

**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

Mag. Christoph Blesl
Bundesdenkmalamt
Abteilung für Archäologie
Hofburg, Säulenstiege 1
A-1010 Wien
Per Email an: christoph.blesl@bda.at

Ergeht in Kopie an: HR Bernhard Hebert (bernhard.hebert@bda.at), HR Sylvia Preinsperger (sylvia.preinsperger@bda.gv.at)

Bangor/Gwynedd, am 25.1.2018

Betreff: Antrag auf Erteilung einer Grabungsgenehmigung gem. § 11 Abs. 1 DMSG für das Grundstück 1130 Wien, Streitmann-gasse 14

Lieber Christoph,

finde bitte beiliegend an diese Email den im Betreff angekündigten Antrag auf Erteilung einer Grabungsgenehmigung gem. § 11 Abs. 1 DMSG für das Grundstück 1130 Wien, Streitmann-gasse 14. Wie Du ja bereits weißt, handelt es sich dabei um den Garten meiner Eltern in Wien, die selbstverständlich auch ihre Einwilligung zur Durchführung der beantragten archäologischen Maßnahmen erteilt haben. Solltest Du ihre Einwilligung schriftlich brauchen, lass mich das bitte wissen, dann reiche ich diese gerne nach, auch wenn das eigentlich völlig unnötig sein sollte und die privatrechtliche Vereinbarung zwischen mir und meinen Eltern über allfällige Nutzungsrechte des Grundstückes meinerseits das BDA eigentlich nicht das Mindeste angeht. Ebenso kann ich einen Plan nachreichen, falls der wirklich erforderlich sein sollte, es wird aber genau der gleiche sein, der dem BDA bereits als Folge meines Antrags vom Vorjahr zur Genehmigung gem. § 11 Abs. 1 DMSG der Durchführung einer Oberflächenfundaufsammlung auf demselben Grundstück vorliegt (falls Du eure Geschäftszahl dazu brauchst: BDA61408.obj/0001-ARCHÄO/2017).

Wie Du Dir sicher schon gedacht hast und auch bereits mit HR Hebert und Preinsperger besprochen handelt es sich selbstverständlich auch bei diesem Antrag primär um einen Testfall, um die Frage der Anwendbarkeit der Genehmigungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG ausjudizieren zu können. Wie bereits mehrfach auch schriftlich dargelegt (zuletzt genauer in Karl im Druck, *Rechtswidrige Denkmalpflege?*, [https://www.academia.edu/35545008/Rechtswidrige Denkmalpflege Eine nicht nur %C3%B6sterreichische Realsatire %C3%BCber arch%C3%A4ologische NFG-Pflichten deren gesetzliche Grenzen und die staatliche Denkmalpflege](https://www.academia.edu/35545008/Rechtswidrige_Denkmalpflege_Eine_nicht_nur_%C3%B6sterreichische_Realsatire_%C3%BCber_arch%C3%A4ologische_NFG-Pflichten_deren_gesetzliche_Grenzen_und_die_staatliche_Denkmalpflege)) bin ich der Ansicht, dass die Genehmigungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG nur auf „Grabungen und sonstige Nachforschungen...“ auf bereits gem. §§ 2a oder 3 DMSG rechtskräftig unter Denkmalschutz gestellten Bodenflächen Anwendung finden kann und die im beiliegenden Antrag von mir beantragten „archäologischen Maßnahmen“ dieser Bewilligungspflicht gar nicht unterliegen (können).

Nicht anders als im letztjährigen, inzwischen auch schon endgültig vom BVwG (11.9.2017, W183 2168814-1/2E) in meinem Sinn entschiedenen, Fall gehe ich daher auch in diesem Fall davon aus,

dass **das BDA den beiliegenden Antrag** aufgrund fehlender Zuständigkeit **zurückzuweisen hat**. Fühle Dich also bitte hiermit darüber informiert. Mir ist schon klar, dass Du gar nicht dazu befugt bist, den Antrag zurückzuweisen (deshalb ergeht das Schreiben samt Antrag gleich auch an HR Hebert und Preinsperger); trotzdem glaube ich, dass es wichtig ist, dass Du weißt, dass jeder andere als ein zurückweisender Bescheid neuerlich eine Bescheidbeschwerde an das BVwG nach sich ziehen wird.

Ich erlaube mir auch in diesem Fall in aller gebotenen Kürze auszuführen, weshalb ich der Ansicht bin, dass die von mir beantragten „*archäologischen Maßnahmen*“ der Genehmigungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG nicht unterliegen können. Nicht, dass ich glaube, dass das, was ich in der Folge kurz erläutere, zu einem Einsehen des BDA führen wird, dass seine Handhabungspraxis der Grabungsgenehmigungspflicht verfassungswidrig ist, aber Wunder geschehen ja doch immer wieder einmal, daher ist der Versuch der Erläuterung auch hier erforderlich.

Die wesentlichen Gründe, weshalb ich der Ansicht bin, dass die Genehmigungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG für die von mir beantragten „*archäologischen Maßnahmen*“ nicht gilt sind im Wesentlichen die folgenden:

Die Interpretation der Bestimmung des § 11 Abs. 1 DMSG, die das BDA seiner derzeitigen Anwendungspraxis zugrunde legt, ist verfassungs-, europa- und völkerrechtswidrig. Durch seine Anwendungspraxis der Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG beschränkt das BDA intentional die vor Eingriffen des Staates (und somit auch Verwaltungsakten seiner Behörden) verfassungsgesetzlich durch Art. 17 Abs. 1 StGG 1867, europarechtlich durch Art. 13 der *Charta der Grundrechte der europäischen Union* (Amtsblatt der Europäischen Union C 83/389) und völkerrechtlich durch Art. 15 Abs. 1 lit. b und 15 Abs. 3 *Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte* (BGBl. 590/1978) geschützte Wissenschaftsfreiheit, ohne dafür eine rechtlich tragfähige Rechtfertigung zu haben.

Dass die Bestimmung des § 11 Abs. 1 DMSG eine intentionale Beschränkung der Forschungsfreiheit darstellen würde, wenn sie auf alle „*Grabungen und sonstige Nachforschungen an Ort und Stelle...*“, auch von nicht unter Denkmalschutz stehenden Bodenflächen, angewendet werden könnte, ergibt sich eindeutig aus gleich mehreren Gründen. Hier ist erstens zu nennen, dass dem Gesetzeswortlaut zufolge diese Bewilligung überhaupt nur an natürliche Personen erteilt werden kann, die ein einschlägiges Universitätsstudium (als solche gelten „*Studien der Archäologie sowie der Ur- und Frühgeschichte, soweit es sich um Studien handelt, bei denen zugleich praktische Ausgrabungstätigkeit Pflichtfach ist*“; RV 1999, 54) abgeschlossen haben, was bereits in aller Deutlichkeit die Bindung dieser Bestimmung an wissenschaftliche (und nicht beliebige) Nachforschungen zeigt.

Zweitens zeigt die Anwendungspraxis durch das BDA, dass seit der Erlassung der Erstfassung des DMSG 1923 Bewilligungen gem. § 11 Abs. 1 immer nur für die Durchführung wissenschaftlicher archäologischer Nachforschungen erteilt wurden. Insbesondere die geschätzt ca. 7.000 Bewilligungen gem. § 11 Abs. 1, die seit Inkrafttreten der derzeit geltenden Fassung (BGBl. I 170/1999) erteilt wurden – was ungefähr die Hälfte aller seit 1923 erteilten derartigen Bewilligungen sein muss – dienten ausschließlich der Genehmigung archäologischer Feldforschungsmaßnahmen, die mit wissenschaftlichem Erkenntniszweck durchgeführt wurden.

Drittens gibt es auch zahlreiche jüngere und jüngste Belege, dass selbst sonstige Nachforschungen und Grabungen an Ort und Stelle zu anderen als wissenschaftlichen Erkenntniszwecken selbst dann selbst vom BDA als nicht gem. § 11 Abs. 1 DMSG genehmigungspflichtig betrachtet werden, wenn es dabei zur Zerstörung bekannter archäologischer Denkmale wie jener im Zirkenauer Wald (Kyrle 1919, *Mitteilungen des Staatsdenkmalamtes* 1, 76; Ruprechtsberger 2003, In: *Worauf wir stehen*.

Archäologie in Oberösterreich, 85-88; Krieglsteiner 2015, <http://www.nachrichten.at/oberoesterreich/Mittelalterliche-Huegelgraeber-durch-Forststrasse-zerstoert;art4,2000828>) kommt oder Nachforschungen zur Entsorgung von „altem Müll“ mit Schleppnetzen und Metallsuchgeräten unter der Wasseroberfläche von österreichischen Seen, die zum Weltkulturerbe Pfahlbauten gehören, durchgeführt werden (BDA 1.10.2015, BDA-00841.sb/0070-ARCHÄO/2015).

Es steht also rechtlich völlig außer Frage, dass sachlich Verfügungsberechtigte auf Bodenflächen, die nicht bereits rechtskräftig gem. §§ 2a oder 3 DMSG unter Denkmalschutz gestellt wurden, „Grabungen und sonstige Nachforschungen an Ort und Stelle“ zu jedem beliebigen anderen Zweck außer dem der „Entdeckung und Untersuchung beweglicher und unbeweglicher Denkmale unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche“ durchführen dürfen, ohne irgendeiner denkmalschutzrechtlichen Bewilligung zu bedürfen; und zwar vollkommen unbeachtlich des möglichen oder auch bereits gesichert bekannten Vorkommens von nicht denkmalgeschützten Denkmalen. Beschränkt wird also durch die Bestimmung des § 11 Abs. 1 DMSG ausschließlich (und somit eindeutig intentional) die Forschungsfreiheit des Art. 17 Abs. 1 StGG 1867.

Dies ist dem Gesetzgeber jedoch explizit durch Art. 17 Abs. 1 StGG 1867 verboten (Berka 1999, *Die Grundrechte*, 344-345), es sei denn, dies wäre zum Schutz eines gleichrangig verfassungsgesetzlich geschützten Rechtsgutes vor ernsthaften Gefährdungen durch die unbeschränkte Ausübung der Wissenschaftsfreiheit durch Grundrechtsträger geeignet, erforderlich und damit auch verhältnismäßig (Berka 1999, *Die Grundrechte*, 346). Es ist daher zu prüfen, ob ein solches Rechtsgut im konkreten Fall und auch allgemein bei der Anwendung der Genehmigungspflicht des § 11 Abs. 1 auf „Grabungen und sonstige Nachforschungen...“ auf beliebige, auch nicht bereits gem. §§ 2a oder 3 DMSG geschützte, Bodenflächen aus der Kompetenznorm des Art. 10 Abs. 1 Z 13 BV-G, die den Bund zu Gesetzgebung und Vollzug des Denkmalschutzes ermächtigt, abgeleitet werden kann, das geeignet ist, die archäologische Feldforschungsfreiheit des Art. 17 StGG 1867 zu beschränken.

Die Bestimmung des § 11 Abs. 1 DMSG unterwirft „(d)ie Nachforschung durch Veränderung der Erdoberfläche bzw. des Grundes unter Wasser (Grabung) und sonstige Nachforschungen an Ort und Stelle zum Zwecke der Entdeckung und Untersuchung beweglicher und unbeweglicher **Denkmale** unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche“ (Hervorhebung: RK) einer allgemeinen Bewilligungspflicht durch das BDA. Nachdem der rechtspolitische Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers aufgrund der Bestimmung des Art. 17 Abs. 1 StGG 1867 dahingehend beschränkt ist, dass er die Freiheit zur Durchführung wissenschaftlicher archäologischer Feldforschungen nicht intentional beschränken darf, wenn dies nicht durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt erscheint, ist eine teleologische Interpretation der Bestimmung des § 11 Abs. 1 DMSG heranzuziehen (siehe dazu auch VwGH 23.2.2017, Ro 2016/09/0008).

Die Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffes Denkmale (statt des in § 8 Abs. 1 DMSG definierten Begriffs Bodendenkmale) im Wortlaut des § 11 Abs. 1 DMSG stellt deutlich auf den Denkmalbegriff des § 1 Abs. 1 DMSG ab, in dem gleichzeitig mit der Begriffsbestimmung dieses zentralen Rechtsbegriffes auch der Geltungsbereich der Bestimmungen des DMSG definiert wird. § 1 Abs. 1 DMSG lautet:

„Die in diesem Bundesgesetz enthaltenen Bestimmungen finden auf von Menschen geschaffene unbewegliche und bewegliche Gegenstände (einschließlich Überresten und Spuren gestaltender menschlicher Bearbeitung sowie künstlich errichteter oder gestalteter Bodenformationen) von geschichtlicher, künstlerischer oder sonstiger kultureller Bedeutung („Denkmale“) Anwendung, wenn ihre Erhaltung dieser Bedeutung wegen im öffentlichen Interesse gelegen ist. Diese Bedeutung kann den Gegenständen für sich allein zukommen, aber auch aus der Beziehung oder Lage zu anderen Gegenständen entstehen. „Erhaltung“

bedeutet Bewahrung vor Zerstörung, Veränderung oder Verbringung ins Ausland.“ (§ 1 Abs. 1 DMSG; Hervorhebung: RK).

Daraus folgen zwingend zwei Schlussfolgerungen im Sinne einer teleologischen Interpretation des DMSG:

Erstens wollte der Gesetzgeber, wie er es auch ausdrücklich im Wortlaut des § 1 Abs. 1 DMSG festgestellt hat, mit den Bestimmungen des DMSG nur solche Denkmale schützen, deren Erhaltung tatsächlich aufgrund ihrer besonderen geschichtlichen, künstlerischen oder sonstigen kulturellen Bedeutung im (in § 1 Abs. 2 DMSG genauer bestimmten) öffentlichen Interesse gelegen ist; nicht alle von Menschen geschaffenen Gegenstände von irgendeiner Bedeutung. Daher hat er, wie er es auch in der RV zum DMSG 1999 explizit ausgedrückt hat, dem BDA die schwierige Aufgabe übertragen, *„jene Auswahl in jenem Umfang für die Unterschutzstellungen zu treffen, die vom Fachlichen her erforderlich ist und vom Administrativen her bewältigt werden kann“* (RV 1999, 39). Diese Aufgabe hat er dem BDA übertragen, weil er der – ebenfalls an gleicher Stelle ausgedrückten – Ansicht ist, dass *„(d)as Denkmalschutzgesetz [...] von vornherein von einer klaren Beschränkung durch wissenschaftlich überlegte Auswahl aus[ging]“* (RV 1999, 39), weil der Denkmalschutz nur in dieser Beschränkung die notwendige Effizienz entfalten könne.

Dem DMSG liegt daher auch generell das konstitutive Prinzip zugrunde, d.h. Denkmale werden erst dann durch die Schutzbestimmungen des DMSG geschützt, wenn sie durch einen separaten Rechtsakt iSd § 1 Abs. 4 DMSG rechtskräftig unter Denkmalschutz gestellt wurden. Die Sonderregelungen für Zufallsfunde von Bodendenkmalen der §§ 8 und 9 DMSG tun dem keinen Abbruch, denn auch diese zielen nur darauf ab, dem BDA die Überprüfung und – falls erforderlich – bescheidmäßige Unterschutzstellung iSd § 1 Abs. 2 DMSG besonders bedeutender Denkmale zu ermöglichen. Diese Überprüfung ist jedoch überhaupt erst möglich, wenn diese Gegenstände bereits entdeckt wurden und daher auch sachverständig beurteilt werden können; nicht bereits vor ihrer Entdeckung bei Nachforschungen zum Zwecke ihrer Entdeckung.

Ein öffentliches Interesse am Schutz von Bodendenkmalen vor dem Zeitpunkt ihrer Entdeckung kann daher schon allein deshalb unmöglich bestehen, weil die Bedeutung von noch nicht entdeckten Gegenständen – die auch wahrscheinlich an Ort und Stelle gar nicht vorkommen – noch gar nicht sachverständig beurteilt werden kann. Dass ein solches Interesse am Schutz der Bodendenkmale vor dem Zeitpunkt ihrer Entdeckung auch tatsächlich nicht besteht, ergibt sich dabei eindeutig aus der Tatsache, dass *„Grabungen und sonstige Nachforschungen an Ort und Stelle“* zu beliebigen Zwecken (außer eventuell dem hier spezifisch diskutierten Zweck ihrer Entdeckung und Untersuchung durch wissenschaftliche Nachforschungen) vom Gesetzgeber keiner denkmalschutzrechtlichen Bewilligungspflicht unterworfen wurden, sondern bewilligungsfrei erlaubt sind. Ein Schutz möglicherweise bedeutender, aber noch nicht entdeckter (und damit sachverständig beurteilbarer) Bodendenkmale aufgrund einer gesetzlichen Vermutung, dass diese überall auf allen Bodenflächen in Österreich vorkommen könnten, auch wenn noch nicht einmal konkrete Hinweise auf das Vorkommen denkmalschutzrelevanter Gegenstände auf einer konkreten Bodenfläche vorliegen, besteht daher jedenfalls sicherlich nicht (siehe dazu auch VwGH 23.2.2017, Ro 2016/09/0008).

Zweitens wollte der Gesetzgeber, wie er ebenso eindeutig im Wortlaut des § 1 Abs. 1 DMSG ausdrückt, Denkmale nur vor der körperlichen Zerstörung, Veränderung oder Verbringung ins Ausland bewahren, d.h. das DMSG bezweckt in seiner Gesamtheit nur eine (sozusagen „passive“) Gefahrenabwehr, keine aktiven Erhaltungspflichten (siehe dazu auch Bazil et al. 2015, *Das österreichische Denkmalschutzrecht*, 15). Der Denkmalschutz stellt auch laut dem VwGH nicht auf die Erhaltung von Erinnerungen, sondern auf die Erhaltung von Denkmalen ab (VwGH 16.1.1975, 1799/74). Die körperlich unveränderte Erhaltung von Denkmalen ist jedoch (siehe dazu auch § 11 Abs. 5 DMSG iGF) bei archäologischen Ausgrabungen schon alleine deshalb nicht möglich, weil diese

– es handelt sich bei der archäologischen Ausgrabung schließlich um eine invasive wissenschaftliche Forschungsmethode – notwendigerweise in die historisch gewachsene Erscheinung und die körperliche Substanz von betroffenen Denkmälern eingreifen und diese somit jedenfalls wenigstens maßgeblich verändern, wenn nicht sogar (wenigstens teilweise oder sogar vollständig) zerstören.

Würde man das gesetzliche Schutzziel des DMSG – die unveränderte körperliche Erhaltung der Denkmäler in ihrer historisch gewachsenen Erscheinung und Substanz – also bei allen (auch den noch gänzlich unbekannt oder bislang nicht als denkmalschutzwürdig beurteilten) archäologischen Denkmälern, die durch „*Grabungen und sonstige Nachforschungen...*“ zerstört oder verändert werden könnten, durch die Genehmigungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG erreichen wollen, dürfte das BDA konsequenter Weise archäologische Ausgrabungen nur auf solchen Bodenflächen erlauben, auf denen mit Sicherheit unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche keine bekannten oder unbekannt Bodendenkmäler (mehr) vorkommen können. Ob allerdings auf einer Bodenfläche keine unbekannt Bodendenkmäler vorkommen, lässt sich sachverständig erst dann beurteilen, wenn diese Bodenfläche bereits durch wissenschaftliche archäologische Ausgrabungen untersucht und alle zuvor möglicherweise unentdeckt dort befindlichen Bodendenkmäler entdeckt und ex situ geborgen wurden, denn auch noch so hochqualifizierte Amtssachverständige des BDA können nicht sachverständig einen Sachverhalt beurteilen, den sie noch gar nicht kennen können. Archäologische „*Grabungen und sonstige Nachforschungen an Ort und Stelle zum Zwecke der Entdeckung und Untersuchung von beweglichen und unbeweglichen Denkmälern unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche*“ könnten daher vom BDA nur noch dort genehmigt werden, wo ihre Durchführung zu keinem Erfolg führen können; d.h. wo ihre Durchführung notwendigerweise sinnlos ist.

Somit kann im gegenständlichen Fall und auch ganz allgemein dem durch Art. 17 Abs. 1 StGG 1867 garantierten Grundrecht des wissenschaftlichen Forschers auf die freie Wahl seiner Forschungsgegenstände – im Fall der versuchten Entdeckung von bislang noch unbekannt archäologischen Hinterlassenschaften im Boden die Bodenfläche, die zum Zwecke der Entdeckung dort möglicherweise unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche verborgener Denkmäler untersucht werden soll – und seiner Forschungsmethoden – z.B. verschiedene archäologische Prospektionsmethoden oder auch archäologische Ausgrabungen – kein wenigstens gleichrangig (d.h. verfassungsgesetzlich) geschütztes Rechtsgut entgegenstehen (siehe dazu Berka 1999, *Die Grundrechte*, 346), das eine Beschränkung der Forschungsfreiheit rechtfertigen würde. Vielmehr besteht ganz im Gegenteil ein öffentliches Interesse an der Entdeckung derzeit noch unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche im Verborgenen gelegener Sachen, die von derart beschaffener Bedeutung sein könnten, dass ihre Erhaltung im öffentlichen Interesse gelegen ist, damit diese nach ihrer Entdeckung untersucht, sachverständig beurteilt und erforderlichenfalls unter Denkmalschutz gestellt werden können.

Dieses und das damit untrennbar verbundene öffentliche Interesse an der Erhaltung der besonders bedeutenden Denkmäler kann aber nur dadurch erreicht werden, dass der Gesetzgeber die möglichst freie und unbeschränkte archäologische Feldforschung auf all jenen Bodenflächen, die noch nicht aufgrund des dortigen Vorkommens rechtskräftig gem. §§ 2a oder 3 DMSG geschützter Denkmäler unter Denkmalschutz stehen, erlaubt und sogar nach Möglichkeit fördert. Erst dadurch, dass zuvor noch unbekannt und daher auch nicht in Bezug auf ihre Bedeutung iSd § 1 Abs. 2 DMSG beurteilbare Denkmäler bei derartigen Nachforschungen zum Zwecke ihrer Entdeckung und Untersuchung entdeckt, somit bekannt und somit der sachverständigen Beurteilung ihrer Bedeutung zugänglich werden, kann das gesetzliche Schutzziel, Denkmäler, deren Bedeutung derart beschaffen ist, dass ihre Erhaltung im öffentlichen Interesse gelegen ist, körperlich in Erscheinung und Substanz unverändert zu erhalten, d.h. iSd § 1 Abs. 1 DMSG vor Zerstörung, Veränderung oder Verbringung ins Ausland zu bewahren.

Es ist daher denkunmöglich, dass der Gesetzgeber durch die Bestimmung des § 11 Abs. 1 DMSG beabsichtigt hat, bislang noch gänzlich unbekannte und daher auch noch nicht nach dem konstitutiven Prinzip durch einen separaten Verwaltungsakt geschützte, bewegliche und unbewegliche Denkmale unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche vor Nachforschungen zum Zwecke ihrer Entdeckung und Untersuchung zu bewahren. Es liegt auf nicht denkmalgeschützten Bodenflächen kein verfassungsgesetzlich geschütztes Rechtsgut vor, das durch Grabungen und sonstige Nachforschungen zum Zwecke der Entdeckung und Untersuchung von solchen Denkmälern derart ernsthaft gefährdet werden könnte, dass dadurch ein Eingriff in die verfassungsgesetzlich garantierte Wissenschaftsfreiheit des Art. 17 StGG 1867 gerechtfertigt werden könnte. Vielmehr ist die Entdeckung und Erforschung bislang noch unbekannter Denkmale durch archäologische Ausgrabungen und sonstige Nachforschungen an Ort und Stelle sowohl geeignet und auch dafür erforderlich, dass diesen Denkmälern überhaupt der gesetzliche Schutz zukommen kann, den der Gesetzgeber durch die Bestimmungen des DMSG zu erreichen versucht; d.h. die Entdeckung und Untersuchung dieser Denkmale ist notwendig, um den gesetzlichen Schutzzweck überhaupt erreichen zu können. Die Beschränkung der Freiheit zur Durchführung solcher Grabungen und Nachforschungen zum Zwecke der Entdeckung und Untersuchung solcher noch nicht gem. §§ 2, 2a oder 3 DMSG geschützter Denkmale durch die Genehmigungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG ist daher jedenfalls zwingend verfassungswidrig.

Das BDA ist als Verwaltungsbehörde bei der Auslegung gesetzlichen Bestimmungen ebenso an die Verfassungsschranken gebunden wie der Gesetzgeber bei ihrer Erlassung. Daher ist es auch dazu verpflichtet, im Sinne der verfassungskonformen Interpretation im Fall, dass ein Gesetzestext zunächst in verschiedener Weise auslegbar erscheint, jene (oder eine jener) Auslegung(en) zu wählen, die das Gesetz verfassungskonform erscheinen lassen (Mayer & Mayer 1988, *Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, 6. Aufl., 54 RN 135). Dies ist im gegenständlichen Fall aus den erläuterten Gründen ausschließlich dann möglich, wenn man die Bestimmung des § 11 Abs. 1 DMSG so auslegt, dass sie nur auf Bodenflächen anwendbar ist, die bereits zum Zeitpunkt allfällig geplanter Grabungen und sonstiger Nachforschungen an Ort und Stelle rechtskräftig gem. §§ 2a oder 3 DMSG unter Denkmalschutz stehen. Ein Schutz von nicht als geschützte Denkmale ausgewiesenen Bodenflächen kraft einer weder tatsächlich bestehenden noch überhaupt denkmöglichen gesetzlichen Vermutung (die Bestimmung des § 9 Abs. 3 DMSG, die eine solche enthält, greift explizit erst ab dem Zeitpunkt der Auffindung von Bodendenkmälern, nicht bereits davor) kann der Auslegung des Anwendungsbereichs der Bestimmung des § 11 Abs. 1 daher auch nicht zugrunde gelegt werden.

Eine Anwendbarkeit der Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG auf die von mir im beiliegenden Antrag beschriebenen Maßnahmen ist daher ausgeschlossen. Diese beantragten „archäologischen Maßnahmen“ unterliegen der denkmalrechtlich Bewilligungspflicht dieser Bestimmung nicht. Der von mir beiliegend gestellte Antrag auf Erteilung einer Bewilligung der beschriebenen Maßnahmen ist daher aufgrund Unzuständigkeit der Behörde zurückzuweisen.

Darüber hinaus scheidet jedwede intentionale Einschränkung der Freiheit archäologische Feldforschungen durchzuführen, die auch „*durch keinen Verwaltungsakt eingeschränkt werden kann*“ (VfSlg 3565/1959), auch an der offensichtlichen Unverhältnismäßigkeit der Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG. Dies gilt im konkreten Fall jedenfalls sowohl für die beantragten nicht invasiven (Metallsuche mit Ausflagung und Einmessung von Signalen des Detektors, geomagnetische und Bodenradarmessung) als auch invasiven (Grabung) Maßnahmen und jedenfalls auch allgemein für die Anwendung aller nicht invasiver Feldforschungsmethoden.

Wie bereits ausgeführt bezweckt der Gesetzgeber mit den Bestimmungen des DMSG generell ausschließlich die körperlich in Erscheinung und Substanz unveränderte Erhaltung von iSd § 1 Abs. 2 besonders bedeutenden Denkmälern. Nun liegt es jedoch in der Natur nicht invasiver Forschungsmethoden, dass von ihrer Anwendung keine ersthafte (und in der Regel nicht einmal eine bekannte, wissenschaftlich erklärbare) Gefährdung für die körperlich unveränderte Erhaltung der Denkmäler iSd § 1 Abs. 1 DMSG ausgehen kann: sie greifen eben weder in Erscheinung noch Substanz allfällig durch sie entdeckter und untersuchter Denkmäler ein und können diese daher weder körperlich zerstören, noch sie verändern, geschweige denn ihre Verbringung ins Ausland bewirken. Die Genehmigungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG ist somit im Sinne einer verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung weder dafür geeignet noch kann sie dafür erforderlich sein, das gesetzliche Schutzziel zu erreichen oder auch nur das Erreichen dieses Schutzzieles zu fördern: dieses Ziel wird nämlich schon allein dadurch vollständig erreicht, dass die nicht invasiven Forschungsmethoden vollkommen zerstörungs- und veränderungsfrei funktionieren und daher die körperlich unveränderte Erhaltung des gesetzlichen Schutzgegenstandes gar nicht gefährden können. Gleichzeitig ist die Verwendung dieser nicht invasiven Feldforschungsmethoden durch die Forschungsfreiheit des Art. 17 Abs. 1 StGG 1867 verfassungsgesetzlich geschützt, wodurch es auch ausgeschlossen ist, sie – und sei es auch nur durch eine gesetzliche Genehmigungspflicht – einzuschränken, wenn dadurch das Erreichen des gesetzlichen Schutzzieles nicht wenigstens gefördert wird. Somit ist jede Anwendung der Genehmigungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG auf nicht invasive archäologische Feldforschungsmethoden notwendigerweise verfassungswidrig und damit unmöglich.

Ebenso kann wenigstens im gegenständlichen (und jedem anderen, vergleichbar gelagerten) Fall, in dem es um die Untersuchung einer Bodenfläche geht, von der noch keinerlei konkrete Hinweise auf das dortige Vorkommen denkmalschutzrelevanter Gegenstände vorliegen, nicht mit der dadurch verursachten Beschränkung der Wissenschaftsfreiheit vereinbar sein, die geplante Untersuchung auch nur einer gesetzlichen Bewilligungspflicht zu unterwerfen. Schließlich kommen aller Wahrscheinlichkeit nach auf dem betroffenen Grundstück gar keine archäologischen Hinterlassenschaften vor, sondern könnten nur, rein hypothetisch gesprochen, auch auf diesem Grundstück vorkommen, weil archäologische Hinterlassenschaften überall vorkommen könnten. Von diesen wahrscheinlich gar nicht vorhandenen archäologischen Hinterlassenschaften, deren Entdeckung dennoch bezweckt wird, ist nun wiederum höchstens ein sehr kleiner, wenn nicht sogar nur ein verschwindend geringer Anteil überhaupt von derartiger Bedeutung, dass seine unveränderte Erhaltung auch nur im öffentlichen Interesse gelegen sein könnte, geschweige denn tatsächlich im öffentlichen Interesse gelegen ist.

Die Wahrscheinlichkeit, dass auf einem durchschnittlichen Gartengrundstück wie dem im konkreten Fall betroffenen, von dem noch keinerlei Hinweise auf das Vorkommen denkmalschutzrelevanter Gegenstände vorliegen, auch nur irgendwelche archäologisch wissenschaftlich relevanten Hinterlassenschaften der Vergangenheit gefunden werden, liegt schon weit unter 0,1%. Die Wahrscheinlichkeit, dass dort geschichtlich, künstlerisch oder sonstig kulturell derart bedeutende Denkmäler entdeckt werden, dass an ihrer unveränderten körperlichen Erhaltung ein öffentliches Interesse iSd § 1 Abs. 2 DMSG besteht, ist noch um ein großes Vielfaches geringer, mit Sicherheit unter 0,0001%.

Dadurch, dass die an Ort und Stelle geplanten Nachforschungen einer gesetzlichen Genehmigungspflicht durch das BDA unterworfen werden, werden diese Wahrscheinlichkeiten auch nicht um das mindeste (weiter) verringert: schließlich weiß auch das BDA nichts über das Vorkommen noch unbekannter, aber besonders bedeutender Denkmäler unter der Erd- oder Wasseroberfläche auf dem betreffenden Grundstück. Es kann daher ebenso wenig wie ich oder ein beliebiger Dritter sachverständig beurteilen, ob und wenn ja wo es auf dem betreffenden

Grundstück denkmalpflegerisch erforderlich ist, bei Grabungen oder sonstigen Nachforschungen mit besonderer und jedenfalls größerer Vorsicht vorzugehen als anderswo auf diesem Grundstück, oder sogar wo gar nicht in den Erdboden einzudringen ist um dort vorhandene, schützenswerte Denkmale vor der körperlichen Veränderung oder gar Zerstörung zu schützen. Damit kann es einen allfällig von ihm erlassenen Bewilligungsbescheid auch nicht mit im konkreten Einzelfall denkmalpflegerisch sachdienlichen „Einschränkungen, Auflagen und Sonderregelungen (hinsichtlich Fläche und Tiefe, Art der Durchführung, Meldepflichten, Kontrollen usw.)“ (§ 11 Abs. 1 DMSG) verbinden, denn auch der zuständige Sachbearbeiter in der Behörde kann in Unkenntnis des tatsächlichen Sachverhalts nicht wissen, was denkmalpflegerisch erforderlich ist und was nicht (es sei denn, Amtssachverständige beherrschen magische Divinationstechniken, die sie vor gewöhnlichen Staatsbürgern geheim halten). Damit können Genehmigungen gem. § 11 Abs. 1 DMSG unmöglich dazu geeignet und auch nicht dafür erforderlich sein, das gesetzliche Schutzziel zu erreichen oder sich diesem auch nur (und sei es nur völlig unmaßgeblich) anzunähern.

Dem steht neuerlich im konkreten Fall wie auch allgemein die verfassungsgesetzlich vorbehaltlos garantierte Forschungsfreiheit des Art. 17 Abs. 1 StGG 1867 entgegen, die laut VfGH auch durch keinen Verwaltungsakt beschränkt werden darf (VfSlg 3565/1959). Der durch die Bestimmung des § 11 Abs. 1 DMSG vorgenommene staatliche Eingriff in diese Grundfreiheit kann aber in Anbetracht der schon für sich betrachtet verschwindend geringen Wahrscheinlichkeit, dass es bei geplanten Grabungen zu einer Entdeckung, geschweige denn einer ernsthaften Gefährdung, allfällig an Ort und Stelle vorkommender schützenswerter Denkmale kommt, nicht im eigentlichen Sinn verhältnismäßig sein und verletzt schon allein deshalb sicherlich das Übermaßverbot der Bundesverfassung, weil das vom Gesetzgeber gewählte gesetzliche Mittel der Genehmigungspflicht aufgrund der allgemeinen Denkgesetze weder dazu geeignet noch dafür erforderlich sein kann, das gesetzliche Schutzziel des DMSG zu erreichen oder auch nur zu fördern.

Eine Anwendbarkeit der Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG auf die von mir im beiliegenden Antrag beschriebenen Maßnahmen ist daher auch aus diesem Grund ausgeschlossen. Diese beantragten „archäologischen Maßnahmen“ unterliegen auch aus diesem Grund der denkmalschutzrechtlichen Bewilligungspflicht dieser Bestimmung nicht. Der von mir beiliegend gestellte Antrag auf Erteilung einer Bewilligung der beschriebenen Maßnahmen ist daher auch deshalb aufgrund Unzuständigkeit der Behörde zurückzuweisen.

Zusätzlich dazu ist es, falls das BDA trotz der genannten Gründe, die eine Zurückweisung meines Antrags zwingend erforderlich machen, einen bewilligenden Bescheid erlassen sollte, jedenfalls auch unzulässig, einen solchen (meiner Meinung nach grundsätzlich rechtswidrigen) Bescheid mit der verbindlich zu beachtenden Auflage der Einhaltung der aktuellen „Richtlinien für archäologische Maßnahmen“ des BDA zu verbinden. Für diese Unzulässigkeit sprechen ebenfalls gleich mehrere Gründe.

Erstens spricht gegen die Zulässigkeit, die „Richtlinien“ als verbindliche Bescheidauflage einem bewilligenden Bescheid gem. § 11 Abs. 1 DMSG anzuschließen, dass die „Richtlinien“ in der derzeitigen Anwendungspraxis durch das BDA Verordnungscharakter haben, dem BDA als nachgeordneter Dienststelle des BKA aber keine Verordnungskompetenz zukommt. Dass die „Richtlinien“ Verordnungscharakter haben, zeigt sich schon allein daran, dass sie mit einem Datum veröffentlicht werden, das den Beginn der Geltung der jeweiligen Fassung bestimmt und sie in nicht an den jeweiligen Einzelfall angepasster Form mit den wohl über 4.000 seit 2010 ergangenen Bescheiden des BDA gem. § 11 Abs. 1 DMSG als verbindlich einzuhaltende Auflage verbunden wurden.

Die Tatsache, dass das BDA am Papier behauptet, dass die „*Richtlinien*“ nur als Bescheidaufgabe im Einzelfall verpflichtende Geltung erlangen, ändert nichts an der Tatsache, dass sie wenigstens in der bisherigen Anwendungspraxis eine von Organen der Verwaltung einseitig erlassene, sich an einen allgemeinen Personenkreis richtende (Rechts-) Norm sind: der allgemeine Personenkreis sind alle Antragsteller, die eine Genehmigung gem. § 11 Abs. 1 DMSG erteilt bekommen wollen und denen ihre Beachtung auch in den vergangenen 8 Jahren in allen Fällen (in der jeweils „geltenden“ Fassung) exakt gleichlautend und gleichermaßen verpflichtend vorgeschrieben wurde. Auf den im individuellen hoheitlichen, im Außenverhältnis ergehenden normativen Verwaltungsakt, d.h. im Bescheid, konkret zu berücksichtigenden Einzelfall wurde und wird durch die „*Richtlinien*“ keine Rücksicht genommen; und in Bescheiden werden auch nicht einzelfallspezifische Abweichungen von den generellen Normierungen in den „*Richtlinien*“ vorgenommen. Eine Norm, die in allen möglichen rechtlichen Einzelfällen unverändert gleichermaßen gilt, ist daher – unabhängig davon was die Behörde in ihren schriftlichen Emanationen behauptet – eine allgemeine, außerwirksame Rechtsnorm und nicht ein individueller, Rechtsverhältnisse einzelfallspezifisch normativ feststellender oder gestaltender Verwaltungsakt.

Damit die „*Richtlinien*“ den Charakter einer einzelfallspezifischen Auflage hätten, müssten sie in jedem Einzelfall auf den konkreten Sachverhalt individuell angepasst werden, den sie sachdienlich gestalten sollen. Dies setzt jedoch ebenso wie schon weiter oben ausgeführt voraus, dass die Verwaltungsbeamten, die im Einzelfall sachdienliche Einschränkungen, Auflagen oder Sonderregeln bestimmen sollen, ausreichend genaue Kenntnis von den auflagenrelevanten, spezifischen Einzelheiten des konkreten Einzelfalls haben, um überhaupt sachverständig bestimmen zu können, welche Einschränkungen, Auflagen oder Sonderregelungen im konkreten Einzelfall sachdienlich sind. Genau diese spezifische Kenntnis fehlt den Sachbearbeitern ebenso wie dem Antragsteller, wenn die Denkmale, die der Antragsteller durch Grabungen und sonstige Nachforschungen an Ort und Stelle zu entdecken versucht, noch allen inklusive der Verwaltungsbeamten vollkommen unbekannt sind, was notwendigerweise der Fall ist, wenn wie im konkreten Fall noch nicht einmal irgendwelche konkreten Hinweise darauf bekannt sind, dass, geschweige denn wo und welche, besonders bedeutenden und daher im öffentlichen Interesse erhaltenswerten Denkmale auf den zu untersuchenden Bodenflächen vorkommen.

Es können die „*Richtlinien*“ daher auch nur dann in jedem konkreten Einzelfall sachdienliche Auflagen darstellen, wenn das, was sie normieren, in jedem möglichen und somit völlig unabhängig vom jeweils konkreten Einzelfall sachdienlich wäre. Damit wären sie jedoch eine allgemeine Norm, weil sie eben immer und gerade nicht nur im konkreten Einzelfall sachdienlich wären. Sie wären dann aber auch als allgemeine Rechtsnorm, eben als Verordnung, zu gestalten und zu erlassen, nicht durch die Hintertüre einer Bescheidaufgabe, die nur „zufällig“ in jedem Einzelfall mit jedem bewilligenden Bescheid verbunden wird, rechtsverbindlich zu machen. Schon aus diesem Grund ist daher die Verbindung der „*Richtlinien*“ als verbindlich einzuhaltende Bescheidaufgabe mit einem allfällig vom BDA erlassenen bewilligenden Bescheid unzulässig.

Zweitens und noch weitaus bedeutender macht aber auch die Tatsache, dass die „*Richtlinien*“ gar keine Rücksicht auf den konkreten Einzelfall nehmen können, weil der auflagenrelevante Sachverhalt dem BDA überhaupt nicht ausreichend bekannt ist, um überhaupt im Einzelfall sachdienliche Auflagen machen zu können, es vollkommen unmöglich, die „*Richtlinien*“ als verbindlich zu beachtende Bescheidaufgabe mit einem allfälligen, bewilligenden Bescheid zu verbinden.

Zwar gestattet es die Bestimmung des § 11 Abs. 1 DMSG dem BDA, bewilligende Bescheide mit „*Einschränkungen, Auflagen und Sonderregelungen (hinsichtlich Fläche und Tiefe, Art der Durchführung, Meldepflichten, Kontrollen usw.)*“ (§ 11 Abs. 1 DMSG) zu verbinden. Diese Ermächtigung des BDA, Bescheide gem. § 11 Abs. 1 DMSG mit derartigen Einschränkungen, Auflagen

und Sonderregeln zu verbinden räumt dem BDA jedoch keineswegs das Recht ein, willkürlich Antragstellern in bewilligenden Bescheiden vorzuschreiben, was auch immer dem zuständigen Sachbearbeiter oder dem BDA als Behörde generell gefällt, gleichgültig ob diese Einschränkungen, Auflagen und Sonderregeln denkmalpflegerisch sinnvoll sind oder nicht. Vielmehr ist das BDA auch bei der Erteilung von Bescheidauflagen auf derartige Einschränkungen, Auflagen und Sonderregeln beschränkt, die tatsächlich aus denkmalschutzrechtlicher Sicht dazu geeignet und auch dafür erforderlich sind, das gesetzliche Schutzziel zu erreichen oder wenigstens zu fördern.

Dieses gesetzliche Schutzziel ist nun jedoch, wie bereits weiter oben ausgeführt wurde, iSd § 1 Abs. 1 DMSG nur die körperlich unveränderte Erhaltung solcher Denkmale, deren Bedeutung derart beschaffen ist, dass an ihrer Erhaltung ein öffentliches Interesse iSd § 1 Abs. 2 DMSG besteht. Sachdienlich im Sinne des Denkmalschutzgesetzes können daher auch in bewilligenden Bescheiden gem. § 11 Abs. 1 DMSG ausschließlich nur solche Einschränkungen, Auflagen und Sonderregeln sein, die der körperlich unveränderten Erhaltung der derart bedeutenden Denkmale iSd § 1 Abs. 1 DMSG dienlich sind.

Dies setzt jedoch zuerst einmal zwingend voraus, dass der Behörde die Existenz, Lage und Beschaffenheit der Denkmale, die durch die mit dem bewilligenden Bescheid gem. § 11 Abs. 1 DMSG verbundenen Einschränkungen, Auflagen und Sonderregeln vor Zerstörung, Veränderung und Verbringung ins Ausland geschützt werden sollen, bereits ausreichend genau bekannt sind, um sie auch tatsächlich – z.B. durch Einschränkung hinsichtlich der Fläche und Tiefe, der Art der Durchführung, Meldepflichten, Kontrollen etc. – vor der durch die bewilligten Grabungen und sonstigen Nachforschungen verursachten Zerstörung, Veränderung oder Verbringung ins Ausland zu schützen. Hat sie – wie im gegenständlichen Fall – diese Kenntnis nicht oder jedenfalls nicht in ausreichendem Maß, um überhaupt von der Existenz, Lage und Beschaffenheit an Ort und Stelle möglicherweise dort vorkommender, erhaltenswerter Denkmale zu wissen, kann sie unmöglich sachdienliche Einschränkungen, Auflagen und Sonderregeln mit einem bewilligenden Bescheid verbinden, schon gar nicht durch eine allgemeine Norm wie die „Richtlinien“.

Dass die Beauftragung mit den „Richtlinien“ sachdienlich sein kann setzt aber zweitens auch zwingend voraus, dass die „Richtlinien“ überhaupt dazu geeignet und dafür erforderlich sind, das gesetzliche Schutzziel zu erreichen. Genau das ist aber bei den „Richtlinien“ keineswegs der Fall: diese enthalten keinerlei Vorgaben, die es ermöglichen würden, die unveränderte körperliche Erhaltung allfällig durch gem. § 11 Abs. 1 DMSG bewilligte Grabungen und sonstige Nachforschungen betroffener Denkmale zu erreichen oder auch nur zu fördern. Vielmehr enthalten sie Vorgaben, was bei der Veränderung oder Zerstörung eines betroffenen Denkmals zu beachten, welche Feldforschungsmethoden zu seiner Zerstörung oder Veränderung zu verwenden und welche und wie dabei getätigte Beobachtungen zu dokumentieren sind; dienen also dazu, die Erinnerungen bzw. das Gedenken an das zerstörte bzw. stark veränderte Denkmal zu erhalten.

Die bei Grabungen oder sonstigen Nachforschungen an Ort und Stelle entdeckten „*unbeweglichen und beweglichen Bestandteile sowie die Dokumentationsunterlagen treten*“ daher gerade nicht „*in ihrer Gesamtheit an die Stelle des durch die archäologische Maßnahme veränderten oder zerstörten Bodendenkmals*“ (BDA 2018, *Richtlinien für archäologische Maßnahmen*, 2), wie es das BDA in der aktuellen Fassung seiner Richtlinien behauptet und können das im rechtlichen Sinn auch gar nicht, weil das österreichische Denkmalschutzrecht und insbesondere **das DMSG** das sonst weltweit inzwischen weit verbreitete **Prinzip der Erhaltung** der in den archäologischen Überresten im Erdboden gespeicherten historischen Informationen **durch Dokumentation nicht kennt**. Vielmehr hat das österreichische Denkmalschutzrecht, ganz der Denkmalwerttheorie Alois Riegls (Riegl 1903, *Der moderne Denkmalkultus*) folgend, die dem DMSG ja auch maßgeblich zugrunde liegt, „**die Erhaltung von Gegenständen in ihrer Substanz um ihres besonderen, eigenen Wertes willen zum**

Inhalt [...] (VfGH 11.3.1976, G30/74 und G 6/75, VwGH 29.4.2011, 2010/09/0230)“ (Bazil et al. 2015, *Das österreichische Denkmalschutzrecht*, 17; Hervorhebung: RK).

Die „Richtlinien“ können daher keinesfalls sachdienliche Auflagen darstellen, die dazu geeignet und dafür erforderlich sind, das gesetzliche Schutzziel des DMSG zu erreichen oder auch nur zu fördern. Sie stellen vielmehr eine Anleitung zur archäologisch-wissenschaftlich – mehr oder minder, wie sehr kann man streiten – sachgerechten Zerstörung oder Veränderung archäologischer Überreste im Boden dar, von denen eine geringe Minderheit auch Denkmale iSd § 1 Abs. 1 DMSG sein könnten, deren unveränderte körperliche Erhaltung in Erscheinung und Substanz iSd § 1 Abs. 2 DMSG im öffentlichen Interesse gelegen ist, die aber bei der Grabung oder sonstigen Nachforschung an Ort und Stelle zum Zwecke ihrer Entdeckung und Untersuchung jedenfalls im denkmalschutzrechtlichen Sinn nicht erhalten werden. Auch aus diesem Grund ist daher die Verbindung der „Richtlinien“ als verbindlich einzuhaltende Bescheidaufgabe mit einem allfällig vom BDA erlassenen bewilligenden Bescheid unzulässig.

Drittens und noch wichtiger für die Unzulässigkeit der Beauftragung mit den „Richtlinien“ ist jedoch schließlich, dass, selbst wenn man davon ausgeht (wie selbstverständlich auch ich), dass die Erhaltung der in archäologischen Hinterlassenschaften gespeicherten wissenschaftlichen (archäologisch-historischen) Informationen ebenfalls sowohl von essentieller Bedeutung als auch im öffentlichen Interesse gelegen ist, das öffentliche Interesse an der Erhaltung dieser Informationen kein denkmalpflegerisches, sondern ein archäologisch-wissenschaftliches Interesse ist, also im engeren Sinn ein Interesse der Wissenschaft. Selbst wenn man also – wenn auch jedenfalls fälschlich – voraussetzen will, dass es (auch) ein Ziel des (derzeitigen) österreichischen Denkmalschutzrechtes ist, nicht nur die Denkmale selbst in ihrer historisch gewachsenen Erscheinung und Substanz körperlich unverändert, sondern auch die in diesen gespeicherten wissenschaftlichen Informationen über die Zerstörung der Denkmale durch Dokumentation als Quellen wissenschaftlicher Forschungen zu erhalten, gerät man (neuerlich) unweigerlich in einen unauflösbaren Konflikt mit der Wissenschaftsfreiheit des Art. 17 Abs. 1 StGG 1867.

Wie bereits ausgeführt enthalten die „Richtlinien“ keine Vorgaben, die auf die Erhaltung der wissenschaftlichen Primärquellen der Archäologie – die archäologischen Hinterlassenschaften (≈ Denkmale) selbst in ihrer historisch gewachsenen Erscheinung und Substanz selbst – abzielen oder diese auch nur besser ermöglichen würden, als wenn die „Richtlinien“ nicht als Auflage mit einem bewilligenden Bescheid verbunden würden. Vielmehr enthalten die „Richtlinien“ nur Vorgaben dazu, wie – nach Ansicht der archäologischen Fachbeamten des BDA und von diesen beigezogenen externen Fachkräften – archäologische Hinterlassenschaften bei Grabungen und sonstigen Nachforschungen an Ort und Stelle wissenschaftlich sachgerecht zu verändern bzw. zu zerstören und dabei getätigte Beobachtungen zu dokumentieren sind; d.h. wie und welche wissenschaftlichen Sekundärquellen zu erzeugen sind, die nach Ansicht des BDA für die zukünftige archäologische Forschung erforderlich sind und daher für diese angefertigt werden sollen. Zu diesem Zweck werden in den „Richtlinien“ zahlreiche Vorgaben zur wissenschaftlichen Methodenwahl (sowohl im Bereich der Datengewinnung als auch der Datendokumentation; z.B. Verwendung der stratigrafischen Grabungsmethode, Bevorzugung der Bodenradarmessung gegenüber der eigens zu begründenden Bodenwiderstandsmessung, Anfertigung bestimmter Planunterlagen, verpflichtende Fotodokumentation von Grabungen, etc.) und zur formalen Gestaltung verpflichtend vorgeschriebener wissenschaftlicher Publikationen in ebenso verpflichtend vorgeschriebenen Publikationsorganen gemacht.

Praktisch alle diese Vorgaben fallen jedoch in den Kernbereich der Wissenschaftsfreiheit – eben in die Freiheit des Forschers über die Wahl seiner Methoden und der Verbreitung seiner Erkenntnisse (Berka 1999, *Die Grundrechte*, 344) – in den der Staat und seine Verwaltungsbehörden überhaupt

nur dann eingreifen dürfen, wenn dies durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt und mit der dadurch verursachten Beeinträchtigung des Grundrechts verhältnismäßig ist. Das Gewicht dieser Beeinträchtigung ist dabei als umso höher zu betrachten, desto mehr dadurch in den Kernbereich des betroffenen Grundrechts eingegriffen wird. Im Fall der „Richtlinien“ wird die Wissenschaftsfreiheit jedoch gerade in ihrem ureigensten Kernbereich derart stark beeinträchtigt, dass sie praktisch auf ein *nudum ius* reduziert wird: jede Abweichung von den durch die Behörde vorgeschriebenen Methoden und sonstigen Vorgaben bedarf den amtlichen Emanationen des BDA zufolge einer expliziten Begründung und sogar durch die Umstände des Einzelfalls erzwungene Abweichungen von den Vorgaben der „Richtlinien“ sind vom BDA durch einen separaten Bescheid eigens zu bewilligen.

Als verfassungsrechtliche Rechtfertigung für diese praktisch vollständige Aufhebung der Forschungsfreiheit im Bereich der archäologischen Feldforschung kann vom BDA aber letztendlich nur angeführt werden, dass dies für die Ermöglichung zukünftiger wissenschaftlicher Forschungen auf Basis bestimmter anzufertigender Sekundärquellen erforderlich sei; d.h. letztendlich für den Schutz der zukünftigen archäologischen Wissenschaft vor von durch die gegenwärtige Forschung an den Forschungsquellen dieser Wissenschaft durch die Nichtverwendung staatlich anerkannter Forschungsmethoden und die Nichtanfertigung staatlich erwünschter Sekundärquellen (Dokumentationen und Veröffentlichungen in staatlichen Publikationsorganen) erzeugter Schäden. Dies ist jedoch nicht mehr und nicht weniger als der Versuch, die Wissenschaftsfreiheit der nahezu vollständigen staatlichen Kontrolle zu unterwerfen, ohne dafür einen anderen Grund als die Wissenschaftsfreiheit selbst zu haben, die man nur, damit das nicht allzu offensichtlich ist, hinter einem angeblichen öffentlichen Interesse an der Erhaltung der Denkmale durch Dokumentation versteckt, das durch das DMSG gar nicht vorgesehen ist. Gerade eine solche staatliche Beschränkung der Wissenschaftsfreiheit verbieten aber die Bestimmungen des Art. 17 Abs. 1 StGG 1867, des Art. 13 der *Charta der Grundrechte der Europäischen Union* und Art. 15 Abs. 3 *Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte* dem Gesetzgeber und seinen Verwaltungsbehörden vollständig.

Erschwerend hinzu kommt, dass viele der in den „Richtlinien“ enthaltenen Vorgaben zum Schutz der Sekundärquellen zukünftiger wissenschaftlicher archäologischer Forschungen überhaupt nicht erforderlich und eventuell sogar schädlich sind. Welche Sekundärquellen, die mit welchen Forschungsmethoden gewonnen und in welcher Form veröffentlicht und archiviert wurden, der zukünftigen Forschung wie sehr nützlich sein bzw. erscheinen werden, ist aus der Perspektive der Gegenwart nicht beurteilbar, weil der zukünftige Methodenwandel und die zukünftige Bewertung verschiedener Arten von auf unterschiedliche Weise gewonnener Sekundärquellen nicht vorhersehbar ist, auch nicht für die sachverständigen Organe einer staatlichen Behörde wie dem BDA. Eine generelle Normierung der Sekundärquellen, wie sie vom BDA durch die „Richtlinien“ zu erreichen versucht wird, hat einzig und allein zur Folge, dass die bestehende und erkenntnistheoretisch enorm wichtige Vielfalt wissenschaftlicher archäologischer Feldforschungs- und Dokumentationsmethoden sowie der veröffentlichten und archivierten Informationen in der Praxis massiv reduziert wird und stattdessen der Wissenschaft ein bestimmtes, eng umrissenes fachliches Dogma von außen durch den Staat aufgezwungen wird.

Der Sinn der durch Art. 17 Abs. 1 StGG 1867 garantierten Wissenschaftsfreiheit und insbesondere ihres ureigenen Kernbereichs der freien Wahl der Forscher über ihre Forschungsgegenstände, -methoden und Ergebnisverbreitung ist es jedoch, gerade eine solche Fremdbestimmung der Wissenschaft durch den Staat zu verhindern und die wissenschaftliche Methoden- und Meinungspluralität vor staatlichen Eingriffen zu schützen (Berka 1999, *Die Grundrechte*, 342 RN 587). Denn diese Pluralität erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass unterschiedliche Daten mit unterschiedlichen Methoden wissenschaftlich gewonnen und auf unterschiedliche Weise

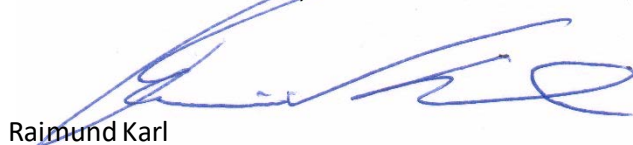
dokumentiert und veröffentlicht werden, wodurch hoffentlich auch dann der Erkenntnisprozess weiter fortschreitet und auch dann nützliche Daten gewonnen werden, wenn sich ein zeitweilig dominanter Fachkonsens zu späterer Zeit als Irrglaube und die mit dem von diesem propagierten Methoden gewonnenen Daten und Ergebnisse als fundamental unverlässlich und damit für weitere Forschungen nutzlos erweisen. Der Versuch, die freie archäologische Forschung im Wege von mit denkmalschutzrechtlichen Bescheiden als Auflagen verbundenen „Richtlinien“ einer staatlichen Fremdbestimmung zu unterwerfen, ohne dass dies zum Schutz eines ebenfalls verfassungsgesetzlich geschützten Rechtsgut auch nur in irgendeiner Weise geeignet, geschweige denn erforderlich oder mit ihm verhältnismäßig sein kann, steht also diametral dem Schutzziel des Art. 17 Abs. 1 StGG entgegen und ist daher notwendigerweise verfassungswidrig.

Eine Beauftragung mit den „Richtlinien“ im Rahmen der allfälligen Erteilung eines bewilligenden Bescheides für die in meinem beiliegenden Antrag dargestellten archäologischen Maßnahmen wäre daher höchstgradig verfassungs-, europa- und völkerrechtswidrig. Nachdem aber eine Behörde keine verfassungswidrigen Bescheidaufgaben erteilen darf, ist auch aus diesem Grund die Verbindung der „Richtlinien“ als verbindlich einzuhaltende Bescheidaufgabe mit einem allfällig vom BDA erlassenen bewilligenden Bescheid gem. § 11 Abs. 1 DMSG unzulässig.

Als abschließende Bemerkung: grundsätzlich begrüße ich die wohlmeinenden Intentionen des BDA und seiner Abteilung für Archäologie im Bereich der archäologischen wissenschaftlichen Qualitätssicherung und unterstütze diese auch gerne. Leider gibt die Rechtslage aber nicht her, was das BDA oder ich in dieser Beziehung gerne hätten, und kann es auch nicht hergeben, weil die Forschungsfreiheit als höheres Gut dem Versuch, die wissenschaftliche Forschung so zu gestalten, wie es einigen oder auch vielen Archäologen derzeit richtig erscheint, zwingend entgegensteht. Die Frage zu entscheiden, welche Methoden nun zum Gewinn neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse geeignet sind, wie die Dokumentation von Daten am besten zu erfolgen hat, und in welcher Form und wie gewonnenen Erkenntnisse zu verbreiten sind, ist eine wissenschaftsethische Frage, die letztendlich dem einzelnen Wissenschaftler überlassen bleiben muss (siehe dazu auch Krischok 2016, *Der rechtliche Schutz des Wertes archäologischer Kulturgüter*, 136-137).

Was die „Richtlinien“ betrifft, bin ich daher im Prinzip durchaus gerne bereit, mich freiwillig an diese zu halten, soweit mir das wissenschaftlich als sinnvoll erscheint; auch und insbesondere, wenn dies der Behörde und ihren Fachbeamten hilft. Eine Verpflichtung durch die Behörde zur Einhaltung der „Richtlinien“ im Wege einer Auflage in einem rechtswidrig erlassenen Bescheid gem. § 11 Abs. 1 DMSG könnte ich jedoch leider nicht akzeptieren und müsste daher gegebenenfalls rechtliche Schritte dagegen ergreifen.

Mit besten Grüßen Dein,



Raimund Karl