

„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. Spannemann in: W. Eberl/D. Martin/J. Spannemann, 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 Baudenkmalern 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 Baudenkmalern normiert ist, aber bestimmte Objekte, die typischerweise als archäologische Denkmäler betrachtet werden, rechtlich als Baudenkmalern 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 In teressen enthält das Gesetz somit nicht.

Eine Besonderheit weist die Rechtslage in Nordrhein Westfalen auf, wo der Gesetzgeber einen Ausgleich zwis chen 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 Genehmigungsverhaltes 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 Rechtsfolgeseite 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 Baudenkmalern – 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.