

Überlegungen zur Privatisierung in der Bodendenkmalpflege*

zugleich Besprechung des Buches

**Janbernd Oebbecke (Herausgeber):
Privatisierung in der Bodendenkmalpflege.
Öffentlich-rechtliche Fragen des Einsatzes privater Grabungsfirmen**

Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden 1997. ISBN 3-7890-4798-8. 123 S. DM 69,-.

Hans-Jürgen Kühlwetter

Privatisierung ist "in" ! "Privatisierung ist besser und leistungsfähiger als staatliche Handlungs- und Organisationsformen !" Privatisierung ist eine Zielsetzung staatlichen Handelns.¹

Die allgemeine Meinung bestätigt diese Auffassung fast einhellig. Daraus hat sich ein Axiom² entwickelt mit der Folge, daß sich außerhalb der *political correctness* stellt, wer die Frage aufwirft, ob eine Privatisierung im konkreten Falle sinnvoll ist oder nicht. Die Sinnhaftigkeit einer Privatisierung kann allerdings unter verschiedensten Prämissen gesehen und beurteilt werden; davon muß die Frage der Wirtschaftlichkeit oder Effizienz nicht immer die ausschlaggebendste sein.

Vorausgehen sollte allerdings eine Begriffsklärung als Basis einer sachgerechten Diskussion:³

1. Der Verkauf von Vermögensteilen der öffentlichen Hand an Private wird als "Eigentums- oder Vermögensprivatisierung" bezeichnet; Beispiele: Verkauf der VW-, Veba- oder Lufthansaaktien, die bisher der Bund hielt, an Private.

2. Ein Verzicht auf die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe zugunsten des Marktes wird als "Aufgabenprivatisierung" oder "materielle Privatisierung" gesehen; Beispiel: Privatisierung des Betriebes eines Schwimmbades, eines Schlachthofes oder der bisher kommunalen Müllabfuhr; dies braucht nicht unbedingt mit einer parallelen Vermögensprivatisierung verbunden zu sein.

3. Die ausdrückliche Übertragung der Durchführung (bestehenbleibender !) öffentlicher Aufgaben auf Private wird als "Ausführungsprivatisierung" aufgefaßt; Beispiele: Durchführung der Überprüfung der Verkehrssicherheit von Kraftfahrzeugen durch privatrechtliche Institutionen, Durchführung der Überprüfung von Feuerstätten verbunden mit Emissionsprüfungen durch die Bezirksschornsteinfegermeister.

4. Die Anwendung privatwirtschaftlicher Organisations- und Rechtsformen auf öffentliche Unternehmen wird als "formale Privatisierung" oder "Organisationsprivatisierung" bezeichnet; Beispiele: Umwandlung der Müllabfuhr in eine GmbH als Eigengesellschaft.

5. Bei der "funktionalen Privatisierung" verbleibt die Aufgabe und damit die Verantwortung beim Träger der öffentlichen Verwaltung. Lediglich der Vollzug von Aufgaben wird auf ein Privatrechtssubjekt übertragen, das dann oft als "Verwaltungshelfer" bezeichnet wird; Beispiel: Einschaltung privater Gutachter zur Vorbereitung von Behördenentscheidungen.

Immer ist allerdings bei Privatisierungen, die Aufgaben beinhalten, die den Schutz der Allgemeinheit oder deren Rechtsgüter betreffen, zu beachten, daß der Staat dann durch *"Einrichtung einer strengen Aufsicht dafür sorgen muß, daß die Interessen der Verwalteten, der betroffenen Bürger, gesichert bleiben"* (SCHEUNER 1971, 249 - Diskussionsbeitrag). Sehr oft wird durch die Einrichtung einer solchen Institution der häufig fragliche - Kostenvorsprung privater Organisationen wieder aufgezehrt werden, da die Kosten dieser Aufsicht der privaten Organisation zugerechnet werden müßten.

Damit entsteht - korrespondierend zur Privatisierung - eine neue staatliche Institution. In der allgemeinen und oft sehr emotional bestimmten Diskussion wird diese zusätzliche Aufgabe - oft als "Regulierung" bezeichnet - nicht erkannt; im Gegenteil fordert man - modern und fortschrittlich wie man ist - die "Deregulierung". Andererseits wird beim Ausufern oder bei sozial unerwünschten Ergebnissen marktorientierter Tätigkeit sofort und nachdrücklich nach der regulierenden Hand des Staates gerufen.

Im Rechtsstaat ist aber auch zu fragen, inwieweit eine Privatisierung öffentlicher Aufgaben rechtlich, insbesondere verfassungsrechtlich, überhaupt zulässig ist. In der weitgehend abgeschlossenen Diskussion zu dieser Frage herrscht "breiter Konsens" darüber, "daß das Grundgesetz weder ein Privatisierungsgebot noch - von vereinzelt Ausnahmen abgesehen - ein Privatisierungsverbot enthält" (SCHOCH 1994, 969).

Die Ausnahmen von der Zulässigkeit der Privatisierung beziehen sich auf staatliche und politische Leistungsaufgaben des Staates; der innere Kern der Organisation der Bundesrepublik, d. h. die im GG genannten Verfassungsorgane, sind nicht privatisierungsfähig; ferner nicht Justiz, Polizei, Verteidigung, Auswärtige Angelegenheiten und die Finanzverwaltung (SCHOCH 1994, 963).

Insbesondere werden aber - neben vielen anderen Bereichen - Privatisierungen kultureller Einrichtungen auf kommunaler Ebene für problemlos gehalten (SCHOCH 1994, 963, Anm. 25), wobei aus dem Sachzusammenhang zu schließen ist, daß hier Museen und ähnliche Einrichtungen gemeint sind, nicht aber kommunale Einrichtungen, die der Eingriffsverwaltung zuzurechnen sind, wie eine Denkmalpflegebehörde es sein kann. Privatisierungsentscheidungen selbst obliegen innerhalb des gesetzlichen Rahmens der Verwaltung oder erforderlichenfalls dem Gesetzgeber.

Im Vorwort der zu besprechenden Schrift führt Heinz Günter HORN (S. 5-9) mehrere Gründe an, sich mit dem Einsatz privater Grabungsfirmen zu beschäftigen:

- Im Rheinland waren Grabungen mit Hilfe privater Firmen bereits seit Ende der sechziger Jahre üblich. Diese auch unter der Geltung des neuen Denkmalschutzgesetzes NW fortgesetzte und bewährte Zusammenarbeit sei 1986 wegen zahlreicher arbeitsrechtlicher Prozesse zum Erliegen gekommen.
- Das Denkmalschutzgesetz NW sehe kein Grabungsmonopol für die Bodendenkmalpflegeämter vor.
- Durch die Firmengrabungen könnten Synergieeffekte eintreten.
- Der Einsatz von Grabungsfirmen habe aber nicht zum Ziel, die den Bodendenkmalpflegeämtern gesetzlich zugewiesenen Zuständigkeiten und Funktionen zu verlagern.
- Wissenschaftliche Sorgfalt, Solidität und Verantwortung sollten nicht den Kräften der freien Marktwirtschaft und dem neuen Gewinnstreben geopfert werden.
- Die Firmengrabungen müßten dem Amtsstandard entsprechen, ihre Methoden kompatibel und die Ergebnisse amtlich verfügbar sein.

Diese einführenden Feststellungen erhellen Motivation und Zielrichtung, aber auch Grenzen des Einsatzes von Grabungsfirmen im Rahmen der Bodendenkmalpflege.

Der Titel der Arbeit lautet "Privatisierung in der Bodendenkmalpflege"; diese Titulatur geht konform mit den Ausführungen von HORN zur Zielrichtung des Einsatzes von Firmen. Das "in" bedeutet nicht, daß die gesamte Bodendenkmalpflege privatisiert werden soll. Eine Verlagerung der gesetzlichen Zuständigkeiten, Funktionen und Ermächtigungen der Behörde auf Private - "Aufgabenprivatisierung" oder "Ausführungsprivatisierung" - ist nicht beabsichtigt und wäre auch nur im Wege einer Gesetzesänderung zu vollziehen. In der Bodendenkmalpflege soll lediglich ein Teil der Tätigkeit - und auch diese nur partiell - einer "funktionalen Privatisierung" (s. o.) zugeführt werden. Dabei ist es vielfach ausgesprochene Auffassung, daß die Tätigkeit von Grabungsfirmen in Konkurrenz zu Amtsgrabungen stattfinden soll. Das hat einerseits den Zwang zum Vergleich zur Folge und außerdem wird bei den Amtsarchäologen das auch für die Überwachung von Firmengrabungen erforderliche *know-how* erhalten und gefördert.

Zu Recht wird im Vorwort die Feststellung getroffen, private Tätigkeit in der Bodendenkmalpflege sei nichts Neues. Bereits 1920 grub ein privatrechtlicher Verein in Schwaben aufgrund privatrechtlicher Verträge mit den Grundstückseigentümern und begleitet durch ein Universitätsinstitut am Federsee Siedlungen aus und sicherte die Funde in einem eigenen Museum (KEEFER 1992, 34 ff.; 1996, 24 ff.).

Die Unzulässigkeit von Kettenarbeitsverträgen war durch das Reichsarbeitsgericht allerdings bereits 1932 und durch das Bundesarbeitsgericht 1954 gerügt worden. Insofern zeigt die Beschwerde von HORN über verlorene arbeitsgerichtliche Prozesse im Jahre 1986 einen Mangel an rechtlicher Betreuung in der täglichen Arbeit der Bodendenkmalbehörde auf. Diesem Symptom sollte durch die vorliegende Arbeit abgeholfen werden.

In einem ersten Hauptteil des zu besprechenden Werkes stellt Janbernd OEBBECKE allgemeine Probleme der Privatisierung und besondere Probleme der Privatisierung in der Bodendenkmalpflege dar (S. 13-31). Insbesondere erläutert er die Verbindung zum auslösenden Faktor einer Ausgrabung, meist einem baulichen Vorhaben. In einem Aphan zur Fußnote 11 geht er dabei auch auf den - allerdings ergebnislos gebliebenen - Rechtsstreit vor dem Bundesverwaltungsgericht - Az. 11 A 80.95 - zwischen dem Land Brandenburg und dem Eisenbahnbundesamt dar, in dem

das Land aufgrund des Verursacherprinzips die Kostenübernahme für bodendenkmalpflegerische Maßnahmen zur Vorbereitung des Baues einer Bahnstrecke durch die Bundesrepublik im Rahmen eines Planfeststellungsverfahrens verlangte. Der Prozeß kam nicht zur Entscheidung; bekannt wurde aber in diesem Zusammenhang das bei OEBBECKE zitierte Schreiben des Bundesverkehrsministeriums (S. 29), in welchem für Fälle von Vorhaben, für die eine Planfeststellung erforderlich ist, aber auch nur für solche, die Kostentragungspflicht des Verursachers, d. h. des Vorhabenträgers bejaht wurde. Abschließend hebt OEBBECKE zu Recht hervor, daß ein entscheidender Faktor für die Bewährung einer Privatisierung in der Bodendenkmalpflege die Qualitätssicherung der Arbeit der Firmen sein wird.

Daran schließt sich die Darstellung von drei Kurzvorträgen von Alexander HAIBT an (S. 33-113), die sich mit den Themen *"Rechtspflicht zur Heranziehung von Grabungsfirmen"*, *"Zulässigkeit von Regelungen im Einzelfall - Umfang der Grabung, Ausgräber, Informationsrechte"* und *"Festsetzung genereller Standards - Zulässigkeit, Verfahren, Grenzen"* beschäftigt. Eingeleitet werden diese Kurzvorträge durch eine Kurzdarstellung des denkmalrechtlichen Rahmens der Untersuchung, welcher sich naturgemäß auf das nordrhein-westfälische Recht beschränken muß.

Dargelegt wird insbesondere die Dreiecksbeziehung zwischen Denkmalbehörde, Vorhabenträger und Grabungsfirma mit den möglichen Zuordnungen. In diesem Zusammenhang wird auch erläutert, ob einer von der Denkmalbehörde beauftragten Grabungsfirma die Grundrechte der Wissenschafts- und Berufsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 und 12 Abs. 1 GG) zustehen, was zwar prinzipiell bejaht wird, aber mit Recht nur für einen recht engen Kernbereich. Überdies kann dieses Problem bis zur Willkürgrenze auch vertraglich geregelt werden, was angesichts der Marktausrichtung der Grabungsfirmen das Problem minimieren wird.

Hinsichtlich der Frage, ob eine Rechtspflicht zur Heranziehung von Firmen besteht, wird festgestellt, daß die Behörde nur die Möglichkeit zur Heranziehung von Firmen hat. Über das "Wie" einer Aufgabenerledigung entscheidet die Behörde - im Rahmen der ihr zur Verfügung stehenden personellen und materiellen Ressourcen - mithin selbst. Vergibt die Behörde allerdings die Aufgabe an Private, so besteht bei ihr die Pflicht, eine qualifizierte Aufsicht über die Tätigkeit der Privatfirma auszuüben. Übertragung an Private bedeutet nicht Entledigung von der Verantwortung. Diese Aufsicht setzt aber wiederum voraus, daß die Behörde qualifiziertes Personal vorhält und auch weiterbildet, welches zur Beaufsichtigung der Arbeit ei-

ner Privatfirma in der Lage ist. Dieser Aufwand wird bei der Privatisierungsdiskussion sehr oft übersehen.

Bei der Auftragsvergabe hat die Behörde nationale und europarechtliche Vergabe- und Wettbewerbsregeln zu beachten. In diesem Zusammenhang ist interessant, ob das Amt dem Vorhabenträger, der eine Grabungsfirma beauftragen möchte, Empfehlungen oder Listen von Firmen, die es für empfehlenswert hält, mit mehr oder weniger starker Bindungswirkung für den Vorhabenträger übergeben darf. Vergeblich bemüht sich HAIDT, dafür im Denkmalschutzgesetz Hinweise zu finden. Hilfreich wäre allerdings ein Blick in das Vergaberecht gewesen. § 3 Abs. 2 VOB Teil A und § 3 Nr. 3 VOL Teil A kennen jeweils den Rechtsbegriff der wettbewerbsrechtlich zulässigen "beschränkten Ausschreibung", für die u. a. Voraussetzung ist, daß es nur einen beschränkten Kreis von anerkannt leistungsfähigen, fachkundigen oder zuverlässigen Firmen gibt. Diese Differenzierung ist sowohl grundgesetzlich wie europarechtlich zulässig, setzt aber Markttransparenz über die sich am Markt bewerbenden Firmen und Informationsaustausch über deren Qualifikation voraus.

In untrennbarem Zusammenhang damit steht die berechnete Forderung, Amtsstandards für Grabungen aufzustellen und deren Einhaltung durch die Firmen zu sichern. Diese Amtsstandards könnten sich - eine bekannte Erscheinung im Wirtschafts- und Technikrecht - entwickeln als Richtlinien von Behörden, aber auch - durch die Fachverbände vorangetrieben - im Sinne von "Regeln der Technik".⁴ Im Bereich der Bodendenkmalpflege ist solch eine Entwicklung - zumindest behörden- oder länderübergreifend - noch nicht erkennbar. Dennoch ist es rechtlich möglich, seitens der Bodendenkmalbehörde im Einzelfall der Beauftragung einer Grabungsfirma vertraglich bestimmte Vorgehensweisen vorzuschreiben und insbesondere eine besondere Einflußmöglichkeit der Behörde auf die Arbeiten sicherzustellen. Dazu gehören Informationspflichten des Unternehmens an die Behörde, Vorlage von Zwischenberichten, Fundberichten und Funden, Abdingung der Rechtsfolgen des § 984 BGB sowie Regelungen über den Fundverbleib im Rahmen der jeweiligen Landesgesetze und der Bestimmungen über Schatzregale und des § 984 BGB und Regelungen über die Fundpublikation.

Zusammenfassend ist zu der zu besprechenden Schrift festzustellen, daß sie dem Leiter eines Denkmalpflegeamtes, der vor dem Problem steht, einen Vertrag mit einer Ausgrabungsfirma zu formulieren, wegen ihrer fachspezifischen Ausführungen keine große Hilfe sein wird. Die Arbeit stellt vielmehr eine Hilfe und Richtungsweisung für den den Archäologen beratenden Juristen dar.

Auch bei dieser Bemerkung zeigt sich, wie wichtig heute eine solche ständige Beratung und Zusammenarbeit ist. Dabei kann es nicht darum gehen, einen Juristen zu benennen, den der Archäologe bei Zweifeln ansprechen kann; diese Verwaltungslösung ist erfahrungsgemäß untauglich, da dann der juristische Laie erkennen müßte, wann ein rechtlich schwieriger Fall vorliegt. Dieser rechtlich schwierige Fall ist aber fast regelmäßig dadurch gekennzeichnet, daß er gerade dem Laien einfach erscheint. Man mag die weitgehende Verrechtlichung des Lebens in der Bundesrepublik beklagen, wichtig ist es aber, die Pflege des Kulturgutes vor nachteiligen Gerichtsentscheidungen zu schützen, die oft nur aus nicht sachgerechter Vertretung entstehen.

Fruchtbar, aber aufwendig wäre es gewesen, die rechtliche Betrachtung zu differenzieren nach der "Auftragstiefe" an das Grabungsunternehmen. Nicht immer wird das Amt eine "Totallösung" vergeben, d. h. eine Ausgrabung von der Prospektion bis zur Dokumentation und Publikation; denkbar ist, die verschiedenen Stufen bodendenkmalpflegerischer Tätigkeit aufzusplitten in die einzelnen Phasen, z. B. Prospektion, Freilegung, Funddokumentation, Fundbergung, Konservierung und wissenschaftliche Bearbeitung und diese Phasen nach der behördlichen Leistungsfähigkeit zwischen Behörde und Firma aufzuteilen. Jeweils bestimmte Problembereiche würden durch eine solche Aufteilung entfallen; die Kontrolle der Grabungsfirmen würde intensiviert und das Verständnis für Probleme des jeweils Anderen durch ein solches Kooperationsmodell erweitert werden.

Die administrative Umsetzung der gewonnenen juristischen Erkenntnisse wird sicher beschleunigt und erleichtert werden, wenn durch die Bodendenkmalbehörden - möglichst auch länderübergreifend - Amtstandards für Ausgrabungstätigkeiten entwickelt würden, die dann zum Gegenstand von Ausschreibungen und Vergaben zu machen wären. Nur dann ist eine Vergleichbarkeit von Leistungen der Firmen gesichert.

In diesem Zusammenhang müßte baldmöglichst ein Qualitätssicherungssystem entwickelt werden, in dem Ausgrabungsfirmen - eventuell getrennt für die verschiedenen Phasen von Ausgrabungstätigkeiten - ihre Qualifikation darlegen und zu sichern hätten; die DIN-Normen und auch die Europäischen Normen über Qualitätssicherung geben das Gerüst für solche Systeme. Für die Entwicklung solcher Systeme wären Zusammenschlüsse von Amtsarchäologen unter Assistenz von Unternehmern und auch von Juristen die richtige Basis. Nützlich wäre auch die Entwicklung von Vertragsformularen oder zumindest von Bau-

steinen für Grabungsverträge, um unter Beachtung der gewonnenen juristischen Erkenntnisse zu rechtlich abgesicherten Vereinbarungen zu kommen.

Die Herausgabe dieses Werkes stellt eine weitere notwendige Klärung von Einzelpunkten im gesamten Problemfeld der Privatisierung in der Bodendenkmalpflege dar und ist insofern zu begrüßen.

In der Konkurrenz zu Ausgrabungsfirmen werden den Amtsarchäologen neue Aufgaben und Tätigkeiten zu wachsen; die damit verbundenen und notwendig werdenden Aufsichts- und Überwachungspflichten eröffnen für diese auch neue Herausforderungen.

Anmerkungen

* Der vorliegende Beitrag wurde in der ersten Jahreshälfte 1998 verfaßt. Ob die neue Bundesregierung die Tendenz zur Privatisierung fortführen wird, bleibt abzuwarten.

1 Bundeskanzler Kohl in der Regierungserklärung vom 4. Mai 1983 - Verhandlungen des Deutschen Bundestages, Plenarprotokoll 10 / 4, Sitzung v. 4. Mai 1983, S. 57 ff.: Rückführung der staatlichen Tätigkeit; Stärkung der Freiheit des Einzelnen unter Einsatz von Marktmechanismen.

2 Ein in der griechischen Philosophie und Mathematik geprägter Begriff, der einen Grundsatz bezeichnet, der seinerseits nicht weiter zu begründen war; im allgemeinen ein Satz, der weder beweisbar noch eines Beweises bedürftig ist, vgl. Meyers Enzyklopädisches Lexikon, Band 3, 1971, Stichwort "Axiom".

3 Für das Folgende vgl. SCHOCH 1994, insbes. 962-963; LINK 1997, 140; Benz 1997.

4 vgl. zu dem Entstehen und der Rechtscharakteristik solcher Normen MARBURGER, "Die Regeln der Technik im Recht", 1979, §§ 3 und 4; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 30.9.1996 - Aktenzeichen. 4 B 175/96 in Recht der Landwirtschaft 1997, 23-24; GUSY 1995.

Literatur

BENZ, Angelika (1997) In: KÖNIG, Klaus & Angelika BENZ (Hrsg.) *Privatisierung und staatliche Regulierung: Bahn, Post und Telekommunikation, Rundfunk 1. 1. Auflage.* Baden-Baden 1997, 30-31.

GUSY, Christoph (1995) Probleme der Verrechtlichung technischer Standards. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 1995, 105-112.

KEEFER, Erwin (Hrsg.) (1992) Die Suche nach der Vergangenheit. 120 Jahre Archäologie am Federsee. *Katalog zur Ausstellung.* Stuttgart 1992.

KEEFER, Erwin (1996) Rentierjäger und Pfahlbauern. 14 000 Jahre Leben am Federsee. Katalog zur Ausstellung. Stuttgart 1996.

LINK, Heike (1997) In: KÖNIG, Klaus & Angelika BENZ (Hrsg.) *Privatisierung und staatliche Regulierung: Bahn, Post und Telekommunikation, Rundfunk*. 1. Auflage. Baden-Baden 1997, 140-141.

SCHEUNER, Ulrich (1971) Diskussionsbeitrag. In: von SIMSON, Werner & Martin KRIELE (Hrsg.) *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 29. Berlin/New York 1971, 249.

SCHOCH, Friedrich (1994) Privatisierung von Verwaltungsaufgaben. *Deutsches Verwaltungsblatt* 1994, 962-977.

Prof. Dr. Hans-Jürgen Kühlwetter
Hölderlinstraße 3
D - 50968 Köln