

**Verband der Landesarchäologen
in der Bundesrepublik Deutschland**

**ARCHÄOLOGISCHE DENKMALPFLEGE
UND FORSCHUNG**

**Kolloquium anlässlich der Jahrestagung 1992
Weimar 18. 5. – 21. 5. 1992**

Weimar 1993

Thüringisches Landesamt für Archäologische Denkmalpflege

Überarbeitete Vorträge zum Kolloquium des Verbandes der Landesarchäologen in der
Bundesrepublik Deutschland.

Herausgegeben vom Thüringischen Landesamt für Archäologische Denkmalpflege
durch Sigrid Dušek

Redaktionelle Bearbeitung: Eva Speitel

Bezug durch das Thüringische Landesamt für Archäologische Denkmalpflege, Humboldtstraße 11,
Postfach 458, O-5300 Weimar

Gesamtherstellung: Gutenberg Buchdruckerei Weimar GmbH

Inhalt

Vorbemerkung	5
Heinz Günter Horn Zur Einführung	6
Dieter Planck Bodendenkmalpflege und Forschung – Synonyme oder Gegensätze?	10
Joachim Reichstein Forschung: Ziel der Archäologischen Denkmalpflege?	15
W. J. H. Willems Archäologische Denkmalpflege und Forschung in den Niederlanden	22
Heiko Steuer Bodendenkmalpflege und archäologische Feldforschung aus der Sicht der Universität	28
Wighart von Koenigswald Bodendenkmalpflege und Forschung aus der Sicht eines Paläontologen	37
Siegmar von Schnurbein Die Auswahl der Grabungsplätze durch die Römische-Germanische Kommission des Deutschen Archäologischen Instituts in den Jahren seit 1956	41
Jochen Briegleb Förderaspekte der Deutschen Forschungsgemeinschaft bei Projekten der Archäologischen Denkmalpflege	46
Frank Fechner Bodendenkmalpflege und das Grundrecht der Forschungsfreiheit	49
Janbernd Oebbecke Das Verhältnis von Bodendenkmalpflege und Forschung aus verfassungsrechtlicher Sicht	56
Alfred Haffner Zusammenfassung – Bilanz des Kolloquiums	65

Das Verhältnis von Bodendenkmalpflege und Forschung aus verfassungsrechtlicher Sicht

Janbernd Oebbecke

1. Die denkmalschutzgesetzlichen Regelungen

Juristen lösen Fälle. Ich will deshalb mit zwei Fällen beginnen und versuchen, diese zu lösen:

Fall 1: Ein erfahrener Amateursammler, der auch mit kleineren heimatgeschichtlichen Publikationen hervorgetreten ist, beantragt die Erlaubnis, den Abraum und die Siebrückstände einer Kiesgrube regelmäßig nach Bodendenkmälern absuchen zu dürfen.

Fall 2: Ein grabungserfahrener Universitätsprofessor der Vor- und Frühgeschichte aus einem benachbarten Bundesland beantragt die Erlaubnis zur Ausgrabung eines – ansonsten ungefährdeten – neolithischen Gräberfeldes.

Zwei Fragen sollten zu diesen beiden Fällen beantwortet werden:

1. Ist die Erteilung der beantragten Erlaubnis zulässig?
2. Hat der Antragsteller einen Anspruch auf die Erlaubnis? Ob und inwieweit die Erlaubnis unter Auflagen erteilt werden darf oder muß, soll dabei – jedenfalls vorläufig – dahinstehen.

Es liegt auf der Hand, daß zwischen den Antworten auf die beiden Fragen in bestimmter Weise ein logischer Zusammenhang besteht: Einen Anspruch auf die beantragte Erlaubnis kann es nur geben, wenn die Erteilung der Erlaubnis überhaupt zulässig ist. Umgekehrt folgt daraus, daß die Erlaubnis erteilt werden darf, nicht notwendig auch, daß sie erteilt werden muß oder gar, daß der Antragsteller einen Anspruch darauf hat.

Eine erste überschlägige Prüfung anhand des jeweiligen Denkmalschutzgesetzes ergibt für viele Bundesländer, daß die Erteilung der Erlaubnis zwar zulässig ist, ein Anspruch darauf aber nicht besteht. Dieses Ergebnis drängt sich überall da auf, wo das Gesetz zwar die Erlaubnispflicht statuiert, aber keine Kriterien für die Entscheidung über die Erteilung der Erlaubnis festlegt. Das ist die Rechtslage in Baden-Württemberg, Bremen, Hamburg, Hessen, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen.¹

Dieses Ergebnis gilt für den ersten Fall auch in Bayern, Berlin, Brandenburg, Nordrhein-Westfalen und im Saarland.² In diesen Ländern darf die Erlaubnis nur aus bestimmten, im Gesetz genannten Gründen versagt werden. Diese Gründe – Gefahren für ein Bodendenkmal oder für die Erhaltung von Quellen für die Forschung oder auch die Gefahr der nicht sachgerechten Durchführung der Grabung – liegen im ersten Fall nicht vor. Ähnlich sind die Bestimmungen in Niedersachsen.³ Dort ist die Genehmigung zu versagen, wenn die vorgesehene Maßnahme gegen das Denkmalschutzgesetz verstößt. Nach der Systematik dieser Gesetze heißt das: die dort statuierte Pflicht zur Erhaltung mit ihren ausdrücklich im Gesetz beschriebenen Grenzen. In beiden Ausgangsfällen dürfte danach einer Erlaubniserteilung zulässig sein.

Ein Anspruch kommt im zweiten Fall überhaupt nur nach dem nordrhein-westfälischen und dem

1 §§ 21 DSchG BW, 16 I DSchG Bre, 16 I I DSchG Hbg, 21 DSchG Hes, 21 I DSchG RhPf, 14 II – IV DSchG SAnh, 18 I I DSchG SchlH, 18 DSchG Th.

2 Art. 7 I DSchG Bay, §§ 5 III DSchG Bln, 16 II DSchG Bbg, 13 II DSchG NW, 20 II DSchG Saarl.

3 §§ 12 II DSchG Nds.

insoweit gleichlautenden brandenburgischen Recht⁴ in Betracht. Der Kommentar zum nordrhein-westfälischen Denkmalschutzgesetz sieht die Erhaltung von Quellen für die Forschung nämlich dann nicht als gefährdet an, wenn die ordnungsgemäße Dokumentation gewährleistet ist.⁵ Diese Einschätzung ist allerdings nicht ganz überzeugend, weil die Methoden zur Erfassung und Dokumentation der Befunde künftig sicher weiter verbessert werden.

Im Saarland kommt die Erteilung der Erlaubnis zur Ausgrabung des Gräberfeldes rechtlich gar nicht in Betracht, weil die Erlaubnis dort zu versagen ist, wenn dies zum Schutz von Bodendenkmälern erforderlich ist.⁶ Für Baden-Württemberg und Hessen kommt man zu demselben Ergebnis, wenn man die einschlägigen Bestimmungen mit den Kommentatoren der dortigen Gesetze als repressive Verbote und nicht lediglich als Verbote mit Erlaubnisvorbehalt versteht.⁷ Ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt soll ein an sich nicht unerwünschtes Verhalten lediglich einer behördlichen Überwachung unterwerfen, ein repressives Verbot soll ein Verhalten dagegen generell unterbinden und lediglich im Ausnahmefall zulassen.⁸ Die erwähnte Auffassung der Kommentatoren stützt sich auf die denkmalrechtlichen Erhaltungsgebote und könnte auf andere Länder mit ähnlicher Gesetzeslage übertragen werden. Allerdings ist sie durchaus erheblichen Zweifeln ausgesetzt, denn ebensoartige Erhaltungsgebote finden sich in Gesetzen mit Erlaubnisvorbehaltsregelungen wie etwa in Nordrhein-Westfalen.⁹

Schon die vielen erwähnten Zweifel deuten an, daß die einfachrechtliche Lage nach den meisten Denkmalschutzgesetzen alles andere als klar ist. Daran würde sich in den meisten Fällen wohl auch nichts Grundlegendes ändern, wenn man gründlicher vorgehe und etwa die Gesetzgebungsgeschichte zur Auslegung heranzöge. Die Gesetzgeber in den Ländern haben sich nämlich überwiegend nicht lediglich unklar ausgedrückt, ihnen fehlte vielmehr in der Regel wohl ein klares Regelungskonzept.

2. Die Bedeutung des Verfassungsrechts

Die Rechtsanwendung wird dadurch weiter kompliziert, daß wir es mit einem verfassungsrechtlich stark beeinflussten Lebensbereich zu tun haben. Die Freiheit der Wissenschaft, der Forschung und der Lehre werden nämlich durch Art. 5 III GG geschützt. Um Forschung im Sinne dieser Bestimmung geht es in beiden Ausgangsfällen.¹⁰

Für die juristische Prüfung ergeben sich damit eine Reihe von wichtigen verfassungsrechtlichen Fragen: Angesichts des Umstandes, daß die Forschungsfreiheit ohne jeden Vorbehalt garantiert ist, ist erstens zu prüfen, ob überhaupt eine gesetzliche Regelung, die diese Freiheit beschränkt, erlassen werden durfte (Tz. 2.1). Auch wenn diese Frage zu bejahen ist, sind die bestehenden gesetzlichen Regelungen zweitens nur verfassungskonform, wenn sie den Ansprüchen genügen, die an solche gesetzlichen Regelungen im Grundrechtsbereich von Verfassungen wegen zu stellen sind (Tz. 2.2). Bei dieser Prüfung stellt sich dann u. U. heraus, daß eine gesetzliche Bestimmung

4- §§ 13 II DSchG NW, 16 II DSchG Bbg.

5 Paul Artur Memmesheimer/ Dieter Upmeyer/ Horst Dieter Schönstein, Denkmalschutzrecht NW, 2. Aufl. 1989, § 13 Rnr. 9.

6 § 20 II DSchG Saarl.

7 Heinz Strobl/ Ulrich Majocco/ Helmut Birn, Denkmalschutzgesetz BW, 1989, § 21 Rnr. 4; Siegfried Dörfeldt/ Jan Nikolaus Viebrock, Hessisches Denkmalschutzrecht, 2. Aufl. 1991, § 21 Rnr. 4.

8 Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 1990, § 9 Rnr. 51 ff.

9 Vgl. §§ 1 I, 7 DSchG NW.

10 Vgl. dazu Frank Fechner, Rechtlicher Schutz archäologischen Kulturguts, 1991, 68; ders., Grenzen der Forschungsfreiheit am Beispiel der Forschungsfreiheit, JZ 1992, m. w. Nachw.; vgl. auch von Mangoldt/ Klein/ Starck, Das Bonner Grundgesetz, 3. Aufl. 1985, Art. 5 Rnr. 255; Dieter Wyduckel, Archivgesetzgebung im Spannungsfeld von informationeller Selbstbestimmung und Forschungsfreiheit, DVBl. 1989, 327 (334 f.); BVerfG, Urt. v. 29.5.1973 - 1 BvR 424/71 - BVerfGE 35, 79 (112 f.).

nur in einer ganz bestimmten – der verfassungskonformen – Auslegung mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Soweit der Verwaltung – hier also der Stelle, die nach dem jeweiligen Landesrecht über die Erteilung der Grabungsgenehmigung zu entscheiden hat – Ermessen, also ein Entscheidungsspielraum eingeräumt ist, können sich dann drittens aus dem Verfassungsrecht Direktiven für die Ausübung dieses Ermessens ergeben (Tz. 2.3).

2.1 Die Zulässigkeit des denkmalschutzrechtlichen Erlaubnisvorbehalts für Forschungsaktivitäten

Die ohne ausdrücklichen Vorbehalt einer gesetzlichen Regelung gewährten Grundrechte – außer der Wissenschaftsfreiheit zum Beispiel die Freiheit der Kunst und die Religionsfreiheit – sind seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes eine Herausforderung für die Verfassungsrechtler gewesen. Stets war nämlich allen klar, daß eine vorbehaltlose Ausübung dieser Rechte nicht in Betracht kommen konnte. Man kann die Studenten dazu etwa mit dem Ölscheich erheitern, der sich mit seinem vielköpfigen Gefolge aus Harem, Eunuchen und Leibwache in Ausübung seiner Religionsfreiheit auf der Hauptverkehrsstraße zum Gebet niederwirft und so den Straßenverkehr zum Erliegen bringt.¹¹ Es besteht Einigkeit darüber, daß die Religionsfreiheit in diesem Fall nicht von der Beachtung der Verkehrsregeln entbindet. Ebenso leuchtet ein, daß die Forschungsfreiheit bestimmte Experimente am Menschen ebensowenig deckt¹² wie die Kunstfreiheit die Zerstörung fremden Eigentums im Rahmen eines Happenings.¹³ So unbestritten diese Ergebnisse sind, so sehr erschwert die recht klare Textlage – man vergleiche etwa die Absätze 1 und 3 des Art. 5 GG – eine überzeugende Begründung.

Durchgesetzt hat sich die Auffassung, daß eine Beschränkung auch der vorbehaltlos garantierten Grundrechte im Interesse anderer von der Verfassung geschützter Güter zulässig ist. In den erwähnten Fällen liefert diese Lösung überzeugende Ergebnisse: die Ausübung des Grundrechts beschränkt andere in der Ausübung ihrer Grundrechte, ein Konflikt, der gesetzlicher Regelung zugänglich ist.

Allerdings ist diese Lösung keineswegs perfekt. So hat das Bundesverfassungsgericht im Fall der Josephine Mutzenbacher auf den Jugendschutz zurückgegriffen, um den in der Indizierung des Werkes liegenden Eingriff in die Kunstfreiheit zu rechtfertigen.¹⁴ Das ist im Hinblick auf den Text der Art. 5 GG wenig überzeugend; der Jugendschutz wird dort nämlich ausdrücklich im Absatz 1, aber eben nicht im Absatz 3 erwähnt. Die Rechtfertigung gesetzlicher Beschränkungen von Tierversuchen zu Forschungszwecken bereitet nach wie vor erhebliche Probleme; hier ist u. a. die in Art. 1 I GG angesprochene Menschenwürde herangezogen worden: Zum Menschenbild des Grundgesetzes gehöre die Verantwortung des Menschen für die Natur; wer Tiere quäle, verletze seine eigene Würde.¹⁵ Daß die Verunstaltungsverbote der Landesbauordnungen auch gegenüber Werken der Baukunst geltend gemacht werden können, hat das Bundesverwaltungsgericht mit Art. 2 II GG begründet, der jedermann das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit einräumt. Ein häßlicher Anblick könne auch Unlustgefühle hervorrufen und so das psychische Wohlbefinden beeinträchtigen.¹⁶ – Es gibt im Verfassungsrecht sicher Felder, auf denen

¹¹ Roman Herzog/ Walter Schick, Verfassungsrecht, 4. Aufl. 1978, 53 f.

¹² Vgl. Thomas Oppermann, in: HdbStR VI, 1989, § 145 Rnr. 29; von Mangoldt/ Klein/ Starck (Anm. 10), Art. 5 Rnr. 265.

¹³ Vgl. Erhard Denninger, in: HdbStR VI, 1989, § 146 Rnr. 39 ff; von Mangoldt/ Klein/ Starck (Anm. 10), Art. 5 Rnr. 213; Bodo Pieroth/ Bernhard Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 7. Aufl. 1991, 167.

¹⁴ BVerfG, Beschl. v. 27.11.1990 – 1 BvR 402/87 – NJW 1991, 1471 ff.

¹⁵ Vgl. dazu auch die Nachw. bei Thomas Dickert, Naturwissenschaft und Forschungsfreiheit, 1991, 447 ff; Pieroth/ Schlink (Anm. 13), 166.

¹⁶ BVerwG, Beschl. v. 27.6.1991 – 4 B 138/90 – NVwZ 1991, 983 f.

die Rechtswissenschaft ihre Ergebnisse überzeugender begründen kann. Wir machen es ähnlich wie die Mediziner, die ja auf eine wirksame Therapie auch nicht deshalb verzichten, weil sich der Heilungserfolg naturwissenschaftlich nicht erklären läßt.

Daß die Ausgrabung von Bodendenkmälern gesetzlich beschränkt und von einer Erlaubnis abhängig gemacht werden darf, ist im Ergebnis wohl ähnlich unzweifelhaft wie die Lösung des Falles mit dem Ölscheich. Daß man dieses Ergebnis mit dem Hinweis auf den Kulturstaatscharakter der Bundesrepublik begründen kann,¹⁷ scheint mir aber deshalb zweifelhaft, weil dieses Argument tautologisch ist. Ein Staat, der in unseren beiden Ausgangsfällen die Erlaubnisse erteilt, ist deshalb nicht weniger oder mehr Kulturstaat als er dies bei der Verweigerung der Erlaubnisse wäre. Freie Forschung gehört ebenso zur Kultur wie Denkmalschutz. Wer hier den Kulturstaat zur Rechtfertigung von Beschränkungen der Forschungsfreiheit heranzieht, entnimmt dem Argument lediglich wieder das, was er vorher hineingegeben hat.

Am ehesten überzeugend finde ich nach wie vor den Vorschlag, die Forschungsfreiheit anderer Forscher auch künftiger Generationen als das durch die Erlaubnispflicht geschützte Verfassungsgut anzusehen.¹⁸ Diese Begründung hat recht weitreichende Konsequenzen für die Entscheidung über die Erlaubniserteilung und darüber hinaus für die bodendenkmalpflegerische Praxis.

2.2 Anforderungen an die gesetzliche Zuteilung von Chancen auf Grundrechtsverwirklichung

Die gesetzlichen Regelungen über die Genehmigungspflicht sind dann nämlich als Regelungen über die Bewirtschaftung von Chancen zur Wahrnehmung von Grundrechten anzusehen. Im numerus-clausus-Urteil hat das Bundesverfassungsgericht die besonderen Anforderungen entwickelt, denen solche Regelungen genügen müssen. Insbesondere muß der parlamentarische Gesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen selbst in einem formellen Gesetz treffen.¹⁹ Nicht alle Denkmalschutzgesetze genügen diesen Ansprüchen:

Die verfassungsrechtlichen Bedenken sind jedenfalls dort, wo es an jedem sachlichen Kriterium für die Entscheidung über die Erteilung der Grabungserlaubnis fehlt, unabweisbar. Das betrifft die Gesetze von Baden-Württemberg, Bremen, Hamburg, Hessen, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen. Der Rettungsversuch, auf die allgemeine gesetzliche Erhaltungspflicht zu verweisen, muß deshalb scheitern, weil diese Pflicht nirgendwo unbedingt ist, sondern alle Gesetze im überwiegenden öffentlichen Interesse Eingriffe in Denkmäler zulassen. Die Entscheidung, ob und gegebenenfalls wann Forschungsinteressen das Erhaltungsinteresse überwiegen, ist aber Sache des Gesetzgebers, nicht des Gesetzesanwenders.

Die Gesetze der anderen Länder enthalten Kriterien für die Erlaubniserteilung, wenn auch teilweise eher rudimentär. Auch hier bestehen vielfach Zweifel, ob die gesetzliche Regelung den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt. Noch am ehesten wird man das annehmen können, wo auf den Schutz des Bodendenkmals abgestellt wird, wie dies in Bayern und mit gewissen Abweichungen in Berlin, Nordrhein-Westfalen, im Saarland und in Brandenburg der Fall ist.²⁰ Mit diesen Formulierungen zeigen diese Gesetze ein leitendes Kriterium für die Auslegung und Anwendung der Bestimmungen über die Grabungserlaubnis auf: Im Vordergrund soll das Bemühen stehen, das Bodendenkmal, die Einheit von Befunden und Funden in situ zu erhalten. Im Hinblick auf die Interessen künftiger Forschergenerationen erscheint es verfassungsrechtlich

17 Fechner, Schutz (Anm. 10), 71; Fechner (Anm. 10), JZ 1992.

18 Fechner, Schutz (Anm. 10), 70; Janbernd Oebbecke, Das Recht der Bodendenkmalpflege in der Bundesrepublik Deutschland, DVBl. 1983, 384 (388).

19 BVerfG, Urt. v. 18.7.1972 – 1 BvL 32/70 – BVerfGE 33, 303 (336 f.), Urt. v. 8.2.1977 – 1 BvF 1/76 – BVerfGE 43, 291 (314).

20 Art. 7 I DSchG Bay; §§ 5 III 2 DSchG Bln; 13 II DSchG NW; 20 II DSchG Saarl; 16 II DSchG Bbg.

tolerabel, wenn die Forschung auf die Grabungen beschränkt wird, die unvermeidbar sind, weil Denkmäler aus anderen Gründen weichen müssen. Wo ein Denkmal nicht in situ erhalten werden kann, können mit Hilfe dieses Schutzkriteriums die verbleibenden Interessen durchgesetzt werden. Dies sind das Interesse an der Dokumentation der Befunde als dem erhaltungsfähigen Substrat des Denkmals und das Interesse an der Erhaltung der durch die Grabung als Funde isolierten Einzeldenkmäler.

Die gesetzliche Regelung muß allerdings auch anderen verfassungsrechtlichen Maßstäben genügen als der Forschungsfreiheit des Art. 5 III GG. Mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG sind etwa Regelungen unvereinbar, die amtliche Grabungen nicht denselben strengen Regeln unterwerfen wie die anderer Forscher. Vorschriften wie § 13 I 2 DSchG NW, wonach Nachforschungen in der Verantwortung des Landes, des Landschaftsverbandes oder der Stadt Köln von der Erlaubnispflicht ausgenommen sind,²¹ können deshalb nur von der Pflicht zur Einholung einer Erlaubnis freistellen. Sie bedeuten keinesfalls, daß die genannten Stellen materiell-rechtlich größere Freiheit besäßen als andere Forscher;²² reine Forschungsgrabungen sind auch ihnen verwehrt; das gilt selbst dann, wenn sie der Gewinnung von Erkenntnissen dienen, die für die Arbeit der Denkmalpflege von Bedeutung sind. Eine Ausnahme wird man hier allenfalls insoweit machen können, als eine Grabung der Gewinnung von Informationen für den Schutz des betreffenden Denkmals dient, etwa um zur Vorbereitung der Unterschutzstellung dessen Ausdehnung festzustellen.

Niedersachsen sieht als Entscheidungskriterium die Gesetzeskonformität vor: Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn die Maßnahme gegen das Denkmalschutzgesetz verstoßen würde.²³ Diese Regelung verweist, wie schon erwähnt wurde, auf die Bestimmung über die Grenzen der denkmalrechtlichen Erhaltungspflicht.²⁴ Als Grenze wird außer der hier nicht in Betracht kommenden wirtschaftlichen Unzumutbarkeit das überwiegende öffentliche Interesse genannt; beispielhaft werden wissenschaftliche Gründe angeführt. Auch Brandenburg kennt für die Grabungserlaubnis den Erlaubnistatbestand des überwiegenden öffentlichen Interesses.²⁵ Die Erlaubnis zur Grabung ist nach diesen Bestimmungen also zu erteilen, wenn das öffentliche Interesse an der Grabung das an der Erhaltung des Denkmals überwiegt. Mit dieser Formulierung trifft der Gesetzgeber die eigentliche Entscheidung nur gerade nicht selbst, sondern überläßt sie vollständig der Genehmigungsbehörde; verfassungsrechtlich ist das höchst bedenklich.

Niedersachsen kennt daneben noch ein weiteres Entscheidungskriterium: Die Maßnahme darf Forschungsvorhaben des Landes nicht beeinträchtigen.²⁶ Das ist gewiß ein sinnvolles und unbedenkliches Kriterium, soweit es darum geht, laufende Vorhaben dagegen zu schützen, daß die Erhebung und Auswertung von Befunden durch Aktivitäten anderer Personen oder Stellen gestört werden. Allerdings kann auf diesem Wege kein Forschungsvorrang des Landes etabliert werden. Mit Art. 5 III GG wäre es beispielsweise unvereinbar, daß auf diese Weise mittel- oder langfristige behördliche Grabungspläne gegen wissenschaftliche Konkurrenz abgesichert werden sollen.

Verfassungswidrigkeit kann bei uns verbindlich nur das Bundes- und in einigen Ländern ein Landesverfassungsgericht feststellen.²⁷ Ein solcher Richterspruch könnte zustande kommen, wenn

21 Ähnlich – wegen der anders geregelten Erlaubniskriterien aber in einem anderen Kontext – §§ 12 I 2 DSchG Nds; 13 III DSchG SAnh.

22 So aber Dörffeldt/Viebrock (Anm. 7), § 21 Rnr. 4; Strobl/Majocco/Birn (Anm. 7), § 21 Rnr. 4.

23 §§ 12 I DSchG Nds.

24 §§ 7 II DSchG Nds.

25 § 16 II DSchG Bbg.

26 § 12 II 1 DSchG Nds.

27 Art. 100 GG.

ein Verwaltungsgericht die seiner Ansicht nach verfassungswidrige Bestimmung dem Verfassungsgericht vorlegt, oder wenn ein Betroffener nach erfolglosem Abschluß eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens Verfassungsbeschwerde einlegt. Ein solcher Richterspruch müßte nun nicht bedeuten, daß ein rechtloser Zustand ausbrechen muß, in dem die Bodendenkmäler dem Forschungsdrang schutzlos preisgegeben wären; das Bundesverfassungsgericht gewährt dem Gesetzgeber in solchen Fällen vielmehr eine Galgenfrist für die Schaffung eines verfassungskonformen Zustandes.²⁸ Das entbindet allerdings nicht davon, die Anwendung des befristet weitergeltenden Rechts möglichst stark an der Verfassung auszurichten. Das gilt vor allem für die Ausübung eingeräumten Ermessens.

2.3 Ermessensausübung im Lichte des Verfassungsrechts

Betrachtet man die denkmalgesetzlichen Regelungen über die Erteilung von Grabungserlaubnissen darauf hin, in welchem Umfang sie die entscheidende Behörde binden, lassen sich drei Gruppe unterscheiden: In acht Ländern ist die Behörde nach dem Gesetzestext völlig frei darin, wie sie entscheidet.²⁹ In zwei Ländern muß sie die Erlaubnis in bestimmten Fällen verweigern,³⁰ ist sonst aber in ihrer Entscheidung frei. In vier Ländern schließlich muß sie die Erlaubnis erteilen, wenn die Voraussetzungen vorliegen.³¹ Aus der Sicht des Antragstellers ist diese Lösung sicher die angenehmste, weil sie die Entscheidung der Behörde für ihn kalkulierbar macht. In den anderen zehn Ländern ist seine Stellung dagegen schwierig, denn auch, wenn die Voraussetzungen günstig sind, ist die Behörde nach dem Gesetzestext nicht gehindert, die Erlaubnis zu verweigern. Bezieht man das Verfassungsrecht in die Betrachtung ein, wird seine Position aber günstiger, denn aus dem Grundrecht der Forschungsfreiheit ergeben sich Ermessensdirektiven für die Behörde, Richtlinien dafür, wie sie von dem ihr eingeräumten Ermessen Gebrauch machen muß. Ende Januar 1986 hat eine Kammer des ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts darüber entschieden, ob sich aus dem Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit ein Recht ableiten läßt, zu Forschungszwecken Behördenakten einsehen zu dürfen.³² Ein akademischer Oberrat am Fachbereich Gesellschaftswissenschaften einer Universität hatte für ein Forschungsvorhaben über die Entscheidungsprozesse in der Bundeszentrale für politische Bildung die Einsichtnahme in Akten dieser Behörde aus den Jahren 1967 bis 1978 beantragt. Die Bundeszentrale lehnte den Antrag unter Hinweis auf die grundsätzlich bestehende Sperrfrist von dreißig Jahren ab und legte im einzelnen dar, warum eine Ausnahme in diesem Fall nicht in Betracht komme.

Die Klage vor den Verwaltungsgerichten blieb erfolglos und die Verfassungsbeschwerde wurde mangels Erfolgsaussicht nicht zur Entscheidung angenommen. Ein Anspruch auf Unterstützung seiner Forschung durch Gewährung der Akteneinsicht stand dem Antragsteller nach Auffassung der entscheidenden Kammer nicht zu. Sie wies jedoch darauf hin, daß bei der Entscheidung über den Antrag die Verfassung als Wertordnung und damit auch der Stellenwert beachtet werden müsse, den das Grundgesetz der Freiheit der Wissenschaft einräume. Daraus ergebe sich zwar kein Anspruch auf Akteneinsicht, der Antragsteller könne aber verlangen, daß über den Antrag sachgerecht, also frei von Willkür und unter angemessener Berücksichtigung des Zwecks des Anliegens entschieden werde. Das habe die Bundeszentrale im vorliegenden Fall getan.

28 Wolfgang Löwer, in HdhStR II, 1987, § 56 Rnr. 105 ff, insb. 108.

29 §§ 20 DSchG BW, 16 I DSchG Bre, 16 I DSchG Hbg, 21 DSchG He, 21 I DSchG RhPf, 14 III DSchG SAnh, 18 I DSchG SchlH, 18 DSchG Thü.

30 §§ 5 III DSchG Bln, 20 II 2 DSchG Saarl.

31 Art. 7 I DSchG Bay, §§ 16 II DSchG Bbg, 12 II DSchG Nds, 13 II DSchG NW.

32 BVerfG, Beschl. v. 30.1.1986 – I BvR 1352/85 – NJW 1986, 1243.

Anders als in diesem Fall des Bundesverfassungsgerichts geht es bei der Grabungsgenehmigung nicht darum, daß der Staat ein Vorhaben unterstützen soll; das wäre etwa der Fall, wenn die Liegenschaftsverwaltung des Bundes über die privatrechtliche Erlaubnis zu entscheiden hätte, daß auf einer bundeseigenen Fläche gegraben werden darf. Es geht vielmehr darum, unter welchen Voraussetzungen der Staat darauf verzichtet, die Forschung durch die Grabung rechtlich zu verhindern. Hier ist Art. 5 III GG in seiner primären Funktion als Abwehrrecht angesprochen; die Stellung des Antragstellers ist deshalb als deutlich stärker einzusetzen. In dem Akteneinsichtsfall spielt der Staat, wie es in der Entscheidung heißt, keine Sonderrolle, sondern ist eins unter vielen möglichen Forschungsobjekten. Wenn schon dann die Bedeutung der Wissenschaftsfreiheit bei der Entscheidung angemessen zu berücksichtigen ist, um wieviel mehr muß das bei der Grabungserlaubnis gelten, wo der Staat dem Einzelnen in seiner klassischen Sonderrolle gegenübertritt, als verbietender, eingreifender Staat, gegen den die Grundrechte gerade schützen sollen. Das bedeutet für die Ausübung des Ermessens in den Ländern, in denen gesetzliche Voraussetzungen bestimmt sind, daß bei Vorliegen dieser Voraussetzungen die Erlaubnis in aller Regel wird erteilt werden müssen. Das bedeutet in den Ländern ohne nähere gesetzliche Regelung, daß die Erlaubnis nur aus genau angegebenen und wirklich wichtigen Gründen verweigert werden darf.³³

Man muß sich klar machen, daß die Bestimmungen über die Grabungsgenehmigung den Sonderfall einer Regelung über die Zulassung einer Denkmalzerstörung darstellen. Denkmalzerstörungen sind aber nicht nur erlaubnispflichtig, wenn sie zu Forschungszwecken vorgenommen werden, sondern nach den Denkmalschutzgesetzen auch in anderen Fällen. Die Stellung des Antragstellers kann im Sonderfall der Grabungserlaubnis nicht schwächer sein als in diesen anderen Fällen.³⁴

Durch Nebenbestimmungen zur Genehmigung kann die Behörde fachliche Standards festlegen. Wie und in welchem Umfang das geschieht, steht im Ermessen der Genehmigungsbehörde. Die Ausübung dieses Ermessens wird mitbestimmt durch die grundrechtlich gewährleistete Forschungsfreiheit. Im Fall des neolithischen Gräberfeldes wird man sich darauf beschränken, die verantwortliche Leitung durch den Antragsteller vorzuschreiben. Weitere methodische Vorgaben dürften mit dessen Forschungsfreiheit unvereinbar sein. Eine Ausnahme mag für die Publikation gelten. Allerdings dürfen die Standards insoweit – wie übrigens auch sonst – nicht über das hinausgehen, was die amtliche Denkmalpflege selbst beachtet. Bei fachlich weniger qualifizierten Antragstellern wie im ersten Fall wird man auch die Art und Weise der Dokumentation vorschreiben können; die Grenze ist dort erreicht, wo die beantragte Grabung durch die Nebenbestimmung für den Antragsteller faktisch unmöglich wird. In jedem Fall darf die vorübergehende Überlassung der Funde verlangt werden, soweit sie aus bodendenkmalpflegerischen Gründen, zur Dokumentation und Inventarisierung des Denkmälerbestandes notwendig ist.

3. Überlegungen zu einer gesetzlichen Neuregelung

Nach dem Ergebnis der hier vorgetragenen verfassungsrechtlichen Überlegungen ist in den meisten Bundesländern eine klare und verfassungskonforme gesetzliche Neuregelung der Grabungsgenehmigung notwendig. Sie sollte nach Möglichkeit erfolgen, solange noch keine gerichtlichen

³³ Oebbecke (Anm. 18), DVBl. 1983, 388.

³⁴ Dem Antragsteller hat ein Anspruch auf die Erlaubnis bzw. auf fehlerfreien Ermessensgebrauch zugestanden. Vgl. etwa Wolfgang Eberl / Dieter Martin / Michael Petzet, Bayerisches Denkmalschutzgesetz, 3. Aufl. 1985, Art. 6 Rnr. 33; Memmesheimer / Upmeyer / Schönstein (Anm. 5), § 9 Rnr. 17; Strobl / Majocco / Birn (Anm. 7), § 8 Rnr. 6; Christoph Moench, Die Entwicklung des Denkmalschutzrechts, NVwZ 1988, 304 (309) m. w. Nachw.

Auseinandersetzungen laufen. Wie müßte eine solche gesetzliche Neuregelung aussehen, die den Ansprüchen der Verfassung genügt? Im folgenden soll abschließend versucht werden, aus juristischer Sicht den Rahmen aufzuzeigen, der dabei beachtet werden muß.

In erster Linie ist ein klares bodendenkmalpflegerisches Programm erforderlich, das der Gesetzgeber bei seiner politischen Entscheidung über die gesetzliche Regelung der Ausgrabung zugrunde legen kann. Verfassungsrechtlich lassen sich einige Fixpunkte angeben, die dabei beachtet werden müssen; darauf komme ich noch zurück. Diese Fixpunkte lassen aber einen breiten Entscheidungsspielraum, der ausgefüllt werden kann und in den Grundzügen durch den Gesetzgeber ausgefüllt werden muß.

Mir scheint nun, daß die fachliche Diskussion von einer hinreichend klaren Vorstellung über ein bodendenkmalpflegerisches Programm, die sich Ministerien und Landtage bei der Gesetzgebung zu eigen machen könnten, noch ein Stück weit entfernt ist. Zwischen der Auffassung, „ein Archäologe, der fachlich zureichend qualifiziert ist und der sich bei seiner praktischen Arbeit an die allgemeinen Spielregeln des Faches hält,“ müsse „ein archäologisches Denkmal als archäologische Quelle erschließen können“³⁵ und dem Grundsatz, „in der Regel nur noch dort Ausgrabungen durchzuführen, wo man das Denkmal nicht mehr anders erhalten kann“³⁶, bestehen trotz des Vorbehalts „in der Regel“ erhebliche Differenzen. Daß bis auf weiteres die Vielzahl der anfallenden Rettungsgrabungen einerseits und die spärliche Finanzausstattung der archäologischen Forschung außerhalb der Bodendenkmalpflege andererseits diesen Widerspruch in der Praxis meistens verdecken, kann nicht über seine Existenz hinwegtäuschen.

Weder die eine noch die andere Auffassung sind von Verfassungs wegen zu beanstanden; beide dürften also einer gesetzlichen Regelung als Programm zugrunde gelegt werden. Legt man die zweite zugrunde, die bisher wohl der herrschenden Meinung unter den Landesarchäologen nahekommt,³⁷ muß klar herausgearbeitet werden, in welchen Fällen Ausnahmen gemacht werden. Die Abweichungen von der zitierten Regel machen dann zum guten Teil die Grundrechtssubstanz der Forschungsfreiheit in diesem Bereich aus, und deshalb muß der Gesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen selbst treffen. Jedenfalls muß im Gesetz entschieden werden, welche Auffassung gelten soll; die Entscheidung kann aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht der Praxis überlassen werden.

Wie man sich auch entscheidet, die Entscheidung ist generell, also für alle gültig. Einen Forschungsvorrang für wen auch immer kann es nicht geben. Eine Ausnahme kommt insofern, wie bereits erwähnt, nur für die aus denkmalpflegerischen Gründen notwendigen Maßnahmen der Denkmälererkundung in Betracht, die durch die Stelle durchgeführt oder mindestens bestimmend verantwortet werden müssen, die die fachlichen Grundlagen für den Schutz des Denkmals erarbeitet.

Wenn maßgeblich für die Restriktionen gegenüber der heutigen Forschung die Interessen der künftigen Forschung sind, kann es dort keine Beschränkungen geben, wo ein Denkmal ohnehin verloren geht, denn dort können die Interessen der künftigen Forschung gar nicht gewahrt werden. Bei Rettungsgrabungen kann es also nicht darum gehen, ob sie durchgeführt werden, sondern nur wie und von wem. Soweit der amtlichen Denkmalpflege Kapazitäten zur Verfügung stehen, kann sie dabei einen Auswahlvorrang vor solchen Interessenten in Anspruch nehmen, die

35 Joachim Reichstein, Das archäologische Denkmal als archäologische Quelle, in: Archäologie und Recht – Was ist ein Bodendenkmal? hrsg. von Heinz Günter Horn u.a., Mainz 1991, 34.

36 Dieter Planck, Rettungsgrabung und Forschung – Archäologische Denkmalpflege heute, in: Archäologie und Recht (Anm. 35), 14.

37 Vgl. auch Ernst-Rainer Hönes, Denkmalschutz und Denkmalpflege in Rheinland-Pfalz, 1984, 98.

fachliche Standards nicht in gleichem Umfang³⁸ einhalten. Wenn keine besseren Kapazitäten zur Verfügung stehen, muß aber sicher auch der archäologischen Arbeitsgemeinschaft die Grabung gestattet werden. So mangelhaft ihre Bemühungen um Quellensicherung auch ausfallen mögen, sind sie immer noch besser als die schlichte Zerstörung.

Zu erinnern ist auch daran, daß die Forschungsgrabung gewiß auch bei einer sehr liberalen Handhabung der Genehmigungspraxis nur eine eher untergeordnete Ursache für den Denkmälerverlust ist. Zwischen den anderen Interessen, denen Denkmäler geopfert werden, und den Interessen der Forschung, denen bei einer Erlaubnisverweigerung nicht entsprochen wird, muß ein angemessenes Verhältnis bestehen. Verfassungsrechtlich ist die Forschungsfreiheit nicht weniger gewichtig als das Eigentum, auch wenn dieses Grundrecht ohne den Schutzschild der Geldentschädigung auskommen muß. Die ansonsten geltenden und praktizierten Maßstäbe dürfen nicht außer acht bleiben, wenn die Voraussetzungen bestimmt werden, unter denen eine Grabung erlaubt wird. Schwierige Fragen tauchen auf, wo amtliche und nicht-amtliche Forschung auf gleichem fachlichem Niveau um Ausgrabungen konkurrieren, gleichgültig ob es sich um Notgrabungen oder reine Forschungsgrabungen handelt. Hier werden Verfahren und Kriterien zu entwickeln sein, wie die vorhandenen Kapazitäten optimal eingesetzt werden können,³⁹ ohne daß der notwendige Schutz der Forschungschancen für die Zukunft dabei außer acht bleibt. Zugleich wird dabei immer auch zu berücksichtigen sein, daß dem Zuwachs an Auswertungsmöglichkeiten, den wir in der Zukunft erwarten dürfen,⁴⁰ wenn wir heute auf eine Grabung verzichten, der Nutzen als gewissermaßen geistiger Zins gegenübersteht, den wir und künftige Generationen aus Erkenntnissen bereits ziehen können, wenn wir heute ausgraben.

38 Es versteht sich, daß die Wahrung fachlicher Standards nur im fachlich sinnvollen Umfang verlangt werden kann. Sehr weitgehend wohl die Landesregierung Rheinland-Pfalz (LT-Drs. Rheinland-Pfalz 12/487), die bei „jeder Bergung“ eines paläontologischen Einzelobjekts die „Dokumentation der Fundumstände, die für die Rekonstruktion fossiler Ökosysteme unerlässlich sind“ verlangt.

39 Dazu etwa Wilfried Berg, Die Verwaltung des Mangels, Staat 1976, 1 (13 ff.).

40 Wenn die archäologischen Denkmäler in der Zwischenzeit nicht anderweitig Schaden nehmen; dazu s. Werner Scharff, Umweltschäden: Bedrohung für archäologische Bodenfunde, AiD 1992/2, 4 f.