

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

Von Arnd Hüneke

## Moderne Schatzsuche im Lichte des Strafrechts

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

Der Boden birgt folglich ein bedeutsames Archiv der Kulturgeschichte<sup>1</sup>. Die Aufgabe, es zu schützen, ist Anliegen der Bodendenkmalpflege. Archäologen haben nicht den Auftrag, Bodendenkmale zu bergen, sondern sie in erster Linie zu schützen. Nur wenn das öffentliche Interesse an der Bergung größer als das Erhaltungsinteresse ist oder aber der Erhalt nicht anders möglich ist, ist eine archäologische Grabung geboten.

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

Erden und einem Metall oder mehreren Metallen bestehen<sup>2</sup>, die gegenüber gängigen Magneten eine erheblich größere magnetische Energiedichte haben.

In vielen Bundesländern ist der Einsatz von Metalldetektoren oder von Magnetangeln zur Suche nach archäologisch relevanten Objekten von Genehmigungen abhängig. Ausgestaltet sind sie jeweils als repressive Verbote mit Dispensvorbehalt. In Schleswig-Holstein ist die Regelung dabei am besten vollziehbar<sup>3</sup>. In Bayern bedarf die Suche mit Metalldetektoren keiner Genehmigung.

Dieses Verbot vollzieht eine völkerrechtliche Verpflichtung aus der La-Valletta-Konvention<sup>4</sup> nach. Dort heißt es in Art. 3: „Zur Bewahrung des archäologischen Erbes [...] verpflichtet sich jede Vertragspartei, [...] iii) den Einsatz von Metalldetektoren und anderen Suchgeräten [...] von einer vorherigen Sondergenehmigung abhängig zu machen, [...]“.

Will der Sondengänger nun großflächig suchen, so ist er an die unterschiedlichen Zuständigkeitsregelungen der Bundesländer gebunden: Kann er eine Genehmigung für alle Strände und Binnengewässer in Schleswig-Holstein durch die Zuständigkeitskonzentration bei einem Amt<sup>5</sup> erbitten, muss er sich in Niedersachsen an zahlreiche Landkreise und an das zuständige Ministerium wenden<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> In der Regel Neodym-Eisen-Bor oder Samarium-Kobalt.

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

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

<sup>5</sup> § 12 Abs. 2 Nr. 5 DSchG SH i. V. m. § 3 Abs. 2 DSchG SH.

<sup>6</sup> § 20 Abs. 1 S. 2 NDSchG.

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

## Sanktionierung der illegalen Schatzsuche und der unzulässigen Ausgrabung

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

Dazu enthalten alle Denkmalschutzgesetze entsprechende Tatbestände. Ist die Schatzsuche lediglich formell illegal, d. h., die Genehmigung fehlt, sie wäre aber zu erteilen gewesen, so erscheint dies angemessen. Muss die Suche aber auch als materiell illegal eingeordnet werden, so stellt sich die Frage nach strafrechtlichen Konsequenzen. Dies gilt umso mehr, wenn der Schatzsucher „den Spaten ansetzt“ und gräbt. Dabei wird in der Regel der Fundzusammenhang zerstört, da sich nicht nur ein Einzelobjekt, sondern ein Gesamtkomplex im Boden befindet. Für den Aussagewert kommt es allerdings auf diesen Befund an. Der Ausgräber, ob er nun professionell als Archäologe oder als Laie mit oder ohne Genehmigung gräbt, zerstört daher ein archäologisches Kulturdenkmal. In allen Denkmalschutzgesetzen der Länder findet sich eine Anzeigepflicht für Bodenfunde, deren Verletzung bußgeldbewehrt ist<sup>7</sup>.

### Verfassungsrechtliche Rechtfertigung einer Strafbarkeit

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

Bereits in der Inzest-Entscheidung<sup>9</sup> war die Rechtsgutstheorie vom Bundesverfassungsgericht infrage gestellt worden, um dann kurze Zeit später in der Untreue-Entscheidung<sup>10</sup> teilweise wieder belebt zu werden. Gleichwohl hält das Gericht mit seiner früheren Rechtsprechung daran fest, dass der Gesetzgeber in der Entscheidung frei ist, das Ob und Wie einer Strafbarkeit zu

bestimmen<sup>11</sup>. Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Überprüfung muss sich dies am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz messen lassen. Da das Gericht dem Gesetzgeber auch noch eine Einschätzungsprärogative einräumt, eröffnet es damit einer paternalistischen Strafrechtsgesetzgebung Raum.

Unabhängig davon ist das kulturelle Erbe ein abstraktes Schutzgut, das nicht nur verfassungsrechtlich von Relevanz ist, sondern auch als Universalrechtsgut der Rechtsgutstheorie genügt. Das kulturelle Erbe genießt seinen Schutz durch die Verankerung des Kulturstaatsprinzips in Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG<sup>12</sup>. Auch wenn die Denkmalpflege ihre Rechtfertigung in der Regel durch die Staatszielbestimmungen in den Landesverfassungen begründet, handelt es sich im Kern jedoch um eine Verpflichtung des Bundesverfassungsrechts. Aus der föderalen Kompetenz- und Gestaltungsstruktur für den Bereich der Denkmalpflege lässt sich jedenfalls kein Widerspruch dazu begründen<sup>13</sup>. Es ist denn auch die Überlieferung der zivilisatorischen Erkenntnisse und Errungenschaften, welche die Gemeinsamkeit in einer Gesellschaft ausmachen. Es handelt sich bei dem Schutz des kulturellen Erbes um eine Gemeinwohlaufgabe mit einem hohen Rang<sup>14</sup>. Dadurch ist dem Gesetzgeber verfassungsrechtlich der Eingriff in die privaten Interessen zulässig: Er darf – im Rahmen der Verhältnismäßigkeit – das Hobby des „Sondengehens“ reglementieren und auch strafrechtlich sanktionieren.

Daraus resultiert nun eine Kompetenzproblematik: Ist der Denkmalschutz als Gesetzgebungsmaterie den Ländern nach Art. 70 Abs. 1 GG ausschließlich zugewiesen<sup>15</sup>, bleibt dem Bundesgesetzgeber aber die Möglichkeit, durch die konkurrierende Kompetenz für das Strafrecht nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG Regelungen zu treffen<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Ständige Rechtsprechung, BVerfGE 27, 18 (30); 50, 142 (146).

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

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

<sup>14</sup> BVerfGE 100, 226 (242).

<sup>15</sup> BVerfGE 78, 205 (209).

<sup>16</sup> Auch für die ausschließliche Sachregelung im Landesrecht: vgl. H. D. Jarass/B. Pieroth (Bearb.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG. Kommentar<sup>13</sup> (München 2014) Art. 74 GG RdNr. 7; BVerfGE 23, 113 (125).

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

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

<sup>9</sup> BVerfGE 120, 224 ff.

<sup>10</sup> BVerfGE 126, 170, mit erfreulich abweichender Auffassung des Richters W. Hassemer.

## Sachentzug, Sachbeschädigung oder gemeinschädliche Sachbeschädigung?

Lediglich die Verwendung des Metalldetektors macht noch keine Sachbeschädigung aus. Der Suche nach den Kulturdenkmälern wohnt lediglich eine mittelbare Sozialschädlichkeit inne. Die Bestimmung der Position eines Metallgegenstandes im Boden eröffnet zwar die Tatgelegenheit zur Ausgrabung, die unmittelbare Gefährdung des Rechtsguts steht damit aber noch nicht an<sup>17</sup>. Es handelt sich um eine reine Vorbereitungshandlung zum Ausgraben, schon weil es sich bei den Sachbeschädigungsdelikten um Erfolgsdelikte handelt. Wird jedoch der (metallische) Gegenstand aus dem Boden oder dem Wasser geborgen, ist das archäologische Denkmal tatbestandlich zerstört oder wenigstens beschädigt. Das Ausgraben ist nur dann Sachbeschädigung, wenn es in das fremde Grundstück eingreift. Hier kann dem Täter nur eine Einwilligung des Grundstückseigentümers helfen. Da es sich um ein Erfolgsdelikt handelt, beseitigt ein späteres Verfüllen der Grabungslöcher die Strafbarkeit nicht.

Hinsichtlich der geborgenen Sache scheidet die einfache Sachbeschädigung aber aus, weil es sich dabei um eine Vorschrift zum Schutz des Privateigentums handelt, denn tatbestandsmäßig muss eine fremde Sache beschädigt oder zerstört worden sein. Die im Boden oder unter Wasser verborgenen Gegenstände sind aber in der Regel so lange dem Rechtsverkehr entzogen gewesen, dass sie herrenlos geworden sind<sup>18</sup>. Darüber hinaus wäre es zunächst ein reiner Sachentzug, der nicht tatbestandsmäßig für die Sachbeschädigung ist<sup>19</sup>.

Dieser unbefriedigende Zustand für den Schutz des archäologischen Denkmals wird dadurch verschärft, dass er das Denkmal schutzlos gegenüber dem Grundstückseigentümer oder gegenüber Grabungen Dritter, die vom Grundstückseigentümer geduldet werden, zurücklässt. Der Gesetzgeber hat mit der Gemeinschädlichen Sachbeschädigung einen Sondertatbestand geschaffen, der eben keine Qualifikation zur einfachen Sachbeschädigung ist. Für die hier zu diskutierenden Fälle scheidet § 304 StGB aber an einer ganz anderen Unzulänglichkeit. Nach herrschender Auffassung ist § 304 StGB so zu verstehen, dass es sich bei den von der Vorschrift geschützten „öffentlichen Denkmälern“ um öffentlich zugängliche handeln muss<sup>20</sup>. Die Rechtsprechung rechtfertigt diese Einschränkung damit, dass die öffentliche Zugänglichkeit dem Schutz dieser Objekte entgegenwirke und dass das Strafrecht einen komplexeren Schutz biete. Das ist zweifelhaft, weil sich aus

dem Gesetzeswortlaut eine solche Einschränkung nicht ergibt. Rechtfertigen lässt sich dies allein aus der Sicherheit des Rechtsverkehrs heraus, weil die Ausdehnung eines Bodendenkmals für den Laien an den äußerlichen Gegebenheiten regelmäßig nicht erkennbar ist. Der Fundort ist ferner nicht der Allgemeinheit gewidmet, so dass eine Anwendung ausscheidet<sup>21</sup>. Allein die Grabhügel<sup>22</sup> oder Burgruinen dürften damit noch in den Schutz einbezogen sein<sup>23</sup>.

Dieser Umstand reißt eine gewichtige Lücke in das strafrechtliche Schutzkonzept. Grundsätzlich wird man mit Roxin von einem fragmentarischen Strafgüterschutz als kriminalpolitisches Postulat ausgehen<sup>24</sup>, der nicht jedes schädigende Verhalten zu Kriminalunrecht aufstufen kann. Allerdings ist der Gesetzgeber wegen seiner Bindung an die verfassungsmäßige Ordnung aus Art. 20 Abs. 3 GG eben zur Sicherung des Wesensgehaltes des Grundgesetzes und seiner immanenten Ordnung gezwungen, ein Kernstrafrecht zu er- und zu unterhalten. Es hat folglich nicht nur die Verletzung grundrechtlich geschützter Güter zu pönalisieren, sondern auch die Gefährdung von Verfassungsprinzipien und Gemeingütern. Die Ergänzung im Hinblick auf die Raubgrabungen ist daher dringend erforderlich.

## Strafvorschriften der Länder

Strafbestimmungen enthalten nur wenige Denkmalschutzgesetze der Länder. Aber auch diese sind nicht unbedingt angetan, eine effektive Verfolgung zu ermöglichen. So sieht z. B. § 34 NDSchG eine Strafbarkeit vor, wenn ein Denkmal ohne Genehmigung zerstört oder beschädigt wurde, und beschwört damit schwierige Beweis- und Rechtsfragen, insbesondere, ob der Irrtum über die Erforderlichkeit der Genehmigung einen Tatbestands- oder einen Verbotsirrtum darstellt<sup>25</sup>.

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

<sup>17</sup> Insoweit ist auch die Strafvorschrift im DSchG SH wohl unverhältnismäßig.

<sup>18</sup> Zu den Ausnahmen siehe unten.

<sup>19</sup> Vgl. BGHSt 44, 34.

<sup>20</sup> So RGSt 43, 240 (246).

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

<sup>22</sup> OLG Celle NJW 1974, 1291.

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

<sup>24</sup> C. Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Bd. I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre<sup>4</sup> (München 2006) § 2 RdNr. 101.

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

die Ansicht des Tatrichters – der Bund abschließend von seiner Kompetenz Gebrauch gemacht. Die Länder wären somit an einer Strafgesetzgebung im Bereich der Denkmalpflege gehindert. Das Bundesverfassungsgericht hat die Frage wegen der Unzulässigkeit der Vorlage nicht endgültig beantwortet. Die Entscheidungsgründe zeigen aber auf, dass das Verfassungsgericht durchaus eine Gesetzgebungskompetenz der Länder subsidiär zum Bundesrecht anerkennen würde, wenn das Landesgesetz Strafbarkeitslücken deckt und nicht im Widerspruch zum Willen des Bundesgesetzgebers steht<sup>26</sup>. Schon weil es sich um eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz handelt, ist die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts zutreffend. Den Ländern ist wegen ihrer noch verbliebenen Regelungskompetenz auch die Strafbarkeit als Annex innerhalb der Regelungsmaterie zuzubilligen. Dem Bundesgesetzgeber verbleibt jederzeit die Möglichkeit, ungewollte Strafvorschriften der Länder durch eigene Regelungen zu beseitigen.

Im Hinblick auf die punitiven Tendenzen in der Strafgesetzgebung erscheint allerdings die Maßregelung der Länder durch das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch als Anachronismus. Da die Strafanndrohung über ein Höchstmaß von zwei Jahren nicht hinausgehen darf, bilden die Strafvorschriften der Länder Bagatelldelikte. Der Grund dieses Strafbanns findet sich in den historischen Umständen bei Erlass des EGStGB<sup>27</sup>. Neben der materiellen Sinnhaftigkeit dieser Regelung in der heutigen Zeit ist in Zweifel zu ziehen, ob der Bundesgesetzgeber durch einfaches Gesetz diese Konkretisierung der konkurrierenden Gesetzgebung vornehmen durfte. Dem Landesgesetzgeber steht daher nur ein stumpfes Instrumentarium zur Verfügung.

## Anschlussdelikte

### Begünstigung, Hehlerei oder Geldwäsche?

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

sationen wie der Islamische Staat im Irak und in der Levante sich nicht unerhebliche Finanzmittel aus dem Handel mit geraubten und sinnlos geborgenen Antiken beschafften, dürfte der Druck auf den Gesetzgeber groß genug gewesen sein, um den Markt zu regulieren. Der Kunsthandel ist für die Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte besonders gut geeignet, weil Investitionen in der Regel eine gute Rendite versprechen. Da das illegale Ausgraben aber keine strafrechtlich relevante Vortat (§ 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB) darstellt, fallen die Anschlussdelikte aus<sup>28</sup>.

Ist der Käufer eines Bodenfundes aber hinsichtlich des Miteigentums des Dritten bösgläubig, so ist er wegen Hehlerei nach § 259 StGB strafbar. Die Strafbarkeit setzt jedoch voraus, dass der Täter die Umstände kennt, aus welchen sich die Unterschlagung als Vortat ergibt. Er muss die rechtliche Bewertung nicht nachvollziehen<sup>29</sup>. In der Regel wird allerdings eine Hehlerei nur dann zu bejahen sein, wenn zusätzlich ein weiterer Absatz der Ware erfolgt. Denn wenn dem Käufer des Bodenfundes der Vorsatz fehlt, einen über den Vermögensvorteil des Finders als Verkäufer hinausgehenden Vorteil zu ziehen, bleibt es bei einer Strafbarkeit wegen Begünstigung nach § 257 StGB<sup>30</sup>.

### Illegales Inverkehrbringen

Mit dem Inkrafttreten des Kulturgutschutzgesetzes (KGSG) ist das Inverkehrbringen<sup>31</sup> von abhandengekommenem oder rechtswidrig ausgegrabener (oder rechtswidrig eingeführtem) Kulturgut verboten. Weiß der Täter des Inverkehrbringens sicher, dass es rechtswidrig ausgegraben wurde, so begeht er eine Straftat nach § 83 Abs. 1 Nr. 4 KGSG. Bandenmäßiges oder gewerbsmäßiges Handeln wird als Verbrechen nach § 83 Abs. 5 KGSG bestraft. Eine Leichtfertigkeitstrafbarkeit wie § 261 Abs. 5 StGB kennt das KGSG hingegen nicht. Der Verstoß des Käufers gegen die Sorgfaltspflichten aus § 41 KGSG, sich gewissenhaft mit der Frage, ob eine rechtswidrige Ausgrabung vorliegen könnte, auseinanderzusetzen, ist hingegen nicht sanktioniert.

Dem Delikt des Inverkehrbringens von rechtswidrig ausgegrabenen Kulturgütern, wie so vielen anderen Delikten, wohnt der Mangel inne, dass das Delikt mit einer überschießenden Innentendenz ausgestaltet ist. Während bei der Strafbarkeit wegen Diebstahls oder Betrugs

<sup>26</sup> § 4 Abs. 2 EGStGB: Vorschriften des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches lassen auch die Straf- und Bußgeldvorschriften des Landesrechts unberührt, soweit diese nicht eine Materie zum Gegenstand haben, die im Strafgesetzbuch abschließend geregelt ist. U. Weber (Zum Verhältnis von Bundes- und Landesrecht auf dem Gebiet des straf- und bußgeldrechtlichen Denkmalschutzes. In: H.-H. Jescheck/Th. Vogler [Hrsg.], Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989 [Berlin 1989] 338; 344) sieht jedoch die Regelung des § 304 StGB als abschließend an.

<sup>27</sup> Die Strafvorschriften der Länder zum Schutz von Feld und Forst sollten aufrecht erhalten bleiben.

<sup>28</sup> Offensichtlich anderer Ansicht sind H. K. Schmaltz/R. Wiechert, Niedersächsisches Denkmalschutzgesetz. Kommentar<sup>2</sup> (München 2012) § 34 RdNr. 8.

<sup>29</sup> Th. Fischer, Strafgesetzbuch: StGB mit Nebengesetzen<sup>64</sup>. Beck'sche Kurz-Kommentare 10 (München 2017) § 259 StGB RdNr. 20.

<sup>30</sup> BGH NStZ 1995, 595.

<sup>31</sup> Als Inverkehrbringen von Kulturgut definiert § 2 Abs. 1 Nr. 9 KGSG das Anbieten, das Verkaufen, die Vermittlung, den Vertrieb, das Absetzen, die unentgeltliche Weiter- oder Abgabe zum Zweck der wirtschaftlichen Verwertung oder die wirtschaftliche Verwertung in sonstiger Weise im eigenen oder fremden Namen.

den Einreden gegenüber den besonderen Anforderungen des subjektiven Tatbestands mit der Abqualifizierung als Schutzbehauptung begegnet wird, zeigt sich bei der Strafverfolgung wegen Delikten des Nebenstrafrechts genau die entgegengesetzte Tendenz. Dort wird der Tatverdacht bereits mangels Beweisbarkeit verneint oder eine Einstellung aus Opportunitätsgründen bevorzugt.

### Steuerdelikte

Archäologische Kulturgüter werden in der Regel nicht in den stationären Kunst- und Antikenhandel gebracht. Sie werden stattdessen auf Handelsplattformen im World Wide Web oder im Darknet verhandelt. Dabei wird aber in der Regel nicht beachtet, dass sich der Fiskus auch für dieses Verhalten interessiert. Ob das Inverkehrbringen nun legal oder illegal erfolgt, kann dahinstehen. So sind die Umsätze und Einkünfte doch steuerbar. Nicht wenige Sondengänger rühmen sich in ihren Foren, erhebliche Gewinne aus ergrabenen Gegenständen zu generieren. Wenn es sich nicht um die bei dieser Klientel häufig anzutreffende Wichtigtuerei handelt, so bleibt doch eine Steuerhinterziehung nach § 370 AO. Denn die Umsatz- und Einkommensteuer wird regelmäßig nicht abgeführt.

---

### Begleitdelikte

Neben den Delikten um die Suche, die Ausgrabung und den Handel mit archäologischen Kulturgütern verwicklicht das Verhalten von Sondengängern von anderen Straftatbeständen nicht selten weitere Straftaten.

### Delikte gegen die Allgemeinheit

Nicht wenige der Schatzsucher interessieren sich ausschließlich für die Reste der militärischen Auseinandersetzungen der vergangenen Jahrhunderte. Das Spannungsfeld mit der Archäologie ist sodann rechtlich schwierig zu bewerten. Der Genehmigungsvorbehalt der Ländergesetze für die Suche mit dem Metalldetektor ist in der Regel nur eröffnet, wenn archäologische Denkmäler betroffen sein können. Dabei sind Patronenhülsen, Granatreste oder militärische Rangabzeichen üblicherweise für die Archäologie von untergeordnetem Interesse. Ob daher eine Genehmigung erforderlich ist, muss im Einzelfall beurteilt werden. Die Fundsituation kann durchaus wichtig für bestimmte militärhistorische Fragestellungen sein<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> So zeigten die Sandalennägel am niedersächsischen Harzhorn die Laufrichtung der römischen Soldaten zum Zeitpunkt des germanischen Hinterhalts an.

Für Militaria existiert ein großer Markt. Die Zahl der spezialisierten Schatzsucher ist daher nicht gering. Nicht wenige sind dabei auf die Weltkriegsreste im Boden aus.

### Verstöße gegen das Waffen- und Sprengstoffrecht

Obwohl das Kriegsende nun schon mehr als 70 Jahre zurückliegt, verdeutlichen die zahlreichen Zeitungsmeldungen von Bombenentschärfungen, dass im Boden noch ein erhebliches Gefährdungspotenzial schlummert. Dabei ist nicht auszuschließen, dass Schatzsucher, ob sie nun mit dem Metalldetektor oder der Magnetangel unterwegs sind, unbedacht scharfe Weltkriegsmunition mit dem Auto zur nächsten Polizeiwache transportieren oder in Unkenntnis ihrer Gefährlichkeit mit nach Hause nehmen. Daneben werden im Internet immer wieder Minen oder Granaten angeboten, die delaborient worden seien, d. h., denen der inerte Sprengstoff entnommen wurde.

Der unerlaubte Umgang mit Waffen und Munition ist nicht nur vorsätzlich eine Straftat. Auch die fahrlässige Begehung bedroht das Gesetz mit Strafe (vgl. § 52 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 4 WaffG); in der Regel handelt es sich um Reste von Waffen und Munition aus den Kampfhandlungen des Zweiten Weltkrieges. Kriegswaffen, die vor dem 2. September 1945 geschaffen wurden, stehen nicht auf der Kriegswaffenliste<sup>33</sup>. Für sie gilt daher das Kriegswaffenkontrollgesetz nicht. Auf diese Kriegswaffen ist lediglich das Waffengesetz anwendbar. Aus der Erfahrung der Praxis hat sich gezeigt, dass Schatzsucher die Risiken, die von den Relikten der Kriege ausgehen, häufig gering einschätzen. Im Sommer 2015 wurden im Zuge einer Hausdurchsuchung bei einem Schatzsucher, der sich angeblich nur für Reste einer napoleonischen Schlacht interessierte, scharfe Munitionsreste aus dem Zweiten Weltkrieg gefunden<sup>34</sup>. Da auch die fahrlässige Begehung von Waffendelikten strafbar ist, hilft dem Beschuldigten eine Behauptung, von der Gefährlichkeit nicht gewusst zu haben, keinesfalls weiter.

Die Suche nach Resten des letzten Weltkrieges erfreut sich hoher Beliebtheit. Zahlreiche Videos, die in den sozialen Netzwerken hochgeladen werden, oder Fundstücke, die auf Plattformen wie eGun<sup>35</sup> verhandelt werden, geben dafür ein entsprechendes Zeugnis. In fast allen Bundesländern ist die Suche nach Kampfmitteln<sup>36</sup> und die Inbesitznahme von Kampfmitteln verboten<sup>37</sup> oder es besteht eine sofortige Anzeigepflicht gegenüber den Be-

---

<sup>33</sup> Anlage zum Kriegswaffenkontrollgesetz.

<sup>34</sup> Staatsanwaltschaft Lüneburg, Az.: 1104 Js 14915/15. Das Verfahren wurde später nach § 153 StPO eingestellt.

<sup>35</sup> <http://www.egun.de/>.

<sup>36</sup> Vgl. § 3 Kampfmittelverordnung NRW (GV. NRW. 2003, S. 685).

<sup>37</sup> Vgl. § 5 Abs. 1 Kampfmittelverordnung SH (GVObI. 2012, S. 539).

hörden<sup>38</sup>. Eine Vereinheitlichung dieser Rechtsmaterie in Deutschland wäre förderlich. Da diese Verordnungen aber jeweils auf der Grundlage des Landespolizeigesetzes erlassen werden, kann an deren Stelle nur eine Bundesregelung treten, die einer anderen Rechtsmaterie zugeordnet wird<sup>39</sup>.

Dabei wird nicht zu verkennen sein, dass vereinzelt die Funde von Weltkriegsresten<sup>40</sup> auch für die historische Forschung der jüngeren deutschen Geschichte von Bedeutung sein können.

### Verstöße gegen die Sittlichkeit

Ein weiteres hier abzuhandelndes Delikt ist die Störung der Totenruhe. Der Grabraub zählt wohl auch zu den ältesten Gewerben der Welt. Ganz häufig sind es Schätze von Edelmetallen, Schmuck und kunstvoll gefertigten Waren, welche die Lebenden den Toten mit auf den Weg in das Jenseits gaben, an denen das Interesse der Raubgräber besteht. Und der Einbruch in das menschliche Grab war schon immer ein Tabu, das zu jeder Zeit gebrochen wurde.

Gleichwohl reicht der heutige Schutz für die historischen Gräber nicht hin. Ein Berechtigter, der sich gegen die Beseitigung der jahrhundertealten Gebeine betroffen fühlen könnte, ist nicht mehr vorhanden. Der Tatbestand der Störung der Totenruhe lässt zwar den unerlaubten Substanzeingriff in eine Beisetzungsstätte zu einer Straftat aufrücken. So kann der Eingriff in den frei begeharen frühzeitlichen Grabhügel eine Störung der Totenruhe sein, in diesen Fällen wird aber das Delikt durch § 304 StGB verdrängt.

Verstöße gegen das Bestattungswesen liegen ebenfalls kaum mehr vor. So setzen die Ordnungswidrigkeiten in diesem Bereich das Vorhandensein einer Leiche voraus. Leichen sind Reste eines menschlichen Körpers, bei denen der körperliche Zusammenhang noch besteht und noch nicht durch den Verwesungsprozess völlig aufgehoben ist<sup>41</sup>. Wenn nicht durch die besonderen Umstände eines günstigen, anaeroben und kühlen Bodenumlieus die Verwesung gehindert wurde, ist durch die Skelettierung des Leichnams eine Leiche im rechtlichen Sinne in der Regel nicht mehr gegeben.

Bestimmte Suchergruppen haben sich auf die Schatzsuche an gesunkenen Schiffswracks und abgestürzten Flugzeugen spezialisiert. Nun bestimmt das sog. Gräber-

gesetz<sup>42</sup> für Kriegsgräber ein ewiges Ruherecht (§ 2 Abs. 1 GräberG). Der Begriff des Grabes nach dem Gräbergesetz hebt sich deutlich von der Beisetzungsstätte, d. h. eine der Ruhe und dem Andenken an Verstorbene dienende und deshalb gewidmete Stätte<sup>43</sup>, ab. Dem soll wohl auch der Begriff des Kriegsgrabes entsprechen, d. h., es müsste sich dabei um eine gewillkürte Stätte der Leichenbettung handeln<sup>44</sup>. Auch bei Flugzeugwracks kann es sich somit nicht um geschützte Gräber nach § 168 StGB handeln.

Problematisch in diesem Zusammenhang ist insbesondere, dass sich unter den Militaristasuchern auch die sog. Identifizierungsmarken (im US-Slang „dog tags“ – „Hundemarken“ genannt) einer gewissen Beliebtheit erfreuen. Wenn dann nach dem Aufspüren eines verunglückten Piloten o. ä. die Marke entfernt wird, kann eine Identifizierung nicht mehr erfolgen. Auch diese Wegnahme mag pietätlos sein, sie wird jedoch von § 168 StGB nicht mit Strafe bedroht.

### Delikte gegen Individualrechtsgüter

#### Angemäßtes Betretungsrecht

Grundsätzlich gilt für Wald und Natur das freie Betretungsrecht. Dieses allgemeine Betretungsrecht fußt im Wesentlichen auf dem überkommenen gewohnheitsrechtlichen Gemeingebrauch. So gewährleistet § 59 BNatSchG das Betreten der freien Landschaft, solange dies auf Straßen, Wegen oder ungenutzten Grundflächen erfolgt. Für den Wald gelten § 14 BWaldG sowie die Landesgesetze über den Wald<sup>45</sup>. Dieses allgemeine Betretungsrecht soll der Erholung dienen, nicht der öffentlichen Veranstaltung oder der gewerbsmäßigen Nutzung.

Auch Strandgut scheint in jüngerer Zeit wieder für die Schatzsuche interessant zu sein. Angespülte Containerfracht an deutschen Küsten oder aber die vergessenen und verlorenen Euromünzen in den Dünen lassen die Suche mit dem Metalldetektor lohnenswert erscheinen. Aber auch kulturhistorisch ist der Küstenbereich von großem Interesse, namentlich der überspülte Siedlungsbereich von Nordfriesland mit der untergegangenen Ortschaft Rungholt oder das friesische Watt, das schon vor dem Entstehen der Nordsee besiedelt war. Vermehrt sind Strände jedoch weiträumig abgegrenzt und eingefriedet, weil die Kommunen eine Kurtaxe erheben, um

<sup>38</sup> Vgl. § 3 Kampfmittelverordnung SN (SächsGVBl. 2009, S. 118).

<sup>39</sup> Denkbar wäre eine Regelung auf der Grundlage des Bodenschutzes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG, wenn Kampfmittel wegen der inerten Sprengstoffe als Bodengefährdungen betrachtet werden oder aber eine Anwendung als „Kriegsschaden“ nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 9 GG.

<sup>40</sup> In Niedersachsen werden die Fundstellen von Flugzeugwracks oder von Triebwerken der sog. Vergeltungswaffen verzeichnet.

<sup>41</sup> Vgl. § 2 Abs. 1 Nds. BestattG (und vergleichbare Regelungen der übrigen Länder).

<sup>42</sup> Gesetz über die Erhaltung der Gräber der Opfer von Krieg und Gewaltherrschaft (Neufassung vom 16. Januar 2012; BGBl. I S. 98).

<sup>43</sup> RGSt 28, 139.

<sup>44</sup> Dementsprechend hat der BGH eine Bergung eines U-Boot-Wracks mit den ertrunkenen Leichen nicht als Störung der Totenruhe angesehen (Neue Juristische Wochenschr. 1994, 2613 f.).

<sup>45</sup> z. B. § 23 NWaldLG.



die Infrastruktur am Strand aufrechtzuerhalten<sup>46</sup>. Da der Strand aber in der Regel Eigentum der öffentlichen Hand ist, wäre diese möglicherweise nach § 62 BNatSchG sogar verpflichtet, Barrieren zu beseitigen, um die Zugänglichkeit – das freie Betretungsrecht – zu realisieren.

Ob dies im Einklang mit dem allgemeinen Betretungsrecht der Natur steht, ist höchstrichterlich jüngst entschieden worden<sup>47</sup>. Nach Auffassung der Obergerichte sind die Strandabschnitte, die einer ständigen Er- und Unterhaltung unterworfen sind und damit bewirtschaftet werden, vom allgemeinen Betretungsrecht nicht umfasst<sup>48</sup>. Demgegenüber sieht das BVerwG (Anm. 47) grundsätzlich ein freies Betretungsrecht des Strandes. Nur dort, wo der Strand der wirtschaftlichen Badenutzung unterworfen und dementsprechend gewidmet wird, könne das Betretungsrecht eingeschränkt werden. Ob die Nutzung als Strandbadbetrieb selbst rechtmäßig ist, habe für die Beschränkung des Betretungsrechts keine Rolle.

Strafbar als Hausfriedensbruch nach § 123 Abs. 1 StGB ist jedoch das unbefugte Betreten von Grundstücken nur dann, wenn sie befriedet sind. Grundstücke, die dem allgemeinen Betretungsrecht unterworfen sind, dürfen nicht befriedet sein. Für eine Befriedung ist eine physische Abgrenzung notwendig, die von einer gewissen Dauerhaftigkeit<sup>49</sup> und ein körperliches Hindernis für die Überwindung sein muss<sup>50</sup>, wobei das Hindernis zwar erkennbar sein, aber auch nicht zwingend die Überwindung erheblich erschweren muss.

## Unterschlagung

Der Schatzsucher wähnt sich im Recht, dass ihm das gehört, was er findet. Allein das plötzliche Wahrnehmen einer Sache ist jedoch rechtlich kein „Finden“. Es bedarf neben der Entdeckung auch der Inbesitznahme. Damit setzt die Eigentumsbegründung in der Regel eine verbotene Handlung voraus: So ist bei der Entdeckung eines Bodenfundes die Fundstelle unverändert zu lassen und der Bodenfund muss den Denkmalbehörden mitgeteilt werden<sup>51</sup>. Wird der Bodenfund vom Schatzsucher unter Verletzung der denkmalrechtlichen Vorschriften an sich genommen, wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass damit dennoch das Eigentum an dem Schatz begründet wird, da es sich um einen gesetzlichen Eigentumserwerb handelt.

Die Frage des Eigentums ist von ganz entscheidender Rolle. Sie birgt aufgrund der Konstruktion des Fundrechts erhebliche rechtliche Schwierigkeiten, sodass der Finder durchaus ein nicht zu billiges Interesse daran haben kann, die eigentlichen Eigentümer oder Miteigentümer aus ihrer Stellung zu verdrängen. Immerhin kann auch die wirtschaftliche Verwertung eines Fundes für den Eigentümer von besonderer Bedeutung sein<sup>52</sup>.

Nach § 984 BGB gilt der Eigentumserwerb aber nur insoweit, dass gemeinsam mit dem Grundeigentümer ein Miteigentum – Bruchteilseigentum nach § 1008 BGB – zur Hälfte entsteht<sup>53</sup>. Für den Schatzsucher gilt die „Hadrianische Teilung“. Zivilrechtlich erwirbt er bei einem Fund von Gegenständen im Boden, die solange verborgen waren, dass sie herrenlos sind, Miteigentum zur Hälfte. Die andere Hälfte gebührt dem Grundeigentümer oder auch den Grundeigentümern<sup>54</sup>. Strafrechtliche Relevanz entfaltet sich aus den Fundumständen erst, wenn der Miteigentümer gleichsam aus seinem Eigentum verdrängt wird. Das ist der Fall, wenn der Fund weiterverkauft wird oder der Finder für sich beschließt, den Fund gar nicht erst mitzuteilen, also verschweigt, oder nur zum Teil an den Miteigentümer vermittelt. Denn „fremd“ ist eine Sache, wenn sie nicht im Alleineigentum des Täters steht oder herrenlos ist. Zwar ist die Sache zunächst herrenlos, sodass sie sich angeeignet werden kann. Allerdings wird von Gesetzes wegen im Zeitpunkt der Begründung der Tatherrschaft am Fundgegenstand der Finder und der oder die Grundeigentümer jeweils zur Hälfte und zeitgleich Miteigentümer. Eine vorrangige oder juristisch vorzeitige Eigentumsbegründung beim Finder entsteht nicht.

Ein Kuriosum kann jedoch entstehen, wenn Entdeckung und Besitzbegründung am Schatzfund durch zwei verschiedene Personen stattfinden. Das Zivilrecht sieht hier lediglich den Entdecker als Miteigentümer am Fund. Derjenige, der die tatsächliche Sachherrschaft begründet, hat kein Recht zum Besitz. Er ist zur Herausgabe der Sache verpflichtet. Sollte daher ein Schatzsucher rechtskonform die Fundstelle nach seiner Entdeckung zunächst unberührt lassen, sich von der Fundstelle entfernen und ein Dritter die Sache an sich nehmen, entstehen bei ihm und beim Grundeigentümer das Miteigentum an der Fundsache. Entfernt sich nun der unrechtmäßige Besitzer mit der Fundsache, hat er den

<sup>46</sup> Rechtsgrundlage der Kurtaxen sind die Kommunalabgabengesetze der Länder (z. B. § 13 NKAG). Es handelt sich um eine Zeitabgabe.

<sup>47</sup> BVerwG, Urteil v. 13.9.2017 – 10 C 7.16.

<sup>48</sup> OVG Lüneburg, Urteil v. 19.01.2016 – 10 LC 87/16. Dagegen ist Revision unter dem vorgenannten Aktenzeichen des Bundesverwaltungsgerichts anhängig.

<sup>49</sup> Ein einfach zu entfernender Elektrozaun sollte nicht ausreichen (AG Brandenburg, Urteil v. 05.08.2015 – 34 C 93/12 –, juris).

<sup>50</sup> OLG Frankfurt, Neue Juristische Wochenschr. 2006, 1747.

<sup>51</sup> Vgl. § 14 NDSchG. § 9 und 17 DSchG ST.

<sup>52</sup> So schloss sich an die Verfolgung der illegalen Ausgrabung und des Verkaufs der Himmelscheibe von Nebra zu einem späteren Zeitpunkt die Verteidigung der Nutzungsrechte aus § 71 UrhG an (vgl. LG Magdeburg GRUR 2004, 672).

<sup>53</sup> Vgl. O. Hohmann in: W. Joecks/K. Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB<sup>3</sup>, Bd. 4 (München 2017) § 246 StGB RdNr. 11.

<sup>54</sup> Beim Fund einer Bronzefibel auf einem brachliegenden Acker in Südniedersachsen wurden 69 Grundeigentümer festgestellt, die jeweils mit 117tel-Bruchteilen Eigentum an dem Feld hatten. Aufgrund der Besonderheit der Fibel wurde hier das Schatzregal angewendet.

Fund bei der Gemeinde als Fundsache abzuliefern. Andernfalls begeht er eine Fundunterschlagung.

Da der Grundstückseigentümer keinen unmittelbaren Besitz an dem Schatz erwirbt, aber Bruchteilseigentümer an der Sache wird, hat er jedoch das Recht auf Auskunft und das Recht zur Besichtigung (§ 809 BGB). Der Finder muss daher den Grundstückseigentümer über seinen Fund unterrichten (§ 260 BGB). Tut er dies nicht, ist aus dieser Handlung zu schließen, dass er den Grundstückseigentümer aus seinem Miteigentum verdrängen will. Es handelt sich daher um eine Manifestation des Zueignungswillens an der Sachsubstanz. Der Finder hat die Unterschlagung in diesem Fall durch Unterlassen verwirklicht.

Frei verfügen darf jeder Miteigentümer nur über seinen eigenen Bruchteil nach § 747 Abs. 1 BGB, über die gesamte Sache ist dies nur gemeinschaftlich möglich. Verkauft der Finder seinen Schatzfund nun insgesamt ohne Kenntnis des anderen Miteigentümers, so ist in diesem Verkauf eine Manifestation der Zueignung des Sachwerts des fremden Miteigentumsanteils an der Sache zu sehen. Die Unterschlagung ist daher mit dem Verkauf verwirklicht. Die Unterschlagung wird durch einen möglichen Betrug nicht verdrängt. War zwischen den Miteigentümern kein Besitzmittlungsverhältnis über die gesamte Sache vereinbart, ist ein gutgläubiger Eigentumserwerb durch den Käufer am gesamten Gegenstand möglich. Denn abhandengekommen ist die Sache nicht, weil der Grundstückseigentümer keinen unmittelbaren Besitz an der Sache hatte oder diesen nicht ohne seinen Willen verloren hat oder weil der eigentliche Besitzer (der Finder) seinen Besitz nicht ohne seinen Willen verliert. Die ältere Rechtsprechung erkennt eine Strafbarkeit wegen Betrugs aus der sog. Makeltheorie hier allerdings an, denn auch für den gutgläubigen Erwerber entstände ein Schaden. Dieser läge darin, dass sich für den Erwerber die Gefahr entfaltet, vom früheren Eigentümer wegen Hehlerei oder bösgläubigen Erwerbs in Haftung genommen zu werden<sup>55</sup>. Die jüngere Rechtsprechung sieht sich vom Bundesverfassungsgericht in Schranken verwiesen und will dieses Prozessrisiko nur dann als betrugsrelevanten Vermögensschaden ansehen, wenn es sich konkret bestimmen lässt<sup>56</sup>. Insgesamt ist allerdings ein solcher, eher normativ geprägter Schaden abzulehnen, weil das Prozessrisiko ein allgemeines Lebensrisiko ist. Es bleibt daher bei der Unterschlagung zum Nachteil des oder der Miteigentümer.

Ist die Sache hingegen rechtswidrig ausgegraben worden, so ist der Betrug verwirklicht. § 40 Abs. 2 KGSG erklärt Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte über rechtswidrig ausgegrabene archäologische Kulturgüter für nichtig. Zivilrechtlich mag dem Erwerber zwar ein

Schadensersatzanspruch gegen den Verkäufer zustehen. Hier jedoch findet sich ein konkreter Schadenseinschlag, weil das Eigentum durch das gesetzliche Verbot in keiner Weise vermittelt werden kann. Zufriedenstellend ist der Ansatz nicht. Zwar mag er den ersten Waschvorgang zur Verschleierung der unerlaubten Grabung kriminalisieren, jedoch wird der Nachweis der Herkunft aus einer illegalen Grabung kaum gelingen. Andererseits ist die als Reaktion auf dieses Problem vielerorts geforderte Beweislastumkehr dem Strafrecht fremd.

Die Eigentumsdelikte werden stets berührt, wenn nicht das Alleineigentum des Täters besteht. In der Regel sind die im Boden und im Wasser verborgenen Kulturgüter herrenlos, d. h., sie unterliegen dem Aneignungsrecht des Finders. Denn archäologisch relevante Gegenstände sind keine *res extra commercium*; sie können insgesamt Objekte von Rechten sein. Schon in der Gesetzgebungshistorie des BGB war erwogen worden, die archäologischen Objekte gesondert zu fassen<sup>57</sup>.

Die zu suchenden Gegenstände sind regelmäßig verkehrsfähige Gegenstände, selbst wenn sie noch so groß sind wie z. B. Flugzeuge oder Schiffswracks o. ä. Gerade Letztere sind wie oben dargelegt für manche Schatzsucher von großem Interesse. Das Sinken eines Schiffes oder der Absturz eines Flugzeugs führt jedenfalls nicht zu einer Dereliktion des Objekts oder gar zu einem Eigentumserwerb des Staates am Unglücksort<sup>58</sup>. Zahlreiche Nationen formulieren die Regel, dass nur durch internationale Vereinbarung oder aber durch formelle Erklärung das Eigentum des Flaggenstaates am Flugzeug oder Schiff untergeht oder auf einen Dritten übergeht.<sup>59</sup> Da das Reichsvermögen auf den Bund nach Art. 134 GG übergegangen ist, bleibt das Eigentum an Gegenständen der Wehrmacht, soweit es nicht deutlich als derelinquiert gelten kann, beim Bund.

Was jedoch nicht herrenlos ist, sondern lediglich verlassen oder verloren, unterliegt folglich nicht dem An-

<sup>57</sup> Mehrere Zivilrechtsgelehrte, wie Otto Bähr und Otto Gierke, bemühten sich bei der Beschlussfassung für einen Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches in den Jahren vor 1900 um eine Berücksichtigung der archäologischen Funde in den sachenrechtlichen Vorschriften. Im Ergebnis konnten sie sich jedoch nicht durchsetzen, siehe Darstellung bei R. Fischer zu Cramburg, Das Schatzregal: der obrigkeitliche Anspruch auf das Eigentum an Schatzfunden in den deutschen Rechten. Veröff. Ges. Hist. Hilfswiss. 6 (Hoehr-Grenzhausen 2001) 100 ff.

<sup>58</sup> J. A. Bischoff, Kriegsschiffwracks. Welches Recht gilt für Fragen des Eigentums, der Beseitigung und der Haftung? Zeitschr. ausländisches öffentliches Recht u. Völkerrecht – ZaöRV 66, 2006, 465 mit dem Hinweis darauf, dass allerdings die Dereliktion zu einem Auffangerwerb des Staates am Unglücksort führen kann.

<sup>59</sup> Aus der Erklärung der Major Maritime Powers (USA, UK, RUS, F, D) aus dem Jahre 1998, nach Bischoff (ebd. 466 mit weiteren Nachweisen). Für Deutschland werden die Rechte an den abgestürzten Flugzeugen und deutschen Schiffen ebenfalls weiterhin reklamiert (vgl. Bischoff ebd.); dieses Recht wird derzeit von der Bundesanstalt für Immobilienaufgaben wahrgenommen.

<sup>55</sup> Anstelle vieler: BGHSt 15, 83 (87 f.).

<sup>56</sup> BGH NStZ 2013, 37.



eignungsrecht<sup>60</sup>. Für diese Gegenstände gilt das allgemeine Fundrecht<sup>61</sup>. Wenn der Nicht-Berechtigte (d. h. der Finder) sie behält, handelt es sich um eine Unterschlagung.

Für das bürgerliche Recht, dem auch das Sachenrecht unterfällt, hat der Bund eine konkurrierende Gesetzgebung vorgesehen. Obwohl er hier umfassend von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat, gestattet Art. 73 EGBGB die Regalien durch Landesgesetz selbst zu regeln. Bei den Regalien handelt es sich um Vorrechte des Staates. Ihr Ursprung ist teilweise im deutschen wie auch im römischen Recht zu finden. Unter die Regalien fällt auch das Schatzregal, d. h. der Eigentumserwerb des Landesherrn am Schatzfund. Mit Ausnahme von Bayern ist in jedem Bundesland ein Schatzregal verankert<sup>62</sup>. Das Schatzregal lässt originär – und zwar mit dem Zeitpunkt des Fundes – das Eigentum beim Staat entstehen. Von Gegnern des Schatzregals wird es dagegen als „mittelalterliche Zwangsentziehung“ polemisiert.

Dabei wird beiläufig zwischen Schatzregalen unterschiedlicher Reichweite differenziert („kleines“, „großes“ Schatzregal). Die geringste Ausprägung eines Schatzregals findet sich dort, wo lediglich das Eigentum an Funden bei staatlichen Grabungen an den Staat übergeht. „Mittlere“ Schatzregale hingegen statuieren den Eigentumserwerb auch dann, wenn der Fund in einem Grabungsschutzgebiet stattfindet oder von besonderer wissenschaftlicher Bedeutung ist<sup>63</sup>. Große Schatzregale nehmen auch einen Eigentumserwerb immer dann an, wenn der Finder ohne Genehmigung gesucht hat<sup>64</sup>. Ein Sonderfall dürfte dann aber das sächsische Denkmalschutzgesetz sein, das grundsätzlich bei jedem Fund einen Eigentumserwerb des Staates erklärt<sup>65</sup>.

Obwohl die Anwendung des Schatzregals naturgemäß erst nach dem Fund zu erklären ist, wird der Eigentumsübergang an den Staat mit der Entdeckung *ex tunc* wirksam. Das Handeln des Finders bestimmt nun über seine Strafbarkeit. Hat er den Fund rechtzeitig gemeldet und liefert er ihn ab, wird ihm kein Strafübel aus der Unterschlagung drohen. Ein Verschweigen, Behalten oder Verkaufen, das unter der Billigung des Ausschließens des

staatlichen Eigentums geschieht, ist dann als Unterschlagung strafbar.

In jüngster Zeit hat die Gerichte der Fund des „Barbarenschatzes von Rülzheim“<sup>66</sup> beschäftigt. Ausgangs- und Berufungsinstanz hatten eine Fundunterschlagung durch den Finder, der nach den Feststellungen der Tatgerichte von Anfang an den Hort für sich und in seinem Eigentum behalten wollte, angenommen. Das OLG Zweibrücken hat die Berufungsentscheidung aufgehoben, weil der Eigentumsübergang auf das Land durch das Schatzregal nicht hinreichend bewiesen gewesen sei. Das Gericht habe die wissenschaftliche Bedeutung des Schatzfundes nicht dargelegt. Es komme eben nicht auf den materiellen Wert an, sondern auf die wissenschaftliche Bedeutung<sup>67</sup>. Es ist allerdings fraglich, ob dies angesichts der Veröffentlichung der Generaldirektion Kulturelles Erbe als Fachbehörde nicht ausreichend war, um nach § 244 StPO als offenkundige, d. h. konkret allgemeinkundige Tatsache festzustehen, weil sich jedermann darüber in den einschlägigen Publikationen hätte informieren können. Das Prozessrecht nimmt jedoch die Merkmale des gesetzlichen Tatbestands bzw. die unmittelbar beweisheblichen Tatsachen davon aus<sup>68</sup>. Feststellungen, ob der Grundeigentümer entsprechend informiert war und sich daraus eine Tatsachenalternativität, wessen Eigentum verletzt war<sup>69</sup>, ergäbe und so eine Unterschlagung auch anderweitig gegeben sein könnte, fehlten. Insoweit sind die Gerichte gehalten, sich sachverständig beraten über die Voraussetzungen des Schatzregals zu informieren und die zivilrechtlichen Feststellungen zum Eigentumsübergang deutlich im Urteil niederzulegen.

---

## Fazit: Vermeidung der Strafrechtslücke *de lege ferenda*

Es bleibt zu konstatieren, dass trotz zahlreicher Tatbestände im Kontext der illegalen Ausgrabung das eigentliche Delikt im Strafrecht nicht zu finden ist. Auch der Rückgriff auf frühere Entwürfe hilft hier nicht. Selbst der Entwurf des Deutschen Strafgesetzbuches von 1938 kann, obwohl die Archäologie als Weltanschauungswissenschaft in weiten Zügen pervertiert wurde, mit sei-

---

<sup>60</sup> Schatzsucher berichten auch, dass sie zufällig gefundene Abwurfstangen (Geweih) mitnahmen. Dass sie dadurch Jagdrecht verletzen und den Wildereitbestand nach § 292 Abs. 1 Nr. 2 StGB verwirklichen, war auf Vorhalt nicht klar.

<sup>61</sup> Das gilt insbesondere auch am Strand, da die Reichsstrandungsordnung am 1. Juli 1990 außer Kraft getreten ist.

<sup>62</sup> Zuletzt NRW (2013) und Hessen (2011).

<sup>63</sup> z. B. Bremen (§ 19 DSchG HB), Hamburg (§ 18 Abs. 3 DSchG HH), Mecklenburg-Vorpommern (§ 13 DSchG MV), Niedersachsen (§ 18 NDSchG), Nordrhein-Westfalen (§ 17 DSchG NW), Sachsen-Anhalt (§ 12 DSchG ST), Rheinland-Pfalz (§ 20 DSchG RP) oder Baden-Württemberg (§ 23 DSchG BW).

<sup>64</sup> z. B. Brandenburg (§ 12 DSchG BB), Hessen (§ 25 DSchG HE), Saarland (§ 14 DSchG SL), Thüringen (§ 17 DSchG TH).

<sup>65</sup> Vgl. § 3 Abs. 2 DSchG BE, § 25 Nr. 1 DSchG SN, allerdings mit Entschädigungsjunktim.

---

<sup>66</sup> Die Generaldirektion Kulturelles Erbe beschreibt den Inhalt des Hortes u. a. mit einer Silberschale, Gewandbesatz und Resten eines Klappstuhls.

<sup>67</sup> Vgl. OLG Zweibrücken, Beschluss v. 07.07.2016 – 1 OLG 1 Ss 37/16 –, juris.

<sup>68</sup> L. Meyer-Goßner/B. Schmitt, Strafprozessordnung: StPO<sup>60</sup>. Beck'sche Kurz-Kommentare 6 (München 2017) § 244 StPO Rn. 51.

<sup>69</sup> Es handelt sich um eine gleichartige Wahlfeststellung, die zulässig ist. Allerdings hat der Richter die Alternativen festzustellen und muss andere Möglichkeiten sicher ausschließen.

nem Delikt des „Denkmalfrevels“ (§ 269 des Entwurfs) keine Hilfe sein.

Als Vehikel mag dann schon eher das Völkerrecht dienen. Der Europarat hat jüngst das Übereinkommen des Europarates über Straftaten im Zusammenhang mit Kulturgut (sog. Nikosia-Konvention, SEV-Nr. 221) aufgelegt, das an die Stelle der wirkungslos gebliebenen Delphi-Konvention von 1985 treten soll. Art. 4 der Nikosia-Konvention fordert von den Staaten, dass diese einen Straftatbestand für die illegale Ausgrabung schaffen.

Gegen eine Verankerung dieses Tatbestands *de lege ferenda* im Landesrecht spricht einerseits der drohende Partikularismus, der die Anwendung verkompliziert und auch nicht hinreichend Rechnung trägt, dass dieser Tatbestand auch dem Strafanwendungsrecht nach §§ 4–7 StGB für illegale Ausgrabungen, die im Ausland vorgenommen wurden, unterfallen soll. Denn die Schaffung eines interlokalen Strafrechts, d. h. ein partikuläres Strafrecht, das die Handlung im Bundesgebiet unterschiedlich bestraft, ist für diesen Anwendungsfall kaum handhabbar. Ferner ist die Limitierung der Strafgewalt der Länder unbrauchbar. Wenn schon der Verkauf illegal ausgegrabener archäologischer Güter mit einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bedroht sein soll, erscheint es sinnwidrig, wenn das eigentliche Hervorbringen der Tatobjekte nur mit einem Strafraum bis zu zwei Jahren bewehrt sein soll. Diesen Wertungswiderspruch gilt es zu vermeiden oder wenigstens abzumildern.

Sinnvoll erscheint daher *de lege ferenda* eine Erweiterung der Gemeenschädlichen Sachbeschädigung nach § 304 StGB dergestalt:

Die Überschrift von § 304 StGB ist wie folgt zu fassen:

„Gemeenschädliche Sachbeschädigung; unerlaubte Bergung archäologischer Kulturgüter“.

Die Begrifflichkeit „unerlaubt“ lehnt sich dabei an die Vorschriften über die Straftaten gegen die Umwelt an.

Absatz 2 von § 304 StGB wird wie folgt gefasst:

(2) Ebenso wird bestraft, wer unbefugt

1. das Erscheinungsbild einer in Absatz 1 bezeichneten Sache oder eines dort benannten Gegenstandes nicht nur vorübergehend verunstaltet oder

2. Eingriffe in den Boden oder unter Wasser vornimmt, um archäologisches Kulturgut zu bergen.

Die Begrifflichkeit „archäologisches Kulturgut“ ist § 2 Abs. 1 Nr. 1 KGSG entlehnt. Es ist dort gesetzlich definiert als „bewegliche Sachen oder Sachgesamtheiten, die von Menschen geschaffen oder bearbeitet wurden oder Aufschluss über menschliches Leben in vergangener Zeit geben, sich im Boden oder in einem Gewässer befinden oder befunden haben oder bei denen aufgrund der Gesamtumstände dies zu vermuten ist“.

Diese Deliktsformulierung verzichtet auf eine überschießende Innentendenz und scheidet den zufälligen Finder durch den (Eventual-)Vorsatz von der Strafbarkeit aus. Wer eine Genehmigung hat, handelt nicht „unbefugt“. Der Begriff des „Bergens“ schließt jeden Vorgang ein, der den Fund hervorbringt, sei es durch das „klassische“ Ausgraben oder durch das Ausräumen eines Wracks oder die Verwendung von Hebeegeräten. Die Versuchsstrafbarkeit lässt sich hinreichend von der weitgehend als Ordnungswidrigkeit ausgestalteten Suche (Vorbereitungshandlung) differenzieren.

Eine Ergänzung des Strafanwendungsrechts für Delikte, die im Ausland begangen wurden, ist nicht erforderlich. Hier kann der deutsche Staat im Rahmen der stellvertretenden Strafrechtspflege nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB ausreichend tätig werden.

---

## Abstract

Archaeologists in Germany demand criminal liability for illegal treasure hunting. This article outlines the attendant circumstances of treasure hunting and reviews offences usually committed by treasure hunters using metal detectors with the intention to excavate (archaeological) objects covered by soil or using magnets to retrieve such objects out of the water. Finally a statutory offence of illegal excavations is proposed to complement the German Criminal Code (StGB).