

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 Erläuterungsband. (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".