

Öffentlich-rechtliche Verträge in der Bodendenkmalpflege

Von Till Kemper

Einleitung

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

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

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

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

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

Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge

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

Form

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

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

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

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

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

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

Inhalt

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

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

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

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

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

³ BVerwGE 111, 162 (165).

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

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

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

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

⁸ OVG RP (Anm. 5).

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

¹⁰ OVG RP (Anm. 5).

¹¹ BVerwGE 84, 236 (238).

¹² Ebd.

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

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

Vertragskonstellationen in der Bodendenkmalpflege

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

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

Vertrag zur Erlangung einer denkmalrechtlichen Genehmigung

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

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

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

¹³ Kopp/Schenke (Anm. 6).

¹⁴ BVerwGE 111, 162 (169).

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

¹⁶ Ebd.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²¹ OVG RP (Anm. 5).

²² Siehe Kopp/Schenke (Anm. 6).

²³ Oebbecke/Haibt (Anm. 2) 92 f.

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

²⁵ OVG RP (Anm. 5).

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

²⁷ OVG RP (Anm. 5).

²⁸ VG Weimar (Anm. 7).

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

³⁰ VG Weimar (Anm. 7).

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

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

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

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

Inhaltlich sollte in jedem Fall geregelt werden:

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

³¹ Ebd.

³² Ebd.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Archäologische Nachforschungen

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

Inhalte solcher Verträge sollten sein:

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

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

Abgeltung von beitragsfähigen Grabungskosten

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

Grabungsleistungen der Denkmalfachbehörde

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

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

³⁷ Martin (Anm. 34) RdNr. 130.

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

³⁹ Oebbecke/Haibt (Anm. 2) 24 f.

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

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

Schlussbetrachtung

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

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

Abstract

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