
Das aktuelle Thema

BODENDENKMALPFLEGE

Ausgrabungsrecht in Theorie und Praxis

Hans-Jürgen Kühlwetter

1. Vorbemerkung

Sie werden sich darüber wundern, daß mein Beitrag im Titel den Begriff "Ausgrabungsrecht" und nicht "Denkmalschutzrecht" führt. Das hat einen besonderen Grund. Die Bezeichnung "Denkmalschutzrecht" greift nämlich für die rechtliche Betrachtung der Tätigkeit «Ausgrabung» zu kurz. In der Rechtsentwicklung der letzten 30 Jahre ist das früher selbständige "Ausgrabungsrecht", wie noch der preußische Rechtszustand bezeichnet wurde, als normierte Bezeichnung verschwunden. Dies änderte aber nichts daran, daß der komplexe Lebensverhalt des Ausgrabens von Bodendenkmälern immer noch als Ausgrabungsrecht bezeichnet werden muß.

Lediglich ein Teil des Ausgrabungsrechtes wird von den Denkmalschutzgesetzen in der Bundesrepublik umfaßt. Die Entwicklung ist dahin gegangen, das Ausgrabungsrecht durch die sogenannten "Koppelgesetze" in die früher baurechtlich behandelte Materie des Baudenkmalrechtes hineinzuziehen.

Die Rechtsentwicklung in der Bundesrepublik hat somit dazu geführt, daß die Denkmalschutzgesetze als kombinierte Gesetze erlassen worden sind. Diese regeln die Ausgrabungstätigkeit und die eventuell daran anschließende Bodendenkmalpflege und den Sammelbegriff des "Denkmals" in einem Gesetz mit der klassischen Baudenkmalpflege (Abb.1).

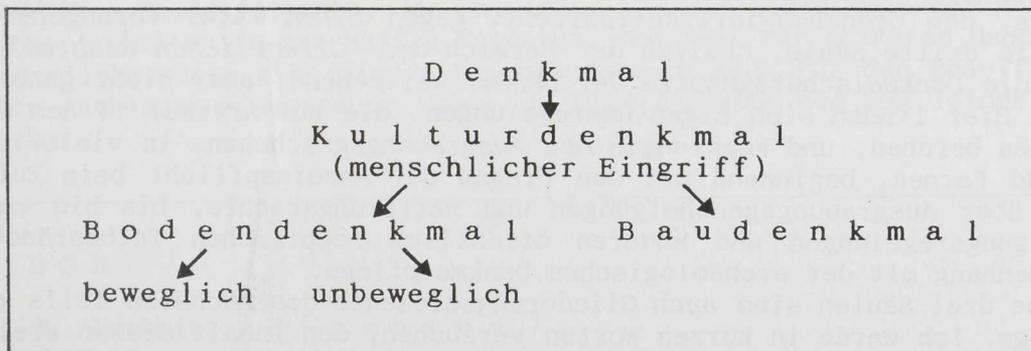


Abb.1. Denkmalsystematik

Ob dies nützlich und richtig war oder nicht, mag der Diskussion überlassen bleiben. Man kann positive und negative Aspekte dazu anführen. Tat-

sache ist aber, daß große rechtliche Bestandteile der Ausgrabungstätigkeit in diesen Denkmalschutzgesetzen nicht erfaßt werden. Weiterhin muß man sich darüber klar werden, daß in der heutigen Zeit - und darum wende ich mich hier an Archäologen - die Regelungssucht des Gesetzgebers einen hohen Grad erreicht hat. Es gibt kaum einen Lebensstatbestand, der nicht - im Gegensatz zu früher - durch Norm erfaßt und geregelt ist. War es früher noch möglich, in seinem Garten alte Zweige zu verbrennen oder andere Dinge auf seinem Eigentum zu tun, so ist das in der heutigen, geregelten Gesellschaft nicht mehr möglich. Diese Regelungstiefe umfaßt fast alle Lebensbereiche. Um so notwendiger wird es deswegen, daß sich auch der Fachmann, der normalerweise nichts mit dem Recht zu tun hat, darüber im klaren ist, daß fast jeder Handschlag, den er tut, rechtlichen Regeln unterworfen sein kann.

Oft ist sein Erstaunen sehr groß, wenn er merkt, daß er sich rechtlich unzumutbar verhalten oder gar einen Rechtsverstoß begangen hat. Trotzhalten und bewußtes Negieren sind dann die Folgen. Andererseits hätte durch eine vorherige Kenntnisnahme von den betreffenden rechtlichen Regelungen evtl. der Erfolg leichter und schneller erzielt werden können. In diesem Zusammenhang stellt sich - was Ihr Fachgebiet angeht - damit die Frage, an welcher universitären Bildungsinstitution in der Bundesrepublik heute die rechtlichen Grundlagen für Ihre Tätigkeit, d.h. das Forschen im Boden unter dem Aspekt der Ur- und Frühgeschichte gelehrt wird. Ich glaube sagen zu können, soweit gehen zumindest meine Kenntnisse, daß das in der Bundesrepublik nicht der Fall ist.

Ich möchte, daß Sie dieses Defizit erkennen. Oben wurde der Befund des Ausgrabungsrechtes angesprochen und erwähnt, daß die Denkmalschutzgesetze nicht den gesamten Bereich des Ausgrabungsrechtes erfassen. Das soll nunmehr begründet werden.

Das Ausgrabungsrecht kann man in 3 «Säulen», d.h. Sachgebiete des Rechtes zusammenfassen (Abb.2). Ausgrabungsrecht besteht zuerst aus der Säule "Zivilrecht", wobei das Zivilrecht die Frage nach dem Eigentum an einem Gegenstand regelt. Die zweite Säule des Ausgrabungsrechtes ist das "Strafrecht". Auch das Strafrecht regelt ausgrabungstypische Sachverhalte, insbesondere die Frage, wann eine Fundunterschlagung oder gemeinschädliche Sachbeschädigung vorliegt oder wann nach der kleinen Tochter des Strafrechtes, dem Ordnungswidrigkeitenrecht, gegen einen Täter vorzugehen ist. Erst die dritte Säule, nämlich der Bereich des "Öffentlichen Rechtes", wird durch die Denkmalschutzgesetze der Länder weitgehend, aber nicht ganz abgedeckt. Hier finden sich Eigentumsregelungen, die auf Artikel 14 des Grundgesetzes beruhen, und Regelungen des Ausgrabungsgeschehens in vielerlei Arten und Formen, beginnend mit den Fragen der Anzeigepflicht beim Zufallsfund, über Ausgrabungsgenehmigungen und Betretungsrechte, bis hin zu Entschädigungsregelungen und anderen öffentlich rechtlichen Tatbeständen im Zusammenhang mit der archäologischen Denkmalpflege.

Diese drei Säulen sind auch Gliederungselemente des nächsten Teils meines Beitrags. Ich werde in kurzen Worten versuchen, den Inhalt dieser drei Säulen bzw. der rechtlichen Gebiete für Sie verständlich zu umreißen.

2. Zivilrecht

Eine direkte Spezialregelung für die Frage, wem das Eigentum an einem Fund aus einer archäologischen Grabung oder einem Zufallsfund zusteht, hat das Zivilrecht nicht getroffen. Es ist aber unbestritten, daß der § 984 BGB, d.h. die Regelung über den Schatzfund, auf den archäologischen Fund Anwendung findet. Der "Schatz" ist so definiert, daß "...eine Sache so lange

verborgen gelegen haben muß, daß sein Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist." (Abb.3).

A U S G R A B U N G S R E C H T		
<u>Zivilrecht</u>	<u>Strafrecht</u>	<u>Öffentliches Recht</u>
§ 984 BGB Schatzregale	§ 246 StGB Fundunterschlagung	Art. 14 GG Ländergesetze:
	§ 304 StGB Gemeinschaftliche Sachbeschädigung; Ordnungswidrigkeits- tatbestand	Genehmigungen; Betretensrechte; Entschädigungs- regelungen

Abb.2. Die drei «Säulen» des Ausgrabungsrechtes

Zu diesem Komplex hat es in den letzten Jahren einige interessante Urteile gegeben, wobei insbesondere das Urteil des Bundesgerichtshofes zum Falle des bekannten "Lübecker Münzschatzfundes" herauszustellen ist. Hier spielten Fragen die Rolle, die damit zusammenhängen, daß ein Bediensteter einer Firma der Finder war, wobei diese Firma auch nicht direkt beauftragt, sondern selbst wiederum Subunternehmer durch den Bodeneigentümer war. Auch Fragen der Inbesitznahme sind in diesem Zusammenhang interessant.

Die Rechtsfolge eines Fundes, bei wem nämlich Eigentum entsteht, ist für den Archäologen auch interessant. Der Fund nach § 984 BGB erleidet das Schicksal, daß er in einen «Entdeckeranteil» und einen «Eigentümeranteil» geteilt wird. Beide Personen, der Entdecker und der Eigentümer der geborgenen Sache, erhalten je zur Hälfte Eigentum, und zwar zur gesamten Hand.

Bedauerlicherweise gilt dieser Eigentumserwerb auch für den Böswilligen, d.h. den «schwarzen» Ausgräber. Dies ist ohne Änderung des BGB leider nicht abänderbar.

<p>B G B</p> <p>3. Abschnitt. Eigentum</p> <p>§ 984 [Schatzfund] Wird eine Sache, die so lange verborgen gelegen hat, daß der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist (Schatz), entdeckt und infolge der Entdeckung in Besitz genommen, so wird das Eigentum zur Hälfte von dem Entdecker, zur Hälfte von dem Eigentümer der Sache erworben, in welcher der Schatz verborgen war.</p>
--

Abb.3. § 984 BGB - Schatzfund

Das Lübecker Schatzfundurteil zeigt, daß die Städte, aber auch diejenigen Bauherren, bei denen die Wahrscheinlichkeit von Funden während der Baumaßnahmen entsteht, in ihren Auftragsformularen die Frage des Fundes durch den Unternehmer regeln müßten. Die «Stellvertretung» beim Fund muß in ihre Auftragsformulare eingebaut werden. Dann «findet» eben nicht der Unternehmer bzw. dessen Arbeiter, sondern es «findet» der Auftraggeber.

3. Strafrecht

Im Strafrecht sind es zwei Tatbestände, die uns unter dem Aspekt des Ausgrabungsrechtes zu interessieren haben. Dies ist einmal die "gemeinschädliche Sachbeschädigung" gem. § 304 StGB (Abb.4.) sowie die Unterschlagung in der besonderen Form der "Fundunterschlagung" gem. § 246 StGB (Abb.5.).

Zur gemeinschädlichen Sachbeschädigung ist zu sagen, daß es sich hier um eine Qualifizierungsform der normalen Sachbeschädigung handelt. Das geschützte Rechtsgut im Falle des § 304 StGB ist das Interesse der Allgemeinheit an der Unversehrtheit von Denkmälern. Die Handlung selbst besteht im Beschädigen oder Zerstören.

S t G B

Besonderer Teil. 27. Abschnitt

§ 304 Gemeinschädliche Sachbeschädigung. (1) Wer rechtswidrig Gegenstände der Verehrung einer im Staat bestehenden Religionsgesellschaft oder Sachen, die dem Gottesdienst gewidmet sind, oder Grabmäler, öffentliche Denkmäler, Naturdenkmäler, Gegenstände der Kunst, der Wissenschaft oder des Gewerbes, welche in öffentlichen Sammlungen aufbewahrt werden oder öffentlich aufgestellt sind, oder Gegenstände, welche zum öffentlichen Nutzen oder zur Verschönerung öffentlicher Wege, Plätze oder Anlagen dienen, beschädigt oder zerstört, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

Abb.4. § 304 StGB - Gemeinschädliche Sachbeschädigung

Öffentliche Denkmäler im Sinne dieser Bestimmung sind "Erinnerungszeichen, die dem Andenken an Personen, Ereignisse oder Zustände zu dienen bestimmt sind". So ist bereits in alter Reichgerichtsrechtssprechung ein Megalithgrab als ein solches Denkmal anerkannt worden.

Zu dem Begriff "Denkmal" muß aber noch die weitere Qualifikation "öffentlich" treten. Dieser Begriff "öffentlich" setzt eine Zweckbestimmung voraus, durch die das Denkmal der Öffentlichkeit gewidmet worden ist.

Unter Öffentlichkeit in diesem Sinne ist nicht zu verstehen, daß eine unmittelbare öffentliche Zugangsmöglichkeit bestehen muß. Andererseits hindert auch die Umschließung eines Denkmals durch Privateigentum den Begriff "öffentlich" im Sinne des § 304 StGB nicht. Insofern wird also der § 304 StGB nicht wirksam, wenn der Fund nicht der Öffentlichkeit gewidmet, d.h. zugänglich gemacht worden ist, sondern bisher verborgen war. § 304 StGB ist

daher nur anwendbar für die Fälle, in denen das Denkmal bereits vor der Zerstörung öffentlich gewidmet war. Eine Beschilderung oder sonstige Hinweise sind nicht unbedingt Voraussetzung.

Die Begriffe "beschädigen" oder "zerstören" setzen voraus, daß eine Sache durch eine Handlung beeinträchtigt wird. Substanzverletzung oder Verminderung der Substanz sind nicht unbedingt erforderlich. Beschädigen oder Zerstören kann durchaus auch im Hinzufügen von Teilen bestehen, z.B. durch Beschmierungen oder Bekleben.

Zusammenfassend ergibt sich bei der Anwendung des § 304 StGB für den praktischen Archäologen eine Schwierigkeit. Es besteht unverkennbar eine Tendenz, in der Landschaft vorhandene Denkmäler nicht klar als solche zu bezeichnen, um möglichst Raubgräber nicht weiter anzulocken. Auch besteht teilweise eine Angst davor, durch eine Bezeichnung als Denkmal dessen Beschädigung oder Zerstörung zu initiieren. Andererseits ist mit einer solchen Politik die Gefahr gegeben, daß ein Denkmal, wenn es als solches nicht öffentlich erkennbar ist, auf den Schutz des § 304 StGB verzichten muß. Dieser Konflikt ist ein klassischer Fall zur Praxis des Ausgrabungsrechtes.

Der zweite Tatbestand im Rahmen des Strafgesetzbuches ist die Unterschlagung in der besonderen Form der Fundunterschlagung gem. § 246 StGB (Abb.5). Tatbeständliche Voraussetzung einer Unterschlagung ist, daß sich der Täter eine "fremde bewegliche Sache", die er bereits im Besitz oder Gewahrsam hat, rechtswidrig zueignet, d.h. in sein Vermögen überführt. Aus dieser Definition ergibt sich, daß der Normaltatbestand der Unterschlagung zwei zeitliche Ebenen hat. Zunächst muß der Täter Besitz oder Gewahrsam an dieser ihm nicht gehörenden Sache innehaben. Sodann folgt in einem zeitlichen Abstand der Akt der rechtswidrigen Zueignung. Das ist die zweite zeitliche Ebene. Diese rechtswidrige Zueignung bedeutet im allgemeinen, daß der Täter die ihm nicht gehörige Sache in sein Vermögen eingliedert. Die herrschende Rechtsprechung und Rechtslehre bejahen aber eine Sonderform, nämlich die Fundunterschlagung.

S t G B

D i e b s t a h l u n d U n t e r s c h l a g u n g

§ 246.* Unterschlagung. (1) Wer eine fremde bewegliche Sache, die er in Besitz oder Gewahrsam hat, sich rechtswidrig zueignet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe und, wenn die Sache ihm anvertraut ist, mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

Abb. 5. § 246 StGB - Diebstahl und Unterschlagung

Die beiden Zeitebenen, die ich oben geschildert habe, können bei dieser Form in einen Akt zusammenfallen, d.h. sie sind lediglich nur noch durch eine "juristische" oder "logische Sekunde" getrennt. Der Musterfall dazu ist, daß ein Finder einen fremden Gegenstand, d.h. eine Sache, die ihm nicht gehört, findet und uno actu die Inbesitznahme vollzieht mit der gleichzei-

tigen rechtswidrigen Zueignung, d.h. mit einer Handlung, die der Absicht Ausdruck gibt, diese Sache in sein Vermögen zu überführen.

Tatbestandsvoraussetzung ist, daß es sich bei dem Fundgut um eine fremde bewegliche Sache handelt. Eine Unterschlagung kann also nicht bei eigenen Sachen geschehen. Der Täter muß Besitz oder Gewahrsam begründen, womit ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis gemeint ist. Sodann muß er - und hier werden oft Schwierigkeiten auftreten - sich die Sache zueignen, d.h. man muß dem Täter nachweisen können, daß er die Absicht hatte, sich die Sache anzueignen.

Diese Zueignung ist kein nur innerer Vorgang. Sie wird nicht nur durch einen inneren Entschluß vollzogen, sondern es ist auch der Wille erforderlich, die Sache zu behalten, wobei dieser Wille durch eine nach außen erkennbare Handlung dokumentiert werden kann. Bei archäologischen Fundunterschlagungen können insbesondere folgende Handlungen als Beweis dafür gewertet werden, daß der Täter sich das Gut aneignen will:

- Angebot zum Weiterverkauf
- Eingliederung in die eigene Sammlung
- Behalten zu Hause ohne in der entsprechenden zumutbaren Frist die zuständige Behörde zu verständigen
- Verweigerung der Herausgabe an den Eigentümer oder das zuständige Amt
- Erklärung als Eigentum einem Dritten gegenüber
- Verarbeiten, Umbilden oder Vernichten des Gegenstandes

Der dritte größere Komplex im Bereich Strafrecht sind die Ordnungswidrigkeiten. Bei der Ordnungswidrigkeit handelt es sich sozusagen um die «kleine Schwester» des Strafrechtes. Ordnungswidrigkeiten kriminalisieren den Täter nicht. Ursprünglich fanden sich die Ordnungswidrigkeiten fast ausschließlich im "Verwaltungsrecht", z.B. dem Unterlassen einer polizeilichen Anmeldung o.ä. Handlungen, die zwar nicht korrekt waren, aber auch nicht «kriminalisiert» waren.

In der Rechtsentwicklung nach dem Kriege haben sich diese Ordnungswidrigkeiten sehr stark vermehrt. Heute ist der Stand so, daß fast jedes öffentlich-rechtliche Gesetz in den rückwärtigen Paragraphen die Durchsetzung seiner Normen durch Ordnungswidrigkeiten sichert. Dabei ist zu beachten, daß das "Gesetz über Ordnungswidrigkeiten" im Schwerpunkt nur Verfahrensregelungen trifft, die materiellen Tatbestände, gegen die verstoßen werden kann, sich aber in den einzelnen Spezialgesetzen befinden.

Dieser Tatbestand findet sich auch im Bereich des Ausgrabungsrechtes. Fast jedes Denkmalschutzgesetz hat in seinen rückwärtigen Paragraphen eine Reihe von Ordnungswidrigkeitstatbeständen. Die reine Abwicklung des Verfahrens geschieht dann nach den Regeln, die in dem Bundesgesetz über Ordnungswidrigkeiten niedergelegt worden sind.

Vergleicht man nun die bestehenden Landesdenkmalgesetze hinsichtlich der Ordnungswidrigkeitstatbestände, so stellt man zunächst einmal fest, daß eine weite Spanne von Bußgeldmöglichkeiten besteht. Es gibt Obergrenzen bis zu 500.000 DM. Andererseits gibt es aber auch in Gesetzen Obergrenzen mit höchstens 1.000 DM.

Als Tatbestände kommen in Frage die Veränderungen nach dem Fund, die Zerstörung und Beseitigung eines Fundes, das Entfernen eines Fundes und die unterlassene Wiederherstellung, die Verbringung, die Instandsetzung ohne Genehmigung, Maßnahmen in der Umgebung ohne Genehmigung, Nachforschen ohne Genehmigung, Arbeiten im Schutzgebiet ohne Genehmigung, Verletzungen der Anzeigepflicht, Verletzungen der Auskunftspflicht, Verstoß gegen Katastrophenschutzmaßnahmen, Verletzungen von Übergabepflichten und Unterlassung von Anzeigen des Eigentumswechsels.

Die Ordnungswidrigkeiten umfassen einen großen, bunten Strauß von Handlungen. Dazu kommt noch, daß das Ordnungswidrigkeitenrecht auch die Möglichkeit vorsieht, "producta et instrumenta sceleris" einziehen zu können.

4. Öffentliches Recht

Das Öffentliche Recht ist grundsätzlich dadurch gekennzeichnet, daß im Gegensatz zum Zivilrecht im Öffentlichen Recht der Staat dem Bürger als Übergeordneter entgegentritt. Damit umfaßt das Öffentliche Recht Normen für Gebiete, in denen nicht, wie im Bürgerlichen Recht, zwei gleichrangige Partner sich gegenüberstehen, sondern in denen der eine Partner kraft staatlicher Autorität eine Übermacht über den anderen Partner hat.

Im Bereich des Ausgrabungsrechtes finden wir als ersten Punkt, den wir im Bereich des Öffentlichen Rechtes ansprechen müssen, die Verfassung.

Nach unserer Verfassungskonstruktion ist das Denkmalschutzrecht Sache der Länder. Dennoch haben wir uns im Bereich unserer Verfassung intensiv mit Artikel 14 GG zu beschäftigen, da fast jede denkmalpflegerische Betätigung - und das kann auch das Ausgraben sein - Eigentum eines anderen Bürgers berührt oder berühren kann. Das Verhältnis des Staates zum Eigentum des Bürgers ist in Artikel 14 geregelt (Abb.6). Dieser gibt zunächst eine Grundrechtsgarantie. Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. In der weiteren Folge statuiert aber der Artikel 14 eine Sozialbindung, d.h. die Bindung des Eigentümers, gewisse Einschränkungen des Eigentums entschädigungslos hinzunehmen. Diese Sozialbindung ist in einem Rechtsstaat dem Eigentumsbegriff immanent.

GG

Art. 14 [Eigentum, Erbrecht und Enteignung]

(1) Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.

(2) Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.

(3) Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen. Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfall der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen.

Abb.6. Art. 14 GG - Eigentum, Erbrecht und Enteignung (Abs. 1: Grundrechtsgarantie; Abs. 2: Sozialbindung; Abs. 3: Enteignung)

Die dritte Ebene in Artikel 14 regelt die Möglichkeit, dem Bürger beim Vorliegen bestimmter Tatbestandselemente das Eigentum zu entziehen, und zwar nur gegen Entschädigung. Die Abgrenzung zwischen Sozialbindung einerseits und entschädigungspflichtiger Enteignung andererseits ist außeror-

entlich umstritten und schwierig. Darauf soll hier nicht eingegangen werden.

Klassisch ist aber ein Fall der Sozialbindung, nämlich die auf Zeit beschränkte Einstellung von Bauarbeiten, um archäologische Untersuchungen vorzunehmen. Hier haben wir den Eingriff der Öffentlichen Hand in das Eigentum eines Bürgers. Dieser Eingriff wird aber, wenn er zeitlich nicht allzu lange dauert, immer als Sozialbindung hingenommen werden müssen. Aus diesem Grunde sehen alle Denkmalschutzgesetze zeitlich unterschiedlich lange Beschränkungen dieser Bauarbeiten vor. Man ist der Meinung, daß diese kurzen Zeiten entschädigunglos hinzunehmen sind.

Daneben ist auf Artikel 13 GG zu verweisen. Grundstücke oder auch Wohnungen können nur zur Durchführung staatlicher Aufgabe betreten werden. Die Garantie der Unverletzlichkeit der Wohnung kann hintanstehen, wenn bestimmte übergeordnete Interessen dies gebieten. In einigen Denkmalschutzgesetzen der Länder ist ein solches Betretungsrecht des Denkmalschutzes vorgesehen.

Für die weiteren Fragen des Denkmalschutzes im öffentlichen Bereich - abgesehen von den Denkmalschutzgesetzen - ist noch hinzuweisen auf das *"Städtebauförderungsgesetz"* sowie auf das *"Gesetz zur Berücksichtigung des Denkmalschutzes im Bundesrecht"*, wobei dieses am 1.6.1980 inkraft getretene Gesetz in verschiedenen anderen Gesetzen, so im Raumordnungsgesetz, im Bundesfernstraßengesetz, im Bundeswasserstraßengesetz, im Flurbereinigungsgesetz, im Bundesnaturschutzgesetz, im Telegraphenwegegesetz und im Bundesbahngesetz die besondere Berücksichtigung des Denkmalschutzes festlegt.

Damit ist auch der Bereich des Planfeststellungsrechtes nach § 73ff. des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes angesprochen. Nach diesen Vorschriften sind viele Planfeststellungsverfahren abzuwickeln. Auch in diesen Planfeststellungsverfahren hat der Denkmalschutz durchaus seine Wertigkeit und auch sein Recht, gehört zu werden, bevor über eine Planung beschlossen wird.

Betrachtet man nun im Querblick die bestehenden Denkmalschutzgesetze, so kommt man zunächst zu der Frage, was diese Denkmalschutzgesetze definieren. Hier fällt bei einer vergleichenden Betrachtung auf, daß der Ausgangsbegriff der Denkmalschutzgesetze, nämlich der Denkmalbegriff, außerordentlich unterschiedlich definiert wird. Teilweise ist die Rede vom Denkmal, vom Kulturdenkmal oder vom Bodendenkmal.

Oft tritt zu dem Begriff des *"Kulturdenkmals"* auch noch der Begriff des *"Öffentlichen Interesses"* hinzu, wobei das öffentliche Interesse dann auch noch weiter definiert wird durch die Begriffe *"Kunst"*, *"Wissenschaft"*, *"Geschichte"* und *"Städtebau"*.

Es würde hier zu weit führen, die außerordentlich verzweigte Definitionsgeschichte des Denkmalbegriffes zu verfolgen. Es sei hier nur festgestellt, daß es kaum ein Denkmalschutzgesetz in der Bundesrepublik gibt, das einen Denkmalbegriff hat, der mit einem anderen Gesetz voll identisch ist. Dies ist sicher eine Erschwernis in der Anwendung dieses wichtigen Begriffes, wobei überhaupt die Anwendung des Begriffes *"Denkmal"* auf den archäologischen Tatbestand per se eine gewisse Schwierigkeit hat.

Ein weiteres Problem der Denkmalschutzfunktion ist es, ob geologische und paläontologische Gegenstände darunter fallen, insbesondere, wenn man von dem Kulturdenkmal ausgeht und Kultur als etwas definiert, das von Menschen zumindest beeinflußt ist.

In einem weiteren Querschnitt, der durch die Denkmalschutzgesetze gelegt werden muß, finden wir Schatzregalregelungen. Im zivilrechtlichen Teil wurde bereits dargelegt, daß das BGB in § 984 eine Regelung enthält, die

das eigentumsrechtliche Schicksal eines Fundes regelt. Es gibt nun aber eine rechtliche Möglichkeit aus dem Begriff des Öffentlichen Rechtes diese Eigentumsfolge abzuändern.

Der Artikel 73 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch (dieses Einführungsgesetz stammt aus dem Jahr 1900, als nämlich unser Bürgerliches Gesetzbuch eingeführt wurde) besagt, daß "landesgesetzliche Vorschriften über Regalien" unberührt bleiben. Landesrechtliche Vorrechte am Schatz sind aber nach alter Rechtsauffassung Regalien.

Über dieses Schatzregal besteht - im übrigen zwischenzeitlich durch Rechtssprechung abgesichert - die Möglichkeit, in Denkmalschutzgesetzen vom BGB abweichende Regelungen über den Eigentumserwerb am Schatz zu treffen. Von diesen Möglichkeiten haben einige Länder Gebrauch gemacht. Einige Länder haben auch neuerdings noch das Schatzregal eingeführt. In fast allen Regelungen ist aber festgelegt, daß das Schatzregal nur bei einem Fund besteht, der entweder bei staatlichen Nachforschungen oder in einem Grabungsschutzgebiet aufgetreten ist.

Das Schatzregal besagt, daß die Eigentumsfolge des § 984 ausgeschlossen ist und der Staat stattdessen Eigentümer des Fundes wird. Die einschneidende Wirkung dieser Schatzregalregelung ist dadurch gemildert, daß, wie oben bereits gesagt, die Schatzregalregelungen nur auf die Funde bei staatlichem Nachsuchen oder auf die Funde in einem Grabungsschutzgebiet Anwendung finden. Damit ist sichergestellt, daß der normale Zufallsfund dem Schatzregal nicht unterfällt (Abb.7).

SCHATZREGAL des Landes Rheinland-Pfalz

Landesgesetz zum Schutz und zur Pflege der Kulturdenkmäler (Denkmalschutz- und -pflegegesetz - DSchPflG)

vom 23. März 1978 (GVBl.S.159)*),

zuletzt geändert durch Gesetz vom 27. Oktober 1986 (GVBl.S.291)

§ 19 a Schatzregal

Funde, die herrenlos sind oder die so lange verborgen waren, daß ihr Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist, werden mit der Entdeckung Eigentum des Landes, wenn sie von besonderem wissenschaftlichen Wert sind oder bei staatlichen Nachforschungen oder in Grabungsschutzgebieten (§ 22) entdeckt werden. § 20 findet keine Anwendung.

Abb.7. Schatzregal des Landes Rheinland-Pfalz

Ein weiteres wesentliches Element der Denkmalschutzgesetze ist die Regelung des Begriffes "Fund". Für die Definition des Fundes ziehen die Kommentatoren des Denkmalschutzrechtes weitgehend die zivilrechtliche Definition des Finders oder des Fundes aus § 984 BGB bei. Darüber hinaus erweitern aber viele Denkmalschutzgesetze den zivilrechtlichen Begriff des Fundes durch eine Reihe von öffentlich rechtlichen Forderungen, die aus dem öffentlichen Interesse an der Kenntnis und an der Bewahrung des Fundes fließen. Insofern wird hier an einen zivilrechtlichen Tatbestand eine öffentlich rechtliche Rechtsfolge geknüpft.

Der Fund selbst ist in fast allen Gesetzen als "Entdeckungsvorgang einer verborgenen Sache" erklärt. Nicht in allen Ländern ist durch die Formulie-

rung des Fundtatbestandes gesichert, daß auch der Unterwasserfund abgedeckt ist. In Bayern und Berlin ist die Erfassung eines Unterwasserfundes durch das Denkmalschutzgesetz dem Wortlaut nach fraglich, da nach beiden Gesetzen die Funde sich "im Boden" befinden müssen. In einer weiteren Gruppe von Gesetzen ist es möglich, durch Auslegung zu dem Ergebnis zu kommen, daß Unterwasserfunde auch dem Gesetz unterstellt werden können. Es ist aber insbesondere erstaunlich, daß z.B. in Hamburg keine eindeutige Regelung getroffen ist. Dies erstaunt angesichts der Tatsache, daß demgegenüber in den Ländern Bremen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Saarland und Schleswig-Holstein die Möglichkeit eines Unterwasserfundes ausdrücklich in den Landesgesetzen ausdrücklich angesprochen wird.

Zu dem Begriff "Fund" gehört auch eine ausführliche Betrachtung darüber, wie es mit der «Detektorarbeit» beim Ausgrabungsrecht aussieht. Die geltenden Denkmalschutzgesetze sind hier in zwei Gruppen aufzuteilen. Bei der Formulierung der meisten Denkmalschutzgesetze war das Problem dieser Detektorarbeit noch nicht bekannt. Die entsprechenden Formulierungen sind daher eher zufällig in die Gesetze aufgenommen worden. Sie haben sich aber nachher für die Entscheidung, ob nach dem Gesetz Detektorarbeit zulässig ist oder nicht, als entscheidend erwiesen.

Eine Gruppe von Gesetzen stellt bereits die Nachforschungen und das Suchen unter den Erlaubnisvorbehalt einer Grabungsgenehmigung. Diese Gesetze machen dadurch die Detektorarbeit allein schon genehmigungspflichtig. In den Ländern Baden-Württemberg, Hessen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein, Thüringen, Brandenburg und Sachsen-Anhalt ist die Detektorbenutzung unzulässig bzw. genehmigungspflichtig.

Sämtliche anderen Gesetze formulieren hinsichtlich der gezielten Suche nicht im Sinne von «Nachforschungen» sondern nach dem Willen zu graben. Dieser eng umgrenzte Wille zu graben umfaßt aber nicht mit der für eine Verfolgung notwendigen gesetzlichen Schärfe den Vorgang des Aufsuchens von metallenen Gegenständen mittels Detektorsuche, da dieser Gegenstand durch den Detektor ja nicht ergraben, sondern lediglich seine Position im Boden festgestellt wird. Für die Gruppe von Ländern mit diesen Gesetzen kann daher nur festgestellt werden, daß es dringend erforderlich wäre, den Gesetzeswortlaut bei der nächstmöglichen Änderung entsprechend umzustellen.

Die Gesetze treffen weiterhin umfangreiche Vorschriften darüber, wie sich der Finder, insbesondere der Zufallsfinder, nach dem Fund zu verhalten hat. Zunächst sehen alle Gesetze einheitlich eine unverzügliche Anzeigepflicht vor. Diese besteht aber nicht nur für den Finder, sondern auch für den Eigentümer und/oder Besitzer des Grundstückes oder auch für den Bauleiter. Die Gesetze sehen für diese Meldung verschiedene Fristen vor.

An diese Fundanzeige schließt sich nach den Denkmalschutzgesetzen ein umfangreiches Bündel von möglichen Tätigkeiten der Denkmalschutzbehörde an, das durch eine Reihe von Rechten der Denkmalschutzbehörden gegenüber den Grundstückseigentümern oder gegenüber den Findern abgesichert ist. Mit wenigen Ausnahmen sehen alle gesetzlichen Regelungen Betretungsrechte für das Grundstück vor, ferner Rechte zur Bergung und Auswertung, Rechte zur Inbesitznahme, zur Auskunftseinholung, zur Fotografie, zur weiteren Nachsuche, zur Klärung der Fundumstände, zur Sicherung weiterer Funde, zur Anordnung von Unterhaltungsmaßnahmen, zur Anordnung von Sicherungsmaßnahmen und ferner auch zu weiteren Beschränkungen der wirtschaftlichen Nutzung des Grundstückes. Hier sollte man sich im Rahmen weiterer gesetzlicher Arbeiten zur Vereinheitlichung des Denkmalschutzes auf einen einheitlichen, verbindlichen Katalog notwendiger Maßnahmen verständigen.

Für das weitere Verhalten sehen eine Reihe von Denkmalschutzgesetzen sodann Vorkaufsrechte vor, sowie die Möglichkeiten der einstweiligen Unterschutzstellung und schließlich der Enteignung gegen Entschädigung und Ablieferung der Fundgegenstände.

In allen Bundesländern sehen die Gesetze vor, daß das gezielte Graben oder Aufsuchen archäologischer Bodendenkmäler einer behördlichen Erlaubnis bedarf.

Diese behördliche Erlaubnis kann Privatleuten erteilt werden. Es sollte aber eine Warnung an die Denkmalschutzbehörden ausgesprochen werden, hier die Voraussetzungen für die Erteilung einer solchen Grabungsgenehmigung sehr genau zu prüfen. Außerdem muß aus der Praxis dringend angeraten werden, Ausgrabungserlaubnisse nur zeitlich oder örtlich begrenzt auszustellen, da die Feststellung gemacht wurde, daß örtlich oder zeitlich nicht begrenzte Ausgrabungserlaubnisse ad infinitum weiter benutzt wurden.

In allen Gesetzen - mit Ausnahme der Regelung für Berlin - finden sich weitere Vorschriften über die Festlegung von Grabungsschutzgebieten. Bei diesen Grabungsschutzgebieten handelt es sich um die Festlegung und Ausweisung von bestimmten Gebieten zum Zweck der Sicherung der Bodendenkmalpflege, wenn in dem Gebiet oder dem Grundstück die begründete Vermutung besteht, daß dort archäologische Bodendenkmäler verborgen sind. In Zukunft wird dieser flächenhafte Schutz eine immer größere Bedeutung bekommen. Daneben steht auch die baurechtliche Veränderungssperre als parallele Institution.

Weiterhin ist gesetzlich abzusichern, daß alle Denkmäler und Bodendenkmäler, die diese Bezeichnung ihres Wertes wegen verdienen, durch das Gesetz erfaßt und entsprechend geschützt werden. Dies geschieht normalerweise durch den Eintrag in eine Denkmalliste. Bei genauer Betrachtung der Listensysteme ist aber festzustellen, daß es in den verschiedenen Gesetzen zwei Möglichkeiten gibt, Denkmäler in eine Liste einzutragen. Man kann diese beiden Möglichkeiten als die Systeme der «deklaratorischen Liste» und der «konstitutiven Liste» bezeichnen.

Das System der deklaratorischen Denkmalliste ist durch folgende Rechtssystematik gekennzeichnet: Das Gesetz bestimmt, daß alle Objekte, die einer abstrakten gesetzlichen Definition unterfallen, Denkmäler sind. Daneben bestimmt das Gesetz noch zusätzlich, daß eine Liste zu führen ist. Diese Liste ist aber in diesem System nur Informationsquelle und Subsumtionshilfe, hat also keine rechtsschöpfende, rechtsgestaltende Wirkung. Die Eintragung in diese Liste begründet die Denkmälerigenschaft nicht, sondern unterstützt lediglich eine Denkmalsvermutung. Im Einzelfall muß daher die Frage, ob ein Gegenstand oder ein Gebäude dem Denkmalschutz unterliegt, anhand der gesetzlich vorgegebenen Definition selbst untersucht werden. Über das Ergebnis dieser Feststellung kann dann ein Prozeß geführt werden.

Demgegenüber steht das System der konstitutiven Denkmalliste. Bei ihr sind alle Objekte, die Denkmal sind, in eine Liste eingetragen und dadurch Denkmal. Dieser Listeneintrag ist ein rechtsschöpfender, rechtsgestaltender Verwaltungsakt. Dieser belastende Verwaltungsakt muß dem Eigentümer gegenüber bekanntgegeben werden. Der Verwaltungsakt ist mit Rechtsmittelbelehrung zu versehen und kann gerichtlich nachgeprüft werden.

Die einzelnen Denkmalschutzgesetze haben sich zu ganz unterschiedlichen Listensystemen bekannt. Es gibt Systeme, die sich für die konstitutive Liste erklärt haben, es gibt solche, die die deklaratorische Liste haben, es gibt aber auch ein Denkmalschutzgesetz, daß ein Mischsystem hat.

Eine Folge des Listeneintrages ist es, daß eine Pflicht des Eigentümers oder Besitzers eines Denkmals zur Erhaltung besteht. Allerdings sind in den

einzelnen Gesetzen die Voraussetzungen dieser Erhaltungspflicht verschieden hoch angesetzt. Rund die Hälfte der Gesetze klammert die Forderung nach einer Erhaltung durch den Eigentümer oder Besitzer an die Zumutbarkeit für diesen an.

Die Zumutbarkeitsgrenze ist dann überschritten, wenn der Eigentümer auf Dauer bei der Unterhaltung eines entsprechenden Denkmals zuschießen müßte. Es kann nicht verlangt werden, daß der Eigentümer eines entsprechenden Denkmals auf Dauer zu einer vermögensschädigenden Verhaltensweise gezwungen ist.

Lediglich zwei Gesetze regeln die Frage, ob der Eigentümer oder Besitzer eines Denkmals zur Anbringung einer Denkmalskennzeichnung gezwungen ist, oder ob Maßnahmen getroffen werden müssen, die im Kriegs- und Katastrophenfall imstande sind, das Denkmal zu schützen.

Betrachtet man zusammenfassend noch einmal die eben geschilderten, hier nur kurz dargestellten Regelungen in den einzelnen Denkmalschutzgesetzen, so kommt man zu dem Ergebnis, daß zwar die Institutionen in den einzelnen Denkmalschutzgesetzen relativ ähnlich benannt sind, die einzelnen Ausführungen, was z.B. Fristen, Voraussetzungen oder Folgen angeht, außerordentlich unterschiedlich sind.

Es wäre daher angezeigt, daß sich die damit befaßten Archäologen über die Landesgrenzen hinaus einmal dazu verstehen könnten, einen «Musterentwurf» für ein Ausgrabungsgesetz zu verfertigen, der bei künftigen Gesetzen - zumindest tendenziell - Richtschnur sein könnte.

Dazu wäre aber erforderlich, daß man sich intensiv mit den einzelnen Länderechten - auch rechtsvergleichend mit den Rechten der jeweils anderen Länder - beschäftigt.

5. Praxis

Betrachtet man die Praxis, d.h. die Umsetzung der Denkmalschutzgesetze in den einzelnen Ländern, so kommt man zu durchaus unterschiedlichen Ergebnissen.

Abgesehen von den neuen Bundesländern, in denen ja die gesetzgeberische Arbeit derzeit noch im Gange ist, ergibt sich aus der Betrachtung der Denkmalschutzgesetze der letzten 15 Jahre ein außerordentlich differenziertes Bild.

Es gibt Länder, in denen die Anwendung des Denkmalschutzgesetzes gegenüber dem Bürger außerordentlich zurückhaltend geschieht. Man möchte offensichtlich hier die Kollision vermeiden und stellt darauf ab, mit dem Bürger zu einer einverständlichen Regelung zu kommen. Kennzeichnend ist es, daß die Masse der gerichtlichen Entscheidungen aus den Denkmalschutzgesetzen aus einigen wenigen Ländern kommen, die immer wieder als Kläger auftreten und die Rechtsprechung zu den Denkmalschutzgesetzen weitertreiben. Das führt dann zwangsläufig dazu, daß sich auch unter den damit befaßten Richtern allmählich Spezialisten herauskristallisieren und die Rechtsprechung durch die öftere Befassung mit Fragen des Denkmalschutzes notwendigerweise immer qualifizierter wird.

Daneben ist aber auch bekannt und anzuraten, daß einige Denkmalschutzbehörden für diese Frage ständig die gleichen Anwälte bzw. juristischen Berater beschäftigen. Dies führt zu einer außerordentlich qualifizierten Beratung der Denkmalschutzbehörden, wodurch wiederum auch die Prozeßaussichten verbessert werden. Wir haben hier also den klassischen Fall des «learning by doing» vor uns.

Darüber hinaus sind aber noch drei Defizitbereiche anzusprechen:

Zunächst sind das die Kenntnisdefizite zum Ausgrabungsrecht. Es ist immer wieder festzustellen, daß sowohl bei Studenten der Archäologie und den Anwendern des Ausgrabungsrechtes, als auch bei den damit später im streitigen Bereich befaßten Juristen erhebliche Kenntnisdefizite hinsichtlich des Ausgrabungsrechtes vorhanden sind. Es ist z.B. typisch, daß im archäologischen Bereich eine gegenseitige Information über relevante Urteile vollkommen fehlt. Es gibt keine zentrale Institution, bei der man - wenn man selbst im Zweifel ist, ob es entsprechende Urteile gibt - länderübergreifend Informationen über Rechtssprechung zum Ausgrabungsrecht abrufen könnte. Es gibt zwar zu einzelnen Ländergesetzen entsprechende Kommentare, diese sind aber von durchaus unterschiedlicher Qualität und verarbeiten nicht immer die Rechtsprechung vollständig, die in den anderen Ländern zu ähnlichen Problemen ergeht.

Der staatliche Jurist, der als Referent im Regierungspräsidium oder bei einer anderen staatlichen Behörde mit dem Ausgrabungsrecht befaßt wird, ist oft keine starke Hilfe. Typischerweise sind diese Fragen innerhalb eines Geschäftsplanes nur Splitteranteile, so daß dieser Jurist nicht geneigt ist, sich mit voller Kraft auf dieses doch schwierige und vielleicht auch abseitige Rechtsgebiet zu begeben. Hier müßte noch erhebliche Arbeit geleistet werden.

Weiterhin fällt auf, daß es auch Anwendungsdefizite gibt. Der Antragsberechtigte aus Rechten des Denkmalschutzes stellt oft nicht die richtigen Anträge oder verhält sich oft rechtlich nicht sachgerecht. Das mag einerseits darauf zurückzuführen sein, daß er in Unkenntnis der ihm zur Verfügung stehenden Rechte handelt. Daneben gibt es aber auch Fälle, in denen oft die Angst vor der kommenden Entwicklung das Anwendungsdefizit diktiert. Diese Angst könnte daraus fließen, sich die «Laiensphäre» durch ein zu hartes Vorgehen im Falle eines Raubgräbers zu verprellen. Dies ist insbesondere der Fall in Pflegersystemen oder in Systemen von Laien, die Funde melden oder abliefern. Ist ein «schwarzes Schaf» in einer solchen Gruppe, scheut man sich, dagegen anzugehen aus Angst, die anderen, die vielleicht abliefern, zu verprellen. Damit verwandt ist dann oft die Angst, als Vertreter des «Polizeistaates» angesehen zu werden, was heute ja ein nicht ganz unbeachtliches wenn auch falsch verstandenes Argument ist. Es darf in einem Rechtsstaat keine Angst davor bestehen, die entsprechenden Gesetze anzuwenden.

Eine weitere Angst mag darin begründet sein, daß Schatzgräber oft aus Sphären stammen, die finanziell nicht ganz schwach ausgestattet sind. Solche Raubgräber brüsten sich dann sehr oft mit ihren schlagkräftigen Verteidigern, mit Schadensersatzdrohungen o.ä.. Der rechtsunkundige Antragsberechtigte mag sich schon einmal durch solche Dinge beeindruckt lassen, die den normalen, kundigen Juristen kalt lassen.

In die Kategorie der Anwendungsdefizite möchte ich noch die - große - Gruppe einordnen, die man bei Beteiligung an Planfeststellungen oder Verfahren für die Herstellung von Bebauungsplänen findet. Der Archäologe in einer Behörde oder in einem Museum ist oft nicht in der Lage, seine Position in einem Planfeststellungsverfahren oder in einer entsprechenden Bebauungsplandiskussion sachgerecht zu vertreten und auf das öffentliche Interesse, das an der Erhaltung dieser Position bestehen müßte, sachgerecht und durchschlagend hinzuweisen. Auch in diesen Fällen müßte die Ausbildung der Archäologen in den eben beschriebenen Bereich hinein verstärkt werden.

Als drittes Defizit ist das Vollzugsdefizit zu nennen, das nicht zuletzt auch Polizei, Richter und Staatsanwälte betrifft. Dieses Vollzugsdefizit müßte durch Seminare, die man mit diesen Personengruppen durchführt, behoben werden.

Das aktuelle Thema: Bodendenkmalpflege

Man begegnet auf der Seite der Verteidiger von Raubgräbern oft zwei Argumentationsebenen. Einmal wird darauf hingewiesen, daß das geborgene Töpfchen ja bereits vielfach im Fundus des Museums verteten, die Kulturzerstörung also offensichtlich nicht so groß sei. Dem ist entgegenzuhalten, daß nicht der Wert des materiellen Töpfchens entscheidend ist, sondern der wissenschaftliche Wert eines Fundes darin besteht, die gesamte Stratigraphie, d.h. den wissenschaftlichen Kontext des Fundes zu bergen. An diesem Hinweis fehlt es aber oft in Prozessen, weil der Archäologe, der als Sachverständiger gehört wird, nicht in den Kategorien des Rechtes zu denken gelernt hat und sich hier also in die Falle des Einzelwertes des Töpfchens locken läßt.

Ein weiteres Argument der Verteidiger ist sehr oft der Hinzuweis, daß sein «schwarzgrabender» Mandant ja eine gute Tat begangen hätte, da er etwas geborgen hat, wozu die staatliche Archäologie mangels personeller oder Mittelausstattung nicht in der Lage gewesen sei. Auch dieses Argument ist mit Hinweis auf die Zerstörung des wissenschaftlichen Kontextes zurückzuweisen. Es wäre dann besser gewesen, diesen Fund ungeborgen zu belassen. Aber auch hierzu gehört die Fähigkeit, in diesen juristischen Kategorien argumentieren zu können.

Am Schluß dieses Beitrages soll eine bescheidende Wunschliste aufgestellt werden:

1. Ausgrabungsrecht sollte für den Archäologen Ausbildungsgegenstand werden.
2. In der archäologischen Fachliteratur sollten zunehmend auch juristische Beiträge in einer «juristischen Ecke» veröffentlicht werden. Die gegenseitige Information über Verhaltensweisen könnte darüber gestärkt werden.
3. Die Archäologen müssen stärker auf Polizei, Richter und Staatsanwälte zugehen, sich ihnen öffnen und ihre Probleme den Juristen vortragen. Diese sind dann sicher lernbereit, und auch bereit ihre Argumentation auf die Interessen eines qualifizierten Denkmalschützers abzustellen.

Prof. Dr. Hans-Jürgen Köhlwetter
Bundesbahndirektor i.R.
Hölderlinstr. 3
5000 Köln 51