

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

Von Dimitrij Davydov

## Problemaufriss

Erforschung und Erhaltung des kulturellen Erbes in Deutschland sind seit jeher durch ein Nebeneinander von staatlichen und privaten Akteuren geprägt gewesen<sup>1</sup>. Die Grenze zwischen den hoheitlichen Aufgaben und dem privaten Engagement hat sich dabei im Laufe der Geschichte mehrmals verschoben: Während noch zu Beginn des 20. Jahrhunderts von der Öffentlichkeit der Wunsch nach einer Institutionalisierung der Denkmalpflege artikuliert worden war<sup>2</sup> – und in den ersten deutschen Denkmalschutzgesetzen seinen Ausdruck gefunden hatte –, sind rund hundert Jahre später Forderungen nach ihrer „Entstaatlichung“ in den Fokus der öffentlichen Auseinandersetzung gerückt<sup>3</sup>. Speziell im Bereich der Bodendenkmalpflege hatten bislang vornehmlich der Einsatz privater Grabungsunternehmen und deren Verhältnis zu staatlichen Fachbehörden im Mittelpunkt der „Privatisierungsdiskussion“ gestanden<sup>4</sup>. Inzwischen werden jedoch unter dem Stichwort „citizen science“ die Handlungsoptionen Privater im Bereich der archäologischen Forschung – und der archäologischen Denkmalpflege – teilweise neu ausgelotet<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Vgl. O. Karnau, Ehrenamtliche Denkmalpflege. In: D. Martin/M. Krautzberger (Begr.), Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege<sup>4</sup>, hrsg. von D. Davydov u. J. Spennemann (München 2017) Teil I, RdNr. 77 ff.

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

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

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

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

Obwohl ein reges öffentliches Interesse an den materiellen Zeugnissen vergangener Epochen die Grundprämisse eines funktionierenden staatlichen Denkmalschutzes darstellt, kann dieses Interesse in der Praxis neben fruchtbarer öffentlich-privater Kooperation zum Vorteil des kulturellen Erbes gelegentlich auch zu Verwerfungen führen, wenn Einzelne eine autonome, von behördlicher Begleitung abgekoppelte Erforschung dieses Erbes für sich reklamieren oder – erst recht – wenn das Interesse an solchen Zeugnissen in erster Linie ein kommerzielles ist. In der Bodendenkmalpflege wird die Einbindung Privater inzwischen als eine unentbehrliche Unterstützung der staatlichen und kommunalen Behörden betrachtet, die zumindest ansatzweise die ausgedünnte Personaldecke in der Verwaltung kompensiert<sup>6</sup>. Das Spektrum der Aufgaben ehrenamtlicher Helfer reicht hier von Feldbegehungen zur Kontrolle bekannter und Entdeckung bislang unbekannter Bodendenkmäler sowie Baustellenbeobachtungen bis hin zu Fundbergungen und der Auswertung von Fundgut<sup>7</sup>. Auf der anderen Seite hat sich die Suche nach „Schätzen“, die insbesondere private Nachforschungen unter Einsatz von Metallsuchgeräten (das sog. Sondengehen) umfasst, inzwischen zu einem Phänomen entwickelt, das flächendeckend das archäologische Erbe gefährdet und die amtliche Bodendenkmal-

Informationen? Gedanken zum eigentlichen Ziel und zur bestmöglichen Umsetzung des Schutzes archäologischer Funde. Österreichische Zeitschr. Kunst- u. Denkmalpflege 2011, H. 3, 267–269; ders., The public? Which public? In: N. Schücker (Hrsg.), Integrating Archaeology. Science – Wish – Reality. International Conference on the Social Role, Possibilities and Perspectives of Classical Studies. Papers held in Frankfurt a. M. on 12–14 June 2012 (Frankfurt a. M. 2012) 23–27; ders., Ich bin Hobby-polizist und Hobbychirurg. Arch. Inf. Early View, 13.10.2016, 1–13 (Online-Publ.: [http://www.dguf.de/fileadmin/AI/ArchInf-EV\\_Karl2.pdf](http://www.dguf.de/fileadmin/AI/ArchInf-EV_Karl2.pdf) [Zugriff: 22.02.2017]).

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

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

pflege in Deutschland vor erhebliche Probleme stellt<sup>8</sup>. Das Deutsche Nationalkomitee für Denkmalschutz hat deshalb bereits 1991 in seiner Schweriner Erklärung<sup>9</sup> an die Landesgesetzgeber appelliert, die Benutzung von Metalldetektoren und ähnlichen Geräten im Gelände einer Genehmigungspflicht zu unterwerfen. Die so skizzierte Gemengelage verschiedener öffentlicher und privater Interessen gibt Anlass, dem Verhältnis von Gefahrenabwehr und Partizipation im Denkmalrecht nachzugehen.

---

## Archäologisches Erbe und Partizipation

### Internationaler Rahmen

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

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

Die Förderung „angemessener ethischer und wissenschaftlicher Standards in der archäologischen Arbeit“ hat sich insbesondere die Vereinigung Europäischer Archäologen (European Association of Archaeologists – EAA) zum Ziel gesetzt. In ihrem 1997 in Ravenna verabschiedeten Verhaltenskodex<sup>11</sup>, der in der geistigen Tradition der Charta von Lausanne steht, werden als Richtschnur beruflicher Aktivität aller – nicht nur amtlicher – Archäologen einerseits der weitestgehende Einsatz für den substanziellen Schutz des archäologischen Erbes (Art. 1.2) sowie andererseits die Einhaltung höchster fachlicher Qualitätsanforderungen bei Untersuchungen jedweder Art (Art. 1.4) definiert. Letzteres umfasst auch die Notwendigkeit der Archäologen, sich ständig über methodische Entwicklungen auf dem Laufenden zu halten, die das Feld ihrer Spezialisierung wie auch Techniken der Feldarbeit, Konservierung und Informationsverbreitung sowie verwandte Gebiete betreffen (Art. 2.2). Damit korrespondiert die Forderung, keine Projekte durchzuführen, für die sie nicht entsprechend ausgebildet oder vorbereitet worden sind (Art. 2.3). Diese Grundsatzhaltung ist auch in den 1998 in Göteborg ergänzend zum Verhaltenskodex verabschiedeten Verhaltensregeln für archäologische Vertragsarbeit<sup>12</sup> bestätigt worden.

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

---

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

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

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

<sup>11</sup> Der Verhaltenskodex der EAA (EAA Code of Practice) v. 27.09.1997.

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

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

anstrebenswert beschreibt, beschreitet die 2005 angenommene Konvention über den Wert des Kulturerbes für die Gesellschaft (Konvention von Faro)<sup>14</sup> in puncto „Organisation der öffentlichen Verantwortung für das kulturelle Erbe“ Neuland. So werden die Vertragsstaaten<sup>15</sup> in der Faro-Konvention aufgefordert, „innovative Wege der Zusammenarbeit“ zwischen den öffentlichen Behörden und anderen Beteiligten (Art. 11 c) zu entwickeln sowie zur Achtung und Ermutigung von freiwilligen Initiativen aufgerufen, „[...] welche die Rolle der öffentlichen Behörden ergänzen“ (Art. 11 d). Nicht aus dem Auge verloren werden sollte jedoch der Umstand, dass die Faro-Konvention laut ihrer Präambel als eine Fortentwicklung der vorangegangenen Europäischen Übereinkommen zum Schutz des kulturellen Erbes, darunter auch der Konvention von La Valletta, verstanden sein will. Die Hervorhebung der gesamtgesellschaftlichen Verantwortung für das kulturelle Erbe in der Konvention von Faro ändert daher nichts an dem der Konvention von La Valletta zugrunde liegenden Konzept des effektiven staatlichen Bodendenkmalschutzes, der u. a. durch den Vorrang der Erhaltung *in situ* gekennzeichnet ist (Art. 4 ii) und die Aufgabe hat, unsachgemäße, das archäologische Erbe gefährdende Ausgrabungen und Erkundungen durch geeignete Überwachungs- und Genehmigungsverfahren zu verhindern (siehe Erwägungsgründe 7 und 8 sowie Art. 3 der Konvention)<sup>16</sup>. Der partizipative Ansatz der Konvention von Faro geht dementsprechend mit der Anerkennung der Notwendigkeit von Qualitätsstandards im Umgang mit dem kulturellen Erbe einher; hierzu gehört auch die Förderung qualitativ hochwertiger Arbeit durch Systeme beruflicher Qualifizierung und Zulassung für Einzelpersonen, Unternehmen und Organisationen (Art. 9 e der Konvention).

Als Zwischenergebnis darf man also festhalten, dass weder in den international anerkannten Grundsatzdokumenten und Positionspapieren zur Bodendenkmalpflege noch in den europäischen Übereinkommen zum Schutz des kulturellen (archäologischen) Erbes – von ihrer jeweiligen innerstaatlichen Geltung in Deutschland einmal abgesehen<sup>17</sup> – eine Freiheit der archäologischen

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

## Nationale Regelungen

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

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

Es zeigt sich also, dass auch das nationale Recht die Mitwirkung Privater an Entscheidungsprozessen, Forschungsaktivitäten oder Erhaltungsmaßnahmen in der Bodendenkmalpflege zwar in einem gewissen Rahmen gestattet, aber keineswegs bietet<sup>18</sup>.

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

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

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

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

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

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

---

## Archäologisches Erbe und staatliche Kontrolle

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

### Internationaler Rahmen

Bereits in der Empfehlung der UNESCO zu internationalen Grundsätzen bei archäologischen Ausgrabungen aus dem Jahre 1956<sup>19</sup> wird jedem Mitgliedstaat, auf dessen Territorium Ausgrabungen<sup>20</sup> durchgeführt werden sollen, nahegelegt, „[...] allgemeine Vorschriften hinsichtlich der Erteilung von Ausgrabungsgenehmigungen festzulegen“. Als einzelne Bestimmungen, die Gegenstand einer Genehmigung sein sollen und vom Grabungsberechtigten zu befolgen sind, nennt die UNESCO-Empfehlung unter Nr. 13 insbesondere die Beaufsichtigung durch nationale Behörden, die Gültigkeitsdauer der Genehmigung, die Gründe, die zur Aufhebung dieser Genehmigung führen können, die Unterbrechung der Arbeiten und die Möglichkeit der Übertragung der Arbeiten vom autorisierten Ausgräber auf die Behörde (den „nationalen archäologischen Dienst“).

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

---

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

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

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

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

### Nationale Regelungen

In Deutschland ist nach obergerichtlicher Rechtsprechung die vom Gesetzgeber gewollte Ordnung im Bereich der Erhaltung des kulturellen Erbes dadurch gekennzeichnet, dass „[...] der Denkmalschutz in die Hände staatlicher Fachbehörden gelegt wird, die für eine geordnete und wissenschaftlich fundierte Denkmalpflege zu sorgen haben“<sup>21</sup>. Zu einer „wissenschaftlich fundierten Denkmalpflege“ gehört dabei der in den Denkmalschutzgesetzen der Länder typischerweise an Denkmalfachbehörden gerichtete Auftrag, Denkmäler zu erforschen, der auch die Aufgabe umfasst, wissenschaftliche Grabungen in eigener Verantwortung und Zuständigkeit durchzuführen<sup>22</sup>. Eine „geordnete“ Denkmalpflege setzt wiederum voraus, dass die Denkmalschutzgesetze für Ausgrabungen und sonstige archäologische Nachforschungen Genehmigungsvorbehalte vorsehen.<sup>23</sup>

---

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

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

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

## Regelungen mit subjektivem Anknüpfungstatbestand

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

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

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

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

ten den bedingten Vorsatz nicht infrage<sup>25</sup>. Demgegenüber hat das VG Düsseldorf für die Anwendung des nordrhein-westfälischen Genehmigungstatbestandes (§ 13 DSchG NRW) festgestellt, der Wortlaut dieser Vorschrift stelle auf die Absicht der Freilegung oder Bergung von Bodendenkmälern ab. Grabungen mit anderer, etwa wirtschaftlicher Zielsetzung, fielen darunter nicht. Es reiche auch nicht aus, dass der Grabende das Vorhandensein von Bodendenkmälern kennt und billigend in Kauf nimmt oder sich damit abfindet, dass sie zutage gefördert werden. Wer nach Bodendenkmälern graben wolle, müsse „[...] einen auf den spezifischen Zweck ausgerichteten Willen entwickeln“<sup>26</sup>.

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

## Regelungen mit kombinierten Tatbestandsvoraussetzungen

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

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

<sup>26</sup> VG Düsseldorf, Urteil v. 30.10.2003 – 4 K 61/01 –, NRWE; ebenso P. Memmesheimer/D. Upmeyer/H. Schönstein, Denkmalrecht NRW<sup>2</sup> (Köln 1989) § 13 RdNr. 5.

<sup>24</sup> Gesetz zum Schutze der Kulturdenkmale vom 12.01.2012, außer Kraft getreten am 30.01.2015.

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

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

### Regelungen mit objektivem Anknüpfungstatbestand

Für eine Genehmigungsregelung ohne subjektive Elemente hat sich der Gesetzgeber in Schleswig-Holstein entschieden. Hier bedürfen gem. § 12 Abs. 2 DSchG SH<sup>27</sup> der Genehmigung der oberen Denkmalschutzbehörde: die Anwendung archäologischer Methoden, die geeignet sind, Kulturdenkmale aufzufinden, an Stellen, von denen bekannt ist oder den Umständen nach zu vermuten ist, dass sich dort Kulturdenkmale befinden (Abs. 2 Nr. 4), das Verwenden von Mess- und Suchgeräten, die geeignet sind, Kulturdenkmale aufzufinden, ohne dazu nach anderen Rechtsvorschriften befugt zu sein (Nr. 5) sowie Nachforschungen, Erdarbeiten oder taucherische Bergungen an Stellen, von denen bekannt ist oder den Umständen nach zu vermuten ist, dass sich dort Kulturdenkmale befinden, ohne dazu nach anderen Rechtsvorschriften befugt zu sein (Nr. 6).

### Rechtsfolgen

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

von Quellen für die Forschung nicht gefährdet“, ist in Berlin die Grabungsgenehmigung gem. § 3 Abs. 3 Satz 2 BlnDSchG zu versagen, „[...] wenn nicht die Gewähr dafür gegeben wird, dass die Durchführung der Grabung dem Schutze und der Pflege der Bodendenkmale gerecht wird“. In Schleswig-Holstein hat sich der Gesetzgeber wiederum auf eine nicht gattungsspezifische Formulierung („Die Genehmigung kann versagt werden, soweit dies zum Schutz der Denkmale erforderlich ist“, § 13 Abs. 2 Satz 1 DSchG SH) beschränkt. Auch dann, wenn die Entscheidungsparameter nicht ausdrücklich normiert sind, hat die Genehmigungsbehörde dennoch zu prüfen, ob die beantragte Maßnahme (Nachforschung, Grabung, Bergung usw.) die Gewähr wissenschaftlicher Methodik bietet oder eine Gefährdung von Forschungsquellen zu befürchten ist. Dass die Verwaltung angesichts der Unwiederbringlichkeit des archäologischen Befundes einen strengen Maßstab anlegen darf<sup>28</sup>, entspricht dabei dem Charakter der Denkmalschutzgesetze als Gefahrenabwehrrecht ebenso wie den durch die Konvention von La Valletta formulierten Anforderungen an die Ausgestaltung nationaler Schutznormen.

Liegt die Entscheidung über den Antrag, wie z. B. in Baden-Württemberg und Hessen, im Ermessen der Genehmigungsbehörde, hat sie schutzwürdige Interessen des Antragstellers – eines kommerziellen Grabungsunternehmens,<sup>29</sup> eines Privatforschers<sup>30</sup> oder eines Sondengängers<sup>31</sup> – in die Entscheidungsfindung einzustellen. Auch hierbei dürfen Zuverlässigkeit und Befähigung des jeweiligen Antragstellers im Umgang mit dem archäologischen Erbe selbstverständlich nicht aus dem Blick verloren werden: Dem öffentlichen Interesse am Erhalt des archäologischen Erbes ist Vorrang einzuräumen, wenn erforderliche Fachkenntnisse oder die notwendige Einsicht, sich im Zweifel mit Bodeneingriffen zurückzuhalten, fehlen<sup>32</sup>. Eine ausgewogene Entscheidung setzt jedoch auch voraus, dass mildere Alternativen, etwa eine befristete oder nach Suchgebiet und Suchmethode eingeschränkte Genehmigung, in Erwägung gezogen und, sofern fachlich vertretbar, einer vollständigen Ablehnung vorgezogen werden<sup>33</sup>.

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

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

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

<sup>31</sup> Vgl. H. Strobl/H. Sieche, Denkmalschutzgesetz BW<sup>3</sup> (Stuttgart 2010) § 21 RdNr. 5.

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

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

<sup>27</sup> Denkmalschutzgesetz SH vom 30.12.2014.

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

## Gefahrenabwehr versus Forschungsfreiheit

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

## Schutzbereich der Forschungsfreiheit

Das Grundgesetz gewährt jedem, der in Wissenschaft, Forschung und Lehre tätig ist oder sein will, ein Grundrecht auf freie wissenschaftliche Betätigung (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG)<sup>35</sup>. Den Kernbereich wissenschaftlicher Betätigung stellen dabei die auf wissenschaftlicher Eigengesetzlichkeit beruhenden Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen bei der Suche nach Erkenntnissen, ihrer Deutung und Weitergabe dar<sup>36</sup>. Als Abwehrrecht schützt das Grundrecht die wissenschaftliche Betätigung gegen staatliche Eingriffe und gewährt dem einzel-

nen Wissenschaftler einen vorbehaltlos geschützten Freiraum<sup>37</sup>.

Ausgehend von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann die Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG auf die archäologische Forschung von Universitäten und sonstigen Forschungseinrichtungen (beispielsweise Römisch-Germanische Kommission des Deutschen Archäologischen Instituts, Römisch-Germanisches Zentralmuseum, Deutsches Bergbaumuseum usw.) nicht ernsthaft infrage gestellt werden. Sie bedarf jedoch bei Privatpersonen, welche die Suche nach archäologischen oder paläontologischen Relikten, ob nun mit oder ohne technische Hilfsmittel, betreiben wollen, einer eingehenderen Erörterung. Zwar ist es anerkannt, dass die Forschungsfreiheit nicht nur etablierten, sondern auch angehenden Wissenschaftlern zur Seite steht<sup>38</sup> und dass neben Hochschulforschern auch „Privatgelehrte“<sup>39</sup> und letztlich auch weitere Privatpersonen vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG erfasst werden können, sofern diese die Absicht haben, sich wissenschaftlich zu betätigen. Fraglich ist aber bereits, ob eine solche Absicht dem vorgenannten Personenkreis *in toto* unterstellt werden kann. Nach der Definition des Bundesverfassungsgerichts setzt eine wissenschaftliche Betätigung nämlich einen „ernsthaften und planmäßigen Versuch zur Ermittlung der Wahrheit“ voraus<sup>40</sup>. Die Motivation der Privatpersonen, die in ihrer Freizeit nach archäologischen und paläontologischen Relikten suchen, ist indes erfahrungsgemäß vielfältig: Zwar kann der Wunsch nach „Ermittlung der Wahrheit“ über historische Ereignisse oder Lebensumstände in vergangenen Epochen in Einzelfällen durchaus Anlass für private Nachforschungen sein, doch stehen vielfach Sammelleidenschaft und kommerzielle Vermarktung von Fundgut im Vordergrund.

Damit hängt auch die weitergehende Frage zusammen, ob private Nachforschungen stets als „ernsthaft“, also von einem gewissen Kenntnisstand ausgehend<sup>41</sup>, sowie „planmäßig“, d. h., nach einer nachvollziehbaren Methode ausgerichtet<sup>42</sup>, qualifiziert werden können. Zu bedenken ist hier einerseits, dass das Bundesverfassungsgericht den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit tendenziell großzügig auslegt<sup>43</sup>, sodass ein unvollständiger Kenntnisstand oder methodische Mängel nicht automatisch dazu führen, dass einer Nachforschung die Qualität einer wissenschaftlichen Tätigkeit

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

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

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

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

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

<sup>39</sup> Vgl. H. Bethge in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar<sup>7</sup> (München 2014) Art. 5 RdNr. 209.

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

<sup>41</sup> Fechner (Anm. 38) Art. 5 RdNr. 179.

<sup>42</sup> I. Pernice in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1<sup>2</sup> (Tübingen 2004) Art. 5 III RdNr. 27.

<sup>43</sup> Ebd. RdNr. 29.

abgesprochen werden kann<sup>44</sup>. Andererseits stellt das Gericht auch klar, dass die Einordnung unter die Wissenschaftsfreiheit nicht allein von der Beurteilung desjenigen abhängen kann, der das Grundrecht für sich in Anspruch nimmt<sup>45</sup>. Ein entscheidendes Indiz ist daher die Drittanererkennung einer Tätigkeit als wissenschaftlich<sup>46</sup>. Dass in Deutschland und Europa die Archäologie als solche als eine wissenschaftliche Disziplin anerkannt ist<sup>47</sup>, unterliegt dabei zwar keinem vernünftigen Zweifel, ist jedoch kein Beleg für die Drittanererkennung einer jeden privaten Nachforschung als einer von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG erfassten wissenschaftlichen Betätigung. Im Gegenteil: Wie man den zuvor zitierten Grundsatzdokumenten entnehmen kann, basiert das Selbstverständnis der – nicht nur amtlichen, sondern vertraglich tätigen – Archäologen europaweit auf der Anerkennung höchster fachlicher Standards im Umgang mit dem archäologischen Erbe sowie der Schutzverpflichtung diesem gegenüber. Deshalb dürfte es, abgesehen von Einzelfällen, in denen Nachforschungen von Privaten im behördlichen Auftrag und unter fachlicher Anleitung der Bodendenkmalpfleger vorgenommen werden, an einer Drittanererkennung der Schatzsuche als wissenschaftliche Betätigung fehlen.

### Schranken der Forschungsfreiheit

Selbst wenn man die private Suche nach archäologischen und paläontologischen Relikten als eine in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG fallende Grundlagenforschung betrachten wollte, wäre sie staatlicher Kontrolle nicht völlig entzogen, sondern könnte im Einzelfall eingeschränkt oder ggf. auch gänzlich unterbunden werden. Die Wissenschaftsfreiheit kann nämlich, wie andere vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte auch, aufgrund von kollidierendem Verfassungsrecht beschränkt werden<sup>48</sup>, das einerseits die Grundrechte Dritter und andererseits andere Schutzgüter von Verfassungsrang umfasst<sup>49</sup>. Dementsprechend werden in Fachliteratur und Rechtsprechung zur Rechtfertigung staatlicher Eingriffsbefugnisse im Bereich des Bodendenkmalschutzes, insbesondere der z. T. restriktiven Genehmigungspraxis der Denkmalbehörden beim Thema „Sondengehen“, zwei verschiedene Ansätze vertreten.

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

<sup>45</sup> Ebd.

<sup>46</sup> Vgl. Pernice (Anm. 42) RdNr. 25.

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

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

<sup>49</sup> Fechner (Anm. 38) RdNr. 308.

### Forschungsfreiheit anderer Wissenschaftler

Die Rechtsprechung geht davon aus, dass die Erlaubnis- und Anzeigepflichten im Denkmalrecht – und damit auch die Vorschriften zur Genehmigungspflicht von Nachforschungen – dem Schutz der Bodendenkmäler vor allem vor Zerstörung, Beschädigung, Verminderung und vor unsachgemäß durchgeführten Grabungen dienen<sup>50</sup>. Es ist anerkannt, dass die archäologische Denkmalpflege ein schutzwürdiges Interesse am größtmöglichen Erhalt der noch unberührten archäologischen Schichten hat, „[...] damit auch künftigen Generationen die Möglichkeit der wissenschaftlichen Untersuchung der Spuren der Vergangenheit bleibt“<sup>51</sup>.

Aus diesen Erwägungen wird teilweise abgeleitet, durch eine restriktive Handhabung der Genehmigungspraxis in der Gegenwart werde die Forschungsfreiheit künftiger Wissenschaftsgenerationen gewährleistet, das archäologische Erbe mit möglicherweise dann fortgeschrittenen Methoden zu erforschen und dabei unter Umständen weitergehende Erkenntnisse zu gewinnen<sup>52</sup>. Bei näherer Betrachtung erscheint diese Argumentation jedoch wenig tragfähig: Abgesehen davon, dass es an der notwendigen Existenz eines Grundrechtsträgers in der Gegenwart fehlt<sup>53</sup>, läuft sie letztlich auf eine zeitlich nahezu unbegrenzte Verweigerung des Forschungszugangs hinaus, da man auf diese Weise auch künftigen Forschern entgegenhalten könnte, dass irgendwann noch fortschrittlichere und noch weniger invasive Untersuchungsmethoden entwickelt werden könnten. Denkbar wäre deshalb eine Verweigerung der Nachforschungs- oder Grabungsgenehmigung unter Rückgriff auf Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG allenfalls dann, wenn hierdurch die Forschungsfreiheit eines lebenden, im Vergleich zu dem Antragsteller nachweislich besser qualifizierten Wissenschaftlers gewährleistet werden sollte. Dies dürfte jedoch das Vorhandensein eines konkreten Forschungsvorhabens voraussetzen.

### Kulturstaatsprinzip und Denkmalschutzgarantien

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

<sup>50</sup> VG Ansbach, Urteil v. 22.04.2015 – 9 K 14.00265 –, Bayern-Recht.

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

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

<sup>53</sup> Krischok (Anm. 47) 132 f.; Brüggel (Anm. 25) 156.



stanz – unabhängig von der förmlichen Schutzausweisung – erlaubt<sup>54</sup>. Die wohl herrschende Ansicht im juristischen Schrifttum geht deshalb zu Recht davon aus, dass die Forschungsfreiheit im Bereich des Bodendenkmalschutzes legitimer Weise durch konkurrierende Verfassungswerte beschränkt werden kann, zu denen auch der Schutz des archäologischen Erbes zählt<sup>55</sup>.

Das Bundesverfassungsgericht hat in der Vergangenheit mehrfach klargestellt, dass der Gemeinwohlbelang Denkmalschutz auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive einen hohen Rang aufweist<sup>56</sup>, ohne jedoch den systematischen Anknüpfungspunkt dieses Ranges in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes zu benennen. In der juristischen Literatur wird teilweise von einem bundesrechtlichen – wenn auch im Grundgesetz nicht ausdrücklich normierten – Kulturstaatsprinzip ausgegangen<sup>57</sup>, das auch eine staatliche Schutzpflicht für das kulturelle Erbe beinhaltet. Zur Begründung wird einerseits auf das u. a. im Einigungsvertrag (Art. 35 Abs. 1 Satz 3 EinV) zum Ausdruck kommende Selbstverständnis der Bundesrepublik Deutschland als Kulturstaat<sup>58</sup> verwiesen, andererseits auf die internationalen Konventionen zum Schutz des kulturellen Erbes, denen die Bundesrepublik Deutschland beigetreten ist<sup>59</sup>.

Ob aus dem bundesrechtlichen Kulturstaatsprinzip Schranken der Wissenschaftsfreiheit im Bereich des Bodendenkmalschutzes hergeleitet werden können<sup>60</sup>, kann jedoch letztlich offen bleiben. Denn jedenfalls enthalten die meisten Länderverfassungen Kulturstaatsklauseln bzw. Staatszielbestimmungen zum Schutz des kulturellen Erbes, die als taugliche Schranken auch für vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte infrage kommen<sup>61</sup>. Diese Normen stellen keine bloßen Programmsätze dar, sondern beinhalten bindendes objektives Ver-

fassungsrecht, an dem die Handlungen des Staates und seiner Institutionen zu messen sind<sup>62</sup>.

## Ergebnis

Für die Anwendung der denkmalrechtlichen Genehmigungsregelungen folgt daraus, dass – den wissenschaftlichen Charakter der beantragten Nachforschung einmal unterstellt – stets eine Abwägung der Wissenschaftsfreiheit mit dem verfassungsrechtlichen Staatsziel (Boden-) Denkmalschutz zu erfolgen hat<sup>63</sup>, die je nach Einzelfallumständen auch zur Versagung oder zu einer Modifizierung der Gestattung führen kann. Als entscheidungsrelevante Kriterien können dabei, neben der Bedeutung des Bodendenkmals und der Möglichkeit seiner unversehrten Erhaltung, etwa die Tragweite der geplanten Eingriffe, voraussichtliche Erkenntnisgewinne des Forschungsvorhabens, die Zahl und der wissenschaftliche Wert der Funde eine Rolle spielen<sup>64</sup>. Bei vermeidbarer Gefährdung des archäologischen Erbes ist eine Unter-sagung des Vorhabens verfassungsrechtlich unbedenklich<sup>65</sup>.

---

## Abschließende Betrachtung

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

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

<sup>55</sup> Vgl. F. Hammer in: Martin/Krautzberger (Anm. 1) Teil B, RdNr. 7, 16. Aus der Kommentarliteratur siehe Th. Otten in: D. Davydov/E. Hönes/Th. Otten/B. Ringbeck, Denkmalschutzgesetz NRW<sup>5</sup> (Wiesbaden 2016) § 13 RdNr. 10; O. Morlock in: G. Hager/F. Hammer/O. Morlock/D. Davydov/D. Zimdars, Denkmalrecht BW<sup>2</sup> (Wiesbaden 2016) § 21 RdNr. 11; W. Eberl in: W. Eberl/D. Martin/J. Spennemann, Bayerisches Denkmalschutzgesetz<sup>7</sup> (Stuttgart 2016) Art. 7 RdNr. 6.

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>64</sup> Hammer (Anm. 55) RdNr. 16.

<sup>65</sup> So im Ergebnis Krischok (Anm. 47) 136 f.

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

Ein „kreatives Nachdenken“ der Verwaltung über tragfähige Strukturen der Einbindung des ehrenamtlichen Engagements in die Erhaltung des archäologischen Erbes, wie es gelegentlich angeregt wird, ist dadurch selbstverständlich nicht ausgeschlossen, zumal eine solche Einbindung bereits jetzt praktiziert wird und sich in vielen Fällen auch bewährt hat. Wenn die Zukunft der amtlichen Denkmalpflege in Deutschland zunehmend im Ausbau „strategischer Allianzen“ mit weiteren gesellschaftlichen Akteuren, darunter auch den ehrenamtlichen und gemeinnützigen Trägern, gesehen wird<sup>66</sup>, dann muss dieser Befund gleichermaßen für die Bau- und die Bodendenkmalpflege gelten<sup>67</sup>. Die Grenze einer sinnvollen Partizipation dürfte jedoch dort überschritten sein, wo durch die mit

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

---

## Abstract

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

---

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

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