PRIFYSGOL BANGOR / BANGOR UNIVERSITY

Lotterie spielen oder Milch kaufen?

Karl, Raimund

Published: 14/02/2020

Publisher's PDF, also known as Version of record

Cyswllt i'r cyhoeddiad / Link to publication

Dyfyniad o'r fersiwn a gyhoeddwyd / Citation for published version (APA):
Karl, R. (2020, Feb 14). Lotterie spielen oder Milch kaufen? Zur Frage der Zielgerichtetheit von Nachforschungen. Archäologische Denkmalpflege. https://archdenk.blogspot.com/2020/02/lotterie-spielen-oder-milch-kaufen.html

Hawliau Cyffredinol / General rights
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

• Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
• You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
• You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy
If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

18. Apr. 2024

ISSN 2516-4309
ARCHÄOLOGISCHE DENKMALPFLEGE
https://archdenk.blogspot.co.uk/
14. Februar 2020
2020/02/lotterie-spielen-oder-milch-kaufen.html

Lotterie spielen oder Milch kaufen?

Zur Frage der Zielgerichtetheit von Nachforschungen

Raimund Karl

Abstract: Denkmalrechtliche Nachforschungsgenehmigungsbestimmungen sind heute eines der wichtigsten, wenn nicht sogar das wichtigste Rechtsinstrument, das die archäologische Denkmalpflege zum Schutz archäologischer Hinterlassenschaften vor Gefahren verwendet, die diesen – ob nun angeblich oder tatsächlich – von im Zusammenhang mit oder gar zur Herbeiführung ihrer Entdeckung gesetzten Handlungen ausgehen. Viele Archäologieinteressierte, ArchäologInnen und auch wenigstens einige archäologische DenkmalpflegerInnen interpretieren die entsprechenden denkmalrechtlichen Bestimmungen als allgemeine Pflicht, vor Beginn von Nachforschungen, die – und sei es nur rein hypothetisch – zur Entdeckung von archäologischen Überresten führen könnten, eine denkmalbehördliche Genehmigung zu beantragen und erteilt zu bekommen. Sie gehen daher davon aus, dass *„die theoretisch nie auszuschließende Möglichkeit, dass sich ein möglicher Fund als potentielles Kulturdenkmal herausstellt“* (AG Buchen 16.8.2017, 1 OWi 25 Js 6341/17, 3), bereits ausreicht, um die Nachforschungsgenehmigungspflicht auszulösen und daher jede ungenehmigte Nachforschung rechtswidrig ist und bestraft werden kann.

Wie in diesem Beitrag gezeigt wird, ist diese Ansicht jedoch ganz grundsätzlich falsch: genehmigungspflichtig sind nämlich nur solche Nachforschungen, bei denen der Handelnde gezielt (d.h. mit *dolus directus* 1. Grades) die Entdeckung des gesetzlichen Schutzgegenstandes (d.h. Denkmalen) herbeizuführen versucht, die vorhersehbare Entdeckung wissentlich (d.h. mit *dolus directus* 2. Grades) oder billigend (d.h. mit *dolus eventualis*) in Kauf nimmt oder wenigstens fahrlässig die im Rahmen der gewöhnlichen Sorgfaltspflicht zur Verhinderung des Eintretens der Entdeckung erforderlichen Vorkehrungen nicht trifft. Dass ein Nachforschender mit diesem *dolus directus*, *dolus eventualis* oder fahrlässig gehandelt hat, setzt allerdings denknotwendig voraus, dass er tatsächlich Denkmale entdecken wollte oder konkrete Hinweise darauf vorliegen hatte (oder bei Beachtung seiner Sorgfaltspflicht vorliegen gehabt hätte), dass seine Handlungen am Tatort den verbotenen Taterfolg voraussichtlich herbeiführen werden; und dass das tatsächlich der Fall war, ist in einem allfällig angestrengten Strafverfahren dem Tatverdächtigen nachzuweisen.

Wie in diesem Beitrag ebenfalls gezeigt wird, kann dieser Nachweis allerdings überhaupt nur dann erbracht werden, wenn am Tatort tatsächlich Denkmale vorkommen und – außer in extrem seltenen Ausnahmefällen – diese Tatsache auch tatsächlich öffentlich oder wenigstens subjektiv dem Tatverdächtigen bekannt ist. Denn nur, wenn das der Fall ist, kann er überhaupt vorsätzlich Denkmale zu entdecken versucht, eventualvorsätzlich ihre Entdeckung billigend in Kauf genommen oder diese wenigstens fahrlässig nicht verhindert haben.

Das in den letzten Jahrzehnten von der staatlichen archäologischen Denkmalpflege zunehmend zum Schutz der archäologischen Denkmale vor diesen – angeblich oder tatsächlich – durch Versuche ihrer Entdeckung und Untersuchung drohenden Gefahren primär eingesetzte Rechtsinstrument ist sowohl in Österreich als auch in Deutschland (und auch in vielen anderen Ländern der Welt) das Mittel der Grabungs- bzw. Nachforschungsgenehmigungspflicht (in der Folge: NFG-Pflicht). Das ist einigermaßen überraschend, sehen doch alle deutschen und das österreichische Denkmalschutzgesetz eine Melde- und unveränderte Belassungspflicht für ‚zufällig'[1] entdeckte, der jeweiligen einschlägigen

[1] Der Begriff ‚zufällig' bedeutet im hier relevanten Zusammenhang denkmalrechtlicher Fundmeldepflichten nicht (etwa dem umgangssprachlichen Sinn des Zufallsbegriffs entsprechend) ‚unbeabsichtigt' oder (etwa dem

Legaldefinition des relevanten (Boden-) Denkmalbegriffs unterliegende bzw. auch nur unterliegen könnende, Bodenfunde vor; schützen also bereits noch in situ befindliche Fundgegenstände vor den durch ihre Entdeckung und Untersuchung drohenden Gefahren (siehe dazu auch schon Karl 2019a, 201). Welchen Sinn und Zweck die gesetzlichen NFG-Pflichten haben bzw. erfüllen soll(t)en, ist daher bestenfalls teilweise klar, wie z.B. in Österreich, wo sich eindeutig zeigen lässt, dass die gesetzliche NFG-Pflicht ursprünglich dem Zweck gedient hat, das ansonsten uneingeschränkt bestehende gesetzliche Veränderungsverbot neu entdeckter Bodendenkmale bei systematischen archäologischen Ausgrabungen im Wege der vorab erteilten NFG präventiv aufheben zu können (Karl 2019b, 87-93).

Anknüpfungstatbestände

Bestehen gesetzliche Genehmigungspflichten für bestimmte Handlungen, ist selbstverständlich eine ganz relevante Frage, unter welchen Umständen diese Pflichten zu beachten, Genehmigungen vor Beginn der Durchführung bestimmter, geplanter Handlungen einzuholen sind und wann die Genehmigungspflicht nicht besteht. Unter welchen Umständen die denkmalrechtlichen NFG-Pflichten zu beachten sind, wird daher in den entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen durch eine Darstellung der jeweils relevanten Anknüpfungstatbestände geregelt: die gesetzliche NFG-Pflicht ist dann anwendbar, wenn die geplante Handlung wenigstens einen dieser Tatbestände erfüllt; und nicht anwendbar, wenn sie keinen davon erfüllt. Wie der Gesetzgeber den bzw. die relevanten Anknüpfungstatbestände gestaltet, bleibt ihm dabei weitestgehend selbst überlassen.

Objektive Anknüpfungstatbestände

Von den 17 österreichischen und deutschen Denkmalschutzgesetzgebern hat sich nur der schleswig-holsteinische dafür entschieden, das Bestehen der denkmalrechtlichen NFG-Pflicht hauptsächlich von objektiven Anknüpfungstatbeständen abhängig zu machen (§ 12 DSchG-SH), obwohl sich in § 12 Abs. 2 Z 3 DSchG-SH auch ein subjektiver Anknüpfungstatbestand findet. Konkret bedeutet das, dass in Schleswig-Holstein z.B. alle *„Eingriffe in den Bestand eines Denkmals zum Zweck der Erforschung“* (§ 12 Abs. 2 Z 3), *„die Anwendung archäologischer Methoden, die geeignet sind, Kulturdenkmale aufzufinden, an Stellen, von denen bekannt ist oder den Umständen nach zu vermuten ist, dass sich dort Kulturdenkmale befinden“* (§ 12 Abs. 2 Z 4), *„das Verwenden von Mess- und Suchgeräten, die geeignet sind, Kulturdenkmale aufzufinden, ohne dazu nach anderen Rechtsvorschriften befugt zu sein“* (§ 12 Abs. 2 Z 5), *„Nachforschungen, Erdarbeiten oder taucherische Bergungen an Stellen, von denen bekannt ist oder den Umständen nach zu vermuten ist, dass sich dort Kulturdenkmale befinden, ohne dazu nach anderen Rechtsvorschriften befugt zu sein“* (§ 12 Abs. 2 Z 6) und *„die ganze oder teilweise Inbesitznahme eines durch Grabung oder durch taucherische Bergung zu Tage getretenen Kulturdenkmals“* (§ 12 Abs. 2 Z 7 DSchG-SH) der denkmalrechtlichen Genehmigung bedürfen.

Welchen Zweck bzw. welche Absicht der solche Handlungen setzen Wollende mit diesen verfolgt, also die subjektiven Handlungsmotive des Einzelnen, bleiben dabei völlig unbeachtlich: es spielt keine

erweiterten umgangssprachlichen Sinn des Zufallsbegriffs entsprechend) ‚unvorhergesehenermaßen‘, sondern bedeutet, dass der Fund ‚nicht bei vorab denkmalrechtlich bewilligten Nachforschungen‘ entdeckt wurde. Das liegt daran, dass NFG regelhaft ihrem jeweiligen Inhaber gestatten, bei dessen genehmigten Nachforschungen entdeckte gesetzliche Schutzgegenstände entgegen der normalen Pflichten zu deren unveränderter Belassung und mehr oder minder unmittelbaren Meldung an die örtlich zuständige Verwaltungsbehörde unmittelbar und ohne die Behörde beiziehen zu müssen selbst zu dokumentieren und zu bergen bzw. (wenn es sich um unbewegliche Befunde handelt) zu verändern bzw. zerstören. Hat der Finder eines relevanten Gegenstandes – egal unter welchen Umständen und Voraussetzungen er diesen entdeckt – hingegen keine NFG, so ist er gesetzlich verpflichtet, die generellen Regelungen für den Schutz von Fundgegenständen zu beachten, d.h. den Fund möglichst unverändert zu belassen, ihn mehr oder minder unmittelbar der zuständigen Behörde zu melden und jedenfalls wenigstens zeitweilig alle weiteren Arbeiten am Fundort einzustellen.

Rolle, ob der Handelnde ein Mess- bzw. Suchgerät verwendet, das dafür geeignet ist, Kulturdenkmale aufzufinden, um etwas ganz anderes als ein Kulturdenkmal (z.B. eine aktive Stromleitung im Boden oder in einer Mauer eines Gebäudes) zu entdecken; er also gar kein Kulturdenkmal entdecken will. Relevant ist nur, ob das Gerät, das er verwenden will, tatsächlich objektiv dazu geeignet ist auch – wenn auch keineswegs unbedingt ausschließlich nur – Kulturdenkmale zu entdecken und ob er nach anderen Rechtsvorschriften dazu befugt ist oder nicht. Ist das Gerät geeignet und der Handelnde nicht nach anderen Rechtsvorschriften zu seiner Verwendung befugt, dann bedarf er in Schleswig-Holstein einer denkmalrechtlichen Genehmigung für dessen Einsatz, bevor er es verwendet; auch wenn er es nicht zur Entdeckung von Kulturdenkmalen verwenden will.

Derartige objektive Anknüpfungstatbestände haben den großen Vorteil, dass man nicht großartig darüber streiten kann, ob die denkmalrechtliche NFG-Pflicht in einem konkreten Fall besteht oder nicht. Vielmehr ist objektiv feststellbar, ob sie besteht oder nicht. Verwendet der Täter ein solches Gerät, obwohl er weder eine gültige NFG hat noch nach anderen Rechtsvorschriften zu seiner Verwendung befugt ist, dann handelt er rechtswidrig, macht sich somit einer Straftat gem. § 19 Abs. 2 DSchG-SH schuldig und ist daher *„mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe“* zu bestrafen, *„wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist“*. Und zwar auch, wenn er nachweislich dieses Messgerät z.B. nur zur Suche nach einer aktiven Stromleitung in einer Wand eines soeben errichteten, noch nicht fertiggestellten Reihenhauses verwendet hat, weil es unerheblich ist, weshalb er das Messgerät verwendet hat.

Der große Nachteil derartiger objektiver Anknüpfungstatbestände ist, dass sie sehr genau und trennscharf gefasst sein müssen, um nicht völlig absurde Rechtsfolgen nach sich zu ziehen. Auch das lässt sich anhand der Bestimmungen des § 12 Abs. 2 Z 5 DSchG-SH mittels eines Beispiels sehr schön zeigen. Denn ein Mess- und Suchgerät, das dazu geeignet ist, Kulturdenkmale aufzufinden, verwendet heutzutage nahezu jeder nahezu tagtäglich: sein modernes (Smart-) Mobiltelefon. Ein solches Mobiltelefon hat nämlich sowohl eine Kamera als auch eine GPS-Lokalisierungsfunktion und eine Internetverbindung zu diversen Kartendiensten wie z.B. Google Maps. Damit ist es gleich auf mehrere Arten objektiv dazu geeignet, Kulturdenkmale aufzufinden: man kann z.B. mittels der eingebauten Kamera Fotoaufnahmen aus erhöhter Position machen und somit Bewuchsmerkmale in Feldern erkennbar machen, die mit dem freien Auge nicht oder nur schwer erkennbar sind und somit mittels dieses Telefons mit der anerkannten archäologischen Prospektionsmethode der Interpretation fotografischer Schrägaufnahmen, wie sie in der Luftbildarchäologie Anwendung findet, Kulturdenkmale auffinden. Man kann aber z.B. auch die GPS-Lokalisierungs- und Landkartenfunktion des Mobiltelefons dazu verwenden, um Schloss Gottorf in Schleswig, das ein in der Denkmalliste eingetragenes Kulturdenkmal ist, zu lokalisieren und sich mittels der eingebauten Navigationsfunktion dort hinleiten lassen, um es aufzufinden.[2]

[2] Überhaupt sind die Anknüpfungstatbestände des § 12 Abs. 2 DSchG-SH erschreckend schlecht bzw. unklar definiert: was sind z.B. iSd § 12 Abs. 2 Z 4 *„archäologische Methoden, die geeignet sind, Kulturdenkmale aufzufinden“*? Zählt hier z.B. die Betrachtung historischer oder auch nur aktueller Landkarten dazu? Das Literaturstudium von archäologischer Fachliteratur? Die Betrachtung von Satelliten- oder Luftbildern? Die Betrachtung der Landschaft mit dem freien Auge um nach Bewuchs- oder Geländemerkmalen Ausschau zu halten, die die Präsenz von Kulturdenkmalen auf oder unter der Erdoberfläche anzeigen könnten? Und darf man z.B. trotz der Bestimmung des § 12 Abs. 2 Z 6 *„an Stellen, von denen bekannt ist oder den Umständen nach zu vermuten ist, dass sich dort Kulturdenkmale befinden“* nach den Euromünzen suchen, die einem gerade aus der löchrigen Hosentasche gefallen sind, ohne dafür zuvor eine NFG beantragt und erteilt bekommen zu haben? Darf man an solchen Stellen mit dem Fernrohr Nachforschungen zur Beobachtung des Sternenhimmels bei Nacht anstellen, ohne eine denkmalrechtliche NFG beantragt und erteilt bekommen zu haben? Und darf man dort

Nachdem der Zweck der Verwendung dieses Geräts rechtlich unerheblich ist, ist also jede Verwendung eines modernen Mobiltelefons mit derzeit gängigem Funktionsspektrum in Schleswig-Holstein denkmalrechtlich NFG-pflichtig, wenn deren Nutzer nicht durch andere Rechtsvorschriften zu dessen Verwendung befugt sind. Wenigstens mir sind derzeit allerdings keine anderen Rechtsvorschriften bekannt, die Nutzern spezifisch die Befugnis zur Verwendung eines Mobiltelefons erteilen. Objektive Anknüpfungstatbestände für denkmalrechtliche NFG-Pflichten können also, wenigstens, wenn sie schlecht gefasst sind, mehr Probleme verursachen, als sie lösen.

Subjektive Anknüpfungstatbestände

Alle Denkmalschutzgesetze in Österreich und Deutschland sehen hingegen – teilweise zusätzlich zu oder kombiniert mit objektiven Anknüpfungstatbeständen – auch oder ausschließlich einen subjektiven Anknüpfungstatbestand für die Auslösung der gesetzlichen NFG-Pflicht vor (Davydov 2018, 70-2; Bazil et al. 2015, 61-5), auch Schleswig-Holstein in § 12 Abs. 2 Z 3 DSchG-SH (contra Davydov 2018, 72). Dabei ist es weitgehend gleichgültig, ob der Gesetzgeber diesen subjektiven Anknüpfungstatbestand mit den Worten *„Wer nach Bodendenkmälern graben oder Bodendenkmäler aus einem Gewässer bergen will“* (§ 13 Abs. 1 DSchG-NRW), *„Wer nach Bodendenkmälern gräbt“* (§ 16 Abs. 1 DSchG-BR) oder *„Nachforschungen, insbesondere Grabungen, mit dem Ziel, Kulturdenkmale zu entdecken“* (§ 21 DSchG-BW; cf. § 11 Abs. 1 DMSG) zum Ausdruck bringt: der Gesetzgeber macht in allen diesen Fällen das Bestehen der Genehmigungspflicht von der Motivlage bzw. Intention des Nachforschenden abhängig, d.h. davon, welches Ziel bzw. welchen Zweck er subjektiv mittels seiner Nachforschungen zu erreichen versucht.

Der subjektive Anknüpfungstatbestand hat den großen Vorteil, dass es dabei – wenigstens bei grob vereinfachter Betrachtung – eigentlich nur darauf ankommt, was der Nachforschende erreichen will. Der Nachforschende selbst kann sich daher eigentlich gar nicht ernsthaft im Zweifel darüber befinden, ob die von ihm geplante Handlung der denkmalrechtlichen NFG-Pflicht unterliegt oder nicht: will er den gesetzlichen Schutzgegenstand finden, dann ist seine geplante Nachforschung NFG-pflichtig, will er ihn nicht finden, dann ist sie es nicht (auch wenn seine geplante Handlung, auch wenn er keine Denkmale finden will, immer noch – dann allerdings anderen – denkmalrechtlichen Genehmigungspflichten wie z.B. der für die vorhersehbare Veränderung bzw. Zerstörung eines – ob nun nach konstitutiven oder deklaratorischen Prinzip – bekanntermaßen geschützten Denkmals unterliegen kann). Und nachdem er selbst (wenigstens hoffentlich) weiß, ob er Denkmale finden bzw. erforschen oder nicht finden bzw. nicht erforschen will, weiß er auch, ob er einer NFG bedarf oder nicht.

Das große Problem damit ist, dass Nachforschende durch den subjektiven Anknüpfungstatbestand ausgelöste NFG-Pflichten einfach missachten können, wenn sie (wenigstens gegenüber Dritten) über die Motive ihres Handelns lügen. Denn was der Nachforschende finden will ist schließlich eine Frage seiner inneren Einstellung; und diese innere Einstellung ist für außenstehende Dritte gewöhnlich nicht erkennbar, solange sie der Nachforschende nicht tatsächlich wahrheitsgetreu angibt. Darf, kann oder will man sich auf die eigenen Angaben des Nachforschenden jedoch nicht verlassen – und sich darauf zu verlassen würde aus den gesetzlichen NFG-Regelungen freiwillige NFG-Möglichkeiten statt gesetzliche NFG-Pflichten machen[3] – dann hat man ein ernsthaftes Problem, denn man muss einem

Nachforschungen mittels einer Umfrage unter Passanten über den Wert durchführen, den sie dem dort eventuell befindlichen, aber unsichtbaren Denkmal zumessen, oder bedarf man dafür einer NFG und muss mit bis zu zwei Jahren Haftstrafe rechnen, wenn man keine erteilt bekommen hat?

[3] Was wenigstens in Österreich auch gar nicht überraschen sollte, weil wie sich zweifelsfrei zeigen lässt (Karl 2019b, 87-93) die NFG-Regelung des § 11 Abs. 1 DMSG ja tatsächlich eigentlich ursprünglich keine NFG-Pflicht

Tatverdächtigen dann nachweisen, dass er den gesetzlichen Schutzgegenstand tatsächlich entdecken bzw. erforschen wollte, obgleich dieser das Gegenteil behauptet.

Man muss also, wenn man jemanden, der eine – je nach dem Zweck, den er damit verfolgt hat – möglicherweise genehmigungspflichtige Handlung gesetzt hat, für die Missachtung der denkmalrechtlichen NFG-Pflicht bestrafen will, zuerst einmal der Lüge überführen, wenn er behauptet, dass er den gesetzlichen Schutzgegenstand gar nicht entdecken bzw. erforschen wollte, damit man ihn auch tatsächlich bestrafen kann. Nachdem das schwierig ist, sind denkmalrechtliche Bestimmungen, die einen subjektiven Anknüpfungstatbestand haben, nur schwer durchzusetzen.

Beweisprobleme, Eventualvorsatz und Fahrlässigkeit

Will eine Denkmalbehörde einen Tatverdächtigen bestrafen lassen, zwingt die gesetzliche Voraussetzung, dass der Tatverdächtige einen subjektiven Anknüpfungstatbestand erfüllt haben muss, um überhaupt strafbar zu sein, die für den Vollzug des betreffenden Gesetzes zuständigen staatlichen Behörden dazu, (je nach genauer Formulierung im Gesetz) *„das Ziel der Nachforschung oder den Willen des Nachforschenden, ggf. entgegen dessen Behauptung“* (Davydov 2018, 71), zu ermitteln bzw. beurteilen. Nachdem es sich bei seinem Willen aber letztendlich um eine innere Einstellung des Tatverdächtigen handelt, die sich zwar eventuell anhand der von ihm gesetzten Handlungen einigermaßen überzeugend erschließen lässt, aber wenigstens vorerst einmal zumeist nicht offensichtlich erkennbar ist, stehen die Denkmal- bzw. die zuständigen Strafverfolgungsbehörden oftmals vor einem erheblichen Problem: schließlich kann man einen Tatverdächtigen nicht einfach auf Basis eines bloßen Verdachts bestrafen, dass seine Handlung rechtswidrig durchgeführt worden sein könnte. Vielmehr muss die Anklage irgendwelche Beweise vorlegen, die dafür geeignet sind, die vom Tatverdächtigen vorgebrachte Behauptung, er habe gar nicht nach gesetzlichen Schutzgegenständen gesucht, zu entkräften und das Gegenteil soweit wahrscheinlich zu machen, dass es den Richter davon überzeugt, dass der Tatverdächtige tatsächlich den gesetzlichen Schutzgegenstand finden bzw. erforschen wollte.

Genau solche Beweise sind jedoch enorm schwer beizubringen; insbesondere dann nicht, wenn der Tatverdächtige nicht – sozusagen auf frischer Tat – dabei angetroffen wurde, als er gerade einen zweifellos der Legaldefinition des relevanten (Boden-) Denkmalbegriffs entsprechenden Gegenstand unter lauten *„endlich habe ich ein Denkmal gefunden“*-Jubelrufen aus dem Boden entnommen hat oder in einem metertiefen Loch in einem offensichtlich als archäologisches Denkmal erkennbaren Objekt (wie einem als Denkmal ausgeschilderten Grabhügel) schaufelnd angetroffen wurde. Liegen solche eindeutigen Beweise für die Denkmalentdeckungs- bzw. Denkmalerforschungsabsicht vor, braucht man allerdings eigentlich keine NFG-Pflichten und die für deren Missachtung vorgesehenen Strafen mehr, weil man den Täter dann ohnehin wegen Verstoß gegen die allgemeinen Denkmalzerstörungsverbote bzw. wegen Verstoß gegen die Verpflichtung zur unveränderten Belassung von ‚Zufallsfunden' belangen könnte.

Dafür, wofür man NFG-Pflichten braucht (oder wenigstens zu brauchen glaubt) ist die Beweislage hingegen in aller Regel alles andere als eindeutig: selbst wenn man einen Tatverdächtigen auf einem Grundstück bei Suchhandlungen bzw. Grabungen angetroffen hat, auf dem sich tatsächlich eine (wenigstens der zuständigen Denkmalbehörde) bekannte archäologische Fundstelle befindet,

sondern eine Nachforschungs-Vorabgenehmigungs-Möglichkeit dargestellt hat (und argumentierbarerweise auch heute noch darstellt), durch die die ansonsten geltenden Schutzbestimmungen für „Zufallsfunde“ von Bodendenkmalen der §§ 8 und 9 DMSG für die genehmigte Nachforschung aufgehoben bzw. durch die analogen, aber für systematische Forschungsprojekte längerer Dauer weitaus adäquateren, geringfügig anderen Fundmelde- und Dokumentationspflichtbestimmungen des § 11 Abs. 3-6 ersetzt werden.

bedeutet das noch lange nicht, dass das beweist, dass der Tatverdächtige dort mit der Absicht gesucht hat, der Legaldefinition des gesetzlichen Schutzgegenstandes entsprechende Gegenstände zu entdecken bzw. zu erforschen. Schließlich kann man durchaus auch auf einem bekannten Denkmal nach ganz anderen Sachen suchen (wollen) als nach (noch unbekannt im Boden verborgen liegenden) Denkmalen. Die bloße Tatsache, dass jemand auf einem bekannten Denkmal bei der Suche nach irgendwelchen Gegenständen angetroffen wurde, beweist also für sich noch lange nicht, dass der Tatverdächtige tatsächlich den subjektiven Anknüpfungstatbestand erfüllt hat, der die gesetzliche NFG-Pflicht überhaupt erst auslöst. Vielmehr ist es auch in einem solchen Fall eigentlich notwendig, dass die Strafverfolgungsbehörde weitere Beweise vorlegt, wie z.B. dass der Tatverdächtige eine Privatsammlung mit zahllosen der Legaldefinition des gesetzlichen Schutzbegriffes entsprechenden Bodenfunden hat, dass er regelmäßig solche Gegenstände verkauft, etc.[4] Gerade in den Fällen, in denen sie das bräuchten, stehen die Denkmal- bzw. Strafverfolgungsbehörden also vor einem massiven Beweisproblem.

Dieses Problem wird noch dadurch verschärft, dass durch die Rechtsprechung nicht eindeutig geklärt ist, ob zur Auslösung denkmalrechtlicher NFG-Pflichten schon die bloße Fahrlässigkeit oder wenigstens der Eventualvorsatz genügt (so z.B. OVG SH 12.04.2012, 1 LA 8/12; AG Buchen 16.8.2017, 1 OWi 25 Js 6341/17), oder aber ob tatsächlich der direkte Vorsatz der Entdeckung bzw. Erforschung des gesetzlichen Schutzgegenstandes erforderlich ist (so z.B. VG Düsseldorf 30.10.2003, 4 K 61/01; sinngemäß auch VwGH 23.2.2017, Ro 2016/09/0008).

Genau diese Frage, ob der Eventualvorsatz (oder gar bloße Fahrlässigkeit) bereits für die Auslösung denkmalrechtlicher NFG-Pflichten genügt, oder ob tatsächlich der direkte Vorsatz erforderlich ist, ist aber essentiell. Denn davon hängt schließlich ab, ob die Strafverfolgungsbehörden dem Tatverdächtigen nur nachweisen müssen, dass er die Entdeckung (bzw. Erforschung) des gesetzlichen Schutzgegenstandes billigend (oder, wenn Fahrlässigkeit genügt, sogar bloß fahrlässig) in Kauf genommen hat, auch wenn er diesen eigentlich gar nicht entdecken wollte; oder ob sie ihm nachweisen müssen, dass er tatsächlich die Absicht hatte, den gesetzlichen Schutzgegenstand zu entdecken (bzw. zu erforschen).

Das ist, gerade was das soeben genannte Beweisproblem betrifft, ein ganz gewaltiger Unterschied. Denn der Nachweis, dass der Tatverdächtige die Entdeckung des gesetzlichen Schutzgegenstandes billigend (oder gar nur fahrlässig) in Kauf genommen hat, ist selbstverständlich bedeutend einfacher zu erbringen als der Nachweis, dass er tatsächlich *spezifisch* den gesetzlichen Schutzgegenstand und nicht bloß irgendwelche (anderen) Sachen entdecken wollte.

Schließlich ist es für den Nachweis der billigenden (oder gar nur fahrlässigen) Inkaufnahme der Entdeckung von Denkmalen nur notwendig, dass die den Tatverdächtigen verfolgende Behörde nachweist, dass dort, wo er gesucht hat, der gesetzliche Schutzgegenstand tatsächlich oder wenigstens wahrscheinlich vorkommt und dass der Durchschnittsbürger auch wissen würde, dass dort, wo der Tatverdächtige bei der Nachforschung angetroffen wurde, mit der Entdeckung des gesetzlichen Schutzgegenstandes zu rechnen ist. Ist das der Fall, kann die Behörde nämlich argumentieren, dass auch der Tatverdächtige gewusst hat (oder wenigstens bei Beachtung der im gewöhnlichen Rechtsverkehr erforderlichen Sorgfaltspflicht wissen hätte müssen), dass er dort, wo er

[4] Alle in diesem Beitrag zu findenden Aufzählungen möglicherweise beweiskräftiger Hinweise auf oder gegen eine Denkmalentdeckungsabsicht sind jeweils beispielhaft, ein Anspruch auf Vollständigkeit wird keinesfalls erhoben. Ebenso ist die Frage, wie sie in einem Strafverfahren tatsächlich gewertet werden, jeweils eine Frage der freien Beweiswürdigung durch den Richter (siehe dazu später noch mehr), der je nach den genauen Umständen des jeweiligen Einzelfalls auch anders als in diesem Beitrag argumentiert entscheiden kann.

gesucht hat, wahrscheinlich den gesetzlichen Schutzgegenstand entdecken wird. Damit kann sie tatsächlich den Beweis erbringen, dass der Tatverdächtige entweder tatsächlich vorsätzlich nach dem gesetzlichen Schutzgegenstand gesucht hat oder wenigstens seine Entdeckung billigend (bzw. fahrlässig) in Kauf genommen hat und somit die Bestrafung des somit überführten Täters erreichen. Man kommt also, wenn der Eventualvorsatz (oder bloße Fahrlässigkeit) zur Auslösung der NFG-Pflicht ausreicht, wenigstens teilweise aus dem Bereich rein subjektiver Intentionen in den Bereich objektiv feststellbarer Sachverhalte, und objektiv feststellbare Sachverhalte sind (wenigstens relativ) einfach beweisbar.

Nicht zuletzt deshalb dringen Denkmalbehörden auch immer wieder darauf, die Auslösung der gesetzlichen NFG-Pflichten an den Eventualvorsatz bzw. sogar an die bloße Fahrlässigkeit zu knüpfen, und einige haben auch tatsächlich ihren jeweiligen Gesetzgeber davon überzeugt, das auch tatsächlich gesetzlich zu verankern. So z.B. hat der baden-württembergische Gesetzgeber in § 27 Abs. 1 Z 1 DSchG-BW explizit festgehalten, dass *„ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig 1. ohne Genehmigung der Denkmalschutzbehörde die in* […] *§ 21* […] *bezeichneten Handlungen vornimmt“*. Nachdem § 21 DSchG-BW bestimmt, dass *„Nachforschungen, insbesondere Grabungen, mit dem Ziel, Kulturdenkmale zu entdecken“*, der Genehmigung durch die Denkmalschutzbehörde bedürfen, bedeutet das, nachdem die bloße Fahrlässigkeit explizit in § 27 Abs. 1 DSchG-BW genannt wird,[5] dass es tatsächlich bereits genügt, dass der Tatverdächtige (bei Beachtung der gewöhnlichen Sorgfaltspflicht)[6] wissen hätte müssen, dass dort, wo er nachforscht, wahrscheinlich Kulturdenkmale vorkommen, um der denkmalrechtlichen NFG zu bedürfen, ehe er mit seinen geplanten Nachforschungen beginnt.

Eventualvorsatz, Fahrlässigkeit und archäologische Missverständnisse

Die Tatsache, dass der Eventualvorsatz und teilweise sogar die Fahrlässigkeit in manchen Denkmalschutzgesetzen explizit inkludiert ist und in manchen anderen wenigstens teilweise mit gerichtlicher Unterstützung als inkludiert angenommen werden kann, führt nun, insbesondere unter vielen ArchäologInnen und archäologieinteressierten Laien, aber auch wenigstens unter manchen archäologischen DenkmalpflegerInnen, zu der Annahme, dass der Anknüpfungstatbestand der gesetzlichen NFG-Pflichten immer auch schon dann erfüllt ist, wenn jemand – und zwar egal auf welche Weise, mit welchen Methoden und egal wo – absichtlich nach *beliebigen* Fundgegenständen sucht; nicht erst, wenn jemand tatsächlich *spezifisch* solche Gegenstände zu finden versucht, die der Legaldefinition des jeweils relevanten (Boden-) Denkmalbegriffs entsprechen. Die (manchmal z.B. in Diskussionen im Internet auch explizit so ausgedrückte) Vorstellung scheint hierbei etwa die zu sein, dass der Suchende schließlich nicht wissen könne, ob die von ihm zu entdecken versuchten Funde nun Denkmale im Sinne der jeweiligen Legaldefinition des relevanten Begriffs im örtlich geltenden Denkmalschutzgesetz sein werden, und er daher schon bei der Suche nach *beliebigen* Fundgegenständen die Entdeckung von gesetzlichen Schutzgegenständen billigend (oder wenigstens fahrlässig) in Kauf nimmt, daher mit Eventualvorsatz (oder wenigstens fahrlässig) handelt; und er daher einer NFG bedarf, ehe er eine Nachforschung mit dem Ziel *beliebige* Funde zu entdecken vornehmen darf. Oder ganz vereinfacht gesagt: man braucht eine NFG um mit Entdeckungsabsicht suchen zu dürfen.

[5] Womit sich automatisch ergibt, dass auch der Eventualvorsatz, der ein höheres Maß an Verschulden als die bloße Fahrlässigkeit darstellt, die denkmalrechtliche NFG-Pflicht auslöst.

[6] Z.B. wenn er Einsicht in ohne erheblichen Aufwand zugängliche Kulturdenkmalfundortverzeichnisse nehmen hätte können, in denen der Ort, an dem er nachforschen wollte, als Fundstelle verzeichnet ist, aber dies aus purer Faulheit unterlassen hat.

Wäre diese zuletzt genannte Interpretation der gesetzlichen NFG-Pflichtbestimmungen zutreffend, würde das allerdings zu einem Problem führen, das sich insbesondere am § 21 DSchG-BW sehr deutlich illustrieren lässt. Denn diese NFG-Pflichtbestimmung unterwirft schließlich, wie schon oben zitiert, jede Nachforschung mit dem Ziel Kulturdenkmale zu entdecken der denkmalrechtlichen Genehmigungspflicht, nicht nur die Suche nach noch im Boden verborgenen Fundgegenständen. Nachdem aber gem. § 2 Abs. 1 DSchG-BW *„Kulturdenkmale im Sinne dieses Gesetzes“* alle *„Sachen, Sachgesamtheiten und Teile von Sachen“* sind, *„an deren Erhaltung aus wissenschaftlichen, künstlerischen oder heimatgeschichtlichen Gründen ein öffentliches Interesse besteht“*, könnte so gut wie jede Sache ein Kulturdenkmal sein und natürlich Kulturdenkmale auch auf oder über der Erdoberfläche entdeckt werden.

Wäre die Bestimmung des § 21 DSchG-BW also so zu interpretieren, dass bereits jedwede Suche (Nachforschung), bei der auch nur rein hypothetisch – und sei es völlig unbeabsichtigt – ein Kulturdenkmal entdeckt werden könnte, der denkmalrechtlichen NFG-Pflicht dieses Paragrafen unterliegt, dann wäre jedwede Suchhandlung ohne denkmalrechtliche NFG in Baden-Württemberg, selbst die Suche nach dem sich mutmaßlich in einer wohlgefüllten Handtasche befindlichen Haustürschlüssel, eine Ordnungswidrigkeit gem. § 27 Abs. 1 Z 1 DSchG-BW, die mit einer Geldstrafe von bis zu € 51.129,19 und in besonders schweren Fällen mit bis zu € 255.645,94 geahndet werden kann. Denn es kann schließlich bei jeder Suche unbeabsichtigt ein Gegenstand entdeckt werden, an dessen Erhaltung aus den genannten Gründen ein öffentliches Interesse besteht, d.h. jeder Suchende würde bei jeder nicht denkmalrechtlich genehmigten Suchhandlung immer wenigstens fahrlässig die Schutzbestimmung des § 21 DSchG-BW verletzen.

Das kann aber der baden-württembergische Gesetzgeber nicht gewollt haben, weil es für den Schutz von Denkmalen vollkommen unnötig, auch völlig unverhältnismäßig mit den dadurch vorgenommenen Beschränkungen mehrerer verfassungsgesetzlich garantierter Grund- und Menschenrechte, wäre und noch dazu – wenn sich die baden-württembergischen BürgerInnen tatsächlich so an diese Bestimmung halten würden – die Denkmalbehörden völlig überfordern würde. Die Interpretation, dass bereits die bloße Absicht, nach beliebigen Sachen zu suchen, bereits die denkmalrechtlichen NFG-Pflichten auslöst, muss also falsch, muss ein Missverständnis sein; und zwar nicht nur in Baden-Württemberg, sondern überall, wo denkmalrechtliche NFG-Bestimmungen einen subjektiven Anknüpfungstatbestand haben.

Zielgerichtetheit von Nachforschungshandlungen

Ausschlaggebend dafür, dass die denkmalrechtlichen NFG-Bestimmungen ausgelöst werden, ist und bleibt daher letztendlich die Zielgerichtetheit der geplanten Nachforschungshandlungen, d.h. streng genommen, dass der Nachforschende tatsächlich spezifisch die Entdeckung des gesetzlichen Schutzgegenstandes anstrebt (z.B. AG Buchen 16.8.2017, 1 OWi 25 Js 6341/17; siehe auch Viebrock 2018, 326).

Das bedeutet zwar nicht unbedingt, dass der Nachforschende selbst glauben (bzw. wissen oder wenigstens korrekt vorhersehen) muss, dass er bei seiner Suche den gesetzlichen Schutzgegenstand sicher oder auch nur wahrscheinlich entdecken wird (AG Buchen 16.8.2017, 1 OWi 25 Js 6341/17). Schließlich kann sich der Nachforschende über die tatsächliche (auch dem Durchschnittsbürger an sich bekannte) Entdeckungswahrscheinlichkeit irren. Oder er kann – z.B. zum Zweck des Abbaus der kognitiven Dissonanz (Festinger 1957) zwischen dem Willen, Nachforschungen mit dem Ziel der Entdeckung des gesetzlichen Schutzgegenstandes durchzuführen, und dem Wissen, diese nicht (ohne NFG) durchführen zu dürfen – unbewusst oder sogar (mehr oder minder) bewusst konkrete Hinweise (VwGH 23.2.2017, Ro 2016/09/0008), die für die wahrscheinliche Entdeckung des Schutzgegenstandes

bei Nachforschungen am geplanten Ort sprechen, verdrängen, ignorieren oder wegerklären; d.h. sozusagen auch sich selbst (und nicht nur Andere) über seine wahren Motive und die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des verbotenen Taterfolges belügen.

Eventualvorsatz und Fahrlässigkeit spielen hingegen eigentlich keine Rolle, bzw. nur insofern, als sie es ermöglichen, auch Nachforschende für die Missachtung der NFG-Bestimmungen zu bestrafen, die sich im rechtlichen Sinn *schuldhaft* über die tatsächliche Entdeckungswahrscheinlichkeit des gesetzlichen Schutzgegenstandes geirrt – z.B. indem sie es fahrlässig unterlassen haben, sich ausreichend darüber zu informieren, ob sie dort, wo sie ihre Nachforschungen durchführen wollen, mit der Entdeckung von Denkmalen rechnen und daher besondere Vorsicht walten lassen müssen – oder sich (z.B. zur Dissonanzreduktion) erfolgreich selbst über ihre Motive oder die tatsächlich gegebenen Entdeckungswahrscheinlichkeiten getäuscht haben. Ist nämlich Absicht[7] oder Wissentlichkeit[8] für die Strafbarkeit der denkmalrechtlich ungenehmigten Nachforschung erforderlich, dann ist ein Täter, der sich selbst erfolgreich getäuscht hat, nicht strafbar: er befindet sich – und sei es auch nur Aufgrund seiner Selbsttäuschung – in einem Rechts- bzw. Tatbestands- und/oder Verbotsirrtum (Österreich: § 9 StGB, § 5 VStG; Deutschland §§ 16-17 StGB, § 11 OWiG; siehe auch sinngemäß Viebrock 2018, 326-7). Genau hier liegt eben das Kernproblem *rein subjektiver* Anknüpfungstatbestände: die Verpflichtung zur Einhaltung der betreffenden Rechtsvorschrift hängt dann auch wirklich rein davon ab, was der konkrete Handelnde subjektiv wollte und wusste.

Im Endeffekt bleibt also die Zielgerichtetheit des Verhaltens des Handelnden ausschlaggebend, es ist nur unmaßgeblich, ob der Handelnde sich selbst bewusst ist, dass er dieses Ziel tatsächlich zu erreichen versucht, oder es nur unter- oder unbewusst – aber dennoch zielgerichtet – anstrebt. Anders gesagt: es ist gleichgültig, ob der Nachforschende Dritte und/oder sich selbst über das mit seinem Handeln angestrebte Ziel täuscht; solange er dieses Ziel tatsächlich verfolgt, bedarf er der denkmalrechtlichen NFG. Verfolgt er hingegen tatsächlich (erforderlichenfalls nachweislich) ein anderes Ziel, dann bedarf er der denkmalrechtlichen NFG nicht, egal ob dort, wo er seine Handlungen setzt, dann (ihm unbekannterweise) tatsächlich der gesetzliche Schutzgegenstand vorkommt. Will der Nachforschende also z.B. das Grundstück, auf dem er sucht, von umweltschädlichem und dessen gewöhnliche Nutzung behinderndem Müll befreien und hat auch die dabei gewöhnlich erforderliche Sorgfaltspflicht beachtet (d.h. sich, soweit es ihm ohne besonderen Aufwand treiben zu müssen möglich ist, kundig gemacht, dass man dort, wo er das tun will, nicht mit der Entdeckung von Denkmalen rechnen muss), dann braucht er keine denkmalrechtliche NFG, selbst wenn sich dort wo er diese Handlung setzt ein in einer (allerdings nicht öffentlich und tatsächlich auch dem Nachforschenden nicht zugänglichen) Denkmalliste eingetragenes, bekanntes und enorm bedeutendes Bodendenkmal befindet.

Strafverfahren, Beweise und Beweiswürdigung

Soweit, so klar: will der Nachforschende tatsächlich Denkmale finden, bedarf er der NFG, will er tatsächlich keine finden, bedarf er ihr nicht. Der Nachforschende selbst sollte also – wenigstens solange er sich nicht selbst täuscht oder maßgeblich irrt – eigentlich sehr gut wissen, ob er einer NFG bedarf oder nicht. Dennoch kann es für den Nachforschenden zu Problemen kommen, weil er sich eben selbst täuschen oder maßgeblich irren kann oder ein Dritter – z.B. ein Passant, Polizist oder ein Mitarbeiter einer Denkmalbehörde, der ihn bei einer möglicherweise der denkmalrechtlichen NFG-Pflicht unterliegenden Handlung wie z.B. bei der Suche nach Bodenfunden mit einem Metallsuchgerät angetroffen hat – entgegen seiner Versicherung, keine NFG-pflichtigen Nachforschungen

[7] *Dolus directus* 1. Grad.
[8] *Dolus directus* 2. Grad.

durchgeführt zu haben keinen Glauben schenken und ihn deshalb oder sogar auf puren Verdacht hin nach Beobachtung seines Verhaltens aus der Ferne bei der zuständigen Strafverfolgungsbehörde wegen Verdachts des Verstoßes gegen die denkmalrechtliche NFG-Pflicht anzeigen kann.

Kommt es zu einer derartigen Strafanzeige, hat die Strafverfolgungsbehörde und in weiterer Folge erforderlichenfalls der zuständige gesetzliche Richter im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung der genauen Umstände des Einzelfalls, der Angaben des Tatverdächtigen und allfällig vorliegender bzw. im Strafverfahren erhobener Hinweise auf oder Beweise für die Schuld bzw. Unschuld des Betroffenen zu beurteilen, ob der Nachforschende schuldhaft rechtswidrig gehandelt hat oder nicht. Dies ist letztendlich eine Frage der (freien richterlichen) Beweiswürdigung (siehe z.B. Viebrock 2018, 326). Im Strafverfahren selbst geht es dabei im Prinzip nur darum, eine ganz bestimmte Hypothese entweder (im umgangssprachlichen, nicht im streng wissenschaftlichen Sinn) zu bestätigen oder zu widerlegen. Diese Hypothese ist die, dass der Tatverdächtige *„die ihm vorgeworfene Tat wirklich begangen habe“* (Frisch 2016, 712), d.h. in Fällen des Verdachts auf Verletzung denkmalrechtlicher NFG-Pflichten: der Tatverdächtige tatsächlich eine denkmalrechtlich NFG-pflichtige Nachforschung ohne die dafür erforderliche denkmalbehördliche Genehmigung durchgeführt hat.

Das setzt natürlich erstens voraus, dass es sich bei der betreffenden Handlung überhaupt um eine Nachforschung gehandelt hat. Das ist z.B. offensichtlich dann nicht der Fall, wenn der Tatverdächtige z.B. vor der Errichtung einer geplanten baulichen Struktur großflächig mit dem Bagger Boden abgeschoben hat: er wollte in diesem Fall sicherlich nicht mit Entdeckungsabsicht nach gesetzlichen Schutzgegenständen suchen, sondern diese – wenn überhaupt – möglichst (unbemerkt) zerstören. Nachdem aber die denkmalrechtliche NFG-Pflicht nicht die vorsätzliche Zerstörung von möglicherweise an Ort und Stelle vorhandenen Denkmalen,[9] sondern nur deren (ob nun vorsätzliche oder fahrlässige) Entdeckung durch Nachforschungen verbietet, kann eine NFG-Pflichtverletzung nicht vorliegen, wenn der Tatverdächtige tatsächlich nicht nachgeforscht hat.

Zweitens setzt es, wie Viebrock (2018, 326) ganz richtig ausführt, *„denknotwendig voraus, dass die Nachforschung überhaupt genehmigungspflichtig war“*, denn logischerweise kann eine gesetzliche NFG-Pflicht überhaupt nur dann verletzt worden sein, wenn sie tatsächlich bestanden hat. Das ist z.B. offensichtlich dann nicht der Fall, wenn es sich beim Ziel der betroffenen Nachforschung um eine Sache handelt, bezüglich der bereits – wie z.B. gem. §§ 2 Abs. 1 oder 9 Abs. 3 DMSG möglich – bescheidmäßig festgestellt wurde, dass ein öffentliches Interesse an ihrer Erhaltung tatsächlich *nicht* besteht; d.h. es sich dabei um keinen denkmalrechtlichen Schutzgegenstand handelt: ist das Ziel der Nachforschung kein Denkmal, dann kann die Nachforschung zum Zweck der Entdeckung der betroffenen Sache nicht denkmalrechtlich NFG-pflichtig sein.[10]

[9] Ein solches Verbot der vorsätzlichen Zerstörung möglicherweise vorhandener, aber noch gänzlich oder weitgehend unbekannter Denkmale findet sich allerdings eventuell in anderen (d.h. keine NFG-Pflichtbestimmung im engeren Wortsinn darstellenden) denkmalrechtlichen Schutzbestimmungen (so z.B. wenigstens ansatzweise in Art. 7 Abs. 1 BayDSchG, der nicht nur Ausgrabungen zu Nachforschungszwecken, sondern alle Erdarbeiten – d.h. egal zu welchen Zwecken – an Stellen, von denen der diese Arbeiten Planende *„weiß oder vermutet oder den Umständen nach annehmen muss, dass sich dort Bodendenkmäler befinden“*, einer denkmalrechtlichen Erdarbeitserlaubnispflicht unterwirft).

[10] Dieser Punkt ist bedeutender, als es vielleicht auf den ersten Blick erscheinen mag: nachdem die Unterschutzstellung eines Denkmals stets auch alle seine (beweglichen) Bestandteile mit umfasst, egal ob diese nun zum Zeitpunkt der Unterschutzstellung schon bekannt oder noch unbekannt sind; kann davon ausgegangen werden, dass auch die Feststellung des Nichtvorliegens des öffentlichen Interesses an der Erhaltung eines (möglichen oder vormaligen) Denkmals alle zum Zeitpunkt der Feststellung schon bekannten, aber auch alle zu diesem Zeitpunkt noch unbekannten, Bestandteile dieses Gegenstandes umfasst. Das ist schon allein aus

Gründen der Rechtssicherheit erforderlich: hat die zuständige Behörde festgestellt, dass eine Sache kein erhaltenswertes Denkmal ist, muss sich der Normunterworfene auch darauf verlassen können, dass diese Sache (inklusive aller ihrer sichtbaren und unsichtbaren, beweglichen und unbeweglichen Bestandteile) tatsächlich nicht erhaltenswert ist, und er mit ihr daher alles machen kann, was im Rahmen der allgemeinen (nicht denkmalspezifischen) Gesetzgebung erlaubt ist.

Es kann sich die zuständige Behörde auch nicht nach Feststellung des Nichtbestehens eines öffentlichen Erhaltungsinteresses darauf zurückziehen, dass sie von unbekannten Bestandteilen der betroffenen Sache gar nichts gewusst habe, daher bezüglich dieser das Nichtbestehen des öffentlichen Erhaltungsinteresses gar nicht feststellen konnte und daher der Normunterworfene weiterhin davon auszugehen hatte, dass irgendwelche Bestandteile der denkmalunwürdigen Sache Denkmale sein könnten und er daher nicht ohne NFG nach ihnen suchen durfte. Vielmehr hatte die zuständige Denkmalbehörde bei Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines öffentliches Erhaltungsinteresses den entscheidungswesentlichen Sachverhalt zu ermitteln, d.h. wenn sie auch nur den entferntesten Verdacht hatte, dass noch unbekannte Bestandteile der von ihr insgesamt als denkmalunwürdig beurteilten Sache Denkmalcharakter haben könnten, die erforderlichen Nachforschung zur Bestätigung oder Widerlegung dieses Verdachts anzustellen. Hat diese Behörde diese Nachforschungen – aus welchen Gründen auch immer – nicht in ausreichendem Maß durchgeführt oder bei ihnen unabsichtlich Bestandteile der Sache übersehen, deren Denkmalunwürdigkeit sie anschließend in einem eigenen Verwaltungsakt verbindlich festgestellt hat, ist das nicht das Problem des Nachforschenden, der diese Sache oder ihre noch unbekannten Bestandteile dann entdecken bzw. untersuchen will: der Normunterworfene ist nicht verpflichtet, sich rein sicherheitshalber an denkmalrechtliche Schutzbestimmungen zu halten, weil die zuständige Behörde bei Feststellung des Nichtbestehens eines öffentlichen Erhaltungsinteresses ja geschlampt oder sich geirrt haben kann, sondern kann, darf und muss sich – wenn diese Feststellung der Denkmalunwürdigkeit in Rechtskraft erwachsen ist – auch tatsächlich auf diese behördliche Feststellung verlassen.

Das ist insbesondere ein Problem, wenn ein Denkmalschutzgesetz wie das österreichische in seinem § 9 Abs. 3 bezüglich Zufallsfunden von Bodendenkmalen bestimmt, dass die Denkmalbehörde binnen 6 Wochen ab Eingang einer Fundmeldung gem. § 8 Abs. 1 DMSG bescheidmäßig zu entscheiden hat, *ob* ein öffentliches Interesse an der Erhaltung der aufgefundenen Gegenstände tatsächlich besteht. Dies verpflichtet nämlich die Behörde nicht nur zur bescheidmäßigen Feststellung des *Bestehens* eines öffentlichen Interesses an der Erhaltung der Behörde durch Fundmeldungen (zu denen selbstverständlich auch dienstliche Wahrnehmungen von Amtsorganen gehören, die von den denkmalrechtlichen Fundmeldepflichten der §§ 8 Abs. 1 und 11 Abs. 4 DMSG nicht ausgenommen sind) bekannt gewordener archäologischer Fundstellen, sofern ein solches tatsächlich besteht. Es verpflichtet die Behörde vielmehr umgekehrt auch dazu, binnen gesetzlicher Frist das *Nichtbestehen* des öffentlichen Erhaltungsinteresses bescheidmäßig festzustellen, sofern es bei den von ihm durchgeführten Ermittlungen zum Schluss gekommen ist, dass keine ausreichenden Gründe für die Feststellung eines öffentlichen Erhaltungsinteresses vorliegen. Unterlässt die Behörde die bescheidmäßige Entscheidung, ist dies rechtlich der bescheidmäßigen Feststellung des Nichtbestehens eines öffentlichen Erhaltungsinteresses gleichzuhalten: die betroffenen Gegenstände sind dann *„nicht mehr geschützt“* (RV 1990, 20).

Beinhaltet eine Fundmeldung (inklusive dienstlicher Wahrnehmungen von Amtsorganen) ausschließlich bewegliche Kleinfunde, lässt sich eventuell noch irgendwie argumentieren, dass durch sie nicht auch allfällig am Fundort vorkommende sonstige bewegliche und unbewegliche archäologische Überreste erfasst wurden, sondern nur die konkret der Behörde gemeldeten beweglichen Kleinfunde selbst. Beinhaltet sie jedoch auch Hinweise auf unbewegliche Gegenstände, wird unzweifelhaft die gesamte, alle ihre beweglichen und unbeweglichen Bestandteile umfassende Fundstelle Gegenstand der Denkmalwürdigkeitsbeurteilung, d.h. die Behörde hat binnen 6 Wochen ab Eingang der Fundmeldung festzustellen, ob es sich bei der Fundstelle in ihrer Gesamtheit um ein Denkmal handelt, dessen Erhaltung im öffentlichen Interesse gelegen ist, oder ob dies nicht der Fall ist und die Fundstelle in ihrer Gesamtheit eben aufgrund der ihr fehlenden Erhaltungswürdigkeit kein Denkmal ist.

Das wiederum bedeutet, dass, wenn nicht binnen 6 Wochen ab Abgabe einer Fundmeldung über eine auch unbewegliche Strukturen umfassende archäologische Fundstelle eine bescheidmäßige Unterschutzstellung dieser Fundstelle erfolgt ist, sie kein Denkmal im Sinne des Denkmalschutzgesetzes ist und somit auch die Nachforschung an Ort und Stelle zur Entdeckung weiterer ihrer Bestandteile oder ihre Untersuchung durch Ausgrabungen nicht mehr der denkmalrechtlichen NFG-Pflicht des § 11 Abs. 1 DMSG unterliegt. Ein allfällig Nachforschungen anstellen wollender Bürger kann und muss dann nicht (mehr) davon ausgehen, dass diese

Beweise für die Annahme einer NFG-Pflichtverletzung

Drittens setzt es selbstverständlich voraus, dass es wenigstens irgendwelche Beweismittel gibt, welche die zu überprüfende *„Hypothese bestätigen – z.B. Zeugenaussagen, von deren Wahrheit ausgegangen werden darf, weil sie bestimmte Bedingungen erfüllen, Spuren am Tatort oder sonstige Indizien. Fehlt es schon hieran, so ist es niemals möglich, die Hypothese von der Tatbegehung als wahr anzusehen und das rational zu begründen"* (Frisch 2016, 712).

Dabei muss klar sein, dass – nachdem ja insbesondere bei subjektiven Anknüpfungstatbeständen insbesondere die innere Einstellung des Tatverdächtigen ausschlaggebend dafür ist, ob überhaupt eine NFG-Pflicht bestanden hat – z.B. die bloße Tatsache, dass der Tatverdächtige an einem bestimmten Ort in der Landschaft bei der Suche (ob mit oder ohne Grabung) nach Bodenfunden beobachtet wurde, nicht nur keinen Beweis für oder auch nur Hinweis auf die Wahrheit der zu überprüfenden Hypothese darstellt, sondern noch nicht einmal einen für eine Anzeige ausreichenden Verdacht zu begründen geeignet ist. Denn die bloße Tatsache, dass jemand irgendetwas sucht, bietet keinen Hinweis darauf, dass er irgendetwas suchen will oder die Entdeckung von irgendetwas billigend in Kauf nimmt, das man nur mit behördlicher Genehmigung suchen darf, ohne die dafür erforderliche behördliche Genehmigung zu haben.

Ebenso wenig ist z.B. die allfällig gegebene Tatsache, dass der Betreffende bei der Suche ein Metallsuchgerät eingesetzt hat, ein Beweis für oder auch nur Hinweis auf die Wahrheit der zu überprüfenden Hypothese. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass eventuell allgemein bekannt (wenn auch keineswegs gänzlich unumstritten) ist, dass wenigstens manche, wenn nicht sogar viele oder sogar die meisten MetallsucherInnen keine NFG haben und manche, viele oder sogar die meisten davon die Entdeckung von beweglichen Kleinfunden anstreben oder wenigstens billigend in Kauf nehmen: im konkreten Einzelfall geht es schließlich nicht darum, was ‚die MetallsucherInnen' normalerweise tun und/oder wollen, sondern darum, was der Betroffene im konkreten Einzelfall tatsächlich getan und gewollt hat. Das ist in diesem denkmalrechtlichen Einzelfall genauso wenig ein Beweis für einen Gesetzesbruch, wie man keine einzelne Vorbeifahrt eines bestimmten Autofahrers an einer Stelle, an der bekannt (und eventuell sogar gut empirisch nachgewiesen) ist, dass manche, viele oder sogar alle Autofahrer die dort geltende Geschwindigkeitsbeschränkung missachten, automatisch als Geschwindigkeitsübertretung ahnden kann. Vielmehr bedarf es wenigstens eines konkreten Hinweises darauf, dass der konkret Betroffene im konkreten Einzelfall tatsächlich irgendetwas Widerrechtliches getan hat, um auch nur einen für die Einleitung von Ermittlungen gegen den Betroffenen ausreichenden Anfangsverdacht zu begründen. Auch im Verwaltungsstrafrecht genügt ein bloßer Generalverdacht, dass die meisten Normunterworfenen bei einer bestimmten Handlung die dafür geltende Verwaltungsvorschriften übertreten, nicht einmal für eine Strafanzeige, geschweige denn für eine Verurteilung eines konkret Betroffenen.

Geeignete Beweismittel, die einen für eine Anzeige ausreichenden Tatverdacht und in weiterer Folge eventuell auch eine Verurteilung begründen können, sind nur solche, die tatsächlich nahelegen, dass der Betroffene gegen eine tatsächlich bestehende denkmalrechtliche NFG-Pflicht verstoßen hat oder wenigstens verstoßen haben dürfte. Das ist z.B. offensichtlich der Fall, wenn der Nachforschende gegenüber ihn an Ort und Stelle ansprechenden Zeugen angibt, dass er natürlich nach Denkmalen suche und ihm allfällig dafür bestehende gesetzliche NFG-Pflichten gleichgültig wären und er sich nicht

Fundstelle ein Denkmal ist, auf das die Schutzbestimmungen des DMSG anzuwenden sind, oder (weiterhin) wenigstens ein Bodendenkmal ist, auf das diese Schutzbestimmungen anzuwenden sein könnten, sondern muss und darf vielmehr davon ausgehen, dass kein öffentliches Interesse an der Erhaltung irgendwelcher Bestandteile dieser Fundstelle besteht und sie daher weder Denkmal noch Bodendenkmal ist.

an diese halte; d.h. der Betroffene sowohl seine Nachforschungsabsicht als auch die Rechtswidrigkeit seiner Nachforschungshandlungen (idealerweise) mehreren (ihre jeweiligen Aussagen gegenseitig bestätigenden) Dritten[11] gegenüber eingestanden hat.

Ein anderes geeignetes Beweismittel ist z.B., wenn der Betroffene bei Nachforschungen auf einer als Denkmal an Ort und Stelle (z.B. durch Tafeln) ausgewiesenen archäologischen Fundstelle, einem ebenso ausgewiesenen Grabungsschutzgebiet oder aufgrund noch obertägig erkennbarer Überreste offensichtlich jedem Durchschnittsbürger als wenigstens mutmaßlich Denkmale enthaltend erkenntlichen Grundstücken (wie z.B. in einer Burgruine) angetroffen wurde (siehe so sinngemäß auch Viebrock 2018, 326). Sind Eventualvorsatz und/oder Fahrlässigkeit in der NFG-Pflichtbestimmung bzw. zugehörigen Strafbestimmungen inkludiert, ist das sogar ein positiver Beweis dafür, dass der Nachforschende die Entdeckung von Denkmalen bei seinen Nachforschungshandlungen wenigstens billigend in Kauf genommen oder nicht die erforderliche Sorgfalt zur Vermeidung der Entdeckung von Denkmalen ohne die dafür erforderliche NFG walten hat lassen und damit tatsächlich die denkmalrechtliche NFG-Pflicht verletzt hat.

Selbst wenn eine bekannte Fundstelle oder ein Grabungsschutzgebiet nicht an Ort und Stelle als Denkmal ausgewiesen und auch nicht offensichtlich als mutmaßliches Denkmal erkenntlich ist, kann unter Umständen die Tatsache, dass der Nachforschende dort angetroffen wurde, als Hinweis darauf gewertet werden, dass er die Entdeckung des gesetzlichen Schutzgegenstandes angestrebt, billigend in Kauf genommen oder wenigstens fahrlässig seine Sorgfaltspflichten missachtet hat. Ist die Fundstelle bzw. das Grabungsschutzgebiet in einem leicht öffentlich zugänglichen amtlichen Verzeichnis ausgewiesen oder allgemein als Denkmal bekannt, lässt sich sogar argumentieren, dass wenigstens Fahrlässigkeit angenommen werden kann, wenigstens solange der Nachforschende nicht das Gegenteil beweisen kann: der Nachforschende hätte schließlich Einsicht in dieses Verzeichnis nehmen können und auch müssen, um sich selbst davon zu überzeugen, dass er dort tatsächlich nicht mit der Entdeckung von Denkmalen rechnen muss.[12] Ist die Fundstelle hingegen nicht in einem leicht öffentlich zugänglichen Verzeichnis eingetragen, kann dies zwar unter gewissen Voraussetzungen immer noch ein Hinweis darauf sein, dass der Nachforschende die Entdeckung von Denkmalen angestrebt hat, die Situation ist jedoch eine deutlich andere und erzwingt eventuell sogar den Umkehrschluss; dazu komme ich weiter unten noch einmal genauer (Seiten 20-23).

Ein Hinweis auf zielgerichtete Suche nach Kulturdenkmalen kann es auch sein, wenn der Legaldefinition des relevanten Denkmalbegriffs entsprechende Fundgegenstände im Besitz des Nachforschenden – ob nun direkt im Feld oder eventuell später bei ihm daheim im Rahmen einer Hausdurchsuchung – gefunden werden (Viebrock 2018, 326), insbesondere, wenn diese nicht bereits zu früherer Zeit korrekt den zuständigen Fundmeldebehörden angezeigt wurden. Besitzt der Tatverdächtige eine umfangreiche Privatsammlung von nicht ordnungsgemäß registrierten und nicht nachweislich am legalen Kunst- bzw. Antikenmarkt erworbenen beweglichen archäologischen Funden, die auch nur zu mehr als Promille- oder sehr geringen Prozentsätzen der einschlägigen Legaldefinition des relevanten Denkmalbegriffs entsprechen, insbesondere wenn die zuletzt genannten Stücke auch noch schön aufbereitet in Vitrinen im Wohnzimmer des Betroffenen stehen, während der ‚Schrott' im Keller, am Dachboden oder in der Garage in Kisten lagert, ist das wenigstens

[11] Auch die Aussage eines einzelnen Zeugen genügt für eine Anzeige; ob sie allein zur Verurteilung des Tatverdächtigen genügt, ist hingegen fraglicher (Frisch 2016, 713 mit weiterführender Literatur).

[12] Man hat hier aber auch wenigstens für Österreich zu bedenken, dass gerade die Eintragung einer Fundstelle in ein behördliches Fundstellenverzeichnis ohne gleichzeitige Unterschutzstellung nach konstitutivem Prinzip ein positiver Beweis dafür sein kann, dass eine denkmalrechtliche NFG-Pflicht bezüglich dieser Fundstelle mit Sicherheit nicht bestehen kann, siehe dazu schon FN 1010.

ein starker Hinweis darauf, wenn nicht sogar ein positiver Beweis dafür, dass der Tatverdächtige tatsächlich gezielt nach dem gesetzlichen Schutzgegenstand sucht oder seine Entdeckung wenigstens billigend in Kauf nimmt.

Ebenfalls ein Hinweis auf die Zielgerichtetheit des Verhaltens des Tatverdächtigen kann es sein, wenn dieser mehr oder minder regelmäßig auf einschlägigen Schatzsuch-, Sondler-, Fundbestimmungs- oder vergleichbaren Treffen oder gleichartigen Zwecken dienenden Internetforen, Facebook-Gruppen etc. seine ‚besonderen' Bodenfunde vorstellt, bestimmen lässt, die anderer Finder zu bestimmen hilft und/oder auf ähnliche Form überdurchschnittlich hohes Interesse und/oder Kenntnisse über bewegliche Kulturdenkmäler zu erkennen gibt; oder nachweislich seine ‚wertvollen' Funde über das Internet oder den (illegalen) Kunst- und Antikenmarkt verkauft. Denn all diese Dinge legen selbstverständlich nahe, dass der Tatverdächtige häufig und dabei wohl zumeist auch nicht nur nach beliebigen Gegenständen sucht, sondern eben gezielt das gesetzliche Schutzgut zu finden versucht oder wenigstens seine Entdeckung billigend in Kauf nimmt; was wiederum nahelegt, dass er das auch im konkreten Einzelfall getan hat, weil die Wahrscheinlichkeit, dass er gerade bei der Suche, bei der er angetroffen wurde, entgegen seiner sonstigen Praxis nicht nach dem gesetzlichen Schutzgegenstand sondern wirklich nur nach seinem verlorenen Autoschlüssel gesucht hat, dann verschwindend gering ist.

Punkt ist: es gibt also durchaus zahlreiche Beweismittel, die geeignet sind, einen für eine Anzeige ausreichenden Tatverdacht zu begründen und in vielen Fällen auch tatsächlich einen Tatverdächtigen, der fälschlich bestreitet, gezielt nach dem gesetzlichen Schutzgegenstand gesucht und daher einer NFG bedurft zu haben, der Lüge über die Ziele seines Handelns soweit zu überführen, dass der gesetzliche Richter zur Überzeugung gelangt, dass der Täter tatsächlich schuldhaft gehandelt hat. Es gibt sogar einige Beweismittel, die tatsächlich positiv beweisen, dass jemand, der tatsächlich gezielt nach dem gesetzlichen Schutzgegenstand gesucht oder wenigstens seine Entdeckung billigend in Kauf genommen hat, das auch wirklich getan hat, auch wenn er das Gegenteil behauptet.

Das wiederum bedeutet auch – insbesondere für Sondengänger, die glauben, dass sie sich im Fall, dass sie beim Sondeln mit dem Ziel ‚tolle archäologische Funde' zu entdecken ohne gültige NFG erwischt werden, einfach mit faulen Ausreden wie ‚ich habe nur nach meinem verlorenen Schlüssel gesucht' aus der Bredouille ziehen können – dass Ausreden oder auch wirklich gründlicher Selbstbetrug in dieser Situation nichts nützen. Der Sondengänger, der regelhaft im Internet mit seinen schönen Funden protzt und daheim eine bedeutende Privatsammlung ‚schöner' (soll heißen: gut erhaltener, weitgehend vollständiger, außergewöhnlicher) Fundstücke hütet und pflegt, den ‚Schrott' gleich im Feld zurücklässt und die örtlich relevanten Fundberichte mit Lesezeichen bei interessanten und produktiven Fundstellen daheim im Bücherregal stehen hat, gibt nämlich durch sein gesamtes Verhalten in aller wünschenswerten Deutlichkeit zu erkennen, dass er selbstverständlich, wenn er im Feld nach ‚irgendwelchen Sachen' sucht, die Entdeckung von Kulturdenkmalen anstrebt; und zwar selbst dann, wenn er dort, wo er beim Suchen angetroffen wird, *ehrlich* nicht mit der Entdeckung des gesetzlichen Schutzgegenstandes rechnet (siehe auch sinngemäß gleich Viebrock 2018, 326). Ein derartiger Sondengänger kann sich auch selbst solange eingeredet haben, dass er eigentlich nach etwas ganz anderem als dem gesetzlichen Schutzgut wie z.B. nach verlorenen Euromünzen sucht, bis er selbst tatsächlich ehrlich davon überzeugt ist, sein gesamtes Verhalten gibt dennoch zu erkennen, dass er eigentlich nicht verlorene Euromünzen, sondern ‚tolle' archäologische Funde sucht.

Denn der gesetzliche Richter hat letztendlich alle vorliegenden Hinweise und Beweise vernünftig zu würdigen, und wird dabei – wenn alle die oder auch nur mehrere der hier genannten Hinweise und/oder Beweise vorliegen – kaum zu einem anderen als dem Schluss kommen können, dass der im konkreten Einzelfall Tatverdächtige tatsächlich im Sinne der Anklage schuldig ist; egal was der

Angeklagte selbst behauptet oder glaubt. Weil im Endeffekt kommt es eben auf die innere Einstellung des Nachforschenden an, darauf, was er wirklich will, selbst wenn er sich dessen selbst nicht einmal bewusst ist und sowohl sich selbst als auch andere darüber täuscht.

Beweise gegen die Annahme einer NFG-Pflichtverletzung

Viertens setzt die durchzuführende Hypothesenüberprüfung auch selbstverständlich voraus, dass auch alle Hinweise und Beweise, welche die zu überprüfende Hypothese zu widerlegen geeignet sind oder wenigstens sein könnten, ebenfalls soweit als möglich erhoben und entsprechend gewürdigt werden. Eine erste Beweiserhebung und -würdigung auch der Gegenbeweise ist dabei selbstverständlich schon von der Ermittlungen anstellenden und eine Anklageerhebung in Betracht ziehenden Behörde selbst vorzunehmen, deren Aufgabe es zuallererst einmal ist, den tatsächlichen Sachverhalt zu ermitteln. Nur wenn sie dabei zur Überzeugung gelangt, dass der Tatverdächtige tatsächlich schuldhaft gehandelt hat, hat sie ein Strafverfahren anzustrengen. Dabei sind auch die Aussagen des Tatverdächtigen entsprechend zu berücksichtigen, die nicht einfach als unglaubwürdig abgetan oder – gestützt auf das Gefühl oder einen Generalverdacht, dass sie weniger glaubwürdig als die Hypothese der Schuldhaftigkeit seines Verhaltens erscheinen – vernachlässigt werden dürfen.

Eindeutige Beweise gegen eine NFG-Pflichtverletzung durch den Nachforschenden sind natürlich offensichtlich solche, die im Sinne der ersten beiden weiter oben genannten Punkte nachweisen, dass es sich bei den Handlungen des Tatverdächtigen überhaupt nicht um Nachforschungen gehandelt hat oder eine denkmalrechtliche NFG-Pflicht für seine Handlungen am konkreten Handlungsort nicht bestanden hat oder gar nicht bestehen konnte. Hat der Betroffene eben zur Errichtung einer baulichen Struktur großflächig Boden abgebaggert, ohne dabei auch nur irgendwie nach Bodenfunden zu suchen, und hat nur nachher – vielleicht nachdem er zufällig irgendetwas aus dem Abraummaterial glänzen sah – den Abraumhaufen etwas genauer angeschaut und dabei Bodenfunde entdeckt, dann hat er offensichtlich keine Nachforschungen zum Zwecke der Entdeckung von Denkmalen durchgeführt, sondern – erforderlichenfalls zu meldende – Zufallsfunde gemacht. Und hat die zuständige Denkmalbehörde bereits amtlich festgestellt, dass dort, wo jemand nachforschen will, gar kein Denkmal ist, ist ebenfalls offensichtlich, dass keine denkmalrechtliche NFG-Pflicht für dort durchgeführte Nachforschungshandlungen bestehen kann (siehe FN 10).

Im Wesentlichen das Gleiche gilt natürlich auch, wenn der Tatverdächtige z.B. Zeugen beibringen kann, die glaubwürdig aussagen, dass er zum Tatzeitpunkt gar nicht am Tatort war, d.h. er ein Alibi hat; oder andere ähnliche Gründe es ausschließen oder unwahrscheinlich machen, dass er tatsächlich der Täter war (z.B. wenn der tatsächliche Täter gegenüber einem Zeugen falsche Personalien angegeben hat und dieser Zeuge bei einer allfälligen Gegenüberstellung auch bestätigt, dass der Tatverdächtige nicht die Person war, die er bei der Nachforschungshandlung beobachtet hatte).

Es gibt aber tatsächlich noch weitere zahlreiche Hinweise, die nahezulegen geeignet sind, dass der Nachforschende tatsächlich *nicht* nach dem gesetzlichen Schutzgegenstand geforscht hat und dessen Entdeckung auch weder billigend noch fahrlässig in Kauf genommen hat, selbst wenn er tatsächlich relativ häufig welche findet. Ein starker Hinweis darauf ist z.B., wenn der Nachforschende zwar seine Privatsammlung mit seinen Fundgegenständen bestückt, aber gerade nicht die davon, die der Legaldefinition des relevanten Denkmalbegriffs entsprechen oder wenigstens entsprechen könnten, sondern andere seiner Bodenfunde in den Vordergrund rückt, während er jene, die Kulturdenkmale sein könnten, im Keller, am Dachboden oder in der Garage zwischenlagert bzw. verschenkt, verkauft oder wegwirft. Sammelt er z.B. tatsächlich nachweislich verlorene Euro-Münzen und stellt jene mit besonders interessanten Schäden, Korrosionsspuren oder Herkunftsorten und Prägedaten in seinen Wohnzimmervitrinen aus, dann unterstützt dies die Glaubwürdigkeit einer allfällig von ihm

vorgebrachten Behauptung bedeutend, dass er spezifisch nach verlorenen Euro-Münzen und eben nicht nach irgendwelchen Denkmalen sucht.

Ebenso ist ein starker Hinweis darauf, dass der Nachforschende nicht die Entdeckung von Denkmalen angestrebt hat, wenn er Unterlagen vorlegen kann, die nachweisen, dass er recherchiert hat, wo bekanntermaßen Denkmale vorkommen, und gerade jene Flächen, wo dies der Fall ist, bei seinen Nachforschungen gemieden hat. Wurde er dann auch noch tatsächlich auf einer Bodenfläche angetroffen, auf der sich keine bekannte bzw. in öffentlich zugänglichen Denkmal- oder auch nur Fundstellenlisten eingetragene archäologische Fundstelle befindet, dann bestätigt das seine Angaben und ist somit zur Widerlegung der zu überprüfenden Hypothese der Schuldhaftigkeit seines Verhaltens eminent geeignet.

Ebenso kann es ein deutlicher Hinweis darauf sein, dass keine NFG-Pflichtverletzung vorliegt, wenn der Nachforschende z.B. Bestätigungen von Grundeigentümern vorlegen kann, dass diese ihn mit der Entfernung von Metallschrott von ihren Grundstücken beauftragt haben. Die Entfernung von Metallschrott aus dem Boden von Grundstücken macht nämlich zwar zweifellos Nachforschungen auf diesen erforderlich, diese Nachforschungen zielen jedoch gerade nicht auf die Entdeckung von Kulturdenkmalen sondern auf die Entsorgung von Metallmüll ab und nehmen auch – außer auf denkmalgeschützten und solchen Grundstücken, von denen schon konkrete Hinweise auf das Vorkommen von Denkmalen öffentlich oder wenigstens dem Grundeigentümer bekannt sind – deren Entdeckung nicht billigend oder fahrlässig in Kauf. Hat der Auftragssucher noch dazu Unterlagen, die belegen, das er selbst recherchiert hat, ob auf den Grundstücken, mit deren Säuberung er beauftragt wurde, Denkmale vorkommen dürften und eventuell noch dazu Belege für die mehr oder minder regelmäßige Entsorgung von Metallmüll beim Altmetallhändler oder am Recyclinghof, ist das sogar ein positiver Beweis dafür, dass er tatsächlich sicher nicht das Ziel der Entdeckung von Kulturdenkmalen angestrebt hat.

Letzteres bedeutet dann übrigens selbstverständlich auch, dass er – sofern er seine dann jedenfalls als Zufallsfunde zu betrachtenden Funde möglicher beweglicher Denkmale entsprechend den allgemeinen gesetzlichen Fundmeldebestimmungen meldet (siehe dazu auch Karl 2018, 69-70) – auch eine Privatsammlung aller jener seiner Fund beweglicher Denkmale anlegen kann, die nicht einem staatlichen Schatzregal unterlegen haben und bezüglich derer er sich mit allfälligen anderen hadrianischen Teileigentümern über den Verbleib des Fundes geeinigt oder von diesen den alleinigen Titel erworben bzw. sonstwie übertragen bekommen hat. Schließlich spricht rechtlich überhaupt nichts dagegen, legal entdeckte, gemeldete und in das rechtmäßige Eigentum des Betreffenden übergegangene Bodenfunde seiner Privatsammlung einzuverleiben und auf diese auch berechtigt stolz zu sein.

Beweiswürdigung

Alle derartigen Hinweise und Beweise ebenso wie die Aussagen des Betroffenen hat dann der, der in einem konkreten Fall entscheiden bzw. urteilen muss, entsprechend zu berücksichtigen und vor allem entsprechend zu würdigen. Ist der Richter dabei insofern frei, als er jedem einzelnen der vorliegenden Beweise den Wert zumessen kann, der ihm richtig erscheint, darf er dennoch nicht willkürlich entscheiden, sondern seine Entscheidung muss letztendlich wenigstens insoweit intersubjektiv nachvollziehbar sein, dass eine eventuell nachprüfende Instanz aufgrund der gleichen Beweismittel zum – wenigstens im Wesentlichen – gleichen Ergebnis gelangt.

Im Prinzip bedeutet das, dass der Richter, um einen Tatverdächtigen verurteilen zu können, aufgrund der ihm vorgelegten Beweise zur Überzeugung gelangen (im umgangssprachlichen Sinn: es für wahr halten) muss, dass der Angeklagte die ihm zur Last gelegte Tat wirklich begangen hat (Frisch 2016,

711). Hat der Richter hingegen nach der freien Würdigung aller vorliegenden Beweise weiterhin Zweifel daran, dass der Angeklagte die ihm zur Last gelegte Tat wirklich begangen hat, dann ist der Angeklagte freizusprechen; weil letztendlich *in dubio pro reo* (Art. 6 Abs. 2 EMRK) auch im Verwaltungsstrafverfahren gilt (z.B. VwGH 12.3.1986, 84/03/0251).

Zwar gibt es keine Beweisregeln, die dem Richter vorschreiben, wann er Zweifel haben muss und wann er keine Zweifel haben darf; aber er ist durchaus an die allgemeinen Denkgesetze gebunden. Fehlt z.B. jedweder Hinweis darauf, dass sich der Angeklagte zum Tatzeitpunkt am Tatort aufgehalten hat, und hat er auch ein Alibi, das sich im Beweisverfahren nicht widerlegen hat lassen, dann kann der Richter nicht zur zweifelsfreien, rational begründeten Überzeugung gelangen, dass der Angeklagte die Tat wirklich begangen hat: er hat schließlich keine Gründe anzunehmen, dass der Angeklagte überhaupt zum relevanten Zeitpunkt dort war, wo die Tat begangen wurde, hingegen sehr guten Grund zur Annahme, dass er tatsächlich ganz woanders war. Der Schluss, dass er obwohl nichts dafür und alles dagegenspricht, der Angeklagte die Tat dennoch wirklich begangen hat, ist rational nicht nachvollziehbar, was ausschließt, dass der Richter in einem solchen Fall zu der Überzeugung gelangen konnte, dass der Täter schuldig ist (Frisch 2016, 711-2).

In der Praxis beschränkt das in den meisten Fällen die Freiheit des Richters in der Urteilsfindung maßgeblich: wird z.B. einem Angeklagten eine Verletzung einer denkmalrechtlichen NFG-Pflicht vorgeworfen und als einziger Hinweis auf die Schuldhaftigkeit des Verhaltens des Täters liegt vor, dass er ohne eine gültige NFG zu haben bei der Verwendung eines Metallsuchgeräts beobachtet wurde, ist es denkunmöglich, dass der Richter zur Überzeugung gelangen kann, dass der Angeklagte eine denkmalrechtliche NFG-Pflicht mit ausschließlich subjektivem Anknüpfungstatbestand schuldhaft verletzt hat, solange dieser die Denkmalentdeckungsabsicht leugnet. Schließlich gibt es in diesem Fall keinen Hinweis darauf, geschweige denn einen Beweis dafür, dass der Angeklagte entgegen seinen Angaben doch Denkmale entdecken wollte: der Generalverdacht, dass ‚viele Metallsucher Denkmale entdecken wollen', reicht eben nicht dafür, auch nur nahezulegen, dass dieser Metallsucher in diesem konkreten Einzelfall auch tatsächlich Denkmale finden wollte und daher einer NFG bedurfte. Es bleibt dem Richter in einem solchen Fall also überhaupt keine andere Möglichkeit als den Angeklagten freizusprechen, weil vernünftige Zweifel an seiner Schuld nicht ausgeräumt werden konnten.

Umgekehrt bleibt im schon oben kurz geschilderten Fall, dass ein Sondler mit einer Privatsammlung besonders toller, nicht gemeldeter, beweglicher Denkmale bei der Metallsuche auf einem bekanntermaßen denkmalfundproduktiven, wenn auch nicht denkmalgeschützten, archäologischen Fundplatz angetroffen wurde, dem Richter gar nichts anderes übrig, ihn der NFG-Pflichtverletzung schuldig zu befinden, selbst wenn dieser dort im konkreten Einzelfall wirklich nur nach seinem verlorenen Autoschlüssel gesucht hat. Dieser Sondler bräuchte schon einen wirklich spektakulären Beweis dafür, dass das wirklich der Fall war und er wirklich nicht wusste, dass dort, wo er gesucht hat, tatsächlich eine produktive Fundstelle ist, um begründete Zweifel an seiner Schuld entstehen lassen zu können. Das bedeutet tatsächlich: wenn ein derartiger Metallsucher wirklich seinen Autoschlüssel beim Spazierengehen auf einer bekanntermaßen produktiven, aber nicht geschützten Fundstelle verloren hat, dann bedarf er (auch wenn nur Absicht[13] die NFG-Pflicht auslöst) einer denkmalrechtlichen NFG für die Suche danach, wenn er nicht riskieren will, für eine NFG-Pflichtverletzung bestraft zu werden; weil kein Richter in einem solchen Fall zum Schluss kommen kann, dass er keine NFG-Pflichtverletzung begangen hat, wenn er ohne NFG erwischt wurde.

[13] *Dolus directus* 1. Grades,

Objektivität in der Beurteilung: Lotteriespiel oder Milchkauf

Diese denkgesetzlichen Grenzen der Freiheit der richterlichen Beweiswürdigung werden noch enger, wenn man nicht davon ausgeht, dass wirklich ausschließlich die subjektive Absicht des Nachforschenden ausschlaggebend dafür ist, ob eine denkmalrechtliche NFG-Pflicht besteht, sondern – und sei es nur zur Überprüfung der Hypothese, dass ein Tatverdächtiger die erforderliche Denkmalentdeckungsabsicht ausgebildet hat – auch objektive Kriterien bei der Beurteilung zu berücksichtigen sind (vgl. für ebendiese Notwendigkeit VwGH 23.2.2017, Ro 2016/09/0008).

Das ist nicht zuletzt schon allein deshalb relevant, weil das Denkmalschutzrecht (und auch das sonstige Recht) davon ausgeht, dass der Normunterworfene ein mündiger Mensch ist, der seinerseits wenigstens grundsätzlich rational handelt und daher, wenn er zielgerichtet handelt, nicht nur das von ihm angestrebte Ziel erreichen will, sondern auch solche Handlungen setzt, die bei objektiver oder wenigstens intersubjektiver Betrachtung (Popper 1994, 18-9), d.h. auch vernünftigen Dritten, einigermaßen dazu geeignet erscheinen, es auch tatsächlich zu erreichen. Handlungen, mittels derer das vom Handelnden angestrebte Ziel bei vernünftiger Betrachtung keinesfalls erreicht werden kann – so z.B. der Mordversuch mittels eines in einem mittelalterlichen Manuskript überlieferten Schadzauberspruchs, welcher der allgemeinen modernen Erfahrung gemäß den Tod des intendierten Opfers nicht verursachen kann – erreichen bestenfalls das Niveau des (noch dazu grundsätzlich untauglichen) Versuchs, der im deutschen Ordnungswidrigkeits- (§ 13 Abs. 2 OWiG) und im österreichischen Verwaltungsstrafrecht (§ 8 Abs. 1 VStG) überhaupt nur strafbar sein kann, wenn die betreffende Strafbestimmung explizit auch den Versuch unter Strafe stellt. Sogar dann, wenn der Versuch strafbar ist, ist der tatsächlich untaugliche Versuch selbst im Justizstrafrecht wenigstens strafmildernd (§ 23 Abs. 3 StGB [De]) oder sogar zwingend gänzlich strafbefreiend (§ 15 Abs. 3 StGB [At]) wirken kann bzw. wirkt.

Nachdem die Strafbestimmungen für NFG-Pflichtverletzungen regelhaft den Versuch nicht explizit strafbar machen (siehe z.B. Viebrock 2018, 328; Klein-Tebbe & Martin 2013, 498), ist daher auch ganz unmittelbar relevant, ob bei vernünftiger Betrachtung an dem Ort, an dem eine (möglicherweise genehmigungspflichtige) Nachforschung durchgeführt wurde, mit dem Eintreten des verbotenen Taterfolgs überhaupt vernünftig gerechnet werden bzw. dieser überhaupt eintreten konnte. Denn davon hängt nicht nur eventuell ab, ob eine NFG-Pflicht überhaupt bestanden haben kann, sondern auch ob eine an sich denkmalrechtlich NFG-pflichtige Nachforschung an dieser Stelle überhaupt über das Stadium des untauglichen Versuchs voranschreiten kann.

Offensichtlich jedenfalls untaugliche Versuche

Ein offensichtlich jedenfalls untauglicher Versuch liegt vor, wenn eine Nachforschung an einem Ort durchgeführt wurde, an dem der gesetzliche Schutzgegenstand keinesfalls entdeckt werden kann. Solche Orte sind z.B. alle jene, die in jüngerer Zeit[14] überbaut und dabei der Boden bis über die Eindringtiefe allfällig vom Nachforschenden verwendeter technischer Mess- und Suchgeräte abgeschoben, der ursprünglich an Ort und Stelle vorhandene Boden gänzlich umgelagert bzw. durch von einem anderen Ort an den Nachforschungsort verlagertes Schüttgut ersetzt oder von solchen überlagert oder dieser bereits durch eine vollständige professionelle archäologische Ausgrabung

[14] Was genau ‚jüngere Zeit' ist, hängt dabei von der einschlägigen Legaldefinition des (bzw. der) relevanten Denkmalbegriffs (bzw. -begriffe) des örtlich geltenden Denkmalschutzgesetzes ab und variiert daher (wenigstens bis zu einem gewissen Grad) von Land zu Land. Wenigstens alles, was in den letzten 30 Jahren derart überbaut wurde, ist aber wohl mit ausreichender (an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit) ein Ort, an dem der gesetzliche Schutzgegenstand bei potentiell NFG-pflichtigen Nachforschungen nicht gefunden werden kann.

untersucht wurde; sowie alle fest versiegelten Bodenflächen[15] und jüngeren obertägigen Bergbauten.[16]

Wird also z.B. ein Metallsucher bei Nachforschungen auf einer modernen Straße oder auf der sich seitlich über den asphaltierten Straßenbelag hinaus erstreckenden Schotterfundamentierung (Fahrbahndamm, Straßenschulter etc.) oder auch in einer vor wenigen Jahren aufgelassenen Schottergrube angetroffen, ist völlig unerheblich, ob er dort die Entdeckung des gesetzlichen Schutzgegenstandes angestrebt hat (d.h. Denkmale entdecken wollte) oder nicht: er konnte dort unter keinen Umständen gesetzliche Schutzgegenstände entdecken, egal ob er gewollt und selbst geglaubt oder darauf gehofft hat, wider jegliche Vernunft dort doch einen bedeutenden Schatz zu finden. Seine Nachforschungshandlungen bleiben somit – selbst wenn sie bei ausschließlicher Betrachtung seiner Absicht den rein subjektiven Anknüpfungstatbestand einer denkmalrechtlichen NFG-Pflicht erfüllen und deren Anwendbarkeit somit auslösen würden – notwendigerweise im untauglichen Versuch stecken und sind somit – wenigstens im Rahmen des Verwaltungsstrafrechts – nicht strafbar.

Beweise für die mögliche Tauglichkeit eines Versuchs

Auf allen sonstigen Bodenflächen, von denen noch keine konkreten Hinweise auf das dortige Vorkommen des gesetzlichen Schutzgegenstandes vorliegen (und die daher auch [noch] nicht unter Denkmalschutz stehen), ist die Situation insofern eine andere, als dort – wenigstens rein theoretisch – der denkmalrechtliche Schutzgegenstand vorkommen kann; d.h. eine auf solchen Bodenflächen durchgeführte Nachforschung über das Niveau des jedenfalls untauglichen Versuchs hinausgehen *kann*. Tatsächlich geht sie allerdings nur dann über den jedenfalls untauglichen Versuch hinaus, wenn am derart beschaffenen Nachforschungsort tatsächlich im öffentlichen Interesse erhaltungswürdige Denkmale vorkommen: kommen nämlich tatsächlich keine Denkmale dort vor, ist auch der dort durchgeführte Nachforschungsversuch – auch wenn der Nachforschende das eventuell nicht weiß – jedenfalls untauglich, denn etwas, was es dort gar nicht gibt, kann man auch bei noch so stark ausgebildetem Entdeckungswillen dort nicht finden.

Das bedeutet jedoch, dass in einem Ordnungswidrigkeits- bzw. Verwaltungsstrafverfahren das tatsächliche Vorkommen des gesetzlichen Schutzgegenstandes am Tatort von der Strafverfolgungsbehörde und in weiterer Folge auch vom gesetzlichen Richter nicht einfach auf Basis des bloßen Generalverdachts, dass überall noch unbekannte Denkmale vorkommen könnten – d.h. ohne konkrete Gründe (Beweise) dafür vorliegen zu haben, dass sie es am Tatort tatsächlich auch tun – angenommen werden kann. Vielmehr ist im Rahmen der Beweiserhebung – nötigenfalls durch behördliche (archäologische) Nachforschungen am Tatort – zu ermitteln, ob am Tatort überhaupt *tatsächlich* irgendwelche gesetzlichen Schutzgüter vorkommen, die der Angeklagte bei seinen Nachforschungen entdecken hätte können.

Nur wenn diese Erhebungen zu einem positiven Ergebnis führen, d.h. bestätigen, dass am Tatort tatsächlich gesetzliche Schutzgegenstände vorkommen und ihre Entdeckung dort daher auch – wenigstens theoretisch – möglich war, kann der Richter überhaupt zur begründeten Überzeugung

[15] D.h. mit einer mehr als ca. 10 cm dicken Beton-, Asphalt oder anderen festen oder hochgradig komprimierten Deckschicht (z.B. Schotteranschüttung) abgedeckten Bodenfläche, die wenigstens mit einer Spitzhacke, wenn nicht sogar mit einem Presslufthammer oder noch schwererem Gerät aufgerissen werden müsste, um an allfällig darunter (noch) vorkommen könnende Denkmale zu gelangen.

[16] So z.B. in Sand- oder Schottergruben, Braunkohletagbauten, etc. Wo der Boden unter der ehemaligen Erdoberfläche mehrere Meter, wenn nicht sogar mehrere 10 Meter tief (oder sogar noch tiefer) abgegraben wurde, können zwar vielleicht noch paläontologische Denkmale vorkommen, nicht jedoch archäologische Denkmale, die sich mit den gewöhnlich zum Einsatz kommenden technischen Mess- und Suchgeräten einigermaßen verlässlich orten (und somit im Sinne des Gesetzes entdecken) lassen.

gelangen, dass an diesem Ort die Durchführung von zielgerichteten Nachforschungen und nicht nur von jedenfalls untauglichen Nachforschungsversuchen möglich ist. Ist das tatsächlich der Fall, d.h. kommen tatsächlich gesetzliche Schutzgegenstände am Tatort vor, dann ist dafür allerdings auch weitgehend gleichgültig, ob der Angeklagte bei seinen dort durchgeführten Nachforschungen – vorausgesetzt, diese waren tatsächlich zielgerichtet – tatsächlich irgendwelche Denkmale entdeckt hat oder nicht, sondern es genügt bereits, wenn er – vorausgesetzt die NFG-Pflicht hat tatsächlich bestanden – am Tatort Nachforschungshandlungen gesetzt bzw. mit diesen begonnen hat, ohne die dafür erforderliche NFG vorweisen zu können (Thüringer OLG 3.11.2005, 1 Ss 186/05; cf. Viebrock 2018, 324; Klein-Tebbe & Martin 2013, 495-6).

Man kann das Prinzip am Beispiel des Lotteriespielens illustrieren, auf das noch gleich etwas genauer eingegangen werden wird, weil es das AG Buchen in seinem Beschluss vom 16.8.2017 (1 OWi 25 Js 6341/17) als illustratives Beispiel für die Möglichkeit verwendet hat, dass ein Handelnder – trotz konkreter Unvorhersehbarkeit und enormer Unwahrscheinlichkeit des Eintretens des angestrebten Taterfolges – diesen dennoch zielgerichtet anstreben kann. Damit man nämlich gezielt den Taterfolg des Lottogewinns anstreben kann, muss man zwingend einen aktuell gültigen Lottoschein erwerben. Es genügt nicht, bei irgendwem irgendeinen Zettel käuflich zu erwerben, der zwar womöglich tatsächlich so aussieht wie ein gültiger Lottoschein und auf dem tatsächlich die bei der nächsten Ziehung ausgelosten Gewinnzahlen stehen. Denn dieser Zettel ist kein echter Lottoschein und daher sein Erwerb nicht mehr als ein jedenfalls untauglicher Versuch: egal was draufsteht und egal ob er echt aussieht, man kann damit nicht im Lotto gewinnen. Der, der den wertlosen Zettel erworben hat, hofft vielleicht, durch diese nutzlose Handlung in der Lotterie zu gewinnen, er strebt jedoch – selbst wenn er selbst irrtümlich ehrlich vom Gegenteil überzeugt ist – den Lotteriegewinn nicht tatsächlich zielgerichtet an.

Fehlende Möglichkeit zur Ausbildung des Vorsatzes oder zum fahrlässigen Handeln

Selbst wenn eine Person bei Nachforschungen auf einer Fundstelle angetroffen wird, auf der tatsächlich Denkmale gefunden werden können, die aber nicht in einem (ohne besonderen Aufwand treiben zu müssen) öffentlich zugänglichen Denkmalverzeichnis ausgewiesen und auch nicht allgemein als Denkmalfundstelle bekannt ist, bedeutet das immer noch keineswegs, dass diese Person den für die Auslösung einer denkmalrechtlichen NFG-Pflicht notwendigen Vorsatz ausgebildet oder auch nur fahrlässig gehandelt hat. Vielmehr muss – sofern nicht weitere Hinweise darauf oder Beweise dafür vorliegen, dass diese Person mit Denkmalentdeckungsabsicht gehandelt oder wenigstens tatsächlich vom wahrscheinlichen Vorkommen von Denkmalen auf der betreffenden Bodenfläche gewusst hat – auch in diesem Fall sowohl die Strafverfolgungsbehörde als auch gegebenenfalls der Richter in der Beweiswürdigung zum Schluss gelangen, dass es wenigstens zweifelhaft ist, dass diese Person die denkmalrechtliche NFG-Pflicht verletzt hat.

Dies liegt in erster Linie daran, dass man unter diesen Umständen – d.h. wenn der Tatverdächtige nicht nachweislich tatsächlich Kenntnis oder wenigstens eine rational gut begründete Vermutung hatte, dass dort, wo er Nachforschungen durchführt, wenigstens wahrscheinlich Denkmale vorkommen – weder vernünftig begründet davon ausgehen kann, dass der *vernünftig* handelnde Nachforschende die für die Auslösung von denkmalrechtlichen NFG-Pflichten mit subjektivem Anknüpfungstatbestand erforderliche Denkmalentdeckungsabsicht ausbilden, noch davon, dass er auch nur fahrlässig die unbeabsichtigte Entdeckung von Denkmalen herbeiführen konnte. Denn ist die Fundstelle weder in einem öffentlich zugänglichen Denkmalverzeichnis eingetragen, noch allgemein bekannt, noch hat der Nachforschende tatsächlich Kenntnis davon oder wenigstens eine vernünftig begründete Vermutung, dass dort tatsächlich Denkmale vorkommen, kann, darf und muss er sogar – ebenso wie jeder vernünftige, unvoreingenommene Dritte – davon ausgehen, dass dort keine

Denkmale vorkommen: es gibt schließlich keinen vernünftigen Grund für ihn, anzunehmen, dass dort Denkmale vorkommen. Das bedeutet, nachdem allgemein bekanntermaßen auf der überwältigenden Mehrheit aller Bodenflächen tatsächlich keine Denkmale vorkommen,[17] dass er einen sehr guten Grund zur Annahme hat, dass auf einer Bodenfläche, von der noch keine konkreten Hinweise auf das dortige Vorkommen von Denkmalen bekannt sind, auch tatsächlich keine vorkommen, während ihm jedweder Hinweis auf das Zutreffen der gegenteiligen Annahme fehlt; womit er nur zu einem vernünftigen Schluss kommen kann, nämlich dass dort keine Denkmale vorkommen.

Zwar hat das AG Buchen anhand des illustrativen Beispiels des Lottospielens ganz richtig dargestellt, dass man auch dann zielgerichtet handeln kann, wenn man *„selbst nicht daran glaubt, dass der angestrebte Erfolg tatsächlich eintritt“* (AG Buchen 16.8.2017, 1 OWi 25 Js 6341/17, 2): selbstverständlich strebt, wer sich einen Lottoschein kauft, zielgerichtet einen Lottogewinn an, obwohl er sehr wohl weiß, dass die Aussicht auch nur seinen Einsatz zurückzugewinnen gering und die Chance den Hauptpreis zu gewinnen sogar verschwindend gering ist.[18] Aber es ist nicht nur so, dass, wie schon oben ausgeführt, der Lottospieler sich schon einen *gültigen* Lottoschein und nicht bloß *irgendeinen* Lottoschein (z.B. eine für die aktuelle Ziehung ungültige Niete der Ziehung der Vorwoche) oder gar nur irgendeinen Zettel auf dem eine Zahlenkombination steht, die wenigstens hypothetisch die Gewinnzahlen bei irgendeiner Lotterie sein könnten, kaufen muss, damit man tatsächlich davon ausgehen kann, dass er *zielgerichtet* einen Lottogewinn anstrebt.

Es ist vielmehr auch so, dass man beim Lotto nicht vernünftig vorhersagen kann, welches Los bzw. welche Zahlenkombination bei der Ziehung, für die das Los gilt, voraussichtlich eher gewinnen wird als welche anderen Lose bzw. Zahlenkombinationen, sondern die Gewinnwahrscheinlichkeit für alle Lose bzw. alle möglichen Zahlenkombinationen exakt gleich ist: es ist eben ein reines Glückspiel, bei dem der Erfolg oder Misserfolg der vom Lottospieler zielgerichtet gesetzten Handlung ausschließlich vom Zufall abhängt. Man kann z.B. bei Euromillionen seine Erfolgswahrscheinlichkeit nicht dadurch erhöhen, indem man die Zahlen 1, 2, 3, 4, 5 und die Zusatzzahlen 1 und 2 spielt, weil diese noch nie gekommen sind: man kann genauso gut die Gewinnzahlen der letzten Ziehung spielen, weil die Wahrscheinlichkeit, dass diese wieder gezogen werden, exakt gleich ist wie die, dass beliebige andere Gewinnzahlen gezogen werden.

Es ist also beim Lotteriespiel völlig egal, welches Los mit welcher Zahlenkombination man sich aussucht; die einzige zielgerichtete Handlung, die man setzen kann, wenn man einen Lottogewinn anstrebt, ist die, sich ein *gültiges* Los zu kaufen. Ob man dann gewinnt oder nicht, d.h. den angestrebten Erfolg erreicht oder nicht, ist hingegen eine reine Glücksfrage. Der rational Handelnde kann sich also nur entweder dafür oder dagegen entscheiden, einen gültigen Schein zu kaufen, aber nicht die Erfolgswahrscheinlichkeit durch bestimmte Gestaltung seiner Handlung beeinflussen.

Genau das ist jedoch bei gezielten Nachforschungen, bei denen der Handelnde Denkmale entdecken will, gerade nicht der Fall, weil sich Denkmale nicht mit exakt der gleichen Wahrscheinlichkeit an jedem beliebigen Ort finden lassen, an dem man suchen kann. Vielmehr gibt es viele Orte, an denen man mit Sicherheit bzw. an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon ausgehen kann, dass man wenigstens archäologische Bodenfunde und sogar mit nicht vernachlässigbarer Wahrscheinlichkeit

[17] In Bayern z.B., wo bereits alle bekannten archäologischen Fundstellen flächengenau erfasst sind und im bayerischen Denkmalatlas auch flächengenau ausgewiesen werden, kommen (bekanntermaßen) nur auf ca. 1,4 % der Landesfläche (mögliche) Bodendenkmale vor (amtl. Auskunft Dr. M. Ullrich, BayLfD, 4.5.2018).

[18] Die Chance, den Hauptpreis in der Lotterie zu gewinnen, ist dabei jedenfalls um ein sehr großes Vielfaches kleiner als die, dass auf einer beliebigen Bodenfläche, von der noch keine Hinweise auf deren Vorkommen bekannt sind, dennoch tatsächlich irgendwelche Denkmale im Boden vorkommen.

bewegliche Denkmale finden wird, während es noch viel mehr Orte gibt, an denen man sehr wahrscheinlich, wenn nicht sogar mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon ausgehen kann, dass man dort nicht einmal irgendwelche archäologischen Funde, geschweige denn bewegliche Denkmale finden kann, selbst wenn man es noch so sehr will, weil es dort tatsächlich einfach keine gibt. Und diese nichtzufällige Verteilung ist auch – wenigstens grosso modo, wenn auch nicht unbedingt bezüglich jeder Fundstelle – allgemein bekannt.

Will bzw. muss man also davon ausgehen – wie es sowohl Strafverfolgungsbehörden als auch Richter wenigstens in Absenz von Hinweisen auf oder Beweisen für das Gegenteil tun müssen – dass der Tatverdächtige *rational* handelt, wenn er die Entdeckung von Denkmalen zielgerichtet anstrebt,[19] müssen diese zum Schluss gelangen, dass, wenn er bei seiner Suchhandlung auf einer Bodenfläche angetroffen wurde, von der noch – ob nun allgemeinöffentlich oder auch nur dem Tatverdächtigen selbst – keine Hinweise auf das Vorkommen von Denkmalen bekannt sind, gerade nicht die Entdeckung von Denkmalen angestrebt hat, sondern vielmehr nach irgendetwas anderem gesucht hat (bzw. haben muss). Denn hätte der rational handelnde Tatverdächtige zielgerichtet die Entdeckung von Denkmalen angestrebt, dann hätte er wohl an einem Ort gesucht, wo er wenigstens mit hoher Wahrscheinlichkeit damit rechnen kann, dass er den angestrebten Taterfolg auch tatsächlich erreicht, d.h. an einem Ort, von dem er weiß oder wenigstens ernsthaft (begründet) vermutet, dass er dort auch tatsächlich Denkmale finden wird.[20]

Auch das lässt sich gut an einem illustrativen Beispiel demonstrieren, nämlich der Nachforschung mit dem Ziel des Erwerbs einer Packung Milch. Rein theoretisch ist es natürlich nie auszuschließen, dass man überall eine Packung Milch käuflich erwerben könnte: schließlich kann man überall auf einen anderen Menschen treffen, der ein paar Packungen Milch mit sich führt und bereit ist, einem eine zu verkaufen. Es gibt aber bestimmte Orte, an denen die Wahrscheinlichkeit, dass man Milch käuflich erwerben kann, nicht nur signifikant erhöht ist, sondern an Sicherheit grenzt: z.B. in Supermärkten, eventuell auch bei der nächsten Tankstelle mit angeschlossenem Laden, und vermutlich auch beim Milchbauern direkt.

Trifft man also an einem beliebigen Ort außer den soeben genannten eine Person an, die intensiv nach irgendetwas zu suchen scheint, kann man nicht vernünftig davon ausgehen, dass diese Person eine Packung Milch sucht, die sie käuflich erwerben will. Noch viel weniger wird man vernünftig davon ausgehen können, dass diese Person nach einer Packung Milch sucht, wenn man sie in einer Eisenwarenhandlung dabei antrifft, wie sie intensiv die Regale nach irgendetwas absucht. Aber selbst im Supermarkt, in dem es bekanntlich auch viele andere Sachen als Milch käuflich zu erwerben gibt,

[19] Was sich kaum vermeiden lässt, denn zielgerichtetes Handeln setzt eine rationale Abschätzung, wie man das angestrebte Ziel tatsächlich erreichen kann, denknotwendig voraus; tatsächlich unterscheidet die rationale Abschätzung, dass das angestrebte Ziel mittels der gesetzten Handlung erreicht werden kann, nachgerade archetypisch das zielgerichtete vom nicht zielgerichteten Handeln.

[20] Genau das ist letztendlich auch der Grund dafür, weshalb manche archäologischen DenkmalpflegerInnen wenigstens die genaue Lage von archäologischen Fundstellen geheim halten (wollen) und auch einige deutsche Denkmalschutzgesetze (archäologische) Denkmallisten nur unter gewissen Umständen (wie z.B. auf Nachweis eines berechtigten Interesses) interessierten Parteien (z.B. § 5 Abs. 5 DSchG-MV; Martin 2007, 99 explizit mit der Begründung, Raubgräbern keine Anreize zu bieten; § 14 Abs. 2 DSchG-BW; Strobl & Sieche 2010, 221-2) oder nur wenn sie obertägig erkennbar sind (z.B. § 11 Abs. 2 HDSchG; Viebrock 2018, 186-7 ebenfalls mit der expliziten Begründung, Raubgräbern, Sondengängern etc. keine Hinweise zu geben, wo sie verborgene Bodendenkmäler aufspüren können) öffentlich zugänglich machen. Der Vorstellung, dass diese Geheimhaltung notwendig oder auch nur vorteilhaft sein könnte, liegt daher offensichtlich die Annahme des rational handelnden Nachforschenden zugrunde, der sich – eben zielgerichtet – Suchorte aussucht, an denen er den wahrscheinlichen Eintritt des Taterfolgs vorhersehen kann.

wird man nicht vernünftig davon ausgehen können, dass jemand, der intensiv die Regale nach irgendetwas absucht, gerade nach einer Packung Milch und nicht nach irgendeiner beliebigen anderen Sache sucht. Erst wenn man die Person dabei erwischt, wie sie gerade eine Packung Milch aus dem Milchregal nimmt und in ihren Einkaufswagen legt, hat man einen konkreten Hinweis darauf, dass diese Person vermutlich tatsächlich Milch kaufen will.

Im Wesentlichen das Gleiche gilt auch bezüglich der zielgerichteten Suche nach Denkmalen: wurde eine Person an einem beliebigen, nicht bereits allgemeinöffentlich oder wenigstens dem Suchenden selbst als denkmalfundträchtig bekannten Ort bei einer Suchhandlung angetroffen, dann kann man – und damit natürlich auch der Richter im Rahmen der freien Beweiswürdigung – nicht allein aufgrund dessen zur begründeten Überzeugung gelangen, dass ein *rational* handelnder Mensch dort *gezielt* nach Denkmalen gesucht hätte. Man kann umso weniger zu dieser Überzeugung gelangen, je mehr bekanntermaßen denkmalfundträchtige Fundstellen es in einer Umgebung von ein paar Kilometern um den Ort gibt, an dem der Suchende angetroffen wurde. Vielmehr muss wenigstens der Richter (und eigentlich auch schon die Strafverfolgungsbehörde) zum einzig möglichen vernünftigen Schluss kommen, dass die Tatsache, dass der Tatverdächtige gerade nicht auf einer allgemein als denkmalfundträchtig bekannten Fundstelle, sondern auf einer beliebigen anderen Bodenfläche angetroffen wurde, als Beweis dafür anzusehen ist, dass er nach etwas anderem als Denkmalen gesucht hat und deren Entdeckung auch nicht billigend in Kauf genommen oder auch nur fahrlässig nicht zu verhindern versucht hat. Denn der vernünftige, zielgerichtet handelnde Mensch, der nach Denkmalen sucht, wäre eben wohl mutmaßlich woanders nach Denkmalen suchen gegangen, nämlich dort wo es bekanntermaßen welche gibt.

Zur gegenteiligen begründeten Überzeugung, dass der Nachforschende tatsächlich zweifellos zielgerichtet nach Denkmalen gesucht hat, kann der Richter daher auch im Rahmen der freien Beweiswürdigung nur dann gelangen, wenn wenigstens noch weitere Beweise dafür vorliegen, dass das der Fall gewesen ist; oder der Tatverdächtige eben gewusst hat oder wissen hätte müssen, dass dort, wo er gesucht hat, aus vernünftig nachvollziehbaren Gründen mit der wahrscheinlichen Entdeckung von Denkmalen gerechnet werden muss, selbst wenn man dort nach ganz etwas anderem sucht. Nur wenn z.B. der Nachforschende auf einer Bodenfläche angetroffen wird, auf der (öffentlich oder wenigstens ihm nachweislich) bekanntermaßen die Entdeckung von Denkmalen zu erwarten ist (d.h. der Eventualvorsatz oder wenigstens Fahrlässigkeit angenommen werden kann) oder (bzw. idealerweise und) er (bodenfrische) Funde von eindeutig auch dem den Agenden des Denkmalschutzes aufgeschlossenen Durchschnittsbürger als bewegliche Denkmale erkennbaren Gegenständen bei sich hat, wenn er an Ort und Stelle durchsucht wird, kann eventuell das für eine Verurteilung für eine Verletzung denkmalrechtlicher NFG-Pflichten erforderliche Beweismaß erreicht werden (so etwa auch AG Buchen 16.8.2017, 1 OWi 25 Js 6341/17, 2-3; sinngemäß auch VwGH 23.2.2017, Ro 2016/09/0008).

Schlussfolgerungen

Das österreichische und alle deutschen Denkmalschutzgesetze machen die denkmalrechtlichen NFG-Bestimmungen wenigstens auch, wenn nicht sogar ausschließlich, am subjektiven Anknüpfungstatbestand der Absicht des Nachforschenden, Denkmale zu entdecken fest; d.h. daran, dass der Nachforschende Denkmale entdecken will. Viele Denkmalschutzgesetze haben zwischenzeitlich explizit bezüglich der Strafbarkeit der denkmalrechtlich genehmigungspflichtigen, aber ohne die erforderliche behördliche Genehmigung durchgeführten Nachforschung den Vorsatz 1. und 2. Grades um den Eventualvorsatz und/oder die Fahrlässigkeit ergänzt oder schließen diese wenigstens implizit oder (wenigstens was den Eventualvorsatz betrifft) automatisch mit ein.

Viele archäologieinteressierte Laien, ArchäologInnen und auch wenigstens einige archäologische DenkmalpflegerInnen glauben daher irrtümlich bzw. missverständlicherweise, dass jede Nachforschung, bei der – und sei es nur rein hypothetisch – archäologische Bodenfunde entdeckt werden könnten, den denkmalrechtlichen NFG-Bestimmungen unterliegt. Sie glauben daher ebenfalls – ebenso irrtümlich – dass jede Nachforschung z.B. mit einem Metallsuchgerät oder auch anderen zur Entdeckung von (unter anderem auch) Bodendenkmalen geeigneten technischen Hilfsmitteln generell ohne Vorliegen einer denkmalbehördlichen NFG verboten (und damit illegal) ist und daher eine Ordnungswidrigkeit bzw. eine Verwaltungsübertretung darstellt.

Dieser Glaube ist jedoch tatsächlich falsch. Es ist vielmehr so, dass die österreichische und alle deutschen denkmalrechtlichen NFG-Bestimmungen[21] entweder die Absicht[22] der oder das Wissen[23] um die (wenigstens wahrscheinliche) Verwirklichung des Taterfolgs (der Entdeckung von gesetzlichen Schutzgegenständen, d.h. Denkmalen) bei der Durchführung einer Nachforschung oder sogar beides gemeinsam zwingend voraussetzen.

Das bedeutet, dass eine denkmalrechtliche NFG-Pflicht überhaupt nur dann besteht (bestehen kann), wenn der Nachforschende tatsächlich entweder Denkmale entdecken will oder wenigstens tatsächlich vorhersehen kann bzw. bei Beachtung der im gewöhnlichen Rechtsverkehr erforderlichen Sorgfaltspflicht vorhersehen können müsste, dass er bei Durchführung seiner geplanten Nachforschung voraussichtlich Denkmale entdecken wird. Ist das nicht der Fall, d.h. will er nicht tatsächlich Denkmale (sondern nur irgendetwas) finden und/oder liegen keine konkreten Gründe (bzw. Hinweise) vor, die ihn zur Annahme zwingen, dass er – trotzdem er keine Denkmale finden will – bei seinen geplanten Nachforschungen dennoch wahrscheinlich Denkmale finden wird, dann sind die denkmalrechtlichen NFG-Bestimmungen auf seine geplanten Nachforschungen überhaupt nicht anwendbar; d.h. dann besteht dafür keine denkmalrechtliche NFG-Pflicht. Das bedeutet zwar nicht unbedingt, dass er nicht eventuell dennoch eine NFG für seine geplanten Nachforschungen beantragen und erteilt bekommen kann (siehe dazu genauer für Österreich Karl 2019b, 17-26), aber er muss keine beantragen und auch nicht darauf warten, dass er eine erteilt bekommt, bevor er seine Nachforschungen durchführen darf.

[21] Außer eventuell der des § 12 Abs. 2 Z 5 DSchG-SH, aber selbst bei dieser ist das diskutierbar, weil sachlich nicht nachvollziehbar ist, weshalb gerade die Benutzung von technischen Mess- und Suchgeräten, die (auch) zur Entdeckung von Kulturdenkmalen geeignet sind, einer generellen denkmalrechtlichen Genehmigungspflicht unterworfen sein soll, während die Anwendung (sonstiger) archäologischer Methoden (§ 12 Abs. 2 Z 4) und die Durchführung von Nachforschungszwecken dienenden (archäologischen) Erdarbeiten oder taucherischen Bergungen (§ 12 Abs. 2 Z 6) nur an solchen Stellen einer denkmalbehördlichen Genehmigungspflicht unterliegt, *„von denen bekannt ist oder den Umständen nach zu vermuten ist, dass sich dort Kulturdenkmale befinden“*. Da die bloße (nicht invasive) Benutzung von technischen Mess- oder Suchgeräten noch im Boden verborgene Kulturdenkmale regelhaft nicht oder höchstens unmaßgeblich gefährden kann, während (invasive) archäologische Methoden, darunter insbesondere Erdarbeiten und taucherische Bergungsversuche, den gesetzlichen Schutzgegenstand direkt und unmittelbar akut mit vollständiger Zerstörung oder wenigstens maßgeblicher Veränderung gefährden, ist nicht vernünftig nachvollziehbar, warum die den Schutzgegenstand gar nicht oder wenigstens deutlich weniger stark und akut gefährdenden Handlungen stärker gesetzlich beschränkt werden sollten als die ihn deutlich stärker und weit akuter gefährdenden. Es erscheint daher bei vernünftiger Betrachtung mittels des Analogieschlusses wahrscheinlich, dass der Gesetzgeber in Schleswig-Holstein bloß irrtümlich darauf vergessen hat, auch der Bestimmung des § 12 Abs. 2 Z 5 DSchG-SH den sowohl der unmittelbar vorhergehenden als auch der unmittelbar folgenden Bestimmung beigefügten, bereits wörtlich zitierten Beisatz ebenfalls anzuschließen und ihn daher gleichermaßen auf solche Stellen, an denen das Eintreten des Taterfolgs vernünftig vorhersehbar ist, eingeschränkt zu interpretieren.

[22] *Dolus directus* 1. Grad.

[23] *Dolus directus* 2. Grad.

Daraus folgt wiederum zwingend, dass jemand, der – weil er weder Denkmale finden will noch davon ausgehen muss, dass er voraussichtlich bei Durchführung seiner geplanten Nachforschungen wahrscheinlich Denkmale finden wird – keiner denkmalbehördlichen NFG bedarf, auch eine allfällig unter anderen Umständen bestehende denkmalrechtliche NFG-Pflicht durch seine derartigen Nachforschungshandlungen nicht verletzen kann. Schließlich setzt eine NFG-Pflichtverletzung *„denknotwendig voraus, dass die Nachforschung überhaupt genehmigungspflichtig war“* (Viebrock 2018, 326): wofür man keine behördliche Genehmigung braucht ist schließlich nicht ohne eine Genehmigung zu haben verboten; sondern eben genehmigungsfrei (gesetzlich) erlaubt.

Gleichermaßen bedeutet es, dass zumeist nur der Nachforschende selbst sicher wissen kann, ob für seine Handlungen überhaupt eine NFG-Pflicht besteht oder nicht. Daraus folgt, dass, wenn man nicht davon ausgehen will, dass Nachforschende prinzipiell über ihre Absichten lügen, der Selbsteinschätzung des Nachforschenden wenigstens ein gewisses Maß an Vertrauen entgegenzubringen ist.

Wenn in einem konkreten Einzelfall umstritten ist, ob der Nachforschende für die Durchführung seiner Nachforschungshandlungen einer denkmalrechtlichen NFG bedurfte oder nicht, weil jemand anderer seinen gegenteiligen Behauptungen keinen Glauben schenkt, kann und darf aber nicht einfach aufgrund der Tatsache, dass er ja nach Bodenfunden gesucht habe, angenommen, geschweige denn (verurteilend) geschlossen werden, dass er tatsächlich einer NFG bedurft hätte. Denn *„die theoretisch nie auszuschließende Möglichkeit, dass sich ein möglicher Fund als potentielles Kulturdenkmal herausstellt, reicht für die Annahme von zielgerichtetem Handeln nicht aus“* (AG Buchen 16.8.2017, 1 OWi 25 Js 6341/17, 3; sinngemäß auch VwGH 23.2.2017, Ro 2016/09/0008). Vielmehr ist die Hypothese, dass er einer NFG bedurft hätte, durch Ermittlung und entsprechende (vernünftige) Würdigung aller verfügbaren Beweise, die für und die gegen diese Annahme sprechen könnten, zu überprüfen (Frisch 2016); und zwar streng genommen bereits von der Strafverfolgungsbehörde bzw. von dem, der einen Tatverdächtigen wegen Verdachts auf Verstoß gegen eine denkmalrechtliche NFG-Pflicht anzeigt, spätestens aber vom gesetzlichen Richter.

Sowohl die Strafverfolgungsbehörde als auch der gesetzliche Richter sind zwar prinzipiell zur freien Beweiswürdigung berechtigt bzw. sogar verpflichtet, das bedeutet allerdings nicht, dass sie in derartigen Streitfällen willkürlich Anklage erheben oder ein willkürliches Urteil fällen dürfen. Vielmehr ist wiederum spätestens der Richter dazu verpflichtet, entsprechend seiner *vernünftig begründeten* und für unvoreingenommene Dritte *nachvollziehbaren Überzeugung* zu entscheiden (Frisch 2016, 711-4). Das Urteil des Richters muss sich daher aus den vorliegenden Beweisen wenigstens denkmöglich, wenn nicht sogar generell überzeugend, ableiten lassen; wobei der Grundsatz *in dubio pro reo* (*„im Zweifel für den Angeklagten“*; Art. 6 Abs. 2 EMRK) zu beachten ist.

Das bedeutet letztendlich, dass zur Verurteilung eines Täters tatsächlich konkrete Beweise oder wenigstens überzeugende Hinweise darauf vorliegen müssen, dass dieser tatsächlich zielgerichtet nach Denkmalen geforscht hat. Das ist offensichtlich der Fall, wenn der Täter auf einer an Ort und Stelle als Denkmal oder Grabungsschutzgebiet ausgewiesenen Bodenfläche nachgeforscht hat. War der Tatverdächtige auf Bodenflächen tätig, die in öffentlich ohne besonderen Aufwand einzusehenden Denkmallisten ausgewiesen sind, allgemein als Denkmale bekannt oder offensichtlich an Ort und Stelle als solche erkennbar sind, kann hingegen wenigstens Fahrlässigkeit angenommen werden und damit wohl ebenfalls eine Verurteilung erreicht werden.

War der Tatverdächtige hingegen auf Bodenflächen tätig, auf denen zwar eventuell der örtlich zuständigen Denkmalbehörde (oder auch weiteren Fachkreisen) bekanntermaßen mit Funden von Denkmalen zu rechnen ist, die aber nicht in öffentlich ohne besonderen Aufwand zugänglichen

Denkmallisten eingetragen, nicht allgemein als Denkmale bekannt und als solche auch nicht offensichtlich erkennbar sind oder von denen sogar generell überhaupt [noch] keine Hinweise auf ein dortiges Vorkommen von Denkmalen bekannt sind, ist das hingegen normalerweise als Beweis für das Fehlen einer Denkmalentdeckungsabsicht zu werten. Denn der Denkmale entdecken wollende Täter wird wohl kaum einen Ort für seine Nachforschungen auswählen, an dem er aller Wahrscheinlichkeit nach damit rechnen muss, dass er keine finden (können) wird, obwohl ihm bekanntermaßen denkmalfundträchtige Stellen gleichermaßen zugänglich sind, wo er mit hoher Wahrscheinlichkeit den angestrebten Taterfolg erreichen kann. Nur in besonderen Ausnahmefällen – wie z.B. wenn der Tatverdächtige tatsächlich im Besitz von offensichtlich als bodenfrische Bodendenkmale erkennbaren und kaum irgendwelchen anderen Bodenfunden angetroffen wird – lässt sich eventuell nachweisen, dass er seine Nachforschungen mit Denkmalentdeckungsabsicht, subjektiver Denkmalentdeckungserwartung oder wenigstens fahrlässig durchgeführt hat und er kann daher für eine NFG-Pflichtverletzung belangt werden. Selbst in diesem Fall bedarf es aber vermutlich zumeist zusätzlicher Beweise oder wenigstens Hinweise wie nachweislicher Privatsammlungstätigkeit und/oder dem Verkauf nicht ordnungsgemäß gemeldeter Denkmalfunde, seine gewöhnlichen Absichten verratende Nachrichten in sozialen Medien etc., um eine Verurteilung zu erreichen.

War der Tatverdächtige hingegen auf Bodenflächen tätig, auf denen seine Handlungen (im allgemeinen Verständnis) unmöglich zum Taterfolg der Entdeckung von Denkmalen führen konnten – so z.B. jedenfalls auf modern überbauten, bergbaulich abgebauten oder auch auf z.B. durch Bescheid als denkmalfrei ausgewiesenen Bodenflächen – waren seine dortigen Nachforschungen nur jedenfalls untaugliche Versuche, die im Ordnungswidrigkeits- bzw. Verwaltungsstrafrecht nur strafbar sein können, wenn dies in der anzuwendenden Strafbestimmung explizit vorgesehen ist. Das ist jedoch im Denkmalrecht nicht der Fall, weshalb eine Strafbarkeit regelhaft von vornherein ausscheidet.[24] In einem solchen Fall ist sogar unerheblich, ob der Tatverdächtige sich geirrt und fälschlich angenommen hat, dass er am betreffenden Ort Denkmale finden könne. Voraussetzung für eine Verurteilung eines Tatverdächtigen ist also immer auch, dass die Anklage beweist, dass am Tatort (wenigstens wahrscheinlich) Denkmale tatsächlich vorkommen, weil wo tatsächlich keine Denkmale sind ist es selbstverständlich ebenfalls unmöglich, den Taterfolg zu verwirklichen.

Letztendlich folgt daraus, dass Nachforschenden, die – ob nun auch sich selbst oder nur – Dritte über das Ziel ihrer Suche und damit das tatsächliche Bestehen einer denkmalrechtlichen NFG-Pflicht zu täuschen versuchen, offensichtliche Lügen durchaus nachgewiesen werden können und daher ihre Verurteilung für ihre Verstöße gegen die NFG-Bestimmungen durchaus wahrscheinlich ist. Selbst kreative Schutzbehauptungen nutzen nichts, wenn ein Nachforschender mit bedeutenden Bodendenkmalen im Sack auf einer allgemein als Denkmal bekannten und als solches in einer öffentlichen Denkmalliste ausgewiesenen Fundstelle ohne NFG erwischt wird; und das ist auch ganz richtig und gerecht.

Dennoch folgt aber ebenso daraus, dass die denkmalrechtlichen NFG-Pflichten nicht besonders weit reichen; egal ob sie von subjektiven, objektiven, oder kombinierten subjektiven und objektiven Anknüpfungstatbeständen ausgelöst werden. Denn sie gelten letztendlich überhaupt nur dort, wo tatsächlich Denkmale sind; und lassen sich – außer in seltenen Ausnahmefällen – überhaupt nur dann rechtlich korrekt durchsetzen, wenn der Nachforschende nachweislich wenigstens subjektiv aufgrund konkreter Hinweise auf deren Vorkommen am Tatort wusste oder wenigstens wissen hätte müssen, dass er voraussichtlich bei seinen Nachforschungen an Ort und Stelle Denkmale entdecken wird. Weil

[24] Ausgenommen in Schleswig-Holstein, wo es sich bei Verstößen gegen die Genehmigungspflichten des § 12 Abs. 2 Z 4 bis 7 DSchG-SH um Straftaten handelt, bei denen auch der (jedenfalls untaugliche) Versuch die Strafbarkeit nicht zwingend ausschließt.

konnte der Tatverdächtige (bei Wahrung der Sorgfaltspflicht) keine konkreten Hinweise auf das Vorkommen von Denkmalen am Tatort finden, konnte er bei objektiver Betrachtung durch einen vernünftigen Dritten den notwendigen Denkmalentdeckungsvorsatz gar nicht ausbilden und auch weder eventualvorsätzlich den Taterfolg billigend in Kauf nehmen noch seinem Eintritt fahrlässig nicht vorbeugen. Und von dort, wo keine Denkmale sind, können auch keine Hinweise auf ihr dortiges Vorkommen vorliegen, womit man wieder dahin zurückkommt, dass abseits öffentlich bekannter Fundstellen die NFG-Bestimmungen nicht greifen.[25]

Oder anders gesagt: egal was viele Archäologieinteressierte, ArchäologInnen und wenigstens manche archäologischen DenkmalpflegerInnen glauben oder gerne hätten, denkmalrechtliche NFG-Pflichten bestehen nur, wenn ein Nachforschungen Planender entweder tatsächlich Denkmale (und nicht nur irgendwelche Sachen) entdecken will und/oder vorhersehen kann, dass er bei seinen geplanten Handlungen voraussichtlich Denkmale (und nicht nur irgendwelche Sachen, unter denen sich auch – dann aber ‚zufällig' – auch Denkmale befinden könnten) entdecken wird.

Abschließende Gedanken zur NFG-Möglichkeit

Aus dem Gesagten ergibt sich abschließend die Frage: wozu braucht man eigentlich denkmalrechtliche NFG-Bestimmungen, wenn diese letztendlich nur auf ohnehin bereits allgemein bekannten, als Denkmale geschützten Bodenflächen gelten?

Denn eigentlich sind ja alle Denkmale ohnehin bereits durch andere denkmalrechtliche Bestimmungen geschützt: die bereits bekannten, geschützten Denkmale durch die in allen Denkmalschutzgesetzen zu findenden Verbote, sie ohne dafür eingeholte denkmalbehördliche Genehmigung maßgeblich zu verändern oder zu zerstören; und die zuvor noch unbekannten, neu (bzw. wieder-) entdeckten Funde von (mutmaßlichen) Denkmalen durch die ebenfalls in allen Denkmalschutzgesetzen zu findenden Denkmalfundmeldepflichten samt damit einhergehenden (zeitweiligen) Veränderungsverboten und Arbeitseinstellungspflichten. Denkmale vor ihrer Entdeckung durch Nachforschungen zu schützen hat also weder sachlich noch rechtlich einen Sinn, wenn man nicht absurderweise davon ausgehen will, dass sich Nachforschende zwar nicht an präventive gesetzliche Veränderungs- bzw. Zerstörungsverbote mit Erlaubnisvorbehalt halten, aber an präventive gesetzliche Nachforschungsverbote mit Erlaubnisvorbehalt schon. Das wäre aber vollkommen widersinnig, weil wer sich an ein gesetzliches Verbot mit Erlaubnisvorbehalt nicht hält, weil er den dadurch verbotenen Taterfolg verwirklichen will, wird sich wohl auch an ein anderes, den gleichen Taterfolg nochmals verbietendes gesetzliches Verbot mit Erlaubnisvorbehalt nicht halten. Anzunehmen, dass in diesem Fall ein doppeltes Verbot besser hält als ein einfaches, ist nachgerade verrückt.

Warum also diese völlig unnötige (und wenigstens meiner Meinung nach kontraproduktive) Verdoppelung von Schutzbestimmungen? Die Ursache dafür findet sich, wenigstens meiner Meinung nach, in erster Linie darin, dass wir ArchäologInnen den eigentlichen Zweck, den die denkmalrechtlichen NFG-Bestimmungen erfüllt haben bzw. erfüllen sollten fundamental missverstanden und ihre ursprünglich vorgesehene Funktion daher inzwischen – ob nun absichtlich oder unabsichtlich – in ihr genaues Gegenteil verkehrt haben; wie ich andernorts schon im Detail insbesondere anhand der NFG-Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG gezeigt habe (Karl 2019b, 89-93).

Diese vom ursprünglichen Gesetzgeber gewollte und vorgesehene Funktion der NFG-Bestimmungen war es, gezielt auf die Entdeckung von Denkmalen ausgerichtete (wissenschaftliche) archäologische Ausgrabungen (und eventuell auch sonstige invasive Nachforschungen) durch Erteilung einer Vorab-

[25] Bzw. nur dann greifen, wenn sich BürgerInnen, die tatsächlich NFG-pflichtige Nachforschungen durchführen wollen freiwillig ehrlich an die für ihre Handlungen geltenden NFG-Bestimmungen halten.

Genehmigung aus den gewöhnlich (d.h. eigentlich bei allen Entdeckungen unter egal welchen Umständen) einzuhaltenden Fundmeldepflichten und Denkmalveränderungsverboten ausnehmen zu können. Das diente (und dient immer noch) dem Zweck, ihre Durchführung ohne ständige Unterbrechungen aufgrund der denkmalrechtlichen Melde- und Arbeitseinstellungspflichten möglich zu machen. Denn gäbe es keine gesetzliche Möglichkeit, gezielt auf die Entdeckung von Denkmalen ausgerichtete (wissenschaftliche) Nachforschungen von diesen Pflichten auszunehmen, dann müssten auch bei professionell durchgeführten archäologischen Ausgrabungen jedes Mal, wenn ein Fundgegenstand oder Befund entdeckt wird, der der Legaldefinition des relevanten Denkmalbegriffs entspricht, auch alle wissenschaftlich sinnvollen und notwendigen Arbeiten – wenigstens am unmittelbaren Fund bzw. Befund – eingestellt, unmittelbar eine Fundmeldung abgegeben und dann auf die Freigabe der Fundstelle für weitere Arbeiten durch die örtlich zuständige Denkmalbehörde gewartet werden. Nachdem aber solche Fundereignisse auf professionellen archäologischen Ausgrabungen wenigstens häufig, wenn nicht sogar – je nach Legaldefinition des relevanten Denkmalbegriffs und Art der angetroffenen Funde und Befunde (z.B. ‚aus urgeschichtlicher Zeit') – einmal alle paar Minuten eintreten, würde das professionelle archäologische Nachforschungen (außer durch die Denkmalbehörde selbst durchgeführte) unmöglich machen.

Ursprünglich hat es sich also bei der Kombination von denkmalrechtlichen Fundmelde- samt Fund- und Befundbelassungspflichten und NFG-Bestimmungen nicht um ein doppeltes Verbot der ungenehmigten Veränderung bzw. Zerstörung von bis zu ihrer Entdeckung wenigstens teilweise oder sogar gänzlich noch nicht hinreichend bekannten Denkmalen gehandelt. Vielmehr handelte es sich dabei um eine allgemeine Schutzbestimmung für (archäologische) Denkmale, ergänzt um eine für die wissenschaftliche Erforschung der (archäologischen) Denkmale unerlässliche Möglichkeit, ganz bestimmte Handlungen – nämlich eben (wissenschaftliche) Nachforschungen – durch ihre behördliche Vorab-Genehmigung von der Verpflichtung zur Beachtung dieser allgemeinen Schutzbestimmung auszunehmen. Erst und nur dadurch, dass wir ArchäologInnen, archäologische DenkmalpflegerInnen und letztendlich auch – wohl fehlberaten durch uns – manche nachfolgenden Gesetzgeber diese ergänzende und unsere Tätigkeit überhaupt erst sinnvoll ermöglichende Ausnahmeregelung als generelle Schutzbestimmung missverstanden, fehlinterpretiert und in weiterer Folge pervertiert haben, ist es zu der sinnlosen Verbotsverdoppelung gekommen.

Etwas härter gesagt: wir ArchäologInnen haben aus einer sinnvollen denkmalrechtlichen NFG-Möglichkeit eine sinnlose und kontraproduktive NFG-Pflicht gemacht, weil wir dieses Rechtsinstrument dazu missbrauchen (bzw. zu missbrauchen versuchen), jede Suche, bei der archäologische Denkmale von nicht fachlich geschulten Personen entdeckt und dabei verändert bzw. zerstört werden könnten, unter fachliche (behördliche) Kontrolle zu bringen bzw. sogar gänzlich zu verbieten (siehe z.B. § 11 Abs. 1 DMSG). Das funktioniert aber letztendlich nicht und sorgt nur für Rechtsunsicherheit, vielseitige überflüssige Aufwände, allseitige Missverständnisse und unnötiges böses Blut.

Es würde mir daher weit sinnvoller erscheinen, die gesetzlichen NFG-Bestimmungen wieder ihrem ursprünglichen Zweck zuzuführen, nämlich dem, (wissenschaftliche) archäologische Nachforschungen durch Vorab-Genehmigung aus den allgemeinen Schutzvorschriften für Funde von (archäologischen Denkmalen) auszunehmen; und statt der nicht genehmigten Nachforschung die rechtswidrige Unterlassung von Fundmeldungen und Nichtbeachtung der Rechtsfolgen der Entdeckung von Denkmalen effektiver zu verfolgen und stärker unter Strafe zu stellen. Denn man braucht archäologische Denkmale nicht durch präventive Verbote mit Erlaubnisvorbehalt vor ihrer Entdeckung zu schützen, die ihnen überhaupt nichts schadet und ihren Schutz und ihre tatsächliche Erhaltung überhaupt erst möglich macht (Karl 2019a). Wovor man archäologische Denkmale rechtlich schützen

muss, ist ihre Veränderung bzw. Zerstörung durch unsachgemäße Bodeneingriffe; und das sind sie schon auch ganz ohne NFG-Pflichten.

Bibliografie

Bazil, C., Binder-Krieglstein, R., Kraft, N. 2015. *Das österreichische Denkmalschutzrecht. Denkmalschutzgesetz & Kulturgüterschutzrecht, Durchführungsvorschriften, Unionsrecht.* 2. Aufl., Wien: Manz.

Davydov, D. 2018. "Jeder kann graben"? Archäologisches Erbe im Spannungsfeld zwischen Partizipation und Gefahrenabwehr. In U. Recker, D. Davydov (Hg.), *Archäologie und Recht II*, 67-76. Wiesbaden: Landesamt für Denkmalpflege Hessen [20/1/2020].

Festinger, L. 1957. *A Theory of Cognitive Dissonance*. Stanford: University Press.

Frisch, W. 2016. Beweiswürdigung und richterliche Überzeugung. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 10/2016, 707-14 [7/2/2020].

Karl, R. 2018. Denkmalwert und archäologische Funde. *Archäologische Denkmalpflege* 1, 68-77 [8/2/2020].

Karl, R. 2019a. Denkmalforschung, Denkmalschutz und das deklaratorische Prinzip. *Archäologische Denkmalpflege* 2, 169-213 [21/1/2020].

Karl, R. 2019b. *Rechtswidrige Denkmalpflege? Eine (nicht nur österreichische) Realsatire über archäologische NFG-Pflichten; deren gesetzliche Grenzen; und die staatliche Denkmalpflege*. Archäologische Denkmalpflege, Sonderband 2, 2019 [22/1/2020].

Klein-Tebbe, A., Martin, D.J. 2013. *Denkmalrecht Niedersachsen. Kommentar*. 2. Aufl., Wiesbaden: Kommunal- und Schul-Verlag.

Martin, D.J. 2007. *Denkmalschutzgesetz Mecklenburg-Vorpommern*. Kommentar. Wiesbaden: Kommunal- und Schul-Verlag.

Popper, K.R. 1994. *Die Logik der Forschung*. 10. verb. und verm. Aufl., Tübingen: J.C.B. Mohr.

RV 1990. *Regierungsvorlage. Bundesgesetz vom XX.XXXXX, mit welchem das Bundesgesetz betreffend Beschränkungen in der Verfügung über Gegenstände von geschichtlicher, künstlerischer oder kultureller Bedeutung (Denkmalschutzgesetz) geändert wird*. 1275 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XVII. GP [8/2/2020].

Viebrock, J.N. 2018. *Hessisches Denkmalschutzrecht*. 4. Überarb. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer.