

**Ysgol Hanes, Hanes Cymru
ac Archaeoleg**

Fford Colleg
Bangor, Gwynedd LL57 2DG



**School of History, Welsh History
and Archaeology**

College Road
Bangor, Gwynedd LL57 2DG

Yr Athro / Prof. PD Mag.Dr.phil. **Raimund KARL** FSA FSAScOT MCIfA
Athro mewn Archaeoleg ac Threftadaeth / Professor of Archaeology and Heritage

r.karl@bangor.ac.uk

+44 (0) 1248 382247

+44 (0)7970 993891

HR Univ.-Doz. Dr. Bernhard HEBERT

Bundesdenkmalamt

Abteilung für Archäologie

Hofburg, Säulenstiege 1

A-1010 Wien

Per Email an: bernhard.hebert@bda.at

Wien, am 10.4.2017

Betreff: Grob rechtswidrige Überinterpretation der Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG durch BeamtInnen der Abteilung für Archäologie des BDA

Sehr geehrter Herr Kollege Hebert,

ich sehe mich gezwungen, mich in einer sehr unangenehmen Angelegenheit an Sie wenden zu müssen, in der Hoffnung, damit doch noch verhindern zu können, dass das Schlechteste aller möglichen Resultate eintritt.

Sie haben in Gesprächen mehrfach mit Bestimmtheit festgestellt, dass man Sie und/oder die MitarbeiterInnen Ihrer Abteilung anzeigen soll, wenn Sie oder Ihre MitarbeiterInnen Gesetze verletzen. Ich möchte dies nach Möglichkeit vermeiden, weil das für Sie und Ihre MitarbeiterInnen höchst unangenehme Konsequenzen haben könnte, die ich Ihnen und allfällig ebenfalls betroffenen KollegInnen ersparen möchte. Gleichzeitig bin ich nicht geneigt, fortgesetzt zuzusehen, wie Ihre Abteilung gesetzliche Bestimmungen in gesetzeswidriger Weise auslegt und anwendet.

Soweit es sich bei der Anwendungspraxis Ihrer Behörde um eine solche handelt, die zwar aller Wahrscheinlichkeit nach den Rahmen der verfassungskonformen Auslegung schon lange und weit überschritten hat, aber wo wenigstens der Behörde ein gewisser Auslegungsspielraum zukommt, ist das eine Sache, auch wenn ich auch in solchen Fällen nicht ewig zuwarten werde, ehe ich entsprechende Handlungen setze. Wo die Anwendungspraxis Ihrer Behörde jedoch klar und offensichtlich den gesetzlichen Rahmen verlässt, ist der Zeitraum, bis ich entsprechende Handlungen setzen muss, noch weit knapper bemessen.

Aus diesem Grund sehe ich mich gezwungen, mich neuerlich wegen der *Richtlinien für archäologische Maßnahmen* (4. Fassung) des BDA und der durch Ihre Abteilung gewählten Auslegung und Anwendungspraxis des § 11 Abs. 1 DMSG an Sie zu wenden. Konkret geht es – wie Sie sich vermutlich nach meiner Anfrage von letztem Mittwoch schon denken konnten – um die Anwendung der Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG auf Feld- bzw. Geländebegehungen zum Zwecke der Aufsammlung von Oberflächenfunden von Bodendenkmalen.

In Kapitel 1 der Richtlinien zitiert Ihre Behörde – nunmehr in der elektronischen Fassung auf der Webseite des BDA dank meines letztjährigen diesbezüglichen Hinweises in gegenüber der mir noch

vorliegenden ursprünglichen Druckfassung von Anfang 2016 teilweise korrigiert – auf Seite 6 den Wortlaut des § 11 Abs. 1 DMSG wie folgt: „*Voraussetzung für die Aufnahme jeglicher Grabungstätigkeiten »und sonstiger Nachforschungen an Ort und Stelle zum Zwecke der Entdeckung und Untersuchung beweglicher und unbeweglicher Denkmale« (§ 11 Abs. 1 DMSG) ist das Vorliegen eines bewilligenden Bescheides des Bundesdenkmalamtes gemäß § 11 Abs. 1 DMSG.*“ (BDA 2016, *Richtlinien für archäologische Maßnahmen*. 4. Fassung, 1. Jänner 2016. Wien: Bundesdenkmalamt, Online-Fassung auf https://bda.gv.at/fileadmin/Medien/bda.gv.at/SERVICE_RECHT_DOWNLOAD/Richtlinien_fuer_archaeologische_Massnahmen_4.Fassung.pdf, zuletzt abgerufen 9.4.2017). Die in der mir noch vorliegenden Druckfassung (sowie auch in den beiden vorherigen Fassungen der *Richtlinien*) ursprünglich gewählte, vom tatsächlichen Wortlaut des Gesetzes in sinnverändernder Weise abweichende, Verwendung des in § 8 Abs. 1 definierten, unbestimmten Rechtsbegriffs ‚Bodendenkmale‘ anstelle des tatsächlich im Wortlaut des § 11 Abs. 1 DMSG verwendeten, in § 1 Abs. 1 DMSG definierten, unbestimmten Rechtsbegriffs ‚Denkmale‘ ist somit nun also korrigiert.

Dennoch wird die nunmehr im Wortlaut korrekt zitierte gesetzliche Bestimmung des § 11 Abs. 1 DMSG weiterhin in sinnverändernder Weise verkürzt wiedergegeben und offensichtlich auch in der Handhabungspraxis durch das BDA weiterhin in dieser sinnveränderten Weise angewendet. Ich müsste eigentlich nicht weiter darauf eingehen, da Ihnen als Verwaltungsbeamter, der für die korrekte Anwendung dieser gesetzlichen Bestimmung verantwortlich ist, der vollständige Wortlaut der gegenständlichen Bestimmung des § 11 Abs. 1 DMSG ebenso gut bekannt sein muss wie mir. Ich erlaube mir aber dennoch zur Erhöhung der einfacheren Nachvollziehbarkeit meiner folgenden Ausführungen ganz spezifisch darauf hinzuweisen, dass die gegenständliche Bestimmung nicht, wie das sinnverändernd verkürzte Zitat in den *Richtlinien* impliziert, Grabungen und **alle** „*sonstigen Nachforschungen an Ort und Stelle zum Zwecke der Entdeckung und Untersuchung beweglicher und unbeweglicher Denkmale*“ (§ 11 Abs. 1 DMSG, fett meine Hervorhebung), sondern richtig und nicht sinnverändernd zitiert nur Grabungen und sonstige „*Nachforschungen an Ort und Stelle zum Zwecke der Entdeckung und Untersuchung beweglicher und unbeweglicher Denkmale unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche*“ (§ 11 Abs. 1 DMSG, fett & rot: meine Hervorhebungen) der behördlichen Bewilligungspflicht unterwirft.

Dadurch, dass Ihre Behörde einen Teil des relevanten Wortlauts der ausschlaggebenden gesetzlichen Bestimmung aus dem wörtlichen Zitat weglässt, leistet Ihre Behörde dem Missverständnis Vorschub, dass das einzige ausschlaggebende Kriterium für die Beantwortung der Frage, ob eine Nachforschung zum Zwecke der Entdeckung von beweglichen und unbeweglichen Denkmälern der Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG unterliegt, die Tatsache ist, ob diese Nachforschung an Ort und Stelle durchgeführt werden soll. Dies zeigt sich dann auch daran, dass Ihre Behörde auf Seiten 11-12 der *Richtlinien* auch bloße Begehungen zur Aufsammlung von Oberflächenfunden als eine bewilligungspflichtige Prospektionsmaßnahme bezeichnet und behandelt (ebenso auch in den Formularen auf Ihrer Webseite und auf Seite 48 der *Richtlinien*). Dass dabei von Ihrer Behörde schablonenartig ausschließlich auf die Tatsache abgestellt wird, dass diese Begehungen an Ort und Stelle durchgeführt werden, zeigt sich auch daran, dass in der Überschrift zum relevanten Unterkapitel 2.1.2. explizit darauf hingewiesen wird, dass es sich um „*Untersuchungen vor Ort*“ (BDA 2016, *Richtlinien*, 11) handelt, die der Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 unterworfen seien.

Das im Wortlaut unvollständige Zitat aus dem § 11 Abs. 1 DMSG auf Seite 6 der *Richtlinien* musste daher dort entsprechend verkürzt und sinnverzerrt verwendet werden, weil sonst innerhalb der *Richtlinien* ein offensichtlicher Widerspruch zwischen dem dem zitierten Gesetzeswortlaut und den *Richtlinien* zufolge bewilligungspflichtigen Maßnahmen bestanden hätte: der Gesetzeswortlaut spricht eindeutig von Nachforschungen vor Ort zur Entdeckung von Denkmälern unter der Erdoberfläche, die *Richtlinien* unterwerfen hingegen ebenso eindeutig auch Nachforschungen vor Ort zur Entdeckung von Denkmälern, die vollständig oder teilweise an die Erdoberfläche gelangt sind,

der gesetzlichen Bewilligungspflicht. Dieser Widerspruch ist nicht auflösbar: es wird hier durch das BDA die gesetzliche Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG auf eine Handlung ausgedehnt, die ihr dieser gesetzlichen Bestimmung zufolge nicht unterworfen ist.

Im gegenständlichen Fall ist auch die Frage, ob Nachforschungen an Ort und Stelle zum Zwecke der Entdeckung von Oberflächenfunden der Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG unterworfen werden können, nicht mehr eine Frage, in der Ihre Behörde einen Auslegungsspielraum in Anspruch nehmen kann, denn diese Frage ist ausjudiziert. Der Verwaltungsgerichtshof hat sich in seinem Entscheid vom 24.6.1985 zu Zahl 84/12/0213 eindeutig und abschließend zu dieser Frage geäußert, und zwar wie folgt:

„Der belangten Behörde ist [...] darin beizupflichten, daß eine Ausgrabung in Sinne der oben bezeichneten Gesetzesstelle auch dann vorliegt, wenn zum Zwecke der Entdeckung von Denkmalen nur in geringer Tiefe ein Eindringen in die Erdoberfläche (sei es auch nur durch Grabung mit den Händen) erfolgt. Aus dieser zutreffenden Rechtsauffassung der belangten Behörde ergibt sich andererseits aber auch, daß ein Verstoß gegen die Vorschrift des § 11 Abs. 1 des Denkmalschutzgesetzes nicht in Betracht kommt, wenn nur Oberflächenfunde getätigt wurden.“ (VwGH 24.6.1985, 84/12/0213, 5).

Die Tatsache, dass der Beisatz, der nicht nur Grabungen, sondern auch sonstige „Nachforschungen an Ort und Stelle zum Zwecke der Entdeckung und Untersuchung beweglicher und unbeweglicher Denkmale unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche“ (§ 11 Abs. 1 DMSG) der gesetzlichen Bewilligungspflicht unterwirft, erst als Folge dieses Entscheids des VwGH in der Fassung BGBl. 473/1990 in das DMSG eingefügt wurde, ändert in Bezug auf die Relevanz dieses Entscheids gar nichts. Nachdem der neue Beisatz die Bewilligungspflicht von sonstigen Nachforschungen weiterhin davon abhängig macht, ob die Nachforschungen auf die Entdeckung von Denkmalen unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche ausgerichtet waren, hat sich das entscheidungswesentliche Kriterium in dieser Frage nicht geändert: wird nicht in die Erdoberfläche eingedrungen (und auch nicht die Entdeckung von Bodendenkmalen unter der Erdoberfläche versucht), sondern nur nach Oberflächenfunden gesucht, kann die Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG auf diese Nachforschung nicht zur Anwendung gebracht werden. In gleichartiger Weise sieht das auch der derzeitige einschlägige Gesetzeskommentar (Bazil et al. 2015, *Das österreichische Denkmalschutzrecht*. 2. Aufl., Wien: Manz, 64), der ebenfalls die Aufsammlung von Oberflächenfunden explizit und unter Verweis auf das zitierte Entscheid als Ausnahme von der sonst bestehenden ‚Grabungsgenehmigungspflicht‘ ausweist (übrigens auch schon gleichermaßen in der ersten Auflage von 2004).

Neuerlich, wie schon vergangenes Jahr ausgeführt: auch wenn der § 11 DMSG den Titel „*Bewilligungen und Verpflichtungen bei Grabungen nach Bodendenkmalen*“ (§ 11 DMSG) führt; die Beschränkungen des § 11 Abs. 1 DMSG beziehen sich eindeutig nicht allgemein auf Grabungen und Nachforschungen mit dem Zweck der Entdeckung von Bodendenkmalen, sondern nur auf solche zur Entdeckung beweglicher und unbeweglicher Denkmale **unter** der Erd- bzw. Wasseroberfläche. Dabei ist auch vollkommen klar, dass *unter der Erdoberfläche* bedeutet, dass der gesuchte Gegenstand mit seinem gesamtem Umfang unter dieser liegt. Auch Fundgegenstände, die nur teilweise an die Erdoberfläche gelangt sind, sich mit Teilen ihres Umfangs noch im Erdboden befinden, aber mit anderen Teilen bereits über der Erdoberfläche, sind iSd § 8 Abs. 1 DMSG als Oberflächenfunde zu betrachten. Denn § 8 Abs. 1 DMSG unterscheidet eindeutig zwischen Gegenständen die „**unter der Erd- oder Wasseroberfläche**“ (§ 8 Abs. 1 DMSG, fett: meine Hervorhebung) aufgefunden wurden, und solchen, die „*lediglich durch Ereignisse wie Regen, Pflügen oder dergleichen zufällig **teilweise oder vollständig an die Oberfläche gelangten***“ (§ 8 Abs. 1 DMSG; fett: meine Hervorhebung). Das

zeigt eindeutig, dass der Begriff *unter*, wie er im DMSG verwendet wird, nur auf Sachen anzuwenden ist, die sich tatsächlich noch nicht teilweise oder vollständig an der Erdoberfläche befinden.

Auch kann der Begriff der Entdeckung von Denkmälern unter der Erdoberfläche nicht so weit ausgedehnt werden, dass das Aufsammeln von Oberflächenfunden auf diesem Weg unter die Bestimmung des § 11 Abs. 1 DMSG gebracht werden kann. Selbst wenn man davon ausgeht, dass der Nachforschende aus Fundhäufungen oder auch oberirdisch erkennbaren Gelände- oder Bewuchsmerkmalen ableiten möchte, wo aller Wahrscheinlichkeit nach welche Bodendenkmäle unter der Erdoberfläche vorkommen könnten, so kommt der Nachforschende dennoch niemals über die Vermutung hinaus und kann ein allfällig unter der Erdoberfläche vorhandenes Bodendenkmal sicherlich nicht ausreichend genau abgrenzen, dass man auch im rechtlichen Sinn von der Entdeckung des unterirdischen Bodendenkmals sprechen könnte. Der Suchende mag zwar den an der Erdoberfläche befindlichen Grabhügel aufgrund seiner Form als solchen erkennen, aber über die in diesem Grabhügel (und damit noch unter der Erdoberfläche) verborgenen beweglichen und unbeweglichen Denkmäle kann der Nachforschende bestenfalls gelehrte Vermutungen anstellen. Er kann also durch eine Oberflächenbegehung den an der Erdoberfläche befindlichen Grabhügel, aber z.B. nicht die unter dieser Erdoberfläche (vielleicht) verborgene Grabkammer entdecken. Mittels einer Oberflächenbegehung können also unter der Erdoberfläche befindliche Denkmäle unmöglich im gesetzlichen Sinne entdeckt oder untersucht werden und daher die Nachforschung durch Oberflächenbegehungen auch nicht den Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG unterworfen werden, schon gar nicht regelhaft und schablonenartig, wie das BDA das derzeit zu tun scheint.

Langer Rede kurzer Sinn: dadurch, dass Ihre Behörde entgegen dem Wortlaut des Gesetzes, entgegen der expliziten Aussage des einschlägigen Kommentars, dass das Auflesen von Oberflächenfunden nicht zu den gem. § 11 Abs. 1 DMSG bewilligungspflichtigen Handlungen gehört (Bazil et al. 2915, *Denkmalschutzrecht*, 64), und entgegen der vollkommen eindeutigen höchstgerichtlichen Judikatur zu dieser Frage (VwGH vom 24.6.1985, 84/12/0213), dass das Auflesen von Oberflächenfunden nicht gegen die Beschränkungen des § 11 Abs. 1 DMSG verstoßen kann, Begehungen zum Zwecke der Entdeckung von Oberflächenfunden dennoch in Ihren offiziellen amtlichen Anweisungen (BDA 2016, *Richtlinien*, 11-12) und in einschlägigen Bescheiden der Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG unterwirft, überschreitet Ihre Behörde gravierend ihre Befugnisse. Als Verwaltungsbehörde sind das Bundesdenkmalamt und alle seine Organe an das Legalitätsprinzip gebunden: „*Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden.*“ (Art. 18 Abs. 1 B-VG). Dadurch, dass Ihre Behörde eine gesetzlich erlaubte Handlung durch seine nachweislich rechtswidrige Auslegung und Anwendung der Beschränkungen des § 11 Abs. 1 DMSG staatlichen Verwaltungshandlungen unterwirft, verletzt Ihre Behörde direkt und unmittelbar das Legalitätsprinzip. Darüber hinaus verletzt ihre Behörde dadurch zahlreiche weitere, verfassungsgesetzlich garantierte Grundrechte österreichischer StaatsbürgerInnen, darunter die Eigentums-, die Erwerbs-, die Berufs- und nicht zuletzt die Wissenschaftsfreiheit.

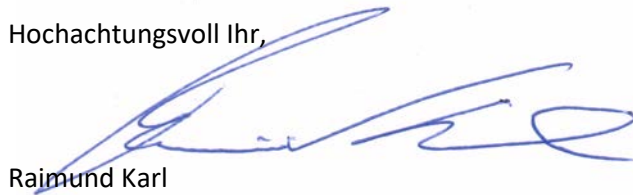
Ich sehe mich daher gezwungen, Sie ultimativ dazu aufzufordern, das rechtswidrige Verhalten Ihrer Behörde einzustellen und effektiv dafür Sorge zu tragen, dass die in Ihrer Abteilung tätigen BeamtInnen in Zukunft keine solchen rechtswidrigen Verwaltungshandlungen mehr setzen können. Die *Richtlinien* sind umgehend, längstens aber bis 1.5.2017, entsprechend anzupassen und Begehungen aus dem Bereich der bewilligungspflichtigen in den der bewilligungsfreien archäologischen Maßnahmen zu verschieben. Darüber ist selbstverständlich auch die archäologische Fachwelt zeitnah und effektiv zu informieren und auch eine an die breitere Öffentlichkeit gerichtete Richtigstellung auf den Webseiten des BDA zu veröffentlichen, damit auch interessierte BürgerInnen davon Kenntnis erlangen können. Widrigenfalls würde ich mich nämlich gezwungen sehen, diesen Fall – wie Sie ja auch bereits mehrfach für den Fall nachweislichen rechtswidrigen Amtshandelns

Ihrer selbst oder Ihrer KollegInnen explizit gefordert haben – bei der zuständigen Staatsanwaltschaft zur Anzeige zu bringen.

Um auch gleich eine praktische Kontrollmaßnahme zu ergreifen, erlaube ich mir, unmittelbar nach Absendung dieses Schreibens einen Antrag auf Erteilung einer Genehmigung gem. § 11 Abs. 1 DMSG für eine Begehung zur Aufsammlung von Oberflächenfunden auf dem Grundstück meiner Eltern in Wien 13, Streitmanngasse 14 an den zuständigen Sachbearbeiter bei Ihrer Behörde zu schicken (eine Kopie wird im CC zur Kenntnis an Sie ergehen). Ich erwarte daher in dieser Sache sehr rasch einen zurückweisenden Bescheid zu erhalten. In diesem Fall können wir dann alle gerne so tun, als ob es dieses Schreiben niemals gegeben hätte und als ob das BDA selbstständig durch Revision seiner eigenen Anwendungspraxis darauf gekommen wäre, dass es bisher bedauerlicherweise irrtümlich die Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG missverständlich in den Richtlinien ausgedrückt und vielleicht in ein paar wenigen bedauerlichen Einzelfällen dann auch unabsichtlich falsch zur Anwendung gebracht hat.

Ich würde es bedauern, wenn es zu anderen Folgen mit anderen Auswirkungen für Betroffene kommen müsste.

Hochachtungsvoll Ihr,



Raimund Karl