laufen beginnt. Unterlässt ein unredlicher Finder die Fundmeldung, stehen die Funde zeitlich unbegrenzt *ex lege* unter Denkmalschutz, was in der Folge ein Verbot der Ausfuhr aus Österreich sowie ein Zerstörungs- und Veränderungsverbot bedeutet.

Folgen einer Unterschutzstellung

Veröffentlichung

Die rechtskräftige Unterschutzstellung eines Bodendenkmals wird im Grundbuch vermerkt und wird das Denkmal überdies in der Liste gem. § 3 Abs. 4 DMSG (abrufbar auf der Website des BDA) angeführt.

Eigentumsrechtliche Stellung eines Denkmaleigentümers

Eigentumsrechtlich betrachtet bedeutet eine Unterschutzstellung eine zulässige Eigentumsbeschränkung, nicht aber eine Enteignung³². Die unterschiedliche Behandlung von Denkmaleigentümern einerseits und sonstigen Eigentümern andererseits ist durch das öffentliche Interesse an der Erhaltung sachlich gerechtfertigt³³. Dennoch steht fest, dass die Unterschutzstellung ins Eigentumsrecht eingreift³⁴, was für die Frage, ob eine öffentliche mündliche Verhandlung am BVwG durchzuführen ist, relevant ist (§ 24 Abs. 4 VwGVG, Art. 6 Abs. 1 EMRK). Auch leitet der VwGH aus der rechtfertigungsbedürftigen Eigentumsbeschränkung den „Grundsatz der geringstmöglichen Unterschutzstellung“ ab, d. h., es ist – wenn dies ausreicht – eine Teilunterschutzstellung vorzunehmen³⁵. Aus Art. 5 StGG und Art. 11 ZP EMRK ergibt sich, dass eine Eigentumsbeschränkung nur dann und nur soweit zulässig ist, wenn sie zur Erreichung

ihrer Ziele geeignet und erforderlich ist³⁶. Dieser „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“ bedeutet, dass die Eigentumsbeschränkung in einem angemessenen Verhältnis zum Eigentumseingriff stehen muss und der Eigentumseingriff nicht weiter gehen darf, als dies zur Erreichung des Regelungszieles notwendig ist³⁷. Eine Entschädigung für die Unterschutzstellung wird nicht gewährt³⁸.

Konkret zu Bodendenkmälern hat der VwGH in seinem Erkenntnis vom 19.05.1993, 93/09/0066 wie folgt ausgeführt: „Jedes Grundstück wird durch seine Lage und Beschaffenheit sowie seine Einbettung in die Landschaft und Natur, also seine ‚Situation‘ geprägt. Darauf muß der Eigentümer bei Ankauf des Grundstückes und bei der Ausübung seiner Befugnisse im Hinblick auf die Sozialbindung des Eigentums Rücksicht nehmen. Daher lastet auf jedem Grundstück gleichsam eine aus seiner Situationsgebundenheit abzuleitende immanente Beschränkung der Rechte des Eigentümers, aus der sich Schranken seiner Nutzungsmacht und Verfügungsmacht, vor allem in bezug auf die Erfordernisse des Naturschutzes und Denkmalschutzes ergeben. Wie diese Grenzen im Einzelfall zu ziehen sind, ist jeweils auf Grund einer wertenden Beurteilung der Kollision zwischen den berührten Belangen des Allgemeinwohls und den betreffenden Eigentümerinteressen festzustellen. Auf den Denkmalschutz übertragen bedeutet dies, daß von einer Situationsgebundenheit eines Grundstückes nicht nur auf Grund von äußeren Umständen, d. h. auf Grund von Tatsachen, die sich aus dem Verhältnis des in Rede stehenden Grundstückes zu seiner Umgebung ergeben gesprochen werden kann. Vielmehr kann eine besondere, die Sozialbindung aktualisierende Situation sich auch aus der Tatsache ergeben, daß das Grundstück mit einem nach den jeweils geltenden Denkmalschutzvorschriften schützenswerten Bauwerk bebaut ist oder (wie im Beschwerdefalle) im Erduntergrund archäologisch oder historisch besonders wertvolle Kulturdenkmale aufweist, die nach Entdeckung als Bodenfunde ausgewertet bzw. geborgen werden können.“

Veränderungs- und Zerstörungsverbot

Eine weitere Folge der Unterschutzstellung ist, dass das Bodendenkmal nicht ohne Bewilligung des BDA verändert oder zerstört werden darf (§§ 4 und 5 DMSG) und im Fall eines beweglichen Denkmals darf dieses auch nicht bewilligungslos ausgeführt werden (§ 16 Abs. 1 Z 1 DMSG). Der Denkmalbeirat ist bei der Zerstörung eines Bodendenkmals, anders als bei der Zerstörung eines sonstigen Denk-

³² VfGH, Erkenntnis v. 02.10.1975 – B 223/75.

³³ VfGH, Erkenntnis v. 01.10.1981 – B 384/77.

³⁴ Vgl. VwGH, Erkenntnis v. 22.03.2012 – 2011/09/0215.

³⁵ VwGH, Erkenntnis v. 22.03.2012 – 2009/09/0248.

³⁶ VwGH, Erkenntnis v. 04.10.2012 – 2010/09/0079.

³⁷ VwGH, Erkenntnis v. 22.03.2012 – 2011/09/0166.

³⁸ VwGH, Erkenntnis v. 21.01.1994 – 93/09/0386. Bei einer Unterschutzstellung ist aber unter größtmöglicher Schonung der Interessen des Grundeigentümers vorzugehen.

mals, nicht zu hören (§ 5 Abs. 5 DMSG). Während in Unterschutzstellungsverfahren ausschließlich die Bedeutung des Objektes Prüfungsmaßstab ist, sind in den Veränderungs-/Zerstörungsverfahren auch die (privaten) Interessen des Antragstellers zu berücksichtigen und hat das Bundesdenkmalamt ein Abwägungsverfahren durchzuführen. Eine Bewilligung kann laut der Judikatur des VwGH³⁹ bei Vorliegen folgender Voraussetzungen erfolgen: „Aus der Rechtsprechung des VfGH (vgl. die Erkenntnisse des VfGH VfSlg 9189/1981, VfSlg 11019/1986, VfSlg 7759/1976, VfSlg 17071/2003 und VfSlg 17817/2006), des EGMR (vgl. den Beschluss des EGMR vom 1. Dezember 2005 im Fall Scea Ferme de Fresnoy v. France, Nr. 61093/00; das Urteil vom 29. März 2007 im Fall Debelianovi c. Bulgarie, Nr. 61951/00) und der nunmehrigen Fassung des § 5 DMSG (BGBl. I Nr. 170/1999) folgt, dass die Versagung einer Zerstörung oder Veränderung gemäß § 5 DMSG daher nur dann und nur in jenem Umfang zulässig ist, soweit bei einer Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Unterschutzstellung einerseits und dem Interesse des Betroffenen an der Vermeidung des Eigentumseingriffes andererseits das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung des Denkmalschutzes überwiegt und der zur Verwirklichung der Zielsetzungen des Denkmalschutzes vorgenommene Eigentumseingriff nicht weiter geht als dies zur Erreichung dieses Regelungszieles notwendig ist. In diese Beurteilung sind sämtliche, für den Denkmalschutz sprechenden öffentlichen Interessen und sämtliche für den Standpunkt des Antragstellers sprechenden Interessen mit einzubeziehen, wie etwa die Möglichkeit, aus dem Denkmal wirtschaftlichen Nutzen zu ziehen oder der Erhalt öffentlicher Mittel für die Erhaltung; die konkrete Einkommens- oder Vermögenssituation des jeweiligen Denkmaleigentümers ist dabei nicht von entscheidender Bedeutung.“

Im Zusammenhang mit Bodendenkmälern erkannte der VwGH⁴⁰ wie folgt: „Ein vorbehaltloses Abbruchverbot oder gar ein Veräußerungsverbot für Denkmale kennt das Denkmalschutzgesetz nicht. In kulturstaatlicher Verantwortung bringt die jeweilige Situationsgebundenheit des Grundstückes vor allem durch das öffentliche Interesse am Denkmalschutz Schranken der privaten Nutzungsmacht und Verfügungsmacht mit sich. Daß sich auf Grund der der Eigentümerin bekannten rechtlichen Wirkung der besonderen Schutzvorschriften des Denkmalschutzgesetzes Erwartungen hinsichtlich der Bebaubarkeit der streitverfangenen Grundparzellen zerschlagen, ist nicht als Eingriff in eine geschützte Eigentümerposition anzusehen. Durch die bloße Berufung auf die Zielsetzungen des WGG [Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz] wird nicht dargetan, daß die durch die

Entscheidung der Behörde (Versagung des Antrages auf Bewilligung zur Zerstörung auf bestimmten Grundstücken befindlichen und geschützten Bodendenkmale) bewirkte voraussichtlich vorübergehende Beschränkung der Bodennutzung für die Eigentümerin wirtschaftlich unzumutbar sei.“

Sonstige Konsequenzen

Die Verwendung von Metalldetektoren auf denkmalgeschützten Flächen egal zu welchem Zweck ist grundsätzlich verboten und bedarf der Bewilligung durch das BDA (§ 11 Abs. 8 DMSG).

Ist die Veränderung/Zerstörung eines geschützten Bodendenkmals Gegenstand eines konzentrierten Verfahrens (z. B. § 3 UVP-G, § 38 Abs. 1a AWG, § 356b GewO; in diesem Falle entscheidet nicht das BDA, sondern eine andere Behörde), werden vom BDA Archäologen als Sachverständige nominiert und hat das BDA Parteistellung (§ 5 Abs. 8 DMSG).

Archäologiespezifische Vorschriften des DMSG

Einleitung

Für die Sondergruppe der Bodendenkmäler sieht das DMSG aufgrund ihrer besonderen Schutzwürdigkeit spezifische Bestimmungen vor, welche unabhängig davon, ob diese Denkmäler unter Denkmalschutz stehen, gelten⁴¹. Das DMSG unterscheidet zwischen Zufallsfunden (unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche wie auch an der Oberfläche), welche gem. § 8 DMSG dem Bundesdenkmalamt zu melden sind, und Grabungsfunden, für deren Aufsuchen eine Grabungsbewilligung durch das BDA erforderlich ist. Amtswegige Grabungen des BDA bedürfen keiner Bewilligung (§ 11 Abs. 2 DMSG). Steht ein Bodendenkmal bereits unter Denkmalschutz und soll dort gegraben werden, so ist zusätzlich zur Grabungsbewilligung auch eine Veränderungs-/Zerstörungsbewilligung nach § 5 Abs. 1 DMSG einzuholen (§ 11 Abs. 5 DMSG).

Grabungsbewilligung

Nach § 11 Abs. 1 DMSG bedarf jede Nachforschung durch Veränderung der Erdoberfläche bzw. des Grundes

³⁹ VwGH, Erkenntnis v. 23.05.2013 – 2012/09/0108; Erkenntnis v. 20.01.2017 – Ro 2016/09/0010.

⁴⁰ VwGH, Erkenntnis v. 19.05.1993 – 93/09/0066; Erkenntnis v. 29.04.2011 – 2010/09/0230.

⁴¹ Aus dem Erkenntnis des VwGH v. 23.02.2017 – Ro 2016/09/0008 – folgt, dass eine Grabungsbewilligung auch dann erforderlich ist, wenn das Bodendenkmal nicht unter Denkmalschutz steht.

unter Wasser (Grabung) sowie sonstige Nachforschungen an Ort und Stelle zum Zwecke der Entdeckung und Untersuchung beweglicher und unbeweglicher Denkmäler unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche einer Bewilligung des BDA (Entscheidungsfrist: 6 Monate). Die Bewilligungspflicht ist sehr weitreichend, weil laut der Judikatur des VwGH⁴² unter „Nachforschung durch Veränderung der Oberfläche“ einerseits bereits das Wegwischen von Erde mit der Hand zu verstehen ist, andererseits dem Wortlaut des Gesetzes nach auch ein nicht-invasives Forschen an Ort und Stelle (Bodenbegehung, Survey, Georadar) eine Bewilligungspflicht auslöst.

Was unter dem zweiten Tatbestand („sonstige Nachforschungen an Ort und Stelle“) zu verstehen ist, ist auslegungsbedürftig. Die Entscheidung VwGH 24.06.1985, 84/12/0213, wonach für das bloße Tätigen von Oberflächenfunden keine Grabungsbewilligung erforderlich ist, erging zur alten Rechtslage vor der DMSG Novelle 1990. § 11 Abs. 1 DMSG in der damals geltenden Fassung BGBl. Nr. 167/1978 lautete: „Ausgrabungen zum Zwecke der Entdeckung und Untersuchung beweglicher und unbeweglicher Denkmale dürfen nur mit Bewilligung des Bundesdenkmalamtes vorgenommen werden.“ Nunmehr sagt das Gesetz, der Zweck der Nachforschung muss in der Entdeckung und Untersuchung von Denkmälern unter der Erdoberfläche bestehen. Wenn bereits nach der alten Rechtslage keine Bewilligung für das Forschen nach reinen Oberflächenfunden erforderlich war, so müsste nach der Novelle, wo nun explizit die Erforschung unter der Erde liegender Denkmäler bezweckt sein muss, das Forschen nach Oberflächenfunden ebenfalls bewilligungsfrei sein. Letztendlich wäre aber die Frage, ob für die Erforschung von bloßen Oberflächenfunden eine Bewilligung erforderlich ist, am Rechtsweg zu klären. Die Gesetzesmaterialien zu dieser Bestimmung sind nicht aufschlussreich und es existiert soweit ersichtlich nur ein höchstgerichtliches Judikat⁴³, welches sich mit dem Begriff Zweck näher auseinandersetzt:

„Die in § 11 DMSG 1923 normierte Bewilligungspflicht für Nachforschungen durch Veränderung der Erdoberfläche ist systematisch in den zweiten Abschnitt des DMSG 1923 eingegliedert, der Bestimmungen zum ‚Schutz vor Zerstörung oder Veränderung‘ beinhaltet. Sie ist an die Voraussetzung geknüpft, dass die Nachforschung durch Veränderung der Erdoberfläche bzw. des Grundes unter Wasser (Grabung) ‚zum Zwecke der Entdeckung und Untersuchung beweglicher und unbeweglicher Denkmale‘ unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche erfolgt, das bedeutet, dass entweder ein Denkmal bereits vorhanden sein muss (und untersucht) oder ein solches entdeckt werden soll.

Es bedarf eines (objektivierenden) Beurteilungsmaßstabes für die Zweckverfolgung iSd § 11 Abs. 1 DMSG 1923, dem auch für den bei Zuwiderhandeln daran anknüpfenden Verwaltungsstrafatbestand nach § 37 Abs. 2 Z 2 DMSG 1923 Bedeutung zukommt. Der Begriff ‚Zweck‘ bedeutet nach dem allgemeinen Sprachgebrauch etwas, was jemand mit einer Handlung beabsichtigt zu bewirken, zu erreichen sucht. Damit scheint primär auf die (subjektive) Intention des Handelnden abgestellt zu werden, also auf den Grund, der von ihm dazu genannt wird. Bei teleologischer, an der Zielsetzung des Denkmalschutzes orientierter Interpretation der Formulierung ‚Zweck des Entdeckens und der Untersuchung‘ in § 11 Abs. 1 DMSG 1923 ist zur Objektivierbarkeit und damit Überprüfbarkeit dieser Intention aber ein Kriterium dazu darin zu sehen, ob objektive Anhaltspunkte für das Vorhandensein von Denkmälern im Untergrund vorliegen, die einerseits berechtigte Gründe für die Annahme der Willensbildung des Grabenden in Richtung beabsichtigter Untersuchung oder Entdeckung darstellen können und andererseits (bei Heranziehung eines objektiven Betrachtungsmaßstabes) begründete Zweifel an einer gegenteiligen Behauptung des Grabenden erzeugen würden. Es kann dem Gesetzgeber nämlich nicht zugesonnen werden, dass er mit der gewählten Formulierung allein auf die subjektiven Beweggründe seitens des Grabenden abstellen und eine Überprüfbarkeit nach objektiven Gesichtspunkten ausschließen wollte. Diese für eine ex ante vorzunehmende Beurteilung konkreten Anhaltspunkte wären bei einer beabsichtigten Untersuchung schon evident dadurch gegeben, wenn das Vorhandensein des im Untergrund befindlichen Denkmals dem Betroffenen bekannt ist. Ansonsten und bei einer bezweckten Entdeckung muss eine konkrete Vermutung oder Wahrscheinlichkeit für ein Vorhandensein bzw. Auffinden denkmalschutzrelevanter Gegenstände gegeben sein; Anhaltspunkte dafür können z. B. wissenschaftliche Befunde und Gutachten geeigneter Sachverständiger oder andere allgemein zugängliche Quellen bzw. auch ein laufendes Unterschützungsverfahren sein. Die geschichtliche, künstlerische und kulturelle Bedeutung iSv § 1 Abs. 1 DMSG 1923 ergibt sich dabei aus der in der Fachwelt vorherrschenden Wertschätzung. Unabdingbare Voraussetzung für die Anwendung des DMSG 1923 ist, dass ein Denkmal vorliegt (§ 1 Abs. 1 DMSG 1923) bzw. im Falle des § 11 Abs. 1 DMSG 1923, dass zumindest Bodenfunde vermutet werden.“

Vom BDA wird § 11 DMSG in der Praxis so ausgelegt, dass jegliche archäologische Forschungen, auch Begehungen oder geophysikalische Untersuchungen, einer Bewilligung nach § 11 DMSG bedürfen⁴⁴, doch wurde diesbezüg-

⁴² VwGH, Erkenntnis v. 24.06.1985 – 84/12/0213.

⁴³ VwGH, Erkenntnis v. 23.02.2017 – Ro 2016/09/0008.

⁴⁴ Richtlinien für archäologische Maßnahmen⁴ (Wien 2016) 11 ff., abrufbar unter www.bda.gv.at (Zugriff: 31.08.2017). Nicht bewilligungspflichtig sind laut diesen Richtlinien die Archivrecherche sowie die Luftbildarchäologie.

lich auch Kritik geäußert und hinterfragt, warum nicht-invasive Nachforschungen etwa mit Metalldetektoren auf nicht geschützten Flächen Archäologen vorbehalten sind und die interessierte Öffentlichkeit davon ausgeschlossen bleibt⁴⁵. Auch diese Frage bedürfte einer Klarstellung durch die Gerichte bzw. einer allfälligen legislativen Neuregelung.

Bewilligungsinhaber

Antragsteller in einem Verfahren nach § 11 Abs. 1 DMSG ist derjenige, der die Grabung durchführen möchte. Zu beachten ist, dass nur eine physische Person diesen Antrag stellen kann und die Bewilligung auch nur an Personen erteilt werden kann, die ein einschlägiges Universitätsstudium absolviert haben. Was darunter zu verstehen ist, sagt das Gesetz nicht, doch werden in der Praxis die Studien der Klassischen Archäologie sowie der Ur- und Frühgeschichte und Mittelalterarchäologie angenommen⁴⁶. Wesentlich ist, und hierzu ist ein Blick in die Studienpläne hilfreich, dass das Studium verpflichtend praktische Ausgrabungstätigkeiten (Lehrgrabungen) umfasst und zu einem selbständigen wissenschaftlichen Arbeiten befähigt. Aus diesem Grund wird in der Praxis das Bakkalaureat, welches zwar einen Studienabschluss bedeutet, in aller Regel nicht als ausreichend anerkannt und wird der Abschluss eines Masterstudiums verlangt. Die Bewilligung wird nur für ein konkretes Projekt erteilt und ist dieses sehr umfangreich mittels Plänen und dgl. zu umschreiben. Ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Bewilligung besteht nicht. Ausschlaggebend für die Erteilung einer Bewilligung ist insbesondere die Grabungserfahrung des Antragstellers. In der Regel wird eine Bewilligung nur unter zahlreichen Auflagen (z. B. betreffend Art der Durchführung, Meldepflichten, Kontrollen) erteilt (§ 11 Abs. 1 DMSG).

Aufgrund der österreichischen Rechtslage ist festzuhalten, dass es im Zusammenhang mit Grabungen drei betroffene Personenkreise gibt: den Auftraggeber, den Archäologen und die Fundeigentümer, wobei es Überschneidungen geben kann (z. B. Archäologe ist auch Auftraggeber, Auftraggeber als Grundeigentümer, Archäologe ist gleichzeitig Grundeigentümer usw.) Die Bestimmung des § 11 Abs. 1 DMSG, wonach der „Archäologe“ um Grabungsbewilligung ansuchen muss und diesem auch weitreichende Auflagen erteilt werden, ist daher mit den aktuellen faktischen Gegebenheiten nicht immer kompatibel und es wäre im Fall einer Novellierung darauf Bedacht zu nehmen. Problematisch erscheint die in Grabungsbewilligungen enthaltene Auflage, wonach der Grabungsbewilligungsinhaber (Archäologe) auch die finanzielle Bedeckung der Grabung, der Restaurierung, der Bearbeitung

und dgl. zu gewährleisten hat. Dies sind wirtschaftliche Auflagen, welche in der Regel der Auftraggeber sicherzustellen hat. Nun sind zwar Grabungen, weder was die Größe noch die Intention bzw. Auftraggeberschaft betrifft, vergleichbar, doch erscheint es *de lege ferenda* erstrebenswert, zwischen dem Auftraggeber einer Grabung (z. B. einem Infrastrukturunternehmen) und dem durchführenden Grabungsleiter (Archäologen) zu differenzieren und die Bewilligung der Grabung dem Auftraggeber zu erteilen, welcher für die ordnungsgemäße Durchführung der Grabung und die finanzielle Bedeckung einzustehen hat, und den durchführenden Archäologen (sowie einen Stellvertreter) als fachlich verantwortliche Person namentlich in der Grabungsbewilligung zu nennen. Des Weiteren ist zu beachten, dass die Verfügungsmacht über die getätigten Funde dem Finder (i. d. R. Auftraggeber der Grabung) und dem Grundeigentümer gemeinsam zusteht. Auflagen hinsichtlich des weiteren Schicksals der Funde können daher rechtlich nur den Eigentümern aufgetragen werden, nicht aber dem die Grabung durchführenden Archäologen⁴⁷.

Das Erfordernis, dass nur Personen mit einer nachgewiesenen archäologischen Ausbildung Grabungen durchführen können, steht grundsätzlich nicht im Widerspruch zur Wissenschaftsfreiheit (Art. 17 Staatsgrundgesetz von 1867), welche auch die Forschungsfreiheit inkludiert und jedermann als Grundrecht zusteht. So handelt es sich bei der Wissenschaftsfreiheit zwar um ein Grundrecht ohne Gesetzesvorbehalt, doch bestehen immanente Schranken⁴⁸ und ist es gerechtfertigt, dass zum Schutz der Bodendenkmale mit dem DMSG eine Einschränkung erfolgt⁴⁹. Einschlägige Judikatur zur konkreten Bestimmung des § 11 Abs. 1 DMSG fehlt allerdings bislang.

In der Praxis werden Grabungen sowohl von öffentlichen Institutionen, aber zunehmend vor allem von privaten „Grabungsfirmen“ durchgeführt. Während in früheren Zeiten zumeist das Bundesdenkmalamt und andere öffentliche Institutionen Grabungen durchführten, erfolgte ab dem Jahr 2010 eine „Öffnung des Marktes“ für private Grabungsanbieter⁵⁰. Damit verbunden war die Erlassung von Richtlinien für archäologische Maßnahmen, welche als Auflagen in Grabungsbewilligungen aufgenommen werden und eine einheitliche Qualität der Grabung und ihrer Dokumentation sicherstellen sollen⁵¹. Das Bundesdenkmalamt selbst führt

⁴⁵ R. Karl, Archäologisches Fundmeldewesen in Österreich – ein recht(lich)es Debakel. Bull. Kunst u. Recht 2011,1, 44.

⁴⁶ Richtlinien (Anm. 44) 6.

⁴⁷ Karl (Anm. 45) 182 ff. verweist zutreffend auf diese Problematik im Zusammenhang mit den weitreichenden Auflagen für Grabungsbewilligungsinhaber. Vom BDA wird in den Richtlinien für archäologische Maßnahmen darauf hingewiesen, dass im Grabungsantrag Angaben zu den Fundeigentümern zu machen sind, vgl. Richtlinien (Anm. 44) 7

⁴⁸ Th. Öhlinger/H. Eberhard, Verfassungsrecht⁹ (Wien 2012) RdNr. 925.

⁴⁹ Karl (Anm. 45) 39 f. geht zutreffend von einer grundsätzlich gerechtfertigten Einschränkung der Wissenschaftsfreiheit aus.

⁵⁰ Zu diesem Strukturwandel siehe Steigberger (Anm. 15).

⁵¹ Richtlinien (Anm. 44).

kaum eigene Grabungen durch und konzentriert sich auf seine behördliche und kontrollierende bzw. auch koordinierende Funktion. Die Finanzierung von Grabungen erfolgt häufig auch durch die Auftraggeber, doch kann um Subventionen angesucht werden (§ 32 DMSG). Eine gesetzliche Normierung des Verursacherprinzips besteht nicht. Anlass für archäologische Grabungen ist in der Regel ein Infrastruktur- bzw. Bauprojekt, welches zumeist UVP-pflichtig ist. Wie sich anlässlich des 36. Fachgesprächs des BDA zum Thema „Archäologie in der Umweltverträglichkeitsprüfung“ am 24. August 2017 im Archäologiezentrum Mauerbach zeigte, laufen diese Großprojekte für die Archäologie zufriedenstellend ab und wird das Bundesdenkmalamt bereits im Vorfeld hinreichend eingebunden.

Aufgrund des DMSG hat das BDA in der Archäologie eine Art „Monopolstellung“, weil nur dieses Grabungsbewilligungen ausstellen kann und selbst fachlich renommierte Einrichtungen wie Universitäten, Museen oder das Österreichische Archäologische Institut vor jeder Grabung beim BDA um Bewilligung ansuchen müssen. Gleichzeitig fungiert das BDA als zentrales Bodendarchiv Österreichs, weil alle Meldungen über Zufalls- und Grabungsfunde bei diesem einzureichen sind (§§ 8, 11 DMSG).

Sanktionen

Einen strafrechtlichen Schutz genießen Bodendenkmäler im Wesentlichen aufgrund verschiedener Verwaltungsstraftatbestände im DMSG (§ 37 Abs. 2 und 3). Die Sanktionen bestehen in Geldstrafen und stets ist ein vorsätzliches Handeln erforderlich. Das Graben ohne Bewilligung ist mit bis zu 25 400 Euro sanktioniert, das Unterlassen einer Fundmeldung mit bis zu 5 000 Euro. Gerichtlichen Straftatbestand kennt das DMSG nur für den Fall der vorsätzlichen Zerstörung eines (Boden-)Denkmals. Als Sanktion ist eine Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen vorgesehen. Vorteil dieser Bestimmung ist, dass auch die Zerstörung durch den Eigentümer selbst, der sich zumeist aus wirtschaftlichen Gründen seines Denkmals entledigen will, unter Strafe gestellt ist, wohingegen der allgemeine Straftatbestand der Sachbeschädigung (§§ 125, 126 StGB) stets auf die Schädigung durch eine „fremde“ Person abstellt. In der Praxis problematisch ist der Nachweis des Vorsatzes. Eine fahrlässige Zerstörung ist mangels gesetzlicher Normierung (§ 7 Abs. 1 StGB) nicht strafbar.

Im Fall von Bodendenkmälern sind es in der Regel die Raubgrabungen, welche nicht hinreichend durch das Strafrecht erfasst sind, weshalb Anzeigen häufig durch eine Verfahrenseinstellung beendet werden⁵². Die Auto-

rin vertritt jedoch den Ansatz, dass unter Bodendenkmal nicht nur der Fund, sondern auch der Befund zu verstehen ist, und eine Raubgrabung in der Regel die Zerstörung des Befundes bedeutet, weshalb § 37 Abs. 1 DMSG (Zerstörung eines Denkmals) grundsätzlich anwendbar wäre⁵³.

Im Bundeskriminalamt ist ein eigenes Referat für Kulturgutfahndung als nationale und internationale Anlaufstelle für Fälle von Kulturgutkriminalität eingerichtet⁵⁴. Dort wird auch auf Ebene der Prävention gearbeitet, um Kulturgutdelikte zu bekämpfen.

Internationales

Österreich ist Vertragsstaat zu mehreren, auch für die Archäologie wesentlichen internationalen Verträgen und ist Mitglied im Europae Archaeologiae Consilium (EAC). Wichtige prähistorische Stätten wie der Salzbergbau in Hallstatt oder die Pfahlbauten sind auf der Welterbeliste vertreten. Eine legislative Umsetzung der Verpflichtungen aus der Welterbekonvention ist bislang nicht erfolgt, doch konnten die österreichischen Welterbestätten im Anhang 2 zum UVP-G 2000 (BGBl. I Nr. 87/2009) aufgenommen werden, womit diese nun als besondere Schutzgebiete im Rahmen von Umweltverträglichkeitsprüfungen zu beachten sind. Für den Abschnitt des Donaulimes in Deutschland (Bayern), Österreich, Slowakei und Ungarn wird aktuell die gemeinsame Einreichung zur Eintragung in die Welterbeliste vorbereitet.

Folgende Ratifikationen internationaler Verträge mit Archäologiebezug sind bislang erfolgt:

- Haager Konvention zum Schutz von Kulturgut in bewaffneten Konflikten samt 2. Protokoll (BGBl. Nr. 58/1964 und BGBl. III Nr. 113/2004);
- Übereinkommen zum Schutz des Kultur- und Naturerbes der Welt (BGBl. Nr. 60/1993);
- Europäisches Übereinkommen zum Schutz des archäologischen Erbes (revidiert); sog. Konvention von Valetta (BGBl. III Nr. 22/2015);
- Übereinkommen über Maßnahmen zum Verbot und zur Verhinderung der rechtswidrigen Einfuhr, Ausfuhr und Übereignung von Kulturgut (BGBl. III Nr. 139/2015), umgesetzt durch das Kulturgüterückgabegesetz (BGBl. I Nr. 19/2016).

⁵³ F. Forsthuber/E. Pieler, Archäologischer Kulturgüterschutz und das Strafrecht. Österreichische Richterzeitung (RZ) 2013,6, 130–133.

⁵⁴ Zu den Tätigkeiten dieses Referats siehe A. Gach, Kulturgutkriminalität. Steine sprechen. Zeitschr. Österreichische Ges. Denkmal- u. Ortsbildpflege 140, 2010, 15.

⁵² OGH, Urteil v. 19.7.1990 – 13 Os 64/90 –, rdb.manz.at.

Abstract

In Austria, the protection of archaeological monuments is regulated by the Monument Protection Act and implemented by the Federal Monuments Authority (federal jurisdiction). Archaeological monuments may be movable or immovable and located below ground level or the water surface, but must always be man-made. The main actors in the field of archaeology are the Federal Monuments Authority (BDA), the Federal Chancellery, the Federal Administrative Court, the Austrian Archaeological Institute within the Austrian Academy of Sciences, the archaeologists in the federal states as well as

the museums at federal state and regional level. Since 2009, archaeological excavations are generally no longer conducted by the BDA, but instead by private excavation companies, which are most commonly contracted by large infrastructure companies in the highway or railway business. Public participation is not provided for by law, however, common in practice. The BDA issues excavation permits only to archaeologists with an appropriate university degree; it also receives all reports on found objects as well as the excavation records. Landowner and finder share the ownership of archaeological finds. The BDA protects important finds and sites through legal decisions (currently, 1.048 sites are protected).

Archäologische Kulturgüter in der Schweiz: Eigentums- und Handelsverhältnisse

Von Antoinette Maget Dominicé

Breit anerkannt wird heutzutage der vielfältige Wert von archäologischen Kulturgütern¹. Diese sind für die jeweiligen Herkunftsländer Identitäts- und Geschichtsträger, indem sie als Objekt materielle und immaterielle Werte in sich tragen. Die materiellen Werte mögen sich auf den ersten Blick erklären, wenn es um besonders ästhetische Kulturgüter geht; die immateriellen strahlen mit wissenschaftlich bedeutenden Elementen in alle Sparten ab. Was mag uns wohl ein Objekt mitteilen, wenn alle Kenntnisse zum Fundort und Fundzusammenhang fehlen? Diese archäologischen Kulturgüter benötigen Schutz, der in der Praxis und in den Texten vermehrt zu finden ist. Die Bedeutungsanerkennung des kulturellen Werts spiegelt sich tatsächlich in den internationalen und nationalen Rechtstexten wider, auch in der Schweiz.

Zum Schutz schweizerischer archäologischer Kulturgüter

Die Archäologie und dadurch auch der Schutz archäologischer Kulturgüter durften in der Schweiz einer konsequenten Entwicklung folgen, die in den Gesetzen und Vorschriften zu erkennen ist. Es sind drei Hauptetappen zu nennen: Die erste fand im 19. Jahrhundert statt. In dem noch relativ jungen Staat, als die schweizerische Eidgenossenschaft sich in vieler Hinsicht noch im Aufbau befand, wurden mehrere historische Gesellschaften gegründet², die eine wichtige Rolle bei den Ausgrabungen spielten und zu der Entwicklung eines Bewusstseins für das archäologische Erbe beitrugen. In fast allen Kantonen waren solche private Gesellschaften tätig, unter

verschiedenen Namen³, aber mit einem gemeinsamen Ziel: Die Geschichte der Schweiz anhand archäologischer Grabungen zu erforschen, derer Ergebnisse zu publizieren und Sammlungen aufzubauen. Die starke Positionierung führte zu einer monopolartigen Stellung, sodass diese Organisationen als „direkte Vorläufer der kantonalen Fachstellen für Denkmalpflege und Archäologie“⁴ zu betrachten sind. Das wissenschaftliche Streben wurde im Laufe des 20. Jahrhunderts und bis heute verfolgt, jedoch kam die Habgier – vor allem bei privaten Personen, die ihre Funde auf dem Markt anzubieten ambitionierten⁵ – 1912 mit dem Inkrafttreten des schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB, SR 210) zum Schluss.

Damit beginnt eine neue Zeit für die archäologischen Kulturgüter in der Schweiz, eben für die inländischen Güter. Wenn das ZGB lange Zeit als das modernste in Europa galt, bedeutete für die archäologischen Grabungen die Inkraftsetzung vor allem eins: Alle „herrenlose Naturkörper oder Altertümer von erheblichem wissenschaftlichem Wert sind Eigentum des Kantons, in dessen Gebiet sie gefunden wurden“ (Art. 724 Abs. 1 ZGB a.F.). In Verbindung mit Art. 723 ZGB wurde somit in der Schweiz das sog. Schatzregal eingeführt⁶, das auf nationaler Ebene eine eindeutige und einheitliche Regelung für die Fundteilung bildet. Die damals in der Bundesverfassung noch nicht verankerte Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen im kulturellen Bereich wurde nicht tangiert⁷. Die kulturelle Kompetenz liegt bei den Kanto-

¹ S. Caldro, Nationaler Kulturgüterschutz und Freizügigkeit der Unionsbürger. *Schr. Kulturgüterschutz* (Berlin 2009) 223–224.

² Siehe dazu u. a. G. Lassau, Wem gehören archäologische Funde? *KGS Forum* 17, 2011, 83. Im Unterschied zu andern Regalrechten steht dem Finder und im Fall eines Schatzes auch dem Eigentümer der den Fund bergenden Sache ein Anspruch auf eine angemessene Vergütung zu (Art. 724 Abs. 3 ZGB); A. Marti in: M. Baumann/D. Dürr/A. Marti/V. Lieber/B. Schnyder (Hrsg.), *Zürcher Kommentar ZGB*³, Bd. I/1: Art. 1–7 ZGB. Einleitung. Mit einer Einführung zu den Artikeln 1–10 von Bernhard Schnyder (Zürich 1998) Art. 6-C, RdNr. 444.

³ Manche wurden als historische und archäologische bzw. antiquarische Gesellschaften gegründet (wie die kantonale Gesellschaft für Geschichte und Altertumskunde 1832 in Zürich oder die *Société d'histoire et d'archéologie* 1838 in Genf), andere verfolgten nur das eine oder andere Ziel (wie z. B. in Basel, wo der historische Verein 1836 gegründet wurde und die antiquarische Gesellschaft 1842).

⁴ Lassau (Anm. 2) 83.

⁵ Das sei als Folge der I. Juragewässerkorrektur besonders stark zu merken gewesen. Dazu M. Nast, *Terre du Lac. L'histoire de la correction des eaux du Jura* (Nidau 2006) 110–111; zum wissenschaftlichen Verlust bei der ersten Korrektur siehe H. Schwab, *Archäologie bei der zweiten Juragewässerkorrektur. Vermessung, Photogrammetrie, Kulturtechnik* 78,1, 1980, 14.

⁶ S. R. Haab/A. Simonius/W. Scherrer/D. Zobl, in: *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Bd. IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum² (Zürich 1977) Art. 723–724, insb. RdNr. 2 mit dem Hinweis auf das Nachbarland.

⁷ Heutzutage im Art. 69 Abs. 1 Bundesverfassung (BV, SR 101) bestimmt: „Für den Bereich der Kultur sind die Kantone zuständig“.

nen und der Bund fördert die archäologische Forschung in Form von Subventionen; eine Tatsache, die sich bis heute weiterhin erstreckt, jedoch in anderen Ausmaßen⁸.

Die konsequente Einführung des Art. 724 Abs. 1 ZGB führte in der Praxis dazu, dass die neuen Funde der jeweiligen historischen und antiquarischen Gesellschaften – sowie von allen Privatpersonen – ab dem 1. Januar 1912 in das Eigentum des Kantons übergingen, auf dessen Boden die Ausgrabungen durchgeführt wurden. Die Anwendung des Art. 724 Abs. 1 ZGB liegt im Ermessen des Kantons⁹. Der Wortlaut und die Umsetzung des Art. 724 Abs. 1 ZGB können weiter als eine Bekräftigung der kantonalen Versuche zum Schutz des eigenen Kulturerbes einerseits, als auch eine Verfestigung des durch die historischen und antiquarischen Gesellschaften getragenen Nationalismus andererseits verstanden werden. Tatsächlich waren auf kantonaler Ebene schon Versuche zum besseren Schutz des Kulturerbes im Allgemeinen und der archäologischen Kulturgüter im Besonderen festzustellen, wie die Beschlüsse vom Waadtländer Staatsrat 1872¹⁰ oder vom Neuenburger Staatsrat 1878¹¹, verstärkt durch zusätzliche Beschlüsse vom 18. September 1883 und vom 21. September 1883¹² sowie verschiedene Gesetze¹³. Der Art. 724 ZGB schafft somit eine feste Grundlage, die den archäologischen Kulturgütern eine rechtliche Sicherheit gibt, indem das Bundesrecht sich dort subsidiär positioniert¹⁴ und eine juristische Legitimation erteilt¹⁵.

Nach dem Zweiten Weltkrieg haben die Kantone gesetzliche Grundlagen zum Kulturgüterschutz geschaf-

fen, welche die Bereiche der Archäologie, des Denkmalschutzes und der Zirkulation von Kulturgütern umfassen und gleichzeitig den Aufbau von Fachstellen für Archäologie und Denkmalpflege ermöglichen bzw. motivieren. Es bestehen aber genauso viele Fachstellen und Gesetze wie Kantone, was keine Einheit in der Umsetzung darstellt, aber eine Homogenität bei den Zielen nicht gefährdet¹⁶. Auch auf Bundesebene gewinnt das Kulturerbe an Bedeutung: Die Denkmalpflege und die Archäologie wurden 1962 durch das Volk in die Verfassung aufgenommen (Art. 24 sexies BV a.F.)¹⁷, dann in das Bundesgesetz vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz (NHG, SR 451) eingegliedert. Es findet hiermit eine Wendung statt, die den Bund von seiner subsidiären finanziellen Verpflichtung nicht ablöst, sondern ihm eine verfassungsmässige Grundlage gibt und zusätzliche Pflichten erteilt. Art. 3 Abs. 2 NHG bestimmt eine Verpflichtung des Bundes, dessen Anstalten und dessen Betriebe, bei der Erfüllung der Bundesaufgaben Rücksicht zu nehmen, dass heimatliche Landschafts- und Ortsbilder, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler geschont werden und, wo das allgemeine Interesse an ihnen überwiegt, ungeschmälert erhalten bleiben. Parallel dazu laufen nicht-juristische Initiativen, wie 1971 die Gründung des Verbands schweizerischer Kantonsarchäologen (heute Konferenz Schweizerischer Kantonsarchäologinnen und Kantonsarchäologen genannt). Ende der 1980er-Jahre wurde das Bundesamt für Kultur in seiner heutigen Form geschaffen und ab 1993 mit einer Sektion Heimatschutz und Denkmalpflege ergänzt, bei der heutzutage eine geteilte Federführung für archäologische Kulturgüter und Ausgrabungen zusammen mit der Fachstelle Kulturgütertransfer (ab 2003) und der eidgenössischen Kommission für Denkmalpflege vorliegt.

Die dritte Wendung geschah in der Schweiz 2003 mit der Inkraftsetzung des Kulturgütertransfergesetzes (KGTG, SR 444.1). Das neue Gesetz, das zur Umsetzung des UNESCO-Übereinkommens vom 14. November 1970 über Maßnahmen zum Verbot und zur Verhütung der rechtswidrigen Einfuhr, Ausfuhr und Übereignung von Kulturgut dient, hat zusätzliche Maßnahmen zum Schutz inländischer archäologischer Kulturgüter erschaffen und somit den Umgang mit diesen Objekten verschärft. Nach Art. 2 Abs. 1 KGTG ist ein Kulturgut ein aus religiösen oder weltlichen Gründen für Archäologie, Vorgeschichte, Geschichte, Literatur, Kunst oder Wissenschaft bedeutungsvolles Gut, das einer der Kategori-

⁸ Dazu u. a. F. Kaiser/F. Guex, Archäologie und Denkmalpflege auf Bundesebene. Arch. Schweiz 21, 1998, 36.

⁹ S. M. Jungo, Droits et obligations du propriétaire en cas de fouilles archéologiques. Baurecht – Droit de la construction 1990, 87, Anm. 2.

¹⁰ Dazu Ph. Marti, Les effets de la législation sur le statut des objets archéologiques: le cas de Neuchâtel, entre 1870 et 1940. Les nouvelles arch. 133, 2013, 24, RdNr. 9.

¹¹ Arrêté du 4 janvier 1878, Conseil d'état neuchâtelois: «Nul ne pourra faire sur les plages, grèves et rives du lac des fouilles ni en extraire des antiquités lacustres sans une autorisation du Conseil d'Etat. Cette autorisation ne sera accordée qu'aux personnes ou Sociétés qui déclareront faire ces fouilles au profit d'un des Musées publics de notre Canton». Siehe zu der Lage im Kanton Neuenburg u. a. M.-A. Kaeser, Les prémices d'une politique archéologique au XIXe siècle. Revue hist. neuchâteloise 2004, 1–2; 15–32.

¹² Der erste Beschluss legt die ausschließliche Vergabe einer Grabkonzession an die Société d'histoire et d'archéologie du canton de Neuchâtel auf dem Gebiet von La Tène fest und der zweite organisiert die Vergabe von Konzessionen am Seeufer. Dazu G. Reginelli Servais, Organisation et financement des fouilles de La Tène (1907-1917). Les nouvelles arch. 133, 2013, 28–34 RdNr. 6–7.

¹³ Zur Situation im Kanton Waadt siehe C. Wagner, Das archäologische Kulturgut schützen und verwalten. Arch. Schweiz 34, 2011, 7.

¹⁴ Die Kantone dürfen sich auf die Bestimmungen des Art. 724 ZGB berufen, sollten keine ähnlichen Bestimmungen im kantonalen Recht gelten, Jungo (Anm. 9) 88.

¹⁵ Marti (Anm. 10) RdNr. 12.

¹⁶ C. Dunning, L'archéologie en Suisse: une et unique? NIKE-Bull. 6, 2010, 39.

¹⁷ AS 1962 749. Der heutige Wortlaut in Art. 78 Abs. 1 BV setzt die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen fest, die Abs. 2 bis 5 bestimmen die Verpflichtungen des Bundes.

en nach Art. 1 der UNESCO-Konvention 1970 angehört. Es bedarf somit der Erfüllung zweier Voraussetzungen¹⁸.

Für schweizerische archäologische Kulturgüter hat das KGTG grundlegende Neuerungen eingeführt, die einem breiteren Schutzbereich von archäologischen Funden dienen. Art. 724 Abs. 1 ZGB wurde in seinem Wortlaut und folglich seinem Anwendungsbereich angepasst, indem nicht nur Objekte von „erheblichem wissenschaftlichem Wert“ ins Eigentum des Kantons überführt werden, sondern alle „von wissenschaftlichem Wert“¹⁹. Die Verkürzung dient also einem größeren Anwendungsumfang und verankert das Eigentum des Kantons²⁰. Ferner hat der Art. 32 KGTG den Art. 724 ZGB um einen Absatz bereichert, indem es die Veräußerung, den gutgläubigen Erwerb und die Verjährungsfristen bei Herausgabeansprüchen von Kulturgütern, die zu der Kategorie der wissenschaftlichen Gegenstände gehören, neu definiert. Seit dem 20. Juni 2003 können „ohne Genehmigung der zuständigen kantonalen Behörden solche Sachen [herrenlose Naturkörper oder Altertümer] nicht veräussert werden. Sie können weder ersessen noch gutgläubig erworben werden. Der Herausgabeanspruch verjährt nicht“ (Art. 724 Abs. 1bis ZGB)²¹. Die Kantone verfügen über das Recht, Ausgrabungen auf dem Grundstück durchzuführen, wo herrenlose Naturkörper oder Altertümer von wissenschaftlichem Wert aufgefunden werden, was durch Art. 724 Abs. 2 ZGB eingeräumt wird²². Der Eigentümer oder die Eigentümerin

des Grundstücks hat Anspruch auf Ersatz des durch die Ausgrabungen verursachten Schadens.

Für Kulturgüter im Allgemeinen gelten seit dem Inkrafttreten des KGTG verlängerte Ersitzungs- und Verjährungsfristen²³, sobald die betroffenen Güter der Definition eines Kulturguts nach Art. 2 Abs. 1 KGTG entsprechen. So wurde der Art. 728 Abs. 1ter ZGB neu eingeführt, dass „unter Vorbehalt gesetzlicher Ausnahmen [...] die Ersitzungsfrist für Kulturgüter im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 des Kulturgütertransfergesetzes vom 20. Juni 2003 30 Jahre [beträgt]“. Der Gesetzgeber schließt die Anwendung für Kulturgüter, die in einem Bundesverzeichnis eingetragen sind (Art. 3 Abs. 2 Buchst. a KGTG), die herrenlose Naturkörper oder Altertümer sind (Art. 724 Abs. 1bis ZGB) sowie die Archivbestände des Bundes (Art. 20 Abs. 2 Archivierungsgesetz (BGA), SR 152.1) aus. Inländische archäologische Kulturgüter, die vor dem 1. Januar 1912 in privaten Besitz kamen, nach Inkrafttreten des KGTG von einem gutgläubigen Käufer erworben worden wären, aber infolge eines Raubs auf dem Markt kämen, würden erst nach 30 Jahren ersessen. Auch die Verjährungsfristen bei Rückforderungen wurden durch das KGTG verlängert. Der neue Art. 934 Abs. 1bis ZGB bestimmt, dass „das Rückforderungsrecht für Kulturgüter im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KGTG, die gegen den Willen des Eigentümers abhandengekommen sind, [...] ein Jahr [verjährt], nachdem der Eigentümer Kenntnis erlangt hat, wo und bei wem sich das Kulturgut befindet, spätestens jedoch 30 Jahre nach dem Abhandenkommen“. Für Kulturgüter genauso wie für andere Güter sieht das ZGB einen Anspruch auf Entschädigung vor. Dem gutgläubigen Empfänger soll der bezahlte Preis vergütet werden, wenn das Objekt öffentlich versteigert wurde, auf dem Markt oder durch einen Kaufmann, der mit Waren der gleichen Art handelt, übertragen worden ist (Art. 934 Abs. 2 ZGB)²⁴.

Neben Neuerungen zivilrechtlicher Natur bringt das KGTG auch strafrechtliche Anpassungen ein, die außerhalb des Gesetzes selber vorwiegend in Art. 24 Abs. 1 Buchst. c NHG zu finden sind. Wenn laut Art. 144 StGB (SR 311.0) die Strafbarkeit absichtlicher Sachbeschädigungen vorliegt²⁵, umfasst die neue Bestimmung des NHG absichtliche und unabsichtliche Beschädigungen in ihrem Anwendungsbereich. Die Neuerung nach

¹⁸ Zur Definition vom Kulturgut siehe R. Berger-Röthlisberger, *Sorgfalt bei der Übertragung und beim Erwerb von Kulturgütern*. Abhandl. schweizerisches Recht 761 (Bern 2009) 9–18.

¹⁹ Was nicht ausschließt, dass die kantonalen Bestimmungen andere Wortlaute bevorzugen. In manchen Kantonen gelangen weiterhin nur Objekte von erheblichem wissenschaftlichem Wert ins Eigentum des Kantons, wie z. B. § 7 des Zuger Gesetzes über Denkmalpflege, Archäologie und Kulturgüterschutz (BGS 423.11), in anderen jegliche archäologische Funde, siehe § 12 des Gesetzes über den Schutz und die Erforschung von archäologischen Stätten und Objekten Basel-Landschaft (SGS 793).

²⁰ Die Kantone sind *ipso iure* Eigentümer herrenloser Objekte kraft deren Gebietszugehörigkeit. S. Y. Fischer, *Das Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer (KGTG)*. KGS Forum 11, 2007, 35. Zur Diskussion zur Eigentumsübertragung vor dem Inkrafttreten des KGTG, s. m. M. P. Liver in: A. Meier-Hayoz (Hrsg.), *Schweizerisches Privatrecht*, Vol. 5/1: Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse (Basel, Stuttgart 1977) Art. 724 ZGB; herrschende Meinung u. a. R. Ammann, *Das Fundrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (Zürich 1960) 92; H. Rey, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum*². Grundriss schweizerisches Sachrecht 1 (Bern 2000) RdNr. 1881a; F. Hitz in: P. Breitschmid/A. Rumo-Jungo (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Bd. 3: Sachenrecht³ (Zürich 2016) Art. 724, RdNr. 6–8. Zur Modifizierung des Art. 724 Abs. 1 ZGB und zum Wortlaut des Art. 724 Abs. 1 bis ZGB siehe M.-A. Renold/P. Gabus, *Commentaire LTBC. Loi fédérale sur le transfert international des biens culturels (LTBC)* (Zürich 2006) Art. 32 n° 14 ff.

²¹ Siehe u. a. W. Ernst, *Neues Sachenrecht für Kulturgüter*. *Recht – Zeitschr. juristische Weiterbildung u. Praxis* 26,1, 2008, 7; K. Siehr, *Das Kulturgütertransfergesetz der Schweiz aus der Sicht des Auslandes*. *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)* 2005, 677.

²² Jungo (Anm. 9) 88 ff.

²³ Siehe u. a. M. Müller-Chen/M.-A. Renold, *Zivilrechtliche Bestimmungen beim Erwerb von Kulturgütern*. In: P. Mosimann/M.-A. Renold/A. Raschèr (Hrsg.), *Kultur, Kunst, Recht*. Schweizerisches und internationales Recht (Basel 2009) 302–313.

²⁴ I. Berger-Steiner/D. Schmid in: J. Kren Kostkiewicz/S. Wolf/M. Amstutz/R. Fankhauser (Hrsg.), *ZGB. Kommentar*. Schweizerisches Zivilgesetzbuch³ (Zürich, Basel, Genf 2016) Art. 934, RdNr. 23; R. Arnet/P. Eitel, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Sachenrecht*³ (Zürich 2016) 840–845; zu den Fristen: Schweizerisches Bundesgericht, BGE 139 III 305, Erwägung 3.2.1.

²⁵ Zur Anwendung Art. 144 StGB bei Beschädigungen von Kulturgütern und -objekten, Schweizerisches Bundesgericht, BGE 116 IV 143, 145; BGE 141 IV 305.

Art. 32 KGTG sieht auch Strafbestimmungen über die vorsätzliche und unberechtigte Zerstörung oder Beschädigung von Naturkörpern oder Altertümern im Boden vor²⁶. Die weiteren strafrechtlichen Bestimmungen befinden sich in den Art. 24 und 25 KGTG. Sie sehen die Bestrafung des Handels in all seinen Facetten²⁷ von gestohlenen oder gegen den Willen der Eigentümerin oder des Eigentümers abhandengekommenen Kulturgütern vor (Art. 24 Abs. 1 Buchst. a KGTG), der Aneignung von Grabungsfunden im Sinne von Art. 724 ZGB (Art. 24 Abs. 1 Buchst. b KGTG), der rechtswidrigen oder unrichtigen Deklaration bei Ein- oder Durchfuhr von Kulturgütern (Art. 24 Abs. 1 Buchst. c KGTG) und der rechtswidrigen oder unrichtigen Ein- oder Ausfuhr von im Bundesverzeichnis erfassten Kulturgütern (Art. 24 Abs. 1 Buchst. d KGTG). Neben diesen Vergehen werden auch Übertretungen im Gesetz bestimmt, wie die Missachtung der Sorgfaltspflichten nach Art. 16 KGTG im Kunsthandel oder Auktionswesen (Art. 25 Abs. 1 Buchst. a KGTG) sowie das Erschweren der nach Art. 17 KGTG vorgesehenen Kontrollen (Art. 25 Abs. 1 Buchst. b KGTG).

Die Ausfuhr von Kulturgütern aus der Schweiz unterliegt einer Meldepflicht auf Bundesebene, wenn das Kulturgut im Bundesverzeichnis eingetragen ist (Art. 5 Abs. 1 KGTG). Kantone, welche die Ausfuhr von Kulturgütern auf ihrem Gebiet regeln und Verzeichnisse führen, dürfen ein ähnliches Bewilligungsverfahren vorsehen (Art. 24 Abs. 2 KGTG)²⁸. Aus dem geltenden Recht dürfen die schweizerischen archäologischen Kulturgüter, die im Bundesverzeichnis ausgeführt sind, abschliesslich zum Zweck der Forschung, Konservierung, Ausstellung oder aus ähnlichen Gründen vorübergehend ausgeführt werden. In vielen Kantonen sind Kulturgüter, die sich im Eigentum des Staates befinden, *ipso iure* in dem Verzeichnis eingetragen und unterliegen dadurch einem Verbot zur dauerhaften Ausfuhr²⁹. Die

rechtswidrige Ausfuhr von Kulturgütern, die im Bundesverzeichnis eingetragen sind, führt zu Rückführungsansprüchen des Bundesrats gegenüber anderen Vertragsstaaten. Kosten und Entschädigung gehen zulasten des Bundes (Art. 6 Abs. 1 KGTG). Der Bundesrat darf auch auf Antrag eines Kantons, falls ein Kulturgut in dem kantonalen Verzeichnis eingetragen war und rechtswidrig ausgeführt wurde, Rückführungsansprüche geltend machen. Die finanziellen Aufwendungen gehen in diesem Fall zulasten des Kantons (Art. 6 Abs. 2 KGTG). Dem Bundesrat stehen zwei Wege offen: der Gesuchsweg (diplomatische Verfahren oder der Rechtsdurchsetzungshilfe) oder der Klageweg.

Ferner dient das KGTG einem besseren Schutz gegen den illegalen Handel von Kulturgütern im Allgemeinen und von schweizerischen archäologischen Kulturgütern im Besonderen, indem Art. 15 und 16 KGTG besondere Sorgfaltspflichten einführen, die zum Aufbau eines reflektierten Gewissens für das Kulturerbe beigetragen haben und weiterhin dazu beitragen³⁰. Bei der Übertragung und dem Handel mit Kulturgütern sollen grundlegende Verpflichtungen eingehalten werden, die gestohlenen, gegen den Willen der Eigentümerin oder des Eigentümers abhandengekommenen oder rechtswidrig ausgegrabenen Kulturgütern den Zugang zum legalen Markt (Art. 16 KGTG) und zu Institutionen des Bundes (Art. 15 KGTG) ausschließen sollen. Archäologische Kulturgüter fallen in den Anwendungsbereich der Art. 15–17 KGTG, unabhängig von ihrem Wert³¹. Die Einhaltung der Sorgfaltspflicht im Kulturgüterverkehr gilt selbstverständlich sowohl für inländische als auch für ausländische Kulturgüter.

Zusätzliche Massnahmen gegen den illegalen Handel wurden noch getroffen, wie z. B. die 2008 zwischen eBay und den Schweizer Behörden unterzeichnete Willensbekundung³² zur Verhinderung des illegalen Handels und Verkaufs von Kulturgütern im Internet. Ein klar

²⁶ Die Freiheitsstrafe mag sich bis zu einem Jahr erstrecken und die Geldstrafe bis zu 40 000 Franken im Fall der Fahrlässigkeit, Art. 24 Abs. 1 und 2 NHG.

²⁷ Das Gesetz listet die Einfuhr, den Verkauf, den Vertrieb, die Vermittlung, den Erwerb und die Ausfuhr auf (Art. 24 Abs. 1 Buchst. a KGTG).

²⁸ In welchem Umfang dies geschehen soll, bleibt offen. Das noch nicht in Kraft getretene Kulturerbegesetz in St. Gallen sieht als Kriterien zum Verbot einer Ausfuhr von unter Schutz gestelltem Kulturerbe einen Zielort im Ausland oder in einem anderen Kanton, wenn das Objekt „identitätsstiftend“ ist (Art. 13). Kulturerbegesetz, Botschaft und Entwurf der Regierung vom 20. Dezember 2016, Kantonsrat St. Gallen, 19–20. Ein absolutes Ausfuhrverbot kennt jedoch kein Kanton, dafür existieren Unterschiede zwischen bewilligungspflichtiger Ausfuhr und gemeldeter Ausfuhr. F. H. Siegfried, Internationaler Kulturgütererschutz in der Schweiz. Das Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer – KGTG. Schriftenr. Urheber- u. Kunstrecht 4 (Frankfurt a. M., Bern 2006) 141.

²⁹ Siehe z. B. das jüngste Waadtländer Gesetz über das bewegliche und immaterielle Kulturerbe (Loi sur le patrimoine mobilier et immatériel, RSV 446.12), insbesondere Art. 27 i. V. m.

Art. 11 Abs. 2 und Art. 17 oder das Aargauer Kulturgesetz (SAR 495.200), insbesondere § 39 Satz 2, i. V. m. § 34 und § 35 Abs. 2 Buchst. c.

³⁰ Zur Einführung und Umsetzung der Sorgfaltspflicht siehe u. a. N. Ruckstuhl, Die Strafbestimmungen des Kulturgütererschutzgesetzes, unter besonderer Berücksichtigung des Missachtung von Sorgfaltspflichten. In: P. Mosimann/B. Schönenberger, Kunst & Recht 2016/Art & Law 2016. Referate zur gleichnamigen Veranstaltung der Juristischen Fakultät der Universität Basel vom 17. Juni 2016. Schriftenr. Kultur u. Recht 8 (Bern 2016) 167–190; B. Grell/M. Plutschow, Sorgfaltspflichten gemäss Kulturgütertransfergesetz (KGTG). Anleitung mit praktischen Tipps (Zürich 2005); L. Dal Molin, Sorgfaltspflichten im Kunsthandel. PRIVATE – Das Geld-Magazin 2008, H. 5, 72 f., und Berger-Röthlisberger (Anm. 18) 72–91; zur Sorgfaltspflicht im Antiquitätenhandel siehe Schweizerisches Bundesgericht, BGE 122 III 1 E. 2b/aa.

³¹ Art. 16 Abs. 3 Buchst. a und b Kulturgütertransferverordnung (KGTV, SR 444.11).

³² Zu den Vorarbeiten siehe M. Ninck, Antike Kulturgüter als Tabu. NZZ vom 15. Juni 2008 https://www.nzz.ch/antike_kulturguetter_als_tabu-1.759682 (Zugriff am 24.08.2017).

kommuniziertes Ziel war die Bereinigung der Angebote durch gezielte Informationsmaßnahmen. Anbietern von archäologischen Kulturgütern wurden Richtlinien zum sauberen Umgang mit solch sensiblen Gütern bekannt gemacht, was zu einem drastischen Rückgang von Angeboten führte. Die Erfolge des Pilotprojekts führten dazu, dass ein „Memorandum of Understanding zur Förderung des verantwortungsvollen Umgangs mit archäologischem Kulturgut“ 2009 unterzeichnet wurde³³ und weiterhin in Kraft ist³⁴.

Zum Schutz ausländischer archäologischer Kulturgüter

Mit dem Inkrafttreten des KGTG 2003 setzte die Schweiz einen wichtigen Meilenstein auf dem Weg zur Sicherung des kulturellen Erbes und zur Wahrung des kulturellen Austausches³⁵. Damit setzte die Schweiz ein Zeichen gegen den illegalen Handel mit Kulturgütern, eine Haltung, die selbstverständlich Auswirkungen auf den Schutz und den Handel archäologischer Kulturgüter hat. Wie bereits oben erwähnt, bringt das KGTG im Art. 2 Abs. 1 eine Definition von Kulturgütern, welche die archäologischen Kulturgüter einbezieht. Mit dem neuen Gesetz hat die Schweiz zur Errichtung eines Kulturgüterschutzrechts auf Bundesebene beigetragen, indem u. a. Rückgaben (Art. 10 ff. KGTG) und Rückführungen (Art. 9 KGTG), Sorgfaltspflicht für Institutionen des Bundes (Art. 15 KGTG) und auf dem Markt tätige Personen (Art. 16 KGTG) sowie Verzeichnisse von Kulturgütern (Art. 3 KGTG) in einen Rahmen gestellt wurden. Um die Ziele der UNESCO-Konvention 1970 beim internationalen Handel von Kulturgütern zu erreichen, hat die Schweiz bei der Umsetzung des internationalen Abkommens das Abschließen von bilateralen Staatsverträgen bevorzugt (Art. 7 KGTG), eine sozusagen indirekte Regelung.

Das von dem schweizerischen Gesetzgeber bevorzugte System bilateraler Staatsverträge soll dazu dienen, eine bessere Grenzkontrolle und vereinfachte Rückführung illegal ausgeführter Kulturgüter zu erreichen³⁶. Bis

dato wurden sieben solche Verträge unterzeichnet³⁷, die nun alle in Kraft getreten sind³⁸. Es ist an dieser Stelle zu betonen, dass die bilateralen Staatsverträge auch den inländischen archäologischen Kulturgütern einen verstärkten Schutz bieten. Die Vereinbarungen bestimmen für beide Parteien, unter welchen Voraussetzungen die Einfuhr von Kulturgütern in das Hoheitsgebiet einer der beiden Vertragsparteien legal geschieht, die Modalitäten der Rückführung von einem rechtswidrigen ein- oder ausgeführten Kulturgut³⁹ und legen einen Rahmen zu gegenseitigem Informationsaustausch und zur Zusammenarbeit. Ausschließlich einbezogen sind die Kulturgüter, die zu einer der in den Anhängen zu diesen Vereinbarungen definierten Kategorien gehören.

Aus den Bestimmungen zur Sorgfaltspflicht, welche die Umsetzung von Art. 7 Buchst. a und Art. 10 Buchst. a der UNESCO-Konvention 1970 vorsehen, wurden Grundbestimmungen zum Umgang mit Kulturgütern in den Handelsverkehr eingeführt. Diese dienen – wie oben betont – einem verantwortungsbewussten Umgang mit Kulturgütern, der Objekte aus illegalen Kanälen beseitigen und Klarheit auf dem Markt bringen soll. In engem Zusammenhang mit diesen Bestimmungen stehen die Bestimmungen aus der Umsetzung der UN-Verordnungen betreffend Irak und Syrien⁴⁰, die diesen besonders gefährdeten Kulturgütern einen erweiterten Schutz anbieten.

Die Einfuhr in die Schweiz von Objekten aus den jeweiligen Staaten, die mit der Schweiz einen Vertrag abgeschlossen haben, unterliegt i. d. R. dem Vorweisen einer Ausfuhrbewilligung⁴¹. Alle Grenzübertritte unter-

Der Vertrag soll sich auf die Kulturgüter von wesentlicher Bedeutung konzentrieren, es sollen Ausfuhrbestimmungen im jeweiligen Staat gelten, die den Schutz des kulturellen Erbes bezwecken und das Gegenrecht soll gewährt werden. Kritiker äußern sich über das zeitaufwendige Verfahren.

³⁷ Mit Italien (20. Oktober 2006), Griechenland (15. Mai 2007), Kolumbien (1. Februar 2010), Ägypten (14. April 2010), Zypern (11. Januar 2013), China (16. August 2013) und Peru (12. Juli 2016) wurden solche bilaterale Vereinbarungen abgeschlossen (Stand: August 2017).

³⁸ Die Zeitspanne zwischen Anschluss und Inkrafttreten mancher Vereinbarungen bringen eine Schwierigkeit dieser bevorzugten Lösung ans Licht. Die Vereinbarung mit Italien ist seit dem 27. April 2008, diejenige mit Ägypten seit dem 20. Februar 2011, diejenige mit Griechenland seit dem 13. April 2011, diejenige mit Kolumbien seit dem 4. August 2011, diejenige mit China seit dem 8. Januar 2014, diejenige mit Zypern seit dem 15. Februar 2014 und diejenige mit Peru seit dem 19. Oktober 2016 in Kraft.

³⁹ Dazu C. Steinbrück, Die Umsetzung des UNESCO-Kulturgüterübereinkommens in der Bundesrepublik Deutschland. Eine vergleichende Betrachtung mit der Umsetzung der Konvention in den Vereinigten Staaten von Amerika und der Schweiz. Göttinger Stud. Völker- u. Europarecht 16 (Köln, München 2012) 209–214.

⁴⁰ Art. 1a der Verordnung über Wirtschaftsmassnahmen gegenüber der Republik Irak (RS 946.206) und Art. 9a der Verordnung über Massnahmen gegenüber Syrien (RS 946.231.172.7).

⁴¹ Die Bestimmungen der Vereinbarung zwischen Italien und der Schweiz lassen diese Verpflichtung offen: „Verlangt das Recht

³³ Siehe dazu die offizielle Medienmitteilung <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-29602.html> (Zugriff am 24.08.2017).

³⁴ Siehe die zusammenfassenden Informationen auf der Seite der Online-Plattform, Grundsatz zu archäologischen Funden, mit Hinweisen auf der Rechtslage und auf praktischer Handlung, <http://pages.ebay.ch/help/policies/artifacts.html> (Zugriff am 24.08.2017).

³⁵ Eine Absicht, die schon in den Vorbereitungsarbeiten zu merken ist. Siehe Botschaft über die UNESCO-Konvention 1970 und das Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer (KGTG), BBl 2002 535, 538–539.

³⁶ Das Gesetz sieht drei zu erfüllende Bedingungen vor, damit der Bundesrat die Verträge abschliessen darf (Art. 7 Abs. 2 KGTG).

liegen einer Deklarationspflicht, die es von den Zollbehörden zu prüfen gilt (Art. 19 KGTG). Zu betonen ist, dass die Einlagerung von Kulturgütern in ein Zolllager als Einfuhr im Sinne des KGTG gilt und ebenfalls deklarationspflichtig ist (Art. 19 KGTG, Art. 26 KGTV). Soll ein Kulturgut rechtswidrig in die Schweiz eingeführt werden, haben Vertragsstaaten die Möglichkeit, eine Rückführung zu erstreiten (Art. 9 KGTG).

Schließlich kann die Schweiz im Fall außerordentlicher Ereignisse befristete Maßnahmen zum Schutz des kulturellen Erbes aufstellen. Das Gesetz räumt dem Bundesrat die Möglichkeit ein, die Einfuhr, Durchfuhr und Ausfuhr von Kulturgütern zu ermöglichen wie auch einzuschränken oder zu verbieten (Art. 8 Abs. 1 KGTG), sich an internationalen Aktionen zu beteiligen (Art. 8 Abs. 2 KGTG) oder zusätzliche Pflichten einzuführen (Art. 6 KGTV). Mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über den Schutz der Kulturgüter bei bewaffneten Konflikten, bei Katastrophen und in Notlagen (KGSG, SR 520.3) können in der Schweiz Bergungsorte zur Verfügung gestellt werden, wenn die treuhänderische Aufbewahrung der Kulturgüter unter der Schirmherrschaft der UNESCO steht (Art. 12 KGSG). Diese dienen in indirekter Weise dem Schutz ausländischer archäologischer Kulturgüter und tragen zum Erhalt des kulturellen Erbes bei⁴².

Fazit

Anfang des 21. Jahrhunderts genießen in der Schweiz inländische und ausländische archäologische Kulturgüter einen rechtlichen Schutz auf bundes- und kantonaler Ebene, der sich weit über die Staatsgrenze aus-

einer Vertragspartei für die Ausfuhr von Kulturgütern eine Bewilligung, so ist diese den Zollbehörden der anderen Vertragspartei vorzulegen“ (Art. 2 Abs. 1 Satz 2 der Vereinbarung zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Republik Italien über die Einfuhr und die Rückführung von Kulturgut, SR 0.444.145.41).

⁴² Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über den Schutz der Kulturgüter bei bewaffneten Konflikten, BBl. 2013 8987, 8894 ff.; N. Thaddäus/R. Zingg, Die Schweiz als erster Safe Haven für Kulturgüter. Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2014, 1375 ff.; A. Maget Dominicé, Refuge d'oeuvres. In: M. Cornu/F. Orsi/J. Rochfeld (Hrsg.), Dictionnaire des biens communs. Quadrige dicos poche (Paris 2017) 1041–1045.

streckt⁴³. Die Einführung des KGTG regelt seit 2003 die Eigentums- und Handelsverhältnisse⁴⁴ der schweizerischen archäologischen Kulturgüter vom Zeitpunkt ihrer Entdeckung an beständiger. Ausländische archäologische Kulturgüter aus Staaten, die mit der Schweiz einen Vertrag nach Art. 7 KGTG abgeschlossen haben, genießen einen besonderen Schutz. Schliesslich tragen das Inkrafttreten des KGSG, die Umsetzung der UN-Verordnungen sowie die Anerkennung der Roten Listen des ICOM zu einem erweiterten Schutz und zur weiteren Bekämpfung des illegalen Handels mit archäologischen Kulturgütern bei.

Abstract

In 2003 Switzerland has implemented the UNESCO Convention on the means of prohibiting and preventing the illicit import, export and transfer of ownership of cultural property of 1970 with the Cultural Property Transfer Act (CPTA, SR 444.1) and the associated implementing provisions (Cultural Property Transfer Ordinance (CPTO, SR 444.11). These instruments confer a broader protection for Swiss and foreign archaeological cultural goods, as they govern the import, the transit, the export and the repatriation of cultural property. Furthermore, they introduce new civil and penal dispositions, consecrating a legal evolution tending back to 1912 as Switzerland declared all archaeological cultural property ownership of the Cantons (Art. 724 Civil Code, SR 210) and strengthen political awareness on the value of cultural heritage.

⁴³ B. Widmer, Denkmalschutz in der Schweiz. In: G. Reichelt (Hrsg.), Denkmalschutz in Europa. Vergangenheit – Gegenwart – Zukunft. Schriftenr. Kunst u. Recht 3 (Wien 2011) 63–65.

⁴⁴ M. Weber, New Swiss Law on Cultural Property. Internat. Journal Cultural Property 13, 2006, 106.

Der archäologische Denkmalschutz in Lettland

Von Sandra Zirne

Einleitung

Die rechtlichen Aspekte des archäologischen Denkmalschutzes in Lettland sind bislang nur fragmentarisch untersucht worden, vor allem im Zusammenhang mit der historischen Entwicklung der lettischen Archäologie¹. Einen allgemeinen Überblick zur Genese des Denkmalschutzes in Lettland bietet die Monografie des Historikers Mārtiņš Apinis aus dem Jahr 1992². Eine Kurzdarstellung der Gesetzgebung zum Schutz archäologischer Denkmäler findet sich in dem 2016 publizierten Gesamtwerk zur Entwicklung der Archäologie in Lettland³. Detaillierte Berichte zur aktuellen Situation des archäologischen Denkmalschutzes in Lettland – von ausgewiesenen Experten aus der Praxis verfasst – wurden zudem in den Jahren 1999⁴, 2009⁵ und 2015⁶ veröffentlicht.

Entwicklung der Gesetzgebung

Da Lettland erst nach dem Ersten Weltkrieg seine staatliche Souveränität erlangte, konnte sich das lettische Denkmalrecht – wie jegliches Recht überhaupt – erst danach herausbilden. Bis dahin hatte sich die Kulturerbepolitik im Land an der allgemeinen geopolitischen Lage im Ostseeraum ausgerichtet.

Die Anfänge des Schutzes des kulturellen Erbes in Lettland reichen bis ins 17. Jahrhundert zurück, als nach dem Polnisch-Schwedischen Krieg (1600–1629) der zentrale Teil Lettlands – Livland (Vidzeme) – zu einer schwedischen Überseeprovinz wurde. Der älteste Rechtsakt in dieser Hinsicht – das Dekret des schwedischen Königs

Karl XI. über den Schutz und die Bewahrung von alten Denkmälern und Antiquitäten vom 28. November 1666⁷ – bestimmte, dass alle Denkmäler auf königlichem, staatlichem oder privatem Grund unter der Obhut des Staates stehen, als wenn sie Eigentum der Krone wären. Nachdem das Territorium Lettlands infolge des Großen Nordischen Krieges (1700–1721) an das Russische Reich abgetreten worden war, entwickelte sich der Schutz des kulturellen Erbes im Kontext der Kulturpolitik und der Gesetzgebung Russlands. Von Bedeutung speziell für das archäologische Erbe waren die von Zar Peter I. 1714 und 1718 erlassenen Dekrete, in denen die Ablieferung von Antiken und anderen „merkwürdigen Gegenständen“ an den Staat verfügt wurde⁸. Einen wichtigen Schritt markierte die Gründung der Kaiserlichen Archäologischen Kommission im Jahr 1859, die 1889 zur einzigen Institution im Russischen Reich bestimmt wurde, die das Recht hatte, Grabungserlaubnisse zu erteilen⁹. Die Aktivitäten der Kommission waren allerdings eher von symbolischer denn von praktischer Bedeutung¹⁰. Im Verlauf des 19. Jahrhunderts stieg das Interesse der Öffentlichkeit am kulturellen Erbe – einschließlich seiner archäologischen Komponente – kontinuierlich an. Ein Ereignis von großer Breitenwirkung war der zehnte Allrussische Archäologische Kongress, der 1896 in Riga stattfand und dem eine intensive Erfassung von archäologischen Stätten vorausgegangen war¹¹.

Grundlegende Veränderungen beim rechtlichen Schutz des kulturellen Erbes fanden erst im 20. Jahrhundert nach der Gründung der unabhängigen Republik Lettland im Jahre 1918 statt. Das Gesetz über den Schutz von Kulturdenkmälern vom 26.06.1923¹² regelte den Schutz beweglicher und unbeweglicher Denkmäler von archäologischem, ethnologischem, historischem oder künstlerischem Wert, deren Erhaltung im Interesse des lettischen Staates und Volkes lag (§ 1 lvDSchG 1923). Als archäologische Denkmäler definierte das Gesetz dabei archäologische Gegenstände und ihre Sammlungen sowie Orte, an denen sich diese Gegenstände unter oder über dem Boden befanden.

¹ Es handelt sich um eine Übersetzung des im Original in englischer Sprache eingereichten Beitrags. Der englischsprachige Abstract stammt von der Verfasserin.

² M. Apinis, *No pieminekļu aizsardzības vēstures* (Riga 1992).

³ A. Vasks, *Arheoloģija Latvijā pēc Otrā pasaules kara*. *Latvijas Vēstures institūta žurnāls* 100,3, 2016, 7–66.

⁴ A. Šnē, *Archaeological heritage and its protection in Latvia*. In: O. W. Jensen/H. Karlsson/A. Vijups (Hrsg.), *Inside Latvian Archaeology*. *Gotarch Ser. A, Vol. 2* (Göteborg 1999) 165–174.

⁵ S. Zirne, *Protection of the archaeological monuments in the Republic of Latvia*. In: P. A. C. Schut (Hrsg.), *Listing Archaeological sites, Protecting the Historical Landscape*. *EAC occasional paper 3* (Brussels 2009) 95–97.

⁶ S. Zirne/M. Lūsēns/A. Vijups, *Preventive Archaeology in Latvia: example excavations in the historical town centres in Kuldīga and Ventspils*. *Report 10*, 2015, 219–231.

⁷ *Placat och Påbudh, Om Gamble Monumenter och Antiquiteter*. Abrufbar unter: <http://www.kb.se/F1700/Monumenter/Text.htm>

⁸ Šnē (Anm. 4) 165.

⁹ Ebd.

¹⁰ Apinis (Anm. 2) 16.

¹¹ Šnē (Anm. 4) 166.

¹² *Likums par pieminekļu aizsardzību* (*Valdības Vēstnesis*, Nr. 133, 26.06.1923).

den (§ 2c lvDSchG 1923). Mit der Gründung des Denkmaldirektoriums (PIEMINEKĻU VALDE) wurde eine neue Institution ins Leben gerufen, die für den Schutz des Kulturerbes und speziell für die Genehmigung von archäologischen Ausgrabungen zuständig war. Die bei den Ausgrabungen entdeckten archäologischen Gegenstände mussten an das Direktorium abgeliefert werden, das für deren dauerhafte Aufbewahrung in Museen zu sorgen hatte. Charakteristisch für das lettische Denkmalrecht der Zwischenkriegszeit war das Verständnis des archäologischen Erbes Lettlands als ein nationales Gut, was sich unter anderem in der Vorgabe äußerte, dass Grabungsdokumentationen und Abbildungen von Funden erst in lettischen Fachzeitschriften publiziert werden mussten, bevor dieses Material zur Veröffentlichung im Ausland freigegeben werden konnte (§ 15 lvDSchG 1923). Im Bereich der Identifizierung, Registrierung und Erforschung von archäologischen Denkmälern in Lettland leistete das Denkmaldirektorium einen bedeutenden Beitrag: Die späteren amtlichen Listen der archäologischen Denkmäler von Lettland basieren hauptsächlich auf den Materialien, die von dieser Behörde bis zum Zeitpunkt ihrer Auflösung im Herbst 1944 zusammengetragen worden sind.

Während der sowjetischen Besatzung nach dem Zweiten Weltkrieg wurde das System des Denkmalschutzes in Lettland der in der Sowjetunion geltenden Gesetzgebung nachgebildet. Der Schutz des kulturellen Erbes oblag in dieser Zeit dem Kultusministerium und den diesem untergeordneten Institutionen¹³ und richtete sich zunächst nach unterschiedlichen Verordnungen und Instruktionen, die erst im Jahr 1977 durch ein einheitliches „Gesetz über den Schutz und die Nutzung von Geschichts- und Kulturdenkmälern der Lettischen SSR“¹⁴ abgelöst wurden.

Die Liste der staatlich geschützten Geschichts- und Kulturdenkmäler wurde in den Jahren 1952, 1959, 1969 und 1984 überarbeitet¹⁵. Der Charakter der eingetragenen Denkmäler stand zwar im Zeichen des Klassenkampf-Paradigmas, was vor allem die Auswahl der Denkmäler der Geschichte und der Architektur beeinflusste. Archäologische Denkmäler wurden aber in alle oben genannten Denkmallisten aufgenommen, wobei eine Tendenz zur Erhöhung ihrer Gesamtzahl zu verzeichnen war¹⁶.

Nach der Wiederherstellung der nationalen Unabhängigkeit im Jahr 1991 wurde die Verantwortung für das kulturelle Erbe Lettlands – einschließlich des archäologi-

schen Erbes – dem Ministerium für Kultur übertragen. Auf der Verwaltungsebene wurde die Staatliche Inspektion für den Schutz des Kulturerbes (VALSTS KULTŪRAS PIEMINEKĻU AIZSARDZĪBAS INSPEKCIJA) eingerichtet, die seither für die Identifizierung, Bewertung und Registrierung, aber auch für die Erforschung von Kulturdenkmälern zuständig ist.

Aktuelle Rechtslage

Rechtsgrundlagen

Den Kernpunkt des neuen lettischen Denkmalrechts bildet das Gesetz „Über den Schutz der Kulturdenkmäler“ vom 12.02.1992¹⁷ (zuletzt geändert am 20.12.2012, im Folgenden: Denkmalschutzgesetz), das ergänzt wird durch die vom Ministerkabinett der Republik Lettland erlassene Satzung der Staatlichen Inspektion für den Schutz des Kulturerbes vom 09.11.2004¹⁸. Hinzu kommen eine Reihe von weiteren Rechtsakten des Ministerkabinetts, internationale Konventionen zum kulturellen Erbe¹⁹ und mehr als 37 weitere Gesetze und normative Akte, die den Bereich des kulturellen Erbes betreffen.

Besondere Aufmerksamkeit gilt der Erhaltung des historischen Zentrums der lettischen Hauptstadt Riga, einschließlich seiner Schutzzone, das als UNESCO-Weltkulturerbe ausgewiesen ist²⁰. Diesem Anliegen dient das „Gesetz über die Erhaltung und den Schutz des historischen Zentrums von Riga“ vom 29.05.2003²¹. Unter den authentischen kulturellen und historischen Werten, die das Schutzgut ausmachen und dementsprechend geschützt und bewahrt werden sollen, wird auch die archäologische Kulturschicht (§ 5 Abs. 2 Nr. 4 des Gesetzes) genannt. Aus § 5 Abs. 1 des Gesetzes folgt dabei, dass jegliche Aktivitäten, die Kulturschicht zerstören oder beschädigen, untersagt sind.

Die jüngsten Änderungen des lettischen Denkmalschutzgesetzes, die am 23.01.2013 in Kraft getreten sind, haben wesentliche Neuerungen für den Schutz des

¹³ Seit 1988 bestand in Lettland eine Staatliche Inspektion für Geschichts- und Kulturdenkmäler.

¹⁴ Закон об охране и использовании памятников истории и культуры Латвийской ССР от 23 декабря 1977 г.

¹⁵ Vasks (Anm. 3) 14.

¹⁶ So befanden sich unter den eingetragenen Denkmälern im Jahre 1952 noch 171 archäologische Denkmäler, während in der Liste von 1984 die Gesamtzahl der archäologischen Denkmäler bereits 1504 betrug.

¹⁷ Latvijas Republikas Likums „Par kultūras pieminekļu aizsardzību“ (Ziņotājs Nr. 10, 05.03.1992).

¹⁸ Valsts kultūras pieminekļu aizsardzības inspekcijas nolikums. Ministru kabineta noteikumi Nr. 916 (Latvijas Vēstnesis, Nr. 180 [3128], 12.11.2004).

¹⁹ Die bedeutendsten internationalen Konventionen, welche die Verwaltung von archäologischen Denkmälern in Lettland betreffen, sind das Europäische Übereinkommen über den Schutz des archäologischen Erbes, in Lettland in Kraft getreten am 30.01.2004 (Latvijas Vēstnesis, Nr. 92 [2857], 19.06.2003), und das Rahmenübereinkommen des Europarates über den Wert des Kulturerbes für die Gesellschaft, in Lettland in Kraft getreten am 16.03.2006 (Latvijas Vēstnesis, Nr. 44 [3412], 16.03.2006).

²⁰ Das Territorium des historischen Stanzentrums ist 438,3 ha groß; die Schutzzone ist 1574,2 ha groß.

²¹ Rīgas vēsturiskā centra saglabāšanas un aizsardzības likums (Latvijas Vēstnesis, Nr. 87 [2852], 11.06.2003).

archäologischen Erbes mit sich gebracht. Hintergrund für die Gesetzesänderungen waren die Suche nach archäologischen Altertümern mithilfe von Metalldetektoren und die daraus resultierenden Schäden an staatlich geschützten archäologischen Denkmälern und anderen archäologisch bedeutsamen Orten, die landesweit ein kritisches Ausmaß erreicht hatten.

Denkmalbegriff

Das lettische Denkmalschutzgesetz von 1992 versteht unter Kulturdenkmälern Objekte, die in ihrem Ursprungszustand überliefert worden sind, oder Teile und Fragmente von solchen Gegenständen, wobei grundsätzlich zwischen unbeweglichen und den beweglichen Kulturdenkmälern unterschieden wird (vgl. § 2 Abs. 1 und 2 lvDSchG). Im Bereich des archäologischen Erbes bedeutet das, dass es sich bei archäologischen Kulturdenkmälern einerseits um unbewegliche komplexe Objekte handelt, also z. B. um archäologische Stätten und Kulturschichten, sowie andererseits um bewegliche Einzelobjekte wie archäologische Funde, Antiken, Elemente von unbeweglichen Denkmälern oder historische Reliquien.

Der gesetzlichen Definition zufolge handelt es sich bei Antiken um Artefakte, also um Objekte, die durch bewusste menschliche Handlungen geschaffen wurden (§ 2 Abs. 3 lvDSchG). Es geht also um Gegenstände wie Schmuck, Waffen, Werkzeuge, Haushaltsgegenstände, Keramiken, Münzen – sei es in intakter Form, sei es in Form von unterirdischen, oberirdischen oder unter Wasser entdeckten Fragmenten. Der Begriff „archäologische Stätten“ umfasst dabei staatlich geschützte Kulturdenkmäler, darunter auch neu entdeckte Orte.

Denkmalliste

Die Liste der staatlich geschützten Kulturdenkmäler, die während der sowjetischen Besatzungszeit in Kraft getreten war, wurde nach der Wiedererlangung der Unabhängigkeit Lettlands überarbeitet und ergänzt. Die aktuelle Liste der staatlich geschützten Kulturdenkmäler, deren Änderungen der Zustimmung des Ministers für Kultur bedürfen (§ 14 Abs. 2 lvDSchG), wird im Staatsanzeiger der Republik Lettland (LATVIJAS VĒSTNESIS) veröffentlicht²². Die Liste enthält die Bezeichnung des Kulturdenkmals, die jeweilige Gattung (archäologisches Denkmal, Architekturdenkmal usw.), die einschlägige Wertkategorie, den Ort und seine Entstehungszeit. Von den der-

zeit 8932 eingetragenen Kulturdenkmälern sind 2519 archäologische Denkmäler.²³

Die geschützten Denkmäler sind in zwei Untergruppen unterteilt: Denkmäler von lokaler Bedeutung und jene von nationaler Bedeutung (§ 14 Abs. 1 Satz 1 lvDSchG). Zuordnungskriterien ergeben sich dabei aus der (hier so genannten) Denkmalschutzverordnung des Ministerkabinetts vom 26.08.2003²⁴. Bei archäologischen Denkmälern kommt es hiernach auf die Art, das Alter, den Charakter und die Bedeutung des Objekts an. Gemäß § 6 der Verordnung sind als archäologische Denkmäler von nationaler Bedeutung alle archäologischen Stätten (Hügelgräber, Siedlungen, Gräberfelder usw.) aus der Zeit bis zum 13. Jahrhundert, Burgen und Befestigungsanlagen aus der Zeit bis zum 17. Jahrhundert, historische Kulturschichten von Städten aus der Zeit bis zum 18. Jahrhundert, Kultstätten aus der Zeit bis zum 18. Jahrhundert sowie versunkene Schiffe und deren Ladung, wenn sie älter als 50 Jahre sind. Entscheidend ist jeweils das Vorliegen einer außergewöhnlichen wissenschaftlichen, kulturellen, geschichtlichen oder pädagogischen Bedeutung. Als archäologische Denkmäler von lokaler Bedeutung gelten nach § 11 der Verordnung Friedhöfe, Siedlungen und Dorfstätten aus der Zeit vom 14. bis zum 17. Jahrhundert sowie Kult- und Handelsstätten, Straßen, Schlachtfelder und Befestigungen bis zum 19. Jahrhundert, wenn sie über eine wissenschaftliche, kulturelle, geschichtliche oder pädagogische Bedeutung verfügen. Tatsächlich werden alle erhaltenen, bekannten und identifizierten archäologischen Stätten in die Liste der geschützten Denkmäler aufgenommen.

Ein archäologisches Denkmal besteht in einigen Fällen aus zwei oder (seltener) drei archäologischen Stätten, die eine Gesamtheit bilden, z. B. eine Höhenbefestigung und (zugehörige) Siedlung, eine Siedlung und ein Friedhof, ein mittelalterlicher Friedhof und ein Kirchenstandort, sodass die Gesamtzahl der geschützten archäologischen Stätten eigentlich höher ist als die Zahl der eingetragenen archäologischen Denkmäler (circa 2 600)²⁵.

Eintragungsverfahren

Das denkmalrechtliche Eintragungsverfahren ist in der (hier so genannten) Denkmallistenverordnung des Ministerkabinetts vom 26.08.2003²⁶ geregelt und findet

²³ Stand: 05.06.2017.

²⁴ Noteikumi par kultūras pieminekļu uzskaiti, aizsardzību, izmantošanu, restaurāciju un vidi degradējoša objekta statusa piešķiršanu. Ministru kabineta noteikumi Nr. 474 (Latvijas Vēstnesis, Nr. 118 [2883], 29.08.2003).

²⁵ Šnē (Anm. 4) 171–172.

²⁶ Kārtība, kādā kultūras pieminekļi iekļaujami valsts aizsargājamo kultūras pieminekļu sarakstā un izslēdzami no valsts aizsargājamo kultūras pieminekļu saraksta. Ministru kabineta noteikumi Nr. 474 (Latvijas Vēstnesis, Nr. 118 [2883], 29.08.2003).

²² Valsts aizsargājamo kultūras pieminekļu saraksts (Latvijas Vēstnesis, Nr. 375/380 (1436/1441), 18.12.1998).

zentralisiert statt. Der Aufnahme eines archäologischen Denkmals in die Liste der staatlich geschützten Kulturdenkmäler geht eine Untersuchung voraus, welche die Art des Denkmals (Siedlung, mittelalterliche Burg, Höhenbefestigung, Gräberfeld usw.), seine Entstehungszeit, sofern diese bestimmbar ist, und seinen Überlieferungszustand ermitteln soll. Jedes Denkmal, das in die Liste der staatlich geschützten Kulturdenkmäler aufgenommen ist, verfügt über einen festgelegten Datensatz, der aus Karten- und Fotomaterial sowie Objektbeschreibungen besteht.

Eigentümer von Kulturdenkmälern können gemäß § 7 Abs. 1 lvDSchG der Staat, die lokalen Verwaltungen, juristische und natürliche Personen sein. Eine Zustimmung des Eigentümers ist für die Eintragung eines Kulturdenkmals laut § 14 Abs. 3 Satz 1 lvDSchG nicht erforderlich. Belastungen, die mit dem Eigentum einhergehen, werden anderweitig abgefangen: Gemäß § 14 Abs. 3 Satz 2 lvDSchG können Eigentümer Steuererleichterungen erhalten oder eine Entschädigung für Verluste erlangen, die ggf. aufgrund von Nutzungsbeschränkungen entstehen. Die Denkmaleigenschaft gilt bei einem unbeweglichen Objekt als hinreichender Grund für eine Grundbucheintragung (§ 7 Abs. 3 lettSchG), die entweder bei der Begründung des Eigentumsrechts oder, unabhängig davon, auf Antrag der Staatlichen Inspektion für den Schutz des Kulturerbes vorgenommen wird.

Im Rahmen der letzten Novelle des Denkmalschutzgesetzes, die 2013 in Kraft getreten ist, ist das bestehende Unterschutzstellungsverfahren präzisiert worden, das nunmehr auf neu entdeckte Objekte von voraussichtlich historischem, wissenschaftlichem, künstlerischem oder sonstigem kulturellen Wert angewandt wird (§ 17 Abs. 1 lvDSchG).

Folgen der Unterschutzstellung

Die wichtigste Folge der denkmalrechtlichen Unterschutzstellung ist das generelle Verbot, Kulturdenkmäler zu zerstören, zu verändern oder an einen anderen Ort zu verbringen (§ 3 lvDSchG). Für unbewegliche Kulturdenkmäler gilt dabei, dass sie nur in Ausnahmefällen mit Zustimmung der Staatlichen Inspektion für den Schutz des Kulturerbes versetzt oder verändert werden dürfen.

Folgen des Denkmalschutzes für wirtschaftliche Tätigkeiten wie Baumaßnahmen, Boden- oder Straßenbauarbeiten oder Maßnahmen zur Gewinnung von Bodenschätzen regelt § 22 lvDSchG. Gemäß § 22 Satz 1 lvDSchG hat der Vorhabenträger im Vorfeld solcher Maßnahmen die Bewertung der Kulturgüter im Bereich der beabsichtigten Tätigkeit zu gewährleisten. Natürliche und juristische Personen, die im Zuge ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit archäologische Funde oder andere Objekte mit kulturellem und historischem Wert ent-

decken, haben die Staatliche Inspektion für den Schutz des Kulturerbes unverzüglich zu benachrichtigen; weitere Aktivitäten werden ausgesetzt (§ 22 Satz 2 lvDSchG).

Ein Instrument des flächenbezogenen Denkmalschutzes sind die in § 23 lvDSchG vorgesehenen Schutzzonen, die von der Staatlichen Inspektion für den Schutz des Kulturerbes für jedes Kulturdenkmal eingerichtet werden. Die Größe der Schutzzone hängt von der Art und dem Überlieferungszustand des Denkmals ab. Wo solche Schutzzonen (noch) nicht ausgewiesen sind, gilt bei Kulturdenkmälern in Städten pauschal eine Schutzzone mit einem Radius von 100 m und bei Kulturdenkmälern auf dem Land einem von 500 m. Alle Aktivitäten (z. B. Baumaßnahmen, Geländearbeiten oder Maßnahmen der Forstwirtschaft), die im Geltungsbereich einer Schutzzone visuelle oder physische Auswirkungen auf Kulturdenkmäler entfalten können, bedürfen der Genehmigung der Staatlichen Inspektion für den Schutz des Kulturerbes. Die Inspektion hat das Recht, jede wirtschaftliche Tätigkeit in der Nähe des Kulturdenkmals oder in seiner Schutzzone zu unterbinden, wenn gegen das Denkmalschutzgesetz verstoßen und das Denkmal gefährdet wird²⁷.

Nachdem die Europäische Konvention zum Schutz des Archäologischen Erbes am 30.01.2004 in Lettland in Kraft getreten ist, haben die in der Konvention enthaltenen Grundsätze zur Einbeziehung von Belangen des archäologischen Erbes in die Raumplanung (Art. 5 i der Konvention) den Aufstieg der präventiven Archäologie im Land erheblich beeinflusst. Die Vorschriften des Denkmalschutzgesetzes – insbesondere die bereits erwähnten §§ 3 und 22 lvDSchG –, die eine Beteiligung von Fachleuten bei Bauvorhaben in archäologisch relevanten Bereichen ermöglichen, haben dazu geführt, dass der überwiegende Teil der archäologischen Feldforschung im Verlauf des letzten Jahrzehnts aus von Vorhabenträgern bezahlten archäologischen Begleituntersuchungen und Rettungsgrabungen bestand²⁸.

Umgang mit archäologischen Funden

Bei Auffindung von Objekten, die einen historischen, wissenschaftlichen, künstlerischen oder sonstigen kulturellen Wert aufweisen, soll die Staatliche Inspektion für den Schutz des Kulturerbes umgehend, spätestens aber fünf Tage nach der Entdeckung schriftlich über den Fund unterrichtet werden (§ 17 Abs. 2 lvDSchG). Diese Mitteilungsfrist ist bei der letzten Gesetzesänderung von ehemals 10 auf 5 Tage verkürzt worden, um eine schnellere Beurteilung der archäologischen Bedeutung der Stätte zu ermöglichen und die Zerstörungsgefahr zu reduzieren.

²⁷ Zirne (Anm. 5) 96.

²⁸ Zirne/Lūsēns/Vijups (Anm. 6) 219.

Gemäß § 7 Abs. 4 Satz 1 lvDSchG gehören Antiken, die in archäologischen Stätten unter der Erdoberfläche, oberirdisch oder unter Wasser entdeckt werden und spätestens aus dem 17. Jahrhundert datieren, dem Staat. Aufgrund ihres Wertes und um sie der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, werden solche Gegenstände in öffentlichen Museen aufbewahrt. Antiken, die gemäß § 7 lvDSchG dem Staat gehören, unterliegen einem Ausfuhrverbot (§ 4 Satz 1 lvDSchG).

Im Rahmen der letzten Überarbeitung des Denkmalschutzgesetzes hat der Gesetzgeber allerdings eine Übergangsregelung eingeführt, die den Entdeckern von Antiken erlaubt, die von ihnen bereits vor der Änderung der Rechtslage geborgenen Funde zu behalten. Laut § 7 Abs. 4 Satz 2 lvDSchG gilt das Eigentumsrecht des Staates nämlich nicht für Antiken, die bis zum 30.03.2013 der Staatlichen Inspektion für den Schutz des Kulturerbes schriftlich angezeigt worden sind. Im Rahmen der Fundanzeige hat der Eigentümer des Artefakts der Inspektion möglichst umfassende Informationen (z. B. ein Farbfoto, Informationen über das Material des Artefakts, seine Größe, seinen Erhaltungszustand, die mögliche Datierung, die Umstände des Auffindens) in einer Weise zur Verfügung zu stellen, die eine eindeutige Identifizierung des jeweiligen Artefakts ermöglicht. Informationen, die der Inspektion zur Verfügung gestellt werden, sind nicht öffentlich verfügbar.

Seit 2013 sind im Denkmalschutzgesetz Beschränkungen der Verwendung von Metalldetektoren und anderen Geräten für den Nachweis von Metallgegenständen und der Materialdichte auf eingetragenen Kulturdenkmälern und in deren Schutzzonen vorgesehen. Es ist nunmehr verboten, für die Erforschung von Kulturdenkmälern derartige Geräte ohne Erlaubnis der Staatlichen Inspektion (§ 21 Abs. 3 lvDSchG) und ohne Zustimmung des jeweiligen Grundeigentümers (§ 21 Abs. 4 lvDSchG) einzusetzen. Die gleichen Restriktionen gelten gem. § 23

Abs. 1 und Abs. 3 lvDSchG in den Schutzzonen von Kulturdenkmälern. Die Bergung von bisher nicht identifizierten Objekten, die einen historischen, wissenschaftlichen, künstlerischen oder sonstigen kulturellen Wert haben können, aus dem Boden oder aus einem Gewässer ist innerhalb einer Schutzzone ohnehin nur mit Genehmigung der Staatlichen Inspektion zulässig. Es wird deutlich, dass die 2013 eingeführten Regelungen des Denkmalschutzgesetzes zur Einschränkung der Schatzgräberei vornehmlich auf ein breiteres Engagement von Eigentümern von Kulturdenkmälern und ihre Verantwortung für den Schutz von archäologischen Stätten setzen, die sich auf ihrem Grund befinden.

Ausblick

Aktuell werden in Lettland Änderungen des Strafrechts vorbereitet, die strafrechtliche Sanktionen für die illegale Erlangung, Lagerung und den Verkauf von archäologischen Artefakten vorsehen. Dies erfordert auch Anpassungen des Denkmalschutzgesetzes. Es wird erwartet, dass die beiden oben genannten Gesetzesänderungen im Verlauf des Jahres 2018 in Kraft treten werden.

Abstract

The article deals with issues related to the protection of archaeological heritage in the Republic of Latvia and is thus providing basic informations on the current legislative framework. Archaeological heritage and the principles of its protection in Latvia are subject of the same legislative norms as other kinds of cultural monuments.

Strafrechtlicher Schutz des archäologischen Erbes in Polen: Prävention und Strafverfolgung

Von Maciej Trzeciński

Einleitung

Der Schutz des kulturellen Erbes ist ein komplexes Anliegen, das nicht nur angemessene Rechtsvorschriften erforderlich macht, sondern auch eine effiziente staatliche und lokale Verwaltung¹. Es liegt auf der Hand, dass der Wirkungsgrad des Schutzsystems von einer ausreichenden staatlichen Finanzierung ebenso abhängig ist wie vom kulturellen Bewusstsein der Gesellschaft.

Einen Beitrag zum Schutz des kulturellen Erbes leisten seit Jahren die Kriminalisten. Dabei geht es nicht nur um Ermittlungsmaßnahmen, einschließlich der Wiederbeschaffung gestohlener Kunstgegenstände und Antiken, sondern auch um den präventiven Schutz des kulturellen Erbes. So kommen forensische Methoden beispielsweise bei der Sicherung von Kulturgut vor Diebstahl oder bei der Prüfung der Echtheit von Artefakten und Kunstwerken zum Einsatz.

In Polen stellen Straftaten, die sich gegen das kulturelle Erbe richten, ein ernst zu nehmendes Problem dar. Auch wenn die bisherigen Kenntnisse über die Täter, ihre Methoden und Motive sowie die gesellschaftlichen Folgen krimineller Aktivitäten noch unvollständig sind, wird dem Phänomen der Kriminalität seit einiger Zeit mehr und mehr Aufmerksamkeit gewidmet.

Straftaten gegen das kulturelle Erbe

Das kulturelle Erbe, vor allem seine materiellen Bestandteile in Form von Artefakten und Denkmälern ist seit Jahrhunderten einer ständigen Bedrohung durch Naturkatastrophen wie Erdbeben, Vulkanausbrüche, Säureregen einerseits und anthropogene Gefahren andererseits ausgesetzt. Neben Kriegen spielen hier von jeher Zerstörungen durch Bauprojekte, Land- und Forstwirtschaft sowie vor allem Straftaten eine Rolle, die auf geplante und organisierte Aktivitäten zurückzuführen sind (Diebstahl, Einbruch, Schmuggel, Betrug, Hehlerei, Raub, Vandalismus, Fälschung) und deren Gegenstand Antiquitäten und Kunstwerke sind.

¹ Es handelt sich um eine Übersetzung des im Original in englischer Sprache eingereichten Beitrags. Der englischsprachige Abstract stammt vom Verfasser.

In die Geschichte der Kunstkriminalität sind mehrere berühmte Fälle eingegangen. Als „Klassiker“ gilt der Diebstahl der „Mona Lisa“ aus dem Louvre im Jahr 1911. Der Museumsangestellte Vincenzo Perugia stahl das Meisterwerk Leonardo da Vincis und transportierte es von Frankreich nach Italien, wo er versuchte, es zu verkaufen. Anhand von Fingerabdrücken identifiziert und 1913 verhaftet, erklärte der Täter, er habe aus patriotischen Motiven gehandelt. Als weitere spektakuläre Verbrechen sind der (zweite) Diebstahl von Edvard Munchs Gemälde „Der Schrei“ aus der Nationalgalerie in Oslo im Jahr 2000 sowie der Diebstahl der goldenen Saliera von Benvenuto Cellini – eines Meisterwerks der Handwerkskunst – aus dem Kunsthistorischen Museum in Wien im Jahr 2003 zu nennen. In diese unrühmliche Geschichte reißen sich auch besorgniserregende Fälle aus Polen ein, wo in den letzten Jahren mehrere Diebstähle im NS-Vernichtungslager Auschwitz-Birkenau begangen wurden. So wurde hier 2009 das symbolträchtige Schild mit der Inschrift ARBEIT MACHT FREI gestohlen²; der Auftraggeber erwies sich als norwegischer Sammler. Die vorgenannten Beispiele zeigen, dass es keine Orte gibt, die gegen Straftaten dieser Art immun wären. Es wird deutlich, dass ethische und moralische Prinzipien keine Barriere sind; Kunst gilt schlicht als Ware.

Bei der Betrachtung der Straftaten, die sich gegen Antiken und Kunstwerke richten, stellt sich die Frage nach den Motiven der Täter. Ohne Zweifel ist das Grundmotiv der kriminellen Tätigkeit Profitgier. Getreu der Vorstellung, Kunst sei die „Währung der Welt“ – ein Konzept, das noch aus dem 19. Jahrhundert stammt – stellen Antiken und Kunstwerke profitable Investitionsobjekte dar. In diesem Zusammenhang beschäftigt man sich in Ländern Mittel- und Osteuropas immer häufiger mit dem Phänomen der Geldwäsche durch An- und Verkauf von Kunstwerken und Antiken. Dass Geld aus dem Waffen-, Drogen- und Menschenhandel auf dem Kunst- und Antikenmarkt verwendet wird, ist ein internationales Phänomen. Neben ökonomischen Motiven spielen in diesem Bereich der Kriminalität bisweilen auch psychopathologi-

² O. Jakubowski, *Przestępczość przeciwko dziedzictwu martyrologicznemu związanemu z Holocaustem – zarys zagadnienia*. In: M. Trzeciński/O. Jakubowski (Hrsg.), *Przestępczość przeciwko dziedzictwu kulturowemu. Diagnostyka, zapobieganie, zwalczanie* (Wrocław 2016) 103–114.

sche Störungen eine Rolle, wenn Gegenstände gestohlen werden, um eine krankhafte Sammelleidenschaft zu befriedigen³. Zerstörung von Antiken und Kunstwerken kann Ausdruck einer religiösen Manie sein, aus Rache erfolgen⁴ oder auch als politischer Akt inszeniert sein⁵.

Strafverfolgung

Rechtsgrundlagen und Rechtsbegriffe

Wenn man über das Verbrechen gegen Antiken und Kunstwerke spricht, fällt auf, dass im polnischen Recht kein einheitliches Begriffssystem in diesem Bereich existiert, sondern in unterschiedlichen Rechtsquellen unterschiedliche Rechtsbegriffe verwendet werden.

So operiert die Verfassung der Republik Polen⁶ mit den Begriffen „nationales Erbe“ (DZIEDZICTWO NARODOWE, Art. 5) und „nationales kulturelles Erbe“ (NARODOWE DZIEDZICTWO KULTURALNE, Art. 6 Nr. 2). Das Rechtskonstrukt des kulturellen Erbes umfasst dabei offensichtlich nicht nur die Sphäre der materiellen Kultur, sondern auch geistige Werte. Eine engere Bedeutung kommt dem Rechtsbegriff des nationalen Erbes zu, da es eine konkrete Nation und deren kulturelle Identität betrifft, die in einer gemeinsamen Sprache, einer gemeinsamen Geschichte und in religiösen Traditionen gründet. Es ist nicht allein auf die materiellen Zeugnisse der Kultur beschränkt, sondern umfasst auch mentale und spirituelle Errungenschaften der Gemeinschaft⁷.

Der maßgebliche Rechtsakt, der den Schutz des kulturellen Erbes im Einzelnen regelt – das Gesetz betreffend den Schutz und die Pflege von Denkmälern vom 23. Juli 2003⁸ – enthält die Begriffe „Denkmal“ (ZABYTEK) und „archäologisches Denkmal“ (ZABYTEK ARCHEOLOGICZNY). Unter Denkmälern (Art. 3 Nr. 1 plDSchG) werden hierbei unbewegliche oder bewegliche Sachen, Teile von Sachen

oder Sachgesamtheiten verstanden, die von Menschen geschaffen wurden oder mit menschlicher Tätigkeit verbunden sind und Zeugnisse vergangener Epochen oder Ereignisse darstellen, deren Erhaltung wegen ihres historischen, künstlerischen oder wissenschaftlichen Werts im öffentlichen Interesse liegt. Eine Untergattung des Denkmals ist das archäologische Denkmal, das in Art. 3 Nr. 4 plDSchG definiert wird: „ein unbewegliches Denkmal, das sich an der Oberfläche, im Erdboden oder unter Wasser befindet und einen Überrest der menschlichen Existenz oder Tätigkeit darstellt sowie aus Kulturschichten besteht, in die Werke, deren Spuren oder bewegliche Denkmäler eingebettet sind.“ Die Gesetzessystematik legt nahe, dass eine Sache die allgemeinen Voraussetzungen des Art. 3 Nr. 1 plDSchG erfüllen muss, um als archäologisches Denkmal anerkannt zu werden⁹. Typische archäologische Denkmäler werden in Art. 6 Abs. 3 plDSchG aufgeführt: Überreste prähistorischer und historischer Siedlungen, Gräberfelder, Hügelgräber, Relikte des wissenschaftlichen, religiösen und künstlerischen Wirkens. Es handelt sich um eine exemplarische (d. h. nicht abschließende) Aufzählung, die weitere Objekttypen nicht ausschließt¹⁰. Eine zeitliche Zäsur enthält die Definition des archäologischen Denkmals nicht¹¹.

Das polnische Strafgesetzbuch¹² wiederum verwendet in Art. 125 § 1 plStGB den Begriff „Kulturgüter“ (DOBRA KULTURY) und in Art. 294 § 2 plStGB den Begriff der „Güter von besonderer Bedeutung für die Kultur“ (DOBRA O SZCZEGÓLNYM ZNACZENIU DLA KULTURY). Offensichtlich geht der Begriff des Kulturguts im polnischen Strafrecht weiter als der Denkmalbegriff. Während jedes Denkmal ein Kulturgut darstellt, wird umgekehrt nicht jedes Kulturgut die gesetzlichen Merkmale eines Denkmals erfüllen¹³. Problematisch ist jedoch das Verhältnis der in Art. 294 § 2 plStB benutzten Formulierung der „besonderen Bedeutung für die Kultur“ zum Denkmalbegriff. Man muss davon ausgehen, dass die besondere Bedeutung aus dem außerordentlichen, einzigartigen, unvergleichlichen Charakter eines Gegenstandes resultieren kann, der z. B. durch seine Anerkennung als UNESCO-Welterbe dokumentiert sein kann¹⁴.

³ Ein Beispiel für dieses Phänomen ist Stephan Breitwieser, der zwischen 1991 und 2001 174 Diebstähle aus Museen, Galerien und Privatsammlungen begangen und 240 Objekte in seinen Besitz gebracht hat, deren Wert auf 10 Millionen Euro geschätzt wurde.

⁴ 1994 explodierte vor der Uffizi-Galerie in Florenz eine Autobombe. Es handelte sich um einen Racheakt der Mafia, der es zuvor nicht gelungen war, die Freilassung ihrer Mitglieder aus dem Gefängnis zu erzwingen.

⁵ In den 1980er-Jahren drohte die IRA mehrmals, die National Gallery in London zu sprengen, wenn ihre Forderungen nach der Freilassung von IRA-Mitgliedern aus dem Gefängnis nicht erfüllt würden.

⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. Dz.U. 1997, Nr. 78 poz. 483. Deutsche Übersetzung: <http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/niemiecki/kon1.htm>

⁷ M. Trzciński, *Przestępczość przeciwko zabytkom*. Prokuratura i Prawo 2011, 6, 42.

⁸ Ustawa z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz.U. 2003, poz. 1446 ze zm.).

⁹ Vgl. M. Sabaciński/M. Trzciński, *Kilka uwag o zwalczaniu przestępczości przeciwko zabytkom archeologicznym*. *Ochrona Zabytków* 62,3, 2009, 67.

¹⁰ Vgl. M. Trzciński, *Przestępczość przeciwko zabytkom archeologicznym*. *Problematyka prawno-kryminalistyczna*. Monogr. 1 (Warszawa 2010) 24.

¹¹ Noch in den 1980er-Jahren endete das wissenschaftliche Interesse der Archäologie mit dem Mittelalter. In den letzten Jahren sind auch spätere Epochen in den Fokus der Archäologen gerückt, vgl. M. Trzciński, *Wokół definicji zabytku archeologicznego*. *Ochrona Zabytków* 60,4, 2007, 112 f.

¹² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr. 88, poz. 553). Deutsche Übersetzung: E. Schwierskott-Matheson, *Polnisches Strafgesetzbuch vom 6. Juni 1997* (Regensburg 2011).

¹³ Vgl. Trzciński (Anm. 7) 47.

¹⁴ Vgl. ebd. 44.

Es leuchtet ein, dass im Rahmen der Gesetzesanwendung, insbesondere im Zusammenhang mit der Verfolgung von Straftaten gegen das kulturelle Erbe, der Straftatbestand möglichst präzise formuliert sein muss (*nulla poena sine lege certa*). Die Frage der Auslegung und Abgrenzung von Rechtsbegriffen scheint vor allem Staatsanwälte und Richter zu beschäftigen, die mit der Strafverfolgung im Bereich der Kunst- und Antikenkriminalität befasst sind. Leider führt die mangelnde Präzision des Gesetzes oftmals zu Unstimmigkeiten.

Dieses Problem lässt sich gut illustrieren anhand des Ermittlungsverfahrens mit dem Aktenzeichen 561/07/S, das bei der Bezirksstaatsanwaltschaft in Miechów anhängig war¹⁵. Tatobjekt waren hier archäologische Funde (Feuersteingeräte und Keramikscherben). Da der Verdacht der Begehung einer qualifizierten Form des Diebstahls gemäß Art. 278 § 1 plStGB in Verbindung mit Art. 294 § 2 plStGB im Raum stand, war die Frage zu klären, ob die Straftat gegen ein Vermögen „mit besonderer Bedeutung für die Kultur“ gerichtet war. Diese Frage hat der im Verfahren hinzugezogene Experte verneint. Seiner Ansicht nach sind für das Vorliegen einer „besonderen Bedeutung“ im Sinne des Qualifizierungstatbestandes die Einzigartigkeit, der Informationsgehalt, der künstlerische oder symbolische Wert einer Sache ausschlaggebend. Je rarer ein Gegenstand sei und je mehr Informationen aus der Sphäre der materiellen, geistigen oder gesellschaftlichen Kultur er vermittele, je mehr er eine Einordnung als Kunstwerk verdiene und je höher seine symbolische Bedeutung für eine Gesellschaftsgruppe, eine Religionsgemeinschaft oder ein Volk sei, desto eher liege eine besondere Bedeutung für die Kultur vor. Andererseits sei die Bedeutung umso geringer, je mehr es sich bei dem Gegenstand um etwas Typisches und Alltägliches handele, was lediglich in einem statistischen Rahmen für Informationszuwachs Sorge. Aufgrund dieser Einschätzung wurde das Ermittlungsverfahren eingestellt; der Täter wurde lediglich einer Ordnungswidrigkeit gemäß Art. 119 § 1 plOWiG für schuldig befunden¹⁶.

Vermutlich hätte der Experte die Frage, ob es sich bei den sichergestellten Gegenständen um archäologische Denkmäler handele, positiv beantwortet. Das Problem ist jedoch, dass Diebstahl und Unterschlagung von archäologischen Denkmälern in Polen nicht gesondert unter Strafe gestellt sind. Auf archäologische Denkmäler, die nicht zugleich als „besonders bedeutend für die Kultur“ eingestuft werden, ist der Qualifizierungstatbestand (Art. 294 § 2 plStGB) nicht anwendbar¹⁷.

¹⁵ Bezirksgericht Miechów, Urteil vom 03.04.2008, Az. II W 265/07.

¹⁶ Trzciński (Anm. 7) 48.

¹⁷ Ebd. passim. Etwas anderes gilt nur, wenn der (materielle) Wert der Gegenstände 250 zł übersteigt; die Bewertung archäologischer Funde bereitet jedoch im Einzelfall große Schwierigkeiten.

Kriminalstatistik

Laut polizeilicher Kriminalstatistik in Polen, die jährlich veröffentlicht wird, wurden im Zeitraum von 2014 bis 2015 etwa 1500 Straftaten verübt, deren Gegenstand Denkmäler und sonstige Kunstgegenstände waren. Auch wenn in der Vergangenheit teilweise noch höhere Jahreszahlen festgestellt wurden¹⁸, ist Polen damit im internationalen Vergleich immer noch Spitzenreiter in diesem Bereich der Kriminalität, wie die von Interpol veröffentlichten Daten zeigen. Zu den häufigsten Straftaten zählen: a) illegale Ausfuhr von Denkmälern, b) Zerstörung und Beschädigung von Denkmälern, c) Diebstahl von Antiquitäten und Kunstgegenständen sowie Hehlererei. Tatobjekte sind neben den Werken der bildenden Kunst, Gegenständen des Kunsthandwerks, technischen Objekten und Bibliotheksgut immer wieder auch archäologische Denkmäler unterschiedlicher Art (etwa historische Münzen, Keramik, Waffen, Rüstungen usw.)¹⁹. Rein mathematisch betrachtet, könnte man den Eindruck gewinnen, dass die gegen das kulturelle Erbe gerichteten Straftaten eine eher marginale Erscheinung sind, da sie nur einen Bruchteil aus der Gesamtzahl der in Polen verübten Straftaten bilden²⁰. Für die Sozialschädlichkeit der genannten Taten ist allerdings nicht ihre bloße Zahl, sondern der wissenschaftliche und historische Wert der teilweise unwiederbringlich verlorenen Denkmäler entscheidend²¹.

Die Aufklärungsrate bei Straftaten gegen das kulturelle Erbe scheint zwar in der Vergangenheit gestiegen zu sein²². Besorgniserregend ist aber die vom Justizministerium bekannt gegebene Verurteilungsrate. So wurde z. B. von den 309 Anzeigen, die bei der Staatsanwaltschaft in den Jahren 2001–2006 registriert wurden, in 23 Fällen kein Ermittlungsverfahren eingeleitet; von den verbleibenden 286 Ermittlungsverfahren wurden 151 Verfahren eingestellt; in 111 Fällen wurde Anklage erhoben.²³ Laut Angaben des Justizministeriums ging die Anzahl der rechtskräftig verurteilten Personen im Zusammenhang mit den Delikten gegen das kulturelle Erbe von 55 im Jahr 2004 auf 0 im Jahr 2007 zurück²⁴.

Insgesamt besteht der Eindruck, das Strafverfahren oftmals ohne triftigen Grund eingestellt werden. Dies liegt auch daran, dass Richter und Staatsanwälte dazu

¹⁸ So wurden für das Jahr 2005 2368, für das Jahr 2006 1958 und für das Jahr 2007 2001 einschlägige Straftaten gemeldet, vgl. Trzciński (Anm. 7) 38.

¹⁹ Ebd. 38.

²⁰ Im Jahre 2005 betrug die Gesamtzahl der Delikte 1 379 962, darunter 735 314 Vermögensdelikte.

²¹ Trzciński (Anm. 7) 38.

²² Während die Aufklärungsrate noch im Zeitraum zwischen 2000 und 2005 nicht die 30%-Marke überstiegen hatte, lag sie 2007/08 bereits bei 40–45%, vgl. ebd. 39.

²³ Ebd. 40.

²⁴ Ebd. 40.

neigen, die Sozialschädlichkeit des entsprechenden Verhaltens zu marginalisieren.

Der strafrechtliche Schutz des archäologischen Erbes

Gefährdung archäologischer Denkmäler

Zerstörung und Ausplünderung archäologischer Stätten sind in Polen bereits seit Jahrzehnten zu beklagen²⁵. Der Umstand, dass archäologisches Erbe meist im Boden oder unter Wasser verborgen ist, hat zur Folge, dass archäologische Relikte, die sich noch *in situ* befinden, im Gegensatz zu den Antiken, die in Museen, Galerien oder Privatsammlungen aufbewahrt werden, naturgemäß nicht inventarisiert sind. Leider werden diese Eigenschaften des archäologischen Erbes von Kriminellen rücksichtslos ausgenutzt.

Die Hauptbedrohung des archäologischen Erbes stellen illegale Ausgrabungen dar²⁶. Derzeit sind in Polen etwa 80 000 Personen als Schatzsucher unterwegs – man spricht von einem „Indiana-Jones-Syndrom“, das um sich greift. Zwar bedürfen archäologische Nachforschungen einer Lizenz, die von der regionalen Denkmalschutzbehörde (WOJEWÓDZKI URZĄD KONSERWATORA ZABYTKÓW) ausgestellt wird. Wer ohne Lizenz nach archäologischen Denkmälern sucht, macht sich strafbar. Tatsächlich werden in Polen aber nur etwa 20 Lizenzen pro Jahr ausgestellt. Die Schätzung der genauen Anzahl illegaler archäologischer Nachforschungen gestaltet sich als schwierig. Eine gesetzliche Regelung des Erwerbs oder des Einsatzes von Metalldetektoren existiert bislang nicht und auch in der Praxis lässt sich der Beweis, dass ein Metalldetektor zur illegalen Lokalisierung von archäologischen Artefakten verwendet wurde, nur schwer erbringen.

Der maßgebliche Schaden entsteht bei illegalen Eingriffen in archäologische Stätten durch die irreversible Vernichtung des kulturellen Fundzusammenhangs. Ein archäologischer Fund, der aus seinem ursprünglichen Kontext „herausgeschnitten“ worden ist und dessen Befund und Entdeckungsumstände nicht dokumentiert sind, mag am Ende ein attraktiver – künstlerisch hochwertiger oder materiell wertvoller – Gegenstand sein, dessen Geschichte jedoch für immer unbekannt bleiben wird. Bei archäologischen Funden sind indes gerade ihre historische und wissenschaftliche Dimension für die Denkmaleigenschaft entscheidend. Die Wiederbeschaf-

fung eines von einer archäologischen Stätte entwendeten Fundes stellt daher einen Pyrrhussieg dar²⁷. Da in den Fokus der Schatzsucher immer wieder auch historische Schlachtfelder geraten, können Zerstörung und Beschädigung des archäologischen Erbes im Einzelfall mit anderen illegalen Handlungen einhergehen, etwa der Störung der Totenruhe und der Inbesitznahme von Waffen.

Die wenigen in den vergangenen Jahren durchgeführten Ermittlungsverfahren haben gezeigt, dass sich unter den Raubgräbern sowohl Hobby-Schatzsucher befinden, die über die gesetzlichen Restriktionen nicht im Bilde sind, als auch „Fachleute, die unter Verwendung von Spezialausrüstung gezielt nach archäologischen Denkmälern suchen“²⁸. Es sind vielfach diese „Entdecker“, die archäologische Funde auf Flohmärkten oder (überwiegend) auf Internetauktionen anbieten²⁹.

Es besteht kein Zweifel daran, dass der Internethandel zu einer Eskalation dieser Art von Delikten geführt hat. Online-Transaktionen sind international, schnell und scheinbar anonym. So werden auf dem polnischen Antiquitätenmarkt archäologische Funde aus der Ukraine, Bulgarien, Ungarn und vermutlich auch aus Rumänien angeboten. Die Einführung einer dauerhaften Überwachung von Online-Auktionen durch die Polizei und das Nationale Zentrum zur Erforschung und Dokumentation von Denkmälern (KRAJOWY OŚRODEK BADAŃ I DOKUMENTACJI ZABYTKÓW) hat zwar seit 2007 zu greifbaren Erfolgen – dem Rückgang der Anzahl von online angebotenen archäologischen Funden – geführt. Dennoch lassen staatliche Anstrengungen zur Unterbindung dieser Art der Kriminalität bislang zu wünschen übrig.

Problematisch ist der Umstand, dass es mitunter Archäologen oder Museen sind, die Funde erwerben, die aus illegalen Nachforschungen stammen oder deren Provenienz zweifelhaft ist. Es fällt einigermaßen schwer, daran zu glauben, dass die Käufer gutgläubig sind oder aus Sorge um das Schicksal der archäologischen Denkmäler handeln: Gerade die Berufsgruppe der Archäologen sollte eigentlich die Eigentumsverhältnisse an archäologischen Funden kennen und respektieren. Hinsichtlich der Ankaufspraxis der Museen sei an dieser Stelle an die „Ethischen Richtlinien für die Museen“ des Internationalen Museumsrats (ICOM) erinnert, deren Art. 2.4 derartige Ankäufe untersagt³⁰. Im Ergebnis gewinnen diejenigen, die archäologische Funde anbieten, den Eindruck,

²⁵ Zum Schutz des archäologischen Erbes vgl. K. Zeidler/M. Trzciński, Wykład prawa dla archeologów (Warszawa 2009); Z. Kobyliński, Własność dziedzictwa kulturowego (Warszawa 2009).

²⁶ Näher zu diesem Phänomen: M. Trzciński, Poszukiwania skarbów czy poszukiwania zabytków? Między legendą a rzeczywistością. Przegląd Prawa i Administracji 88, 2012, 99–112.

²⁷ Sabaciński/Trzciński (Anm. 9) 68.

²⁸ Ebd.

²⁹ Ebd.

³⁰ „Museen sollen keine Objekte in ihren Besitz bringen, bei denen der begründete Verdacht besteht, dass ihre Entdeckung mit behördlich nicht genehmigten und unwissenschaftlichen Aktivitäten einherging oder mutwillige Zerstörung oder Beschädigung von Denkmälern, archäologischen oder geologischen Stätten bzw. natürlichen Lebensräumen oder Tier- und Pflanzenarten nach sich zog.“

dass das Geschäft rechtmäßig ist. Da es sich bei den Verkäufern vielfach um Raubgräber handelt, werden sie hierdurch zu einer Fortsetzung ihrer illegalen Aktivitäten motiviert³¹.

Schutzinstrumente in der Praxis

Das Gesetz betreffend den Schutz und die Pflege von Denkmälern vom 23. Juli 2003 enthält im Kaptitel 11 eine Reihe von Bestimmungen, die verschiedene Formen von Fehlverhalten gegenüber Denkmälern unter Strafe stellen, nämlich 1) Zerstörung und Beschädigung eines Denkmals (Art. 108 pLDSchG), 2) illegale Ausfuhr eines Denkmals und Nichtrückführung eines temporär ausgeführten Denkmals (Art. 109 pLDSchG), 3) Fälschung oder Verarbeitung eines Denkmals (Art. 109 a pLDSchG), Inverkehrbringen eines gefälschten oder verarbeiteten Denkmals (Art. 109 b pLDSchG).

Speziell für den Schutz des archäologischen Erbes ist Art. 111 pLDSchG von zentraler Bedeutung, wonach eine gezielte Suche nach Denkmälern ohne Genehmigung oder entgegen der in der Genehmigung formulierten Auflage strafbar ist. Ergänzend bestimmt Art. 116 pLDSchG, dass auch derjenige sich strafbar macht, wer ein (zufällig) entdecktes Objekt, bei dem es sich um ein archäologisches Denkmal handeln könnte, nicht umgehend anzeigt. Entscheidend für den Charakter des archäologischen Denkmalschutzes ist außerdem Art. 35 pLDSchG. Daraus folgt, dass der alleinige Eigentümer von entdeckten archäologischen Denkmälern – sowohl von Zufalls- und Gelegenheitsfunden als auch von Funden, die aus gezielten Nachforschungen stammen – der polnische Staat ist. Das auf diese Weise definierte Eigentumsrecht verleiht archäologischen Funden den Status von *res extra commercium*. Man könnte erwarten, dass eine derart restriktive Regelung des Fundeigentums einen effektiven Schutz archäologischer Denkmäler gewährleisten und den Handel mit archäologischen Funden eindämmen würde³².

Leider lässt die Umsetzung der Strafbestimmungen insgesamt zu wünschen übrig. Dies gilt vor allem für die Ermittlungsverfahren wegen illegalen Handels mit archäologischen Denkmälern, die von den – insgesamt nicht gerade zahlreichen – Ermittlungsverfahren in diesem Bereich den größten Teil ausmachen³³.

Zu den Defiziten der Strafverfolgung gehört auch die Praxis, dem Beschuldigten im Fall einer Verfahrenseinstellung die sichergestellten archäologischen Funde wieder auszuhändigen. Denn allein durch die Verfahrenseinstellung wird die Frage des Eigentums an den archäologischen Funden nicht berührt. Kann der Beschuldigte den Nachweis seines Eigentums nicht erbringen, so

ist zu seinen Lasten anzunehmen, dass er sie entweder selbst illegal geborgen oder von einem Raubgräber erworben hat, sodass die Funde dem Schatzregal unterfallen. Es ist in solchen Fällen die Aufgabe der regionalen Denkmalschutzbehörde, über den weiteren Fundverbleib zu entscheiden. Wenn aber die Strafverfolgungsbehörde die Funde trotz Zweifel an ihrer Herkunft dem Beschuldigten zurückgibt, wird dieser in seinem (irrigen) Glauben bestärkt, der rechtmäßige Eigentümer zu sein. Folglich wird er einen weiteren Veräußerungsversuch unternehmen³⁴.

Symptomatisch ist das Verfahren mit dem Aktenzeichen Ds. 2700/07, mit dem die Bezirksstaatsanwaltschaft von Tczew befasst war. Im August 2007 wurde im Internetforum „Odkrywca“³⁵ eine Goldmünze mit der Bitte um Identifikation und Wertermittlung veröffentlicht. Der Verfasser des Postings war ein aktiver Forumsteilnehmer, dessen frühere Beiträge seine Aktivitäten als Schatzsucher belegten. Im September 2007 wurde die Münze, nunmehr identifiziert als ein byzantinischer Solidus aus der Zeit des Kaisers Zeno (476–491 n. Chr.), beim Online-Auktionsportal Allegro³⁶ eingestellt. Im Rahmen des Ermittlungsverfahrens gab der Beschuldigte an, die Münze auf dem St.-Dominik-Jahrmarkt in Danzig von einem Unbekannten erworben zu haben. Der von Amts wegen bestellte Sachverständige kam zum Ergebnis, dass es sich bei der Münze um eine höchstwahrscheinlich in Russland hergestellte Fälschung handelte, was die Staatsanwaltschaft zunächst dazu veranlasste, Anklage wegen Absatzes eines gefälschten Denkmals (Art. 109 b pLDSchG) zu erheben. Die parallel wegen Verdachts der illegalen Bergung der Goldmünze ermittelnde Polizei in Danzig bezweifelte jedoch die Einschätzung des Experten bezüglich der Echtheit der Münze und zog ihrerseits einen Professor für Archäologie und Numismatik der Antike als Sachverständigen heran. Dieser stellte fest, dass es bei der Münze um ein Original handelte, das offenbar lange in der Erde gelegen hatte. Diese Einschätzung bestätigte ein Artikel in der Fachzeitschrift „Gdańskie Zeszyty Numizmatyczne“, in dem aktuelle römische Münzfunde aus Pommern, darunter auch ein ähnlicher Fund aus der Nähe von Gniew vorgestellt wurden. Die Staatsanwaltschaft sah die Echtheit der Münze nunmehr als erwiesen an und stellte das Verfahren ein. Der Denkmalpfleger der Wojewodschaft Pommern (POMORSKI WOJEWÓDZKI KONSERWATOR ZABYTKÓW) legte zwar im Februar 2008 gegen den Einstellungsbeschluss Beschwerde ein, da er meinte, die Staatsanwaltschaft hätte der Frage nachgehen müssen, ob der Beschuldigte tatsächlich auf dem St.-Dominik-Jahrmarkt gewesen ist oder die Münze aus illegalen Nachforschungen in Pommern stammte. Die Beschwerde blieb jedoch ohne Erfolg. Der dem Beschuldigten zu-

31 Sabaciński/Trzciński (Anm. 9) 70.

32 Ebd. 68.

33 Ebd. 69.

34 Ebd. 72.

35 <http://odkrywca.pl/>

36 <https://allegro.pl/>

rückgegebene Solidus wurde dann abermals bei Allegro eingestellt, diesmal verbunden mit der „Garantie“, dass der Fund echt und seine Herkunft legal wäre³⁷.

Ein weiteres Praxisproblem betrifft Ermittlungsverfahren, bei denen es hauptsächlich um archäologische Funde aus dem Ausland geht. Ergibt sich im Verlauf eines Ermittlungsverfahrens, dass ein Teil der sichergestellten Funde aus dem Ausland stammt, wird das Verfahren bisweilen eingestellt, auch wenn bei anderen Funden ihre Herkunft aus Ausgrabungen in Polen evident ist. Dass es internationale Vereinbarungen gibt, die den Handel mit Antiken einschränken, wird von den zuständigen Strafverfolgungsbehörden dabei ebenso ignoriert wie der Umstand, dass in den Herkunftsländern zum Teil Rechtsvorschriften existieren, die private archäologische Nachforschungen unterbinden oder den Verkehr von Funden aus solchen Nachforschungen einschränken³⁸.

Die geschilderten Defizite werden am Beispiel des Ermittlungsverfahrens mit dem Aktenzeichen 1869/07/V deutlich, das von der Bezirksstaatsanwaltschaft Warschau Żoliborz geführt wurde. Hier hatte ein Nutzer des Internetportals Allegro im September 2007 eine Reihe von archäologischen Funden – römische und griechische Münzen und ein neolithisches Beil – zur Versteigerung angeboten. Aus den Fundbeschreibungen konnte auf die jeweiligen Entdeckungsorte geschlossen werden: Zwei Münzen wurden als Teile eines vor der Küste Kretas geborgenen Münzschatzes annonciert; andere Gegenstände stammten aber aus unterschiedlichen Gegenden Polens. Der Beschuldigte, der gegenüber der Polizei angab, seit etwa zehn Jahren Schatzsuche zu betreiben, handigte den Beamten insgesamt 102 griechische, römische und byzantinische Münzen aus, die einem Experten zur Begutachtung vorgelegt wurden. Der Sachverständige, der die Münzen nach wahrscheinlicher Provenienz sortierte, konnte eine Gruppe aus 54 römischen Denaren ausmachen – darunter zumindest ein Münzschatz –, die in Polen entdeckt worden waren. Der Wert der aus Polen stammenden Funde wurde auf 4000 bis 5000 zł geschätzt, während sich der Wert der gesamten Münzen auf schätzungsweise 9000 bis 11000 zł belief. Das Verfahren wurde dennoch von der Staatsanwaltschaft eingestellt und die Münzen dem Beschuldigten zurückzugeben. Im Frühjahr 2010 bot der Beschuldigte bei Allegro 46 römische Denare zur Versteigerung an, die als „Schatz“ annonciert wurden. Der Inhalt des Münzkonvoluts war derart charakteristisch für die in Polen geborgenen Komplexe römischer Münzen, dass eine der Koryphäen im Bereich der antiken Numismatik intervenierte, allerdings ohne Erfolg.

³⁷ Sabaciński/Trzciński (Anm. 9) 72.

³⁸ Ebd. 73.

Schlussbetrachtung und Ausblick

Eine effektivere Bekämpfung und Prävention von Straftaten gegen das kulturelle Erbe, insbesondere von solchen, die sich gegen archäologische Denkmäler richten, erfordern eine Reihe von Maßnahmen.

Von grundlegender Bedeutung ist zunächst die Steigerung der Fachkompetenz von Polizeidienststellen, die mit Denkmalschutzbehörden, Museen, Grenzschutz- und Zollbehörden zusammenarbeiten müssen, um die im Rahmen der Strafverfolgung notwendige Identifizierung und Bewertung von archäologischen Artefakten gewährleisten zu können. Zwar wurde im Jahr 2007 bei der Kriminalabteilung der Zentralen Polizeiverwaltung (BIURO KRYMINALNE KOMENDY GŁÓWNEJ POLICJI KRAJOWY) eine Spezialeinheit zur Bekämpfung der Kriminalität im Bereich des nationalen Erbes (ZESPÓŁ DO WALKI Z PRZESTĘPCZOŚCIĄ PRZECIWKO DZIEDZICTWU NARODOWEMU) eingerichtet. Dieses Team wurde aber bedauerlicherweise bereits 2015 als eigenständige Polizeieinheit aufgelöst.

Nicht weniger dringend erscheint die Vermittlung des erforderlichen Fachwissens an Staatsanwaltschaften und Gerichte. Die alarmierend hohe Anzahl der Verfahrenseinstellungen, die einer wirksamen Verhütung von Straftaten gegen das kulturelle Erbe im Wege steht, hat auch sicher mit Unwissenheit und Ignoranz zu tun. Fortbildungen für Staatsanwälte und Richter wurden allerdings erst 2011 ins Leben gerufen und finden seither eher sporadisch statt.

Leider sind das defizitäre Wissen und die mangelnde Wertschätzung des kulturellen Erbes, die bei den Mitarbeitern von Strafverfolgungsbehörden bisweilen zu beobachten sind, letztlich nur Ausdruck des insgesamt unzureichenden Bewusstseins für die rechtlichen und fachlichen Fragen des kulturellen, insbesondere des archäologischen Erbes, das für die Gesellschaften in den sog. postsozialistischen Ländern typisch ist.

Die ungenügende Effizienz des Verwaltungshandelns hat aber auch mit ungenauen oder widersprüchlichen gesetzlichen Bestimmungen zu tun. Generell sollte darüber nachgedacht werden, Straftaten gegen das kulturelle Erbe im polnischen Strafgesetzbuch gesondert zu normieren³⁹. Auch scheint die Einführung einer wirksamen Regulierung der Verwendung von Metalldetektoren, flankiert von einer konsequenten staatlichen Bildungspolitik, dringend geboten zu sein.

Auch wenn der Schutz des kulturellen Erbes laut polnischer Verfassung dem Staat obliegt, so ist doch die Erhaltung gerade von archäologischen Stätten eine Aufgabe, die über die Verpflichtungen eines Staates oder einer Nation hinausgeht. Denn das archäologische Erbe ist letztlich die Grundlage der kulturellen Identität aller Europä-

³⁹ Vgl. Trzciński (Anm. 7) 52.

er. Damit bedarf auch die Verhinderung des an dieser wertvollen Ressource betriebenen Raubbaus gemeinsamer Anstrengungen.

Abstract

The author outlines the impact of criminal offences on cultural heritage and the motivation of the offenders in

general. He then comments on the relevant legal terms used in Polish legislation in regard to protection and preservation of historical monuments. Also, he discusses the most frequently occurring legal and penal issues concerning the interpretation of regulations in force. Although there are basic approaches by state institutions to combat this type of crime, the author points to insufficient staffing among prosecuting authorities, but also to a certain lack of awareness towards the consequences of criminal offences against cultural heritage.

Die Gesetzgebung der Republik Belarus zum Schutz des archäologischen Erbes

Von Igor Martynenko

[Die folgenden Seiten sind aus urheberrechtlichen Gründen nicht online.]

TEIL 3:

ZUSAMMENSCHAU

Aktuelle Fragen des Bodendenkmalrechts: die deutsche und die europäische Perspektive

Von Dimitrij Davydov

Bodendenkmalschutz und Rechtsvergleichung

Rechtsfragen des Bodendenkmalschutzes waren in Deutschland bislang nur selten Gegenstand rechtsvergleichender Forschung. Unter den – ohnehin nicht gerade zahlreichen – denkmalrechtlichen Monografien der letzten Jahre waren Untersuchungen zum rechtlichen Schutz des kulturellen Erbes in anderen europäischen Ländern in der Minderzahl¹; bei diesen fand eine Gegenüberstellung der jeweiligen Vorschriften zum Schutze der Bodendenkmäler wiederum eher am Rande statt. Allein die speziell dem Schatzfund im deutschen und niederländischen Recht gewidmete Arbeit von Marisa Hermans² sticht an dieser Stelle hervor. Zwar ist in der Vergangenheit vielfach über den aktuellen Stand der Archäologie als wissenschaftliche Disziplin im europäischen Raum und gelegentlich auch über grenzüberschreitende Probleme des Bodendenkmalschutzes – etwa der Umgang mit sog. Raubgräbern – aus praktischer Perspektive diskutiert worden³; ein umfassender Abgleich der jeweiligen rechtlichen Mechanismen und eine Analyse ihrer Eignung zur Lösung von typischen Interessenskonflikten standen jedoch bislang nicht im Vordergrund.

Dieser Befund erstaunt, wenn man bedenkt, dass das revidierte Europäische Übereinkommen zum Schutz des archäologischen Erbes (Konvention von La Valletta)⁴, das den rechtlichen Rahmen für den staatlichen Bodendenkmalschutz in einem sehr weit verstandenen Europa umspannen sollte, mittlerweile von 46 Staaten ratifi-

ziert worden ist⁵. Es erscheint daher durchaus lohnend, der Frage nachzugehen, ob und wie die in der Konvention empfohlenen Rechtsinstrumente von den Vertragsstaaten bis dato umgesetzt worden sind. Auch wenn eine umfassende systematische Gegenüberstellung bodendenkmalrechtlicher Vorschriften in den Ländern Europas den Rahmen dieses Bandes sprengen dürfte, so geben die einzelnen Beiträge zu den aktuellen Rechtsfragen des Bodendenkmalschutzes dennoch Anlass zu einem rechtsvergleichenden Resümee.

Reichweite des staatlichen Schutzes

Der hoheitliche Schutz des archäologischen Erbes umfasst – als Teilbereich des Kulturerbeschutzes – in den meisten europäischen Staaten ein Konvolut von gesetzlichen Bestimmungen auf gesamtstaatlicher oder regionaler Ebene, die von der Steuerung der wirtschaftlichen Nutzung von archäologisch relevanten Grundstücken über die Regulierung der Schatzsuche bis hin zu der eigentumsrechtlichen Zuordnung und der Ausfuhrkontrolle von archäologischen Funden reichen.

Schutzgüter

Ausgangspunkt für eine Analyse der rechtlichen Instrumentarien zum Schutz des archäologischen Erbes ist das den einschlägigen nationalen Rechtsakten zugrunde liegende Verständnis des schutzwürdigen Objektbestandes, das sich in den dort verwendeten Definitionen ebenso widerspiegelt wie in der jeweiligen Gesetzssystematik. Entscheidend für die Bestimmung von Umfang und Reichweite des staatlichen Schutzes sind daher in erster Linie Kriterien, welche die Einordnung eines Gegenstands als Teil des archäologischen Erbes erlauben – etwa seine Lage, sein Alter oder seine materielle Beschaffenheit – und ihn von anderen Schutzgütern abgrenzen, sofern an die Zuordnung unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft sind.

¹ O. Stanek, Das Denkmalschutzrecht in Polen (Berlin 2016); Ch. Dietrich, Denkmalrecht: Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Italien (Frankfurt a. M. 2013).

² M. K. Hermans, Der Schatzfund. Eine Gegenüberstellung der Rechtsverhältnisse an einem Schatz im deutschen und niederländischen Recht unter Berücksichtigung öffentlich-rechtlicher Sonderbestimmungen. *Wiss. Schr. WWU Münster*, R. 3, Bd. 6 (Münster 2011). Einige überblicksartige Darstellungen: E.-R. Hönes, Der rechtliche Schutz von Kulturgut im transnationalen Rahmen. *Arch. Nachrbl.* 11,2, 2006, 107–132; K. Siehr, Rechtliche Probleme der Archäologie. *Arch. Nachrbl.* 12,4, 2007, 326–341.

³ Vgl. A. Schoellen, Illegale Sondengänger in Europa. Das Problem an der Wurzel bekämpfen. *Arch. Nachrbl.* 11,2, 2006, 173–183.

⁴ Europäisches Übereinkommen zum Schutz des archäologischen Erbes (revidierte Fassung) v. 16.01.1992. Das Übereinkommen ist für Deutschland am 23.07.2003 in Kraft getreten (BGBl. II 309).

⁵ http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/143/signatures?p_auth=4ognlvJN (Zugriff: 13.11.2017).

Laut Konvention von La Valletta besteht das gemeinsame europäische archäologische Erbe aus „allen Überresten und Gegenständen sowie allen aus vergangenen Epochen herrührenden sonstigen Spuren des Menschen [...], deren Bewahrung und Untersuchung dazu beitragen, die Geschichte des Menschen und seiner Beziehung zur natürlichen Umwelt zurückzuverfolgen [...], für die Ausgrabungen oder Funde und andere Methoden der Erforschung des Menschen und seiner jeweiligen Umwelt als hauptsächliche Informationsquellen dienen“ und „die sich in einem beliebigen Gebiet unter der Hoheitsgewalt der Vertragsparteien befinden“ (Art. 1 Abs. 2). Dieses Erbe umfasst gemäß Art. 1 Abs. 3 der Konvention „Bauwerke, Gebäude, Ensembles, erschlossene Stätten, bewegliche Gegenstände, Denkmäler jeder Art sowie ihre Umgebung, gleichviel ob an Land oder unter Wasser“. Ein Blick auf die nationalen Regelungen offenbart demgegenüber eine ausgesprochen disparate Verwendung der Begriffe „archäologisches Erbe“, „archäologisches Denkmal“, „archäologische Stätte“, „Fund“ und „Befund“, die sich mitunter zu einem komplexen terminologischen Geflecht zusammensetzen, dessen Systematik nur schwer zu durchschauen ist.

Während im deutschen Denkmalrecht die Unterscheidung zwischen den Baudenkmalern und den Bodendenkmälern, die vielfach als Unterbegriffe dem Oberbegriff „Denkmal“ bzw. „Kulturdenkmal“ zugeordnet sind, gängig (wenn auch nicht allgegenwärtig) ist⁶, sind in den Denkmalschutzgesetzen vielfach andere begriffliche Konstruktionen angelegt. So differenziert das niederländische Kulturerbegesetz vom 9. Dezember 2015⁷ in Art. 1.1. zwischen einem „archäologischen Denkmal“ (ARCHEOLOGISCH MONUMENT) und einem „archäologischen Fund“ (ARCHEOLOGISCHE VONDST). Unter einem „archäologischen Denkmal“ versteht der Gesetzgeber eine Stätte, die als Bestandteil des kulturellen Erbes aus Überresten, Objekten oder anderen Spuren der menschlichen Existenz in der Vergangenheit besteht. Derartige Überreste, Objekte oder Spuren sind wiederum „archäologische Funde“ im Sinne des Gesetzes. Die typische Lage von archäologischen Denkmälern wird im Gesetz ebenso wenig angesprochen wie ein bestimmtes Mindestalter.

Im polnischen Recht ist das archäologische Denkmal (ZABYTEK ARCHEOLOGICZNY) im Denkmalschutzgesetz vom 23. Juli 2003⁸ systematisch als eine Untergattung des Denkmals (ZABYTEK) verortet und in Art. 3 Nr. 4

plDSchG legal definiert. Bei den archäologischen Denkmälern handelt es sich demnach entweder um unbewegliche Denkmäler, die oberirdische, unterirdische oder von Wasser überdeckte Relikte menschlicher Existenz oder menschlichen Wirkens darstellen und sich aus Kulturschichten zusammensetzen, in die Artefakte oder deren Spuren eingeschlossen sind oder um bewegliche Denkmäler, die derartige Artefakte darstellen⁹. Eine zeitliche Einschränkung auf Artefakte und Spuren aus bestimmten Epochen enthält das Gesetz nicht, sodass z. B. auch Relikte des Zweiten Weltkriegs dem gesetzlichen Schutz als archäologische Denkmäler unterliegen können¹⁰. Von praktischer Relevanz ist dagegen die Fokussierung auf Kulturschichten und deren Bestandteile, denn ein unterirdisches Bauwerk, etwa ein Bunker aus dem Zweiten Weltkrieg, wird – mangels Einbettung in eine Kulturschicht – nicht als archäologisches Denkmal betrachtet¹¹.

In Lettland hebt das Denkmalschutzgesetz vom 12. Februar 1992¹² die archäologischen Denkmäler demgegenüber nicht als eine gesonderte Gattung geschützter Objekte hervor. Vielmehr wird in Art. 2 Satz 2 Nr. 1 und 2 lvDSchG zwischen den unbeweglichen und den beweglichen Kulturdenkmälern differenziert, die wiederum jeweils in Einzelobjekte und Komplexe unterteilt werden. Archäologisches Erbe kann dabei jeder der vier Denkmalkategorien zugeordnet werden: Als Beispiel für unbewegliche Denkmalkomplexe nennt das Gesetz unter anderem archäologische Stätten (ARHEOLOĢISKĀS SENVIETAS), während archäologische Funde (ARHEOLOĢISKIE ATRADUMI) unter beweglichen Einzelkulturdenkmälern aufgeführt werden. Parallel operiert das Gesetz in Art. 2 Satz 3 lvDSchG mit dem Begriff Antiken (SENLIETAS), womit Artefakte gemeint sind, die aus archäologischen Nachforschungen stammen.

Der zentrale Begriff der Konvention von La Valletta – das „archäologische Erbe“ – wird z. B. im neuen Kulturgesetzbuch der Republik Belarus vom 20. Juli 2016¹³ aufgegriffen und als Oberbegriff verwendet: Laut Art. 123 Abs. 1 KultGB RB setzt sich das „archäologische Erbe“ (археалагічная спадчына) aus den beiden Unterkategorien „archäologische Objekte“ (археалагічныя аб’екты) und „archäologische Artefakte“ (археалагічныя артэфакты) zusammen. Zugleich enthält Art. 92 Abs. 1 KultGB eine Legaldefinition des Begriffs „historisches Kulturgut“ (гісторыка-культурная каштоўнасць), der sowohl materielle als auch immaterielle „Kulturgüter von geistigem, künstlerischem oder dokumentarischem Wert“ umfasst,

⁶ S. T. Kemper, Bodendenkmäler. In: D. Martin/M. Krautzberger (Begr.), Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege⁴, hrsg. von D. Davydov u. J. Spennemann (München 2017) Teil C RdNr. 103f.

⁷ Wet van 09.12.2015, houdende bundeling en aanpassing van regels op het terrein van cultureel erfgoed – Erfgoedwet (Staatsblad 2015, 511).

⁸ Ustawa z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz.U 2014, poz.1446 ze zm).

⁹ Siehe Beitrag von M. Trzciński in diesem Band, 158.

¹⁰ Stanek (Anm. 1) 110.

¹¹ Ebd. 109.

¹² Latvijas Republikas Likums „Par kultūras pieminekļu aizsardzību“ (Ziņotājs Nr. 10, 05.03.1992).

¹³ Кодэкс Рэспублікі Беларусь аб культуры, 20 ліпеня 2016 г., № 413-3 (Нац. рээстр прававых актаў Рэсп. Беларусь. – 2016. – № 31. – 2/2412).

die z. B. „die Ausbildung der nationalen Mentalität“ (Abs. 1 Nr. 1.1), „die Entwicklung des Landes oder einer bestimmten Region“ (Abs. 1 Nr. 1.2) oder „die historische, kulturelle oder geistige Entwicklung des belorussischen Volkes“ (Abs. 1 Nr. 1.3) erheblich beeinflusst haben. Es ist offensichtlich, dass zu solchen Kulturgütern auch archäologische Funde und Befunde im Sinne des Art. 123 KultGB RB gehören können. Dem tragen die Definitionen der beiden Begriffe „archäologisches Objekt“ und „archäologisches Artefakt“ Rechnung, indem sie die jeweils relevanten Merkmale benennen, zugleich aber auf die Grunddefinition des Begriffs „historisches Kulturgut“ in Art. 92 KultGB RB verweisen. So sind unter „archäologischen Objekten“ unbewegliche Sachen oder Sachgesamtheiten, einschließlich der Artefakte und der Kulturschicht, zu verstehen, die „im Ergebnis des Lebens und der Aktivitäten des Menschen vor mehr als 120 Jahren entstanden sind, sich im Erdreich oder auf dem Grund von natürlichen oder künstlichen Gewässern erhalten haben, über eine historische, künstlerische, wissenschaftliche und sonstige kulturelle Bedeutung verfügen und den Kriterien für die Anerkennung als historisches Kulturgut“ (Art. 92 KultGB RB) genügen. Die gesetzlichen Merkmale, die ein „archäologisches Artefakt“ ausmachen, sind bis auf den Zusatz, dass zum Zeitpunkt der Entdeckung der Eigentümer unbekannt sein soll, identisch¹⁴.

Auf eine vergleichsweise knappe Erläuterung dessen, was ein archäologisches Denkmal ausmacht, hat sich der Gesetzgeber in Österreich¹⁵ beschränkt: In § 1 Abs. 1 DMSG (Begriffsbestimmungen) ist lediglich die allgemeine Definition des Begriffs „Denkmal“ enthalten, während der Begriff „Bodendenkmal“ in § 1 Abs. 5 Satz 4 DMSG zwar erwähnt, aber nicht aufgeschlüsselt wird. Lediglich im Zusammenhang mit den Bestimmungen über den Umgang mit Funden (§ 8 Abs. 1 Satz 1 DMSG) ist geregelt, dass unter Bodendenkmalen Gegenstände „unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche“ gemeint sind, die „infolge ihrer Lage, Form oder Beschaffenheit offenkundig den Beschränkungen dieses Bundesgesetzes unterliegen könnten“. Der Verwaltungsgerichtshof hat jedoch klargestellt, dass der gesetzliche Begriff des Bodendenkmals in Österreich sowohl unbewegliche Objekte – seien es solche, die obertätig sichtbar, seien es solche, die unter der Erdoberfläche verborgen sind – als auch bewegliche Gegenstände wie etwa Keramik, Geräte, Waffen, Münzen und sonstige Funde umfasst¹⁶.

Anstelle von abstrakten Definitionen – oder zusätzlich zu diesen – enthält eine Reihe von nationalen Rege-

lungen Umschreibungen anhand von Objekttypen, die üblicherweise zum archäologischen Erbe gezählt werden. Im estnischen Denkmalschutzgesetz vom 27. Februar 2002 (in der Fassung vom 23. März 2015)¹⁷ werden als Beispiele für die ortsfesten Denkmäler frühgeschichtliche, mittelalterliche und neuzeitliche Siedlungsplätze, Grab- und Kultstätten und Höhenbefestigungen genannt, also typische archäologische Denkmäler, die jedoch im Gesetz nicht explizit als solche bezeichnet werden (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 estDSchG). Der Gesetzgeber in Polen hat Überreste prähistorischer und historischer Siedlungen, Gräberfelder, Hügelgräber sowie Relikte des wirtschaftlichen, religiösen und künstlerischen Wirkens in eine – nicht abschließende – Aufzählung archäologischer Denkmäler aufgenommen (Art. 6 Abs. 3 plDSchG). Das Kulturgesetzbuch der Republik Belarus hebt wiederum „Überreste von befestigten und unbefestigten Siedlungen, Kruzifixe, Kultsteine, Obelisken, Hügelgräber und Gräberfelder, Infrastruktur von Wegen und Straßen“ als potenzielle Bestandteile des archäologischen Erbes hervor (Art. 123 Abs. 2 KultGB). In Lettland enthält zwar nicht das Denkmalschutzgesetz, wohl aber die Denkmallistenverordnung – ergänzend zu der abstrakten gesetzlichen Definition – eine Aufschlüsselung des Begriffs „archäologisches Denkmal“ anhand von Fallbeispielen.¹⁸

Staatlicher Zugriff auf archäologische Funde

Einen der Eckpunkte des Bodendenkmalschutzes stellt der Umgang mit zufällig oder bei gezielten Nachforschungen entdeckten archäologischen (und ggf. auch paläontologischen) Relikten dar. Allerdings ist bereits die Pflicht zur Meldung von archäologischen Zufalls- oder Detektorfunden nicht überall gleichermaßen strikt gesetzlich verankert. Dementsprechend reicht die Bandbreite der rechtlichen Lösungen in Bezug auf die eigentumsrechtliche Zuordnung dieser Funde von einem uneingeschränkten Zugriff der öffentlichen Hand auf schlichtweg alle Funde von archäologischem Interesse, über das originäre Eigentumsrecht des Staates, das sich lediglich auf bestimmte, etwa besonders bedeutende Funde erstreckt, bis hin zur Möglichkeit einer entschädigungspflichtigen Enteignung im Einzelfall und zu bloßem Vorkaufsrecht.

Der originäre Eigentumserwerb der öffentlichen Hand (Schatzregal), der sich im deutschen Denkmalrecht mittlerweile weitgehend durchgesetzt hat¹⁹, findet sich in unterschiedlichen Ausprägungen auch in anderen Rechtsordnungen wieder. Mit dem staatlichen Zugriff

¹⁴ Zum Schutz des archäologischen Kulturerbes in Belarus vgl. den Aufsatz von I. È. Martynenko in diesem Band, 156–171.

¹⁵ Bundesgesetz betreffend den Schutz von Denkmalen wegen ihrer geschichtlichen, künstlerischen oder sonstigen kulturellen Bedeutung vom 25.09.1923 (BGBl. Nr. 533/1923), zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 92/2013.

¹⁶ VwGH, Erkenntnis v. 19.05.1993 – 93/09/0066 –, www.ris.bka.gv.at.

¹⁷ Muinsuskaitšeseadus, vastu võetud 27.02.2002 (RT I 2002, 27, 153).

¹⁸ Siehe Beitrag von S. Zirne in diesem Band, 153.

¹⁹ Siehe Beitrag von H. Krischok in diesem Band, 97 f.

auf archäologische und paläontologische Funde eng verknüpft ist dabei die Frage nach der Belohnung des ehrlichen Finders sowie nach deren Bemessung.

Im estnischen Denkmalrecht werden im Zusammenhang mit den beweglichen Denkmälern „archäologische Funde“ (ARHEOLOOGILISED LEIUD) in § 3 Abs. 3 Nr. 2 estDSchG als deren Unterkategorie aufgeführt. In § 30 estDSchG wird demgegenüber generell der „Fund von kulturhistorischem Wert“ (KULTUURIVÄÄRTUSEGA LEID) angesprochen: eine „im Erdreich oder auf der Erdoberfläche, in einem Gebäude, im Gewässer oder in Sedimenten entdeckte bewegliche Sache von historischem, archäologischem, wissenschaftlichem, künstlerischem oder sonstigem kulturellen Wert, die herrenlos ist oder deren Eigentümer nicht mehr ermittelt werden kann“. Ein Gegenstand, der diesen Anforderungen entspricht, gehört gem. § 30 Abs. 2 Satz 1 estDSchG dem Staat. Es ist offensichtlich, dass der Gesetzgeber den originären Eigentumserwerb des Staates über die „klassischen“ archäologischen Funde hinaus auf jedwede weitere Funde von kulturhistorischer Bedeutung ausdehnen wollte. Ein Finderlohn ist gem. § 33 Abs. 1 estDSchG in Höhe der Hälfte des Wertes der entdeckten Sache vorgesehen; über den Wert entscheidet dabei die staatliche Denkmalschutzbehörde. Der Finderlohn ist allerdings nach § 33 Abs. 4 estDSchG ausgeschlossen, wenn der Betroffene den Fund im Rahmen der Wahrnehmung seiner Aufgaben entdeckt oder gegen die gesetzliche Meldepflicht verstoßen hat.

Etwas freizügiger ist die Regelung der Eigentumsverhältnisse in Lettland. Hier ist bereits der Kreis der archäologischen Funde, bei deren Entdeckung ein Eigentumsrecht des Staates entsteht, tatbestandlich auf besonders alte Gegenstände – die spätestens ins 17. Jahrhundert datiert werden müssen – beschränkt (§ Abs. 4 Satz 1 lvDSchG). Für die vor der Einführung des Schatzregals (2013) geborgenen Funde sieht § 7 Abs. 4 Satz 2 lvDSchG vor, dass kein Eigentumsrecht des Staates besteht, wenn die Funde bis zum 30.03.2013 der Staatlichen Inspektion für den Schutz des Kulturerbes schriftlich angezeigt worden sind.

In der Schweiz enthalten die kantonalen Regelungen zum Schutz des kulturellen Erbes Aussagen über die eigentumsrechtliche Zuordnung von archäologischen Funden²⁰. So bestimmt beispielsweise das Denkmalschutzgesetz des Kantons Bern vom 8. September 1999²¹, dass Funde im Sinne von Art. 724 des Schweizerischen ZGB²² dem Kanton gehören (Art. 26 Abs. 1 DPG) und der rechtmäßig handelnde Finder einen Anspruch auf

eine „angemessene Vergütung“ hat (Art. 26 Abs. 3 DPG). Ergänzend regelt die kantonale Denkmalschutzverordnung²³, dass die Vergütung im Einzelfall im Wege einer Verfügung festgesetzt wird (§ 25 DPV). Das Denkmalschutzgesetz des Kantons Zug²⁴ bestimmt demgegenüber, dass zwar alle archäologischen Funde zunächst unverzüglich dem Amt für Denkmalschutz und Archäologie zu melden sind (§ 7 Satz 1 DSG), dass aber lediglich die Funde „von erheblichem wissenschaftlichem Wert“ ins Eigentum des Kantons gelangen (§ 7 Satz 2 DSG).

Das tschechische Gesetz über den staatlichen Schutz von Denkmälern vom 30. März 1987²⁵ sieht ein differenziertes System der Eigentumszuordnung vor, wonach alle (beweglichen) archäologischen Funde Eigentum der öffentlichen Hand – des Staates, der Region oder der Kommune – sind (§ 23a szDSchG). Für Zufallsfunde folgt dabei aus § 22 Abs. 4 szDSchG, dass der Finder eine Belohnung beanspruchen kann, die bei Funden aus Edelmetallen oder sonstigen wertvollen Stoffen den Materialpreis abdecken soll und in allen anderen Fällen 10% des von Experten zu schätzenden kulturellen oder historischen Wertes betragen soll. Bei Funden aus illegalen Nachforschungen (Schatzsuche) ist die Belohnung demgegenüber ausgeschlossen, auch wenn diese Funde der zuständigen Behörde ordnungsgemäß gemeldet wurden. In der Stellungnahme des Kulturministeriums vom 26. Juli 2007 wird die Rechtslage jedenfalls so interpretiert, dass es sich dabei – unabhängig davon, nach welchen Gegenständen der Betroffene im Einzelfall tatsächlich gesucht hat – nicht um Zufallsfunde handelt und folglich keine Belohnung gewährt werden muss²⁶.

In Frankreich hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz vom 7. Juli 2016²⁷ die eigentumsrechtliche Zuordnung von archäologischen Funden im Buch V des französischen Gesetzbuchs zum Schutz des kulturellen Erbes (Code du patrimoine)²⁸ neu geregelt: Abweichend von der zivilrechtlichen Grundregel erhebt der Staat nunmehr Anspruch auf archäologische Funde – sowohl Grabungs- als auch Zufallsfunde – ab dem Zeitpunkt ihrer Entdeckung. Allerdings ist der staatliche Zugriff auf Funde beschränkt, die auf Grundstücken entdeckt werden, an denen erst nach dem Inkrafttreten des Gesetzes Nr. 2016-925 Eigentum begründet wurde (Art. L. 541-4

²⁰ Siehe Beitrag von A. Dominicé Maget in diesem Band, 146 f.

²¹ Gesetz über die Denkmalschutz vom 08.09.1999, in der Fassung vom 01.09.2009 (BSG 426.41).

²² Art. 724 Abs. 1 ZGB besagt: „Herrenlose Naturkörper oder Altertümer von wissenschaftlichem Wert sind Eigentum des Kantons, in dessen Gebiet sie gefunden worden sind“.

²³ Verordnung über die Denkmalschutz vom 25.10.2000, in der Fassung vom 01.04.2017 (BSG 426.411).

²⁴ Gesetz über Denkmalschutz, Archäologie und Kulturgüterschutz vom 26.04.1990, in der Fassung vom 01.10.2013 (BGS 423.11).

²⁵ Zákon České národní rady o státní památkové péči, č. 20/1987 Sb.

²⁶ Stanovisko Ministerstva kultury, odboru památkové péče č.j. 9711/2007 ze dne 26. července 2007.

²⁷ Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine; siehe Beitrag von N. Wagoner in diesem Band, 111–116.

²⁸ Code du patrimoine. Version consolidée au 1 juillet 2017; im Folgenden: KultErbGB.

KultErbGB). Stammt der Fund demgegenüber von einem Grundstück, das bereits vor dem Inkrafttreten des o. g. Gesetzes den Eigentümer gewechselt hat, geht das Eigentum laut Art. L. 541-5 KultErbGB nur dann auf den Staat über, wenn der Grundstückseigentümer und – im Falle eines Zufallsfundes – der Finder ihre Rechte trotz Aufforderung nicht fristgerecht geltend gemacht haben.

Keinen automatischen Eigentumszugriff des Staates auf archäologische Funde sieht das österreichische Denkmalrecht vor. Hier erwerben der Grundeigentümer und der Finder das Eigentum am entdeckten Gegenstand je zur Hälfte, während dem Staat gem. § 10 DMSG lediglich ein sog. Ablöserecht – also die Möglichkeit einer entschädigungspflichtigen Enteignung – hinsichtlich des Eigentumsanteils des Grundeigentümers zusteht. Das Ablöserecht gilt jedoch nur für Funde, die aus Grabungen oder wissenschaftlichen Nachforschungen stammen, die von den öffentlichen Institutionen oder auf deren Veranlassung betrieben werden. Zufallsfunde sind von der Regelung ausgeschlossen²⁹.

Ein originäres Eigentumsrecht der öffentlichen Hand ist auch in Großbritannien nicht vorgesehen, obwohl es hier in der Vergangenheit nicht an Versuchen mangelte, der unkontrollierten Schatzsuche Einhalt zu gebieten. Laut dem seit 1996 für England, Wales und Nordirland geltenden Schatzgesetz vom 4. Juli 1996 (TREASURE ACT)³⁰ hat der Staat lediglich ein Vorkaufsrecht, das sich zudem allein auf besonders wertvolle archäologische Funde erstreckt³¹. Als „Schatz“ gelten nach Art. 1 SchG Münzfunde, bestehend aus mindestens zwei Münzen, die zum Zeitpunkt der Entdeckung mindestens 300 Jahre alt sind und einen Gold- oder Silberanteil von mindestens 10% aufweisen, Münzfunde, bestehend aus mindestens zehn Münzen, die zum Zeitpunkt der Entdeckung mindestens 300 Jahre alt sind, sowie sonstige Gegenstände, die mindestens 300 Jahre alt sind und mindestens einen zehnzehnten Edelmetallanteil haben. Hinzu kommen Gegenstände, die nach früherer Rechtslage als Schatz (TREASURE TROVE) anerkannt worden wären, d. h. bewusst verborgene Gegenstände aus Gold und Silber, auch wenn sie weniger als 300 Jahre alt sind, deren Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist. Als Schatz anerkannt werden auch andere Funde, wenn sie vom selben Fundort stammen oder in einem sonstigen Zusammenhang mit dem eigentlichen Schatz stehen. Aufgrund

²⁹ Vgl. E. Pieler in S. Karl/I. Koch/E. Pieler, Revidierung der gesetzlichen Vorschriften zu archäologischen Funden und Schätzen in der österreichischen Monarchie zwischen 1834 und 1846. Mit einem Ausblick auf die heutige Situation. *Österr. Zeitschr. Kunst u. Denkmalpf.* (ÖZKD) 71,1, 2017, 111–117.

³⁰ Treasure Act 1996 (c. 24); im Folgenden: SchG.

³¹ Vgl. R. Bland, *The Development and Future of the Treasure Act and Portable Antiquities Scheme*. In: S. Thomas/P. G. Stone (Hrsg.), *Metal Detecting and Archaeology* (Woodbridge 2009) 64–67.

der das Gesetz ergänzenden Verfügung des zuständigen Ministeriums für Kultur, Medien und Sport vom 21. Oktober 2002³² erstreckt sich der Schatzbegriff außerdem auf urgeschichtliche Fundkomplexe, bestehend aus mindestens zwei Metallgegenständen, die keine Münzen sind, sowie auf urgeschichtliche Einzelfunde mit Gold- oder Silberanteil. Für archäologische Funde, die den Kriterien eines Schatzes nicht genügen, ist ein staatliches Fundmeldeprogramm (PORTABLE ANTIQUITIES SCHEME – PAS)³³ entwickelt worden, das jedoch allein der Registrierung von Funden dient und die Eigentumsverhältnisse unberührt lässt.

Über die Sinnhaftigkeit des staatlichen Zugriffs auf archäologische Funde – insbesondere im Verhältnis zu den realen Möglichkeiten seiner Durchsetzung – für den archäologischen Denkmalschutz gehen die Auffassungen unter Juristen und Archäologen nach wie vor auseinander³⁴. Der Verzicht des Staates auf die Aneignung eines Großteils von archäologischen Funden, wie er z. B. in Großbritannien (England und Wales) praktiziert wird, mag die Bereitschaft zur Meldung von solchen Funden erhöhen, wodurch die staatliche Registrierung der Funde ermöglicht wird. Aus der Sicht des Bodendenkmalschutzes stellt sich jedoch die Frage nach dem Wert einer solchen Registrierung, wenn die Fundsache selbst der staatlichen Kontrolle entzogen bleibt. Selbst wenn man den Sinn des Denkmalschutzes – einschließlich des archäologischen Denkmalschutzes – in erster Linie in der Erhaltung von Informationen³⁵ sehen will, erhält der Staat bei diesem Modell die einmalige Chance, die Informationen, die der Fund preisgibt, auszuwerten; einer erneuten Untersuchung mit möglicherweise verbesserten Methoden ist der Gegenstand danach nicht mehr zugänglich, da sein weiteres Schicksal realistischerweise nicht mehr verfolgt werden kann.

Auch die Frage nach der angemessenen Vergütung des ehrlichen Finders entzieht sich einer eindeutigen Beantwortung, sondern hängt maßgeblich damit zusammen, ob der Finder Eigentum (oder zumindest anteiliges Eigentum) am archäologischen Fund erlangt, das ihm

³² The Treasure (Designation) Order 2002 (SI 2002 No. 2666).

³³ <https://finds.org.uk> (Zugriff: 04.10.2017).

³⁴ Vgl. L. Guiliani, *Archäologische Bodenfunde als nationale Kulturgüter?* In: W.-D. Heilmeyer/J. C. Eule (Hrsg.) *Illegale Archäologie? Internationale Konferenz über zukünftige Probleme bei unerlaubtem Antikentransfer*, 23.–25.5.2003 in Berlin, aus Anlass des 15. Jahrestages der Berliner Erklärung (Berlin 2004) 38; 41; für die Rechtslage in Deutschland: H. Krischok, *Der rechtliche Schutz des Wertes archäologischer Kulturgüter*. Beitr. Grundfragen Recht 17 (Tübingen 2016) 16 f.; W. Eberl, *Die Bodendenkmäler*. In: W. Eberl/G. Bruckmeier/R. Hartl/R. Hörtnagl (Hrsg.), *Kulturgüter. Gesetzlicher Rahmen zum Umgang mit Denkmälern und Kunstwerken einschließlich Steuerrecht*. Rechtswiss. u. Verwaltung, Handb. (Stuttgart 2016) RdNr. 230–232.

³⁵ Vgl. zu diesem Ansatz J. Oebbecke, *Informationserhaltung durch Denkmalschutzrecht und Naturschutzrecht*. In: J. Ipsen/B. Stürer (Hrsg.), *Europa im Wandel* [Festschr. H.-W. Rengeling] (Köln 2008) 161–163.

dann gegebenenfalls wieder entzogen werden muss. Es leuchtet ein, dass eine Entschädigung, die den Rechtsverlust ausgleichen soll, anders bemessen sein muss, als der bloße Finderlohn, der lediglich das gesetzeskonforme Verhalten honorieren soll, während ein Eigentumsverlust nicht vorliegt, weil von vornherein kein Eigentum entstanden ist. Es ist aber andererseits nicht von der Hand zu weisen, dass in der Realität viele Finder den dauerhaften Entzug des Fundes – unabhängig von der gesetzlichen Eigentumszuordnung – als Rechtsverlust empfinden werden. Dies führt wiederum zu der rechtspolitischen Frage, wie sinnvoll es generell ist, in einem Rechtsstaat gesetzeskonformes Verhalten zu erkaufen und lässt über alternative (nicht monetäre) Formen der Anerkennung nachdenken.

Handelsbeschränkungen

Mit der Eigentumszuordnung hängt die Frage nach der Begrenzung des innerstaatlichen und internationalen Verkehrs von archäologischen (und paläontologischen) Funden zusammen. Das Spektrum der praktizierten rechtlichen Lösungen reicht von restriktiven Regelungen, die archäologische Objekte nahezu als *res extra commercio* definieren, bis hin zu Regelungen, die lediglich bei bestimmten Objektgruppen Ausfuhrbeschränkungen enthalten.

So untersagt die Gesetzgebung der Republik Belarus den An- und Verkauf, die Schenkung, den Tausch und die Verpfändung von archäologischen Artefakten (Art. 124 Abs. 3 KultGB). Ausgenommen sind Rechtsgeschäfte zwischen staatlichen Museen oder staatlichen wissenschaftlichen Einrichtungen oder Rechtsgeschäfte in Bezug auf Gegenstände, die sich bis zum Stichtag (18. März 2016) im Eigentum von Bürgern und juristischen Personen befanden und in das von der Akademie der Wissenschaften der Republik Belarus geführte Verzeichnis der archäologischen Artefakte eingetragen waren. Nach Art. 124 Abs. 4 KultGB RB ist den staatlichen Museen und den staatlichen wissenschaftlichen Einrichtungen zudem ein Vorkaufsrecht eingeräumt. Demgegenüber hat der lettische Gesetzgeber lediglich ein Ausfuhrverbot für (bewegliche) Kulturdenkmäler – einschließlich der Funde, die nach § 7 lvDSchG dem Schatzregal unterfallen – statuiert (§ 4 Satz 1 lvDSchG). Weitergehende Beschränkungen des Verkehrs archäologischer Objekte sind jedoch nicht vorgesehen.

In der Schweiz bündelt das Kulturgütertransfergesetz vom 20. Juni 2003³⁶ die Regelungen über den Handel gleichermaßen mit inländischen und ausländischen Kulturgütern, darunter auch mit archäologischen Grabungs- oder Zufallsfunden. Dabei werden, neben den Beschrän-

³⁶ Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer (SR 444.1).

kungen des Verkehrs von bundeseigenen Kulturgütern, die von wesentlicher Bedeutung für das kulturelle Erbe und daher in ein Bundesverzeichnis eingetragen sind (Art. 3 KGTG), auch Regelungen für alle übrigen Kulturgüter, unabhängig von ihrer Bedeutung und unbeschadet der Eigentumsverhältnisse, getroffen. So dürfen laut Art. 15 Abs. 1 a KGTG Institutionen des Bundes u. a. dann keine Kulturgüter erwerben, wenn sie rechtswidrig ausgegraben sind. Für den Kunsthandel und das Auktionswesen statuiert das Gesetz ein Veräußerungsverbot, wenn nach den Umständen angenommen werden darf, dass das Kulturgut rechtswidrig ausgegraben wurde (Art. 16 Abs. 1 a KGTG). Damit korrespondieren Sorgfaltspflichten der im Kunsthandel und Auktionswesen tätigen Personen (Art. 16 Abs. 2 KGTG).

Schutz des Unterwasser-Kulturerbes

Gesondert in den Blick zu nehmen ist die Normierung des Unterwasser-Kulturerbes und dessen Verhältnis zum archäologischen Erbe. Internationale Standards der archäologischen Denkmalpflege werden seit Jahren auf das Unterwasser-Kulturerbe angewandt: Die auf der XI. Generalversammlung des ICOMOS verabschiedete Charta zu Schutz und Pflege des Unterwasser-Kulturerbes (Charta von Sofia)³⁷ ist als eine Art *lex specialis* zur vorangegangenen ICOMOS-Charta für Schutz und Pflege des archäologischen Erbes (Charta von Lausanne)³⁸ aus dem Jahr 1990 konzipiert. Sie überträgt archäologische Grundsätze auf den Umgang mit dem archäologischen Erbe, „das sich unter Wasser befindet oder aus dem Wasser geborgen wurde“. Dieses umfasst laut Einleitung zur Charta von Sofia versunkene Fundstätten und Strukturen, Fundstellen von Schiffswracks und aus dem Verband gelöste Teile sowie deren archäologischen und natürlichen Kontext. Auf nationaler Ebene ist das Verhältnis beider Materien weniger klar: Während in einigen europäischen Ländern der Schutz des Unterwasser-Kulturerbes in der Tat in die Denkmalschutzgesetze inkorporiert ist, ist er in anderen Ländern Gegenstand gesonderter Rechtsnormen³⁹. Gerade die Umsetzung der UNESCO-Konvention zum Schutz des Unterwasser-Kulturerbes

³⁷ Deutsche Fassung abgedruckt in: Internationale Grundsätze und Prinzipien der Denkmalpflege. Monumenta I, hrsg. v. ICOMOS Deutschland/ICOMOS Österreich/ICOMOS Luxemburg/ICOMOS Schweiz (Stuttgart 2012) 147.

³⁸ Deutsche Fassung abgedruckt in: Denkmalschutz. Schriften zum Denkmalschutz und zur Denkmalpflege⁴. Schriftenr. Dt. Nationalkomitee Denkmalschutz 52, hrsg. v. Deutsches Nationalkomitee für Denkmalschutz (Bonn 2007) 175 f.

³⁹ So ist z. B. in Großbritannien (mit Ausnahme von Nordirland) die Erhaltung des archäologischen Erbes im Denkmalschutzgesetz vom 4. April 1979 (Ancient Monuments and Archaeological Areas Act 1979) geregelt, die Erhaltung von historischen Wracks dagegen im Wrackschutzgesetz vom 18. Juli 1973 (Protection of Wrecks Act 1973).

vom 2. November 2001 kann aus kompetenziellen Gründen die Verabschiedung von Sondergesetzen und die Einrichtung von Sonderbehörden erforderlich machen, die mit den normalerweise für das archäologische Erbe zuständigen Stellen nicht identisch sind.

In den Niederlanden wird das Unterwasser-Kulturerbe (CULTUREEL ERFGOED ONDER WATER) als eine gesonderte Kategorie geschützter Objekte in Art. 5.1. Abs. 1 Kult-ErbG NL im Zusammenhang mit Ausgrabungen erwähnt, ohne dass aber der systematische Bezug zum archäologischen Erbe hergestellt wird. Demgegenüber ist in Estland das „Unterwasserdenkmal“ (VEEALUNE MÄLESTIS) in § 3 Abs. 5 estDSchG als eine eigenständige Denkmalgattung hervorgehoben, die neben den archäologischen Denkmälern (ARHEOLOOGIAMÄLESTISTEK) vorgesehen ist. Gemeint sind nach § 3 Abs. 2 Nr. 6 estDSchG „versunkene Wasser-, Luft- und sonstige Fahrzeuge oder deren Teile, einschließlich des zugehörigen Bereichs des Grunds und einschließlich der Fracht oder des sonstigen Inhalts“. Ist das Unterwasserdenkmal herrenlos oder der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln, so gehört es laut § 31 Abs. 1 estDSchG dem Staat. Dem Schutz des Unterwasser-Kulturerbes trägt auch die § 24¹ estDSchG Rechnung, der zusätzliche, über die Anforderungen an den Schutz anderer Denkmäler hinausgehende, Restriktionen enthält: Hiernach sind im Bereich des Unterwasserdenkmals und seiner Schutzzone das Ankern, Schleppen, die Durchführung von Grundarbeiten und das Abladen von festen Stoffen untersagt. Auch das Tauchen im Bereich eines Unterwasserdenkmals ist ohne Genehmigung der staatlichen Denkmalschutzbehörde untersagt (§ 24² estDSchG).

Im irischen Denkmalrecht – das im Wesentlichen durch das Nationale Denkmalgesetz von 1930 und die Änderungsgesetze von 1954, 1987, 1994 und 2004⁴⁰ konstituiert wird – wird der Schutz des Unterwasser-Kulturerbes im Wesentlichen im Änderungsgesetz vom 22. Juli 1987⁴¹ normiert. Hiernach unterliegen Schiffswracks, die älter als 100 Jahre sind, sowie sonstige archäologische Objekte unter der Wasseroberfläche dem Schutz des Gesetzes, ohne dass es einer förmlichen Unterschutzstellung bedarf (Art. 3 Abs. 4 des ÄndG 1987). Der Schutz beinhaltet das Verbot von substanziellen Eingriffen, Tauchgängen, Untersuchungen und Bergungen; untersagt ist auch das Abladen von Gegenständen, die das geschützte Objekt beeinträchtigen oder den Zugang zu diesem erschweren können. Im Übrigen können zum Schutz von Schiffswracks oder archäologischen Objekten Schutzzonen (RESTRICTED AREAS) ausgewiesen werden, in denen ebenfalls beliebige Aktivitäten untersagt sind, die dem Wrack oder dem archäologischen Objekt zum Schaden gereichen (Art. 3 Abs. 1 und 3 ÄndG 1987).

⁴⁰ National Monuments Acts 1930–2004.

⁴¹ National Monuments (Amendment) Act, 1987 (ISB 1987, No. 17).

Das belgische Gesetz zum Schutz des Unterwasser-Kulturerbes vom 4. April 2014⁴² konstituiert ein gestaffeltes System des Schutzes: Während zunächst alle entdeckten und gemeldeten denkmalverdächtigen Unterwasser-Funde (VONDSTEN) ab dem Zeitpunkt der Anzeige vorläufigen Schutz genießen, wird nur ein Teil dieser Funde durch Entscheidung des zuständigen Bundesministers als Unterwasser-Kulturerbe anerkannt (Art. 8, § 1 Abs. 2 UKG). Nach der Anerkennung kann das weitere Schicksal des Objekts – die prioritäre Erhaltung *in situ* oder andere Maßnahmen, etwa die Bergung – gemäß Art. 8, § 3 Abs. 1 UKG durch königliches Dekret festgelegt werden⁴³.

Privateigentum versus öffentliches Erhaltungsinteresse

Die gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz des archäologischen Erbes in den einzelnen Ländern Europas zeugen in sehr unterschiedlichem Maße von dem Bestreben, das öffentliche Interesse an der möglichst unversehrten Erhaltung dieses Erbes und die damit konkurrierenden wirtschaftlichen Interessen Privater in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen. Hierbei sind einerseits Regelungen in den Blick zu nehmen, welche die (wirtschaftliche) Nutzung von „denkmalbelasteten“ Grundstücken betreffen, und andererseits die Vorschriften zur Heranziehung von privaten Bauherren zur Finanzierung der durch ihre Vorhaben veranlassten archäologischen Untersuchungen.

Nutzungsbeschränkungen

Denkmalbedingte Beschränkungen der Grundstücksnutzung können aus dem (bloßen) gesetzlichen Verbot, Bodendenkmäler zu beschädigen und zu zerstören, ebenso resultieren wie aus der Pflicht des Grundeigentümers, aktiv zur Erhaltung des Bodendenkmals beizutragen. Bei Bauvorhaben in der Umgebung von Bodendenkmälern können Nutzungsbeschränkungen auch Grundstücksnachbarn treffen und damit Personen, die nicht unmittelbar für den Bestand der Bodendenkmäler verantwortlich sind. Die Frage nach der Angemessenheit solcher Restriktionen kann sich in der Praxis nicht nur bei dauerhaften Ge- und Verboten stellen, sondern auch bei einer vorübergehenden Einschränkung der wirtschaftlichen Verwertung des Grundstücks, etwa wenn der Abbau von Bodenschätzen temporär gestoppt wird, um archäologische Untersuchungen zu ermöglichen. Art und Umfang

⁴² Wet betreffende bescherming van cultureel erfgoed onder water van 4 april 2014 (BS 18 April 2014, 33729); im Folgenden: UKG.

⁴³ Siehe Beitrag von T. Derudder in diesem Band, 129.

der Rücksichtnahme auf die wirtschaftlichen Interessen der Betroffenen sind im Denkmalrecht der europäischen Länder unterschiedlich ausgeprägt.

In Deutschland kommt im Denkmalrecht der Länder der Grundsatz, dass die denkmalbedingten Belastungen ein bestimmtes Maß nicht überschreiten dürfen, in vielfacher Art und Weise zur Geltung⁴⁴. So bestimmt beispielsweise das Hessische Denkmalschutzgesetz, dass Denkmalschutzbehörden bei allen Entscheidungen den berechtigten Interessen der Eigentümerinnen, Eigentümer, Besitzerinnen und Besitzer von Kulturdenkmälern Rechnung zu tragen haben (§ 9 Abs. 1 Satz 2 HDSchG). Nicht erwähnt werden hier die Grundstücksnachbarn, obwohl deren wirtschaftliche Tätigkeit durch Anforderungen des Denkmalschutzes – etwa den denkmalrechtlichen Umgebungsschutz – unter Umständen beeinträchtigt werden kann. Die Ausweisung von Grabungsschutzgebieten (§ 23 Abs. 2 Satz 2 HDSchG, § 22 Abs. 2 Satz 2 DSchG BW) steht in der Regel unter dem Vorbehalt, dass die bisherige land- und forstwirtschaftliche Nutzung unberührt bleibt. In Niedersachsen hat der Gesetzgeber für den Fall, dass die bisherige ordnungsgemäße land- oder forstwirtschaftliche Nutzung eingeschränkt wird, angeordnet, dass die daraus resultierenden wirtschaftlichen Nachteile auszugleichen sind (§ 16 Abs. 3 DSchG Nds).

Eine deutliche Berücksichtigung der Interessen der Antragsteller im Bereich des Bodendenkmalschutzes offenbart das Denkmalschutzdekret der Deutschsprachigen Gemeinschaft Belgiens⁴⁵. Hiernach kann die für die Durchführung von archäologischen Ausgrabungen und Sondierungen notwendige Erlaubnis zwar unter Bedingungen erteilt werden, diese müssen aber gem. § 26 Abs. 1 Satz 2 DSchD DG „nichtdiskriminierend, erforderlich und verhältnismäßig“ sein. Zudem ist in § 26 Abs. 2 Satz 4 DSchD DG für den Fall, dass die Regierung innerhalb von 60 Kalendertagen ab dem Zugang des Antrags keine Entscheidung trifft, eine Erlaubnisfiktion vorgesehen. Für Bauvorhaben und sonstige Maßnahmen, die mit Eingriffen in archäologische Stätten verbunden sind, tritt eine Genehmigungsfiktion sogar nach 30 Tagen ein (Art. 25.1, § 3 Abs. 2 Satz 2 DSchD DG).

Der österreichische Gesetzgeber sieht Denkmalfördermittel als Instrument „zur Motivation der durch den Denkmalschutz in ihren Rechten eingeschränkten Eigentümer“ an (§ 32 Abs. 1 Satz 3 DMSG). Gemäß § 32 Abs. 2 DMSG sind Denkmaleigentümern und sonstigen dinglich Berechtigten nach Möglichkeit Zuschüsse in Form von Ersatzleistungen für „erhebliche Beeinträchtigungen zu bezahlen, die auf Grund von Arbeiten des Bundesdenkmalamtes in Vollziehung des Denkmalschutzgesetzes

(wie etwa bei Ausgrabungen von Bodendenkmalen) entstehen“. Im Übrigen gebietet es § 5 Abs. 1 Satz 4 DMSG, bei der Entscheidung über die Zerstörung oder Veränderung eines Denkmals das öffentliche Erhaltungsinteresse mit den Belangen des Antragstellers abzuwägen. Zu den berücksichtigungsfähigen Gründen kann nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs⁴⁶ auch die fehlende Zumutbarkeit der Erhaltung des Bodendenkmals zählen. Der Gerichtshof hat allerdings klargestellt, dass jedes Grundstück durch seine Lage und Beschaffenheit sowie seine Einbettung in die Landschaft und Natur, also seine „Situation“, geprägt ist und somit auf jedem Grundstück eine aus seiner Situationsgebundenheit abzuleitende immanente Beschränkung der Rechte des Eigentümers lastet. Daraus könnten sich Schranken seiner Nutzungs- und Verfügungsmacht ergeben. Eine besondere, die Sozialbindung aktualisierende Situation könne im Einzelfall auch aus der Tatsache resultieren, dass das Grundstück im Erduntergrund archäologisch oder historisch besonders wertvolle Kulturdenkmäler aufweist, die nach Entdeckung als Bodenfunde ausgewertet bzw. geborgen werden können⁴⁷. Eine unzumutbare Eigentumsbeschränkung ist nach Auffassung des Gerichtshofs jedenfalls dann nicht gegeben, wenn die Unterschützstellung des Bodendenkmals die vor dem Erwerb des Grundstücks durch den aktuellen Eigentümer bestehende Wirtschaftsart oder Wirtschaftsstruktur unberührt lässt.

Verursacherhaftung

Das in der Konvention von La Valletta (Art. 6) zum Tragen kommende Prinzip, dass derjenige, dessen Bauvorhaben zur Zerstörung oder zur Beschädigung des archäologischen Erbes führt, für die Kosten der erforderlichen Rettungsgrabungen aufzukommen hat (Verursacherprinzip), hat in die Gesetzgebung der europäischen Länder bislang nicht flächendeckend Eingang gefunden. Dort, wo private Investoren zur Finanzierung der durch ihre Vorhaben notwendig gewordenen Grabungen herangezogen werden, kann sich die Frage nach einer Begrenzung der Kostentragungspflicht auf das Zumutbare und nach einer Förderpflicht der öffentlichen Hand stellen.

In Deutschland haben sich zuletzt Nordrhein-Westfalen (§ 29 Abs. 1 und 2 DSchG NRW) und Hessen (§ 18 Abs. 5 HDSchG) ausdrücklich zu einer – allerdings auf das Zumutbare beschränkten – Verursacherhaftung bekannt. Die Höhe dessen, was dem Investor an Kosten auferlegt werden muss, ist gesetzlich bislang nur in einem Land (Rheinland-Pfalz) normiert und im Übrigen

⁴⁴ Siehe Beitrag von J. Spennemann in diesem Band, 41.

⁴⁵ Dekret über den Schutz der Denkmäler, Kleindenkmäler, Ensembles und Landschaften sowie über die Ausgrabungen v. 23.06.2008, in der Fassung v. 24.02.2014 (BS 14.11.08); im Folgenden: DSchD DG.

⁴⁶ Anm. 16.

⁴⁷ Die Argumentation des VwGH ist an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Frage der Zulässigkeit von Eigentumsbeschränkungen im deutschen Denkmalrecht angelehnt, vgl. BGH, Urteil v. 23.06.1988 – III ZR 8/87 –, JURION.

umstritten⁴⁸. Es liegt nahe, dass bei der Auferlegung der Kostenlast und ihrer Bemessung eine Differenzierung zwischen staatlichen und privaten Vorhaben und weiter zwischen geschäftlicher Tätigkeit (z. B. dem Abbau von Bodenschätzen) und Vorhaben, die dem Kernbereich privater Lebensführung zuzurechnen sind (z. B. Eigenheimbau), angezeigt ist.

Der Umsetzung des Verursacherprinzips in Tschechien dient § 22 Abs. 2 sZDSchG. Hiernach ist vor der Durchführung von Bauarbeiten auf Grundstücken, die archäologische Funde enthalten, der Investor verpflichtet, die zuständige Behörde (das Archäologische Institut der Tschechischen Akademie der Wissenschaften) frühzeitig zu informieren und archäologische Rettungsgrabungen zu ermöglichen (§ 22 Abs. 2 Satz 1 sZDSchG). Gemäß § 22 Abs. 2 Satz 2 sZDSchG haben juristische Personen oder natürliche Personen, deren Geschäftstätigkeit die Durchführung von archäologischen Rettungsgrabungen notwendig gemacht hat, die Kosten dieser Grabungen zu tragen; in anderen Fällen fallen die Kosten der grabenden Institution zu⁴⁹.

In Polen hat der Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 8. Oktober 2007⁵⁰ der ursprünglich schrankenlosen Anwendung des Verursacherprinzips einen Riegel vorgeschoben. Hier hatte der – inzwischen aufgehobene – Art. 31 Abs. 1 pIDSchG bestimmt, dass eine natürliche Person oder Organisation, die Bauarbeiten an einem eingetragenen Denkmal oder Erdarbeiten in einem Bereich vornehmen will, in dem archäologische Denkmäler sich befinden, die Kosten der archäologischen Untersuchung und Dokumentation zu tragen hat, sofern diese erforderlich sind, um Denkmäler zu schützen. Der Verfassungsgerichtshof erklärte eine unbeschränkte – von den Kosten des konkreten Vorhabens losgelöste – Kostentragungspflicht für unvereinbar mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und der Eigentumsgarantie der Polnischen Verfassung. Dem Investor dürfe nicht die alleinige Kostenlast für eine Tätigkeit auferlegt werden, die im Kern dem Aufgabenbereich des Staates zugewiesen sei⁵¹. Der Gesetzgeber hat reagiert und 2009

in Art 82 a und Art. 82 b pIDSchG eine Förderpflicht des Staates für archäologische Untersuchungen (Rettungsgrabungen und Dokumentationen) eingeführt, sofern deren Kosten 2% des Gesamtinvestitionsvolumens übersteigen. Die polnische Lösung bewegt sich somit am unteren Rand dessen, was dem Verursacher an Kostenbeteiligung üblicherweise zugemutet wird.

Eine differenzierte Verteilung der Kostenlast ist in Dänemark vorgesehen⁵². Hier bestimmt seit 2002 das – auch das Recht der Bodendenkmalpflege einschließende – Museumsgesetz⁵³ (in der Fassung vom 8. April 2014)⁵⁴, dass der Bauherr die Kosten einer Rettungsgrabung in der Regel zu tragen hat (§ 27 Abs. 4 dkMusG). Bei bloßem Denkmalverdacht kann der Bauherr gem. § 25 dkMusG das zuständige kulturhistorische Museum ersuchen, das Vorhandensein von Bodendenkmälern auf dem Baugrundstück zu ermitteln. Die Kosten der entsprechenden Begutachtung, einschließlich einer Probegrabung, fallen gem. § 26 dkMusG – je nach Größe der zu untersuchenden Fläche – dem Bauherrn oder der öffentlichen Hand zu⁵⁵.

Eine staatliche Förderung von Notgrabungen ist in der autonomen Provinz Bozen – Südtirol⁵⁶ auf Antrag des Veranlassers möglich. Der Kostenbeitrag der öffentlichen Hand kann dabei – je nach Art des Bauvorhabens – bis zu 80% der Grabungskosten betragen.

Regulierung archäologischer Feldforschung: Wer darf graben?

Ein weiterer Eckpunkt des rechtlichen Schutzes des archäologischen Erbes in Europa ist die staatliche Steuerung archäologischer Nachforschungen im Allgemeinen und privater Nachforschungen im Besonderen. Typischerweise gilt die staatliche Kontrolle zwei verschiedenen Phänomenen: den kommerziellen archäologischen Dienstleistungen

In der Folgezeit hat der Landesgesetzgeber das DSchG entsprechend überarbeitet, siehe hierzu D. Davydov, Das Verursacherprinzip in der Rückabwicklung. Die Erstattung von Grabungskosten in der Spruchpraxis nordrhein-westfälischer Gerichte. Arch. Inf. 38, 2015, 371–378.

⁵² Vgl. P. Ethelberg/L. S. Madsen, Bodendenkmalpflege in Dänemark. Arch. Nachrbl. 15,2, 2010, 136–139; einen Vergleich der Verursacherhaftung in Dänemark und Irland enthält der Beitrag von E. Lyne, Heritage legislation. The Republic of Ireland and Denmark's heritage laws and their consequences for archaeology and archaeologists. Ark. Forum 28, 2013, 35–38.

⁵³ Lov nr. 473 af 7. juni 2001.

⁵⁴ Bekendtgørelse af museumsloven (LBK nr 358 af 08/04/2014).

⁵⁵ Die Kostenpflicht des Bauherrn beginnt ab einer Fläche von 5 000 m², vgl. Ethelberg/Madsen (Anm. 52) 137.

⁵⁶ Art. 5/septies Abs. 2 Satz 2 des Landesgesetzes vom 12. Juni 1975, Nr. 26. Einzelheiten sind im Beschluss der Landesregierung vom 08. August 2011, Nr. 1189, geregelt.

⁴⁸ Siehe Beitrag von J. Spennemann in diesem Band, 45 f.

⁴⁹ Das Oberste Gericht der Tschechischen Republik hat am 29.09.2004 klargestellt, dass die Kostentragungspflicht allein bei natürlichen Personen auf Vorhaben beschränkt ist, die mit ihrer Geschäftstätigkeit zusammenhängen. Bei juristischen Personen besteht demgegenüber keine Beschränkung (Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 29.09.2004, 32 Odo 765/2004 – 103).

⁵⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8 października 2007 r., sygn. akt K 20/07.

⁵¹ Vgl. Stanek (Anm. 1) 176; 221 f. Die vom Verfassungsgerichtshof vertretene Rechtsauffassung kommt der Rechtsprechung des nordrhein-westfälischen Oberverwaltungsgerichts nahe. Dieses hatte 2011 erklärt, wissenschaftliche Grabungen seien in NRW staatlichen Behörden übertragen, weshalb die Kosten dieser Grabungen grundsätzlich von der öffentlichen Hand getragen werden müssten. Sie könnten dem privaten Investor jedenfalls so lange nicht auferlegt werden dürfen, wie dies gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt sei (Urteil vom 20.09.2011 – 10 A 1995/09 – NRW).

gen sowie den Schatzsuchern und Amateurforschern an Land und auf See.

Völkerrechtlicher Rahmen

Bereits auf der Ebene der Konventionen des Europarates stehen bei der Frage, ob jeder graben kann, scheinbar unterschiedliche Ansätze einander gegenüber. Auf der einen Seite benennt die Konvention von La Valletta in ihrer Präambel heimliche oder unwissenschaftliche Ausgrabungen als eine der Hauptgefahren, vor denen das archäologische Erbe Europas in Schutz genommen werden muss. Demensprechend richtet die Konvention an die Vertragsparteien die ausdrückliche Forderung, „Verfahren zur Genehmigung und Überwachung von Ausgrabungen und sonstigen archäologischen Tätigkeiten“ vorzusehen und so anzuwenden, dass das archäologische Erbe bewahrt und gleichzeitig die wissenschaftliche Bedeutung der archäologischen Forschungsarbeit gewährleistet wird (Art. 3 der Konvention). Hierzu gehört es zum einen, dass jede unerlaubte Ausgrabung oder Beseitigung von Elementen des archäologischen Erbes verhindert wird und dass archäologische Ausgrabungen und Erkundungen in wissenschaftlicher, möglichst substanzschonender Weise vorgenommen werden (Art. 3 i) sowie zum anderen, dass Ausgrabungen und andere möglicherweise zerstörende technische Verfahren nur von fachlich geeigneten, besonders ermächtigten Personen durchgeführt werden (Art. 3 ii). Speziell hinsichtlich des Einsatzes von Metalldetektoren und anderen Suchgeräten verlangt die Konvention, dass dieser von einer vorherigen Sondergenehmigung abhängig zu machen ist (Art. 3 iii).

Auf der anderen Seite liegt der Rahmenkonvention über den Wert des Kulturerbes für die Gesellschaft (Konvention von Faro) der Gedanke einer Partizipation der Öffentlichkeit am kulturellen Erbe zugrunde, woraus teilweise die Forderung nach einer möglichst freizügigen Zulassung privater archäologischer Nachforschungen abgeleitet wird⁵⁷. Bei näherer Betrachtung wird man allerdings feststellen, dass auch die Konvention von Faro den Grundsätzen der Erhaltung des archäologischen Erbes verpflichtet ist und den in Art. 3 ii der Konvention von La Valletta verankerten Qualitätsstandard im Bereich der archäologischen Forschung keineswegs außer Kraft setzen soll⁵⁸. Als Freibrief für Schatzsucher aller

⁵⁷ K. Möller/R. Karl, Sind deutschsprachige Denkmalschutzgesetze mit der Konvention von Faro (un-) vereinbar? Arch. Inf. Early View, 18.01.2017, 1–8 (Online-Publ.: http://www.dguf.de/fileadmin/AI/ArchInf-EV_Moeller_Karl.pdf [Zugriff: 14.08.2017]).

⁵⁸ Siehe Beitrag „Jeder kann graben“? von D. Davydov in diesem Band, 69.

Art kann diese Konvention deshalb wohl kaum herhalten⁵⁹.

Nationale Umsetzung

Art und Umfang der staatlichen Steuerung

Bereits der Kreis der Aktivitäten, die einer staatlichen Steuerung unterworfen werden, differiert von Land zu Land. So sind in Österreich gem. § 11 DMSG allein Grabungen oder vergleichbare, mit Bodeneingriffen einhergehende archäologische Nachforschungen bewilligungspflichtig, nicht jedoch sonstige (nicht invasive) Nachforschungen, etwa das Auflesen von Oberflächenfunden⁶⁰. Gleichzeitig geht die österreichische Rechtsprechung davon aus, dass der in § 11 DMSG verwendete Begriff „Zweck“ voraussetzt, dass die Nachforschung in einem Bereich betrieben wird, in dem Bodendenkmäler nachgewiesen sind oder zumindest begründet vermutet werden⁶¹. Demgegenüber geht der in den deutschen Denkmalschutzgesetzen, so z. B. in Hessen, Thüringen und Baden-Württemberg, verwendete Begriff „Nachforschungen“ über die Grabungen hinaus, deckt letztlich jede Form archäologischer Feldforschung ab. Ähnlich ist die Rechtslage in Polen: Der in Art. 36 Abs. 1 Nr. 5 pLD-SchG verwendete Begriff „archäologische Nachforschungen“ (BADANIA ARCHEOLOGICZNE) umfasst nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs⁶² beliebige Aktivitäten mit dem Ziel der Entdeckung, Erforschung, Dokumentation und Sicherung eines archäologischen Denkmals.

Unterschiedlich ist auch die Form der staatlichen Steuerung: Während in einigen Ländern jedes einzelne private archäologische Forschungsvorhaben einer staatlichen Genehmigung bedarf, steht dem als Alternativlösung die Erteilung einer pauschalen Nachforschungslizenz gegen-

⁵⁹ Insbesondere die Annahme von Möller/Karl (Anm. 57), die Konvention von Faro gewähre Jedermann das Recht, „sich in der Archäologie, die Teil des Kulturerbes ist, zu betätigen“, geht an Wortlaut und Intention dieses Übereinkommens vorbei. So ist bereits nicht „die Archäologie“ Teil des Kulturerbes, sondern das in der Konvention von La Valletta, auf die in den Erwägungsgründen der Faro-Konvention verwiesen wird, definierte „archäologische Erbe“. Aus der Zusammenschau der Konvention von Faro mit den anderen Übereinkommen des Europarats zum materiellen Kulturerbe, die allesamt einen substanziellen Schutz des Erbes proklamieren, wird zudem deutlich, dass eine „Betätigung“, die lediglich nach der Selbsteinschätzung des Betroffenen wissenschaftlich legitimiert ist, in Wirklichkeit aber das archäologische Erbe gefährdet oder gar zerstört, vom Schutzbereich der Konvention nicht erfasst ist.

⁶⁰ Vgl. E. Pieler, Nationale und international Kulturgüterschutznormen aus dem Blickwinkel der Archäologie. In: M. Meyer/V. Gassner (Hrsg.), Standortbestimmung. Akten des 12. Österreichischen Archäologentages Wien 2008 (Wien 2010) 356; siehe auch BVwG, Erkenntnis vom 11.09.2017 – W 183 2168814-1/2E.

⁶¹ So VwGH, Erkenntnis vom 23.02.2017 – Ro 2016/09/0008 –, www.ris.bka.gv.at.

⁶² Anm. 50.

über⁶³. Damit einhergehend werden die Voraussetzungen für die Erteilung einer Nachforschungs- oder Grabungsgenehmigung bzw. einer allgemeinen Lizenz unterschiedlich restriktiv gefasst.

Vergleichsweise strenge Bestimmungen für die Zulassung archäologischer Nachforschungen, die in der Tschechischen Republik gelten, spiegeln ein Konzept der archäologischen Denkmalpflege wider, in dem die archäologische Feldforschung in erster Linie der staatlichen Fachbehörde – dem Archäologischen Institut der Akademie der Wissenschaften der Tschechischen Republik – obliegt⁶⁴. Gemäß Art. 21 Abs. 2 szDSchG kann das Kulturministerium im Einvernehmen mit der Akademie der Wissenschaften auf Antrag archäologische Nachforschungen durch Universitäten, Museen oder andere Institutionen und ggf. auch Privatpersonen gestatten, wenn diese hinreichend qualifiziert sind und über ein ausreichendes Equipment verfügen (Art. 21 Abs. 3 szDSchG). Da der Antragsteller verpflichtet ist, sich mit der Akademie der Wissenschaften vertraglich über die Ziele und Rahmenbedingungen der beabsichtigten Nachforschungen zu verständigen (Art. 21 Abs. 2 Satz 2 szDSchG), besteht die Möglichkeit einer staatlichen Steuerung archäologischer Feldforschung im Einzelfall. Die Anforderungen an die fachliche Eignung von Nachforschungsinteressenten sind im Denkmalschutzgesetz selbst festgelegt (mindestens ein Master-Abschluss und eine zweijährige einschlägige Erfahrung, Art. 21 Abs. 3 Satz 2 szDSchG). Bei Bewerbern aus dem EU-Ausland hat das Ministerium gemäß § 21a szDSchG zur Prüfung der fachlichen Eignung das Qualifikationsanerkennungsgesetz vom 23. Januar 2004 (ZÁKON O UZNÁVÁNÍ ODBORNÉ KVALIFIKACE)⁶⁵ anzuwenden.

Demgegenüber hat sich der Gesetzgeber in den Niederlanden im Zuge der letzten Reform des Denkmalrechts im Jahre 2015 gegen das frühere System der behördlichen Einzelgenehmigungen und für ein System der generellen Zertifikate entschieden, die von unabhängigen Zertifizierungseinrichtungen ausgestellt werden. Die staatliche Einflussnahme wird hier durch ministerielle Erlasse sichergestellt, die das Zertifizierungsverfahren regeln und materielle Zulassungsvoraussetzungen

enthalten⁶⁶. Dabei spannt die Grabungsrichtlinie des niederländischen Ministeriums für Bildung, Wissenschaft und Kultur⁶⁷, die auf die seit Jahren existierenden Qualitätsstandards der niederländischen Archäologie verweist, den Bogen von der staatlichen Steuerung zur Selbstregulierung.

Ein möglicher Vorzug des Zertifizierungsmodells gegenüber dem Modell der Einzelgenehmigung liegt in der Reduzierung des Verwaltungsaufwandes, die jedoch mit einem gewissen Kontrollverlust einhergeht: Mit der einmaligen Anerkennung der fachlichen Eignung des Antragstellers gibt der Staat die Steuerung einzelner Projekte weitgehend aus der Hand. Zu bedenken ist, dass es auch im Rahmen des Genehmigungsmodells Möglichkeiten gibt, den Verwaltungsaufwand zu reduzieren, indem z. B. Nachforschungsgenehmigungen für bestimmte Areale unbefristet erteilt werden oder Kooperationsverhältnisse in Form von öffentlich-rechtlichen Verträgen begründet werden, die an die Stelle von Genehmigungen treten.

Schatzsucher: Gefahrenabwehr oder konsensuales Handeln?

Auch wenn die Aktivitäten der Schatzsucher weitgehend als eine Herausforderung für die Bodendenkmalpflege beurteilt werden⁶⁸, so ist doch nicht von der Hand zu weisen, dass eine europaweit einheitliche Einschätzung des Gefahrenpotenzials dieser Aktivitäten derzeit nicht existiert. Dementsprechend werden in den nationalen Gesetzgebungen sowohl hinsichtlich des „Ob“ als auch hinsichtlich des „Wie“ von privaten archäologischen Nachforschungen im Detail unterschiedliche Wege beschritten⁶⁹.

Die Nutzung von technischen Vorrichtungen – insbesondere von Metalldetektoren – wird nur in einigen Gesetzen ausdrücklich angesprochen, wobei die Restriktionen unterschiedlich weit reichen. In Irland ist die Verwendung von Metalldetektoren oder auch bereits

⁶³ Gegen Einzelgenehmigungen plädiert insbesondere: R. Karl, Führerschein oder Einzelfahrerlaubnis. Ein Vergleich von Genehmigungspflichten für Straßenverkehr und Nachforschungen, online abrufbar unter: www.academia.edu (Zugriff: 15.08.2017).

⁶⁴ Vgl. J. Mařík, The organization of Czech archaeology – a socialist legal system applied in a market economy. In: P. Florjanowicz (Hrsg.), *When Valletta meets Faro. The reality of European archaeology in the 21st century*. EAC Occasional Paper 11 (Namur 2016) 48 f. Dass mit der gesetzlichen Aufgabenzuweisung kein Grabungsmonopol verbunden ist, hat das Obergericht Prag in seinem Beschluss vom 31.05.2002 klargestellt (Usnesení Vrchního soudu v Praze ze dne 31.05.2002, 5 A 8/2000-40).

⁶⁵ Zákon č. 18/2004 Sb., o uznávání odborné kvalifikace a jiné způsobilosti státních příslušníků členských států Evropské unie a o změně některých zákonů.

⁶⁶ Siehe Beitrag von M. Spanjer u. M. Michels in diesem Band, 122 f.

⁶⁷ Besluit aanwijzing richtlijn op professionele wijze verrichten van opgravingen (Staatscourant 2016, 36440).

⁶⁸ Vgl. J.-D. Desforges/J.-J. Grizeaud, Plünderungen archäologischer Fundstellen in Frankreich und der illegale Einsatz von Metalldetektoren. In: P. Becker/Ch. Wawrzinek (Hrsg.), *Raubgräber – Grabräuber. Begleitschrift zur Sonderausstellung des Museums Natur und Mensch Oldenburg*. Schriftenr. Landesmus. Natur u. Mensch 91 (Mainz 2013) 111–126; D. Graepler, Italiens Kampf gegen Raubgrabungen und illegalen Antikenhandel. In: Becker/Wawrzinek (Hrsg.) a. a. O. 129–130; M. Trzciński, Poszukiwania skarbów czy poszukiwania zabytków? Między legendą a rzeczywistością. *Acta Univ. Wratislaviensis* 3340. Przegląd Prawa i Administracji 88, 2012, 99–112; Schoellen (Anm. 3) 178 f.

⁶⁹ Einen Vergleich der Verfahrensvorschriften im nordeuropäischen Raum enthält der Aufsatz von B. Jensen, Lov og uorden. Forskellige lovgivninger skaber usammenlignelige arkæologiske arkiver. *Ark. Forum*, 30, 2014, 33–35.

deren Besitz (Art. 2 Abs. 1 des Änderungsgesetzes vom 22. Juli 1987) genehmigungspflichtig. Im Bereich der Unterwasserarchäologie bestimmt Art. 3 Abs. 4 des Änderungsgesetzes vom 22. Juli 1987, dass Tauchgänge, Untersuchungen und Bergungen im Bereich von Wracks und sonstigen archäologischen Objekten in Gewässern einer Genehmigung bedürfen. Auch der französische Gesetzgeber macht die Verwendung von Metalldetektoren für die Erkundung von Denkmälern und Gegenständen von prähistorischem, historischem, künstlerischem oder archäologischem Interesse vom Vorliegen einer Genehmigung abhängig, die je nach Qualifikation des Antragstellers und je nach Art und Methode der beantragten Nachforschung ausgestellt wird (Art. L. 542-1 KultErbGB). Zugleich muss jede Werbung von Metalldetektoren gemäß Art. L. 542-2 KultErbGB einen Hinweis auf den gesetzlichen Genehmigungsvorbehalt und die Folgen seiner Nichtbeachtung enthalten.

In Lettland macht das Gesetz jeglichen Einsatz von technischen Mitteln bei der Suche nach Kulturdenkmälern vom Vorliegen einer Genehmigung der Staatlichen Inspektion für den Schutz des Kulturerbes abhängig, ohne dass es darauf ankäme, ob Bodeneingriffe vorgenommen werden (Art. 21 Abs. 3 lvDSchG). Zugleich ist die Verwendung von derartigen Vorrichtungen auf ortsfesten Kulturdenkmälern gem. § 21 Abs. 4 lvDSchG untersagt, wenn keine Einwilligung des Grundeigentümers vorliegt. Auch das estnische Denkmalschutzgesetz unterwirft archäologische Nachforschungen mit Spezialausrüstung einem Genehmigungsvorbehalt (§ 30¹ Abs. 1 estDSchG), wobei Nachforschungen im Bereich eines ortsfesten Denkmals – z. B. einer Wüstung oder eines Gräberfeldes – oder innerhalb seiner Schutzzone gem. § 30¹ Abs. 2 estDSchG ausgeschlossen sind.

In einer Reihe von europäischen Gesetzen wird die Verwendung von Metalldetektoren oder sonstiger Spezialausrüstung nicht explizit angesprochen, sondern generell die Durchführung privater archäologischer Nachforschungen vom Vorliegen einer staatlichen Zulassung abhängig gemacht. So bedürfen in Deutschland gemäß den meisten Denkmalschutzgesetzen, so z. B. Baden-Württemberg und Hessen, beliebige private archäologische Nachforschungen einer Genehmigung der zuständigen Denkmalfachbehörde, die – je nach fachlicher und persönlicher Eignung des Bewerbers und je nach Schutzwürdigkeit des betroffenen Gebiets – mit Nebenbestimmungen versehen und u. U. auch komplett versagt werden kann⁷⁰. Dabei stellen Genehmigungsvorschriften einiger Länder auf die Intention der Nachforschungen ab, was in der Praxis, gerade bei Strafverfolgung, zu Vollzugsdefiziten führen kann, da die Motive des Betroffenen oft nur schwer zu erforschen sind⁷¹.

⁷⁰ Vgl. Davydov (Anm. 58) 72 f.

⁷¹ Vgl. hierzu AG Buchen, Beschl. vom 16.08.2017 – 1 OWi 25 Js 6341/17 – juris.

Demgegenüber hat der Gesetzgeber in den Niederlanden im Archäologieerlass (BESLUIT ERFGOEDWET ARCHEOLOGIE) vom 8. April 2016⁷² einzelne archäologische Nachforschungen, etwa die Nachforschungen von verbandsmäßig organisierten Laien und Nachforschungen von Sondengängern, die mit lediglich geringen Bodeneingriffen einhergehen, generell genehmigungsfrei gestellt, sofern sie nicht in besonders geschützten Arealen stattfinden⁷³. Der niederländische Gesetzgeber hat mit dem neuen Regelungssystem also nicht nur zu erkennen gegeben, dass jedenfalls organisierte Amateurforscher als Teil der archäologischen Gemeinschaft anerkannt werden, sondern zugleich auch demonstriert, die staatliche Kontrolle privater Nachforschungen auf solche Areale beschränken zu wollen, die von vorneherein als Kulturdenkmal ausgewiesen oder mit einem sonstigen Schutzstatus versehen sind.

Die Vorstellung, dass die Aktivitäten der Schatzsucher und Amateurforscher der Wissenschaft nutzbar gemacht werden können, sofern man diese Aktivitäten in ein Kooperationsmodell einbindet, liegt der Praxis in England und Wales zugrunde: Hier ist mit dem PORTABLE ANTIQUITIES SCHEME ein staatliches Fundregistrierungsprogramm etabliert worden, das eine freiwillige Meldung von beliebigen Detektor- und Zufallsfunden durch die Öffentlichkeit fördern soll. Obwohl eine Rechtspflicht zur Meldung von Funden, die offensichtlich nicht dem Schatzgesetz unterfallen, nicht besteht, zeugt die beachtliche Anzahl von Fundmeldungen nach Ansicht britischer Archäologen vom Erfolg des Projekts⁷⁴. Die Erfahrungen mit dem PAS werden daher gelegentlich für ein auf andere Länder – wie Deutschland – übertragbares Modell gehalten⁷⁵. Wie die gemeldeten Funde geborgen werden, entzieht sich allerdings weitgehend staatlichem Einfluss. Der Staat appelliert zwar an die einzelnen Sondengänger, ihren Nachforschungen den amtlichen Verhaltenskodex zum Schatzgesetz (CODE OF PRACTICE)⁷⁶ sowie die Verhaltensregeln (CODE OF CONDUCT) des Nationalen Rates der Sondengänger (NATIONAL COUNCIL FOR METAL DETECTING – NCMD)⁷⁷ zugrunde zu legen. Es bleibt aber letztlich jedem überlassen, ob er diese Regelwerke befolgt.

Auf den ersten Blick könnte man meinen, dass die Diskussion über den „rechten Umgang“ des Staates mit

⁷² Besluit van 8 april 2016, houdende regels voor archeologische opgravingen (Staatsblad 2016, 155).

⁷³ Siehe Anm. 66, S. 124.

⁷⁴ Vgl. M. Lewis, A Detectorist's Utopia? Archaeology and Metal-Detecting in England and Wales. *Open Arch.* 2016,2, 131–139.

⁷⁵ Vgl. Ch. Huth, Vom rechten Umgang mit Sondengängern: Das „Portable Antiquities Scheme“ in England und Wales und seine Folgen. *Arch. Inf.* 36, 2103, 129–137.

⁷⁶ The Treasure Act 1996 Code of Practice (2nd Revision). England & Wales, hrsg. v. Department for Culture, Media and Sport (London 2008).

⁷⁷ <https://www.ncmd.co.uk/code-of-conduct/> (Zugriff: 13.11.2017).

dem Phänomen der „Schatzsuche“ – insbesondere mit den Aktivitäten der Sondengänger – lediglich unterschiedliche Einschätzungen über das Ausmaß des Schadens privater Nachforschungen für das archäologische Erbe und das Verhältnis dieses Schadens zum Nutzen dieser Nachforschungen für die Wissenschaft widerspiegelt. Dem entspricht es, dass Überlegungen, Sondengänger in einen legalen Rahmen zu überführen und in behördliche Aktivitäten einzubinden, gern in die Nähe des Partizipationsgedankens gerückt werden, der in den internationalen Positionspapieren zur (archäologischen) Denkmalpflege zunehmend zur Geltung kommt⁷⁸. Bei näherer Betrachtung wird aber deutlich, dass sich hinter diesen Überlegungen vielfach die Einsicht verbirgt, dass eine – an sich wünschenswerte – effektive Sanktionierung illegaler Nachforschungen aus Kapazitätsgründen oder wegen fehlender Sensibilisierung der Strafverfolgungsbehörden für die Belange des kulturellen Erbes nicht möglich ist.

Das bedeutet zwar nicht, dass Kooperationsmodelle, die in Deutschland und einigen anderen Ländern Europas mittlerweile praktiziert werden, allesamt nur Notlösungen darstellen. Bevor jedoch der Übertragung eines bestimmten Konstruktes das Wort geredet wird, sollte vergegenwärtigt werden, unter welchen rechtlichen Rahmenbedingungen dieses Konstrukt entstanden ist. Dass die amtliche Bodendenkmalpflege die Unterstützung durch geschichtsinteressierte Laien – sei es im Bereich der archäologischen Landesaufnahme, sei es beim Monitoring von archäologischen Stätten – gut gebrauchen kann, dürfte, jedenfalls bezogen auf die Situation in Deutschland, unstrittig sein⁷⁹. Es zeigt sich aber, dass der Versuch, alle Schatzsucher, die über eine Genehmigung oder Lizenz verfügen, *in toto* als ehrenamtliche Mitarbeiter oder gar Kooperationspartner der Denkmalbehörden zu deklarieren, weder eine verbesserte Gefahrenabwehr noch eine nennenswerte Entlastung der amtlichen Denkmalpflege nach sich zieht, da nun einmal nicht alle Schatzsucher ihren Nachforschungen aus ehrenamtlichen – also gemeinnützigen – Gründen nachgehen. Vielmehr bedarf es einer klaren Abgrenzung zwischen lediglich legalen privaten Nachforschungen und der Ausübung eines Ehrenamtes in der archäologischen Denkmalpflege.

⁷⁸ Vgl. D. Davydov, Grundsätze, Methoden und Standards der Bodendenkmalpflege. In: D. Martin/M. Krautzberger (Begr.), Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege⁴, hrsg. von D. Davydov u. J. Spannemann (München 2017) Teil I RdNr. 374.

⁷⁹ Vgl. O. Karnau, Ehrenamtliche Denkmalpflege. In: Martin/Krautzberger (Anm. 78) Teil I RdNr. 91f.

Resümee und Ausblick

Der rechtliche Schutz des archäologischen Erbes blickt in Europa auf eine jahrhundertelange Tradition zurück: Regelungen zur Ablieferung von archäologischen Funden und zur Sicherung archäologischer Stätten vor Plünderung gab es in einzelnen Staaten Europas bereits zu einer Zeit, als gesetzliche Vorkehrungen zum Schutz von historischen Bauwerken vor Verunstaltung und Zerstörung noch nicht etabliert waren. Das gemeinsame Verständnis von der Notwendigkeit staatlicher Kontrollmechanismen kristallisierte sich seit dem frühen 20. Jahrhundert in einer Abfolge von Positionspapieren der internationalen archäologischen Denkmalpflege heraus, die erst im Europäischen Übereinkommen zum Schutz des archäologischen Kulturguts vom 6. Mai 1969 (Konvention von London) und dann im revidierten Europäischen Übereinkommen zum Schutz des archäologischen Erbes vom 16. Januar 1992 (Konvention von La Valletta) Niederschlag fanden und so schließlich auf den Wandel der nationalen Vorschriften nachhaltig Einfluss genommen haben.

Im europäischen Raum stellt der Anforderungskatalog der Konvention von La Valletta auf den ersten Blick auch heute noch die gemeinsame Basis für die Entwicklung der nationalen Regelungen zum Schutz des archäologischen Erbes dar. Bei näherer Betrachtung sind aber unter den Vertragsstaaten nicht unerhebliche Unterschiede sowohl bei der Auswahl von rechtlichen Vorkehrungen als auch bei der praktischen Umsetzung festzustellen. Differenzen bestehen offensichtlich bereits bei der Wahrnehmung dessen, welche Forderungen die Konvention von La Valletta aufstellt und welche von ihnen prioritär zu befolgen sind, so etwa zum Verhältnis des Art. 3 (staatliche Kontrolle) zu Art. 9 (Partizipation der Öffentlichkeit). Selbst die formale Festlegung des nationalen Gesetzgebers auf die Ziele der Konvention – z. B. den Vorrang der Erhaltung *in situ* – schließt nicht aus, dass in der Praxis ein umgekehrtes Regel-Ausnahme-Verhältnis zu verzeichnen ist⁸⁰. Je nach Zeitpunkt der Umsetzung der Konvention ins nationale Recht führt die Rückschau zu unterschiedlichen Einschätzungen der intendierten, aber auch der unbeabsichtigten Folgen dieser Umsetzung⁸¹. Es steht deshalb die Frage im Raum, ob ausschließlich aus der Valletta-Konvention oder jedenfalls auch aus anderen internationalen Konventionen, die den Zeitgeist möglicherweise eher treffen – etwa dem Über-

⁸⁰ Vgl. E. Lyne (Anm. 52) 38.

⁸¹ Vgl. W. H. J. Willems, Malta and its consequences: a mixed blessing. In: V. M. v. d. Haas/P. Schut (Hrsg.) *The Valletta Convention: Twenty years after. Benefits, problems, challenges*. EAC Occasional Paper 9 (2014) 150–156; M. P. Guermandi, *Twenty years after Malta: taking stock*. In: M. P. Guermandi/K. Salas Rossenbach (Hrsg.), *Twenty years after Malta: preventive archaeology in Europe and in Italy* (Bologna 2013) 3–10.

einkommen von Faro – die Leitlinien für die weitere (Rechts-)Entwicklung auf nationaler Ebene zu entnehmen sind. So ist das Abschlussdokument der 15. Jahrestagung des Europäischen Archäologenverbandes EAC in Amersfoort (2014) von der Vorstellung geprägt, die künftige Entwicklung der archäologischen Denkmalpflege müsste im Zeichen der Faro-Konvention stehen⁸².

Doch auch unabhängig von den unterschiedlich interpretierten Konsequenzen der internationalen Verträge für die Entwicklung des nationalen Rechts gehen die Auffassungen über den richtigen Umgang mit dem archäologischen Erbe sowohl innerhalb der Fachöffentlichkeit als auch jenseits der Fachkreise offenbar auseinander. Ein wesentlicher Diskussionspunkt bleibt beispielsweise das Verhältnis des Forschungsauftrags zum Gebot der substanziellen Erhaltung⁸³. Dabei hängt die Beantwortung der Frage, ob man schon genug gegraben hat oder noch mehr graben soll⁸⁴, einerseits mit dem Aspekt der physischen Erhaltungsfähigkeit von Bodendenkmälern, die an Ort und Stelle belassen werden, sowie andererseits damit zusammen, in wessen Interesse eigentlich die Archäologie als wissenschaftliche Disziplin und die archäologische Denkmalpflege betrieben werden⁸⁵. Gerade die angemessene Rolle der Öffentlichkeit ist ein Thema, das die aktuelle Diskussion über die Zukunft der Archäologie in Europa beherrscht: Will man Erhaltung und Erforschung des archäologischen Erbes als reine Expertentätigkeit betrachten, an deren Ergebnissen die Allgemeinheit vornehmlich durch Publikationen und Ausstellungen teilhaben soll, oder als ein gesamtgesellschaftliches Anliegen, bei dem die Öffentlichkeit nicht nur rezipieren, sondern auch mitgestalten⁸⁶ soll? Wenn der Staat die Öffentlichkeit an der Erhaltung des archäologischen Erbes aktiv teilhaben lassen soll – welche Aufgabenbereiche sind für das bürgerschaftliche Engagement geeignet und wo ist die Grenze zu ziehen? Diese fachinternen und kulturpolitischen Fragen gilt es genauso zu beantworten, wie die Rechtsfragen der richtigen Auslegung und Implementierung internationaler Verträge.

Offen ist derzeit auch, welchen Einfluss auf die Entwicklung nationaler Rechtsnormen zum Schutz des archäologischen Erbes künftig die Kulturpolitik der Europäischen

Union, die sich – trotz begrenzter Zuständigkeiten⁸⁷ – in den letzten Jahren zunehmend für die Bewahrung des kulturellen Erbes engagiert, ausüben wird⁸⁸. Mit der Ausrufung des Europäischen Kulturerbejahres 2018 will die EU im Allgemeinen das Bewusstsein für das gemeinsame europäische Erbe wecken und die Bereitschaft zu seiner Erhaltung fördern⁸⁹. Neben der Unterstützung von bildungspolitischen Initiativen gehört hierzu laut Art. 2 Abs. 2 b des Beschlusses vom 17. Mai 2017 auch die Förderung „innovativer Modelle der auf Beteiligung ausgerichteten Verwaltung“. Das Plädoyer für den Ausbau von neuen, „partizipativen“ Steuerungsmodellen, die laut EU-Kommission „für Europa von heute besser geeignet sind“⁹⁰, ist dabei ein zentraler Aspekt der konzeptionellen Überlegungen der Europäischen Union zum Umgang mit dem kulturellen Erbe, die in einer ganzen Reihe von Grundsatzdokumenten der EU-Organe zur Sprache kommen⁹¹ und in welche die Idee des Kulturerbejahres von Anfang an eingebettet war⁹². Zugleich bekennt sich die EU weiterhin zu den internationalen Standards der Bau- und Bodendenkmalpflege: In seiner Entschließung vom 8. September 2015 stellt das EU-Parlament fest, dass „in der Charta von Venedig [...] und im Übereinkommen von Valletta zum Schutz des archäologischen Erbes klare, international anerkannte Normen für die Restaurierung von Kulturgütern und archäologischen Werken festgelegt sind“⁹³. Zu diesen anerkannten Normen zählt bekanntlich auch die Erkenntnis, dass archäologische Ausgrabungen und Erkundungen nach

⁸² Amersfoort Agenda, abgedruckt in: P. A. C. Schut/D. Scharff/L. C. de Wit (Hrsg.), *Setting the Agenda. Giving New Meaning to the European Archaeological Heritage*. EAC Occasional Paper 10 (Budapest 2015) 16–23.

⁸³ Vgl. W. J. H. Willems, *Problems with preservation in situ*. *Analecta Praehist. Leidensia* 43/44, 2012, 4–6.

⁸⁴ Vgl. R. Bonnie, ‘Haven’t we dug enough now?’ *Excavation in the light of intergenerational equity*. *Arch. Dialogues* 18,1, 2011, 48–58.

⁸⁵ Vgl. A. Olivier, *Challenging attitudes – delivering public benefit*. In: P. Florjanowicz (Anm. 64) 13–16; 19–21; E. Kars/J. Kolen, *Towards A “More-Than-Commercial” Community*. *Arch. Heritage and Soc.* 5,1, 2012, 132 ff.

⁸⁶ Laut Amersfoort Agenda (Anm. 82) soll die Einbindung der Öffentlichkeit auch eine Beteiligung an Entscheidungsprozessen implizieren.

⁸⁷ Vgl. K. Odendahl, *Völker- und europarechtliche Rahmenbedingungen für den Denkmalschutz*. In: *Quo vadis Denkmalschutz? Kulturerbe zwischen Pflege und Recht*. Dokumentation der Tagung in Münster/Westfalen, 15.–17. Juli 2015, hrsg. v. Deutsches Nationalkomitee für Denkmalschutz. Schriftenr. Dt. Nationalkomitee Denkmalschutz 90 (Berlin 2017) 125 f. 130 f.

⁸⁸ Dabei liegt der Kulturpolitik der EU ein weites Verständnis des Begriffs „kulturelles Erbe“ zugrunde, das sämtliche „von der Vergangenheit hinterlassenen Ressourcen“, sei es materiell, immateriell oder digital, umfasst, vgl. Schlussfolgerungen des Rates vom 21. Mai 2014 zum Kulturerbe als strategische Ressource für ein nachhaltiges Europa – 2014/C 183/08 – Abl. C 183/36.

⁸⁹ Vgl. Beschluss (EU) 2017/864 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2017 über ein Europäisches Jahr des Kulturerbes (2018) – Abl. L 131/1.

⁹⁰ Vgl. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 22. Juli 2014, „Für ein integriertes Konzept für das kulturelle Erbe Europas“ – COM (2014) 477 final –, S. 8.

⁹¹ Vgl. Schlussfolgerungen des Rates vom 21. Mai 2014 (Anm. 89); Schlussfolgerungen des Rates vom 12. November 2014 zur partizipativen Steuerung des kulturellen Erbes – 2014/C 463/01 – Abl. C 463/1; Entschließung des Europäischen Parlaments vom 8. September 2015 zum Thema „Für ein integriertes Konzept für das kulturelle Erbe Europas“ (2014/2149 [INI]).

⁹² Dieses Anliegen liegt auch der Kulturpolitik des Europarates zugrunde. Im Abschlussdokument der 6. Konferenz der für das Kulturerbe zuständigen Minister der Vertragsstaaten des Europäischen Kulturabkommens am 23./24. April 2015 (Erklärung von Namur) wird die partizipative Steuerung als Bestandteil der künftigen Kulturerbestrategie definiert.

⁹³ Anm. 91, Erwägungsgrund Q.

wissenschaftlichen Standards sowie ausschließlich von fachlich geeigneten, besonders ermächtigten Personen durchgeführt werden sollen⁹⁴. Es bleibt daher abzuwarten, ob der partizipatorische Ansatz allen Sparten des kulturellen Erbes gleichermaßen gerecht werden kann.

Abstract

Legal issues concerning the protection of archaeological monuments have rarely been the topic of investigation into comparative law. This conclusion is astounding, considering that the revised ‘European Convention on the Protection of the Archaeological Heritage’ (Convention of La Valletta), which should provide the legal framework for the national protection of archaeological monuments throughout Europe, has been ratified by 46 states so far. It certainly seems worthwhile to answer the question if and how the legal instruments recommended by the convention have been implemented up until now. A comprehensive and systematic comparison of the regulations regarding the protection of archaeological sites and monuments in other European countries would go beyond the constraints of this volume; however, the contributions concerning the current legal questions on the protection of archaeological monuments give cause to a summary on the subject.

The governmental protection of the archaeological heritage in most European countries comprises a set of legal regulations at the national or regional level which span the control of the economic use of archaeologically relevant plots of land to the regulation on treasure hunting and the question of ownership and the export controls on archaeological finds.

The starting point of the legal protection is the idea of which objects are worthy to be preserved, as revealed in the legal definitions as well as in the respective structure of the national monument acts.

Paramount to the determination of the extent and scope of national protection are primarily criteria which allow the classification of an object as part of the archaeological heritage – e. g. by location, age or composition – and to set it apart from other protected objects provided the classification corresponds to the varying legal consequences. While German laws concerning historical monuments usually (but not always) differentiate architectural monuments from archaeological monuments, which are mostly assigned to the generic term “monument” or “cultural monument”, other countries mostly use different terminology. In the Netherlands, for example, there is a difference between “archaeological monuments” and “archaeological finds”, whereas

Latvia’s heritage protection law differentiates “archaeological sites”, “archaeological finds” and “antiques” meaning artefacts that originate from archaeological investigations. Instead of abstract definitions – or in addition to them – several national regulations contain paraphrases according to object types, which usually belong to the archaeological heritage, for example in the Republic of Estonia.

Dealing with archaeological (and in some states, palaeontological) relics discovered accidentally or through specific investigations, constitute one of the corner stones of the protection of archaeological monuments. However, not even a mandatory report of archaeological finds made accidentally or with the use of metal detectors, has a comparably strict legal basis in national heritage acts. Therefore legal solutions concerning questions of ownership of these finds range from an unlimited access by the public authorities to all finds of archaeological interest (Belarus, Czech Republic) and the original ownership of the state, which only includes especially significant finds (Latvia) to possible confiscation with the liability to pay compensation in individual cases (Austria) and to the mere right of first refusal. In the event of the find being claimed by the public authorities, the reward given to an honest finder is determined either by its scientific significance or by its commercial value. Whether it makes sense for the public authorities to gain access to archaeological finds – particularly in regard to the actual possibility of enforcement – opinions of both lawyers and archaeologists differ. The state forgoing possession of the majority of archaeological finds, as practiced in Great Britain (England and Wales), may increase the readiness to report them, enabling the authorities to register such finds. However, looking at this from the viewpoint of archaeological monument protection, the question arises whether such a registration is at all worthwhile if the finds are not actually under the control of the public authorities. Even if you look at it purely from the purpose of preservation of information, the state merely has a single opportunity to interpret and evaluate the information that the find reveals whereas any further evaluation – e.g. using advanced methods of research – becomes impossible, since the whereabouts of the find can no longer be traced. The restrictions of national and international traffic of archaeological (and palaeontological) finds depend on the assignment of ownership. The spectrum of practised legal solutions ranges from restrictive measures which define archaeological objects almost as *res extra commercium* (Belarus) to regulations which simply implement export restrictions on certain groups of objects (Germany).

The legislation on the protection of the archaeological heritage in particular European countries demonstrates their effort to balance public interest in safeguarding the cultural heritage and the competing economic interests of private persons to varying degrees. In such

⁹⁴ Siehe Art. 15 Abs. 1 der Charta von Venedig und Art. 3 der Konvention von La Valletta.

cases, regulations should be considered concerning the (economic) use of properties bearing archaeological objects or monuments and the obligation of private developers to finance the archaeological surveys necessitated by their projects. Restrictions on the use of the properties on the basis of archaeological monuments being present may arise simply from the legal prohibition to damage or destroy archaeological monuments as well as from the property owner's duty to actively support the conservation of an archaeological monument. In Germany's heritage management laws the principle that the burden caused by the presence of monuments should not exceed a certain level is present in many ways. The question of the adequacy of such regulations and restrictions can not only be asked when implemented permanently, but also when the economic use of the property is temporarily restricted, e.g. if the extraction of mineral resources is temporarily stopped to allow for archaeological excavations. In Austria, too, when decisions to alter or destroy an archaeological monument are made, the public interest in its conservation has to be weighed up against the interests of the developer or landowner.

The principle anchored in the Convention of La Valletta (article 6), that the entity whose construction project leads to the destruction or the damage of archaeological heritage has to cover the costs for the necessary rescue excavations (principle that the party responsible is liable for the damages) has not found its way into the legislation of all European countries. Where private investors are called to finance the excavations made necessary by their projects, the question arises whether to implement a tolerable limit on the covering of the costs and to call for an obligation for financial support by the public authorities. Some countries differentiate between commercial and private construction projects regarding the obligation to cover the costs (Czech Republic), in others the burden is shared between the state and the private investor according to the size of the excavation area (Denmark). Sometimes it is just a certain limited percentage which is laid down legally, and which is not to be exceeded (Poland).

A further corner stone of the legal protection of the archaeological heritage in Europe is the state control of archaeological investigations in general and private investigations in particular. Typically the state control covers two phenomena: providers of commercial archaeological services, treasure hunters and amateur archaeologists on

land or at sea. The scope of activities, which are subject to the state control, differs from country to country. In Austria only excavations or similar archaeological investigations disturbing the soil are subject to approval. However, other (non-invasive) investigations, e.g. the gathering of surface finds are not, whereas in Poland any activity aiming to discover, document or safeguard an archaeological monument requires authorisation. There are also differences in the form of the state control: While in some countries (Latvia and Poland) each and every private archaeological research project requires an authorisation by the state, others opt for the alternative solution of granting a standard research licence (Netherlands). The use of technical equipment – metal detectors in particular – are especially mentioned in some laws, however the effectivity of restriction varies. In France, Ireland and Latvia the use of metal detectors for the exploration of monuments or objects of prehistorical, historical, artistic or archaeological interest is subject to approval. The Dutch legislator however has allowed investigations carried out by laymen who are members of respective organisations and detectorists, who act with little or no soil intervention, to do so without a licence, as long as they do not enter particularly protected areas.

At first glance, the catalogue of requirements of the Convention of La Valletta still forms a common basis for the development of national regulations for the protection of the archaeological heritage within Europe. Taking a closer look, there are substantial differences among the signatories concerning the selection of legal precautions as well as the practical implementations. These differences mirror the discussions had between experts in the field and the general public regarding the future direction of archaeology as a discipline, and in particular the archaeological conservation of monuments. Is it the aim to keep the conservation of archaeological heritage purely in the hands of experts who inform the public of their findings through publications and exhibitions, or is it to be considered an issue for society as a whole, where the public should not only be informed but also participate? If the state is to include the public in the conservation of our archaeological heritage, then which tasks are suited for public involvement, and where is the line to be drawn? These questions regarding the further evolution of archaeological heritage management and cultural policies in this field are at least as intriguing as the legal questions of adequate interpretation and implementation of international contracts.

AUTOREN

[Die folgende Seite ist aus urheberrechtlichen Gründen nicht online.]



HESSEN



Hessisches
Ministerium für
Wissenschaft
und Kunst