

## **Private Unternehmen in der Bodendenkmalpflege. Die rechtswissenschaftliche Perspektive**

*Janbernd Oebbecke*

### **1. Grabungsfirmen und Verursacherprinzip**

In der amtlichen deutschen Bodendenkmalpflege gibt es erhebliche Meinungsverschiedenheiten darüber, wie der Einsatz privater Unternehmen in der Bodendenkmalpflege einzuschätzen ist. Aus der Perspektive eines Juristen, der sich wissenschaftlich mit der Verwaltung befaßt, kann es heute an dieser Stelle nur darum gehen, auf einige Aspekte hinzuweisen, die vielleicht auch für die bodendenkmalpflegerische Diskussion von Bedeutung sind.

Die Diskussion über den Einsatz privater Unternehmen in der Bodendenkmalpflege wird dadurch kompliziert, daß das Aufkommen solcher Unternehmen sich parallel zur Durchsetzung des Verursacherprinzips in der Archäologie vollzogen hat. Unverkennbar gibt es aber historische Zusammenhänge zwischen den beiden Phänomenen. Sie hängen indessen nicht notwendig zusammen; man kann, wie in der Praxis zu beobachten ist, Mittel, die Verursacher aufbringen, bei amtlich durchgeführten Grabungen ausgeben, man kann aber Steuergelder - also originär öffentliche Mittel - auch einsetzen, um private Unternehmen zu beschäftigen.

Das Verursacherprinzip stellt eine wichtige Innovation und seine politische und rechtliche Durchsetzung eine beachtliche administrative Leistung der Denkmalschutzpolitik in der Bundesrepublik dar. Seit der ersten Hälfte der achtziger Jahre haben die zuständigen Verwaltungen einiger Länder begonnen, das Verursacherprinzip anzuwenden. Die Träger von Vorhaben, bei denen Bodendenkmäler zerstört werden, werden zur Finanzierung der dadurch ausgelösten Maßnahmen herangezogen. Gedanklich hat bei dieser Entwicklung das umweltrechtliche Verursacherprinzip, aber auch der traditionelle ordnungsrechtliche Gedanke Pate gestanden, daß derjenige, der eine Gefahr auslöst, für die finanziellen Folgen einzustehen hat. Rechtlich ist die Kostentragung zuerst über Nebenbestimmungen zu den Verwaltungsakten durchgesetzt worden, die die Beseitigung des Bodendenkmals ge-

statten. Inzwischen gibt es mit der bei Großvorhaben obligatorischen Umweltverträglichkeitsprüfung und in einzelnen Landesrechten mit speziellen denkmalgesetzlichen Vorschriften weitere Rechtsgrundlagen. Gewiß ist die rechtliche Entwicklung noch nicht abgeschlossen; das gilt etwa für die Frage, bei welcher Art von Vorhaben das Verursacherprinzip anzuwenden ist, ob es beispielsweise auch beim Bau selbstgenutzter Einfamilienhäuser gelten soll. Das gilt auch für die Frage, unter welchen Bedingungen der Vorhabenträger Prospektionskosten tragen muß. Auch wenn obergerichtliche Rechtsprechung, soweit ich sehe, immer noch aussteht, kann man die Grundsatzfrage, ob eine Heranziehung des Vorhabenträgers zu den Kosten der Grabung möglich ist, als geklärt ansehen. Die Bundesregierung hat jedenfalls in dem Verfahren des Landes Brandenburg vor dem Bundesverwaltungsgericht wegen der ICE-Strecke Hannover-Berlin für den Bund durch den Oberbundesanwalt eine entsprechende Erklärung abgegeben; soweit ich sehe, führt hinter das Verursacherprinzip kein Weg zurück. Wo es noch nicht praktiziert wird, geht man entweder mit den anvertrauten öffentlichen Mitteln oder mit dem denkmalpflegerischen Auftrag in einer Weise um, die nicht auf der Höhe der Zeit ist.

Wo das Verursacherprinzip angewandt wurde, standen innerhalb relativ kurzer Zeit erhebliche zusätzliche Summen, teilweise das Mehrfache der sonst üblichen Mittel für die bodendenkmalpflegerischen Aufgaben der Prospektion und Grabung zur Verfügung. Die teilweise sehr umfangreichen Maßnahmen, für welche diese Mittel bestimmt waren, konnten mit den bis dahin zur Verfügung stehenden Kräften nicht durchgeführt werden; es war eine kurzfristige Ausweitung der Arbeitskapazität für Prospektion und Grabungen notwendig, die mit Haushaltsmitteln nicht überall zu erreichen war. Die deutsche Einheit gab dieser Entwicklung zusätzliche Impulse, weil in erheblichem Maße - nicht nur in den neuen Bundesländern - Infrastrukturmaßnahmen durchgeführt wurden und werden. Daneben haben Wohnungsbauinvestitionen eine erhebliche Rolle gespielt. Eine Anpassung der festen Ar-

beitskapazitäten der archäologischen Landesämter durch Schaffung zusätzlicher Stellen scheiterte nicht nur an den knappen Finanzen, sondern wäre wegen des zu einem guten Teil vorübergehenden Charakters des Bedarfs auch personalwirtschaftlich nicht vertretbar gewesen.

Eine der angewandten Strategien war der Einsatz von Grabungsfirmen. Alternativ und teilweise kombiniert damit wurden andere Instrumente eingesetzt; hier sind neben der Einstellung zusätzlichen Personals etwa die Inanspruchnahme freiwillig geschaffener kommunaler Kapazitäten (Stadt- und Kreisarchäologen), die Ausweitung der Zahl von Praktikumsplätzen und vor allem auch die Durchführung und Initiierung von Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen zu nennen.

Parallel zu der so entstandenen Nachfrage bildete sich ein Angebot heraus; es entstanden Unternehmen, welche die nachgefragten Leistungen anboten. Das Spektrum nach Art, Größe und sicher auch Leistungsfähigkeit ist dabei denkbar weit. Es findet sich das Bauunternehmen, das ursprünglich Maschinen und Personal für Grabungen der amtlichen Denkmalpflege bereitgestellt hat und im Rahmen einer Diversifizierung seines Leistungsangebots jetzt auch Archäologen beschäftigt. Es finden sich mittelständische Existenzgründer unterschiedlichen Zuschnitts ebenso wie Arbeitsloseninitiativen oder an Hochschulen angelehnte gemeinnützige Vereine. Die Betriebsgröße ist ebenso unterschiedlich wie der betriebswirtschaftliche Erfolg und sicher ebenso sehr schwankt die Professionalität bei der Akquisition und der Erledigung der Aufträge.

## **2. Der Einsatz von Grabungsfirmen als Privatisierungsphänomen**

In den Rechts- und Verwaltungswissenschaften sprechen wir bei Phänomenen wie der Durchsetzung des Verursacherprinzips oder dem Einsatz von Grabungsfirmen von "Privatisierung". Unter dieser Überschrift werden ganz verschiedene Sachverhalte zusammengefaßt:

Bei der Organisationsprivatisierung wird die Aufgabe weiter von dem jeweiligen Verwaltungsträger wahrgenommen, aber er erledigt sie nicht mehr unmittelbar selbst, sondern bedient sich der Formen des Privatrechts, indem er eine handelsrechtliche Gesellschaft, meist eine GmbH errichtet. Wir kennen Beispiele der Organisationsprivatisierung auch in der Kulturverwaltung; hier sei an Theater oder Zoologische Gärten als Aktiengesellschaften oder GmbHs erinnert. Ein Fall der Organisationsprivatisierung läge vor, wenn ein

Land oder einer der nordrhein-westfälischen Landschaftsverbände den mit Prospektion und Grabungen befaßten Teil eines Amtes in eine "Archäologie-GmbH" einbrächte. Im vorliegenden Zusammenhang geht es darum ebensowenig wie um die sog. Vermögensprivatisierung, bei der die öffentliche Hand Eigentum auf Private überträgt, wie dies zuletzt bei der Telekom geschehen ist.

Wir haben es vielmehr beim Verursacherprinzip wie beim Einsatz von Grabungsfirmen mit Fällen der Aufgabenprivatisierung zu tun. Dabei werden vorher vom Staat wahrgenommene Aufgaben auf Private übertragen, die sie künftig wahrnehmen. Im Schrifttum werden modellhaft verschiedene Formen der Aufgabenprivatisierung unterschieden. Bei der sog. materiellen Privatisierung entledigt sich der Staat der Verantwortung für einen Sachbereich vollständig. Noch in den zwanziger Jahren gehörte etwa die Haltung von Ziegenböcken, die wir heute als ausschließlich private Angelegenheit begreifen, zu den kommunalen Pflichtaufgaben. Eine Welle materieller Privatisierung hat sich in den letzten Jahren etwa bei der Bauaufsicht vollzogen. Die novellierten Bauordnungen übertragen einen erheblichen Teil der bisher durch die Bauaufsicht wahrgenommenen Aufgaben privater Erledigung: Der Bauherr muß sich um die Vornahme bestimmter Prüfungen selbst kümmern, indem er entsprechende private Fachleute einschaltet.

Bei der funktionalen Privatisierung verbleibt die Aufgabenverantwortung beim Staat, die Aufgabenerledigung, die Erstellung der Verwaltungsleistung wird aber auf Private übertragen; im Einzelnen besteht eine erhebliche Variationsbreite. Funktionale Privatisierung prägt etwa in weiten Teilen die Erbringung von Sozialleistungen oder die Abfallbeseitigung. Weitere Beispiele sind die Tätigkeit privater Planungsbüros oder die Schließung behördlicher Druckereien und die Vergabe der Druckaufträge an private Firmen. Stellt das Verursacherprinzip durch die Verschiebung der Finanzierungslast auf den Privaten einen Fall materieller Privatisierung dar, kann die Heranziehung von Grabungsfirmen - je nachdem, ob das Amt oder der Private die Grabungsfirma beauftragt - als funktionale oder materielle Privatisierung bezeichnet werden.

Wenn man nach dem rechtlichen Rahmen für Privatisierungsüberlegungen fragt, läßt sich feststellen: Es besteht Einigkeit darüber, daß es allenfalls bei ganz wenigen staatlichen Kernaufgaben, vielleicht der Polizei oder der Verteidigung rechtliche Hindernisse, also Privatisierungsverbote gibt, auf der anderen Seite aber jedenfalls das deutsche Recht in der Regel auch keinen Zwang zur Privatisierung kennt. Das Europarecht

ist nicht ganz so neutral; auf lange Sicht kann das auch für unsere Frage bedeutsam werden.

Die Privatisierungsdiskussion ist heute weniger als noch in den siebziger Jahren durch große parteipolitische Gegensätze gekennzeichnet. Daß die private Aufgabenerledigung in vielen Bereichen eine diskussionswürdige Alternative ist, wird auf keiner Seite grundsätzlich in Abrede gestellt; gestritten wird bei sehr differenzierten Frontstellungen über einzelne Bereiche, über Ausgestaltung, Modalitäten und Rahmenbedingungen.

Zwei Hauptzielrichtungen lassen sich bei der Privatisierungsdiskussion ausmachen: Verbesserung der Aufgabenerfüllung und Einsparungen; nicht nur das Beispiel der Bodendenkmalpflege zeigt indessen, daß daneben auch bereichsspezifische Entwicklungen eine Rolle spielen können. Allerdings muß man damit rechnen, daß die allgemeine Diskussion auf mittlere Sicht auch die Bodendenkmalpflege erreichen kann; die ersten Einsätze von Unternehmensberatungsfirmen haben wohl schon stattgefunden.

Im Sinne einer Verbesserung der Aufgabenerfüllung ist die Privatisierungsdiskussion eingebunden in die Auseinandersetzung um neue Steuerungsmodelle, um mehr Wirtschaftlichkeit, Flexibilität und "Kundenorientierung" in der Verwaltung. Bei diesen Bemühungen spielt der Wettbewerb als Steuerungsmittel eine erhebliche Rolle. Wo die öffentliche Hand mit privaten Anbietern in Wettbewerb tritt, wie dies etwa bei der Straßenreinigung, der Abfallbeseitigung oder der Gebäudereinigung geschieht, entsteht mindestens die theoretische Möglichkeit, Leistungen nach ökonomischen Kriterien miteinander zu vergleichen und die Ergebnisse des Vergleichs für die Verbesserung der jeweiligen Leistung fruchtbar zu machen.

Die zweite Zielrichtung ist finanzpolitischer Art; Privatisierung wird als Mittel zur finanziellen Entlastung der öffentlichen Hand verstanden. Bei der materiellen Privatisierung, bei der der Staat sich einer Aufgabe völlig entledigt, liegt der Spareffekt auf der Hand. Bei der funktionalen Privatisierung erhofft man sich von der Leistungserstellung durch Private Kostenvorteile wegen rationelleren Wirtschaftens und günstigerer Rahmenbedingungen. Die Schubkraft der finanzpolitischen Überlegungen kann bei der angespannten Lage der öffentlichen Kassen kaum überschätzt werden; die Stabilitätskriterien, die im Zusammenhang mit der Einführung des Euro auch für die Länder verbindlich werden, schränken den Spielraum der öffentlichen Hände zusätzlich ein.

Bevor ich versuche, die Argumente darzustellen und zu bewerten, die in der Debatte um die Grabungsfirmen eine Rolle spielen, will ich aber noch ein paar Worte zur Eigenart der Leistungen sagen, die dabei zu erbringen sind.

### **3. Die Eigenart der bodendenkmalpflegerischen Leistungen**

Die Aufgaben, um die es bei der Diskussion über den Einsatz von Grabungsfirmen geht, sind nach den Bestimmungen der Denkmalschutzgesetze Teilaufgaben der Denkmalpflege. Es geht vor allem um Prospektion, also die Feststellung, welche Bodendenkmäler in einem Gebiet vorhanden sind, und um Ausgrabungen, also die Erforschung von Bodendenkmälern mit den Methoden der Archäologie. Bundesweit gehören diese Aufgaben zu den Pflichtaufgaben der Denkmalfachbehörden.

Rechtlich sind sie durch zwei Eigenschaften gekennzeichnet. Es handelt sich um pflichtige, aber nicht ausschließliche Aufgaben. Einerseits ist vorgegeben, daß das Fachamt sich mit Prospektion und Ausgrabungen befassen muß, es bleibt aber seiner Entscheidung überlassen, in welchen Fällen und in welchem Umfang. Andererseits haben die Denkmalpflegeämter schon aus verfassungsrechtlichen Gründen kein Monopol für diese Tätigkeiten; grundsätzlich kann sich jedermann damit befassen. Restriktionen können sich nur aus dem Eigentumsrecht an den jeweiligen Flächen und aus dem Genehmigungsvorbehalt für Grabungen ergeben, den die Denkmalschutzgesetze vorsehen. Die gesetzliche Aufgabenzuweisung an die Denkmalpflegeämter ist für sich allein von Rechts wegen deshalb kein Argument, das gegen den Einsatz von Grabungsfirmen eingewandt werden oder die Ablehnung einer Grabungsgenehmigung rechtfertigen könnte. Es gibt kein Grabungsmonopol.

Die Aufgaben Prospektion und Grabung, wie sie den Denkmalpflegeämtern gesetzlich übertragen sind, weisen eine Reihe von Besonderheiten auf, die in der Diskussion beachtet werden müssen: Es handelt sich bei der Grabung wie bei der Prospektion um Tätigkeiten, für deren sachgemäße Erledigung eine wissenschaftliche Ausbildung und ein methodisches Vorgehen erforderlich ist. Insofern gilt dasselbe wie für ärztliche oder anwaltliche Tätigkeit. Im Unterschied dazu handelt es sich vor allem bei der Grabung, aber auch bei der Prospektion jedoch substantiell um wissenschaftliche Forschung. Der Forschungscharakter zeigt sich nicht allein am Ergebnis, der vertieften und verbreiteten Kenntnis der Geschichte, sondern auch daran, daß

die jeweils verfolgte Fragestellung in einem mehr oder weniger großen Umfang selbst Ergebnis einer wissenschaftlichen Entscheidung ist, die im Kontext der jeweiligen Disziplin und ihres aktuellen Forschungsstandes getroffen wird.

Die Grabung weist eine weitere Besonderheit auf: Sie ist nicht reproduzierbar und ihr Gegenstand ist stets einmalig. Während sonst Nachprüfbarkeit und Reproduzierbarkeit häufig geradezu als Kriterien für Wissenschaftlichkeit angesehen werden, kann die Grabung nicht wiederholt, die angefertigte Dokumentation nicht überprüft werden, weil das Objekt des Handelns nur einmal und nach der Grabung nicht mehr existiert. Vergleichbares gilt etwa für das Handeln von Ärzten, Kriminalisten an Tatorten oder bestimmte astronomische Beobachtungen. Die Situation ist also nicht völlig einzigartig, ihre Besonderheit muß aber sorgfältig bedacht werden.

Beim Einsatz von Grabungsfirmen geht es nun nicht um zweckfreie Forschung, deren Antrieb ausschließlich der Gewinn wissenschaftlicher Erkenntnisse ist, sondern praktisch ausschließlich um Fälle, in denen die Prospektion oder Grabung notwendig ist, um bodendenkmalpflegerische Kriterien für Planungsentscheidungen aus Anlaß konkreter Bau- oder Abbauvorhaben zu gewinnen oder um Bodendenkmäler, die im Rahmen solcher Vorhaben zerstört werden, zu dokumentieren.

Es ist nun sehr erhellend, sich einmal deutlich zu machen, wovon der Bedarf an diesen Leistungen abhängig ist. Soweit ich sehe, spielen hier die drei folgenden Faktoren eine Rolle: die Häufigkeit entsprechender Vorhaben, die Kenntnisse über den Bestand an Bodendenkmälern und die Maßstäbe der Entscheidung, ob und wie weit im Rahmen des einzelnen Vorhabens die Leistungen Prospektion und Grabung erbracht werden müssen.

Die Denkmalpflegeämter haben auf die Häufigkeit der Vorhaben keinen Einfluß. Diese ist u. a. von der Investitionstätigkeit der öffentlichen Hand und von der Baukonjunktur abhängig; sie hat in der Vergangenheit erheblich geschwankt und man muß damit rechnen, daß sich das nicht grundsätzlich ändern wird. Die Kenntnisse über den Bestand an Bodendenkmälern als der zweite Einflußfaktor wachsen tendenziell ständig an; die Denkmalpflegeämter können in bestimmtem Umfang das Tempo dieses Wachstums mitbestimmen, aber sie können die Denkmälerkenntnis nicht reduzieren. Die Maßstäbe der Entscheidung, ob und inwieweit im Einzelfall die Leistungen Prospektion und

Grabung erbracht werden sollen, bestimmt das zuständige Fachamt dagegen in weitem Umfang selbst.

Solange praktisch allein die Denkmalpflegeämter solche Prospektions- und Grabungsleistungen erbringen, müssen der Bedarf und die Kapazitäten zu seiner Deckung aneinander angepaßt werden. Das ist auf zwei Wegen möglich: Der eine ist die Anpassung der Kapazitäten an den Bedarf, sie ist allerdings im Rahmen öffentlicher Haushalte und des geltenden Dienstrechts stets nur begrenzt möglich ist. Der zweite ist die Verschiebung der Kriterien dafür, wann eine Prospektion oder eine Grabung notwendig sind. Das bedeutet, im Rahmen des fachlich und politisch vertretbaren, eine Konzentration auf höherrangige Objekte in Zeiten großen Bedarfs und eine Einbeziehung nicht ganz so hochrangiger in Zeiten geringerer Anspannung. Diesen Weg zu gehen, wird den Denkmalpflegeämtern durch ihre besondere rechtliche Stellung in den einschlägigen Verfahren erleichtert. Als weitere Besonderheit ist demnach festzuhalten, daß die Denkmalpflegeämter in einem bestimmten Umfang den Bedarf an den Leistungen, um die es geht, mitbestimmen.

#### 4. Die Argumente pro und contra Grabungsfirmen

Ich will im folgenden die in der Debatte über den Einsatz von Grabungsfirmen bedeutsamen Argumente in drei Gruppen einteilen:

In der ersten geht es um die Bedenken, die sich nicht grundsätzlich gegen den Einsatz von Grabungsfirmen als solche richten, sondern auf damit gemachte schlechte Erfahrungen verweisen (Tz. 4.1). Zur zweiten Gruppe gehören die Argumente grundsätzlicher Natur gegen oder auch für diese Art privater Aufgabenwahrnehmung (Tz. 4.2). In der dritten Gruppe fasse ich die zusammen, die nicht grundsätzlich für oder gegen den Einsatz von Grabungsfirmen sprechen, sondern sich mit Konsequenzen befassen, die mit dem stärkeren Einsatz von Grabungsfirmen verbunden sein können (Tz. 4.3).

Vorab muß daran erinnert werden, daß jedes Argument aus unterschiedlichen Perspektiven bewertet werden kann. Was für die kostenbelasteten Vorhabenträger gut ist, kann aus der Sicht der Fachbehörden schlecht sein, was die Staatsfinanzen schont, kann kulturpolitisch gefährlich sein, was kurzfristig nützt, kann langfristig schaden. Auch wissen wir inzwischen vor allem aus der politik- und wirtschaftswissenschaftlichen Diskussion, daß es neben Sachinteressen immer auch institutionelle Interessen gibt. Behörden haben solche institutionellen Interessen ebenso wie Privat-

unternehmen; sie können mit Sachinteressen übereinstimmen, müssen das aber nicht tun. Beispielsweise neigen alle privaten und auch alle öffentlichen Institutionen in ihrem Arbeitsbereich dazu, nach Möglichkeit Monopolist sein zu wollen. Aus einer eher dem allgemeinen Wohl verpflichteten Perspektive, wie sie dem Recht vorgegeben ist, kann dieser Wunsch dagegen eher selten als ein unterstützungswürdiges Interesse angesehen werden.

Gestatten Sie mir noch eine Vorbemerkung: Der Hinweis, daß die räumlichen Grenzen archäologischer Objekte vertikal wie horizontal vielfach nicht mit denen des Bodeneingriffs übereinstimmen, an den die Pflicht zur Kostenübernahme geknüpft wird, bezieht sich nicht auf den Einsatz von Grabungsfirmen, sondern auf die Anwendung des Verursacherprinzips. Weil man im Rahmen des Verursacherprinzips den Vorhabenträger nur soweit heranziehen könne, wie der vorgesehene Eingriff reiche, Grabungen aber immer wieder einmal über diese Fläche hinaus erstreckt werden müßten, löse seine Anwendung entweder unkalkulierbare Kosten aus, die von Seiten der Denkmalpflege zu tragen seien, oder die Ergebnisse seien wissenschaftlich nicht oder nur sehr eingeschränkt brauchbar. Das Argument ist in dieser Form rechtlich unzutreffend. Die Verantwortlichkeit des Verursachers reicht soweit, wie die Grabung notwendig ist, um Quellenverluste zu verhindern: bei einem Körpergrab auf der Grenze endet die Kostentragungspflicht nicht bei den Hüftwirbeln. Richtig ist, daß man dem Verursacher nicht die Kosten der Grabung des gesamten Gräberfeldes anlasten kann, wenn sein Vorhaben nur einen kleinen Teil davon tangiert. Im übrigen liegt auf der Hand, daß dieses Problem auch auftaucht, wenn die amtliche Denkmalpflege die vom Verursacher finanzierte Grabung in eigener Regie durchführt. Es handelt sich nicht um ein Problem des Einsatzes von Grabungsfirmen.

Ähnliches gilt für die Bedenken, die im Rahmen der Diskussion gegen eine personelle Trennung zwischen Ausgrabung und Publikation und gegen eine Haldenbildung unpublizierter Grabungen vorgebracht werden. Wenn diese Argumente richtig sind, muß bei öffentlich wie bei privat durchgeführten Grabungen eine Kopplung von Grabung und Publikation durchgesetzt werden; soweit ich sehe, hat die bisherige Praxis der amtlichen Bodendenkmalpflege diese Forderung - vorsichtig gesprochen - für sich nicht überall als ganz verbindlich angesehen. Jedenfalls ist dies kein Argument gegen den Einsatz privater Grabungsfirmen, die diese Leistung sicher auch anbieten könnten, wenn sie jemand bezahlen will.

#### 4.1 Erfahrungen mit dem Einsatz von Grabungsfirmen

Aufgrund in verschiedenen Fällen gemachter Erfahrungen wird gegen den Einsatz von Grabungsfirmen kritisch eingewandt:

Für Grabungen sei die Unsicherheit typisch, ob man überhaupt und auf was man stoße. Daraus ergäben sich Kalkulationsprobleme in zwei Richtungen: Stelle ein amtlicher Ausgräber fest, daß kein Befund mehr zu erwarten sei, stelle er die Arbeit ein und wende sich der nächsten Aufgabe zu. Eine private Grabungsfirma grabe weiter und führe wissenschaftlich unergiebig Erdbewegungen durch, bis die Auftragssumme aufgebraucht sei. Stoße umgekehrt der amtliche Ausgräber überraschend auf einen besonders interessanten Befund, könne er diesem sorgfältig nachgehen, die private Grabungsfirma habe wegen des festen Budgets, mit dem sie auskommen müsse, diese Möglichkeit nicht. Versuche der amtliche Ausgräber, "möglichst viel im Boden zu lassen", so seien private Firmen daran interessiert, möglichst umfangreich zu graben. Der Fundverbleib, dem vor allem auch aus restauratorischen Gründen große Bedeutung zukomme, sei kaum zu regeln. Erhebliche Schwierigkeiten ergäben sich auch auf urheberrechtlichem Gebiet wegen der Abgrenzung der rechtlichen Stellung des Ausgräbers und des Publizierenden.

Bei diesen Argumenten überschneiden sich zwei Problemkreise. Der erste betrifft, genau wie die Klage, es sei in diesem oder jenem Fall schlecht gearbeitet worden, die Qualität mancher Grabungsfirmen. In einem immer noch jungen und sich erst entwickelnden Markt tummeln sich auch Anbieter, mit deren Leistungsfähigkeit es nicht sehr weit her ist. Die Seriösität und die Arbeitsqualität anderer Anbieter sind dagegen durchaus mit dem vergleichbar, was die amtliche Bodendenkmalpflege leistet. Niemand käme auf den Gedanken, mit dem Argument, einige Bauunternehmen leisteten schlechte Arbeit oder manche Ärzte arbeiteten weniger gut als andere, eine Übernahme dieser Bereiche in amtliche Verantwortung zu fordern. Allerdings muß man sich - wie in anderen Bereichen auch - darauf einrichten, daß nicht jeder, der ein Angebot machen kann, auch geeignet ist, den Auftrag durchzuführen.

Der zweite Problemkreis betrifft die Ausgestaltung des Vertrages mit der Grabungsfirma. Das Zivilrecht bietet genügend Möglichkeiten, die aufgezeigten Probleme beim Vertragsschluß zu berücksichtigen. Solche Möglichkeiten bestehen gerade auch für Bestimmungen über den Fundverbleib und die urheberrecht-

lichen Fragen. Allerdings müssen entsprechende ausdrückliche Regelungen in den Verträgen getroffen werden. Wenn die Denkmalpflegeämter nicht selbst Auftraggeber sind, müssen sie entsprechend auf den privaten Vorhabenträger als Auftraggeber einwirken.

Vertragsrechtliche Lösungen gibt es auch für das Prognose- und Kalkulationsproblem, das aus der fehlenden Vorhersehbarkeit der Befunde resultiert und das bei amtlichen Grabungen ebenso besteht, aber leichter beherrschbar ist, weil die Bindung an eine Aufwandssumme weniger streng ist. Es handelt sich dabei keineswegs um ein singuläres Phänomen, das ausschließlich Grabungen betrifft. Ähnliche Unsicherheiten werfen der Baugrund bei Hochbauten, die Altbausubstanz bei Modernisierungen und in der Baudenkmalpflege oder der Projektverlauf bei Forschungs- und Entwicklungsaufträgen, auch bei Rechtsgutachten, auf; wir kennen sie aber auch als überraschende Diagnosen beim Behandlungsvertrag mit dem Chirurgen. Allerdings ist zuzugeben, daß die Entwicklung entsprechender Formulare für die Dreiecksbeziehung Behörde - Vorhabenträger - Grabungsfirma juristisch anspruchsvoll ist. Der Einsatz von Grabungsfirmen erfordert eine gezielte rechtliche Begleitung; teilweise ist hier Entwicklungsarbeit zu leisten. Wer daran spart, handelt unwirtschaftlich.

Die Argumente der ersten Gruppe betreffen meines Erachtens Übergangsprobleme, die aus mangelnden Erfahrungen der Beteiligten mit den neuen Aufgaben und Instrumenten resultieren. Die Erfahrung aus anderen Bereichen spricht dagegen, daß solche Übergangsprobleme Neuerungen, die aus anderen Gründen sinnvoll sind, aufhalten.

#### 4.2 Grundsätzliche Argumente pro und contra

Wichtiger ist die zweite Gruppe von Argumenten, bei denen es um das grundsätzliche pro und contra des Einsatzes der Grabungsfirmen geht.

An erster Stelle ist hier die These zu nennen, die öffentliche oder private Aufgabenwahrnehmung sei stets oder notwendig preiswerter oder teurer, besser oder schlechter.

In der bisher veröffentlichten Diskussion wird ein solcher Kostenvorteil genauso für die amtlichen Grabungen wie für die von Grabungsfirmen behauptet. Diese gegensätzlichen Aussagen spiegeln die Komplexität solcher Kostenvergleiche. Es kommt beispielsweise entscheidend darauf an, welche Kosten man in die Betrachtung einbezieht. Die Grabungsfirma muß

Gemeinkosten für den Teil ihres Apparates, der nicht speziell bei der einzelnen Grabung eingesetzt wird, einschließlich der Kosten des eingesetzten Kapitals in ihre Kalkulation einbeziehen. Das kann ein Denkmalpflegeamt, selbst wenn es wollte, mangels entsprechender Kostenrechnung nicht. Die Grabungsfirma muß die Umsatzsteuer berechnen. Der daraus resultierende Preisvorteil der öffentlichen Hand ist Gegenstand ernster ordnungspolitischer Diskussionen; bis auf weiteres wird es aber dabei bleiben.

Aus der Diskussion über die Privatisierung der Reinigungsdienste ist bekannt, daß Einsparungen durch die Beschäftigung von Teilzeitkräften Einnahmeausfälle bei den Krankenkassen und Rentenversicherungen bedeuten können. Ein Bundesland wird auch berücksichtigen, daß die von dem Grabungsunternehmen gezahlte Umsatzsteuer zu einem nennenswerten Teil in die Landeskasse fließt. Der Kostenvorteil der amtlichen Denkmalpflege aus der Beschäftigung von Beamten, bei denen keine Sozialabgaben anfallen, ist rechnerisch um Rückstellungen für die späteren Pensionen zu korrigieren; solche Rückstellungen werden in einigen Bundesländern inzwischen tatsächlich gebildet. Umgekehrt sind bei einem Vergleich auf die von den Grabungsfirmen in Rechnung gestellten Kosten der bei den Ämtern für die administrative Vorbereitung der Auftragsvergabe und für die Beaufsichtigung privat durchgeführter Grabungen anfallende Aufwand aufzuschlagen; derlei Transaktionskosten der öffentlichen Hand werden in Privatisierungsdiskussionen leicht außer acht gelassen.

Es wurde bereits erwähnt, daß der Einsatz von Grabungsfirmen im Vergleich zum Aufbau eigener Kapazitäten auch deshalb attraktiv sein kann, weil man bei der Auftragsvergabe leichter auf Bedarfsschwankungen reagieren kann. Die kurz- oder mittelfristige Anpassung, also u. U. auch Reduzierung von Personalkörpern ist im öffentlichen Dienst dagegen praktisch ausgeschlossen. Ein Teil der Leistung der Grabungsfirma besteht also darin, dieses Risiko zu übernehmen; sie muß sich das als Unternehmerwagnis vergüten lassen. In einem Markt mit erheblichen Nachfrageschwankungen muß deshalb mit höheren Margen gerechnet werden.

Insgesamt betrachtet ist abgesehen von der Umsatzsteuer einerseits, den stärkeren rechtlichen Bindungen andererseits, nicht ersichtlich, warum Ämter oder Grabungsfirmen generell preiswerter arbeiten sollten. Anders kann das in einzelnen Bereichen sein. Selbstverständlich hat eine Grabungsfirma einen Kosten- und bei Wettbewerbspreisen einen entsprechenden Preisvorteil, wenn sie zu Prospektionszwecken moderne

Technik einsetzen kann, über die die Ämter nicht verfügen. Im Bereich der Luftbildprospektion hat man, wenn ich recht sehe, nirgendwo Bedenken, private Leistungen einzukaufen. Werden solche Flüge gegen Bezahlung durchführt, handelt es sich um nichts anderes als eine spezialisierte Grabungsfirma. Besitzt umgekehrt ein Amt für bestimmte anspruchsvolle Grabungsvorhaben spezialisiertes Know-how, muß eine Grabungsfirma solches möglicherweise erst teuer erwerben, wenn sie vergleichbare Leistungen anbieten will.

Spezialisierung in Form besonderen ortsbezogenen Wissens, etwa als Erfahrung mit den Denkmälertypen der Region oder als Kenntnis der örtlichen Überlieferung wird als gewichtiges Argument für die strukturell gegebene sachliche Überlegenheit der amtlichen Ausgrabung vor den Grabungsfirmen vorgebracht. Allerdings handelt es sich hier nur um eine Spezialisierungsrichtung. Daneben tritt die auf die Epoche oder den Denkmaltypus bezogene Spezialisierung; ihre Bedeutung zeigt sich etwa an den Ausnahmeständigkeiten für bestimmte Objekte, welche auch solche Fachämter vorsehen, die ansonsten auf das Prinzip der Bezirksstellen setzen. Eine im Einzelfall ebenso wichtige Spezialisierung kann sich auch in methodischer Hinsicht ergeben; hier sei auf die Beispiele der bereits erwähnten Luftbildprospektion oder die Unterwasserarchäologie verwiesen. Die Vorteile liegen in allen diesen Fällen nicht ohne weiteres bei den Ämtern. Das gilt auch für die Grabungserfahrung. Wo die amtlich bestellte AB-Kraft gegen den erfahrenen Ausgräber der Grabungsfirma antritt, bleibt ein Vorteil auf Seiten der Grabungsfirma, auch wenn ein erfahrener Amtsrarchäologe die AB-Kraft beaufsichtigt und unterstützt. Welche Bedeutung welcher Spezialisierung zukommt, muß im Einzelfall anhand der Anforderungen ermittelt werden, die das einzelne Bodendenkmal stellt.

Angesichts der Restriktionen, denen die öffentliche Hand immer noch ausgesetzt ist, werden private Unternehmen bis auf weiteres flexibler auf neue Anforderungen und damit häufig schneller reagieren können. Daß sie deshalb stets zuverlässiger bei der Einhaltung von Abschlußterminen sind, widerspricht der Lebenserfahrung mit privaten Unternehmen in anderen Bereichen und ignoriert die Fortschritte, die die amtliche Bodendenkmalpflege in den letzten Jahren gemacht hat. Die Frage, wieweit diese Fortschritte auch der Konkurrenz mit den privaten Grabungsfirmen zu verdanken sind, weist auf die Zusammenhänge zwischen Wettbewerb und Effektivierung des Verwaltungshandelns hin, die als ein Argument für Privatisierungen genannt werden.

Von Seiten der amtlichen Bodendenkmalpflege wird nun gelegentlich das Argument vorgebracht, Grabungsfirmen gehe es notwendigerweise nur ums Geld, weshalb bei der Leistungserbringung finanzielle Fragen gegenüber Forschungsgesichtspunkten im Vordergrund stehen müßten. Ich halte es nicht für durchschlagend. Auch für alle Arten von amtlichen Tätigkeiten gibt es einen unübersteigbaren materiellen Rahmen, der als Restriktion bei der Aufgabenerfüllung wirkt. Sicher muß das private Unternehmen bei der Erledigung eines Auftrages seine wirtschaftlichen Interessen im Auge behalten. Wenn es den Gewinn aus der Erledigung des einzelnen Auftrages als einzige Richtschnur seines Handelns betrachten wollte, würde es aber am Markt sehr schnell scheitern. Eine dauerhaft erfolgreiche Marktstellung läßt sich nur durch ordentliche Arbeit erreichen und halten.

Wenn nicht grundsätzlich auch von Privaten gute Arbeit erwartet werden könnte, dürften wir im übrigen nicht privat hergestellte Wurst essen, privat gebaute Brücken befahren, in privat gebaute Flugzeuge steigen oder privat entwickelte Medikamente einnehmen. Allerdings kommt es darauf an, Private auszuwählen, die nicht nur billig, sondern gut arbeiten. Die Verwaltung handelt deshalb nicht anders als jeder Privatmann bei seinen Einkäufen, wenn nach dem Vergaberecht nicht das preiswerteste, sondern das günstigste Angebot den Zuschlag erhält. Die öffentliche Hand gehört zu den Armen, die es sich nach einer alten Hausfrauenregel nicht leisten können, etwas Billiges zu kaufen.

In der Bodendenkmalpflege gilt im Ergebnis deshalb dasselbe wie für andere Gebiete, für die die Wahrnehmung von Aufgaben durch Private diskutiert wird. Eine generelle Antwort, ob die Privatisierung der Aufgabenerfüllung sinnvoll ist, läßt sich nicht geben. Es kommt auf den einzelnen Bereich und die einzelne Aufgabe an. Jedenfalls bedarf es institutioneller Vorkehrungen, wenn private Leistungserbringung dauerhaft funktionieren soll. Darum geht es bei der dritten Gruppe von Argumenten.

#### 4.3 Probleme des Einsatzes von Grabungsfirmen

Von Seiten der Landesarchäologen ist zu Recht auf die besondere Verantwortung des Staates für die Erforschung der archäologischen Denkmäler hingewiesen worden. Viele Landesverfassungen heben diese besondere Verantwortung des Staates für Denkmalschutz und Denkmalpflege ausdrücklich hervor. Natürlich begründen diese Bestimmungen kein Forschungsmonopol des Staates; ein solches verstieße gegen die grundgesetzlich garantierte Wissenschaftsfrei-

heit. Sie konstituieren aber eine Gewährleistungspflicht, der wegen der erwähnten Unwiederbringlichkeit des einzelnen Objekts besondere Bedeutung zukommt. Deshalb muß eine ausreichende Überwachung privat durchgeführter Grabungen sichergestellt sein. Die rechtlichen Voraussetzungen dafür sind gegeben. Es müssen aber auch die personellen und sachlichen Bedingungen gegeben sein; hier scheint es in den letzten Jahren gelegentlich zu Engpässen gekommen zu sein.

Aufwand entsteht noch an einer weiteren Stelle. Aus anderen Privatisierungsbereichen ist bekannt, daß die Privatisierung häufig mit einer Regulierung einhergeht. Sie hören in den Medien über solche Regulierungen etwa in den Bereichen Telekommunikation oder Rundfunk. Ungeschriebene Standards, die die Verwaltung ohne weiteres eingehalten hat, müssen als Vorgabe für die Leistungserbringung Privater ausformuliert und verbindlich gemacht werden. Die Verwaltung hat bis dahin wohl überall ausreichende, aber keineswegs überall gleiche Anforderungen an ihre eigene Tätigkeit zugrunde gelegt. Aus den Anforderungen an die eigene Arbeit werden mit der Privatisierung Vorgaben für privates Wirtschaften, die schon aus rechtsstaatlichen Gründen bestimmt und einheitlich gelten müssen. Einheitliche Standards sind unter Wettbewerbsbedingungen auch deshalb unverzichtbar, weil Preiskalkulationen sonst keine sichere Basis haben. Die Erarbeitung entsprechender Regeln für Prospektion und Grabungen hat in der Bodendenkmalpflege inzwischen begonnen; so hat der Verband der Landesarchäologen durch eine Arbeitsgruppe Standards für die Durchführung von Grabungen vorgelegt.

Solche Regeln müssen nicht nur erarbeitet und hinsichtlich ihrer Einhaltung überwacht, sondern auch fortgeschrieben werden. Mit der Formulierung und Fortschreibung von Standards sind in der Bundesrepublik viele Organisationen in zahllosen Arbeitsgruppen befaßt, ob sie nun DIN, Abwassertechnische Vereinigung oder wie auch immer heißen. Aller Voraussicht nach wird sich in der Bodendenkmalpflege zeigen, daß die privaten Grabungsfirmen auch aus wirtschaftlichen Gründen kein Interesse an niedrigen Standards haben. Eher besteht wohl die Gefahr, daß sich Verwaltung und private Firmen auf Kosten der privaten Kostenträger auf unverhältnismäßig hohe Standards einigen.

Gefährlich wird die Privatisierung, wenn es auf der Seite der privaten Anbieter gelingt, Monopole aufzubauen oder zu kartellieren. Wenn der Markt nicht mehr funktioniert, werden keine Wettbewerbspreise mehr angeboten, sondern die privaten Anbieter haben

die Möglichkeit, die Marktgegenseite auszubeuten. Auch die Korruption in allen ihren Erscheinungsformen stellt eine ständige Bedrohung des Wettbewerbs dar. Privatisierungsüberlegungen müssen sich deshalb immer mit der Frage auseinandersetzen, wie der Anbietermarkt strukturiert ist und wie Wettbewerbsbeschränkungen und andere Gefahren für den Markt verhindert werden können. Das Risiko der Monopolbildung ist meines Erachtens bei Grabungsfirmen nicht so hoch wie in Bereichen, in denen ein hoher Kapitaleinsatz erforderlich ist oder die Leistungserbringung stark auf ein Gebiet fixiert ist. Es dürfte auch schwierig sein, durch technische Innovationen eine Alleinstellung zu erreichen.

Die staatliche Gewährleistungspflicht wie die Fürsorge für die Erhaltung des Wettbewerbs verweisen auf die Frage, welche Konsequenzen sich für die Entwicklung der Fachbehörden in den dadurch berührten Bereichen ergeben, wenn private Archäologieunternehmen dauerhaft in den Bereichen Prospektion und Grabung tätig werden. Die staatliche Gewährleistungspflicht erfordert die dauerhafte Vorhaltung ausreichender Kapazitäten für die administrative Vorbereitung und Überwachung der privat durchgeführten Grabungen. Diese durch den Einsatz bisher auf Grabungen tätigen Personals zu gewinnen, wird in gewissem Umfang möglich sein, stößt aber an Grenzen.

Die Denkmalpflegeämter müssen nämlich nicht nur in dem forschungspolitisch für zweckmäßig gehaltenen Umfang im Rahmen langfristiger Vorhaben weitere eigene Grabungen durchführen können. Sie müssen daneben und vor allem auch mindestens in dem Umfang Rettungsgrabungen durchführen, der notwendig ist, um ihr einschlägiges Know-how langfristig zu sichern. Sie dürfen sich auch deshalb nicht zu einer rein beratenden Behörde ohne Forschungsmöglichkeiten entwickeln, weil die Kenntnisse und Erfahrungen für Beratung, Einflußnahme auf die Auftragsvergabe und Aufsicht nur bewahrt werden können, wenn die Ämter selbst Grabungen nach dem jeweiligen Stand der Wissenschaft durchführen. Eine einseitige Konzentration des Sachverständigen auf der Seite der privaten Anbieter könnte diese in Versuchungen bringen, denen sie dauerhaft kaum widerstehen können. Nicht zuletzt müssen die Ämter auch weiter die Möglichkeit haben, auf Grabungen archäologischen Nachwuchs auszubilden, auch wenn nicht jeder übernommen werden kann.

Die Erfahrungen mit der Privatisierung komplexer Tätigkeiten sprechen nachdrücklich dafür, daß das entscheidende Moment der Qualitätssicherung nicht Wettbewerb oder Aufsicht ist, so unverzichtbar sie



sein mögen. Effektiver wirkt der durch Ausbildung erworbene und durch den fachlichen Austausch etwa auf Tagungen wie dieser ständig erneuerte Konsens über die fachlichen Standards, die jeder einzuhalten hat, der in einem Beruf tätig wird. Dieses fachliche Gewissen arbeitet nicht unfehlbar, aber sehr zuverlässig. Wie immer die Arbeitsteilung zwischen den Fachämtern und den privaten Unternehmen sich künftig entwickeln mag, in der Mitwirkung an der Pflege der professionellen Standards liegt eine der wichtigsten Aufgaben der amtlichen Bodendenkmalpflege im Rahmen der staatlichen Gewährleistungspflicht.

## 5. Perspektiven

Bisher ist der Einsatz von Grabungsfirmen allenfalls dadurch zu Lasten von Grabungen der amtlichen Bodendenkmalpflege gegangen, daß die Ausweitung der Grabungstätigkeit Personal für die Vorbereitung von Firmengrabungen und für die Überwachung bindet, welches sonst auf eigenen Grabungen hätte eingesetzt werden können. Bisher ging es praktisch also nur um die Verteilung des Zuwachses an Grabungstätigkeit. Realistischerweise kann aber kaum davon ausgegangen werden, daß das so bleibt. Gezielte Privatisierungsinitiativen, die auch den status quo der amtlichen Bodendenkmalpflege infrage stellen, sind mit ziemlicher Sicherheit zu erwarten, wenn der Bedarf künftig einmal wieder zurückgeht und es dann nicht gelingt, die Nachfrage nach archäologischen Leistungen anderweit zu stabilisieren. Sollte der Markt effektiv schrumpfen, muß damit gerechnet werden, daß die Frage, wer welche Grabungen durchführt, also die Privatisierungsfrage, in aller Schärfe auch politisch diskutiert wird. Solange es dazu nicht kommt, halte ich angesichts des eher bescheidenen Stellen- und Finanzvolumens der Bodendenkmalpflege in den jeweiligen Etats politischen Druck in Richtung Privatisierung für nicht sehr wahrscheinlich. Die Archäologen in den

Ämtern und in den Grabungsfirmen haben deshalb noch Zeit, zu einem geregelten Miteinander zu kommen. Das wäre schon deshalb für die Bodendenkmalpflege sehr nützlich, weil mit den Grabungsfirmen künftig eine private Branche existiert, die in der politischen Diskussion als Lobby aus der Wirtschaft für die denkmalpflegerischen Anliegen wirken und politische Aufmerksamkeit auch dort erreichen kann, wo dies der Landesarchäologie und ihren traditionellen Verbündeten schwer fällt.

## Literatur

VERBAND DER LANDESARCHÄOLOGEN IN DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND (Hrsg.) (1994) Archäologische Denkmalpflege und Grabungsfirmen. Stuttgart 1994.

LÜDTKE, Hartwig (1997) Zur Problematik des Einsatzes privater Ausgrabungsfirmen in der archäologischen Praxis. *Arch. Nachr.bl. 2, 1997/4, 357-360.*

OEBBECKE, Janbernd (Hrsg.) (1997) Privatisierung in der Bodendenkmalpflege. Öffentlich-rechtliche Fragen des Einsatzes privater Grabungsfirmen. Baden-Baden 1997.

ROTH, Helmut (1997) Weniger Staatsausgaben: Auf dem Wege zur Teilprivatisierung der Archäologie. *Arch. Nachr.bl. 2, 1997/4, 366-367.*

WENZEL, Joachim (1997) Fachämter und Verursachergrabungen - die verwaltungsrechtlichen Probleme. *Arch. Nachr.bl. 2, 1997/4, 361-365.*

*Prof. Dr. Janbernd Oebbecke  
Westfälische Wilhelms-Universität  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht  
und Verwaltungsrecht  
Universitätsstraße 14-16  
D - 48143 Münster*