

TEXTE

71/2019

Recht der Rohstoffgewinnung – Reformbausteine für eine Stärkung des Umwelt- und Ressourcenschutzes im Berg-, Abgrabungs- und Raumordnungsrecht

Instrumente zur umweltverträglichen Steuerung der
Rohstoffgewinnung – INSTRO
Abschlussbericht Teil 1

TEXTE 71/2019

Umweltforschungsplan des
Bundesministeriums für Umwelt,
Naturschutz und nukleare Sicherheit

Forschungskennzahl 3715 17 105 0
FB000123/1

Recht der Rohstoffgewinnung – Reformbausteine für eine Stärkung des Umwelt- und Ressourcenschutzes im Berg-, Abgrabungs- und Raumordnungsrecht

Instrumente zur umweltverträglichen Steuerung der Rohstoffgewinnung –
INSTRO

Abschlussbericht Teil 1

von

Friedhelm Keimeyer, Dr. Peter Gailhofer, Ida Westphal
Öko-Institut e.V., Berlin

Apl. Prof. Dr. iur. Dr. rer. pol. Joachim Sanden †

Prof. Dr. iur. Thomas Schomerus

Dirk Teßmer

Rechtsanwaltskanzlei Philipp-Gerlach & Teßmer

Im Auftrag des Umweltbundesamtes

Impressum

Herausgeber:

Umweltbundesamt
Wörlitzer Platz 1
06844 Dessau-Roßlau
Tel: +49 340-2103-0
Fax: +49 340-2103-2285
buergerservice@uba.de
Internet: www.umweltbundesamt.de

 /umweltbundesamt.de

 /umweltbundesamt

Durchführung der Studie:

Öko-Institut e.V.
Berlin Schicklerstraße 5-7
10179 Berlin

Abschlussdatum:

November 2018

Redaktion:

Fachgebiet I 1.3 Rechtswissenschaftliche Umweltfragen
Oliver Weber

Publikationen als pdf:

<http://www.umweltbundesamt.de/publikationen>

ISSN 1862-4804

Dessau-Roßlau, Juli 2019

Die Verantwortung für den Inhalt dieser Veröffentlichung liegt bei den Autorinnen und Autoren.

Kurzbeschreibung

Das Projekt „Instrumente zur umweltverträglichen Steuerung der Rohstoffgewinnung – INSTRO“ untersuchte für den deutschen Rechtsraum, wie Bergbauvorhaben und andere unterirdische Nutzungen durch zielgenauere gesetzliche Anforderungen sowie optimierte Planungs-, Zulassungs- und Aufsichtsverfahren umweltschonender durchgeführt und wie die nachsorgende Wiedernutzbarmachung (z. B. Rekultivierung der genutzten Areale an der Oberfläche) aus Umweltsicht weiter verbessert und finanziell hinreichend abgesichert werden können. Im Rahmen der Fragestellungen des Vorhabens wurden auch die Regelungen zur Öffentlichkeitsbeteiligung, zu den Klagerechten von Verbänden und Betroffenen sowie zu Haftung und Sicherheitsleistung in den Blick genommen. Ein weiterer Schwerpunkt wurde auf die bessere Berücksichtigung des Ressourcenschutzes bzw. der Ressourcenschonung bei der Zulassung und Durchführung von Vorhaben zur Nutzung des Untergrundes sowie der außerbergrechtlichen Rohstoffgewinnung, dem „Abgrabungsbergbau“ gelegt. Neben der Rohstoffgewinnung wurden auch andere Nutzungen berücksichtigt, soweit sie mit dem Rohstoffabbau konkurrieren oder davon betroffen sind.

Die rechtswissenschaftliche Analyse der gesetzlichen Regelungen und der Rechtsprechung wurde empirisch mittels Befragung von Stakeholdern auf ihre praktische Anschlussfähigkeit überprüft. Zudem wurde das Projekt von einem externen Beirat fachlich begleitet. Dieser Band enthält die im Rahmen des Projektes herausgearbeiteten konkreten Reformbausteine für eine Stärkung des Umwelt- und Ressourcenschutzes im Berg-, Abgrabungs- und Raumordnungsrecht.

Abstract

The project “Instruments for environmentally sustainable regulation of raw materials extraction – INSTRO” focused on German law and examined how mining projects and other subterranean uses can be carried out in a more environmentally friendly manner. It considered more ambitious legal requirements as well as optimised planning, approval and supervisory procedures, and how restoring usability (e.g. recultivation of the used areas on the surface) could be further improved, from an environmental perspective, and adequately secured financially. Regulations on public participation, the right of associations and affected parties to take legal action, as well as liability and the provision of security were also examined. Further focus was placed on improving consideration of resource protection and conservation in the approval and implementation of projects for the use of the subsurface as well as the non-mining extraction of raw materials, i.e. “excavation mining”. In addition, other spatial uses were also taken into account that compete with or are affected by the extraction of raw materials.

The legal analysis of the regulations and jurisprudence was empirically tested for its practical feasibility through stakeholder interviews. The project was further supported by an external advisory board. This report contains the concrete reform modules for strengthening environmental and resource protection in mining, excavation and spatial planning law developed within the framework of the project.

Inhaltsverzeichnis

Abbildungsverzeichnis	11
Tabellenverzeichnis.....	11
Abkürzungsverzeichnis	12
Zusammenfassung	17
Summary	23
1 Einleitung	28
1.1 Kontext, Ziele und Inhalte des Gutachtens	28
1.1.1 Kontext des Gutachtens.....	28
1.1.2 Ziele des Gutachtens	29
1.1.3 Inhalte des Gutachtens.....	30
1.2 Begriffsklärungen und Anwendungsbereich des Gutachtens	31
2 Methodisches Vorgehen	33
2.1 Methodisches Vorgehen in der Befragung.....	34
2.2 Auswahl der Befragten und Konzeption der Leitfragen	35
2.2.1 Auswahl der Befragten.....	35
2.2.2 Konzeption und Systematik der Leitfragen.....	35
2.3 Grundsätzliche Beobachtungen bei der Auswertung der Interviews.....	36
3 Gewinnung von Bodenschätzen nach dem Bergrecht.....	36
3.1 Zweck des BBergG	37
Zwischenfazit und Handlungsempfehlung.....	40
3.2 Anwendungsbereich des BBergG	42
3.3 Berechtsamsverfahren gem. §§ 6 ff. BBergG	44
3.3.1 Bergbauberechtigungen allgemein	45
Ergebnisse der Interviews zum Berechtsamsverfahren und seinen Vor- und Nachteilen	50
3.3.2 Voraussetzungen für die Erteilung einer Bergbauberechtigung, insbesondere Versagungsgrund nach § 11 Nr. 10 BBergG	59
Ergebnisse der Interviews zur Prüfung von Umweltbelangen im Berechtsamsverfahren sowie zur Versagung von Bergbauberechtigungen	64
3.3.3 Einbeziehung anderer Fachbehörden	72
3.3.4 Bergbauberechtigung als gebundene Entscheidung.....	73
3.3.5 Behördliche Steuerung nach Berechtsamsvergabe.....	74
3.3.6 Zwischenfazit und Handlungsempfehlungen.....	75
3.4 Erhebung von Feldes- und Förderabgaben	79
3.4.1 Ergebnisse der Interviews zu Feldes- und Förderabgaben.....	79

3.4.2	Zwischenfazit und Handlungsempfehlungen	82
3.5	Betriebsplanzulassung nach §§ 51 ff. BBergG	85
3.5.1	Überblick über die einzelnen Betriebsplanarten	85
3.5.2	Zulassungsvoraussetzungen nach § 55 BBergG	90
3.5.3	Umweltbelange als öffentliche Interessen nach § 48 Abs. 2 BBergG.....	92
	Ergebnisse der Interviews zur Konkretisierung von § 48 Abs. 2 BBergG	96
3.5.4	Betriebsplanzulassung als gebundene Entscheidung.....	101
	Ergebnisse der Interviews zu „gebundene Entscheidungen vs. Abwägung“	103
3.5.5	Umweltverträglichkeitsprüfung in der Planfeststellung für die Rahmenbetriebsplanzulassung	107
3.5.5.1	Anwendungsbereich der UVP	107
3.5.5.2	Fallbeispiel: Garzweiler	110
3.5.5.3	Planfeststellung für die Rahmenbetriebsplanzulassung	113
3.5.5.4	Prüfungsumfang und Berücksichtigung der Ergebnisse in der Zulassung	116
3.5.6	Betriebsplanzulassung und andere behördliche Entscheidungen	124
3.5.6.1	Naturschutzrecht	127
3.5.6.2	Wasserrecht	127
3.5.6.3	Immissionsschutzrecht	129
3.5.6.4	Bodenschutzrecht	130
3.5.6.5	Wald-/Forstrecht	130
3.5.6.6	Baurecht	131
3.5.6.7	Fehlende Konzentrationswirkung	132
3.6	Anforderungen an die Gewinnungstätigkeit	138
3.6.1	Anforderungen an den Betrieb nach dem Bergrecht.....	138
3.6.2	Maßnahmen der Bergaufsicht.....	139
3.6.3	Ergebnisse der Interviews zur Nachsteuerung	139
3.6.4	Anforderungen an den Betrieb nach anderen Gesetzen.....	141
3.7	Zwischenfazit und Handlungsempfehlungen	142
3.7.1	Grundlegende Reform der Betriebsplanzulassungen	144
	Genehmigung von Betriebsplänen (unter Beibehaltung von Rahmen,- Haupt-, Sonder-, Abschlussbetriebsplänen) als Abwägungsentscheidung	145
	Einführung von Grundpflichten des Bergbautreibenden	147
	Klare Benennung der Genehmigungsvoraussetzungen unter Einbeziehung von Belangen des Umweltschutzes und drittbetroffener Personen	148
	Formulierung von Ausschlussgründen	149
	Verbesserung der Möglichkeit zum Erlass von Nebenbestimmungen	149

	Klarstellung der Rechtswirkungen der Genehmigung	149
	Überarbeitung der Regelungen zur Änderung von Vorhaben	149
	Überarbeitung der Regelungen zum Genehmigungsverfahren	149
	Einvernehmen der Gemeinde herstellen	150
3.7.2	Rohstoffsicherungsklausel streichen, hilfsweise reformieren	151
3.7.3	UVP-Pflichtigkeit bei Betriebsplänen sicherstellen	152
3.8	Grundabtretung nach §§ 77 ff. BBergG	154
3.8.1	Ergebnisse der Interviews zur Grundabtretung	155
3.8.2	Zwischenfazit und Handlungsempfehlungen	158
3.9	Aufhebung von bergrechtlichen Genehmigungen	160
3.9.1	Beendigung von Bergbauberechtigungen	160
3.9.2	Aufhebung der Betriebsplanzulassung	161
3.10	Beendigung der Rohstoffgewinnung	161
3.10.1	Betriebsplanzulassung für die Einstellung des Betriebes	161
3.10.2	Ende der Bergaufsicht	163
3.10.3	Ergebnisse der Interviews zur Betriebsbeendigung und Wiedernutzbarmachung	164
3.10.4	Zwischenfazit und Handlungsempfehlungen	165
3.11	Zulassung anderer Vorhaben nach dem Bergrecht	166
4	Gewinnung von Bodenschätzen außerhalb des Anwendungsbereichs des Bergrechts und Umweltbelange	168
4.1	Abgrabungsrecht	169
4.2	Wasserrecht	172
4.2.1	Erfordernis einer wasserrechtlichen Gestattung	173
4.2.2	Besonderheiten im wasserrechtlichen Verfahren für Abgrabungen	174
4.2.3	Besondere Berücksichtigung von Umweltbelangen	175
4.3	Immissionsschutzrecht	178
4.4	Baurecht	180
4.4.1	Erfordernis einer Baugenehmigung	181
4.4.2	Besonderheiten im Baugenehmigungsverfahren für Abgrabungen, insbes. bauplanungsrechtliche Zulässigkeit	182
4.4.3	Besondere Berücksichtigung von Umweltbelangen	184
4.5	Naturschutzrecht	187
4.6	Ergebnisse der Interviews zum außerbergrechtlichen Recht der Rohstoffgewinnung	188
4.7	Zwischenfazit und Handlungsempfehlungen	193

4.7.1	Aufnahme der Grundeigentümergebiete in das BBodG	195
4.7.2	Harmonisierung der Länder-Abgrabungsregelungen	200
5	Gewinnung von Bodenschätzen und die Verzahnung mit dem Raumordnungsrecht.....	201
5.1	Bedeutung und Notwendigkeit untertägiger Raumordnung	201
5.1.1	Praktische Anwendungen	201
5.1.2	Politische Aussagen zur untertägigen Raumordnung	203
5.1.3	Gesetz zur Änderung des ROG.....	204
5.2	Anwendbarkeit des geltenden Raumordnungsrechts und seiner Instrumente auf die untertägige Raumordnung	205
5.2.1	Begriffliche Auslegung	205
5.2.2	Voraussetzungen für die Anwendung des ROG (Raumbedeutsamkeit)	205
5.2.3	Beitrag der Instrumente des ROG zur Konfliktlösung.....	206
5.2.3.1	Ziele und Grundsätze der Raumordnung	206
5.2.3.2	Planungsebenen	208
5.2.3.3	Im Einzelnen: Instrumente der Raumordnung (Gebietskategorien)	212
5.2.3.4	Neue Gebietskategorien und Ausschlussplanung	216
5.3	Bergrecht und Raumordnung	218
5.3.1	Konfliktfeld Bergrecht/Raumordnung	218
5.3.2	Anwendungsbereich des Bergrechts	219
5.3.3	Im Einzelnen: Rohstoffgrundsatz des ROG	221
5.3.4	Bindungswirkung der Grundsätze der Raumordnung für bergrechtliche Zulassungsentscheidungen.....	222
5.4	Ergebnisse der Interviews zur Raumordnung.....	222
5.5	Zwischenfazit und Handlungsempfehlungen	227
5.5.1	Ambitioniertes Geologiedatengesetz verabschieden.....	229
5.5.2	Bergrechtlichen Feldbegriff anpassen	230
5.5.3	Klarstellung der Möglichkeit untertägiger Raumordnung im ROG.....	231
5.5.4	Erweiterung der Grundsätze des § 2 ROG	232
6	Beteiligungs- und Klagerechte	233
6.1	Geltung der allgemeinen Regelungen zur Beteiligungsmöglichkeit an Verwaltungsverfahren.....	233
6.2	Relevante Verfahren	233
6.3	Zweck der Beteiligung Dritter am Verwaltungsverfahren	234
6.4	Besonderheiten der Beteiligung Dritter an Verwaltungsverfahren nach BBodG	234
6.4.1	Allgemeine Grundsätze.....	234

6.4.2	Berechtsamsverfahren.....	235
6.4.3	Betriebszulassungsverfahren	235
6.4.4	Entscheidungen mit unmittelbarer Rechtswirkung für Dritte (Grundabtretungsverfahren).....	237
6.5	Ergebnisse der Interviews zu Beteiligungsrechten	238
6.6	Besonderheiten von Rechtsschutzmöglichkeiten gegenüber Entscheidungen zum Abbau von Bodenschätzen.....	241
6.6.1	Rechtsschutzmöglichkeiten gegenüber Betriebsplanzulassungsentscheidungen	242
6.6.2	Rechtsschutz gegenüber Grundabtretungsbeschlüssen.....	244
6.6.3	Rechtsschutz gegenüber Genehmigungen zum Abbau von Bodenschätzen außerhalb des BBergG	245
6.6.4	Klagerechte von Umweltschutzvereinigungen.....	246
6.7	Ergebnisse der Interviews zu Klagerechten	251
6.8	Zwischenfazit und Handlungsempfehlungen.....	255
6.8.1	Verbesserung der Beteiligung der Öffentlichkeit und der von Bergbauvorhaben Betroffenen.....	257
6.8.2	Verbesserung des Zugangs zu gerichtlicher Prüfung.....	258
7	Haftungs- und Entschädigungsregelung sowie Sicherheitsleistungen	259
7.1	Haftungs- und Entschädigungsregelungen.....	260
7.1.1	Haftungsregelungen	261
7.1.2	Bergschadensvermutung.....	262
7.1.3	Bergschadensausfallkasse	264
7.1.4	Grundeigentümergebühren.....	265
7.1.5	Ergebnisse der Interviews zu Haftungs- und Entschädigungsregelungen.....	265
7.1.6	Zwischenfazit und Handlungsempfehlungen.....	269
7.2	Sicherheitsleistungen.....	272
7.2.1	Sicherheitsleistungen nach dem BBergG	272
7.2.2	Sicherheitsleistungen bei Grundeigentümergebühren	277
7.2.3	Ergebnisse der Interviews zu Sicherheitsleistungen.....	278
7.2.4	Zwischenfazit und Handlungsempfehlungen.....	283
8	Ergebnisse und Handlungsempfehlungen	286
8.1	Gewinnung von Bodenschätzen nach dem BBergG	287
8.1.1	Neujustierung des Gesetzeszwecks des BBergG.....	287
8.1.2	Berechtsamsverfahren reformieren.....	290
8.1.3	Reform der Feldes- und Förderabgaben	294

8.1.4	Grundlegende Reform der Betriebsplanzulassungen	296
8.1.4.1	Genehmigung von Betriebsplänen (unter Beibehaltung von Rahmen,- Haupt-, Sonder-, Abschlussbetriebsplänen) als Abwägungsentscheidung	298
8.1.4.2	Einführung von Grundpflichten des Bergbautreibenden	300
8.1.4.3	Klare Benennung der Genehmigungsvoraussetzungen unter Einbeziehung von Belangen des Umweltschutzes und drittbetroffener Personen	301
8.1.4.4	Formulierung von Ausschlussgründen	301
8.1.4.5	Verbesserung der Möglichkeit zum Erlass von Nebenbestimmungen	301
8.1.4.6	Klarstellung der Rechtswirkungen der Genehmigung	302
8.1.4.7	Überarbeitung der Regelungen zur Änderung von Vorhaben	302
8.1.4.8	Überarbeitung der Regelungen zum Genehmigungsverfahren	302
8.1.4.9	Einvernehmen der Gemeinde herstellen	303
8.1.5	Rohstoffsicherungsklausel streichen, hilfsweise reformieren	304
8.1.6	UVP-Pflichtigkeit bei Betriebsplänen sicherstellen	305
8.1.7	Grundabtretung	306
8.1.8	Wiedernutzbarmachung / Beendigung	308
8.2	Außerbergrechtliches Abbaurecht	309
8.2.1	Aufnahme der Grundeigentümergebietsschätze in das BBergG	311
8.2.2	Harmonisierung der Länder-Abgrabungsregelungen	316
8.3	Raumordnung	317
8.3.1	Ambitioniertes Geologiedatengesetz verabschieden	318
8.3.2	Bergrechtlichen Feldbegriff anpassen	319
8.3.3	Klarstellung der Möglichkeit untertägiger Raumordnung im ROG	320
8.3.4	Erweiterung der Grundsätze des § 2 ROG	321
8.4	Rohstoffbedarfsplanung	322
8.5	Beteiligung und Rechtsbehelfe Dritter	324
8.5.1	Verbesserung der Beteiligung der Öffentlichkeit und der von Bergbauvorhaben Betroffenen	326
8.5.2	Verbesserung des Zugangs zu gerichtlicher Prüfung	327
8.6	Haftung und Entschädigung sowie Sicherheitsleistungen	328
8.6.1	Ausweitung Bergschadensvermutung	329
8.6.2	Reform und Konkretisierung der Sicherheitsleistung	332
	Quellenverzeichnis	335

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1:	Begriffliche Systematik der Bodenschätze.....	43
Abbildung 2:	Systematik der Zulassungen im Bergrecht.....	46

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1:	Unterschiede der Rechtsregime.....	220
------------	------------------------------------	-----

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt
ABBergV	Allgemeine Bundesbergverordnung
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
ABG	Allgemeinen Berggesetz für die Preußischen Staaten
AbgrG NRW	Abgrabungsgesetz NRW
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der EU
AMG	Arzneimittelgesetz
Anh.	Anhand
AtDeckV	Atomrechtlichen Deckungsvorsorge-Verordnung
AtVfV	Atomverfahrensrecht
Aufl.	Auflage
AWZ	Ausschließlichen Wirtschaftszone
BAFA	Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle
BauGB	Baugesetzbuch
BauNVO	Baunutzungsverordnung
BauVorV	Bauvorlagenverordnung
BayAbgrG	Bayerisches Abgrabungsgesetz
BBergG	Bundesberggesetz
BbgBauAV	Brandenburgische Bau-Abgrabungsverordnung
BbgBO	Brandenburgische Bauordnung
BBodSchG	Bundes-Bodenschutzgesetz
bbs	Bundesverband Baustoffe – Steine und Erden e.V.
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BergRÄndG	Gesetz zur Änderung des BBergG
Beschl. v.	Beschluss vom
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGR	Bundesanstalt für Geowissenschaften und Rohstoffe
BimsAbbauG RP	Landesgesetz über den Abbau und die Verwertung von Bimsvorkommen

BImSchG	Bundes-Immissionsschutzgesetz
BImSchV	Bundes-Immissionsschutzverordnung
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BNatSchG	Bundesnaturschutzgesetz
BNatSchG	Bundesnaturschutzgesetz
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BRG	Bundesrohstoffgesetz
BSAB	Bereiche für die Sicherung und den Abbau oberflächennaher Bodenschätze
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BWaldG	Bundeswaldgesetz
bzgl.	bezüglich
CCS	Carbon Capture and Storage
DepV	Deponieverordnung
DERA	Deutsche Rohstoffagentur
E	Amtliche Entscheidungssammlung
E&P	„Exploration and Production“ – steht für den Upstream-Sektor der Öl- und Gasindustrie
e.V.	eingetragener Verein
EGMR	Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte
EinwirkungsBergV	Einwirkungsbereichs-Bergverordnung
EL	Ergänzungslieferung
EntsorgFondsG	Entsorgungsfondsgesetz
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f.	folgende (Singular)
ff.	folgende (Plural)
FFH	Fauna-Flora-Habitat
FKZ	Forschungskennzahl
GeoidG	Geologiedatengesetz
GG	Grundgesetz
GVBl. / GVOBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
ha	Hektar

HGB	Handelsgesetzbuch
Hs.	Halbsatz
i.d.F.	in der Fall
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IMKK	Innovationscluster Metall-Keramik-Kunststoff
ISTE	Industrieverband Steine und Erden Baden-Württemberg e.V.
KomE-UGB	Kommissionsentwurf eines Umweltgesetzbuches
KrWG	Kreislaufwirtschaftsgesetz
KSpG	Kohlendioxid-Speicherungsgesetz
LAB	Bund-Länder-Ausschuss Bergbau
LagerStG	Lagerstättengesetz
LaPlaG	Landesplanungsgesetz
LapLG Saar	Landesplanungsgesetz Saarland
LBEG	Landesamt für Bergbau, Energie und Geologie
LBO	Landesbauordnung
LEP	Landesentwicklungsplan, Landesentwicklungsprogramm
LG	Landschaftsgesetz
LMBV	Lausitzer und Mitteldeutsche Bergbau-Verwaltungsgesellschaft
LNatSchG	Landesnaturenschutzgesetz
LplG BaWü	Landesplanungsgesetz (LplG) Baden-Württemberg
LROP	Landes-Raumordnungsprogramm
LSA	Land Sachsen-Anhalt
LWG	Landeswassergesetz
m.H.a.	mit Hinweis auf
m.w.N.	Mit weiteren Nachweisen
MedR	Zeitschrift für Medizinrecht
n.F.	neue Fassung
NAGBNatSchG	Niedersächsisches Ausführungsgesetz zum Bundesnaturenschutzgesetz
NatSchAG	Naturschutzausführungsgesetz
NBauO	Niedersächsische Bauordnung
Nds.	Niedersachsen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

NuR	Natur + Recht
NUVPG	Niedersächsischen Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OffshoreBergV	Offshore-Bergverordnung
OVG	Oberverwaltungsgericht
ProgRess	Ressourceneffizienzprogramm
Rn.	Randnummer
ROG	Raumordnungsgesetz
RORÄndG	Gesetz zur Änderung raumordnungsrechtlicher Vorschriften
RoV	Raumordnungsverordnung
RROP	Regionaler Raumordnungsplan
Rs.	Rechtssache
RuR	Raumforschung und Raumordnung
S.	Satz/Seite
SächsNatSchG	Sächsisches Naturschutzgesetz
SGD	Staatlichen Geologischen Dienste
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
SprengG	Sprengstoffgesetz
SRL	Stadt-, Regional- und Landesplanung
StandAG	Standortauswahlgesetz
SUP	Strategische Umweltprüfung
UBA	Umweltbundesamt
UGB	Umweltgesetzbuch
UmwRG	Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz
UNECE	United Nations Economic Commission for Europe
UPR	Zeitschrift Umwelt- und Planungsrecht
Urt. v.	Urteil vom
UVP	Umweltverträglichkeitsprüfung
UVPG	Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung
v.a.	vor allem
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WHG	Wasserhaushaltsgesetz
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht

ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
------------	------------------------------------

Zusammenfassung

Das Projekt „Instrumente zur umweltverträglichen Steuerung der Rohstoffgewinnung – INSTRO“ wurde vor dem Hintergrund angestoßen, dass nicht nur die Nutzungsmöglichkeiten des unterirdischen Raumes – einschließlich damit einhergehender potenzieller Nutzungskonflikte – insgesamt zunehmen, sondern auch die Nachfrage nach endlichen Rohstoffen in Deutschland und global weiter wachsen wird. Eine Ausweitung des Bergbaus, anderer Nutzungen des Untergrunds und der vermehrte oberflächennahe Abbau von Rohstoffen können mit erheblichen Umweltbelastungen sowie Eingriffen in Natur und Landschaft einhergehen. Zu denken ist bspw. an wachsende Risiken für Grundwasserkörper, die Trinkwassergewinnung, Gewässer sowie das Oberflächeneigentum. Umso wichtiger ist es für eine nachhaltige Entwicklung, Umweltbelange bei der Nutzung unterirdischer Räume und Ressourcenbedarfe auch in Bezug auf nachfolgende Nutzungen frühzeitig und im Rahmen von gemeinwohlorientierten Abwägungsentscheidungen mit hinreichendem Gewicht berücksichtigen zu können.

Angesichts dieser Herausforderung wurde in dem Projekt INSTRO fokussiert auf den deutschen Rechtsraum untersucht, wie Bergbauvorhaben und andere unterirdische Nutzungen durch zielgenauere gesetzliche Anforderungen sowie optimierte Planungs-, Zulassungs- und Aufsichtsverfahren umweltschonender durchgeführt und wie die nachsorgende Wiedernutzbarmachung (z. B. Rekultivierung der genutzten Areale an der Oberfläche) aus Umweltsicht weiter verbessert und finanziell hinreichend abgesichert werden können. Im Rahmen der Fragestellungen des Vorhabens wurden auch die Regelungen zur Öffentlichkeitsbeteiligung, zu den Klagerechten von Verbänden und Betroffenen sowie zu Haftung und Sicherheitsleistung in den Blick genommen. Ein weiterer Schwerpunkt wurde zudem auf die bessere Berücksichtigung des Ressourcenschutzes bzw. der Ressourcenschonung bei der Zulassung und Durchführung von Vorhaben zur Nutzung des Untergrundes sowie der außerbergrechtlichen Rohstoffgewinnung, dem „Abgrabungsbergbau“ gelegt. Neben der Rohstoffgewinnung wurden auch andere Nutzungen berücksichtigt, soweit sie mit dem Rohstoffabbau konkurrieren oder davon betroffen sind.

Vorgehen

Die Vorschläge für eine umweltverträgliche Steuerung der Rohstoffgewinnung und zum Ausgleich von Nutzungskonkurrenzen wurden in vier Projektabschnitten erarbeitet.

- ▶ Zunächst wurde eine eingehende Analyse der gesetzlichen Regelungen und der ergangenen Rechtsprechung durchgeführt. Dabei wurden die zum Berg- und Abgrabungsrecht verfügbare Literatur (Gesetzesbegründungen, Gesetzeskommentare, Monografien, Zeitschriften, publizierte Gutachten und andere Ausarbeitungen) und die veröffentlichte Rechtsprechung gesichtet und ausgewertet. Die gefundenen Ergebnisse wurden daraufhin analysiert, inwiefern der Rechtsrahmen im Sinne der Aufgabenstellung des Umweltbundesamtes Möglichkeiten bietet, Belange des Schutzes der Umwelt und vorhabenbetroffener Bürger*innen zu berücksichtigen.
- ▶ Sodann wurden die gewonnenen Erkenntnisse anhand von Interviews mit Praktikern und Experten daraufhin überprüft, ob diese mit dem bei den Rechtsanwendern vorhandenen Verständnis der Rechtslage übereinstimmt. Im Zuge dessen wurde ein umfangreicher Fragenkatalog entwickelt, in welchem die im Rahmen der Bestands- und Defizitanalyse herausgearbeiteten besonderen Problempunkte auf deren Bedeutung und Behandlung in der Praxis abgefragt wurden. Insgesamt wurden 26 Vertreter*innen von Vorhabenträgern, Behörden sowie (Umwelt-)Verbänden interviewt.
- ▶ In einem gesonderten Teil des Vorhabens wurde ein Konzept über Konturen einer Rohstoffbedarfsplanung im System der bestehenden rechtlichen Anforderungen und Zuläs-

sigkeiten im Raumordnungs- und Bergrecht entwickelt. Dieser Abschnitt lag vor allem in der Verantwortung von Prof. Joachim Sanden, der im Dezember 2017 verstarb. Dass er die Arbeiten am Projekt trotz seiner schweren Erkrankung mit unvermindertem Engagement fortsetzte und weitgehend zum Abschluss brachte, kann nicht hoch genug gewürdigt werden. Dieser Teil des Vorhabens zur Rohstoffbedarfsplanung wurde in einem gesonderten Bericht veröffentlicht.

- ▶ Die abschließenden Handlungsempfehlungen bilden eine Synthese der Untersuchungsergebnisse zu konkreten Verbesserungsvorschlägen für das rechtliche und planerische Instrumentarium der Rohstoffgewinnung und untertägigen Raumordnung.

Das Projekt wurde von einem Expertenbeirat begleitet, der aus einem breiten Stakeholder-Feld zusammengesetzt wurde: In ihm waren Rechtswissenschaftler*innen, Vertreter*innen aus der einschlägigen Verwaltung sowie mit der Materie befassten Rechtsanwält*innen sowie Mitarbeiter*innen des Bundesumweltministeriums und Bundeswirtschaftsministeriums sowie des Umweltbundesamtes und der Bundesanstalt für Geowissenschaften und Rohstoffe vertreten. Deren Hinweise und Empfehlungen zur Analyse sowie der Ausgestaltung, Bewertung und Gewichtung von Handlungsempfehlungen wurden von den Autoren berücksichtigt. Die Verantwortung für den Inhalt dieses Berichts und der Handlungsempfehlungen liegt allein bei den Autoren.

Zentrale Ergebnisse

Das Bundesberggesetz (BBergG) stammt aus einer Zeit, in der das Wirtschaftsverwaltungsrecht noch in besonderer Weise (isoliert) an die Bedürfnisse der Förderung des von den gesetzlichen Regelungen erfassten Wirtschaftszweiges ausgerichtet war. Bergbaubedingten nachteiligen Auswirkungen und Schädigungen Dritter wurden keine Beteiligungs- und Abwehrrechte entgegengestellt, sondern wurden mit Regelungen zum Schadensersatz flankiert. Belange des Umweltschutzes waren im ursprünglichen Wortlaut nicht adressiert, was bis heute nur partiell (im Hinblick auf die Integration der Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) in das Rahmenbetriebsplanzulassungsverfahren) geändert wurde. Die Fortentwicklung des BBergG und dessen Anpassung an geänderte Verständnisse zum Grundrechts- und Umweltschutz sowie einer nachhaltigen Entwicklung erfolgten in der Vergangenheit vor allem durch die Rechtsprechung und nur zur Umsetzung von deren zwingenden Vorgaben sowie von europarechtlichen Verpflichtungen durch die Gesetzgebung. Für die Handlungsempfehlungen werden die Entwicklung der Rechtsprechung und der hierdurch bedingte Wandel der Handhabung von – im Wortlaut unveränderten – Regelungen des BBergG zugrunde gelegt. Die jahrzehntelange Rechtsfortbildung kulminierte in der Garzweiler II-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 17.12.2013. In dieser werden unter anderem Defizite bei der Öffentlichkeitsbeteiligung und dem Rechtsschutz im BBergG festgestellt. Es besteht also genügend Anlass für eine nicht nur „kosmetische“ Überarbeitung des Berg- und Abgrabungsrechts.

Aus der rechtswissenschaftlichen Analyse und den empirischen Befragungen wurden Schlussfolgerungen gezogen und in Handlungsvorschläge zur Reform des Bergrechts überführt. Die Handlungsempfehlungen zielen darauf ab, den in dieser Untersuchung identifizierten Änderungsbedarf zu konzipieren. Sich aus den Gegebenheiten und Erfordernissen des Bergbaus berechtigterweise ergebende Besonderheiten des Bergrechts sollen nicht pauschal abgelehnt werden. Vielmehr ist eine Heranführung des Rechtsgebiets an die Neuerungen im sonstigen Umweltrecht geboten, wo es durch die jüngere Gesetzgebung oder die Rechtsprechung gefordert wird, oder aufgrund politisch, gesellschaftlich

und ökonomisch veränderter Umstände angezeigt erscheint. Diese Empfehlungen enthalten insbesondere folgende Vorschläge für Änderungen des Rechts der Rohstoffgewinnung¹:

(1) Justierung des Gesetzeszwecks des BBergG

Über eine Einfügung von Belangen des Umwelt- und Ressourcenschutzes in den Gesetzeszweck des § 1 BBergG würde erreicht, dass bei der Auslegung des Gesetzes und dessen Anwendung nicht mehr die Sicherung der Rohstoffversorgung im Mittelpunkt steht, sondern diese unter dem Vorbehalt besonderer Beachtung der Auswirkungen auf die Umwelt zu beurteilen wäre.

(2) Reform des Berechtsamswesens sowie der Feldes- und Förderabgabe

Das bestehende Rechtsinstitut des Berechtsamswesens mit seiner vorzeitigen Zuweisung von Berechtigungen an Bodenschätzen ist geeignet, Rechtsunsicherheiten hinsichtlich nachfolgender Entscheidungen über die Genehmigung der Planung und Durchführung von Abbauvorhaben zu bewirken. Auch wenn diese grundsätzliche Problematik in der derzeitigen Praxis keine besondere Rolle zu spielen scheint, ist sie im Wortlaut des Gesetzes angelegt. Es empfiehlt sich daher eine gesetzgeberische Klarstellung, an welcher Stelle welche Voraussetzungen im gestuften Ablauf der Entscheidung über die Rechtszuweisung und Durchführbarkeit eines Abbauvorhabens zu prüfen sind. Da bestimmte staatliche Einflussnahme- und Steuerungsmöglichkeiten beim Abbau von Rohstoffen mit der Bergbauberechtigung verbunden sind und diese auch Funktionen des Konkurrentenschutzes erfüllt, wird allerdings keine Abschaffung des Rechtsinstituts empfohlen. Vorzugswürdig erscheint eine Lösung, in welcher die staatliche Erteilung von Berechtigungen zur Gewinnung des Bodenschatzes grundsätzlich erhalten bleibt. Diese „Bewilligung“ sollte jedoch nicht mehr gesondert vorab, sondern erst zusammen mit der ersten Entscheidung über die Vorhabengenehmigung (Betriebsplanzulassung) erteilt werden. Es ist zu erwarten, dass dies auch dazu beiträgt, den Verwaltungsaufwand zu reduzieren sowie das Verfahren insgesamt zu beschleunigen. Zumindest sollte § 11 Nr. 10 BBergG gestrichen oder zumindest in einer Weise abgeändert werden, welche den Prüfgegenstand in Abgrenzung zur eigentlichen Vorhabengenehmigung und die insoweit nicht bestehenden Bindungswirkungen klarstellt. Das überkommene Rechtsinstitut des „Bergwerkseigentums“ sollte gestrichen werden. Die an die erteilten Bergbauberechtigungen gekoppelten Feldes- und Förderabgaben bedürfen einer Reform und Vereinheitlichung auf Bundesebene. In diesem Zuge sollten Ausnahmemöglichkeiten weitgehend gestrichen werden. Zudem sollte klargestellt werden, dass den Abgaben auch eine ökologische und ressourcenschonende Lenkungswirkung zukommt. Schließlich sollten die bisher bestehenden Befreiungen für alte Rechte auslaufen.

(3) Reform der bergrechtlichen Vorhabengenehmigung (Betriebsplanzulassung)

Ein Kernelement der Empfehlungen für eine Reform des Bergrechts liegt in der vorgeschlagenen grundlegenden Reform der Vorhabengenehmigung. Diese sollte zwar auch weiterhin mittels Prüfung und Bescheidung von seitens der Vorhabenträger vorzulegenden Betriebsplänen erfolgen. Jedoch wären Prüfprogramm und Rechtswirkungen stärker auf die Beachtung der Auswirkungen bergbaulicher Tätigkeiten auf die Umwelt und im Einwirkungsbereich lebende Menschen auszurichten. Zu diesem Zwecke soll über die Zulassung - bzw. künftig Genehmigung - von Betriebsplänen im Ergebnis einer Abwägung entschieden werden. Mithin soll dem Vorhabenträger anstelle eines Anspruchs auf Vorhabenzulassung ein Anspruch auf abwägungsfehlerfreie Bescheidung zukommen.

¹ Eine Langfassung des Fazits und der Empfehlungen findet sich in Kapitel 8.

Weiterhin wird empfohlen, in Anlehnung an § 5 Bundes-Immissionsschutzgesetz Grundpflichten des Bergbautreibenden einzuführen.

Die Genehmigungsvoraussetzungen sind bislang nur rudimentär in § 55 Abs. 1 BBergG ausdrücklich benannt. Belange des Umweltschutzes und anderer öffentlichen Belange können nur über die allgemeine und in ihrer Bedeutung im Wesentlichen von der Entwicklung der Rechtsprechung geprägte Auffangvorschrift des § 48 Abs. 2 BBergG einbezogen werden. Da dies zu Auslegungs- und Anwendungsschwierigkeiten führt und um einer defizitären Berücksichtigung dieser Belange im Zuge der bergrechtlichen Vorhabensgenehmigung entgegenzuwirken, sollten entsprechende Genehmigungsvoraussetzungen und Ausschlussgründe formuliert werden. Weiterhin sollten die Möglichkeiten zum Erlass von Nebenbestimmungen und zur nachträglichen Änderung von Genehmigungen bei veränderter Sach- oder Rechtslage ausgeweitet werden. Damit sollen über die häufig lange Laufzeit von Abbauvorhaben erforderliche Anpassungen vorgenommen werden können, um jeweils aktuellen Anforderungen zu entsprechen.

(4) Streichung der Rohstoffsicherungsklausel

Die Rohstoffsicherungsklausel des § 48 Abs. 1 S. 2 BBergG soll nach umstrittener Auffassung sicherstellen, dass die Gewinnung von Rohstoffen durch Planungen und Entscheidungen der Behörden nicht beeinträchtigt wird. Diese Auffassung steht im Widerspruch zu der übergreifenden verfassungsrechtlichen Bedeutung des Umweltschutzes als Staatsziel gemäß Art. 20a GG. Die einseitige Hervorhebung des Zwecks der Rohstoffsicherung im Gesetz ist nicht mehr angezeigt. Die Vorschrift sollte daher gestrichen werden.

(5) UVP-Pflichtigkeit

Aufgrund von Übergangsregelungen bei der Einführung der Umweltverträglichkeitsprüfung werden vor 1990 bereits begonnene Vorhaben von der UVP-Pflicht freigestellt – auch mit Wirkung für künftig für diese Vorhaben erforderlichen Betriebsplanzulassungen. Vor diesem Hintergrund wird empfohlen, dass für Vorhaben, für die bislang noch keine UVP durchgeführt wurde, die aber die Schwellenwerte für die UVP-Pflichtigkeit überschreiten, im Rahmen der Zulassung eines neuen Betriebsplans künftig eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchgeführt werden sollte.

(6) Grundabtretung

Der Entzug von Eigentum stellt einen besonders schwerwiegen Eingriff in die Lebensverhältnisse dar. Dies gilt zuvörderst, wenn das mit dem selbstgenutzten Wohnhaus bebaute Grundstück den Lebensmittelpunkt und ggf. auch einen wesentlichen Teil des eigenen Vermögens bildet. Weiterhin können Grundstücke für die Ausübung der beruflichen Tätigkeit oder die wirtschaftlichen Verhältnisse des Eigentümers von maßgeblicher Bedeutung sein. Die gesetzlichen Regelungen über die Möglichkeit bergrechtlicher Grundabtretungen, also Grundstücke zum Zwecke der Rohstoffgewinnung zu enteignen, sind nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts² in ihrer gegenwärtigen Fassung teilweise verfassungswidrig. Entsprechende Änderungen sollten im BBergG vorgenommen werden. Darüber hinaus ist auch eine Konkretisierung und Differenzierung der eine Enteignung rechtfertigenden Allgemeinwohlinteressen geboten. Weiterhin bedarf es einer Überarbeitung der Regelungen über die im Falle einer Enteignung zu leistende Entschädigung, jedenfalls in Bezug auf zu Wohn- und Betriebszwecken genutzte Grundstücke. Eine am Verkehrswert der Immobilie ausgerichtete Entschädigungs-

² Urteil des BVerfG vom 17.12.2013 (1 BvR 3139,3386/08).

regelung berücksichtigt nicht, dass die Kosten für eine Wiederbeschaffung bzw. einen Neubau regelmäßig erheblich höher sind. Die nach gegenwärtiger Gesetzeslage zu zahlende verkehrswertbezogene Entschädigung reicht in der Regel nicht aus, um eine entsprechende Ersatzimmobilie zu beschaffen bzw. ein neues Wohnhaus zu erbauen. Bürger*innen, die von der Enteignung eines Grundstücks betroffen sind, welches den eigenen Lebensmittelpunkt oder einen wesentlichen Bestandteil des eigenen Vermögens oder der Erwerbstätigkeit ausmacht, bedürfen daher einer Entschädigung, die sich an den Kosten der Wiederbeschaffung – neu für alt ohne Vorteilsausgleich – ausrichtet.

(7) Wiedernutzbarmachung

Wegen der Unsicherheiten des Verhältnisses zwischen den Kompensationspflichten nach der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung und der bergrechtlichen Wiedernutzbarmachungspflicht bedarf es einer gesetzgeberischen Klarstellung. Es bietet sich an, die richterrechtlich entwickelten Abgrenzungskriterien zum Verhältnis von Wiedernutzbarmachung und Eingriffsregelung in gesetzliche Regelungen zu überführen. Diese sollen klarstellen, dass die Verpflichtung zu zusätzlichen und weitergehenden Maßnahmen aus § 15 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) unberührt bleibt und andere als die naturschutzfachlich geforderten Kompensationsmaßnahmen nur zulässig sind, wenn gewichtige Gründe vorliegen.

(8) Außerbergbauliches Abbaurecht

Bei Umsetzung der empfohlenen Änderungen des BBergG und dessen Ausrichtung auf eine stärkere Berücksichtigung von Belangen des Umwelt- und Nachbarnschutzes sollte auch der Abbau von gegenwärtig nicht unter den Geltungsbereich des BBergG fallenden „Grundeigentümergebäude“ (wie Kalkstein, Torf, Lehm, Gips, Ton, Quarz, Sand und Kies) in dessen Rechtsregime überführt werden. Sofern dem nicht gefolgt wird, sollte zumindest eine Harmonisierung der unterschiedlichen Landesregelungen betreffend die Abgrabung von Grundeigentümergebäude angestrebt werden.

(9) Raumordnung

Aufgrund einer 2017 erfolgten Änderung raumordnungsrechtlicher Vorschriften regelt § 48 Abs. 2 BBergG nun ausdrücklich das Zusammenspiel zwischen Raum- und Fachplanung. Bei Umsetzung der empfohlenen Umgestaltung der bergrechtlichen Vorhabengenehmigung als Abwägungsentscheidung wird auch die gegenwärtige Problematik betreffend die Berücksichtigung von Grundsätzen der Raumordnung aufgelöst. Dies wird durch das Entfallen der „gebundenen“ Entscheidung im Kontext der Geltung der Regelungen des Raumordnungsgesetzes (ROG) verpflichtend. Die Adressierung des Untergrunds durch die Raumordnung und die Aufnahme Teufen-bezogener Festlegungsinstrumente sollte stärker im Raumordnungsgesetz verankert werden. Zudem sollten in die Grundsätze der Raumordnung nach § 2 ROG weitere untertägige Nutzungen einbezogen werden.

(10) Beteiligung und Rechtsbehelfe Dritter

Die Regelungen zur Beteiligung der Öffentlichkeit sollten an die empfohlenen Änderungen des Genehmigungsverfahrens angepasst werden. Aufgrund der Fortentwicklung von Abbautätigkeit in zeitlicher und räumlicher Hinsicht und der damit einhergehenden abschnittswisen Genehmigungen bedarf es einer dem Gegenstand der behördlichen Entscheidung entsprechenden wiederkehrenden Beteiligung der betroffenen Öffentlichkeit, soweit eigentumsrelevante Konflikte zu prüfen sind. Anerkannte Umweltvereinigungen sollten jedenfalls auf Antrag an jedem Betriebsplanverfahren betreffend die Fortentwicklung der Abbautätigkeit mit erheblichen Auswirkungen auf die Umwelt beteiligt werden. Der Zugang zu gerichtlicher Kontrolle ist entsprechend der künftigen Ausgestaltung

der Systematik zur Genehmigung von Bergbauvorhaben anzupassen: Jede Verwaltungsentscheidung, der beachtliche Rechtswirkungen im Gesamtverfahren der Genehmigung von Abbauvorhaben zukommt, sollte von anerkannten Umweltvereinigungen bzw. in eigenen Rechten betroffenen Personen einer gerichtlichen Kontrolle zugeführt werden können. § 48 S. 2 UVPG, welcher einer gerichtlichen Kontrolle von raumordnerischen Plänen zum Abbau von Rohstoffen entgegensteht, sollte aufgrund seiner Unvereinbarkeit mit völker- und europarechtlichen Vorgaben gestrichen werden.

(11) Haftung und Entschädigung sowie Sicherheitsleistungen

Es wird vorgeschlagen, die Bergschadensvermutung im BBergG auf Tagebaue auszuweiten. Darüber hinaus sollten die bergrechtlichen Vorschriften zur Sicherheitsleistung reformiert und konkretisiert werden. Die Festsetzung einer Sicherheitsleistung sollte ausdrücklich auch diejenigen öffentlichen Interessen einbeziehen, die außerhalb des BBergG geregelt sind. Die Festsetzung sollte zudem nicht mehr im freien behördlichen Ermessen liegen, sondern aufgrund einer Soll-Vorschrift den Regelfall darstellen. Weiterhin sollte klargestellt werden, dass Sicherheitsleistungen auch nach Zulassung des Betriebsplans durch nachträgliche Anordnungen festgesetzt werden können. Zulässige Arten der Sicherheitsleistungen wären in einer Verordnung festzulegen und unternehmensinterne Rückstellungen nicht als zulässige Sicherungsform einzubeziehen.

Summary

The project “Instruments for environmentally sustainable regulation of raw materials extraction – INSTRO” was initiated against the background of increasing possibilities for the use of the subterranean region, including the associated potential conflicts of use, as well as increasing demand for finite raw materials in Germany and globally will continue to grow. The expansion of mining, other uses of the subsurface and increased surface mining of raw materials can be accompanied by considerable environmental pollution and impact nature and the landscape. Growing risks for groundwater, drinking water extraction, water bodies and surface ownership are further issues to be considered. Thus, it is important to take into account environmental concerns in the shaping of the sustainable development of underground spaces and resource use early on, also with regard to subsequent uses, and within the framework of public interest oriented decision-making.

In view of this challenge, the INSTRO project focused on German law and investigated how mining projects and other subterranean uses can be carried out in a more environmentally friendly manner using more ambitious legal requirements and optimised planning, approval and supervisory procedures. It further assessed how restoring usability (e.g. recultivation of the areas used at the surface) can be further improved, from an environmental point of view, and adequately secured financially. Regulations on public participation, the right of associations and affected persons to take legal action as well as liability and the provision of security were also examined. The project further focused on improving considerations of resource protection and conservation in the approval and implementation of projects for the use of the subsurface as well as the non-mining extraction of raw materials, i.e. “excavation mining”. In addition, other spatial uses were also taken into account that compete with or are affected by the extraction of raw materials.

Approach

The proposals for the environmentally compatible management of raw materials extraction and for the compensation of competing uses were developed in four project phases.

- ▶ First, a detailed analysis of the legal regulations and existing case law was carried out. Available literature on mining and excavation law (justifications for laws, legal commentaries, monographs, periodicals, published expert opinions and other analyses) and the published case law were evaluated. The legal framework, in line with the tasks of the Federal Environment Agency, was then analysed to identify opportunities to take into account environmental protection concerns and parties affected by projects.
- ▶ Interviews with practitioners and experts were then used to determine whether these findings corresponded with the legal situation as understood by legal practitioners. A comprehensive catalogue was developed, including questions regarding the significance and practical treatment of special problem points worked out in the context of the inventory and deficit analysis. A total of 26 representatives from mining projects, administrations and (environmental) associations were interviewed.
- ▶ In a separate part of the project, a concept was developed for raw material demand planning in the system of existing legal requirements and permitting in spatial planning and mining law. This section was mainly overseen by Prof. Joachim Sanden, who died in December 2017. His continued work on the project with undiminished commitment despite his serious illness cannot be overstated. This part of the project on resource demand planning is published in a separate report.
- ▶ The concluding recommendations for action synthesize the results of the investigations into concrete suggestions for improving the legal and planning instruments for raw material extraction and subterranean spatial planning.

The project was accompanied by an expert advisory board composed of a broad range of stakeholders. It included legal scholars, representatives from the responsible administrations as well as attorneys working in the field and representatives from the Federal Ministry for the Environment, the Federal Ministry of Economics and Technology, the Federal Environment Agency and the Federal Institute for Geosciences and Natural Resources. The authors incorporated their suggestions and recommendations for analysis as well as for the design, evaluation and weighting of recommendations for action. Responsibility for the content of this report and the recommendations for action lies solely with the authors.

Key findings

The Federal Mining Act (Bundesberggesetz, BBergG) dates back to a time when economic administrative law was still geared particularly toward promoting the economic sector covered by the statutory regulations. No participation and defensive rights existed to protect third parties against the adverse effects and damages caused by mining. Rather, the law was accompanied by regulations on compensation for damages. Environmental protection concerns were not addressed in the original wording, which has since only been partially changed (with regard to the integration of the environmental impact assessment (EIA) into the general operating plan approval procedure). In the past, the further development of the BBergG and its adaptation to changing understandings of fundamental rights and environmental protection as well as sustainable development took place primarily through case law, and only in order to legally implement mandatory requirements and European legal obligations. The recommendations for action are based on the development of case law and the resulting change in how the provisions of the BBergG – which remain unchanged in their wording – are applied. Decades of legal development culminated in the Garzweiler II decision of the Federal Constitutional Court of 17.12.2013. This decision identified deficits in public participation and legal protection in the BBergG. There is therefore sufficient cause for a more substantial revision of mining and excavation law.

Conclusions drawn from the jurisprudential analysis and empirical surveys were translated into recommendations for action to reform mining law. These aim at conceptualising the need for change identified in this study. Special features of mining law that legitimately result from the conditions and requirements of mining should not be rejected in general terms. Rather, it is necessary to bring the field of law closer to developments in other environmental law, where action is required after more recent legislation or case law, or where it appears appropriate due to political, social and economic developments. The recommendations include, in particular, the following proposals for amendments to the law on raw materials extraction³:

(1) Adjusting the legal purpose of the Federal Mining Act (BBergG)

The incorporation of environmental and resource protection concerns into Section 1 on the purpose of the BBergG would shift the primary focus of the Act and its application from the security of supply of raw materials toward increased consideration of environmental impacts.

(2) Reforming the legal system as well as the field and mining subsidy

The existing legal structure with its early assignment of rights to mineral resources has created legal uncertainty with regard to the subsequent decisions on the approval of the planning and implemen-

³ An extended version of the conclusions and recommendations can be found in Chapter 8.

tation of mining projects. Even if this fundamental problem does not seem to play a special role in current practice, it is nevertheless concretised in the legal wording of the BBergG. Legal clarification is thus recommended to establish at which point which prerequisites are to be examined in the staged process determining the legal approval and feasibility of a mining project. The abolition of the legal institute is however not recommended, as certain possibilities for state influence and control over the mining of raw materials are associated with extraction licences. The early assignment of rights to mineral resources furthermore offers protection against competitors. Thus a solution in which the state continues to grant rights for mineral resource extraction would be preferable. However, an extraction licence should no longer be granted separately in advance, but rather in association with the first decision on project approval (operating plan approval). At the very least, Section 11 No. 10 BBergG should be omitted or at least amended to clarify the separation of the subject matter from the actual project permission and thus the lack of a binding effect. The outdated legal institution of “mining proprietorship” should furthermore be deleted.

The field and mining royalties linked to mining licences granted require reform and standardisation at federal level. Exemptions should be largely eliminated and existing exemptions for old rights should also expire. In addition, it should be made clear that the royalties also have an ecological and resource-conserving effect.

(3) Reform of mining project licencing (operating plan approval)

A core element of the recommendations for reforming mining law is the proposed fundamental reform of project approval. This should continue to include an examination of the operating plans submitted by the project developers. However, the assessment and legal impact should more closely consider the effects of mining activities on the environment and people living in the affected area. To this end, a decision on the approval – or in the future permission – of operating plans should be based on a weighed assessment. Thus, instead of being entitled to project approval, project developers should in the future be entitled to an assessment. Furthermore, it is recommended to introduce basic obligations for mine operators in accordance with Section 5 of the Federal Emission Control Act (Bundes-Immissionsschutzgesetz, BImSchG).

Licencing prerequisites can currently only be found explicitly stated (in rudimentary form) in Section 55 Para. 1 BBergG. Environmental protection and other public interests can only be included via the catch-all provision of Section 48 para. 2 BBergG, the significance of which is essentially determined by case law. In order to clarify interpretation and application and ensure consideration of these concerns in the project approval procedure under mining law, corresponding licencing prerequisites and grounds for rejection should be formulated. Furthermore, provisions should be expanded to allow for the possibility to issue ancillary decisions and for the subsequent amendment of permits in the event of a change in the factual or legal situation. This should allow for necessary adjustments to be made over the often long duration of mining projects in order to meet current requirements.

(4) Deletion of the raw material safeguarding clause

The controversial opinion of the raw material safeguarding clause in Section 48 (1) sentence 2 BBergG is that it is intended to ensure that the extraction of raw materials is not adversely affected by planning and decision-making by authorities. This view contradicts the overarching constitutional significance of environmental protection as a state objective pursuant to Article 20a of the German Constitutional Law (Grundgesetz). The one-sided emphasis in the law on securing raw materials is thus no longer appropriate. The provision should therefore be deleted.

(5) Obligation to conduct environmental impact assessments (EIA)

Due to transitional provisions regarding the introduction of the environmental impact assessment (EIA), projects already started before 1990 are exempted from the obligation to conduct an EIA – including for operating plan licences required for these projects in the future. Against this background, it is recommended that EIAs become a condition for the approval of new operating plans. This would also apply to projects for which an EIA has not yet been carried out but which exceed the threshold values for EIA compliance.

(6) Assignment of real property

The expropriation of property represents a particularly serious encroachment on living conditions. This applies first and foremost when the owner lives on a property forming the centre of their life and possibly also a substantial part of their assets. Furthermore, real estate can be of decisive importance for the exercise of the professional activity or the economic circumstances of the owner. In the opinion of the Federal Constitutional Court, the legal provisions on the possibility of land assignments under mining law, i.e. the expropriation of land for the purpose of extracting raw materials, are partially unconstitutional in their current form. Corresponding changes should be made to the BBergG. In addition, it is also necessary to specify and differentiate the general public interests justifying expropriation. Furthermore, the regulations on compensation paid in the event of expropriation must be revised, at least with regard to land used for residential and business purposes. Compensation based on the market value of the property does not take into account the fact that the costs for replacement or new construction are usually considerably higher. The market value-related compensation payable under the current legal provision is generally not sufficient to procure a corresponding replacement property or to build a new residential building. Individuals affected by the expropriation of a property which constitutes their centre of life or an essential part of their own assets or gainful employment therefore require compensation according to the costs of replacement – new for old.

(7) Restoring usability

The relationship between compensation obligations for intervention for nature conservation and the restoring usability obligation under mining law is uncertain. Thus, legislative clarification is necessary. It makes sense to transpose the judicially developed delimitation criteria for this relationship into legal regulations. These should clarify that the obligation to take additional and more far-reaching measures under Section 15 of the Federal Nature Conservation Act (BNatSchG) remains unaffected and that compensation measures other than those required by nature conservation law are only permissible for significant reasons.

(8) Extraction rights for other minerals

If the recommended amendments to the BBergG are implemented to include greater consideration of environmental and neighbourhood protection, then the extraction of mineral resources belonging to landowners (Grundeigentümer-Bodenschätze) (such as limestone, peat, clay, gypsum, clay, quartz, sand and gravel) should also be added to the BBergG. If not added, a harmonisation of the different state regulations concerning the extraction of these resources should at least be sought.

(9) Spatial planning

Due to a change in spatial planning regulations in 2017, Section 48 (2) BBergG now expressly regulates the interaction between spatial and sectoral planning. The recommended reorganisation of project permitting under mining law into an assessment also resolves the current problem regarding the

consideration of spatial planning principles. The consideration of these principles becomes mandatory due to the elimination of the “conditional” decision in the context of valid provisions of the Federal Spatial Planning Act (ROG). Spatial planning addressing subsoil and the inclusion of Teufen-related determination instruments should be anchored more firmly in the Federal Spatial Planning Act. In addition, further subterranean uses should be included in the principles of spatial planning pursuant to Section 2 ROG.

(10) Participation and legal remedies by third parties

Provisions on public participation should be adapted in light of the recommended changes to the licencing procedure. Due to the further development of mining activities in terms of time and space and the associated segmented approvals, recurrent public participation regarding the object of an official decision is required, should property-relevant conflicts require examination. Recognised environmental associations should also, upon request, be involved in any operating plan procedure concerning the further development of mining activities with significant effects on the environment. Access to judicial review shall be adapted in accordance with the future structure of licensing for mining projects: Any administrative decision that has significant legal implications in the overall process of licencing of mining projects should be subject to judicial review if demanded by recognised environmental associations or affected individuals. Section 48 (2) UVPG preventing judicial control over spatial planning for the extraction of raw materials should be deleted due to its incompatibility with international and European legal requirements.

(11) Liability, compensation and provisions of security

It is proposed to extend the presumption of subsidence damage in the BBergG to include opencast mining. In addition, mining regulations on the provision of security should be reformed and made more concrete. The determination of provision of security should also explicitly include those public interests which are regulated outside the BBergG. In addition, the determination should no longer be at the discretion of the authorities, but rather should become the norm. Furthermore, it should be made clear that provisions of security can also be determined by subsequent orders after the operating plan has been approved. Permissible provisions of security should be laid down in an ordinance, with internal company reserves not included as a permissible form of security.

1 Einleitung

1.1 Kontext, Ziele und Inhalte des Gutachtens

1.1.1 Kontext des Gutachtens

Die Studie geht von der Prämisse aus, dass Nutzungsansprüche an den unterirdischen Raum u.a. aufgrund der Umsetzung der klima- und energiepolitischen Ziele der Bundesregierung künftig zunehmen werden. Traditionelle Nutzungen des Untergrunds, wie die Trinkwassergewinnung und der Abbau von Rohstoffen in herkömmlichen Bergbauvorhaben, können mit neueren Projekten wie Geothermie und Speicherung von Energie oder Kohlenstoff konkurrieren.

Das Gutachten ordnet sich ein in den größeren Kontext eines umfassenden Ressourcenschutzes, wie es in verschiedenen Untersuchungen konzipiert wurde. Hierbei geht es darum, „Antworten auf die durch den immer stärker steigenden Ressourcenverbrauch entstehenden Probleme [zu] geben.“⁴ Die Nachfrage nach Ressourcen, insbesondere energetischen und abiotischen Rohstoffen, steigt angesichts der wachsenden Weltbevölkerung, der fortschreitenden Industrialisierung gerade auch in den bisher weniger entwickelten Ländern oder der immer stärkeren Nachfrage nach Rohstoffen für neue Technologien wie sog. seltene Erden immer mehr an. Bergbauaktivitäten werden daher künftig zunehmend auch in abgelegenen, besonders sensiblen Naturräumen (bspw. Arktis, Wüstengebiete und alpine Lagen sowie ggf. Tiefseebodenbergbau) erfolgen. Zudem erfordern sie auch wegen abnehmender Mineralgehalte von Lagerstätten räumlich immer umfangreichere Eingriffe in Natur und Landschaft. Es ist zu erwarten, dass Risiken für Mensch und Umwelt durch potentielle Störfälle dementsprechend zunehmen werden. Deutschland importiert zwar die wichtigsten Industriemineralien, deckt jedoch den heimischen Bedarf an Baurohstoffen und einen großen Anteil der Energieerzeugung fast ausschließlich über den inländischen Bergbau. Zudem gibt es Überlegungen, über den Aufschluss zum Teil alter Lagerstätten erneut in den Erzbergbau (Lithium) wiedereinzusteigen und auch die politische Diskussion zur Erdgasgewinnung im Wege des sog. unkonventionellen Frackings wird in absehbarer Zeit wiederaufleben. Leitthema muss daher die nachhaltige Nutzung und der Schutz der natürlichen Ressourcen sein, wie dies im Deutschen Ressourceneffizienzprogramm vorgegeben wird.⁵

Das Bundesberggesetz (BBergG)⁶ stammt aus einer Zeit, in der das Wirtschaftsverwaltungsrecht noch in besonderer Weise (isoliert) an die Bedürfnisse der Förderung des von den gesetzlichen Regelungen erfassten Wirtschaftszweiges ausgerichtet war. Als gegenläufig zu beachtende Belange finden sich im Gesetzestext des BBergG dementsprechend lediglich Sicherheitsbelange ausdrücklich genannt. Bergbaubedingte nachteilige Auswirkungen und Schädigungen Dritter wurden keine Beteiligungs- und Abwehrrechte entgegengestellt, sondern mit Regelungen zum Schadensersatz flankiert. Belange des Umweltschutzes waren im ursprünglichen Wortlaut nicht adressiert, was bis heute nur sehr partiell (im Hinblick auf die Integration der UVP in das Rahmenbetriebsplanzulassungsverfahren) geändert wurde. Die Fortentwicklung des BBergG und dessen Anpassung an geänderte Verständnisse zum Grundrechts- und Umweltschutz erfolgten in der Vergangenheit vor allem durch die Rechtsprechung und nur zur Umsetzung deren Vorgaben sowie von europarechtlichen Verpflichtungen durch die Gesetzgebung. Die Entwicklung der Rechtsprechung und der hierdurch bedingte Wandel der Hand-

⁴ Herrmann/Sanden/Schomerus/Schulze, Ressourcenschutzrecht – Ziele, Herausforderungen, Regelungsvorschläge, ZUR 2012, 523.

⁵ BMUB, Deutsches Ressourceneffizienzprogramm II, November 2016, S. 7 ff.; s. auch unten unter 1.2.

⁶ Bundesberggesetz vom 13. August 1980 (BGBl. I S. 1310), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 4 des Gesetzes vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2808) geändert worden ist.

habung von – im Wortlaut unveränderten – Regelungen des BBergG werden in diesem Gutachten aufgezeigt.

Von besonderer Bedeutung für das Gutachten ist die Garzweiler II-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 17.12.2013.⁷ In dieser sind u.a. festgestellte Defizite bei der Öffentlichkeitsbeteiligung und dem Rechtsschutz im BBergG thematisiert. Das Urteil hat aber auch erhebliche Bedeutung für die Bindung bergrechtlicher Entscheidungen an die Ziele der Raumordnung.⁸

1.1.2 Ziele des Gutachtens

Zentrales Ziel des Gutachtens ist es, konzeptionelle Handlungsempfehlungen zur Weiterentwicklung des Rechtsrahmens für die Rohstoffgewinnung in Deutschland zu entwickeln, welche in Zukunft eine bedarfsgerechte und nachhaltigere Gewinnung von heimischen Rohstoffen fördern sollen.

Die Empfehlungen richten sich darauf, mit Vorschlägen zur Fortentwicklung der rechtlichen Anforderungen und Verfahren bei Planung, Zulassung und Aufsicht von primär bergbaulichen Vorhaben unter Berücksichtigung der spezifischen Rahmenbedingungen und Auswirkungen die unweigerlich hervorgerufenen Belastungen der Umwelt zu verringern und die Rekultivierung der genutzten Gebiete an der Oberfläche in ökologischer Hinsicht zu verbessern. Allerdings sind dabei nicht nur Rohstoffe Thema der Untersuchung. Das Bergrecht erfasst auch andere Nutzungen (bspw. Erdwärme, Speicher), so dass es auch um diese unterirdischen Vorhaben und die räumlichen Nutzungskonkurrenzen, denen sie unterliegen, geht.

So werden bislang die konkurrierenden Ansprüche an den Untergrund durch die Raumordnung nicht hinreichend adressiert, obwohl diese Vorhaben als raumbedeutsam und potentiell konfliktträchtig gelten müssen. Eine raumordnerische Planung mit einer Abwägung der wirtschaftlichen, sozialen und insbesondere auch ökologischen Belange gibt es erst in Ansätzen. Abiotische Rohstoffe sind darüber hinaus endliche und teilweise bereits knappe natürliche Ressourcen, die eine nachhaltige Planung und Ordnung ihrer Nutzung verlangen. Es gilt daher, Rohstofflagerstätten sowie oberflächen-nahe und unterirdische Nutzungsräume in Zukunft umfassend und nachhaltigkeitsorientiert zu sichern und zu ordnen. Auf diesem Weg kann in diesen Bereichen, entsprechend dem Auftrag aus § 2 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 ROG, künftiges Entwicklungspotential gesichert und die Inanspruchnahme von endlichen abiotischen Ressourcen insgesamt auf das notwendige Maß verringert werden.

Zudem ist zu untersuchen, ob die angedeuteten Nutzungskonflikte besser durch die Weiterentwicklung der rechtlichen und planerischen Instrumente zu einem Ausgleich gebracht werden können und dabei unter Beachtung des Vorsorgegrundsatzes eine nachhaltige, insbesondere generationengerechte und umweltschonende Nutzung des Untergrunds gefördert wird. Die Thematik der Ressourceneffizienz ist dabei umfassend zu verstehen. Neben der gängigen Zielvorstellung schonenden Rohstoffabbaus und verminderten -verbrauchs sollte diesen an erster Stelle übergreifend konzeptionelle Grundregeln vorangestellt werden.

Über die Steigerung der Ressourceneffizienz auf allen Ebenen der Wertschöpfungskette hinaus stellt sich die Frage nach der möglichen Entwicklung und Ausgestaltung von Instrumenten wie bspw. einer Bedarfsplanung für einen verantwortungsbewussten Umgang mit den heimischen Ressourcen. Mit einer solchen, über einen nachfrageorientierten Bedarf hinausgehenden, an einem „normativen“ Bedarf ausgerichteten Bewirtschaftung von Rohstoffen könnte die Endlichkeit unterirdischer Ressourcen in konkretes Handeln umgesetzt werden. Praxistaugliche Empfehlungen könnten damit

⁷ BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 2013 – 1 BvR 3139/08 –, juris.

⁸ Dazu *Bovet*, Notwendigkeit und Steuerungsmöglichkeiten einer unterirdischen Raumordnung, UPR 2014, 418, 425.

auch einen Beitrag zur Umsetzung des Ressourceneffizienzprogramms (Progress) der Bundesregierung leisten. In einer der vier Leitlinien von Progress heißt es, dass Wirtschafts- und Produktionsweisen in Deutschland schrittweise von Primärrohstoffen unabhängiger gemacht und die Kreislaufwirtschaft weiterentwickelt und ausgebaut werden soll.⁹ Dies entspräche auch der Staatszielbestimmung in Art. 20a GG. Hiermit ist unter anderem der Auftrag an die staatlichen Organe verbunden, mit den endlichen Ressourcen verantwortungsbewusst so umzugehen, dass nachfolgenden Generationen angemessene Entwicklungsmöglichkeiten offengehalten werden können. Dazu gehört insbesondere die Möglichkeit, für das Ziel einer nachhaltigen Bewirtschaftung von endlichen Ressourcen bestimmte vermutete oder auch bekannte Rohstoffvorkommen kurz- oder auch längerfristig der Gewinnung zu entziehen oder zumindest die Bewirtschaftung der Abwägung der zuständigen Behörde zu unterstellen.

1.1.3 Inhalte des Gutachtens

Angesichts dieses weiten Ansatzes stellen sich auch die untersuchten Materien des Rechts der Rohstoffgewinnung relativ breit dar. So werden insbesondere das Raumordnungsrecht (z.B. die Braunkohlenplanung, Festlegungen zu Rohstoffsicherung und Gewinnung in Regionalplänen, Raumordnungsverfahren nach der Raumordnungsverordnung), das Bauplanungsrecht, das vorhabenbezogene Bergrecht des Bundes einschließlich der UVP-V Bergbau und weiterer einschlägige Bergverordnungen sowie das bergbaurelevante Landesrecht mit dem Abgrabungsrecht und weiteren landesrechtlichen Regelungen behandelt.

Im Folgenden wird nach den notwendigen Begriffsklärungen und der Klarstellung des Anwendungsbereichs des Gutachtens (1.2) die Methodik erläutert (2). Hier wird insbesondere auf den empirischen Teil des Gutachtens mit dem methodischen Vorgehen der Befragungen sowie der Auswahl der Befragten und der Konzeption und Systematik der Leitfragen eingegangen. Darauf werden die bergrechtlichen Regelungen zur Gewinnung von Bodenschätzen dargestellt und im Hinblick auf die Fragestellungen des Gutachtens analysiert (3). Hierin enthalten sind Ausführungen zum Zweck des BBergG, zu dessen Anwendungsbereich, zum Berechtsamsverfahren, zu den Betriebsplanzulassungen, zur Grundabtretung, zu den Anforderungen an die Gewinnungstätigkeit, zur Aufhebung bergrechtlicher Genehmigungen, zur Beendigung der Rohstoffgewinnung und zu Zulassungen anderer Vorhaben nach dem Bergrecht. Im 4. Kapitel wird die Gewinnung von Bodenschätzen außerhalb des Anwendungsbereichs des BBergG behandelt, mit den Unterabschnitten Abgrabungs-, Wasser-, Immissionsschutz-, Naturschutz- und Baurecht. Der 5. Abschnitt widmet sich der Verzahnung bei der Gewinnung von Bodenschätzen zwischen dem Berg- und dem Raumordnungsrecht. Hierbei geht es um die Bedeutung und Notwendigkeit untertägiger Raumordnung, die Anwendbarkeit des geltenden Raumordnungsgesetzes, und das Verhältnis zwischen dem Berg- und dem Raumordnungsrecht im Einzelnen. Unter 6. werden Beteiligungs- und Klagerechte erörtert, wobei es um die Geltung allgemeiner Regeln hierzu geht, um den Zweck der Beteiligung Dritter an den Verwaltungsverfahren, dessen Besonderheiten, und die Rechtsschutzmöglichkeiten. Die relevanten Haftungs- und Entschädigungsregelungen sowie die Sicherheitsleistungen stellen den Inhalt des 7. Kapitels dar. Schließlich enthält der achte Abschnitt ein Fazit und die zusammengefassten Handlungsempfehlungen zu den einzelnen vorher behandelten Themen.

Die im Kontext der Weiterentwicklung des Berg- und Bodenabbaurechts ebenfalls diskutierte Frage einer Bedarfsplanung für Bodenschätze wird nicht in diesem ersten Teil des Gutachtens, sondern gesondert in einem zweiten Band behandelt. Inhaltlich wird dort darauf abgezielt, die Regulierung

⁹ Deutsches Ressourceneffizienzprogramm – Programm zur nachhaltigen Nutzung und zum Schutz der natürlichen Ressourcen (Progress I) vom 29.02.2012, S. 34; Progress II vom 02.03.2016, S. 7.

des Abbaus insoweit weiter zu optimieren, dass die jeweiligen Regelungen mit Blick auf die Ermöglichung und Förderung einer ressourcenschonenden Bereitstellung von Rohstoffen ausgerichtet werden. Im Einzelnen werden dabei Aspekte der Substitution von Primär- durch Sekundärrohstoffe, Potentiale zur Verbesserung der Ressourcen- und Energieeffizienz, die Umsetzung eines Konzepts der Kreislaufwirtschaft im Bergbau und bei Abgrabungen durch Wiederverwendung und Verwertung von Abfällen sowie Reststoffen und Abraum sowie die Internalisierung externer Umweltkosten, die durch Extraktion, Aufbereitung und Transport verursacht wurden, in den Blick genommen.

1.2 Begriffsklärungen und Anwendungsbereich des Gutachtens

Die Gewinnung von Bodenschätzen meint nach der Definition des Anwendungsbereichs des Bergrechts in § 2 Abs. 1 Nr. 1 BBergG den Teilaspekt bergbaulicher Tätigkeit, der zwischen dem Aufsuchen und der Aufbereitung von Bodenschätzen liegt. § 4 Abs. 2 BBergG definiert Gewinnen als das „Lösen oder Freisetzen von Bodenschätzen einschließlich der damit zusammenhängenden vorbereitenden, begleitenden und nachfolgenden Tätigkeiten“. Im Hinblick auf die Umweltauswirkungen ist die Gewinnung der folgenreichste Teil der Aktivität.¹⁰ Rohstoffgewinnung im Sinne des zu erstellenden Gutachtens soll jedoch weiter verstanden werden. Umfasst wird jede bergbauliche Aktivität, die im weitesten Sinne mit der Gewinnung von Rohstoffen im Zusammenhang steht, z.B. als Voraussetzung für die eigentliche Gewinnung oder als Folge davon. Der Begriff soll jedoch nicht so weit verstanden werden wie der sehr breit definierte Terminus der Rohstoffnutzung. Hierunter wird jeder Zugriff des Menschen auf Rohstoffe verstanden.¹¹

In dem Gutachten wird vorrangig die Rohstoffgewinnung betrachtet. Andere Ressourcen¹² und Untergrundnutzungen sollen aber insoweit einbezogen werden, wie sie mit dem Rohstoffabbau um geeignete Flächen und Räume konkurrieren oder davon betroffen sind. Teilweise sind die aufgeworfenen Rechtsfragen auf weitere Nutzungen wie beispielsweise Speicher oder der Kies- und Sandabbau übertragbar, so dass diese ebenfalls mit untersucht werden können.

Vorwiegend soll sich die Untersuchung auf mineralische Rohstoffe beziehen. Hierunter wird ein „durch zumeist natürliche Vorgänge entstandener Rohstoff, der – von wenigen Ausnahmen abgesehen – anorganisch und kristallin vorliegt“ verstanden. „Hierzu zählen Gesteine, Salze und Erze.“¹³ Allerdings sollen, soweit dies für die Zwecke der Untersuchung geboten erscheint, auch weitere Ressourcen und Untergrundnutzungen in den Blick genommen werden. Dies gilt namentlich für Speicher, Deponien und Erdwärmennutzungen, die mit Rohstoffgewinnungsvorhaben in Konflikt treten können. Ebenfalls werden Abgrabungen behandelt, die häufig Vorkommen organischer Herkunft betreffen.

Als umweltverträglich kann die Rohstoffgewinnung dann gelten, wenn sie an Umweltschutzziele orientiert ist, wie z.B. Ressourcenschutz, effiziente Flächeninanspruchnahme und Klimaschutz. Anhaltspunkte für eine Definition der Umweltverträglichkeit können die in § 2 Abs. 1 und 2 des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG)¹⁴ definierten Schutzgüter bieten. Dort werden

¹⁰ Zu den möglichen Umweltauswirkungen siehe *Öko-Institut e.V.*, Broschüre „Ressourcenfieber“, 2007, abrufbar unter: <http://www.oeko.de/oekodoc/600/2007-146-de.pdf>, aufgerufen am 10.08.2016; *Sanden/Schomerus/Schulze*, Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012, S. 30 ff.

¹¹ Umweltbundesamt, Glossar zum Ressourcenschutz, 2012, Stichwort „Rohstoffnutzung“.

¹² Zum weitergehenden Ressourcenbegriff s. *Sanden/Schomerus/Schulze*, Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012, S. 15 ff.

¹³ Umweltbundesamt, Glossar zum Ressourcenschutz, 2012, Stichwort „Rohstoff, mineralisch“.

¹⁴ Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. Februar 2010 (BGBl. I S. 94), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 8. September 2017 (BGBl. I S. 3370) geändert worden ist.

als Gegenstand der UVP die „Auswirkungen eines Vorhabens auf „Menschen, insbesondere die menschliche Gesundheit, Tiere, Pflanzen und die biologische Vielfalt, Boden, Wasser, Luft, Klima und Landschaft, kulturelles Erbe und sonstige Sachgüter sowie die Wechselwirkung zwischen den vorgenannten Schutzgütern“ aufgeführt. Umweltauswirkungen“ im Sinne des § 2 Abs. 2 UVPG sind „unmittelbare und mittelbare Auswirkungen eines Vorhabens oder der Durchführung eines Plans oder Programms auf die Schutzgüter. Dies schließt auch solche Auswirkungen des Vorhabens ein, die aufgrund von dessen Anfälligkeit für schwere Unfälle oder Katastrophen zu erwarten sind, soweit diese schweren Unfälle oder Katastrophen für das Vorhaben relevant sind.“¹⁵ Auch der Begriff der umweltverträglichen Rohstoffgewinnung ist daher breit zu verstehen und umfasst alle Auswirkungen derartiger Tätigkeiten auf die genannten Rechtsgüter. Nicht umfasst vom Begriff der Umweltverträglichkeit sind aber sonstige Belange ohne Bezug zur Umwelt. Dies können politische, ökonomische, soziale oder allgemeine ethische Aspekte sein.¹⁶

„Umweltverträgliche“ ist enger zu verstehen als „nachhaltige“ Rohstoffgewinnung. Nachhaltige Ressourcennutzung wird in Anlehnung an den Bericht der Brundtland-Kommission als „Form der Ressourcennutzung, die die Bedürfnisse der gegenwärtigen Generation befriedigt, ohne die Fähigkeit der zukünftigen Generationen zu gefährden, ihre eigenen Bedürfnisse befriedigen zu können“ sowie als „gerechte und ökologisch langfristig tragfähige Ressourcennutzung“ umschrieben.¹⁷ Diese Definition lässt sich auf den Begriff der nachhaltigen Rohstoffgewinnung übertragen. Insbesondere für die Beurteilung der Nachhaltigkeit der Rohstoffgewinnung, aber auch für deren Umweltverträglichkeit, sind potenzielle Verlagerungseffekte zu berücksichtigen.

Die Integration des Ressourcenschutzes in das Recht ist schon Gegenstand einiger Bearbeitungen gewesen.¹⁸ Ressourcenschutz wird definiert als die „Gesamtheit aller Maßnahmen zum Erhalt oder zur Wiederherstellung natürlicher Ressourcen“.¹⁹ Der Begriff geht damit z.T. in eine andere Richtung als der Umweltschutz und die Frage der umweltverträglichen Rohstoffgewinnung, indem damit vor allem eine schonende Ressourceninanspruchnahme gemeint ist.²⁰ Umweltbelange sind aber umgekehrt auch über die Begrifflichkeiten der Ressourcenschonung und der Ressourceneffizienz adressierbar.

Die grundsätzliche Frage, ob eine rechtliche Steuerung des Ressourcenschutzes nicht vielmehr bei der Nutzung von Rohstoffen anstatt bei ihrer Gewinnung anzusetzen hat, soll im Rahmen dieses Gutachtens nicht vertieft untersucht oder beantwortet werden. Für die Zwecke dieses Gutachtens wird von der Annahme ausgegangen, dass die Gewinnung zumindest auch ein geeigneter Anknüpfungspunkt für die umwelt- und ressourcenschonende Steuerung der Rohstoffnutzung ist. Dies liegt daran, dass aus Sicht der Auftragnehmer im Hinblick auf die oftmals großen Umweltauswirkungen der Rohstoffgewinnung, aber auch unter Berücksichtigung der Notwendigkeit der Sicherung von endlichen Rohstoffvorkommen für nachfolgende Generationen, weiterentwickelte ökonomische Instrumente

¹⁵ *Sangenstedt*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 80. EL Mai 2016, § 1 UVPG Rn. 34.

¹⁶ *Von Hammerstein*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 52 Rn. 74.

¹⁷ Umweltbundesamt, Glossar zum Ressourcenschutz, 2012, Stichwort „Ressourcennutzung, nachhaltige“.

¹⁸ Dazu ausführlich auch *Sanden/Schomerus/Schulze*, Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012; *Roßnagel/Hentschel*, Rechtliche Instrumente des allgemeinen Ressourcenschutzes, 2017.

¹⁹ Umweltbundesamt, Glossar zum Ressourcenschutz, Januar 2012, abrufbar unter:

<https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/publikation/long/4242.pdf>, aufgerufen am 11.08.2016.

²⁰ Siehe dazu *Sanden/Schomerus/Schulze*, Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012, S. 20 ff., wonach die Ressourcenschonung das Kernelement des Ressourcenschutzes ist; vgl. auch *Schulze/Keimyer*, Ansätze zur Anpassung ausgewählter bergrechtlicher Regelungen unter besonderer Berücksichtigung einer schonenden Ressourceninanspruchnahme, März 2014, S. 5.

und gesetzliche Regelungen auch die raumplanerische Sicherung von Lagerstätten und Zulassung von Gewinnungsbetrieben adressieren sollten. Diese Ansicht findet in der Literatur Anklang, indem unter anderem die Schaffung eines umfassenden Ressourcenschutzrechtes vorgeschlagen wird.²¹ Die beteiligten Akteure sollten darauf hinwirken, dass sich die Rohstoffentnahme unterhalb kritischer Belastungsschwellen bzgl. der Umweltinanspruchnahme abspielt. Die effiziente Nutzung von Ressourcen in der (Weiter-)Verarbeitung hingegen berührt primär Rechtsbereiche, die nicht Gegenstand des Forschungsauftrages sind. Allerdings wird zum Teil bei der Diskussion der Ressourceneffizienz der Rohstoffgewinnung auch auf derartige Aspekte mit eingegangen.

Gewisse Zurückhaltung ist auch bei der Frage möglicher Verlagerungseffekte angebracht. Zwar muss in den Blick genommen werden, dass eine stärkere inländische Umweltregulierung zur Begrenzung der Entnahme auf nationaler Ebene, und damit bei gleicher oder steigender Nachfrage zur Zunahme von Importen führen kann. Dies kann eine Verlagerung von Umweltbelastungen in das Ausland zur Folge haben.²² Jedoch kann dieses Argument dazu verleiten, jegliche Verbesserungen in Richtung auf eine umweltverträglichere Rohstoffgewinnung zu blockieren. Derartige potenzielle Verlagerungseffekte sind nicht Gegenstand dieses Gutachtens und müssen an anderer Stelle adressiert werden, insbesondere im Rahmen eines innovativen und integrativen Konzepts einer nachhaltigen Ressourcennutzung.²³

2 Methodisches Vorgehen

Um Anknüpfungspunkte für die Berücksichtigung von Umweltbelangen im Recht der Rohstoffgewinnung zu suchen, ist zunächst eine Analyse der bereits jetzt nach Recht und Rechtsprechung nutzbaren Ansätze erforderlich. Der Schwerpunkt der rechtlichen Analyse liegt dabei auf dem Bundesrecht. Für die Fragestellung relevante spezifische landesrechtliche Regelungen werden jedoch exemplarisch in die Betrachtung mit einbezogen (z.B. die Landesabgrabungsgesetze, vgl. 4.1).

Grundsätzlich herrscht bereits nach der aktuellen Gesetzeslage eine große Zersplitterung von Normen, die auf die Ressourcengewinnung Anwendung finden.²⁴ Dies äußert sich z.B. in dem Erfordernis verschiedener nebeneinander anwendbaren Genehmigungsverfahren nach unterschiedlichen Gesetzen und wird akzentuiert durch Übergangsregelungen aufgrund des Einigungsvertrags,²⁵ die nur für die neuen Bundesländer gelten.

Die Literatur- und Rechtsanalyse setzt dabei (vgl. unter Kapitel 1) schwerpunktmäßig bei den folgenden Bereichen der Rohstoffgewinnung an:

- ▶ **Metallerzbergbau**, unterfällt nach § 3 Abs. 1 S. 1 BBergG dem Bergrecht
- ▶ **Bohrlochbergbau** zur Aufsuchung, Gewinnung und Aufbereitung von Öl und Gas unterfällt nach § 3 Abs. 3 BBergG dem Bergrecht;
- ▶ **Kali- und Salzgewinnung**: unterfallen nach § 3 Abs. 1 S. 1 BBergG dem Bergrecht.

²¹ *Roßnagel/Hentschel*: Rechtliche Instrumente des allgemeinen Ressourcenschutzes, S. 285 ff.

²² Weiterführend zu Verlagerungseffekten *Ekarde/Klinski/Schomerus*, Konzept für die Fortentwicklung des deutschen Klimaschutzrechts, 2015, S. 63 ff.; kurz angesprochen auch bei BMUB, Deutsches Ressourceneffizienzprogramm II, 2016, S. 44.

²³ Dazu etwa *Sanden/Schomerus/Schulze*, Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012, S. 21 ff.

²⁴ Auch für die rechtliche Verankerung des Ressourcenschutzes wird dies von *Roßnagel/Hentschel*: Rechtliche Instrumente des allgemeinen Ressourcenschutzes, ebenfalls angemerkt und daher ein Stammgesetz zum Ressourcenschutz sowie sektorspezifische Fachregelungen vorgeschlagen.

²⁵ Vgl. z.B. *Keienburg*, in: *Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen*, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anh. § 57c Rn. 7.

- ▶ **Braunkohletagebau:** unterfällt nach § 3 Abs. 1 S. 1 BBergG dem Bergrecht;
- ▶ **Kies-, Sand- und Natursteinabbau:** unterfällt nicht dem Bergrecht, da es sich weder um bergfreie noch grundeigene Bodenschätze im Sinne von § 3 BBergG handelt;²⁶

Dabei soll auf diejenigen Nutzungen, die keine Gewinnung von Rohstoffen zum Gegenstand haben, nur insoweit eingegangen werden, als sie mit dem Rohstoffabbau konkurrieren oder sie dem Rohstoffabbau vergleichbare Umweltauswirkungen nach sich ziehen.²⁷ Diese sind insbesondere:

- ▶ Vorhaben zu **Ablagerung** von z.T. toxisch belasteten Betriebsstoffen in stillgelegten Anlagen unter Tage,
- ▶ Vorhaben zur **Speicherung** von Energieträgern (flüssig, gasförmig) in geeigneten geologischen Strukturen (z.B. ausgeförderte Erdgaslagerstätten, Salzkavernen etc.) sowie
- ▶ Vorhaben zur Nutzung von **Erdwärme:** Erdwärme gilt nach § 3 BBergG als bergfreier Bodenschatz.

Der Untersuchung liegt im Allgemeinen die Annahme zugrunde, dass auch behördlich genehmigte Tätigkeiten des Rohstoffabbaus unterschiedliche und zum Teil erhebliche Umweltauswirkungen hervorrufen können.²⁸

Zum Abgleich der gefundenen Ergebnisse der Literatur- und Rechtsanalyse wurden anschließend Interviews durchgeführt. Sie dienten der Erhöhung der Praxisrelevanz der in diesem Vorhaben entwickelten Handlungsempfehlungen.

Die Ergebnisse der Interviews sind in die Bewertung der Literatur und Rechtsanalyse in Form von farbig gekennzeichnete und thematisch eingeordnete Exkurskästen eingeflossen (s.u.). Grund ist, dass eine Trennung der Literatur- und Rechtsanalyse von den Erfahrungen in der Praxis für eine Gesamtbewertung der Berücksichtigung von Umweltbelangen nachteilig wäre und dem Ziel des Gutachtens damit zuwiderlaufen würde. Die Exkurskästen sind wiederum aufgeteilt nach Akteursgruppen (Vorhabenträger, Umweltseite, Behörden).

Das Projekt wurde zudem von einem Expertenbeirat begleitet, der aus einem breiten Stakeholderfeld zusammengesetzt wurde: In ihm waren Rechtswissenschaftler*innen, Vertreter*innen aus der einschlägigen Verwaltung sowie einschlägig mit der Materie befassten Rechtsanwält*innen sowie Mitarbeiter*innen des Bundesumweltministeriums und Bundeswirtschaftsministeriums sowie des Umweltbundesamtes und der Bundesanstalt für Geowissenschaften und Rohstoffe vertreten. Deren Hinweise und Empfehlungen zur Analyse sowie der Ausgestaltung, Bewertung und Gewichtung von Handlungsempfehlungen wurden von den Autoren berücksichtigt. Die Verantwortung für den Inhalt dieses Berichts und der Handlungsempfehlungen liegt bei den Autoren.

2.1 Methodisches Vorgehen in der Befragung

Die Befragung der Akteure wurde anhand von leitfadengestützten Experteninterviews durchgeführt. Leitfadengestützte Interviews wurden mit Gesprächspartnern geführt, die aufgrund ihres Status (im vorliegenden Fall zumeist als Vertreter von Behörden) fachliche Expertise aufzuweisen haben und nicht als Privatpersonen, sondern vielmehr als Wissensinhaber kraft ausgeübter Tätigkeit für spezielle fachliche Zusammenhänge angesprochen wurden. Das Erkenntnisinteresse lag in der Gewinnung

²⁶ Von Hammerstein, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 3 Rn. 1 f.

²⁷ In AP 3 wird verstärkt auf den Ausgleich von Nutzungskonflikten durch eine Bedarfsplanung eingegangen.

²⁸ So bereits Sanden/Schomerus/Schulze, Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012, S. 30.

von Fakteninformationen in narrativer Form. Dabei handelt es sich im Gegensatz zu theoriegenerierenden Experteninterviews um Interviews, die systematisieren und tiefer gehende Auskünfte über eine Sach- und Faktenlage geben sollen.

Das Vorgehen folgt dabei einem qualitativ-interpretativen Verständnis. Dabei besteht der Anspruch der Befragung nicht vordergründig darin, aufgrund der erhobenen Daten Rückschlüsse auf einzelne Verfahren und Planungen zu gewinnen. Vielmehr werden – da diese Ebene qualitativ angelegt ist – typische Muster, Einschätzungen der Akteure und zugrundeliegende Motive untersucht. Nicht die statistische Repräsentativität ist hier zielführend, sondern vielmehr die Möglichkeit der Verallgemeinerung und Relevanzsetzung sowie das Bestimmen relevanter Faktoren (beispielsweise typische Anreize und Hemmnisse der befragten Akteure oder bestimmte Merkmale des Verwaltungshandelns wie der Rückgriff auf informelle Verfahren).

Die Interviews wurden zum größten Teil im Rahmen eines Telefongesprächs geführt. Vonseiten der Auftragnehmer waren stets zwei Personen an den Interviews beteiligt. Hierbei übernahm eine Person v.a. die Gesprächsführung, die jeweils andere Person übernahm die Protokollierung und behielt den Gesamtüberblick. Auf Basis der Gesprächsnotizen und der -protokolle wurden die mit den beteiligten Akteuren geführten Interviews explorativ und exemplarisch auf die forschungsleitenden Fragestellungen hin untersucht. Die zentralen Aussagen der Interviews wurden dann in die Literatur- und Rechtsanalyse ergänzt und die dort zuvor getroffenen Aussagen z.T. verändert, relativiert oder verstärkt.

2.2 Auswahl der Befragten und Konzeption der Leitfragen

2.2.1 Auswahl der Befragten

Befragt wurden Akteure aus folgenden Funktionszusammenhängen und Tätigkeitsbereichen:

- ▶ Sechs ausgewählte Vorhabenträger (V1 bis V6) aus den Sektoren Braunkohle, Steinkohle, Erdgas, Erdöl sowie Speicherung von Energieträgern, Kali- und Salz;
- ▶ vier ausgewählte Vorhabenträger (VA bis VD) grundeigener Bodenschätze (allgemein, Quarz, Gips, Ton);
- ▶ neun Vertreter*innen von Umweltverbänden sowie Rechtsanwälte, die im Rohstoffbereich Umweltverbände vertreten sowie ein*e freie*r Sachverständige*r für Bergbau bzw. Bergschäden (Markscheider*in) (UV1 bis UV10);
- ▶ drei Vertreter*innen von Bergämtern aus verschiedenen Bundesländern sowie eine Vertreter*in der Fachaufsicht der Bergbehörden eines Landesministeriums (B1 bis B4).
- ▶ eine Vertreter*in einer oberen Wasserbehörde (B5) sowie eine Vertreter*in eines Staatlichen Geologischen Dienstes (B6).

Die Befragten wurden zum Teil in Zusammenarbeit und auf Empfehlung des Projektbeirats ausgewählt. Auch wenn stets darauf geachtet wurde, ein Gleichgewicht zwischen den Bundesländern oder auch zwischen verschiedenen Sektoren des Rohstoffabbaus zu realisieren, ließ sich dies nicht uneingeschränkt umsetzen.

2.2.2 Konzeption und Systematik der Leitfragen

Die Leitfragen orientierten sich an der Systematik der Rechts- und Literaturanalyse. In Anlehnung an diesen Teil wurden acht Fragenblöcke gebildet (Einleitung und allgemeine Information, Bergbauberechtigung und Betriebsplanzulassung, Grundabtretung, Abgrabungsrecht i. e. S. und sonstiges Recht für Abgrabungen, Raumordnungsrecht, Beteiligungs- und Klagerechte, Sicherheitsleistungen, Haftung und Entschädigung, Bedarfsplanung). Innerhalb der Fragenblöcke wurden die zentralen Erkenntnisse der Literatur- und Rechtsanalyse als Fragen aufbereitet. Die Fragen unterschieden sich nur geringfügig, je nachdem wer auf Befragtenseite stand (Vorhabenträger, Umweltseite, Behörden)

und nur dort, wo einige Fragen an die Befragten allein aufgrund ihres Tätigkeitsbereichs keinen Sinn machten.

2.3 Grundsätzliche Beobachtungen bei der Auswertung der Interviews

Die Einschätzungen der Interviewpartner sind auch unter Berücksichtigung der Zugehörigkeit zu den verschiedenen Akteursgruppen einzuordnen und zu bewerten. Die befragten Akteure fühlen sich naturgemäß unterschiedlichen Interessen verpflichtet. Diese sind in den hier vorherrschenden Konstellationen vor allem durch den beruflichen Kontext und die damit in Verbindung stehenden Erfahrungen geprägt. Daraus ergeben sich wiederum typische Wahrnehmungsmuster.

Grundsätzlich war zu beobachten, dass die interviewten Umweltverbände allein aufgrund ihrer nur selten verfahrensrechtlich abgesicherten Position in bergrechtlichen Zulassungsverfahren nur begrenzt Detailkenntnisse aufweisen (z.B. zur Beteiligung von Fachbehörden oder auch zum Inhalt der Haupt- oder Sonderbetriebspläne). Anders war dies dort, wo sie selbst Verfahren durchgeführt haben oder mit Betroffeneninitiativen zusammengearbeitet haben. Diese Feststellung ist im Hinblick auf den Forschungsgegenstand – Instrumente einer umweltverträglichen Rohstoffgewinnung – besonders erwähnenswert, denn steht die zunehmende Berücksichtigung von Umweltbelangen in Vorhaben der Rohstoffgewinnung im Raum, muss auch darüber nachgedacht werden, wer sich für diese Belange einsetzen und sie durchsetzen kann. In dieser Hinsicht sind bei Umweltverbänden nur begrenzte Ressourcen vorzufinden, es werden nicht alle aus Umweltschutzsicht bedenklichen Fälle vor Gericht gebracht, sondern nur einzelne besonders erfolgsversprechende Verfahren geführt. Dies ist auf Seiten der Vorhabenträger auch bekannt und bewusst, sodass dort z.B. keine Flut von Verfahren durch die Änderung des Umweltrechtsbehelfsgesetzes erwartet wird, auch wenn dies den anerkannten Umweltverbänden weitergehende Klagerechte zuweist.

3 Gewinnung von Bodenschätzen nach dem Bergrecht²⁹

Das BBergG ist als Wirtschaftsrecht konzipiert, welches den Abbau von Rohstoffen ermöglichen soll. Der Schwerpunkt der gesetzlichen Regelungen liegt darin, die Durchführung von Abbauvorhaben zu fördern. Die damit einhergehenden Auswirkungen für anderweitige Interessen und Belange – insbesondere Umweltbelange – werden im BBergG dagegen kaum (ausdrücklich) behandelt. Beeinträchtigungen von bergbaubedingt betroffenen Rechten Dritter sollen finanziell ausgeglichen werden (Prinzip des „Dulde und liquidiere“); eine Realisierung der Auswirkungen abwehren zu können, ist dagegen in Wortlaut und Systematik des Gesetzes kaum vorgesehen. Dies steht im Kontrast mit der Feststellung, dass der Bergbau mit weitreichenden Umweltbeeinträchtigungen einhergeht. Es bedurfte der – inzwischen reichhaltig ergangenen – Rechtsprechung, um die Anwendbarkeit einzelner Vorschriften des BBergG in Bezug auf eine erweiterte Beachtung von rechtlichen Interessen Dritter und von öffentlichen Belangen (z.B. des Umweltschutzes) zu erkennen bzw. eine solche Rechtsauslegung vorzugeben.

Der Anwendungsbereich des BBergG erfasst neben der Aufsuchung, Gewinnung und Aufbereitung von Bodenschätzen auch andere Nutzungen des Untergrundes, wie z.B. die Errichtung von Untergrundspeichern (vgl. § 126 BBergG) oder die Nutzung zur Gewinnung von Erdwärme (vgl. § 3 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 lit. b BBergG).

Die nachfolgende Untersuchung folgt dem Aufbau des BBergG, der sich an den zu durchlaufenden Verfahren zur Genehmigungen einer Rohstoffgewinnung orientiert. Zunächst wird auf den Zweck des

²⁹ Mit dem Begriff des Bergrechts ist in dem vorliegenden Gutachten der Anwendungsbereich des BBergG in Abgrenzung zu Vorhaben, die außerhalb des Anwendungsbereichs des BBergG liegen (dazu unter 4), gemeint.

BBergG (dazu unter 3.1) und auf den Anwendungsbereich (dazu unter 3.2) eingegangen. Anschließend wird das bergrechtliche Regelungsregime nach Zulassung von Vorhaben (dazu unter 3.3, 3.5 und 3.8) über die Ausübung der Gewinnungstätigkeit (dazu unter 3.6) bis hin zur Beendigung der Gewinnungstätigkeit (dazu unter 3.9 und 3.10) auf Anknüpfungspunkte und Defizite für die Berücksichtigung von Umweltbelangen untersucht. Anschließend wird auf die Zulassung anderer Vorhaben nach dem Bergrecht (dazu unter 3.11) eingegangen.

3.1 Zweck des BBergG

In § 1 werden die Zwecke des BBergG benannt. Durch solche Zweckbestimmungen werden die einzelnen Vorschriften eines Gesetzes in einen Gesamtkontext gestellt. Die in den Zweckbestimmungen zum Ausdruck kommenden Ziele und Wertungen des Gesetzgebers sind als Auslegungskriterien bei der Anwendung von einzelnen Bestimmungen zu beachten.³⁰ In seiner gegenwärtigen Fassung benennt § 1 BBergG in Nr. 1 die Sicherung der Rohstoffversorgung als Hauptzweck des Gesetzes. Die weiteren in Nr. 1 bis 3 BBergG genannten Zwecke stehen ersichtlich im Kontext der Rohstoffgewinnung und flankieren diesen. Belange des Umweltschutzes werden dabei in § 1 Nr. 1 BBergG nur unter dem Aspekt des „sparsame[n] und schonende[n] Umgang[s] mit Grund und Boden“ angesprochen. Über ein Ziel der Minimierung der Flächeninanspruchnahme³¹ hinaus sind anderweitige Umweltbelange hierüber aber schwerlich inkludiert. Auch der in § 1 Nr. 1 BBergG angesprochene Lagerstätten-schutz meint nicht den nachhaltigen Umgang mit vorhandenen Lagerstätten, sondern den Schutz der Lagerstätte vor Beeinträchtigungen von außen.³² Weiterer Anknüpfungspunkt ist in mittelbarer Hinsicht ggf. § 1 Nr. 3 BBergG, der den Schutz vor Gefahren für Leben und die Gesundheit Dritter und damit die v.a. technische Sicherheit des Bergbaus als weiteren Gesetzeszweck nennt. Umweltbelange und eine umfassende Prävention in ökologischer Hinsicht sind hierin mittelbar als Teilaspekt enthalten,³³ da Umweltschäden auch Gesundheitsschäden nach sich ziehen können. Durch diese angelegte Langfristigkeit im Gesetzeszweck sowohl in Nr. 1 als auch in Nr. 3 wird auch vertreten, dass dadurch bereits eine ökologische Betrachtung und der umweltschonende Abbau erfasst seien.³⁴

Es wird jedoch deutlich, dass der Umweltschutz nicht ausdrücklich zu den in § 1 BBergG genannten Gesetzeszwecken gehört, da im Vordergrund vielmehr der Hauptzweck der Sicherung der Rohstoffversorgung als Wirtschaftsfaktor steht.³⁵ Gerade auch im Hinblick auf die Staatszielbestimmung in Art. 20a GG sowie das EU-Recht (s. hier v.a. die Umweltbestimmung in Art. 191 Abs. 1 lit. 3 AEUV)³⁶ dürfte es geboten sein, die Sicherung einer explizit umweltverträglichen und auch die Ressourcenschonung in den Blick nehmenden Rohstoffversorgung gesetzlich an prominenter Stelle in § 1 BBergG zu verankern. In anderen Gesetzen – z.B. Kohlendioxid-Speicherungsgesetz (KSpG)³⁷,

³⁰ Von Hammerstein, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 1 Rn. 1.

³¹ Von Hammerstein, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 1 Rn. 9.

³² Schulze/Keimeyer, Ansätze zur Anpassung ausgewählter bergrechtlicher Regelungen unter besonderer Berücksichtigung einer schonenden Ressourceninanspruchnahme, März 2014, S. 1.

³³ Frenz, DVBl. 2016, 679 (679).

³⁴ Frenz, DVBl. 2016, 679 (679).

³⁵ Von Hammerstein, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 1 Rn. 2. Dies führt u.a. auch dazu, dass dem BBergG die Annahme der Erforderlichkeit eines Bergbauvorhabens zugrunde liegt und dies nicht weiter geprüft wird, siehe dazu z.B. Teßmer, Rechtsgutachten: Vorschläge zur Novellierung des deutschen Bergrechts im Auftrag der Bundesfraktion von Bündnis 90/Die Grünen, 2009, S. 4, und ist auch der Grund dafür, dass dem Bergbau ein Vorrang z.B. gegenüber dem Oberflächeneigentum eingeräumt wird, vgl. m.w.N. Ludwig, DVBl. 2016, 685 (685).

³⁶ So auch Frenz, DVBl. 2016, 679 (679).

³⁷ Kohlendioxid-Speicherungsgesetz vom 17. August 2012 (BGBl. I S. 1726), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 10 des Gesetzes vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2808) geändert worden ist.

Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG)³⁸, Energiewirtschaftsgesetz (EnWG)³⁹, Abgrabungsgesetz NRW (AbgrG NRW)⁴⁰ – ist dies bereits vollzogen.⁴¹ Dies ist für die Abgrabungsgesetze z.T. anders, da sie sich zwar auch speziell auf den Abbau von Rohstoffen beziehen, aber gerade auch in den Kontext des Natur- und Landschaftsschutzes einzuordnen sind.⁴² Auch das BImSchG wird, neben seiner traditionellen Funktion als Wirtschaftsverwaltungsrecht, mittlerweile auch aufgrund seiner Funktion („Schutz vor Immissionen“) dem Umweltrecht zugeordnet.⁴³ Im BImSchG ist die Grundannahme ebenfalls die Ermöglichung, nicht die Verhinderung, der wirtschaftlichen Tätigkeit, die als solche gar nicht mehr im Gesetzeszweck genannt wird. Ausgehend von dieser Grundannahme wird der Zweck des Gesetzes vielmehr auf die Vermeidung der schädlichen Umwelteinwirkungen konzentriert (§ 1 Abs. 1 BImSchG). Als weiteres Beispiel kann das EnWG, ebenfalls Teil des Wirtschaftsverwaltungsrechts, herangezogen werden. Auch hier wird die gewünschte Tätigkeit, die Versorgung der Allgemeinheit mit Energie, als notwendig angesehen. Trotzdem stellt der Gesetzeszweck die Sicherheit der Energieversorgung mit der Umweltverträglichkeit der Energieversorgung gleich. Die Zwecksetzung des BBergG bleibt im Vergleich hierzu zurück. Dabei ist zumindest die Sicherung der Energieversorgung in der Bedeutung vergleichbar mit der Sicherung der Rohstoffversorgung, hängt doch ein großer Teil der Energieversorgung in Deutschland vom Abbau fossiler Rohstoffe ab. Zudem werden mit der Umstellung auf erneuerbare Energien künftig vermehrt mineralische Rohstoffe benötigt. Vor diesem Hintergrund würde die Aufnahme von Aspekten des Umweltschutzes in den Gesetzeszweck des BBergG ersichtlich nichts an der kompetenzrechtlichen Zuordnung des Gesetzes ändern. Das BBergG würde aufgrund einer Betonung oder Versträrkung der Anforderung an bergbauliche Tätigkeiten im Hinblick auf die Beachtung von Anforderungen des Umweltschutzes ebensowenig wie die vorgenannten Gesetzesbeispiele unter eine andere Gesetzgebungskompetenz fallen. Eine entsprechende Änderung hätte an mehreren Stellen eine Auswirkung auf das bergrechtliche Normengefüge (insbesondere im Rahmen der Auslegung und im Rahmen der Ermessens- und Sollvorschriften,⁴⁴ aber

³⁸ Bundes-Immissionsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Mai 2013 (BGBl. I S. 1274), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2771) geändert worden ist.

³⁹ Energiewirtschaftsgesetz vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, 3621), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 17. Dezember 2018 (BGBl. I S. 2549) geändert worden ist.

⁴⁰ Gesetz zur Ordnung von Abgrabungen (Abgrabungsgesetz) NRW in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. November 1979 zuletzt geändert durch Artikel 14 des Gesetzes vom 15. November 2016 (GV. NRW. S. 934); vgl. § 1 KSpG oder § 1 Abs. 1 BImSchG.

⁴¹ Siehe hierzu auch den konkreten Vorschlag in *Umweltbundesamt*, Umweltverträgliche Nutzung des Untergrundes und Ressourcenschonung, November 2014 (Positionspapier Langfassung), S. 24; für eine Änderung im Hinblick auf Ressourcenschonung vgl. *Schulze/Keimeyer*, Ansätze zur Anpassung ausgewählter bergrechtlicher Regelungen unter besonderer Berücksichtigung einer schonenden Ressourceninanspruchnahme, März 2014, S. 6. Andere sehen jedoch gerade kein Regelungsdefizit und verweisen auf die umweltrechtlichen Anforderungen an bergbauliche Aktivitäten, die sich aus anderen Gesetzes ergeben, vgl. *von Hammerstein*, in: *Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen*, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 1 Rn. 12. Allgemein zu Art. 20a GG auch *Sanden/Schomerus/Schulze*, Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012, S. 127 ff.

⁴² *Büllesbach*, Die rechtliche Beurteilung von Abgrabungen nach Bundes- und Landesrecht, 1994, S. 284 f., u.a. mit Verweis auf die Gesetzesbegründung.

⁴³ *Jarrass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, Einl Rn. 7, 9.

⁴⁴ Für das BImSchG *Jarrass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 1 Rn. 1.

auch bei der Erteilung von Nebenbestimmungen⁴⁵⁾ ohne zugleich konkrete Rechte und Pflichten zu begründen und wäre dennoch nicht nur eine bloße programmatische Aussage.⁴⁶⁾

⁴⁵⁾ So ist für die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen nach § 36 Abs. 3 VwVfG der Gesetzeszweck von Bedeutung, sodass hier insbesondere auf den Förderzweck verwiesen wird, vgl. *Kühne*, in: *Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen*, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 16 Rn. 15.

⁴⁶⁾ *Schulze/Keimeyer*, Ansätze zur Anpassung ausgewählter bergrechtlicher Regelungen unter besonderer Berücksichtigung einer schonenden Ressourceninanspruchnahme, März 2014, S. 6.

Zwischenfazit und Handlungsempfehlung

Eine naheliegende Anpassung des BBergG betrifft die Verankerung einer Vorsorgeklausel zur Berücksichtigung des Umwelt- und Ressourcenschutzes im Gesetzeszweck in § 1 BBergG. Diese einseitige Ausrichtung des Gesetzeszwecks genügt den gestiegenen Anforderungen an die gesetzliche Ordnung neuer oder künftig intensiverer Nutzungen des Untergrunds oder zur Gewinnung abiotischer Bodenschätze nicht mehr. Die Veränderung der politischen Prioritäten seit der Verabschiedung des BBergG im Jahr 1980 hin zu einer Berücksichtigung von Umweltbelangen korrespondiert mit einer grundlegenden Veränderung der rechtlichen Rahmenbedingungen und ist vor dem Hintergrund des Staatsziels Umweltschutz in Art. 20a GG⁴⁷ schon aus verfassungsrechtlichen Gründen angezeigt. Dem entspricht es, dass sich moderne Gesetze des Wirtschaftsverwaltungsrechts in ihrer teleologischen Ausrichtung auch am Belang des Umweltschutzes orientieren – Umweltschutz wird also gerade nicht mehr als fachrechtliche Sonderproblematik verstanden, sondern als übergeordneter Belang. Der immer noch einseitig an der Rohstoffförderung orientierte Gesetzeszweck steht auch mit der mittlerweile vielfach erfolgten richterrechtlichen Weiterentwicklung des Bergrechts zur Berücksichtigung von Belangen wie dem Umweltschutz innerhalb des bergrechtlichen Prüfprogramms⁴⁸ nicht im Einklang. Auch die behördliche Praxis berücksichtigt diese Rechtsfortbildung, so dass eine entsprechende Weiterentwicklung des Gesetzeszwecks in vielerlei Hinsicht lediglich eine Kodifizierung der ohnehin bereits bestehenden Praxis darstellt.⁴⁹ Die gesetzliche Zweckbestimmung sollte daher um Umweltbelange und solche des Ressourcenschutzes erweitert werden.⁵⁰

Eine Anpassung des Gesetzeszwecks hätte eine Reihe von Konsequenzen: Die gesetzliche Zweckbestimmung gibt die Zielvorstellungen des Gesetzgebers wieder und kommt als Auslegungsregel bei der Gesetzesanwendung zur Geltung, sie wird im Rahmen der Ermessens- und Sollvorschriften,⁵¹ aber auch bei der Erteilung von Nebenbestimmungen⁵² bedeutsam. Der Gesetzeszweck stellt für das in den konkreteren Regelungen des Gesetzes festgelegte Prüfprogramm also eine praktisch wichtige Weichenstellung dar. Eine Erweiterung des Gesetzeszwecks um Umweltbelange dürfte sich im Vergleich zur Lage *de lege lata* im Sinne einer gegenüber den bereits erfolgten Anpassungen durch die Praxis weiter wachsenden Berücksichtigung von Belangen des Umwelt- und Ressourcenschutzes nieder-

⁴⁷ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13.07.2017 (BGBl. I S. 2347) geändert worden ist.

⁴⁸ So hat das BVerfG explizit festgestellt, dass außerbergrechtliche Belange (auch Umweltbelange) im Rahmen einer Gesamtabwägung zugunsten der Betroffenen an irgendeiner Stelle des Genehmigungsverfahrens eingestellt werden müssen, *BVerfG*, Urt. v. 17.12.2013, Rs. 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08. Belange mit normativer Anknüpfung im Umweltrecht als öffentliche Belange wurden von der Rechtsprechung im Rahmen von § 48 Abs. 2 BBergG berücksichtigt, sofern sie nicht im Rahmen eines eigenständigen Genehmigungsverfahrens zur Geltung kamen.

⁴⁹ Vor dem Hintergrund dieser Praxis und der geschilderten richterrechtlichen Vorgaben geht auch die Kritik, durch eine Erweiterung des Gesetzeszwecks werde eine Überschneidung mit anderen Vorschriften des medialen Umweltschutzes und eine „doppelte Abprüfung“ umweltschutzspezifischer Erwägungen erfolgen, fehl: durch die Zweckbestimmung werden bereits bestehende Anforderungen, insbesondere an die bei der Ausfüllung behördlicher Entscheidungsspielräume zu berücksichtigenden Interessen und Belange, kodifiziert.

⁵⁰ Eine Klarstellung, dass das Bergrecht auch ein Umweltgesetz ist, würde auch von Wirtschaftsvertretern begrüßt werden, wie einer Stellungnahme des Bundesverbands Erdgas, Erdöl und Geoenergie e. V. zu dem betreffenden Vorschlag der Verfasser zu entnehmen ist. Allerdings spricht sich die E&P-Industrie dafür aus, als Gesetzeszweck die Förderung der Rohstoffversorgung weiterhin beizubehalten. Damit könnte die heute bereits gelebte praktische Konkordanz von Umweltschutz und Rohstoffversorgung auch im Bergrecht ihren normativen Niederschlag finden.

⁵¹ Für das BImSchG *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 1 Rn. 1.

⁵² So ist für die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen nach § 36 Abs. 3 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) der Gesetzeszweck von Bedeutung, sodass hier insbesondere auf den Förderzweck verwiesen wird, vgl. *Kühne*, in: *Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen*, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 16 Rn. 15.

schlagen. So wird durch die weitgehende Begrenzung des Gesetzeszwecks auf ökonomische Belange die Erforderlichkeit von Bergbauvorhaben weiterhin unabhängig von Vorsorgeerwägungen ohne weiteres vorausgesetzt.⁵³ Die gleichrangige Aufnahme ökologischer Belange als übergeordneter Gesetzeszweck würde die entsprechenden Zulassungen unter einen demgegenüber erhöhten Rechtfertigungsvorbehalt stellen. Die einseitige teleologische Ausrichtung des BBergG wird auch als ein Grund dafür angeführt, dass dem Bergbau ein Vorrang z.B. gegenüber dem Oberflächeneigentum eingeräumt wird.⁵⁴ Eine Veränderung der Gesetzgebungskompetenzen für das Bergrecht ist wegen der Neujustierung des Gesetzeszwecks dagegen nicht zu erwarten. Der Bergbau ist schon ausweislich des Wortlauts des Art. 74 Nr. 11 GG als Teil des konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes unterfallenden Rechts der Wirtschaft zu behandeln. Eine Eröffnung weiterer Kompetenztitel neben Art. 74 Nr. 11 GG dürfte in Anbetracht der durch die Rechtsprechung des BVerfG konkretisierten Abgrenzungskriterien kaum in vertretbarer Weise anzunehmen sein: Kommen mehrere Kompetenzbereiche in Betracht, ist demnach aus dem Regelungszusammenhang zu erschließen, wo die Regelungen ihren Schwerpunkt haben; bei Teilregelungen wird auf die Verzahnung mit dem Gegenstand der Gesamtregelung abgestellt.⁵⁵ Der wirtschaftsrechtliche Schwerpunkt der Regelungen des Bergrechts wird durch die – durch die Praxis ja zudem längst vorweggenommene – ergänzende Aufnahme übergeordneter Belange des Ressourcen- und Umweltschutzes in den Gesetzeszweck nicht zur Disposition gestellt.⁵⁶

Die Forderung nach einer entsprechenden Novellierung ist bereits mehrfach erhoben worden.⁵⁷ Hier wird in Anlehnung daran und in Orientierung an der Formulierung gesetzlicher Zweckbestimmungen in modernen umweltrechtlichen Normen⁵⁸ folgende Neuformulierung vorgeschlagen:

§ 1 BBergG (neu): „Zweck dieses Gesetzes ist es,

1. zur Sicherung der nachhaltigen Rohstoffversorgung das Aufsuchen, Gewinnen und Aufbereiten von Bodenschätzen sowie sonstige Tätigkeiten und Einrichtungen im Geltungsbereich dieses Gesetzes unter Berücksichtigung ihrer Standortgebundenheit sowie des Umwelt-, Ressourcen- und Lagerstättenschutzes bei sparsamem und schonendem Umgang mit unterirdischen Räumen, Grund und Boden zu ordnen **und zu fördern**,
2. die Sicherheit der Betriebe und der Beschäftigten des Bergbaus zu gewährleisten,

⁵³ Teßmer, Rechtsgutachten: Vorschläge zur Novellierung des deutschen Bergrechts im Auftrag der Bundesfraktion von Bündnis 90/Die Grünen, 2009, S. 4.

⁵⁴ Vgl. m.w.N. Ludwig, Der Schutz des Oberflächeneigentums in der Vorhabenzulassung nach dem BBergG, DVBl. 2016, 685 (685).

⁵⁵ BVerfGE 97, 228 (251 f.).

⁵⁶ Aus diesem Grund ist auch nicht anzunehmen, dass mit der Ergänzung des Gesetzeszwecks nunmehr eine Abweichungskompetenz der Länder etwa gemäß § 72 Abs. 3 Nr. 2, Nr. 3 oder Nr. 4 GG entstehen würde. Eine Änderung des Zwecks sorgt daher nicht dafür, dass das Recht des Bergbaus nun als Raumordnungs- oder Naturschutzrecht einzuordnen würde.

⁵⁷ Schulze/Keimeyer: PolRes AP 2 – Politikansätze und -instrumente, Implementationsanalyse Nr. 2: Ansätze zur Anpassung ausgewählter bergrechtlicher Regelungen unter besonderer Berücksichtigung einer schonenden Ressourceninanspruchnahme, Projekt im Auftrag des Bundesumweltministeriums und des Umweltbundesamtes, FKZ: 3711 93 103, 2014, S. 6; Roßnagel/Hentschel: Rechtliche Instrumente des allgemeinen Ressourcenschutzes, S. 101; siehe auch § 328 KomE-UGB; a. A.: von Hammerstein, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 2 Rn. 12 m.w.N.

⁵⁸ Siehe § 1 KSpG und § 1 BImSchG; vgl. zu Nr. 1 auch: Penn-Bressel/Weber et al., in: Umweltbundesamt (Hrsg.), Umweltverträgliche Nutzung des Untergrundes und Ressourcenschonung, Position, November 2014, sowie Roßnagel/Hentschel: Rechtliche Instrumente des allgemeinen Ressourcenschutzes, S. 101.

3. die Vorsorge gegen Gefahren, die sich aus bergbaulicher Tätigkeit für **Leben, Gesundheit Menschen, Umwelt** und Sachgüter Dritter ergeben, **zu verstärken sicherzustellen** und **den Ausgleich** unvermeidbarer Schäden **zu verbessern auszugleichen**.

Die vorgeschlagene Formulierung beinhaltet demnach keine Aufgabe des Zwecks der Sicherung der Rohstoffversorgung – sie stellt der nach dem bisherigen Wortlaut der Norm praktisch exklusiven Zweckbestimmung vielmehr diejenigen Rechts- und Gemeinwohlpositionen zur Seite, die bereits nach der seit längerem etablierten Rechtsprechung in vieler Hinsicht zu berücksichtigen sind. Die Integration von Umwelt- und Ressourcenschutzbelangen⁵⁹ in die gesetzliche Zweckbestimmung würde noch verbleibende Rechtsunsicherheiten mindern und als übergeordnete Orientierung behördlicher und richterlicher Entscheidungen auch sonstigen Anpassungen und Erweiterungen des bergrechtlichen Normengefüges Plausibilität vermitteln.

Vorschlag: Neujustierung des Zwecks des BBergG im Lichte der Nachhaltigkeit

Ökologische Neuausrichtung des § 1 BBergG unter Betonung einer Ordnungsfunktion:

„Zweck dieses Gesetzes ist es,

1. zur Sicherung der nachhaltigen Rohstoffversorgung das Aufsuchen, Gewinnen und Aufbereiten von Bodenschätzen sowie sonstige Tätigkeiten und Einrichtungen im Geltungsbereich dieses Gesetzes unter Berücksichtigung ihrer Standortgebundenheit sowie des Umwelt-, Ressourcen- und Lagerstättenschutzes bei sparsamem und schonendem Umgang mit unterirdischen Räumen, Grund und Boden zu ordnen,
2. die Sicherheit der Betriebe und der Beschäftigten des Bergbaus zu gewährleisten,
3. die Vorsorge gegen Gefahren, die sich aus bergbaulicher Tätigkeit für Menschen, Umwelt und Sachgüter Dritter ergeben, sicherzustellen und unvermeidbare Schäden auszugleichen.

3.2 Anwendungsbereich des BBergG

Der Anwendungsbereich des Bergrechts für die Rohstoffgewinnung wird in § 2 Abs. 1 Nr. 1 BBergG bestimmt für bergfreie und grundeigene Bodenschätze. Diese werden in § 3 Abs. 3 und Abs. 4 BBergG legaldefiniert. Nicht dem Bergrecht unterfallen die sog. Grundeigentümergebundenen Bodenschätze, die weder bergfrei noch grundeigen sind.⁶⁰ Für bergfreie und grundeigene Bodenschätze sind jeweils unterschiedliche Verfahren zur Erreichung von Bergbauberechtigungen einschlägig. Je nach Verfahren sind unterschiedliche Kriterien anwendbar.

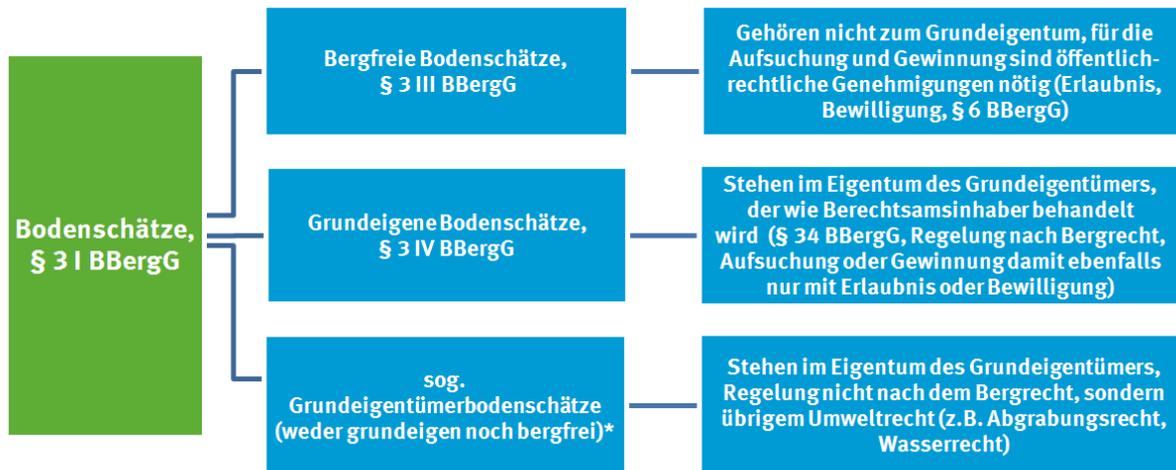
Umweltbelange sind an dieser Stelle durch Beschränkung oder Ausweitung des Anwendungsbereichs des BBergG nur mittelbar integrierbar. Die Zuordnung eines Anwendungsbereichs eines Rechtsregimes zu einem Bodenschatz ist dabei letztlich auch eine (wirtschafts-)politische Entscheidung: so kann das Bergrecht mit seiner oben beschriebenen Ausrichtung Anwendung finden, z.B. weil ein Rohstoff eine große Bedeutung für die Wirtschaft hat. Umgekehrt kann auch die Wahl auf

⁵⁹ Vgl. auch die Vorschläge von *Teßmer*, Vorschläge zur Novellierung des deutschen Bergrechts, 2009; *Rofsnagel/Hentschel*, Rechtliche Instrumente des allgemeinen Ressourcenschutzes, S. 101; *Ludwig*, Gesamtabwägung ins Bundesberggesetz! Konsequenzen aus dem Garzweiler-Urteil des BVerfG vom 17.12.2013, ZUR 2014, 451, 454 ff.; *Stallmann*, Rückblick: Das Bergrecht in der 17. Legislaturperiode des Bundestages, ZfB 2013, 256 ff.

⁶⁰ Dies sind u.a. Kiese, Sande, Natur- und Naturwerksteine, Kalk-, Kalkmergel- und Dolomitsteine, Gips, Anhydrit, Bims, Ton; vgl. *von Hammerstein*, in: *Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen*, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 3 Rn. 2; dazu auch *Sanden/Schomerus/Schulze*, Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012, S. 526.

das Wasser- oder Baurecht fallen, wie dies z.B. bei der Abgrabung von Steinen und Erden der Fall ist, um die diesem Gebiet spezielle Abwägung der Gemeinwohlbelange für anwendbar zu erklären.⁶¹

Abbildung 1: Begriffliche Systematik der Bodenschätze



Quelle: eigene Darstellung, Öko-Institut.

* z.B. die Gewinnung von Kies und Sand, der sich qualitativ **nicht** für die Herstellung von feuerfesten Produkten eignet (Quarkies und Quarzsand), s.u.a. Segerkegel-Test – Abgrenzungskriterien gem. landesrechtlichen Erlassen

Hinweis: Die bei Inkrafttreten (1982) des BBergG bestehenden Rechte, die nach Maßgabe der §§ 149 ff. BBergG als „alte Rechte und Verträge“ fortgelten, sind in dieser Übersicht nicht dargestellt. Aufgrund des Einigungsvertrages wurde zudem festgelegt,⁶² dass bestimmte Bodenschätze, insbesondere „Kiese und Kiessande“ im Beitrittsgebiet als bergfreie Bodenschätze behandelt werden (und damit nicht im Eigentum der Grundstückseigentümer stehen).⁶³ Durch das Gesetz zur Vereinheitlichung der Rechtsverhältnisse bei Bodenschätzen (BodSchVereinG) vom 15.04.1996 wurden diese Sonderregelungen zwar aufgehoben – bestehende Bergbauberechtigungen haben jedoch nach § 2 BodSchVereinG Bestandsschutz. Auch diese Übergangsregelungen auf dem Gebiet der neuen Bundesländer sind vorliegend nicht dargestellt.

Auch die Zuordnung eines Rohstoffes zu bergfreien und grundeigenen Bodenschätzen und damit in ersterem Fall die Entziehung der betreffenden Rohstoffe aus der Verfügungsbefugnis des Grundeigentümers kann ggf. eine Umweltdimension haben.⁶⁴ So dient bereits die Herausnahme der bergfreien Bodenschätze aus dem Verfügungsrecht des Grundeigentümers der Rohstoffsicherung (im Sinne einer Sicherung der Rohstoffversorgung), da diese hierdurch nach herrschender Ansicht her-

⁶¹ Siehe m.w.N. von Hammerstein, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 3 Rn. 1.

⁶² Art. 8 i.V.m. Anlage I Kapitel V, Sachgebiet D, Abschnitt III Ziffer 1 lit a. S. 1 des Einigungsvertrages.

⁶³ Hierzu ausführlich Hüffner/Tettinger, Sand und Kies als Gegenstand des Bergwerkseigentums in den neuen Bundesländern, S. 2. Siehe hierzu auch: Keimeyer/Schulze/Hermann (2013): Primärbaustoffsteuer. Implementationsanalyse 1 im Projekt Ressourcenpolitik: Analyse der ressourcenpolitischen Debatte und Entwicklung von Politikoptionen (PolRes). www.ressourcenpolitik.de, S. 10 f. sowie Ludwig/Gawel: Primärbaustoffsteuern auf Baumineralien – Ein ökonomisches Instrument zur Steigerung der Ressourceneffizienz im Bausektor, DVBl. 2017, S. 1468-1474 (S. 1470).

⁶⁴ So schlagen auch Sanden/Schomerus/Schulze, Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012, S. 301 vor, besonders umweltrelevante Rohstoffe als nichtverfügbar auszugestalten (ohne dies indes näher zu beschreiben), sagen jedoch zugleich, dass dies durch die Festlegung der Kategorie der bergfreien Bodenschätze bereits geschehen sei.

renlos sind.⁶⁵ Diese Entkoppelung der Bodenschätze von dem Oberflächeneigentum, welche durch die Unterteilung in grundeigene und bergfreie Bodenschätze ihren Ausgang nimmt und durch die nachfolgende Berechtsamsvergabe (s.u.) verfestigt wird, wird z.T. kritisiert.⁶⁶

Gleichzeitig kann die Zuordnung zu bergfreien Bodenschätzen auch Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeitsanforderungen von Umweltgesetzen bzgl. einzelner Rohstoffe im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Rechtfertigung nach Art. 14 GG haben. Werden Bodenschätze mit einem besonders umweltintensiven Abbau als bergfrei und damit herrenlos eingestuft, so macht dies die Erhöhung der Anforderungen aus Umweltschutzsicht an den Abbau leichter realisierbar, da dies dann nicht mehr die Eigentümerbefugnisse tangiert. Der Einstufung von Bodenschätzen als „bergfrei“ liegt gegenwärtig der Ansatz zugrunde, deren Förderung durch die Herauslösung aus der rechtlichen Zuordnung zum Grundstückseigentümer zu erleichtern. Das volkswirtschaftliche Interesse an einer gesicherten Rohstoffversorgung wird dabei als eine verhältnismäßige, das Eigentumsrecht gestaltende Inhalts- und Schrankenbestimmung angesehen.⁶⁷ Insbesondere auch vor dem Hintergrund von Art. 20a GG stünde es dem Gesetzgeber aber frei, die Vergabe von eigentumsgleichen Rechten an „bergfreien“ Bodenschätzen auch von zusätzlichen Kriterien wie bspw. dem Ergebnis einer (Vor-)Prüfung betreffend absehbare generelle Folgen des Abbaus eines bestimmten Bodenschatzes bzw. des in einer bestimmten Lagerstätte befindlichen Bodenschatzes abhängig zu machen.

Würde der Gesetzgeber den Abbau eines bestimmten Bodenschatzes oder allgemein den Abbau von Bodenschätzen in bestimmten Konstellationen der Belegenheit der Lagerstätte und deren Umfeld in der Weise steuern, dass auf diese(n) in bestimmten Zeiträumen nicht zugegriffen werden dürfte, bestehen hierfür mehrere Handlungsmöglichkeiten. Eine von diesen wäre, die Anforderungen an die Verleihung von Bergbauberechtigungen entsprechend anzupassen. Das rechtliche Institut der bergfreien Bodenschätze könnte damit mit Bezug auf Nachhaltigkeits- und Umweltschutzgesichtspunkte umdefiniert und ggf. erweitert werden. Vor diesem Hintergrund bleibt zu prüfen, ob und ggf. welche grundeigenen Bodenschätze aufgrund ihrer volkswirtschaftlichen Bedeutung oder ggf. sonstigen überwiegenden öffentlichen Interessen ebenfalls als bergfrei eingestuft werden sollten.

3.3 Berechtsamsverfahren gem. §§ 6 ff. BBergG

Die unter § 3 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 BBergG fallenden „bergfreien“ Bodenschätze gehören zunächst dem Staat, so dass an diesen kein erlaubnis-/bewilligungsfreies Aneignungsrecht besteht. Am Anfang aller bergbaulichen Tätigkeit steht nach der Systematik des BBergG die Entscheidung über die Erteilung einer Berechtigung zur Aufsuchung und Gewinnung dieser Bodenschätze (Bergbauberechtigung). Wer bergfreie Bodenschätze aufsuchen will, bedarf der Erlaubnis, wer bergfreie Bodenschätze gewinnen will, der Bewilligung oder des Bergwerkseigentums (§§ 6 ff. BBergG).

⁶⁵ Vgl. von Hammerstein, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 3 Rn. 11.

⁶⁶ Tefßmer, Rechtsgutachten: Vorschläge zur Novellierung des deutschen Bergrechts im Auftrag der Bundesfraktion von Bündnis 90/Die Grünen, 2009, S. 3f., 6f., der für eine vollständige Abschaffung des Verfahrens zur Berechtsamsvergabe an bergfreien Bodenschätzen plädiert, um die Kollision unterschiedlicher Eigentumsrechte in Bezug auf ein Grundstück zu vermeiden. Ebenso BUND, Kernforderungen zur Novellierung des Bergrechts (November 2015), S. 5. Allgemein zu dem „vertikalen Nachbarrechtsverhältnis“ zwischen Oberflächeneigentum und Bergbauberechtigung siehe Ludwig, DVBl. 2016, 685ff.

⁶⁷ Von Hammerstein, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 3 Rn. 11.

3.3.1 Bergbauberechtigungen allgemein

Das Berechtsamsverfahren⁶⁸ ist auf die Erteilung einer Bergbauberechtigung gerichtet und stellt ein öffentlich-rechtliches Konzessionsverfahren dar.⁶⁹ Es bildet die erste Stufe im bergrechtlichen Zulassungsverfahren für bergfreie Bodenschätze. Die Bergbauberechtigungen vermitteln ein ausschließliches Verfügungsrecht über einen Bodenschatz, während die konkreten Gewinnungstätigkeiten der nachgelagerten Betriebsplanzulassung unterliegen.

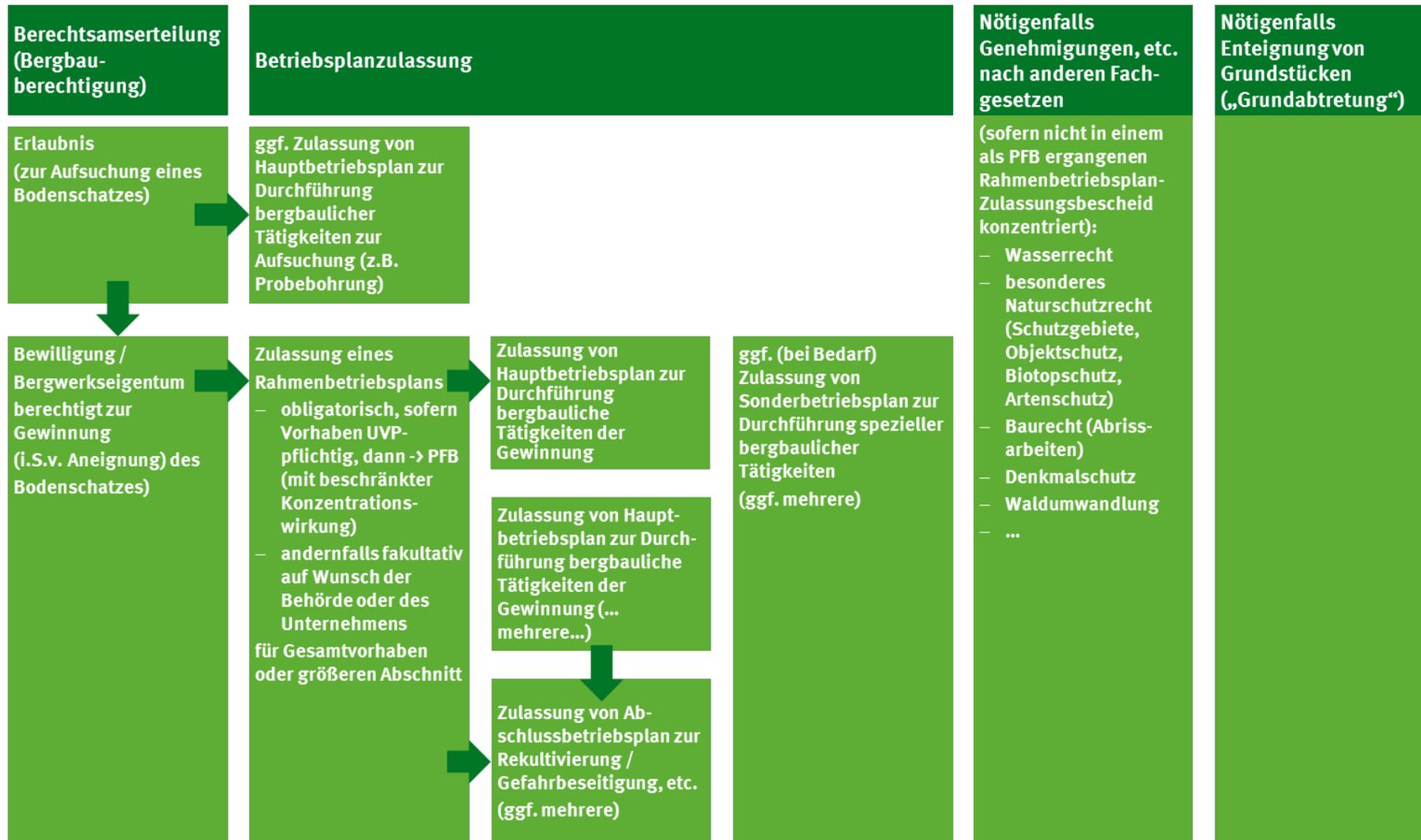
In dem mehrstufigen Verfahren, welches ein Bergbauvorhaben bis zur sukzessiven Genehmigung der eigentlichen Gewinnungstätigkeit durchlaufen muss (auch als Genehmigungskaskade bezeichnet),⁷⁰ ist eine vorherige Erteilung der Bergbauberechtigung Voraussetzung für die spätere Betriebsplanzulassung nach den §§ 51 ff. BBergG (dazu unter 3.5). Das Berechtsamsverfahren wäre somit in zeitlicher Hinsicht der frühestmögliche Anknüpfungspunkt für die Prüfung von Konfliktlagen und widerstreitenden Interessen (etwa des Umweltschutzes oder des Eigentumsschutzes), die im Zuge der Aufsuchung bzw. Gewinnung von Bodenschätzen auftreten können.

⁶⁸ Der Begriff des bergbaulichen Berechtsamswesens erfasst alle Vorschriften und Verwaltungsaktivitäten im Zusammenhang mit den sog. Bergbauberechtigungen (Erlaubnis, Bewilligung, Bergwerkseigentum). Diese Bergbauberechtigungen werden in dem Berechtsamsbuch und in einer Berechtsamskarte verzeichnet (siehe §§ 75 f. BBergG). Das Berechtsamsverfahren ist abzugrenzen von dem nachgelagerten Betriebsplanverfahren.

⁶⁹ Von Hammerstein, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Vorbem. §§ 50 bis 57c Rn. 9.

⁷⁰ Bereits diese Mehrstufigkeit des Zulassungsverfahrens wird kritisiert, vgl. z.B. Teßmer, Rechtsgutachten: Vorschläge zur Novellierung des deutschen Bergrechts im Auftrag der Bundesfraktion von Bündnis 90/Die Grünen, 2009, S. 5, 6f.

Abbildung 2: Systematik der Zulassungen im Bergrecht



Quelle: eigene Darstellung, Teßmer und _Öko-Institut.

Nach dem gegenwärtigen Rechtsregime des BBergG liegt der Zweck des Berechtsamsverfahrens nur in der Steuerung der Aufsuchung und Gewinnung von Bodenschätzen durch die exklusive Zuordnung der entsprechenden Rechte an eine Person unter Ausschluss von Dritten.⁷¹ Der intendierte Zweck des Berechtsamswesens liegt damit nicht in einer vorausschauenden Betrachtung der Genehmigungsfähigkeit bergbaulicher Tätigkeiten zum frühestmöglichen Zeitpunkt. Die Prüfung der Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens bleibt vielmehr nachfolgenden Verfahren überlassen. Es geht bei der Vergabe des Berechtsams vielmehr vorrangig um die Zuordnung von Berechtigungen an Bodenschätzen zur Lösung von Konkurrenzsituationen zwischen mehreren Personen, die in einem bestimmten Bereich den gleichen Bodenschatz gewinnen möchten. Die Auswirkungen des Bergbaubetriebes an sich spielen gar keine bzw. nur in dem noch darzustellenden sehr eingeschränkten Rahmen im Berechtsamsverfahren eine Rolle.⁷²

Bergbauberechtigungen sind die Erlaubnis und die Bewilligung. Die Erlaubnis (§ 7 BBergG) ist für die Aufsuchung notwendig. Die Erlaubnis gewährt neben der Aufsuchung auch das Recht, bei der Aufsuchung die notwendigerweise anfallenden Bodenschätze gewinnen zu dürfen. Die Bewilligung (§ 8 BBergG) gewährt das Recht, die bergfreien Bodenschätze zu gewinnen. Zwischen der Erlaubnis und der Bewilligung besteht somit eine Stufigkeit und (v.a. wirtschaftliche⁷³ Beziehung), sodass es sich nicht um komplett voneinander losgelöste Verfahren handelt.⁷⁴ Die rechtliche Beziehung besteht darin, dass die Erlaubnis bei Auffinden von Rohstoffen einen Vertrauenstatbestand für die Bewilligung schafft. Dieser Vertrauenstatbestand besteht darin, dass die Voraussetzungen an eine Versagung der Bewilligung bei vorher erteilter Erlaubnis strenger werden. Insbesondere dürfen die Tatsachen, die dann zur Versagung der Bewilligung führen, nur auf Tatsachen gestützt werden, die nach Erteilung der Erlaubnis eingetreten sind (§ 12 Abs. 2 BBergG). Werden Tatsachen bekannt, die schon vor Erteilung der Erlaubnis bestanden und zu ihrer Versagung hätten führen müssen, sind sie nach erfolgreicher Aufsuchungstätigkeit nicht mehr relevant (hier wird eine unterschiedliche Terminologie verwendet: Präklusion bzw. Heilung⁷⁵). Für die Berücksichtigung von Umweltbelangen ist dies nachteilhaft, da auch sie von einer solchen Heilung betroffen sein können. Die Norm führt dann dazu, dass Umweltbelange, die in dem Erlaubnisverfahren schon bekannt waren, aber deren Bewertung zu dieser Zeit anders ausfiel als zum Zeitpunkt der Beurteilung der Gewinnung (z.B. aufgrund einer anderen wissenschaftlichen Bewertung), in dem Bewilligungsverfahren keine Rolle mehr spielen dürfen. Es gibt keine „bewilligungsspezifischen [Versagungs-]Gründe“,⁷⁶ die dies berücksichtigen würden. Aus Umweltsicht wäre es daher zu begrüßen, zumindest die präjudizierende Wirkung einer erfolgreichen Aufsuchung für die Bewilligung zu beseitigen, z.B. durch Einführung eines Ermessensspielraums. Dieser müsste dann natürlich auch das Interesse des Antragstellers und Unternehmers an der Gewinnung nach einer erfolgreichen und mit Kosten verbundenen Aufsuchung berücksichtigen. Diesem Interesse stünde dann aber – im Gegensatz zur gegenwärtigen Regelung – das öffentliche Interesse gegenüber. Eine solche Abwägung ist zwar z.T. in der Verweisung in § 12 Abs. 1 BBergG auf § 11 Nr. 10 BBergG enthalten, allerdings auch nur in dem restriktiven Ausmaß (dazu sogleich unter 3.3.2).

⁷¹ Von Hammerstein, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Vorbem. §§ 50 bis 57c Rn. 9; Franke, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 6 Rn. 3.

⁷² Franke, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 6 Rn. 3.

⁷³ Franke, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 12 Rn. 7.

⁷⁴ Vitzthum/Piense, in: Piense/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 12 Rn. 11.

⁷⁵ Vitzthum/Piense, in: Piense/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 12 Rn. 13; Franke, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 12 Rn. 9.

⁷⁶ Mit diesem Begriff Vitzthum/Piense, in: Piense/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 12 Rn. 13.

Das Bergwerkseigentum nach § 9 BBergG bezieht sich auch auf die Gewinnung, ist jedoch weitergehend als grundstücksgleiches Recht ausgestaltete Gewinnungsberechtigung, die eine Bewilligung voraussetzt und diese grundbuch- und beleihungsfähig ausgestaltet.

Der Berechtsamsinhaber hat nach Einräumung der Bergbauberechtigung eine dem Eigentümer vergleichbare Rechtsstellung in Bezug auf den Bodenschatz (vgl. auch § 8 Abs. 2 BBergG). Diese Rechtsstellung besteht allerdings aufgrund von grundsätzlich auszusprechenden Befristungen nur temporär. Ihre Nutzbarkeit ist von vornherein beschränkt, da diese von dem Ergehen der unabhängig von dieser einzuholenden Genehmigungen betreffend die Abbautätigkeit und – soweit für den Abbau erforderlich – auch von der Erlangung einer Verfügungsgewalt über das Oberflächeneigentum abhängig ist. Die Bergbauberechtigung stellt kein dingliches Recht dar, sondern unterliegt einer öffentlichen Zweckbindung.⁷⁷ Im Rahmen der Sozialpflichtigkeit des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) und aus überwiegenden Gründen des Allgemeinwohls (Art. 14 Abs. 3 GG) können Eingriffe in das Eigentumsrecht möglich sein. Nach gefestigter Rechtsprechung deutscher Gerichte beantwortet sich die Frage nach einer Entschädigungspflichtigkeit bei Beeinträchtigungen von dem Eigentum zugehörigen Rechten, die keine Enteignung darstellen, in besonderem Maße in Abhängigkeit von den tatsächlichen und rechtlichen Umständen der konkreten eigentumsrechtlichen Positionen, deren Erwerb, Reichweite und etwaig vermitteltem Vertrauensschutz.⁷⁸ Die Rechtsposition des Berechtsamsinhabers wird dabei wesentlich durch behördliche Entscheidungen bestimmt. Sie wird – von „alten Rechten“⁷⁹ abgesehen – erst durch einen Verwaltungsakt auf Vergabe der jeweiligen Bergbauberechtigung begründet und dabei nur befristet (§ 16 Abs. 4, 5 BBergG) und widerruflich (§ 18 BBergG) erteilt. Die Behörde vermag mit dem ihr über die §§ 11 ff. BBergG an die Hand gegebenen Instrumentarium die Ausübung der Tätigkeit auf Ausnutzung erteilter Aufsuchungserlaubnisse und Gewinnungsbewilligungen gerade auch unter rohstoffwirtschaftlichen Gesichtspunkten zu steuern. Eine verliehene Bergbauberechtigung stellt ein eigentumsgleiches Recht dar, dessen Ausnutzung allerdings wesentlichen Anforderungen und Beschränkungen unterworfen ist. Es besteht auch keine freie Verfügungsgewalt, denn die Übertragung auf einen Dritten oder auch nur die Beteiligung Dritter ist nur mit Zustimmung der zuständigen Behörde zulässig (§ 22 Abs. 1, 23 BBergG). Nach dem Rechtsregime des BBergG bewirkt die Verleihung der Bergbauberechtigung lediglich, dass deren Inhaber das Recht erhält, die betreffende Lagerstätte zu erkunden bzw. sich zu gewinnende Bodenschätze anzueignen, soweit er die hierzu gesondert erforderlichen Genehmigungen erhält. Dies ist bereits nach dem Regelungsgehalt der §§ 6 ff. BBergG eindeutig und ergibt sich erst recht im Kontext der Regelungen der §§ 51 ff. sowie § 48 Abs. 2 BBergG, in welchen die Anforderungen geregelt sind, die zur tatsächlichen Durchführung eines Bodenschatzabbaus erfüllt werden müssen. Soweit Bodenschätze gefördert werden sollen, die sich unter der Oberfläche eines in anderweitigem Eigentum stehenden Grundstücks befinden, kommen die Anforderungen der §§ 77 ff. BBergG, insbesondere des § 79 BBergG i.V.m. Art. 14 Abs. 3 GG hinzu. Der Erhalt der Bergbauberechtigung zur Aufsuchung bzw. Gewinnung eines Bodenschatzes vermittelt also noch keine Genehmigung, die hierauf gerichteten bergbaulichen Tätigkeiten auch tatsächlich durchführen zu dürfen. Dementsprechend besteht bei Nichtbestehen oder Wegfall der diesbzgl. Voraussetzung keine sich aus der mangelnden Nutzbarkeit ergebende Entschädigungspflicht. Es fehlt an einer gesicherten bzw. schutzwürdigen Erwartung,

⁷⁷ Vitzthum/Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 8 Rn. 6.

⁷⁸ Vgl. BVerwG, NJW 1993, 2949; BGH, NJW 1993, 2605; OVG Saarlouis NVwZ-RR 2007, 582; BVerwGE 134, 355; BVerwGE 84, 361, 368 ff.; 94, 1, 3 ff.; BGHZ 121, 328, 332 ff.; 123, 242, 244 ff.; 126, 379, 381 ff.; 128, 204.

⁷⁹ Vgl. hierzu §§ 149 bis 162 BBergG.

deren Vereitelung durch anderweitige staatlichen Entscheidungen eine Entschädigungspflicht nach sich ziehen könnte.⁸⁰

Dies gilt auch für den – auf viele Braunkohlenlagerstätten zutreffenden – Fall, dass das eigentums-gleiche Recht am Bodenschatz bereits vor Inkrafttreten des BBergG am 1.1.1982 bestanden (§ 149 BBergG) hat. Für solche „Altrechte“ regelt § 151 Abs. 2 Nr. 2 BBergG zwar, dass u.a. § 18 BBergG nicht anzuwenden ist, so dass die Bergbauberechtigung zur Aufsuchung und Gewinnung der Kohle nicht widerrufen werden kann. Dies ändert jedoch nichts daran, dass mit der Inhaberschaft der Bergbauberechtigung keine weitergehenden Rechte dahingehend bestehen, den Bodenschatz auch tatsächlich aufsuchen bzw. gewinnen zu können. Insbesondere soweit das durch die Bergbauberechtigung vermittelte eigentums-gleiche Recht am Bodenschatz mit dem Eigentumsrecht am Grundstück, unter dessen Oberfläche der Bodenschatz lagert, auseinanderfällt, steht die Nutzbarkeit des Rechts am Bodenschatz – auch unabhängig von dem Erfordernis, die Genehmigung zur Durchführung des Abbauvorhabens zu erhalten – von vornherein unter dem Vorbehalt einer Lösung dieses Konfliktes. Da das Eigentumsrecht am Grundstück durch Art. 14 GG geschützt ist, kann der Bergbautreibende auf den Bodenschatz nur zugreifen, wenn dies entweder ohne substanzgefährdende Einwirkungen auf das Grundstück möglich ist, eine Zustimmung des Grundeigentümers eingeholt werden kann oder dieser zugunsten des Bergbauunternehmens unter Wahrung der Voraussetzungen der §§ 79 BBergG i.V.m. Art. 14 Abs. 3 GG enteignet wird. Zu beachten ist, dass eine Durchsetzung des Rechts am Bodenschatz immer auch davon abhängt, dass das betreffende Vorhaben, für welches die Enteignung des Grundeigentums vorgenommen werde soll, in jeder Hinsicht rechtmäßig ist. Denn von einer Enteignung Betroffene haben einen Anspruch darauf, dass die Rechtmäßigkeit einer Enteignung in jeder tatsächlichen und rechtlichen Hinsicht auf ihre Rechtmäßigkeit geprüft wird. Baut eine Enteignung auf behördlichen Vorentscheidungen auf, so verlangt die in Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG auch i.V.m. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG normierte Garantie effektiven Rechtsschutzes, dass mit der Anfechtung der Enteignung auch diese Vorentscheidungen einer umfassenden gerichtlichen Überprüfung unterzogen werden können. Zu beachten ist, dass mit der Übertragung einer Bergbauberechtigung lediglich ein Konkurrenzschutz gegenüber anderweitigen Nutzungsinteressen an dem betreffenden Bodenschatz – namentlich seitens eines anderen Bergbautreibenden – einhergeht. Da mit der Erteilung des Berechtsams keine weitergehenden Erlaubnisse erteilt werden, außer dass der Bodenschatz bei Vorliegen der in anderen Verfahren zu prüfenden Voraussetzungen aufgesucht bzw. angeeignet werden darf, genießt die Bergbauberechtigung nur einen sehr geringen Schutz gegenüber Erschwernissen ihrer Ausnutzbarkeit. Eine erteilte Bergbauberechtigung vermittelt keinen Anspruch auf nachfolgende Genehmigung des eigentlichen Abbauvorhabens und schützt damit auch nicht vor den Einflüssen von für die Frage der Genehmigungsfähigkeit oder Durchführbarkeit eines Vorhabens relevanten Änderungen der Sach- oder Rechtslage. Somit kann gerade bei komplexen und in vielerlei Hinsicht genehmigungsbedürftigen Bergbauvorhaben auf Seiten des Bergbauberechtigten kein schutzwürdiges Vertrauen darauf bestehen, den Bodenschatz, an welchem er ein eigentums-gleiches Recht hält, von der Rechtslage her überhaupt nutzen zu können. Würde der Gesetzgeber eine Regelung erlassen, welche dem Bergbauunternehmer das Recht am Bodenschatz nimmt, ohne dass der Bodenschatz dem Staat oder einem Dritten zugeführt wird, so wäre eine solche Vorschrift gemäß der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Atomausstieg nicht als Enteignung zu qualifizieren.⁸¹ Denn eine Enteignung im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG setzt zwingend voraus, dass

⁸⁰ Dieser Aspekt blieb im Verfahren vor dem EGMR (32377/12 – Werra Naturstein GmbH & Co.KG Deutschland, Urteil vom 19.01.2017, NuR 2017, 838 ff.) wohl mangels entsprechender Aufklärung der deutschen Rechtslage betreffend die Berechtsamserteilung seitens der beteiligten Parteien unberücksichtigt, so dass sich das Urteil des EGMR hierzu nicht verhält.

⁸¹ BVerfG, Urteil vom 06. Dezember 2016 – 1 BvR 2821/11.

sich der hoheitliche Zugriff auf das Eigentumsrecht zugleich als eine Güterbeschaffung zugunsten der öffentlichen Hand oder des sonst Enteignungsbegünstigten darstellt.⁸² Bei einer gesetzlichen Regelung, welche dem Inhaber der Bergbauberechtigung diese entzieht, ohne ihn dabei – aufgrund unterbleibender Güterbeschaffung – zu enteignen, hätte der Gesetzgeber vorrangig eine verhältnismäßige Ausgestaltung einer Regelung ohne kompensatorische Ausgleichszahlungen, etwa durch Übergangsregelungen anzustreben.⁸³ Sollte eine solche nicht möglich sein, wäre für eine solche Inhalts- und Schrankenbestimmung eine angemessene Ausgleichsregelung vorzusehen. Im Rahmen dessen dürfte allerdings festzustellen sein, dass angesichts der äußerst schwachen Rechtsposition des Eigentumsrechts an einem Bodenschatz, dessen Nutzbarkeit von einer Vielzahl weiterer Voraussetzungen und Genehmigungen abhängt, die zum Teil ihrerseits verfassungsrechtlichen Anforderungen aus Art. 14 Abs. 3 GG genügen müssen, es – wenn überhaupt – nur in sehr geringem Ausmaß Entschädigungen oder Kompensationen bedarf. Diese Rechtsposition und das durch sie vermittelte Vertrauen auf deren Nutzbarkeit sind vielmehr so gering, dass diesbezügliche Inhaltsbestimmungen kaum als kompensationspflichtig einzustufen sein dürften.⁸⁴

Ergebnisse der Interviews zum Berechtsamsverfahren und seinen Vor- und Nachteilen

Zentrale Aussagen der Vorhabenträger zum Berechtsamsverfahren und seinen Vor- und Nachteilen

Aus der Sicht der Vorhabenträger hat das Berechtsamsverfahren für viele Vorhaben eine hohe Relevanz.

- **V2/V5/V6:** So etwa für den E&P-Bereich,⁸⁵ aber auch für Speicher: Die Bergbauberechtigung sei das rechtliche Fundament für das Tätigwerden der Unternehmen („licence to operate“). Die Berechtigung erlaube in einem Gebiet, das der Vorhabenträger aus technischen Erwägungen in Betracht ziehe, gewisse Tätigkeiten vorzunehmen. Ohne diese Erlaubnis wäre das Betriebsplanverfahren nicht erfolgsversprechend, da sie eine Voraussetzung dafür sei, d.h. es bestehe eine immense praktische Relevanz. Auch der Aspekt der Finanzierungsfunktion sei valide, wenngleich Investitionen in großen Konzern eher intern finanziert würden. Mit der Berechtigung sei zumindest klar, dass die Tätigkeit auch stattfinden könne, wenn die Voraussetzungen des Betriebsplanverfahrens vorlägen. Für kleinere Unternehmen, die stärker von einer Fremdfinanzierung abhängen, habe dies jedoch eine höhere Relevanz, da Berechtigung auch ohne rechtliche Bindungswirkung ein wichtiger Schritt für Realisierungsfähigkeit sei.
- **V4:** Es sei von Bedeutung, klarzustellen, dass das Berechtsamsverfahren kein Zulassungsverfahren sei, da hier nicht über das „Ob“ eines Abbaus entschieden werde, sondern nur über das „Wer“. Der Vorteil sei, dass sehr teure Verfahren im Nachhinein durch Zuweisung des Bodenschatzes abgesichert seien – im Zentrum stehe also der Aspekt des Konkurrentenschutzes.

In vielen Bereichen des Bergbaus haben das Berechtsamsverfahren dagegen keine oder nur eine begrenzte praktische Bedeutung:

- **V1:** So gebe es bei der zum Abbau vorgesehenen Braunkohle traditionell nur unbefristetes Bergwerkseigentum. In den neuen Bundesländern handle es sich weit überwiegend um alt hergebrachtes Bergwerkseigentum, das 1990 auf die neue Rechtslage umgeschrieben worden sei. Danach sei z.T. Bergwerkseigentum Dritter hinzugekauft worden. Für die Braunkohle besitze das Berechtsamsverfahren daher keine oder nur eine eingeschränkte Bedeutung (etwa im Zusammenhang mit Versagungsgründen etc.).

⁸² Vgl. BVerfG, Urteil vom 06. Dezember 2016 – 1 BvR 2821/11, Rn. 243 ff.

⁸³ Vgl. BVerfG, Urteil vom 06. Dezember 2016 – 1 BvR 2821/11, Rn. 260.

⁸⁴ Franke in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, § 8 Rn. 23) mit teilweise anderer – allerdings durch BVerfG 1 BvR 2821/11 wiederum zumindest teilweise überholter – Auffassung.

⁸⁵ „Exploration and Production“ – steht für den Upstream-Sektor der Öl- und Gasindustrie.

- **VA:** Viele der Vorhaben, mit denen die Vorhabenträger befasst seien, beträfen zudem den Bereich grundeigene Bodenschätze, sodass keine Relevanz des Berechtsamsverfahren bestehe. So sei bei grundeigenen Bodenschätzen die Gewinnung erst möglich, wenn Oberflächeneigentum erworben worden sei.
- **VA/VC/VD:** Das Berechtsamsverfahren spiele in den ostdeutschen Bundesländern noch eine untergeordnete Rolle sofern noch Bergwerkseigentum aus Wiedervereinigungszeiten mit dem Übergangsrecht aus der DDR bestehe. Diese liefen nun aber in der Regel aus, da der Abbau beendet werde. Ein größeres Feld aus DDR-Zeiten existiere im Unternehmen noch, so dass der Abbau unter das BBergG falle – obgleich es sich um „Grundeigentümergebiete“ handle. Der Umgang sei in diesem Fall jedoch wie mit jeder anderen Genehmigung. Es gebe keine wesentlichen Besonderheiten.
- **VD/VA:** Ein Nachteil des Instituts der Bergbauberechtigung sei es, dass diese keinen Anspruch auf Betriebsplanzulassung vermittele. Aufgrund der vielen kleinteiligen Schritte biete es sich daher eigentlich nicht an, zuvor die Berechtigung zu vergeben. Aus Sicht der Vorhabenträger würde es sich fast anbieten, im Nachgang zum Abbau – bezogen auf die Feldes- und Förderabgaben – „abzurechnen“. Es gebe zudem nur noch wenige Bodenschätze, die bergfrei seien, d.h. die Relevanz der Stufung des Verfahrens werde an Bedeutung verlieren (anders sei dies evtl. im Bereich der Nordsee und bei der Erdölförderung zu beurteilen).

Demgegenüber besitze das gestufte Zulassungsverfahren aber auch eine Reihe von Vorteilen:

- **V1/V2:** So sei dieses für Braunkohle unabdingbar. Treiber und Hintergrund sei die – insbesondere zeitliche – Dimension der Vorhaben. Für ein dynamisches Vorhaben, wie Bergbau, könnten nicht alle Belange in einem Verfahren abgeprüft werden. Das gestufte Zulassungsverfahren spiegle auch die Dynamik wieder, die dem Bohrlochbergbau innewohne (von ersten Schritten bis zur Rekultivierung). Aus Sicht der Unternehmen sei dies auch gerechtfertigt.
- **V5:** Das Berechtsamsverfahren habe sich bewährt. In der Historie eines bergbaulichen Betriebes im Bohrlochbergbau gehe man über die Berechtigung, um Flächen gegenüber Konkurrenten zu sichern. Dass man auf dieser Ebene noch nicht konkret werden könne, liege in der Natur der Sache, daher mache Zweistufigkeit Sinn, ebenso gebe es aber das Betriebsplanverfahren als Korrektiv. Durch die Bergbauberechtigung werde auch die Voraussetzung für eine gründliche und ruhige Vorbereitung eines Vorhabens erfüllt, um die Konfliktrichtigkeit zu reduzieren.
- **V3:** Ein weiterer Vorteil sei es, dass bestimmte Rechtsfragen und Zulassungsvoraussetzungen voneinander getrennt würden. Die Voraussetzungen seien sehr unterschiedlich und deckten die in den einzelnen Verfahrensstufen relevanten rechtlichen Fragen gut ab.
- **VC/V6:** Der Konkurrentenschutz den die Bergbauberechtigung biete sei sinnvoll. Es seien wissenschaftliche Ergebnisse nötig, um die Wirtschaftlichkeit des Vorhabens abzuschätzen. Erst wenn diese Erkenntnisse vorlägen, könne über weiteres Vorgehen entschieden werden. Ein gestuftes Verfahren ermögliche ein sehr strukturiertes Vorgehen, es sei auch intern hilfreich, die Arbeitsprogramme sehr strukturiert abzuarbeiten.

Zentrale Aussagen der Umweltseite zum Berechtsamsverfahren und seinen Vor- und Nachteilen

Die Umweltseite beurteilt das Berechtsamsverfahren ebenfalls differenziert:

- **UV10/UV4:** Die Bergbauberechtigung habe eine hohe Bedeutung. So komme der Erteilung von Bergbauberechtigungen große Relevanz vor allem deshalb zu, weil Pfadabhängigkeiten geschaffen würden und dies ohne dass zu diesem Zeitpunkt / in diesem Verfahren Umweltbelange / Ressourcenschutzbelange ausreichend berücksichtigt worden seien. Die Entscheidung über ein Vorhaben sollte aber ohne Vorwirkungen und Pfadabhängigkeiten vorheriger Entscheidungen erst die Betriebsplanzulassung sein. Eine Verschaffung eigentumsähnlicher Positionen, die in Konkurrenz zum Eigentumsrecht am Grundstück tre-

ten, würde dies erschweren.

- **UV7:** Wenn die Berechtigung versagt werde, könne es keine Förderung geben, daher habe die Berechtigung auf dem Papier eine hohe Bedeutung. Die praktische Relevanz dieses Aspekts sei dagegen häufig gleich Null, da von der Möglichkeit der Versagung kein Gebrauch gemacht werde. In NRW z.B. würden die Berechtigungen „verschenkt“, die Behörde prüfe den Katalog an Versagungstatbeständen nicht unter Verweis auf das Betriebsplanzulassungsverfahren. Kommunen gäben regelmäßig Stellungnahmen zu Anträgen auf Verlängerung von Aufsuchungserlaubnissen ab und nannten auch Umweltbelange. Die Behörde entscheide in der Regel – bis auf wenige Ausnahmen – dass die Umweltbelange erst im Betriebsplanzulassungsverfahren geprüft würden. Eine Ausnahme sei die Ablehnung eines Antrags zur Förderung von Schiefergas, welches nur durch Fracking gefördert werden könne. Nach dem Landesentwicklungsplan sei dies jedoch bis 2021 in NRW ausgeschlossen. Mit dem Umweltrechtsbehelfsgesetz sei eine solche Erlaubnis nicht angreifbar. Daher könne die Behörde relativ sicher sein, dass sie – auch wenn die Prüfung dem Gesetz nicht entspreche – nicht befürchten müsse, dass die Berechtigung aufgehoben werde. Kommunen müssten i.d.R. zwar beteiligt werden, hätten aber wohl kein Klagerecht.
- **UV6:** Die Argumentation mit Schiefergas / Fracking (s.o. in diesem Beispiel) funktioniere so aber nur in NRW, in Niedersachsen greife sie nicht. Hier gebe es zwar eine Anordnung des Wirtschaftsministers, kein Fracking in unkonventionellen Lagerstätten zu genehmigen. Aufsuchungserlaubnisse und Verlängerungen würden trotzdem erteilt, obwohl sie auf längere Zeit eigentlich nicht genehmigungsfähig seien. Dadurch entstünden riesige Sperrflächen, wo E&P-Unternehmen irgendwann einmal Schiefergas fördern wollten, obwohl das gar nicht absehbar sei. Andere, die andere Rohstoffe dort fördern wollten, seien ausgesperrt. Das sei mit der Sicht des BBergG, die Förderung von Rohstoffen unter Berücksichtigung des Allgemeinwohls zu ermöglichen, eigentlich nicht vereinbar. Die Berechtigung als erster Schritt zu einer Genehmigung, die auch Bedeutung für den weiteren Verfahrensablauf habe, werde i.d.R. verfrüht erteilt. So z.B. in Fällen, in denen gar nicht mit dem positiven Verlauf des Gesamtverfahrens zu rechnen sei, sodass andere aufgrund eines nicht genehmigungsfähigen Vorhabens ausgeschlossen würden. In Niedersachsen komme das Problem hinzu, dass – im Gegensatz zu NRW, wo Anträge bekannt würden – eine konsequente Geheimhaltung betrieben werde. Genehmigungen würden der Öffentlichkeit nicht einmal mitgeteilt. Begründet werde dies v.a. mit einem Konkurrentenschutz, obwohl dieser ja gerade mit der Erlaubnis gegeben sein sollte.
- **UV9:** Die praktische Bedeutung liege gerade in der präjudiziellen Wirkung der Bergbauberechtigung, die diese auf dem Papier nicht entfallen solle. Dies sei nach der Einschätzung vieler Personen in der Praxis anders. Das Bestreben sollte sein, bereits die Erkundung einer Lagerstätte zu verhindern, wenn von Anfang an klar ist, dass die spätere Gewinnung aus Rechtsgründen ohnehin nicht genehmigt werden kann. Das Problem sei, dass Explorationsbohrung bereits erlaubt wurde, wenn nicht im „ganzen Feld“ Hindernisse entgegenstanden (selbst wenn nur einen sehr kleinen Teil des Feldes eine Nutzung in Betracht kommen konnte). Die Begründung dafür, dass öffentliche Belange der Erkundung nicht entgegenstünden, sei nicht sehr tiefgehend – und das sei genau das Problem. Wenn die präjudizielle Wirkung tatsächlich gering sein sollte, müsste man sich natürlich die Frage stellen, warum man viel Energie in die Auseinandersetzung um die Bergbauberechtigung investieren soll. Zudem ist zu beobachten, dass die Unternehmen im nachfolgenden Verfahrensschritt ohnehin Mittel und Wege finden, um ihre Interessen durchzusetzen.
- **UV6:** Die mangelhafte Berücksichtigung von Versagungsgründen im Berechtsamsverfahren schaffe die Grundlage dafür, dass die Behörde auf „gebundene Entscheidungen“ verweisen könne und keine ernsthafte Prüfung von Versagungsmöglichkeiten mehr vornehme. Das sei auch bei der Prüfung der entgegenstehenden Belange zu erleben, deren Nichtvorliegen regelmäßig nur formelhaft begründet werde. Die Behörde sage, sie könne sowieso nichts tun. Das wäre aber anders, wenn die Versagungsgründe umfassend ermittelt würden.

- **UV2:** Beim Braunkohletagebau seien überhaupt keine Vorteile des gestuften Verfahrens (Erteilung der Bergbauberechtigung getrennt / vor Betriebsplanverfahren) ersichtlich. Der im Tiefbau wohl vorhandene Sinn (Vermeidung der Überschneidung von Stollen, Klärung der Frage, wem der Stollen zugewiesen sei) greife hier ja nicht.
- **UV2/UV8:** Das Berechtsamsverfahren trage zu besonderer Intransparenz bei. Unter welchen Voraussetzungen und warum eine Berechtigung oder Bewilligung erteilt werde, sei sowohl für Gemeinden als auch für die Öffentlichkeit intransparent. Dem Bewilligungsverfahren werde häufig die Bedeutung eines eigentlichen Zulassungsverfahrens beigegeben. Die gesetzliche Konstruktion, dass ein Unternehmer vor der Entscheidung über die Genehmigung seines Vorhabens bereits eine Konzession für den Abbau des Bodenschatzes erhalte, ist nicht gerechtfertigt. Dadurch, dass es sich bei der Konzessionserteilung um eine gebundene Entscheidung handle, sei es ja schon so, dass man, wenn man eine Konzession habe, eigentlich auch den Rohstoff abbauen wolle / solle. Dies führe zu Verwirrung.
- **UV8:** Bergämter vergäben Bewilligungen auch nicht ohne Betriebsanlagen und Unterlagen. Der Streit darüber, ob ein Bodenschatz abgebaut werden darf, werde im Prinzip zweimal geführt. Eine Begründung dafür, dass zweimal entschieden werde (Konzession und Betriebsplanzulassung), sei gerade im modernen Fachplanungsrecht nicht mehr gegeben. So seien beispielsweise in den strittigen Fracking-Verfahren im Prinzip sämtliche Fragen, die im Zulassungsverfahren relevant werden, schon auf Konzessionsesebene problematisiert worden. Das sei widersinnig.
- **UV1:** Bezogen auf die Situation in NRW sei festzustellen, dass im Rahmen der Erteilung von Bergbauberechtigungen leider keine ergebnisoffene vollumfängliche Prüfung der entgegenstehenden Belange stattfinde. Die Abgrenzungen von Tagebaufeldern würden an anderer Stelle gesetzt (z.B. in nicht-öffentlichen Sitzungen des Braunkohlensausschuss). Es gäbe keine konsistente Prüfung der entgegenstehenden Belange.
- **UV5:** Es bestehe zudem eine große Grauzone: Da in den Berechtsamsverfahren keine Beteiligung stattfinde, sei ein Bekanntwerden des Ergebnisses für die Verbände eine Überraschung und werde als Fakt präsentiert (so auch die Erfahrungen bei der Vergabe von Bergbauberechtigungen an Bodenschatzfeldern, die unter Einsatz der Frackingtechnologie erschlossen werden solle).
- **UV3:** Der größte Nachteil des gestuften Verfahrens bestehe darin, dass die Rechte der Grundeigentümer erst dann eine Rolle spielten, wenn wesentliche Verfahrensschritte bereits gelaufen seien und die Unternehmen – aufgrund der Erteilung der Bergbauberechtigung – bereits große Investitionen getätigt hätten. Fragen des Bedarfs würden erst am Ende geprüft und dies erfolge zudem auch nur dann, wenn Klageverfahren geführt würden.
- **UV1/UV10:** Die Möglichkeit, vorab Bergbauberechtigungen zu erhalten, sei vor allem für Bergbautreibende vorteilhaft, da diese ohne große Anforderungen erfüllen zu müssen, Rechte zugewiesen bekommen. Die Vorteile für die Bergbauunternehmen seien sehr hoch, weil andere Beteiligte wenige Chancen hätten, grundlegende Veränderungen zu erreichen. Die Berechtigung biete große Sicherheit als Unternehmen, ein Projekt durchzuführen. Die Planungssicherheit für Unternehmen sei sehr groß. Damit korrespondierten geringe Chancen für Antragsgegner, sich mit ihren Argumenten durchzusetzen.
- **UV10:** Nach der Wiedervereinigung sei das Bergrecht für Betriebe für den Abbau von Kies und Stein/Erde, die zu DDR-Zeit unter das dortige Bergrecht fielen, nicht (mehr) anwendbar gewesen – sondern andere landesrechtliche Vorschriften. Die Unternehmen hätten das sehr bedauert. Dies zeige die großen Vorteile für die Unternehmen bzgl. der Planungssicherheit.
- **UV10:** Mit Beteiligungen sei immer erst später begonnen worden. Betroffene seien i.d.R. zunächst noch nicht eingebunden worden. Es handle sich eher um eine Formalie. Antragsgegner hätten praktisch keine Möglichkeit einen Antrag zu stoppen. Dies sei so im Bergrecht angelegt und zu kritisieren.
- **UV10:** Eine Beteiligung von Oberflächeneigentümern im Bergbauberechtigungsverfahren fände in der

Praxis nicht statt. Gemeinden und TöB würden i.d.R. jedoch angehört. Die Erfahrung in Schleswig-Holstein ergebe Folgendes: Aufgrund der Informationspolitik sei es zu Bürgerprotesten und einem nicht genehmen politischen Umfeld für das Bergbauunternehmen gekommen, welches Erdgas-/Erdöl gewinnen wollte. Das Unternehmen habe sich dann zurückgezogen und auf die Berechtigung verzichtet. Zuständig sei in Schleswig-Holstein auch das Umweltministerium und nicht das Wirtschaftsministerium gewesen, das z.B. auch Förderabgaben anders ausgestalten könne. Das Beispiel zeige, dass Veränderungen im BBERG geschaffen werden könnten. Wesentlich seien politische Rahmenbedingungen und der Wille gewesen, bestehende Spielräume zu nutzen. Entscheidend sei aber nicht das Rechtsregime sondern das politische Umfeld gewesen.

- UV10: Die nachfolgenden Entscheidungen würden regelmäßig mit der erteilten Bergbauberechtigung begründet. Die Argumentation zieht sich durch das ganze Verfahren. Begründet werde dies mit der Planungssicherheit für den Unternehmer. Es sei gewollt, dass durch das gestufte Verfahren Fakten geschaffen werden. Es müssten Strukturen geschaffen werden, dass aus den Bergbehörden wirklich unabhängige Aufsichtsbehörden werden. Es seien keine Beispiele bekannt, in denen spätere Entscheidungen anders als von Anfang an geplant ausgefallen seien.
- UV8: Unternehmer muss nach Auffassung des niedersächsischen LBEG gerade in Bezug auf Fracking Angaben machen, ob Hindernisse entgegenstehen. Damit sei man bereits auf der Konzessionsebene im materiellen Recht. Die Gemeinden hätten dann schon sehr vertieft vorgetragen. Dies führe gewissermaßen zu einer „Vakuumentation“, da man eigentlich noch gar keine ausreichenden Angaben und Unterlagen habe, jedoch bereits vortragen müsse, um Aufsuchung zu verhindern. Bei zumindest zwei der eigenen Verfahren habe es schon Konkurrenten gegeben, die auch Konzessionen für den Bodenschatz im gleichen Feld gewollt hätten. Die Bergämter hätten also auch deshalb schon vor der Aufsuchung entscheiden müssen. In einem konkreten Fall sei für insgesamt 20 Gemeinden Widerspruch eingelegt worden; es sei dann um die Frage gegangen, ob das Vorhaben überhaupt zulässig sei. Die Entscheidung sei letztlich politisch motiviert gewesen; es wurde lange mit der Staatskanzlei in Schleswig-Holstein diskutiert. Letztlich gab es eine raumordnerische Veränderungssperre. Damit wurde angewiesen, dass Erlaubnisse für unterirdische Vorhaben wie Fracking und CO₂-Verpressung u.ä. nicht mehr erteilt werden konnten. Sie hätten nie eine ablehnende Entscheidung bekommen, gingen aber davon aus, dass die Widersprüche und das lange Verfahren dazu beigetragen hätten, dass es letztlich nicht zur Aufsuchung kam. Das bergrechtliche Verfahren habe so lange gedauert, dass die Gesetzesnovelle („Fracking-Novelle“) dieses überholt habe.

Das Konzessionsverfahren habe trotz dieser Kritik auch aus Umweltsicht aber eine Reihe von Vorteilen:

- UV3: So sei ein gestuftes Verfahren grundsätzlich sinnvoll, aber die entgegenstehenden Belange müssten frühzeitig einbezogen werden und die Abwägung dürfe nicht durch eine „interessengeleitete“ Behörde vorgenommen werden bzw. müsse die Beteiligung anderer Behörden sichergestellt werden. Würden sich Gemeinden bereits frühzeitig im Berechtsamsverfahren vor Erteilung der Aufsuchungserlaubnis einsetzen, dann zeitige dies allerdings bisweilen Erfolge. So bestünden Erfahrungen mit einem Fall, in dem schon bei der Aufsuchungserlaubnis Kontakt bestanden habe. Ein frühzeitiger Aufbau von massivem juristischem Druck habe dazu geführt, dass das Vorhaben letztlich aufgegeben worden sei.
- UV8: Das „Konzessionssystem“ sei heute nicht mehr notwendig. Für moderne Zulassungen bräuchte man keine vorherige Konzession. Die bergrechtliche Systematik verhindere / erschwere auch die Beteiligungs- und Rechtsschutzmöglichkeiten. Beispiel: Öl-Aufsuchung im Wattenmeer: Hier sei sehr lange mit der schleswig-holsteinischen Ministerebene (Wirtschaft, Umwelt), Vorhabenträger und Behörden über die Funktion der Aufsuchungserlaubnisse diskutiert worden. Bewilligungen und Aufsuchungsergebnisse überschritten sich im Meer. Die rechtliche Schlussfolgerung war, dass niemand mehr verstehe, welche Rechte sich aus Bewilligungen und Erlaubnissen in bestimmten Quadranten im Wattenmeer ergeben würden. Dasselbe gelte für die Lüneburger Heide, wo die Gasbewilligungen liegen, auch diese überschritten

sich teilweise. Dies mache planungsrechtlich überhaupt keinen Sinn.

- UV1: Man müsse bei Erteilung von Bergbauberechtigungen die Relevanz von Rechten Dritter (insbesondere Grundeigentum) und der Umwelt bereits prüfen, um nicht Tatsachen zu schaffen, da es sonst zu einer Verhinderung der Durchsetzung dieser Rechte komme.
- UV1: In jedem Falle müsse eine solche vorherige Entscheidung – anders als bislang – von umfangreichen Prüfungen begleitet werden. Die unterschiedliche Behandlung von (bergfreien / grundeigenen) Bodenschätzen sollte abgeschafft werden. Die „Bergfreiheit“ einiger Bodenschätze sei eventuell noch historisch erklärbar, es sei aber heute nicht mehr zeitgemäß, verschiedene Rechtsregime für Bodenschätze oder Abbauverfahren vorzusehen. Sonderbehandlungen bergbaulicher Vorhaben sollten generell abgeschafft werden und stattdessen für jeden Bodenschatzabbau eine allgemeine Eingliederung in das Umweltrecht stattfinden.
- UV4: Die Aufteilung zwischen den Bodenschätzen solle daher aufgehoben und grundsätzlich alle Rohstoffe unter den staatlichen Genehmigungsvorbehalt gestellt werden, es sollten zudem Verfahren für alle Vorhaben zur Genehmigung von Rohstoffabbau eingeführt werden. Die Erteilung einer Berechtigung und der Betriebsplanzulassung solle in einem einheitlichen Verfahrensschritt abgehandelt werden.
- UV3: Ein weiterer Verbesserungsvorschlag sei es, dass im Rahmen der Erteilung von Bergbauberechtigungen eine stärkere Auswahl getroffen werden sollte, damit es nicht zu Flächenbevorratungen komme. In der Praxis sei letzteres die Regel, da das Instrument des Widerrufs von Bergbauberechtigungen nicht greife bzw. nicht konsequent genutzt werde. Aufgrund der schwammigen Formulierung im BBergG würden Widerrufstatbestände umgangen, indem unwichtigste Tätigkeiten als Widerrufsgründe vermeidende Aktivität gewertet würden, auch wenn es sich dabei erkennbar nur um Scheinaktivitäten handle. D.h. das vom Gesetzgeber gewollte Instrument greife so nicht.
- UV6: Ein weiterer Änderungswunsch bei Bergbauberechtigungen betreffe den Umstand, dass Flächen bislang als Ganzes genehmigt würden, auch wenn in Teilen keine Genehmigung zu erwarten sei. Ein Vorteil wäre demgegenüber schon, wenn Behörden Erlaubnisse entsprechend abändern könnten, denn schutzwürdige Flächen sollten keinen Aufsuchungsstatus erhalten.
- UV4: Weitergehend wird schließlich gefordert, dass die Erteilung einer Berechtigung und Betriebsplanzulassung in einem Schritt abgehandelt werden sollte.

Zentrale Aussagen der Behörden zum Berechtsamsverfahren und seinen Vor- und Nachteilen

Die Behörden beurteilen das Berechtsamsverfahren wie folgt:

- B4: Die Relevanz sei hoch und diese Art der Konzessionierung dringend erforderlich. Aufsuchungserlaubnisse und Bewilligungen seien sehr sinnvoll, der Gesetzgeber gehe von öffentlichem Interesse zur Gewinnung von Bodenschätzen aus. Insbesondere für die Aufsuchung seien Konzessionen erforderlich. Die einzige Alternative wäre es, dass der Staat das selber mache. Es handle sich um ein gewachsenes System, das vernünftig sei. Gerade bei der Aufsuchung müsse vor der Prüfung von Umweltbelangen geklärt werden, ob überhaupt wirtschaftlich förderbarer Bodenschatz gegeben sei. Der Ansatz, zuvor Umweltprüfungen durchzuführen wäre verfehlt. Mit Bezug z.B. auf flächenmäßig sehr große Bundesländer sei eine Umweltprüfung erst sinnvoll, wenn der konkrete Ort der Förderung geklärt sei (beispielsweise bei Erdgas). Dafür sei zunächst die Aufsuchung notwendig.
- B3: Die Bergbauberechtigung spiele für den klassischen Bergbau (Erdöl, Erdgas, Kohle) eine große Rolle, Die Investitionsplanung bringe großes Bedürfnis nach Planungssicherheit mit sich, welche die Bergbauberechtigung gewährleisten könne. Auch international könne kein Investor ohne diese Ebene arbeiten. Die Bergbauberechtigung biete also einen gewissen Investitionsschutz, ohne damit die Detailzulassungen ausfallen zu lassen. Für die nachfolgenden Schritte, die Erkundung, Planung, Durchführung bestehe

ein großes Bedürfnis, eine gewisse Planungssicherheit zu haben.

- **B1:** Das Berechtsamsverfahren habe praktische Relevanz v.a. auch im Hinblick auf Feldes- und Förderabgaben, auch wenn diese bisher v.a. in den Länderfinanzausgleich einfließen.
- **B5 (Wasser):** Aus wasserbehördlicher Sicht spiele die Bergbauberechtigung dagegen keine große Rolle. Eine Einbeziehung finde in informeller Weise jedoch schon auf Planungsebene statt.
- **B5 (Wasser):** Zur Frage der Berücksichtigung von Umweltbelangen erst auf der Ebene der Betriebsplanzulassung sei festzustellen, dass sich gerade im stark kritisierten Bergbau, wie Kohleabbau, eine Arbeitsweise manifestiert habe, dass Raumordnung, Regionalplanung, gemeinsame Landesplanung (Ministerien für Wirtschaft sowie Umwelt in verschiedenen Gremien) sich frühzeitigst (teilweise 10 Jahre) gegenseitig informierten. Es würden Informationsplattformen gelebt, bevor irgendetwas passiert. Es bestehe eine gute Informationsbasis, um Fehlplanungen zu vermeiden. In einem konkreten Beispiel seien die Rohstoffvorräte gegeben und es bestehe der politische Wille zum Abbau. Die Wasserbehörde sei frühzeitig gefragt worden. Diese habe dann im Rahmen der Landesplanung vorgebracht, dass es Wassersperren gebe und dass eine Gefährdung der Wasserversorgung einer Großstadt unter Umständen nicht auszuschließen sei. In anderen Bundesländern laufe das vermutlich vergleichbar. Dies sei ein Prozess. Klüngerleien (dies sei ein Vorwurf von Umweltverbänden) gebe es nicht, Es bestünden große Ziele für Wassergüter usw. und die Wasserbehörden seien als Kritiker und Streiter immer dabei.
- **B5 (Wasser):** Bei den Wasserbehörden komme auch in den Vorstufen des Verfahrens schon sehr viel an (etwa auf der Ebene der Raumordnungsplanung, in Kooperation mit dem Infrastrukturministerium etc.). Alle möglichen Einheiten stimmten sich hier ab, ob sie das Vorhaben befürworteten. In ganz frühen Phasen finde die Beteiligung auch schon statt, der Naturschutz werde auch unter Beteiligung der Verbände berücksichtigt. Formale Beteiligung der Wasserbehörde gebe es erst im eigentlichen Verfahren. Diese seien abgestuft zwischen Raumordnungsverfahren und detaillierten Verfahren.
- **B6 (Geologischer Dienst):** Aus Sicht des Geologischen Dienstes ist die Lage wie folgt zu beurteilen: Erlaubnisse und Bewilligungen nach dem BBergG seien die Voraussetzungen für geologische Erkundungsarbeiten bezüglich bergfreier Bodenschätze. Praktisch hätten in den letzten Jahren vor allem bergrechtliche Erlaubnisse eine hohe Bedeutung, da hier bergfreie Bodenschätze eine große Rolle spielten. Der geologische Dienst habe seit 2006 viele Unternehmen, die in das betreffende Bundesland kämen und nach Rohstoffen suchten. Zur Exploration seien Erlaubnisse erforderlich, die entsprechenden bergrechtlichen Verfahren erfolgten unter Beteiligung der Rohstoffgeologen.
- **B6 (Geologischer Dienst):** Der Geologische Dienst werde im Rahmen von Amtshilfe tätig, wenn es um die Beurteilung geologischer Sachverhalte gehe. Der Staatliche Geologische Dienst sei im Bundesland die einzige Behörde, die anderen Behörden den nötigen Sachverstand zur Beurteilung entsprechender Fragestellungen anbieten könne.

Zu den Nachteilen stellen die Behörden folgendes fest:

- **B2:** Ein Nachteil des gestuften Verfahrens sei, dass die Berechtigung keine Gewissheit für die Umsetzung des Vorhabens schaffe. Die Stufung sei daher für den Vorhabenträger nachteilig. Es bedeute zudem einen langen Genehmigungsprozess. Auch für Betroffene bestünde lange Zeit keine Klarheit über das Vorhaben.
- **B6** Nachteilig sei zudem, dass die gesetzliche Frist des § 16 Abs. 4 BBergG für die Erlaubnisse von fünf Jahren zu kurz ist. Dies genügt – gerade bei Erzen – nicht, um die notwendigen Untersuchungen durchzuführen.

Zu den Vorteilen des gestuften Verfahrens wird demgegenüber angeführt:

- **B1:** Berechtsamsverfahren und Betriebsplanzulassung) können nicht in einem Verfahren abgehandelt werden, da sie ganz verschiedene Fragestellungen betreffen.

- **B1:** Auch im Wasserrecht oder im Immissionsschutzrecht brauche man auch eine Art Berechtigung i. d. F., dass man über das Grundstück verfügen können müsse, das zur Vorhabenrealisierung benötigt werde, so dass das Berechtsamsverfahren für bergfreie Bodenschätze eigentlich nicht speziell bergrechtlich sei.
- **B1:** Beibehaltung des Verfahrens sei wichtig. Gemeinden würden im Berechtsamsverfahren beteiligt und gemeindliche Planungen würden geprüft.
- **B2:** Das Verfahren biete Sicherheit hinsichtlich Exklusivität und Konkurrentenschutz, auch im Hinblick auf weitere Planungen habe ein Vorhabenträger schon ein Recht in der Hand. Auch wenn dieses noch nicht zum Abbau berechtige, d.h. noch nicht umsetzungsfähig sei. Aber dies gebe z.T. Sicherheit.
- **B3:** Ein Vorteil sei zudem, dass Kenntnis in der Öffentlichkeit und in der Politik hergestellt werde: Das Verfahren sei der „Startschuss“ für das Vorhaben. Im Rahmen der Planfeststellung sei dies allein schwer umsetzbar, die Antragsvoraussetzungen seien zu hoch, schon der zeitliche Aufwand hierfür allein sei ein Argument für Investitionsschutz.
- **B3:** Praktisch sei es als ein positiver Nebeneffekt der Bergbauberechtigung zu beurteilen, unabhängig von der rechtlichen Bindungswirkung, dass in vielen Fällen Stellungnahmen der Träger öffentlicher Belange eingereicht und dem Antragstellenden zur Verfügung gestellt würden. Er könne sich für die weiteren Verfahrensschritte also bereits darauf einstellen.
- **B4:** Das Gesamtsystem halte man für sinnvoll. Konkurrenzschutz sei notwendig, Prüfung beziehe sich im Wesentlichen zunächst auf Aktenstudium. Umweltbelange kämen dann spätestens bei der ersten bergrechtlichen Aufsuchungsmaßnahme ins Spiel, z.B. bei der Probebohrung. Spätestens dann würden über § 48 Abs. 2 BbergG Umweltbelange geprüft. Schutzlücken bestünden nicht, das System trage den Bedürfnissen des Bergbaus Rechnung. Flexible Reaktion und Nachjustierung sei dadurch möglich und auch notwendig.
- **B6 (Geologischer Dienst):** Das gestufte Verfahren des BbergG erscheine sinnvoll, da dadurch prinzipiell sichergestellt sei, dass der private Antragsteller sich zunächst mit der „Erlaubnis“ um die Beschaffung der notwendigen Daten für eine potenzielle Lagerstätte kümmere. Am Ende dieses Prozesses solle er eine informierte Entscheidung darüber treffen können, ob sich die Beantragung einer Bewilligung lohne, (beispielsweise aufgrund einer Machbarkeitsstudie). Die für den eigentlichen Abbau erforderlichen Voraussetzungen müssten dann erst im Rahmen der Betriebspläne geprüft werden. Das sei sinnvoll.

Ergebnisse der Interviews zur Relevanz von Bergwerkseigentum

Zentrale Aussagen der Vorhabenträger zur Relevanz von Bergwerkseigentum

Die Vorhabenträger beurteilen die Relevanz des Bergwerkseigentums wie folgt:

- **V1:** Diese sei als sehr hoch einzustufen, was sich allerdings nicht auf das grundstücksgleiche Recht beziehe, sondern vielmehr auf den Umstand, dass Erlaubnis und Berechtigung demgegenüber zeitlich befristet seien. Mit diesen Fristen käme man bei größeren Vorhaben nicht hin. Insofern sei unbefristetes Bergwerkseigentum für den Betrieb notwendig. Wenn es möglich wäre dies bei Erlaubnis oder Bewilligung zu integrieren, dann wäre dies ebenso sinnvoll.
- **V2:** Das Bergwerkseigentum sei historisch gewachsen und damit etabliert, werde aber in der Zukunft keine Rolle mehr spielen. Die Relevanz für Unternehmen sei heute sehr unterschiedlich, manche hätten es (Sonderstellung Einigungsvertrag), manche nicht. Es werde auch gar nicht mehr beantragt von den Unternehmen.
- **V3:** Es gebe viele sehr frühe Berechtigungen, die fortgeschrieben worden seien. Aber heute unter den

jetzigen Voraussetzungen des BBergG sei das Bergwerkseigentum vorteilhaft gegenüber der bloßen Bewilligung. Auch wenn von der Beleihungsfähigkeit wenig Gebrauch gemacht werde, sei sie angesichts der finanziellen Hürden doch vorteilhaft, aber eben auch die längere Befristung der alten Rechte.

- VA: In alten DDR-Gebieten gebe es die Besonderheit des Bestandsschutzes für das Bergwerkseigentum für eigentlich bergfreie Bodenschätze. Dieses Bergwerkseigentum sei in der Praxis problematisch, da es nicht an Lagerstätten angepasst worden sei, und z.T. Lagerstätten in den grundeigenen Bereich übergingen. D.h. zusätzlich müsse dem Grundeigentümer der Bodenschatz [für diesen Bereich] dann vergütet werden. Die Beleihbarkeit sei wichtig, gebe aber allein keine Investitionssicherheit.
- V4: Das Bergwerkseigentum nach neuem Recht habe keine Relevanz mehr, v.a. da es befristet sei und daher nicht die gleichen Vorteile biete wie das alte Bergwerkseigentum. Mit der Überführung in das BBergG sei der Versuch unternommen worden, dieses Institut, insbesondere die Beleihbarkeit, in das neue Recht zu überführen. Aber gerade durch die Befristung sei auch die Beleihbarkeit eingeschränkt, da kein beleihungsfähiger Gegenstand vorliege. Das alte Bergwerkseigentum sei dagegen höchst relevant.
- V5: Das eigene Unternehmen verfüge v.a. über altes Bergwerkseigentum aufgrund der Privatisierung Volkseigener Betriebe der DDR. Aktuelles „neues“ Bergwerkseigentum spiele keine Rolle.
- V6: Das Unternehmen verfüge v.a. über altes Bergwerkseigentum aus den 30er Jahren, ein Vorteil desselben sei, dass es unbefristet sei und Erlaubnis und Bewilligung in einem regle. Aktuelles Bergwerkseigentum spiele dagegen keine Rolle.

Zentrale Aussagen der Umweltseite zur Relevanz von Bergwerkseigentum

- [letztlich keine Beurteilung durch UV möglich.]

Zentrale Aussagen der Behörden zur Relevanz von Bergwerkseigentum

Die Behörden schätzen die Relevanz des Bergwerkseigentums wie folgt ein

- B2: Es gebe sehr wenige Fälle von Bergwerkseigentum nach BBergG, jedoch noch einige alte bestätigte Rechte als Bergwerkseigentum.
- B3: Für Bergwerkseigentum gebe es eigentlich keinen Bedarf. Es gebe wenige Fälle, in denen Bergwerkseigentum eine Rolle spiele, dies seien aber eher Sonderfälle. Bergwerkseigentum sei ausschließlich sinnvoll für fremdfinanzierte Investitionen, damit Sicherheiten für die Kreditvergabe bestünden. Für Betriebsplanverfahren und die weiteren Genehmigungsschritte brauche es kein Bergwerkseigentum. Es gebe im eigenen Aufgabenbereich wenige Fälle (konkret aktuell z.B. zwei besonders gelagerte Fälle); im industriellen Bereich sei nur in einem Fall Bergwerkseigentum verliehen worden. Alte Rechte (u.a. altes Bergwerkseigentum) seien vielfältig, die meisten Fälle sind Steine / Erden. Neben dem Bergwerkseigentum gebe es auch andere alte Gewinnungsrechte, die im Einigungsvertrag bestätigt worden seien, aber zeitlich befristet seien.
- B3: Altes Bergwerkseigentum habe die Besonderheit, dass es unwiderruflich und unbefristet sei. Daher sei kein Eingriff möglich, um Vorratshaltung zu verhindern. Im Einigungsvertrag gebe es die Bestätigung von unterschiedlichen alten Rechten: Bergwerkseigentum (bei dem der Schutz der alten Rechte mit Abstand am stärksten sei), z.B. bei der Bestätigung von Bergwerkseigentum in der Braunkohle. Rechte an laufenden Betrieben mit alten Gewinnungsrechten seien im Einigungsvertrag in Erlaubnisse und Bewilligungen nach dem BBergG umgewandelt worden.
- B4: Das Institut habe heute keinerlei Bedeutung mehr – Relevanz bestehe nur mit Bezug auf die alten Rechte. Grund sei vermutlich, dass Bergwerkseigentum ggf. uninteressant für Kreditgeber sei, evtl. hätten die Unternehmer aber schlicht kein Interesse. Für die Kreditvergabe sei das Bergwerkseigentum mittlerweile nicht mehr als Sicherungsmittel gefragt.

- **B6 (Geologischer Dienst):** Für die tägliche Arbeit des Geologischen Dienstes habe das Bergwerkseigentum bisher keine wesentliche Relevanz gehabt. In einem Fall sei vor zwei Jahren eine Bewilligung in ein Bergwerkseigentum umgewandelt worden. Der Grund dafür sei allerdings nicht bekannt.

3.3.2 Voraussetzungen für die Erteilung einer Bergbauberechtigung, insbesondere Versagungsgrund nach § 11 Nr. 10 BBergG

Das BBergG benennt in §§ 11 bis 13 Gründe für die Versagung einer beantragten Bergbauberechtigung. Die Versagungsgründe des § 11 BBergG, auf die sodann auch in §§ 12 und 13 verwiesen wird, sind dabei vornehmlich auf die rohstoffwirtschaftliche Lenkung des Bergbaus im Rahmen des Berechtsamsverfahrens gerichtet.⁸⁶ Dies liegt in der allgemeinen Ziel- und Zwecksetzung des BBergG begründet (dazu auch unter 3.1). Der Gesetzeszweck besteht gem. § 1 Nr. 1 BBergG v.a. darin, Beeinträchtigungen in der Rohstoffversorgung entgegenzuwirken und eine ordnungsgemäße und planmäßige Aufsuchung zu gewährleisten.⁸⁷

Die in § 11 Nr. 1 bis 9, § 12 Abs. 1 Nr. 1 bis 4, § 13 BBergG aufgeführten Voraussetzungen betreffen im Wesentlichen die Verortung des Bodenschatzes, die Ernsthaftigkeit des Aufsuchungs- bzw. Gewinnungswillens, die Person des Bergbauunternehmers und dessen Leistungsfähigkeit. Eine Versagung kann demnach z.B. dann erfolgen, wenn kein Arbeitsprogramm vorgelegt (z.B. in § 11 Nr. 3 BBergG für die Erlaubnis und § 12 Abs. 1 Nr. 4 BBergG für die Bewilligung) wird oder der Antragsteller die erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt. Diese Versagungsgründe zeigen, dass das Hauptziel des Berechtsamsverfahrens die „planmäßige“⁸⁸ Aufsuchung und Gewinnung „in einer angemessenen Zeit“ ist. Allein dieser Schwerpunkt der Versagungsgründe auf der rohstoffpolitischen Lenkung kann angesichts der vielfältigen Auswirkungen des Bergbaus bereits hinterfragt werden. Hiergegen wird v.a. eingewendet, das Berechtsamsverfahren verfolge v.a. den Zweck der Planungssicherheit für den Vorhabenträger durch die Zuordnung des Bodenschatzes, sodass eine Detailprüfung bzgl. der Auswirkungen des Vorhabens bei der Klärung der „wirtschaftspolitischen Grundsatzfragen“⁸⁹ fehl am Platze sei.⁹⁰ Andererseits wird eben gerade diese Logik bereits mit § 11 Nr. 10 BBergG, wie gleich zu zeigen sein wird, durchbrochen und damit anerkannt, dass es doch gewisse Aspekte, insbesondere bezüglich der Berücksichtigung des öffentlichen Interesses am Vorhaben gibt, die bereits auf dieser Stufe – mindestens in der Form einer summarischen Prüfung – eine Rolle spielen.

Vergleicht man den Katalog der Versagungsgründe beispielsweise mit der Genehmigung zur Untersuchung des Untergrundes auf seine Eignung als Kohlendioxidsspeicher, die auch noch keine tatsächliche Umsetzung des Vorhabens zur Folge hat, so fällt auf, dass hier Gemeinwohlbelange (§ 7 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5, Nr. 8 KSpG) und explizit auch Umweltbelange (§ 7 Abs. 1 Nr. 6 KSpG) etwa in gleichem Verhältnis zu anderen, mehr tätigkeits- und anlagenbezogenen Voraussetzungen stehen.

⁸⁶ Franke, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 11 Rn. 1.

⁸⁷ Franke, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 6 Rn. 9.

⁸⁸ Vgl. § 11 Nr. 8 BBergG, der gem. § 12 Abs. 1 BBergG auch für die Bewilligung gilt.

⁸⁹ Vitzthum/Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 11 Rn. 27.

⁹⁰ So in etwa Keienburg, Stellungnahme zu den Anträgen auf Änderung bzw. Anpassung des Bundesberggesetzes (BBergG), 16.5.2012, S. 6 f., abrufbar unter:
http://www.kuemmerlein.de/fileadmin/user_upload/kuemmerlein/downloads/anwaelte/Keienburg/Publikationen/Stellungnahme-16.05.2012.pdf (so am 15.2.2017).

In diesem Kontext bietet unmittelbar § 11 Nr. 10 BBergG,⁹¹ nach dem die Erlaubnis zu versagen ist, wenn überwiegende öffentliche Interessen die Aufsichtung im gesamten zuzuteilenden Feld ausschließen, einen Anknüpfungspunkt für die Berücksichtigung bergrechtsexterner Gemeinwohlbelange auf der Ebene des Berechtsamsverfahrens.⁹² Der Versagungsgrund liefert damit auch den einschlägigen Anknüpfungspunkt für die Berücksichtigung von Umwelteinwirkungen als Gemeinwohlbelang bei der Entscheidung über die Erteilung der Bergbauberechtigung.⁹³

Den Gesetzgebungsmaterialien kann entnommen werden, dass konkrete Umweltbelange, die durch die spätere Tätigkeit hervorgerufen werden, auf der Ebene des Berechtsamsverfahrens nicht zu berücksichtigen sein sollen, da es noch nicht um die konkrete Gewinnungstätigkeit geht, sondern nur um die Einräumung einer Rechtsposition. Dort heißt es, dass mit der Bergbauberechtigung lediglich ein „Rechtstitel“ übertragen werde, der nichts darüber besage, wie und unter welchen Voraussetzungen die Bergbauberechtigung ausgeübt werden kann, sondern vielmehr ein rohstoffwirtschaftliches Steuerungsinstrument ist. Daher solle auch das behördliche Prüfprogramm bei der Entscheidung über die Erteilung einer Bergbauberechtigung entsprechend begrenzt sein.⁹⁴ Hieraus wird gefolgert, dass auf der Berechtsamsebene keine Konkretisierung des bergbaulichen Vorhabens dergestalt erforderlich sei (insbesondere in den vorzulegenden Arbeitsprogrammen), die eine Prüfung der Vereinbarkeit mit den bergrechtlichen Anforderungen und mit den Vorgaben des Umwelt- und Planungsrechts ermöglicht.⁹⁵ Für die Zielrichtung dieser Darlegungspflichten sei wesentlich, dass sie rohstoffwirtschaftliche Steuerungsinstrumente sind, mit denen insbesondere der Erwerb von Vorratsberechtigungen verhindert werden solle.⁹⁶ (Allerdings hat der Gesetzgeber dies durch die Regelung des § 149 BBergG selbst konterkariert, da hierdurch wichtige Bodenschätze in großem Umfang dem Berechtsamsverfahren nach §§ 6 ff. BBergG entzogen wurden.) Damit der Erteilung der Bergbauberechtigung noch keine konkreten Aufsuchungs- oder Gewinnungstätigkeiten gestattet würden, sondern dies unter dem umfassenden Vorbehalt der Betriebsplanzulassung stehe (§ 51 Abs. 1 BBergG), konkretisiere sich erst auf dieser Ebene die Ausübung der Bergbauberechtigung zum bergbaulichen Vorhaben, dessen Umweltauswirkungen beurteilt werden könnten. Daher sei die Betriebsplanzulassung die im bergrechtlichen Zulassungssystem für die Berücksichtigung von Umweltbelangen prädestinierte Entscheidungsebene.⁹⁷

Hiervon macht § 11 Nr. 10 BBergG eine Ausnahme. Nach dieser Norm ist die Erteilung einer Bergbauberechtigung zu versagen, wenn überwiegende öffentliche Interessen die Aufsichtung oder Gewinnung **im gesamten** zuzuteilenden **Feld** ausschließen.⁹⁸ Demnach sind sowohl auf der Betriebsplanebene (§ 48 Abs. 2 BBergG, dazu ausführlich unter 3.5.3) als auch bei der Erteilung von Bergbauberechtigungen zu prüfen, ob dem Vorhaben überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen. Ausgehend vom Wortlaut des Gesetzes ist somit festzustellen, dass das BBergG sowohl in

⁹¹ Gilt gem. § 12 Abs. 1 S. 1 auch für die Erteilung der Bewilligung zur Gewinnung von Bodenschätzen und damit zugleich auch für die Verleihung von Bergwerkseigentum.

⁹² § 11 Nr. 10 BBergG lautet: „Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn [...] überwiegende öffentliche Interessen die Aufsichtung im gesamten zuzuteilenden Feld ausschließen.“

⁹³ Laut *Frenz*, DVBl. 2016, 679 (681) wird dies v.a. für die Berücksichtigung von Belangen des Gewässerschutzes für das Fracking vertreten.

⁹⁴ BT-Drs. 8/1315, S. 84.

⁹⁵ *Franke*, in: *Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen*, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 11 Rn. 13.

⁹⁶ *Franke*, in: *Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen*, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 11 Rn. 13 mit Verweis auf BVerwG, Urt. v. 03.03.2011 (7 C 4/10), ZfB 2011, S. 105 Rn. 12 ff.

⁹⁷ *Franke*, in: *Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen*, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 11 Rn. 13.

⁹⁸ *Franke*, in: *Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen*, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 11 Rn. 14.

§ 11 Nr. 10 als auch in § 48 Abs. 2 S. 1 eine Versagung der jeweils beantragten Entscheidung – also der Erteilung der Bergbauberechtigung bzw. der Zulassung des Betriebsplanes – verlangt, wenn „überwiegende öffentliche Interessen“ der Durchführung bergbaulicher Tätigkeiten „entgegenstehen“ (§ 48 Abs. 2 S. 1 BBergG) bzw. diese „ausschließen“ (§ 11 Nr. 10 BBergG). Obwohl damit unterschiedliche Anforderungen an die Relevanz der öffentlichen Belange für das Gesamtvorhaben gestellt werden, ist eine gewisse Doppelprüfung in inhaltlicher Sicht nicht zu vermeiden. Diese inhaltliche Überschneidung wird zum Teil angeführt, um gegen eine erneute Prüfung entgegenstehender öffentlicher Belange in Folgeverfahren (z.B. Betriebsplanverfahren, aber auch Verfahren nach anderen Gesetzen) abzulehnen.⁹⁹ Hier zeigt sich, dass die verschiedenen Verfahrensstufen eben nicht so eindeutig voneinander getrennt werden können: Einerseits wird die fehlende Konkretisierung im Berechtsamsverfahren herangezogen, um argumentativ eine Erweiterung der Versagungsgründe um Umweltaspekte im Allgemeinen zu verneinen. Andererseits wird mit der Planungs- und Investitionssicherheit für eine Präjudizwirkung des Berechtsamsverfahrens in Bezug auf die Prüfung von öffentlichen Interessen argumentiert.

Zu den öffentlichen Interessen, bzgl. derer zu prüfen ist, ob sie die Interessen an der Aufsuchung bzw. Gewinnung von Rohstoffen überwiegen, gehören grundsätzlich sämtliche in der Rechtsordnung manifestierten Belange. Hierzu gehören damit auch die zum Schutz der Umwelt erlassenen Rechtsvorschriften ebenso wie Normen des Planungsrechts.

Allerdings soll dann, wenn keine technische Unmöglichkeit durch die entgegenstehenden Umweltbelange verursacht wird, der Versagungsgrund von § 11 Nr. 10 BBergG nur greifen, wenn mit einem hohen Grad an Gewissheit absehbar ist, dass eine spätere Aufsuchung und Gewinnung nicht zugelassen werden kann.¹⁰⁰ Dies soll nur bei strikten Verboten, z.B. Schutzgebietsverordnungen nach §§ 20 ff. Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG)¹⁰¹, nach FFH-Recht, nach § 51 Wasserhaushaltsgesetz (WHG)¹⁰² oder den Bodenschutzgesetzen in Frage kommen - und auch nur dann, wenn in den konkreten Fällen absehbar keine Ausnahme bzw. Befreiung von diesen Verboten erteilt werden kann.¹⁰³ Auf Grundlage dieser Rechtsauffassung ist insbesondere eine Abwägungsentscheidung bei zu erwartenden schwerwiegenden aber die Tätigkeit nicht ausschließenden Umweltauswirkungen der Gewinnung auf dieser Ebene ausgeschlossen.¹⁰⁴ Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Bergbauberechtigung knüpfen damit auch nicht an eine Bewertung und Abstufung (potentieller) Umwelt(un)gefährlichkeit für die Gewinnung bestimmter Rohstoffe an.¹⁰⁵

Da der Gesetzgeber allerdings vom Wortlaut der Regelungen her betrachtet sowohl in § 11 Nr. 10 BBergG als auch in § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG eine Interessensabwägung verlangt, bleibt für den Rechtsanwender aus dem Gesetzestext heraus zunächst unklar, ob und ggf. wie sich die Prüfung und Abwägung der widerstreitenden Interessen in den unterschiedlichen Verfahren unterscheiden. Klar dürfte sein, dass die Prüfung und Abwägung mangels weitergehender Vorgaben einzelfallbezo-

⁹⁹ So z.B. *Vitzthum/Piens*, in: *Piens/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 11 Rn. 27.

¹⁰⁰ *Franke*, in: *Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen*, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 11 Rn. 18.

¹⁰¹ Bundesnaturschutzgesetz vom 29.07.2009 (BGBl. I S. 2542), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 15.09.2017 (BGBl. I S. 3434) geändert worden ist.

¹⁰² Wasserhaushaltsgesetz vom 31. Juli 2009 (BGBl. I S. 2585), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 4. Dezember 2018 (BGBl. I S. 2254) geändert worden ist.

¹⁰³ *Ludwig*, ZUR 2012, 150 (151).

¹⁰⁴ Ähnlich auch *Franke*, in: *Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen*, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 11 Rn. 2, 17, der ein qualitatives Verständnis des Ausschlusses verneint.

¹⁰⁵ So z.B. der Vorschlag in *Sanden/Schomerus/Schulze*, Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012, S. 260 ff.

gen durchzuführen ist. Vom Sinn und Zweck der jeweiligen Prüfung her betrachtet, kann nicht unbedingt plausibel argumentiert werden, dass dem Konflikt widerstreitender Interessen auf der Ebene der Berechtsamserteilung nicht weitergehend oder nur ausnahmsweise nachzugehen ist, weil mit der Erteilung der Bergbauberechtigung noch keine konkrete Planung zur Vorhabensdurchführung genehmigt werde. Auch wenn letzteres bei Betrachtung der Regelungssystematik des BBergG zweifelsfrei zutrifft, ist dies für sich noch kein überzeugendes Argument für eine restriktive Handhabung des Versagungsgrundes nach § 11 Nr. 10 BBergG. Denn auch wenn mit der Erteilung der Bergbauberechtigung nur eine Rechtsposition bzgl. der Aufsuchung bzw. Gewinnung eines Bodenschatzes in einer bestimmten Lagerstätte eingeräumt wird, fragt sich gleichwohl, ob und welche Bedeutung der ausweislich § 11 Nr. 10 BBergG damit verbundenen Aussage, dass diese nicht im Hinblick auf andere öffentlichen Interessen ausgeschlossen ist, zukommt.

In der Literatur und Rechtsprechung wird – soweit ersichtlich einheitlich – vertreten, dass der Gesetzgeber die auf Berechtsamsebene vorgezogene Prüfung bergrechtsexterner Gemeinwohlbelange als Ausnahme angesehen habe, so dass die Möglichkeit zur Versagung „von gravierenden Voraussetzungen“ abhängig gemacht werden müsse.¹⁰⁶ Die Prüfung der Vereinbarkeit mit überwiegenden öffentlichen Interessen im Erteilungsverfahren sei danach nicht Ausgangspunkt einer gestuften Planungsentscheidung,¹⁰⁷ die im Betriebsplanverfahren nur noch der Konkretisierung bedürfte.¹⁰⁸

Für ein solches Verständnis spricht, dass der Gesetzgeber darauf verzichtet hat, für das Erteilungsverfahren eine Konkretisierung der Vorhabendarstellung und Vorlagepflichten des Antragstellers z.B. in den vorzulegenden Arbeitsprogrammen anzuordnen, die für eine umwelt- und planungsrechtliche Beurteilung erforderlich wären.¹⁰⁹ Auch dass die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bergbaulichen Vorhaben erst auf der Entscheidungsstufe des Rahmenbetriebsplans einsetzt, zeigt, dass der Gesetzgeber nicht von einer umfassenden Prüfung der Vereinbarkeit mit umwelt- und planungsrechtlichen Vorgaben auf der Berechtsamsebene ausgegangen ist.¹¹⁰ In der Tat legt die materiell-rechtliche Voraussetzung, dass eine Versagung nur in Betracht kommt, wenn die Aufsuchung „im gesamten zuzuteilenden Feld“ durch überwiegende öffentliche Interessen ausgeschlossen ist, nahe, dass an den räumlichen Umfang und an die Gewissheit des späteren Vorliegens von Zulassungshindernissen hohe Anforderungen gestellt werden.¹¹¹

Insofern ist man geneigt, den Ausführungen in der Literatur zuzustimmen, dass § 11 Nr. 10 BBergG (nur) die Erteilung einer Bergbauberechtigung verhindern soll, von der feststeht, dass sie insgesamt nicht ausgeübt werden könnte.¹¹² Denn natürlich kann ein Antragsteller kein berechtigtes Interesse an der Erteilung einer Bergbauberechtigung haben, die sich als substanzlos erweist, weil absehbar

¹⁰⁶ Franke, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 11 Rn. 14 m.H.a. BT-Drs. 8/1315, S. 86 (Begr. zu § 11 RegE BBergG). Zum Ausnahmecharakter der Vorverlagerung: Kühne, Rechtsfragen der Aufsuchung und Gewinnung von in Steinkohleflözen beisitzendem Methangas, 1994, S. 84 f., 97; Franke, in: FS Kühne, 2009, S. 507, 525.

¹⁰⁷ OVG Bautzen 10.06.1998, 1 S 349/96, ZfB 1998, 205, 208 f.

¹⁰⁸ Franke, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 11 Rn. 14 m.H.a. Fischer-Hüftle NuR 1989, 106, 108 und eine kritische Sichtweise von Kühne, ZfB 2013, 113, 122 f.

¹⁰⁹ Niermann, Betriebsplan und Planfeststellung im Bergrecht, 1992, S. 16; Franke, in: FS Kühne, 2009, S. 507, 522.

¹¹⁰ Franke, in: FS Kühne, 2009, S. 507, 526.

¹¹¹ Franke, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 11 Rn. 14.

¹¹² Franke, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 11 Rn. 14; Kühne, DVBl 1987, 1259, 1261 Fn. 23; Franke in: Frenz/Preuße (Hrsg.) Chancen und Risiken von unkonventionellem Erdgas (2011), S. 9, 16 ff.

kein entsprechender Gewinnungsbetrieb zur Rohstoffförderung genehmigt werden kann.¹¹³ Folgerichtig kommt der bergbehördlichen Einschätzung, dass kein Versagungsgrund nach § 11 Nr. 10 BBergG vorliegt, keine Bindungswirkung mit greifbarem Inhalt für das Betriebsplanverfahren zu.¹¹⁴

Gleichwohl ist die diesbezügliche bergrechtliche Regelung in der gegenwärtigen Fassung mit der unklaren Ausformulierung des Prüfungsprogramms und dessen Abgrenzung zu den auf der Betriebsplanebene durchzuführenden Prüfungen als defizitär zu bezeichnen. Mit den o. g. Einschränkungen bzgl. der nur rudimentären Prüfungsintensität und der Bezogenheit auf „das gesamte Gewinnungsfeld“ kommt der Vorschrift nahezu keine praktische Bedeutung zu. Somit kann diese nicht die Funktion übernehmen, bereits bei der Entscheidung über die Erteilung einer Bergbauberechtigung eine Steuerung der Sinnhaftigkeit weiterer Maßnahmen zur Vorhabensplanung zu leisten. Im Hinblick darauf, dass mit der Erteilung der Bergbauberechtigung allerdings eine materielle, eigentumsähnliche Rechtsposition vermittelt wird, deren Ausnutzung allerdings in absehbarem Konflikt mit anderweitigen Eigentumspositionen Dritter und öffentlichen Interessen an einer Bewahrung von Umweltgütern vor einer Beeinträchtigung steht, ist der Mangel einer weitergehenden Prüfung des Entgegenstehens dieser Belange allerdings bedenklich. Konsequenterweise sollte die untergeordnete Bedeutung der Bergbauberechtigung im Gesetz deutlicher zum Ausdruck gebracht werden. Es könnte erwogen werden, die mit der Zuteilung von Bergbauberechtigungen zuvörderst verfolgten Zwecke der Einräumung von Konkurrenzschutz und der Schaffung von Anreizen zur Vorhabenplanung auf andere Weise zu gewährleisten und von deren frühzeitigen Übertragung als eigentumsgleiches Recht Abstand zu nehmen.

Die Alternative, unter grundsätzlicher Beibehaltung der gegenwärtigen Rechtssystematik bereits im Rahmen der Entscheidung über die Erteilung einer Bergbauberechtigung weitergehend über das Entgegenstehen überwiegender öffentlicher Belange zu entscheiden, dürfte demgegenüber nicht praktikabel sein, sofern man nicht zugleich auch wesentliche Elemente der ggf. im Betriebsplanzulassungsverfahren gestellten Anforderungen entsprechend verlagert.¹¹⁵

Zusätzlich ist an der gegenwärtigen Rechtslage problematisch, dass zu dem Zeitpunkt, in dem es um die Betriebsplanzulassung geht – und die entgegenstehenden öffentlichen Interessen ohne die o. g. bzgl. § 11 Nr. 10 BBergG praktizierten Restriktionen zu prüfen und abzuwägen sind – vom Vorhabenträger bei vom Umfang her größeren Vorhaben bereits erhebliche Investitionen getätigt wurden. Der Einsatz des Kapitals etc. im Kontext der Einräumung der Rechtsposition am Bodenschatz bewirkt eine Gemengelage von tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten die (faktisch) als Grundsatzent-

¹¹³ BVerwG 15.10.1998, 4 B 94/98, NVwZ 1999, 876, 877; OVG Bautzen 10.6.1998, 1 S 349/96, ZfB 1998, 205, 210 f.; Kühne DVBl 1987, 1259, 1261; Franke, in: FS Kühne, 2009, S. 507, 525.

¹¹⁴ Franke, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 11 Rn. 14; Niermann Betriebsplan und Planfeststellung im Bergrecht, S. 16 f.; Schmidt-Aßmann/Schoch Bergwerkseigentum und Grundeigentum im Betriebsplanverfahren, S. 79.

¹¹⁵ Roßnagel/Hentschel (Rechtliche Instrumente des allgemeinen Ressourcenschutzes) schlagen zur Adressierung dieser Problematik vor, das Instrument des „vorläufigen positiven Gesamturteils“ aus dem Atomverfahrensrecht (§ 18 AtVFV) und Immissionsschutzrecht (§ 8 BImSchG) auch für das bergrechtliche Verfahren nutzbar zu machen. Als eine Art Bindeglied zwischen der Zuteilung von Bergbauberechtigungen und der Zulassung der Betriebspläne für ein konkretes Bergbauvorhaben soll dieses einerseits dem Antragsteller mehr Rechts- und Investitionssicherheit bieten, andererseits sollen die Pfadabhängigkeiten vermieden werden, auch noch die letzte Genehmigung zu erteilen. Mit dem vorläufigen positiven Gesamturteil wird schon bei der ersten Grundsatzentscheidung festgestellt, dass gegen keine der vorgesehenen Maßnahmen grundsätzliche Einwände bestehen.

scheidung zugunsten des Bergbauvorhabens wirken kann,¹¹⁶ wenngleich dies in genehmigungsrechtlicher Hinsicht tatsächlich nicht zutreffend ist. Rechtlich ist die Bergbauberechtigung als Verwaltungsakt im Sinne des § 35 VwVfG als Teil der Rechtsordnung anzusehen und entfaltet Bestandskraft, d.h. sie kann nur unter besonderen Voraussetzungen aufgehoben werden, sowie Tatbestandskraft, d.h. sie hat Geltung auch gegenüber Dritten und muss im Betriebsplanverfahren beachtet werden und das Gewinnungsrecht darf nicht mehr infrage gestellt werden.¹¹⁷ Eine Bindungswirkung darüber hinaus für das Betriebsplanverfahren ist rechtlich jedoch nicht vorgesehen. Es gibt daher unterschiedliche Vorschläge, wie die im Berechtsamsverfahren eingeräumte Rechtsposition abgeschwächt werden kann, z.B. durch eine schwebende Unwirksamkeit der Bergbauberechtigung bis zur Bestandskraft der Betriebsplanzulassung.¹¹⁸ Diese Möglichkeit hätte unter Umweltgesichtspunkten entscheidende Vorteile in Bezug auf das geltende Zulassungsregime, auch wenn dieses im Allgemeinen einer kritischen Würdigung bedarf. Die mit der Bergbauberechtigung dem Unternehmer vermittelte (grundrechtsrelevante) Rechtsposition (Art. 12, Art. 14 GG) würde in ihrem verfassungsrechtlichen Gewicht abgeschwächt und müsste auch nur in diesem abgeschwächten Umfang in nachfolgende Zulassungsentscheidungen als Abwägungsbelang einbezogen werden. Sie hätte damit ein geringeres Gewicht als im Vergleich zu der heutigen Ausgestaltung des Bergrechts im Sinne eines rohstoffabbaufördernden Gesetzes. Weiterhin würde dies auch die Kritik an dem Rechtskonstrukt des „bergfreien Bodenschatzes“¹¹⁹ (dazu auch unter 3.1) in Bezug auf die faktische Vorfestlegung im Berechtsamsverfahren zumindest insoweit beseitigen,¹²⁰ als eine Überprüfung des Vorhabens im Betriebsplanverfahren ergebnisoffen möglich wäre. Siehe hierzu Kapitel 3.3.6.

Ergebnisse der Interviews zur Prüfung von Umweltbelangen im Berechtsamsverfahren sowie zur Versagung von Bergbauberechtigungen

Zentrale Aussagen der Vorhabenträger zur Prüfung von Umweltbelangen im Berechtsamsverfahren sowie zur Versagung von Bergbauberechtigungen

Umweltbelange im Berechtsamsverfahren und Verhältnis Bergbauberechtigung – Betriebsplanzulassung

- **V1: Umweltbelange im Hinblick auf Berechtsame seien nicht Teil des Prüfprogramms. Es könne daher möglich sein, trotz der Berechtsame ein Vorhaben auf nachgelagerter Stufe wegen entgegenstehender Umweltbelange zu versagen.**
- **V6: Es sei gelebte Praxis, dass die Prüfung von Umweltbelangen mittlerweile stattfinde. In diesem Rahmen würden auch Landkreise und Kommunen beteiligt und würden Hinweise auch zu Naturschutz, Verkehrsaufkommen, Siedlungen etc. in empfindlichen Bereichen geben. Diese Hinweise würden dann abgearbeitet, kämen im Betriebsplanverfahren über § 48 Abs. 2 BBergG aber noch einmal rein. Jedes Vorhaben sei ja auch anders (Bohrplatz, Bohrphase, KWK-Anlagen etc.) und es seien immer unterschiedliche Belange zu berücksichtigen.**
- **V2: Beim Bohrlochbergbau, wenn die Berechtigung beantragt werde, dann sei für den betroffenen Bereich**

¹¹⁶ Ludwig, DVBl. 2016, 685 (686); Umweltbundesamt, Umweltverträgliche Nutzung des Untergrundes und Ressourcenschonung, November 2014 (Positionspapier Langfassung), S. 24; Sanden/Schomerus/Schulze, Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012, S. 218.

¹¹⁷ Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 51 Rn. 22. Die Bergbauberechtigung sei vielmehr damit belastet, dass das Vorhaben zusätzlich noch dem Betriebsplanverfahren unterliegt.

¹¹⁸ Umweltbundesamt, Umweltverträgliche Nutzung des Untergrundes und Ressourcenschonung, November 2014 (Positionspapier Langfassung), S. 26.

¹¹⁹ Vgl. BUND, Kernforderungen zur Novellierung des Bergrechts, November 2015, S. 5.

¹²⁰ Dazu auch Sanden/Schomerus/Schulze, Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012, S. 218.

noch gar nicht klar, ob überhaupt ein Bodenschatz vorhanden sei, der ausgebeutet werden könne. Hier könnten daher noch keine Umweltbelange geprüft werden, sondern sinnvollerweise erst am konkreten Projekt im Betriebsplanverfahren. Im Berechtsamsverfahren sei dies auch nicht vorgesehen.

- V2: Ein Automatismus zwischen den Verfahren sei nicht zu beobachten.
- V5: Im Bohrlochbergbau spielten Umweltbelange weniger eine Rolle im Berechtsamsverfahren, sondern oft erst zu einem späteren Zeitpunkt im Betriebsplanverfahren.
- V6: Die Bergbauberechtigung sei zwar nötig, damit nachfolgende Entscheidungen ergingen. Aber in den konkreten Vorhaben in der Praxis erfolge in jeder Prüfungsstufe eine sehr individuelle Prüfung, v.a. in der Betriebsplanzulassung (Liege die Berechtigung vor? Wie sehe die konsortiale Beteiligung aus etc.), daher keine Abhängigkeit.
- V3: Pfadabhängigkeiten seien nicht bekannt. Wenn es sie gäbe, wären sie mit dem Aufwand, der bereits mit der Berechtigung betrieben werde, aber jedenfalls plausibel zu erklären. Die Erfahrung zeige aber, dass auf jeder Stufe eine umfassende Prüfung stattfinde. Umweltbelange würden erst in der Betriebsplanzulassung geprüft, und dort gehöre die Prüfung hin. Es könne zugestanden werden, dass die Berechtigung kein Selbstzweck sei und sich gewisse Vorfestlegungen ergeben könnten. Berechtigung sei aber gleichzeitig so ein frühes Stadium, das sie nicht mit Kriterien überfrachtet werden sollte, die hier noch nicht relevant würden. Andererseits wäre ein gebündeltes Verfahren, in dem alle Voraussetzungen abgeprüft würden, negativ, da bereits jetzt die Verfahrensdauern sehr lang seien; ein gebündeltes Verfahren würde diese nur noch weiter verlängern.
- VA/VD: Zufall der Wiedervereinigung und Zulassungsverfahren – damals sei Bergwerkseigentum schon ein Vorteil im Genehmigungsverfahren gewesen (auch in seiner Bedeutung für Art. 14 GG), im Planungsrecht sei dieses Bergwerkseigentum schon „bekannt“ und es sei händeringend auf Investitionen gewartet worden. Das Genehmigungsverfahren später sei aber ganz normal abgelaufen (wenn ein Biotop vorhanden sei, dann ändere das Bergwerkseigentum daran auch nichts).
- VD: Ein Vergleich sei aufschlussreich: Auch bei dem für Vorhabenträger sehr wichtigen Grunderwerb (oder Pachtverträgen) erfolge keine Prüfung von Umweltbelangen. Für die Investitionssicherheit sei v.a. die Sicherung im Raumordnungsplan von Bedeutung. Das nachfolgende Genehmigungsverfahren und seine Inhalte und Voraussetzungen seien davon völlig losgelöst.
- VA: Man arbeite in der Praxis nur noch mit bergrechtlichen Planfeststellungsverfahren, weil die UVP-V Bergbau entsprechende Grenzwerte vorsehe. Berücksichtigt würden Umweltbelange damit über die Konzentrationswirkung des Planfeststellungsverfahrens (§ 55 BBergG plus Umweltrecht, sog. Huckepackverfahren). FFH- und Vogelschutz spielten dabei die größte Rolle, ebenfalls Artenschutz (bes. nach FFH und der allgemeine) und das Wasserrecht.
 - Ein neues Problem bestehe im Forstrecht: Hier gehe es schwerpunktmäßig um die Kompensation (nach Eingriffsbilanz): Die Besonderheit für das Forstrecht sei, dass flächenmäßige Kompensation und Erstaufforstung nötig seien, was zunehmend zum Problem werde (normalerweise seien das finanziell teure Ackerflächen). Auch Umweltverbände bestätigten, dass es Unsinn sei, Ackerflächen aufzuforsten, da dies sehr lange dauere. Viel sinnvoller sei es, bestehende Forste aufzuwerten (z.B. Umwandlung in einen Mischwald). Das sei auch aus Sicht der Fachbehörden besser, aber aus Gründen der Bilanzierung würde lieber mehr Flächen angestrebt. Das Gesetz hingegen gäbe wohl beides her (gefordert sei ein „angemessener Forstausgleich“).
 - VC: Problem bei der sog. „mitgehenden“ Kompensation sei, dass Waldrecht und Naturschutzrecht oft vermischt würden.
 - VA: Z.T. komme es durch die forstrechtlichen Vorgaben zu einer Überkompensation, denn im Rahmen der Eingriffs-Ausgleichs-Bilanz könne man oft durch eine andere Maßnahme den Eingriff z.T. ausglei-

chen, dann entstehe mit der Erstaufforstung Überkompensation.

- VD: Vorhabenträger seien Moderatoren und Zuschauer zwischen Naturschutz- und Forstbehörde und wirken auf eine Lösung hin. Für die Vorhabenträger sei es egal, was bei diesem Verfahren rauskomme, für sie sei wichtiger, dass eine zeitnahe Lösung gefunden werde. Deswegen erfolge oft ein früher Start mit Scoping-Termin, mit Ingenieurbüro werde dann der Ausgleich gestaltet, dieses stimme jedes Teilelement mit den Behörden ab, die schließlich über die Genehmigungsfähigkeit entschieden.
- VD: Es gebe häufig Interessenkonflikte und Auseinandersetzungen zwischen den verschiedenen Behörden, Vorhabenträger falle dann die Rolle der Mediatoren zu. Bergbehörden schauten zu.
- VA: De facto liege die Entscheidung bei der höheren Naturschutzbehörde, Stellungnahmen würden abgegeben und Bergbehörden setzten sich in der Praxis darüber nicht hinweg; Bergbehörde moderiere auch eher und wirke auf Konsens zwischen den Behörden hin, auch wenn die Hauptentscheidung rechtlich bei der Bergbehörde liege.
- V4: Aus praktischer Erfahrung könne nicht von Pfadabhängigkeiten zwischen Berechtsamsverfahren und Betriebsplanzulassung gesprochen werden. Das Vorhandensein einer Berechtigung sei zwar notwendige Voraussetzung einer Betriebsplanzulassung; die Berechtigung habe aber keinen Einfluss darauf, was im Betriebsplanverfahren entschieden werde. Es sei schon vorgekommen, dass Umweltbelange im Berechtsamsverfahren diskutiert würden, aber ein Kriterium in der Entscheidung dürfe es nicht sein.

Zu den Versagungsgründen

- V1: Versagungsgründe hätten beim althergebrachten Bergwerkseigentum keine Rolle gespielt.
- V2/V5: Die Erteilung einer Bergbauberechtigung sei kein Selbstläufer. Die Erfahrung zeige, dass die Behörden es schon im Vorfeld kommunizierten, wenn es sich abzeichne, dass nicht erteilt werde, (Bsp. sei in NRW hinsichtlich der Förderung aus unkonventionellen Lagerstätten schon vorher die „rote Karte“ gezeigt worden).
 - V5: Wenn eine Versagung im Raume stehe, werde auf Hinweis der Behörde die Erstreckung des Feldes abgeändert. Das Gleiche gelte für die Verlängerung von Erlaubnissen; i.d.R. erfolge keine Versagung.
 - V2: Das heiße aber auch, dass Unternehmen das nicht durchklagen wollten, sondern dann eher woanders investieren würden (bei global tätigen Unternehmen).
 - V2: Auch die Verlängerungen seien keine Selbstläufer. Es sei deutlich schwieriger Verlängerungen zu bekommen und auch gar nicht unbedingt immer für die zwei Jahre, obwohl gesetzlich vorgesehen sei, dass – sofern entsprechende Programme vorgelegt würden – dann auch eine Verlängerung um die gesetzlich vorgesehenen zwei Jahre erfolge.
- V6: Bei E&P habe es noch keinen Fall der Versagung gegeben; ein jüngerer Fall der Versagung sei aus NRW bekannt, aber dort sei es um Fracking gegangen, d.h. es sei eine rein politische Entscheidung ergangen (gesteuert über den Landesentwicklungsplan/Raumordnung).
- V3: Versagungen seien nicht bekannt; der Grund sei: Bei den Bergbauunternehmen bestehe Sensibilität für Konflikte, entsprechende Vorhaben würden von vornherein gar nicht angegangen.
- VA/VB/VC/VD: Es bestehe keine Erfahrung mit der Versagung von Berechtigungen, aufgrund der vorrangigen Relevanz des Bergwerkseigentums.
- V4: § 11 Nr. 10 BBergG habe nur Relevanz, wenn sehr früh augenfällig sei, dass der Bergbau gar nicht stattfinden könne (z.B. aufgrund naturschutzrechtlicher Bestimmungen, die Aufsuchung oder Gewinnung im gesamten Feld betreffen). Es könnte sinnvoll sein, das Gesetz so zu ändern und dieses Institut zu verändern, indem der Bergbehörde die Möglichkeit eingeräumt werde, die Berechtigung auf dieser Grundlage auch flächenmäßig einzuschränken, wenn klar sei, dass in einem bestimmten Bereich kein Bergbau betrieben werden könne. Das sei derzeit auf Grundlage des Wortlauts von § 11 Nr. 10 BBergG nicht mög-

lich (dazu sog. **Menzenschwand-Urteil**, VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 09.06.1988 – 6 S 2972/84). Aus Industriesicht sei der strenge Maßstab des § 11 Nr. 10 („im gesamten Feld“) nicht nötig.

- **V5:** Mit § 11 Nr. 10 BBergG gebe es keine Erfahrungen, dies sei ggf. eine Spezialität des Bohrlochbergbaus, da die in Anspruch genommenen Flächen sehr klein seien (unter nur kleiner Oberflächenversiegelung werde nach unten gebohrt). Dieser Versagungsgrund könne ja nur angeführt werden, wenn Bohrplatz nirgends möglich sei, das dürfte wohl aufgrund der vielen technischen Möglichkeiten nie der Fall sein.
- **V6:** Umweltaspekte würden im Zusammenhang mit § 11 Nr. 10 BBergG tatsächlich mittlerweile geprüft, dadurch dass andere Behörden im Berechtsamsverfahren beteiligt würden. Es bestünden aber oft keine Aspekte, die das ganze Feld betreffen. I.d.R. gäbe es daher keine Probleme.
- **V4:** Zur Verlängerung von Erlaubnissen sei aus eigener Praxis keine Aussage möglich. Es habe mal Berechtigungen gegeben, die später aufgegeben worden seien. Es gebe nur zwei Möglichkeiten, wie eine Verlängerung versagt werden könne: 1) Entweder ein Projekt sei nicht erfolgreich (weil kein Bodenschatz gefunden werde), dann erfolge ohnehin ein Verzicht durch den Vorhabenträger, da sonst nur unnötige Kosten entstünden, oder 2) die Exploration laufe, scheine Erfolg zu haben und sei im Rahmen der Frist noch nicht beendet. Dann spreche viel dafür, diese auch zu verlängern, da sich die getätigten Investitionen andernfalls erledigen würden. Es spreche kein Grund dafür, eine Verlängerung zu versagen, da sonst jedes andere Unternehmen einen Anspruch hätte, eine Berechtigung erteilt zu bekommen. D.h., es komme zu einer Verlängerung, wenn ein sachlicher Grund bestehe. Wenn ein Unternehmen nichts tue, würden Erlaubnisse ggf. auch widerrufen.
- **V6:** Verlängerungen sollten nicht die Regel sein (da irgendwann nach der Intention des Gesetzgebers die Aufsuchungstätigkeit etc. beendet sein solle), aber es komme schon vor, da es Verzögerungen gebe.

Zentrale Aussagen der Umweltseite zur Prüfung von Umweltbelangen im Berechtsamsverfahren sowie zur Versagung von Bergbauberechtigungen

Umweltbelange im Berechtsamsverfahren und Verhältnis Bergbauberechtigung – Betriebsplanzulassung

Zu den Versagungsgründen:

- **UV3:** Eine Möglichkeit sei ein Konflikt mit Regionalplanung: Beispiele seien Anträge in Naturschutzgebieten, bei denen die Bewilligung trotzdem erteilt werde, weil im Rahmen der Prüfung keine Abwägung der öffentlichen Interessen vorgenommen werde, die eigentlich im Gesetz vorgesehen sei (§ 11 Nr. 10 BBergG). Naturschutzbehörden hätten wohl faktisch kein Mitspracherecht. Im Bereich des Kies- und Sandabbaus / Steinbrüche sei zu beobachten, dass insbesondere entgegenstehende private Rechte nicht geprüft würden und dann – unter Verletzung privater Eigentumsrechte – einfach mit der Tätigkeit begonnen werde.
- **UV1:** Aus dem Bereich des Frackings in NRW sei bekannt, dass § 11 Nr. 10 BBergG oft benutzt worden sei, nachdem im LEP ein Frackingausschluss festgelegt worden sei. Mit diesem Instrument seien Aufsuchungserlaubnisse zwar nicht versagt worden, aber jedenfalls nicht verlängert worden (untechnisch: „Wegfall des öffentlichen Interesses“). Es gebe jedoch keine Erfahrung mit Klagen hierzu.
- **UV3:** In Sachsen erfolge regelmäßig kein Widerruf alter Rechte. Sprachregelung sei: Widerrufen würden nur eindeutige Fälle vor 1993, Fälle der letzten rund 15 Jahre werden nicht widerrufen. Auch aus NRW werde bestätigt, dass Widerrufe in der Praxis nicht vorkommen.
- **UV3:** Erforderlich sei jedenfalls eine Klarstellung, dass keine Schadensersatzansprüche entstünden, wenn eine Vorhabenplanung nach Erteilung einer Bergbauberechtigung keine weitergehenden Genehmigungen erhalte.
- **UV3:** Das vom Gesetzgeber für die Befristung von Bergbauberechtigungen gewollte Instrument greife in der Praxis nicht.

- **UV2:** Versagungsgründe des Berechtsamsverfahrens seien für Braunkohletagebau in Brandenburg nicht relevant.
- **UV6:** Zu § 11 Nr. 10 BBergG sei folgendes Beispiel aufschlussreich: Einer Firma sei eine Aufsuchungserlaubnis versagt worden, da die Umweltminister*in sich gegen ihre eigene Fachbehörde dagegen gewehrt habe. Die Ablehnung sei auf die fehlende Zuverlässigkeit des Betreibers sowie auf § 11 Nr. 10 BBergG (entgegenstehende Raumnutzungen) gestützt worden. Verfahren habe mit einem Vergleich geendet, so dass es keine richterliche Entscheidung gegeben habe.
- **UV7:** Gemeinden sollten angeben, wo dem Vorhaben öffentliche Belange entgegenstünden. Ab einer gewissen Prozentzahl, evtl. 80 %, würde dann z.T. schon vom „gesamten Feld“ gesprochen.
- **UV6:** In Niedersachsen müssten für die Annahme von § 11 Nr. 10 BBergG Versagungsgründe auf 100 % der Fläche vorliegen. Allerdings habe es einen Fall gegeben, wo das Vorliegen eines Versagungsgrundes auf einer sehr kleinen Fläche ausgereicht habe, die Erteilung der Aufsuchungserlaubnis zu verhindern. Dies sei aber wohl eine politisch motivierte Entscheidung gewesen, die im Nachgang nicht weiter kontrolliert worden sei.
- **UV7:** Versagungsbescheide seien natürlich nicht öffentlich. Anträge aus der Bevölkerung, einen Versagungsbescheid öffentlich zu machen, seien in einem konkreten Fall in NRW abgelehnt worden, nachdem das Unternehmen sich damit nicht einverstanden erklärt habe. Im Nachgang habe man den Bescheid aber am Ende dennoch erhalten. Ähnliches Problem sei bzgl. RWE-Unterlagen zur Braunkohle bekannt: Auf Jahre seien Unterlagen nicht zugänglich gewesen; ein diesbezüglicher Rechtsstreit sei noch anhängig.)
- **UV6:** Es gebe Fälle in denen nachfolgende Entscheidungen (weitere Berechtigungen, Verlängerungen, Betriebsplanzulassungen, Grundabtretungen) mit bereits erteilten Bergbauberechtigungen begründet würden: Das werde nicht explizit so reingeschrieben. Von der Stimmung, die vermittelt werde, sei das aber der Regelfall. Es gebe immer einen Rückzug auf die Position, dass es sich um eine gebundene Entscheidung handle. Was die Beteiligung von Trägern öffentlicher Belange angehe, sei in einem Kohlenwasserstoffprojekt darauf verwiesen worden, dass die Wasserbehörde bereits im Berechtsamsverfahren angehört worden sei und das als ausreichend erachtet werde. Die Wasserbehörde habe dort aber lediglich technische Details erhalten und habe sich nur zum wassergefährdenden Stoff äußern sollen, aber z.B. ohne Mengen- oder Verhältnisangaben, also nur zum Einbringen im Allgemeinen der Bohrchemikalien.
- **UV7:** Ja, es gebe Fälle in denen nachfolgende Entscheidungen mit bereits erteilten Bergbauberechtigungen begründet würden: Dies sei in einem strittigen Fall in NRW mit dem Betriebsplan X der Fall gewesen. Dort sei sichtbar geworden, dass auch im Betriebsplanverfahren inhaltlich nichts geprüft worden sei. Über UIG habe man auf fast alle Unterlagen Zugriff erlangt. Der Sachbearbeiter habe z.B. keine Aussage darüber treffen können, welche Bohrtechniken angewendet würden (Zitat: „Was interessiert mich, wie das Unternehmen den Rohstoff fördert“). Das müsse eigentlich geprüft werden.
- **UV6:** Wenn man Aufsuchungserlaubnis und Betriebsplanzulassung nebeneinander lege, finde man keine tiefgehende Prüfung der einzelnen Punkte. Es sei aber erst a. E. feststellbar, dass alle Schritte ohne substantielle Prüfung durchlaufen würden.
- **UV8:** Doppelprüfungen fänden statt, aber mit unterschiedlicher Intensität. Bsp: Nordsee Wattenmeer-Ölverfahren, hier sei tatsächlich unter Hinweis auf entgegenstehende öffentliche Belange ein Anhörungsbescheid ergangen. Daraufhin sei das Vorhaben nicht mehr weiter verfolgt worden. Der Antrag sei wohl zurückgenommen worden, nachdem klar geworden sei, dass das „politisch“ so entschieden worden sei. Nach sehr langen Diskussionen sei damals tatsächlich beschlossen worden, dass die konkrete physische Aufsuchung versagt werden sollte (auf Ministerebene). Dabei habe man sich wohl u.a. auch auf § 11 Nr. 10 BBergG bezogen. Bei den Fracking Verfahren sei dies in der eigenen Praxis noch nicht vorgekommen.

- **UV8:** Im Verfahren zu einem BRAunkohletagebau habe die Bewilligung zugunsten des Unternehmens sich nicht ausdrücklich auf den Kohlebedarf gestützt. Vielmehr werde im Bewilligungsantrag von Antragssteller selbst darauf abgehoben, dass aufgrund von anderen Umweltbelangen zur Entlastung des Dorfes, von Immissionen, die Bewilligung erteilt werden solle.
- **UV8:** Dass im Betriebsplanzulassungsverfahren gesagt wurde, dass die Prüfung der Voraussetzungen nach § 48 Abs. 2 BBergG reduziert werde, weil die öffentlichen Belange bereits gem. § 11 Nr. 10 BBergG im Berechtsamsverfahren geprüft worden seien, habe man selbst noch nicht erlebt. Zumindest bis vor zwei Jahren, sei von Behördenseite stets gesagt worden, dass § 11 Nr. 10 BBergG immer nur sehr oberflächlich geprüft werde. Erst mit der Fracking/CCS-Diskussion habe sich dies geändert, die Voraussetzungen nach § 11 Nr. 10 BBergG würden geprüft und im Konzessionsverfahren abgefragt. Standard sei dies aber wohl nicht.
- **UV8:** Sinnvoll sei es, § 11 Nr. 10 BBergG bzw. das Berechtsamsverfahren abzuschaffen. Das zweistufige Verfahren sei nicht mehr erforderlich. Es bedinge eine nicht zu rechtfertigende Privilegierung des ressourcennutzenden Vorhabenträgers gegenüber anderen. Die Mechanismen des sonstigen Planungsrechts müssten auch im Bergrecht zur Vorhabenplanung ausreichen. Das Problem sei außerdem folgendes: Überall würden ja bereits Bewilligungen erteilt. Einer planerischen Abwägung stünden lauter abwägungsrelevante Rechte entgegen – dies sei definitiv ein Problem und eine Ursache dafür, dass in Schleswig-Holstein immer noch keine unterirdische Raumordnung zustande gekommen sei. Wie solle eine unterirdische Raumordnung erfolgen, wenn derart viele, teilweise alte Rechte in diesem Bereich bestünden. Das sei so, als würde ich eine Fläche beplanen wollen, die vollständig mit Eigentumsrechten belegt ist. Dies führe schon zu einer sehr einseitigen Betrachtungsweise.
- **UV9:** Fälle, in welchen beantragte Bergbauberechtigungen versagt würden, seien nicht bekannt. Das gelte auch jenseits des Bewilligungsverfahrens: Man kenne sehr wenige Fälle, in denen überhaupt etwas abgelehnt worden sei. Der Eindruck sei, dass die Beziehung zwischen den Unternehmen und den bergrechtlichen Zulassungsbehörden hervorragend seien.
- **UV9:** Eine tatsächliche präjudizielle Wirkung der Berechtsamserteilung für die spätere Betriebsplanzulassung könne man nach eigener Erfahrung nicht bestätigen. Im Betriebsplanzulassungsverfahren würde mit den Prüfungen wieder bei Null angefangen; der Umstand, dass bereits eine Bergbauberechtigung erteilt worden sei, habe nicht reduzierend für den Prüfungsumfang gewirkt.
- **UV10:** Es sei kein einziger Fall einer Versagung bekannt. Es gebe eine wohlwollende Prüfung der Bergbehörden – dies liege aber auch an den Vorgaben des BBergG. Es gebe keinen Anlass für Bergbehörde, kritisch zu fragen.
- **UV4:** Es seien nur wenige Fälle bekannt, in denen es zur Versagung einer Bewilligung nach bereits erteilter Erlaubnis gekommen sei, bspw. im Fall eines kleinen skandinavischen Unternehmens in Bezug auf eine Erlaubnis in Schleswig-Holstein zur Aufsuchung von Kohlenwasserstoffen. Lange habe das Verfahren geschwebt bis es zur Einstellung des Verfahrens gekommen sei (das Unternehmen habe die Anträge selbst zurückgezogen). Hintergrund seien wohl – ohne Detailkenntnis des Falles – wirtschaftliche Gründe gewesen; das Unternehmen habe nicht nachweisen können, dass es wirtschaftlich in der Lage gewesen wäre, zu fördern.

Zentrale Aussagen der Behörden zur Prüfung von Umweltbelangen im Berechtsamsverfahren sowie zur Versagung von Bergbauberechtigungen

Umweltbelange im Berechtsamsverfahren und Verhältnis Bergbauberechtigung – Betriebsplanzulassung

- **B1:** Zum gestuften Betriebsplanverfahren sei zu sagen, dass es aufgrund der Komplexität der Verfahren auch aus ökonomischer Sicht sinnvoll sei, die Verfahren abzuschichten. Der Rahmenbetriebsplan betrachte das Vorhaben für einen längeren Zeitraum als der befristete Hauptbetriebsplan. Dieser liefere der

Behörde wiederum ein nicht unerhebliches Überwachungsinstrument. D.h. durch dieses Verfahren werde die Behörde in die Lage versetzt, auf veränderte Rahmenbedingungen zu reagieren (das sei z.B. im Immissionsschutzrecht schwieriger). Im Gegensatz zu anderen Verfahren sei ja die Bergbehörde auch für andere außerbergrechtliche Fragen zuständig (z.B. Arbeitssicherheit).

- B1: Im Berechtsamsverfahren gehe es im Verhältnis zur Betriebsplanzulassung um verschiedene abzu prüfende Fragestellungen. Im Berechtsamsverfahren werde das Verhältnis zwischen Vorhabenträger und Staat geregelt, im Betriebsplanzulassungsverfahren gehe es um Erfüllung von Vorgaben. Zwar gebe es Überschneidungen, aber Hintergrund und Idee, was jeweils geregelt werde, seien sehr unterschiedlich.
- B1: Das Prüfprogramm (§ 11 Nr. 10 vs. § 48 Abs. 2 BBergG) sei sehr unterschiedlich, da zu dem Zeitpunkt einer Erlaubnis noch nicht klar sei, wie das Vorhaben konkret aussehen solle bzw. ob es überhaupt einen Bodenschatz gebe. § 11 Nr. 10 BBergG dürfe nie alleine gesehen werden, sondern immer zusammen mit dem Arbeitsprogramm, das auch erforderlich sei (z.B. Aufsuchung würde nur durch Überfliegen stattfinden; Erdwärme = Seismik dann seien keine entgegenstehenden Belange denkbar, bei Schürfungen oder Bohrungen allerdings schon). § 11 Nr. 10 BBergG sei daher nur eine grobe Prüfung, verbunden mit der groben Aussage, dass Vorhaben dort prinzipiell möglich sei. Im Arbeitsprogramm sei nie eine konkrete Stelle angegeben. Wenn dann gesagt werde, es bestehe die Möglichkeit an irgendeiner Stelle zu bohren, dann könne auch grundsätzlich die Erlaubnis erteilt werden. Die Frage, ob ein Bohrplatz konkret geeignet sei, könne auf das Betriebsplanverfahren verschoben werden.
- B1: Voraussetzungen im Berechtsamsverfahren und im Betriebsplanverfahren seien so unterschiedlich, dass aus einer positiven Prüfung von § 11 Nr. 10 BBergG auch keine Rückschlüsse auf § 48 Abs. 2 BBergG gezogen werden könnten.
- B2: zur Auswirkung der Berechtigung auf nachfolgende Prüfstufen sei festzustellen Eigentlich gebe es keinen Automatismus, Bergbauberechtigung habe keine Vorwirkung für die Zulassung. Berechtigung spiele nur dann eine Rolle, wenn Bergwerkseigentum bestehe, das als eigentumsgleiches Recht von der Behörde in nachfolgende Bewilligungen einzustellen sei.
- B3: Es gebe keine Bindungswirkung. § 11 Nr. 10 BBergG solle nur „Totgeburten“ verhindern, wenn von vorneherein klar sei, dass die weiteren Schritte keinen Erfolg haben könnten. Dann könne bereits auf der Ebene der Bergbauberechtigung eine Versagung erfolgen. Alle praktisch konkreten Fragen, die also eine Einzelfallberechtigung erfordern würden, könnten mit § 11 Nr. 10 BBergG nicht geklärt werden. Die Norm sei als Versagungsgrund daher kaum relevant, weil Detailprüfungen auf der Abstraktionsebene der Bergbauberechtigung schlichtweg nicht möglich seien.
- B4: Man prüfe Umweltbelange auf der Ebene der Aufsuchung intensiv bei der Betriebsplanzulassung, z.B. bei Probebohrungen. Insbesondere mit Bezug auf große Feldern spiele § 11 Nr. 10 BBergG keine Rolle – dort liege es auf der Hand, dass sich nie Hindernisse mit Bezug auf das ganze Feld fänden (bspw. Erdgas). Bei kleineren Feldern prüfe man § 11 Nr. 10 BBergG durchaus. Da sei aber noch nie ein Vorhaben abgelehnt worden. Ein Beispiel aus der jüngeren Geschichte sei folgendes: Man habe in dem Bundesland NRW Felder in Flözgestein und solche, die in Schiefergas lägen. Im Schiefergas könne nur mittels (unkonventionellem) Fracking gewonnen werden. Es seien Anträge zur Verlängerung für Schiefergas gestellt worden. Das zuständige Bergamt habe entschieden, dass es kein Bescheidungsinteresse gebe, weil wegen des Frackingverbots im Landesentwicklungsplan keine Gewinnung stattfinden könne. Die Anträge seien alle abgelehnt worden. Es bestehe kein Bescheidungsinteresse, wenn Förderung nicht erfolgen könne. In diesem Fall sei § 11 Nr. 10 BBergG allerdings nicht genutzt worden.
- B6 (Geologischer Dienst): Zu Diskussionen innerhalb der Bergbehörde um Fälle, in denen nachfolgende Entscheidungen (weitere Berechtigungen, Verlängerungen, Betriebsplanzulassungen, Grundabtretungen) gerade auch mit der bereits erteilten (ersten) Bergbauberechtigung begründet wurden, sei nichts bekannt. Es erscheine aber sinnvoll, an einer geeigneten Stelle im Verfahren und rechtzeitig die Umweltauswirkungen zu prüfen. Das nicht ganz am Anfang zu machen, sei sinnvoll, da man zunächst erkunden

müsse, ob und wo genau überhaupt eine Lagerstätte vorhanden sei. Häufig seien die Gebiete, in denen am Ende dann tatsächlich gefördert werde, kleiner als ursprünglich beantragt (auch gerade im Bereich Steine und Erden der Fall).

Zur Versagung oder versagten Verlängerung von Bergbauberechtigungen

- B1: Der Gesetzgeber wolle keine Bevorratung und habe dies in den gesetzlichen Vorgaben entsprechend abgebildet, z.B. in den Widerrufsvorschriften. So werde das auch praktiziert, da z.B. auch ein Handel mit Bergbauberechtigungen verhindert werden solle. Im Einzelfall gebe es oft plausible Erklärungen, warum Arbeitsprogramm nicht eingehalten würde (z.B. Beteiligung in dicht besiedeltem Gebiet). Es gebe einige Verfahren vor einem Verwaltungsgericht, wo Erlaubnisse zurückgenommen worden seien.
- B1: Fälle von Versagungen seien vorgekommen (z.B. in einem Naturpark, in dem keine Bohrung erlaubt gewesen sei, wobei das gesamte Feld unter dem Naturpark gelegen sei), obwohl keine richtige Versagung, da im Nachhinein das Feld geändert worden sei. Behörden und Vorhabenträger ließen es im Regelfall nicht so weit kommen, da im Vorfeld beraten werde (Beratungspflicht nach VwVfG).
- B2: Umweltbelange spielten auch hier eine Rolle, v.a. vor dem Hintergrund der weitreichenden Schutzgebietskulisse (z.T. flächendeckend) im betroffenen Bundesland. Beim Zuschnitt der Felder sei das durchaus ein Thema. Erlaubnisfelder würden dann auch angepasst an die Gebietskulisse. Eine Versagung erfolge i.d.R. nicht, eher die Situation, dass Behörde Antrag prüfe und feststelle, dass Versagungsgründe vorlägen und Antrag dann zurückgenommen werde (Antragsteller wählten die für sie günstigere Kostenfolge). Wenn aufgrund von Schutzgebieten absehbar sei, dass Vorhaben nur mit großen Restriktionen umsetzbar seien, liege es oft nicht mehr im Interesse des Vorhabenträgers, das Vorhaben weiterzuverfolgen.
- B2: Gefahr der Bevorratung sei nicht gegeben, da die Widerrufsfristen relativ kurz gefasst seien im Rechtsamsverfahren. Im betroffenen Bundesland gebe es keinen Abbau- oder Konkurrenzdruck, sodass keine Bevorratung drohe. Einleiten eines Widerrufsverfahrens sei hingegen tatsächlich schwierig. Oft sei es so, dass die Vorhabenträger die Berechtigungen selbst aufgäben, wenn kein Interesse am Abbau mehr bestehe. Es gebe aber auch Fälle, in denen Widerruf erfolgt sei. Es gebe derzeit einen Fall, in dem die Verlängerung versagt worden sei, der gerichtlich überprüft werde. Im Regelfall ließen sich Vorhaben aber unstreitig aufklären. „Wenn es sein muss“ werde vom Widerruf Gebrauch gemacht.
- B2: zur Verlängerung: Verlängerungen erfolgten in ca. 2/3 der Fälle, da Zeitplan / Arbeitsprogramm dies erforderten, ggf. zeichne sich ab, dass Umsetzung oder Genehmigungsverfahren länger dauerten (d.h. es gebe v.a. praktische Gründe), als ursprünglich kalkuliert.
- B3: Erlaubnisse seien sehr kurzfristig (5 Jahre), würden Verlängerungen beantragt (wenn die Erkundung z.B. mehr Zeit brauche) sei die Genehmigung der Standardfall, wenn die Voraussetzungen vorlägen. Bei Bewilligungen (die bis zu 50 Jahre befristet werden könnten) seien Verlängerungen sehr viel seltener. Die Versagung von Verlängerungen sei hier Instrument, um die Bevorratung zu verhindern und die Rechtsvereinheitlichung bei den Eigentumsverhältnissen zu erreichen, in einigen Fällen sei nicht verlängert worden.
- B3: Bekannte nachfolgende Entscheidungen (weitere Berechtigungen, Verlängerungen, Betriebsplanzulassungen, Grundabtretungen): Ein Einfluss sei natürlich nicht auszuschließen, rechtlich bestehe aber keine Bindungswirkung. Bergrechtlich sei eine Bindungswirkung eigentlich ausgeschlossen.
- B3: Es komme vor, dass Antragsteller, die Berechtigung hätten, auf Betriebsplanebene eine Versagung oder Teilversagung erhielten. Vollständige Versagungen seien eher selten, kämen aber vor, häufiger seien Beschränkungen, zum Teil aus naturschutz- oder wasserrechtlichen Gründen, auch Faktoren wie Raumbelastungen durch Verkehr, Ortsnähe würden eine Rolle spielen. Diese stellten rechtlich gesehen vielleicht keine Versagungsgründe dar, führten aber häufig zu freiwilligen Beschränkungen oder Restriktionen (z.B. kleinere Betriebe als geplant): Das sei durchaus ein Standardfall.

- **B3:** Bei altem Bergwerkseigentum sei eine Bevorratung möglich, weil es keine Eingriffsmöglichkeiten gebe. Bei allen anderen Rechten bestehe grundsätzlich ein Risiko. Es bestünden aber Reaktionsmöglichkeiten seitens der Behörden (Widerruf, oder im Rahmen von Verlängerungsvorschriften), die in der Praxis auch genutzt würden. So werde das Risiko für die Bevorratung, das grundsätzlich immer bestehe, gemildert.
- **B4:** Versagung von Bergbauberechtigungen: Man stimme die Anträge natürlich mit den jeweiligen anfragenden Konsortien ab, d.h. man biege das schon so hin, dass nicht abgelehnt werden müsse. Ausnahme sei Erdgas in Schiefergasbereichen. Verlängerungen seien eher die Regel. Verzögerungen lägen gerade bei Erdgas aufgrund der hiesigen Erlasslage meistens nicht im Verantwortungsbereich der Unternehmen, man müsse also aus rechtlichen Gründen verlängern.
- **B4:** Versagungen seien nicht erforderlich: Die Beschlüsse bestünden zu mindestens 60 Prozent aus Nebenbestimmungen, die meistens Umweltschutz beträfen. Nebenbestimmungen enthielten immer auch Beschränkungen. Versagungen seien auch deshalb nicht notwendig, weil schon vor Antrag (im Zulassungsverfahren) mit dem Unternehmer geklärt werden könne, dass Anträge genehmigungsfähig seien. Es bedürfe durch dieses Zulassungsmanagement also keiner formellen Ablehnung.
- **B4:** Man lehne dagegen natürlich ab, wenn z.B. in Vorhaben abgebaut werden solle, welches nach den Vorgaben der Landes- bzw. Regionalplanung nicht für den Bergbau vorgesehen seien. Außerhalb der Vorranggebiete gelte das Gewinnungsverbot, das einen zwingenden Grund für die Ablehnung darstelle. Dies spiele vor allem bei Kiesen und Sanden (wie Quarzkies, Quarzsande) eine Rolle. Unterhalb dieser Schwelle seien Ablehnungen dagegen selten.
- **B4:** Bevorratung gebe es im eigenen Tätigkeitsbereich nicht, diese werde aber durch die 5-Jahresbefristung jeweils auch effektiv verhindert.
- **B6 (Geologischer Dienst):** Der Geologische Dienst sei an Berechtsamsverfahren beteiligt. Fälle in denen die Aufsuchung im gesamten zuzuteilenden Feld auszuschließen gewesen sei, seien nicht bekannt. In den Fällen, in denen Bergbauberechtigungen versagt worden seien, sei es ausschließlich um Fälle gegangen, in denen konkurrierende Anträge mehrerer Bergbauunternehmen vorlagen.
- **B6:** Verlängerungen seien eher die Regel, da die gesetzlichen Fristen objektiv zu kurz seien.

3.3.3 Einbeziehung anderer Fachbehörden

Nach geltender Rechtslage werden andere Behörden, die z.B. mit dem Vollzug des Umweltrechts betraut sind (Wasserbehörden, Naturschutzbehörden etc.), nach Maßgabe des § 15 BBergG in die Entscheidung über das Vorliegen der Voraussetzungen bzw. der Versagungsgründe zur Erteilung einer Bergbauberechtigung einbezogen. Im Hinblick auf etwaig relevante städtebauliche Belange oder kommunale Betroffenheiten gehören auch Gemeinden zu den zu beteiligenden Trägern öffentlicher Belange. Eine weitergehende Beteiligung sieht das BBergG im Rahmen des Verfahrens auf Erteilung einer Bergbauberechtigung nicht vor.¹²¹ Das bedeutet zugleich, dass die im Rahmen der Stellungnahme etwaig geäußerten Bedenken nur berücksichtigt werden, sofern diese einen Versagungsgrund nach den bereits geschilderten strengen Maßstäben des § 11 Nr. 10 BBergG begründen. Zugleich soll eine Beteiligung nur erfolgen, wenn das Vorhaben bereits ausreichend konkret ist.¹²² Die damit nur stellenweise greifende Pflicht zur Beteiligung anderer, über die Belange des Umweltschutzes wachsender Behörden folgt aus dem Rechtsverständnis, dass § 11 Nr. 10 BBergG nur in besonderen Fäl-

¹²¹ So auch *Ludwig*, ZUR 2012, 150 (151f.).

¹²² *Von Mäßenhausen*, in: *Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen*, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang § 48 Rn. 169.

len die Versagung einer Bergbauberechtigung rechtfertigt, in welchen die mangelnde Genehmigungsfähigkeit eines Gewinnungsbetriebes aufgrund entgegenstehender öffentlicher Interessen bereits von vornherein absehbar ist.

3.3.4 Bergbauberechtigung als gebundene Entscheidung

Nach herrschender Meinung soll die Aufzählung der Versagungsgründe in den §§ 11 bis 13 BBergG abschließend sein und daraus folgen, dass bei Nichtvorliegen der aufgeführten Versagungsgründe ein Anspruch auf Erteilung der Bergbauberechtigung besteht. Die Entscheidung soll nicht im Ermessen der Bergbehörde stehen, sondern „gebunden“ sein. Dies geht zwar nicht eindeutig aus dem Gesetzeswortlaut hervor, soll sich aber aus den Gesetzesmaterialien ergeben.¹²³ Anders als z.B. im Rahmen der durch Art. 14 GG geschützten und damit verfassungsrechtlich garantierten Baufreiheit oder der unter dem Preußischen Allgemeinen Berggesetz geltenden Bergbau- oder Schürffreiheit¹²⁴ ergibt sich der Anspruch auf eine Bergbauberechtigung indes nicht aus der Verfassung. Bergbauberechtigungen stehen vielmehr seit den systemrelevanten Änderungen im Bergrecht zu Anfang des 20. Jahrhunderts unter einem Staatsvorbehalt.¹²⁵ Die derzeitige gesetzliche Ausgestaltung der Vergabe von Rechten an bergfreien Bodenschätzen hat nach der herrschenden Rechtsauslegung zur Folge, dass auf Seiten des Vorhabenträgers bei Nichtvorliegen von Versagungsgründen ein Anspruch auf Einräumung der Bergbauberechtigung besteht – und nicht nur auf ermessensfehlerfreie Bescheidung des Antrages.

Die Einordnung des Entscheidungsprogramms als „gebunden“ – und nicht als Anleitung für eine ermessensfehlerfreie Abwägung – hat erhebliche Konsequenzen: Die Ausgestaltung als Ermessensentscheidung würde Spielräume zur Berücksichtigung von bergrechtsexternen Belangen, wie z.B. Umweltbelangen, eröffnen. Die Wahl einer gebundenen Entscheidung stellt demgegenüber ein Hemmnis für die Berücksichtigung dieser Belange dar, soweit diese nicht konkret als Versagungsgründe formuliert sind. Im Rahmen einer Ermessensentscheidung und der entsprechenden behördlichen Prüfung könnte auch die Prüfung der Erforderlichkeit des Bergbauvorhabens (z.B. aus Bedarfsicht aber auch als Ergebnis eines Abwägungsprozesses) einfließen. Dies wurde in der Rechtsprechung z.T. bereits – freilich im Kontext der Überprüfung einer Rahmenbetriebsplanzulassung – im Hinblick auf die energiepolitische Notwendigkeit eines Gewinnungsvorhabens angeprüft.¹²⁶ Durch die allgemeine Zweckrichtung des BBergG (dazu unter 3.1), flankiert durch die Ausgestaltung als gebundene Entscheidung, wird eine Prüfung des Bedarfs an der Aufsuchung bzw. Gewinnung eines bestimmten Bodenschatzes und dies an einem bestimmten Standort – etwa im Sinne einer Planrechtfertigung – von vornherein aus dem bergrechtlichen Zulassungsverfahren herausgehalten. Die Aus-

¹²³ Franke, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 11 Rn. 2.

¹²⁴ Vgl. hierzu Kühne, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Vor § 1 Rn. 6, 13 sowie Franke, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 6 Rn. 5.

¹²⁵ Siehe dazu Kühne, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Vor § 1 Rn. 13.

¹²⁶ Siehe hierzu das Garzweiler II-Urteil, BVerfG, Urt. v. 17.12.2013, Rs. 1 BvR 3139/08, 1 BvR, in dem es heißt: „Die energiepolitische Entscheidung der Landesregierung Nordrhein Westfalen für die auf mittlere Frist ausgelegte weitere Gewinnung von Braunkohle zur Verstromung kann [...] nicht als offensichtlich und eindeutig verfehlt angesehen werden. Die Bewertung der gravierenden Belastungen für Mensch und Umwelt, die unbestritten mit dem Abbau und der Verstromung von Braunkohle verbunden sind, obliegt auch in Anbetracht der verfassungsrechtlichen Wertungen von Art. 14 und Art. 20a GG der politischen Einschätzungsprärogative von Exekutive und Legislative. Sie sind jedenfalls nicht offensichtlich in einer Weise fehlerhaft, dass die von den zuständigen staatlichen Stellen getroffene energiepolitische Entscheidung für dieses Konzept einer Sicherung der Energieversorgung nach dem insoweit zurückgenommenen Prüfungsmaßstab des BVerfG von Verfassungs wegen zu beanstanden wäre. [...] Ob es das zum maßgeblichen Zeitpunkt energiepolitisch, ökonomisch und ökologisch sinnvollste Energieversorgungskonzept ist, ist nicht vom BVerfG zu entscheiden.“ (vgl. juris Rn. 298).

gestaltung als rechtlicher Anspruch steht damit auch der Berücksichtigung von geeigneten Alternativstandorten mit etwaig geringeren (zu erwartenden) Umweltauswirkungen entgegen.¹²⁷ Die Möglichkeit einer alternativen Festlegung von Erlaubnisfeldern für die Aufsuchung selbst im Rahmen der gebundenen Entscheidung klingt in § 16 Abs. 2 BBergG zwar an. Diese Vorschrift ist zunächst jedoch weder direkt noch analog auf die Bewilligung und somit auf die Gewinnung anwendbar.¹²⁸ Weiterhin gehören Umweltbelange nicht zu den v.a. wettbewerbsrechtlichen Gründen, die eine solche rechtfertigen könnten. Vielmehr ist der Regelungszweck des § 16 Abs. 2 BBergG die Vermeidung von Monopolstellungen.¹²⁹

Insgesamt zeichnet sich ein Bild, das die Erteilung und die Ausgestaltung der verliehenen Rechte wesentlich im Interesse der Berechtsamsinhaber ausgestaltet, in der Vermutung, dass ihre Tätigkeit dem öffentlichen Interesse an einer gesicherten Rohstoffversorgung dient. Als Konzessionsinhaber und damit als Nutzungsberechtigter von Allgemeingütern sind sie dem öffentlichen Interesse verpflichtet, was es auch rechtfertigen würde, sie auf eine stärkere Berücksichtigung von Umweltbelangen zu verpflichten.

3.3.5 Behördliche Steuerung nach Berechtsamsvergabe

Die Bergbehörden haben neben der Entscheidung über die Berechtsamsvergabe, die wie dargelegt nur eingeschränkt Einflussmöglichkeiten aus Umweltschutzsicht bietet, auch nach der Begründung dieser Verfügungsbefugnis die Möglichkeit, die Ausübung dieser Rechte zu steuern. Die Behörde kann auf die Ausübung der Bewilligung Einfluss nehmen durch die Erteilung nachträglicher Auflagen (§ 16 Abs. 3 BBergG). Diese Möglichkeit ist jedoch neben anderen Voraussetzungen (u.a. die wirtschaftliche Vertretbarkeit für den Unternehmer) wiederum nur im Rahmen der Versagungsgründe zulässig, d.h. Umweltbelange können nur nach den strengen Maßstäben des § 11 Nr. 10 BBergG berücksichtigt werden. § 11 Nr. 10 BBergG spricht jedoch von Gründen, die eine Tätigkeit und eine künftige Zulassung gänzlich ausschließen. Bei späterer Erlangung von Kenntnissen diesbezüglich kommt ein Widerruf nach § 18 BBergG in Betracht. Dies gilt allerdings gem. § 151 Abs. 2 Nr. 2 BBergG nicht, soweit die Bergbauberechtigung als „Altrecht“ i.S.v. § 149 BBergG zu klassifizieren ist. Der Umstand, dass den Behörden nach der Rechtssystematik der §§ 6 ff. BBergG grundsätzlich die Möglichkeit der nachträglichen Modifikation der eingeräumten Rechtspositionen eröffnet ist, zeigt, dass sich nachträglich konkretisierende Umstände Auswirkungen auf die Bewilligung haben können. Hier wäre – die Beibehaltung des zweistufigen Zulassungssystems vorausgesetzt – eine Modifikation unter Berücksichtigung von Umweltbelangen wünschenswert.

Im Hinblick auf den Entzug der eingeräumten Rechte bestehen die Möglichkeiten des Auslaufens der Befristung (§ 16 Abs. 5 BBergG), sowie des Widerrufs (§ 18 BBergG). Die in der Regel befristete Bewilligung kann nach § 16 Abs. 5 BBergG verlängert werden. Verkürzungen der Bewilligung, z.B. aufgrund unvorhergesehener Umweltauswirkungen, sind über einen Widerruf oder eine Aufhebung der Bewilligung zu regeln. Sie sind allein aus Investitionsschutzgesichtspunkten¹³⁰ nicht zulässig, obwohl die Flexibilität der Dynamik der Abbauvorhaben entsprechen würde. Zeitpläne in der Zulassung gibt es zwar, aber sie können durch die Unternehmen über Änderungen an den Verkaufserfolg angepasst werden. Dies ist nicht überzeugend, waren doch aus gesetzgeberischer Sicht gerade mögliche geologische Unvorhersehbarkeiten der Grund für die Möglichkeit der Einräumung von Verlänge-

¹²⁷ Siehe auch *Teßmer*, Rechtsgutachten: Vorschläge zur Novellierung des deutschen Bergrechts im Auftrag der Bundesfraktion von Bündnis 90/Die Grünen, 2009, S. 4.

¹²⁸ *Kühne*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 16 Rn. 7.

¹²⁹ *Kühne*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 16 Rn. 7f.

¹³⁰ *Kühne*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 16 Rn. 42.

rungsmöglichkeiten.¹³¹ Dabei sind auch nachträglich auftretende Umweltauswirkungen denkbar, die die Verkürzung der Gewinnungstätigkeit erforderlich machen könnten. Diesen Fall regelt das Gesetz aber derzeit nicht. Die faktische Befristung durch die naturschutzrechtlichen Folgeverpflichtungen bei immissionsschutz- und bergrechtlichen Vorhaben löst das Problem nicht. Es kann zusammengefasst werden, dass dann, wenn ein Abbau einmal genehmigt ist, es keine weiteren im Sinne der Absatzsteuerung begrenzenden Vorgaben zur Abbaumenge, Abbaugeschwindigkeit etc. gibt.¹³² Eine echte (zeitliche) Bedarfssteuerung über die Zulassung hinaus ist demnach nach rechtlichen Maßstäben betrachtet derzeit unmöglich.

Bei näherem Hinsehen findet sich in der Raumordnung jedoch ein Auftrag für eine nachträgliche zeitliche Steuerung des Abbaus, nämlich dann, wenn durch einen schnellen Abbau in der Zukunft Nutzungskonflikte entstünden (Abwägungsgebot). Hier ist die Verlängerung von „frühzeitig“ ausgeschöpften gesamtregionalen Abbaumöglichkeiten durchaus sinnvoll bzw. regional gewollt¹³³, da sonst ungewollte Effekte entstehen (Notwendigkeit des Zukaufs für die Region aus anderen Regionen mit weiten Transportwege, Insolvenzrisiko für alle regionalen Unternehmen durch zwischenzeitlichen Stillstand etc.). Zudem entsteht bei einem temporären Leerlaufenlassen absehbar ein Problem mit der Konzentrationszonenwirkung. Anders als bei Windkraftstandorten können jedoch Abbauflächen faktisch nicht unendlich genutzt (hier: abgegraben) werden, sondern müssen zur Verlängerung neue Flächen genutzt werden.

Der Widerruf nach § 18 Abs. 1 BBergG knüpft an die Versagungsgründe an und legt in § 18 Abs. 3 S. 1 BBergG einen zusätzlichen Widerrufsgrund für die v.a. in zeitlicher Hinsicht nicht planmäßige Ausübung des Rechts (dazu weiter unter 3.9.1). Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten ist jedoch, wenn möglich, das Bestehen des Versagungsgrundes durch Erlass einer nachträglichen Auflage zu beseitigen.¹³⁴

3.3.6 Zwischenfazit und Handlungsempfehlungen

Die Analyse der Rechtslage und die Auswertung der Interviews führen zu folgenden Ergebnissen:

Die im BBergG vorgesehene in Bezug auf bergfreie Bodenschätze vorgesehene Voraberteilung einer Berechtigung zur Planung eines Vorhabens, welche im Hinblick auf die Prüfung von Genehmigungsvoraussetzungen und in Bezug auf kollidierende Eigentumsrechte keinerlei (Vor-)Wirkung entfaltet, ist im sonstigen Fachplanungsrecht ohne Beispiel.¹³⁵ Dergleichen findet auch bei Bergbauvorhaben, die sich auf andere als bergfreie Bodenschätze beziehen, nicht statt. Im internationalen Vergleich ist die Systematik des BBergG, zu einem frühen Zeitpunkt Gewinnungsberechtigungen an Bodenschätzen zu vergeben, ebenfalls unüblich. Konkurrenzsituationen unterschiedlicher – an einer Vorhabendurchführung interessierter Unternehmer – lösen sich jenseits der Aufsuchung oder Gewinnung bergfreier Bodenschätze durch die normalen Mechanismen des Marktes bzw. aufgrund der jeweiligen

¹³¹ Kühne, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 16 Rn. 42.

¹³² So sehen u.a. die bayerischen Richtlinien für Anlagen zur Gewinnung von Kies, Sand, Steinen und Erden (Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums für Landesentwicklung und Umweltfragen vom 09.06.1995 Az.: 11/53-4511.3-001/90, geändert durch Bekanntmachung vom 12.04.2002 (AllMBl S. 234) für den Bescheid lediglich begrenzte Vorgaben vor, nämlich „bis zu welchem Zeitpunkt mit der Ausführung des Vorhabens zu beginnen ist (vgl. Art. 84 BayBO und Art. 75 Abs. 4 BayVwVfG), in welchen räumlichen und zeitlichen Abschnitten das Vorhaben durchzuführen ist, bis zu welchem Zeitpunkt der Abbau beendet sein muss (vgl. Art. 79 Abs. 5 Satz 1 BayBO).“

¹³³ Beispielsweise sieht das LEP NRW Abbaueiträume nicht unter zehn Jahren für die ganze Region vor, dabei kommt es nicht auf den einzelnen Standort/das Unternehmen an.

¹³⁴ Kühne, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 16 Rn. 31.

¹³⁵ Im sonstigen Fachplanungsrecht ist die Erteilung von Nutzungsrechten vorab einer Vorhabengenehmigung nicht vorgesehen; vgl. die Regelungen im WHG, WaStrG, BImSchG, KrWG, EnWG, FStrG, AEG, öff. Baurecht, BNatSchG.

Leistungsfähigkeit der Projektbetreiber. Eine Analyse der Rechtslage ergab, dass sich die Vorabentscheidung über die Vergabe der Bergbauberechtigung nachteilig auf die Ergebnisoffenheit nachfolgender Entscheidungen über die Zulassung von Betriebsplänen und anderer vorhabenbedingt erforderlicher Genehmigungen auswirken kann. Jedenfalls sind diesbezüglich Rechtsfragen aufgrund des Wortlauts und der Systematik des BBergG nicht rechtssicher geklärt. Mit der Vorabvergabe der Bergbauberechtigung geht einher, dass – im Rahmen der Prüfung der diesbezüglichen Voraussetzungen, insbesondere in § 11 Nr. 10 BBergG – bereits in gewissem Umfang grundsätzliche Entscheidungen betreffend die Ermöglichung einer Aufsuchung bzw. Gewinnung des Bodenschatzes getroffen werden, ohne dass der Sachverhalt insbesondere im Hinblick auf die damit einhergehenden Auswirkungen der bergbaulichen Tätigkeit für die Umwelt und die Betroffenheit Dritter hinreichend ermittelt und entschieden werden kann. § 11 Nr. 10 BBergG („... zu versagen, wenn überwiegende öffentliche Interessen die Aufsuchung [bzw. - im Falle des § 12 - Gewinnung] im gesamten zuzuteilenden Feld ausschließen.“) ist vom Wortlaut der Vorschrift und auch der hierzu in der Gesetzesbegründung zu findenden und sich aus dem dokumentierten Werdegang der Einführung dieser Maßgabe ergebenden Gehalt¹³⁶ grundsätzlich einem Verständnis zugänglich, welches die Rechtsprechung zu dem sehr ähnlichen Wortlaut des § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG entwickelt hat. Zwar wird die nach § 11 Nr. 10 BBergG angelegte Prüfung entgegenstehender öffentlicher Belange in der Praxis kaum weitergehend betrieben (da diese ja nur auf solche öffentlichen Belange zu beziehen sei, die der Bergbautätigkeit im gesamten Feld entgegenstehen). Jedoch entzündeten sich gerade hieran immer wieder Diskussionen. So wird z.T. verlangt, dass bereits im Zuge der Entscheidung über die Vergabe der Bergbauberechtigung die Auswirkungen der beabsichtigten bergbaulichen Tätigkeiten auf die Umwelt und sonstige im allgemeinen Interesse liegende Güter geprüft und im Falle des Überwiegens eines diesbezüglichen Integritätsinteresses versagt wird. In der gegenwärtigen Ausgestaltung des Verfahrens und der gesetzlichen Voraussetzungen zur Bescheidung eines Antrages auf Vergabe von Bergbauberechtigungen kann eine solche Prüfung und Entscheidung indessen nicht geleistet werden. Dies führt zu der Problematik, dass eine am Wortlaut und an der Gesetzesbegründung ansetzende Rechtsauslegung von der Behörde eine Prüfung zu verlangen scheint, welche diese in der konkreten Situation des Verfahrens nicht zu leisten vermag.

Die Feststellung dieses Defizites führt allerdings noch nicht zwangsläufig dazu, dass nicht die Rechtsauffassung vertreten werden kann, eine erteilte Bergbauberechtigung würde auch eine der Bestandskraft fähige Aussage enthalten, wonach der Aufsuchung bzw. Gewinnung des Bodenschatzes (im gesamten Feld) keine überwiegenden öffentlichen Belange entgegenstünden. Soweit die Vergabe der Bergbauberechtigung in der Praxis regelmäßig mehr oder weniger als eine quasi nur formale Amtshandlung gehandhabt wird, in deren Vorfeld noch keine näheren Prüfungen der tatsächlichen Genehmigungsfähigkeit und Realisierbarkeit und insbesondere eine spätere Genehmigungsfähigkeit der bergbaulichen Tätigkeit durchgeführt werden, ändert dies nichts daran, dass der Vergabe des eigentumsgleichen Rechts am Bodenschatz besondere rechtliche Bedeutung zukommt. Soweit die vom Gesetzgeber angelegte Rechtslage hinsichtlich der Bedeutung einer erteilten Bergbauberechtigung in der Vergangenheit seitens der Rechtsprechung relativiert wurde,¹³⁷ vermittelt dies keine Rechtssicherheit gegenüber einer möglichen Änderung dieser Sichtweise. Dies veranschaulicht die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), der die ei-

¹³⁶ Kühne, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 48 Rn. 4.

¹³⁷ BVerwG, Urteil vom 10.02.2016 (9 A 1/15), Urteil vom 26.03.1998 (4 A 2/97); BGH, Urteil vom 14.04.2011 (III ZR 229/09).

gentumsrechtliche Bedeutung einer nach BBergG erteilten Bergbauberechtigung und die entschädigungsrechtlichen Konsequenzen von deren Beeinträchtigung herausgestellt hat.¹³⁸

Eine (vollständige) Abschaffung des Rechtsinstituts der Bergbauberechtigung wird gleichwohl nicht empfohlen. Die Untersuchungen im Rahmen des vorliegenden Projektes haben ergeben, dass eine Aufrechterhaltung der Abtrennung des Eigentums an Grundstücken von dem eigentumsgleichen Recht der „Bergbauberechtigung“ an bestimmten volkswirtschaftlich relevanten Bodenschätzen grundsätzlich sinnvoll ist. Der Staat sollte die Konzessionierung von Rechten an diesen Bodenschätzen in seinen Händen behalten und die damit einhergehenden Möglichkeiten der Steuerung wie z.B. der Erhebung von Förderabgaben aufrechterhalten.

Davon zu unterscheiden ist indessen die weitere Frage, zu welchem Zeitpunkt und unter welchen rechtlichen Voraussetzungen über die Erteilung von Bergbauberechtigungen entschieden werden sollte. In den geführten Interviews haben sich zwar insbesondere die Vertreter*innen der Unternehmen und grundsätzlich auch die der Bergämter für eine unveränderte Beibehaltung des bisherigen Systems ausgesprochen. Dieses habe sich aus ihrer Sicht bewährt und vermittele einen für die Planung von Bergbauvorhaben benötigten „Konkurrentenschutz“. Überzeugende Gründe dafür, dass eine Beibehaltung der Systematik der Vorabentscheidung über die Erteilung von Bergbauberechtigungen unbedingt erforderlich und ohne diese etwa eine Planung von Bergbauvorhaben nicht möglich sei, wurden allerdings nicht genannt.

Im Ergebnis wird primär empfohlen, die Konzession zur Aufsuchung und Gewinnung des betreffenden bergfreien Bodenschatzes im Zuge der ersten Entscheidung über eine Betriebsplanzulassung zu erteilen. In Bezug auf die Aufsuchung eines Bodenschatzes ist dies die entsprechende Hauptbetriebsplanzulassung, bei Gewinnungsbetrieben i.d.R. die Rahmenbetriebsplanzulassung. Auf diese Weise würden die mit dem Rechtsinstitut verbundenen Vorteile beibehalten und es kann durch das damit einhergehende Entfallen der Vorabentscheidung über die Bergbauberechtigung mittels einer konzentrierten, einheitlichen Entscheidung festgestellt werden, ob eine Aufsuchung bzw. Gewinnung des betreffenden Bodenschatzes auch im Ergebnis der Prüfung entgegenstehender Belange erfolgen kann. Dies wäre aufgrund des Wegfalls des separaten Berechtsamsverfahrens auch mit einer Reduzierung von Verwaltungsaufwand verbunden und sollte insgesamt zu einer Verfahrensbeschleunigung führen können. Da mit dem Erhalt einer Bergbauberechtigung nach überwiegender Auffassung kein Vertrauensschutz betreffend eine Durchführbarkeit eines Abbauvorhabens verbunden ist, bewirkt der Entfall des Vorab-Berechtsams der Gewinnungsbewilligung auch keine Nachteile beim Investitionsschutz. Konkurrenzschutz bestünde auch über die Anwendung des Prioritätsprinzips, nachdem über den ersten, mit vollständigen Unterlagen gestellten Antrag vorrangig zu entscheiden und ein mit diesem in Konflikt stehender später gestellter bzw. vervollständigter Antrag abzulehnen wäre.

Die Alternative, die Entscheidung über die Berechtsamserteilung weiterhin deutlich vor der Entscheidung über eine Vorhabengenehmigung (Betriebsplangenehmigung / -zulassung) zu treffen, im Zuge dessen aber in stärkerem und konkreterem Umfang entgegenstehende öffentliche und private Interessen einzubeziehen, ist nicht zu empfehlen. Dies würde voraussetzen, bereits im Zuge der Beantragung der Berechtsamserteilung in einem Umfang Genehmigungsunterlagen vorlegen und prüfen zu müssen, über welche dann umfassend zu entscheiden die Frage aufwerfen würde, was noch als Gegenstand der nachfolgenden Prüfung im eigentlichen Genehmigungsverfahren verbleibt. Die Überführung der mit der Bergbauberechtigung vermittelten Konzessionserteilung in das entscheidungsreife Genehmigungsverfahren stellt daher die zu bevorzugende Umgestaltung dar. Dies würde

¹³⁸ EGMR, Urteil vom 19.01.2017 (32377/12 – „Werra Naturstein“).

eine Abschaffung bzw. Verschiebung (Neueinordnung) insbesondere der §§ 6 bis 23 BBergG sowie letztlich auch der nachfolgenden §§ 24 bis 47 BBergG erfordern.

Soweit dieser Eingriff in die Systematik des gegenwärtigen BBergG aufgrund der Reichweite des Systemwechsels und des Umfangs der damit einhergehenden Umstrukturierungen nicht vorgenommen werden soll, wird als sekundäre, einfacher umzusetzende Änderung ein sich auch im Gesetzestext wiederfindendes Herabstufen der im Zuge der Erteilung von Bergbauberechtigungen durchzuführenden Prüfungen empfohlen. Dieses wäre entweder durch die Streichung von § 11 Nr. 10 BBergG zu vollziehen oder durch eine Klarstellung der mangelnden Bindungswirkung der Entscheidung über die Bergbauberechtigung im Hinblick auf eine vollumfänglich durchzuführende Prüfung der dem Abbauvorhaben ggf. entgegenstehenden Belange im Rahmen der eigentlichen Vorhabengenehmigung.

Soweit es geboten erscheint, zwischen der Aufsuchung und der Gewinnung zu differenzieren, könnte das Institut der gesonderten Voraberteilung von Bergbauberechtigungen in Bezug auf die Aufsuchung bergfreier Bodenschätze beibehalten bleiben, um damit einen Konkurrenzschutz betreffend die Planung eines Abbauvorhabens bzgl. eines bestimmten Abbaufeldes zu vermitteln.

Sollte von dem vorgeschlagenen Systemwechsel abgesehen werden, sollte zumindest das Bergwerkseigentum im Sinne des § 9 BBergG abgeschafft werden, so dass zukünftig kein neues Bergwerkseigentum verliehen wird. Im Gegensatz zu dem „alten Bergwerkseigentum“, welches unbefristet vergeben wurde, kommt dem neuen Bergwerkseigentum nur eine geringe Relevanz zu. In den Interviews brachten Vertreter*innen von Bergbehörden und Unternehmen zum Ausdruck, dass kein Bedarf für das „neue“ Bergwerkseigentum bestehe.¹³⁹ Da sich letztlich alle Fälle des Bergwerkseigentums auch mit Bewilligungen lösen lassen, wird empfohlen dieses Rechtsinstitut nicht weiter zu vergeben und somit langfristig auslaufen zu lassen.

Vorschlag 1: Verlagerung der Erteilung der Bergbauberechtigung in das Vorhabengenehmigungsverfahren (Betriebsplangenehmigung)

Primär wird empfohlen, die Bergbauberechtigung in das Vorhabengenehmigungsverfahren zu verlagern, indem die Konzession zur Gewinnung des jeweiligen bergfreien Bodenschatzes im Zuge der Betriebsplanzulassung erteilt wird.

Vorschlag 2a: Klarstellung mangelnder Rechts- und Bindungswirkung einer Bergbauberechtigungserteilung für nachfolgende Verwaltungsentscheidungen

Vorschlag 2b: Streichung § 11 Nr. 10 BBergG

Vorschlag 2c: Streichung des Bergwerkseigentums

Sekundär wird empfohlen, die im Zuge der Erteilung von Bergbauberechtigungen durchzuführenden Prüfungen herabzustufen. Dieses könnte entweder durch eine Klarstellung der mangelnden Bindungswirkung der Entscheidung über die Bergbauberechtigung im Hinblick auf eine vollumfänglich durchzuführende Prüfung der dem Abbauvorhaben ggf. entgegenstehenden Belange im Rahmen der eigentlichen Vorhabengenehmigung (Vorschlag 2a) oder durch die Streichung von § 11 Nr. 10 BBergG (Vorschlag 2b) umgesetzt werden.

Zudem wird sekundär empfohlen das („neue“) Bergwerkseigentum im Sinne des § 9 BBergG abzuschaffen.

¹³⁹ Siehe hierzu 3.3.1 am Ende.

3.4 Erhebung von Feldes- und Förderabgaben

Die Erhebung von Feldesabgaben nach § 30 BBergG und von Förderabgaben nach § 31 BBergG knüpft an die Eigenschaft des Berechtsamsinhabers an. Die Feldes- und Förderabgaben stellen nach herrschender Meinung Verleihungsgebühren dar, die als Gegenleistung für die Einräumung des Rechts auf Aufsuchung und Gewinnung von Bodenschätzen erhoben werden.¹⁴⁰ In tatsächlicher Hinsicht wird die Steuerungswirkung aufgrund des geringen Aufkommens der Abgaben z.T. als gering eingeschätzt.¹⁴¹ Dabei kann auch eine Rolle spielen, dass die Vorschrift zur Förderabgabe für Inhaber alter Rechte bezüglich des Bergwerkseigentums, d.h. vor Umstellung auf das Konzessionsverfahren, nicht gilt (vgl. § 151 Abs. 2 Nr. 2 BBergG).¹⁴² Darüber hinaus gibt es weitere Befreiungsmöglichkeiten. Die Landesregierungen haben nach § 32 BBergG die Möglichkeit, Befreiungen von den Abgaben vorzusehen (§ 32 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BBergG) oder auch einen anderen als den im BBergG vorgesehenen Bemessungsgrundsatz vorzusehen (§ 32 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BBergG). Diese Änderungen stehen zwar unter dem Vorbehalt besonderer Zielvorgaben, die jedoch Umweltaspekte nicht enthalten. So ist z.B. eine Erhöhung der Abgabe zur preislichen Abbildung der Umweltschädlichkeit für bestimmte Rohstoffe (Braunkohle etc.) nicht möglich.¹⁴³ Im Gegenteil können bestimmte Rohstoffe ohne Bezug zur Umweltwirkung gezielt von der Abgabe ausgenommen werden, wovon insbesondere für Braunkohle weitreichend Gebrauch gemacht wurde. Insgesamt ist die Situation bzgl. der Feldes- und Förderabgaben in den Bundesländern sehr uneinheitlich. Niedersachsen und Schleswig-Holstein schöpfen die durch das Gesetz eingeräumten Möglichkeiten der Erhöhung auf bis zu 40 % des Marktwerts der Bodenschätze für Erdöl und Erdgas aus; für Braunkohle wird in Sachsen aus Wettbewerbsgründen generell gar keine Abgabe erhoben.¹⁴⁴

Darüber hinaus bestehen erhebliche Vollzugsdefizite bei der Erhebung der Abgaben, da teilweise – über den bundesrechtlichen Rahmen hinaus – pauschale Befreiungen erteilt werden und die Einnahmen insgesamt nur gering ausfallen.

3.4.1 Ergebnisse der Interviews zu Feldes- und Förderabgaben

Zentrale Aussagen der Vorhabenträger zu Feldes- und Förderabgaben

- **V1 (selbst nicht zahlender Vorhabenträger):** Das BVerfG habe festgestellt, dass die heutige Regelung den Anforderungen des Art. 14 GG entspreche. „Es ist in Ordnung dass sie nicht erhoben werden und sie dürfen auch in Zukunft nicht erhoben werden.“ Hintergrund sei, dass auch das Bergwerkseigentum nicht ohne Gegenleistung vergeben worden sei. Dies sei damals eben auch eine Risikoinvestition gewesen, so dass eine Verrechnung von Kosten der Grund für die Freistellung durch das BVerfG sei.
- **V2:** Bei Erdöl und Erdgas sei immer zu entrichten, es gebe keine Ausnahmen für „alte Rechte“. Wenn die Unternehmen gefragt würden, dann sei die Abgabe auch in Niedersachsen [Anm.: ein Land mit vergleichsweise niedrigen Sätzen] zu hoch bemessen, da keine Berücksichtigung der Preisentwicklung ent-

¹⁴⁰ Mann, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Vorbem. §§ 30-32 Rn. 10 f.

¹⁴¹ Dazu Sanden/Schomerus/Schulze, Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012, S. 220.

¹⁴² Siehe hierzu z.B. Meyer/Ludewig, Eckpunktepapier: Das Potential der bergrechtlichen Förderabgabe für Ressourcenschutz und Länderfinanzen, 2011, abrufbar unter: <http://www.foes.de/pdf/2011-12-Diskussionspapier-Foerderabgaben.pdf>, S. 1, 5.

¹⁴³ BUND, Kernforderungen zur Novellierung des Bergrechts, November 2015, S. 10.

¹⁴⁴ Zerzawy/Fiedler (FÖS): Die bergrechtliche Förderabgabe als Instrument für Ressourcenschutz, 11/2016, S. 3 f.; PwC, Eingangsprüfung der Anforderungen der Extractive Industries Transparency Initiative (EITI), 2015, S. 23 ff.

halten sei. Auch wenn die Höhe angemessen sein möge, sei die Handhabung durch die Politik nicht angemessen. Es gebe große Unterschiede zwischen den Bundesländern, z.B. sei die Abgabe in Schleswig-Holstein sehr hoch, um Aufsuchung neuer Lagerstätten zu verhindern. Es sei ein Fall eines kleineren Unternehmens in Schleswig-Holstein bekannt, das aufgrund der Abgaben von Projekten abgesehen habe, d.h. es gebe direkte Auswirkungen.

- **V3:** Feldes- und Förderabgaben würden in den zwei für das Unternehmen relevanten Bundesländern mit Augenmaß festgesetzt und erhoben. Der Gewinn, der vom Unternehmen eingenommen werde, werde ohnehin bereits versteuert und komme der Allgemeinheit zugute. Da die Steuern sehr hoch seien, sei es vorteilhaft, dass die Bundesländer bzgl. Feldes- und Förderabgaben mit Augenmaß agieren würden. Die derzeitige Ausgestaltung sei ein Stück weit kostendeckend.
- **VA:** Förderabgaben würden für die „Grundeigentümergebiete“ keine Rolle mehr spielen. Dies sei ein Auslaufmodell genauso wie das Bergwerkseigentum. Es gebe ein Feld in einem ostdeutschen Bundesland, für das es einen Bescheid über eine Förderabgabe gab. Der Rohstoff wurde dann aber nie gewonnen. Auf Nachfrage bei der Behörde habe er erfahren, dass in dem Land kein einziges Unternehmen für diesen Rohstoff zahle. Die Förderabgaben seien eine Theorie.
- **VA:** Gedanke des „Kiespfennigs“ etc. (Regulierung über ökonomische Instrumente) habe überhaupt nichts mit dem Gedanken der Feldesabgabe (Abschöpfen Sondervorteil) zu tun. Da die Bodenschätze kein Allgemeingut wären, sondern über Bergbauberechtigung zugewiesen, sei es auch nicht möglich, eine solche Abgabe einzuführen.
- **V5:** Zum Vergleich zwischen den Bundesländern: Föderalismus habe Vor- und Nachteile. Die Herangehensweise unterscheide sich zwischen den Bundesländern. Man sei eher gegen die Einführung einer Abgabe auch für altes Bergwerkseigentum, aber die Felder seien auch sowieso größtenteils am Ende; eine Förderung wäre nur durch weiterentwickelte Technik möglich, die aber auch teuer sei, d.h. es bestehe die Gefahr, dass die Branche bedroht wäre.
- **V6:** Als Industrievertreter empfänden sie die Abgaben zu hoch, da es sich um willkürliche Festlegung handele, die keinen Bezug zu Marktpreisen ausweisen würden; die Höhe werde jeweils politisch festgelegt. Das alte Bergwerkseigentum seien „Altverträge“, d.h. das sei zivilrechtlich geregelt und es werde nichts an das Land gezahlt. Anpassungen der Förderabgaben würden z.T. massive Erhöhungen darstellen, die oft nicht nachvollziehbar seien.

Zentrale Aussagen der Umweltseite zu Feldes- und Förderabgaben

- **UV4:** Man habe sich mit der Feldesabgabe nicht näher befasst. Es werde jedoch kritisch gesehen, dass diese nicht für alle Rohstoffe gleich erhoben werde. Es gebe zu viele Ausnahmeregelungen. Ressourcenschutzaspekte sollten bei der Erhebung berücksichtigt werden. Es werde als sinnvoll gesehen, Förderabgaben auf die Gewinnung von Baumineralien zu erheben. Befreiungen von der Förderabgabe aufgrund alter Rechte sollten befristet oder aufgehoben werden. Aus Ressourcenschutzgesichtspunkten sollte auch die Höhe der Abgabe als Hebel zur Regulierung genutzt werden. Dies könnte auch ein wichtiger Beitrag zu den Länderfinanzen sein. Die Existenz einer Förderabgabe an sich sei als ressourcenpolitisches Steuerungsinstrument wünschenswert. Die Abgabe müsse aber anders als bisher erhoben werden.
- **UV3:** Die Abgaben seien viel zu niedrig. Es werde kritisch gesehen, dass Landschaftsschäden in keiner Weise kompensiert würden und man habe das Gefühl, dass Unternehmen subventioniert würden, die auf Kosten der Steuerzahler Schäden anrichteten.
- **UV2:** Es gebe eine Sondersituation wegen Privatisierungsverträgen mit Treuhand. Die Sach- und Rechtslage sei undurchsichtig.
- **UV1:** In NRW gebe es keine Erhebung wegen alter Bergwerksrechte. Hierdurch entgingen dem Staat Ein-

nahmen i. H. v. 600 Mio. Euro/Jahr.

- UV6: Es sei interessant, dass Niedersachsen die Abgabenhöhe abgesenkt habe zu einem Zeitpunkt als Schleswig-Holstein diese erhöht habe. Der Hintergrund erschließe sich nicht. Es bestehe der Verdacht der Subvention von Frack-Vorhaben durch die Ermäßigungen.
- UV8: Die Förderabgabe habe keine messbare Steuerungswirkung. Die Abgabesätze seien sehr niedrig.
- UV10: Die Erhöhung der Förderabgabe in Schleswig-Holstein sei ein politisches Instrument um Erdgas- und Erdölgewinnung zurückzudrängen. Er gebe im Bundesrecht keine konkreten Vorgaben für die Höhe der Feldes- und Förderabgaben.
- UV10: Die Nichterhebung der Förderabgabe sei eine versteckte Subvention. Die Diskussion um die Förderabgabe z.B. in NRW sei, dass man die Unternehmen nicht zu sehr belasten wolle. Braunkohle und andere Rohstoffe würden keine Abgaben zahlen. Es werde große Rücksicht auf die Wirtschaft genommen.
- UV10: Auch bei der Braunkohle seien die Wasserentnahmeentgelte lange nicht ausreichend entrichtet worden. Dies hätte erst erstritten werden müssen. Früher hätten sie wohl gar keine Entnahmeentgelte bezahlt; jetzt nur sehr wenig. Es gebe für Bergbauunternehmen regelmäßig sehr große Ausnahmetatbestände.
- UV10: Feldes- und Förderabgaben sollten konkreter und mit weniger Ausnahmen durchgesetzt werden. Sie seien bisher ein stumpfes Schwert. Die gesetzliche Regelung sei nicht so schlecht, wenn sie konsequent angewendet werde.

Zentrale Aussagen der Behörden zu Feldes- und Förderabgaben

- B1: Die Abgaben würden angepasst, wenn der Bedarf bestehe, zuletzt zum Jahresbeginn 2017. Gerade bei Erdöl müssten z.B. die Weltmarktpreise berücksichtigt werden. Die Abgabe sei jetzt wieder niedriger – wie auch in anderen Bundesländern. Es sei gerade eine Befreiung ausgesprochen worden in „maturen Feldern“ (bzgl. Restausbeute), weil sonst die spätere Ausbeutung nicht stattfinden würde. Dies diene der Förderung aber auch dem Lagerstättenschutz. Dies seien aber sowieso auch marginale Mengen, sodass sich der Aufwand der Erhebung nicht lohnen würde. Bei der Geothermie gebe es noch keine Abgabe.
- B2: Die derzeitige Erhebungspraxis sei in Ordnung. Das Grundsatzthema, dass alte Rechte ausgenommen seien, sei wohl nicht mehr änderbar. Die Entscheidung sei damals so getroffen worden.
- B3: Es müsse Feldes- und Förderabgaben geben, da in Deutschland – im Gegensatz zu den meisten anderen Ländern – auf einen Staatsvorbehalt beim Bergbau verzichtet werde (Der Bergbau betreffe ein öffentlich-rechtliches Bewirtschaftungseigentum; im Fall der privaten Nutzung müsse also auch eine Kompensation der öffentlichen Hand erfolgen. Feldes- und Förderabgaben seien notwendig.
- B3: Hinsichtlich der Höhe bzw. der konkreten Umsetzung sei die Lage anders zu beurteilen: Länder überschritten aktuell als Verordnungsgeber den Rahmen des bundesrechtlich zulässigen. Der Bundesgesetzgeber sehe z.B. keine umweltpolitische Zwecksetzung oder prohibitive Zwecksetzung für Förderabgaben oder Pauschalbefreiungen vor, was aber von Ländern so praktiziert würde. Die Länder würden insoweit also rechtswidrig handeln. Dies sei aber ein typischer Fall, in dem sich kein Kläger finden werde. Hinsichtlich der Höhe der Förderabgabe sei anzumerken, dass Flexibilität notwendig sei, da sich niemals ein einheitlicher Förderabgabensatz finden lasse. Dies wäre auch nicht möglich. Es werde für jeden Bodenschatz eine konkrete Rechtfertigung für die Höhe der Abgabe benötigt. Der bestehende Rechtsrahmen sei daher richtig, da er ausreichend Spielraum biete.
- B3: Eine bundesrechtliche Regelung der Förderabgaben auf Verordnungsebene wäre denkbar; sei aber verfassungsrechtlich problematisch. Eine strikte Regelung wäre wohl möglich, bedürfte aber einer guten Begründung.
- B3: Teilweise bestünden große Diskrepanzen zwischen den Ländern aufgrund unterschiedlicher politi-

scher Ziele. Schleswig-Holstein setze den maximalen Fördersatz an, um Förderung bestimmter Bodenschätze zu verhindern (z.B. weil Fracking abgelehnt werde). Niedersachsen berücksichtige den höheren Aufwand für bestimmte Vorhaben bei Bemessung der Abgaben, weil (konventionelles) Fracking befürwortet werde. Das führe zu der Situation, dass in zwei benachbarten Bundesländern bei vergleichbaren Sachverhalten diametral entgegengesetzte Förderabgabenregelungen für denselben Bodenschatz existieren würden, obwohl sie auf demselben Bundesgesetz beruhen. Das sei ein Beleg dafür, dass die Länder ihre Spielräume zu stark für ihre politischen Ziele vereinnahmen würden. Die unterschiedlichen politischen Ziele würden sich dadurch erklären, dass Erdgas z.B. in Niedersachsen eine sehr große Rolle spiele. In Schleswig-Holstein habe diese keine große Relevanz.

- **B3: Abgaben für den Abbau von Steine / Erden in Ostdeutschland** seien zur Kompensation des Grundeigentümers für die fehlende Möglichkeit einer eigenen Nutzung verfassungsrechtlich geboten. Zu einer Wettbewerbsverzerrung beim Abbau von Bodenschätzen in West- und Ostdeutschland führe das nicht. Es sei gerade umgekehrt: in Westdeutschland würde der Bodenschatz durch die Pacht an Eigentümer „mitbezahlt“; in Ostdeutschland sei das Grundstück weniger wert, da der Bodenschatz nicht eingepreist sei. Durch die Förderabgaben würden also eher Wettbewerbsverzerrungen ausgeglichen.
- **B6 (Geologischer Dienst):** Man befasse sich als Geologischer Dienst damit nur selten, z.B. wenn eine Berechnung über abgabepflichtige Mengen eines Unternehmers fragwürdig erscheine. Es würden jedenfalls Geologen einbezogen, wenn aus geologischer Sicht eine Prüfung erforderlich sei, ob die Abgaben der Höhe nach angemessen seien.

3.4.2 Zwischenfazit und Handlungsempfehlungen

Die Feldes- und Förderabgaben nach § 30 bzw. § 31 BBergG werden für bergfreie Bodenschätze erhoben. Nach überwiegender Meinung stellen sie eine Gegenleistung für die Einräumung des Rechts auf Aufsuchung und Gewinnung von Bodenschätzen dar.¹⁴⁵ Die Befragung hat gezeigt, dass Feldes- und Förderabgaben dem Grunde nach eine breite Akzeptanz bei allen Akteuren genießen. Andererseits werden Ausnahmetatbestände, der Vollzug und eine mögliche Reformbedürftigkeit – erwartungsgemäß – sehr unterschiedlich eingeschätzt. Hervorzuheben ist, dass der unterschiedliche Vollzug in den einzelnen Bundesländern lagerübergreifend kritisch bewertet wurde.¹⁴⁶

Vor diesem Hintergrund wird vorgeschlagen, einige Aspekte der Erhebung unter Berücksichtigung der folgenden Punkte bundesrechtlich stärker zu vereinheitlichen:

- ▶ Es bietet sich an, hierfür nicht nur Änderungen auf gesetzlicher Ebene (insb. §§ 30 bis 32 BBergG sowie § 151 Abs. 2 Nr. 2 BBergG) vorzunehmen, sondern auch wesentliche Inhalte in einer bundesrechtlichen Rechtsverordnung zu regeln. Den Ländern könnte gegebenenfalls ein „Hebesatz“ zustehen, der sich auf die bundesrechtlichen Vorgaben bezieht.¹⁴⁷ Allein aus Gründen der Gleichbehandlung sollten beispielsweise die Festsetzungen

¹⁴⁵ Mann, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Vorbem. §§ 30-32 Rn. 10 f.

¹⁴⁶ Siehe zu den Interviews Kapitel 3.4.1.

¹⁴⁷ Ein solcher Hebesatz – der nicht wie bisher an materielle Vorgaben wie der „Abwehr einer Gefährdung der Wettbewerbslage der aufsuchenden oder gewinnenden Unternehmen“ oder dem „Schutz sonstiger volkswirtschaftlicher Belange“ gekoppelt ist – könnte auch für Rechtssicherheit für die öffentliche Hand und die betroffenen Unternehmen sorgen. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf das Urteil des OVG Mecklenburg-Vorpommern vom 25.10.2017, Az: 2 K 121/15 (nicht rechtskräftig), welches die Feldes- und Förderabgabensätze für Erdöl und Erdgas für unwirksam erklärte, da der vorgetragene Schutz sonstiger volkswirtschaftlicher Belange nicht hinreichend belegt sei: „Insgesondere muss es sich um Auswirkungen handeln, die nicht nur die lokale oder regionale Wirtschaft betreffen, sondern landesweit wirtschaftlich spürbar sind.“

gen der Marktwerte der Rohstoffe grundsätzlich auf Bundesebene erfolgen.¹⁴⁸ Dies gilt vergleichbar für Verfahrensvorschriften. Die gegen eine Festsetzung der Marktwerte auf Bundesebene geäußerten Bedenken, dass es für einige Rohstoffe wie Flussspat oder Erze nur eine Handvoll Betriebe in Deutschland gebe und deshalb kein bundesweit gültiger einheitlicher Marktpreis gebildet werden könne, vermögen nicht zu überzeugen. Denn in entsprechenden Fällen könnte – statt auf den Binnenmarkt – auf den Exportmarkt abgestellt werden.¹⁴⁹

- ▶ Bei der Erhebung der Feldes- und Förderabgaben werden bisher (fast) keine Aspekte des Umweltschutzes oder der Ressourcenschonung berücksichtigt. Ein entsprechender Ansatzpunkt könnte allenfalls darin gesehen werden, dass nach § 32 Abs. 2 BBergG Befreiungen von den Abgaben auch „zur Verbesserung der Ausnutzung von Lagerstätten“ möglich sind. So wurde in den Interviews von Seiten der Bergbehörden (B1) berichtet, dass Befreiungen in maturen Feldern (bzgl. Restausbeute) ausgesprochen werden, weil sonst die spätere Ausbeutung nicht stattfinden würde. Die im Übrigen fehlende ökologische Lenkungswirkung wird von Umweltverbänden seit langem beklagt.¹⁵⁰ Vorhabenträger lehnen eine solche Lenkungswirkung unter Hinweis auf den zentralen Aspekt der Gegenleistungsfunktion ab. Angesichts der bestehenden Herausforderungen der Ressourcenschonung sowie des Umweltschutzes spricht jedoch viel dafür, entsprechende Aspekte stärker in den Feldes- und Förderabgaben zu verankern¹⁵¹ – insbesondere da in Deutschland bisher keine Verbrauchsteuern auf Primärbaustoffe erhoben werden.¹⁵² Es sollte deshalb klargestellt werden, dass den Feldes- und Förderabgaben – neben der Gegenleistungsfunktion – auch eine ökologische und ressourcenschonende Lenkungswirkung zukommt.¹⁵³ In der Umsetzung sollten die Feldes- und Förderabgaben insbesondere für fossile Energieträger erhöht werden.

¹⁴⁸ Kritisch zur bisherigen Praxis: *Mann*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 31 Rn. 10, der darauf verweist, dass „nach der Gesetzesbegründung das Abstellen auf den Marktwert gerade für eine Vereinheitlichung der vorher von Land zu Land verschiedenen Bemessungsgrundlage dienen“ (unter Verweis auf BT-Drs. 8/1315, S. 96). An dieser Stelle soll im Übrigen darauf hingewiesen werden, dass für den Bereich Steine / Erden (Festgestein, Kiese, Tone, Kaolin) in Ostdeutschland Marktwerte existieren, die die von Destatis ermittelt werden.

¹⁴⁹ Nach Ansicht des VG Halle, Urteil vom 29.11.2005 - 3 A 130/03 HAL, ZfB 2006, 205 ff., lässt sich der bisherigen Regelung nicht entnehmen, ob auf den absatzbezogenen Binnen-, den Export- oder den Gesamtmarkt abzustellen sei. Das Abstellen auf den Exportmarkt erscheine zwar nicht zwingend, zumal dieser in streitgegenständlichen Fall nur einen sehr geringen Teil des Gesamtmarktes ausmache. „Andererseits erscheint das Abstellen auf den Exportmarkt auch nicht sachwidrig oder willkürlich.“

¹⁵⁰ Siehe hierzu die Auswertung der Interviews unter 3.4.1.

¹⁵¹ A. A. *Roßnagel/Hentschel*: Rechtliche Instrumente des allgemeinen Ressourcenschutzes, S. 116 f., die stattdessen vorschlagen, „effektive und zielgerechte ökonomische Instrumente“ zu entwickeln.

¹⁵² Siehe zur Forderung nach einer Primärbaustoffsteuer: *Bahn-Walkowiak/Bleischwitz/Sanden*, Einführung einer Baustoffsteuer zur Erhöhung der Ressourceneffizienz im Baubereich, 2010; *Keimeyer/Schulze/Hermann*: Primärbaustoffsteuer. Implementationsanalyse 1 im Projekt Ressourcenpolitik: Analyse der ressourcenpolitischen Debatte und Entwicklung von Politikoptionen (PolRess), 2013, www.ressourcenpolitik.de, S. 10 f. sowie *Ludwig/Gawel*: Primärbaustoffsteuern auf Baumineralien – Ein ökonomisches Instrument zur Steigerung der Ressourceneffizienz im Bausektor, DVBl. 2017, S. 1468-1474 (S. 1470); *Öko-Institut*, Deutschland 2049 – Auf dem Weg zu einer nachhaltigen Rohstoffwirtschaft, 2017, S. 242 ff.; *Bahn-Walkowiak/Bleischwitz/Distelkamp/Meyer*: Mineral Economics 2012, S. 29; *Sanden/Schomerus/Schulze*: Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012, S. 434 ff.; *SRU*: Umweltgutachten 2012: Verantwortung in einer begrenzten Welt, Tz. 139; *Rodi*, Der Rechtsrahmen für den Einsatz ökonomischer Instrumente in der Ressourcenschutzpolitik, ZUR 2016, S. 531 (533).

¹⁵³ Vgl. *Koenig*: Abgabenordnung, 3. Aufl. 2014, § 3 Rn. 24, 41 m.w.N. zur Zulässigkeit von „Lenkungsgebühren“ zur Verfolgung nichtfiskalischer öffentlicher Förderungs- und Lenkungsziele.

- ▶ Die bestehenden umfassenden Ausnahmetatbestände in § 32 Abs. 2 BBergG sollten bis auf den „zur Verbesserung der Ausnutzung von Lagerstätten“ gestrichen werden. Vor dem Hintergrund des Schutzes vorhandener Rohstoffe, auch für künftige Generationen, ist es nicht angemessen, aufgrund kurzfristiger wirtschaftlicher Erwägungen von der Abgabepflicht ganz oder teilweise zu befreien.
- ▶ Einhergehend mit der geforderten umweltpolitischen Lenkungswirkung bietet es sich an, auch alte Rechte und Verträge in den Anwendungsbereich der Abgaben einzubeziehen. Insofern wäre § 151 Abs. 2 Nr. 2 BBergG anzupassen. Die bisherige Nichterhebung der Abgaben bei alten Rechten ist auf das bestehende Konzessionssystem der bergfreien Rohstoffe zurückzuführen. Sofern jedoch mit der Abgabe zukünftig auch eine umweltpolitische Lenkungsfunktion verfolgt wird, ist es nunmehr – mehrere Jahrzehnte nach Inkrafttreten des BBergG – gerechtfertigt, diese Ausnahmen abzuschaffen. Eine solche Ausdehnung der Feldes- und Förderabgaben¹⁵⁴ wurde in einer Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages auf ihre Verfassungsmäßigkeit geprüft.¹⁵⁵ Demnach wäre sie mit den Grundrechten der betroffenen Unternehmen zu vereinbaren und verhältnismäßig. Auch unter Vertrauensschutzgesichtspunkten ergibt sich nichts anderes.¹⁵⁶ Der Gesetzgeber ist grundsätzlich nicht daran gehindert, die Rechtslage für die Zukunft zu ändern. Bürger und Unternehmen müssen damit rechnen, dass sich Gesetze ändern können und ihr zukünftiges Handeln danach ausrichten.¹⁵⁷

Vorschlag: Reform der Feldes- und Förderabgaben

Reform der Feldes- und Förderabgaben unter Berücksichtigung der folgenden Punkte:

- ▶ **Vereinheitlichung der Regelungen auf Bundesebene;**
- ▶ **Klarstellung bzw. Verankerung einer ökologischen und ressourcenschonenden Lenkungswirkung;**
- ▶ **weitgehende Abschaffung der Ausnahmetatbestände;**
- ▶ **Einbeziehung der alten Rechte und Verträge.**

¹⁵⁴ Ebenso z.B. Meyer/Ludewig: Eckpunktepapier: Das Potential der bergrechtlichen Förderabgabe für Ressourcenschutz und Länderfinanzen, 2011, abrufbar unter: <http://www.foes.de/pdf/2011-12-Diskussionspapier-Foerderabgaben.pdf>, aufgerufen am 30.11.2018.

¹⁵⁵ Vgl. hierzu die Prüfung durch Giesecke: Einführung einer Förderabgabe für Inhaber alter Rechte gemäß § 149 BBergG (Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages [WD 3 – 3000 – 369/11]), 2011.

¹⁵⁶ Von der bergrechtlichen Literatur wird diese Ausarbeitung teilweise als cursorisch kritisiert, vgl. Mann, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Vorbem. §§ 30-32 Rn. 14. Zudem wird darauf verwiesen, dass in den neuen Bundesländern durch die „gespaltene Privatisierung“ von Bergbaubetrieben und der Treuhandanstalt verliehenem Bergwerkseigentum eine besondere Situation vorhanden sei. Es habe hier eine durch Gesetz durchgeführte Privatisierung stattgefunden, in deren Rahmen die Kosten zwischen privatem Betreiber und Staat austariert worden seien. Dies sei anders zu bewerten als im Rheinland, wo 1980 alte bzw. sehr alte Rechte einfach in das neue Gesetz überführt worden seien.

¹⁵⁷ Zur grundsätzlichen Zulässigkeit einer sog. „unechten Rückwirkung“ s. BVerfGE 69, 272 (309) = NJW 1986, 39; BVerfGE 101, 239 (263) = NJW 2000, 413.

3.5 Betriebsplanzulassung nach §§ 51 ff. BBergG

Da mit der Erteilung von Bergbauberechtigungen nach §§ 6 ff. BBergG „nur“ eine Zuweisung von Rechten an einem Bodenschatz einhergeht,¹⁵⁸ wird hiermit jeweils noch nicht über eine konkrete Vorhabenplanung zur Vorhabendurchführung entschieden. Hierzu bedarf es nach dem Rechtsregime des BBergG der Vorlage von Betriebsplänen, über deren Zulassung die Bergbehörde zu entscheiden hat (§ 51 Abs. 1 S. 1 BBergG). Jede bergbauliche Tätigkeit¹⁵⁹ – nicht nur zur Gewinnung, sondern auch zur Aufsuchung von Bodenschätzen¹⁶⁰ – muss grundsätzlich in einem Betriebsplan dargestellt werden und darf erst nach dessen Zulassung¹⁶¹ ausgeführt werden. Der Gewinnungsbegriff erfasst dabei neben der eigentlichen Gewinnungstätigkeit auch die Begleittätigkeiten des Gewinnungsvorhabens (vgl. § 4 Abs. 2 BBergG).¹⁶¹ Die Betriebsplanpflicht gilt ferner auch für die Einstellung des Bergbaubetriebes (§ 51 Abs. 1 S. 2 BBergG).

Die Betriebsplanzulassung stellt insbesondere bzgl. der Durchführung eines Gewinnungsbetriebes den zentralen Verfahrensabschnitt dar.¹⁶² Betriebsplanzulassungen können in dem mehrstufigen bergrechtlichen Zulassungsverfahren als die eigentlichen Genehmigungsentscheidungen angesehen werden, die allerdings aufgrund der Besonderheiten des Rechtsregimes grundsätzlich spezifisch beschränkte Rechtswirkungen haben. Dies liegt zum einen in der im BBergG angelegten Abstufung unterschiedlicher Betriebsplanarten mit dementsprechend unterschiedlichen Regelungsgehalten begründet und zum anderen an dem beschränkten Prüfungsprogramm des BBergG, welches sich in § 55 BBergG nur zu wenigen Punkten speziell verhält und für die Entscheidung über wesentliche Konflikte (mit Umweltschutzgütern, den betroffenen Rechten Dritter oder der Raumordnung) lediglich den Auffangtatbestand § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG bereitstellt. Mit Ausnahme der bergrechtlichen Planfeststellung für bestimmte Arten von Rahmenbetriebsplänen kommt keiner bergrechtlichen Betriebsplanzulassung eine Regelungswirkung für außerhalb des Bergrechts liegende Belange zu¹⁶³ und insbesondere auch nicht in Bezug auf Eigentumsrechte Dritter.

3.5.1 Überblick über die einzelnen Betriebsplanarten

Im BBergG finden sich – erstaunlich unsystematisch und zum Teil nur sehr rudimentär geregelt – folgende Arten von Betriebsplänen

► **Fakultative und obligatorische Rahmenbetriebspläne:**

Bergbauunternehmer können bzw. müssen (auf behördliches Verlangen¹⁶⁴ oder bei Feststellung der UVP-Pflichtigkeit der Maßnahmen¹⁶⁵) mittels Rahmenbetriebsplänen allgemeine Angaben

¹⁵⁸ Dies gilt entsprechend auch für Entscheidungen über „Zulegungen“ I.S.v. § 35 BBergG.

¹⁵⁹ Mit Ausnahme des Aufsuchungsbetriebes, in dem weder eine Vertiefung der Oberfläche angelegt, noch Verfahren unter Anwendung maschineller Kraft, Arbeit unter Tage oder explosionsgefährlicher bzw. -fähiger Stoffe durchgeführt werden (§ 51 Abs. 2 BBergG).

¹⁶⁰ Nach § 51 Abs. 2 BBergG sind Aufsuchungstätigkeiten dann von der Betriebsplanpflicht ausgenommen, wenn sie bezüglich der erforderlichen Arbeiten bestimmte Kriterien nicht erfüllen (z.B. keine Vertiefungen an der Oberfläche, keine Verfahren unter Anwendung maschineller Kraft, keine Arbeiten unter Tage oder mit explosionsgefährlichen oder zum Sprengen bestimmten explosionsfähigen Stoffen). Nach § 51 Abs. 3 BBergG können Aufsuchungs- und Gewinnungsbetriebe von geringer Gefährlichkeit und Bedeutung ausgenommen werden.

¹⁶¹ Siehe dazu auch *Stevens*, ZUR 2012, 338 (339).

¹⁶² So auch BVerfG, Urt. v. 17.12.2013, Rs. 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08, juris Rn. 314.

¹⁶³ Mit Ausnahme der naturschutzrechtlichen Eingriffsgenehmigung nach § 15 BNatSchG, über welche die Bergbehörde aufgrund von § 17 BNatSchG im Zuge einer Hauptbetriebsplanzulassung mitzuentcheiden hat.

¹⁶⁴ § 52 Abs. 2 BBergG.

¹⁶⁵ § 52 Abs. 2a BBergG.

über das beabsichtigte Vorhaben machen, dessen technische Durchführung und den voraussichtlichen zeitlichen Ablauf darstellen.

Ursprünglich waren Rahmenbetriebspläne stets fakultativ, d.h. nur vorbehaltlich eines entsprechenden Verlangens der Behörde¹⁶⁶ oder aufgrund freiwilliger Entscheidung des Unternehmers¹⁶⁷ anzufertigen. Mit Inkrafttreten des BergRÄndG¹⁶⁸ ist die Rahmenbetriebsplanerstellung und -zulassung für solche bergbaulichen Vorhaben obligatorisch geworden, die aufgrund § 57c i.V.m. § 1 UVP-V Bergbau¹⁶⁹ einer Umweltverträglichkeitsprüfung bedürfen (§ 52 Abs. 2a S. 1 BBergG). In diesem Falle muss das Zulassungsverfahren zudem als Planfeststellungsverfahren nach Maßgabe der §§ 57a und 57b BBergG geführt werden.

Hinsichtlich der inhaltlichen Anforderungen an einen Rahmenbetriebsplan ist dementsprechend zu differenzieren:

Mittels eines fakultativen Rahmenbetriebsplans soll die Einordnung eines Bergbauvorhabens über einen längeren Zeitraum¹⁷⁰ hinweg ermöglicht werden, um die längerfristige Entwicklung des Betriebs prüfen zu können.¹⁷¹ Damit soll insbesondere ein bruchloser Übergang zwischen den nachfolgenden Hauptbetriebsplänen gewährleistet, die Zweckmäßigkeit und langfristige Notwendigkeit bestimmter Maßnahmen erkannt und bewertet und eine Beschreibung der langfristigen Entwicklungsziele und -richtungen als Vorgabe für anschließende Hauptbetriebspläne ersichtlich werden.¹⁷²

Allerdings muss nicht in jedem Falle ein einziger Rahmenbetriebsplan für die gesamte Dauer der Inanspruchnahme eines Abbaufeldes aufgestellt und zugelassen werden. Dies folgt bereits aus der Verwendung des Plurals „Rahmenbetriebspläne“¹⁷³ und wäre im Übrigen vor allem bei Großbetrieben und besonders langfristig angelegten Abbauplanungen unzweckmäßig.¹⁷⁴

Seit der Einführung von §§ 52 Abs. 2a, 57a ff. BBergG¹⁷⁵ besteht die Pflicht zur Aufstellung eines obligatorischen Rahmenbetriebsplans, wenn ein Vorhaben einer Umweltverträglichkeitsprüfung bedarf. In diesem Falle ist das Zulassungsverfahren als Planfeststellungsverfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 57a BBergG, §§ 72 ff. VwVfG¹⁷⁶ zu führen. In dem Rahmenbetriebsplan müssen dann alle für die UVP bedeutsamen Angaben enthalten sein (siehe hierzu im Einzelnen unter 3.5.5).

Fraglich und auch in der Rechtsprechung nicht abschließend geklärt ist, ob eine den §§ 52 Abs. 2a, 57a ff. BBergG unterfallende Bergbauplanung – abweichend von § 52 Abs. 2 Nr. 1

¹⁶⁶ Von Hammerstein, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 52 Rn. 34.

¹⁶⁷ Kremer/Neuhaus, Bergrecht (2001), S. 50 (Rn. 168).

¹⁶⁸ Gesetz zur Änderung des BBergG vom 12.2.1990, BGBl. I, S. 215.

¹⁶⁹ Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung bergbaulicher Vorhaben vom 13. Juli 1990 (BGBl. I S. 1420), die durch Artikel 1 der Verordnung vom 4. August 2016 (BGBl. I S. 1957) geändert worden ist.

¹⁷⁰ Je nach konkretem Bergbauvorhaben zwischen 5 und 20 Jahren (vgl. Kremer/Neuhaus, Bergrecht, 2001, S. 50 Rn. 169).

¹⁷¹ Vgl. Zydek, Bundesberggesetz, Materialien, 1980, S. 238.

¹⁷² Pollmann/Wilke, Der untertägige Steinkohlebergbau u. seine Auswirkungen auf die Tagesoberfläche, 1994, S. 238.

¹⁷³ Vgl. auch Kühne/Gaentzsch, Wandel und Beharren im Bergrecht, 1992, S. 9 ff., 24; Pollmann/Wilke, Der untertägige Steinkohlebergbau u. seine Auswirkungen auf die Tagesoberfläche, 1994, S. 221/222; siehe auch BVerwG, NVwZ 1992, S. 980 ff.

¹⁷⁴ Anders aber z.B. Kremer/Neuhaus, Bergrecht, 2001, S. 51 Rn. 171.

¹⁷⁵ Art. 2 BergRÄndG bzw. EV, Anlage I, Kap. V, III 1. h) bb).

¹⁷⁶ Soweit die §§ 57a, b BBergG keine abschließende Spezialregelung enthalten.

BBergG – für ein „Gesamtvorhaben“ in einem einzigen Rahmenbetriebsplan dargestellt werden muss. Dies erscheint aus dogmatischen wie praktischen Gründen – jedenfalls mit Blick auf die Sinnhaftigkeit – sehr zweifelhaft, entspricht aber der h. M.¹⁷⁷ und Rechtsprechung.¹⁷⁸

Anders als die Zulassung sonstiger Betriebspläne kommt einem Rahmenbetriebsplanfeststellungsbeschluss eine Konzentrationswirkung gegenüber den in die behördliche Prüfung eingeschlossenen außerbergrechtlichen Belangen zu. Der Rahmenbetriebsplan muss daher auch den von den jeweiligen Fachgesetzen gestellten Anforderungen genügen.¹⁷⁹ Die Wirkung der bergrechtlichen Planfeststellung erstreckt sich indessen – anders als im sonstigen Fachplanungsrecht – nicht auf verbindliche Rechtswirkungen gegenüber Grundeigentümern; insbesondere wird formell keine Entscheidung im Vorgriff auf eine spätere Enteignung betroffener Grundeigentümer getroffen (siehe insbesondere § 57a Abs. 4 S. 2 BBergG).

Die Zulassung des obligatorischen Rahmenbetriebsplanes per Planfeststellungsbeschluss ist Voraussetzung für die Aufnahme und Durchführung des Abbaubetriebes. Dies folgt aus § 57b Abs. 1 BBergG, nach welchem nur unter besonderen Voraussetzungen ein vorzeitiger Beginn zugelassen werden kann. Auch hierin liegt ein erheblicher Unterschied zum fakultativen Rahmenbetriebsplan, dessen Zulassung für die entsprechenden Hauptbetriebspläne zwar von Bedeutung, nicht jedoch Voraussetzung ist.

Zur Rechtswirkung der in Form eines Planfeststellungsbeschlusses erlassenen Rahmenbetriebsplanzulassung hat der Gesetzgeber in § 57a Abs. 5 BBergG geregelt, dass sich diese auch auf die Zulassung und Verlängerung der zur Durchführung des Rahmenbetriebsplanes erforderlichen Haupt-, Sonder- und Abschlussbetriebspläne erstrecken. Allerdings gilt dies nur mit der Einschränkung „soweit über die sich darauf beziehenden Einwendungen entschieden worden ist oder bei rechtzeitiger Geltendmachung hätte entschieden werden können“.

Mit dieser für Rahmenbetriebsplanfeststellungsbeschlüsse gültigen Aussage in § 57a Abs. 5 1. Hs. BBergG bestätigt der Gesetzgeber zugleich, dass es jenseits dessen keine solche abschließende Abarbeitung der betrachteten Belange gibt. Eine solche lässt sich auch nicht aus anderen Vorschriften im BBergG herleiten. Klargestellt wird weiterhin, dass der Aussagengehalt der Rahmenbetriebsplanfeststellung und dessen Bindungswirkung für nachfolgende Betriebsplanzulassung nur soweit reicht, wie über entgegenstehende Belange entschieden wurde bzw. solche in grundsätzlich entscheidungsfähiger Weise bereits bekannt waren. Damit bedürfen die bereits in einem Rahmenbetriebsplanfeststellungsbeschluss abgearbeiteten Zulassungsvoraussetzungen nur insoweit keiner weiteren Behandlung in nachfolgenden Betriebsplanzulassungen soweit eine unveränderte Sach- und Rechtslage vorliegt. Der Ausschluss gilt zudem – insbesondere auch für drittbetroffene Grundstückseigentümer oder sonst betroffene Personen – nur in Bezug auf nachfolgende Betriebsplanzulassungsentscheidungen. Für weitere, ggf. zu einem späteren Zeitpunkt erforderlich werdende Genehmigungen oder Entscheidungen nach anderen Vorschriften, gilt der Ausschluss hingegen nicht. Eine Rahmenbetriebsplanzulassung dürfte dementsprechend insbesondere nicht die nach den Vorgaben des Art. 14 Abs. 3 GG erforderliche umfassende Prüfung der Erforderlichkeit der Enteignung und im Zuge dessen der Rechtmäßigkeit des Vorhabens ein-

¹⁷⁷ Vgl. etwa *Keienburg* in: in: Boldt/Weller/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang § 48 Rn. 1. Boldt/Weller Anh. § 57c, Rn. 5 ff.

¹⁷⁸ In diese Richtung: BVerwG, Urt. v. 02.01.1995, BVerwGE 100, S. 1, 7/8; BVerwG, Urt. v. 12.06.2002, NVwZ 2002, S. 1237 ff., sowie insbesondere OVG Frankfurt (Oder), Urt. v. 28.06.2001, 4 A 138/00.

¹⁷⁹ *Bohne*, Die Umweltverträglichkeitsprüfung bergbaulicher Vorhaben nach den Gesetzentwürfen der Bundesregierung zur Umsetzung der EG-Richtlinie vom 27.06.1985 (85/337/EWG), ZfB 1989, S. 93 ff. (108).

schränken. Allerdings gibt es hierzu bislang – soweit ersichtlich – noch keine Rechtsprechung.¹⁸⁰ Da § 57a Abs. 5 2. Hs. BBergG allerdings solche Entscheidungen nach § 48 Abs. 2 BBergG (über das Nichtvorliegen entgegenstehender überwiegender öffentlicher Interessen) ausnimmt, die sich aus Vorschriften zum Schutz Dritter ergeben und in § 48 Abs. 2 S. 2 BBergG angesprochen sind, bewirkt auch der Rahmenbetriebsplanfeststellungsbeschluss keine abschließende Entscheidung über die Beeinträchtigung von Rechten Dritter.

► Hauptbetriebspläne

Für die Errichtung und Führung eines Aufsuchungs- wie Gewinnungsbetriebes sind gem. § 52 Abs. 1 BBergG Hauptbetriebspläne für einen in der Regel zwei Jahre nicht überschreitenden Zeitraum aufzustellen. Mit der vollziehbaren Hauptbetriebsplanzulassung darf der Bergbauunternehmer mit der Durchführung der betreffenden Tätigkeiten beginnen, soweit ihm auch die ggf. für die Vollziehung der Maßnahmen nach dem BBergG¹⁸¹ oder die nach anderen Gesetzen erforderlichen und separat einzuholenden Genehmigungen¹⁸² vorliegen. Im Hauptbetriebsplan muss der Unternehmer der Bergbehörde einen „umfassenden Überblick“¹⁸³ über die konkreten betrieblichen Maßnahmen verschaffen, die in der grundsätzlichen 2-Jahres-Spanne des § 52 Abs. 1 S. 1 BBergG durchgeführt werden sollen.

Obwohl die Hauptbetriebsplanzulassung also grundsätzlich die Funktion der Vorhabengenehmigung und – von den genannten Einschränkungen abgesehen – der Erteilung der Freigabe zur Durchführung des Vorhabens hat, erfährt diese Art der Betriebsplanzulassung im BBergG praktisch keine spezielle Regelung.¹⁸⁴ Auch wenn es an einer entsprechenden ausdrücklichen gesetzlichen Konkretisierung fehlt, herrscht aber Einigkeit darüber, dass der Unternehmer im Hauptbetriebsplan darüber Auskunft zu geben hat, wie sich der Betrieb kurzfristig entwickeln soll, welche Aufsuchungs- oder Gewinnungsverfahren angewendet werden und welche Gerätschaften zum Einsatz kommen sollen.¹⁸⁵ Da im BBergG keine Einzelheiten genannt sind, haben Bundesländer mit bedeutenden bergbaulichen Aktivitäten die für eine einheitliche Verwaltungspraxis nötigen Konkretisierungen mittels Verwaltungsvorschriften vorgenommen.¹⁸⁶

► Sonderbetriebspläne

Für Teile eines Vorhabens oder besondere Vorhaben sind auf Verlangen der Behörde¹⁸⁷ Sonderbetriebspläne vorzulegen (§ 52 Abs. 2 Nr. 2 BBergG). Dies kann bestimmte Teile des Betriebes oder Vorhabensbereiche betreffen, die eine eigenständige Bedeutung haben und sich für die Aufnahme in einen Hauptbetriebsplan nicht eignen, deren gesonderte Behandlung zur Erhaltung der Übersichtlichkeit des Hauptbetriebsplanes erforderlich ist oder besonderen Anforderungen ge-

¹⁸⁰ Den Garzweiler-Entscheidungen des BVerwG und des BVerfG lag ein Sachverhalt mit „einfacher“ Rahmenbetriebsplanzulassung zugrunde, die nicht als Planfeststellungsbeschluss ergangen war.

¹⁸¹ Im Einzelfall bedarf die Freigabe des Bergbaus aufgrund der Regelung im Zulassungsbescheid zusätzlich noch der Zulassung eines Sonderbetriebsplanes bzw. einer Grundabtretungsentscheidung; siehe hierzu unter 3.8.

¹⁸² Sofern nicht in einem vorherigen Rahmenbetriebsplanfeststellungsbeschluss konzentriert erteilt.

¹⁸³ *Zydek*, Bundesberggesetz, Materialien, 1980, S. 239.

¹⁸⁴ So auch *Kremer/Neuhaus*, Bergrecht, 2001, S. 55 Rn. 191.

¹⁸⁵ *Zydek*, Bundesberggesetz, Materialien, 1980, S. 239.

¹⁸⁶ Vgl. etwa Richtlinien des (nunmehr in die Bezirksregierung Arnsberg eingegliederten) Landesoberbergamtes NRW zur Handhabung des Betriebsplanverfahrens v. 31.08.1999, aktualisiert als Hausverfügung der Bezirksregierung Arnsberg, Abteilung Bergbau und Energie in Nordrhein-Westfalen, für die Handhabung des Betriebsplanverfahrens (Betriebsplan-Richtlinien – BP-RL) mit Stand vom 31.05.2010.

¹⁸⁷ Oder auch freiwillig seitens des Unternehmers.

nügen müssen.¹⁸⁸ Sonderbetriebspläne sind funktional beschränkt und im Verhältnis zum Hauptbetriebsplan an dessen Geltungsdauer gebunden.¹⁸⁹ Die in zugelassenen Sonderbetriebsplänen dargestellten bergbaulichen Tätigkeiten dürfen daher nicht mehr ausgeführt werden, wenn es keinen zugelassenen Hauptbetriebsplan mehr gibt.¹⁹⁰ Sonderbetriebspläne sind insbesondere im untertägigen Steinkohlebergbau ein häufig angewendetes Instrument. Dabei unterscheidet man zwischen Sonderbetriebsplänen, die besondere Arbeiten oder Anlagen behandeln, welche etwa gegenüber den sonstigen Tätigkeiten besondere Maßnahmen mit eigenständiger Bedeutung darstellen. Zum anderen bedienen die Behörden bzw. Unternehmer sich Sonderbetriebsplänen, um eine bestimmte Gewinnungstätigkeit mit einer gegenüber dem Hauptbetriebsplan größeren Detailschärfe und Aussagekraft darzustellen. Zu letztgenannten gehören insbesondere die Sonderbetriebspläne „Abbau“ und „Abbaueinwirkungen auf das Oberflächeneigentum.“¹⁹¹ Im Sonderbetriebsplan „Abbau“ werden alle betriebs- und sicherheitstechnischen Einzelheiten z.B. für den Abbau eines bestimmten Teils eines Flözes (sog. Bauhöhe) dargestellt.¹⁹² Existiert ein solcher Sonderbetriebsplan, so wird der diesbezügliche Bergbaubetrieb aufgrund entsprechender Regelungen in der Zulassung zum Hauptbetriebsplan erst mit Zulassung des Sonderbetriebsplanes freigegeben.¹⁹³ Das Instrument des Sonderbetriebsplans „Abbaueinwirkungen auf das Oberflächeneigentum“ ist seitens der Bergbehörden beim Untertagebergbau etabliert worden, nachdem das BVerwG¹⁹⁴ aus dem verfassungsmäßigen Schutz des Eigentums die Pflicht zur Berücksichtigung von Grundstücksbeeinträchtigungen schon bei der Betriebsplanzulassungsentscheidung gefordert hatte. Der Unternehmer hat in diesem Sonderbetriebsplan sowohl detailliert als auch in allgemeinverständlicher Form alle Angaben zu machen, die erforderlich sind, um die Grundeigentümer in die Lage zu versetzen, die Art und Weise sowie die Schwere der Betroffenheit ihres Grundstückes durch Gefahren bzw. Gewissheiten hinsichtlich erheblicher Schäden durch den Bergbau beurteilen zu können. Weitere Einzelheiten des Beteiligungsverfahrens werden unter Punkt VI. behandelt.

► **Gemeinschaftliche Betriebspläne** nach § 52 Abs. 3 BBergG

Wenn mehrere Unternehmer an den bergbaulichen Arbeiten und Einrichtungen beteiligt sind, ist ein gemeinschaftlicher Betriebsplan aufzustellen. In der Praxis kommen gemeinschaftliche Betriebspläne etwa für die Wiedernutzbarmachung größerer Flächen, beim Betrieb von Teileinheiten bergbaulicher Vorhaben durch verschiedene Unternehmer, z.B. Gewinnung von Quarz, Kies und anschließende Aufbereitung in Betracht.¹⁹⁵

► **Abschlussbetriebspläne** nach § 53 BBergG (dazu unter 3.10.1):

Für die endgültige oder vorübergehende¹⁹⁶ Einstellung eines Betriebes ist gem. § 53 Abs. 1 BBergG ein Abschlussbetriebsplan aufzustellen. Dies ist erforderlich, um geregelte

¹⁸⁸ Zydek, Bundesberggesetz, Materialien, 1980, S. 238.

¹⁸⁹ Kremer/Neuhaus, Bergrecht, 2001, S. 58 Rn. 197.

¹⁹⁰ Kühne/Gaentzsch, Wandel und Beharren im Bergrecht, 1992, S. 9ff, 24; BVerwG, ZfB 1992, S. 38 ff., 46.

¹⁹¹ Im Saarland „Sonderbetriebsplan Anhörung der Oberflächeneigentümer“.

¹⁹² Kremer/Neuhaus, Bergrecht, 2001, S. 59, Rn. 201.

¹⁹³ Vgl. Richtlinien des (nunmehr in die Bezirksregierung Arnsberg eingegliederten) Landesoberbergamtes NRW zur Handhabung des Betriebsplanverfahrens v. 31.8.1999, Anlage 1, SBl. LOBA A 7.

¹⁹⁴ BVerwG, Urt. v. 16.03.1989, NVwZ 1989, S. 1157 ff.

¹⁹⁵ Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, § 52 Rn. 93. Kremer/Neuhaus gen. Wever, Rn 212.

¹⁹⁶ Von mehr als 2 Jahren.

Verhältnisse der Bodennutzung im Nachgang der bergbaulichen Inanspruchnahme und die Beseitigung bzw. Absicherung von verbleibenden Gefahren für die Allgemeinheit oder Dritte sicherzustellen. Gem. § 53 Abs. 1 S. 1 BBergG muss ein Abschlussbetriebsplan eine genaue Darstellung der technischen Durchführung und der Dauer der beabsichtigten Betriebseinstellung, den Nachweis der Erfüllung der Voraussetzungen des § 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BBergG und den Nachweis der Voraussetzungen des § 55 Abs. 2 BBergG¹⁹⁷ enthalten.

Auch wenn sich die Zulassung der unterschiedlichen Betriebsplanarten im Wesentlichen - von wenigen speziellen Regelungen in §§ 52, 54, 57a, 57b BBergG abgesehen – nach denselben Rechtsvorschriften richtet, haben die unterschiedlichen Betriebspläne unterschiedliche Rechtswirkungen. Während der Haupt-, Sonder- und Abschlussbetriebsplan bezogen auf die jeweils dargestellten Tätigkeiten Gestattungswirkung hat, entfaltet die Rahmenbetriebsplanzulassung lediglich feststellende Wirkung. Dieser Feststellungswirkung kommt jedoch im Vergleich zu der stets nachfolgenden Haupt- oder Sonderbetriebsplanzulassung die Wirkung eines Vorbescheids zu.¹⁹⁸ Dies ist v.a. in Bezug auf die Betroffenen problematisch, da es ihnen in zeitlicher Hinsicht oft nicht möglich ist, in dem frühen Stadium des Rahmenbetriebsplanes eine Unverhältnismäßigkeit des Vorhabens z.B. an den Maßstäben des § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG zu beweisen (dazu ausführlich auch unter 3.5.3).¹⁹⁹

Die grundsätzliche Zulassungswirkung kann nur bei Änderung der tatsächlichen Gegebenheiten in Frage gestellt werden.²⁰⁰ Auch die Planungszeiträume unterscheiden sich.²⁰¹ Weiterhin beziehen die unterschiedlichen Betriebsplanarten sich z.T. auf unterschiedliche, z.T. auch auf überlappende Planungsphasen, auch wenn sie alle im Ergebnis Voraussetzungen für die Gewinnungstätigkeit sind.

3.5.2 Zulassungsvoraussetzungen nach § 55 BBergG

Bei jeder Betriebsplanzulassung bestehen Anknüpfungspunkte für die Berücksichtigung von Umweltbelangen. Je nach betroffener Planungsphase kann auch die Einbeziehung von Umweltbelangen unterschiedlich wichtig sein. In der Tendenz sollten sie z.B. starke Berücksichtigung finden in einem Stadium, in dem ein Vorhaben (auch oder nur) aufgrund von entgegenstehenden Umweltbelangen noch abgewendet oder geändert werden kann.²⁰²

Die zentralen inhaltlichen Anforderungen für die Zulassung aller Betriebsplanarten sind in § 55 BBergG geregelt. Anknüpfungspunkte für die Berücksichtigung von Interessen bergbaubetroffener Dritter und der Umwelt bestehen nach dem Wortlaut des § 55 BBergG nur sehr begrenzt bzw. nur mittelbar²⁰³, soweit diese punktuell an bestimmte umweltrechtliche Teilaspekte anknüpfen:

- ▶ Über die Anforderung der Vorsorge in Bezug auf **Lebens- und Gesundheitsgefahren** besteht nach § 55 Abs. 1 Nr. 3 BBergG eine Beachtungspflicht bzgl. solcher Umweltauswirkungen, die zugleich gesundheitliche Risiken bergen. Dies gilt allerdings nur beschränkt

¹⁹⁷ Verweis auf Betriebsplanzulassungsvoraussetzungen des § 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 bis 13 mit der Maßgabe besonderer Pflichten hinsichtlich der Gefahrenbeseitigung, Wiedernutzbarmachung und der Entfernung von Betriebseinrichtungen.

¹⁹⁸ Stevens, ZUR 2012, 338 (341).

¹⁹⁹ Sanden/Schomerus/Schulze, Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012, S. 222.

²⁰⁰ Ludwig, ZUR 2014, 451 (452).

²⁰¹ Ludwig, ZUR 2012, 150 (150f.); Ludwig, ZUR 2014, 451 (452).

²⁰² BVerfG, Urt. v. 17.12.2013, Rs. 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08. Dies bewegt Frenz, DVBl. 2016, 679, 681 zu der Forderung, dass v.a. bereits auf Ebene der vorgelagerten Berechtigungen Umweltbelange berücksichtigt werden müssen.

²⁰³ Ludwig, ZUR 2012, 150 (152) nennt nur die Anknüpfungspunkte in Nr. 6, Nr. 7 und Nr. 9, die hier als punktuelle aber unmittelbare Anknüpfung an Umweltbelange erfasst sind.

im Hinblick auf eine Personengruppe („Beschäftigten und Dritter im Betrieb“) und erfasst ausdrücklich zunächst nur Dritte, die sich im Bergbaubetrieb aufhalten. Leben und Gesundheit außerhalb des Betriebsgeländes befindlicher Personen, wie z.B. Anwohner oder der Oberflächeneigentümer, sind dennoch von der Vorsorgepflicht erfasst und genießen Drittschutz, wenn die betrieblichen Gefahren unmittelbar von dem Abbauvorhaben ausgehen.²⁰⁴ Für die Beurteilung der Umweltauswirkungen sind über die im Anwendungsbereich des BImSchG erlassenen konkretisierenden Verwaltungsvorschriften TA Luft und TA Lärm die dort definierten Richtwerte, die den Begriff der schädlichen Umwelteinwirkungen nach § 3 BImSchG konkretisieren, auch im Rahmen von § 55 Abs. 1 Nr. 3 BBergG zu berücksichtigen.²⁰⁵

- ▶ Über die Anforderung des § 55 Abs. 1 Nr. 4 BBergG, dass keine Beeinträchtigung von **Bodenschätzen** stattfinden darf, deren Schutz im öffentlichen Interesse liegt, ist auch zu prüfen, ob solche (andere) Bodenschätze durch von dem betriebsplangehänglichen Vorhaben ausgehende Umweltauswirkungen beeinträchtigt werden.
- ▶ Auch die **abfallrechtlichen Anforderungen** des § 55 Abs. 1 Nr. 6 BBergG bergen insoweit eine Betrachtung von Umweltauswirkungen (zu den Besonderheiten in Bezug auf abfallrechtliche Vorschriften s. auch unter 3.6.1).²⁰⁶
- ▶ Über die Anforderung des § 55 Abs. 1 Nr. 7 BBergG, dass zum Zeitpunkt der Betriebsplanzulassung die erforderliche **Vorsorge zur Wiedernutzbarmachung** der Oberfläche „in dem nach den Umständen gebotenen Ausmaß“ getroffen sein muss, sind ebenfalls Umweltbelange zu berücksichtigen (dazu näher im Rahmen des Abschlussbetriebsplans unter 3.10.1). Diese Voraussetzung bezieht sich dabei v.a. auf die Vorbereitung der Folgenutzung und nicht unbedingt auf die Wiederherstellung des Ausgangszustands oder des beeinträchtigten Werts der betroffenen Umwelt.²⁰⁷ Der gute Zustand kann ggf. aber eine Voraussetzung für nachfolgende Nutzungen sein (z.B. Reduktion von Umweltbelastungen bei geplanter Nutzung als Siedlungsgebiet oder als Erholungs- oder Schutzgebiet). Die ökologischen Aspekte der Wiedernutzbarmachung sind dabei jedoch lediglich ein Abwägungsfaktor bei der Bestimmung der dem Unternehmer zumutbaren Vorsorgemaßnahmen.²⁰⁸ Es gibt daher bereits Vorschläge zur zusätzlichen Regelung von vorhabenbegleitenden Renaturierungsmaßnahmen.²⁰⁹
- ▶ Soweit Schutzgüter der Umwelt in einer Intensität betroffen sind, die als **gemeinschädliche Einwirkung** i.S.v. § 55 Abs. 1 Nr. 9 BBergG zu qualifizieren ist, stehen diese ebenfalls einer Betriebsplanzulassung entgegen. Nach der Rechtsprechung des BVerwG ist der Begriff der gemeinschädlichen Wirkung allerdings eng auszulegen. Anerkannt wurde dies beispielsweise bei einer Gewässerverunreinigung im Sinne des WHG.²¹⁰

²⁰⁴ Ausführlich hierzu m.w.N. auch zur Rechtsprechung *Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 55 Rn. 31 ff. Erfasst seien damit nur z.B. Beschäftigte von Fremdundertnehmen, Zulieferanten, Spezialfirmen, Besucher oder Angehörige von Bergbehörden.

²⁰⁵ Ludwig, ZUR 2012, 150 (153).

²⁰⁶ Von Mäßenhausen, in: Boldt/Weller/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang § 48 Rn. 1.

²⁰⁷ Anders aber Ludwig, ZUR 2012, 150 (152).

²⁰⁸ Vgl. Von Mäßenhausen, in: Boldt/Weller/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 55 Rn. 91.

²⁰⁹ Umweltbundesamt, Umweltverträgliche Nutzung des Untergrundes und Ressourcenschonung, November 2014 (Positionspapier Langfassung), S. 24.

²¹⁰ Siehe hierzu m.w.N. Ludwig, ZUR 2012, 150 (152).

Die Zulassungsvoraussetzungen des § 55 Abs. 1 BBergG haben einen starken Schwerpunkt in Aspekten der Betriebs- und Arbeitssicherheit.²¹¹ Es fällt bei der Suche nach Anknüpfungspunkten in den Zulassungsvoraussetzungen ins Auge, dass Umweltgefahren damit nicht ausdrücklich und grundsätzlich Berücksichtigung finden. Dies ist in vielen anderen Gesetzen (z.B. das KSpG) anders, in denen Umweltbelange ausdrücklich als Teil der Zulassungsvoraussetzungen genannt werden. Diese könnten in vergleichbarer Weise auch in § 55 BBergG integriert werden.²¹²

Allein für die UVP-pflichtigen Rahmenbetriebspläne sind die Ergebnisse der UVP-Prüfung im Rahmen der Zulassungsentscheidung nach § 55 BBergG zu berücksichtigen (dazu unter 3.5.5). Entsprechend der Feststellung, dass auf Ebene der Bergbauberechtigung in den Voraussetzungen nicht danach unterschieden wird, wie umweltgefährlich oder -relevant der Abbau eines bestimmten Rohstoffes ist (siehe dazu unter 3.3.2), ist festzuhalten, dass dies auch für die Ebene der Betriebsplanzulassung gilt.²¹³

Das Kohlendioxidspeicherungsgesetz (KSpG) ist hingegen ein Beispiel dafür, wie Umwelanforderungen in einem Planfeststellungsverfahren für die Zulassung eines untertägigen Vorhabens definiert werden können. § 13 KSpG nennt als Voraussetzungen für die Planfeststellung, dass Umweltgefahren nicht hervorgerufen werden und macht die Gefahrenvorsorge zur Zulassungsvoraussetzung. Die wirksame Umweltvorsorge ist damit zentraler Prüf- und Abwägungsbestandteil der Zulassungsentscheidung. Anders als im Bergrecht, handelt es sich bei den hier in den Blick genommenen Vorhaben jedoch nicht um Rohstoffgewinnung, d.h. der Zweck des Gesetzes in Bezug auf die Wirtschaft ist ein anderer und es gibt ein echtes Planungsermessen.

3.5.3 Umweltbelange als öffentliche Interessen nach § 48 Abs. 2 BBergG

Der Gesetzgeber hatte bei Etablierung des BBergG die Belange des Umwelt- und Naturschutzes nicht im Blick. Die Worte „Natur“ oder „Naturschutz“ sucht man in dessen ursprünglich verabschiedeten Fassung vergebens. Dies hat sich seither nur sehr geringfügig geändert. Auch das Wort „Umwelt“ hat erst mit der europarechtlich vorgegebenen Einführung der Vorschriften über die Umweltverträglichkeitsprüfung Einzug in das BBergG gefunden. Auch in der aktuell gültigen Fassung findet sich ein ausdrücklicher Hinweis auf Belange des Umweltschutzes nur in den die Durchführung der UVP betreffenden Vorschriften der §§ 57a und 57b BBergG. Eine ausdrückliche Vorgabe betreffend den materiellen Naturschutz existiert nur in § 49 BBergG; danach ist im Bereich des Festlandssockels und der Küstengewässer geregelt, dass die Aufsuchung von Bodenschätzen insoweit unzulässig ist, als sie die Pflanzen- und Tierwelt sowie die Gewässer als Bestandteil des Naturhaushalts unangemessen beeinträchtigt.

Gem. § 57a Abs. 2 BBergG sind vor der Zulassungsentscheidung über solche Rahmenbetriebspläne, die gem. § 52 Abs. 2a BBergG der Planfeststellungspflicht unterliegen, alle für die Umweltverträglichkeitsprüfung bedeutsamen Angaben zu ermitteln. Hierzu gehört insbesondere auch eine Beschreibung der Ersatzmaßnahmen für nicht ausgleichbare Eingriffe in Natur und Landschaft.

²¹¹ Umweltbundesamt, Umweltverträgliche Nutzung des Untergrundes und Ressourcenschonung, November 2014 (Positionspapier Langfassung), S. 26.

²¹² Mit einem textlichen Vorschlag, jedoch ohne normative Anknüpfung an § 55 BBergG Ludwig, ZUR 2014, 451 (455).

²¹³ Mit einem Vorschlag für Kriterien, wie die Umweltrelevanz geordnet werden kann Sanden/Schomerus/Schulze, Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012, S. 260ff. Das Genehmigungsverfahren zumindest von der Erheblichkeit der Umweltauswirkungen abhängig machend Ludwig, ZUR 2014, 451 (454, 455f.), mit dem Vorschlag für einen § 1 Abs. 3.

Schließlich kann die Bergbehörde nach § 57b Abs. 1 BBergG nur dann vor Erlass eines Planfeststellungsbeschlusses bereits den vorzeitigen Beginn der Vorhabendurchführung zulassen, wenn u.a. keine nicht wiedergutzumachende Beeinträchtigung von Natur und Landschaft zu besorgen ist.

Ein Abbau von Bodenschätzen kann grundsätzlich per se nicht ohne Einwirkungen auf die Umwelt und insbesondere nicht ohne Eingriffe in die Natur betrieben werden.²¹⁴ Dadurch, dass der Gesetzgeber des BBergG diesen Umstand nicht – bzw. nur rudimentär im Zusammenhang mit den Verfahrensvorschriften zur Durchführung einer UVP – ausdrücklich in Zulassungsvoraussetzungen aufgenommen hat, lässt das BBergG für sich betrachtet offen, ob bzw. inwieweit die Belange des Umweltschutzes bei der Betriebsplanzulassung Berücksichtigung finden.²¹⁵ Gleichzeitig ist in umweltschützenden Fachgesetzen geregelt, unter welchen Voraussetzungen solche Einwirkungen, wie sie auch von Bergbauvorhaben ausgehen, zulässig sind.

Soweit den auf Grundlage des BBergG ergehenden Entscheidungen keine Konzentrationswirkung zukommt,²¹⁶ bedarf es daher jeweils noch der nach dem jeweiligen Fachgesetz medienbezogen erforderlichen Genehmigungen, die dann gesondert bei der hierfür zuständigen Behörde beantragt werden müssen. Dies können etwa wasserrechtliche Erlaubnisse, naturschutzrechtliche Ausnahmegenehmigungen, forstrechtliche, denkmalschutzrechtliche oder baurechtliche Genehmigungen sein. Lediglich die „einfache“ naturschutzrechtliche Eingriffsgenehmigung, die nicht besonders geschützte Bestandteile der Natur betrifft, wird gemäß § 17 BNatSchG durch eine Hauptbetriebsplanzulassung erfasst. Damit stellt die Betriebsplanzulassung jedoch lediglich eine Art „Rumpf-Genehmigung“ dar, die sich nur auf die speziellen bergrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen bezieht und mit deren Erteilung mithin noch nicht abschließend über die Durchführbarkeit des Vorhabens entschieden wird. Anders ist dies, wenn keine weitere Entscheidung nach anderen Umweltgesetzen erforderlich ist (z.B. nicht genehmigungsbedürftige Anlagen nach BImSchG); in diesem Fall werden die aus den anderen Umweltgesetzen folgenden Belange über § 48 Abs. 2 BBergG im bergrechtlichen Verfahren berücksichtigt.²¹⁷ Soweit sich Bergbauvorhaben regelmäßig über einen Zeitraum von vielen Jahren bzw. sogar Jahrzehnten fortentwickeln, ergeben sich über die beschriebene Stufung des bergrechtlichen Zulassungsverfahrens hinaus noch mehrere weitere parallel oder zu unterschiedlichen Zeitpunkten zu betreibende Verfahren zur Klärung der Genehmigungsfähigkeit der Maßnahmen auch unter dem Regime des jeweils einschlägigen Fachrechts zum Schutz betroffener Umweltgüter.

Gleiches gilt vom Wortlaut des § 55 BBergG ausgehend auch für die Rechte und Belange von Personen, mit welchen eine Durchführung des geplanten Abbauvorhabens ggf. unweigerlich in Konflikt gerät. Dies betrifft zuvörderst Eigentums- und eigentumsgleiche Rechte an Grundstücken und Gebäuden, die bei Realisierung des Bergbauvorhabens nicht bestehen bleiben können bzw. Schädigungen ausgesetzt sein würden. Weiterhin betrifft dies aber auch mittelbare Einwirkungen, wie sie insbesondere von Immissionen ausgehen.

²¹⁴ Dies gilt in besonderem Maße für Tagebaue, aber auch unterirdischer Abbau und Bohrlochbergbau geht mit Eingriffen in Natur und Landschaft einher.

²¹⁵ Dass diese Problematik auch bzgl. der Erteilung von Bergbauberechtigungen besteht, wurde unter 3.3.1 bereits dargestellt.

²¹⁶ Dies betrifft sämtliche Entscheidungen außerhalb der Rahmenbetriebsplanfeststellung. Im Falle der Rahmenbetriebsplanzulassung muss die behördliche Entscheidung auch die Ausführungen zur Zulassungsfähigkeit nach anderen Fachgesetzen nach deren Maßstäben enthalten (z.B. Baurecht, Immissionsschutzrecht, Denkmalschutzrecht oder Naturschutzrecht sowie auch diesbezügliche Ausnahmen und Befreiungen), vgl. *Keienburg*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang § 57a Rn. 8, 42. Dazu auch ausführlich unter 3.5.6.

²¹⁷ *Vitzthum/Piense*, in: Piense/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 48 Rn. 30.

Die Rechtsprechung hatte sich in vergangenen Jahrzehnten seit Inkrafttreten des BBergG wiederholt mit der Frage zu beschäftigen, ob bzw. inwieweit solche außerhalb von ausdrücklichen Zulassungsvoraussetzungen stehenden Rechte, Interessen und Belange im Rahmen der bergrechtlichen Betriebsplanzulassung zu beachten sind.

In mehreren Entscheidungen insbesondere des BVerwG ist § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG als diejenige Norm herausgestellt worden, über welche eine solche Beachtung möglich bzw. vorgegeben ist. Die Norm ist – auch wegen ihrer Bezugnahme auf § 48 Abs. 1 und § 15 BBergG – nicht einfach zu verstehen.

§ 48 BBergG lautet – bei Hervorhebung von Abs. 2 S. 1 – insgesamt:

(1) Unberührt bleiben Rechtsvorschriften, die auf Grundstücken solche Tätigkeiten verbieten oder beschränken, die ihrer Art nach der Aufsuchung oder Gewinnung dienen können, wenn die Grundstücke durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes einem öffentlichen Zweck gewidmet oder im Interesse eines öffentlichen Zwecks geschützt sind. Bei Anwendung dieser Vorschriften ist dafür Sorge zu tragen, daß die Aufsuchung und Gewinnung so wenig wie möglich beeinträchtigt werden.

(2) In anderen Fällen als denen des Absatzes 1 und des § 15 kann, unbeschadet anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften, die für die Zulassung von Betriebsplänen zuständige Behörde eine Aufsuchung oder eine Gewinnung beschränken oder untersagen, soweit ihr überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen. Bei der Prüfung, ob eine Beschränkung oder Untersagung zu erfolgen hat, sind bei raumbedeutsamen Vorhaben Ziele der Raumordnung zu beachten. Soweit die öffentlichen Interessen zugleich den Schutz von Rechten Dritter umfassen, kann die für die Zulassung von Betriebsplänen zuständige Behörde den Plan auslegen, wenn voraussichtlich mehr als 300 Personen betroffen sind oder der Kreis der Betroffenen nicht abschließend bekannt ist. § 73 Abs. 3, 4 und 5 Satz 1 und 2 Nr. 1, 2 und 4 Buchstabe b des Verwaltungsverfahrensgesetzes ist mit der Maßgabe entsprechend anzuwenden, daß an die Stelle der Gemeinde die zuständige Behörde tritt. Verspätet erhobene Einwendungen sind ausgeschlossen. Hierauf ist in der Bekanntmachung hinzuweisen.

Nach inzwischen überwiegender Ansicht handelt es sich bei der Vorschrift von § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG „jedenfalls auch“ um eine ausgelagerte zusätzliche Zulassungsvoraussetzung für den Betriebsplan.²¹⁸ Zu den entgegenstehenden öffentlichen Interessen sollen nach der Rechtsprechung grundsätzlich – unter bestimmten Voraussetzungen – auch solche von durch den Bergbau betroffene Personen sowie dem Umweltschutz zugehörige Belange zählen.²¹⁹

In der Vergangenheit wurden unter § 48 Abs. 2 BBergG von der Rechtsprechung bereits Belange mit normativer Anknüpfung im Umweltrecht als öffentliche Belange berücksichtigt, sofern sie nicht im Rahmen eines eigenständigen Genehmigungsverfahrens (dazu auch unter 3.5.6) zur Geltung kamen.²²⁰ So wurden z.B. Anforderungen des Immissionsschutzrechts (hier das Gebot, vermeidbare schädliche Umwelteinwirkungen zu verhindern, in der sog. Altenberg-Entscheidung des BVerwG²²¹), Anforderungen des Abfallrechts, Anforderungen des Bodenschutzrechts, Anforderungen des Naturschutzrechts²²² und Anforderungen der Raum- und Landesplanung subsumiert.²²³

²¹⁸ Kühne, in: Boldt/Weller/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 48 Rn. 34; Ludwig, ZUR 2012, 150 (152).

²¹⁹ Von Mäßenhausen, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang § 48.

²²⁰ Von Mäßenhausen, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang § 48 Rn. 50.

²²¹ Von Mäßenhausen, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang § 48 Rn. 74.

²²² Hier wird jedoch vertreten, dass zumindest die naturschutzrechtlichen Vorschriften zu Ausgleichs- und Ersatzpflichten durch die bergrechtlichen Vorschriften über die Wiedernutzbarmachung verdrängt würden, vgl. m.w.N. Ludwig, ZUR 2012, 150 (153), die sich jedoch aufgrund der unterschiedlichen Zielrichtungen der Vorschriften dagegen ausspricht.

²²³ Kühne, in: Boldt/Weller/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 48 Rn. 51ff. mit Verweis auf BVerwGE 123, 247, (254) (7 C 26/03) und weiteren Nachweisen; Ludwig, ZUR 2012, 150 (152).

Nach dem Urteil des BVerfG zu Garzweiler II²²⁴ ist weiterhin klargestellt, dass außerbergrechtliche Belange (auch Umweltbelange) im Rahmen einer Gesamtabwägung zugunsten der Betroffenen an irgendeiner Stelle des Genehmigungsverfahrens eingestellt werden müssen. Nach Auffassung des BVerfG sei die erforderliche Gesamtabwägung im Rahmen der bergrechtlichen Zulassung, die Gegenstand des Garzweiler II-Urteils war, auch auf der Ebene der Betriebsplanzulassung erforderlich, zumindest für großflächige Tagebaue.²²⁵ Vom BVerwG als Vorinstanz wurde diese in § 48 Abs. 2 BBergG hineingelesen, d.h. bereits auf Ebene der Betriebsplanzulassung müssten die Belange gegeneinander abgewogen werden.²²⁶ Wenn bereits auf Ebene der Betriebsplanzulassung erkennbar sei, dass die Verwirklichung des Vorhabens an der fehlenden Rechtfertigung der Eigentumsinanspruchnahme durch Belange des Allgemeinwohls scheitern müsse, widerspreche das Vorhaben auch auf Ebene der Grundabtretung dem öffentlichen Interesse im Sinne des § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG.²²⁷ Seither sind – soweit ersichtlich – lediglich zwei weitere Gerichtsentscheidungen zu bergrechtlichen Grundabtretungsentscheidungen ergangen.²²⁸ In diesen wird auf das „Garzweiler“-Urteil des BVerfG eingegangen und dessen Beachtung proklamiert.

Es wird diskutiert, dass die „Öffnungsklausel“ des § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG auch dazu dient, die Anpassungsfähigkeit des BBergG im Hinblick auf sich ändernde Gemeinwohlbelange zu erhalten.²²⁹ Ändern sich diese hin zu einer stärkeren Berücksichtigung von Umweltbelangen ist auch eine stärkere Einbeziehung in die Betriebsplanzulassung denkbar. Dies ist jedoch ein langsamer Prozess. Offen ist gegenwärtig jedoch die Frage, ob die Berücksichtigung von konkreten Umweltbelangen nach der Rechtsprechung davon abhängt, ob diese gesetzlich normiert sind (dies ist z.B. im Hinblick auf den Ressourcenschutz nicht der Fall).²³⁰

Die Entscheidung über die Berücksichtigung der außerbergrechtlichen Umweltbelange ist jedoch aufgrund der Unbestimmtheit der Regelung in § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG der Einschätzung und Gewichtung der Behörden und Gerichte überlassen.²³¹ Auch das BVerfG hat in der Garzweiler II-Entscheidung festgehalten, dass die Regelungen des BBergG im Hinblick auf die Einbeziehung außerbergrechtlicher Belange und die Notwendigkeit einer Gesamtabwägung defizitär sei, zusammen mit der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, die über § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG diese in die Zulassungsvoraussetzungen nach § 55 BBergG hineingelesen werden müssen, den verfassungsrechtlichen Anforderungen jedoch noch genüge.²³² Dies entspricht nicht rechtstaatlichen Grundsätzen der

²²⁴ BVerfG, Urt. v. 17.12.2013, Rs. 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08, hierzu *Frenz*, Braunkohlentagebau und Verfassungsrecht, NVwZ 2014, 194ff.; *Kühne*, NVwZ 2014, 321; *Durner/Karrenstein*, DVBl. 2014, 182 und *Dammert*, ZfB 2014, 1. Gegenstand der Garzweiler II-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts war u.a. ein Grundabtretungsbeschluss für ein Braunkohletagebauvorhaben. Das Verfassungsgericht entschied, dass der Grundabtretungsbeschluss den Beschwerdeführer in seinem Eigentumsgrundrecht verletze, weil die nach Art. 14 Abs. 3 GG erforderliche Gesamtabwägung zwischen dem mit dem Bergbauvorhaben verfolgten Gemeinwohlziel und den entgegenstehenden öffentlichen und privaten Belangen fehlen lasse. Das BBergG selbst sieht eine solche Abwägung nicht vor und wurde daher vom Bundesverfassungsgericht als defizitär bewertet. Auch eine Abwägung auf der vorgelagerten Ebene der Betriebsplanzulassung könne diese Abwägung auf Ebene der Grundabtretung nicht entbehrlich machen (a. a. O., juris Rn. 218).

²²⁵ BVerfG, Urt. v. 17.12.2013, Rs. 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08, juris Rn. 311.

²²⁶ Vgl. BVerfG, Urt. v. 17.12.2013, Rs. 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08, juris Rn. 214.

²²⁷ BVerfG, Urt. v. 17.12.2013, Rs. 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08, juris Rn. 274 ff.

²²⁸ Beide jeweils betreffend eine Grundabtretung zugunsten eines Braunkohlentagebaus: *VG Aachen*, Urt. v. 03.11.2016, Az: 6 K 369/15; *VG Cottbus*, Beschl. v. 20.06.2017, Az: 3 L 255/17.

²²⁹ *Kühne*, in: *Boldt/Weller/von Mäßenhausen*, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 48 Rn. 45.

²³⁰ Dazu *Sanden/Schomerus/Schulze*, Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012, S. 221f.

²³¹ Zur Unbestimmtheit auch *BUND*, Kernforderungen zur Novellierung des Bergrechts, November 2015, S. 6.

²³² Dazu auch *Ludwig*, ZUR 2014, 451 (452f.).

Rechtsklarheit und Bestimmtheit. Es fehlt, wie bei § 11 Nr. 10 BBergG, eine ausdrückliche Klarstellung, dass Umweltbelange Berücksichtigung finden.²³³

Bei einer gesetzlichen Neuregelung und Einführung einer Abwägung, die den Anforderungen des Art. 14 Abs. 3 GG genügt, könnte und sollte explizit auf Umweltbelange als ein relevanter öffentlicher Abwägungsbelang verwiesen werden. Hierbei kommt es nach dem BVerfG eben nicht nur auf eine Abwägung der Interessen des Eigentümers mit denen des Vorhabenträgers an. Vielmehr hat der Eigentümer ein Recht darauf, dass das Vorhaben auch im Übrigen mit allen denkbaren Gemeinwohlbelangen (und hier nennt das BVerfG ausdrücklich z.B. den Landschafts-, Natur- und Wasserschutz²³⁴) vereinbar ist, da die Enteignung andernfalls nicht dem Allgemeinwohl dient und verfassungswidrig ist.²³⁵ Dies ist z.B. im Vergleich zum Erfordernis einer Betroffenheit in eigenen Rechten bei Dritten (z.B. im baurechtlichen Nachbarrechtsstreit) im Rahmen der Klagebefugnis im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ein Unterschied, der in den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Enteignung in Art. 14 Abs. 3 GG begründet liegt. Dieses Erfordernis eröffnet die Möglichkeit der Berücksichtigung von Umweltbelangen. Zu beachten ist hier jedoch, dass die somit aufgestellten Voraussetzungen für eine Gesamtabwägung nur bei der Betroffenheit des Eigentumsgrundrechts greifen. Es wäre jedoch auch wichtig, eine entsprechende Abwägung auch für Vorhaben in Gebieten einzuführen, die im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder bei denen die Eigentümer ihre Grundstücke freiwillig veräußern.

Für obligatorische Rahmenbetriebspläne nach § 52 Abs. 2a BBergG bestimmt § 52 Abs. 2a S. 2 BBergG, dass über § 55 BBergG hinausgehende, aber im Rahmen der Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) erforderliche Anforderungen des vorsorgenden Umweltschutzes den öffentlichen Interessen im Sinne des § 48 Abs. 2 BBergG gleichgestellt sind. Eine Gewichtung bezüglich der Einordnung der Anforderungen des vorsorgenden Umweltschutzes in Bezug auf andere Belange enthält die Norm jedoch nicht. Auch wird vertreten, dass § 52 Abs. 2a S. 2 BBergG kein Türöffner für die quantitative Erweiterung der Voraussetzungen an die Betriebsplanzulassung um die Berücksichtigung von weiteren Umweltbelangen sein soll, die weder im BBergG noch in anderen Gesetzen erfasst sind.²³⁶

Ergebnisse der Interviews zur Konkretisierung von § 48 Abs. 2 BBergG

Zentrale Aussagen der Vorhabenträger zur Konkretisierung von § 48 Abs. 2 BBergG

Die Vorhabenträger beurteilen die richterrechtliche Konkretisierung des § 48 Abs. 2 BBergG wie folgt:

- **V1:** Die im Rahmen der Rechtsprechung herausgebildete weite Auslegung der „überwiegenden Belange“ sei in Ordnung, da hier eine Gesamtbetrachtung möglich sei. Nur so könnten neue Einflüsse und neue Wertigkeiten (z.B. über Naturschutz) Eingang in das Zulassungsverfahren finden. § 48 Abs. 2 BBergG sei dieses „Atmungsinstrument“. Die Grenze sei dort zu ziehen, wo eine planungsrechtliche Abwägungsentcheidung im Raum stehe.
- **V6:** Das Bergrecht sei an sich ja lange schon ein modernes Recht gewesen, da gerade über § 48 Abs. 2 BBergG die Möglichkeit bestehe, sehr flexibel zu reagieren. Es sei ein ziemlich durchdachtes Recht, eine starke Umstrukturierung wäre schade.
- **V2/V6:**

²³³ So auch *Sanden/Schomerus/Schulze*, Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012, S. 527 f.; mit einem Beispiel, das Belange des Klimaschutzes nennt *Ludwig*, ZUR 2014, 451 (455).

²³⁴ Vgl. BVerfG, Urt. v. 17.12.2013, Rs. 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08, juris Rn. 216, 229.

²³⁵ Vgl. BVerfG, Urt. v. 17.12.2013, Rs. 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08, juris Rn. 216.

²³⁶ *Kühne*, in: *Boldt/Weller/von Mäßenhausen*, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 48 Rn. 40.

- Was sich im Rahmen der Rechtsprechung an Kriterien herausgebildet habe, sei für Unternehmen im Bereich des Bohrlochbergbaus nicht so relevant.
- V6: Aus unternehmerischer Perspektive sei eigentlich klar, was über § 48 Abs. 2 BBergG ins Verfahren reinkomme, auch wenn manchmal Überraschungen passieren könnten (insbesondere da die Rechtsprechung bzgl. Bohrlochbergbau sehr dürftig sei und die Kriterien aus dem Tagebau sich nicht gut übertragen ließen). Zu prüfende Kriterien würden v.a. über Verwaltungsvorschriften kommuniziert – darüber sei eigentlich größtenteils bekannt, was im Rahmen des Genehmigungsverfahrens auf die Unternehmen zukomme. Das Problem sei aber manchmal, dass die Behörden sehr vorsichtig geworden seien, auch wenn rechtliche Lage eigentlich klar sei, aber bestimmte Sachen politisch gefordert würden. So kämen viele Themen in das Prüfverfahren mit rein, die mit den Anlagen an sich nichts zu tun hätten, z.B. Thema Krebs, sodass z.T. Nachweise gefordert würden. Gleiches gelte für das Thema Seismizität auch dort, wo eigentlich keine seismischen Aktivitäten zu erwarten seien. Es könne passieren, dass Behörde dann eine Gegend zu heikel sei und man dann eine Studie o.ä. abwarten wolle. Das passe eigentlich nicht zur gebundenen Entscheidung, folge vielmehr aus der politisch angespannten Debatte. Auf Nachfrage zur Reaktion der Unternehmen in einem solchen Fall: Drohungen mit Untätigkeitsklage kämen bei allen Unternehmen vor, es sei aber nicht bekannt, dass eine solche tatsächlich eingelegt worden sei.
- V5: Bohrlochbergbau sei ein hochtechnischer Bereich. Während früher im Betriebsplanverfahren auch nur diese technischen Aspekte abgeprüft worden seien, sei nunmehr über § 48 Abs. 2 BBergG eine rein bergtechnische Betrachtung nicht mehr ausreichend; das sei auch den Bergbehörden und den Vorhabenträgern bewusst. Voraussetzungen, die von Vorhabenträgern im E&P-Bereich z.B. berücksichtigt werden müssten seien v.a. Grundwassermonitoring / die Höhe von Bohrtürmen (Licht- und Lärmbelästigung, TA-Lärm etc.) etc.; das sei mittlerweile standard. Mittlerweile sei auch den Vorhabenträgern bekannt, dass nicht mehr allein ausreichend sei, eine technisch sichere Installation zu haben. Es komme aber nicht zu „Überraschungen“ im Betriebsplanverfahren.
- VA: Für § 48 Abs. 2 BBergG sei v.a. Raumordnungsrecht relevant, welches bei Verfahren, die nicht der Planfeststellung unterliegen, zu berücksichtigen sei. Darüber hinaus gebe es mittlerweile einen ganzen Katalog, der sich durch die Rechtsprechung zu § 48 Abs. 2 BBergG herausgebildet habe. Vorhabenträger selbst brächten über § 48 Abs. 2 BBergG den vollständigen Abbau der Lagerstätte ein.
 - VD: Die Bergbehörde strebe immer eine vollständige Ausnutzung der Lagerstätte an und berate die Vorhabenträger auch in dieser Hinsicht. Raumordnerische Abweichungsverfahren stellten eine erhebliche insbesondere zeitliche Hürde dar (ca. 6 Jahre), um über Vorrangflächen hinaus noch etwas von einer Lagerstätte abzubauen.
- VA: Überraschungen für Vorhabenträger seien über § 48 Abs. 2 BBergG zwar nicht zu erwarten, weil viel Erfahrung bestehe. Manchmal ergäben sich allerdings neue Aspekte über die Beteiligung.
 - VD: Scoping-Verfahren zeige alle relevanten Belange. In dem Scoping-Verfahren werde wie folgt verfahren: Die verfahrensleitende Behörde wähle Träger öffentlicher Belange aus, Verbände würden i.d.R. über die Landesbüros beteiligt, Gemeinden im Regelfall, Gremien der Gemeinde etc., seien zwar nur geladene Gäste, die verfahrensleitende Behörde wolle i.d.R. aber auch keine „Nachschüsse“ und mache dies ordentlich. Es liege auch im Interesse der Vorhabenträger, alle Belange abzuarbeiten (Effizienz und Zeit). Erst nach dem Scoping-Termin erfolge die Abstimmung zwischen den Behörden.
 - VD: Aspekte aus dem Scoping-Verfahren würden durch die Behörden umfassend abgearbeitet, das sei auch Sache der Behörden, das könne der Gesetzgeber nicht regeln.
 - VC: Im Scoping-Termin sei auch zu klären, was echte Belange seien und was nicht, das müssten die Fachbehörden bestätigen. Für Vorhabenträger bestehe immer eine Unsicherheit, wie man aus dem Scopingtermin rauskomme. Es werde daher bereits vor dem Scoping-Termin darüber nachgedacht,

welche Einwendungen und Themen in einem solchen Termin zu erwarten sind, damit man hier sprechfähig sei und bestimmte Belange schon „eingetaktet“ seien.

- VD: Bergbehörde weise auch im Vorfeld auf die Belange hin, die zu beachten seien. Es sei auch eine vertrauensbildende Maßnahme, wenn Belange von selbst von Vorhabenträgern angesprochen würden.
- VC: Sehr positiv am Scoping-Termin sei, dass auch aus der Bevölkerung Hinweise und Fakten erlangt würden, die neu sein könnten für Vorhabenträger, es sei besser, dass dies früh erfolge.

Zentrale Aussagen der Umweltseite zur Konkretisierung von § 48 Abs. 2 BBergG

- UV4: Der historische Vergleich zeige, dass die Relevanz des § 48 Abs. 2 BBergG gestiegen sei. Auch zeige sich eine andere Offenheit der Bergbehörden, Umweltbelange zu berücksichtigen. In diesem Diskurs schlage sich auch die durch die Rechtsprechung gestiegene Bedeutung des § 48 Abs. 2 BBergG nieder, die evtl. eine andere Genehmigungskultur bedingt habe. Hiermit sei aber keine Aussage darüber verbunden, ob die Integration von Umweltbelangen über § 48 Abs. 2 BBergG begrüßenswert sei.
- UV1: Geändert habe sich der Umfang der vorgelegten Antragsunterlagen oder auch das Beispiel des „Sonderbetriebsplans Artenschutz“. Solche Betriebspläne habe es früher nicht gegeben. Die Ergebnisse seien aber hinsichtlich der Eingriffsdurchführung letztlich gleich geblieben; eine Veränderung im Hinblick auf das Prüfprogramm sei nicht feststellbar.
- UV5: Es bestehe ein allgemeiner Konflikt zwischen öffentlichen Belange und privaten Vorhaben. Versorgung und Vorrang des Bodenschatzes stünden im Vordergrund. Umweltbelange hätten es demgegenüber schwerer, sich durchzusetzen.
- UV8: Problem: es gebe praktisch keine allgemeingültigen Kriterien, die Praxis benutze die Rechtsprechung weiterhin so, als sei ein Vorrang der Ressourcennutzung da. Es sei weiterhin fast unmöglich, Klimaschutzbelange fruchtbar zu machen. Es werde immer noch davon ausgegangen, dass prioritär die Ressourcen auszunutzen seien. Dies habe sich nicht geändert und das sei das Hauptproblem. Die Differenzierung („ist es absolut erforderlich“) spiele bei der Frage der Enteignung zwar eine Rolle, aber es gehe ja nicht immer nur um die Enteignungsebene.
- UV8: Zum Verhältnis der unterschiedlichen Betriebsplanzulassungen (Rahmen-/Haupt-/Sonderbetriebsplanzulassung) zueinander sei mit Bezug auf die Voraussetzungen von § 48 Abs. 2 BBergG folgendes zu sagen: In neuen Hauptbetriebsplänen werde jetzt praktisch entsprechend der Vollzugshilfe im Braunkohletagebau jedes Mal neu abgewogen, bzw. jedes Mal die Abwägung erneut nachvollzogen, soweit es Enteignungsbetroffene gebe. Bei Hauptbetriebsplänen, seien schon bestimmte Anstrengungen gemacht worden – dies erscheine aber sehr bemüht. Denn die Rahmenbetriebspläne verhielten sich dazu überhaupt nicht: es sei kein Drittschutz etc. notwendig. Darauf aufbauend werde dann der Hauptbetriebsplan erlassen, in dem in Nachvollziehung der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung zu Garzweiler Drittbelange im Rahmen einer Gesamtabwägung berücksichtigt würden. Es wirke schon sehr gewollt, wenn dies dann in der Grundabtretungsentscheidung zu konkretisieren sei. Als Rechtsanwender und auch Betroffener könne man sich überhaupt nicht vorstellen, dass es einen Fall geben könne, in dem ein Rahmenbetriebsplan zugelassen werde und dann im Grundabtretungsverfahren dem Bergbauunternehmer das Grundstück versagt werde, weil die Fortführung des Tagebaus nun im konkreten Fall doch nicht mehr in Ordnung sei. Die Frage, ob Rahmenbetriebspläne eine de facto- enteignungsrechtliche Vorentscheidung enthalten, sei schon irgendwie berechtigt. Eine Lösung, wie sie im Anlagengenehmigungsrecht getroffen worden sei, sei flexibler bezüglich neuer Umstände, erkenne an, dass es eine Dynamik gebe und es zeitliche Grenzen geben müsse und auch besser vorhersehbar: als Vorhabenträger wisse man dort: „Meine Zulassung ist zeitlich begrenzt, ich muss mich immer wieder der Abwägung stellen. Ich habe aber nie ein so weitreichendes Recht, wie ich das durch eine Rahmenbetriebszulassung bekomme“.
- UV8: Die Behörden nehmen bei Hauptbetriebsplänen, soweit bekannt, eine Abwägung vor, soweit sie es

für notwendig hielten – es werde sich nicht nur auf den Rahmenbetriebsplan bezogen. Gegen die Hauptbetriebspläne gebe es aber auch immer noch keinen Rechtsschutz, das sei jedenfalls in Brandenburg jüngst nochmals so entschieden worden: Hier sei es um den Fall eines extrem betroffenen Betriebes gegangen, der auf mehreren Ebenen Rechtsschutz gesucht habe, auf allen Ebenen sei die Zulässigkeit mangels subjektiver Betroffenheit verneint worden, mit dem Argument, man könne auf die Enteignung warten.

Zentrale Aussagen der Behörden zur Konkretisierung von § 48 Abs. 2 BBergG

- B2: Belange, die durch Rechtsprechung geprägt seien, hätten zentrale Bedeutung für die Prüfung. Die im BBergG geregelten Belange seien v.a. technisch. Schwerpunkte der Entscheidung beträfen dann § 48 Abs. 2 BBergG und den Drittschutz. Es gebe keinen Prüfkatalog, diesen könne man aber ggf. einmal im Gesetz festschreiben.
- B2: Zum Verhältnis § 48 Abs. 2 BBergG und Naturschutzrecht: Bei der Rahmenbetriebsplanzulassung, müsse Artenschutz geprüft werden (bei UVP sowieso). Ein großes Problem sei aber die lange Laufzeit von Vorhaben. Hier bestehe der berechtigte Einwand in Bezug auf den Artenschutz. Hierzu gebe es wohl keine einhellige Meinung, aber es bestehe der Bedarf und die Möglichkeit auf Hauptbetriebsplanebene nachzusteuern und z.B. zu fragen, ob die getroffenen Annahmen noch aktuell seien. Im Gesetz bestünden Möglichkeiten dies anzugehen, Klarstellungsbedarf sei jedenfalls gegeben.
- B2: Zu der Frage, ob sich Klimaschutzziele (Pariser Abkommen inkl. Bundesgesetz; Klimaschutzplan der Bundesregierung) über § 48 Abs. 2 BBergG integrieren lassen: Es gebe hierfür kein Szenario auf Bundesebene, die Bundesregierung habe den Kohleausstieg bisher offengelassen; die Landesregierungen hätten ebenfalls keine konkreten Anweisungen. D.h. hier gebe es noch keinen Handlungsbedarf auf Seiten der Behörden, denn die Zulassungsbehörden hätten nichts Greifbares. Bergrechtliche Entschädigungen aufgrund der Rahmenbetriebsplanzulassung seien nicht denkbar, da mit Zulassung ja nicht einhergehe, dass der Rohstoff auch absetzbar sei; die Problematik von Entschädigungen betreffe eher die Kraftwerke (vgl. Atomkraftwerke).
- B3: Die Idee, dass Ermessensentscheidungen zu einer besseren Gerichtsfestigkeit und damit zu einer höheren Rechtssicherheit führten, als gebundene Entscheidungen, sei eine gewagte Behauptung. Es sei die äußere Form einer Planfeststellung (mit Öffentlichkeitsbeteiligung und Konzentrationswirkung), die zu höherer Rechtssicherheit führe, dies habe aber nichts mit der Frage Ermessen vs. gebundene Entscheidungen zu tun. Verfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung führten zu einer besseren Situation für die Behörden und den Antragsteller, dies habe aber nichts mit Versagensemessen zu tun. Eine gebundene Entscheidung sei vorzuzugswürdig, um geordnete Genehmigungsentscheidung zu gewährleisten. Beteiligung und Transparenz sollten durch eine stärkere Nutzung des Instruments der Planfeststellung gewährleistet werden.
- B3: Im bundesdeutschen Rechtssystem sei die v.a. obergerichtliche Rechtsprechung zur Auslegung des Rechts berufen, dies gelte auch im Bergrecht. Bisher seien die Rechtsgrundlagen selbst nicht angegriffen worden, innerhalb der Auslegungsspielräume habe sich eine enorme Modernisierung seit Inkrafttreten des BBergG durch die Rechtsprechung abgespielt, nicht nur im Rahmen des § 48 Abs. 2 BBergG.
- B3: Aus der ursprünglichen Rechtsprechung, bei der noch eine Deckungsgleichheit zum geschriebenen Recht bestanden habe und nur „harte Kriterien“ als Versagungsgründe eine Rolle gespielt hätten, habe sich eine Dynamik ergeben, die dazu geführt habe, dass sämtliche öffentlichen Belange im Rahmen des § 48 Abs. 2 BBergG, die nicht Gegenstand von eigenständigen Entscheidungen im Genehmigungsverfahren seien, eine Rolle spielen. Auf der Tatbestandsseite der Norm seien sämtliche öffentliche Belange relevant. Bei der Frage, ob diese sich durchsetzten, sei auf Rechtsfolgenseite das Merkmal „überwiegend“ von Bedeutung. Hier zeichne sich also ab, dass eine massive Ausweitung des Tatbestands der überwiegenden Belange stattgefunden habe.
- B3: Praktisch habe sich die Rechtsprechung damit den tatsächlichen Entwicklungen angepasst und das

materielle Recht (Huckepackverfahren) in die Norm integriert. Es wäre trotzdem sinnvoll, wenn diese Rechtsprechung durch eine Reform in den Gesetzestext aufgenommen würde, da die Praxis heute massiv von diesem abweiche. Für die Behörden sei die Bedeutung richterrechtlicher Kriterien kein Problem, man würde sich durch eine Novelle aber grundsätzlich einiges einfacher machen. Private Belange seien damit allerdings noch nicht abgedeckt. Es bleibe eine spezifisch bergrechtliche Problematik, wie mit eigentumsrechtlichen Fragen umzugehen sei. Die Rechtsprechung habe versucht, mit dieser Problematik so umzugehen, dass private Belange über ihren Grundrechtsbezug (Art. 14 GG) in öffentliche Belange im Sinne des § 48 Abs. 2 BBergG uminterpretiert würden und so zum Gegenstand der Abwägung würden.

- B3: Notwendig sei eine Gesetzesreform nicht, die Diskussion werde vor dem Hintergrund rechtspolitischer Überlegungen und Klientelpolitik auch eher davon getragen, dass man den Charakter der gebundenen Entscheidungen kippen müsse – rein systematisch hätten NGOs und ihre Anwälte die gleichen Auffassungen wie Industrievertreter, die Forderungen selbst unterschieden sich je nach Interessenlage massiv.
- B3: Zugelassene Rahmenbetriebspläne seien allein im Fall Garzweiler II verkleinert worden. Verkleinerungen spielten in allen anderen Fällen nur im Rahmen von Revierkonzepten eine Rolle. Aktuell gebe es keine gesetzlich relevanten Maßstäbe unter dem Gesichtspunkt Klimaschutz, die dazu führen würden, dass Vorhaben (bzw. die betreffenden Rahmenbetriebspläne) nachträglich als rechtswidrig zu beurteilen seien. Es gebe z.Z. weder Bundes- noch Ländergesetze, die Betriebsplanzulassungen als rechtswidrig qualifizieren würden. Die Verkleinerung durch die neue Leitentscheidung in der Folge von Garzweiler II sei eine politische Entscheidung gewesen. Wenn es derartige gesetzliche Vorgaben gäbe, würde dies das bestehende Recht ändern, mit zwei Konsequenzen: Entweder müsse der Rahmenbetriebsplan, der etwas verspreche, was er nicht mehr halten könne, angepasst oder mit Auflagen versehen werden. Eine anderweitige Zulassung von Hauptbetriebsplänen, ohne dass der Rahmenbetriebsplan geändert werde, würde zu einer Diskrepanz zwischen Rahmenbetriebsplan und Hauptbetriebsplan führen. Derartige Diskrepanzen könne es rechtlich eigentlich nicht geben. Das heißt, diese Lösung würde immer dazu führen, dass auf Ebene des Rahmenbetriebsplans mit nachträglichen Auflagen o.ä. dafür gesorgt werde, dass sich die aktuelle Rechtslage in den Zulassungen abbilde.
- B3: Es gebe durchaus die Praxis, dass man Hauptbetriebspläne zulasse, die auf der aktuellen Rechtslage beruhten, aber vom Rahmenbetriebsplan abwichen. Das sei abzulehnen, weil es keine widersprüchlichen Verwaltungsentscheidungen geben dürfe. Häufig nähmen Unternehmen Widersprüche aus politischen Gründen entschädigungslos hin, das habe mit der rechtlichen Einstufung nichts zu tun.
- B4: Hinsichtlich der „überwiegenden Belange“ i.S.v. § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG sei die Entscheidung Moers-Kapellen von Interesse: Hier sei erstmals angedeutet worden, dass auch private Belange eine Rolle als öffentliche Belange spielen könnten. Die Fortsetzung habe diese Rechtsprechung in Garzweiler II gefunden. Diese Belange seien im Rahmen der nachvollziehenden Abwägung einzustellen. An diesem Punkt sei ganz viel durch die Rechtsprechung geprägt worden. Eine Kodifizierung dieser Rechtsprechung sei im Sinn der Rechtsklarheit schon sinnvoll. Was zu tun sei, sei aufgrund der Rechtsprechung aber eigentlich klar. Eine Novellierung sei deshalb sinnvoll, aber nicht zwingend notwendig.
- B5(Wasserbehörde): Die Wasserbehörde habe klare Forderungen, die Auseinandersetzungen mit dem Landesbergamt würden Streitbar gelebt. Ein Beispiel sei der Fall, dass ein Moor von einem Vorhaben betroffen sei: Dann müssten Möglichkeiten und Wege gefunden werden, um das Moor zu erhalten bzw. eine Beeinträchtigung zu vermeiden und diese Wege wurden, soweit bekannt, bislang immer gefunden. Eine Ausnahme sei eine jahrzehntelange Verankerung im Braunkohlenplan – dann werde natürlich der Buchenwald abgeholzt. Man bemühe sich auch, dass bei der Braunkohle wasserspezifische Erwägungen berücksichtigt würden. Man habe noch nie erlebt, dass die Bergbehörde sich Anliegen komplett verschließe. Das sei ein recht Streitbarer Prozess, der auch von der Bergbehörde nicht leichtfertig betrachtet werde.
- B5 (Wasserbehörde): Auch Forderungen des Naturschutzes seien nicht immer mit wasserwirtschaftlichen

Erwägungen vereinbar. Nach Naturschutzerwägungen solle der Ausgangszustand erhalten bleiben und dabei entstünden Konflikte zwischen Naturschutz und Wasserwirtschaft z.B., könnten sich in einem Taubergbau, der jetzt trocken sei, Grashüpfer entwickelt haben. Grundwasserwiederanstieg würde zur Verdrängung führen und da entstünden natürlich Spannungen. Grundwasserwiederanstieg stelle aber den ursprünglichen Zustand wieder her.

- **B5 (Wasserbehörde):** Bei Abstimmung Naturschutz-Bergbau sei die Wasserbehörde nicht mehr dabei. Wasserseitig sei bislang aber immer eine Lösung für Konflikte gefunden worden. Falls bei Vorhaben nachträglich hydrologische Konflikte entstünden, etwa wenn sich nachträglich herausstelle, dass ein Leck entstehe und ein Moor bedroht sei, werde auch dann darauf gedrungen, Maßnahmen (z.B. durch Auflagen) zu treffen.
- **B5 (Wasserbehörde):** Zum Vorschlag, das bergrechtliche Verfahren in ein Planfeststellungsverfahren mit Abwägungsspielraum umzuwandeln sei zu sagen, dass Antragsteller häufig selbst erkennen würden, dass die Auflagen von Seiten der Wasserbehörde der Beleg sei, dass das geplante Vorhaben nicht sinnvoll sei. Auflagen/Regularien seien eigentlich ausreichend und plausibel, um auch dem Bergamt zu zeigen, dass bestimmte Wege und Möglichkeiten nicht sinnvoll seien. Hohe Forderungen genügten, da werde nicht mit „planerischem Ermessen“ agiert. Auch wenn das für viele noch nicht ausreichend sei: Folgeschäden würden geltend gemacht, hohe Forderungen in Millionenhöhe würden sukzessive, wenn auch manchmal nicht schnell genug, erfüllt. Das seien die Erfolge aus der Sicht der Wasserbehörde. EU-Wasserrahmenrichtlinie schränke die Spielräume massiv ein. Die Behörde überwache deren Einhaltung. Einige Unternehmen würden sicherlich klagend erzählen: Die Forderungen der Wasserbehörde sind teilweise höher als der gezogene Hintergrundwert. Das könne man schon manchmal als überambitioniert empfinden; die Anforderungen (hinsichtlich der Grenzwerte) seien teilweise strenger (z.B. Eisenwerte in Gewässern) als natürliche Werte/Belastungen.

3.5.4 Betriebsplanzulassung als gebundene Entscheidung

Die Betriebsplanzulassung ist, selbst in der Ausgestaltung als Planfeststellungsverfahren im obligatorischen Rahmenbetriebsplanverfahren, als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt eine gebundene Entscheidung.²³⁷ Hieran ändern auch die Garzweiler II-Entscheidungen des BVerwG bzw. des BVerfG nichts, die eine Gesamtabwägung der für die auf Ebene der Grundabtretung betroffenen Belange ggf. auch schon auf Betriebsplanebene fordern.²³⁸

Demgegenüber wird über die Planung von Infrastruktur- und Wirtschaftsvorhaben in Deutschland grundsätzlich im Ergebnis einer umfassenden (auch planerischen) Abwägung der für und wider eine Realisierung sprechenden Belange und Interessen bzw. den Nutzen und die Nachteile des Projekts entschieden.²³⁹ Lediglich im allgemeinen Baurecht und für immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlagen fehlt ebenfalls die ansonsten etablierte fachplanerische Abwägungsentcheidung. Selbst dann, wenn eine Rahmenbetriebsplanzulassung durch Planfeststellungsbeschluss ergeht, ist über dieselbe nach der Rechtsprechung des BVerwG nicht aufgrund einer Abwägung zu entscheiden. Das allgemeine (und drittschützende) fachplanerische Abwägungsgebot gilt für die bergrechtliche Planfeststellung nicht.²⁴⁰

²³⁷ Von Hammerstein, in: Boldt/Weller/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Vorbem. §§ 50 bis 57c Rn. 12 f.

²³⁸ Keienburg, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 57a Rn. 30.

²³⁹ vgl. etwa nach § 17 FStrG, § 43 EnWG, § 18 AEG oder § 68 WHG.

²⁴⁰ BVerwG, Urt. v. 15.12.2006 – 7 C 1/06 –, BVerwGE 127, 259-271 („Walsum“).

Neben der Relevanz für die Einbeziehung von Umweltbelangen auf Zulassungsebene, hat diese Ausgestaltung als gebundene Entscheidung auch einen Einfluss auf die Rechtsschutzmöglichkeiten Betroffener, da aufgrund der Anspruchsausgestaltung kein drittschützendes Abwägungsgebot vorliegt.²⁴¹ Das Bergrecht handhabt die Vorhabenzulassung damit anders als andere vorhabenbezogenen Rechtsgebiete, in denen den Behörden fachplanerisches Ermessen eingeräumt wird. Die Umwandlung in eine Planungsentscheidung mit der Einräumung eines entsprechenden Planungsermessens hätte zur Folge, dass der Vorhabenträger nur einen Anspruch auf abwägungsfehlerfreie Ausübung des Planungsermessens hätte.

Der Umstand, dass es sich auch bei der Entscheidung über die Betriebsplanzulassung um eine gebundene und keine den Behörden vorbehaltenen planerische Entscheidung handelt, hat weiterhin zur Folge, dass die Abwägung auch im gerichtlichen Verfahren nachgeholt werden kann.²⁴² Selbst wenn die Behörde eine Abwägung unter Berücksichtigung entgegenstehender Belange im Rahmen der Betriebsplanzulassung vollständig unterlassen hat, kann diese Abwägung vom entscheidenden Gericht wegen des Amtsermittlungsgrundsatzes nachgeholt werden. Die (formell geheilte) Zulassung erwies sich dann auch materiell gegebenenfalls als rechtmäßig, weil das Gericht nach Prüfung der Sach- und Rechtslage (von Amts wegen) zum Ergebnis kommt, dass diese rechtmäßig ist. Im Fall von Ermessensentscheidungen ist eine derartige gerichtliche Nachholung vollständig ausgebliebener Erwägungen nicht möglich, § 114 VwGO.

Eine Ausnahme besteht nach jetziger Rechtslage nur dann, wenn die Rahmenbetriebsplanzulassung als Planfeststellungsbeschluss ergeht. Dann kommt ihr teilweise Konzentrationswirkung zu und sie enthält insofern die nach anderen Fachgesetzen zu treffenden Entscheidungen. Sofern diese im Ergebnis einer Abwägung zu treffen ist, gilt dies auch bei der Rahmenbetriebsplanzulassung.²⁴³ Die Maßstäbe des Fachrechts bleiben vollumfänglich beachtlich²⁴⁴ (bspw. Befreiung von Verboten zum Biotopschutz oder eine Ausnahme vom Schutzregime nach Art. 6 Abs. 3 FFH-RL). Dies ändert aber nichts daran, dass auch die als Planfeststellungsbeschluss ergehende Rahmenbetriebsplanzulassung keine Berücksichtigung von Umweltbelangen im Rahmen einer planerischen Gesamtabwägung beinhaltet.

Die Aufnahme eines Planungsermessens könnte auch zwingende Versagensgründe und/oder generelle Verbote definieren.²⁴⁵

Eine neue Regelung könnte sich z.B. auch an dem wasserrechtlichen Bewirtschaftungsermessen orientieren (§ 12 Abs. 2 WHG).²⁴⁶ Im Wasserrecht besteht kein Rechtsanspruch auf die Zulassungsentscheidung und Umweltbelange sind zentral in die Versagungsgründe als Mindestvoraussetzungen eines Vorhabens integriert (vgl. § 12 Abs. 1 WHG). Liegen die Versagungsgründe nicht vor, steht die Entscheidung im Bewirtschaftungsermessen der Behörde, d.h. die Erlaubnis oder Bewilligung ist nicht zwingend zu erteilen. Die Behörde hat ihre Zulassungsentscheidung dann an dem Gewässer-

²⁴¹ Auch *Ludwig*, ZUR 2014, 451 (456).

²⁴² Bzgl. der Möglichkeit der Nachholung der Abwägung im Grundabtretungsverfahren siehe BVerfG, Urt. v. 17.12.2013, Rs. 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08, juris Rn. 233.

²⁴³ *Von Hammerstein*, in: Boldt/Weller/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Vorbem. §§ 50 bis 57a Rn. 13.

²⁴⁴ *Keienburg*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 57a Rn. 30.

²⁴⁵ So vorgeschlagen in *BUND*, Kernforderungen zur Novellierung des Bergrechts, November 2015, S. 6, 7 f.

²⁴⁶ So z.B. angesprochen in *Stüer/Buchsteiner*, DVBl. 2016, 294 (297); ebenso mit einem Formulierungsbeispiel für ein Stammgesetz und Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung eines Bewirtschaftungsgrundsatzes *Sanden/Schomerus/Schulze*, Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012, S. 298 ff., 301 f.

schutz, konkretisiert durch die Grundsätze des Wasserrechts nach § 6 WHG sowie durch die Bewirtschaftungsziele (§§ 27, 28, 44, 47 WHG), zu orientieren; ihr kommt insoweit ein weites und umfassendes Ermessen zu.²⁴⁷ Anders als bei einer planerischen Abwägungsentscheidung steht nicht der Ausgleich von Interessen, sondern der Schutz eines bestimmten Umweltmediums im Vordergrund. In Anbetracht der Tatsache, dass durch den Bergbau auch Veränderungen der sensiblen Gewässerökosysteme verursacht werden können und ähnlich dem Wasserrecht auch der feste Untergrund Lebensraum für Tiere und Pflanzen bietet oder bedingt (so z.B. § 6 Abs. 1 Nr. 1 WHG), ist ein derart großer Unterschied in der Systematik der Zulassungsregime aus Umweltschutzperspektive schwer verständlich.

Ergebnisse der Interviews zu „gebundene Entscheidungen vs. Abwägung“

Zentrale Aussagen der Vorhabenträger zu „gebundene Entscheidungen vs. Abwägung“

- **V1:** Obwohl Notwendigkeit für Flexibilität im Zulassungsregime gesehen würde (s.o., „Atmungsinstrument“ und Einfallstor für veränderte Wertigkeiten), sei eine Abwägungsentscheidung abzulehnen. Im Hinblick auf den Braunkohleplan und die Dimension der Vorhaben sei es gerechtfertigt, hier gesetzlich einen Anspruch zu formulieren. Schon unter dem Gesichtspunkt, dass schon im Braunkohlenplan verbindliche Ziele festgelegt seien, müsse es eine gebundene Entscheidung sein.
- **V2:** Eine gebundene Entscheidung selbst reduziere ja nicht den Prüfumfang, da dieser auf Tatbestandsseite stehe. In Zukunft müssten sowieso mehr Planfeststellungsverfahren durchgeführt werden, aufgrund der Ausweitung der UVP-Pflicht. Die Einführung einer Abwägungsentscheidung würde den Besonderheiten des Bohrlochbergbaus nicht gerecht.
- **V3:** Regelungen des BBergG hätten sich bewährt, auch weil es sich Entwicklungen immer wieder angepasst, sich als dynamisch erwiesen habe (v.a. durch Rechtsprechung). Gebundene Entscheidung als wenn-dann-Entscheidung gebe Planungs- und Investitionssicherheit. Die Abwägung nach § 48 Abs. 2 BBergG sei vollständig überprüfbar, was zu begrüßen sei. Wenn etwa der Abbau des Rohstoffs volkswirtschaftlich sinnvoll sei, solle keine durch das BBergG veranlasste Abwägung stattfinden. Dies würde die Arbeit nur erschweren, insbesondere da Entscheidungen dann nicht voll überprüfbar seien. Bei wasserrechtlichen Erlaubnisverfahren (manchmal sei in einem Verfahren § 19 WHG relevant) als klassische Ermessensentscheidung sei auffällig, dass das Klagerisiko nicht reduziert sei und Umweltverbände trotzdem Ansatzpunkte für Klagen fänden. Schon jetzt werde das Klagerisiko aus unternehmerischem Eigeninteresse durch vollständige Antragsunterlagen etc. reduziert. Eine Sorge sei auch, dass sich bei Einführung gestalterischer planerischer Abwägungsentscheidungen bereits jetzt komplexe Verfahren noch weiter in die Länge ziehen würden, indem den Behörden ein größerer Spielraum eingeräumt werde. Dann sei Wettbewerbsfähigkeit des Standortes Deutschland gefährdet, da z.B. nach eigenen Erfahrungen in Kanada sehr viel schneller beschieden werde, ohne dass weniger geprüft würde oder die Anforderungen geringer wären (wenn auch allgemein weniger Nutzungskonflikte und klagende Umweltverbände bestünden).
- **VA:** Eine gebundene Entscheidung mit dem Korrektiv des § 48 Abs. 2 BBergG sei vorteilhaft. Weichen würden ja eigentlich über Regionalplanung gestellt („kein BSAB = Bereich für die Sicherung und den Abbau oberflächennaher nicht energetischer Bodenschätze – sei ein Genehmigungshindernis“), das sei eine planungsrechtliche Abwägung „der reinsten Güte“; wenn diese Abwägung getroffen wurde, bestehe kein Bedürfnis, auf nachgelagerter Ebene noch eine weitere Abwägung als Unsicherheit einzubauen. Hinzu komme, dass, wenn bereits das Grundeigentum erworben worden sei, auch Art. 14 GG betroffen sei, d.h. es bestehe ein Anspruch auf Ausnutzung der Lagerstätte. Dann sei die Situation eigentlich nicht anders als im BImSchG etc. Mit der Zulassung seien die Ermessensentscheidungen ja nicht am Ende, z.B. gebe es

²⁴⁷ Czychowski/Reinhardt, WHG, 11. Aufl. 2014, § 12 Rn. 33.

die Planfeststellung nach § 68 Wasserhaushaltsgesetz, das in das Bergrecht einbezogen werde und voll in das Bergrecht durchschlage. Dann sei es sachgemäß, die bergrechtliche Entscheidung als gebunden zu belassen und dort eine Abwägung einfließen zu lassen, wo bereits vorgesehen. Wäre die bergrechtliche Entscheidung eine Abwägungsentscheidung, wäre die gerichtliche Überprüfung auch aus Unternehmer-sicht nachteilig, da eine Abwägungsentscheidung schwieriger anzugreifen sei. Gebundene Entscheidungen seien aus Sicht der Investitionssicherheit klarer, da über andere Verfahren noch genügend Unsicherheiten bestünden.

- **VD:** Vorhabenträger brauchten Planungssicherheit. Wenn schon so viel Geld in die Verfahren (Erwerb der Flächen etc.) gesteckt werde, dann sei eine Abwägungsentscheidung nicht machbar, da sowieso schon genügend Risiken bestünden.
- **VA/VB/VC/VD:** Das Stimmungsbild in der Branche sei bzgl. der Vorteile eines Planfeststellungsverfahrens gespalten. Diese Frage habe bei der Einführung der UVP bzw. bei einer UVP-Novelle eine Rolle gespielt. Damals habe auf der Agenda gestanden, ob man nicht ein einheitliches Bundesrecht für Kiese und Sande schaffe mit einer UVP. Größere Betriebe seien eher dafür gewesen und kleinere dagegen. Am Ende habe man alles so gelassen, wie es ist. Die großen Betriebe seien für die UVP wegen der Rechtssicherheit / Rechtsfrieden am Ende des Verfahrens gewesen, die kleineren dagegen aufgrund des Aufwandes.
- **V4:** Bei der gebundenen Entscheidung seien de facto bereits jetzt Abwägungselemente enthalten (insbes. durch Prüfung der „überwiegenden Belange“). Gebundene Entscheidung heiße ja nur, dass das Gericht die Entscheidung im Gegensatz zu planerischen Entscheidungen vollständig überprüfen könne. Faktisch habe die Behörde aber bereits jetzt einen Abwägungsspielraum. Das Folgende sei wohl eher eine persönliche/ (Einzel-)meinung in der Branche: Es sei eigentlich zu begrüßen, wenn hier eine Umwandlung in ein Planfeststellungsverfahren mit planerischem Ermessen stattfinden würde. Gebundene Entscheidungen stammen aus dem deutschen Rechtssystem, das durch gebundene Entscheidungen geprägt sei (starke Rechtsposition des Bürgers gegenüber dem Staat, so historisch gewachsen). Die Konsequenz sei, dass alles gerichtlich überprüft werden könne. Das damit einhergehende Risiko, dass die Behörde einen Fehler gemacht habe und deshalb alles wieder aufgehoben werde, sei sehr groß. Insofern müsse die Umwandlung in eine planerische Entscheidung die Angriffsmöglichkeiten von außen verringern. In anderen Ländern (Frankreich, Großbritannien) bestünden Abwägungsspielräume und es gebe nur wenige Gerichtsentscheidungen, die Projekte zu Fall bringen könnten. Das Führen von Prozessen hänge auch von Erfolgsaussichten der Verfahren ab (Beispiel: Erst als in einem Fall das BVerwG eine klare Rechtsprechung vorgegeben habe, seien Klagen zurückgezogen worden). D.h. evtl. würden durch eine Abwägungsentscheidung faktisch weniger Prozesse geführt werden, da Erfolgsaussichten geringer seien. Der de facto bestehende Abwägungsspielraum könne daher auch gesetzlich festgeschrieben werden.
- **V5:** Der Vorschlag sei eher abzulehnen. Es bestehe der Eindruck, dass etwas in die Rechtsfolge verlagert werde, das bereits auf Ebene des Tatbestandes ausreichend abgedeckt sei. Wenn auch nicht rechtstechnisch, so habe die Behörde doch praktisch bereits einen Ermessensspielraum und mache diesen Einwirkungsspielraum über Tatbestandsvoraussetzungen geltend (auch über Nebenbestimmungen), Behörde brauche dann kein Ermessen auf Rechtsfolgenebene mehr.
- **V6:** Die gebundene Entscheidung sei zu befürworten: Z.T. seien wasserrechtliche Entscheidungen nötig und die Erfahrung zeige hier, dass dies auf die politische Ebene gezogen werde und z.T. auch sehr lange dauern könne. Gebundene Entscheidungen lieferten Planungssicherheit. Fachlich seien Betriebsplanzulassungen eher vergleichbar mit einer BImSchG-Genehmigung, die auch gebunden sei. Im Bergrecht gebe es zwar auch andere Anforderungen, aber im Endeffekt gehe es um das Aufstellen einer Anlage wie im Immissionsschutzrecht (Pipeline, Verdichter etc. – v.a. dienende Anlagen). Eine Ermessensentscheidung sei damit sogar gefährlich, da sehr lange auf Entscheidungen gewartet werden müsste.

Zentrale Aussagen der Umweltseite zu „gebundene Entscheidungen vs. Abwägung“

- **UV4:** Grundsätzlich würden die gebundene Entscheidung und der Rechtsanspruch kritisch gesehen; stattdessen werde eine Ermessensentscheidung mit Gesamtabwägung aller vorliegenden Interessen befürwortet. Die gebundene Entscheidung sei in Anbetracht der steigenden Bedeutung des § 48 Abs. 2 BBergG problematisch.
- Eine Abwägungsentscheidung würde zu Verbesserungen führen, da Behörden sich leicht hinter gebundenen Entscheidungen verstecken könnten. Auch für die Mitarbeiter wäre es dann einfacher mit den Belangen umzugehen. Problem bleibe allerdings trotzdem, dass die Entscheidung bei der Bergbehörde als Vertreterin von Wirtschaftsinteressen liege, die in dem Sinne keine „unabhängige“ Behörde sei.
- **UV5:** Abwägung wäre in Verbindung mit einer UVP sinnvoll.
- **UV8:** Es gebe keinen Grund, die Zulassungsentscheidung nicht in ein Planungsermessen umzuwandeln. Die Frage, wo Ermessen bestehe und wo nicht, sei für die Behörde im Moment nicht überschaubar. Das könne so nicht bleiben. Die Beibehaltung einer gebundenen Entscheidung bei solchen komplexen Entscheidungen im Bergrecht, wie im sonstigen Fachplanungsrecht, sei wohl bereits nicht mehr europarechtskonform. Bei einer gebundenen Entscheidung hätte man nur eine sehr begrenzte Wirkung einer Auswirkungsprognose, keine klare Rolle für UVP, die in Ermessensentscheidungen gegeben sei. Bei dem Ausmaß der Eingriffe, die hier vorgenommen würden, müsse eine Vielzahl von Konflikten behandelt werden. Es könne keine klare materielle Abgrenzung geben. Es gebe keinen Grund nicht auch ein Verfahren einzuführen, das auch Transparenz bezüglich der Abwägungsgrundlage und der Abwägung selbst ermögliche.
- **UV9:** Der Vorschlag das bergrechtliche Verfahren in ein Planfeststellungsverfahren mit Abwägungsspielraum umzuwandeln, wäre natürlich zu begrüßen; ebenso, wenn Bedarfserwägungen stärker einbezogen würden, als das bislang erfolge. Die eigentliche fachplanerische Abwägung spiele allerdings in anderen Rechtsgebieten, in welchen diese durchzuführen sei, praktisch selten eine zusätzliche Rolle. Vorhaben scheiterten praktisch kaum an fehlerhafter Abwägung. Aus rechtsdogmatischen Gründen sei es aber begrüßenswert und sinnvoll, den Behörden die Durchführung einer ordentlichen Abwägung abzuverlangen – und ihnen etwaige Abwägungsfehler damit auch einmal vorhalten zu können.
- **UV1:** Die Umwandlung in eine Abwägungsentscheidung würde nur etwas bringen, wenn damit auch ein ausgewogenes und von Anfang an klares Prüfprogramm einherginge, das Umweltbelange ausreichend berücksichtige. Gebundene Entscheidung wäre positiv, wenn das Prüfprogramm auch aus Umweltsicht ausgewogen wäre.
- **UV6/7:** Im Hinblick auf die Berücksichtigung öffentlicher Belange über § 48 Abs. 2 BBergG als gebundene Entscheidung sei festzustellen, dass die gebundene Entscheidung für die Behörde einebequeme Rückzugsposition dahingehen sei, dass keine andere Entscheidung möglich sei. Eine tatsächliche Abwägung mit öffentlichen Interessen im Sinne eines Gesamtbildes, werde in der Praxis nicht vorgenommen. Ggf. würde mal ein Einzelinteresse/-argument behandelt und dann beseitigt, aber nicht mit Gesamtinteresse an dem Projekt abgewogen.
- **UV7:** Mit Blick auf die Frage nach der praktischen Relevanz der Bedarfserwägungen bei der Anwendung von § 48 Abs. 2 BBergG sei festzuhalten, dass der Bedarf nach der eigenen praktischen Erfahrung tatsächlich nicht geprüft wurde. Es müsse ja dann so etwas wie ein Versagungsermessen bei fehlendem Bedarf geben. Man müsse sich dann aber auch ernsthaft über Ausbildung und Struktur der Bergbehörden Gedanken machen.
- **UV6:** Der Bedarf würde von Behörden bei der Anwendung von § 48 BBergG nicht geprüft, der Bedarf werde vielmehr vom Bergrecht vorausgesetzt. Im Vordergrund stehe die Argumentation gegenüber der Öffentlichkeit, dass die Versorgung mit Rohstoffen notwendig sei. Im Einzelfall finde aber keine Auseinandersetzung damit statt. Eine solche würde, wenn sie stattfinde, aber Transparenz schaffen.
- **UV8:** Es habe im Rahmen von Hauptbetriebsplänen wie auch im Grundabtretungsverfahren durchaus

schon Bedarfserwägungen gegeben. Im Prinzip werde aber immer nur festgestellt, dass der Bedarf bestehe. Im Grunde genommen handle es sich um eine Schlüssigkeitsprüfung. Dass festgestellt wurde, dass kein Bedarf mehr besteht, sei noch nicht vorgekommen. Der Obersatz der Prüfung laute: „Der Bedarf wird nachträglich begründet, weil Eigentumsbeeinträchtigung bestehen“. Bedarfserwägungen seien natürlich viel schwerer handhabbar zu machen als im normalen Planfeststellungsverfahren, wenngleich auch dort praktisch nie die Planrechtfertigung angegriffen werde. Bei einer Aufsuchungsentscheidung im Wattenmeer sei der Bedarf schon im Hauptbetriebsplan länglich ausgeführt worden.

- UV10: Bisher habe der Hinweis auf das überwiegende öffentliche Interesse / öffentliche Belange die Entscheidungen immer in Richtung Bergbau gedreht. Man habe nicht erlebt, dass so eine Berücksichtigung anderer Belange wirklich stattgefunden habe. Öffentliche Belange müssten anders definiert werden, vor allem von der Politik.
- UV10: Es ist eine politische Entscheidung. Wenn die Bergbehörde anders strukturiert wäre und bspw. dem Umweltministerium unterstehen würde, würde diese unabhängiger (Beispiel Schleswig-Holstein, wo viel erreicht worden sei durch die Änderung der Zuständigkeit). Bisher sei es der politische Wille, dass der Bergbau Vorrang habe. Interpretation und Spielraum hingen von politischen Rahmenbedingungen ab. Die Schwerpunkte der Politik müssten anders definiert werden.

Zentrale Aussagen der Behörden zu „gebundene Entscheidungen vs. Abwägung“

- B1: Im Vergleich zum Immissionsschutz müsse berücksichtigt werden, dass es sich um unterschiedliche Verfahren (Zeiträume etc.) handle: Der größeren Unsicherheit im Bergrecht müsse der Gesetzgeber durch gebundene Entscheidung Rechnung tragen. In der Praxis habe sich dieses Instrumentarium gut bewährt. Würde es wegfallen, würde es in Deutschland keinen Bergbau mehr geben. Ein Widerspruch bestehe nicht, weil gebundene Entscheidung ja nicht nur Artenschutz betreffe, sondern alle Fragestellungen (auch bspw. Arbeitsschutz).
- B2: Mit der gebundenen Entscheidung betehe letztlich eine Ähnlichkeit zum Immissionsschutzrecht; Vorhaben und Genehmigungsvoraussetzungen seien gar nicht so unähnlich. Beide beträfen technische Vorhaben über lange Laufzeiten. Dies sei im Ergebnis nicht falsch. Was öffentliche Belange betreffe, sei es eigentlich für die Berücksichtigung nicht besser, eine Abwägungsentscheidung zu haben, da diese ja hier auch nur mit einer bestimmten Gewichtung eingestellt würden. Auch jetzt erfolge schon bei Überwiegen eines öffentlichen Belangs die Versagung. Zulassungen in Bereichen mit planerischen Entscheidungen würden auch nicht öfter abgelehnt aufgrund einer Abwägung. Im Ergebnis seien keine großen Unterschiede zu erwarten, öffentliche Belange erhielten durch eine Abwägungsentscheidung nicht mehr Gewicht.
- B3: Die gebundene Entscheidung sei erforderlich, um Rechtssicherheit zu gewährleisten und politische Willkür (und das „St. Florians-Prinzip“) zu verhindern. Versagungsermessen dürfe also nicht eröffnet werden. Die Erwartungshaltung, alles werde mit Versagungsermessen besser, sei nicht durchdacht. Versagungsermessen würde regionale Einflussmöglichkeiten erhöhen, damit willkürlichen politischen Entscheidungen Tür und Tor öffnen und nur zu regionaler Verschiebung der Gewinnung führen. Der Bedarf an Rohstoffversorgung müsse trotzdem gedeckt werden. Allein ein „Genehmigungsermessen“ wäre sinnvoll, die als „Rohstoffsicherungsklausel“ die Möglichkeit eröffne, von Versagungsgründen abzusehen, damit der Rohstoffabbau von der Behörde trotz entgegenstehender Belange ermöglicht werden könne.
- B4: Bei der Einschätzung der Berücksichtigungsmöglichkeit öffentlicher Belange über § 48 Abs. 2 BBergG im Hinblick darauf, dass es sich bei der Betriebsplanzulassung um eine „gebundene Entscheidung“ handle sei die Besonderheit der gebundenen Entscheidung im Bergrecht zu beachten. Diese nachvollziehende Abwägung, welche die Behörde vorzunehmen hätte, eröffne im Grunde die gleichen Möglichkeiten auf der Tatbestandsseite, die man sonst im Rahmen des Ermessens habe (Stichwort „unbestimmte Rechtsbegriffe“). Einziger Unterschied zur Ermessensentscheidung sei, dass die Abwägungsentscheidungen auf

Tatbestandsseite voll gerichtlich überprüft würden. Dies sei ein Vorteil der gebundenen Entscheidung. Echten Spielraum für eine Abwägung hätten die Behörden bei Bodenschätzen ohnehin nicht, denn der Bodenschatz liege, wo er sei. Man könne nicht, wie im Straßenbau, große Trassenprüfungen machen.

- **B4:** Hinsichtlich des Vorschlags, das bergrechtliche Verfahren in ein Planfeststellungsverfahren mit Abwägungsspielraum umzuwandeln, sei es die Frage, für wie wichtig man die Rohstoffgewinnung erachte. Dies sei eine Entscheidung des Gesetzgebers. Die gebundene Entscheidung sei im Grunde genommen besser, da sie klarer sei und gerichtlich auf festeren Füßen stehe. Die Spielräume, Umwelterwägungen zu berücksichtigen, gebe es; ob das nun auf der Tatbestandsseite oder auf Rechtsfolgende passiere, sei irrelevant.

3.5.5 Umweltverträglichkeitsprüfung in der Planfeststellung für die Rahmenbetriebsplanzulassung

3.5.5.1 Anwendungsbereich der UVP

Welche bergrechtlichen Vorhaben einer Umweltverträglichkeitsprüfung bedürfen ergibt sich aus der auf § 57c BBergG gestützten Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung bergbaulicher Vorhaben (UVP-V Bergbau).²⁴⁸ Nach § 52 Abs. 2a BBergG ist für diese Vorhaben obligatorisch ein Rahmenbetriebsplan einzureichen. § 51 S. 1 UVPG (2017)²⁴⁹ ordnet vergleichbar § 18 S. 1 UVPG (a.F.) und korrespondierend mit § 52 Abs. 2a sowie § 57c i.V.m. der UVP-V Bergbau an, dass die Umweltverträglichkeitsprüfung und die Überwachung des Vorhabens nach den Vorschriften des BBergG durchgeführt wird.

Anders als § 18 S. 2 UVPG (a.F.) sehen § 51 S. 2 UVPG (2017), § 52a Abs. 1 S. 3 BBergG nunmehr allerdings vor, dass für das UVP-Verfahren Regelungen des UVPG (§§ 15 - 27, 31) anzuwenden sind.

UVP-pflichtig sind nach der UVP-V Bergbau die darin festgelegten Vorhaben (nunmehr zum Teil in Abhängigkeit vom Ergebnis einer UVP-Vorprüfung²⁵⁰). Dies sind:

- ▶ Bei der Gewinnung von **Kohle** und **Erzen** im Tief- oder Tagebau nach § 1 Nr. 1 UVP-V Bergbau soweit gewisse Schwellenwerte erreicht bzw. Einwirkungsmerkmale erfüllt werden:
 - Flächenbedarf der Betriebsanlagen (10 ha),
 - Eingriff in bestimmte Schutzgebiete (NSG, N2000),
 - Ausmaß zu erwartender Absenkung der Oberfläche (3 m / 1 m [bei best. Schutzgütern]),
 - Beseitigung oder Herstellung von Gewässern,
 - Abpumpung von Grundwasser (5 Mio. m³);
- ▶ bei der Gewinnung von **Erdöl** und **Erdgas** nach § 1 Nr. 2 UVP-V Bergbau
 - a) im Falle der Überschreitung eines bestimmten Fördervolumens (UVP-Pflicht bei 500 t Erdöl bzw. 500.000 m³ Erdgas), ansonsten b) gemäß Ergebnis einer allgemeinen UVP-Vorprüfung,

²⁴⁸ Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung bergbaulicher Vorhaben vom 13. Juli 1990 (BGBl. I S. 1420), die durch Artikel 2 Abs. 24 des Gesetzes vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2808) geändert worden ist.

²⁴⁹ Und ebenso Anlage 1 zum UVGP Ziffer 15.1.

²⁵⁰ Hinweis: In der zum Zeitpunkt der Abgabe dieses Berichts aktuellen Fassung bezieht sich § 1 UVP-V Bergbau bzgl. den Vorschriften der UVP-Vorprüfung noch auf § 3c UVPG (a.F.) und nicht auf § 7 UVPG (2017). Hier liegt vermutlich ein redaktioneller Fehler vor.

- durch Aufbrechen von Gestein unter hydraulischem Druck (sog. „Fracking“) nach § 1 Nr. 2a UVP-V Bergbau;
- ▶ bei der Aufsuchung und Gewinnung durch „Fracking“, einschließlich der zugehörigen Tiefbohrungen nach § 1 Nr. 2a UVP-V Bergbau;
- ▶ bei der Aufsuchung von Erdöl und Erdgas durch Explorationsbohrungen und Gewinnung von Erdöl und Erdgas mit Errichtung und Betrieb von Förderplattformen im Bereich der Küstengewässer und des Festlandsockels nach § 1 Nr. 2b UVP-V Bergbau;
- ▶ bei der Entsorgung / Beseitigung von „Lagerstättenwasser“²⁵¹ nach § 1 Nr. 2c UVP-V Bergbau;
- ▶ bei Halden (Flächenbedarf 10 ha) nach § 1 Nr. 3 UVP-V Bergbau;
- ▶ bei Schlamm- und Klärlagerplätzen / Klärteichen mit einem Flächenbedarf von 5 ha nach § 1 Nr. 4 UVP-V Bergbau;
- ▶ für bestimmte Abfallentsorgungseinrichtungen nach § 1 Nr. 4a UVP-V Bergbau;
- ▶ beim Bau von Grubenbahnen nach § 1 Nr. 5 UVP-V Bergbau gem. dem Ergebnis einer allgemeinen UVP-Vorprüfung;
- ▶ bei Wassertransportleitungen (allgemeine UVP-Vorprüfung bei 25 km, standortbezogene UVP-Vorprüfung bei 2 km) nach § 1 Nr. 6 UVP-V Bergbau;
- ▶ bei **Untergrundspeicher** für Erdöl und Erdgas als Energieträger in Abhängigkeit des Fassungsvermögens nach § 1 Nr. 6a UVP-V-Bergbau;
- ▶ bei Anlagen zur Sicherstellung oder Endlagerung radioaktiver Stoffe i.S.v. § 126 Abs. 3 BBergG;
- ▶ bei Vorhaben zur Gewinnung von **Erdwärme** ab 1.000 m Teufe in bestimmten Schutzgebieten nach § 1 Nr. 8 UVP-V Bergbau oder bei denen Gestein unter hydraulischem Druck aufgebrochen wird und wassergefährdende Gemische eingesetzt werden oder das Vorhaben in einer Erdbebenzone²⁵² 1 bis 3 liegt nach § 1 Nr. 8a UVP-V Bergbau;
- ▶ bei sonstigen betriebsplanpflichtigen Vorhaben einschließlich der zu deren Durchführung erforderlichen betriebsplanpflichtigen Maßnahmen, soweit diese Vorhaben oder Maßnahmen als solche nach Maßgabe der Anlage 1 des UVP-G einer Umweltverträglichkeitsprüfung bedürfen und ihrer Art oder Gruppe nach nicht unter § 1 Nr. 1 bis 8 UVP-V Bergbau fallen²⁵³;
- ▶ Bei sonstigen Tiefbohrungen ab 1.000 Metern Teufe Aufsuchung oder Gewinnung von Bodenschätzen auf Grund einer allgemeinen bzw. standortbezogenen Vorprüfung des Einzelfalls nach § 1 Nr. 10 UVP-V Bergbau.

Durch die Verordnung zur Einführung von Umweltverträglichkeitsprüfungen und über bergbauliche Anforderungen beim Einsatz der Fracking-Technologie und Tiefbohrungen²⁵⁴ wurde der Anwendungsbereich der UVP gegenüber der bis Mitte 2016 gültigen Rechtslage für viele Fälle deutlich erweitert. So wurde nunmehr insbesondere für „Fracking-Vorhaben“ eine UVP-Pflicht geregelt und für einige bislang nicht UVP-pflichtige Vorhaben nunmehr zumindest UVP-Vorprüfungspflichten geschaffen, aus welchen sich in Abhängigkeit vom Vorprüfungsergebnis die Pflicht zur Durchführung einer UVP ergibt.

²⁵¹ „Lagerstättenwasser“ sind die bei der Aufsuchung und Gewinnung von Erdgas und Erdöl aus der Lagerstätte nach über Tage geförderten Flüssigkeiten geogenen Ursprungs.

²⁵² DIN EN 1998 Teil 1, Ausgabe Januar 2011.

²⁵³ Siehe dazu auch *Stevens*, ZUR 2012, 338 (341 f.).

²⁵⁴ V. v. 04.08.2016 BGBl. I S. 1957.

Demgegenüber wurden die Regelungen, welche vor dem 01.08. bzw. 03.10.1990 bereits begonnene Vorhaben von der UVP-Pflicht auch mit Wirkung für künftig bzgl. dieser Vorhaben erforderliche Betriebsplanzulassungen freistellt,²⁵⁵ nicht verändert, so dass insbesondere für sämtliche aktuell in Deutschland betriebenen Braunkohletagebaue in der Vergangenheit keine UVP durchgeführt wurde. Dies betrifft namentlich die Großtagebaue „Hambach“, „Garzweiler II“ und „Inden“ in NRW sowie „Jänschwalde“ und „Welzow-Süd I“ in Brandenburg sowie „Vereinigten Schleenhein“, „Nochten I“ und „Reichwalde“ in Sachsen. Obwohl für diese nach 1990 z.T. sogar neue Rahmenbetriebspläne zur Zulassung für mehrere Jahrzehnte Abbautätigkeit beantragt wurden, durften die Zulassungsverfahren nach dem aktuellen Stand der Rechtsprechung ohne Umweltverträglichkeitsprüfung und Planfeststellungsverfahren durchgeführt werden. Dies wurde insbesondere mit einem „Bestandsschutz“ von bereits vor Inkrafttreten der UVP-Richtlinie aufgeschlossenen Tagebauvorhaben begründet, den die Überleitungsvorschriften zur Einführung der UVP-Pflicht in das BBergG bzw. der Einigungsvertrag für solche „begonnenen Vorhaben“ vermittelte.²⁵⁶

Weiterhin ist in § 12 Abs. 3 S. 2 UVPG jetzt geregelt, dass bei einem Vorhaben, das einer Betriebsplanpflicht nach § 51 BBergG unterliegt, für das frühere Vorhaben keine Verpflichtung zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung oder einer UVP-Vorprüfung besteht, wenn für das frühere Vorhaben zum Zeitpunkt der Antragstellung für das hinzutretende kumulierende Vorhaben ein zugelassener Betriebsplan existiert. Nach der Gesetzesbegründung soll damit der Besonderheit Rechnung getragen werden, dass Betriebspläne für bergbauliche Vorhaben regelhaft alle zwei Jahre neu zugelassen werden müssen (§ 52 Abs. 1 BBergG) und Bergbauvorhaben ein mit der Regelung des § 12 Abs. 2 S. 3 UVPG vergleichbarer Vertrauensschutz zukommen soll.

Die begrenzte Anwendbarkeit der UVP-Pflicht in der Betriebsplanzulassung ist ein Defizit für die Berücksichtigung von Umweltbelangen in der Ressourcengewinnung allgemein,²⁵⁷ das durch die partiellen Erweiterungen der UVP-Pflichtigkeit in der 2016 novellierten UVP-V Bergbau insofern verringert wurde. Allerdings bewirkt die Ausweitung der UVP-Pflicht nur dann eine Verbesserung der Durchsetzbarkeit der Belange des Umweltschutzes in Entscheidungen über die Zulassung von Vorhaben, wenn diese durch entsprechende Versagensgründe flankiert werden (dazu unter 3.5.3).²⁵⁸

In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist geklärt, dass die Zulassung eines Betriebsplans etwaige Wirkungen auf nachfolgende Entscheidungen jedenfalls nur vorbehaltlich unveränderter tatsächlicher und rechtlicher Verhältnisse zukommen kann. Dies muss – mangels anderweitiger gesetzlicher Regelung - auch gelten, soweit im Zuge einer als Planfeststellungsbeschluss erlassenen (Rahmen-)Betriebsplanzulassung entschieden wurde, dass einer Durchführung des Abbaubetriebes keine öffentlichen Interessen i.S.v. § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG entgegenstehen. Denn die Prüfung nach § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG gilt für jede Betriebsplanzulassung und entfaltet nur so lange Wirkungen auf nachfolgende Verwaltungsentscheidungen wie keine Änderungen der Sach- oder Rechtslage eine neue Prüfung der Zulassungsvoraussetzungen erfordern.

²⁵⁵ Nach Auffassung des BVerwG genügt es dafür, dass vor diesem Datum bereits ein Betriebsplan zugelassen bzw. in den neuen Bundesländern ein vergleichbares Stadium erreicht wurde (BVerwG, Urt. v. 12.06.2002 – 7 C 2,3/02; Beschl. v. 21.11.2005 – 7 B 26/05).

²⁵⁶ Siehe hierzu *Stevens*, ZUR 2012, 338 (342) und *Keienburg*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anh. § 57c Rn. 7.

²⁵⁷ Für eine Ausweitung daher z.B. Umweltbundesamt, Umweltverträgliche Nutzung des Untergrundes und Ressourcenschonung, November 2014 (Positionspapier Langfassung), S. 26.

²⁵⁸ BUND, Kernforderungen zur Novellierung des Bergrechts, November 2015, S. 7.

Weiterhin gibt § 52 Abs. 2b BBergG die Möglichkeit, einen obligatorischen Rahmenbetriebsplan bei räumlich oder zeitlich sehr umfangreichen Projekten abzuschichten. Durch den Zusatz am Ende des Satzes, dass diese Möglichkeit ausscheidet, wenn damit die Umweltauswirkungen des Gesamtprojektes unberücksichtigt bleiben, ist zwar von der Intention her dafür gesorgt, dass diese nicht unberücksichtigt bleiben und kein Missbrauch bzgl. der Möglichkeit von § 52 Abs. 2b BBergG in Bezug auf die Verschleierung der Umweltauswirkungen des Gesamtprojektes möglich ist.²⁵⁹ Im Endeffekt hat die Behörde über das Vorliegen dieses Ausschlussgrundes für eine abschnittsweise Zulassung zu entscheiden. Es stellt sich jedoch die Frage, ob im Vorhinein tatsächlich absehbar ist, ob die abschnittsweise Zulassung die angemessene Berücksichtigung der gesamten tatsächlichen Umweltauswirkungen unterlaufen würde und dieser Ausschlussgrund faktisch unterlaufen wird. Die Regelung in § 52 Abs. 2b S. 1 BBergG dient auch dazu, dass Unsicherheiten einer bergbaulichen Gewinnung, die sich z.B. auf die Art, Beschaffenheit und den Verlauf der Lagerstätte beziehen,²⁶⁰ in späteren Verfahrensabschnitten berücksichtigt werden, wenn sie auftreten. Die Norm zeugt damit gleichzeitig davon, dass auch mögliche Umweltauswirkungen erst später zutage treten können - und dies dann zu einem Zeitpunkt, in dem das Vorhaben faktisch nicht mehr umkehrbar wäre. Zumindest ist aus Umweltschutzperspektive daher festzuhalten, dass eine abschnittsweise Zulassung der Berücksichtigung von Umweltbelangen eher abträglich ist, da das Risiko besteht, dass ihre Berücksichtigung in ihrer Gesamtheit zu kurz kommt.²⁶¹ Dies gilt jedenfalls im Hinblick auf die grundsätzliche Entscheidung über das Ob der Vorhabenzulassung und in Bezug auf solche Umweltauswirkungen, welchen nicht im Zuge späterer Teilzulassungen (Hauptbetriebsplanzulassungen) – etwa durch Nebenbestimmungen – hinreichend begegnet werden kann.

Ähnliches gilt für eine Ausnahme von der UVP-Pflicht nach § 52 Abs. 2b S. 2, S. 3 BBergG für Vorhaben, die einem besonderen bundes- oder landesgesetzlichen Planungsverfahren (§ 54 Abs. 2 S. 3 BBergG) unterliegen, insbesondere wenn die in diesem Rahmen vorgenommene Bewertung der Umweltauswirkungen in zeitlicher Hinsicht weit zurückliegt.

Für UVP-pflichtige Vorhaben ist im Geltungsbereich von §§ 57b Abs. 2 Nr. 3 BBergG geregelt, dass eine erneute Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen ist, soweit bisher nicht berücksichtigte, für die Umweltverträglichkeit des Vorhabens bedeutsame Merkmale des Vorhabens vorliegen oder bisher nicht berücksichtigte Umweltauswirkungen erkennbar werden. Auch soweit § 52 Abs. 2d BBergG den Bergbehörden aufgibt, in einer UVP-pflichtigen Betriebsplanzulassung festzulegen, welche Maßnahmen der Unternehmer zur Überwachung erheblicher nachteiliger Auswirkungen auf die Umwelt zu treffen hat, fehlt es an einer materiell-rechtlichen Anreicherung. Gem. § 52 Abs. 2d S. 2 BBergG ist es der Behörde überlassen, die Festlegung im Rahmen der Zulassung des Rahmen-, Haupt-, Sonder- oder Abschlussbetriebsplans zu treffen. Sie hat bei der Auswahl der Art der zu überwachenden Parameter und der Dauer der Überwachung insbesondere die Art, den Standort und den Umfang des Vorhabens sowie das Ausmaß seiner Auswirkungen auf die Umwelt zu berücksichtigen. Flankierend hierzu stellt § 69 Abs. 1a BBergG für UVP-pflichtige Vorhaben die entsprechenden bergaufsichtsrechtlichen Pflichten der Behörde heraus.

3.5.5.2 Fallbeispiel: Garzweiler

Fallbeispiel: Dauerhafte Freistellung von der UVP-Pflichtigkeit aller aktiven Braunkohlentagebaue in Deutschland

²⁵⁹ Von Hammerstein, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 52 Rn. 83.

²⁶⁰ Von Hammerstein, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 52 Rn. 83.

²⁶¹ Es wird daher auch die Streichung der Möglichkeit in § 52 Abs. 2b BBergG befürwortet, vgl. BUND, Kernforderungen zur Novellierung des Bergrechts, November 2015, S. 9.

Die im Juni 1985 beschlossene Richtlinie 85/337/EWG über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten („UVP-Richtlinie“) wurde gem. Art. 12 Abs. 1 der UVP-RL 3 Jahre nach ihrer Bekanntmachung rechtsverbindlich und ist damit seit dem 3. Juli 1988 auch im Falle unterbliebener nationalstaatlicher Umsetzung unmittelbar beachtlich. Für den Abbau von Braunkohle im Tagebau auf einer Fläche von mehr als 25 Hektar bzw. Grundwasserentnahmen von mehr als 10 Mio. m³/Jahr bestand daher grds. eine Verpflichtung zur Durchführung eines Genehmigungsverfahrens mit Umweltverträglichkeitsprüfung.

Der deutsche Gesetzgeber ging seiner Umsetzungsverpflichtung per Rechtssetzung vom 12.02.1990 u.a. mit der Novellierung des BBergG nach.²⁶² Die dadurch eingeführten Regelungen zur Durchführung von Umweltverträglichkeitsprüfungen (insbesondere der §§ 52 Abs. 2a, 57a-c BBergG und nachfolgend der UVP-Verordnung Bergrecht) sollten und sollen allerdings nicht anwendbar sein,

- ▶ (1) wenn am 01.08.1990 bereits mit einem Betriebsplanzulassungsverfahren begonnen wurde (Art. 2 S. 2 BergRändG) sowie
- ▶ (2) wenn nach Landesrecht die UVP-Prüfung auf der Ebene der Braunkohlenplanung durchzuführen ist (§ 52 Abs. 2b S. 2 i.V.m. § 54 Abs. 2 S. 3 BBergG).

Mit dem zum 03.10.1990 vollzogenen Beitritt der DDR zur BRD erstreckte sich der Geltungsbereich des EU-Rechts auch auf das Gebiet der „neuen Bundesländer“. Im „Einigungsvertrag“ wurde allerdings geregelt, dass § 52 Abs. 2a BBergG – und damit die Pflicht zur Durchführung einer UVP im Zuge der Entscheidung über die Zulassung neuer Rahmenbetriebspläne – nicht für Vorhaben gelten soll, bei denen das Verfahren zur Zulassung des Betriebes, insbesondere zur Genehmigung eines technischen Betriebsplans, am Tage des Beitritts, d.h. am 03.10.1990, bereits begonnen war.²⁶³

Die Anwendung dieser Regelungen führte in der von den Bergbehörden betriebenen und seitens der Verwaltungsgerichte bestätigten Auslegung dazu, dass für keinen der heute noch aktiv betriebenen großflächigen und sich fortentwickelnden Braunkohlentagebaue bislang eine Umweltverträglichkeitsprüfung im Sinne der UVP-Richtlinie durchgeführt wurde. Dies gilt für die Tagebaue im Rheinischen Braunkohlenrevier (Garzweiler I/II, Hambach und Inden), die Tagebaue im Lausitzer Revier in Brandenburg (Jänschwalde, Welzow-Süd und Cottbus-Nord) wie in Sachsen (Nochten, Reichwalde) und auch die Tagebaue im Mitteldeutschen Revier (Vereinigtes Schleenhain, Profen und Amsdorf).

Diesen Tagebauen ist gemein, dass für diese

- ▶ bereits in den 70er bzw. 80er Jahren erste Genehmigungen zum Aufschluss der Abbaufelder ergangen und ausgenutzt wurden,
- ▶ jedoch vor dem 03.10.1990, dem 01.08.1990 und auch dem 03.07.1988 – als den maßgeblichen Daten für die Inkraftsetzung der Verpflichtungen aus der UVP-Richtlinie – keine Gesamtgenehmigung erteilt wurde, welche den Abbaubetrieb und dessen Fortentwicklung bis zum Auslauf freigegeben hätte und
- ▶ nach den genannten Daten jeweils neue Rahmenbetriebsplanzulassungen beantragt und auch erteilt wurden, ohne dass im Zulassungsverfahren eine UVP durchgeführt

²⁶² Gesetz zur Änderung des BBergG, BGBl. I, S. 215 (BergRändG).

²⁶³ Einigungsvertrag v. 31.08.1990 (BGBl II, 889 ff.), Anlage I Kapitel V Sachgebiet D Abschnitt III Nr. 1 Buchstabe b Doppelbuchst. bb.

wurde.

Umweltvereinigungen hatten gegen einzelne Rahmenbetriebsplanzulassungen zu den o.g. Tagebauen Verbandsklagen geführt und geltend gemacht, dass diese rechtswidrig seien, da die Zulassungsverfahren jeweils mit Umweltverträglichkeitsprüfung im Rahmen eines Planfeststellungsverfahrens hätten durchgeführt werden müssen, an welchem sie in besonderer Weise zu beteiligen gewesen wären.

Auf dem gerichtlichen Instanzenweg entschiedene Klagen wurden geführt:

- ▶ gegen die Zulassung des Rahmenbetriebsplans für die Fortführung des Tagebaus Jänschwalde 1993 bis Auslauf (Zulassungsantrag vom Dezember 1992, Zulassungsbescheid vom März 1994),
- ▶ gegen die Zulassung des Rahmenbetriebsplans für den Tagebau Cottbus-Nord 1993 bis Auslauf (Zulassungsantrag vom Dezember 1992, Zulassungsbescheid vom März 1994),
- ▶ gegen die Zulassung des Rahmenbetriebsplans für den Tagebau Hambach 1995 – 2020 (Zulassungsantrag vom Mai 1993, Zulassungsbescheid vom August 1995) und
- ▶ gegen die Zulassung des Rahmenbetriebsplans für den Tagebau Garzweiler II 2001 – 2045 (Zulassungsantrag vom August 1995, Zulassungsbescheid vom Dezember 1997).

Von den Umweltverbänden wurde jeweils geltend gemacht, dass sich die Übergangs- bzw. Überleitungsregelungen des Art. 2 S. 2 BergRÄndG bzw. des Einigungsvertrages jeweils nur auf aktuell im Zulassungsverfahren befindliche Abschnitte des Vorhabens der Weiterführung der Tagebaue erstrecke – und europarechtskonform auch nur auf solche erstrecken könne. Weder für die Tagebaue im Westen, noch die im Osten Deutschlands existierten – wenngleich aus unterschiedlichen Gründen – Bestands- und Vertrauensschutz vermittelnde Genehmigungen für die Weiterführung der jeweiligen Tagebaue, die über – im jeweiligen Einzelfall unterschiedliche – Daten Mitte der 90er Jahre hinausreichten. Die Gründe hierfür lägen in der jeweilig zu beachtenden Rechtslage des BBergG i.V.m. der Überleitungsvorschrift des BergRÄndG bzw. – betreffend die Tagebaue im Osten – der Bergbau-, Planungs- und Investitionsbestimmungen des Rechtsregimes der ehemaligen DDR i.V.m. den Bestimmungen des Einigungsvertrages. Sowohl Art. 2 S. 2 des BergRÄndG als auch die Bestimmungen in der Anlage zum Einigungsvertrag sollten – bzw. dürften in europarechtskonformer Auslegung – lediglich bereits in einem konkreten Verwaltungsverfahren befindliche Zulassungsanträge von einer (nachträglich) noch hinzukommenden Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung befreien. Aufgrund der Regelungen der seit August 1990 gültigen §§ 52 Abs. 2a, 57a ff. BBergG sei festgelegt, dass die seit Juli 1988 für großflächige Tagebaue obligatorische UVP im Verfahren auf Zulassung von Rahmenbetriebsplänen durchzuführen sei. Da die betreffenden Anträge auf Zulassung der jeweiligen für die Weiterführung der betreffenden Tagebaue erforderlichen Rahmenbetriebspläne aber erst im Dezember 1992 bzw. Mai 1993 bzw. August 1995 eingereicht wurden, war diesbzgl. mithin zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der §§ 52 Abs. 2a, 57a ff. BBergG – und erst Recht der UVP-Richtlinie (Juli 1988) – noch keine diesbzgl. Verfahren anhängig.

Die Verwaltungsgerichte haben die von den Behörden praktizierte Entbindung der Rahmenbetriebsplanzulassungsverfahren von der Pflicht zur Durchführung einer UVP und zur Antragsbescheidung im Ergebnis eines Planfeststellungsverfahrens gleichwohl bestätigt.²⁶⁴ Die Klagever-

²⁶⁴ Tagebau Jänschwalde: Urteil des VG Cottbus vom 17.12.1998 (5 K 482/94), Urteil des OVG Frankfurt (Oder) vom 28.06.2001 (4 A 115/99), Urteil des BVerwG vom 12.06.2002 (7 C 2.02);
Tagebau Cottbus-Nord: Urteil des OVG Frankfurt (Oder) vom 28.06.2001 (4 A 138/00) [mit welchem das der Klage stattgebende Urteil des VG Cottbus vom 14.04.2000 (3 K 1827/98) aufgehoben wurde], Urteil des BVerwG vom

fahren betreffend die Rahmenbetriebsplanzulassungsentscheidungen zu den Tagebauen Jänschwalde (1993-Auslauf), Cottbus-Nord (1993-Auslauf) und Hambach (1996-2020) wurden letztinstanzlich vom BVerwG entschieden. Laut der in den Revisionsurteilen des BVerwG vom 12.06.2002 betreffend die Rahmenbetriebsplanzulassungen für den Tagebau Jänschwalde bzw. den Tagebau Cottbus-Nord getroffenen Feststellungen, beziehe sich die in §§ 52 Abs. 2a, 57a ff. BBergG etablierte Pflicht zur Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens mit integrierter UVP (nur) auf „das Bergbauvorhaben als Ganzes und nicht gegenständlich oder zeitlich begrenzte Teilabschnitte [...] ist ein solches Gesamtvorhaben bei Einführung der Planfeststellungspflicht bereits teilweise ausgeführt worden, bedürfen auch die weiteren Abschnitte des Abbaus keiner Prüfung ihrer Umweltverträglichkeit in einem Planfeststellungsverfahren, solange sie sich im Rahmen dieses Vorhabens halten“.²⁶⁵ Im Beschluss auf Nichtzulassung der Revision betreffend die Zulassung des Rahmenbetriebsplans für den Tagebau Hambach (1996-2020) entschied das BVerwG entsprechendes in Bezug auf die Überleitungsregelung des BergRÄndG aus 1990.²⁶⁶ Im Ergebnis dieser Rechtsetzung in Deutschland bzw. deren Auslegung durch die deutschen Verwaltungsgerichte sind sämtliche heute noch aktiven Braunkohlentagebaue, die planmäßig noch bis in die 2020er, 2030er bzw. sogar 2040er Jahre weiterbetrieben werden sollen, von der Verpflichtung zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung freigestellt, obwohl für diese Tagebaue seit Inkrafttreten der Verpflichtungen aus der UVP-Richtlinie grundlegende (Rahmenbetriebsplan-)Zulassungsentscheidungen und daneben über eine Vielzahl weiterer, für die Durchführung des Tagebaus benötigter Genehmigungen entschieden werden musste und auch künftig noch weiterhin entschieden werden muss. Die Vereinbarkeit dieser Rechtslage in Deutschland ist vor dem Hintergrund von sich in anderweitigen Urteilen des EuGH befindlichen Hinweisen auf eine abweichende Sichtweise der Zulässigkeit bislang nicht dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt worden. Gegen das Unterlassen der Anrufung des EuGH erhobene Verfassungsbeschwerden²⁶⁷ wurden vom BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen.²⁶⁸

3.5.5.3 Planfeststellung für die Rahmenbetriebsplanzulassung

Beim bergrechtlichen Planfeststellungsverfahren, welches für die Zulassung eines Rahmenbetriebsplans durchzuführen ist, wenn ein Vorhaben einer UVP bedarf, gelten einige erhebliche Besonderheiten. Zwar finden durch den in § 52 Abs. 2a S. 1 BBergG enthaltenen Verweis auf den Begriff des Planfeststellungsverfahrens die im Verwaltungsverfahrenrecht enthaltenen Regelungen der §§ 72 ff.

12.06.2002 (7 C 3.02);

Tagebau Hambach: Urteil des VG Aachen vom 10.11.1999 (3 K 2040/96), Urteil des OVG Münster vom 17.12.2004 /21 A 102/00), Beschluss des BVerwG vom 17.12.2004 (21 A 102/00).

Tagebau Garzweiler II: Urteil des VG Aachen vom 10.12.2001 (9 K 2800/00), Urteil des OVG Münster vom 07.06.2005 (11 A 1193/02).

²⁶⁵ Urteile vom 12.06.2002 – 7 C 2/02 und 7 C 3/02 –, jeweils Rn. 12 [juris].

²⁶⁶ Beschluss vom 21.11.2005 – 7 B 26/05 – Rn. 19 [juris].

²⁶⁷ Unter Geltendmachung einer Verletzung des Rechts auf Entscheidung durch den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG).

²⁶⁸ BVerfG, Beschluss vom 11.06.2003 (1 BvR 1796/02) bzw. vom 18.04.2006 (1 BvR 160/06).

VwVfG Anwendung. Dies gilt allerdings nur soweit §§ 57a BBergG bzw. § 55 BBergG und ergänzend § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG keine abweichenden Regelungen enthalten. Hieraus resultiert nach der Kommentarliteratur²⁶⁹ und der Rechtsprechung des BVerwG,²⁷⁰ dass die Einführung des Planfeststellungsverfahrens in das Bergrecht nichts am Charakter der Rahmenbetriebsplanzulassung als gebundene Entscheidung geändert habe, die nicht durch planerische Abwägungs- oder Ermessensspielräume gekennzeichnet sei. Insofern wird in der Literatur geschlussfolgert, dass die „bergrechtliche Planfeststellung mit der Planfeststellung im Allgemeinen nicht viel zu tun [hat]“.²⁷¹ Für die bergrechtliche Planfeststellung gelten damit im Verhältnis zur Planfeststellung bei Infrastrukturvorhaben und anderen industriellen Genehmigungsverfahren maßgebliche Einschränkungen, insbesondere das Fehlen planerischer Abwägung.²⁷² Hierdurch wird die Berücksichtigung von Belangen, welche einem Bergbauvorhaben entgegenstehender – und so insbesondere auch umweltrechtlicher Belange – erschwert. Während ein Abwägungsvorgang im Rahmen eines Planfeststellungsbeschlusses normalerweise dadurch gekennzeichnet ist, dass der Genehmigungsbehörde eine planerische Gestaltungsfreiheit zukommt und sie das nach Lage der Dinge relevante Abwägungsmaterial ermitteln, bewerten sowie schließlich in die zu treffende Entscheidung einstellen muss,²⁷³ fehlt es an diesem Kern der Planfeststellung und anderweitigen Genehmigung von Großvorhaben bei der Betriebsplanzulassung gerade. Dies gilt auch dann, wenn die Zulassung eines Rahmenbetriebsplanes erforderlich ist, der in der Form eines Planfeststellungsbeschlusses nach § 52 Abs. 2a, § 57a ff. BBergG ergehen muss. Da die genannten Vorschriften - jenseits der Verwendung des Begriffs „Planfeststellung“ - keine Hinweise auf eine Änderung der bergbehördlichen Prüfung enthalten und der durch § 55 Abs. 1 S. 1 BBergG vermittelte gebundene Anspruch auf Zulassung („ist zu erteilen, wenn ...“) unverändert gültig sein soll, hat die Einführung des Planfeststellungsverfahrens in das Bergrecht gerade nicht zur Folge, dass die dem Bergbauvorhaben entgegenstehenden Belange, in anderer Weise als bisher, dem Antragsteller entgegengesetzt werden können. Zwar sind gemäß § 52 Abs. 2a S. 3 BBergG „Anforderungen eines vorsorgenden Umweltschutzes, die sich bei der Umweltverträglichkeitsprüfung ergeben und über die Zulassungsvoraussetzungen des § 55 sowie der auf das Vorhaben anwendbaren Vorschriften in anderen Gesetzen hinausgehen [...] öffentliche Interessen im Sinne des § 48 Abs. 2“. Da die Einführung des Planfeststellungsverfahrens in das BBergG allerdings gemäß der Rechtsprechung²⁷⁴ und der herrschenden Literatur²⁷⁵ nichts am Charakter des § 48 Abs. 2 BBergG als eine Ermächtigungsnorm für eine „nachvollziehende Abwägung“ geändert haben soll, bleibt es dabei, dass die Bergbehörden über die Betriebsplanzulassung nicht im Ergebnis einer planerischen Abwägung entscheiden. Z.T. wird eine Ausweitung der (dann echten) Planfeststellung auf das gesamte Betriebsplanverfahren, unabhängig von der UVP-Pflicht eines Vorhabens, befürwortet.²⁷⁶

²⁶⁹ Kühne, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Vor § 1 Rn. 76; Keienburg, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 57a Rn. 30; Ludwig, ZUR 2012, 150 (154) bezeichnet das bergrechtliche Planfeststellungsverfahren daher als bloßes Trägerverfahren.

²⁷⁰ BVerwG 15.12.2006, 7 C 1/06, BVerwGE 127, 259, 263 f. (Rn. 28).

²⁷¹ Sanden/Schomerus/Schulze, Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012, S. 223 mit Hinweis auf Frenz, Bergrecht und Nachhaltige Entwicklung, 2001, S. 82.

²⁷² Kühne, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Vor § 1 Rn. 76.

²⁷³ Lieber, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 1. Aufl. 2014, § 74, Rn. 50.

²⁷⁴ BVerwG 15.12.2006, 7 C 1/06, BVerwGE 127, 259, 263 f. (Rn. 28) und 7 C 6/06, BVerwGE 127, 272 Rn. 27; OVG Münster, 27.10.2005, 11 A 1715/04, ZfB 2006, 32, 49; OVG Saarlouis, 21.4.2004, 2 R 26/03, ZfB 2005, 294, 302 f.

²⁷⁵ Kühne, DVBl 2006, 662, 664 f.; Boldt/Weller, BBergG, Ergänzungsband zur 1. Aufl., § 57a Rn. 48, 50, 65; Beckmann, in: Hoppe/Beckmann, UVPg, § 18 Rn. 39; Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 48 Rn. 36.

²⁷⁶ Sanden/Schomerus/Schulze, Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012, S. 528 f.

Durch die Anwendbarkeit der Planfeststellungsvorschriften des allgemeinen Verwaltungsrechts (ggf. modifiziert durch § 57a BBergG) kommt allerdings die Konzentrationswirkung des Planfeststellungsbeschlusses nach § 75 Abs. 1 S. 1 VwVfG (sowie aus § 57a Abs. 4 BBergG und § 57b Abs. 3 BBergG) zum Tragen. Nach § 57a Abs. 5 BBergG bezieht diese sich nicht nur auf parallele Entscheidungen anderer Behörden, sondern auch auf nachfolgende Betriebsplanzulassungen, soweit die Einwendungsbefugnis betroffen ist (dazu unter 6).²⁷⁷ Dies schließt unter Umweltgesichtspunkten v.a. die Entscheidungen anderer Umweltbehörden auf Ebene der Rahmenbetriebsplanzulassung (auf der horizontalen Ebene²⁷⁸) aus, was aus Sicht des Umweltschutzes dann ein Nachteil ist, wenn die Umweltbelange dadurch an Durchschlagskraft verlieren würden, dass sie nur im Rahmen einer gebundenen, auf die Zulassung eines Bergbauvorhabens ausgerichteten, Entscheidungsmatrix und als un-spezifizierte „öffentliche Interessen“ Eingang finden und dabei planerisches Ermessen zur Versagung des Eingriffs verloren ginge.

Von der Konzentrationswirkung sind baurechtliche, immissionsschutzrechtliche, forstrechtliche und wasserrechtliche Genehmigungsentscheidungen, sowie naturschutzrechtliche Befreiungen oder Ausnahmen erfasst.²⁷⁹ Die Bergbehörde hat über die Zulässigkeit nach anderen Vorschriften nach den diesen Gebieten eigenen Grundsätzen zu entscheiden (vgl. § 57a Abs. 4 BBergG). Dies hat zur Folge, dass auch die UVP sowie die Öffentlichkeitsbeteiligung in einem Verfahren abgehandelt werden.

Gleiches gilt für die Behördenbeteiligung. Ist nach den Fachgesetzen die Beteiligung anderer Behörden vorgesehen, so sind diese an eine einmal gegebene Einschätzung im Rahmenbetriebsplanverfahren auch in nachfolgenden Haupt-, Sonder- und Abschlussbetriebsplanzulassungen gebunden (sog. „vertikale Konzentrationswirkung“²⁸⁰ nach § 57a Abs. 5 BBergG).²⁸¹ Dies hat die zweifelhafte Folge, dass der bezüglich der Entscheidungen anderer Umweltbehörden ein größerer Mitwirkungs- und Einmischungsspielraum bei kleineren Bergbauprojekten besteht, die im fakultativen Rahmenbetriebsplanverfahren oder nur im Haupt- oder Sonderbetriebsplanverfahren entschieden werden.²⁸² Gerade bei umfangreichen Bergbauprojekten kann jedoch die fachliche Expertise der Umweltbehörden bzgl. der Umweltauswirkungen von so großer Bedeutung sein, dass sie gesetzlich berücksichtigt werden sollten.

Eine Ausnahme von der Konzentrationswirkung besteht zumindest bzgl. der Entscheidungskonzentration²⁸³ bzgl. der wasserrechtlichen Bewilligung im Rahmen einer obligatorischen Rahmenbetriebsplanzulassung. Für sie bedarf es eines eigenständigen wasserrechtlichen Entscheidungsteils in der Betriebsplanzulassung nach § 19 Abs. 1 WHG.²⁸⁴ Zumindest verhindert dies eine konkludente Mitentscheidung über wasserrechtliche Belange in der Betriebsplanzulassung.

Auch notwendige Folgemaßnahmen des Vorhabens sind gemäß § 75 Abs. 1 S. 1 VwVfG von der Planfeststellungspflicht miterfasst, unabhängig vom Planfeststellungsantrag, es sei denn es handelt sich um ihrerseits planfeststellungsbedürftige Vorhaben (§ 57b Abs. 3 S. 3 BBergG).

²⁷⁷ Ludwig, ZUR 2012, 150 (154).

²⁷⁸ Ludwig, ZUR 2012, 150 (154).

²⁷⁹ Keienburg, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 57a Rn. 42.

²⁸⁰ Ludwig, ZUR 2012, 150 (154f.).

²⁸¹ Für die Beteiligung der Wasserbehörden von Mäßenhausen, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang § 48 Rn. 196.

²⁸² So auch Ludwig, ZUR 2012, 150 (155).

²⁸³ Dazu Czychowski/Reinhardt, WHG, 11. Aufl. 2014, § 19 Rn. 5.

²⁸⁴ Vgl. Ludwig, ZUR 2012, 150 (154).

Die nach § 5 BBergG i.V.m. § 73 VwVfG erforderliche umfassende Öffentlichkeitsbeteiligung enthält auch die Anhörung der in ihrem Aufgabenbereich betroffenen Behörden (§ 73 Abs. 2 VwVfG).

Nach § 57a Abs. 4 BBergG ist die Entscheidung über die Planfeststellung hinsichtlich der konzentrierten Entscheidungen nach Maßgabe der einschlägigen umweltrechtlichen Vorschriften zu treffen.

Unumkehrbare Umweltauswirkungen spielen weiterhin bei der Zulassung des vorzeitigen Beginns nach § 57b Abs. 1 Nr. 2 BBergG eine Rolle bei der Beurteilung der Behörde.

3.5.5.4 Prüfumfang und Berücksichtigung der Ergebnisse in der Zulassung

Im Rahmen der UVP werden insbesondere die zu erwartenden erheblichen Umweltauswirkungen einer Prüfung zugeführt (vgl. § 57a Abs. 1, 2 BBergG). Zur Bestimmung des Prüfumfanges werden nach §§ 57a Abs. 1 BBergG i.V.m. § 15 UVPG andere Behörden, Sachverständige oder Dritte hinzugezogen. Für die Prüfung sind v.a. Informationen zu den Emissionen und Reststoffen, sowie zu den Auswirkungen auf die verschiedenen Umweltmedien (unter anderem Boden, Wasser, Luft, vgl. § 57a Abs. 2 S. 2 BBergG i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UVP-V Bergbau) beizubringen.

Weiterhin prüft die Bergbehörde die Vereinbarkeit des Vorhabens mit umweltrechtlichen Vorschriften, nach § 52 Abs. 2a S. 2 BBergG. Durch den unmittelbaren Verweis des § 57a Abs. 1 S. 4 BBergG auf §§ 15 bis 27, 31 UVPG kommt es zu einer Berücksichtigung der Umweltbelange nach dem UVPG; insbesondere im Sinne der Berichtspflichten des § 16 UVPG. Sie werden rechtstechnisch den öffentlichen Belangen in § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG gleichgesetzt. Praktische Relevanz soll dies jedoch nicht entfalten und auch nicht zu einer Formulierung von höheren Anforderungen an die Abwägung der Vorhabenauswirkungen mit Umweltauswirkungen führen.²⁸⁵

Das Gesetz zur Modernisierung des Rechts der Umweltverträglichkeitsprüfung 2017²⁸⁶ hat einige Unzulänglichkeiten in der Anwendung des UVPG im Anwendungsbereich des BBergG beseitigt. So wird durch den neu gefassten § 57a Abs. 1 S. 4 BBergG auf die Verfahrensschritte der Umweltverträglichkeitsprüfung aus Teil 2 Abschnitt 2 und 3 in Verbindung mit Anlage 4 des UVPG (§§ 15-27, 31 i.V.m. Anlage 4 UVPG) verwiesen und den dort enthaltenen Vorgaben damit unmittelbare Geltung verschafft. Bislang galten für das UVP-Verfahren nach BBergG grundsätzlich die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes ergänzt durch die besonderen Vorschriften des BBergG. Da es an einer entsprechenden Anreicherung der Voraussetzungen für die Zulassung eines Betriebsplanes mangelte, erfuhren solchermaßen unspezifizierte Umweltbelange und allgemeine Zielvorstellungen, die nicht mit konkreten, materiellen Rechtsvorgaben verknüpft waren, im Rechtsregime der gebundenen Entscheidung keine Durchsetzung.

Die Novellierung führt jedoch nicht dazu, dass damit die spezifischen Vorgaben des BBergG keine Anwendung finden. Vielmehr finden diese nunmehr als besondere Verfahrensvorschriften über § 51 UVPG (§ 18 UVPG a.F.) ergänzend Anwendung und konkretisieren diese. Soweit das BBergG und das UVPG keine Regelungen treffen, gelten weiterhin die Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes bzw. der jeweiligen Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder (z.B. § 75 Abs. 1a VwVfG).²⁸⁷

Im Ergebnis sind für zukünftige UVP-Prüfungen weiterhin die §§ 57a ff. BBergG in Verbindung mit den Regelungen der Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung bergbaulicher Vorhaben (UVP-V Bergbau) maßgeblich.

²⁸⁵ Von Hammerstein, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 52 Rn. 81.

²⁸⁶ Gesetz vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2808).

²⁸⁷ BT-Drs. 18/11499 S. 117 ff. <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/114/1811499.pdf>.

Durch die Integration der §§ 15 bis 27 UVPG gemäß dem novellierten § 57a S. 3 BBergG wird ein erweiterter Katalog an Berichts- und Darlegungspflichten (§ 16 UVPG) und eine den allgemeinen Vorgaben des UVPG entsprechende Pflicht zur Bewertung (§ 25 UVPG) in die Planfeststellung nach § 52 Abs. 2a BBergG aufgenommen. Im nunmehr explizit geregelten Fall, dass das betreffende Vorhaben geeignet ist, ein Natura 2000-Gebiet zu beeinträchtigen, wird des Weiteren die Verträglichkeitsprüfung nach § 34 Abs. 1 BNatSchG vorgeschrieben. Ab welchem Intensitätsgrad Umweltauswirkungen als erheblich zu gelten haben und welche Konsequenzen sich aus einer solchen Bewertung ergeben, lässt das BBergG trotz dieses umfassender geregelten Prüfprogramms aber weiterhin offen. Sofern man einen diesbezüglichen Gewichtung- und Entscheidungsauftrag nicht von § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG umfasst sieht, fehlt dieser im Rechtsregime des Betriebsplanzulassungsrechts vielmehr vollständig. Die bergrechtliche Planfeststellung „krank“ – jedenfalls aus Sicht einer stärkeren Berücksichtigung von Umweltbelangen im Rahmen der Zulassungsentscheidung – insofern daran, dass der Bergbehörde gerade kein planerisches Ermessen zukommen soll, sondern bei Vorliegen der vorgegebenen Voraussetzungen die Zulassung zu erteilen hat.

Ergebnisse der Interviews zu Umweltbelangen im Betriebsplanverfahren

Zentrale Aussagen der Vorhabenträger zu Umweltbelangen im Betriebsplanverfahren

Die Vorhabenträger vertreten überwiegend die Auffassung, dass Umweltbelange im Betriebsplanverfahren in ausreichendem Maß berücksichtigt werden. Diese spielten praktisch eine große Rolle.

- **V1:** Die Annahme eines Automatismus im Verhältnis zwischen Bergbauberechtigung und dem Betriebsplanverfahren könne nicht bestätigt werden: Vielmehr sei aufgrund der veränderten Rechtsprechung zur Berücksichtigung von Umweltbelangen selbst bei schon zugelassenen Rahmenbetriebsplänen mit Bezug auf diese Belange eine Dimension beim Prüfprogramm erreicht, bei der von einem solchen Automatismus nicht mehr gesprochen werden könne.
- **V4:** Umweltbelange würden sehr intensiv berücksichtigt. Abgesehen von der Zulassungsvoraussetzung zur Abfallverwertung (vgl. § 55 Abs. 1 Nr. 6 BBergG) würden die Umweltbelange über § 55 Abs. 1 Nr. 9 BBergG (als gemeinschädliche Einwirkungen) einbezogen sowie über § 48 Abs. 2 BBergG. Gerade über § 48 Abs. 2 BBergG spielten sie eine erhebliche Rolle im Betriebsplanverfahren neben den im BBergG vorgesehenen Voraussetzungen. Da außer im Planfeststellungsverfahren keine Konzentrationswirkung gegeben sei, müssten ggf. andere Genehmigungen eingeholt werden. Wo keine solchen fachrechtlichen Verfahren vorgesehen seien, würden gesetzliche Voraussetzungen über § 48 Abs. 2 BBergG geprüft, so als sei das entsprechende Gesetz ohne Sonderregeln anwendbar.
- **V4:** Im Hinblick auf die Erforderlichkeit von Sonderbetriebsplänen sei festzustellen, dass im Gesetz stehe, dass die Bergbehörde einen Sonderbetriebsplan fordern, aber auch das Unternehmen einen solchen freiwillig vorlegen könne. Das Gesetz gehe von der Regel des Hauptbetriebsplans aus. Manche Vorhaben seien aber so komplex, dass man mit dem 3-jährigen Hauptbetriebsplan nicht alles sinnvoll abbilden könne. Bergwerke seien nicht statisch, sodass immer neue Aspekte behandelt werden müssten. Dem trage das Instrument des Sonderbetriebsplans Rechnung (anders z.B. bei einem Kraftwerk, das dann über einen langen Zeitraum so betrieben werden könne wie in der Genehmigung vorgesehen).
- **V (Braunkohle):** Besonderheiten bestünden hinsichtlich des Braunkohlenplanverfahrens: Hier bestehe ein dem gestuften Zulassungsverfahren des Bergrechtssystems übergeordnetes Planverfahren, das aber aus Sicht der Vorhabenträger alle Umweltthemen vollständig abhandle. Diese Verfahren dauerten 8 bis 10 Jahre, ein Großteil davon betreffe die Bestandsaufnahme. Das Braunkohlenplanverfahren sei das zentrale Element zur Bedarfsfestlegung und Abbaugrenzen im Hinblick auf wirtschaftliche und energiepolitische Notwendigkeit. Alle Belange würden in einer Planung zusammengeführt.
 - Das Verfahren zur Entwicklung des Braunkohlenplans werde auf den Antrag bzw. die Anregung des

Vorhabenträgers dahingehend angestoßen, ein Braunkohlenegebiet auszuweisen. Dann gehe die Vorhabeninformation an den Braunkohlenausschuss. Nach der Vorhabeninformation finde ein Scopingverfahren statt, in dem der Untersuchungsumfang festgelegt werde; der Vorhabenträger arbeite diesen sodann ab. Der Vorhabenträger müsse dabei sämtliche Angaben für die Umweltprüfung sowie technische Details liefern.

- Zum Verhältnis Braunkohlenplanverfahren – Prüfprogramm Betriebsplanzulassung sei festzustellen, dass die Bergbehörden vor dem Garzweiler-Urteil des BVerfG diese übergeordneten Themen (im Zusammenhang mit dem Braunkohleplan), noch einmal geprüft hätten, aber weniger ausführlich in einer eigenen Entscheidung nachvollzogen hätten. Durch die Rechtsprechung des BVerfG sei eine Änderung dahingehend, dass ein Verweis auf das Braunkohlenplanverfahren nicht mehr möglich sei. Die Bergbehörde müsse demnach nun selbst noch einmal eine Gesamtabwägung vornehmen. Auch hier erfolge eine Beteiligung der Öffentlichkeit. Seit 2013 müsse also die Bergbehörde nachvollziehen. Dann erfolge im Rahmenbetriebsplanverfahren noch einmal eine Beteiligung. Aufgrund der zeitlichen Nähe sei es bei direkt nachfolgenden Rahmenbetriebsplänen dann so, dass Bewertungen übernommen würden (sofern die Daten noch aktuell seien). Konkretes Beispiel für diese zeitliche Nähe seien Rahmenbetriebspläne, die kurz nach Braunkohlenplan aufgestellt würden. Demgegenüber sei zum Tagebau X vor vielen Jahrzehnten ein Braunkohlenplan genehmigt worden; nachfolgend seien gestuft mehrere Rahmenbetriebspläne zugelassen worden – der aktuelle Rahmenbetriebsplan 25 Jahre nach dem Braunkohlenplan. Dieses Verfahren habe aufgrund der aus der Garzweiler-II-Rechtsprechung zu ziehenden Schlussfolgerungen dazu geführt, dass die Behörde sämtliche Fragen noch einmal zu prüfen und zu entscheiden gehabt habe. Das Zulassungsverfahren für den aktuellen Rahmenbetriebsplan habe 3 ½ Jahre gedauert. Neueste Rechtsprechung und Prüfungsmaßstäbe wurden dort erstmalig angewendet (z.B. FFH-Anforderungen der EU). Die Bergbehörde habe den aktuellen Zustand und die aktuelle rechtliche Situation nachvollziehen müssen.
- V6: Über § 55 BBergG seien v.a. auch Emissionen und Immissionen, z.B. auch durch den An- und Abfahrverkehr, oder die Wiedernutzbarmachung etc. praktisch relevant. Darüber hinaus werden sonstige öffentliche Belange (v.a. Naturschutzregelungen) und Umweltbelange bei einem Antrag sehr ausführlich durchgeprüft (Beschreibung durch Projektingenieure etc., dann Durchprüfung anhand der Tatbestandsvoraussetzungen).
- VA/VB/VC/VD: Bereits jetzt spielten Umweltbelange eine wesentliche Rolle auf dem Weg zur Genehmigung. Wichtiger sei es jedoch den Umwelt- und Naturschutz während der Abbauphase zu stärken. Hier gebe es Defizite, die ihre Ursache z.B. im Naturschutzrecht hätten. Vorhabenträger hielten lieber ihre Abbauflächen „sauber“, um nicht später in Konflikt mit dem Naturschutzrecht zu kommen. Die durch die Instrumente geschaffenen Anreize liefen derzeit in die falsche Richtung. Beispielsweise sei es aus Umweltsicht ratsam, größere Vorhabenflächen vorzusehen als es aktuell der Fall ist, die flexibler auch im Hinblick auf den Naturschutz genutzt werden könnten (z.B. durch auch naturschutzfachliche Zwischennutzungen und selektiven Abbau). Dies hätte auch darüber hinaus positive Effekte auf die Biodiversität (z.B. Herausnahme aus landwirtschaftlicher Nutzung inkl. Düngung etc.). Im Sinne des Naturschutzes gehe es nicht unbedingt, im Sinne von Suffizienz, darum, dass weniger abgebaut werde, da der Abbau (von Grundeigentümergebieten) aus Naturschutzsicht durchaus positive Effekte haben könne.
- V2: Ein Schwerpunkt der zu prüfenden Umweltbelange liege im Gewässerschutz (durch die Fracking-Gesetzgebung sei eine Aufwertung erfolgt), zudem im Bodenschutz und Immissionschutz. Allerdings werde hinsichtlich der relevanten Umweltbelange nach dem jeweils geförderten Rohstoff unterschieden: So seien Naturschutzbelange zumindest in Bohrlochverfahren weniger relevant, auch da die Vorhaben nicht großflächig seien und zusätzlich oft begrünt würden. Neue Technologien ermöglichten es dabei auch, von einer alten Bohrstätte auch andere Lagerstätten anzubohren, sodass dann aus Naturschutzsicht keine neue Bohrstätte genehmigt werden müsse.

- **V (Kali/Salz):** Besondere Umweltinanspruchnahme bestehe durch Rückstandshalden beim Kalibergbau: Neben der bergbaulichen Tätigkeit selbst, falle Steinsalz in erheblicher Menge an, das in Rückstandshalden aufgehaldet wird. Hier bestehe bereits ab 10 ha nach § 1 Nr. 3 UVP-V Bergbau eine UVP-Pflicht. Rückstandshalden hätten darüber hinaus erhebliche Umweltauswirkungen, so dass sie auch über § 52 Abs. 2 c BBergG bei der Änderung UVP-pflichtig seien. Bei der Zulassung spiele insbes. § 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 (Abfall) i.V.m. § 22a Allgemeine Bundesbergverordnung (ABBergV)²⁸⁸ (Vermeidungs- und Minimierungsverbot) eine Rolle, die bei Rückstandshalden zu beachten seien. Schließlich bestehe auch über § 48 Abs. 2 S. 1 ein „Einfallstor“ für sämtliche Umweltrechtsgesetze, etwa für das Wasserrecht sowie das Natur- und Artenschutzrecht. Umweltschäden, die hier angesprochen würden, seien technisch unvermeidbare Schäden, die in den Antragsunterlagen als solche nachgewiesen werden müssten. Gleichwohl gingen z.B. von Rückstandshalden erhebliche Umwelteinwirkungen aus (Restinfiltration etc.). Die Einwirkungen seien – wenn möglich – durch Umstellung auf neueste Verfahren zu verringern.
- **V3:** Zu Versagungen oder Beschränkungen hätten Umweltbelange bislang allerdings nicht geführt, ebenfalls nicht zur Verkleinerung von Abbauvorhaben, aber zu Verzögerungen, die sich wirtschaftlich / faktisch genauso auswirken könnten.
- **V4:** Versagungen oder Beschränkungen aufgrund von Umweltbelangen stünden zwar permanent im Raum, Abbauprogramm werde ständig unter Umweltgesichtspunkten angepasst und es gebe eine fortlaufende Berücksichtigung von Umweltbelangen. Dies spiegelt sich in der Praxis nicht über die Änderung oder Versagung von Betriebsplanzulassungen wieder, weil in der Regel das, was unter Umweltgesichtspunkten nicht abgebaut werden solle, erst gar nicht die Planung eingestellt werde. D.h. Umweltbelange spielten v.a. bei Planung des Projekts eine Rolle, nicht erst im Genehmigungsverfahren; es würden keine Projekte geplant, die unter Umweltgesichtspunkten nicht genehmigungsfähig seien, denn dazu würden ja auch vorab Gespräche mit Behörden stattfinden.
- **V5:** Zur Prüfung von Alternativstandorten sei zu sagen, dass solche von den Vorhabenträgern selbst im Vorfeld geprüft würden, wenn alternative Möglichkeiten vorhanden sind, v.a. in Bezug auf die Konfliktträchtigkeit eines Vorhabens (Vorhabenträger seien hier aber auch trotz der technischen Möglichkeiten nicht völlig frei, es bestünden v.a. auch finanzielle Grenzen). Es sei aber noch nie vorgekommen, dass eine Alternativenprüfung durch die Bergbehörde erfolgte, insbesondere da im bergrechtlichen Zulassungsverfahren nachgewiesen werden müsse, dass Zugriff auf Grund und Boden besteht (z.B. durch bereits abgeschlossene Verträge etc.).
- **V5:** Bezüglich der UVP sei es für den E&P-Bereich von Relevanz, dass der Katalog der UVP-pflichtigen oder UVP-vorprüfungspflichtigen Vorhaben ausgeweitet worden sei, daher spielten Umweltbelange eine immer größere Rolle.

Zentrale Aussagen der Umweltseite zu Umweltbelangen im Betriebsplanverfahren

Hinsichtlich der Einschätzung der Situation bei der Berücksichtigung von Umweltbelangen im Betriebsplanverfahren durch die Umweltverbände ergibt sich ein differenziertes Bild:

- So wird etwa festgestellt, dass es im Allgemeinen problematisch sei, dass bei älteren Betriebsplänen keine Korrektur bzgl. erkannter Umwelteinwirkungen vorgenommen werde. (UV9/UV4:) Insbesondere mit Blick auf die Genehmigungsgrundlagen scheine der Gewässerschutz (Einleitung von Schadwasser, Beeinflussung von Grundwasserleitern) noch die relativ beste Berücksichtigung zu finden. (UV2:) In wasserrechtlichen Verfahren erscheine das Ergebnis am offensten und die Berücksichtigung daher noch am

²⁸⁸ Allgemeine Bundesbergverordnung vom 23. Oktober 1995 (BGBl. I S. 1466), die zuletzt durch Artikel 4 der Verordnung vom 18. Oktober 2017 (BGBl. I S. 3584) geändert worden ist.

ehesten gegeben. (UV1:) Es sei jedoch eine Illusion, die Bedenken nur über das wasserrechtliche Verfahren geltend zu machen, dies sei bei Garzweiler z.B. gescheitert, da hier über die bergrechtliche Zulassung schon zuvor Fakten geschaffen wurden.

- UV3: Der Ressourcenschutz sei von den Behörden nie richtig als Umweltbelang aufgenommen worden; und soweit dies (etwa auf Ministeriumsebene) doch einmal erfolgt ist, dann nur unter dem Aspekt der Sicherung von Vorkommen für die Zukunft. (UV4:) Der Umstand, dass der Ressourcenschutz in den Verfahren so wenig Berücksichtigung finde, hänge auch damit zusammen, dass der Ressourcenschutz im Gegensatz zum Gewässerschutz unzureichend rechtlich verankert sei. Oft werde das Argument vorgebracht, dass der Ressourcenschutz über den Lagerstättenschutz ausreichend abgedeckt sei (z.B. von Vertretern der Bergbauindustrie/Bergbehörden); dies seien aber Einzelmeinungen und es sei tatsächlich nicht so, dass es strikt gehandhabt werde).
- UV1: Im Übrigen sei das Verhältnis von Bergrecht insbesondere zu Naturschutzrecht nicht klar, insbesondere für juristische Laien völlig undurchsichtig. Die Vorgaben des Immissionsschutzes etwa sei hingegen viel klarer und von außen zu durchschauen.
- UV7: Vielfach „klapperten“ die Behörden allerdings lediglich Umweltbelange ab und kämen dann zu dem Ergebnis, dass der Plan zugelassen werde. Es sei dann zwar ersichtlich, welche Themenbereiche geprüft würden, es fände eine rechtliche Einordnung statt, d.h. z.B. Aussagen zu Abfall, Immissionsschutz, z.T. auch eine UVP, dies erfolge aber sehr oberflächlich (z.B. bei Anlagen mit Emissionen keine Massenströme, keine Angaben zu bestimmten Stoffen), sowohl materiell wie hinsichtlich der rechtlichen Einordnung. (UV6:) Es werde nur zusammengefasst, dass keine öffentlichen Belange entgegenstünden. Das Bergamt prüfe etwa vorrangig Fragen der Grundwasserabsenkungen für die Baugrube. Dabei müssten auch andere Sachen abgeprüft werden die z.T. sehr abenteuerlich gehandhabt würden (z.B. wie dicht ist die Bohrlochzementierung im Hinblick auf wassergefährdende Stoffe). Auch der obertägige Umgang mit Stoffen auf dem Bohrplatz werde z.T. abgehandelt, aber auch dort sei der Umgang mit Rückhaltemöglichkeiten sehr abenteuerlich. Ein landschaftspflegerischer Begleitplan o.ä. werde evtl. vorgelegt, eine Auseinandersetzung damit sei aber nicht erlebt worden. Es sei auch schon vorgekommen, dass man einen Bohrplatz direkt im Grenzgebiet zum Vogelschutzgebiet eingerichtet habe, ohne dass ein Beeinträchtigungspotenzial gesehen worden sei.
- Andere Verbändevertreter sehen dagegen, dass auch Aspekte von Flora und Fauna (FFH, Habitatschutzrecht; abbaubedingte Eingriffe) dagegen sehr ausführlich begutachtet werden. (UV10:) Hingegen würden Auswirkungen auf Wasser, Mensch und Natur nur rudimentär diskutiert und wenig berücksichtigt. Bspw. würden Umwelteinflüsse auf den Mensch/Gesundheit erst jetzt diskutiert. Auch die Probleme mit dem Grundwasser seien lange nicht ernstgenommen worden. Schon in den 1950er Jahren seien Prognosen dargestellt worden, ohne auf Umweltbelange zu achten. Alle hätten bewusst nicht darüber diskutiert, weil der Betriebsplan dann nicht genehmigungsfähig gewesen wäre. Wenn die Vorgehen dem heutigen Standard entsprochen hätte, wären einige Zulassungen gar nicht erteilt worden (Gewicht der Ewigkeitskosten, usw.). Er frage sich, ob die Bergbehörden wirklich so unabhängig und zielgerichtet seien
- UV1: Mit Blick auf die Situation in NRW sei festzustellen, dass es ein katastrophales Defizit bzgl. der Einbeziehung von Umweltbelangen gebe. Dies liege daran, dass es keine Vorgaben zum Prüfprogramm gebe (dahingehend, was zu prüfen sei) und keine Abwägung vorgesehen sei. Dies gelte sowohl für § 48 Abs. 2 BBergG als auch für § 55 BBergG. Einen Katalog an umweltbezogenen Genehmigungsvoraussetzungen, der alle UVP-Schutzgüter im Betriebsplanverfahren erfasse, gebe es ja nicht. UV3: Allgemein sei es so, dass bei den Bergbehörden ein Wandel in der Denkweise stattgefunden habe, so dass gelegentlich Argumente der Initiativen und die Abwägung ernstgenommen würden. Insbesondere werde nunmehr erkannt, dass europarechtliche Vorgaben zu beachten seien (z.B. hinsichtlich der Frage der FFH-Gebiete und Verschlechterungsverbot: hier habe eine erteilte Bergbauberechtigung in der Nähe eines FFH-Gebietes versagt werden müssen).

- **UV2:**Hinsichtlich des Braunkohletagebaus in der Lausitz wird angeführt, dass die meisten Rahmenbetriebspläne aus den 90ern stammten und deren Zulassung und ohne UVP erteilt worden seien.²⁸⁹
- **UV1:** Für mehrere Braunkohlentagebaue seien zudem Rahmenbetriebspläne vor Umsetzung UVP-Richtlinie in deutsches Recht für einen Zeitraum von 50 Jahren genehmigt worden. Dies sei offenkundig geschehen, um die als Bedrohung empfundene UVP-Pflichtigkeit zu umgehen; seinerzeit sei ein Rahmenbetriebsplan bis dahin eigentlich stets nur für max. 20 Jahre aufgestellt worden.
- **UV1:** Ein vor Jahrzehnten genehmigter Braunkohlenplan habe bzgl. der Umwelteinwirkungen nur sehr rudimentäre Regelungen enthalten. Umweltbelange hätten damals keine Rolle für die Prüfung gespielt und hätten auch später nicht eingebracht werden können, da immer auf die vorherige Prüfung verwiesen worden sei.
- **UV2:** Für aktuell in der Planung befindliche Weiterführungen von Tagebauen in der Lausitz sei nun zum ersten Mal ein Rahmenbetriebsplanverfahren mit UVP begonnen worden. Es sei allerdings unklar, ob die Planung fortgesetzt werde. Da bislang für noch keinen Braunkohlentagebau ein Rahmenbetriebsplanzulassungsverfahren mit UVP zum Abschluss gebracht worden sei, sei noch keine Beurteilung möglich, ob die Durchführung einer UVP zu einer besseren Berücksichtigung von Umweltbelangen im Rahmenbetriebsplanverfahren führe.
- **V5:** Für unkonventionelles Fracking bestünden bisher keine Betriebsplanzulassungen. Was jetzt aufgrund der neuen Gesetzeslage auftrete sei, dass Erdgasförderung erhöht werden solle durch Aufrüstung der oberirdischen Anlagen; hierbei handele es sich ggf. um „hydraulische Stimulation“ („Pseudo-Fracking“). Entscheidend sei, was in den Betriebsplänen stehe.
- **UV1/UV2:** Es sei ein großes, übergeordnetes Problem, dass Umweltverbände keine Einsicht in die Betriebspläne erhielten. Dies gelte für jeden Betriebspläne soweit über die Zulassung nicht in einem Verfahren mit UVPentschieden werde – mithin bislang de facto für alle. Einsicht in Hauptbetriebspläne erlange man erst im Rahmen eines Gerichtsverfahrens. Die Intransparenz führe dazu, dass sehr frühzeitig Fakten geschaffen würden. Dort wo kein Planfeststellungsverfahren durchgeführt worden sei, seien sehr zerstückelte naturschutzrechtliche Verfahren betrieben worden (z.B. vereinzelt Ausnahmeanträge für einzelne Arten o.ä.). Lediglich ein wasserrechtliches Verfahren zur Beseitigung von Teichen sei gebündelt (fachgesetzübergreifend) durchgeführt worden. Auch in diesem Verfahren seien Naturschutzaspekte aber nicht mit den diesen zukommenden Stellenwert einbezogen worden. Dies sei nur und erst geschehen, als die EU-Kommission bzgl. der FFH-Gebietsproblematik einbezogen und um Stellungnahme gebeten worden sei – und auch insofern sei keine Diskussion über das „Ob“ geführt worden sondern nur über die Kompensation. Die Vielzahl und die Intransparenz der Entscheidungen verschlimmere die Situation für die Umweltverbände zusätzlich. Intransparenz führe dazu, dass sehr frühzeitig Fakten geschaffen würden (So sei bei einem Tagebau der Widerstand im wasserrechtlichen Verfahren aufgrund der vorher bereits ergangenen bergrechtlichen Entscheidung gescheitert, die seinerzeit als die Entscheidung in anderen Verfahren de facto „determinierend“ bewertet worden sei). Auch eine fehlende Einbeziehung der Umweltverbände – aufgrund ursprünglichen Grundgedanken der Braunkohleplanung – sei zu kritisieren, beispielsweise sei in NRW die Braunkohlenplanung ursprünglich dazu gedacht gewesen, dass Hauptbetroffene (Landwirte) und funktionale Planungsträger zusammengetrommelt würden und das Verfahren abgehandelt worden sei, ohne Beteiligung der Umweltverbände.
- **UV1/UV2:** Man schätze die Lage so ein, dass Stellenwert und Berücksichtigung von Umweltbelangen der

²⁸⁹ Das BVerwG hat für Rahmenbetriebsplan-Zulassungen, die für „Ost-Tagebaue“ nach 1990 beantragt wurden (bei zu DDR-Zeiten begonnenen Tagebauvorhaben), entschieden, dass ein Planfeststellungsverfahren mit Umweltverträglichkeitsprüfung entbehrlich sei, BVerwG, Urteil vom 12. Juni 2002 – 7 C 2/02 sowie 7 C 3/02 –, juris.

politischen Entscheidung für einen Tagebau untergeordnet würden. D.h. die Zulassung sei keine Frage des „Ob“, vielmehr würden nur die Kompensationsmöglichkeiten verhandelt.

- UV10: Die Verquickung von politischem und betrieblichem Willen habe in der Vergangenheit für massive Fehlentwicklungen gesorgt. Es sei ein riesiges Experiment mit dem großflächigen Tieftagebau gewesen. Keiner habe gewusst, wie sich das auf die Oberfläche auswirke. Es habe keine Erfahrungen mit solchen Tiefen geben: Niemand habe genauer Bescheid gewusst, wie sich das mit dem Wasserhaushalt verhalte oder mit den Absenkungen der Erdoberfläche. Man habe es nicht für möglich gehalten, dass sich der Boden 5,50 Meter absenke.
- UV10: Für die Hälfte der Fragen habe man damals keine Antworten gehabt. Jetzt erst – nach Jahrzehnten – mache man sich Gedanken, was passiere, wenn das Grundwasser wieder ansteige: wer bezahle die Kosten? Lasse man die Orte „absaufen“ oder solle die Gemeinde bezahlen? Das hätte in Betriebsplanverfahren schon längst Thema sein müssen.

Zentrale Aussagen der Behörden zu Umweltbelangen im Betriebsplanverfahren

- B1: Umweltbelange müssten eigentlich bei jeder Betriebsplanzulassung geprüft werden. Beim obligatorischen Rahmenbetriebsplan mit UVP finde die umfangreichste Prüfung statt, an deren Ergebnis sich dann alle anderen Betriebsplanverfahren (Hauptbetriebsplanzulassung, Sonderbetriebsplanzulassung, wenn auch zu technischen Einzelfragen) orientieren müssten. Das Gleiche gelte für den fakultativen Rahmenbetriebsplan. Wenn gar kein Rahmenbetriebsplan existiere, dann im Hauptbetriebsplan. Wenn sich die Rahmenbetriebsplanzulassung zu bestimmten Umweltbelangen verhalte, dann habe sich die Hauptbetriebsplanzulassung dazu eigentlich nicht noch einmal zu verhalten, denn dort werde geprüft, ob das, was bereits Gegenstand des Rahmenbetriebsplans gewesen sei, noch das sei, was jetzt durchgeführt werden solle. Dies gelte aber nur, soweit die jeweilige Problematik im Rahmenbetriebsplanzulassungsverfahren auch schon bekannt gewesen und geprüft worden sei. Es gehe bei der Betriebsplanzulassung auch um sehr praktische Dinge, wie z.B. temporäre Biotope. Es müsse dann geprüft werden, wie im weiteren Vorhaben diese Sachen berücksichtigt würden (z.B. Umsetzung einer Art). Dann werde geprüft, ob das, was Gegenstand des Rahmenbetriebsplans gewesen sei, noch das sei, was jetzt durchgeführt werden solle. Hier finde auch eine Behördenbeteiligung statt, wenn auch kein komplett neues Aufrollen. Insbesondere flössen veränderte Umstände/neue Erkenntnisse (die z.B. über Monitoring, Beobachtung etc. bekannt geworden seien) ein und Umweltbehörden würden bei Hauptbetriebsplanzulassung beteiligt.
- B1: Zur Präjudizwirkung von Betriebsplanzulassungen in Bezug auf gewisse, erst später sich einstellende Änderungen sei folgendes zu sagen: Wenn eine Betriebsplanzulassung sich z.B. zu artenschutzrechtlichen Problematik nicht verhalte (weil man sie nicht erkannt habe oder weil sie noch nicht existiert habe), dann müsse die betreffende Frage in nachfolgenden Verfahren überprüft werden. Die Hauptbetriebsplanzulassung sei insofern auch ein Überwachungsinstrument. Rahmen- und Hauptbetriebsplanzulassung hätten keine konstitutive Wirkung in Bezug auf das Artenschutzrecht. Selbst bei Betriebsplanzulassungen, die sich nur mit Artenschutz auseinandersetzen (z.B. Sonderbetriebsplan Artenschutz) sei hier das bergrechtliche Verfahren nur das Trägerverfahren gewesen; die eigentliche Entscheidung sei mangels Konzentrationswirkung der Betriebsplanzulassung seitens der Fachbehörde zu treffen. Wenn Hauptbetriebsplanzulassung diese Frage ausspare, würden daher keine Fakten in Bezug auf den betreffenden Belang geschaffen. Eine Betriebsplanzulassung, die keine Aussage über den Artenschutz treffe, sei nicht wegen Verstoß gegen den Artenschutz rechtswidrig. Der Bergbau habe keinen Vorrang vor Artenschutz. Im Übrigen bestehe ein Einfallstor für die Betrachtung solcher Belange über § 48 Abs. 2 BBergG. Wenn eine neue Art auftauche, dann sei es auch schon vorgekommen, dass es plötzlich Veränderungssperren gebe. Es gebe Abkommen im betroffenen Bundesland zwischen Umweltministerium und Umweltverbänden etc. zu Habitatschutz, sowie regelmäßige Begehungen, sodass ganz neue Umstände eigentlich selten seien. Regelungen im Rahmenbetriebsplan hätten für nachfolgende Betriebsplanverfahren Bedingungscharakter (z.B. Abbau in einer bestimmten Richtung, dann dürfe in der Folge hiervon nicht ohne weiteres

abgewichen werden). Die Rahmenbetriebsplanzulassung setze also den Rahmen dafür, was später nicht mehr oder (bei veränderten Umständen) doch noch einmal geprüft werde. Wenn ein Abbaugebiet aufgrund neuer Entwicklungen oder Erkenntnisse der Naturschutzbehörden anders zu beurteilen sei, beispielsweise, weil gerade durch den Bergbau eine FFH Qualität eines Habitats entstehe – also der Bergbau eine positive Wirkung habe, werde dies nachträglich im Verfahren konstatiert. D.h. Rahmenbetriebsplan habe demnach nur eine sehr begrenzte Bindungswirkung, da ein Vorbehalt der gleichen Sachlage bestehe; wenn es eine Veränderung gebe, dann bestehe ggf. sogar die Pflicht, einen neuen Plan nicht zuzulassen. Die entsprechende Veränderung müsse aber sehr schwerwiegend sein, da eine Veränderung einen Eingriff in die Rechte des Bergbautreibenden bedeute.

- Hinsichtlich der maßgeblichen Umweltbelange bestehen unter den befragten Behördenvertreterinnen unterschiedliche Erfahrungen. So wird z.B. angeführt (B1), dass es aus der Praxis eigentlich nur Beispiele aus dem Naturschutz gebe. Das Wasserrecht sei in dieser Hinsicht eher weniger relevant. In einem Fall sei sogar die totale Rücknahme einer Betriebsplanzulassung wegen Artenschutz erfolgt. Eine gesetzliche Grundlage ergebe sich hierfür z.B. über Veränderungssperren. Müssten dafür Genehmigungen geändert werden, dann müssten alle bergrechtlichen Zulassungen möglicherweise zurückgenommen werden, auch Planfeststellungsbeschlüsse. Fragen nach Entschädigung etc. seien im Einzelfall zu prüfen.
- Demgegenüber wird festgestellt (B3), dass Umweltbelange grundsätzlich erst auf der Ebene der Betriebsplanzulassung sinnvoll geprüft werden können. Wasser-, Naturschutzrecht, Artenschutzrecht seien die drei wesentlichen Faktoren im Bereich des Tagebaus. Im untertägigen Bergbau spielten Auswirkungen auf den Wasserhaushalt die größte Rolle. Man versuche ganz bewusst, alle diese Fragen im Rahmenbetriebsplan zu bündeln. Hauptbetriebspläne zur technischen Durchführung seien hierfür im Regelfall nicht geeignet (da nur kurzfristige Ausrichtung).
- Von anderen wird schließlich angeführt (B2), dass es in der letzten Zeit viel Entwicklung zum Schwerpunkt Wasser/Wasserahmenrichtlinie gegeben habe. Was im Naturschutz sich abgespielt habe, entwickle sich jetzt analog im Wasserrecht. Allgemein hänge aber der Schwerpunkt der zu prüfenden Belange sehr stark vom Vorhaben ab (großflächig und oberflächennah vs. tiefgehend, bei der Verfüllung sei z.B. auch der Bodenschutz sehr relevant).
- Schließlich wird vorgebracht (B4), dass Wasser mit großem Abstand der wichtigste Umweltbelang sei. Es gebe kein Bergbauvorhaben, in dem Wasser keine Rolle spiele. Sowohl im Bereich Tagebau, Verfüllung, untertägigen Vorhaben, als auch bei Vorhaben an der Oberfläche. Wasserrechtliche Fragen seien immer relevant. Aber auch andere umweltrechtliche Fragen (landschafts-, bodenschutzrechtliche) seien praktisch immer Gegenstand der Prüfung.
- Auch aus geologischer Sicht (B6 – Geologischer Dienst) wird dargelegt, dass die hydrogeologische Situation bedeutend sei. Bei Vorkommen von Kiesen und Sanden, Braunkohle (Lockergesteine), die sehr häufig großflächig oberflächennah lägen, sei sehr oft Grundwasser in großen Mengen enthalten. Hier spielten hydrogeologische Belange im Einzelfall eine große Rolle. Aber auch in Festgestein (Granit, Basalt) gebe es wasserführende Bereiche, bei denen hydrogeologische Belange wichtig seien. Man könne daher nicht sagen, dass diese bei bestimmten Rohstoffen besonders relevant wären, man müsse das im Einzelfall beurteilen.
- B4: Zum Verhältnis zwischen Bergbauberechtigung und Betriebsplanzulassung wird erläutert, dass es sich dabei um ein differenziertes, sehr schlaues System handle, dass zuerst Claims abgesteckt und damit der Konkurrenzschutz gesichert werde. Und dann auf der nächsten Stufe – den Aufsuchungsmaßnahmen – mit den Betriebsplanzulassungen in die konkreten Prüfungen eingetreten werde. Die Annahme von Pfadabhängigkeiten zwischen Bergbauberechtigung und Betriebsplanzulassung treffe nicht zu, derartige Vorwürfe seien spekulativ. Es handle sich um Hirngespinnste, die in keiner Weise begründet seien. Gerade bei diesem Thema sei viel Halbwissen im Spiel.
- B4: Über § 48 Abs. 2 BBergG werde das gesamte Umweltrecht in die Abwägung eingestellt. Dabei handle

es sich um von der Rechtsprechung entwickelte Grundsätze – siehe die Urteile „Moers-Kapellen“ und „Garzweiler“. Belange der Umwelt würden bei jeder Betriebsplanzulassung sehr sorgfältig in die Abwägung eingestellt. § 48 Abs. 2 BBergG spiele mittlerweile die zentrale Rolle bei der Regelung von Konflikten im gesamten Zulassungsverfahren. Bergbau greife naturgemäß in die Umwelt ein. Diesen vorgegebenen Konflikt könne man vernünftig über § 48 Abs. 2 BBergG lösen.

- **B5 (Wasser):** Hinsichtlich der Zulassungsvoraussetzungen im Betriebsplanverfahren sei der Schwerpunkt der wasserbehördlichen Betrachtung der Raum. Monitoringbereiche würden abgegrenzt (begleitend – vorab). Raum der zu betrachten sei, werde abgesteckt. Es würden auch angrenzende/entfernte Bereiche angeschaut. Die Wasserbehörde dringe z.B. frühzeitig darauf, dass Grundwasserreinigungsanlagen oder Dichtwände eingerichtet würden; die Ökowasserführung müsse aufrechterhalten werden. Als Beispiel könne die Fortführung der Wasserwerke oder die Sicherung der Trinkwasserversorgung angeführt werden. All diese Bereiche seien von der Wasserbehörde zu bewerten. Hierbei entstünden hohe Forderungen, die dazu führen könnten, dass Vorhaben abgebrochen würden, um Schaden für bestimmte Schutzgüter zu vermeiden. Die verschiedenen Grundwasserleiter hätten Nutzungen (z.B.: Wasserwerke), die großräumig vernetzt seien. Eine Gefahr für Wasserwerkbetreiber sei es beispielsweise, dass Absenkungen durch Bergbauvorhaben dazu führten, dass das Wasserwerk seinen Zugang/seine Versorgung verliere (hierfür würden etwa Dichtwände vorgeschrieben, Tonsuspension bis zu 80 m Tiefe, um Wasserspiegel abzuschern).

3.5.6 Betriebsplanzulassung und andere behördliche Entscheidungen

Anders als beim obligatorischen Rahmenbetriebsplanverfahren, steht das bergrechtliche Zulassungsverfahren für fakultative Rahmenbetriebspläne, Haupt-, Sonder- und Abschlussbetriebspläne eigenständig neben anderen ggf. eingreifenden Fachgesetzen, die Umweltbelange spezifisch regeln. Die bergrechtlichen Entscheidungen erstrecken sich somit nicht auf die nach anderen Vorschriften erforderlichen Genehmigungen. Sind zur Rohstoffgewinnung durchzuführende Tätigkeiten genehmigungspflichtig, so wird diese Prüfung eigenständig und losgelöst von bergrechtlichen Verfahren durchgeführt – und zwar regelmäßig auch nicht seitens der Bergbehörde, sondern durch die nach dem Fachrecht zuständige Behörde.²⁹⁰

Für die anderen bergrechtlichen Betriebsplanzulassungen für Gewinnungsvorhaben müssen daher ggf. weitere Genehmigungen nach einschlägigen Fachgesetzen, die Umweltbelange regeln, eingeholt werden.

Steht zu besorgen, dass es im Zuge der Durchführung eines Vorhabens zur Aufsuchung, Gewinnung oder Aufbereitung von Bodenschätzen zu Konflikten mit den Schutzgütern des Umweltschutzes kommen wird, so sind die betreffenden Fachbehörden zu beteiligen. Die auf Grundlage des BBergG ergehende Entscheidung hat also im Rahmen der Reichweite des Gehalts der jeweiligen Bescheidung etwaige bergbaubedingte Konflikte mit Vorgaben des materiellen Umweltschutzrechts zu berücksichtigen, nicht aber über diese zu entscheiden. Über die für eine Realisierung von Eingriffen in besondere Schutzgüter des Umweltschutzrechts nötige Genehmigung hat demgegenüber die jeweilige Fachbehörde zu entscheiden. Diese Entscheidung wird dann zwar durch das Bergbauvorhaben veranlasst,

²⁹⁰ Anders nur nach § 19 Abs. 2, 3 WHG (sieht ein bergrechtlicher Betriebsplan die Benutzung von Gewässern vor, so entscheidet die Bergbehörde über die Erteilung der Erlaubnis im Benehmen mit der zuständigen Wasserbehörde) und nach § 17 BNatSchG (bzgl. des Eingriffs in nur allgemein nach § 14 BNatSchG geschützte Natur).

indessen nicht durch zu dessen Gunsten bereits vorliegende bergrechtliche Entscheidungen vorgeprägt.

Aus dem Gesetz ergibt sich dabei keine Vorgabe zur Reihenfolge, in welcher die bergrechtliche Entscheidung einerseits und die umweltrechtliche Entscheidung andererseits zu beantragen bzw. zu erteilen ist. Die Entscheidungen ergehen vielmehr grundsätzlich – d.h. im Hinblick auf die besonderen fachgesetzlichen Anforderungen – unabhängig voneinander.

Im Detail ist allerdings zu unterscheiden:

Beispielsweise hat die **Naturschutzbehörde** über die Erteilung einer Ausnahme oder Befreiung von den Vorgaben aus Schutzgebietserklärungen oder dem besonderen gesetzlichen Biotop- oder Artenschutz völlig unabhängig vom Vorliegen bergrechtlicher Entscheidungen – insbesondere erteilter Bergbauberechtigungen, Betriebsplanzulassungen, Zulegungen oder Grundabtretungen – zu befinden. Im Hinblick auf die Voraussetzung, dass für die Realisierung einer mit besonderen naturschutzrechtlichen Verboten im Konflikt stehenden Maßnahme nur dann eine Ausnahmegenehmigung erteilt werden kann, wenn dies im überwiegenden öffentlichen Interesse liegt, sind etwaige diesbezügliche Ausführungen bzw. Gehalte in zugunsten des Vorhabens bereits vorliegenden bergrechtlichen Entscheidungen zwar in den Blick zu nehmen. Mangels anderweitiger Rechtsvorschrift liegt die auf Grundlage des Naturschutzrechts zu treffende Entscheidung – auch im Hinblick auf die Abwägung der widerstreitenden öffentlichen Interessen an dem Bergbauvorhaben einerseits und den gesetzlichen Vorgaben des Naturschutzrechts auf der anderen Seite – indessen originär und allein bei der Naturschutzbehörde. Zwar ist gem. § 48 Abs. 1 S. 2 BBergG bei der Anwendung von Vorschriften i.S.v. § 48 Abs. 1 S. 1 BBergG, die – wie die hier aus dem Bereich des Naturschutzrechts angesprochenen – bergbauliche Tätigkeiten verbieten oder beschränken, dafür Sorge zu tragen, dass die Aufsuchung und Gewinnung von Bodenschätzen so wenig wie möglich beeinträchtigt wird. Das BVerwG hat in seinem Urteil vom 20.11.2008 (7 C 10/08) klargestellt, dass § 48 Abs. 1 Satz 2 BBergG keinen grundsätzlichen Vorrang des öffentlichen Interesses an einem Abbau vor entgegenstehenden privaten oder anderen öffentlichen Interessen begründet.²⁹¹ Mit der (z.T. als „Rohstoffsicherungsklausel“ bezeichneten) Vorschrift des § 48 Abs. 1 S. 2 BBergG bringe der Gesetzgeber das öffentliche Interesse unter anderem an der Aufsuchung und Gewinnung von Bodenschätzen zum Ausdruck. Aus § 48 BBergG lasse sich aber nicht herleiten, dass zusätzlich – etwa innerhalb einer spezifisch enteignungsrechtlichen Abwägung – das öffentliche Interesse an der Gewinnung des Bodenschatzes stets oder auch nur grundsätzlich den Vorrang vor entgegenstehenden Interessen haben soll. Diese Aussage ist ohne weiteres auch auf andere – etwa naturschutzrechtliche – Entscheidungen zu übertragen, die im Ergebnis einer Abwägung des Gewichts von Interessen an der Durchführung eines Bergbauvorhabens und den Interessen an der Vermeidung von Beeinträchtigungen besonderer Schutzgüter des Naturschutzrechts haben.

Für die **Bergbehörde** gilt demgegenüber, dass diese etwaig bereits vorliegenden Entscheidungen beispielsweise der Naturschutzbehörden hinsichtlich des auf die Feststellung naturschutzrechtlicher Tatbestände bezogenen Gehalts hinzunehmen haben. Ist etwa der von einem Bergbauunternehmen gestellte Antrag auf Erteilung einer Ausnahme oder Befreiung von naturschutzrechtlichen Vorgaben abgelehnt worden, muss die Bergbehörde diesen Umstand beachten. Soweit es also – wie bei Entscheidungen nach § 11 Nr. 10, § 48 Abs. 2 S. 1, § 35, § 79 BBergG – auf die Frage ankommt, ob öffentliche Interessen entgegenstehen, bewirkt ein abschlägiger Bescheid bezüglich einer für die Durchführung des Eingriffs beantragten Ausnahmegenehmigung oder Befreiung von Vorgaben des Natur-

²⁹¹ Im dortigen Fall im Rahmen einer Entscheidung nach § 35 BBergG über eine Zulegung.

schutzrechts, dass dem Bergbau das erforderliche überwiegende Interesse nicht zuerkannt werden kann.

Das BBergG gibt indessen unzureichenden Anhalt, wie weitgehend sich eine bergbehördliche Prüfung insbesondere zur Feststellung der Voraussetzungen des § 11 Nr. 10, § 48 Abs. 2 S. 1, § 35, § 79 BBergG auch auf die Frage nach einem Entgegenstehen naturschutzrechtlicher Vorgaben zu erstrecken hat, sofern ein diesbezüglicher Bescheid der Naturschutzbehörden (noch) nicht vorliegt.

Soweit zu klären ist, ob es überhaupt einer umweltfachgesetzlichen Entscheidung bedarf bzw. eine solche überhaupt zugunsten des Bergbauvorhabens ergehen kann, dürfte die Prüfung vollumfänglich bei der Bergbehörde liegen – zumindest solange die Naturschutzbehörde sich nicht ihrerseits einschaltet und veranlasst sieht, gegen aus ihrer Sicht gegen naturschutzrechtliche Tatbestände verstößende Maßnahmen einzuschreiten, für die eine naturschutzrechtliche Genehmigung nicht vorliegt.

Damit sind Fallkonstellationen angesprochen, in welchen etwa die Einschlägigkeit naturschutzrechtlicher Verbote in Frage steht. Die der Bergbehörde übertragene Aufgabe, das Entgegenstehen überwiegender öffentlicher Belange prüfen zu müssen, verlangt dieser eine Kontrolle der Einschlägigkeit u.a. auch naturschutzrechtlicher Verbote ab. Diese können insbesondere im besonderen Gebietschutz oder dem gesetzlichen Biotop- und Artenschutz liegen. Da die Naturschutzbehörden erst dann von dem Sachverhalt erfahren, wenn der Bergbauunternehmer diesbezügliche Ausnahmen / Befreiungen beantragt oder sie am bergrechtlichen Verfahren beteiligt werden, obliegt es zuvörderst der Bergbehörde, die Einschlägigkeit von naturschutzrechtlichen Vorgaben im Rahmen von § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG zu prüfen. Dies ist etwa relevant, wenn das durch das Bergbauvorhaben in Anspruch zu nehmende Gebiet z.B. eine besondere ornithologische Wertigkeit besitzt, welche es nahelegt, dass dieses dem Rechtsregime des Art. 4 der Vogelschutzrichtlinie 2009/147/EG²⁹² i.V.m. der Rechtsprechung des EuGH und des BVerwG zu sog. „faktischen Vogelschutzgebieten“ unterfällt. Entsprechendes gilt für sog. „potentielle FFH-Gebiete“ im Hinblick auf das Schutzregime, welches solchen nach der diesbezüglichen Rechtsprechung des EuGH und des BVerwG zukommt. Auch die vor der Beantragung einer Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG stehende Frage, ob artenschutzrechtliche Verbotstatbestände verwirklicht werden, muss seitens der Bergbehörde im Rahmen der Entscheidung nach § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG in den Blick genommen werden.

In solchen Fällen hat die Bergbehörde den von der Betriebsplanung betroffenen Sachverhalt auf Vereinbarkeit mit den fachgesetzlichen Vorgaben zu prüfen, ohne hierüber im Hinblick auf erforderliche fachgesetzliche Genehmigungen zu entscheiden. Kommt die Bergbehörde zu dem Ergebnis, dass die Vorgaben des Fachrechts nicht eingehalten werden, so stehen diese als überwiegende öffentliche Belange einer Betriebsplanzulassung entgegen. Die bergbehördliche Einschätzung ist dabei im Streitfall gerichtlich voll überprüfbar.

Wenn die nach dem Fachrecht erforderliche Genehmigung vorliegt, entfaltet diese allerdings keine Bindungswirkung für die Bergbehörde. Diese hat zwar (selbstverständlich) die fachbehördliche Entscheidung zu berücksichtigen, muss das Ergebnis aber im Rahmen der Entscheidung über die Betriebsplanzulassung auch selbst bestätigen oder aber von diesem im Rahmen der nach § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG zu treffenden Beurteilung abweichen. In jedem Falle hat sie das von ihr gefundene oder aus der anderweitigen behördlichen Prüfung übernommene Ergebnis selbst zu vertreten. Soweit eine

²⁹² Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. November 2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten (kodifizierte Fassung), ABl. EG L 20 vom 26.01.2010, S. 7, welche die mehrfach und erheblich geänderte Vorgängerrichtlinie 79/409/EWG des Rates vom 02. April 1979 aufhob.

nach anderem Fachgesetz erforderliche Genehmigung vorliegt, bleibt diese von der Betriebsplanzulassungsentscheidung unberührt.

3.5.6.1 Naturschutzrecht

In naturschutzrechtlicher Hinsicht wird lediglich die Genehmigung zur Vornahme von „einfachen“ Eingriffen in nach §§ 14 ff. BNatSchG allgemein geschützte Natur und Landschaft mit der Betriebsplanzulassung erteilt, welche (bergrechtlich) eine Durchführung des Vorhabens freigibt – also insbesondere die Hauptbetriebsplanzulassung.²⁹³ Dies liegt allerdings an der außerbergrechtlichen Vorschrift des § 17 Abs. 1 BNatSchG; danach hat die Bergbehörde die materiellen Vorgaben der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung nicht nur über § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG zu beachten, sondern auch originär über diese zu entscheiden. Denn nach § 17 Abs. 1 BNatSchG gilt, dass immer dann, wenn ein Eingriff nach anderen Rechtsvorschriften einer behördlichen Zulassung oder einer Anzeige an eine Behörde bedarf, diese Behörde zugleich die zur Durchführung des § 15 BNatSchG erforderlichen Entscheidungen und Maßnahmen im Benehmen mit der für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörde zu treffen hat.²⁹⁴

Für andere, nach naturschutzrechtlichen Vorschriften erforderliche Genehmigungen gilt dies hingegen nicht, da – mit Ausnahme der Rahmenbetriebsplanfeststellung – keine weiteren Konzentrationswirkungen geregelt sind. Unabhängig davon, ob bzw. inwieweit vor Erlass anderer bergrechtlicher Bescheide die materiellen Vorgaben des Naturschutzrechts mit zu betrachten sind, werden die sich durch bergbauliche Tätigkeit ergebenden Auswirkungen jedenfalls dadurch nicht bereits genehmigt. Dies gilt für die Erteilung von Bergbauberechtigungen ebenso wie für einfache²⁹⁵ Rahmenbetriebsplanzulassungen und Zulegungs-²⁹⁶ oder Grundabtretungsentscheidungen.²⁹⁷

An separaten naturschutzrechtlichen Genehmigungen, die aufgrund der Besonderheiten der jeweiligen Gegebenheiten der Belegenheit eines Abbauvorhabens im Umfeld besonders geschützter Güter des Naturschutzrechts erforderlich sein können, sind insbesondere Ausnahmen oder Befreiungen zu nennen, deren es aufgrund von Vorgaben aus naturschutzrechtlichen Regelungen bedarf:

- ▶ Schutzgebietserklärungen (§§ 22 bis 29 BNatSchG), insbesondere Natura-2000-Gebieten (§§ 33, 34 BNatSchG),
- ▶ dem gesetzlichen Biotopschutz (§ 30 BNatSchG) und
- ▶ dem besonderen²⁹⁸ Artenschutz (§§ 44, 45 BNatSchG).

3.5.6.2 Wasserrecht

Zur Realisierung von Bergbauvorhaben sind regelmäßig Maßnahmen durchzuführen, die nach den **wasserrechtlichen Vorschriften** des WHG i.V.m. dem jeweiligen Landes-Wassergesetz eine erlaubnis- bzw. bewilligungspflichtige Gewässerbenutzung oder eine planfeststellungsbedürftige Gewässerbeseitigung darstellen. Das WHG gilt dann auch für bergbauliche Tätigkeiten und Nutzungen; das

²⁹³ In besonderen Fällen kann dies auch auf die Sonder- oder Abschlussbetriebsplanung zutreffen.

²⁹⁴ Soweit nicht nach Bundes- oder Landesrecht eine weiter gehende Form der Beteiligung vorgeschrieben ist oder die für Naturschutz und Landschaftspflege zuständige Behörde selbst entscheidet.

²⁹⁵ Nicht in der Form eines Planfeststellungsbeschlusses ergehende.

²⁹⁶ §§ 35 ff. BBergG.

²⁹⁷ §§ 77 ff. BBergG.

²⁹⁸ Die Vorgaben des § 39 BNatSchG zum allgemeinen Artenschutz sind demgegenüber (nur) im Rahmen der Entscheidung über die Eingriffsgenehmigung nach § 15 BNatSchG zu berücksichtigen.

Bergrecht selbst enthält keine wasserrechtlichen Anforderungen.²⁹⁹ In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das Verhältnis zwischen der Anwendung des Wasserrechts und des Bergrechts in zweierlei Hinsicht besonders geregelt:

- ▶ Nach § 19 Abs. 2 WHG entscheidet die Bergbehörde auch über die wasserrechtliche Erlaubnis nach den materiell-rechtlichen Anforderungen des Wasserrechts, muss aber für die Erteilung einer Erlaubnis das Einvernehmen mit der Wasserbehörde suchen (§ 19 Abs. 3 WHG). Sie kann die wasserrechtliche Erlaubnis sogar mit der Betriebsplanzulassung verbinden.³⁰⁰ Dies schafft die Gefahr, dass die eigentlich aufgrund der fehlenden Konzentration der Verwaltungsentscheidungen getrennte Behandlung nach den jeweiligen fachgesetzlichen Eigenheiten verschwimmt, was auch zulasten der Berücksichtigung von Umweltbelangen führen kann.
- ▶ Nach § 49 WHG sind Erdaufschlüsse, die auch bergbauliche Tätigkeiten (z.B. Anlegen von Bau-, Sand- und Kiesgruben oder Tagebaue³⁰¹) erfassen können, von dem Erfordernis einer wasserrechtlichen Erlaubnis oder Bewilligung zugunsten einer Anzeigepflicht ausgenommen, obwohl auch hier im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG Stoffe in das Grundwasser eingebracht werden. Ist kein solcher Ausnahmetatbestand ersichtlich, richtet sich die wasserrechtliche Zulassung v.a. nach den Zulassungsvoraussetzungen des § 12 WHG, die auch auf Umwelteinwirkungen eingehen.

Auch soweit die Bergbehörde gem. § 19 Abs. 2 WHG über die Erteilung einer wasserrechtlichen Erlaubnis zugunsten des Bergbauvorhabens zu entscheiden hat, stellt sich in materiell-rechtlicher Hinsicht die Frage, inwieweit das Entgegenstehen wasserrechtlicher Vorgaben auch (bereits) im Zuge der Betriebsplanzulassung geprüft werden muss und welche Konsequenzen eine Betriebsplanzulassung im Hinblick auf einen wasserrechtlichen Erlaubnis Antrag hat.

Im Hinblick auf das Verhältnis zwischen den berg- und wasserrechtlichen Prüfungen hat das OVG NRW in einem Urteil vom 18.11.2015 (11 A 3048/11) entschieden, dass eine den Abbau freigebende bergrechtliche Betriebsplanzulassung wegen des Fehlens einer wasserrechtlichen Genehmigung noch nicht bzw. nicht unbedingt erteilt werden durfte. Wenn ein Hauptbetriebsplan Abbautätigkeiten freigibt dürfe die Bergbehörde den Hauptbetriebsplan wegen entgegenstehender Gründe des Grundwasserschutzes gemäß § 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG nicht vor oder nur bei gleichzeitiger Erteilung der erforderlichen wasserrechtlichen Genehmigung zulassen.³⁰² Liegen bereits bei der Entscheidung über die Zulassung eines Betriebsplans Umstände vor, die der Bergbehörde Anlass geben, die Aufsuchung oder Gewinnung gemäß § 48 Abs. 2 BBergG zu beschränken oder zu untersagen, habe sie dies bei ihrer Entscheidung über den Betriebsplanzulassungsantrag entsprechend zu berücksichtigen. § 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG ermögliche und verlange, schon im Betriebsplanverfahren die mittelbaren Auswirkungen untätigen Bergbaus auf geschützte Rechtsgüter Dritter zu berücksichtigen.³⁰³

In materiell-rechtlicher Hinsicht normiert zunächst § 12 WHG, dass eine Erlaubnis bzw. Bewilligung zu versagen ist, wenn bei der Benutzung schädliche Gewässereinwirkungen zu erwarten sind oder wenn andere Anforderungen nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften nicht erfüllt werden (§ 12 Abs. 1 WHG). Jenseits dessen ist über den Antrag unter Ausübung des sog. „Bewirtschaftungsmer-

²⁹⁹ Von Mäßenhausen, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang § 48 Rn. 168.

³⁰⁰ Von Mäßenhausen, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang § 48 Rn. 197.

³⁰¹ Von Mäßenhausen, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang § 48 Rn. 179.

³⁰² OVG NRW, Urteil vom 18.11.2015 (11 A 3048/11), Rn. 218, 219 (juris).

³⁰³ OVG NRW, Urteil vom 18.11.2015 (11 A 3048/11), Rn. 222 (juris).

sens“ zu entscheiden (§ 12 Abs. 2 WHG). Gewässerveränderungen sind als schädlich zu bewerten, wenn sie das Wohl der Allgemeinheit, insbesondere die öffentliche Wasserversorgung, beeinträchtigen oder wenn sie nicht den sich aus den wasserrechtlichen Vorschriften ergebenden Anforderungen entsprechen. Insbesondere darf eine Erreichung der Bewirtschaftungsziele (§§ 27 Abs. 1, 47 Abs. 1 WHG) nicht gefährdet werden. Zu den Bewirtschaftungszielen für natürliche oberirdische Gewässer zählt nach § 27 Abs. 1 WHG der Erhalt oder das Erreichen eines guten ökologischen und chemischen Zustandes und die Vermeidung einer Verschlechterung des ökologischen und chemischen Zustandes des Gewässers (Verschlechterungsverbot). Auch für das Grundwasser gilt gem. § 47 Abs. 1 WHG das Gebot, Verschlechterungen des mengenmäßigen und chemischen Zustandes zu vermeiden.³⁰⁴

Darüber hinaus gibt es im Wasserrecht in materieller Hinsicht Sonderregelungen, die sich auf das bergbaubedingte Einleiten von Schadstoffen in das Grundwasser beziehen. In der EU-Wasserrahmenrichtlinie 2000/60/EG (WRRL) finden sich ebenfalls nur begrenzt Sonderregelungen. Nach Art. 11 Abs. 3 lit. j UAbs. 3, 2. Spiegelstrich WRRL ist es den Mitgliedstaaten jedoch z.B. überlassen, die dort vorgesehenen bergrechtlichen Ausnahmeregelungen für die Einleitung von Schadstoffen in das Grundwasser u.a. durch Bergbauaktivitäten (auch Abgrabungen) in Art und Umfang selbst zu regeln.³⁰⁵ Weitere Ausnahmen können im Zusammenhang mit dem Abbau von Bodenschätzen z.B. für geothermisch genutztes Wasser, bei der Förderung von Kohlenwasserstoffen oder sonstigen Bergbauarbeiten anfallendes Wasser gemacht werden. Nach dem deutschen Recht können gem. § 82 Abs. 6 S. 2 WHG für diese bergbau- und abgrabungsrelevanten Nutzungen des Grundwassers spezielle Ausnahmen von dem Verbot der Einleitung im Rahmen der Bewirtschaftungsziele des § 47 sowie des Gebots zur Reinhaltung des Grundwassers mit dem Besorgnisgrundsatz nach 48 WHG erteilt werden.³⁰⁶ Voraussetzung ist, dass die für den Grundwasserkörper festgelegten Umweltziele nicht gefährdet werden (Art. 11 Abs. 3 lit. j a. E. WRRL). In erster Linie dürfte dies betriebsplanpflichtige Vorhaben nach dem BBergG betreffen, das grundsätzliche Verbot der Einleitung von Schadstoffen in das Grundwasser gilt aber auch für Abgrabungen (siehe hierzu 4.2.2).

3.5.6.3 Immissionsschutzrecht

Vom Betrieb eines Bergbauvorhabens gehen regelmäßig auch Immissionen aus, seien es Lärm, Staub bzw. andere Stoffe oder auch Erschütterungen. Dies kann durch den Abbaubetrieb selbst, durch vorbereitende Sprengungen oder durch flankierende Bearbeitungen (z.B. Aufbereitung der Rohstoffe) bedingt sein. Je nach ihrer Art und dem Entstehungsort richten sich die rechtliche Bewertung und die Frage der Genehmigungsbedürftig- sowie ggf. -fähigkeit zuvörderst nach dem BImSchG. Das BImSchG unterscheidet verfahrensmäßig zwischen genehmigungsbedürftigen und nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen, für die jeweils unterschiedliche materiell-rechtliche Anforderungen gelten. Im Gegensatz zu nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen unterliegen genehmigungsbedürftige Anlagen einer präventiven behördlichen Kontrolle. Einer Genehmigung nach dem BImSchG bedürfen allerdings nur die Anlagen, die in dem abschließenden Katalog der Vierten Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen (4. BImSchV)³⁰⁷ aufgeführt sind und länger als zwölf Monate in Betrieb sein sollen. Keiner Genehmigung nach § 4 Abs. 1 BImSchG bedürfen Tagebaue und die zum Betrieb eines

³⁰⁴ Zu den Kriterien für die Beurteilung des Vorliegens einer Verschlechterung des Zustands eines Wasserkörpers: EuGH, Urteil vom 01.07.2015, C-461/13, Celex-Nr. 62013CJ0461.

³⁰⁵ Reinhardt, Neuere Entwicklungen im wasserhaushaltsgesetzlichen Bewirtschaftungssystem unter besonderer Berücksichtigung des Bergbaus, NuR 2004, 82.

³⁰⁶ M.w.N. von Mäßenhausen, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anh. § 48 Rn. 193; s. auch Durner, in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 80. EL Mai 2016, § 82 WHG Rn. 65.

³⁰⁷ Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen in der Fassung der Bekanntmachung vom 31. Mai 2017 (BGBl. I S. 1440).

Tagebaus erforderlichen sowie die zur Wetterführung unerlässlichen Anlagen (§ 4 Abs. 2 S. 2 BImSchG).³⁰⁸ Viele im Zusammenhang mit bergbaulicher Tätigkeit stehende Anlagen – insbesondere Bagger und andere mobile Einrichtungen zur Durchführung der Abgrabungen – sind somit nicht genehmigungsbedürftig. Allerdings ist die Ausnahme von der Genehmigungspflicht gem. § 4 Abs. 2 S. 2 BImSchG und die damit einhergehende Privilegierung von zum Betrieb eines Tagesbaus erforderlichen bzw. zu dessen Weiterführung unerlässlichen Anlagen eng auszulegen.³⁰⁹ Eine Erweiterung der Genehmigungspflicht wäre nur durch eine Änderung des BImSchG bzw. der 4. BImSchV möglich.³¹⁰

Demgegenüber gilt das immissionsschutzrechtliche Genehmigungserfordernis gemäß § 4 Abs. 2 S. 1 BImSchG aber für dem Bergbau zugehörige Aufbereitungsanlagen. Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung ist dann zusätzlich zur Betriebsplanzulassung erforderlich; weder konzentriert die bergrechtliche Betriebsplanzulassung die immissionsschutzrechtliche Genehmigung, noch konzentriert die immissionsschutzrechtliche Genehmigung die bergrechtliche Betriebsplanzulassung.³¹¹ § 4 Abs. 2 S. 1 BImSchG ermächtigt die Immissionsschutzbehörde - und nicht die Bergbaubehörde – über die immissionsschutzrechtliche Zulässigkeit von übertägigen, im Sinne des § 4 Abs. 1 BImSchG genehmigungsbedürftigen Anlagen des Bergwesens zu entscheiden.

3.5.6.4 Bodenschutzrecht

Die Regelungsbereiche des BBodSchG und der des BBergG überschneiden sich in Bezug auf stoffbezogene Einwirkungen auf den Boden. Nichtstoffliche (z.B. mechanische) Einwirkungen unterfallen nur dem Bergrecht. Im Übrigen trifft die bergrechtliche Vorrangregelung in § 3 Abs. 1 Nr. 10 BBergG die Entscheidung, dass bei Einwirkungen auf den Boden durch die Errichtung, Führung oder Einstellung eines Bergbaubetriebes das Bergrecht vorrangig ist, sofern es dieses regelt.³¹² Die bodenschutzrechtlichen Anforderungen sind im Rahmen der Zulassungsvoraussetzungen für die Betriebsplanzulassung von den Bergbehörden zu berücksichtigen.

3.5.6.5 Wald-/Forstrecht

Durch Bergbauvorhaben kommt es oft zu Waldrodungen oder Umwandlungen, die nach § 9 Abs. 1 S. 1 Bundeswaldgesetz (BWaldG)³¹³ i.V.m. den Länder-Waldgesetzen einer Genehmigung („Umwandlungsgenehmigung“) bedürfen. Die Entscheidung über eine solche Genehmigung stellt eine Abwägungsentscheidung dar. Die Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts als Umweltbelang ist durch Gesetz (§ 9 Abs. 1 S. 3 BWaldG) als öffentliches Interesse in diese Abwägung einzustellen. Allerdings stellt auch das Interesse an einer Rohstoffversorgung ein Interesse der Allgemeinheit dar (siehe § 48 Abs. 1 S. 2 BBergG), das zu berücksichtigen ist und landesrechtliche Abwägungsvorgaben zur Erteilung von Genehmigungen nach dem BWaldG als bundesrechtliche Regelung überlagern soll.³¹⁴ Eine

³⁰⁸ Vgl. auch *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, Stand: November 2014, § 4 BImSchG, Rn. 97; *Jarass*, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 4 Rn. 37.

³⁰⁹ OVG NRW, Urt. v. 20.05.2015 (8 A 2662/11), Rn. 114 (juris): „Eine weitgehende Freistellung an sich nach Maßgabe der 4. BImSchV genehmigungsbedürftiger bergbaulicher Einrichtungen im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 3 BBergG auch mit Blick auf Art. 3 Abs. 1, 20a GG nicht überzeugend.“

³¹⁰ *Von Mäßenhausen*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang § 48 Rn. 63.

³¹¹ *Keienburg*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang § 4 Rn. 23.

³¹² Welche Regelungen dies erfasst ist in *von Mäßenhausen*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang § 48 Rn. 44 aufgeführt.

³¹³ Bundeswaldgesetz vom 2. Mai 1975 (BGBl. I S. 1037), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 17. Januar 2017 (BGBl. I S. 75) geändert worden ist.

³¹⁴ *Von Mäßenhausen*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang § 48 Rn. 164. Nach OVG Greifswald, Urteil vom 24.11.1999, 2 L 30/98, juris Rn. 38 komme der Rohstoffsicherung zwar kein absoluter Vorrang, jedoch ein „bestimmtes Gewicht“ zu.

Verzahnung zum Raumordnungsrecht besteht dergestalt, dass die Festlegung von Gebieten zum Rohstoffabbau ebenfalls ein öffentlicher Belang ist, der in die Abwägung einzustellen ist. Sind auf dieser Ebene Vorentscheidungen für den Bergbau getroffen, ist die Erteilung einer Genehmigung sehr wahrscheinlich, da für eine Versagung der Umwandlungsgenehmigung erforderlich wäre, dass anderen Belangen im Raumordnungsrecht der Vorrang zugewiesen ist.³¹⁵ Obgleich es sich bei § 9 BWaldG um eine Abwägungsentscheidung handelt, soll bei Nichtvorliegen der Versagungsgründe ein Anspruch auf die Umwandlungsgenehmigung bestehen.³¹⁶

3.5.6.6 Baurecht

Die **bauplanungsrechtlichen Vorschriften** der §§ 29 ff. Baugesetzbuch (BauGB)³¹⁷ mit dem entsprechenden Genehmigungsverfahren gelten für **übertägige Anlagen** und zielgerichtetes Handeln auf der Erdoberfläche, die unter § 29 BauGB fallen (gilt gem. § 29 S. 1 BauGB nicht für untertägige Vorhaben).³¹⁸ Soweit Aufschüttungen dem Bauordnungsrecht unterliegen, hält das jeweilige Landesrecht unterschiedliche Abstufungen der Genehmigungspflicht vor.³¹⁹ Das so genannte „Fachplanungsprivileg“ (§ 38 BauGB) gilt weder für Haupt-, noch Sonder- oder Abschlussbetriebsplanzulassungen, da diese nicht die in § 38 BauGB vorausgesetzte Wirkung einer Planfeststellung haben.³²⁰ Auch ein zugelassener (einfacher) fakultativer Rahmenbetriebsplan hat nicht die Rechtswirkung einer Planfeststellung in dem Sinne, dass damit die Zulässigkeit des Vorhabens einschließlich der notwendigen Folgemaßnahmen an anderen Anlagen im Hinblick auf alle von ihm berührten öffentlichen Belange festgestellt und andere behördliche Zulassungsentscheidungen nicht erforderlich wären. Von den bebauungsrechtlichen Zulässigkeitsanforderungen der §§ 30 bis 37 BauGB ist somit ein bergbauliches Vorhaben, z.B. eine Abgrabung größeren Umfangs, für das ein fakultativer Rahmenbetriebsplan zugelassen ist, nicht freigestellt.³²¹ Anders ist die Rechtslage bei Vorhaben, die einer Rahmenbetriebsplanzulassung per Planfeststellungsbeschluss bedürfen (§ 52 Abs. 2a, §§ 57a ff. BBergG i.V.m. UVPV-Bergbau). Für dieses Verfahren greift § 38 S. 1 BauGB, so dass §§ 29 bis 37 BauGB nicht anzuwenden sind.³²²

Außerhalb von Bebauungsplänen stehen Gewinnungsvorhaben bauplanungsrechtliche Vorgaben insofern nicht entgegen als diese zu den privilegierten Außenbereichsvorhaben nach § 35 BauGB gehören (ortsgebundener gewerblicher Betrieb nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB³²³). Umweltbelange sind als entgegenstehende öffentliche Belange nach § 35 Abs. 3 Nr. 3 BauGB zu berücksichtigen und können zur Versagung führen. Die räumliche Steuerung der privilegierten Vorhaben erfolgt durch die Ausweisung von Konzentrationsflächen in Regional- und Flächennutzungsplänen gem. §§ 7, 13 ROG; § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB.

³¹⁵ Von Mäßenhausen, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang § 48 Rn. 164; OVG Greifswald, Urteil vom 24.11.1999, 2 L 30/98, juris Rn. 40.

³¹⁶ Von Mäßenhausen, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang § 48 Rn. 164.

³¹⁷ Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. November 2017 (BGBl. I S. 3634).

³¹⁸ Von Mäßenhausen, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang § 48 Rn. 21.

³¹⁹ Vgl. etwas § 65 Absatz 1 Nr. 42 BauO NRW.

³²⁰ Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, Anh. § 56, Rn. 46; Jaschinski, LKV 1999, 296; BVerwG, NVwZ 1989, 1162 = DVBl 1989, 673; BVerwG, BauR 2001, 1697; VGH München NUR 2003, 236.

³²¹ BVerwG, BauR 2001, 1697; Battis/Krautzberger/Löhr, § 38 Rn 29a.

³²² BVerwG, BauR 2001, 1696; Battis/Krautzberger/Löhr § 38 Rn 29a; ausführlich Stüer, Hdbuch d. PlanungsR, Rn. 180, 186.

³²³ Dazu auch von Mäßenhausen, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang § 48 Rn. 25 ff.

3.5.6.7 Fehlende Konzentrationswirkung

Diese Auflistung der unterschiedlichen Genehmigungsverfahren für bergbauliche Tätigkeiten zeigt, dass die Betriebsplanzulassung außerhalb der obligatorischen Rahmenbetriebsplanzulassung dadurch gekennzeichnet ist, dass eine Konzentrationswirkung bzgl. behördlicher Genehmigungen nicht stattfindet.³²⁴ Es herrscht eine große Zulassungskomplexität und Zersplitterung des Zulassungsverfahrens. Dies kann dazu führen, dass bergrechtliche Genehmigungen losgelöst von anderen fachgesetzlichen Genehmigungen stehen, die erst im Laufe der Gewinnungstätigkeit eingeholt werden und geht damit zulasten von Umweltbelangen, die zu Beginn eines Projektes in ihrer Gänze abgeschätzt werden müssen. Aus Umweltschutzperspektive sollte die bergrechtliche Zulassung eines Vorhabens nicht von seiner umweltrechtlichen Beurteilung entkoppelt werden. Diese Entkoppelung kann durch verschiedene Instrumente aufgehoben werden, wie z.B. die Ausdehnung der Konzentrationswirkung³²⁵ oder der Mitwirkungs- und Beteiligungspflichten der Fachbehörden. Auch die Verlagerung des bergrechtlichen Vollzugs auf die Umweltbehörden ist denkbar.³²⁶

In der Praxis werden diese Besonderheiten des Bergrechts nicht abgestritten und mit den Sachgesetzhlichkeiten des Bergbaus gerechtfertigt.³²⁷ Im Ergebnis führt dies jedoch zu Problemen, da z.T. die Bergbehörden die herkömmlichen Voraussetzungen der Umweltgesetze beachten müssen und dieser Aufgabe oft nicht hinreichend gerecht werden,³²⁸ und die „Sachgesetzhlichkeiten des Bergbaus“³²⁹ viele Sonderwege einfordern.³³⁰

Nachdem die bei Einführung der §§ 52 Abs. 2a, 57a ff. BBergG übergangsweise etablierten Freistellungen bestimmter Vorhaben von der UVP-Pflicht sukzessive auslaufen, wird es immer weniger Zulassungsentscheidungen geben, die durch die Überleitungsvorschriften zur Einführung der UVP-Pflicht in das BBergG bzw. den Einigungsvertrag „Bestandschutz“ genießen³³¹ und vermehrt das bergrechtliche Planfeststellungsverfahren mit Konzentrationswirkung zur Anwendung kommen. Außerhalb des Anwendungsbereichs des Planfeststellungsverfahrens bleibt es nach der aktuellen Gesetzeslage im Bergrecht allerdings bei den zersplitterten Genehmigungsverfahren.³³²

Jenseits dieser neben der Betriebsplanzulassung erforderlichen Genehmigungen regelt § 54 Abs. 2 BBergG in verfahrensrechtlicher Hinsicht, dass andere Behörden und Gemeinden, deren Aufgabenbereich berührt ist, zu beteiligen sind. Diese Beteiligung dient der Informationssammlung und Innenkenntnissetzung der anderen Behörden gleichermaßen.³³³ Die von beteiligten Behörden und Gemeinden eingereichten Stellungnahmen sind für die Bergbehörde dabei nicht bindend; Einvernehmen muss insofern grundsätzlich nicht hergestellt werden, soweit das jeweilige Fachrecht nichts

³²⁴ Dies bereits bemängelt in *Teßmer*, Rechtsgutachten: Vorschläge zur Novellierung des deutschen Bergrechts im Auftrag der Bundesfraktion von Bündnis 90/Die Grünen, 2009, S. 4.

³²⁵ Für eine Konzentrationswirkung nur auf Ebene der vorgeschlagenen „Rahmengenemigung“ *Ludwig*, ZUR 2014, 451 (456).

³²⁶ So z.B. *Ludwig*, ZUR 2014, 451 (457).

³²⁷ So z.B. *Stevens*, ZUR 2012, 338 (347f.).

³²⁸ So m.w.N. z.B. *Ludwig*, ZUR 2014, 451 (457).

³²⁹ *Stevens*, ZUR 2012, 338 (339).

³³⁰ Zu den praktischen Problemen des „Huckepackverfahrens“ in Bezug auf das Naturschutzrecht *Stevens*, ZUR 2012, 338 (346), das durch separate Sonderbetriebspläne gelöst wird.

³³¹ Siehe hierzu 3.5.5 sowie *Stevens*, ZUR 2012, 338 (342) und *Keienburg*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anh. § 57c Rn. 7.

³³² Zu den umweltrechtlichen Entscheidungen, die im Wesentlichen bei den Fachbehörden verbleiben siehe *Ludwig*, ZUR 2012, 150 (155).

³³³ *Von Hammerstein*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 54 Rn. 11 f.

Abweichendes regelt. Gleichzeitig dient die Beteiligung aber auch dazu, die anderen Behörden auf die Anwendbarkeit der Rohstoffsicherungsklausel aus § 48 Abs. 1 S. 2 BBergG aufmerksam zu machen, damit diese bei ihren eigenen Entscheidungen dafür Sorge tragen, dass die Gewinnung von Rohstoffen so wenig wie möglich beeinträchtigt wird durch ihre Planungen und Entscheidungen.³³⁴ Die Ermittlung von Umweltbelangen spielt bei der Beteiligung, die eine Unterrichtung und Anhörung mit einer Berücksichtigungspflicht bzgl. der geäußerten Informationen umfasst,³³⁵ keine Rolle. Auch vermögen die geäußerten Einwendungen seitens der Behörden nicht die Zulassungsentscheidung der Bergbehörden zu beeinflussen, die sich im Wesentlichen nach den §§ 55, 48 Abs. 2 BBergG richtet. Eine einmal abgegebene Einschätzung der Behörden selbst im Rahmen dieser Beteiligung bindet sie jedoch in nachfolgenden Verfahren.³³⁶

Ergebnisse der Interviews zur Einbeziehung anderer Fachbehörden

Zentrale Aussagen der Vorhabenträger zur Einbeziehung anderer Fachbehörden

- **V1: Alle Umweltbehörden würden im Braunkohlenplanverfahren einbezogen, das Gleiche gelte im Rahmenbetriebsplanverfahren, mit umfangreichen Gutachten. Dies erfolge bei mehreren Erörterungsterminen bei der Bergbehörde, an denen untere Behörden bis hin zum Ministerium beteiligt würden. Die Hauptentscheidung liege bei der Bergbehörde mit Zulassung des Rahmenbetriebsplanverfahrens – die Wasserbehörde sei Einvernehmensbehörde, aber wenn Rahmenbetriebsplanzulassung stehe, stehe mit 80 % auch das wasserrechtliche Verfahren.**
- **V2/V6: Ansprechpartner sei das Bergamt. Dieses müsse sich dann die Informationen von anderen Behörden holen. Hier liege auch die Letztentscheidung. Im Rahmen des Fracking-Pakets werde die Rolle der Wasserbehörden gestärkt (Einvernehmen). Das Zusammenspiel der Behörden und wie hier die Abstimmung stattfindet, sei aus Sicht der Vorhabenträger aber auch nicht immer ganz klar.**
 - **V6: Die Beteiligung anderer Behörden erfolge, wo sie vorgeschrieben sei oder auch darüber hinaus (Fachbehörden: Landkreise, insbes. untere Naturschutzbehörde und untere Wasserbehörde). Die Bergbehörde entscheide aber darüber, ob ein Gewässerbenutzungstatbestand vorliege, wenn ja, dann entscheide über die Ausgestaltung die untere Wasserbehörde. Enorme Änderungen ergäben sich dadurch, dass (durch das „Fracking-Gesetzpaket 2016“) das Versenken und das Fracking eigene Gewässerbenutzungstatbestände geworden seien.**
 - **V6: Die Bergbehörde folge i.d.R. den Einschätzungen der Fachbehörden, diese Einschätzungen der Fachbehörden würden auch an Vorhabenträger weitergeleitet und das werde dann besprochen.**
- **V3: Es gebe eine sehr umfangreiche Beteiligung und Einbeziehung. Da es sich um sehr komplexe Entscheidungen handle, könnten Behörden nicht ohne Fachbehörden entscheiden. Z.T. fehle aber bei den Fachbehörden der Sachverstand und/oder die Ressourcen, so dass oft eine Hinzuziehung von externen Gutachtern etc. erfolge. Die Hauptentscheidung liege bei der Bergbehörde, aber es sei ein sehr hoher Begründungsaufwand nötig, um sich über die Einschätzungen der Fachbehörde hinwegzusetzen.**
 - **VD: Im Hinblick auf Abgrenzungsprobleme zwischen den Rechtsgebieten (etwa zwischen Forstrecht und Naturschutzrecht) bestünden zuweilen Interessenkonflikte zwischen den Behörden, den Vorhabenträ-**

³³⁴ So jedenfalls von *Hammerstein*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 54 Rn. 12. Nach *Ludwig*, ZUR 2012, 150 (155) sind jedoch Umweltbelange, die nach Art. 20a GG Verfassungsrang haben, gegenüber der einfachgesetzlich garantierten Rohstoffsicherung vorrangig zu berücksichtigen.

³³⁵ Von *Hammerstein*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 54 Rn. 26.

³³⁶ Von *Mäßenhausen*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang § 48 Rn. 196.

gern falledann die Rolle der Mediatoren zu. „Bergbehörden schauen zu“,

- VA: de facto liege die Entscheidung bei der höheren Naturschutzbehörde, Stellungnahmen würden abgegeben und Bergbehörden setzten sich darüber in der Praxis nicht hinweg; Bergbehörde moderiere auch eher und wirke auf Konsens zwischen den Behörden hin, auch wenn die Hauptentscheidung rechtlich bei der Bergbehörde liege.
- VC: Die Prüfung der Umweltbelange hänge nicht vom Verfahren ab, sondern von dem Grundstück, den dortigen Besonderheiten und Naturgegebenheiten. Die naturschutzrechtliche Prüfung müsse eigentlich immer gemacht werden.
 - VD: Auch bei alten Rahmenbetriebsplänen müsse der Natur- und Artenschutz jetzt im Hauptbetriebsplan abgearbeitet werden. Das gelte auch für neue rechtliche Voraussetzungen oder Weiterentwicklungen, d.h. es gebe eine dynamische Anpassung der rechtlichen Pflichten.
 - VC: Erst der Hauptbetriebsplan vermittele ein Eingriffsrecht für Vorhabenträger.
- V4: Die Einbeziehung erfolge nach den Bestimmungen des BBergG; die Beteiligung im Rahmen der Aufgabenbereiche, und so erfolge sie auch umfassend, v.a. im Wasserrecht (im Einvernehmen mit der Wasserbehörde).
- V5: Die Bergbehörde nutze diese „prozessuale Macht“ nicht, um Fachbehörden zu „überregeln“. In der Regel würden die Stellungnahmen der Umweltbehörden im bergrechtlichen Verfahren auch berücksichtigt, es erfolge keine „Wegwägung“ durch die Bergbehörde, die sich auf die Einschätzung der Fachleute berufe.

Zentrale Aussagen der Umweltseite zur Einbeziehung anderer Fachbehörden

- UV4: Die Einbeziehung anderer Fachbehörden laufe vielfach über etwaige vorhandene Parallelverfahren im WHG, das mit Bewirtschaftungsermessen aus Umwelt- und Naturschutzsicht einen besseren Prüfungsmaßstab habe. Ein Problem entstehe dadurch, dass Bergbehörden sich mit Umweltbehörden oft nur ins „Benehmen“ setzen müssten, aber kein „Einvernehmen“ herstellen müssten, sodass die Letztentscheidung bei der Bergbehörde liege. Dadurch seien Umweltbelange tendenziell zweitrangig, obwohl sie rechtlich eigentlich gleichberechtigt seien. Dies sei aber nur ein Gefühl, dass wohl empirisch nicht belegbar sei. Entscheidungen lägen im Wesentlichen bei der Bergbehörde.
- UV4: Zum Berechtsamsverfahren sei festzustellen: Es gebe kein Mitspracherecht von Naturschutzbehörden, diese würden erst einbezogen, wenn die Berechtigungen schon erteilt worden seien. Aber auch hier seien die Einflussmöglichkeiten sehr gering, es sei denn man könne sich auf EU-Recht berufen (Stichwort „Verschlechterungsverbot in FFH-Gebieten“), Naturschutzbehörden seien „zahnlos“, d.h. sie brächten Belange ein, die aber „weggewogen“ werden oder nicht entsprechend gewichtet würden. Dieser Eindruck sei sehr deutlich, lasse sich aber leider nicht gut belegen, v.a. auch weil Vorgänge für Umweltverbände, die in vielen Verfahren nicht offiziell beteiligt würden, nicht immer transparent seien.
- UV1/UV2/UV3: Es bestehe der Eindruck, dass auch dann wenn Beteiligungsverfahren durchgeführt würden, die abgegebenen Beiträge nicht viel bringen würden, weil sie nicht entsprechend gewichtet würden. Naturschutzfachliche Entscheidungen, die z.T. erst nach den Betriebsplänen ergingen, würden dann im Hinblick auf die bereits ergangenen Entscheidungen im Betriebsplanverfahren nicht ergebnisoffen getroffen.
- UV1: Umfang und Qualität und Berücksichtigung der Einbeziehung anderer Behörden seien oft nicht gut (auch dies sei aber aus den genannten Gründen schwer belegbar): Es sei jedenfalls noch nie erlebt worden, dass sich die Naturschutzbehörden gegenüber den Bergbehördendurchgesetzt hätten.
- UV1: Eine unabhängige und vehemente Vertretung der Umweltbelange durch Umweltbehörden sei nicht feststellbar. Dabei seien gerade im Wasserrecht oft genug Versagungsgründe bzw. das wasserrechtliche

Ermessen vorhanden, die aber nicht genutzt würden.

- **UV1:** Etwas anders sehe es beim Fracking in NRW aus: Hier habe zwar das Problem bestanden, dass das Einvernehmen der Wasserbehörde gesetzlich nicht geregelt war. Es sei aber auch keine Wasserbehörde bekannt geworden, die Fracking positiv gegenüber stehe und die Wasserbehörden hätten sich im Rahmen der begrenzten Möglichkeiten gut für wasserrechtliche Belange eingebracht. Es seien hier aber keine Anträge auf Gewinnung beschieden worden, so dass es somit nie zum „Schwur“ gekommen sei.
- **UV5:** Die Einbeziehung erfolge über Stellungnahmen, die Letztentscheidung liege bei der Bergbehörde.
- **UV6:** In einem Bundesland schreibe die Bergbehörde die Stellungnahmen der Wasserbehörden quasi selbst. So soll von den Wasserbehörden der landesamtliche Gewässerdienst hinzugezogen werden, in Bergbaubelangen werde dieser aber durch die Bergbehörde vertreten, d.h. es gebe einen Zirkelschluss, indem die Wasserbehörde die Bergbehörde beteiligen solle, um eine Stellungnahme gegenüber der Bergbehörde abzugeben. Anders sei es z.B. in Bayern, wo großer Wert darauf gelegt werde, dass die Prüfung abgekoppelt stattfindet, ebenfalls in NRW. Das heiße aber, dass in dem betroffenen Bundesland die Bergbehörde den Wasserbehörden die Marschrichtung vorgebe. Die Einbeziehung erfolge bei den Aufsuchungserlaubnissen nur bzgl. der Landkreise, Gemeinden bekämen ein unverbindliches Informationsschreiben und es werde ihnen vermittelt, dass sie sowieso „nichts zu melden haben“. Es erfolge auch der Hinweis, dass möglichst nichts öffentlich bekannt gemacht werden solle. Die Beteiligung erfolge eigentlich auch nur bei Ersterteilung der Erlaubnisse; da sich hier aber ein Markt des Weiterverkaufs etabliert habe, werde dies ausgehebelt, auch wenn es sich bei der neuen Tätigkeit um etwas ganz anderes handle (Bsp: ein großer Erdgaskonzern habe sich im Hinblick auf Schiefergas einen großen Teil an Fläche gesichert, bilde jetzt Unterkonsortien, um mit zwei Unternehmen auf dem gleichen Gebiet tätig zu werden, im eigenen Namen für Schiefergas, und mit anderen Unternehmen für die klassischen Erdgas-Lagerstätten. In einem anderen Fall habe ein Unternehmen zuerst TightGas gefördert. Dann sei nach Kohleflözgas in sehr geringen Tiefen gesucht worden – obwohl dies ein völlig anderer Sachverhalt sei. Dies werde den Landkreisen aber nicht zur Erweiterung oder Verlängerung zur Stellungnahme vorgelegt. Schließlich sei in einem dritten Fall in einem anderen Bundesland ein auf 5-Jahre ausgerichteter Plan zurückgegeben worden, mit der Aufforderung Bohrungen zu streichen und auf Datenauswertung zu gehen, dann sei die Zulassung auf 3 Jahre zugesagt worden. Die Wasserbehörde könne sich dann nicht mehr effektiv beteiligen, da keine Bohrung erfolge, in der Zulassung sei aber auch bereits festgelegt worden, unter welchen Bedingungen in der Folge dann Bohrung zugelassen werde, unter Umgehung der Wasserbehörde. Das sei belegbar.
- **UV6:** In gewissen Behörden herrsche auch eine Resignation, da sie ja für die eigentliche Erlaubnis gar nicht zuständig seien. Zum Beispiel sei ein Fall bekannt, in dem eine: Wasserbehörde zwar bemängelt habe, dass gewisse Unterlagen nicht vorlägen, sie hätte ihr Einvernehmen aber trotzdem erteilt. Selbst bei Hinweis auf die Möglichkeit von Auflagen, hätte sie sich nicht getraut, das aufzunehmen, sondern eher als Stellungnahme des Landkreises eingebracht, was noch berücksichtigt werden müsste. Ggf. liege das an dem Verhältnis Landkreis – Landesbehörde. Jedenfalls sei feststellbar, dass ein Umweltbelang in der Praxis nicht so stark sein könne, dass dieses Verhältnis ausgehebelt würde.
- **UV7:** Behörde im Sinne des BBergG sei auch die Kommune. Bei zwei Erdgas-Feldern, die verlängert werden sollten, sei es den Gemeinden aber gar nicht möglich gewesen, dies zu beurteilen. Zwar sei in der Regel auch ein Arbeitsprogramm beigelegt, das aber weitestgehend geschwärzt sei. In einem anderen Fall habe gar kein neues Arbeitsprogramm vorgelegen. Hier gebe es ein Defizit bei der Ermittlung der Unterlagen, sodass auch die Einbeziehung schwierig sei. Die Behörden protestierten dagegen auch.
- **UV8:** Die Einbeziehung erfolge nur sehr oberflächlich: Von den Fracking-Verfahren abgesehen sei nur sehr begrenzt beteiligt worden, was schlicht an den Positionen liege, die es gebe bzw. nicht gebe. Ein Beispiel sei der Hauptbetriebsplan für ein Braunkohletagebau: Die Beteiligung sei praktisch nicht existent gewesen. Die fachbehördliche Einschätzung nach § 22 BImSchG (schädliche Umwelteinwirkungen) sei sehr re-

levant gewesen, die Stellungnahme der Fachbehörde beschränke sich aber auf einen Satz. Grund dafür sei wohl., dass die Behörden Fehlvorstellungen über ihre Einwirkungsmöglichkeiten hätten. Im Planfeststellungsverfahren bestehe eine klare Regelung der Bedeutung einer Stellungnahme, nach Bergrecht sei dagegen eine Allzuständigkeit der Bergbehörden gegeben, das suggeriere: „die werden das schon machen“. Bei immissionsschutzrechtlichen Prüfungen sei das in der Praxis eindeutig. Die Immissionsschutzbehörde könne sich materiell-rechtlich genauso beteiligen wie in einem Straßenbauverfahren. Faktisch passiere dies im Bergrecht nicht. Dementsprechend entscheiden die Bergbehörden letztlich über die Umweltbelange obwohl dies nicht in ihrer Zuständigkeit liege.

- **UV9:** Eine intensive Einbeziehung der Umweltbehörden in den Zulassungsverfahren habe zumeist stattgefunden. Die Beteiligungsvorschriften seien eingehalten worden. In mündlichen Verhandlungen sei z.B. zu beobachten gewesen, dass die Bergbehörden zu umweltrechtlichen Fragen nicht viel zu sagen gehabt hätten und an die jeweiligen Fachbehörden delegiert hätten. Fachlich seien bei den Bergbehörden wenige Kenntnisse zu umwelt- und naturschutzrechtlichen Fragen vorhanden gewesen. Die schleswig-holsteinischen Umweltbehörden und das Umweltministerium hätten insgesamt durchaus intern darauf hingewirkt, dass einige Dinge verbessert worden seien. Wäre das nicht der Fall gewesen, sei die Entscheidung noch stärker zu Lasten der Umweltgegangen. Das änderte aber nichts daran, dass viele dieser Maßnahmen, als vorgezogene Maßnahme ohne vorherige Planfeststellung durchgezogen worden seien und das sei ein großes Problem gewesen.
- **UV9:** Differenzierter muss ich allerdings sagen, dass diese Beobachtung spezifisch für Fälle in Schleswig-Holstein gelte: Von Bundesland zu Bundesland/Fachbehörde zu Fachbehörde bestünden da große Unterschiede, wie die Fachbehörden sich einbrächten. In Schleswig-Holstein bestünden gute Erfahrungen, in anderen Fällen, in denen es eine „politische Deckelung“ gebe oder Kapazitätsprobleme bestünden (z.B. erfolge in Niedersachsen fast keine Beteiligung der Fachbehörden), hätten die Bergbehörden häufig sehr angreifbare Entscheidungen getroffen. Die Frage, ob sich die fachlichen Unsicherheiten in den Bergämtern, praktisch auswirkten, hänge sehr stark davon ab, wie aktiv und intensiv sich die Fachbehörden einbrächten. Diesbezüglich gebe es sehr große Unterschiede.
- **UV10:** Die relevanten Fachbehörden würden schon alle einbezogen. Aber die Stellungnahmen der Umweltbehörden könnten nicht entscheidungsrelevant werden. Bei der Bergbehörde liege am Ende die Entscheidung. Zudem sei die Fragestellung entscheidend. Bergbehörden müssten die Themen setzen und bspw. die irreversiblen Schäden am Grundwasserhaushalt und die Ewigkeitskosten diskutieren, sonst könnten die Umweltbehörden keine Stellung dazu nehmen. Die Interpretations- und Fragestellungshoheit der Bergbehörde sei entscheidend. Es seien keine konkreten Fälle bekannt, in denen die relevanten Umweltbehörden direkt übergegangen worden seien.

Zentrale Aussagen der Behörden zur Einbeziehung anderer Fachbehörden

- **B1:** Es gebe keine gesetzlichen oder untergesetzlichen Vorgaben, nur ein Erlass, wer als Träger öffentlicher Belange gelte; und dann gebe es einen Verteiler. Dies gelte bei der Rahmenbetriebsplanzulassung mit UVP sowieso (dann würden auch Umweltverbände einbezogen, auch beim fakultativen, z.T. überobligatorisch), danach soweit erforderlich. In Hauptbetriebsplanzulassungsverfahren erfolge regelmäßig keine Einbeziehung, es sei denn diese sei erforderlich (z.B. wenn kein Rahmenbetriebsplan).
- **B2:** Die Einbeziehung sei sehr häufig und auch umfangreich. Im Naturschutzrecht bestehe im betroffenen Bundesland eine Bündelung für die Naturschutzbelange bei einer Landesoberbehörde für Umweltschutz. Es sei zuständig, wenn eine obere Landesbehörde (wie die Bergbehörde) eine Genehmigungsentscheidung treffe, so auch für bergrechtliche Entscheidungen. Den Stellungnahmen und Vorschlägen anderer Fachbehörden werde in der Regel gefolgt, es sei denn sie seien total abwegig. Gleichzeitig sei die Bergbehörde die Genehmigungsbehörde für fast alle Umweltbelange außer Naturschutz (es sei denn im Rahmen von Planfeststellungen), z.B. auch für die wasserrechtliche Planfeststellung, das Bodenschutzrecht,

das Immissionsschutzrecht etc.)

- B3: Die Frage, wie einbezogen werde, hänge an der Behördenstruktur der jeweiligen Länder, diese seien unterschiedlich strukturiert. Alle Länder müssten bei bergbehördlichen Verfahren die zuständigen Behörden beteiligen. Wasserbehörden, Naturschutzbehörden, Umweltbehörden. Unterschiede könnten zwischen den Ländern dahingehend vorliegen, ob mehrfache Beteiligung (im Wasserrecht Praxis wg. förmlichen Einvernehmen) oder, in anderen Bereichen, einmalige Beteiligungen vorgesehen seien.
- B3: zur Frage, welche Behörde de facto die Hauptentscheidung über die Umweltbelange habe, sei zusa-gen, dass zumeist die untere Ebene, also die Landratsämter oder Landesverwaltungsämter, für die Hauptentscheidung zuständig seien und alle Belange abdecken müssten (Naturschutz, Wasser, Bodenschutz = Bündelungswirkung). Auf der übergeordneten Ebene (Landesämter) bestünden spezialisierte Behörden (Geologie, Strahlenschutz), deren Entscheidungen keine Bündelungswirkung entfalteten. Umgekehrt seien die Entscheidungen der unteren Behörden zumeist mit Bündelungswirkung ausgestattet: Immissionsschutz, Wasser, Artenschutz, Bodenschutzrecht würden im Regelfall mitvertreten. Man prüfe diese Stellungnahmen. Im Regelfall seien diese fachlich gut nachvollziehbar. In der Regel würden offene (rechtliche) Fragen bilateral geklärt, oder ggf. nicht berücksichtigt, falls beispielsweise keine Rechtsgrundlage für die betreffende Entscheidung bestehe (z.B. wenn Nebenbestimmungen oder Restriktionen ohne Rechtsgrundlage erlassen würden). Die Bergbehörde trage die rechtliche Verantwortung als Genehmigungsbehörde. Einzelne Vorschläge könnten immer wieder nicht berücksichtigt werden, da schlichtweg keine Rechtsgrundlage bestehe. Die fachlichen Stellungnahmen seien dagegen meistens ordentlich.
- B4: Über § 54 Abs. 2 BBergG würden alle Fachbehörden bei jedem Zulassungsverfahren beteiligt, man beteilige sehr weitgehend, weil man die Verantwortung für die jeweilige Materie bei den jeweiligen Behörden auf Kreisebene, auch bei den oberen Wasserbehörden, sehe. Es gebe also eine umfängliche Beteiligung, die entscheidende Behörde sei regelmäßig die Bergbehörde. Eine Ausnahme sei das Einvernehmen der Wasserbehörden zu wasserwirtschaftlichen Fragen. Hier entscheide die Wasserbehörde, das Bergamt vertrete und kommuniziere nach außen (auch gerichtlich). Konflikte zwischen den Sektoren gebe es zahlreich, wenn die Ministerien sich nicht einig seien, z.B. im sehr bekannten Fall Garzweiler II, in dem sich Umwelt- und Wirtschaftsministerium uneinig gewesen seien. Diese Konflikte müssten aber auch auf Ressortebene geklärt werden.
- B4: Die Hauptentscheidung über Umweltbelange liege de facto bei der Bergbehörde, über die Wasserbehörden könne man sich aber nicht hinwegsetzen.
- B5 (Wasserbehörde): Die letzten Verfahren seien alle über das Ministerium gelaufen. Dem Ministerium obliege seit einer Umstrukturierung die Federführung (gerade bei größeren, übergreifenden Verfahren). Die konkrete Zuständigkeit sei verfahrensabhängig. Je nach Größe und Umfang habe sich auch die Staatskanzlei damit auseinandergesetzt; die zuständigen Landesministerien seien beteiligt gewesen. Die Frage, wer die Hauptentscheidung über Umweltbelange trifft, liege aber nicht in der Expertise der Wasserbehörde, man bekomme auch oft kein Feedback.
- B6 (Geologischer Dienst): Wer de facto die Hauptentscheidung über Umweltbelange trifft, könne aus der Perspektive des Geologischen Dienstes nicht genau gesagt werden. Vermutlich setze sich die Bergbehörde nicht ohne weiteres über einen fachlichen Rat des Geologischen Dienstes hinweg. Dafür seien die Fachleute dort ja da. Beispielsweise habe es hinsichtlich einer Aufsuchungserlaubnis seitens der Hydrogeologen des Geologischen Dienstes stärkste Bedenken gegeben, da nicht auszuschließen gewesen sei, dass wasserführende Bereiche bedroht würden und ein naheliegendes Heilbad gefährdet werde. Hier sei die Bergbehörde dem Rat des Geologischen Dienstes gefolgt.

3.6 Anforderungen an die Gewinnungstätigkeit

3.6.1 Anforderungen an den Betrieb nach dem Bergrecht

Anknüpfungspunkte im Recht über den Betrieb finden sich bereits in § 48 Abs. 2 BBergG, der nach seiner Systematik zwar erst nach Beginn der Bergbautätigkeit gilt, aber vornehmlich aus Zulassungsvoraussetzung im Betriebsplanverfahren gehandhabt wird. Hier sind z.B. nachträgliche Auflagen zur Sicherstellung der Voraussetzungen des § 48 Abs. 2 BBergG möglich.³³⁷

Abfallrechtliche Vorschriften bezüglich der Entsorgung von Abfällen, die bei der Gewinnung anfallen, sind bereits im Rahmen der Betriebsplanzulassung (§ 55 Abs. 1 Nr. 6 BBergG) zu berücksichtigen.

Über diese Berücksichtigung im Betriebsplanverfahren hinaus, regelt § 22a ABergV die Entsorgung von Abfällen bergbaulicher Tätigkeit. Das Verhältnis zum allgemeinen Abfallrecht des Kreislaufwirtschaftsgesetzes (KrWG)³³⁸ wird durch § 2 Abs. 2 Nr. 7 KrWG geregelt, demnach Abfälle, die unmittelbar beim Gewinnen von Bodenschätzen anfallen und nach dem BBergG entsorgt werden, nicht der Geltung des KrWG unterfallen. Jedoch ist die Abgrenzung zwischen der herkunftsbezogenen Umschreibung der Abfälle in § 55 Abs. 1 Nr. 6 BBergG mit dem Unmittelbarkeitserfordernis des § 2 Abs. 2 Nr. 7 KrWG nicht eindeutig.³³⁹ Mit der bergrechtlichen Regelung der Abfälle sind Privilegierungen verbunden.³⁴⁰ Aus diesem Grund ist fraglich, warum eine Unterscheidung der unmittelbaren und mittelbaren Bergbauabfälle überhaupt besteht. Aus Umweltgesichtspunkten bestehen hier jedenfalls keine Unterschiede.

Die ABergV definiert darüber hinaus weitere Anforderungen an die Gewinnungstätigkeit. Nach § 22b S. 4 ABergV, der nur für die Gewinnung von Erdgas, Erdöl und Erdwärme gilt, können die Behörden Anordnungen zur Modernisierung der Betriebsanlagen anordnen, sofern dies zur Vorsorge auch von Umweltgefahren erforderlich ist. Allerdings enthält diese Möglichkeit der Anordnung durch die Bergaufsicht (§ 69 BBergG) ein Element der Verhältnismäßigkeit, die gewahrt sein muss.

Nach § 22c Abs. 1 ABergV ist der Umgang mit Lagerstättenwasser von der Gewinnung von Erdgas und Erdöl geregelt. Dieses Wasser ist oft mit Schadstoffen verseucht oder radioaktiv.³⁴¹ Transport und Zwischenlagerung des Lagerstättenwassers müssen Umweltgefährdungen vermeiden, die untätige Einbringung des Lagerstättenwassers darf den Zustand des Grundwassers nicht nachteilig verändern. Abs. 2 regelt den Umgang mit Lagerstättenwasser und Rückfluss bei Fracking. Das Lagerstättenwasser mit dem entsprechend Abs. 1 verfahren wird, darf demnach wassergefährdende Stoffe zu einem gewissen Anteil enthalten.

Nach § 57 BBergG sind während des Betriebs darüber hinaus faktische Abweichungen vom Betriebsplan zur Abwendung von Gefahren möglich. Dies kann aus Umweltschutzperspektive jedoch auch nachteilig sein, da denkbar ist, dass Störfälle eine Vernachlässigung umweltrechtlicher Bestimmungen (im Betriebsplan) zur Folge haben.

³³⁷ Kühne, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 48 Rn. 37.

³³⁸ Kreislaufwirtschaftsgesetz vom 24.02.2012 (BGBl. I S. 212), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 9 des Gesetzes vom 20.07.2017 (BGBl. I S. 2808) geändert worden ist.

³³⁹ Dazu m.w.N. von Mäßenhausen, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 55 Rn. 64.

³⁴⁰ A.A. von Mäßenhausen, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 55 Rn. 64.

³⁴¹ Niedersächsisches Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr: Entsorgung von Lagerstättenwasser bei der Förderung von Erdgas und Erdöl, <http://www.mw.niedersachsen.de/aktuelles/presseinformationen/entsorgung-von-lagerstaettenwasser-bei-der-foerderung-von-erdgas-und-erdoel-106793.html>.

3.6.2 Maßnahmen der Bergaufsicht

Die Betriebsplanzulassung kann nach § 56 Abs. 1 BBergG nachträglich abgeändert werden, wenn dies zur Sicherstellung der Zulassungsvoraussetzungen notwendig ist. Diese Befugnis der Bergbehörde hat grundsätzlich Vorrang vor der Möglichkeit, nachträgliche Anordnungen nach § 71 BBergG zu treffen.³⁴² Die Berücksichtigung von Umweltbelangen nach § 56 Abs. 1 BBergG im Rahmen von nachträglichen Anordnungen ist damit möglich. Von dieser Möglichkeit kann nach der aktuellen Fassung des BBergG, das Umweltbelange nicht ausdrücklich berücksichtigt, jedoch nur in eingeschränktem Maße Gebrauch gemacht werden.

Kommt eine Änderung des Betriebsplans nach § 56 Abs. 1 nicht in Betracht, ist die nachträgliche bergaufsichtliche Anordnung nach § 71 Abs. 1 BBergG möglich. Diese nachträglichen bergaufsichtlichen Anordnungen sind für alle nach dem Bergrecht und im Betriebsplanzulassungsverfahren über § 48 Abs. 2 BBergG zu berücksichtigenden (Umwelt-)Belange, d.h. für solche, die kein eigenständiges Genehmigungsverfahren nach sich ziehen, anwendbar (sie greifen damit z.B. für die Einhaltung bodenschutzrechtlicher Bestimmungen).³⁴³ Darüber hinaus sind sie nur zum Schutz von Leben, Gesundheit und Sachgütern zulässig (siehe § 71 Abs. 1 S. 2 BBergG).

Die Einhaltung von Umweltgesetzen darüber hinaus ist nach Maßgabe der Fachgesetze sicherzustellen.³⁴⁴ Möglich ist jedoch, dass hierfür die Zuständigkeit der Bergaufsicht begründet ist.³⁴⁵

Im Ergebnis kann damit Umweltgefahren während des Betriebes, wenn die Gefahrenschwelle des § 71 Abs. 1 S. 2 BBergG nicht erreicht ist, über den inhaltlich durch das Zulassungsverfahren gesteckten Rahmen nicht durch besondere Anordnungsbefugnisse entgegengewirkt werden.

3.6.3 Ergebnisse der Interviews zur Nachsteuerung

Zentrale Aussagen der Vorhabenträger zur Nachsteuerung

Die Vorhabenträger führen eine Reihe von Möglichkeiten zur Nachsteuerung in unterschiedlichen Phasen eines Vorhabens an:

- Zum einen werde die Kontrolle und Nachsteuerung durch die Hauptbetriebspläne im zweijährigen Turnus ermöglicht. Dabei könne – wie bei sämtlichen Erlaubnissen und Bewilligungen – ein zuweilen umfangreicher Katalog von Nebenbestimmungen erlassen werden. Hierin würden bestimmte fachkundig erstellte Prognoseentscheidungen getroffen. Häufig sei auch schon vorgesehen, welche Maßnahmen zu treffen seien, wenn die Prognosen sich als nicht zutreffend erwiesen
- Ein ebenfalls in Nebenbestimmungen vorgeschriebenes Monitoring sichere die Prognoseentscheidungen ab. Solche gezielten Maßnahmen sollten also die in den Zulassungsentscheidungen getroffenen Prognosen überprüfen. So würden in konkreten Vorhaben beispielsweise bestimmte Flächen als Referenzflächen durch Behörden und Umweltschutzorganisationen beobachtet. Im Fall des Abweichens von Prognosen könnten durch die Nebenbestimmungen, die beispielsweise schon als Auflagenvorbehalte in den Zulassungen enthalten sind, zusätzliche Maßnahmen getroffen werden. Ein Monitoring in dieser Form sei zu einer Vielzahl kritischer Aspekte vorgesehen, etwa hinsichtlich Wasserstandsmessungen, Grundwasserproben, auch ökologischer Betriebsbegleitung, Berichte über Rekultivierungsstand, aber auch zur Entwicklung der Bestände bestimmter Arten.

³⁴² Keienburg, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 71 Rn. 5.

³⁴³ Von Mäßenhausen, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang § 48 Rn. 50.

³⁴⁴ Keienburg, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 71 Rn. 3.

³⁴⁵ Keienburg, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 71 Rn. 3.

- Neben rechtsverbindlichen Nebenbestimmungen seien auch einvernehmliche Zusatzprotokolle Praxis. Dabei würden Belange des Naturschutzes, beispielsweise zur Förderung von Amphibien, oder ein vorgezogener Ausgleich im Sinne des Artenschutzes in Abstimmung mit den Gemeinden und der oberen Naturschutzbehörde behandelt. Auch freiwillige Vereinbarungen über Maßnahmen mit Umweltverbänden kämen vor.
- Eine ex post vorgenommene, rechtssichere Kontrolle erfolge zudem auch immer im Abschlussbetriebsplan, in dem etwa gerade auch die Einhaltung bestimmter Nebenbestimmungen oder einvernehmlicher Zusatzprotokollen überprüft werde. Auch Träger öffentlicher Belange könnten hier wiederum ihre Belange einbringen.
- Schließlich stünden die Vorhabenträger unter der Bergaufsicht. Die Behörde könne also Anordnungen treffen, wenn von der Genehmigung abgewichen werde.
- Die Vorhabenträger betonen allerdings mehrfach, dass die Notwendigkeit einer entsprechenden Nachsteuerung bisher nicht bestanden habe. Entwicklungen erfolgten weitgehend wie prognostiziert. Es werde lediglich von einer aufgrund von Erderschütterungen erforderlich gewordenen sofortigen Stilllegung des Betriebes infolge einer unternehmerischen Entscheidung berichtet, die einer behördlichen Entscheidung zuvorkommen sollte. Hier habe es sich um ein nicht mehr beherrschbares Risiko gehandelt.

Zentrale Aussagen der Umweltseite zur Nachsteuerung

Die Umweltverbände äußern erhebliche Zweifel an der Wirksamkeit der gesetzlich vorgesehenen Mechanismen zur Kontrolle und Nachsteuerung:

- Als übergeordnetes Problem wird ein Vollzugsdefizit angeführt: Die etwa in Nebenbestimmungen getroffenen Vorgaben würden nicht von Amts wegen kontrolliert. Es bestünden bereits Zweifel, ob Monitoringberichte überhaupt gelesen würden. Beispielsweise seien Festlegungen von Grenzwerten im Vorfeld von Vorhaben in Gutachten stimmig, in der Praxis könnten sie aber überschritten werden, ohne dass das jemand kontrolliere. Die Bergbehörden würden erst tätig, wenn es Meldungen oder wenn es offensichtliche Unfälle gebe. Selbst wenn seitens der Umweltverbände nachträglicher Kompensations- oder Handlungsbedarf gesehen werde und diesbezügliche Stellungnahmen eingereicht würden, komme es in der Praxis, beispielsweise im Braunkohlebergbau, häufig nicht zu einer Reaktion der Behörde. Als praktisches Beispiel wird die Nichteinhaltung von Vorgaben zur Verkippung angeführt: Hier sei die Einhaltung faktisch nicht kontrolliert worden, weil die Behörde davon ausgegangen sei, dass das bereits geregelt worden sei, und der Vorhabenträger das schon machen werde, weil die Arbeitspläne das so reflektierten.
- Der Grund für diese Vollzugsdefizite liege in fehlenden Kapazitäten und Ressourcen der Bergbehörde.
- Auch die vorherige Ankündigung von Kontrollen verringere die Aussagekraft von Kontrollen.
- Ein weiteres Problem bestehe in der rechtlichen Beweislastverteilung. Diese solle schon aus praktischen Gründen nicht bei den Betroffenen liegen, da diese nicht über die finanziellen Mittel verfügten, eigene Messungen zu Umweltbelastungen durchzuführen oder Sachverständige zu beauftragen. Stattdessen sollten die Unternehmer dazu verpflichtet werden, die Einhaltung der gesetzlichen und behördlichen Vorgaben nachzuweisen.
- Als eine weitere denkbare Lösung dieser Probleme wird ein systematisches Monitoring vorgeschlagen. Dies solle verbindlich festgeschrieben werden, weil sonst gerade bei kleineren Vorhaben keine Nachsteuerung stattfinden werde.
- Aus der Perspektive eines – Bergschäden begutachtenden – Markscheiders, ist die Frage der Nachsteuerung wie folgt zu beurteilen: Es gebe nicht viele Fälle, in denen entgegen dem Bergbauinteresse nachgesteuert worden sei. Das Betriebsinteresse habe immer alles dominiert. Die Problematik sei auch technisch nicht so einfach, die Nachsteuerung gehe oft eher in die andere Richtung. Im Nachhinein würden

eher bestehende Verpflichtungen – wenn diese zu aufwendig würden – einfach gekippt. So sei beispielsweise bei der Verfüllung von Tagebaurestseen mit Wasser wirtschaftlicher ist als das Wiederverfüllen, was den Landwirten und Kommunen im Betriebsplanverfahren versprochen worden sei. Die Nachsteuerung sei so angelegt, dass es auf Kosten der Öffentlichkeit gehe. Es gebe faktische Entscheidungen des Unternehmens, die entgegen der Betriebsplanzulassung zum Vorteil des Bergbaubetreibers abwichen.

- Es sei ein allgemeines Problem, dass sich vieles oft nicht so genau festmachen ließe. Ein Beispiel sei der Tagebau Hambach. Jedes Jahr des Betriebes würden die Eingriffe tiefer. Das bedeute, dass das Grundwasser stärker abgesenkt werde. Auch 30 km entfernt gebe es noch Totalschäden. Gegenmaßnahmen seien nicht einkalkuliert worden. Eine Gegensteuerung finde nicht statt. Der Betreiber berufe sich auf die alte (Rahmen-)Betriebsplanzulassung und halte sich daran fest.
- Diejenigen, die in den Arbeitsgruppen zum Monitoring säßen und dieses prüften, berücksichtigten ganz wichtige Aspekte gar nicht. Die Arbeitsgruppen sollten sich Gedanken machen über die Umweltbelange und Nachhaltigkeit. Dies täten sie aber nicht.

Zentrale Aussagen der Behörden zur Nachsteuerung

Auch die Behördenvertreter führen eine Reihe von möglichen Instrumenten der Bergaufsicht an:

- Zum einen sei die Hauptbetriebsplanzulassung als Überwachungsinstrument zu betrachten, daneben sei auch die Zurücknahme oder die Einschränkung von Zulassungen möglich. Als Grundlage für diese Entscheidungen würden die Monitoringberichte genutzt, die mit den ursprünglichen Feststellungen verglichen würden und es werde die Frage gestellt, ob durch etwaige Abweichungen die Genehmigung als Ganze in Frage gestellt werde. Erforderliche Maßnahmen könnten über Nebenbestimmungen – etwa in der Form von nachträglichen Auflagen zur Betriebsplanzulassung – aufgegeben werden. Dies erfolge allerdings nur selten. Ergänzungen und Änderungen zum Betriebsplan würden dagegen in der Praxis häufig vom Unternehmer initiiert – etwa wenn zuvor die fachlichen Zielstellungen aufgrund des Monitoring-Berichts von der Behörde formuliert würden. Im Extremfall seien, etwa im Fall von nachträglich auftretenden Versagungsgründen, schließlich grundsätzlich auch ein Widerruf bzw. eine Rücknahme der Genehmigung denkbar. Allerdings wird übereinstimmend erklärt, dass derartige Extremfälle bislang nicht vorgekommen seien. In der Regel werde durch Begrenzungen oder sonstige Anpassungen der Genehmigung reagiert. Nachträgliche Auflagen würden des Weiteren häufig auf dem Klageweg angegriffen.

3.6.4 Anforderungen an den Betrieb nach anderen Gesetzen

Für manche Vorhaben ist keine zum bergrechtlichen Verfahren gesonderte zusätzliche Genehmigung nach einem anderen Fachgesetz notwendig, so z.B. für nicht genehmigungsbedürftige Anlagen nach dem Immissionsschutzrecht. Nichtsdestotrotz formuliert etwa das BImSchG Anforderungen an den Betrieb in Form von Betreiberpflichten. So sind z.B. nach § 22 BImSchG vermeidbare schädliche Umwelteinwirkungen zu verhindern, unvermeidbare schädliche Umwelteinwirkungen zu reduzieren und Abfälle ordnungsgemäß zu beseitigen.³⁴⁶ Auch das Bundes-Bodenschutzgesetz (BBodSchG)³⁴⁷

³⁴⁶ Eine weitere Konkretisierung der abfallbezogenen Betreiberpflicht durch Rechtsverordnung nach § 22 Abs. 1 S. 2 BImSchG, die bestimmt, für welche Anlagen die erhöhten Anforderungen an den Betreiber nach § 5 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG gelten, besteht nicht. Da mit § 22a ABergV auch sehr ausdifferenzierte Regelungen für den Umgang mit Abfällen im Bergbau bestehen dürfte sich dies für Anlagen des Bergrechts auch nicht empfehlen.

³⁴⁷ § 7 S. 2 BBodSchG i.V.m. § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BBodSchV.

und des KrWG³⁴⁸ beinhalten außerbergrechtliche Regelungen, die seitens des Bergbauunternehmens zu beachten sind soweit keine gesonderte Genehmigung einzuholen ist.³⁴⁹

Diese Pflichten gelten auch während des Betriebes eines bergbaulichen Gewinnungs- bzw. Rekultivierungsvorhabens.

Andere Vorgaben z.B. des BBodSchG finden neben den bergrechtlichen Vorschriften nur subsidiäre Anwendung, d.h. soweit das Bergrecht Einwirkungen auf den Boden nicht regelt (§ 3 Abs. 1 Nr. 10 BBodSchG). Auch wenn das Bergrecht viele bodenbezogene Pflichten enthält, finden damit v.a. die Handlungs-, Zustands- und Beseitigungspflichten des § 4 BBodSchG Anwendung.³⁵⁰

Hierbei ist zu beachten, dass sich in der Rechtsprechung, in Bezug auf die Anwendbarkeit von Schadstoffwerten aus dem Bodenschutzrecht auf einen Sonderbetriebsplan, herausgebildet hat, dass sich mit der Fortentwicklung der Umweltrechtssetzung (z.B. im Hinblick auf Schadstoffgrenzwerte) auch die Betriebsplanzulassung dynamisch anpasst (im Sinne einer unmittelbar zulassungsmodifizierenden Wirkung des Fachrechts). Im Laufe des Betriebs strenger werdende Anforderungen bedürfen daher keiner Änderung der Betriebsplanzulassung.³⁵¹ Dies wurde zwar vom BVerwG bestätigt,³⁵² bleibt jedoch umstritten³⁵³ und ist gesetzlich nicht geregelt im Bergrecht, würde jedoch die sich mit wandelnden Umweltherausforderungen angepasste Umweltgesetzgebung im Bergrecht stärken.

3.7 Zwischenfazit und Handlungsempfehlungen

Im Bergrecht gibt es bislang nur wenige Anknüpfungspunkte für die Berücksichtigung von Umweltbelangen. Gerade das Betriebsplanzulassungsverfahren, als zentraler Verfahrens- und Prüfungsschritt zur Realisierung von Vorhaben, bietet sich dabei an, die Einbringung der Belange des Umweltschutzes bei Aufsuchungs- und Gewinnungsvorhaben effektiver zu regeln. Bislang fehlen konkrete gesetzliche Fixierungen zur Berücksichtigung der Umweltauswirkungen von Bergbauvorhaben, insbesondere im Sinne von umweltbezogenen Zulassungsvoraussetzungen. Die Rechtsprechung hat § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG als einzige hierfür geeignete Norm identifiziert und richterrechtlich weiterentwickelt.³⁵⁴ Dieser wird eine hinreichende Öffnung beigemessen, um mit ihr als Auffangtatbestand öffentliche Interessen – und so auch die Interessen des Umweltschutzes – einem Abbauvorhaben entgegenzuhalten. Hier bleibt ein hoher Reformbedarf zu konstatieren, insbesondere da bereits nach der jetzigen Rechtslage nach Einfügung des Staatsziels Umweltschutz in Art. 20a GG Umweltbelange in die bergrechtliche Zulassungsentscheidung mit einbezogen werden müssten und nicht per se von Rohstoffinteressen überlagert werden dürfen, sondern umgekehrt sogar auch diese überlagern können.³⁵⁵ Die aktuelle Gesetzeslage im Bergrecht schafft damit Unsicherheiten, die zu Lasten der Berücksichtigung von Umweltbelangen gehen, insbesondere in Bezug auf die Berücksichtigung neuer Entwicklungen im Umweltrecht.³⁵⁶ Daher sollten auf Bundesebene neue Vorschriften zur Integration von oder zur besseren Verzahnung mit dem Umweltrecht geschaffen werden. Landesrechtliche Rege-

³⁴⁸ § 7 Abs. 3 KrWG.

³⁴⁹ Vgl. *OVG Magdeburg*, Urt. v. 07.12.2016 (2 L 17/14, 2 L 21/14, 2 L 79/14).

³⁵⁰ *Piensch*, in: *Piensch/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, 2. Aufl. 2013, Anhang § 56 Rn. 93 ff.

³⁵¹ Hierzu im Allgemeinen *Attendorn*, NVwZ 2011, 327 ff., der jedoch die direkt zulassungsmodifizierende Wirkung der bodenschutzrechtlichen Bestimmungen entgegen der Rechtsprechung verneint.

³⁵² BVerwGE 123, 247.

³⁵³ Siehe *Attendorn*, NVwZ 2011, 327 (331).

³⁵⁴ *Ludwig*, ZUR 2012, 150 (156); *Ludwig*, ZUR 2014, 451 ff.

³⁵⁵ *Frenz*, DVBl. 2016, 679 (680).

³⁵⁶ *Ludwig*, ZUR 2012, 150 (156f.).

lungen werden oft mit dem Hinweis auf das überlagernde Bundesrecht (insbesondere die Rohstoffsicherungsklausel nach § 48 Abs. 1 S. 2 BBergG) ausgehöhlt.³⁵⁷ Es ist nach der aktuellen Rechtslage weiterhin unklar bzw. der behördlichen Praxis und deren etwaigen im Einzelfall erfolgenden gerichtlichen Kontrolle vorbehalten, inwieweit Umweltbelange als Betriebsplanzulassungsvoraussetzung gehandhabt werden und in Bezug auf welchen Betriebsplan dies in welchem Umfang erfolgt. Dies bringt ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit für alle Beteiligten mit sich.

Eine besondere Schwierigkeit ergibt sich in diesem Zusammenhang daraus, dass nicht abschließend geklärt ist, in welchem der unterschiedlichen Betriebsplanzulassungsverfahren für das gleiche Vorhaben letztlich die Umweltbelange mit welchem Detaillierungsgrad zu prüfen sind. Das obligatorische Rahmenbetriebsplanverfahren (§ 52 Abs. 2a BBergG), in welchem der Gesetzgeber die – soweit einschlägige – Pflicht zur Durchführung einer UVP verortet hat, bietet sich aufgrund des damit verbundenen größeren Blicks auf den gesamten Abbaubereich oder jedenfalls eine größere Teilfläche bezogene Betrachtung hierfür an. Erfolgt diese Betrachtung allerdings im Zuge der Entscheidung über eine Rahmenbetriebsplanzulassung, so liegt dies regelmäßig viele Jahre bzw. sogar Jahrzehnte vor der Realisierung des Eingriffs in das betreffende Schutzgut. Das gegenwärtig durch Rechtsvorschriften kaum näher geregelte Verhältnis der einzelnen Betriebsplanzulassungsentscheidungen bedarf auch deswegen einer Ausdifferenzierung durch den Gesetzgeber. Dabei ist teilweise konträr zueinanderstehenden Interessen Rechnung zu tragen: Einerseits ist sowohl ein legitimes unternehmerisches Interesse zu konstatieren, frühestmöglich eine grundsätzliche Entscheidung über die Zulassungsfähigkeit eines Vorhabens zu erhalten, für dessen Durchführung Investitionsentscheidungen getroffen werden müssen. Auch aus Sicht der durch ein Bergbauvorhaben betroffenen Belange der Menschen und der Umwelt gibt es ein großes Bedürfnis an einer frühen Grundsatzentscheidung, die dann ggf. auch einer umfänglichen gerichtlichen Kontrolle zugeführt werden kann. Indessen muss diese Entscheidung aufgrund des Umstandes, dass diese in Bezug auf die dem Beginn des Vorhabens weit entfernten (künftigen) Eingriffsorte viele Jahre oder sogar Jahrzehnte im Voraus getroffen werden, nachfolgend einer wiederkehrenden Prüfung zugeführt werden, ob die Zulassungsvoraussetzungen noch immer erfüllt sind.

Die novellierten Vorschriften zur Durchführung von Umweltverträglichkeitsprüfungen bei Bergbauvorhaben im UVPG (2017), BBergG (2017) und der UVP-V Bergbau (2016) tragen dieser Interessenlage noch nicht Rechnung. Zwar wurde der Katalog der UVP-pflichtigen Vorhaben ausgeweitet und es wurde für bestimmte Vorhaben eine UVP-Vorprüfungspflicht unterhalb der Schwelle für eine unbedingte UVP-Pflicht eingeführt. Gleichwohl sind die Schwellenwerte im Vergleich zu den bergbaubedingt doch meist besonders erheblichen Eingriffen weiterhin zu hoch angesetzt oder bedürfen zusätzlicher Kriterien (vgl. 3.11), so dass teilweise erhebliche Umweltauswirkungen von Vorhaben entweder gar nicht oder nicht hinreichend ermittelt und daher eine adäquate Prüfung möglicher rechtlich relevanter Betroffenheiten der Träger öffentlicher Belange erschwert wird.

Aufgrund von Übergangsregelungen, welche bereits laufende Bergbauvorhaben, auch wenn diese weiterer Betriebsplanzulassungsentscheidungen bedürfen, von der UVP-Pflichtigkeit freistellen, dauert es zum Teil noch Jahre bzw. sogar Jahrzehnte bis alle dem Katalog der UVP-V Bergbau unterfallenden Projekte im Ergebnis tatsächlich einer durchgeführten UVP unterzogen wurden.

³⁵⁷ Dies soll gegenwärtig z.B. bzgl. landesrechtlicher Vorschriften über die Abwägung der Belange im Rahmen der Umwandlungsentscheidung nach dem BWaldG gelten, vgl. von Mäßenhausen, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang § 48 Rn. 164.

Aufgrund der Analyse der Rechtslage sowie der Auswertung der Interviews werden folgende Empfehlungen für die Betriebsplanzulassung sowie die Anforderungen an die Gewinnungstätigkeit vorgeschlagen:

3.7.1 Grundlegende Reform der Betriebsplanzulassungen

Die Genehmigung der Durchführung bergrechtlicher Vorhaben erfolgt über die Zulassung von Betriebsplänen (§§ 50 ff. und § 48 BBergG). Aspekte des Schutzes der Umwelt, des unmittelbar oder mittelbar betroffenen Eigentums sowie der Nachbarschaft sind in den betreffenden Vorschriften nicht ausdrücklich abgebildet. § 55 BBergG, in welchem die Voraussetzungen für eine Zulassung von Betriebsplänen – nur scheinbar abschließend – aufgeführt sind, sieht umweltbezogene Anforderungen nur sehr partiell vor; allenfalls die Anforderungen zur ordnungsgemäßen Abfallentsorgung (§ 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 6), zur Vorsorge betreffend die Wiedernutzbarmachung der Oberfläche (§ 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 7) und Vermeidung gemeinschädlicher Einwirkungen (§ 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 9) kann ein gewisser Umweltbezug zugeordnet werden.

Eine Einbindung der außerhalb des Bergbaus stehenden Belange und Rechtsvorschriften erfolgt bislang über eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der unspezifisch gehaltenen Formulierung der allgemeinen Verbots- und Beschränkungsvorschrift des § 48 BBergG.

Nach § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG kann die für die Zulassung von Betriebsplänen zuständige Behörde eine Aufsichtung oder eine Gewinnung beschränken oder untersagen, soweit ihr überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen. In der Rechtsprechung wird diese Vorschrift als eine Art Generalklausel für die Einbeziehung auch von nicht im BBergG adressierten Schutzgütern verwandt.³⁵⁸ Die erst über die Rechtsprechung eröffnete Ausweitung der vom Gesetzgeber ursprünglich als Befugnisnorm zur Ausübung „bergpolizeirechtlicher“ Aufgaben geschaffenen Norm vermag jedoch die fehlende gesetzliche Konkretisierung und Gewichtung der zu beachtenden Belange des Umwelt-, Eigentums- und Nachbarnschutzes nur bedingt zu kompensieren. Deren Fehlen bringt die Gefahr mit sich, dass Belange des Umweltschutzes und der von den Auswirkungen eines Bergbauvorhabens betroffenen Personen im Rahmen der Entscheidung über bergrechtliche Betriebsplanzulassungen nicht oder nicht hinreichend geprüft bzw. berücksichtigt werden. Die Vorschrift des § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG steht gesetzessystematisch außerhalb der Vorgaben zu bergrechtlichen Betriebsplänen und deren Zulassung in §§ 50 ff. BBergG. Erst die Rechtsprechung hat § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG von einer Vorschrift mit ursprünglich wohl nur flankierender Bedeutung für Sonderfälle zu der zentralen Norm entwickelt und erhoben, über welche durch den Bergbau bedingte Konflikte mit öffentlichen und privaten Interessen Eingang in die Prüfung der Betriebsplanzulassung finden. Dem Wortlaut des § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG ist die von der Rechtsprechung praktizierte Ausweitung des Anwendungsbereichs als zusätzliche Voraussetzung für die Zulassung von Betriebsplänen allerdings kaum zu entnehmen. Um diese zu erfassen, muss der Rechtsanwender die Entwicklung der Rechtsprechung zu § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG und deren letzten Stand kennen. Insofern ist die Rechtslage der angelsächsischen Rechtssystematik des „Case Law“ vergleichbar, die dem deutschen Verwaltungsrecht in dieser Form allerdings fremd ist. Ob und inwieweit bestimmte öffentliche oder private Belange in der Situation einer konkret beantragten Betriebsplanzulassung relevant sind bzw. wie mit diesen in der Gesamtschau und in Abgrenzung zu weiteren bereits ergangenen oder auch noch anstehenden Verwaltungsentscheidungen innerhalb und außerhalb des Bergrechts umzugehen ist, wirft gesetzgeberisch

³⁵⁸ S. etwa BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 2013 – 1 BvR 3139/08 –, juris (Garzweiler II); BVerwG, Urteil vom 29.06.2006 – 7 C 11/05 –, juris (Garzweiler I/II); BVerwG, Urteil vom 16.03.1989 – 4 C 36/85 –, juris (Moers-Kapellen); BVerwG, Urteil vom 14.04.2005 – 7 C 26/03 –, BVerwGE 123, 247-261 (Tontagebau Fortuna); BVerwG, Urteil vom 02.11.1995 – 4 C 14/94 –, BVerwGE 100, 1-19 (Erkundungsbergwerk Salzstock Gorleben).

nicht eindeutig geregelte Rechtsfragen auf, die wiederkehrend einer gerichtlichen Befassung und im Ergebnis einer richterrechtlichen Rechtsfortentwicklung bedürfen.

So ist z.B. in der Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt, in welchem Ausmaß § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG in einzelnen Betriebsplanzulassungsverfahren zur Anwendung zu bringen ist und wie einzelne Zulassungen in dieser Hinsicht zueinander wirken bzw. im Hinblick auf die Pflicht zur Prüfung des Entgegenstehens anderweitiger Interessen zueinander im Verhältnis stehen. Nach seinem Wortlaut und seiner Systematik ist § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG für sämtliche Betriebspläne relevant. Die Regelung müsste also ohne Präjudizierung aufs Neue geprüft werden, was allerdings in der Praxis so nicht gehandhabt wird.

Um den strukturellen Defiziten der Vorschriften über die bergrechtliche Vorhabengenehmigung abzuweichen und diese den aus anderen Gesetzen bekannten Systematiken anzugleichen, wird eine grundlegende Neuausrichtung der Vorschriften über die Betriebsplanzulassung vorgeschlagen:

Würde aus der gebundenen eine „offene“ bergrechtliche Zulassungsentscheidung, könnten nicht nur Ziele, sondern auch Grundsätze der Raumordnung darin bessere Berücksichtigung finden. Das gilt erst recht, weil nunmehr mit § 48 Abs. 2 S. 2 BBergG eine Raumordnungsklausel gilt, wonach bei der Zulassung von Projekten (dann: Planfeststellung) die raumordnungsrechtlichen Vorgaben berücksichtigt werden müssen.

Genehmigung von Betriebsplänen (unter Beibehaltung von Rahmen-, Haupt-, Sonder-, Abschlussbetriebsplänen) als Abwägungsentscheidung

Die Durchführung von Bergbauvorhaben zur Aufsuchung, Gewinnung und Aufbereitung von Bodenschätzen sowie zur Rekultivierung bergbaubetroffener Flächen und der Beseitigung der Auswirkungen bergbaulicher Tätigkeiten soll (weiterhin) mittels abschnittsweise zu bescheidenden Anträgen auf Genehmigung von Betriebsplänen freigegeben werden. Der erste Antrag auf Genehmigung von Gewinnungs- und Aufbereitungsvorhaben muss dabei eine Gesamtbetrachtung des Vorhabens ermöglichen, die durch ein vorläufiges positives Gesamturteil über eine voraussichtliche Durchführbarkeit und Genehmigungsfähigkeit des Gesamtvorhabens flankiert wird.³⁵⁹ Dabei ist die Vorläufigkeit des positiven Gesamturteils herauszustellen. Anders als beispielsweise bei der Genehmigung von ortsfesten baulichen Anlagen (etwa nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz – BImSchG³⁶⁰) bringt die fortschreitende räumliche Entwicklung von Bergbauvorhaben es mit sich, dass keine hinreichend sichere Prognose über die genehmigungsrechtlich relevante Sach- und Rechtslage möglich ist, die bei der erst in der Zukunft liegenden Durchführung von Eingriffsmaßnahmen an dem dann betroffenen Ort zu bewältigen sind. Soweit das Bergbauvorhaben nach den Vorschriften des UVP-Rechts einer UVP bedarf, sollte – wie bislang – eine Entscheidung über die Genehmigung eines Rahmenbetriebsplans erfolgen, die künftig aber als echte planerische Abwägungsentscheidung ergeht. Soweit keine UVP-Pflichtigkeit besteht, wären die spezifizierten Anforderungen an die Vorhabengenehmigung sinnvollerweise am ersten (Haupt-)Betriebsplan abzuarbeiten. In diesem Falle wäre über die Genehmigung des ersten Hauptbetriebsplans im Ergebnis einer planerischen Abwägung das Für und Wider einer Realisierung des Vorhabens unter Berücksichtigung der betreffenden Belange zu entscheiden.

Die gebundene Entscheidung mit dem Anspruch auf Erhalt der Genehmigung sollte grundsätzlich – jedenfalls bei der ersten grundlegenden diesbezüglichen Zulassung – in eine planerische Abwägungsentscheidung überführt werden. Die Einführung einer „echten“ Planfeststellung in das Berg-

³⁵⁹ Für Aufsuchungsvorhaben erscheint dies bei insoweit fehlenden Eingriffen (bzw. allenfalls geringer Intensität von Eingriffen) in Schutzgüter Dritter oder der Natur und Umwelt entbehrlich.

³⁶⁰ Bundes-Immissionsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 17.05.2013 (BGBl. I S. 1274), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 18.07.2017 (BGBl. I S. 2771) geändert worden ist.

recht sollte zu einer Stärkung der Belange des Ressourcen-, Umwelt- und Eigentumsschutzes führen, da diese – dem jeweiligen Einzelfall entsprechend bedarfsgerecht – mit entsprechendem Gewicht in eine zu treffende planerische Abwägungsentscheidung implementiert werden können.³⁶¹ Auf diese Weise könnten die Vorgaben der medialen Umweltgesetze bei der Genehmigung bergbaulicher Eingriffsvorhaben besser berücksichtigt werden. Soweit über die Zulassung von Betriebsplänen per Planfeststellung entschieden wird, wäre auch die Planrechtfertigung zu prüfen. Eine Umwandlung der gebundenen Planfeststellung in eine planerische Genehmigung ermöglicht die Implementierung einer Entscheidungsrelevanz von Fragen des Bedarfs an der Gewinnung des betreffenden Rohstoffs. Damit würde der schon länger diskutierten Einführung eines planerischen Ermessens beim Rohstoffabbau gefolgt.³⁶² Durch die Einführung einer echten planerischen Abwägungsentscheidung würde auch dem gegenwärtigen – aus Sicht der Aspekte des Umweltschutzes suboptimalen – Zustand abgeholfen, dass in die bergrechtliche Planfeststellung zwar öffentliche Interessen einfließen (Ziele der Raumordnung sind zu beachten), aber infolge der gebundenen Entscheidung sonstige Erfordernisse der Raumordnung unberücksichtigt bleiben. Zu prüfen ist, ob bei - dann genau zu bestimmenden - kleineren bis mittleren Vorhaben weiterhin eine gebundene Entscheidung ergehen kann und es insofern keiner Genehmigung mit planerischer Abwägungsentscheidung bedarf.

Durch den Systemwechsel, anstelle der bislang aus § 55 Abs. 1 S. 1 BBergG folgenden „gebundenen“ Zulassungsentscheidung, die Genehmigung bergrechtlicher Betriebspläne künftig dem Ergebnis einer ergebnisoffenen Abwägung zu überantworten, würden dann nicht nur „Ziele“, sondern auch „Grundsätze“ der Raumordnung besonders zu berücksichtigen sein. Das gilt erst recht, weil nunmehr mit § 48 Abs. 2 S. 2 BBergG eine Raumordnungsklausel gilt, wonach bei der Zulassung von Projekten (dann: Planfeststellung) die raumordnungsrechtlichen Vorgaben berücksichtigt werden müssen.

Es sollte im BBergG vorgesehen werden, dass der Antrag auf Genehmigung des Rahmenbetriebsplans bzw. des ersten (Haupt-)Betriebsplans über die sonstigen (dem Grunde nach beizubehaltenden) gesetzlichen Anforderungen (des ggw. § 55 BBergG) hinaus folgende Angaben und Nachweise zu enthalten hat:

- welcher Bodenschatz aufgesucht, gewonnen oder aufbereitet werden soll,
- aus welchen Umständen sich ein Bedarf der Aufsuchung, Gewinnung bzw. Aufbereitung des Bodenschatzes ergibt,
- auf welchen räumlich und zeitlich definierten Bereich sich die zur Genehmigung beantragte bergbauliche Tätigkeit bezieht,
- welche technischen Verfahren zur Durchführung des Vorhabens zum Einsatz kommen sollen,
- in welchem Umfang im Eigentum Dritter stehendes Grundeigentum in Anspruch genommen werden soll oder im Zuge der Durchführung des Vorhabens Nutzungsbeeinträchtigungen oder Schädigung erfahren kann,
- welche Einwirkungen eine Durchführung des Bergbauvorhabens auf die Umwelt erwarten lässt und welche Maßnahmen der Verhinderung, Vorsorge, Verminderung und Beseitigung von Einwirkungen und Schäden zu ergreifen sind,

³⁶¹ Sanden/Schomerus/Schulze, Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012, S. 526; s. auch Herrmann/Sanden/Schomerus/Schulze, Ressourcenschutzrecht – Ziele, Herausforderungen, Regelungsvorschläge, ZUR 2012, 523 (527 f.); Roßnagel/Hentschel, Rechtliche Instrumente des allgemeinen Ressourcenschutzes, S. 104; Schulze/Keimeyer: PolRess AP 2 – Politikansätze und -instrumente, Implementationsanalyse Nr. 2: Ansätze zur Anpassung ausgewählter bergrechtlicher Regelungen unter besonderer Berücksichtigung einer schonenden Ressourcenanspruchnahme, 2014, S. 12.

³⁶² Sanden/Schomerus/Schulze, Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012, S. 524 ff.

- welche Maßnahmen zur Wiederherstellung des ordnungsgemäßen Zustandes der Geländeoberfläche vorgesehen sind.

Der Antrag auf Genehmigung eines Rahmenbetriebsplans sowie eines ersten Hauptbetriebsplans sollte die zur (vorläufigen) Beurteilung des Gesamtvorhabens erforderlichen Angaben enthalten.

In zeitlicher Hinsicht sollte sich die Genehmigung auf einen nach den Umständen des Einzelfalles zu bemessenden Zeitraum entsprechend der Reichweite der Prognose bzgl. der Bewertung der vorhabenbedingten Umwelteinwirkungen beziehen und entsprechend befristet werden. Die Genehmigung eines Rahmenbetriebsplans sollte 15 und die eines Hauptbetriebsplans grds. 2 Jahre, jedenfalls aber 5 Jahre nicht überschreiten.

Die Durchführung bestimmter Teile der bergbaulichen Tätigkeit einschließlich der Bewältigung bestimmter hierdurch ausgelöster Probleme kann weiterhin von der Erteilung der Genehmigung für einen Sonderbetriebsplan abhängig gemacht werden.

Soweit ein Rahmenbetriebsplan oder ein erster Hauptbetriebsplan genehmigt wurde, kann im Verfahren auf Erlass weiterer Betriebspläne auf die Antragsunterlagen zur Erteilung dieser Bescheide Bezug genommen werden. Diese sind insofern nur um die Unterlagen für die weitergehende Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit der betreffenden betriebsplangegenständlichen Fortführung des Vorhabens zu ergänzen. Im Zuge einer Entscheidung über den Antrag auf den Erlass der weiteren Betriebspläne sind die im bisherigen Verfahren gewonnenen Erkenntnisse auf anhaltende Richtigkeit zu überprüfen.

Mit der Durchführung des im Antrag auf Erteilung der Genehmigung für einen Rahmenbetriebsplan beschriebenen Vorhabens darf erst nach Bewältigung der im Geltungsbereich des ersten Hauptbetriebsplans anfallenden Konflikte begonnen werden.

Einführung von Grundpflichten des Bergbautreibenden

In Anlehnung an § 5 BImSchG sollten Grundpflichten des Bergbautreibenden etabliert werden. Diese gesetzliche Systematik hat sich im BImSchG bewährt und wird auch seitens der Anlagenbetreiber akzeptiert. Im Rahmen von Bemühungen um die Konstituierung eines Umweltgesetzbuches war die Systematik der Etablierung von Grundpflichten in einem UGB-Allgemeiner Teil ebenfalls beispielgebend. Der Ansatz ist nach allem geeignet, bei einer Überführung des BBergG in ein modernes Fachplanungsrecht „Pate zu stehen“. Nach dem BImSchG sind Grundpflichten Teil eines einheitlichen Schutzkonzepts, mit dem der Schutzgrundsatz des § 1 BImSchG konkretisiert wird.³⁶³ Der Ansatz ist damit ein anderer als der der Genehmigungsvoraussetzungen: bei letzteren werden Kriterien für die Erteilung einer Zulassung aufgestellt, bei den Grundpflichten werden zunächst Pflichten für den Betreiber normiert, deren Einhaltung dann eine Voraussetzung für die Genehmigung darstellt. Grundpflichten setzen daher unmittelbar bei den einzelnen Betreibern an. Ein Vorteil ist deren dynamischer Charakter, der Betreiber hat daher unmittelbar³⁶⁴ einen geänderten Stand der Technik zu berücksichtigen.³⁶⁵ Auch wenn dieser dynamische Charakter für rechtliche Maßstäbe keine Besonderheit darstellen mag,³⁶⁶ würde doch mit einem auf solchen Grundpflichten basierenden Zulassungsregime des BBergG klargestellt, dass die Genehmigungen nicht auf statisch zu verstehenden Anforderungen beruhen.

³⁶³ Schmidt-Kötters, in BeckOK UmweltR, 49. Edition, § 5 BImSchG Rn. 2.

³⁶⁴ Zur umstrittenen Frage der Unmittelbarkeit der Grundpflichten Schmidt-Kötters, in BeckOK UmweltR, 49. Edition, § 5 BImSchG Rn. 5.

³⁶⁵ OVG Koblenz, Urteil vom 12.11.2009 – 1 A 11222/09, BeckRS 2010, 45207.

³⁶⁶ Insoweit kritisch Schmidt-Kötters, in BeckOK UmweltR, 49. Edition, § 5 BImSchG Rn. 3.

In das BBergG sollte somit eine Vorschrift eingeführt werden, nach der Bergbauvorhaben so durchzuführen sind, dass zur Gewährleistung eines hohen Schutzniveaus für den Menschen und die Umwelt insgesamt

- schädliche Umweltveränderungen und sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit und die Nachbarschaft nicht hervorgerufen werden können;
- Vorsorge gegen schädliche Umweltveränderungen und sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen getroffen wird, insbesondere durch die dem Stand der Technik entsprechenden Maßnahmen;
- Abfälle vermieden, nicht zu vermeidende Abfälle verwertet und nicht zu verwertende Abfälle ohne Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit beseitigt werden;
- eine mit Rücksicht auf den Wasserhaushalt gebotene sparsame Wasserverwendung erreicht wird;
- Energie sparsam und effizient verwendet, insbesondere die entstehende Wärme genutzt wird.

Bei der Durchführung und der Stilllegung ist sicherzustellen, dass auch nach einer Betriebseinstellung

- von dem Vorhaben oder dem Vorhabengrundstück keine schädlichen Umweltveränderungen und sonstigen Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit und die Nachbarschaft hervorgerufen werden können,
- vorhandene Abfälle ordnungsgemäß und schadlos verwertet oder ohne Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit beseitigt werden und
- die Wiederherstellung eines ordnungsgemäßen Zustandes des Betriebsgeländes gewährleistet ist.

Klare Benennung der Genehmigungsvoraussetzungen unter Einbeziehung von Belangen des Umweltschutzes und drittbetroffener Personen

Die Grundpflichten und deren Konkretisierung vorangestellt, wäre die zentrale Vorschrift für die Genehmigung von Bergbauvorhaben sodann im Sinne einer klareren Regelung der Beachtung und des Stellenwertes von Belangen des Umwelt- und des Nachbarschutzes etwa dahingehend zu formulieren, dass die Genehmigung in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens nur erteilt werden kann, wenn sichergestellt ist, dass

- die sich aus der Vorschrift über die Grundpflichten und der diesbezüglich erlassenen Rechtsverordnung ergebenden Pflichten erfüllt werden,
- andere Anforderungen des Gesetzes sowie sonstiger umweltrechtlicher Vorschriften und Vorschriften zum Schutz vom Vorhaben betroffener Personen und Nachbarn nicht entgegenstehen,³⁶⁷
- andere öffentlich-rechtliche Vorschriften und Belange des Arbeitsschutzes dem Vorhaben nicht entgegenstehen und
- dem Vorhaben keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Belange entgegenstehen; diese sind umfassend zu ermitteln, zu bewerten sowie gegeneinander und untereinander abzuwägen. Zu den zu berücksichtigenden öffentlichen Belangen gehören auch die Anforderungen des Klimaschutzes.

Bei der Erteilung der Genehmigung sind die Ergebnisse einer durchgeführten Umweltverträglichkeitsprüfung im Hinblick auf eine wirksame Umweltvorsorge so umzusetzen, dass erhebliche Beeinträchtigungen der Natur und Umwelt vermieden werden.

³⁶⁷ In der Praxis werden hierüber insbesondere die Anforderungen des Habitat-, Biotop- und Artenschutzes innerhalb und außerhalb von besonderen Schutzgebieten sowie Vermeidung, Ausgleich und Kompensation von Eingriffen in Natur und Landschaft erfasst.

Formulierung von Ausschlussgründen

Soweit sichergestellt werden soll, dass bei Beeinträchtigung besonders hochrangiger Schutzgüter eine Genehmigungserteilung nicht in Betracht kommt, wären diese als Ausschlussgründe („kann nicht genehmigt werden, wenn ...“) zu formulieren.

Verbesserung der Möglichkeit zum Erlass von Nebenbestimmungen

Es sollte eine Vorschrift zur Festsetzung von Nebenbestimmungen zur Genehmigung geschaffen werden, in welcher auch eine behördliche Verpflichtung zur Beauftragung einer Sicherheitsleistung sowie der Statuierung eines Vorbehalts zum Widerruf der Genehmigung sowie eine Erleichterung der Voraussetzungen zum Erlass nachträglicher Anordnungen vorgesehen werden. Nach der Rechtsprechung des BVerwG stellt insbesondere § 56 Abs. 1 BBergG keine hinreichende Grundlage für nachträgliche Anordnungen dar, wenn es sich hierbei nicht um Auflagen im Sinne des § 36 VwVfG handelt.³⁶⁸

Danach sollte klargestellt werden, dass die Genehmigung unter Bedingungen erteilt oder mit Auflagen verbunden werden kann, soweit dies zur Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen erforderlich oder zweckmäßig ist. Die Genehmigungsbehörde hat die Vorlage von Sicherheitsleistungen zu verlangen, soweit dies erforderlich ist, um die Erfüllung von Auflagen oder sonstigen Verpflichtungen zu sichern; die Erforderlichkeit ist gegeben in Bezug auf die Absicherung der voraussichtlichen Kosten der Wiedernutzbarmachung der Vorhabenfläche sowie des Ausgleichs von vorhabenbedingten Schäden am Grundeigentum Dritter. Die Auferlegung einer Sicherheitsleistung nach anderen Rechtsvorschriften bleibt unberührt.³⁶⁹

Die Genehmigung sollte mit einem Vorbehalt des Widerrufs versehen werden können. Im BBergG sollte eine vergleichbare Regelung wie § 17 BImSchG geschaffen werden, welche den Erlass nachträglicher Auflagen ermöglicht.

Klarstellung der Rechtswirkungen der Genehmigung

Mit der Genehmigung von Betriebsplänen sollten andere das Vorhaben betreffende behördliche Entscheidungen eingeschlossen werden, soweit über die diesbezüglichen fachgesetzlichen Voraussetzungen auf Grundlage der vorgelegten Unterlagen abschließend entschieden werden kann und sich aus den Vorschriften des Gesetzes nichts anderes ergibt. Hinsichtlich des Vorliegens der fachgesetzlichen Voraussetzungen wäre vorzusehen, dass mit der nach dem Fachrecht jeweils zuständigen Behörde das Einvernehmen herzustellen ist.

Überarbeitung der Regelungen zur Änderung von Vorhaben

Soll ein Vorhaben von der Genehmigung abweichend durchgeführt werden, so muss dessen Änderung beantragt werden. Hierzu sollten genauere Regelungen betreffend die unterschiedlichen denkbaren Fallgestaltungen geschaffen werden.

Überarbeitung der Regelungen zum Genehmigungsverfahren

Die materiellen Genehmigungsvoraussetzungen sind mit geeigneten Regelungen betreffend die Beteiligung von Öffentlichkeit, Trägern öffentlicher Belange, Interessensverbänden und potenziell betroffenen Menschen am Genehmigungsverfahren zu flankieren. Nur über eine intensive Beteiligung insbesondere der von einem Bergbauvorhaben betroffenen Menschen lässt sich das Vorliegen der

³⁶⁸ BVerwG, Urteil vom 22.11.2018 – 7 C 9.17, 7 C 11.17, 7 C 12.17. In dem konkreten Fall änderte das zuständige Landesamt für Geologie und Bergwesen Sachsen-Anhalt nachträglich die Kriterien der für die Verfüllung zugelassenen Materialien hinsichtlich der stofflichen Art und der Schadstoffbelastung.

³⁶⁹ S. im Einzelnen zur Sicherheitsleistung auch unten unter 8.6.2.

Genehmigungsvoraussetzungen im erforderlichen Umfang prüfen. Daher sind gehobene Anforderungen an die Information über die Vorhabenplanung zu etablieren. In Anbetracht der durch ein Bergbauvorhaben bewirkten schwerwiegenden Eingriffe in die Belange der betroffenen Menschen im grundrechtsrelevanten Bereich ist es erforderlich, dass neben einer öffentlichen Bekanntmachung der Vorhabenplanung auch eine individuelle Benachrichtigung der ermittelbaren Eigentümer der im betroffenen Gebiet befindlichen Grundstücke erfolgt; gleiches gilt in Bezug auf die Träger öffentlicher Belange sowie die anerkannten Naturschutz- und Umweltverbände.³⁷⁰

Grundsätzlich sollten die Regelungen der §§ 72 ff. VwVfG uneingeschränkt auch im Genehmigungsverfahren für bergbauliche Vorhaben gelten. Allerdings gibt es zur Verbesserung der Bürgerfreundlichkeit dieser Regelungen ebenfalls Reformbedarf, auf den im Rahmen dieses Beitrages nicht eingegangen werden kann.

Einvernehmen der Gemeinde herstellen

Soweit den Vorschlägen zur Einführung eines planerischen Ermessens bei der Entscheidung über die Genehmigung von Betriebsplänen gefolgt wird, wäre für als Planfeststellungsbeschluss erlassene Rahmenbetriebspläne kein Einvernehmen der Gemeinde einzuholen (§ 38 Baugesetzbuch (BauGB)³⁷¹). Für kleinere Vorhaben, die nicht UVP-pflichtig sind und für die kein Rahmenbetriebsplanfeststellungsbeschluss ergeht, gilt § 38 BauGB allerdings nicht. Gegenüber solchen Vorhaben sollte die kommunale Planungshoheit durch das Erfordernis des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 Abs. 1 BauGB abgesichert werden.

Dieses ist grundsätzlich bei der Zulassung von (allen) bauplanungsrechtlich relevanten Vorhaben erforderlich. Nach § 36 Abs. 1 S. 2 BauGB gilt dies auch bei anderen Verfahren über die über das Bauplanungsrecht entschieden wird, wie immissionsschutz-, wasser- oder abfallrechtliche Verfahren, sofern diese nicht in den Anwendungsbereich des § 38 BauGB fallen.³⁷² Für das Bergrecht sieht § 36 Abs. 1 S. 2 HS 2 BauGB allerdings eine Ausnahme vor. Demnach gilt das Einvernehmensefordernis nicht für Vorhaben, „die der Bergaufsicht unterliegen.“ Nach der aktuellen Rechtsprechung des BVerwG ist dies zwar „in einschränkender Auslegung nur auf solche Vorhaben zu beziehen, über deren bauplanungsrechtliche Zulässigkeit in der bergrechtlichen Betriebsplanzulassung entschieden wird.“³⁷³ Wie das BVerwG herleitet, geht die „Ausnahmeregelung des § 36 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BauGB [...] auf die Erwägung zurück, im Rahmen des bergrechtlichen Betriebsplanverfahrens werde hinsichtlich der zuzulassenden Vorhaben den in § 35 BBauG/BauGB angesprochenen öffentlichen Belangen ohnehin in vollem Umfang Rechnung getragen; sie soll doppelte Prüfungen und die Gefahr divergierender Entscheidungen vermeiden (BT-Drs. 7/2496 S. 75). Diese Zielsetzungen können nur zum Tragen kommen, wenn und soweit tatsächlich im Betriebsplanzulassungsverfahren unter Beteiligung der Standortgemeinde nach § 54 Abs. 2 BBergG eine bauplanungsrechtliche Prüfung erfolgt und so die gemeindlichen Planungsbelange berücksichtigt werden.“

Das Beteiligungsrecht einer Gemeinde nach § 54 Abs. 2 BBergG soll sich allerdings darin erschöpfen, dass ihr der zugelassene Betriebsplan zur Kenntnis gebracht und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme

³⁷⁰ Siehe zu den Beteiligungsrechten auch unter 8.5.

³⁷¹ Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 3.11.2017 (BGBl. I S. 3634).

³⁷² Nach einem aktuellen Urteil des OVG des Saarlandes, Urteil vom 24.05.2018 – 2 A 551/17 –, juris ergibt sich aus dem Erfordernis der Durchführung eines Raumordnungsverfahrens eine Indizwirkung für das Vorliegen einer überörtlichen Bedeutung. Dies hat zur Folge, dass § 38 BauGB greift und § 36 BauGB keine Rolle spielt.

³⁷³ BVerwG, Urteil vom 28.09.2016 – 7 C 18/15 –, juris, Rn. 20.

gegeben wird.³⁷⁴ Das Einvernehmen des § 36 BauGB vermittelt eine viel stärkere Rechtsposition zur Absicherung der kommunalen Planungshoheit.

Das Einvernehmen der Gemeinde nach § 36 BauGB sollte auch für das Bergrecht gelten – sofern nicht ohnehin alle Belange umfassend in einem Planfeststellungsverfahren berücksichtigt werden. Es wird deshalb vorgeschlagen, die Sonderregelung des § 36 Abs. 1 S. 2 HS 2 BauGB zu streichen.³⁷⁵

Vorschlag: Grundlegende Reform der Vorhabengenehmigung

Grundlegende Reform der Vorhabengenehmigung mit folgenden Elementen:

- (1) **Genehmigung von Betriebsplänen (unter Beibehaltung von Rahmen-, Haupt-, Sonder-, Abschlussbetriebsplänen) als Abwägungsentscheidung**
- (2) **Einführung von Grundpflichten des Bergbautreibenden**
- (3) **Klare Benennung der Genehmigungsvoraussetzungen unter Einbeziehung von Belangen des Umweltschutzes und drittbetroffener Personen**
- (4) **Formulierung von Ausschlussgründen (besonders schutzbedürftige Gemeinwohlbelange)**
- (5) **Verbesserung der Möglichkeit zum Erlass von Nebenbestimmungen**
- (6) **Klarstellung der Rechtswirkungen der Genehmigung**
- (7) **Überarbeitung der Regelungen zur Änderung von Vorhaben**
- (8) **Überarbeitung der Regelungen zum Genehmigungsverfahren**
- (9) **Bei kleinen Vorhaben: Einvernehmen der Gemeinde herstellen.**

3.7.2 Rohstoffsicherungsklausel streichen, hilfswise reformieren

Die Rohstoffsicherungsklausel des § 48 Abs. 1 S. 2 BBergG soll nach umstrittener, aber immer noch verbreiteter Auffassung – etwa im Rahmen der Beteiligungsverfahren gemäß § 54 Abs. 2 BBergG³⁷⁶ – sicherstellen, dass die Behörden dafür Sorge tragen, dass die Gewinnung von Rohstoffen durch ihre Planungen und Entscheidungen nicht beeinträchtigt wird. Ebenso wird vertreten, dass Umweltbelange demgegenüber nicht zu berücksichtigen seien.³⁷⁷ Diese Auffassung steht im Widerspruch zu der übergreifenden verfassungsrechtlichen Bedeutung des Umweltschutzes als Staatsziel gemäß Art. 20a GG.³⁷⁸ Die Rechtsprechung hat die Annahme, § 48 Abs. 1 S. 2 BBergG formuliere einen generellen Vorrang für die Rohstoffsicherung gegenüber konfligierenden Schutz- oder Widmungszwecken, zudem relativiert.³⁷⁹ Der Norm wird nach dieser Auffassung lediglich noch entnommen, dass dem Belang der Sicherung der Rohstoffversorgung ein hohes Gewicht zuzuschreiben ist.

Die einseitige Hervorhebung des Zwecks der Rohstoffsicherung im Gesetz ist daher nicht mehr angezeigt. Die Aufrechterhaltung der Rohstoffsicherungsklausel stünde zudem im Widerspruch zu der

³⁷⁴ Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 54 Rn. 51.

³⁷⁵ Besondere Relevanz kommt diesem Vorschlag zu, wenn – wie vorliegend unter 8.2.1 empfohlen – die Grundeigentümergebühren in das BBergG aufgenommen werden.

³⁷⁶ Verweis s. o. 3.5.6.7.

³⁷⁷ Von Hammerstein, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 54 Rn. 12; nach Ludwig, Umweltaspekte in Verfahren nach dem BBergG, ZUR 2012, 150 (155) sind jedoch Umweltbelange, die nach Art. 20a GG Verfassungsrang haben, gegenüber der einfachgesetzlich garantierten Rohstoffsicherung vorrangig zu berücksichtigen.

³⁷⁸ S. dazu auch oben, 1.1.

³⁷⁹ BVerwGE 81, 329.

hier unter anderem im Hinblick auf die Formulierung des Gesetzeszwecks vorgeschlagenen Integration von Umwelt- und sonstigen Nachhaltigkeitsbelangen in das behördliche Prüf- und Abwägungsprogramm. Schließlich sind Fragen der Rohstoffsicherung von räumlich übergeordneter Natur. Die in § 48 Abs. 1 S. 2 BBergG benannten Schutz- oder Widmungszwecke zugunsten von Lagerstättenschutz und Rohstoffplanung sollten daher nach allgemeinen Grundsätzen insbesondere im Rahmen der Landesplanung und der regionalen Raumordnung austariert werden. Nicht zuletzt die Aufnahme der Raumordnungsklausel in § 48 Abs. 2 Satz 2 (neu) BBergG durch die Raumordnungsnovelle 2017 bestätigt, dass der Schutz der Lagerstätten zuvörderst durch das Planungsrecht und nicht (mehr) durch § 48 Abs. 1 S. 2 BBergG erfolgen soll.

Die Rohstoffsicherungsklausel hat daneben keine Bedeutung mehr und sollte zur Vermeidung von Missverständnissen gestrichen werden.³⁸⁰ Hilfsweise wäre auch eine Kodifizierung der Rechtsprechung demgemäß denkbar, dass statt der bislang einseitigen Betonung des Belangs der Rohstoffsicherung klargestellt wird, dass diese gegenüber sonstigen öffentlichen Schutz- und Widmungszwecken in einem angemessenen Umfang zu beachten ist.

Vorschlag 5a: Streichung der Rohstoffsicherungsklausel in § 48 Abs. 1 S. 2 BBergG

Hilfsweise: Vorschlag 5b: Integration der Rechtsprechung zur Berücksichtigung von Umweltbelangen in die „Rohstoffsicherungsklausel des § 48 Abs. 1 S. 2 BBergG

Streichung von § 48 Abs. 1 S. 2 BBergG: „Bei Anwendung dieser Vorschriften ist dafür Sorge zu tragen, dass die Aufsuchung und Gewinnung so wenig wie möglich beeinträchtigt werden.“

Hilfsweise: Neuformulierung von § 48 Abs. 1 S. 2 BBergG: „Bei Anwendung dieser Vorschriften sind die Belange der Aufsuchung und Gewinnung in angemessenem Umfang gegenüber konfligierenden Schutz- und Widmungszwecken zu beachten.“

3.7.3 UVP-Pflichtigkeit bei Betriebsplänen sicherstellen

Aufgrund von Übergangsregelungen bei der Einführung der Umweltverträglichkeitsprüfung werden vor dem 01.08. bzw. 03.10.1990 bereits begonnene Vorhaben von der UVP-Pflicht auch mit Wirkung für künftig für diese Vorhaben erforderlichen Betriebsplanzulassungen freigestellt.³⁸¹ In diesem Zusammenhang entschied das BVerwG, dass auch bei Rahmenbetriebsplan-Zulassungen, die für „Ost-Tagebaue“ nach 1990 beantragt wurden, ein Planfeststellungsverfahren mit Umweltverträglichkeitsprüfung entbehrlich sei, sofern mit dem Gesamtvorhaben bereits zu DDR-Zeiten begonnen wurde.³⁸² Dies hat zur Folge, dass insbesondere für sämtliche aktuell in Deutschland betriebenen Braunkohletagebaue in der Vergangenheit keine UVP durchgeführt wurde. Obwohl für diese nach 1990 z.T. sogar neue Rahmenbetriebspläne zur Zulassung für mehrere Jahrzehnte Abbautätigkeit beantragt wurden, durften die Zulassungsverfahren nach dem aktuellen Stand der Rechtsprechung ohne Umweltverträglichkeitsprüfung und Planfeststellungsverfahren durchgeführt werden. Dies wurde insbesondere mit einem „Bestandsschutz“ von bereits vor Inkrafttreten der UVP-Richtlinie aufgeschlossenen

³⁸⁰ Siehe hierzu auch *Umweltbundesamt*, Umweltverträgliche Nutzung des Untergrundes und Ressourcenschonung, November 2014 (Positionspapier Langfassung), S. 20.

³⁸¹ Nach Auffassung des BVerwG genügt es dafür, dass vor diesem Datum bereits ein Betriebsplan zugelassen bzw. in den neuen Bundesländern ein vergleichbares Stadium erreicht wurde (BVerwG, Urt. v. 12.06.2002 – 7 C 2,3/02; Beschl. v. 21.11.2005 – 7 B 26/05).

³⁸² BVerwG, Urteile vom 12.06.2002, 7 C 2/02, NVwZ 2002, S. 1237-1238, sowie 7 C 3/02, ZfB 2002, S. 165-169.

Tagebauvorhaben begründet, den die Überleitungsvorschriften zur Einführung der UVP-Pflicht in das BBergG bzw. der Einigungsvertrag für solche „begonnenen Vorhaben“ vermittelte.³⁸³

Vor diesem Hintergrund wird empfohlen, dass für Vorhaben, für die bislang noch keine UVP durchgeführt wurde, die aber die Schwellenwerte für die UVP-Pflichtigkeit überschreiten, im Rahmen der Zulassung eines neuen Betriebsplans künftig eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchgeführt werden sollte. Hierbei sollte es nicht darauf ankommen, ob es sich um einen Rahmen-, Haupt- oder Sonderbetriebsplan handelt.

Weiterhin sollte künftig klar zwischen der Pflicht zur Durchführung einer Strategischen Umweltprüfung (SUP) von Braunkohlenplänen und der UVP-Pflichtigkeit von Betriebsplänen differenziert werden.³⁸⁴ Die gesetzgeberische Idee, (Rahmen-)Betriebsplanverfahren von der Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens mit integrierter UVP freizustellen, wenn in den jeweiligen landesrechtlichen Vorschriften einer UVP entsprechende Verfahrensschritte vorgesehen sind, stammt aus einer Zeit vor Existenz der SUP-Richtlinie. Zudem ist laut der Rechtsprechung³⁸⁵ Braunkohlenplanung keine Vorhabenplanung und die im Braunkohlenplanverfahren durchgeführten Umweltprüfungen machen die Genehmigung eines Braunkohlenplans noch nicht zu einer „Genehmigung“ i.S.d. UVP-Rechts. Die Regelung des § 52 Abs. 2b S. 2 i.V.m. § 54 Abs. 2 S. 3 BBergG hat damit – jedenfalls nach der Rechtsprechung zur Situation in NRW – letztlich zu einer Freistellung von Braunkohlentagebauen (Hambach, Garzweiler) von der Pflicht zur Durchführung von Planfeststellungsverfahren und UVP im Hinblick auf viele Jahre zuvor durchgeführte Braunkohlenplanverfahren geführt, deren Aktualität und Anpassung an zwischenzeitlich fortentwickelte Anforderungen fraglich ist.

Es sollte insoweit – 28 Jahre nach Inkrafttreten der UVP-Pflicht – gesetzlich verankert werden, dass zukünftig die bestehenden Übergangsregelungen befristet werden. Da die Übergangsregelung des Einigungsvertrages³⁸⁶ nicht nur ein förmliches Bundesgesetz sind, sondern gleichzeitig auch Teil eines völkerrechtlichen Vertrags, können sie nicht ohne weiteres durch ein Bundesgesetz geändert werden.³⁸⁷ Vielmehr kann eine gesetzliche Anordnung der Nichtanwendung bestimmter Maßgaben mit Wirkung für die Zukunft vorgenommen werden.³⁸⁸ Diese Technik entspricht langjähriger Gesetzgebungspraxis im Bereich des Übergangsrechts aus dem Einigungsvertrag.³⁸⁹

Vorschlag: UVP-Pflichtigkeit bei Betriebsplänen sicherstellen

Es wird vorgeschlagen die Übergangsregelungen bei der Einführung der Umweltverträglichkeitsprüfung zu befristen. Zudem sollte § 52 Abs. 2b S. 2 BBergG gestrichen werden.

³⁸³ Siehe hierzu *Stevens*, Bergrechtliche und umweltrechtliche Genehmigungen für Tagebaue, ZUR 2012, 338 (342) und *Keienburg*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anh. § 57c Rn. 7.

³⁸⁴ In der Praxis stellt die bisherige Rechtslage nur für Nordrhein-Westfalen ein Problem dar.

³⁸⁵ Sächsisches OVG Bautzen, Urteil vom 09.04.2015, Az: 1 C 26/14.

³⁸⁶ Überleitungsvorschrift nach Anlage I Kapitel V Sachgebiet D Abschnitt III Nr. 1 Buchstabe h) bb), welche lautet: „§ 52a gilt nicht für Vorhaben, bei denen das Verfahren zur Zulassung des Betriebes, insbesondere zur Genehmigung eines technischen Betriebsplanes, am Tage des Wirksamwerdens des Beitritts bereits begonnen war.“ Siehe hierzu *Keienburg*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anh. § 57c Rn. 7.

³⁸⁷ Siehe hierzu *Herrmann* in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang Einigungsvertrag, Rn. 2 m.w.N.

³⁸⁸ *Herrmann* in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang Einigungsvertrag, Rn. 2 m.w.N. unter Bezug auf BT-Drs. 17/10755, S. 9 f.

³⁸⁹ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes über die weitere Bereinigung von Übergangsrecht aus dem Einigungsvertrag, BT-Drs. 17/10755, S. 9 f.

3.8 Grundabtretung nach §§ 77 ff. BBergG

Die Grundabtretung ist das Verfahren zur Enteignung der Grundeigentümer,³⁹⁰ der für die Gewinnung in Anspruch zu nehmenden Oberflächengrundstücke.

Bei der Enteignung ist zwischen verschiedenen Formen zu differenzieren: Die erste Form betrifft den Fall, dass der Bergbautreibende nicht über eine sog. Zulegung (§ 35 BBergG) verfügt. Das bedeutet das Recht des Bergbautreibenden, die Gewinnung von Bodenschätzen von seinem Abbaufeld auf das Nachbarfeld auszudehnen. Hier muss zunächst das ernsthafte Bemühen nachgewiesen werden, eine Einigung mit dem Berechtigten zu erreichen. Ferner müssen hinreichende ökonomische oder technische Gründe für die feldübergreifende Rohstoffgewinnung vorliegen. Nicht zuletzt muss das Vorgehen im öffentlichen Interesse liegen (§ 35 Nr. 3 BBergG). Die zweite Form der Enteignung ist die "Grundabtretung" (§§ 77, 79 BBergG). Darunter versteht man das Recht, fremdes Grundstückseigentum so weit zu nutzen, als es für die Einrichtung oder den Betrieb eines Bergbauunternehmens zur Gewinnung mineralischer Ressourcen im Sinne des § 3 Abs. 1 BBergG notwendig ist. Das schließt notwendige Aktivitäten und die Einrichtung von Anlagen im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1-3 BBergG mit ein. Somit schließt die Genehmigung eines bergrechtlichen Betriebsplans keine enteignenden Rechte im Genehmigungsverfahren mit ein.³⁹¹ Das gilt auch für große, komplexe Tagebaugenehmigungen. Danach muss jede Vorhabengenehmigung die Eigentumsrechte nach Art. 14 Abs. 3 GG berücksichtigen. Die anzustellende Abwägung aller Interessen muss auch dann vorgenommen werden, wenn die Grundentscheidung über die Notwendigkeit und Rechtfertigung des Vorhabens auf einer vorangegangenen Planungsstufe getroffen wurde, etwa bei der Genehmigung eines Rahmenbetriebsplans. Für die Grundabtretung müssen folgende Voraussetzungen vorliegen:³⁹² Der Antragsteller muss darlegen, dass er ernsthaft versucht hat, eine Übereinkunft zu vernünftigen Bedingungen zu erreichen. Das zu enteignende Eigentum muss exakt für den vorgesehenen Zweck genutzt werden. Zudem muss die Enteignung definitiv im öffentlichen Interesse notwendig sein, d.h. der Sicherung der Rohstoffversorgung dienen (§ 79 Abs. 1 BBergG). Hier muss eine Abwägung mit den Eigentumsinteressen des zu Enteignenden (Art. 14 GG) vorgenommen werden.³⁹³ In dieser Abwägung müssen die Belange der Planungsträger, insbesondere die der raumordnenden Länder, einbezogen werden und es dürfen nicht nur private Interessen des Bergbautreibenden berücksichtigt werden.³⁹⁴ Geprüft werden muss auch, ob die örtlichen Begrenzungen des Rohstoffabbaus das Vorgehen rechtfertigen bzw. ob das Ziel mit anderen Maßnahmen erreicht werden kann. Zusammengefasst, muss bei der Enteignungsprüfung (Art. 14 Abs. 3 GG) eine zweistufige Prüfung des Vorhabens, das die Enteignung nach sich ziehen soll erfolgen. Geprüft werden die Verhältnismäßigkeit der Effekte der Gesamtabbaumaßnahme einerseits und die spezifischen Einzelmaßnahmen andererseits.³⁹⁵ Hinsichtlich der in § 79 Abs. 1 BBergG beschriebenen Gründe des Allgemeinwohls, die die Enteignung rechtfertigen können, wird

³⁹⁰ Vgl. Kühne, Verfassungsrechtliche Fragen zur bergrechtlichen Enteignung, NVwZ, 2014, 321 ff.; Frenz, Braunkohlentagebau und Verfassungsrecht, NVwZ 2014, 194 ff.; Greinacher, in: Boldt/Weller/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, §§ 77 bis 79.

³⁹¹ BVerfG, Urt. v. 17.12.2013 – 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08, BVerfGE 134, 242 ("Garzweiler II"), Rn.218.

³⁹² Vgl. Bund-Länder-Ausschuss Bergbau (Hrsg.), Vollzugsempfehlungen zur Umsetzung des Garzweiler-Urteils des BVerfG vom 17.12.2013 (1 BvR 3139/08 und 1 BvR 3386/08) in bergrechtlichen Verfahren (Stand: 13 November 2014), Teil I: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/V/vollzugsempfehlung-bund-laender-ausschuss-bergbau.property=pdf.bereich=bmwi2012.sprache=de.rwb=true.pdf>; Ludwig, Gesamtabwägung ins Bundesberggesetz! Konsequenzen aus dem Garzweiler-Urteil des BVerfG vom 17.12.13, ZUR 2014, 451 ff.

³⁹³ BVerfG, Urt. v. 17.12.2013 – 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08, BVerfGE 134, 242 ("Garzweiler II"), Rn. 197 ff.

³⁹⁴ BVerfG, Urt. v. 17.12.2013 – 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08, BVerfGE 134, 242 ("Garzweiler II"), Rn. 283.

³⁹⁵ BVerfG, Urt. v. 17.12.2013 – 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08, BVerfGE 134, 242 ("Garzweiler II"), Rn. 182 ff.

vertreten, dass diese Gründe so allgemein formuliert sind, dass stets enteignet werden kann.³⁹⁶ Allgemein bieten sie keinen Anknüpfungspunkt für die Berücksichtigung von Umweltbelangen. Vorgeslagen wird jedoch, sie einer volkswirtschaftlichen Bedarfsprüfung zu unterziehen.³⁹⁷

Die Gesamtabwägung der Belange spätestens auf Ebene der Grundabtretung war Gegenstand des Garzweiler II-Urteils (dazu ausführlich unter 3.5.3).

3.8.1 Ergebnisse der Interviews zur Grundabtretung

Zentrale Aussagen der Vorhabenträger zur Grundabtretung

- **V (Bohrlochbergbau X):** In den letzten 20 Jahren sei keine Grundabtretung bekannt. Diese werde zur Grundbeschaffung für die Projekte praktisch nicht mehr verfolgt. Das Thema werde auch allgemein vermieden, da dann wieder Akzeptanzdiskussionen aufgemacht würden (insbes. beim Fracking), sodass eher versucht werde, bilaterale Lösungen zu finden.
- **V (Bohrlochbergbau Y):** Seit 2001 habe es kein einziges Verfahren gegeben. Grundabtretungen passten „nicht mehr in die Welt“ und es bestehe auch seitens der Vorhabenträger ein großes Interesse am Einvernehmen der Parteien. Einmal habe eine Grundabtretung gedroht, aber nicht für die Bohrung, sondern für andere sicherheitstechnische Flächenbedürfnisse (Reparaturen o.ä., die sehr platzintensiv sein könnten im Gegensatz zum Vorhaben selbst). Dort sei die Grundabtretung nur als letztes Mittel in Betracht gezogen worden.
- **V (Bohrlochbergbau Z):** Aus den letzten 25 Jahren sei nicht bekannt, dass Grundabtretungen beantragt worden seien. Es werde i.d.R. gepachtet und nicht erworben, das sei Verhandlungssache. Die Androhung einer Grundabtretung widerspräche der Firmen-Policy, Verhandlungen seien daher maßgeblich. Wenn möglich, würden Plätze verlegt und es werde z.B. ein anderer Ansatzpunkt unter Tage gewählt. Die Möglichkeit sei eine Frage der Geologie und Alternativen würden seitens der Vorhabenträger dann selbst geprüft.
- **V (Kali/Salz):** Grundabtretung spiele bei Haldenverfahren keine Rolle, da stets die Sicherung im freihändigen Erwerb und bereits sehr frühzeitig erfolge. Sie sei eigentlich nur bei Projekten zum Leitungsbau relevant, die sich ebenfalls nach Bergrecht richteten. Hier sei für eine Leitung, die 2012 in Betrieb genommen worden sei, von zehn Grundabtretungsverfahren, nur eines zu Ende geführt worden.
- **V (Braunkohle):** Eine Grundabtretung würde in weniger als 1 % der Fälle beantragt. Dass es dann zu einem Beschluss komme, komme nur in von Umweltverbänden geführten Verfahren vor, in denen es darauf angelegt werde, dass Entscheidungen überprüft werden sollten. Darüber hinaus gebe es praktisch keine privaten Grundabtretungen. Für die hohe Erfolgsquote bei der Einigung mit Eigentümern seien Praktikabilitätsaspekte ursächlich – es werde ein fairer Preis geboten, mit dem Anwohner höher lägen als nach dem gesetzlichen Anspruch. Mit der Transparenzrichtlinie für Entschädigungen kämen alle wunderbar zurecht. Die Betroffenen hätten kein Interesse daran, Entschädigungen zu veröffentlichen.
- **VA:** Man habe eine Grundabtretung nur einmal beantragt, das Verfahren sei aber nicht zu Ende geführt worden, da dann Einvernehmen nach Moderation der Bergbehörde erzielt wurde. Es bleibe aber ein gutes Instrument für Sperrparzellenfälle, wo der Betrieb bereits genehmigt worden sei, aber ein letzter Grundeigentümer den Vorhabenträger „erpresse“ und versuche, den Preis in die Höhe zu treiben.
 - **VD:** Ein Vorteil des Verfahrens sei es, dass die Bergbehörde den Marktwert feststelle.
 - **VD:** Ein ernsthafter Erwerbsversuch müsse vorgetragen werden, um von Behörde anerkannt zu werden,

³⁹⁶ BUND, Kernforderungen zur Novellierung des Bergrechts, November 2015, S. 6f.

³⁹⁷ BUND, Kernforderungen zur Novellierung des Bergrechts, November 2015, S. 6f.

d.h. die Chance sei sehr gering, überhaupt in die Grundabtretung einzutreten. Das Instrument sei trotzdem wichtig.

- VC: Man habe noch nie ein Verfahren betrieben, stattdessen mehrmals aber drum herum abgebaut, wenn es keine Lösung gegeben habe.
- V (Steinkohle): Dies zeige auch Problematik der derzeitigen Rechtslage, die durch die Rechtsprechung des Garzweiler-Urteils geprägt sei. Diese Hürden könne kein Abbau nehmen, außer vielleicht im Bereich der Braunkohle, da nur hier die Sondersituation bestehe, dass Kraftwerke von Braunkohle vor Ort abhängig seien. Hier ergebe sich aber das Problem, dass ein bergfreier Bodenschatz nichts mehr wert sei (es gebe eigentlich ja gerade Trennung vom Grundeigentum), wenn man nicht an ihn herankomme. Das Garzweiler-Urteil stelle damit die Trennung zwischen den Bodenschätzen im Bergrecht in Frage.
- V (Steinkohle): Ein weiteres Problem in Bezug auf die Gesamtabwägung sei es, dass manchmal für die sinnvolle Durchführung des Abschlussbetriebsplans der Zugang zu Grundstücken geschaffen werden müsse. Hier könne es aber nicht (mehr) um eine Gesamtabwägung gehen. Ggf. sollten für diese Fälle Betretungsrechte etc. geschaffen werden, die nichts mit einer Enteignung zu tun hätten (sondern eine Inhalts- und Schrankenbestimmung darstellten) und damit keiner Grundabtretung bedürften. Dies sei aus Praktikabilitätsgründen angezeigt.

Zum Verhältnis Betriebsplanzulassung – Grundabtretung

- V (Braunkohle): Dies sei eine wesentliche Frage und deswegen sei die Entscheidung des BVerfG zu Garzweiler auch richtig. Für die Betroffenen seien die Hierarchie der Verfahrensschritte und die Möglichkeit des Rechtsschutzes vorher eigentlich zu spät gekommen. Tatsächlich sei es so, dass zum Zeitpunkt der Grundabtretung ein Verfahren nicht mehr gestoppt werden könne. Daher erfolge die Gesamtabwägung jetzt schon im Betriebsplanverfahren und Möglichkeit der Klage bestehe bereits dann für Betroffene, das sei dem Rechtsschutz zuträglich. Diese Frage werde auch in Zukunft noch relevant, da für jeden neuen Umsiedlungsabschnitt diese Sache eine Rolle spiele. Für jede Ackerscholle könne eine Überprüfung im Rahmen der Grundabtretung eingefordert werden, daher habe dies eine große Relevanz (Erwerb der Vorfeldflächen sei Teil des täglichen Geschäfts, d.h. es könne jederzeit relevant werden). Schwierige Fälle zeigten sich erst am Ende, es sei im Vorhinein nicht zu sagen, ob Grundabtretungen nötig würden.

Zentrale Aussagen der Umweltseite zur Grundabtretung

- UV4: Es gebe eine klare Positionierung und Forderung in Bezug auf große Vorhaben: Es dürfe keine Genehmigung des Rohstoffabbaus geben, sofern er unter besiedeltem Gebiet stattfinden müsste und Abbau zur Folge hätte, dass Umsiedlungen nötig würden.
- UV3: Im Zusammenhang mit Vorhaben zum Kies- und Sandabbau/Steinbrüchen sei festzustellen: Es seien keine Versagungen oder Aufhebungen im gerichtlichen Verfahren bekannt. Das Recht werde in der Praxis z.T. ausgehebelt: Betroffene seien mit juristischen Verfahren überfordert, im besten Fall holten sie sich Hilfe, oft werde aber nicht der Klageweg beschritten. Dies führe dazu, dass sie ihre Rechte nicht wahrnahmen. Z.T. bestünden auch Vorwürfe der Verflechtungen und es gebe gesellschaftlichen Druck. Ein weiteres Problem sei es, dass Grundeigentümer oft nicht die Nutzer bei Verpachtung seien, d.h. die Interessenlage sei eine andere.
- UV2: Im Zusammenhang mit dem Braunkohletagebau in der Lausitz sei eine Versagung bekannt.
- UV1: Auch aus NRW sei keine Versagung bekannt.
- UV1: Für die Enteignung (insbes. bei bebauten Grundstücken) sollten Bedarfsfragen für die Enteignung eine Rolle spielen, da nur dann eine Rechtfertigung für Eingriffe in das Grundeigentum für den Bergbau bestehe. Abgeschafft werden solle insbesondere, dass in bebauten Gebieten abgebaut werden könne; bergtechnische Fragen und Planungssicherheit des Bergbautreibenden sollten nicht so eine große Rolle

im Verfahren spielen, wie sie es derzeit täten.

- **UV6:** Hinsichtlich der Frage, ob eine beantragte Grundabtretung versagt worden sei, bestünden folgende Erfahrungen: Es habe eine Kooperation mit „Landvolkvertretern“ (lokale Organisation des Deutschen Bauernverbandes) gegeben, um Einzelforderungen bzgl. der Preise zu verhindern. Bei einem größeren Vorhaben seien Zahlungen an Landeigentümer daran gekoppelt gewesen, ob das Vorhaben überhaupt zustande komme. Diejenigen Eigentümer, die bereits unterschrieben hatten, hätten dann Druck auf diejenigen ausgeübt, die dies noch nicht gemacht hatten.
- **UV8:** Bekannte Fälle einer versagten Grundabtretung gebe es nicht.
- **UV8:** Es gebe Fallgestaltungen, in denen eine Grundabtretung versagt werden sollte, weil die in § 79 Abs. 1 BBergG genannten Gründe nicht erfüllt gewesen seien. Ein Problem stelle die Frage dar, welche Rolle die ganz alten Rahmenbetriebspläne spielten, die nicht erneuert worden seien und inwieweit man sich auf diesen noch beziehen könne. Man habe zwei Mal versucht, alte Rahmenbetriebspläne im Rahmen von Abtretungsverfahren anzugreifen. Der Zeitablauf führe natürlich dazu, dass Rahmenbetriebspläne eine de facto enteignungsrechtliche Wirkung entfalteten. Das sei nicht zu rechtfertigen und auch nicht das, was das BVerfG gesagt habe.
- **UV10:** Fälle einer versagten Grundabtretung: seien nicht bekannt. Grundabtretungen sollten versagt werden, wenn Kulturlandschaft, Dorfgemeinschaft, etc. zerstört werde. Aber eine solche Abwägung / Gewichtung finde einfach nicht statt.

Zentrale Aussagen der Behörden zur Grundabtretung

- **B1:** Eigentlich seien keine Fälle bekannt, es gebe aber einen Fall einer Einigung über eine Art Mediationsverfahren. Darüber hinaus gebe es Fallkonstellationen, in denen zwar versagt wurde, aber die Anträge dann zurückgezogen worden seien (das betreffe aber eher eine atypische Konstellation, in dem der Grundeigentümer selbst im betroffenen Gebiet abbauen könnte).
- **B2:** Es gebe nur Einzelfälle, ca. ein Fall pro Jahr. Es führe nicht jeder Grundabtretungsantrag zum Erfolg, wenn Versagungsgründe ersichtlich seien, dann werde der Antrag in der Regel zurückgenommen.
- **B3:** Es gebe wenige Anträge, etwa zwei pro Jahr, die allerdings mehrere Antragsgegner beinhalten könnten (Miteigentümer-Konstellationen). Es könne dann durchaus komplexe große Verfahren geben. Die Grundabtretung betreffe nicht nur Braunkohle, sondern auch andere Bereiche, z.B. den Steine/Erden-Bergbau. Konflikte seien hier sogar eher häufiger, drei Viertel der Fälle seien Steine/Erden-Fälle). Anträge aus dem Bereich Steine/Erden seien zwar relativ zur hohen Zahl (im betroffenen Bundesland ca. 500) der Steine/Erden-Betriebe zwar ausgesprochen selten (Anträge seien oftmals verunglückte Erwerbsbestrebungen, zumeist stellten die Unternehmer aber bereits keinen Antrag), absolut aber häufiger als bei Braunkohle.
- **B3:** Es gebe nur sehr wenige durchentschiedene Fälle (weder positiv noch negativ), allerdings gebe es viele Anträge. Am Ende stehe doch häufig der Verkauf. Häufig gebe es im Verfahren eine Einigung, teilweise gebe es keine Lösung, es werde aber nicht durchgeklagt oder durchentschieden. Die Behörde signalisiere den Unternehmern durchaus, dass die rechtlichen Hürden für eine Enteignung für einen typischen Steine/Erden-Abbau zu hoch lägen.
- **B4:** Es gebe selten Anträge in der Steine- und Erden-Industrie, in der Regel handle es sich um Vorhaben zur Förderung von Braunkohle, es lägen der Behörde etwa vier bis sechs Anträge pro Jahr vor.
- **B4:** Hinsichtlich der Häufigkeit der Versagung von Grundabtretungen zeige die Erfahrung, dass es gerade im Braunkohlesektor sehr oft um Geld gehe. In aller Regel, eigentlich immer, komme man deshalb zu einer Einigung im Gütetermin. Das liege vielleicht daran, dass die Vorhabenträger auch zahlten. Streitig seien Fälle, in denen man die Grundabtretung bezüglich Parzellen durchführe, die Umweltverbände als

Sperrparzellen besäßen (z.B. die „BUND-Obstwiese“ in NRW).

Fallgestaltungen, in denen Grundabtretung versagt wird?

- **B1: Grundsatz sei, dass Randparzelle nicht enteignet würden, Sperrparzelle dagegen enteignet würden. Es komme auch auf die Größe des Abbaugebiets an, und auch die Frage, ob der Grundeigentümer selbst im betroffenen Gebiet abbauen könne (z.B. wenn dieses groß genug sei, sodass der Grundeigentümer auf der Fläche selbständig abbauen könne, aber das sei eher ein atypischer Fall). Es müsse zudem zunächst den Versuch der gütlichen Einigung geben.**
- **B1: Hinsichtlich der Abwägung des Abbauinteressees mit dem Erhaltungsinteresse sei klarzustellen, dass es bereits kein Bescheidungsinteresse bei der Rahmenbetriebsplanzulassung ohne Gewinnungsberechtigung gebe, auch wenn dies als formelle Voraussetzung erst im Hauptbetriebsplanverfahren gefordert sei. So werde dies jedenfalls im betroffenen Bundesland gehandhabt; es gebe aber bisher noch keine gerichtliche Überprüfung. Zu prüfen sei die bergtechnische Notwendigkeit, welcher Lagerstätteninhalt bestehe (lohne sich der Abbau?), dann gebe es ein zweigestuftes Verfahren, im Regelfall bei grundeigenen Bodenschätzen. Dann erfolge 1) die Zulegung: dort kämen Kontrahenten schon zusammen und einigten sich oft – meistens sei es eine Frage des Preises, 2) erfolge die Grundabtretung.**
- **B2: Es gebe einen konkreten Fall, in dem eine Grundabtretung beantragt worden sei, obwohl zuvor schon ein Vertrag vereinbart war. Der Vorhabenträger habe über ein Grundabtretungsverfahren den Preis drücken wollen, da er der Meinung gewesen sei, dass dieser zu hoch liege. Damit hätten aber die Voraussetzungen für eine Grundabtretung schon gar nicht vorgelegen, da der Fehlschlag der Einigung Voraussetzung für diese sei.**
- **B3: In Extremfällen sei eine Versagung denkbar, wenn z.B. der Bodenschatz regional keine Bedeutung habe, der Unternehmer über gar kein eigenes Eigentum verfüge und trotzdem zwangsweise den Abbau erreichen wolle. Solche Fälle seien denkbar, aber selten.**
- **B3: Es bestehe ein diametraler Widerspruch zwischen Umweltbelangen und der Praxis, dass der Unternehmer sich am Eigentum orientieren müsse. Der Unternehmer mache dann das eigentumsrechtlich Mögliche, nicht das ökologisch Sinnvolle. Es sei ökologisch und volkswirtschaftlich sinnvoller, wenn ein Fördergebiet leichter zu Ende abgebaut werden könnte und nicht an der Grundstücksgrenze Halt gemacht werden müsse.**

3.8.2 Zwischenfazit und Handlungsempfehlungen

Es ist geboten, die in § 79 BBergG geregelten Voraussetzungen der Grundabtretung, die vom BVerfG in seinem Urteil vom 17.12.2013 teilweise für verfassungsrechtlich zweifelhaft erkannt wurden, sowie die weiteren sich aus dem Urteil ergebenden Vorgaben des BVerfG³⁹⁸ aus der Entscheidung zu „Garzweiler II“ gesetzgeberisch umzusetzen. Im Zusammenhang mit § 79 Abs. 1 BBergG werden die Unbestimmtheit der gesetzlichen Voraussetzungen der Grundabtretung und konkreter die dort nur allgemein angeführten Gründe des Allgemeinwohls zur Rechtfertigung von Grundabtretungen beanstandet. Als Konsequenz bietet sich eine Anpassung des Gesetzestexts an. Zunächst sollte die nach der „Garzweiler II“-Entscheidung gemäß Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG geforderte verstärkte Berücksichtigung der Belange des Grundeigentümers gegenüber den wirtschaftlichen Interessen des Bergbauunternehmens und dem volkswirtschaftlichen Interesse am Rohstoff schon aus Gründen der Klarstellung und Rechtssicherheit kodifiziert werden.

³⁹⁸ S.o. 3.8 sowie 6.6.2.

Das BVerfG hat hervorgehoben, dass eine Enteignung nur dann im Sinne des Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG zum Wohle der Allgemeinheit erfolge, wenn das Vorhaben, zu dessen Verwirklichung es der Enteignung bedarf, seinerseits dem Gemeinwohl dient. Zu den in die Gesamtabwägung einzustellenden gewichtigen öffentlichen Belangen zählen nach dem Urteil auch solche des Landschaftsschutzes, des Denkmalschutzes, der Wasserwirtschaft, der Raumordnung oder des Städtebaus. Diese öffentlichen Belange sollten in einen novellierten Normtext integriert werden. Daneben bietet sich auch die Aufnahme sonstiger, nicht weniger gewichtiger ökologischer Aspekte des Abbaus in die zu berücksichtigenden Interessen an, also etwa der zu erwartende ökologische Schaden des Vorhabens, sowie der Einsatz und die etwaige Knappheit der zu gewinnenden Rohstoffe.

Die in § 79 Abs. 1 S. 1 BBergG aufgeführten Enteignungszwecke „Sicherung des sinnvollen und planmäßigen Abbaus der Lagerstätten“ und „Erhaltung der Arbeitsplätze im Bergbau“ sowie „Bestand oder die Verbesserung der Wirtschaftsstruktur“, die nach den Feststellungen des BVerfG mit Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG unvereinbar sind, sollten im Zuge einer Novellierung der Norm gestrichen werden.

Schließlich sollte – ebenfalls in der Konsequenz der entsprechenden Klarstellungen des BVerfG – gesetzlich fixiert werden, dass aus der Abwägungsentscheidung im Zuge der Rahmenbetriebsplanzulassung keine förmliche Bindungswirkung im Sinne einer enteignungsrechtlichen Vorwirkung folgt. Zudem ist es geboten, die Regelungen zur Entschädigung von Eigentümern von zu Wohn- oder Betriebszwecken genutzten Grundstücken dahingehend zu überarbeiten, dass sich deren Höhe an dem Betrag ausrichtet, der zur Beschaffung entsprechender Ersatzimmobilien erforderlich ist. Bemessungsgrundlage dafür sollte nicht (mehr) der Verkehrswert, sondern der Beschaffungswert ohne Vornahme eines Abzuges von etwaigen Vermögensvorteilen, die sich aus einer Entschädigung im Sinne von „neu für alt“ ergeben.³⁹⁹ Dergleichen wird gegenwärtig – in unterschiedlicher Ausprägung – auf freiwilliger Grundlage bzw. im Ergebnis von zwischen dem Bergbautreibenden und der Landesregierung bzw. den Standortgemeinden geschlossenen Vereinbarungen praktiziert. Weder für den Abschluss einer solchen Vereinbarung noch deren Inhalt existieren indessen rechtserhebliche Regelungen. Entschädigung oberhalb des Verkehrswertes bzw. jenseits der anderweitigen gesetzlichen Regelungen hängen somit maßgeblich von der „Philosophie“ des jeweiligen Bergbauunternehmens ab. Die gesetzlichen Regelungen zur Entschädigung von Menschen, die im Abbaug Gebiet leben, berücksichtigen nicht die Besonderheiten, die sich aus den existenziellen Betroffenheiten und dem drohenden Verlust des gesamten Lebensumfeldes ergeben. Weiterhin bedarf es Regelungen zum finanziellen Ausgleich von Aufwendungen, welche die Enteignungsbetroffenen bereits aufgrund der drohenden Enteignung in finanzieller und (Geldwert ausgleichender) zeitlicher Hinsicht zum Zwecke der Verhinderung oder Verminderung von Nachteilen leisten mussten. Grund hierfür ist die existenzielle Betroffenheit von durch Abbauvorhaben ihren Grundbesitz verlierenden Bürgern, mit Charakter eines Sonderopfers ggü. der Allgemeinheit. Ihnen soll eine Neuverschuldung in Folge der Grundabtretung nicht zugemutet werden. Es ist geboten, die auf Seiten der Betroffenen entstehenden Nachteile durch das den Vorteil aus der Vorhabendurchführung ziehende Bergbauunternehmen in jeglicher Hinsicht vollumfänglich auszugleichen und hierdurch ggf. (zwangsläufig, unbeabsichtigt) eintretenden Vermögenszuwachs nicht in Abzug zu bringen.

Vorschlag: Novellierung der Voraussetzungen der Grundabtretung in § 79 Abs. 1 S. 1 BBergG

Gesetzliche Normierung der Vorgaben des BVerfG zur Grundabtretung:

► **Streichung der Enteignungszwecke „Sicherung des sinnvollen und planmäßigen Abbaus der**

³⁹⁹ Dies ist bei Umsiedelungen aufgrund von Braunkohletagebauen in der Praxis bereits üblich.

Lagerstätten“, „Erhaltung der Arbeitsplätze im Bergbau“ sowie „Bestand oder die Verbesserung der Wirtschaftsstruktur“

- ▶ Integration der demgegenüber in die Abwägung einzustellenden öffentlichen Belange „Landschaftsschutz“, „Denkmalschutz“, „Wasserwirtschaft“, „Raumordnung“ und „Städtebau“; sowie der Belange „zu erwartender ökologischer Schaden des Vorhabens“ und „Einsatz und etwaige Knappheit der zu gewinnenden Rohstoffe“,
- ▶ Klarstellende Integration des in die Abwägung einzustellenden privaten Belangs „Interesse des Eigentümers am Erhalt seines Eigentums am Grundstück“,
- ▶ Verbesserung der Entschädigung enteignungsbetroffener Eigentümer.

3.9 Aufhebung von bergrechtlichen Genehmigungen

3.9.1 Beendigung von Bergbauberechtigungen

Bergbauberechtigungen können seitens der Behörde auf unterschiedliche Art und Weisen zur Beendigung kommen. Möglich ist der Fristablauf (§ 16 Abs. 4, Abs. 5 BBergG), die Rücknahme einer rechtswidrigen Bergbauberechtigung nach den allgemeinen Regeln (§ 48 VwVfG), sowie der Widerruf einer rechtmäßigen Bergbauberechtigung (§ 18 BBergG, § 49 VwVfG).

Als Anknüpfungspunkt für Umweltbelange, insbesondere für nachträglich relevant werdende Umweltgefahren, kann v.a. der Widerruf dienen. Zum einen ist damit das nachträgliche Bekanntwerden von Versagungsgründen, hier für die Berücksichtigung von Umweltbelangen insbesondere § 11 Nr. 10 BBergG in seiner bereits dargelegten⁴⁰⁰ engen Auslegung, nach § 18 Abs. 1 BBergG erfasst. Nach § 18 Abs. 2 und Abs. 3 BBergG können die Erlaubnis und die Bewilligung weiterhin widerrufen werden, wenn von ihnen innerhalb einer bestimmten Zeit kein Gebrauch gemacht wird. Allerdings steht dies für die Bewilligung nach § 18 Abs. 3 S. 2 BBergG unter dem Vorbehalt von Gründen einer sinnvollen technischen und wirtschaftlichen Planung durch den Bewilligungsinhaber. Dies eröffnet die Möglichkeit, dass die Ausübung einer einmal erteilten Bergbauberechtigung, die als Abwägungsbelang (Art. 14 GG) in die nachfolgenden Entscheidungen einzustellen ist, mehr als drei Jahre verzögert werden kann. Nachträglich zu besorgende Umweltgefahren einer Gewinnung, die diese nicht ausschließen (§ 11 Nr. 10 BBergG), können jedoch nur noch im Betriebsplanverfahren berücksichtigt werden, obwohl auch ein Widerruf je nach Schweregrad der zu besorgenden Umweltgefahren eine einfache Möglichkeit wäre, noch nicht vorgenommene umweltgefährdende Bergbautätigkeiten zu verhindern. Dabei wäre der Widerruf bei Berücksichtigung von Umweltbelangen grundsätzlich nicht uneingeschränkt möglich, sondern stünde seinerseits unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit, würde aber eine einfache Möglichkeit zur nachträglichen Berücksichtigung von Umweltgefahren eröffnen.

Nach herrschender Auffassung ist der Widerruf nach § 49 VwVfG neben der bergrechtlichen Widerrufsmöglichkeit anwendbar.⁴⁰¹ Dieser eröffnet die Möglichkeit, eine Bergbauberechtigung zu widerrufen, wenn von ihr noch kein Gebrauch gemacht wurde (innerhalb der Frist des § 18 Abs. 3 S. 2 BBergG) und nachträglich Rechtsvorschriften erlassen wurden, die zu ihrer Versagung hätten führen müssen (§ 49 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG). Weiterhin kann die Berechtigung widerrufen werden, um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhindern oder zu beseitigen (§ 49 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG). Dieser

⁴⁰⁰ Siehe hierzu 3.3.1.

⁴⁰¹ Mann, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 18 Rn. 22 f.

Widerrufsgrund dürfte allerdings aufgrund der hohen Anforderungen an das Vorliegen eines Widerrufsgrundes neben § 18 Abs. 1 i.V.m. § 11 Nr. 10 BBergG keine eigenständige Bedeutung entfalten.

Daneben kann der Berechtsamsinhaber nach § 19 BBergG die Aufhebung beantragen, die ihm so- dann zu gewähren ist.⁴⁰² Sind zu diesem Zeitpunkt bereits umweltrelevante Tätigkeiten ausgeführt worden, so kann dieser Aufhebungsanspruch aus Umweltschutzperspektive zumindest kritisch be- trachtet werden. Denn zumindest unter Ressourceneffizienzgesichtspunkten sollte eine einmal be- gonnene Bergbautätigkeit, die schon zu diesem Zeitpunkt ein großer Eingriff in die Umwelt darstellt, zumindest soweit fortgeführt werden, dass der ohne weitere größere Eingriffe zu gewinnende Boden- schatz zumindest soweit abgebaut wird. Nachsorgepflichten treffen den Berechtigungsinhaber ohne- hin auch nach Erlöschen der Berechtigung und unabhängig von der Art des Erlöschens (vgl. § 58 Abs. 2 S. 2 BBergG).⁴⁰³

3.9.2 Aufhebung der Betriebsplanzulassung

Bei Verstoß gegen § 48 Abs. 2 BBergG oder § 55 BBergG wird eine Betriebsplanzulassung rechtswid- rig und kann nach § 48 VwVfG i.V.m. § 5 BBergG zurückgenommen werden bzw. nach § 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG i.V.m. § 5 BBergG widerrufen werden, sofern diese entgegenstehenden öffentlichen Be- lange erst nach der Betriebsplanzulassung entstehen.⁴⁰⁴ Dann ist allerdings als zusätzliche Voraus- setzung nötig, dass ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet wäre. Bei Umweltgefahren kann dies stets angenommen werden, da stets ein öffentliches Interesse daran besteht, die Umwelt zu schützen (Art. 20a GG). Diese Umweltgefahren müssen dann jedoch im Verhältnis zu den ebenfalls verfassungsrechtlich geschützten unternehmerischen bergbaulichen Tätigkeiten (Art. 12, Art. 14 GG) eine bestimmte Schwere aufweisen.

Als weiterer Widerrufsgrund kommt insbesondere § 49 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG in Betracht, wenn durch Umweltgefahren eine Gefahr für das Allgemeinwohl besteht. In jedem Falle steht der Widerruf im Ermessen der Behörde, die insbesondere den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren hat. Da- bei ist angesichts der getätigten Investitionen des Vorhabenträgers regelmäßig v.a. zu entscheiden, ob der Widerruf aus Gründen des Umweltschutzes das mildeste Mittel ist.

3.10 Beendigung der Rohstoffgewinnung

3.10.1 Betriebsplanzulassung für die Einstellung des Betriebes

Der sog. Abschlussbetriebsplan nach § 53 BBergG steht am Ende eine Gewinnungstätigkeit und be- trifft in zeitlicher Hinsicht die Phase zwischen der Einstellung des Bergbaubetriebes und der Entlas- sung aus der Bergaufsicht.⁴⁰⁵ Die Vorschrift ist auch auf Nutzungsänderungen anwendbar und kann damit z.B. relevant werden, wenn ein zunächst als Gewinnungsfeld genutzter Untergrund in einen Untergrundspeicher umgewandelt werden soll. Da dies nach § 126 BBergG selbst eine betriebsplan- pflichtige Tätigkeit darstellt, muss der Abschlussbetriebsplan nur darstellen, wie der Übergang ge- staltet wird.⁴⁰⁶

⁴⁰² Bzw. § 20 BBergG bei Bergwerkseigentum.

⁴⁰³ Von Mäßenhausen, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 58 Rn. 11.

⁴⁰⁴ Kühne, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 48 Rn. 38; sowie von Hammerstein, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 56 Rn. 28.

⁴⁰⁵ Von Hammerstein, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 2.

⁴⁰⁶ Von Hammerstein, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 5.

Auch bei der Einstellung des Betriebes kann es um die Vermeidung von schädlichen Umwelteinwirkungen gehen. Dies zeigt auch der Umstand, dass Abschlussbetriebspläne UVP-pflichtig sein können (sog. obligatorischer Rahmenabschlussbetriebsplan⁴⁰⁷).

Bei dem Abschlussbetriebsplanverfahren handelt es sich um ein gewöhnliches Betriebsplanzulassungsverfahren. Für den Inhalt des Abschlussbetriebsplans gilt im Wesentlichen das zur Betriebsplanzulassung Gesagte: Die Zulassungsvoraussetzungen des § 55 BBergG (insbesondere § 55 Abs. 1 Nr. 3 BBergG zur Wiedernutzbarmachung) müssen nach § 53 Abs. 1 BBergG auch für den Abschlussbetriebsplan erfüllt sein; weiterhin ist ebenfalls § 48 Abs. 2 BBergG beachtlich. § 55 Abs. 2 BBergG stellt klar, dass bzgl. der Lebens- und Gesundheitsgefahren sowie bzgl. der Wiedernutzbarmachung die Voraussetzungen auch nach der Einstellung des Betriebes erfüllt sein müssen.

Die Wiedernutzbarmachung ist in § 4 Abs. 4 BBergG legaldefiniert und gilt demnach als die „ordnungsgemäße Gestaltung der vom Bergbau in Anspruch genommenen Oberfläche unter Beachtung des öffentlichen Interesses“. Diese Definition lässt indes die Berücksichtigung der Umweltauswirkungen der Gewinnungstätigkeit außen vor, da der frühere Zustand nicht wiederhergestellt werden muss, sondern der Inhalt der Wiedernutzbarmachungspflicht v.a. auch an der Folgenutzung orientiert wird.⁴⁰⁸ Zwar sind über die öffentlichen Interessen auch z.B. raumplanerische Grundlagen sowie umweltrechtliche Vorgaben zu berücksichtigen,⁴⁰⁹ die Definition der Wiedernutzbarmachung sollte jedoch stärker an den Umweltauswirkungen und dem Eingriff in Ökosysteme durch die Gewinnungstätigkeit orientiert werden. So ist es z.B. nicht zwingend, sondern liegt im Ermessen der Behörde, ob für eine Bergbautätigkeit gerodete Waldflächen nach der Bergbautätigkeit wieder aufgeforstet werden sollen.⁴¹⁰

Dies ist zwar nicht immer zweckmäßig, dennoch könnte das Gesetz das Ermessen der Behörde stärker in Richtung der Wiederherstellung des zerstörten Ökosystems lenken, insbesondere da wohl v.a. die land- oder forstwirtschaftliche Nachnutzungsmöglichkeit vorrangig das Ziel der Wiedernutzbarmachung ist.⁴¹¹ Eine Einbeziehung von naturschutzfachlichen Aspekten geschieht bisher v.a. über die öffentlichen Interessen im Rahmen von § 4 Abs. 4 BBergG, die einen starken Bezug zur naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung haben.

Das Verhältnis von Wiedernutzbarmachung und naturschutzrechtlicher Eingriffsregelung hängt im Ergebnis von der Art der Maßnahme zur Wiedernutzbarmachung im Verhältnis zu den Kompensationsmaßnahmen ab und ist daher nicht eindeutig. Insbesondere erfolgt keine Klarstellung im Gesetz. Die Wiedernutzbarmachung kann grundsätzlich die naturschutzrechtliche Kompensationsleistung darstellen, sodass es zu einer Überschneidung kommt, vgl. § 1 Abs. 5 S. 4 BNatSchG.⁴¹² In diesem Fall stellt das naturschutzrechtliche Kompensationsinteresse auch ein öffentliches Interesse im Sinne

⁴⁰⁷ Von Hammerstein, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 16.

⁴⁰⁸ Keienburg, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 4 Rn. 25. Diese Zielrichtung findet sich auch so wieder in den landesrechtlichen Bergverordnungen nach § 66 Nr. 8 BBergG. Siehe z.B. § 39 BVOBr, § 71 BVO-ESSE, in denen sich auch kein Hinweis auf Umweltbelange bei der Wiedernutzbarmachung findet.

⁴⁰⁹ Keienburg, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 4 Rn. 27.

⁴¹⁰ Von Mäßenhausen, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang § 48 Rn. 166.

⁴¹¹ So jedenfalls Lauerwald, Die Bilanzierung und Prüfung von behebungspflichtigen und nicht behebungspflichtigen ökologischen Lasten, 2001, S. 119.

⁴¹² Brockhoff, Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung in bergrechtlichen Zulassungsverfahren, 2012, S. 240 mit dem Ergebnis, dass es aus naturschutzrechtlicher Sicht unproblematisch sein dürfte, dass dann die Kompensationsfläche stets das Betriebsgelände, das wiedernutzbar gemacht wird, ist.

des § 4 Abs. 4 BBergG dar und die Wiedernutzbarmachung wird dadurch „gesteuert“. ⁴¹³ Eine komplette Überlagerung der Eingriffsregelung durch die Wiedernutzbarmachung ist jedoch nicht immer der Fall und es ist möglich, dass eine Kompensation des naturschutzfachlichen Eingriffs weitere oder andere Maßnahmen als die bloße Wiedernutzbarmachung erfordert. ⁴¹⁴ Denkbar ist auch, dass die Wiedernutzbarmachung selbst einen Eingriff in Natur und Landschaft darstellt, wenn z.B. durch die Flutung eines Restlochs infolge des Abbaus entstandene Sekundärbiotope dadurch zerstört werden. Hierzu hat das BVerwG allerdings entschieden, dass Maßnahmen der Wiedernutzbarmachung nicht als erneute Eingriffe in die Umwelt qualifiziert werden, aber über § 4 Abs. 4 BBergG als naturschutzfachliche Belange Berücksichtigung finden müssen und daher nur gewichtige Gründe (z.B. Gesundheitsschutz, öffentliche Sicherheit) dazu führen dürfen, dass nicht die naturschutzfachlich angebrachte Kompensationsmaßnahme auch als Maßnahme der Wiedernutzbarmachung ausgewählt wird. ⁴¹⁵

Allerdings stehen diese Fragen nicht primär im Zusammenhang mit der Betriebseinstellung und dem Abschlussbetriebsplan, sondern müssen bereits zu einem viel früheren Zeitpunkt im bergrechtlichen Verfahren berücksichtigt werden (Wiedernutzbarmachung als Zulassungsvoraussetzung auch für die anderen Betriebspläne, vgl. § 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 BBergG). ⁴¹⁶ Dem trägt auch die Verordnungsermächtigung in § 66 S. 1 Nr. 8 BBergG Rechnung, die eine Konkretisierung der Vorsorge- und Durchführungsmaßnahmen zur Wiedernutzbarmachung bereits während und nach der Gewinnung durch Rechtsverordnung enthält. Von dieser Ermächtigung wurde jedoch nur stellenweise auf Landesebene Gebrauch gemacht ⁴¹⁷ und Umweltbelange spielen hier keine bzw. eine der Folgenutzung nachrangige Rolle. Das Bundeswirtschaftsministerium hat diesen Regelungsbereich bislang nicht aufgegriffen (§ 68 Abs. 2 Nr. 3 BBergG). ⁴¹⁸

Auch auf Ebene des Abschlussbetriebsplans stellt sich die Frage nach der Abgrenzung oder Einbeziehung des weiteren Umweltfachrechts, z.B. des Wasserrechts. So kann z.B. parallel zum Abschlussbetriebsplanverfahren ein wasserrechtliches Planfeststellungsverfahren für den Gewässerausbau (§§ 67 Abs. 2, 68 ff. WHG) nötig werden.

3.10.2 Ende der Bergaufsicht

Mit dem Ende der Bergaufsicht nach § 69 Abs. 2 BBergG wird das abgeschlossene Bergbauvorhaben aus dem bergrechtlichen Sonderregime entlassen. Dieses gilt allerdings solange wie noch gemeinschädliche Einwirkungen, und damit auch Umwelteinwirkungen, nach allgemeiner Erfahrung nicht mehr zu erwarten sind. Umweltbelange finden danach nach allgemeinen Grundsätzen Anwendung, auch bei fehlerhaften Prognosen bzgl. der Auswirkungen des Bergbaubetriebs. ⁴¹⁹

⁴¹³ *Brockhoff*, Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung in bergrechtlichen Zulassungsverfahren, 2012, S. 289. Im außerbergrechtlichen Abgrabungsrecht kommt das speziellere Abgrabungsrecht zur Anwendung, soweit es Regelungen zur Wiedernutzbarmachung enthält, i. Ü. richtet sich die Kompensation nach dem Naturschutzrecht.

⁴¹⁴ Zu den Fallkonstellationen ebenfalls *Brockhoff*, Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung in bergrechtlichen Zulassungsverfahren, 2012, S. 240 f.

⁴¹⁵ *Brockhoff*, Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung in bergrechtlichen Zulassungsverfahren, 2012, S. 309 ff. mit Verweis auf BVerwG, Urt. v. 14.04.2005 – 7 C 26/03, juris Rn. 22.

⁴¹⁶ So auch *Brockhoff*, Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung in bergrechtlichen Zulassungsverfahren, 2012, S. 261 f.

⁴¹⁷ *Von Mäßenhausen*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 55 Rn. 92.

⁴¹⁸ *Von Mäßenhausen*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 55 Rn. 92.

⁴¹⁹ *Von Mäßenhausen*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang § 48 Rn. 51.

3.10.3 Ergebnisse der Interviews zur Betriebsbeendigung und Wiedernutzbarmachung

Zentrale Aussagen der Vorhabenträger zur Betriebsbeendigung und Wiedernutzbarmachung

- VC: Das System zur Betriebsbeendigung und Wiedernutzbarmachung funktioniere sehr gut, da diese im Abschlussbetriebsplan vorbereitet und am Ende festgestellt würden.
- VA: Es seien auch positive Dinge, die aus den Vorhaben resultierten (z.B. seien Biotope und die Zusammenarbeit mit Verbänden zu beachten, es gebe einen Public-Private-Partnership mit einem Strandbad etc.).
- VC: Die Situation sei ähnlich wie bei Betriebsstilllegungen unter anderem Recht (BImSchG – Wiedernutzbarmachung, die von Behörden etc. abgenommen werde).
- VD: Es würden sehr gute Böden hinterlassen. Dort gebe es keine Pestizide etc. und es bestehe eine besondere Artenvielfalt auf nicht kontaminierten Böden.
- V4: Abschlussbetriebspläne hätten zwei Funktionen, die Wiedernutzbarmachung und die Gefahrenabwehr. Abschlussbetriebspläne seien nicht UVP-pflichtig, da sie im Katalog der UVP-pflichtigen Vorhaben nicht auftauchten. Es könne trotzdem passieren, dass einzelne Aspekte des Abschlussbetriebsplanverfahrens UVP-pflichtig seien (z.B. die dauerhafte Wasserhaltung im Rahmen des Abschlussbetriebsplanes; eine UVP-Pflicht aufgrund der Mengen, dann gebe es aber eine UVP im wasserrechtlichen Verfahren, das parallel laufe; das Gleiche könne gelten bei Tagebau-Restseen, oder dem Anlegen von Gewässern).
- V5: Die Rekultivierung nach Betriebsbeendigung gelinge. Oft handle es sich um angepachtete Flächen von Landwirten, diese würden dann in einen bearbeitbaren Zustand zurückversetzt.

Zentrale Aussagen der Umweltseite zur Betriebsbeendigung und Wiedernutzbarmachung

- UV4: Grundsätzlich zeige die Praxis, dass Naturschutzbelange in der Wiedernutzbarmachung relativ viel Berücksichtigung fänden. Insbesondere fänden die Regelungen des BNatSchG vollumfänglich Anwendung. Problematisch sei aber das Verhältnis zwischen der Wiedernutzbarmachung nach Bergrecht und den Ausgleichsmaßnahmen nach BNatSchG (Kompensationsmaßnahmen allgemein). In der Praxis zeige sich eine eindeutige Handhabung zugunsten des BNatSchG und es sei eine zufriedenstellende Berücksichtigung der Interessen des Naturschutzes festzustellen. Auch wenn diese Frage in der Praxis daher gut gelöst werde, bestünde aus Gründen der Rechtsklarheit Änderungsbedarf, insbesondere bzgl. des Verhältnisses der Vorschriften zueinander. Es solle gesetzlich geklärt werden, was Wiedernutzbarmachung heiße, welchen Umfang sie habe und wann Wiedernutzbarmachung mit Kompensationsmaßnahmen nach BNatSchG gleichzusetzen sei. Aus Sicht der Umweltverbände müsse die Wiedernutzbarmachung auch eine weitgehende Kompensation des Eingriffs aus naturschutzfachlicher Sicht bedeuten.

Zentrale Aussagen der Behörden zur Betriebsbeendigung und Wiedernutzbarmachung

- B3: Das bergrechtliche System, das für die Einstellung des Betriebs eigene Planung und Zulassung erfordere, sei sehr sinnvoll. Die Frage, ob Umsetzung der Einstellungsmaßnahmen möglichst schnell und ordnungsgemäß stattfinde, sei eine Vollzugsfrage. Zumeist mache man aber sehr positive Erfahrungen, auch hinsichtlich der öffentlichen Belange. Ordnungsgemäß eingestellte Betriebe hinterließen im Regelfall eine sehr hochwertige Bergbaunachfolgestruktur. Schwierigkeiten gebe es vor allem bei einigen Kleinstunternehmen, die nicht rechtstreu seien. Bei notorischen Rechtsverstößen würde eine Vielzahl von Verwaltungsvollstreckungsmaßnahmen erlassen, wenn sich Adressaten nicht an Verfügungen hielten, seien die behördlichen Möglichkeiten aber häufig begrenzt.
- B5 (Wasserbehörde): Die Wasserbehörde dürfe in jeder Phase ihre Sorgen anbringen. In einem konkreten Beispiel seien nach einigen Jahrzehnten Probleme mit der Standsicherheit bekannt geworden. Wasserbehörde schreite ein, wenn Wasserrahmenrichtlinie nicht eingehalten werde. Die Wasserbehörde habe eine große Auseinandersetzung gewinnen können, weil sie erreicht habe, dass Wassergüte (Säurepotential,

Sulfat-, Eisenbelastungen) auch von der Bergaufsicht berücksichtigt werden müsse – es gebe also keine vorzeitige Entlassung aus der Bergaufsicht. Die Wasserbehörde warne auch Landkreise und untere Behörden, wenn diese „zu übermäßig“ agierten. Beratende Funktion werde auch wahrgenommen.

3.10.4 Zwischenfazit und Handlungsempfehlungen

Die bergrechtliche Wiedernutzbarmachungspflicht ist insbesondere auf die Ermöglichung der Folgenutzung der Flächen ausgerichtet. Umweltrechtliche Vorgaben werden nicht explizit genannt und fallen nur allgemein unter die „öffentliche Interessen“, die im Zuge der behördlichen Betriebsplanzulassung gem. § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG zu berücksichtigen sind.⁴²⁰ Die Umweltauswirkungen des Vorhabens und der Eingriff in Ökosysteme werden demgegenüber grundsätzlich durch die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung adressiert, die gem. § 17 Abs. 1 S. 1 BNatSchG im Zuge der Betriebsplanzulassungsentscheidung mit zu behandeln ist. In welchem Verhältnis die bergrechtliche Verpflichtung zur Wiedernutzbarmachung zu der aus der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung folgenden Kompensationsverpflichtung steht, ist nicht gesetzlich geklärt. Wiedernutzbarmachung und naturschutzrechtliche Kompensationsleistung können sich in ihren Anforderungen entsprechen, sodass es zu einer Überschneidung der durch die Normen vorgesehenen Handlungspflichten kommt, vgl. § 1 Abs. 5 S. 4 BNatSchG. Es ist aber auch denkbar, dass eine Kompensation des naturschutzfachlichen Eingriffs zusätzliche oder andere Maßnahmen als die bloße Wiedernutzbarmachung erfordert.⁴²¹ Für Fälle, in denen Wiedernutzbarmachungspflicht und Eingriffsregelung unterschiedliche Inhalte haben – etwa weil die Wiedernutzbarmachung selbst einen Eingriff in Natur und Landschaft darstellt –, sind Maßnahmen der Wiedernutzbarmachung nach höchstrichterlicher Feststellung⁴²² nicht als erneute Eingriffe in die Umwelt zu qualifizieren, aber als Gegenstand naturschutzfachlicher Belange über § 4 Abs. 4 BBergG zu berücksichtigen. Nur im Fall des Vorliegens gewichtiger Gründe (z.B. Gesundheitsschutz, öffentliche Sicherheit) darf daher eine Maßnahme der Wiedernutzbarmachung gewählt werden, die der naturschutzfachlich angebrachten Kompensationsmaßnahme nicht entspricht.⁴²³

Die Komplexität der rechtlichen Verzahnung bergrechtlicher und naturschutzrechtlicher Vorgaben – die letztlich auch den Status naturschutzfachlicher Erwägungen bei behördlichen Entscheidungen zu den zu fordernden Inhalten der Wiedernutzbarmachung betrifft – wurde im Rahmen der zur Durchführung dieser Untersuchung geführten Interviews wiederholt adressiert.⁴²⁴

Es sollte daher eine gesetzgeberische Klarstellung dieses Verhältnisses unter Berücksichtigung der dargelegten höchstrichterlich und rechtswissenschaftlich erarbeiteten Grundsätze erfolgen. Hierfür bietet sich die Integration der richterrechtlich entwickelten Abgrenzungskriterien zum Verhältnis von Wiedernutzbarmachung und Eingriffsregelung an,⁴²⁵ die zum einen klarstellt, dass die Verpflichtung zu zusätzlichen und weitergehenden Maßnahmen aus § 15 BNatSchG unberührt bleibt. Zum anderen sollte der von der Rechtsprechung entwickelte relative Vorrang der Eingriffsregelung kodifiziert und

⁴²⁰ S. dazu oben 3.10.1.

⁴²¹ Zu den Fallkonstellationen ebenfalls *Brockhoff*, Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung in bergrechtlichen Zulassungsverfahren, 2012, S. 240 f.

⁴²² BVerwG, Urt. v. 14.04.2005 – 7 C 26/03, juris Rn. 22; siehe auch *Brockhoff*, Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung in bergrechtlichen Zulassungsverfahren, 2012, S. 309 ff.

⁴²³ *Brockhoff*, Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung in bergrechtlichen Zulassungsverfahren, 2012, S. 309 ff.; vgl. dazu oben 3.10.1.

⁴²⁴ S. dazu oben 3.10.3 sowie 3.5.5.4.

⁴²⁵ S. dazu oben 3.10.1.

damit sichergestellt werden, dass naturschutzfachlich nicht angezeigte Maßnahmen im Rahmen der Wiedernutzbarmachung nur zugunsten gewichtiger Gründe zulässig sind.

Vorschlag: Gesetzliche Klärung des umweltschutzfachlichen Gehalts der bergrechtlichen Wiedernutzbarmachung

Neufassung von § 4 Abs. 4 BBergG im Sinne der Rechtsprechung dahingehend, dass andere, als die naturschutzfachlich geforderten Kompensationsmaßnahmen nach § 15 BNatSchG nur zulässig sind, wenn gewichtige Gründe vorliegen.

In den Vorschriften zur Genehmigung von Betriebsplänen sollte eine Vorgabe zu den Anforderungen an die Wiedernutzbarmachung der Oberfläche enthalten sein. Hierzu könnten beispielsweise die §§ 55 Abs. 1 Nr. 7, Abs. 2 Nr. 2 BBergG dahingehend geändert werden, dass die Vorsorge bzw. die Sicherstellung der Wiedernutzbarmachung unbeschadet der Verpflichtungen zu zusätzlichen und weitergehenden Maßnahmen aus § 15 BNatSchG zu erfolgen hat.

3.11 Zulassung anderer Vorhaben nach dem Bergrecht

Für andere als bergbauliche Vorhaben zur Gewinnung von Bodenschätzen (Erdwärme wird als Gewinnung gezählt) gilt das BBergG eingeschränkt. Erfasst sind nach § 126 BBergG Untergrundspeicher (siehe auch § 2 Abs. 2 Nr. 2 BBergG zum Geltungsbereich) sowie nach § 127 BBergG Bohrungen, die nicht anderweitig bereits in den Anwendungsbereich des BBergG fallen.

Für die temporäre behälterlose⁴²⁶ Untergrundspeicherung (Begriffsbestimmung in § 4 Abs. 9 BBergG) gelten nach § 126 Abs. 1 BBergG einige bergrechtliche Vorschriften, z.B. über die Betriebsplanzulassung, entsprechend. Ein Berechtsamsverfahren ist aufgrund der fehlenden Verweisung auf die §§ 6 ff. BBergG für die Errichtung eines Untergrundspeichers nicht durchzuführen, sofern nicht deren Tatbestand durch eine gleichzeitige Aufsuchung oder Gewinnung unmittelbar erfüllt ist.⁴²⁷ Auf die Ausführungen zur Berücksichtigung von Umweltbelangen im Betriebsplanverfahren, während des Betriebs des Speichers kann daher verwiesen werden. Das für die Untergrundspeicherung besonders wichtige Wasserrecht⁴²⁸ findet nach den oben genannten Maßstäben Anwendung. Gleiches gilt für andere Gesetze, wenn deren Anwendungsbereich berührt ist. Ein obligatorisches Rahmenbetriebsplanverfahren ist aufgrund der UVP-Pflichtigkeit von Erdgas- und Erdölspeichern, sowie Speichern für petrochemische und chemische Erzeugnisse ab bestimmten Mindestfassungsvermögen der Speicher z.T. durchzuführen (vgl. § 126 Abs. 1 i.V.m. § 52 Abs. 2a i.V.m. § 57c BBergG, § 1 Nr. 6a UVP-V Bergbau). Auch hier gilt, dass aus Umweltschutzsicht der Anwendungsbereich der UVP im Untergrund erweitert werden sollte. Schwellenwerte zum Fassungsvermögen dürften für die Anknüpfung einer UVP-Pflichtigkeit wenig geeignet sein. Geboten wäre, die Ablagerung an sich und das damit verbundene Risiko, dass austretende Stoffe Boden- und Grundwasserschichten verunreinigen können, als Kriterium für eine UVP-Pflichtigkeit zu setzen.

Die dargestellten Regeln gelten ebenfalls für die Zwischenlagerung von radioaktiven Stoffen, sowie nach § 126 Abs. 3 BBergG mit Einschränkungen, die hier nicht von Bedeutung sind, auch für die End-

⁴²⁶ Mann, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 126 Rn. 4 f.

⁴²⁷ Anders kann dies in den neuen Bundesländern sein, wo im Zuge der Deutschen Einigung Besonderheiten bestehen und z.T. noch alte Speicherrechte bestehen, die in ihrer Konzeption davon ausgehen, dass die geologischen Schichten zur Untergrundspeicherung als Bodenschätze einzustufen sind; siehe dazu Mann, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 126 Rn. 29.

⁴²⁸ Vgl. Mann, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 126 Rn. 3.

lagerung von radioaktiven Stoffen. Dies gilt allerdings nur für die behälterlose Speicherung radioaktiver Stoffe, obwohl ihre Lagerung regelmäßig in Behältern (sog. Castorbehälter) erfolgt.⁴²⁹ Andererseits muss nur die Eignung der behälterlosen Speicherung radioaktiver Stoffe gegeben sein, die tatsächliche Lagerung in Behältern entzieht die Lagerung nicht dem bergrechtlichen Regime.⁴³⁰ Tatsächlich richtet sich die Errichtung von Endlagern nach § 126 Abs. 3 BBergG in der Regel direkt nach dem Bergrecht, da sie in der Regel gemeinsam mit Tätigkeiten erfolgt, die den Tatbestand der Aufsuchung oder Gewinnung erfüllen.⁴³¹ Im Verhältnis zum Atomrecht besteht keine Konzentrationswirkung der Zulassung nach den bergrechtlichen Vorschriften.⁴³²

Für die CO₂-Speicherung (sog. CCS-Technologie), die auf eine dauerhafte Beseitigung angelegt ist, findet § 126 BBergG keine Anwendung. Diese Technologie wird durch das KSpG geregelt, das aufgrund der Neuheit der Technologie wesentliche Fortschritte in der Berücksichtigung von Umweltbelangen in der Vorhabenzulassung enthält. Die Zulassung der Errichtung eines solchen Betriebes erfolgt im Wege der echten Planfeststellung mit Abwägungsspielraum der Planfeststellungsbehörde. Die Umweltvorsorge ist an vielen Stellen der Vorhabenzulassung berücksichtigt: über den Ausschluss von Gefahren für die Allgemeinheit (§ 13 Abs. 1 Nr. 1 KSpG) und Langzeitsicherheit (§ 13 Abs. 2 Nr. 2 KSpG), sowie ausdrücklich über die Anforderungen, Umweltgefahren auszuschließen und im Übrigen vorzusorgen (§ 13 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 KSpG). Nach § 13 Abs. 1 S. 4 KSpG sind die Ergebnisse der Umweltverträglichkeitsprüfung zu berücksichtigen und nach § 13 Abs. 1 S. 5 KSpG ist auf die Belange der Land- und Forstwirtschaft Rücksicht zu nehmen. Die UVP-Pflicht besteht nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. Nr. 15.2 Anhang 1 UVP-G.⁴³³

Auch Untergrunddeponien sind auf eine dauerhafte Lagerung von Stoffen ausgelegt. Sie werden durch das KrWG geregelt. Das KrWG unterwirft die Errichtung von unterirdischen Deponien der Planfeststellung nach § 35 KrWG, da die Entsorgung auch die Beseitigung durch Lagerung ist.⁴³⁴ Nach § 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. a und lit. b KrWG i.V.m. § 15 Abs. 2 KrWG sind damit vielfältige Umweltbelange als Schutzgüter des Kreislaufwirtschaftsrechts einzubeziehen (Tiere und Pflanzen, Gewässer und Böden, Luftverunreinigungen oder Lärm, Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege). Ihre Zulässigkeit beurteilt sich weiterhin nach den Voraussetzungen des § 43 KrWG i.V.m. Deponieverordnung (DepV),⁴³⁵ die auch für Untertagedeponien und unterirdische Langzeitlager gilt (vgl. § 2 Nr. 10 und Nr. 24 DepV). Demnach dürfen Untertagedeponien nur in Salzgestein errichtet werden (§ 3 Abs. 2 DepV), das von einer geologischen Barriere abgegrenzt wird (vgl. Anhang 2 Nr. 1 DepV), unter Einhaltung weiterer Voraussetzungen. Die DepV enthält auch Voraussetzungen für Sicherheitsleistungen (§ 18 DepV)⁴³⁶ sowie für Nachsorge (§ 24 DepV).

⁴²⁹ Mann, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 126 Rn. 31.

⁴³⁰ So jedenfalls Mann, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 126 Rn. 31 m.w.N.

⁴³¹ Mann, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 126 Rn. 34.

⁴³² Dazu im Einzelnen Mann, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 126 Rn. 36.

⁴³³ Umfassend hierzu das UFOPLAN-Vorhaben: Schulze/Keimeyer/Alt/Kurth/Schöne, CCS – Entwicklung ausgewählter Regelungsvorschläge zur Konkretisierung gesetzlicher Anforderungen bei Rechtsverordnungen (FKZ 3710 41 128), (Abschluss 11/2013, bisher unveröffentlicht).

⁴³⁴ Die Beseitigung von Abfällen ist nach § 3 Abs. 26 KrWG jede Behandlung der Abfälle, die keine Verwertung ist.

⁴³⁵ Deponieverordnung vom 27. April 2009 (BGBl. I S. 900), die zuletzt durch Artikel 2 der Verordnung vom 04. März 2016 (BGBl. I S. 382) geändert worden ist.

⁴³⁶ Siehe hierzu 7.2.2.

4 Gewinnung von Bodenschätzen außerhalb des Anwendungsbereichs des Bergrechts und Umweltbelange

Die Gewinnung von Bodenschätzen nach Rechtsregimen jenseits des Bergrechts betrifft vor allem die obertägige Gewinnung von Kiesen und Sanden. Dabei ist zu beachten, dass bestimmte Kiese und Sande auch dem bergrechtlichen Rechtsregime unterfallen können (z.B. sog. Quarzkies oder Quarzsand).⁴³⁷ Sie sind sog. Grundeigentümergebilde, d.h. Bodenschätze, die weder bergfrei noch grundeigen i.S.d. Bergrechts sind und der Regelung durch das Bergrecht daher nicht unterliegen (siehe dazu auch Abbildung 1 unter 3.1).⁴³⁸ Ein spezielles Abgrabungsrecht mit Abtragungsgesetzen und -verordnungen findet sich für diese außerbergrechtlichen Vorhaben nur in wenigen Bundesländern. In den übrigen Ländern unterscheidet sich die rechtliche Behandlung von Abtragungsvorhaben je nach Ausgestaltung des jeweiligen Landesrechts bzw. nach den Umweltauswirkungen der Vorhaben.

Umweltgesetze finden auch auf die Ressourcengewinnung Anwendung, soweit diese zu Umweltauswirkungen führt. Dies gilt z.B. bei einer Abtragung für Belange des Natur- und Landschaftsschutzes einschließlich einer möglichen Verunstaltung des Landschaftsbildes,⁴³⁹ ebenso für eine mögliche Gefährdung der Wasserwirtschaft, etwa bzgl. des Trinkwasserschutzes.⁴⁴⁰

Die Aufspaltung zwischen dem bundesrechtlich geregelten Bergrecht und der landesrechtlichen Regelung von Abtragungen geht auf die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für den Bergbau in Art. 74 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) zurück. Für bestimmte, in § 3 BBergG aufgeführte Bodenschätze wurde auf Grundlage dieser Kompetenzzuweisung durch das BBergG eine abschließende Regelung getroffen, so dass insoweit für das Landesrecht kein Raum mehr bleibt.⁴⁴¹ Nach Auffassung des Gesetzgebers sollten Abtragungen zum Gewinnen von Steinen und Erden, vor allem von Kies, Sand, Bims, Ton und Torf, dem Wasser-, Naturschutz und Baurecht unterfallen, da hier das Schwerkraft der Prüfung mit Allgemeinwohlbelangen liege.⁴⁴² Dies entspricht auch dem Subsidiaritätsgebot des Art. 72 Abs. 2 GG in der Fassung vor der Föderalismusreform, da hiernach nur eine Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes für das Recht des Naturschutzes, der Landschaftspflege und des Wasserhaushalts gegeben war, die den Ländern einen eigenen gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum überließ.⁴⁴³ Angesichts der differenzierten Abgrenzung von Bergrecht einerseits und dem sich je nach Bundesland anders darstellendem sog. „Abtragungsgesetz“ andererseits kann hinterfragt werden, ob die ursprünglich angestrebte Herstellung der Rechtseinheit⁴⁴⁴ über das Bergrecht hinaus für den gesamten Bereich des Rohstoffabbaus Realität ist. Zumindest in der Vergangenheit wurden für die neuen Bundesländer nach deren Beitritt auch Grundeigentümergebilde bis zum Gesetz zur Vereinheitlichung der Rechtsverhältnisse bei Bodenschätzen von 1996⁴⁴⁵ dem Bergrecht

⁴³⁷ S. oben unter 3.1.

⁴³⁸ *Von Hammerstein*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 3 Rn. 2; auch *Gaentzsch*, Rechtliche Fragen des Abbaus von Kies und Sand, NVwZ 1998, 889; s. auch unter 7.1.4.

⁴³⁹ Dazu BVerwG, Urteil vom 18.3.1983, 4 C 17/81, Rn. 19 – juris; s. auch § 3 Abs. 3 Abtragungsgesetz NRW vom 23. November 1979, GV. NW. 1979 S. 922.

⁴⁴⁰ *Gaentzsch*, Rechtliche Fragen des Abbaus von Kies und Sand, NVwZ 1998, 889, 895.

⁴⁴¹ *Büllesbach*, Die rechtliche Beurteilung von Abtragungen nach Bundes- und Landesrecht, 1994, S. 51.

⁴⁴² BR-Drs. 350/75.

⁴⁴³ *Von Hammerstein*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 3 Rn. 1;

⁴⁴⁴ Zur historischen Entwicklung des Bergrechts auch *Vitzthum/Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 2 Rn. 7 ff.

⁴⁴⁵ Gesetz zur Vereinheitlichung der Rechtsverhältnisse bei Bodenschätzen vom 15. April 1996 (BGBl. I S. 602)

unterstellt. Diese zeitweise Vereinheitlichung wird aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung von Kiesen und Sanden z.T. durchaus positiv gewertet.⁴⁴⁶

4.1 Abgrabungsrecht

Als Abgrabungsrecht wird das speziell für Abgrabungen geschaffene Landesrecht in Form von besonderen Gesetzen oder abgrabungsspezifischen Normen bezeichnet. Es betrifft die obertägige Gewinnung von Bodenschätzen (Abgrabung),⁴⁴⁷ die sog. Grundeigentümergebilde sind. Durch diese Voraussetzung ist der Anwendungsbereich im Vergleich zum Bergrecht abgegrenzt, das bergfreie und grundeigene Bodenschätze erfasst.⁴⁴⁸ Grundeigentümergebilde⁴⁴⁹ sind Kiese, Sande, Natur- und Naturwerksteine, Kalk-, Kalkmergel- und Dolomitsteine, Gips, Anhydrit, Bims, Ton.⁴⁵⁰ Vom Abgrabungsbegriff erfasst werden auch im Grundwasser liegende Bodenschätze, die z.B. durch Nassauskiesung gewonnen werden. Hier steht dann jedoch das Wasserrecht mit den wasserrechtlichen Zulassungen nach dem WHG im Vordergrund, soweit es nicht von abgrabungsrechtlichen Vorschriften verdrängt wird.⁴⁵¹

Nur wenige Bundesländer haben ein eigenes, spezielles Abgrabungsrecht, so z.B. Nordrhein-Westfalen (AbgrG NRW),⁴⁵² Bayern (BayAbgrG)⁴⁵³ und Brandenburg (BbgBauAV).⁴⁵⁴ In Brandenburg sind die Sonderbestimmungen an das Baugenehmigungsverfahren gekoppelt, vgl. §§ 1, 2 Abs. 1 BbgBauAV. Sie sollen daher auch in diesem Abschnitt weiter unten behandelt werden (dazu auch unter 4.4). In Niedersachsen ist das Abgrabungsrecht in den §§ 8 ff. NAGBNatSchG⁴⁵⁵ normiert (dort als Bodenabbau bezeichnet). Z.T. gibt es darüber hinaus in einzelnen Ländern spezielle Gesetze, die nur einzelne Bodenschätze betreffen, wie z.B. das BimsabbauG RP.⁴⁵⁶ In Ländern ohne eigenständiges Abgrabungsrecht beurteilen sich Vorhaben nach dem Naturschutz-, Wasser, Immissionsschutz-, Bau- oder Forstrecht.⁴⁵⁷ In nicht spezifisch auf die Rohstoffgewinnung gerichteten Gesetzen gibt es z.T. Sonderregelungen für Abgrabungen. So fallen Abgrabungen nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 NBauO⁴⁵⁸ unter die baulichen Anlagen, und bestimmte Abgrabungen zählen zu den verfahrensfreien Baumaß-

⁴⁴⁶ Vitzthum/Piensch, in: Piensch/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 3 Rn. 70 ff.

⁴⁴⁷ Wie § 1 Abs. 3 AbgrG NRW zeigt, gibt es daneben auch Abgrabungen, d.h. übertägige Gewinnung von Bodenschätzen, die dem Bergrecht unterfällt. Dies gilt z.B. für Quarzsande und Quarzkiese, die grundeigene Bodenschätze im Sinne des Bergrechts sind.

⁴⁴⁸ Vgl. v. Hammerstein, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 3 Rn. 2; s. auch oben unter 3.1.

⁴⁴⁹ In Abgrenzung von den grundeigenen Bodenschätzen, die ebenfalls vom Eigentum des Grundstückseigentümers umfasst sind aber untertägig gewonnen werden (vgl. § 3 Abs. 4 Nr. 2 BBergG), werden Grund obertägig gewonnen.

⁴⁵⁰ Vgl. Fn. 57; auch § 1 Abs. 2 AbgrG NRW enthält eine etwas abweichende, aber nicht abschließende Aufzählung von erfassten Bodenschätzen.

⁴⁵¹ Dazu unten unter 4.2.

⁴⁵² Abgrabungsgesetz NRW vom 23. November 1979, GV. NW. 1979, S. 922, zuletzt geändert durch Artikel 14 des Gesetzes vom 15. November 2016, GV. NRW. S. 934; s. auch die Richtlinien für Abgrabungen, RdErl. d. Ministers für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten - I A 6 - 2.00.03- v.0 1.01.1984.

⁴⁵³ Bayerisches Abgrabungsgesetz (BayAbgrG) vom 27. Dezember 1999, GVBl. S. 532, 535.

⁴⁵⁴ Verordnung über bauaufsichtliche Anforderungen an Abgrabungen und Aufschüttungen im Land Brandenburg (Brandenburgische Bau-Abgrabungsverordnung – BbgBauAV) vom 30. Oktober 1998, GVBl.II/98 S.618.

⁴⁵⁵ Niedersächsisches Ausführungsgesetz zum Bundesnaturschutzgesetz (NAGBNatSchG) vom 19. Februar 2010, Nds. GVBl. S. 104.

⁴⁵⁶ Landesgesetz über den Abbau und die Verwertung von Bimsvorkommen vom 13. April 1949, GVBl. 1949, 143.

⁴⁵⁷ Keienburg, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 2 Rn. 2 (Fn. 2); auch v. Hammerstein, ebenda, § 3 Rn. 1.

⁴⁵⁸ Niedersächsische Bauordnung (NBauO) vom 3. April 2012, Nds. GVBl. 2012, 46.

nahmen nach § 60 NBauO. Vergleichbare Regelungen enthalten § 2 Abs. 1 Nr. 1 sowie Anhang zu § 50 Abs. 1, Nr. 11 LBO BW⁴⁵⁹ sowie andere Landes-Bauordnungen (näher dazu unten unter 2.3.4). Auch das Naturschutzrecht verweist sowohl auf Bundes- als auch auf Landesebene z.T. ausdrücklich auf Abgrabungen (§ 1 Abs. 5 S. 3 BNatSchG oder § 2 Abs. 1 Nr. 7 Landschaftsgesetz NRW, dazu näher unter 4.5).

In den spezifisch für Abgrabungen geschaffenen Gesetzen bedürfen Abgrabungsvorhaben der Genehmigung der zuständigen Behörde.⁴⁶⁰ Die Zuständigkeiten liegen in der Regel bei den unteren Abgrabungsbehörden (Art. 5 BayAbgrG), den Kreisordnungsbehörden (§ 8 Abs. 1 AbgrG NRW) o.ä. Nach Art. 6 Abs. 2 BayAbgrG sind gewisse Vorhaben von einer Genehmigungspflicht ausgenommen, z.B., wenn sie eine bestimmte Grundfläche und Abgrabungstiefe nicht überschreiten. Dies gilt auch für Abgrabungen, die einer anderen öffentlichen-rechtlichen Zulassung bedürfen, oder bei denen der Bebauungsplan bereits über die Zulässigkeit entschieden hat (inklusive durchgeführter UVP). In diesem Fall bleibt die Aufsichtsbefugnis der Abgrabungsbehörde für die Abgrabungstätigkeit auch ohne entsprechendes Genehmigungsverfahren bestehen, d.h. sie hat die Einhaltung der Anforderungen des Abgrabungsrechts zu überprüfen.

Nach § 8 NAGBNatSchG unterliegt der Abbau von Bodenschätzen wie Kies, Sand, Mergel, Ton, Lehm, Moor oder Steinen der Genehmigung durch die untere Naturschutzbehörde. § 11a LNatSchG S-H enthält besondere Vorschriften für den Abbau von oberflächennahen Bodenschätzen, Abgrabungen und Aufschüttungen, wonach über die Eingriffsgenehmigung „für die Gewinnung von Kies, Sand, Ton, Steinen oder anderen selbständig verwertbaren Bodenbestandteilen (oberflächennahe Bodenschätze) oder [...] andere Abgrabungen sowie Aufschüttungen, Auf- oder Abspülungen oder das Auffüllen von Bodenvertiefungen“ die zuständige Naturschutzbehörde entscheidet. Auch § 13 NatSchAG M-V enthält eine eigenständige naturschutzrechtliche Genehmigungspflicht für den „Abbau von oberflächennahen Bodenschätzen, Abgrabungen und Aufschüttungen, Landgewinnung am Meer“. Die Genehmigung schließt die Baugenehmigung mit ein und ist zu versagen, wenn „dem Verfahren öffentlich-rechtliche Rechtsvorschriften oder Erfordernisse der Raumordnung und Landesplanung entgegenstehen oder [...] das Vorhaben andere öffentliche Belange beeinträchtigt, insbesondere eine sparsame und planmäßige Gewinnung von Bodenschätzen gefährdet wird.“

Nach dem Abgrabungsrecht in NRW ist für eine Genehmigung ein sog. Abgrabungsplan einzureichen, der die geplante Abgrabungstätigkeit näher beschreibt (§ 4 Abs. 2 AbgrG NRW: „alle wesentlichen Einzelheiten der Abgrabung und Herrichtung“). Dies erfasst Angaben zur Art und Menge der abzubauenen Rohstoffe, aber auch den Nachweis über die fachgerechte Unterbringung des Abraumes oder die Darstellung der Maßnahmen zur Wiedernutzbarmachung.⁴⁶¹ Bei der Entscheidung über die Genehmigung ist auch darüber zu entscheiden, ob öffentliche Belange der Abgrabung entgegenstehen. Als solche sind in § 3 Abs. 2 Nr. 2 AbgrG NRW insbesondere definiert „Ziele der Raumordnung und Landesplanung sowie die Belange der Bauleitplanung, des Naturhaushalts, der Landschaft, des Bodenschutzes und der Erholung“. Für die Belange des Naturhaushalts und der Landschaft ist eine Regelvermutung für ein fehlendes Entgegenstehen aufgestellt (§ 3 Abs. 3 AbgrG NRW). Danach sind „Belange des Naturhaushalts und der Landschaft [...] in der Regel beachtet, wenn durch die Nutzung und Herrichtung des Abbau- und Betriebsgeländes“ u.a. „der Naturhaushalt durch Eingriffe in die Tier- und Pflanzenwelt, die Grundwasserverhältnisse, das Klima und den Boden nicht

⁴⁵⁹ Landesbauordnung für Baden-Württemberg (LBO) in der Fassung vom 5. März 2010, GBl. 2010, 357.

⁴⁶⁰ Vgl. § 3 Abs. 1 AbgrG NRW, Art. 6 Abs. 1 BayAbgrG.

⁴⁶¹ S. auch Nr. 2 der Richtlinien für Abgrabungen, RdErl. d. Ministers für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten - I A 6 - 2.00.03- v. 1.1.1984.

nachhaltig geschädigt wird“. Andere, nicht genannte Belange des Umweltschutzes können als sonstige öffentliche Belange in die Genehmigungsentscheidung einfließen, wenn für sie kein eigenständiges Genehmigungsverfahren greift. In § 3 Abs. 4 AbgrG NRW wird insoweit u.a. eine dauerhafte Verunstaltung des Ortsbilds aufgeführt. Unter Umständen, d.h. bei Erfüllung gewisser Voraussetzungen an den flächen- oder abbaumengenmäßigen Umfang eines Vorhabens, ist nach § 1 i.V.m. Anlage 1 Nr. 13 UVPG NRW eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen. Ähnlich dem Bergrecht besteht ein Anspruch auf die Erteilung der Genehmigung nach dem Abgrabungsrecht (§ 3 Abs. 2 AbgrG NRW: „Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn [...]“) und nicht die Form des Planfeststellungsverfahrens mit Planungsermessen gewählt wird (dazu auch weiter unten in diesem Abschnitt).⁴⁶² Nach § 7 Abs. 3 AbgrG NRW entfaltet die Abgrabungsgenehmigung Konzentrationswirkung im Hinblick auf das Baurecht, das Bundes- und Landesnaturschutzrecht, das Forstrecht und das Straßenrecht sowie ggf. auch im Hinblick auf das Kreislaufwirtschaftsrecht, wenn die Herrichtung der Abgrabungsstätte eine Verfüllung einschließt.

Keine Konzentrationswirkung besteht hingegen in Bezug auf das Wasserrecht (s. aber die Hinweispflicht nach § 7 Abs. 4 AbgrG NRW). Bei Bestehen des Erfordernisses einer wasserrechtlichen Zulassung hingegen, etwa bei einem Planfeststellungsverfahren nach § 68 WHG für eine Nassauskiesung, entfaltet dieses Verfahren umgekehrt eine Konzentrationswirkung gegenüber dem Abgrabungsrecht und es verbleibt für eine isolierte Abgrabungsgenehmigung kein Raum.⁴⁶³

Die Voraussetzungen dieser im Abgrabungsrechtsverfahren konzentrierten Gesetze sind somit von der für die Abgrabung zuständigen Genehmigungsbehörde zu prüfen.⁴⁶⁴ Aus Umweltperspektive ist dies besonders wichtig in Bezug auf die Entscheidung über den naturschutzrechtlichen Eingriff nach dem Landesnaturschutzrecht. Von großer Bedeutung ist auch die Vereinbarkeit mit § 35 BauGB, insbesondere die Frage einer möglichen Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 und 4 BauGB.⁴⁶⁵ Z.B. kann der Kiesabbau als ortsgebundener Betrieb nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB privilegiert sein.⁴⁶⁶ Allerdings sollen „öffentliche Belange, die nur für die Dauer der Abgrabung bis zur rechtlich gesicherten Rekultivierung nachteilig berührt werden, [...] in der Regel gegenüber einer Abgrabung als privilegiertem Vorhaben geringeres Gewicht (haben) und stehen ihr dann nicht entgegen“ (dazu auch unter 4.4).⁴⁶⁷

Die Abgrabungsgenehmigung erlischt, wenn nicht innerhalb von drei Jahren mit der Abgrabung begonnen wird (§ 9 Abs. 1 AbgrG NRW), sodass auch hier der Aspekt der Planmäßigkeit wie im Bergrecht Eingang gefunden hat (dazu bereits unter 3.3.1).

Auch nach dem bayerischen Abgrabungsrecht ist gemäß Art. 7 BayAbgrG ein „Abgrabungsantrag ... mit den erforderlichen Unterlagen (Abgrabungsplan) bei der Gemeinde einzureichen“. Die konkreten

⁴⁶² Mit diesem Vorschlag aber *Sanden/Schomerus/Schulze*, Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012, S. 530.

⁴⁶³ VG Würzburg, Urteil vom 10. Dezember 2013 – W 4 K 12.713 –, Rn. 18 – juris.

⁴⁶⁴ Dies sind in NRW die Kreisordnungsbehörden (§ 8 AbgrG NRW), in Bayern die Kreisverwaltungsbehörden (Art. 3 BayAbgrG). In den Ländern, in denen Abgrabungsregelungen im Baurecht zu finden sind, sind die Behörden nach dem Baurecht zuständig (z.B. Bauaufsichtsbehörden in Brandenburg, vgl. §§ 64, 57 Brandenburgische Bauordnung), entsprechend für Länder mit Sonderregelungen im Naturschutzrecht die Naturschutzbehörden (vgl. z.B. §§ 8, 3 NAGBNatSchG in Niedersachsen).

⁴⁶⁵ Dazu *Sanden/Schomerus/Schulze*, Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012, S. 529.

⁴⁶⁶ Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 05. März 2012 – 2 CS 11.1997 –, Rn. 8 - juris.

⁴⁶⁷ BVerwG, Urteil vom 18.03.1983 – 4 C 17/81, Leitsatz 4 – juris.

Anforderungen an den Abgrabungsplan sollen nach § 7 Abs. 2 BayAbgrG per Rechtsverordnung geregelt werden. Dies ist durch die BauVorlV⁴⁶⁸ erfolgt. Nach § 14 Bay BauVorlV orientieren sich die Anforderungen an den notwendigen Unterlagen für Bauanträge oder baurechtliche Genehmigungsverstimmungen. Demnach muss der Abgrabungsplan insbesondere Angaben zu bauordnungsrechtlichen Anforderungen enthalten (Standicherheit, Brandschutz, vgl. §§ 3, 10, 11 BauVorlV). Besondere Angaben zu Umweltauswirkungen sind damit in Bayern im Gegensatz zu NRW nicht erforderlich. Zwar formuliert Art. 2 BayAbgrG allgemeine Anforderungen an Abgrabungen, die auch die Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen umfassen. Auch soll das Interesse an der Rohstoffsicherung mit den Belangen des Naturschutzes und der Landschaftspflege in einen „bestmöglichen Ausgleich“ gebracht werden. Mit dieser gesetzlichen Abwägungsvorgabe wird im Gegensatz zum Bergrecht zumindest sprachlich ein Gleichgewicht zwischen Umwelt- und rohstoffwirtschaftlichen Belangen geschaffen. Umweltbelange sind damit jedoch nur u. U. in der Lage, umweltschädlichen Abgrabungsvorhaben entgegenzustehen. Auf die Genehmigung besteht wie in NRW ein Anspruch. Sie erlischt bei unterbliebener Inanspruchnahme nach vier Jahren (Art. 9 Abs. 1 S. 1, S. 2 BayAbgrG).

Ein Abbauplan mit den wesentlichen Angaben zum Vorhaben einschließlich erforderlicher Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen ist ebenfalls nach § 8 NAGBNatSchG einzureichen. Die naturschutzbehördliche Genehmigung hat nach § 10 Abs. 1 Satz 2 NAGBNatSchG eine auf den Einschluss der Baugenehmigung begrenzte Konzentrationswirkung. Auch § 3 BbgBauAV schreibt die Vorlage eines Abgrabungsplans vor.

Die nordrhein-westfälischen sowie niedersächsischen Anforderungen an den Abgrabungs- bzw. Abbauplan erscheinen genauer und stärker auf umweltspezifische Belange ausgerichtet zu sein. Die exakteren Vorgaben im AbgrG NRW sowie im NAGBNatSchG können auch Auswirkungen auf den Vollzug des Abgrabungsrechts haben. Die zuständigen Behörden werden dadurch z.B. in höherem Maße auf die Beachtung von Belangen des Natur- und Landschaftsschutzes hingewiesen. Ein weiterer Unterschied zwischen dem bayerischen und dem nordrhein-westfälischen Abgrabungsgesetz sowie dem niedersächsischen Bodenabbaurecht besteht darin, dass letztere wie oben beschrieben der Genehmigung nach §§ 7 Abs. 3 AbgrG NRW bzw. 10 Abs. 1 Satz 2 NAGBNatSchG ausdrücklich eine Konzentrationswirkung zuerkennt. Eine vergleichbare Regelung ist im BayAbgrG nicht enthalten. Dies hat zur Konsequenz, dass in Bayern zusätzlich zur Abgrabungsgenehmigung regelmäßig weitere behördliche Zulassungen erforderlich sein dürften, z.B. solche nach dem Naturschutz-, Forst-, Kreislaufwirtschafts- oder Straßenrecht. Zum einen hat dies Folgen für den Antragsteller, der durch die Notwendigkeit, mehrere Anträge zu stellen, einen höheren Aufwand haben kann. Zum anderen kann dies auf behördlicher Seite nachteilig sein, wenn mehrere Bescheide erforderlich sind und damit die Berücksichtigung von Umweltbelangen auf verschiedene Verfahren aufgeteilt ist.

4.2 Wasserrecht

Der oberflächige Abbau von Bodenschätzen kann vielfältige Auswirkungen auf Oberflächengewässer oder auch das Grundwasser haben.⁴⁶⁹ Für die Zulassung des Vorhabens und den Betrieb ist dann das Wasserrecht und damit das WHG i.V.m. den jeweiligen Landeswassergesetzen (LWG) anwendbar.

Das wasserrechtliche Verfahren ist außerhalb des Anwendungsbereichs des Bergrechts (s. o.) von keiner Konzentrationswirkung anderer Verfahren erfasst.⁴⁷⁰ Zur Vermeidung von Überschneidungen

⁴⁶⁸ Verordnung über Bauvorlagen und bauaufsichtliche Anzeigen (Bauvorlagenverordnung – BauVorlV) vom 10. November 2007, GVBl. S. 792.

⁴⁶⁹ Zu den Auswirkungen auf das Wasser s. von *Mäßenhausen*, in: *Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen*, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anh. § 48 Rn. 168. S. auch *Pienschulte/Graf Vitzthum*, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 56 Anhang Rn. 549 ff.

ist Wasser nach § 3 Abs. 1 BBergG („mit Ausnahme von Wasser“) auch ausdrücklich vom Bodenschatzbegriff ausgenommen.⁴⁷¹ Die zuständigen⁴⁷² Wasserbehörden sind somit bei Vorliegen einer wasserrechtlich gestattungspflichtigen Abgrabung, die sich nicht nach dem Bergrecht beurteilt, stets zur Entscheidung berufen.

Das wasserrechtliche Verfahren, entfaltet selbst nur dann Konzentrationswirkung, wenn es sich um eine Planfeststellung für den Gewässerausbau nach § 68 WHG handelt. Wasserrechtliche Genehmigungserfordernisse wie Erlaubnis und Bewilligung sind in den §§ 8 ff. WHG geregelt.

4.2.1 Erfordernis einer wasserrechtlichen Gestattung

Abgrabungen gehen oft mit einer nach § 8 WHG gestattungspflichtigen Gewässerbenutzung einher und unterliegen damit den wasserrechtlichen Genehmigungs- und Verfahrenserfordernissen.

Zu unterscheiden ist zwischen sog. „echten“, d.h. zweckgerichteten Gewässerbenutzungen nach § 9 Abs. 1 WHG und „unechten“ Gewässerbenutzungen nach § 9 Abs. 2 WHG.

Echte Gewässerbenutzungen liegen z.B. vor bei

- ▶ Wasserentnahmen und -wiedereinleitungen zur Kiesreinigung,
- ▶ der Kiesgewinnung unmittelbar aus einem oberirdischen Gewässer oder
- ▶ bei der Freilegung einer Grundwasserfläche im Rahmen der Nassauskiesung, wenn diese Fläche im Anschluss wieder verfüllt wird und daher nicht dauerhaft ist (sonst Gewässerausbau, dazu sogleich).

Unechte Gewässerbenutzungen sind gegeben, wenn Handlungen in Verbindung mit Abgrabungen mittelbare Auswirkungen von gewisser Intensität (qualitatives Erfordernis bzgl. der Auswirkungen der Handlung) auf Gewässer haben können.⁴⁷³ Für unechte Gewässerbenutzungen ist damit v.a. der mögliche Erfolg einer Handlung entscheidend. So ist z.B. die Abtragung der grundwasserschützenden Deckschichten bei der Trockenaus Kiesung eine unechte Gewässerbenutzung, wenn die Möglichkeit einer schädlichen Grundwasserveränderung besteht.⁴⁷⁴

Mögliche Gestaltungsformen für diese Benutzungshandlungen sind die Bewilligung, die Erlaubnis (beide § 10 WHG) oder die gehobene Erlaubnis (§ 15 WHG). Die Bewilligung vermittelt dabei eine stärkere Rechtsposition als die Erlaubnis, weil sie ein nur eingeschränkt widerrufbares Recht zur Ge-

⁴⁷⁰ Für immissionsschutzrechtliche Genehmigungen ist die fehlende Konzentrationswirkung in Bezug auf wasserrechtliche Erlaubnisse und Bewilligungen ausdrücklich in § 13 BImSchG geregelt. Die im Bergrecht geltenden besonderen Zuständigkeiten der Bergbehörde für das wasserrechtliche Planfeststellungsverfahren (§ 19 Abs. 2 WHG) gelten gerade nicht für Abgrabungen.

⁴⁷¹ Von Hammerstein, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 3 Rn. 5.

⁴⁷² Andere Planfeststellungsverfahren i. S. v. § 19 Abs. 1 WHG, die die Zuständigkeit der Wasserbehörden ausschließen würden, sind für Abgrabungen außerhalb des Bergrechts nicht ersichtlich.

⁴⁷³ Czychowski/Reinhardt, WHG, 11. Aufl. 2014, § 9 Rn. 5, 72.

⁴⁷⁴ Zu weiteren möglichen Gewässerbenutzungen durch Abgrabungen Von Mäßenhausen, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anh. § 48 Rn. 170 ff., Czychowski/Reinhardt, WHG, 11. Aufl. 2014, § 9 Rn. 69, 91, 98, § 67 Rn. 41.

wässerbenutzung einräumt, während die Erlaubnis jederzeit widerruflich ist.⁴⁷⁵ Im Wesentlichen greifen jedoch die gleichen Zulassungsvoraussetzungen. Die Bewilligung und die Erlaubnis können mit einer UVP-Pflicht einhergehen (§ 11 Abs. 1 WHG). Eine verfahrensrechtliche Besonderheit des Bewilligungsverfahrens ist das Erfordernis, Betroffenen und beteiligten Behörden die Möglichkeit von Einwendungen im Verfahren zu geben.⁴⁷⁶ Im Hinblick auf die Sachverhaltsermittlung ist dies ein wesentlicher Unterschied zu den gängigen Genehmigungsverfahren (z.B. Baugenehmigungsverfahren), die keine Planfeststellung sind, und ermöglicht in einem frühen Verfahrensstadium eine umfassende Ermittlung von (Umwelt-)Bedenken gegen ein Vorhaben.

Ist Folge der Abgrabung, dass ein neues Gewässer entsteht, beseitigt oder wesentlich umgestaltet wird, so liegt keine Gewässerbenutzung mehr vor, sondern vielmehr ein **Gewässerausbau** (vgl. Definition in § 67 Abs. 2 WHG sowie Abgrenzung zur Gewässerbenutzung in § 9 Abs. 3 WHG). Ein Gewässerausbau ist bei Abgrabungen von Kies und Sand z.B. dann gegeben, wenn die Deckschichten des Grundwassers entfernt werden und dauerhaft eine Wasserfläche entsteht (so z.B. in der Regel bei der Nassauskiesung).⁴⁷⁷ Die Herstellung eines neuen Gewässers beurteilt sich dann nach den §§ 67 ff. WHG, sodass ein wasserrechtliches Planfeststellungsverfahren durchzuführen ist, sofern das Vorhaben UVP-pflichtig ist, oder eine Plangenehmigung einzuholen ist (§ 68 WHG). Die wasserrechtliche Planfeststellung entfaltet anders als die Bewilligung oder die Erlaubnis Konzentrationswirkung.⁴⁷⁸

Besteht nach dem WHG keine Gestattungspflicht für eine Abgrabung, kann diese dennoch durch Landesrecht festgelegt werden. So sehen einige LWGe vor, dass Abgrabungen in und an oberirdischen Gewässern, auch wenn sie keiner nach dem WHG gestattungspflichtigen Gewässerbenutzung dienen, der Genehmigung der Wasserbehörde bedürfen.⁴⁷⁹

Nach Landesrecht können weitere grundwasserrelevante Tätigkeiten nach § 46 Abs. 3 WHG von der Gestattungspflicht ausgenommen werden. Die darauf basierenden Regelungen der Landeswassergesetze betreffen vor allem die Ableitung oder Einleitung von Niederschlagswasser,⁴⁸⁰ nicht aber Auswirkungen von Abgrabungen auf den Wasserhaushalt.

4.2.2 Besonderheiten im wasserrechtlichen Verfahren für Abgrabungen

Auch wenn das Wasserrecht für Abgrabungstätigkeiten besonders relevant ist, enthält es keine spezifischen Sonderregelungen hierfür. Die Ausnahme vom Verbot der Einleitung von Schadstoffen in das Grundwasser nach § 82 Abs. 6 S. 2 WHG (dazu bereits unter 3.5.6.2) kann u. U. auch für Abgrabungen relevant werden. Andere Vorschriften erwähnen Abgrabungen zwar nicht ausdrücklich, können aber in besonderem Maße relevant werden bei der Zulassung von Abgrabungsvorhaben.

Für Abgrabungsvorhaben kann z.B. die gehobene Erlaubnis nach § 15 Abs. 1 WHG von Bedeutung sein. Insoweit kann die rohstoffwirtschaftliche Notwendigkeit ein öffentliches Interesse begründen.⁴⁸¹ Die gehobene Erlaubnis steht im Ermessen der zuständigen Behörde. Das Interesse am Abbauvorhaben darf nicht zur Reduzierung der strengen wasserwirtschaftlichen Voraussetzungen füh-

⁴⁷⁵ *Hasche*, in BeckOK Umweltrecht, 49. Edition, § 8 WHG Rn. 3.

⁴⁷⁶ Weitere Voraussetzungen regelt das Bundesrecht selbst nicht und überlässt die Ausgestaltung damit dem Landesgesetzgeber. Auf Landesebene ist das Bewilligungsverfahren regelmäßig als förmliches Verwaltungsverfahren oder Planfeststellungsverfahren ausgestaltet, vgl. *Czychowski/Reinhardt*, WHG, 11. Aufl. 2014, § 11 Rn. 15 ff.

⁴⁷⁷ *Von Mäßenhausen*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anh. § 48 Rn. 202.

⁴⁷⁸ *Czychowski/Reinhardt*, WHG, 11. Aufl. 2014, § 70 Rn. 57 ff.

⁴⁷⁹ Siehe z.B. § 57 Abs. 1 S. 1 LWG Nds oder § 49 Abs. 1 WG LSA.

⁴⁸⁰ S. die Auflistung bei *Cormann*, in BeckOK Umweltrecht, 49. Edition, § 46 WHG Rn. 27.

⁴⁸¹ *Von Mäßenhausen*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anh. § 48 Rn. 182.

ren (dazu unten unter 4.2.3). Dies ist auch bei der Ermessensausübung zu berücksichtigen. Die gehobene Erlaubnis verändert das Erlaubnisverfahren, das dann den gleichen Anforderungen wie ein Bewilligungsverfahren unterliegt (§ 11 Abs. 2 WHG) und hat darüber hinaus die Folge, dass privatrechtliche Ansprüche auf Einstellung der Benutzungstätigkeit aufgrund von nachteiligen Auswirkungen des Vorhabens ausgeschlossen sind (§ 16 Abs. 1 WHG). Der Ausschluss nach § 16 Abs. 1 WHG berührt jedoch nur privatrechtliche Ansprüche auf Abwehr nachteiliger Wirkungen. Öffentlich-rechtliche Ansprüche bleiben unberührt.⁴⁸² Bei ihnen stellt sich nur die Frage der Durchsetzbarkeit und tatsächlichen Durchsetzung. Die Durchführung der Gewässeraufsicht nach § 100 Abs. 1 WHG steht im Ermessen der zuständigen Wasserbehörde. Bei der Ermessensausübung kann das Vorliegen einer gehobenen Erlaubnis von Bedeutung sein und ggf. dazu führen, dass die Behörde von der Anordnung wasserbehördlicher Maßnahmen Abstand nimmt. Vergleichbares gilt für § 100 Abs. 2 WHG, der die zuständige Wasserbehörde zur regelmäßigen und anlassbezogenen Überprüfung erteilter Zulassungen verpflichtet. Auch wenn § 100 Abs. 2 WHG keine eigenständige Rechtsgrundlage zur Anordnung von Anpassungsmaßnahmen darstellt,⁴⁸³ sehen doch die entsprechenden Grundlagen wie z.B. die Widerrufsbefugnis nach § 18 WHG ein Ermessen vor.

Weiterhin können grundwasserrelevante Erdarbeiten der Anzeigepflicht nach § 49 WHG unterliegen. Die Regelung gilt für Erdaufschlüsse, d.h. „Arbeiten, die so tief in den Boden eindringen, dass sie sich unmittelbar oder mittelbar auf die Bewegung, die Höhe oder die Beschaffenheit des Grundwassers auswirken können“. Dies greift für Abgrabungsvorhaben jedoch nur dann, wenn keine Gewässerbenutzung oder kein Gewässerausbau vorliegt (z.B. mangels Zweckgerichtetheit bzgl. der Handlung in Bezug auf das Gewässer oder zufällig Grundwasser erschlossen wird) und auch sonst kein landesrechtliches besonderes Gestattungserfordernis für Abgrabungen besteht (s. o.). Die Anzeigepflicht, die der präventiven Kontrolle durch die Behörde dient, kann z.B. für das Anlegen von Sand- und Kiesgruben (z.B. bei der Trockenaus Kiesung ohne Erfüllen des Tatbestands der Gewässerbenutzung) relevant werden.⁴⁸⁴ Dann ist jedoch zumindest eine Baugenehmigung erforderlich.⁴⁸⁵ Gleiches gilt, wenn bei der Anlage von Gruben zufälligerweise Grundwasser erschlossen wird (§ 49 Abs. 2 WHG).

Bei der Kollision von Wasserschutzgebieten nach § 51 WHG, die durch Rechtsverordnung der Landesregierung festgesetzt werden, mit dem Kiesabbau können nach § 52 Abs. 1 WHG besondere Verbote (z.B. Auskiesungsverbote zum Schutz des Trinkwassers⁴⁸⁶) erlassen werden oder besondere wasserrechtliche Genehmigungserfordernisse für Handlungen konstruiert werden, die bisher keine Genehmigung nach dem Wasserrecht bedürfen.

4.2.3 Besondere Berücksichtigung von Umweltbelangen

Anders als z.B. das Bergrecht dient das WHG vorrangig dem Schutz des Umweltmediums Wasser und hat damit eine starke umweltbezogene Grundausrichtung. Dies lässt sich besonders an den in § 6 WHG formulierten allgemeinen Grundsätzen für die Wasserbewirtschaftung ablesen.

⁴⁸² Czychowski/Reinhardt, WHG, 11. Aufl. 2014, § 16 Rn. 10; dagegen ist für den Fall einer unanfechtbaren Bewilligung nicht vollständig geklärt, ob der der Ausschluss nach § 16 Abs. 2 WHG auch öffentlich-rechtliche Ansprüche erfasst, dazu Guckelberger, in BeckOK Umweltrecht, 49. Edition, § 16 WHG Rn. 23.

⁴⁸³ Tünnesen-Harmes, in BeckOK Umweltrecht, 49. Edition, § 100 WHG Rn. 9.

⁴⁸⁴ Czychowski/Reinhardt, WHG, 11. Aufl. 2014, § 49 Rn. 4.

⁴⁸⁵ Siehe Landesanstalt für Umweltschutz Baden-Württemberg, Kiesgewinnung und Wasserwirtschaft, 2004, S. 58.

⁴⁸⁶ Czychowski/Reinhardt, WHG, 11. Aufl. 2014, § 4 Rn. 25. Diese waren in der Vergangenheit insbesondere aufgrund der Frage nach der Entschädigungspflichtigkeit Gegenstand der Rechtsprechung.

Die für das wasserrechtliche Verfahren zur Erlaubnis oder Bewilligung von Gewässerbenutzungen zentrale Norm des § 12 WHG ist aufgrund der großen Bedeutung der Gewässer für den Naturhaushalt als repressives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet. Hervorzuheben ist, dass der Behörde bei Vorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen immer noch ein Bewirtschaftungsermessen zusteht, d.h. sie kann die Gestattung mit Blick auf die stark umweltbezogenen Bewirtschaftungsgrundsätze versagen.

Für die Gestattung von Gewässerbenutzungen ist nach § 12 Abs. 1 WHG maßgeblich, ob schädliche Gewässerveränderungen zu erwarten sind. Ist eine solche Gewässerveränderung zu erwarten, die nicht durch Nebenbestimmungen zur Gestattung zu vermeiden oder sonst auszugleichen ist, ist die Gewässerbenutzung zu versagen. Der zentrale Begriff der schädlichen Gewässerveränderung in § 12 Abs.1 Nr. 1 WHG wird in § 3 Nr. 10 WHG legaldefiniert. Hiernach fallen darunter „Veränderungen von Gewässereigenschaften, die das Wohl der Allgemeinheit, insbesondere die öffentliche Wasserversorgung, beeinträchtigen oder die nicht den Anforderungen entsprechen, die sich aus diesem Gesetz, aus auf Grund dieses Gesetzes erlassenen oder aus sonstigen wasserrechtlichen Vorschriften ergeben“. Schädliche Gewässerveränderungen sind demnach nur unmittelbare Veränderungen der Gewässereigenschaften, die entgegen dem Interesse der Allgemeinheit mit Wahrscheinlichkeit schädlich sind.⁴⁸⁷ Neben der Einschränkung durch das Unmittelbarkeitserfordernis sowie das Wahrscheinlichkeitserfordernis muss die Schädlichkeit für die Allgemeinheit besonders im Zusammenhang mit den spezifischen wasserwirtschaftlichen Gemeinwohlbelangen stehen.⁴⁸⁸ Es ist daher nicht geklärt, ob bzw. wie weit auch andere als wasserwirtschaftliche Belange bei der Beurteilung des Allgemeinwohls im Zusammenhang mit der Feststellung einer schädlichen Gewässerveränderung zu berücksichtigen sind oder nicht. Jedenfalls sind neben wasserwirtschaftlichen auch gewässerökologische Belange einzubeziehen, und es ist auch das Gewässer als Bestandteil des Naturhaushalts, damit der Naturschutz, unter den Allgemeinwohlbegriff des § 3 Nr. 10 WHG zu fassen.⁴⁸⁹ Damit ist ein Fall schwer vorstellbar, in dem eine Gewässerveränderung stattfindet, die die Umwelt als Allgemeinwohlbelang außerhalb der wasserwirtschaftlichen Betrachtung beeinträchtigt und daher nicht zu berücksichtigen wäre. In jedem Fall wäre eine solche Veränderung, wenn nicht auf Ebene der Versagungsgründe, dann doch zumindest auf Ebene des Bewirtschaftungsermessens mit seinem starken Umweltfokus (§ 6 WHG, dazu sogleich) zu berücksichtigen.

Nach § 12 Abs.1 Nr. 2 WHG können andere öffentlich-rechtliche Normen die Zulässigkeit eines Vorhabens beeinflussen, wenn sie nicht in einem eigenen Genehmigungsverfahren geprüft werden (z.B. Bauplanungsrecht, Naturschutzrecht, Raumordnungsrecht wie z.B. Braunkohlepläne).⁴⁹⁰

Das Bestehen eines Bewirtschaftungsermessens bedeutet, dass – anders als bei gebundenen Entscheidungen im Bergrecht – kein Anspruch auf die wasserrechtliche Gestattung besteht.⁴⁹¹ Über das Bewirtschaftungsermessen gewinnen die Bewirtschaftungsgrundsätze nach § 6 WHG und ihre Ausrichtung an Nachhaltigkeit große Bedeutung.

⁴⁸⁷ Von Mäßenhausen, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anh. § 48 Rn. 184.

⁴⁸⁸ Von Mäßenhausen, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anh. § 48 Rn. 184 mit dem Beispiel der auch in der Legaldefinition in § 3 Nr. 10 WHG genannten öffentlichen Wasserversorgung als zu berücksichtigender Gemeinwohlbelang.

⁴⁸⁹ Zum Ganzen Guckelberger, in BeckOK Umweltrecht, 49. Edition, § 3 WHG Rn. 27.

⁴⁹⁰ Von Mäßenhausen, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anh. § 48 Rn. 190.

⁴⁹¹ Von Mäßenhausen, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anh. § 48 Rn. 200; Czyschowski/Reinhardt, WHG, 11. Aufl. 2014, § 12 Rn. 33.

Die Entscheidung über das Bewirtschaftungsermessen kann jedoch auf gesamtplanerischer Ebene z.T. vorgeprägt sein. Wenn eine Abwägung wasserwirtschaftlicher Belange mit dem Gefährdungspotential von Abgrabungsvorhaben bereits auf Ebene der Raumordnung stattgefunden hat und dort als Ergebnis dieser Abwägung Ziele der Raumordnung festgelegt wurden, die dem Abbau von Bodenschätzen in einem Gebiet dienen, dann findet keine erneute Abwägung auf Ebene des wasserrechtlichen Verfahrens im Rahmen des Bewirtschaftungsermessens statt.⁴⁹² Anders ist dies nur, wenn neue abwägungsrelevante Tatsachen bekannt werden, die in die stattgefundene Bewertung nicht eingeflossen sind. Mit der Festlegung von Zielen über den Abbau von Bodenschätzen kann eine Vorentscheidung auch aus wirtschaftspolitischen Gründen stattfinden, die dann auch auf Ebene des Bewirtschaftungsermessens (im Rahmen der Voraussetzung, Gewässer im Einklang mit dem Wohl der Allgemeinheit zu benutzen, vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 3 WHG) zu berücksichtigen ist, auch wenn in dem wasserrechtlichen Verfahren selbst diese Erwägungen nicht zu einem Anspruch auf die Genehmigung führen können.⁴⁹³

Es wird vertreten, dass das WHG trotz seines starken Umweltbezugs für eine besondere Steuerung von Abgrabungsvorhaben aus Umweltperspektive nicht in besonderem Maße geeignet ist, da nachteilige Auswirkungen auf Gewässer stets durch Nebenbestimmungen (§§ 12, 13 WHG) aufgefangen werden können.⁴⁹⁴ Somit können Umweltbelange außerhalb des Wasserrechts aus Gründen des Allgemeinwohls auch gerade über Nebenbestimmungen Berücksichtigung finden.⁴⁹⁵ Andererseits wird zu solchen Allgemeinwohlbelangen gerade auch der Bergbau gezählt, d.h. Nebenbestimmungen sind auch denkbar, um nachteilige Wirkungen für diesen abzuwehren.⁴⁹⁶ Insbesondere die Befristung von Gestattungen ist ein probates Mittel, um eine fortlaufende Überprüfung der Umweltauswirkungen einer Gewässerbenutzung zu gewährleisten.⁴⁹⁷ So kann z.B. im Rahmen der Neugestattung ein zwischenzeitlich erlassenes Auskiesungsverbot (s. o.) Berücksichtigung finden und zur Versagung führen.⁴⁹⁸ Die gleiche Wirkung wäre sonst nur durch einen Widerruf möglich, der bei der Bewilligung nur unter gewissen Voraussetzungen möglich ist (vgl. § 18 Abs. 2 WHG).

Bei Abgrabungsvorhaben können wasserrechtliche Umweltbelange auch über eine UVP von Bedeutung sein. So hat das VG Osnabrück auf die Klage eines Umweltverbands einen wasserrechtlichen Planfeststellungsbeschluss über den Abbau von Kiessand für die Bauindustrie wegen einer fehlerhaften UVP aufgehoben.⁴⁹⁹ Inhaltlich ging es dabei u.a. um Auswirkungen auf lokale Populationen von Brutvogelarten wie Baumpieper, Kiebitz und Neuntöter durch das Abbauvorhaben. Das VG folgt hierbei der Rechtsprechung des EuGH, nach der die Anwendbarkeit der UVP-Richtlinie 2011/92/EG nicht nur auf Fälle einer unterbliebenen, sondern auch einer fehlerhaften UVP zu erstrecken ist.⁵⁰⁰ In dem besagten Fall des VG Osnabrück handelte es sich um eine über 25 ha große Abbaufäche, die

⁴⁹² Schulte, Raumplanung und Genehmigung bei der Bodenschätzegewinnung, 1996, S. 163; Czychowski/Reinhardt, WHG, 11. Aufl. 2014, § 12 Rn. 50 ff.

⁴⁹³ Czychowski/Reinhardt, WHG, 11. Aufl. 2014, § 12 Rn. 52.

⁴⁹⁴ Mit dieser Einschätzung Sanden/Schomerus/Schulze, Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012, S. 189.

⁴⁹⁵ Czychowski/Reinhardt, WHG, 11. Aufl. 2014, § 13 Rn. 33.

⁴⁹⁶ Siehe z.B. § 13 Abs. 1 SaarlWG.

⁴⁹⁷ Die befristete Gestattung wird aufgrund europarechtlicher Vorgaben immer mehr zur Regel, ohne dass dies durch das WHG vorgegeben ist, vgl. Czychowski/Reinhardt, WHG, 11. Aufl. 2014, § 13 Rn. 16.

⁴⁹⁸ Vgl. VGH München, Beschluss v.2014 – 8 ZB 12.1986.

⁴⁹⁹ VG Osnabrück, Urteil vom 04. November 2015 – 3 A 88/14 –, Rn. 60, juris.

⁵⁰⁰ EuGH, Urteil vom 15. Oktober 2015 – C-137/14 –, juris.

nach § 3 Abs. 1 des Niedersächsischen Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung (NUVPG)⁵⁰¹ i.V.m. Nr. 1 a) der Anlage 1 zu § 3 Abs. 1 NUVPG UVP-pflichtig war. Danach erfordere die UVP eine „Bewertung der Umweltauswirkungen eines Vorhabens auf der Grundlage der zusammenfassenden Darstellung und deren Berücksichtigung bei der Entscheidung über dessen Zulässigkeit“.⁵⁰² Im was-serrechtlichen Planfeststellungsverfahren ist daher eine breite Berücksichtigung und vollständige Abwägung von Umweltbelangen, auch solcher außerhalb des eigentlichen Wasserrechts, gegenüber anderen Belangen geboten.

4.3 Immissionsschutzrecht

Außerbergrechtliche Abgrabungsvorhaben beurteilen sich nach dem Immissionsschutzrecht, da sie schädliche Umwelteinwirkungen i.S.v. § 3 BImSchG hervorrufen (Lärm, Staub, Erschütterungen, siehe dazu bereits 3.5.6.3). Für Abgrabungen, die nicht dem Bergrecht unterliegen, greift die Ausnahme von der Genehmigungspflicht für Anlagen des Bergwesens (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 BBergG) in § 4 Abs. 2 BBergG nicht, sodass sich die Genehmigungsbedürftigkeit nach dem BImSchG allein nach der Intensität der schädlichen Umwelteinwirkungen beurteilt. Gegenstand der Genehmigung können dabei die Abbautätigkeit selbst und die Anlagen sein (vgl. § 1 Abs. 2 4. BImSchV).⁵⁰³

Von der Genehmigungsbedürftigkeit nach BImSchG sind damit z.B. erfasst:

- ▶ **Steinbrüche** für den Abbau von Steinen und Erden mit einer Abbaufäche von 10 ha oder mehr bzw. im vereinfachten Verfahren nach § 19 BImSchG bei einer Abbaufäche unter 10 ha, letzteres sofern Sprengstoffe verwendet werden (Nr. 2.1 Anhang I 4. BImSchV),
- ▶ in Verbindung mit Abgrabungen benötigte **Anlagen, in den mit Sprengstoffen** nach dem Sprengstoffgesetz umgegangen wird (Nr. 10.1 Anhang I 4. BImSchV),
- ▶ als vereinfachtes Verfahren nach § 19 BImSchG für in Verbindung mit Abgrabungen relevante **Anlagen, wie Anlagen zum Brechen, Trocknen, Mahlen oder Klassieren** von natürlichem oder künstlichem Gestein, ausgenommen Klassieranlagen für Sand oder Kies sowie Anlagen, die nicht mehr als zehn Tage im Jahr betrieben werden (Nr. 2.2 Anhang I 4. BImSchV),
- ▶ **Anlagen zum Brennen** der gewonnenen Bodenschätze,⁵⁰⁴ bei geringerem Umfang auch im vereinfachten Verfahren nach § 19 BImSchG (Nr. 2.4. Anhang I 4. BImSchV).

Die Berücksichtigung von Umweltbelangen erfolgt dabei in der Anlagengenehmigung vornehmlich über den Begriff der schädlichen Umwelteinwirkungen nach § 3 Abs. 1 BImSchG. Die Schädlichkeit der Umwelteinwirkungen wird dabei durch konkretisierende Verwaltungsvorschriften (v.a. durch die Technischen Anleitungen TA-Luft und TA-Lärm⁵⁰⁵) v.a. anhand von Grenzwerten festgelegt. Immissionen, die als schädliche Umwelteinwirkungen im Sinn des Gesetzes gelten, sind dabei mit Relevanz

⁵⁰¹ Niedersächsisches Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (NUVPG) in der Fassung vom 30. April 2007 zuletzt geändert durch Gesetz vom 19.02.2010 (Nds. GVBl. S. 122).

⁵⁰² VG Osnabrück, Urteil vom 04. November 2015 – 3 A 88/14 –, Rn. 53, juris.

⁵⁰³ Von Mäßenhausen, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anh. § 48 Rn. 66 geht davon aus, dass die Genehmigung von statischen Betriebseinrichtungen dem BImSchG unterfällt und die – die Besonderheit nach § 4 BBergG rechtfertigende – Eigenheit von Bergbaubetrieben gerade die Dynamik der Betriebsteile ist.

⁵⁰⁴ Dies wird nur relevant für diese Untersuchung, sofern sie in räumlicher Nähe mit der Abgrabung errichtet und betrieben werden sollen, und daher das Genehmigungsverfahren ggf. gleichzeitig angestrengt wird. Selbst dann dürfte aber die Beurteilung der schädlichen Umweltauswirkungen des Abgrabungsvorhabens losgelöst von der Beurteilung der Anlage stehen.

⁵⁰⁵ Z.B. für die Beurteilung der schädlichen Umwelteinwirkungen eines Trockenkiesabbauvorhabens im Außenbereich VGH München, Urt. v. 16.6.2015, Rs. 15 B 13.424, juris Rn. 25 ff.

für Abgrabungen v.a. Luftverunreinigungen (durch Staub), Geräusche (Abgrabungstätigkeit und Aufbereitung der Bodenschätze), Erschütterungen (durch die Einwirkung auf die Bodensubstanz). Bei den oben genannten genehmigungsbedürftigen Anlagen wird verallgemeinernd davon ausgegangen, dass sie „in besonderem Maße geeignet sind“, „erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen“ auch hervorzurufen (§§ 3, 4 BImSchG). Bei der Genehmigung ist auch zu beachten, dass die Betreiber die Pflicht haben, Vorsorge bezüglich schädlicher Umwelteinwirkungen zu treffen (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG). Diese Einbeziehung von Vorsorgeaspekten in das Genehmigungsverfahren erlaubt und gebietet die auch perspektivische Berücksichtigung von Umweltbelangen, die in der Zukunft relevant werden können. Die Vorsorgepflicht geht damit über den Schutzgrundsatz und den damit verbundenen vorbeugenden Immissionsschutz hinaus und enthält ein „umweltpianerisches Moment“.⁵⁰⁶ Die Vorsorge, die für spätere Umwelteinwirkungen durch vom Betreiber nicht beeinflussbare Immissionssituationen getroffen werden muss, muss „risikoproportional“ sein.⁵⁰⁷ Hierfür kommt es auf den Stand der Technik an,⁵⁰⁸ allerdings können bereits mit der Genehmigung auch Maßnahmen gefordert werden (z.B. als Nebenbestimmung), die zukünftig dem Stand der Technik entsprechen werden.⁵⁰⁹

Besteht eine Genehmigungsbedürftigkeit nach dem BImSchG, so entfaltet die Genehmigung Konzentrationswirkung für andere Genehmigungsverfahren, die keine Planfeststellung sind (§ 13 BImSchG). Die Genehmigung bezieht sich aufgrund der Konzentrationswirkung auf die Errichtung und die diesbezüglichen baurechtlichen Anforderungen und den Betrieb des genehmigten Vorhabens.⁵¹⁰ Eingeschlossen werden neben den baurechtlichen Genehmigungen Entscheidungen nach dem Raumordnungsrecht über die Zielabweichung gem. § 6 Abs. 2 ROG, Erlaubnisse und Ausnahmen des Naturschutzrechts; wasserbehördliche Zulassungen werden von der Konzentrationswirkung nur erfasst, sofern es sich nicht um Erlaubnisse oder Bewilligungen handelt, sondern um anlagenbezogene Gestattungen (z.B. für die Zulassung von Abwasserbehandlungsanlagen nach § 60 Abs. 3 WHG).⁵¹¹ Die im Zusammenhang mit Sprengungen erforderlichen Sondergenehmigungen nach dem SprengG werden durch eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung mit abgedeckt (vgl. § 17 Abs. 1 S. 3 SprengG).

Bezüglich der Vorwirkungen, die das Raumordnungsrecht, aber ggf. auch die Bauleitplanung (durch die Ausweisung von Konzentrationszonen) für die immissionsschutzrechtliche Genehmigung treffen kann, gilt jedenfalls, dass auf übergeordneter Ebene der Gesamtplanung zumindest über konkrete immissionsschutzrechtliche Folgen von Abbauvorhaben (z.B. in Bezug auf die Verträglichkeit der Immissionen des Abgrabungsvorhabens in einem FFH-Gebiet⁵¹²) nicht im Rahmen der Ziele der Raumordnung oder in einem Flächennutzungsplan abschließend entschieden werden kann. Das liegt an den im Genehmigungsverfahren zu klärenden technischen Detailfragen.⁵¹³ Es kann damit festgehalten werden, dass dem immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren eine zentrale Bedeutung im Hinblick auf die abschließende Beurteilung der Umwelteinwirkungen des Vorhabens und seiner Verträglichkeit mit dem Umweltrecht zukommt.

⁵⁰⁶ Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 56 Anhang Rn. 153.

⁵⁰⁷ Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 56 Anhang Rn. 153.

⁵⁰⁸ Daher auch mit dem Begriff der „technikbezogenen Vorsorge“ Jarass, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 5 Rn. 52.

⁵⁰⁹ Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 56 Anhang Rn. 153.

⁵¹⁰ Jarass, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 13 Rn. 4.

⁵¹¹ Jarass, BImSchG, 11. Aufl. 2014, § 13 Rn. 6 ff.

⁵¹² Hierzu die Entscheidung des BVerwG, Beschluss v. 24.3.2015 - 4 BN 32/13.

⁵¹³ Schulte, Raumplanung und Genehmigung bei der Bodenschätzegewinnung, 1996, S. 141; so auch BVerwG, Beschluss v. 24.3.2015 - 4 BN 32/13, juris Rn. 35.

Ist eine Anlage genehmigungsbedürftig, so ist die Entscheidung über die Anlagene Genehmigung nach dem BImSchG eine gebundene Entscheidung (vgl. § 6 Abs. 1 BImSchG), d.h. bei Vorliegen der Voraussetzungen besteht ein Anspruch auf Genehmigung der Anlage. Dies ist für die flexible Berücksichtigung von Umweltbelangen ein Hindernis (siehe dazu bereits ausführlich im Rahmen der Betriebsplanzulassung, 3.5.6).

Es ist jedoch so, dass aus der gebundenen Entscheidung in der Praxis durch die Möglichkeit des Erlasses von Nebenbestimmungen nach § 12 BImSchG ein großer Spielraum für die Ausgestaltung der Genehmigungsentscheidung besteht und auch ausgeschöpft wird, auch wenn Nebenbestimmungen nur dazu dienen dürfen, die Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen sicherzustellen (§ 12 Abs. 1 S. 1 BImSchG). Umweltbelange finden damit z.B. zur Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen über Auflagen und Bedingungen über Anforderungen an den Betrieb (z.B. Einhaltung bestimmter Immissionsgrenzwerte) bereits jetzt Eingang in die Genehmigungsentscheidung. Diese ist nach § 6 Abs. 1 BImSchG zwar eine gebundene Entscheidung und der Erlass von Nebenbestimmungen daher beschränkt.⁵¹⁴ Andererseits enthält die immissionsschutzrechtliche Genehmigungsentscheidung über unbestimmte Rechtsbegriffe bereits jetzt zumindest tatsächliche Spielräume.⁵¹⁵ Grenzen der Nebenbestimmungen sind jedoch die Festlegung von alternativen Standorten oder auch alternativen Anlagenarten.⁵¹⁶

Darüber hinaus sieht das Immissionsschutzrecht bei bestehender Genehmigung sog. Betreiberpflichten vor, die zwar ressourcenschonende Ansätze über Abfallvermeidung und Energieeffizienz (§ 5 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 BImSchG) enthalten, eine ressourcenbezogene Betreiberpflicht, die Effizienzvorgaben beinhaltet und damit auch rohstoffabbauende Unternehmen träfe, gibt es hingegen nicht.

Für nicht genehmigungsbedürftige Anlagen definiert das BImSchG in §§ 22 ff. BImSchG Grundpflichten der Betreiber, die auf eine Vermeidung von schädlichen Umwelteinwirkungen nach dem Stand der Technik reduzieren und schwächer sind, als für genehmigungsbedürftige Anlagen.

4.4 Baurecht

Für das Baurecht ist zu unterscheiden, ob die Abgrabungen selbst oder die dazugehörigen Gebäude einer Genehmigungspflicht unterliegen. Die Umweltauswirkungen werden dabei v.a. durch die Abgrabung selbst verursacht, ggf. durch die erforderlichen Gebäude, die durch die Abgrabung ortsgebunden sein können, jedoch verstärkt. Mit Abgrabungen einhergehen können Aufschüttungen, die ebenfalls in den Anwendungsbereich des Baurechts einbezogen sein können. Das Baurecht bezieht sich dabei stets nur auf übertägige Abgrabungen oder Gebäude, nicht auf untertägige Anlagen.⁵¹⁷

Abgrabungen und Aufschüttungen zur Gewinnung von Bodenschätzen unterliegen dem Baurecht als bauliche Anlagen (wenn das Gesetz sie als solche definiert, z.B. § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 BauO BW). Dies gilt unabhängig von der Größe der Abgrabung, wobei aber Abgrabungen bis zu einer gewissen Tiefe und Fläche als verfahrensfreie Baumaßnahmen gelten (so nach Nr. 7 des Anhangs zu § 60 NBauO). Sie können aber auch als bauplanungsrechtliche Vorhaben in größerem Umfang direkt erfasst sein,

⁵¹⁴ Auch in den Fällen, in denen das immissionsschutzrechtliche Verfahren Konzentrationswirkung nach § 13 BImSchG entfaltet, überträgt sich die nach anderen Gesetzen vorgesehene Ermessensentscheidung nur bezüglich dieses Verfahrens auf die Entscheidung durch die Immissionsschutzbehörde und gilt nicht auch für die Genehmigungsvoraussetzungen nach dem BImSchG, vgl. *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 13 Rn. 22.

⁵¹⁵ *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 6 Rn. 43.

⁵¹⁶ *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 6 Rn. 44.

⁵¹⁷ *Von Mäßenhausen*, in: *Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen*, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang § 48 Rn. 21.

so z.B. für die Anwendbarkeit der Vorschriften des Bauplanungsrechts in § 29 Abs. 1 BauGB. Ein größerer Umfang in diesem Sinne dürfte vorliegen, wenn nach den örtlichen Umständen des Einzelfalls eine bodenrechtliche Relevanz gegeben ist (z.B. gewisse Fläche, Bestehen einer UVP-Pflicht).⁵¹⁸

4.4.1 Erfordernis einer Baugenehmigung

Greift das Bergrecht nicht ein, bestimmt sich nach dem jeweiligen Landesrecht, ob ein Genehmigungsverfahren nach dem Baurecht durchzuführen ist. Dies wird in den Ländern sehr unterschiedlich gehandhabt. So ist bei den Ländern mit gesondertem Abgrabungsrecht (Bayern, NRW, Niedersachsen) mit einem entsprechenden Genehmigungserfordernis eine Genehmigung nach dem Baurecht nicht erforderlich (Art. 56 S. 1 Nr. 2 BayBauO, wobei sich nach dem bayrischen Abgrabungsrecht die für den Abgrabungsplan vorzulegenden Unterlagen an dem Baurecht orientieren, s.o., § 7 Abs. 3 AbgrG NRW, § 10 Abs. 1 Satz 2 NAGBNatSchG). Dieser Ausschluss in Bezug auf das Baurecht bezieht sich auf die Abgrabung einschließlich der ggf. erforderlichen Aufschüttungen und dem Abgrabungsbetrieb dienenden Gebäuden (vgl. Art. 1 BayAbgrG).

In anderen Ländern, wie bspw. in Sachsen-Anhalt, können das Baurecht und damit das Erfordernis einer Baugenehmigung auch ohne besonderes Abgrabungsrecht für Abgrabungen zur Gewinnung von Bodenschätzen ausgeschlossen sein. So nimmt § 1 Abs. 2 Nr. 3 BauO Sachsen-Anhalt (LSA) derartige Anlagen aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes aus, wobei aber die zur Anlage gehörigen Gebäude weiterhin der Bauordnung unterfallen. In diesen Fällen richtet sich die Genehmigung nach dem Fachrecht (BImSchG, Wasserrecht, Naturschutzrecht), wenn nicht das Bergrecht als Fachrecht eingreift. Dienen die Abgrabungen aber nicht der Gewinnung von Bodenschätzen, fallen sie weiter unter die Bauordnung (s. etwa § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 BauO LSA). So ist zu erklären, dass eine Verfahrensfreiheit für Abgrabungen oder Aufschüttungen mit kleinem Umfang normiert wurde (z.B. § 60 Nr. 9 BauO LSA).

In Brandenburg wiederum bestehen Sonderregelungen für Abgrabungen im Regelungszusammenhang zum Baurecht in der Brandenburgischen Bau-Abgrabungsverordnung (BbgBauAV), indem es besondere Verfahrensvoraussetzungen für das Baugenehmigungsverfahren für Abgrabungen und Aufschüttungen formuliert. Z.B. müssen danach zusätzlich bei der Baubehörde im Wege des Baugenehmigungsverfahrens einzureichende Unterlagen (z.B. Abgrabungsplan § 3, Aufschüttungs- oder Verfüllplan nach § 4 BbgBauAV) benannt werden. Für die erforderlichen Gebäude gelten diese Sonderregelungen im Umkehrschluss zu § 1 BbgBauAV nicht.

In anderen Ländern bezieht sich der Ausschluss des Baugenehmigungsverfahrens nur auf Anlagen, die der Bergaufsicht nach dem BBergG unterliegen oder der Gewinnung von Bodenschätzen dienen (so § 1 Abs. 2 Nr. 2, Nr. 3 BauO LSA). Damit soll die Anwendbarkeit des Bauordnungsrechts auf bergbauliche Vorhaben ausgeschlossen werden, so dass auch das bauordnungsrechtliche Genehmigungserfordernis entfällt.⁵¹⁹ Dies gilt auch für bergbauliche Aufschüttungen und Abgrabungen.⁵²⁰ Dieser Ausschluss bezieht sich jedoch nicht auf die damit im Zusammenhang stehenden Gebäude, für die dann eine Baugenehmigungspflicht besteht. Untertägige Gebäude sind wiederum nach einigen Landesbauordnungen ausdrücklich von der Anwendung des Bauordnungsrechts ausgeschlossen.⁵²¹ Darüber hinaus fallen jedoch auch Abgrabungen an sich in den Anwendungsbereich des Bau-

⁵¹⁸ Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 56 Anhang Rn. 43.

⁵¹⁹ Von Mäßenhausen, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang § 48 Rn. 34.

⁵²⁰ Vgl. von Mäßenhausen, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang § 48 Rn. 34.

⁵²¹ Von Mäßenhausen, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang § 48 Rn. 36.

rechts mit dem entsprechenden Genehmigungserfordernis, sofern sie als bauliche Anlage definiert sind (z.B. § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 BauO LSA, BauO Nds, §§ 1 Abs. 2 Nr. 2, 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BauO Nds).

Andererseits kann das Baurecht für Verfahren nach dem Bergrecht für obertägige Gebäude, die der Bergaufsicht unterliegen, anwendbar sein (z.B. nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 BauO BW).

Schließlich werden Abgrabungen, Aufschüttungen und die zugehörigen Gebäude in den übrigen Ländern ohne Besonderheiten als bauliche Anlage mit Genehmigungserfordernis nach dem Baurecht behandelt. Kleinere Vorhaben sind aber regelmäßig verfahrensfrei (s. z.B. § 2 Abs. 1 Nr. 1, Anhang Nr. 11 lit. e BauO BW).

Schon bei der Zusammenstellung der Regelungen über ein Genehmigungserfordernis nach dem Baurecht fällt auf, dass der Anwendungsbereich der Landesbauordnungen, insbesondere die Regelungen zu den baurechtlichen Genehmigungspflichten, für Abgrabungsvorhaben sehr unübersichtlich ist. Die Anwendbarkeit wird vor allem danach unterschieden, ob es sich um Abgrabungen handelt, ob Anlagen zur Gewinnung von Bodenschätzen oder ob sonstige Gebäude betroffen sind. Es ist keine einheitliche Linie bei den Landesregelungen erkennbar. Dies zeigt sich formell u.a. in der Frage der zuständigen Behörden. In manchen Ländern sind dies die unteren Naturschutzbehörden, in anderen Abgrabungsbehörden, oder allgemein Kreisordnungsbehörden o.ä. Weiter findet zum Teil eine Konzentration bei einer Behörde in einem Verfahren statt (mit Ausnahme wasserrechtlicher Entscheidungen), zum Teil sind mehrere Genehmigungen nebeneinander erforderlich. Auch die Baugenehmigung vermittelt regelmäßig keine Vereinbarkeit eines Vorhabens mit dem gesamten öffentlichen Recht. Die sog. „Schlusspunkttheorie“, nach der die baurechtliche Entscheidung am Ende mehrerer paralleler Genehmigungsverfahren stehen soll, wird zum Teil in der Rechtsprechung ausdrücklich abgelehnt.⁵²²

Liegen alle Voraussetzungen nach dem Baurecht vor, besteht aufgrund der verfassungsrechtlich garantierten Baufreiheit (Art. 14 GG) ein Anspruch auf die Erteilung der Baugenehmigung.

4.4.2 Besonderheiten im Baugenehmigungsverfahren für Abgrabungen, insbes. bauplanungsrechtliche Zulässigkeit

Die Prüfung der Zulässigkeit eines Vorhabens nach dem Baurecht beinhaltet für Abgrabungsvorhaben v.a. ihre Vereinbarkeit mit dem Bauplanungsrecht, d.h. den Vorgaben des Bauleitplans, und in gewissem Umfang auch den Vorgaben des Flächennutzungsplans, sowie ihrer Vereinbarkeit mit dem Bauordnungsrecht. Beide Bauleitpläne sind dem konkreten Baugenehmigungsverfahren als Instrumente der Gesamtplanung vorgelagert. Auch im Baurecht findet sich eine, der Rohstoffsicherungsklausel im Bergrecht ähnliche, Berücksichtigungspflicht (vgl. § 1 Abs. 6 Nr. 8 lit. f BauGB).

Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit beurteilt sich unterschiedlich, je nachdem in welchem Planungsgebiet das Abgrabungsvorhaben liegt.

Im beplanten Innenbereich nach § 30 BauGB können bergbauliche Anlagen für Tagebaue oder für den obertägigen Abbau von Bodenschätzen in der Regel nur in Industriegebieten oder Gewerbegebieten (§§ 8, 9 Baunutzungsverordnung – BauNVO⁵²³) genehmigt werden.⁵²⁴ Im unbeplanten (fakti-

⁵²² So BayVGh, Urteil vom 31.03.2001, 15 B 96.1537, Rz. 34 – juris.

⁵²³ Baunutzungsverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. November 2017 (BGBl. I S. 3786).

⁵²⁴ Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 56 Anhang Rn. 53. Die dort angeführten wenigen Beispiele der Rechtsprechung zeigen, dass der Tagebau im beplanten Innenbereich in der Praxis nicht gänzlich undenkbar ist.

schen) Innenbereich nach § 34 BauGB muss zunächst die Frage gestellt werden, ob denn eine vorhandene größere Fläche für die Abgrabung den Bebauungszusammenhang nicht ohnehin unterbricht und daher die Anwendbarkeit der Vorschriften über den beplanten Innenbereich ausschließt. Wenn dies verneint wird, ist die Frage nach dem Einfügen des Abgrabungsvorhabens und dem Gebot der Rücksichtnahme (§ 15 BauNVO) zu stellen. Da aber das betroffene Grundstück selbst Teil des „im Zusammenhang bebauten Ortsteils“ sein müsste, kommt eine Genehmigung nach § 34 BauGB bei Abgrabungen größeren Umfangs, also mit bodenrechtlicher Relevanz, allerdings schon denklogisch nicht in Betracht.⁵²⁵

Alle weiteren im Außenbereich liegenden Vorhaben sind nach sog. privilegierten Außenbereichsvorhaben (§ 35 Abs. 1 BauGB) und sonstigen Vorhaben (§ 35 Abs. 2 BauGB) unterteilt.

Unter die privilegierten Vorhaben fallen Abgrabungsvorhaben vor allem als ortsgebundene gewerbliche Betriebe. Die Ortsgebundenheit kann aufgrund von geologischen Gegebenheiten an einem Ort (Vorkommen eines Bodenschatzes) bestehen.⁵²⁶ Die bauliche Anlage, die Gegenstand des Genehmigungsverfahrens ist, muss dann eine dienende Funktion in Bezug auf den ortsgebundenen gewerblichen Betrieb erfüllen (z.B. Gewinnungsanlagen). Nach § 35 Abs. 1 BauGB privilegierte Vorhaben sind unzulässig, wenn öffentliche Belange entgegenstehen. Zu den öffentlichen Belangen zählen nach § 35 Abs. 3 Nr. 1 BauGB Darstellungen in Flächennutzungsplänen, soweit diese genügend konkret und rechtmäßig sind.⁵²⁷

Sonstige Vorhaben im Außenbereich nach § 35 Abs. 2 BauGB sind alle weiteren Vorhaben. Für sie gelten höhere Anforderungen an die Genehmigungsfähigkeit, da öffentliche Belange nicht beeinträchtigt werden dürfen. Der Begriff der Beeinträchtigung öffentlicher Belange ist in § 35 Abs. 3 BauGB näher beschrieben (dazu sogleich).

Die dargestellten Voraussetzungen des Bauplanungsrechts werden nicht relevant, wenn ein Planfeststellungsvorhaben nach dem Fachrecht durchgeführt wird. Für diese beinhaltet § 38 BauGB eine Privilegierung. Die Vorschrift ist für Abgrabungen außerhalb des bergrechtlichen Betriebsplanverfahrens, damit v.a. für wasserrechtliche Planfeststellungsverfahren z.B. bei der Nassauskiesung relevant (§ 68 WHG). Für diese Planfeststellungsverfahren gelten die Vorschriften über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben nicht, wenn die Gemeinde beteiligt wird. Erfasst sind von dieser Privilegierung nur Planfeststellungsverfahren für Vorhaben von überörtlicher Bedeutung. Damit sind Vorhaben gemeint, die für eine übergeordnete Planungsebene (Raumordnungsverfahren, Abgrabungsrahmenplan, Bodenabbauleitbilder, Gebietsentwicklungsplan oder Regionalplan) Auswirkungen haben.⁵²⁸

Bei Abgrabungen wird die überörtliche Bedeutung wohl regelmäßig zu bejahen sein. Das gilt schon deshalb, weil auch unter 10 ha kleine Abgrabungen in der Regel die Möglichkeit sukzessiver Erweite-

⁵²⁵ Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 56 Anhang Rn. 54.

⁵²⁶ Von Mäßenhausen, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang § 48 Rn. 25, Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 56 Anhang Rn. 59. Für ein Trockenkiesabbauvorhaben VGH München, Urt. v. 16.6.2015, Rs. 15 B 13.424, juris Rn. 25.

⁵²⁷ Von Mäßenhausen, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang § 48 Rn. 29; näher unten unter 2.3.4.3.

⁵²⁸ Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 56 Anhang Rn. 50.

rungen in sich tragen.⁵²⁹ So scheidet der Flächennutzungsplan regelmäßig als Steuerungsinstrument für Abgrabungen aus.

Bei einem überörtlichen Bezug des der wasserrechtlichen Planfeststellung zugrundeliegenden Gewässerausbaus sind für die Zulässigkeit des Vorhabens lediglich wasserrechtliche Aspekte von Bedeutung, so dass Ausweisungen eines ggf. entgegenstehenden Bebauungsplans verdrängt werden. Hat das Vorhaben lediglich einen örtlichen Bezug, liegt bei einem derartigen Verstoß ein zwingender Versagungsgrund vor.⁵³⁰

4.4.3 Besondere Berücksichtigung von Umweltbelangen

Nach § 5 Abs. 2 Nr. 8 BauGB kann die Gemeinde „die Flächen für Aufschüttungen, Abgrabungen oder für die Gewinnung von Steinen, Erden und anderen Bodenschätzen“ im Flächennutzungsplan darstellen. Nach § 29 Abs. 1 BauGB sind nur Abgrabungen, die einen größeren Umfang erreichen, betroffen und können in der Bauleitplanung dargestellt werden.⁵³¹ Dies gilt insbesondere für die Genehmigung von Vorhaben zur Gewinnung von Bodenschätzen nach § 35 BauGB. Der Inhalt kann positiv sein, also Abgrabungen erlauben, aber auch negativ, indem als öffentlicher Belang im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB Abgrabungen an anderer Stelle untersagt werden.⁵³² Hierdurch kann Umweltbelangen bei Abgrabungen im Flächennutzungsplan Rechnung getragen werden. Dies bedarf aber einer genauen Begründung im Plan.⁵³³

Insbesondere bei der Frage nach dem Gebot der Rücksichtnahme nach § 15 Abs. 1 BauNVO, das direkt für den beplanten Innenbereich und über den Begriff des Einfügens mittelbar auch für den unbeplanten Innenbereich gilt, geht es vor allem um den Ausgleich bodenrechtlicher Spannungen im Anwendungsbereich des Art. 14 GG in Bezug auf die von einem Vorhaben betroffenen Grundstückseigentümer, weniger um die Berücksichtigung von Umweltbelangen an sich (Rücksicht gegenüber der Umwelt). Dennoch ordnet das Gesetz in § 15 Abs. 2 BauNVO (mit Verweis auf § 1 Abs. 5 BauGB) die Anwendung des dem Ausgleich privater Interessen dienenden Gebots der Rücksichtnahme im Lichte der zu Beginn des BauGB gegebenen Vorgaben für die Aufstellung von Bauleitplänen an. Das Rücksichtnahmegebot soll unzumutbare Belästigungen oder Störungen verhindern.⁵³⁴ Die Bauleitpläne beinhalten insbesondere die Vorgabe einer „nachhaltige städtebauliche Entwicklung, die die sozialen, wirtschaftlichen und umweltschützenden Anforderungen [...] in Einklang bringt“ (§ 1 Abs. 5 BauGB).

Für Abgrabungsvorhaben ist wegen des Umfangs der Flächeninanspruchnahme weniger der beplante oder unbeplante Innenbereich relevant, sondern vor allem der Außenbereich nach § 35 BauGB.⁵³⁵

⁵²⁹ So zu Recht OVG Münster, Urteil vom 07.12.2009, 20 A 628/05; *Seth, Hauke v.*, Die regionalplanerische Steuerung des Abbaus nichtenergetischer Bodenschätze, Raumforschung und Raumordnung 2010, Volume 68, Issue 5, S. 419–431 (420). Münster, Urteil vom 07.12.2009, 20 A 628/05.

⁵³⁰ *Riese*, in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 80. EL Mai 2016, § 68 WHG, Rn. 103.

⁵³¹ *Mitschang*, in Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, 13. Aufl. 2016, § 5 Rn. 28.

⁵³² *S. Gaentzsch*, Rechtliche Fragen des Abbaus von Kies und Sand, NVwZ 1998, 889, 894; Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 19. April 2004 – 15 B 99.2605 –, juris; zur planerischen Steuerung von Abgrabungsvorhaben auch *Schink*, UPR 2016, 366 ff.

⁵³³ BVerwG, Urteil vom 18. August 2005 – 4 C 13/04 - juris.

⁵³⁴ Vgl. *Henkel*, in Beck'scher Online-Kommentar BauNVO, Spannowsky/Hornmann/Kämper, 6. Edition, Stand: 03.09.2016, § 15 BauNVO, Rn. 32.

⁵³⁵ *Von Mäßenhausen*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang § 48 Rn. 25.

Hier spielt das Rücksichtnahmegebot eine Rolle als öffentlicher Belang im Sinne von § 35 Abs. 1 bzw. Abs. 2 BauGB.⁵³⁶

Von größerer Bedeutung sind allerdings die für Vorhaben im Außenbereich beispielhaft in § 35 Abs. 3 BauGB aufgezählten Beeinträchtigungen öffentlicher Belange. Hier finden sich vielfältige Umweltauswirkungen, bei deren Vorliegen ein nicht privilegiertes Vorhaben öffentliche Interessen beeinträchtigt:

- ▶ das Vorhaben ruft **schädliche Umwelteinwirkungen** hervor (§ 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BauGB),
- ▶ das Vorhaben beeinträchtigt **Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege**, des Bodenschutzes, des Denkmalschutzes oder die Eigenart der Landschaft in ihrem Erholungswert oder verunstaltet das Orts- und Landschaftsbild (§ 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB),
- ▶ das Vorhaben beeinträchtigt die **Wasserwirtschaft** (§ 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 6 BauGB).
- ▶ Darüber hinaus darf das Vorhaben, wenn es raumbedeutsam ist, den **Zielen der Raumordnung** nicht widersprechen (§ 35 Abs. 3 S. 2 BauGB).

Allerdings ist zu bedenken, dass diese beispielhaft aufgezählten Beeinträchtigungen öffentlicher Belange vor allem nicht-privilegierte Vorhaben verhindern können, bei denen die Abwägung der öffentlichen Belange regelmäßig zuungunsten des Vorhabens ausgehen dürfte (z.B. bei entgegenstehenden Zielen der Raumordnung).⁵³⁷ Abgrabungen sind jedoch in der Regel privilegierte Vorhaben, an deren Zulässigkeit höhere Maßstäbe betreffend die Beeinträchtigung von Umweltbelangen als öffentliche Interessen gesetzt werden, sodass sie sich gegenüber den öffentlichen Belangen leichter durchsetzen können.⁵³⁸ Dass öffentliche Belange bei privilegierten Vorhaben „entgegenstehen“ müssen, um diese bauplanungsrechtlich unzulässig werden zu lassen, macht diese gegenüber den von einem Vorhaben berührten öffentlichen Belangen durchsetzungstärker als nicht-privilegierte Vorhaben, bei denen insoweit eine bloße Beeinträchtigung der Belange ausreicht.⁵³⁹ Ggf. können die öffentlichen Belange über entsprechende Auflagen oder anderer Nebenbestimmungen zur Baugenehmigung gesichert werden.⁵⁴⁰

Öffentliche Belange, die nur zeitweise, für die Dauer der eigentlichen Abgrabung bis zum Abschluss der genehmigten Rekultivierung betroffen sind, sollen nach der Rechtsprechung ein geringeres Gewicht im Verhältnis zu bauplanungsrechtlich privilegierten Abgrabungen haben. Danach stehen sie der privilegierten Abgrabung regelmäßig nicht entgegen.⁵⁴¹ Dies ist angesichts der möglicherweise langen Dauer der gesamten Abgrabung, die die vorbereitenden Tätigkeiten, die Abgrabung selbst und die nachfolgende Rekultivierung der abgegrabenen Flächen umfasst, kritisch zu sehen. Zudem gibt es in der Praxis wohl keine „optimale“ die Umweltauswirkungen vollständig ausgleichende Rekultivierung.⁵⁴²

⁵³⁶ Vgl. *Henkel*, in Beck'scher Online-Kommentar BauNVO, Spannowsky/Hornmann/Kämper, 6. Edition, Stand: 03.09.2016, § 15 BauNVO, Rn. 37.

⁵³⁷ *Schulte*, Raumplanung und Genehmigung bei der Bodenschätzegewinnung, 1996, S. 141.

⁵³⁸ *Von Mäßenhausen*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBERG, 2. Aufl. 2016, Anhang § 48 Rn. 25.

⁵³⁹ *Mitschang/Reidt*, in Battis/Krautzberger/Löhr/ BauGB, 13. Aufl. 2016, § 35 Rn. 68.

⁵⁴⁰ So für einen baurechtlichen Vorbescheid *VGH München*, Urt. v. 16.06.2015, Rs. 15 B 13.424, juris Rn. 25.

⁵⁴¹ BVerwG, Urteil vom 18.03.1983 – 4 C 17/81, Leitsatz 4 – juris.

⁵⁴² Zu den Umweltauswirkungen von Abgrabungen s. bereits *Billesbach*, Die rechtliche Beurteilung von Abgrabungen nach Bundes- und Landesrecht, 1994, S. 292 ff.; zu den Hindernissen für eine „optimale“ Abgrabung *Söhngen*, Die Rekultivierung der Abgrabungen von Steinen und Erden im Sinne einer optimalen Umweltgestaltung, 1976, S. 174.

Einen Sonderfall der öffentlichen Belange betreffen die entgegenstehenden Ziele der Raumordnung. Sie haben in § 35 Abs. 3 S. 2 BauGB im Vergleich zu der beispielhaften Aufzählung der möglichen Beeinträchtigungen öffentlicher Belange besondere Erwähnung gefunden. Damit ist von einer „echten“ Raumordnungsklausel mit Negativwirkung für das Vorhaben auszugehen und weniger von einer ergebnisoffenen Abwägung, wenn die Ziele der Raumordnung⁵⁴³ dem Vorhaben entgegenstehen und ausreichend (sachlich und räumlich) konkret sind. Problematischer ist dies jedoch für Sicherungsgebiete.⁵⁴⁴ Die Positivwirkung von Zielen der Raumordnung, die das geplante Abgrabungsvorhaben ausdrücklich vorsehen, ist hingegen schwieriger, d.h. nur weil dem Abbau von Bodenschätzen als privilegiertem Vorhaben auf Planungsebene Raum eingeräumt worden ist, ist es nicht ohne weiteres zulässig.⁵⁴⁵ Dies gilt z.B. insbesondere bei der Kollision von konkret zu erwartenden schädlichen Umwelteinwirkungen eines Vorhabens (§ 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BauGB) mit raumplanerischen Zielen, die dieser Art von Vorhaben ausdrücklich planerischen Raum einräumen, da es hier sehr stark auf die kleinräumlichen Umstände ankommt.⁵⁴⁶ Für die Wasserwirtschaft gilt, dass die Belange der Wasserwirtschaft zwar auch gegenüber privilegierten Vorhaben bevorzugt behandelt werden müssen, aber entscheidend ist, ob auf Ebene der Ziele der Raumordnung schon eine Abwägung ihrer Belange zugunsten des abbaurelevanten Raumordnungsziels vorgenommen wurde. Ist dies der Fall, ist dieser Abwägungsentscheidung auch auf Ebene des Bauplanungsrechts durch eine Positivwirkung für das Abbauvorhaben Rechnung zu tragen.⁵⁴⁷

Nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB können Konzentrationszonen für Abgrabungen auf Ebene der Flächennutzungspläne oder durch Ziele der Raumordnung für Abgrabungen in anderen Bereichen Ausschlusswirkung entfalten. Damit können Umweltbelange bei raumbedeutsamen Planungen der Rohstoffgewinnung bereits auf Ebene der Raumplanung zu berücksichtigt werden.⁵⁴⁸ Solche Konzentrationszonen können auf Ebene der Raumordnung oder des Flächennutzungsplans festgelegt werden. Vorzuziehen ist eine weitgehende Festlegung auf Ebene der (staatlichen) Raumordnung, da diese über einen breiteren Überblick über die Notwendigkeiten der Raumplanung verfügt. Auf Ebene der Flächennutzungsplanung können diese Ziele dann übernommen und konkretisiert werden. Im Übrigen ist auf die Geltung des Gegenstromprinzips nach § 1 Abs. 3 ROG hinzuweisen.

Im Baugenehmigungsverfahren sind in der Regel durch den Vorhabenträger keine spezifischen Angaben über Umweltauswirkungen des Vorhabens zu machen. Dies ist nach dem baurechtlichen Abgrabungsrecht in Brandenburg anders, da dort im Baugenehmigungsverfahren ein Abgrabungsplan einzureichen ist, der die zu erwartenden Auswirkungen auf Umweltmedien benennen muss (schädliche Umwelteinwirkungen i.S.d. BImSchG, schädliche Bodenveränderungen nach dem BBodSchG, denkbare räumliche Überschneidung des Einwirkungsbereichs des Vorhabens mit nach dem Landesnaturschutzrecht geschützten Landschaftsteilen, so § 3 Abs. 1 BbgBauAV). Zwar ist in der BbgBauAV keine Konzentrationswirkung in Bezug auf diese Aspekte normiert. Nach § 72 Abs. 1 Satz 2 BbgBO⁵⁴⁹ schließt aber die Baugenehmigung die für das Vorhaben erforderlichen weiteren behördlichen Entscheidungen ein.

⁵⁴³ Da sie nicht entsprechend genannt sind, kann dies für die weichen Grundsätze der Raumordnung nicht gelten; sie finden im Baugenehmigungsverfahren keine Berücksichtigung, vgl. *Schulte*, Raumplanung und Genehmigung bei der Bodenschätzegewinnung, 1996, S. 172 f.

⁵⁴⁴ Zu der ganzen Frage *Schulte*, Raumplanung und Genehmigung bei der Bodenschätzegewinnung, 1996, S. 141 ff.

⁵⁴⁵ *Schulte*, Raumplanung und Genehmigung bei der Bodenschätzegewinnung, 1996, S. 151 ff.

⁵⁴⁶ *Schulte*, Raumplanung und Genehmigung bei der Bodenschätzegewinnung, 1996, S. 155.

⁵⁴⁷ *Schulte*, Raumplanung und Genehmigung bei der Bodenschätzegewinnung, 1996, S. 156.

⁵⁴⁸ Näher dazu unten unter 5.

⁵⁴⁹ Brandenburgische Bauordnung (BbgBO) vom 19. Mai 2016, GVBl. 2016, Nr. 14, S. 1.

Teilweise ist die für Baugenehmigungen zuständige Behörde über Konzentrationswirkungen nach dem Landesrecht zur Sachentscheidung über andere öffentlich-rechtliche Materien wie das Naturschutzrecht oder das Waldrecht berufen. Dies ist z.B. der Fall nach § 63 Satz 1 Nr. 3 BauO LSA, wonach die Bauaufsichtsbehörde auch die Einhaltung der anderen öffentlich-rechtlichen Anforderungen prüft. Damit kann sich die Baugenehmigung je nach Ausgestaltung des Landesrechts auch auf Gebiete wie das Waldrecht, Denkmalschutzrecht, ggf., wie in Sachsen-Anhalt, auch das Naturschutzrecht erstrecken.⁵⁵⁰ Hieraus können sich Probleme für die Berücksichtigung des Umweltschutzes bei Entscheidungen über Abgrabungen ergeben, wenn den Bauaufsichtsbehörden die hierfür erforderliche Sachkompetenz fehlt.

Dies berührt die grundsätzliche Frage nach dem Zusammenhang von Zuständigkeit und Sachkompetenz. Die Zuständigkeiten für abgrabungsrechtliche Genehmigungen sind, wie oben beschrieben, in den Bundesländern unterschiedlich geregelt. Tendenziell dürften Naturschutzbehörden, wie sie z.B. in Niedersachsen insoweit zuständig sind, mehr Sensibilität in Bezug auf Umweltbelange vorweisen als die allgemeinen Baugenehmigungsbehörden. Daher können Zuständigkeitsvorschriften Konsequenzen für die Berücksichtigung dieser Belange haben.

4.5 Naturschutzrecht

Der Abbau von Bodenschätzen im bauplanungsrechtlichen Außenbereich ist grundsätzlich immer mit Eingriffen in Natur und Landschaft im Sinne von § 13 BNatSchG verbunden.⁵⁵¹ Aufgrund von § 17 BNatSchG wird über die Voraussetzungen des § 14 BNatSchG allerdings nicht in einem eigenständigen Genehmigungsverfahren entschieden, sondern die Entscheidung hierüber liegt immer dann, wenn der Eingriff (auch) nach anderen Rechtsvorschriften einer behördlichen Zulassung bedarf, bei der nach dem anderen Rechtsregime zuständigen Behörde. Diese müssen sich im Hinblick auf die Voraussetzungen des § 14 BNatSchG allerdings mit der für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörde ins Benehmen setzen.

Da auch der Abbau solcher Rohstoffe, die nicht dem Regime des BBergG unterfallen, häufig einer Genehmigungspflicht nach Wasserrecht bzw. – abhängig vom jeweiligen Landesrecht – ggf. nach einem Abtragungsgesetz oder dem Baurecht unterliegen, kommt es selten vor, dass eine naturschutzrechtliche Eingriffsgenehmigung die originäre Grundlage für die Durchführbarkeit eines Abbauvorhabens darstellt. Soweit keine Genehmigungspflicht aufgrund der Vorgaben anderer Fachgesetze besteht, liegt die Entscheidung über die Freigabe eines Abbaus unter Beachtung der Vorgaben der Eingriffsregelung bei der Naturschutzbehörde.

Z.T. gibt es abtragungsspezifische Vorschriften im Bundes- und Landesnaturschutzrecht. So wird in § 1 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG als Ziel des Naturschutzes speziell auf mögliche Auswirkungen von Abgrabungen auf Natur und Landschaft Bezug genommen. Hiernach sind u.a. „bei Abgrabungen und Aufschüttungen [...] dauernde Schäden des Naturhaushalts und Zerstörungen wertvoller Landschaftsteile zu vermeiden“ sowie „unvermeidbare Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft [...] insbesondere durch Förderung natürlicher Sukzession, Renaturierung, naturnahe Gestaltung, Wiedernutzbarmachung oder Rekultivierung auszugleichen oder zu mindern.“ Gleiche Regelungen finden sich im Landesrecht, so in § 2 Abs. 1 Nr. 7 Landschaftsgesetz NRW.⁵⁵² Nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 die-

⁵⁵⁰ Dazu *Ortloff*, Die Entwicklung des Bauordnungsrechts, NVwZ 2002, 416, 418.

⁵⁵¹ Veränderungen der Gestalt oder Nutzung von Grundflächen oder Veränderungen des mit der belebten Bodenschicht in Verbindung stehenden Grundwasserspiegels, die die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts oder das Landschaftsbild erheblich beeinträchtigen können.

⁵⁵² Gesetz zur Sicherung des Naturhaushalts und zur Entwicklung der Landschaft (Landschaftsgesetz – LG) vom 21. Juli 2000, GV. NRW. S. 487.

ses Gesetzes gelten „Aufschüttungen ab 2 m Höhe oder Abgrabungen ab 2 m Tiefe auf einer Grundfläche von mehr als 400 m²“ als Eingriffe in Natur und Landschaft. Vergleichbare Regelungen enthalten andere Landesnaturschutzgesetze wie § 9 Abs. 1 Nr. 2 SächsNatSchG⁵⁵³, § 8 Abs. 1 Nr. 2 LNatSchG S-H⁵⁵⁴ oder § 12 Abs. 1 Nr. 2 NatSchAG M-V.⁵⁵⁵ Daneben gibt es auch spezielle Genehmigungsvoraussetzungen im Landesnaturschutzrecht (§ 8 NAGBNatSchG in Niedersachsen), die hier als abgrabungsspezifische Regelungen unter 4.1 behandelt wurden.

Die Berücksichtigung von Umwelteinwirkungen von Abgrabungsvorhaben erfolgt v.a. über die Eingriffsregelung nach § 15 BNatSchG sowie die besonderen Vorschriften zum gesetzlichen Biotop- und Artenschutz sowie zu Schutzgebieten. Demnach ist der Verursacher eines Eingriffs – der Vorhabenträger der Abgrabung – verpflichtet, vermeidbare Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft zu unterlassen. Beeinträchtigungen sind vermeidbar, wenn zumutbare Alternativen, den mit dem Eingriff verfolgten Zweck am gleichen Ort ohne oder mit geringeren Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft zu erreichen, gegeben sind. Soweit Beeinträchtigungen nicht vermieden werden können, ist dies zu begründen (§ 15 Abs. 1 BNatSchG). Der Verursacher ist verpflichtet, unvermeidbare Beeinträchtigungen durch Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege auszugleichen (Ausgleichsmaßnahmen) oder zu ersetzen (Ersatzmaßnahmen). Ausgeglichen ist eine Beeinträchtigung, wenn und sobald die beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts in gleichartiger Weise wiederhergestellt sind und das Landschaftsbild landschaftsgerecht wiederhergestellt oder neu gestaltet ist; ersetzt ist eine Beeinträchtigung, wenn und sobald die beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts in dem betroffenen Naturraum in gleichwertiger Weise hergestellt sind und das Landschaftsbild landschaftsgerecht neu gestaltet ist (§ 15 Abs. 2 BNatSchG). Ein Eingriff darf nicht zugelassen oder durchgeführt werden, wenn die Beeinträchtigungen nicht zu vermeiden oder nicht in angemessener Frist auszugleichen oder zu ersetzen sind und die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege bei der Abwägung aller Anforderungen an Natur und Landschaft anderen Belangen im Range vorgehen (§ 15 Abs. 5 BNatSchG).

Jenseits der naturschutzrechtlichen Eingriffsgenehmigung bedarf die Durchführung eines Abgrabungsvorhabens, das auf ein Schutzgebiet einwirkt einer Ausnahme oder Befreiung von den diesbezüglichen Schutzvorschriften. Sofern die Entscheidung hierüber nicht in einen wasserrechtlichen Planfeststellungsbeschluss einkonzentriert ist, muss hierüber eine originäre und eigenständige Entscheidung der Naturschutzbehörden ergehen. Gleiches gilt bei Konflikten mit den Vorschriften des gesetzlichen Biotop- und Artenschutzes.

4.6 Ergebnisse der Interviews zum außerbergrechtlichen Recht der Rohstoffgewinnung

Zentrale Aussagen der Vorhabenträger zum außerbergrechtlichen Recht der Rohstoffgewinnung

⁵⁵³ Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege im Freistaat Sachsen (Sächsisches Naturschutzgesetz – SächsNatSchG) vom 6. Juni 2013, SächsGVBl. 2013 Nr. 8, S. 451.

⁵⁵⁴ Gesetz zum Schutz der Natur (Landesnaturschutzgesetz – LNatSchG) vom 24. Februar 2010, GVBl. 2010, 301.

⁵⁵⁵ Gesetz des Landes Mecklenburg-Vorpommern zur Ausführung des Bundesnaturschutzgesetzes (Naturschutzausführungsgesetz – NatSchAG M-V) vom 23. Februar 2010, GVBl. M-V 2010, S. 66.

- **VC:** Es bestünden unterschiedliche Situationen in den Bundesländern (z.B. spezifisches Abgrabungsrecht in Bayern); anders beim BImSchG, da dies bundesweit einheitlich gelte. Umweltbelange würden in den Verfahren auch außerbergrechtlich gleich abgehandelt, da gebe es keine Unterschiede.
- **VD:** Auch in außerbergrechtlichen Genehmigungsverfahren müsse Naturschutzrecht immer „Huckepack“ geprüft werden. Formalrechtlich bestehe kein Unterschied zu anderen Genehmigungsverfahren. Ein spezifisches Abgrabungsrecht (Bayern, NRW) gelte nicht generell und nicht für alle Rohstoffe und Verfahren. Hieraus ergäben sich aber keine Besonderheiten.
- **V4:** Vorteil des Bergrechts sei es, dass das Einvernehmen der Gemeinde nicht hergestellt werden müsse.
- **VD:** Praktisch sei die rechtliche Option, im Bergrecht kein Einvernehmen der Gemeinde herstellen zu müssen, nicht durchhaltbar. Zum Beispiel habe sich ein Vorhabenträger mit einer Gemeinde gestritten, sodass das Vorhaben liegengeblieben sei. Eine Konfrontation empfehle sich also nicht.
- **VC:** Fachbehörden gäben immer vor, was fachlich genehmigungsfähig sei und was nicht, egal in welchem Rechtsregime. Wenn Genehmigungsbehörde nach Bergrecht die Bergbehörde sei, dann nehme sie die Empfehlungen der Fachbehörden in der Regel an. Die Gewerbeaufsicht habe auch keine Spezialisten und nehme die Entscheidung ebenso an. Probleme bereiteten hingegen die Unterschiede zwischen den Bundesländern, aber nicht die einzelnen Rechtsregime. In Niedersachsen seien z.B. nach einer Verwaltungsreform die Landkreise zuständig (die oft klein seien) und nicht mehr die nunmehr abgeschaffte Mittelebene, System funktioniere zwar noch, aber die Leute säßen nun woanders, es gebe auch eine Konfrontation mit sich ändernden Behördenzuständigkeiten. Manchmal erkläre sich auch keine Behörde für zuständig, was dann auch ein Problem sei (z.B. Raumordnung für die einzelnen Verfahren, Zielabweichung etc.).
 - **VD:** Zwar gebe es i.d.R. Organisationserlasse, die Behörden Zuständigkeiten zuwiesen, das könne aber auch mal wechseln. Z.B. sei in NRW früher die Kiesgewinnung immer bei der Bezirksregierung angesiedelt gewesen, dann sei dies auf Kreisebene herabgestuft worden. Habe eine kleine Einheit, wie ein Kreis, eine Fachkraft, die sich mit Abgrabungsrecht auseinandersetzen könne? Dann sei dies evtl. besser bei Bezirksregierung etc. aufgehoben.
- **VA/VB/VC/VD:** Die Zersplitterung stelle aus Sicht der Unternehmen kein Problem des Genehmigungsrahmens (BBergG vs. außerbergrechtliches Regime) dar, da die wesentlichen Anforderungen (FFH-Verträglichkeitsprüfungen, Öffentlichkeitsbeteiligung, UVP-Pflichtigkeit) im Wesentlichen von außen an diese Genehmigungsverfahren herangetragen würden. Aus Sicht der Unternehmen sei die Bündelungsfunktion des Bergrechts (Ausnahme: Wasserrecht, z.T. übernehme aber auch BImSchG diese Funktion) nur von untergeordneter Bedeutung.
 - Eine Zersplitterung bestehe eher zwischen den verschiedenen Ebenen der Planung (Landes- vs. Regionalplanung bzw. Kreisebene) und in den unterschiedlichen landesrechtlichen Regelungen zum Naturschutzrecht und Forstrecht (bzw. auch innerhalb eines Landes: Das Forstrecht sei in Hessen Nord stärker als in Hessen Süd). Dies mache sich v.a. dadurch bemerkbar, dass stets unterschiedliche Ansprechpartner der Unternehmen und unterschiedliche Behördenzuständigkeiten bestünden, was auch die Zusammenarbeit erschwere. Planerisch werde es erst auf Ebene des Flächennutzungsplans „interessant“, hier spiele oft politisches Kalkül eine Rolle, was viel Unsicherheit bringe.
 - Grundsätzlich sei derzeit der unterschiedliche Umgang mit Planungszeiträumen in den Ländern ein großes Problem.
- **V6:** Man habe zwar nichts mit dem Abgrabungsrecht zu tun, sei aber der Meinung, dass die Einbeziehung der Grundeigentümergebäude, unter das BBergG helfen würde, um Nutzungskonflikte zu vermeiden und eine kontinuierliche Beteiligung der Bergbehörde sicherzustellen. Die Bergbehörde würde von Landkreisen in Niedersachsen teilweise in Abgrabungsfällen vergessen, so dass auch die Interessen der bergrechtlichen Vorhabenträger nicht in die Entscheidungen der Landkreise einfließen.

Zur Prüfung von Standortalternativen

- **V1:** Kiese und Sande in NRW seien stark vorgeprägt durch Regionalplanung, d.h. die Prüfung von Standortalternativen falle da eigentlich weg. Die Planung über die Regionalplanung sei sehr restriktiv, mit kritischen weil zu kurzen Zeithorizonten, d.h. da ergäben sich keine zusätzliche Standortalternativen.
- **VD:** Es gebe eine Vorprägung über die Raumordnung und auch tatsächlich könne nicht ausgewichen werden.
- **VA:** Betrieb sei oft schon vor Ort, d.h. standortgebunden, andere Lagerstätten seien dann zu weit weg.
- **VC:** Eine klassische Alternativenprüfung funktioniere hier nicht. Ggf. könne man noch prüfen, in welcher Reihenfolge abgebaut werde, aber das sei auch nicht zielführend, auch wenn das in Verfahren oft gefordert werde (Alternativendarstellung, inkl. Nullvariante).
- **VD:** Es gebe sehr differenzierte Lagerstätten, nur die marktfähigen Lagerstätten würden angegangen, d.h. im eigentlichen Sinne gebe es keine Alternativenprüfung. Es komme auf die Gehalte der Lagerstätten an.
- **V6:** Eine Alternativenprüfung seitens der Behörden sei nicht bekannt.

Zentrale Aussagen der Umweltseite zum außerbergrechtlichen Recht der Rohstoffgewinnung

- **UV4:** Aus Vor-Ort-Gesprächen habe man den Eindruck gewonnen, dass Umweltverbände, Vorhabenträger und Behörde der Meinung seien, dass die Verfahren dann, wenn sie nach Abgrabungsrecht liefen, in Bezug auf Anforderungen aus Umwelt-/Naturschutzsicht strenger seien. Dafür spreche auch, dass es auf Seiten der Unternehmen immer wieder Bestrebungen gebe, das eigene Vorhaben unter das Regime des Bergrechts zu bekommen. Hierfür müsse der betreffende Bodenschatz entsprechend klassifiziert werden.
- **UV7:** Zu Verfahren außerhalb des Geltungsbereichs des BBergG, zur Prüfung von Standortalternativen und allg. für den Rohstoffabbau sei zu sagen, dass die Umweltbewegung, die sich schwerpunktmäßig mit Immissionsschutzrecht beschäftige, dazu geführt habe, dass Behörden kompetenter und die Verfahren besser würden. Das sei aber nicht der Fall, wenn das immissionsschutzrechtliche Verfahren von der Bergbehörde geführt werde (es gebe keine Kompetenz, keine angemessene Prüftiefe etc.). Da steige man da ein, wo die Umweltbewegung vor 20 Jahren gestanden habe.
- **UV7:** Die Behörde sei in einem konkreten Fall mit den Einwendungen völlig überfordert gewesen und der Erörterungstermin sei dann auf unbestimmte Zeit verschoben worden. Beispielsweise sei in Frage gestellt worden, inwiefern eine Anlage unter die Störfallverordnung falle, Abfälle berücksichtigt würden, etc. Weder der Betreiber, noch die Behörde hätten diesen Punkt berücksichtigt, obwohl es klar gewesen sei, dass diese für die Beurteilung, ob eine Anlage unter die Verordnung falle, hätten berücksichtigt werden müssen.
- **UV6:** Man erinnere sich an einen Erörterungstermin, bei dem eingereichte Einwendungen gar nicht mündlich erörtert worden seien. Es sei nur kurz in die Runde gefragt worden, ob zu dem jeweiligen Vorbringen Anmerkungen bestünden. Die jetzt im Protokoll zu findenden Anträge seien dann an den Betreiber übermittelt worden, der hierzu Stellung beziehen sollte. Diese Vorgehensweise habe dann dazu geführt, dass relevante Antworten des Betreibers den Teilnehmern des Termins nicht bekannt geworden seien – jedenfalls nicht, sofern diese nicht Akteneinsicht genommen hätten, und auch die Antworten des Betreibers seien nicht vorgestellt worden (die z.T. abenteuerlich gewesen seien). Diese Antworten seien somit erst einmal „gültig“ gewesen.
- **UV6:** In einem anderen Fall (Scoping-Termin) sei es um die Frage gegangen, wie es zu behandeln sei, wenn eine Anlage erstmals Schwellenwerte für eine UVP-Pflichtigkeit überschreite. Position des Betreibers sei gewesen, dass die Anlage ja schon stehe, und sobald die Anlage die Kapazität erhöhe, würde sich ja nichts ändern, und man wolle nur das Delta an Umwelteinwirkungen betrachten, nicht die Gesamtbetrachtung der Anlage nachholen. Das habe die Behörde nicht so gesehen, aber es sei auf Basis der

Tischvorlage des Betreibers (die vom Delta ausging) beschlossen worden, einen Scoping-Termin durchzuführen.

- **UV8:** Zu den Unterschieden im Abgrabungsrecht zwischen den Bundesländern sei zu sagen, dass im Abgrabungsrecht viel öfter versagt werde. Unternehmen erhielten häufig Versagungen mit der Begründung, dass Auswirkungen auf FFH-Gebiete nicht ausgeschlossen werden könnten. Ausnahmegenehmigungen würden dann gar nicht erwogen, ähnlich wie bei Windkraftprojekten. Nach Bergrecht würden solche Genehmigungen selbstverständlich erteilt.
- **UV8:** Zu Unterschieden bzgl. des Einflusses der Bauleitplanung sei festzustellen, dass die Durchgriffskraft des Flächennutzungsplanes in den „allgemeinen Verfahren“ viel größer als in bergrechtlichen Verfahren sei. Rahmenbedingungen im Raumordnungsplan seien genau gleich – Vorbehaltsflächen seien im Raumordnungsplan enthalten. Die Gemeinde habe also viel Spielraum. Es sei kein einziger Fall bekannt, in dem die Gemeinde Vorbehaltsflächen beplanen würde, wenn Kohleabbau vorgesehen sei. Beim Kiesabbaukontext sei das anders: Flächennutzungspläne würden angepasst, die Gemeinde habe dort eine viel stärkere eigene Meinung; die Beplanung erfolge; die Gemeinde mische sich in die Planung des Vorhabenträgers ein, mache Vorschläge zu Standortvarianten. Beim Bergbau habe man derartiges nicht erlebt. Das habe auch mit der Rechtsgrundlage zu tun und mit der Frage, ob eine gebundene Entscheidung oder eine Ermessensentscheidung gegeben sei: Naturschutzrechtliche Entscheidungen in Niedersachsen und Schleswig Holstein seien viel offener und in keiner Weise anspruchsbegründend; Gemeinden behandelten das eher wie normale Bauvorhaben im Außenbereich.
- **UV8:** Die Differenzierung zwischen Zulassungsverfahren nach dem Bergrecht und außerhalb des Bergrechts sowie ggf. landesrechtlichen Regimen sei, z.B. hinsichtlich der Notwendigkeit, eine Bürgschaft zu hinterlegen, nicht angebracht. Die Ungleichbehandlung (auch hinsichtlich Wiedernutzbarmachung/Sicherheitsleistung) sei aus Vorhabenträgersicht nicht gerechtfertigt.
- **UV8:** Die Aufteilung auch zwischen bergfreien und grundeigenen Rohstoffen solle man überprüfen. Eine Kiesentnahme sei nicht grundsätzlich unproblematischer als eine Gewinnung von unter das BBergG fallenden Rohstoffen.
- **UV8:** Die Frage, ob es eine Prüfung von Standortalternativen außerhalb des Geltungsbereichs des BBergG (allg. für Rohstoffabbau) gebe, sei differenziert zu beurteilen. Vieles werde schon auf der Ebene der Raumordnung gemacht, insbesondere im Bereich Sande und Kiese. Hier werde schon auf Raumordnungsebene eine Art Bedarfsprüfung vorgenommen, es würden nicht einfach Vorranggebiete ausgewiesen. Man nehme an, dass diese Prüfung intensiver ausfalle als nach BBergG, das liege aber womöglich auch daran, dass dort stärkere und flächendeckendere Vorhaben gegeben seien.
- **UV9:** Hinsichtlich der Berücksichtigung von Umweltbelangen im außerbergrechtlichen Genehmigungsverfahren gebe es keine Erfahrungen mit gerichtlichen Auseinandersetzungen, sondern nur rudimentäre Befragungen der Umweltverbände im Rahmen von Beteiligungen. Bei all diesen Verfahren vor „normalen Behörden“ laufe es mit den üblichen Schwankungsbreiten „ganz normal“. Gerade im Bergrecht bestehe demgegenüber eine besonders große Unsicherheit oder ein besonders großer Unwillen im Zusammenhang mit Umweltfragen. Andere Behörden hätten besser verstanden, dass Umweltfragen kritisch sein könnten. Gerade bei den Bergämtern sei dies besonders schwierig gewesen und wenig Zugänglichkeit und Offenheit vorhanden. In einem konkreten Fall sei es so gewesen, dass ein Anspruch nach den einschlägigen Vorschriften auf Planfeststellungsbeschluss bestanden hätte, dieser aber einfach abgelehnt worden sei. Dies sei vor Gericht sehr einfach durchzusetzen gewesen, weil die Rechtslage eindeutig gewesen sei.
- **UV9:** Man habe den Eindruck, dass Interventionen von Umweltseite sehr kritisch gesehen würden. Man sei allerdings hauptsächlich mit einem konkreten Vorhaben befasst, es möge natürlich sein, dass anderswo andere Erfahrungen gemacht würden.

- UV10: Andere Prüfungsverfahren in den anderen Rechtsregimen beinhalteten nicht eine „Vorrangspolitik“ für Rohstoffe wie im Bergrecht. Die Prozesse und Prüfungen liefen deswegen offener. Es sei jedoch schwer zu vergleichen, da außerhalb des BBergG keine so großen Projekte durchgeführt würden.
- UV10: Die Frage, ob Vorteile des Abgrabungsrechts gegenüber dem allgemeinen Umweltrecht bestünden, sei nicht ganz einfach zu beurteilen. Es werde schon an die Rohstoffgewinnung anders herangegangen (= u.a. keine Rohstoffklausel). Außerhalb des Bergrechts prüfe man offener.
- UV10: Hinsichtlich der Prüfung Standortalternativen außerhalb des Geltungsbereichs des BBergG gebe es ein Problem mit dem Vergleich. Außerhalb des Bergrechts seien die Vorhaben viel kleiner: Nassabbaggerung, Kiesabbau. Bei der Braunkohle spiele z.B. die Prüfung von anderen Standorten keine Rolle, sie werde nicht verpflichtend geprüft. Bergbauinteressen seien vorrangig.

Zentrale Aussagen der Behörden zum außerbergrechtlichen Recht der Rohstoffgewinnung

Unterschiede zwischen den Bundesländern:

- B3: Vorteile des Abgrabungsrechts gegenüber dem allgemeinen Umweltrecht würden nicht gesehen. Man sei Vertreter eines einheitlichen Bergbau- oder Abgrabungsrechts. Es gebe keine objektive Rechtfertigung für die Aufteilung der Materie, die ungleiche Behandlung vergleichbarer Betriebe sei willkürlich. Die Unterschiede führten nur zu Wettbewerb zwischen den Nachbarn: Im Bergrecht sei die Erlangung einer Genehmigung teurer, die Anforderungen seien höher. Die Standards seien für Kiesgrubenbetriebe sehr hoch. Einfache Genehmigungen vom Landratsamt beinhalteten sehr viel geringere Anforderungen. Die Kontrolle im Vollzug sei besonders problematisch – auch für die Umwelt, wenn diese vor Ort erfolgen sollte, nachdem die Genehmigung schon da sei. Dies führe zu regionalen Konflikten und einem sog. „Forum Shopping“.
- Bx: Im betroffenen Bundesland bestehe die Spezialität, dass die Entnahme von Bodenbestandteilen einer wasserrechtlichen Erlaubnis unterliege, sodass die Wasserbehörde immer mit dabei sei. Laut Gesetz dürfe es keinen Unterschied geben innerhalb und außerhalb des Bergrechts. Ein Vorteil für Behörden im Bergrecht sei es, dass durch die Hauptbetriebsplanverfahren ein zusätzliches Überwachungsinstrument vorhanden sei. Der unterschiedliche Vollzug zwischen den Bundesländern sei immer ein Problem.

Zur Bevorzugung des Bergrechts oder des außerbergrechtlichen Recht der Rohstoffgewinnung

- B1: Es bestehe der Eindruck, dass die Tonbranche das Bergrecht gut finde, die Sand und Kiesbranche hingegen nicht. In einem Bundesland wollten die Unternehmer nicht zu den Bergbehörden, sondern zu den Kreisbehörden, weil sie im Bergrecht weniger Verfahren hätten. Hier bestehe kein Wahlrecht, d.h. wenn die Zuständigkeit einmal geprüft werde, stehe die Entscheidung für ein Regime. Das Bergrecht habe sich bewährt, andererseits genauso das Immissionsschutzrecht; jedes Regime habe seine Vor- und Nachteile. Es sei eine Geschmacksfrage, für Unternehmen dürfe sich jedoch kein großer Unterschied ergeben. Anders sei die Lage zum Beispiel in Österreich: hier gebe es ein eigenes Recht nur für die Gewinnungsberechtigung, der Abbau werde danach immer gleich behandelt. Diese Frage werde sich automatisch stellen, wenn es in Deutschland keine großen Vorhaben mehr gebe.
- B4: Vorteile des Abgrabungsrechts gegenüber dem allgemeinen Umweltrecht bestünden nicht. Das Bergrecht als differenziertes Zulassungsverfahren sei vorteilhaft. Die Vetomöglichkeiten der Kommune im Abgrabungsrecht seien natürlich ein Unterschied. Der Umstand, dass dies im Bergrecht nicht erforderlich sei, sei natürlich ein Vorteil.
- By: Man habe die Erfahrung gemacht, dass im Bereich Niederrhein, wo viele Betriebe unter Abgrabungsrecht gelaufen seien (Quarz- und Kiesgewinnung), die Unternehmen irgendwann, weil sie mit den örtlichen Kreisen nicht mehr klar kämen, auf Bergrecht gedrängt hätten und man alte Abgrabungen tatsächlich ins Bergrecht habe überführen müssen. Hier habe man bergrechtlich sehr differenziert reagieren können, da habe sich die große Flexibilität des Bergrechts gezeigt. Man habe über die Hauptbetriebs-

planzulassungen, die der Rahmenbetriebsplanzulassung nachfolgen, also wunderbar nachsteuern können. Abgrabungsrecht sei demgegenüber völlig starr, gerade bei langlaufenden Vorhaben sei das Bergrecht wesentlich geeigneter.

- **B6 (Geologischer Dienst):** Aus der Praxis der letzten zehn Jahre des Geologischen Dienstes könne man sagen, dass die (für die Abgrabungen von Kiesen und Sanden zuständigen) Landratsämter bisher noch nicht an den Geologischen Dienst herantreten seien, um diesem an entsprechenden Genehmigungsverfahren zu beteiligen. Gleichwohl gebe es eine Anzahl an Abgrabungen, die außerhalb des Bergrechts liegen, man werde als geologische Fachbehörde allerdings nicht beteiligt. Unabhängig davon sei man bemüht sich die entsprechenden Informationen zu beschaffen.
- **B6 (Geologischer Dienst):** Auch dazu, welche Belange von den Landratsämtern berücksichtigt werden und welche nicht, könnten lediglich die zuständigen Landratsämter selbst Auskunft erteilen. Es gebe es keine Regelungen, die ausdrücklich eine Einbindung des Geologischen Dienstes des Landes normieren würden. Eine solche Regelung wäre für den Abgleich sowie eine gewisse Transparenz zwischen den Behörden sinnvoll.
- **B6 (Geologischer Dienst):** Die Unterscheidung zwischen bergfreien und grundeigenen sowie Grundeigentümer-Bodenschätzen mache keinen Sinn und sollte aufgehoben und in der behördlichen Zuständigkeit bei der Bergbehörde zusammengeführt werden. Diese hätte hierfür die größte Fachkenntnis. Die Aufteilung mache nur zusätzliche Arbeit.

Zur Prüfung von Standortalternativen

- **B1: Standortalternativen** würden nur sehr eingeschränkt geprüft, da der Standort durch die Verfügbarkeit des Bodenschatzes bedingt werde.
- **B4: Nein,** der Bodenschatz sei da, wo er sei.
- **B5 (Wasserbehörde):** Mache man nicht. Man habe nur den Antrag zu prüfen. Antragsteller könne Alternativen vorstellen, die man dann auch bewerte. Man schlage aber keine Alternativen vor.
- **B6 (Geologischer Dienst):** Aus geologischer Sicht sei das irrelevant. Das mache keinen Sinn, weil ein Bodenschatz sich an einem bestimmten Ort befinde.

4.7 Zwischenfazit und Handlungsempfehlungen

Die sog. Grundeigentümerbodenschätze wie Kiese und Sande stehen außerhalb des Anwendungsbereichs des Bergrechts. Ihre Abgrabung unterliegt landesrechtlichen Regelungen, die eine große Variationsbreite aufweisen. Das Abgrabungsrecht wird in wenigen Ländern wie Nordrhein-Westfalen und Bayern durch spezifische Abtragungsgesetze geregelt, in Brandenburg gibt es dazu eine auf dem Bauordnungsrecht fußende Rechtsverordnung, in Niedersachsen ist das Abgrabungsrecht im Landesnaturschutzgesetz normiert. Teilweise haben die Genehmigungsvorschriften in den spezifischen Abtragungsvorschriften eine Konzentrationswirkung (so in Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen), teilweise nicht (so in Bayern). In anderen Ländern sind die Anforderungen an die Genehmigungserteilung sehr detailliert (so etwa in Brandenburg), teilweise eher oberflächlich geregelt (so in Bayern). Im Übrigen kommen die Regelungen des Naturschutz-, Wasser-, Immissionsschutz-, Bau- oder Forstrechts zur Anwendung.⁵⁵⁶

Diese höchst unterschiedliche Rechtslage in den verschiedenen Bundesländern macht das Abgrabungsrecht unübersichtlich und ähnelt in dieser Hinsicht der „großen Schwester“ des Bergrechts.

⁵⁵⁶ Siehe hierzu oben Kapitel 4.1.

Hinter der bloßen Unübersichtlichkeit verbirgt sich aber auch eine potenziell unterschiedliche Berücksichtigung ökologischer Belange in den Genehmigungsverfahren. Manche Regelungen wie etwa in Niedersachsen oder Brandenburg legen durch ihre detaillierten (Umwelt-)Anforderungen eine stärkere Berücksichtigung dieser Belange nahe als andere. Ob dies in der Praxis dann auch so umgesetzt wird, steht auf einem anderen Blatt und lässt sich ohne empirische Prüfung nicht abschätzen. Eine mögliche Schlussfolgerung aus dieser jedenfalls theoretisch für den Umweltschutz defizitären Rechtslage ist eine stärkere Vereinheitlichung des Abgrabungsrechts im weiteren Sinne auf hohem Niveau. Dies könnte durch ein eigenes Abgrabungsgesetz des Bundes⁵⁵⁷ oder durch eine Harmonisierung der Länderregelungen erfolgen, aber auch durch eine Aufnahme der Grundeigentümer-Bodenschätze in das BBergG.⁵⁵⁸

Für Abgrabungen von Grundeigentümergebietern ist darüber hinaus das Wasserrecht von Bedeutung. Hierbei geht es nicht um die Gewinnung von Wasser, denn Wasser ist nach § 3 Abs. 1 BBergG vom Bodenschatzbegriff ausgenommen. Vielmehr spielt das Wasserrecht wegen der möglichen Gefährdung von Grund- und Oberflächenwasser durch Abgrabungen eine Rolle. Wasserrechtliche Gestattungen sind von der Konzentrationswirkung anderer Verfahren wie nach dem AbgrG NRW ausgenommen, so dass sog. echte und unechte Gewässerbenutzungen einer Erlaubnis, Bewilligung oder, im Falle eines Gewässerausbaus, auch einer Planfeststellung nach dem WHG sowie den Landeswassergesetzen bedürfen. Nach § 12 Abs. 1 WHG kommt es u.a. darauf an, ob durch die Abgrabung schädliche Gewässeränderungen zu erwarten sind. Hier ist nicht eindeutig, ob im Zusammenhang mit solchen Veränderungen für die Beurteilung des Allgemeinwohls auch andere als wasserwirtschaftliche Belange relevant sein können, oder ob diese Belange im Rahmen des Bewirtschaftungsermessens nach § 6 WHG zu berücksichtigen sind. Für die Frage, ob die Gewässerbewirtschaftung dem Wohl der Allgemeinheit dient, können Vorfestlegungen durch verbindliche Ziele der Raumordnung eine Rolle spielen. Zu den Allgemeinwohlbelangen kann auch das Interesse an der Nutzung von Bodenschätzen zählen. Grundlegende Defizite im Hinblick auf die Nutzung von Grundeigentümergebietern durch Abbauvorhaben sind allerdings aus Sicht des Wasserrechts nicht erkennbar. Insbesondere ökologische Belange genießen durch das wasserrechtliche Bewirtschaftungsermessen einen hohen Stellenwert.

Für das Immissionsschutzrecht ist zwischen genehmigungsbedürftigen und nicht-genehmigungsbedürftigen Anlagen zu unterscheiden. Bestimmte Abgrabungsvorhaben wie Steinbrüche mit einer Abbaufäche von 10 ha und mehr sind nach der 4. BImSchV genehmigungsbedürftig. Gleiches gilt für mit der eigentlichen Abgrabung im Zusammenhang stehende Anlagen, z.B. solche zum Brennen der gewonnenen Bodenschätze. Hier kann grundsätzlich der Charakter der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung als gebundene Entscheidung kritisiert werden, weil damit z.B. keine Alternativprüfung verlangt werden kann. Eine Ausgestaltung in Form einer planerischen Entscheidung mit behördlichem Abwägungsspielraum könnte die Prüfungsbreite erhöhen. Allerdings bietet der Erlass von Nebenbestimmungen nach § 12 BImSchG insoweit einige Korrekturmöglichkeiten im Hinblick auf die Berücksichtigung von Umweltbelangen bei Abgrabungsvorhaben.

Für den Abbau von Grundeigentümergebietern spielt ferner das Baurecht eine erhebliche Rolle, namentlich in den Ländern, die über kein spezifisches Abgrabungsrecht verfügen. Hier ist zunächst auf die oben geäußerte Kritik bzgl. der Zersplitterung des Rechts des Abbaus von Grundeigentümergebietern zurückzukommen. Ein eigenständiges Abgrabungsrecht könnte zu einer klareren

⁵⁵⁷ S. bereits den entspr. unveröff. „Entwurf eines Gesetzes zur Versorgung mit mineralischen Rohstoffen“ von 1996 mit einem „Bundesrohstoffgesetz (BRG)“ im Auftrag des Bundesverbands Steine und Erden (bbs), der auf Überlegungen von Prof. Dr. iur. Franz Knöpfle beruhte.

⁵⁵⁸ Siehe hierzu unten unter 4.7.1.

Rechtslage beitragen und auch die Anwendung des Baurechts auf bestimmte Regelungen beschränken, während die eigentlichen Abgrabungsregelungen in Spezialgesetzen aufgenommen würden. Zurzeit stellt sich die Rechtslage aber so dar, dass Abgrabungsvorhaben in vielen Ländern baugenehmigungspflichtig sind. Auch insoweit sind die Regelungen in den Landesbauordnungen unterschiedlich und lassen keine einheitliche Linie bei den Landesregelungen erkennen. Eine einheitliche bundesrechtliche Regelung für Abgrabungen könnte Abhilfe schaffen. Hierdurch könnte auch das teilweise festzustellende Auseinanderfallen von Zuständigkeit und Sachkompetenz bei der Genehmigung von Abgrabungen vermieden werden.⁵⁵⁹

Bauplanungsrechtlich ist vor allem § 35 BauGB relevant, da Abgrabungen meist im Außenbereich durchgeführt werden. Sie sind in der Regel auch als privilegierte Vorhaben anzusehen, etwa nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB wegen der besonderen Anforderungen an die Umgebung. Diese Privilegierung verleiht ihnen nach der Rechtsprechung gegenüber Umweltbelangen einen höheren Stellenwert. So soll insbesondere Umweltbelangen, die nur für die Dauer der Abgrabung, aber nicht mehr nach stattgefundener Rekultivierung, betroffen sind, geringeres Gewicht zuzumessen sein. Diese Rechtsprechung berücksichtigt unter anderem nicht genügend, dass Abgrabungen sich über etliche Jahrzehnte hinziehen können.

Für das Naturschutzrecht ist bei Abgrabungen das auch für andere Bereiche bekannte Problem festzustellen, dass nach der „Huckepackregelung“ des § 17 BNatSchG in der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung die Zuständigkeit für die Entscheidung über die Zulässigkeit des Eingriffs bei der jeweiligen Genehmigungsbehörde liegt, während die Naturschutzbehörde nur ein Benehmensrecht hat. Anders ist die Rechtslage z.B. in Niedersachsen, wo die Naturschutzbehörde aufgrund des Landesnaturschutzgesetzes für die Entscheidung über den Bodenabbau zuständig ist.⁵⁶⁰

4.7.1 Aufnahme der Grundeigentümerbodenschätze in das BBergG

Eine mögliche Handlungsempfehlung liegt in der Ausweitung des bergrechtlichen Anwendungsbereichs auf die Grundeigentümerbodenschätze. Dies würde z.B. Kalkstein, Torf, Lehm, Gips, Sand und Kies sowie – soweit sie nicht die in § 3 Abs. 4 Nr. 1 BBergG genannten Merkmale aufweisen und deshalb bereits von dem Rechtsregime des BBergG erfasst sind – Ton, Quarz/ Quarzit und alle sonstigen Gesteine und Erden betreffen. Nach § 3 Abs. 4 Nr. 1 BBergG fallen etwa Quarz und Quarzit nur zu einem geringen Teil unter die grundeigenen Bodenschätze, nämlich soweit diese sich zur Herstellung von feuerfesten Erzeugnissen oder Ferrosilizium eignen.

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für eine beabsichtigte Aufnahme der Grundeigentümerbodenschätze in das BBergG ergibt sich aus Art. 74 Nr. 11 GG. Nach dem Klammerzusatz in dieser Kompetenznorm steht dem Bund insbesondere die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für den Bergbau zu. Nach der gebotenen weiten Auslegung zählt hierzu nicht nur der untertägige Abbau von Bodenschätzen, sondern generell das Aufsuchen und Gewinnen von Mineralien und Gesteinen, einschließlich von Kiesen und Sanden im Übertagebau.⁵⁶¹ Dass der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz für die Grundeigentümer-Bodenschätze keinen Gebrauch gemacht hat, hat daher keine kompetenziellen, sondern andere, vorwiegend politische Gründe.⁵⁶²

⁵⁵⁹ Näher dazu unten unter 4.7.2.

⁵⁶⁰ Näher unten unter 4.7.2.

⁵⁶¹ *Maunz/Dürig/Maunz*, GG Art. 74 Rn. 136, beck-online; s. auch die Begründung zum „Entwurf eines Gesetzes zur Versorgung mit mineralischen Rohstoffen“ von 1996 (oben Fn. 947), S. 3.

⁵⁶² Vgl. *Vitzthum/Piens*, in: *Piens/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 3 Rn. 81.

Es gibt eine Reihe von Argumenten, die für und gegen eine solche Aufnahme der Grundeigentümergebodschatze in das BBergG sprechen.⁵⁶³ Für eine Neuordnung der Rohstoffkategorien haben sich *Vitzthum/Piens* ausgesprochen:

„De lege ferenda hätte mit dem-RechtsbereinigungsG von 1996 eine bundesrechtliche Chance bestanden, die genehmigungs- und eigentumsrechtliche Gleichbehandlung aller Bodenschätze herbeizuführen, wie das der erste RegE des BBergG von 1975 bereits vorgesehen hatte und wie es bis 1996 in den neuen Bundesländern mit gutem Erfolg praktiziert worden war. Diese Rechtsvereinheitlichung ist jedoch nicht erfolgt, sodass die bekannten Problemfelder insbesondere der unterschiedlichen Zuordnung der Bodenschätze weiterbestehen:

- die nicht mehr sinnvoll erscheinenden diffizilen Unterschiede zwischen Normal- und Spezialton, zwischen Normal- und Quarzsand sowie bei Basalt,
- die infolge des Verbrauchs und umweltrechtlicher Standortsschwierigkeiten erschwerte Zugänglichkeit aller Lagerstätten und die dadurch prekär gewordene Anhängigkeit der Bauindustrie von der Bodenschätzegewinnung,
- die damit gleichzeitig verstärkt in den Blick rückende volkswirtschaftliche Bedeutung auch der bislang nicht bergrechtlichen Bodenschätze,
- die unterschiedslose Behandlung aller Bodenschätze in der Raumordnung, Landes- und Bauleitplanung,
- die durch eine Rechtsvereinheitlichung zumindest indizierte Vereinheitlichung von Behördenkompetenzen für alle Gewinnungsvorhaben. [...]“⁵⁶⁴

Hieran anknüpfend, sprechen folgende, insbesondere auch Aspekte des Umweltschutzes, für eine Rechtsvereinheitlichung auf Bundesebene:

- ▶ Wie beschrieben ist eine erhebliche Rechtszersplitterung zwischen den Ländern festzustellen,⁵⁶⁵ die tendenziell den Ländern einen gewissen Freiraum für eine schwächere Berücksichtigung ökologischer Belange gibt. Eine bundesrechtliche Vereinheitlichung des Abbauregimes könnte daher nicht nur die Transparenz fördern, sondern – eine entsprechende Bundesregelung mit einem hohen Umweltschutzstandard vorausgesetzt – auch die Stellung ökologischer Belange in den Abbauprozessen generell stärken.
- ▶ Vom Umfang her geht es insbesondere bei Kies und Sanden um wesentliche Rohstoffe. So sind Bausande mit 247 Mio. t die bedeutendsten mineralischen Rohstoffe mit einem Anteil von weit über einem Drittel an der inländischen Rohstoffproduktion.⁵⁶⁶ Damit unterfallen gerade die quantitativ wichtigsten Bodenschätze nicht dem Anwendungsbereich des für den Rohstoffabbau spezialisierten Gesetzes.
- ▶ Das Bergrecht ist in der Nachsteuerung dynamischer. Z.B. erfolgt durch regelmäßig zu überprüfende Hauptbetriebspläne eine fortlaufende Kontrolle der Einhaltung auch von

⁵⁶³ Vgl. allgemein *Fleckenstein* (1997): Langfristige Sicherung des Rohstoffabbaus. Können regionale Planungen das Bergrecht ersetzen? *Raumforschung und Raumordnung (RuR)* Vol. 55, No. 3 (1997), S. 176 ff.

⁵⁶⁴ Für eine Rechtsvereinheitlichung im Verhältnis Abgrabung – Bergrecht und Konzentrationswirkungen sprechen sich auch *Vitzthum/Piens*, in: *Piens/Schulte/Graf Vitzthum*, *BBergG*, 2. Aufl. 2013, § 3 Rn. 81 aus.

⁵⁶⁵ S. auch die Begründung zum „Entwurf eines Gesetzes zur Versorgung mit mineralischen Rohstoffen“ von 1996 (oben Fn. 73), S. 3: „Eine durchgängige wirksame Regelung der Versorgung der Wirtschaft mit mineralischen Rohstoffen bedarf im Hinblick auf die zu wahrende Rechts- und Wirtschaftseinheit im ganzen Bundesgebiet einer einheitlichen, länderübergreifenden Regelung. Ein bundeseinheitliches Zulassungsverfahren ist auch erforderlich, um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Zudem bestünde sonst die Gefahr einer Zersplitterung rechtlicher Regelungszusammenhänge, die es dem Bürger erschweren würde, sich in zumutbarer Weise in dem jeweils zu beachtenden Recht zu orientieren.“

⁵⁶⁶ BGR, Deutschland – Rohstoffsituation 2016, 2017, S. 15.

Vorgaben des Umweltschutzes. Einfache Genehmigungen für den Sand- und Kiesabbau nach Landesrecht, auch wenn diese ggf. UVP-pflichtig sind, gelten dagegen für Jahrzehnte, ohne dass eine solche gesetzlich angeordnete Nachsteuerung vorgeschrieben wäre.

- ▶ Im Rahmen des Forschungsvorhabens durchgeführte Interviews haben gezeigt, dass Landratsämter o.ä., die regelmäßig für die Genehmigung des Abbaus der Grundeigentümerbodenschätze zuständig sind, die zuständigen Behörden auf Landesebene teilweise nicht beteiligen. Dies gilt insbesondere für den Staatlichen Geologischen Dienst in den jeweiligen Ländern. So wurde beispielsweise berichtet, dass in jahrzehntelanger Arbeit nicht einmal eine solche Beteiligung stattgefunden habe.
- ▶ Es findet eine Konzentration bei den Behörden statt, die sich am besten mit dem Abbau von Bodenschätzen auskennen. Dies ist regelmäßig die Bergbehörde des Landes, die dann auch die obere oder oberste Wasserbehörde etc. beteiligt. Beim Abgrabungsrecht findet alles auf der Stufe der unteren Behörden statt – d.h. oft faktisch innerhalb eines Landratsamts. Diese regionalen Behörden können oft nicht genügend spezialisiertes Personal vorhalten und sind daher nicht genügend leistungsfähig.
- ▶ Auf kommunaler Ebene kann der politische Einfluss gegenüber Investoren vor Ort recht groß sein, wodurch ein ökonomisch begründeter Druck auf Abbauvorhaben erzeugt werden kann. Dies kann sich negativ auf die Berücksichtigung ökologischer Belange auswirken, indem diese gegenüber anderen, etwa regionalen Arbeitsmarktargumenten, zurückgesetzt werden. Eine Verlagerung der Zuständigkeit auf eine höhere behördliche Ebene in den Ländern könnte, eine ambitionierte bundeseinheitliche Regelung vorausgesetzt, zu einer stärkeren Berücksichtigung des Naturschutzes oder anderer ökologischer Belange führen.
- ▶ Zudem wäre die Vergleichbarkeit mit Vorhaben in anderen Ländern verbessert, so dass Best-Practice-Modelle aus anderen Bundesländern leichter herangezogen werden könnten. Z.B. könnten Naturschutzverbände ihre Stellungnahmen besser begründen.

Andere Argumente sprechen gegen eine Aufnahme der Grundeigentümerbodenschätze in das BBergG:

- ▶ Ein Gegenargument gegen die Ausdehnung des Anwendungsbereichs des BBergG ist, dass, wie *Roßnagel/Hentschel*⁵⁶⁷ betont haben, „die nicht vom Bundesberggesetz erfassten Bodenschätze (...) somit nach der bestehenden Rechtslage ausreichend geschützt werden. Insbesondere können die Festlegungen einer raumordnerischen Bedarfsplanung im Rahmen der Vorhabengenehmigung in geeigneter Weise umgesetzt werden. Daher besteht kein Grund, sie in das Bundesberggesetz aufzunehmen, in dem in der geltenden Fassung die Umsetzung der Bedarfsplanung weniger gut möglich wäre.“ Damit könnte eine Bedarfsplanung für Kiese und Sande bei Aufnahme in das Bergrecht problematisch sein. Würde aber eine Bedarfsplanung über die Raumordnung normiert, erfasste sie auch Grundeigentümerbodenschätze. Denn die Ziele der Raumordnung gelten unabhängig davon, nach welchen Gesetzen – ob Bundes- oder Landesgesetze – eine Materie geregelt ist. Auch ist nach der Änderung des § 48 Abs. 2 BBergG ausdrücklich geklärt, dass Ziele der Raumordnung bei der Prüfung hinsichtlich einer Beschränkung oder Untersagung eines Vorhabens zu beachten sind. Die Frage der Anwendbarkeit der Raumordnung spricht daher nicht gegen eine bundeseinheitliche Regelung der Grundeigentümerbodenschätze.

⁵⁶⁷ *Roßnagel/Hentschel*: Rechtliche Instrumente des allgemeinen Ressourcenschutzes, S. 103.

- ▶ Wie dargelegt, ist das geltende Bergrecht im Hinblick auf die Berücksichtigung ökologischer Belange verbesserungswürdig. Gegen eine Aufnahme der Grundeigentümergebühren in das BBergG könnte daher sprechen, dass im Verhältnis jedenfalls zu dem einen oder anderen Landesabgrabungsrecht eine Verschlechterung eintreten könnte. So ist das Recht bzgl. der Sicherheitsleistung in einigen Landesgesetzen besser und detaillierter ausgestaltet als im Bergrecht. Es ist allerdings nicht eindeutig, ob die Praxis nach dem Landes- und dem Bundesrecht sich insoweit tatsächlich unterscheidet. Nach den durchgeführten Interviews scheint es keine großen Unterschiede in der Praxis zu geben. Jedenfalls wäre eine Aufnahme der Grundeigentümergebühren in das BBergG aus Sicht des Umweltschutzes nur für ein entsprechend aktualisiertes Bundesrecht sinnvoll. Eine derartige Reform müsste daher Hand in Hand mit der oben vorgeschlagenen Ausgestaltung des BBergG gehen.
- ▶ Als weiteres Argument kann angeführt werden, dass die Gemeinden ein ihnen bisher zustehendes Korrektiv verlieren würden. Sie haben bisher die Möglichkeit, über die gemeindliche Bauleitplanung (§§ 30 bis 36 BauGB) sowohl Trockenaus Kiesungen als auch die gem. § 68 Abs. 1 WHG i.V.m. den jeweiligen Landeswassergesetzen planfeststellungsbedürftigen Projekte der Nassaus Kiesung (Vorhaben nicht überörtlicher Bedeutung) zu steuern.⁵⁶⁸ Verweigern die Gemeinden bei der Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzung des § 35 BauGB gem. § 36 BauGB ihr Einvernehmen, darf das Abbauvorhaben nicht realisiert werden.⁵⁶⁹ Eine solche gemeindliche Einvernehmenspflicht gilt aber nach § 36 Abs. 1 S. 2 BauGB nicht für Vorhaben, die der Bergaufsicht unterliegen.⁵⁷⁰ Andererseits wurde oben bereits ausgeführt, dass auf gemeindlicher Ebene häufig kommunale oder regionale ökonomische Interessen zugunsten eines Abbauvorhabens ausschlaggebend sein können. Es ist daher zweifelhaft, ob das Einvernehmen nach § 36 BauGB in der Praxis als Korrektiv im Sinne des Umweltschutzes tatsächlich eine Rolle spielt. Unabhängig davon sollte der Halbsatz in § 36 Abs. 1 S. 2 BauGB, der die der Bergaufsicht unterliegenden Verfahren gegenüber allen anderen Verfahren privilegiert, gestrichen werden.⁵⁷¹

Unterm Strich sprechen überwiegende Argumente dafür, die Grundeigentümergebühren unter die Ägide eines – dann allerdings auch im Sinne des Umweltschutzes weiterentwickelten – Bergrechts fallen zu lassen. Aspekte wie die höhere Transparenz und bessere Vergleichbarkeit angesichts diverser relativ undurchschaubarer Landesregelungen lassen diesen Schluss zu. Es bleibt letztlich kaum vermittelbar, warum ausgerechnet Kiese und Sande, die den größten Anteil an den geförderten Bodenschätzen ausmachen, nicht unter das Bergrecht fallen.

Auf bundesrechtlicher Ebene ist statt einer Einbeziehung des Abgrabungsrechts in das BBergG auch die Schaffung einer eigenständigen bundeseinheitlichen Regelung möglich. Ein solcher Vorschlag eines „Gesetzes zur Versorgung mit Rohstoffen“ (Bundesrohstoffgesetz (BRG)) wurde 1996 in einem

⁵⁶⁸ Nach einem aktuellen Urteil des OVG des Saarlandes, Urteil vom 24.05.2018 – 2 A 551/17 –, juris ergibt sich aus dem Erfordernis der Durchführung eines Raumordnungsverfahrens eine Indizwirkung für das Vorliegen einer überörtlichen Bedeutung. Dies hat zur Folge, dass § 38 BauGB greift und § 36 BauGB – und damit das Einvernehmen der Gemeinde – keine Rolle spielt.

⁵⁶⁹ Siehe zum Einvernehmen: Piens, in Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 56 Anhang, Rn. 68 f.

⁵⁷⁰ Piens, in Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 56 Anhang, Rn. 15, 69. nach der Rechtsprechung des BVerwG, Urteil vom 28.09.2016 – 7 C 18/15 –, juris, Rn. 20 ist die „Ausnahme vom Erfordernis des gemeindlichen Einvernehmens [...] aber in einschränkender Auslegung nur auf solche Vorhaben zu beziehen, über deren bauplanungsrechtliche Zulässigkeit in der bergrechtlichen Betriebsplanzulassung entschieden wird.“

⁵⁷¹ Siehe hierzu 8.1.4.9.

unveröffentlichten Rechtsgutachten ausformuliert.⁵⁷² In einem dritten Teil über den nichtbergrechtlichen Abbau wird eine Genehmigungspflicht für Abbauvorhaben vorgesehen. Die Genehmigung ist danach zu erteilen, wenn u.a. *„die Ziele der Raumordnung nicht entgegenstehen“*, *„über die ordnungsgemäße Oberflächengestaltung (Wiedernutzbarmachung) der durch den Abbau in Anspruch genommenen Flächen entschieden ist“*, *„sichergestellt ist, daß beim Abbau anfallende Rückstände vorrangig zur Wiedernutzbarmachung verwendet werden und“* *„öffentlich-rechtliche Vorschriften im Einzelfall nicht entgegenstehen.“* „Wenn die vom Vorhaben in Anspruch zu nehmende beantragte Abbaufäche 25 ha übersteigt“, ist ein Planfeststellungs- bzw. Plangenehmigungsverfahren durchzuführen. Die Genehmigung bzw. Planfeststellung soll danach eine Konzentrationswirkung entfalten. Das Planfeststellungsverfahren soll generell einer UVP-Pflicht unterworfen werden. In weiteren Artikeln des Entwurfs werden Änderungen verschiedener Gesetze wie des BauGB, des BNatSchG oder des WHG vorgeschlagen. Klargestellt wird auch, dass die Genehmigung Vorrang vor einer BImSchG-Genehmigung haben soll.

Eine solche Vereinheitlichung des Abgrabungsrechts durch eine bundeseinheitliche Regelung ist ein möglicher Ansatz, den beschriebenen Fragen, insbesondere der Rechtszersplitterung, entgegenzuwirken. Vorzuziehen ist jedoch eine Vereinigung des Berg- und Abgrabungsrechts in einem modernisierten BBergG mit einem einheitlichen, Umweltschutzbelange besser berücksichtigenden Zulassungsregime. Die in dem Vorschlag eines Bundesrohstoffgesetzes enthaltene Stufung der Zulassungsverfahren nach Größe der Abgrabung ist bedenkenswert. In der Tat ist ein vereinfachtes Verfahren für kleinere Vorhaben vorzusehen. Ob dabei die Grenze von 25 ha wie vorgeschlagen sinnvoll ist, wäre zu diskutieren.

Über die Einbeziehung der Grundeigentümergebiete in das BBergG hinaus ist eine Neuordnung der Rohstoffkategorien möglich, indem die Trennung in bergfreie und grundeigene Bodenschätze aufgegeben würde. Der BUND hat eine solche Forderung 2015 erhoben. Unter der Überschrift *„Rechtskonstrukt des „bergfreien“ Bodenschatzes beseitigen“* wird eine *„Abschaffung der Vorschriften zur vorgelagerten Verleihung von Bergbauberechtigungen an „bergfreien“ Bodenschätzen durch Streichung des § 3 Abs. 2 BBergG sowie der §§ 6 bis 29 und der entbehrlich werdenden §§ 33 bis 38 sowie § 42“* gefordert. Mit der Institution der bergfreien Bodenschätze verschaffe das BBergG dem Bergbaubetriebenden *„besondere Privilegien und eine schwer angreifbare Rechtsposition“*. *„Die von einem Abbauvorhaben betroffenen Oberflächeneigentümer“* hätten *„dabei kein Recht, an dem Verwaltungsverfahren zur Erteilung einer Bergbauberechtigung beteiligt zu werden.“*⁵⁷³

Gegen diese Argumentation spricht, dass es auch im Sinne des Umweltschutzes nicht zielführend wäre, mit der Bergbauberechtigung ein öffentlich-rechtliches Konzessionssystem abzuschaffen, um damit letztlich die Stellung von privaten Eigentümern zu stärken. Dies würde gewissermaßen einer Privatisierung von Rohstoffen Vorschub leisten. Sinnvoll wäre dagegen, die Rechte von Grundeigentümern über andere Wege zu stärken, z.B. über verbesserte Beteiligungsregelungen, die Verschärfung der Voraussetzung für Grundabtretungen und letztlich über eine stärkere Verankerung ökologischer Belange in der Interessenabwägung. Außerdem könnte sich die Abschaffung des Instituts der bergfreien Bodenschätze letztlich kontraproduktiv auswirken, da damit die rechtliche Begründung für die Feldes- und Förderabgaben entfallen könnte.

Es sollte daher bei der bestehenden Trennung zwischen bergfreien und grundeigenen Bodenschätzen bleiben, wobei aber die Grundeigentümergebiete in das Regime des Bergrechts (= als grundeig-

⁵⁷² S. oben Fn. 557.

⁵⁷³ BUND, Kernforderungen zur Novellierung des Bergrechts, 24. November 2015, S. 5 (<https://www.bund-nrw.de/publikationen/detail/publication/bund-standpunkt-kernforderungen-zur-novellierung-des-bergrechts/>) (letzter Zugriff am 30.11.2018).

gene Bodenschätze) überführt werden sollten. Es bleibt zu prüfen, ob und ggf. welche grundeigenen Bodenschätze aufgrund ihrer volkswirtschaftlichen Bedeutung oder ggf. sonstigen überwiegenden öffentlichen Interessen als bergfrei eingestuft werden sollen.

Vorschlag: Aufnahme der Grundeigentümerbodenschätze in den Anwendungsbereich des BBergG

Die Grundeigentümerbodenschätze wie z.B. Kalkstein, Torf, Lehm, Gips, Sand und Kies sowie – soweit sie nicht die in § 3 Abs. 4 Nr. 1 BBergG genannten Merkmale aufweisen – Ton, Quarz/ Quarzit und alle sonstigen Gesteine und Erden werden in den Anwendungsbereich des BBergG als grundeigene Bodenschätze aufgenommen.

4.7.2 Harmonisierung der Länder-Abgrabungsregelungen

Oben wurde vorgeschlagen, die Grundeigentümerbodenschätze in das Regime des BBergG aufzunehmen und damit eine bundeseinheitliche Regelung zu schaffen.⁵⁷⁴ Da die Länder hiermit eine Gesetzgebungsmaterie verlieren würden, ist nicht auszuschließen, dass ein solcher Vorschlag an deren Widerstand scheitern könnte. Unterhalb dieser Regelungsschwelle könnte daher auch an eine Harmonisierung der Abgrabungsregelungen der Länder gedacht werden. Dies wird auch von *Vitzthum/Piens* angesprochen:

„Die Umweltprobleme sind teilweise ähnlich, teilweise identisch, sodass die Länder auch ohne Bergrechtsänderung gewisse Vereinheitlichungen herbeiführen könnten, vor allem durch Konzentration der Zulassungsverfahren für jede Bodenschätzigewinnung bei einer Behörde...“⁵⁷⁵

So könnten die den Bodenabbau regelnden Genehmigungsvorschriften der Abgrabungs- und Naturschutzgesetze der Länder bei größeren Vorhaben in Richtung eines Planfeststellungsverfahrens weiterentwickelt werden. Besser als bei den bisherigen gebundenen Genehmigungen für derartige Vorhaben könnte dann über das Planungsermessen eine umfassende Abwägung auch aller ökologischen Belange durchgeführt werden, die stärker als bisher auch die umwelt- und ressourcenschonende Steuerung von Abgrabungsvorhaben zulässt. Allerdings würde dies eine enge Abstimmung der Länder erfordern, die politisch angesichts unterschiedlicher Interessen und Ausgangslagen kaum realistisch erscheint. Zu prüfen ist, ob zu – dann genau zu definierenden – kleineren bis mittleren Vorhaben eine gebundene Entscheidung ergehen kann und es insofern keiner Genehmigung mit planerischer Abwägungsentscheidung bedarf.

Noch weiter unterhalb dieser Schwelle eines abgestimmten Abgrabungsrechts der Länder mit Einführung eines Planfeststellungsverfahrens ist rechtspolitisch zu erwägen, zumindest eigenständige Abgrabungsgesetze in den Ländern einzuführen. Länder wie Bayern und Nordrhein-Westfalen verfügen bereits über eigene Abgrabungsgesetze.⁵⁷⁶ Auch die Bodenabbauregelungen des niedersächsischen Naturschutzgesetzes lassen sich in diese Kategorie einordnen. Solche speziell auf die (insbesondere auch ökologischen Erfordernisse) des Abgrabungsrechts abgestimmten Gesetze können Vorteile gegenüber punktuellen Regelungen in verschiedenen Gesetzen und Verordnungen bieten. Für größere Vorhaben bietet sich ein besonderes Genehmigungsverfahren (ggf. Planfeststellungsverfahren) an, welches eine echte Abwägung vorsieht und insbesondere die Berücksichtigung von Umweltbelangen transparenter macht und diesen größeres Gewicht verleiht. Eine bloße Verfahrensabsicherung in den

⁵⁷⁴ Unter 8.2.1.

⁵⁷⁵ *Vitzthum/Piens*, in: *Piens/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 3 Rn. 81.

⁵⁷⁶ Siehe oben 4.1.

betroffenen medialen Umweltgesetzen (Luft, Wasser etc.), wie sie in den meisten Ländern bislang normiert ist und praktiziert wird, bleibt insoweit hinter eigenständigen Zulassungsverfahren für Abgrabungen zurück.

Vorschlag: (Hilfsweise) Harmonisierung der Länder-Abgrabungsregelungen

Die zersplitterten Abgrabungsregelungen der Länder werden in Anlehnung an das modernisierte BBergG harmonisiert.

5 Gewinnung von Bodenschätzen und die Verzahnung mit dem Raumordnungsrecht

5.1 Bedeutung und Notwendigkeit untertägiger Raumordnung

5.1.1 Praktische Anwendungen

Raumordnung und Landesplanung sind für die Gewinnung von Bodenschätzen von zunehmender Bedeutung. Unterirdische Nutzungskonkurrenzen stehen zwar zurzeit noch nicht im Vordergrund. Dies wird sich jedoch ändern. Der klassische Bergbau wird in Deutschland künftig möglicherweise nicht mehr die dominierende Nutzungsart sein. Neuartige Nutzungen des Untergrunds werden eine größere Rolle als bisher spielen, zum Beispiel der Betrieb von Speichern. So werden zu den bestehenden Speichern für Erdgas und Öl neue Speicherformen hinzutreten. Dazu zählen druckluftbetriebene Energiespeicher, Speicher für den über Hydrolyse mit Hilfe von Strom aus überschüssiger Windenergie gewonnenen Wasserstoff, Wärmespeicher in wasserführenden Schichten (sog. Aquifere) sowie CO₂-Speicher (Carbon Capture and Storage – CCS).⁵⁷⁷ In der Literatur werden bereits mögliche Konkurrenzen zwischen CCS und Geothermie genannt. Beide können voraussichtlich wegen der möglichen Gefahren für das Grundwasser keinen gemeinsamen Raum nutzen.⁵⁷⁸ Problematisch ist etwa die Lagerung von CO₂ in nicht dauerhaft dichten Gesteinsformationen, während es für die geothermische Nutzung in diesen Gesteinsschichten keine Nutzungseinschränkungen gibt. Regionale Hotspots für solche Nutzungskonkurrenzen sind z.B. norddeutsche saline Aquifere. Andere Gebiete wie der Oberrheingraben sind wegen möglicher Erdbebengefährdungen nicht als geologischer Speicher für abgedichtetes CO₂ geeignet. Besondere Herausforderungen für die unterirdische Raumplanung stellen sich durch die Dreidimensionalität, die sog. Stockwerksnutzungen, und die Irreversibilität der einmal durchgeführten Bohrungen und Einlagerungen.

⁵⁷⁷ Soweit Carbon Capture and Storage (CCS) nach dem Kohlendioxid-Speicherungsgesetz zugelassen wird; s. den Überblick bei *Schütte/Preuß*, Die Planung und Zulassung von Speicheranlagen zur Systemintegration Erneuerbarer Energien, NVwZ 2012, 535; auch das Gesetz zur Demonstration der dauerhaften Speicherung von Kohlendioxid (Kohlendioxid-Speicherungsgesetz – KSpG) vom 17.08.2012 (BGBl. I S. 1726); zum Ganzen *Bartel/Janssen*, Raumplanung im Untergrund unter besonderer Berücksichtigung des Umweltschutzes, NuR 2016, 237 ff.

⁵⁷⁸ Dazu *Janssen/Bartel*, Untertägige Raumordnung, in Roßnagel/Hentschel (Fn. 47), S. 27 ff.; ausführlich *Schulze/Keimeyer/Janssen/Bartel/Seifert*, Unterirdische Raumplanung – Vorschläge des Umweltschutzes zur Verbesserung der über- und untertägigen Informationsgrundlagen, zur Ausgestaltung des Planungsinstrumentariums und zur nachhaltigen Lösung von Nutzungskonflikten, Teilvorhaben 2: planerische und rechtliche Aspekte, Texte 57/2015 des Umweltbundesamts, S. 140 ff.

Auf dem Weg, die unterirdische Raumplanung⁵⁷⁹ einzusetzen, um die Rohstoffgewinnung auch unterirdisch zu steuern, liegen fachliche Herausforderungen bei der geowissenschaftlichen Charakterisierung von Nutzungen und Nutzungspotenzialen des tieferen Untergrundes⁵⁸⁰ und sicher auch bei der Aufbereitung von Daten.⁵⁸¹ *Frenz*⁵⁸² hat unter Hinweis auf die für die Raumordnung relevante Raumbedeutsamkeit des Vorhabens (§ 3 Nr. 6 ROG: raumbedeutsame Planungen und Maßnahmen) betont, dass durchaus auch untertägige Betrachtungen angestellt werden können.⁵⁸³ Es ließe sich dort, wo geboten, auf „eine naturräumliche Abgrenzung für die unterirdische Raumplanung“ im Sinne geologischer Charakteristika abstellen.⁵⁸⁴ Dass es in § 1 Nr. 16 Raumordnungsverordnung (ROV)⁵⁸⁵ bezüglich der bergbaulichen Vorhaben keine Unterscheidung zw. „oben“ und „unten“ gibt, hat nicht mit dem Raumordnungsrecht, sondern vielmehr mit der Begrenztheit des bergrechtlichen Feldbegriffes zu tun. Das Feld reicht von der Erdoberfläche bis zum Erdmittelpunkt und kennt eben daher keine Differenzierung nach Stockwerken.

Raumordnung kann daher auch dreidimensional denken.⁵⁸⁶ Die Raumordnung könnte in einem Raumordnungsverfahren nach Maßgabe ihrer Ziele und Prioritäten ordnen oder die Nutzungen zweckmäßig im Raum (und nach Maßgabe des Bedarfsplans ggf. auch in der Zeit) sortieren. Die Kritik von *Frenz*⁵⁸⁷, die raumordnungsrechtliche Planung vermöge die Rohstoffgewinnung bei mehreren Anträgen kaum zu ordnen (das ROG sehe anders als das Bergrecht keine Prioritätsregeln vor), geht

⁵⁷⁹ Vgl. nur etwa *Bartel/Janssen* (2016): Raumplanung im Untergrund unter besonderer Berücksichtigung des Umweltschutzes, NuR 2016, 237; *Erbguth* (2011): Unterirdische Raumordnung – zur raumordnungsrechtlichen Steuerung untertägiger Vorhaben, ZUR 2011, 121; *Hellriegel*, Rechtsrahmen für eine Raumordnung zur Steuerung unterirdischer Nutzungen, NVwZ 2013, 111; *Penn-Bressel/Weber* et al., in: Umweltbundesamt (Hrsg.), Umweltverträgliche Nutzung des Untergrundes und Ressourcenschonung – Anforderungen an eine Raumordnung unter Tage und ein modernes Bergrecht (Kurzfassung), Position, November 2014, Dessau.

⁵⁸⁰ Staatliche Geologische Dienste der Bundesrepublik Deutschland (Hrsg.), Geologische Informationen und Bewertungskriterien für eine Raumplanung im tieferen Untergrund, erarbeitet für den Bund-Länder-Ausschuss Bodenforschung (BLA-GEO) durch die Staatlichen Geologischen Dienste der Deutschen Bundesländer und die Bundesanstalt für Geowissenschaften und Rohstoffe (BGR) sowie das Leibniz-Institut für Angewandte Geophysik (LIAG), Wittenberg Sept. 2012, Kurzfassung, http://www.infogeo.de/dokumente/download_pool/SGD_Papier_Unterird-Raumplanung_final_kurz.pdf, aufgerufen am 04.05.2018; Staatliche Geologische Dienste der Bundesrepublik Deutschland (Hrsg.) Die geowissenschaftliche Charakterisierung von Nutzungen und Nutzungspotenzialen des tieferen Untergrundes, Informationen aus den Bund/Länder-Arbeitsgruppen der Staatlichen Geologischen Dienste, Ad-hoc-Arbeitsgruppe Geologie – Abschlussbericht –, Güstrow Febr. 2015, <http://www.infogeo.de/dokumente/>, aufgerufen am 04.05.2018.

⁵⁸¹ Vgl. zur Verbesserung der heterogenen Datenlage bezüglich der geologischen Beschaffenheit des Untergrundes *Janssen*, Verankerung der untertägigen Raumordnung, Vortrag bei der Fachtagung „Umweltverträgliche Nutzung des Untergrundes und Ressourcenschonung“ – Anforderungen an die untertägige Raumordnung und das Bergrecht, Universität Kassel, 25.11.2014, Vortragsfolien, https://www.uni-kassel.de/fb07/fileadmin/datas/fb07/5-Institute/IWR/Roßnagel/sonstiges/vortrag_bergrecht_tagung_janssen.pdf, aufgerufen am 04.05.2018, Folie 28; vgl. auch die Leitbilder und Handlungsstrategien für die Raumentwicklung in Deutschland, verabschiedet von der Ministerkonferenz für Raumordnung am 9. März 2016, S. 26, <https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/2271/dokumente/leitbilder-und-handlungsstrategien-raumordnung-de.pdf>, aufgerufen am 04.05.2018.

⁵⁸² *Frenz*, Neues Bergrecht?, RdE 2015, 55.

⁵⁸³ *Schulze*, in: *Frenz/Preuß/Waschki* (Hrsg.), Unterirdische Raumplanung, 2014, S. 43 (46).

⁵⁸⁴ *Janssen*, Verankerung der untertägigen Raumordnung, Vortrag bei der Fachtagung „Umweltverträgliche Nutzung des Untergrundes und Ressourcenschonung“ – Anforderungen an die untertägige Raumordnung und das Bergrecht, Universität Kassel, 25.11.2014, Vortragsfolien, https://www.uni-kassel.de/fb07/fileadmin/datas/fb07/5-Institute/IWR/Roßnagel/sonstiges/vortrag_bergrecht_tagung_janssen.pdf, Folie 8 f.

⁵⁸⁵ Raumordnungsverordnung vom 13.12.1990 (BGBl. I S. 2766), die zuletzt durch Artikel 5 Absatz 35 des Gesetzes vom 24. Februar 2012 (BGBl. I S. 212) geändert worden ist.

⁵⁸⁶ Zur Anwendbarkeit des Raumordnungsrechts s. im Einzelnen unten unter 5.2.

⁵⁸⁷ *Frenz*, Neues Bergrecht?, RdE 2015, 55.

bei näherer Betrachtung ins Leere. Das Problem ist aber, dass nach geltendem Recht für den Abbau bergrechtlich relevanter Rohstoffe die Raumordnung zu spät kommt, wenn der bergrechtliche Antrag schon gestellt ist. Hinzu kommen die Prioritätsregeln des Bergrechts, nach denen derjenige zuerst mahlt, der zuerst kommt, ob das raumplanerisch sinnvoll ist oder nicht. Und ein bergrechtlicher Antrag auf Aufsuchung oder Bewilligung ist zu genehmigen, wenn nicht erhebliche öffentliche Interessen entgegenstehen. Nur wenn bereits Ziele der Raumordnung existieren (ggf., soweit implementiert, Ergebnisse einer hinreichend verbindlichen Bedarfsplanung),⁵⁸⁸ könnte man Anträge nach Bergrecht abweisen, die man hier oder jetzt im Sinne einer eventuellen Bedarfsplanung nicht haben will (und dafür ggf. einen später gekommenen Antrag genehmigen, der in die Planung passt). Die Verbindlichkeit der Ziele der Raumordnung ist durch die Neufassung des § 48 Abs. 2 Satz 2 BBergG, wonach die Ziele der Raumordnung bei raumbedeutsamen Vorhaben zu beachten sind, nunmehr hervorgehoben worden.

5.1.2 Politische Aussagen zur untertägigen Raumordnung

Zwar wird die Notwendigkeit einer untertägigen Raumordnung zum Teil bestritten.⁵⁸⁹ Mittlerweile gibt es aber einen weitgehenden politischen Konsens, dass mit Blick auf die beschriebenen künftigen Nutzungskonkurrenzen eine Planung des Untergrunds durch raumordnerische Instrumente vonnöten ist. Dies wurde durch den Koalitionsvertrag 2013 bestätigt, in dessen Abschnitt zur Rohstoffsicherung es heißt:

„Wir werden den wirtschaftlichen und umweltverträglichen Abbau heimischer Rohstoffe sowie deren Verarbeitung in Deutschland unterstützen. Wir werden für mehr Bürgerakzeptanz gegenüber der heimischen Rohstoffgewinnung werben und uns entschieden für die Sicherheit und Umweltverträglichkeit der heimischen Rohstoffförderung einsetzen. Es gilt, die Raumordnung stärker auf die Berücksichtigung verschiedener Nutzungskonkurrenzen auszurichten und dabei der Rohstoffgewinnung einen angemessenen Stellenwert im Rahmen der Abwägung beizumessen. Zudem wollen wir die Datengrundlagen für die Rohstoffgewinnung weiter verbessern.“⁵⁹⁰

Der Entwurf des Deutschen Ressourceneffizienzprogramms (ProgRess) II von 2015 sah ebenfalls derartiges vor:

„Die Bundesregierung wird das Raumordnungsgesetz um den Grundsatz des sparsamen und schonenden Umgangs mit Ressourcen ergänzen und damit eine an Gesichtspunkten der Nachhaltigkeit orientierte Priorisierung von ressourcenrelevanten Nutzungen über und unter Tage ermöglichen. Zudem wird die Bundesregierung eine Weiterentwicklung des Bundesberggesetzes prüfen. Als wesentliches Zulassungsrecht für Vorhaben zur Rohstoffgewinnung kommt ihm eine große Bedeutung zu.“⁵⁹¹

⁵⁸⁸ S. hierzu in dem gesonderten Band zur Bedarfsplanung.

⁵⁸⁹ Gegen die Möglichkeit einer „Stockwerksnutzung“ z.B. *Helriegel*, Rechtsrahmen für eine Raumordnung zur Steuerung unterirdischer Nutzungen Konkurrenzkampf unter der Erde, ZUR 2013, 111, 112.

⁵⁹⁰ Deutschlands Zukunft gestalten – Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 2013, S. 17 f. (<https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf>, Abruf am 15.6.2016).

⁵⁹¹ Deutsches Ressourceneffizienzprogramm (ProgRess) II: Fortschrittsbericht 2012 –2015 und Fortschreibung 2016 – 2019, Version RA 10.08.2015, abrufbar unter http://www.bmub.bund.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Ressourceneffizienz/progress_II_broschuere_de_bf.pdf, S. 89.

Im verabschiedeten ProgRes II taucht diese politische Programmaussage allerdings nicht mehr auf. Darin enthalten ist aber ein Prüfauftrag im Hinblick auf das BBergG über Fracking hinaus dahingehend, ob ein zusätzlicher Anpassungsbedarf besteht.⁵⁹² Letztlich bestand allerdings ein weitgehender Konsens, dass gesetzgeberische Klarstellungen im Hinblick auf die unterirdische Raumordnung zu empfehlen sind,⁵⁹³ was seinen Niederschlag in der Raumordnungsnovelle 2017 (siehe sogleich) fand.

5.1.3 Gesetz zur Änderung des ROG

Die Arbeiten zur Novellierung des ROG waren u.a. durch die Pflicht zur Umsetzung der EU-Richtlinie zur maritimen Raumplanung bedingt.⁵⁹⁴ Ausdrücklich genannt werden in Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie Rohstoffgewinnungsgebiete als möglicher Teil maritimer Raumordnungspläne.

Das am 23.05.2017 verkündete „Gesetz zur Änderung raumordnungsrechtlicher Vorschriften“ trat nach seinem Art. 5 Satz 1 zum 29.11.2017 in Kraft.⁵⁹⁵ Darin wurde den genannten Aussagen des Koalitionsvertrages 2013 bis 2017 in Bezug auf die unterirdische Raumordnung vor allem durch eine Klarstellung in § 48 Abs. 2 Satz 2 (neu) BBergG Rechnung getragen. Dieser lautet:

„Bei der Prüfung, ob eine Beschränkung oder Untersagung zu erfolgen hat, sind bei raumbedeutsamen Vorhaben Ziele der Raumordnung zu beachten.“

Mit der Änderung soll Rechtsklarheit bezüglich der Pflicht zur Beachtung raumordnerischer Ziele bei Zulassungen nach dem BBergG geschaffen werden. Nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung korrespondiert die neue Raumordnungsklausel

„mit der Aufgabe der Raumordnung, vor dem Hintergrund der vielfältigen Nutzungen und Funktionen des Untergrunds dazu beizutragen, in einer Gesamtschau alle Nutzungen und Funktionen in einem bestimmten Plangebiet zu identifizieren, zu bewerten, im Falle von Konkurrenzen zu koordinieren und gegebenenfalls für einzelne Nutzungen oder Funktionen Gebiete zu reservieren.“⁵⁹⁶

Weiter soll mit der Schaffung von Grundlagen für eine unterirdische Raumplanung auch der Gewässerschutz in Gestalt vor allem des Grundwasserschutzes verbessert werden. Die erforderliche Gesetzgebungskompetenz wird aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG („Bergbau“) i.V.m. Art. 72 Abs. 2 GG abgeleitet. Die Beachtungspflicht soll unabhängig davon gelten, ob es sich um Vorhaben handelt, die im Zuge einer Planfeststellung genehmigt werden. Damit sollen auch andere Betriebsplanzulassungen erfasst werden, wobei davon ausgegangen wird, dass deren Rechtscharakter als gebundene Entscheidung nicht berührt wird.⁵⁹⁷

Eine Klarstellung im ROG selbst, dass auch die unterirdische Raumordnung vom Gesetz mit abgedeckt wird, war dagegen im Gesetzentwurf sowie im aktuellen ROG auf Grundlage des Änderungsge-

⁵⁹² BMUB, Deutsches Ressourceneffizienzprogramm II Programm zur nachhaltigen Nutzung und zum Schutz der natürlichen Ressourcen, Stand März 2016, S. 72.

⁵⁹³ S. etwa die Vorschläge bei *Penn-Bressel/Weber* et al. (Umweltbundesamt), Umweltverträgliche Nutzung des Untergrundes und Ressourcenschonung Anforderungen an eine Raumordnung unter Tage und ein modernes Bergrecht, Position November 2014.

⁵⁹⁴ Richtlinie 2014/89/EU vom 23. Juli 2014 zur Schaffung eines Rahmens für die maritime Raumplanung, ABl. EU L 257/135 vom 28. 8. 2014.

⁵⁹⁵ Gesetz zur Änderung raumordnungsrechtlicher Vorschriften vom 23. 05. 2017, BGBl. I S. 1245.

⁵⁹⁶ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung raumordnungsrechtlicher Vorschriften, BT-Drs. 18/10833 v. 18. 01. 2017, S. 64.

⁵⁹⁷ Ebenda.

setzes selbst nicht enthalten. Dies ist, wie im folgenden Abschnitt näher erläutert wird, angesichts des weitestgehenden Konsenses, dass die unterirdische Raumordnung vom ROG erfasst wird, auch nicht zwingend erforderlich.

5.2 Anwendbarkeit des geltenden Raumordnungsrechts und seiner Instrumente auf die untertägige Raumordnung

5.2.1 Begriffliche Auslegung

Das bestehende Raumordnungsrecht mit dem Raumordnungsgesetz (ROG)⁵⁹⁸ und seinen Instrumenten ist auch ohne entsprechende gesetzliche Klarstellung bereits jetzt grundsätzlich auf den Untergrund anwendbar.⁵⁹⁹ Das Gesetz beschränkt sich nicht zweidimensional auf die Oberfläche der Erde, sondern hat auch eine dreidimensionale Wirkung, die untertägige Nutzungen grundsätzlich mit einschließt. Die gegenteilige Auffassung, nach der das ROG keine „unmittelbare planerische Vorgabe für unterirdische Nutzungen“ vorschreibe,⁶⁰⁰ überzeugt nicht. Die Anwendbarkeit des Raumordnungsrechts auf untertägige Nutzungen ist nicht zwingend an einen Bezug zur Oberfläche geknüpft.⁶⁰¹ Denn schon der Begriff „Raum“ deutet auf den dreidimensionalen Ansatz des Gesetzes hin.⁶⁰² Zudem sind nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 ROG „Ressourcen nachhaltig zu schützen“, und nach Nr. 4 „sind die räumlichen Voraussetzungen für die vorsorgende Sicherung sowie für die geordnete Aufsuchung und Gewinnung von standortgebundenen Rohstoffen zu schaffen.“ Z.B. werden im Raumordnungsplan für die deutsche ausschließliche Wirtschaftszone in der Nordsee Ziele und Grundsätze für die Rohstoffgewinnung aufgestellt und damit untertägige Nutzungen adressiert.⁶⁰³

5.2.2 Voraussetzungen für die Anwendung des ROG (Raumbedeutsamkeit)

Voraussetzung für die Anwendung des ROG ist die Raumbedeutsamkeit der jeweiligen Maßnahme. § 3 Abs. 1 Nr. 6 ROG setzt voraus, dass „Raum in Anspruch genommen“ wird. Welche Vorhaben als raumbedeutsam anzusehen sind, muss im Einzelnen anhand des § 3 Abs. 1 Nr. 6 ROG bestimmt werden. Hiernach gelten „Planungen einschließlich der Raumordnungspläne, Vorhaben und sonstige Maßnahmen, durch die Raum in Anspruch genommen oder die räumliche Entwicklung oder Funktion eines Gebietes beeinflusst wird, einschließlich des Einsatzes der hierfür vorgesehenen öffentlichen Finanzmittel“ als raumbedeutsam. Es kommt damit auf die Kriterien „raumbeanspruchend“ und raumbeeinflussend“ an. In erster Linie werden z.B. Großvorhaben als raumbeanspruchend angesehen.⁶⁰⁴ Als zusätzliches Kriterium neben der Raumbedeutsamkeit wird, abgeleitet aus der Aufgabenzuweisung in § 1 Abs. 1 ROG, die überörtliche Bedeutung der Planung oder des Vorhabens ange-

⁵⁹⁸ Raumordnungsgesetz vom 22.12.2008 (BGBl. I S. 2986).

⁵⁹⁹ Dazu *Penn-Bressel/Weber*, Untertägige Raumordnung und Umweltschutz, S. 39; *Hellriegel*, NVwZ 2013, 111 (113); *Bovet*, UPR 2014, 418 ff.; *Erbguth*, ZUR 2011, 121 ff.

⁶⁰⁰ *V. Mäßenhausen*, in *Boldt/Weller*, BBergG, Anh. § 48 Rn. 116.

⁶⁰¹ In diesem Sinne, aber wohl *Schütte/Preuß*, Die Planung und Zulassung von Speicheranlagen zur Systemintegration Erneuerbarer Energien, NVwZ 2012, 535, 538; anders *Erbguth*, Unterirdische Raumordnung – zur raumordnungsrechtlichen Steuerung untertägiger Vorhaben, ZUR 2011, 121, 123, der einen auch nur mittelbaren Oberflächenbezug für nicht erforderlich hält.

⁶⁰² Ausführlich zur Dreidimensionalität der Raumordnung *Bartel/Janssen*, Raumplanung im Untergrund unter besonderer Berücksichtigung des Umweltschutzes, NuR 2016, 237, 240 ff.

⁶⁰³ Anlage zur Verordnung über die Raumordnung in der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone in der Nordsee (AWZ Nordsee-ROV) vom 21. September 2009, Anlageband zum Bundesgesetzblatt Teil I Nr. 61 vom 25. September 2009, S. 8 f.

⁶⁰⁴ *Runkel*, in *Spannowsky/Runkel/Goppel*, Raumordnungsgesetz, 1. Aufl. 2010, § 3 Rn. 109.

nommen.⁶⁰⁵ Das ROG erstreckt sich auch auf untertägige Nutzungen. Z.B. führt § 1 Nr. 16 ROV bergbauliche Vorhaben, soweit sie nach § 52 Abs. 2a bis 2c BBergG planfeststellungspflichtig sind, als raumbedeutsam auf und verlangt für diese ein Raumordnungsverfahren. Wenn insoweit eine Raumbedeutsamkeit angenommen wird, können Vorhaben wie Druckluftspeicher, CCS oder Tiefengeothermie ebenfalls als raumbedeutsam angesehen werden. Damit kann grundsätzlich auch eine Pflicht zur Aufstellung von Raumordnungsplänen für untertägige Vorhaben bestehen. Wegen der vielfältigen möglichen geologischen und hydrologischen Auswirkungen, vor allem in Bezug auf das Grundwasser, wird auch für Frackingvorhaben eine potenzielle unterirdische Raumbedeutsamkeit angenommen.⁶⁰⁶ Eindeutig raumbedeutsam sind wegen der weitreichenden, auch obertägigen Auswirkungen Endlagervorhaben für Wärme entwickelnde radioaktive Abfälle nach dem Standortauswahlgesetz (StandAG).⁶⁰⁷ So ging § 18 Abs. 1 Nr. 2 StandAG a.F. von der Notwendigkeit einer raumordnerischen Beurteilung einer vertieften geologischen Erkundung aus. Nach § 12 Abs. 1 des 2017 geänderten StandAG⁶⁰⁸ ist u.a. § 48 BBergG entsprechend anzuwenden, was nach § 48 Abs. 2 BBergG auch die Berücksichtigung von Zielen der Raumordnung einschließt.⁶⁰⁹ Zumindest zweifelhaft ist die Raumbedeutsamkeit z.B. bei Wärmespeichervorhaben in mitteltiefen Aquiferen, da hier die unterwie auch die obertägigen Auswirkungen räumlich stark begrenzt sind.

5.2.3 Beitrag der Instrumente des ROG zur Konfliktlösung

Das geltende Raumordnungsrecht ist nicht nur auf untertägige Planungen und Vorhaben anwendbar, dessen Instrumente können bereits de lege lata zur Konfliktlösung beitragen.

5.2.3.1 Ziele und Grundsätze der Raumordnung

Während Grundsätze der Raumordnung nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 ROG „Aussagen zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raums als Vorgaben für nachfolgende Abwägungs- oder Ermessensentscheidungen“ enthalten, also in der Abwägung überwindbar sind, sind Ziele der Raumordnung „verbindliche Vorgaben in Form von räumlich und sachlich bestimmten oder bestimmbar, vom Träger der Raumordnung abschließend abgewogenen ... textlichen oder zeichnerischen Festlegungen in Raumordnungsplänen zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raums“ (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG). Sie sind nach § 4 Abs. 1 ROG in nachfolgenden Planungen zwingend zu beachten.

Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ROG sind Ziele der Raumordnung auch für Planfeststellungen relevant und können zu deren Versagung führen. Sie sind bei Entscheidungen öffentlicher Stellen über die Zulässigkeit raumbedeutsamer Planungen und Maßnahmen von Personen des Privatrechts, die der Planfeststellung oder der Genehmigung mit der Rechtswirkung der Planfeststellung bedürfen, zwingend zu beachten. Mit dieser Begründung wurde die Zulassung eines Vorhabens, das nach Wasserrecht planfestzustellen wäre, aber außerhalb der vorgesehenen Abgrabungsbereiche lag, in einem vom OVG Nordrhein-Westfalen entschiedenen Fall versagt.⁶¹⁰ Diese strikte Bindung begründet zwar per se keine Handlungspflicht, sie gilt aber bei allen in die Planungskompetenz der Raumordnung

⁶⁰⁵ Runkel, in Spannowsky/Runkel/Goppel, Raumordnungsgesetz, 1. Aufl. 2010, § 3 Rn. 104 f.

⁶⁰⁶ Schlacke/Schmittker, Fracking und Raumordnung – Steuerungspotenziale der Landesentwicklungsplanung, ZUR 2016, 259, 264; mit weiteren Beispielen Roßnagel/Hentschel/Polzer, Rechtliche Rahmenbedingungen der unkonventionellen Erdgasförderung mittels Fracking, 2012, S. 100 ff.

⁶⁰⁷ Standortauswahlgesetz vom 23.7.2013 (BGBl. I S. 2553).

⁶⁰⁸ Standortauswahlgesetz vom 23.7.2013 (BGBl. I S. 2553), zuletzt geändert durch Artikel 2 Absatz 16 des Gesetzes vom 20. 7. 2017 (BGBl. I S. 2808).

⁶⁰⁹ Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 18/10883, S. 69.

⁶¹⁰ OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil v. 03.12.2009 - 20 A 628/05.

fallenden behördlichen Entscheidungen.⁶¹¹ Dies betrifft nach § 4 Abs. 2 ROG auch alle sonstigen Entscheidungen. Eingeschlossen sind ebenfalls Zulassungen nach dem Bergrecht.

Diese Beachtungspflicht ist nicht von einer fachgesetzlich vermittelnden Vorschrift abhängig, sondern gilt per se. Sie hat uneingeschränkt für bindende Zulassungsentscheidungen über raumbedeutsame Maßnahmen öffentlicher Stellen Gültigkeit.⁶¹² Anders verhält es sich, wenn für raumbedeutsame Maßnahmen öffentlicher Stellen ein Ermessen eingeräumt wird. Gleiches gilt für § 4 Abs. 2 ROG bei raumbedeutsamen Maßnahmen Privater. In diesen Fällen kann eine Beachtungspflicht über fachgesetzliche Raumordnungsklauseln erzielt werden, wobei auch allgemeine Gemeinwohlklauseln als ausreichend angesehen werden.⁶¹³ Unterschieden wird zwischen deklaratorischen Raumordnungsklauseln, die eine bloße Hinweisfunktion auf die Beachtungspflicht nach § 4 Abs. 1 Satz 1 und 2 ROG haben, und qualifizierten Klauseln, mit denen weitergehende Bindungswirkungen auferlegt werden. Beispiel für letztere sind die Anpassungspflichten nach § 1 Abs. 4 BauGB oder § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB.⁶¹⁴ So ist die neue Raumordnungsklausel in § 48 Abs. 1 Satz 2 BBergG⁶¹⁵ wohl qualifizierter Natur, da der Regelungsgehalt über die Bindung des § 4 ROG hinausgeht. § 48 Abs. 1 S. 2 BBergG betrifft die Bindung auch für Planungen Privater, die nicht der Planfeststellung unterliegen. Grenzen für solche Klauseln werden u.a. dadurch gesetzt, dass Grundsätze der Raumordnung nicht ohne weiteres einer Beachtungspflicht unterworfen werden dürfen, jedenfalls nicht, wenn dadurch eine Abwägung oder Ermessensentscheidung nicht mehr möglich ist.⁶¹⁶

Die rechtliche Außenwirkung von Zielen der Raumordnung erstreckt sich auf öffentliche Planungsträger, während sie grundsätzlich keine rechtliche Außenwirkung gegenüber Privaten haben.⁶¹⁷ Unmittelbar auf Private wirken sie nur soweit, wie diese raumbedeutsame Planungen und Maßnahmen in Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben vornehmen. Jedoch ist eine Bindung Privater an Ziele der Raumordnung mittelbar möglich. Ein Beispiel hierfür sind die Konzentrationszonen nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Hiernach stehen öffentliche Belange einem privilegierten Vorhaben in der Regel entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist. Raumordnerischen Konzentrationsentscheidungen kommt dann eine Bindungskraft zu, durch die Inhalt und Schranken des Eigentums im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG näher bestimmt werden. Denn in der vorausgegangenen Abwägung wurden in aller Regel auch die privaten Belange der betroffenen Eigentümer mit abgewogen. In der Konsequenz muss ein Eigentümer es grundsätzlich hinnehmen, wenn ihm eine ggf. lukrativere Nutzung seines Grundstücks verwehrt wird.

Diese Rechtsprechung bedeutet auch, dass verwaltungsgerichtliche Klagen, die sich auf private Belange verletzende abwägungsfehlerhafte raumordnerische Entscheidungen berufen, als zulässig anzusehen sind.

⁶¹¹ Goppel, in Spannowsky/Runkel/Goppel, Raumordnungsgesetz, 1. Aufl. 2010, § 4 Rn. 23, 32.

⁶¹² Goppel/Runkel, in Spannowsky/Runkel/Goppel, Raumordnungsgesetz, 1. Aufl. 2010, § 4 Rn. 122.

⁶¹³ Goppel/Runkel, in Spannowsky/Runkel/Goppel, Raumordnungsgesetz, 1. Aufl. 2010, § 4 Rn. 123.

⁶¹⁴ Goppel/Runkel, in Spannowsky/Runkel/Goppel, Raumordnungsgesetz, 1. Aufl. 2010, § 4 Rn. 124 f., 127.

⁶¹⁵ Die Klausel lautet gemäß Artikel 3 des Gesetzes zur Änderung raumordnungsrechtlicher Vorschriften (RORÄndG k.a. Abk.) vom 23.05.2017, BGBl. I S. 1245: „Bei der Prüfung, ob eine Beschränkung oder Untersagung zu erfolgen hat, sind bei raumbedeutsamen Vorhaben Ziele der Raumordnung zu beachten.“

⁶¹⁶ Goppel/Runkel, in Spannowsky/Runkel/Goppel, Raumordnungsgesetz, 1. Aufl. 2010, § 4 Rn. 130.

⁶¹⁷ Hierzu und zum Folgenden *OVG Nordrhein-Westfalen*, Urteil v. 26.09.2013 - 16 A 1295/08, Rz. 106 – juris; s. auch nachfolgend BVerwG, Urteil vom 13.03.2003, 4 C 4/02, Rz. 32 f. – juris.

5.2.3.2 Planungsebenen

Zu unterscheiden ist weiter zwischen den verschiedenen Planungsebenen:

Bundesebene:

Auf Bundesebene kann z.B. ein (letztlich für die Länder nicht verbindlicher) Grundsätze-Plan nach § 17 Abs. 1 ROG (neu: § 17 Abs. 3 ROG) aufgestellt werden. Wie der Name bereits ausdrückt, können darin lediglich bestimmte Grundsätze, aber auf Bundesebene nach geltendem Recht keine verbindlichen Ziele festgelegt werden. Raumordnung als planerische Entscheidung fällt vielmehr in die Zuständigkeit der Länder.⁶¹⁸

Anderes gilt für die Ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ). Hier ist der Plan nach § 17 Abs. 3 ROG (neu: § 17 Abs. 1 ROG) einem typischen Raumordnungsplan nach § 8 ROG (neu: § 13 ROG) sehr ähnlich.⁶¹⁹ So legt z.B. Ziff. 3.2. der Anlage Nordsee nicht nur Grundsätze, sondern auch Ziele zur Aufsuchung und Gewinnung unterseeischer Rohstoffe fest.⁶²⁰ Hingewiesen wird insbesondere auf das im Vergleich zur Rohstoffgewinnung an Land regelmäßig höhere Konfliktpotenzial bei der Gewinnung von Rohstoffen im Meer.⁶²¹

Nach dem Gesetz zur Änderung des Raumordnungsgesetzes vom 23.05.2017 ist § 17 ROG in Abs. 1 wie folgt geändert worden:

„(1) Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur stellt im Einvernehmen mit den fachlich betroffenen Bundesministerien für die deutsche ausschließliche Wirtschaftszone einen Raumordnungsplan als Rechtsverordnung auf. Der Raumordnungsplan soll unter Berücksichtigung etwaiger Wechselwirkungen zwischen Land und Meer sowie unter Berücksichtigung von Sicherheitsaspekten Festlegungen treffen

1. zur Gewährleistung der Sicherheit und Leichtigkeit des Schiffsverkehrs,
2. zu weiteren wirtschaftlichen Nutzungen,
3. zu wissenschaftlichen Nutzungen sowie
4. zum Schutz und zur Verbesserung der Meeresumwelt.

Das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie führt mit Zustimmung des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur die vorbereitenden Verfahrensschritte zur Aufstellung des Raumordnungsplans durch. Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur arbeitet mit den angrenzenden Staaten und Ländern zusammen, um die Abstimmung und Kohärenz des Raumordnungsplans mit den Raumplanungen der angrenzenden Staaten und Länder sicherzustellen.“

Nach der Gesetzesbegründung sollen unter derartige „weitere wirtschaftliche Nutzungen“ auch bergbauliche Abbauvorhaben („die vorsorgende Sicherung und geordnete Aufsuchung und Gewinnung von Rohstoffen“) fallen.⁶²² Unter Nachhaltigkeitsgesichtspunkten könnte eine Stärkung der

⁶¹⁸ Runkel, in Spannowsky/Runkel/Goppel, Raumordnungsgesetz, 1. Aufl. 2010, § 17 Rn. 1.

⁶¹⁹ Runkel, in Spannowsky/Runkel/Goppel, Raumordnungsgesetz, 1. Aufl. 2010, § 17 Rn. 3.

⁶²⁰ Anlage zur Verordnung über die Raumordnung in der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone in der Nordsee (AWZ Nordsee-ROV) vom 21. September 2009, Bundesgesetzblatt Teil I Nr. 61 vom 25. September 2009, S. 8 ff.

⁶²¹ Anlage zur Verordnung über die Raumordnung in der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone in der Nordsee (AWZ Nordsee-ROV) vom 21. September 2009, Bundesgesetzblatt Teil I Nr. 61 vom 25. September 2009, S. 10.

⁶²² Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung raumordnungsrechtlicher Vorschriften, BT-Drs. 18/10833 v. 18. 01. 2017, S. 57.

bundesweiten Raumordnung durchaus von Interesse sein, da ggf. gegenläufige partielle Länderinteressen hierdurch überwunden werden könnten.⁶²³ Dies kann insbesondere für länderübergreifende unterirdische Vorhaben gelten. Als Vorbild könnten insofern die in der Gesetzgebung umstrittenen⁶²⁴ länderübergreifenden Raumordnungspläne für den Hochwasserschutz nach § 17 Abs. 2 Satz 1 ROG (neu) dienen, die vom Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur im Einvernehmen mit den fachlich betroffenen Bundesministerien durch Rechtsverordnung aufgestellt werden können. Nach § 9 ROG (neu) sind dabei u.a. die Länder zu beteiligen.⁶²⁵ Die in diesen länderübergreifenden Raumordnungsplänen festgelegten Ziele und Grundsätze sind dann für die nachfolgenden Planungen der Länder zu beachten bzw. zu berücksichtigen.

Länderebene:

Wesentlich bedeutender als die Bundes- ist die Länderebene mit der Landes- und Regionalplanung, die nicht nur für Nutzungen, sondern auch für (ökologische) Funktionen des unterirdischen Raums Vorsorge zu treffen hat. Nach § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ROG (neu: § 13 Abs. 1 Nr. 1 ROG) sind die Länder zur Aufstellung landesweiter Raumordnungspläne verpflichtet. Hier ist u.a. die Strategische Umweltprüfung (SUP) nach § 9 Abs. 1 ROG (neu) wichtig, mit der Konflikte frühzeitig ausgeglichen werden können. Auf dieser Ebene sind nach § 8 Abs. 1 ROG (neu: § 13 Abs. 1 ROG) in den Flächenländern die Festlegung von Zielen und Grundsätzen im landesweiten Landesentwicklungsprogramm (LEP) bzw. Landes-Raumordnungsprogramm (LROP) sowie in den regionalen Raumordnungsprogrammen (RROP) hervorzuheben. Diese Planungen sind auf nachfolgender Planungsebene der Bauleitplanung v.a. im Rahmen des Anpassungsgebots nach § 1 Abs. 4 BauGB zu berücksichtigen.⁶²⁶

Beispiele zur Berücksichtigung unterirdischer Raumordnung in Landesplanungsgesetzen:

Eine Reihe von Beispielen auf Länderebene verdeutlichen, dass die unterirdische Raumordnung als notwendiger Teil der Landesplanung angesehen wird.

So stellt § 2 Abs. 2 LaPlaG SH⁶²⁷ klar, dass der Gesamttraum „auch den Untergrund im Landesgebiet von Schleswig-Holstein“ einschließt.⁶²⁸ Als Untergrund werden „diejenigen unterirdischen Bereiche, denen aufgrund ihrer Tieflage für oberflächige Nutzungen, insbesondere solche baulicher Art, in der Regel keine Bedeutung zukommt“, verstanden. § 5 Abs. 3 LaPlaG SH besagt, dass „im Untergrund ... in den Raumordnungsplänen einzelne unterirdische Teilräume bestimmten öffentlichen Zwecken gewidmet oder im Interesse eines öffentlichen Zwecks gegenüber bestimmten Veränderungen geschützt werden“ können. „Ein derartiger Zweck kann auch in der Erhaltung bestimmter Beschaffenheiten des Untergrundes, insbesondere besonderer geologischer oder geomorphologischer Formationen, bestehen.“

⁶²³ Vgl. die Stellungnahme der Vereinigung für Stadt-, Regional- und Landesplanung (SRL) vom 17.08. 2015, S. 3.

⁶²⁴ S. die Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung raumordnungsrechtlicher Vorschriften, BT-Drucks. 18/10883, S. 69, nach der befürchtet wird, „dass bei durch die Bundesebene durchgeführten Verfahren die Akzeptanz vor Ort nicht verbessert wird, was für den Hochwasserschutz kontraproduktiv wäre“; s. zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes Schulze/Keimeyer et al, Unterirdische Raumplanung, UBA-Texte 57/2015, S. 164 f.

⁶²⁵ Dazu Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung raumordnungsrechtlicher Vorschriften, BT-Drucks. 18/10883, S. 59.

⁶²⁶ Für Regionalpläne vgl. BVerwG, Beschluss v. 24.03.2015 - 4 BN 32/13, juris Rn. 23.

⁶²⁷ Gesetz über die Landesplanung (Landesplanungsgesetz – LaPlaG) vom 01.01.2003, GVOBl. 1996, 232, zuletzt geändert durch Ges. v. 22.05.2015, GVOBl. S. 132.

⁶²⁸ Dazu auch *Bartel/Janssen*, Raumplanung im Untergrund unter besonderer Berücksichtigung des Umweltschutzes, NuR 2016, 237, 238.

Das Landesplanungsgesetz Nordrhein-Westfalen⁶²⁹ enthält in den §§ 25 ff. umfangreiche Bestimmungen zu Braunkohlenplangebieten, wobei aber eine generelle Klarstellung wie in Schleswig-Holstein in Bezug auf die unterirdische Raumordnung fehlt.

Beispiele zur unterirdischen Raumordnung in Landesraumordnungsplänen und -programmen

Wenn auch die ausdrückliche Klarstellung bzgl. der Anwendbarkeit auf die unterirdische Raumordnung im schleswig-holsteinischen Landesplanungsgesetz noch eine Ausnahme bleibt, sind doch die praktischen Festlegungen in den Plänen und Programmen auf Landesebene vielfältig.

So plant Schleswig-Holstein in der Fortschreibung des Landesentwicklungsplans einen Ausschluss von Fracking.⁶³⁰ Der Landesentwicklungsplan soll u.a. einen „Vorrang für Untergrundnutzungen, die der Verwirklichung von Zielen und Grundsätzen der Energiewende dienlich sind“ enthalten, wobei „insbesondere die Nutzungen des Untergrundes für Geothermie und zur Speicherung von Energie“ genannt werden. Auch bei untertägiger Nutzung soll ein „schrittweiser Umstieg von fossilen Energieträgern auf erneuerbare Energien“ erfolgen, und die „Aufsuchung und Gewinnung nur mit solchen Methoden erfolgen, bei denen ausgeschlossen werden kann, dass sie Umweltgefahren und insbesondere Schädigungen des Grundwassers verursachen“.⁶³¹

Das niedersächsische Landesraumordnungsprogramm sieht unter 3.2.2 „Rohstoffgewinnung“ in Verbindung mit Anlage 2 (zeichnerische Darstellung) „Vorranggebiete Rohstoffgewinnung“ vor, die in die Regionalen Raumordnungsprogramme zu übernehmen und dort räumlich näher festzulegen sind.⁶³² Die 236 mineralische Rohstoffe betreffenden Gebiete beziehen sich auf Quarzsand, Sand, Dolomit, Naturwerkstein, Kiessand, Kies, Kalkstein, Naturstein und Ton. Danach sind „oberflächennahe und tief liegende Rohstoffvorkommen ... wegen ihrer aktuellen und künftigen Bedeutung als Produktionsfaktor der Wirtschaft und als Lebensgrundlage und wirtschaftliche Ressource für nachfolgende Generationen zu sichern. ... Ihre bedarfsgerechte Erschließung und umweltgerechte Nutzung sind planerisch zu sichern.“

Ausführliche Festlegungen von Grundsätzen enthält der Landesentwicklungsplan Nordrhein-Westfalen zum Thema Rohstoffversorgung. Danach soll „bei allen räumlichen Planungen ... berücksichtigt werden, dass Vorkommen energetischer und nichtenergetischer Rohstoffe (Bodenschätze) standortgebunden, begrenzt und nicht regenerierbar sind. Ebenso sollen Qualität und Quantität sowie die Seltenheit eines Rohstoffvorkommens Berücksichtigung finden.“ Weiter sollen „die Regionalplanungsbehörden ... bei der Festlegung von Bereichen für die Sicherung und den Abbau oberflächennaher Bodenschätze die mögliche Substitution primärer Rohstoffe durch Recyclingbaustoffe und industrielle Nebenprodukte berücksichtigen,“ und „der Rohstoffabbau soll im Sinne einer nachhaltigen Raumentwicklung möglichst umweltschonend erfolgen und sich auf das Maß beschränken, das den ökonomischen und sozialen Erfordernissen unter Berücksichtigung der möglichen Einsparpo-

⁶²⁹ In der Fassung der Bekanntmachung vom 11.02.2001 (GV. NRW. S. 50) mit Stand vom 27.09.2016.

⁶³⁰ Zum Einwand einer unzulässigen Verhinderungsplanung *Schlacke/Schnittker*, Fracking und Raumordnung – Steuerungspotenziale der Landesentwicklungsplanung, ZUR 2016, 259, 264; s. auch unten.

⁶³¹ Runderlass des Ministerpräsidenten des Landes Schleswig-Holstein, Staatskanzlei vom 26.02.2014 - StK 336 – 502.18, https://www.schleswig-holstein.de/DE/Schwerpunkte/Fortschreibung_LEP/documents/amtlicheBekanntmachung_Fracking_chrono.html (abgerufen 30.11.2018).

⁶³² Verordnung über das Landes-Raumordnungsprogramm Niedersachsen (LROP), LROP 2012 Begründung, Teil A – Allgemeiner Teil, http://ml.niedersachsen.de/download/Begrueendung_und_Umweltbericht_fuer_doppelseitigen_Druck_.pdf (abgerufen 03.07.2017).

tenziale entspricht.“⁶³³ Darüber hinaus enthält das LEP NRW verbindliche Ziele, z.B. für die Nachfolgenutzung für Standorte des Steinkohlenbergbaus. Danach ist u.a. bei solchen Standorten, die „für die Nutzung als unterirdische Energiespeicher oder sonstige energetische Zwecke vorgesehen sind“, „der obertägige Zugang zu den heimischen Steinkohlenlagerstätten ausnahmsweise zu erhalten.“⁶³⁴

Als jüngeres Beispiel einer vertieften Berücksichtigung der Erfordernisse unterirdischer Raumordnung ist das Landesentwicklungsprogramm Mecklenburg-Vorpommern vom Juni 2016 zu nennen.⁶³⁵ Hier werden differenzierte Ziele der Raumordnung festgelegt, einschließlich des Ausschlusses bestimmter Nutzungen wie der Förderung von Erdgas und Erdöl durch Bohrungen im Küstenmeer. Als weiteres Ziel heißt es:

„In den unter der Erdoberfläche liegenden Vorrangräumen Energie und Energieträger ist der wirtschaftlichen Nutzung und nachhaltigen Sicherung der jeweiligen unterirdischen Potenziale Vorrang vor anderen unterirdischen raumbedeutsamen Nutzungsansprüchen einzuräumen. Soweit unterirdische raumbedeutsame Planungen, Maßnahmen, Vorhaben, Funktionen und Nutzungen in diesen Räumen mit den jeweiligen vorrangigen unterirdischen Nutzungen nicht vereinbar sind, sind diese auszuschließen.“⁶³⁶

Darüber hinaus finden sich Zielfestlegungen bzgl. der Ressource Grundwasser.⁶³⁷ Nicht als Ziele gekennzeichnet und daher als Grundsätze einzuordnen sind die Nutzung unterirdischer Potenziale⁶³⁸, die Berücksichtigung der Umweltverträglichkeit,⁶³⁹ die Einbeziehung oberirdischer Nutzungen⁶⁴⁰ sowie der Schutz der Ressource Gewässer.⁶⁴¹

Regionale Ebene:

Auch für die regionale Ebene besteht nach § 13 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ROG (vorher: § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ROG) ebenfalls eine Pflicht zur Aufstellung von Raumordnungsplänen für die Teilräume der Länder (Regionalpläne). In den einzelnen Bundesländern wird diese Aufgabe von verschiedenen Ebenen wahrgenommen. So sind in Niedersachsen grundsätzlich die Landkreise zuständig, in Baden-Württemberg die Regionalverbände und in Nordrhein-Westfalen grundsätzlich die Bezirksregierungen.

⁶³³ Landesentwicklungsplan Nordrhein-Westfalen (LEP NRW) nach dem zweiten Beteiligungsverfahren, Stand 05.07.2016, Ziff. 9.1 (Rohstoffversorgung), S. 97, https://www.land.nrw/sites/default/files/asset/document/lep_nrw_04072016.pdf, aufgerufen am 17.11.2017.

⁶³⁴ Landesentwicklungsplan Nordrhein-Westfalen (LEP NRW) nach dem zweiten Beteiligungsverfahren, Stand 05.07.2016, Ziff. 9.3 (Energetische Rohstoffe), S. 101.

⁶³⁵ Landesverordnung über das Landesraumentwicklungsprogramm Mecklenburg-Vorpommern (LEP-LVO M-V) vom 27.05.2016, Ziff. 7.1, S. 88 ff., <http://www.regierung-mv.de/Landesregierung/em/Raumordnung/Landesraumentwicklungsprogramm/aktuelles-Programm/>, aufgerufen 17.11.2017.

⁶³⁶ Ebenda, Ziff. 7.1 (2), S. 88.

⁶³⁷ Ebenda, Ziff. 7.1 (4), S. 88.

⁶³⁸ Ebenda, Ziff. 7.1 (1), S. 88: „Die nachhaltige Nutzung der Potenziale des unterirdischen Raums im Rhät / Lias-Komplex und in den Salzstöcken des Zechsteins soll gewährleistet werden.“

⁶³⁹ Ebenda, Ziff. 7.1 (3), S. 88: „Alle Planungen, Maßnahmen, Vorhaben, Funktionen und Nutzungen im Untergrund sollen so erfolgen, dass die damit verbundenen Belastungen der Umwelt und die Beeinträchtigung von Natur und Landschaft möglichst gering gehalten werden.“

⁶⁴⁰ Ebenda, Ziff. 7.1 (5), S. 88: „Bei allen unterirdischen Planungen, Maßnahmen, Vorhaben, Funktionen und Nutzungen soll darauf geachtet werden, dass die oberirdischen Nutzungen nicht auf Dauer beeinträchtigt werden.“

⁶⁴¹ Ebenda, Ziff. 7.1 (6), S. 88: „Die Einleitung von bei der Kavernenherstellung anfallenden salzbelasteten Restwässern in Gewässer soll in einer umweltverträglichen Konzentration und nicht in Binnengewässer erfolgen.“

Die Rohstoffsicherung ist seit langem Bestandteil solcher regionalen Raumordnungsprogramme. Beispielhaft sei die Region Hannover genannt, in deren Regionalem Raumordnungsprogramm 2016 Vorranggebiete und Vorbehaltsgebiete für Rohstoffgewinnung sowie diverse Gebiete mit Lagerstätten aufgeführt werden.⁶⁴² Auch im Hinblick auf untertägige Vorkommen spielt die Regionalplanung seit jeher eine Rolle, wie etwa das Beispiel des Gebietsentwicklungsplans Regierungsbezirk Arnsberg zeigt. Unter anderem soll danach „die weitere Entwicklung des Steinkohlenbergbaus ... in solchen Bereichen erfolgen, in denen der Abbau zu möglichst geringen Auswirkungen auf andere Raumnutzungen führt.“⁶⁴³ Mit der zum 31.12.2018 anstehenden Schließung der letzten Steinkohlenbergwerke in Deutschland⁶⁴⁴ wird der Gebietsentwicklungsplan künftig entsprechend anzupassen sein.

5.2.3.3 Im Einzelnen: Instrumente der Raumordnung (Gebietskategorien)

Nach § 7 Abs. 3 ROG (§ 8 Abs. 7 ROG alt) können in Landesraumordnungsplänen, Regionalplänen und regionalen Flächennutzungsplänen bestimmte Gebietskategorien festgelegt werden.

Vorranggebiete nach § 7 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 ROG (§ 8 Abs. 7 Nr. 1 ROG alt) für bestimmte raumbedeutsame Funktionen oder Nutzungen dienen zur Flächensicherung für standortgebundene Nutzungen und Funktionen. Dabei können z.B. bei unterirdischen Nutzungen der Abbau bestimmter Rohstoffe oder der Grundwasserschutz in Frage kommen.⁶⁴⁵ Vorranggebiete schließen andere raumbedeutsame und mit den Festlegungen unvereinbare Nutzungen in diesem Gebiet aus. Sie haben damit ausschließlich eine „Innenwirkung“.⁶⁴⁶ Werden unterirdische Vorranggebiete festgelegt, ist eine stockwerkweise Ausweisung möglich, einschließlich der Oberfläche. Problematisch ist dabei der Zusammenhang der Stockwerksnutzung nach dem ROG mit dem bergrechtlichen Feldbegriff. Letzterer umfasst nach § 4 Abs. 7 BBergG einen „Ausschnitt aus dem Erdkörper, der von geraden Linien an der Oberfläche und von lotrechten Ebenen nach der Tiefe begrenzt wird“.⁶⁴⁷

(Unterirdische) Vorranggebiete werden besonders dann als geeignetes Instrument angesehen, wenn es um Nutzungen geht, die an einen bestimmten Standort gebunden sind.⁶⁴⁸ Der Ausweisung eines Vorranggebiets, dessen Vorgaben als Ziel der Raumordnung gelten (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG), muss eine abschließende Abwägung vorausgehen. Nach dem Gebot der planerischen Konfliktbewältigung müssen die auf dieser Planungsebene lösbaren Problempunkte unter Beachtung der Grundsätze der Raumordnung geklärt werden.⁶⁴⁹

⁶⁴² S. unter <https://www.hannover.de/Leben-in-der-Region-Hannover/Planen,-Bauen,-Wohnen/Raumordnung-Regionalentwicklung/Regionalplanung/RROP-2016/Unterlagen-zum-RROP-2016>.

⁶⁴³ Bezirksregierung Arnsberg, Gebietsentwicklungsplan für den Regierungsbezirk Arnsberg, Teilabschnitt Oberbereich Dortmund – westlicher Teil – (Dortmund/Kreis Unna/Hamm), Stand 2004, Grundsatz 6, http://www.metropoleruhr.de/fileadmin//user_upload/metropoleruhr.de/01_PDFs/Regionalverband/Regionalplanung/Karten_Regionalplan/RP_Dortmund-westl/textliche_darstellung_DO_westlicher_Teil.pdf, aufgerufen 04.03.2019.

⁶⁴⁴ § 1 Steinkohlefinanzierungsgesetz vom 20.12.2007 (BGBl. I, 3086), zuletzt geändert am 31.08. 2015 (BGBl. I, 1474).

⁶⁴⁵ Schulze/Keimeyer/Janssen/Bartel/Seifert, Unterirdische Raumplanung – Vorschläge des Umweltschutzes zur Verbesserung der über- und untertägigen Informationsgrundlagen, zur Ausgestaltung des Planungsinstrumentariums und zur nachhaltigen Lösung von Nutzungskonflikten, Teilvorhaben 2: planerische und rechtliche Aspekte, Texte 57/2015 des Umweltbundesamts, S. 188 mit weiteren Beispielen.

⁶⁴⁶ Goppel, in Spannowsky/Runkel/Goppel, Raumordnungsgesetz, 1. Aufl. 2010, § 8 Rn. 73.

⁶⁴⁷ Siehe hierzu Kapitel 5.5.2.

⁶⁴⁸ Schulze/Keimeyer/Janssen/Bartel/Seifert, Unterirdische Raumplanung – Vorschläge des Umweltschutzes zur Verbesserung der über- und untertägigen Informationsgrundlagen, zur Ausgestaltung des Planungsinstrumentariums und zur nachhaltigen Lösung von Nutzungskonflikten, Teilvorhaben 2: planerische und rechtliche Aspekte, Texte 57/2015 des Umweltbundesamts, S. 190.

⁶⁴⁹ Schulze/Keimeyer/Janssen/Bartel/Seifert, Unterirdische Raumplanung – Vorschläge des Umweltschutzes zur Verbesserung der über- und untertägigen Informationsgrundlagen, zur Ausgestaltung des Planungsinstrumentariums und zur

Zum Beispiel sieht das oben bereits angeführte Landesentwicklungsprogramm Mecklenburg-Vorpommern vom Juni 2016 unter der Erdoberfläche liegende Vorrangräumen für Energie und Energieträger vor, bei denen „der wirtschaftlichen Nutzung und nachhaltigen Sicherung der jeweiligen unterirdischen Potenziale Vorrang vor anderen unterirdischen raumbedeutsamen Nutzungsansprüchen einzuräumen“ ist. Vorrangig soll damit „die langfristige Sicherung der Speicherkomplexe in Bezug auf Speicherkapazität, Speicherpotenzial und Wärmeenergie bewirkt werden.“⁶⁵⁰ Im Einzelnen handelt es sich um Vorrangräume für die Speicherung von Erdgas, Synthesegas und Druckluft, für die Nutzung geothermischer Energie sowie die Speicherung von Wärmeenergie. Für die Festlegung werden Kriterien angegeben, z.B. muss für Speicherkomplexe eine Temperatur von über 50 Grad Celsius überschritten werden. Im Landesraumordnungsprogramm Niedersachsen von 2012 ist z.B. der Schacht Konrad als Vorranggebiet für die Entsorgung radioaktiver Abfälle festgelegt.⁶⁵¹

Für Vorbehaltsgebiete gilt kein derartig strenger Ausschluss. Hier ist nach 7 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ROG (§ 8 Abs. 7 Nr. 2 ROG alt §) bestimmten raumbedeutsamen Funktionen oder Nutzungen bei der Abwägung mit konkurrierenden raumbedeutsamen Nutzungen besonderes Gewicht beizumessen. Vorbehaltsgebiete sind im Verhältnis zu Vorranggebieten flexibler. Sie sind aber nicht so durchsetzungsstark, weil sie keine Ziele der Raumordnung sind.⁶⁵² Ihre planerischen Festlegungen sind in der Abwägung überwindbar.⁶⁵³

Das erwähnte Landesentwicklungsprogramm Mecklenburg-Vorpommern vom Juni 2016 weist z.B. Vorbehaltsgebiete zur Rohstoffsicherung aus, wobei es um oberflächennahe Rohstoffe wie Sande und Kiessande, Quarzsande, Tone und Kalke geht.⁶⁵⁴ Weiter werden dort für die Trinkwassersicherung Vorbehaltsgebiete vorgesehen.⁶⁵⁵ Darüber hinaus finden sich dort marine Vorbehaltsgebiete zur Rohstoffsicherung. Hiernach „soll der Sicherung von Rohstoffen im Küstenmeer in Verbindung mit der Möglichkeit des Rohstoffabbaus ein besonderes Gewicht beigemessen werden.“⁶⁵⁶ Dies bezieht sich allerdings nicht auf unterirdische Nutzungen, sondern den Abbau hochwertiger Kies- und Sandvorkommen in der Ostsee.

nachhaltigen Lösung von Nutzungskonflikten, Teilvorhaben 2: planerische und rechtliche Aspekte, Texte 57/2015 des Umweltbundesamts, S. 189.

⁶⁵⁰ Landesverordnung über das Landesraumentwicklungsprogramm Mecklenburg-Vorpommern (LEP-LVO M-V) vom 27.05.2016, Ziff. 7.1, S. 89, <http://www.regierung-mv.de/Landesregierung/em/Raumordnung/Landesraumentwicklungsprogramm/aktuelles-Programm/>, aufgerufen am 04.03.2019.

⁶⁵¹ Landes-Raumordnungsprogramm Niedersachsen (LROP), Stand: September 2012, Ziff. 4.3, http://www.ml.niedersachsen.de/download/71886/LROP_2012_Lesefassung.pdf, aufgerufen am 04.03.2019.

⁶⁵² Es ist streitig, ob es sich bei Vorbehaltsgebieten um „abschließend abgewogene Festlegungen“, also Ziele der Raumordnung, handelt oder um Abwägungsdirektiven mit der Wirkung von Grundsätzen der Raumordnung; überwiegend geht die Literatur und die Rechtsprechung von letzterem aus; s. zum Streitstand *Goppel*, in Spannowsky/Runkel/Goppel, Raumordnungsgesetz, 1. Aufl. 2010, § 8 Rn. 74.

⁶⁵³ *Roßnagel/Hentschel/Polzer*, Rechtliche Rahmenbedingungen der unkonventionellen Erdgasförderung mittels Fracking, 2012, S. 105.

⁶⁵⁴ LEP-LVO M-V vom 27.05.2016, Ziff. 7.3, S. 92.

⁶⁵⁵ LEP-LVO M-V vom 27.05.2016, Ziff. 8.7 (2), S. 90 ff.

⁶⁵⁶ LEP-LVO M-V vom 27.05.2016, Ziff. 8.7 (1), S. 89.

Die Festlegung als Eignungsgebiet⁶⁵⁷ nach § 7 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 ROG (neu) führt dazu, dass bestimmte raumbedeutsame, nach § 35 BauGB zu beurteilende Maßnahmen oder Nutzungen bezeichnet werden, die anderen raumbedeutsamen Belangen nicht entgegenstehen. An anderer Stelle im Planungsraum als in dem jeweiligen Eignungsgebiet sind diese Maßnahmen oder Nutzungen ausgeschlossen. Eignungsgebiete haben daher anders als Vorranggebiete eine doppelte Steuerungswirkung, nämlich eine Innen- sowie eine Außenwirkung. Bezüglich der Innenwirkung wird bescheinigt, dass die jeweiligen Planungen und Maßnahmen mit den im Gebiet konkurrierenden Belangen vereinbar sind. Für die Außenwirkung gilt ein strikter Ausschluss der jeweiligen Planungen und Maßnahmen außerhalb des Eignungsgebiets. Die Festlegung von Eignungsgebieten ist daher bzgl. der Innenwirkung wohl eher als Grundsatz, bzgl. der Außenwirkung eindeutig als Ziel der Raumordnung anzusehen.⁶⁵⁸ Sie dient vor allem der raumordnerischen Steuerung von privilegierten Außenbereichsvorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB.⁶⁵⁹ Eignungsgebiete können nicht nur auf der Ebene der Flächennutzungs-, sondern auch der Landesplanung als sog. Konzentrationszonen für bestimmte Nutzungen ausgewiesen werden. „Erforderlich für die landesplanerische Ausweisung von Konzentrationszonen ist ein auf den gesamten Planungsraum bezogenes schlüssiges Planungskonzept für den gesamten Außenbereich (vgl. § 35 Abs. 3 S 3 BauGB), bei dem sich bestimmte raumbedeutsame Funktionen und Nutzungen an einer Stelle und ihr Ausschluss an anderer Stelle bedingen.“⁶⁶⁰

Beispielsweise ist denkbar, Fracking-Maßnahmen zur Gasförderung als der öffentlichen Versorgung mit Gas dienend und damit als privilegierte Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB anzusehen. Über die Festlegung eines Eignungsgebiets „Fracking“ könnte dadurch in dem jeweiligen Gebiet eine derartige Nutzung planerisch ermöglicht und damit eine Konzentrationszone geschaffen werden, außerhalb dieses Gebiets aber ausgeschlossen werden.⁶⁶¹ Die Situation wäre vergleichbar mit der Festlegung von Eignungsgebieten für Windenergieanlagen, für die dieses Instrument eine hohe planerische Bedeutung erlangt hat. Jedoch ist es wegen der Anknüpfung an § 35 BauGB und damit unter das Bauplanungsrecht fallende Anlagen zweifelhaft, ob die Kategorie des Eignungsgebiets überhaupt auf unterirdische Planungen und Maßnahmen anwendbar ist.⁶⁶²

Ein weiteres Beispiel sind die nordrhein-westfälischen Konzentrationszonenregelungen im Regionalplan für Abgrabungen. Diese war Gegenstand eines Rechtsstreits zwischen einem Betreiber eines Abbauunternehmens für Kies, Sand und Lehm und der zuständigen Abgrabungsbehörde. Nach dem Gebietsentwicklungsplan für den Regierungsbezirk Düsseldorf von 1999 waren Abgrabungen nach dem AbgrG außerhalb der Abgrabungsbereiche unzulässig, während innergebietslich ein Vorranggebiet mit der Wirkung eines Eignungsgebiets für Rohstoffgewinnung ausgewiesen war.

Das Bundesverwaltungsgericht⁶⁶³ hat hierzu klargestellt, dass „der Ausschluss von Abgrabungen in Teilen des Gebiets eines Regionalplans (...) jedenfalls dann ein rechtmäßiges Ziel der Raumordnung (ist), wenn die in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Konzentrationszonen für Windenergieanlagen aufgestellten Grundsätze beachtet werden (in Anschluss u.a. an Urt. v. 17. 12.

⁶⁵⁷ Zur Kategorie vgl. *Schmidt-Eichstaedt* ZfBR 2013, 639 (640 ff.).

⁶⁵⁸ Zum Ganzen *Goppel*, in *Spannowsky/Runkel/Goppel*, Raumordnungsgesetz, 1. Aufl. 2010, § 8 Rn. 84 ff.

⁶⁵⁹ *Roßnagel/Hentschel/Polzer*, Rechtliche Rahmenbedingungen der unkonventionellen Erdgasförderung mittels Fracking, 2012, S. 108.

⁶⁶⁰ OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil v. 26.09.2013 - 16 A 1295/08, juris Rn. 55.

⁶⁶¹ So das Beispiel bei *Roßnagel/Hentschel/Polzer*, Rechtliche Rahmenbedingungen der unkonventionellen Erdgasförderung mittels Fracking, 2012, S. 108.

⁶⁶² Vgl. *Schlacke/Schnittker*, Fracking und Raumordnung – Steuerungspotenziale der Landesentwicklungsplanung, ZUR 2016, 259 (Fn. 106).

⁶⁶³ BVerwG, Beschluss v. 18.01.2011 - 7 B 19.10, NuR 2011, 284 = NVwZ 2011, 812.

2002 – 4 C 15.01, BVerwGE 117, 287, vom 13. 3. 2003 – 4 C 4.02, BVerwGE 118, 33 und vom 24. 1. 2008 – 4 CN 2.07, Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 376). Das rekurriert auf ältere Rechtsprechung des BVerwG, wonach sich der Ausschluss von Vorhaben auf Teilgebieten des Plangebiets nach der Wertung des Gesetzgebers nur rechtfertigen lasse, „wenn der Plan sicherstelle, dass sich die betroffenen Vorhaben an anderer Stelle gegenüber konkurrierenden Nutzungen durchsetzen“. Dem Plan, so das BVerwG⁶⁶⁴ weiter, „müsse daher ein schlüssiges gesamträumliches Planungskonzept zugrunde liegen, das den allgemeinen Anforderungen des planungsrechtlichen Abwägungsgebots gerecht werde. Die Abwägung aller beachtlichen Belange müsse sich auf die positiv festgelegten und die ausgeschlossenen Standorte erstrecken. Eine normative Gewichtungsvorgabe, der zufolge ein Planungsträger privilegierten Nutzungen – im entschiedenen Fall der Windenergienutzung – im Sinne einer speziellen Förderungspflicht bestmöglich Rechnung zu tragen habe, sei der gesetzlichen Regelung nicht zu entnehmen. Eine gezielte (rein negative) Verhinderungsplanung sei dem Plangeber jedoch verwehrt. Er müsse die Entscheidung des Gesetzgebers, gewisse Vorhaben (Windenergieanlagen) im Außenbereich zu privilegieren, beachten und dafür im Plangebiet in substanzieller Weise Raum schaffen. Eine Verhinderungsplanung liege allerdings nicht schon dann vor, wenn die Festlegung von Konzentrationszonen im Ergebnis zu einer Art Kontingentierung der Anlagenstandorte führe (Urt. v. 13.03.2003, a. a. O. S. 37).“ Danach kann festgehalten werden, dass sich „die Abwägung allgemein auf die potenziell für Abgrabungen nutzbaren Standorte zu erstrecken hat.“⁶⁶⁵ In einem Berufungsverfahren zu einem wasserrechtlichen Planfeststellungsbeschluss für eine Nassabgrabung hat daraufhin das OVG Münster⁶⁶⁶ die Anforderungen an die Schlüssigkeit des Konzeptes noch einmal präzisiert.

Das BVerwG⁶⁶⁷ stellte in einem weiteren Beschluss fest, dass die Raumordnung kein Optimierungsgebot kenne, „Rohstofflager für die Ausbeutung zu sichern, die unter dem Gesichtspunkt der nachhaltigen Raumnutzung den größtmöglichen Erfolg erbringen.“ Der Eigentümer müsse „vielmehr grundsätzlich hinnehmen, dass ihm eine möglicherweise rentablere Nutzung seines Grundstücks verwehrt“ werde. Fraglich ist, ob das im Sinne einer nachhaltigen und damit umweltverträglichen Nutzung von Lagerstätten opportun ist. Z.B. können Effizienzgesichtspunkte oder Aspekte der Ressourcenschonung dafür sprechen, bereits vorhandene und betriebene für den Rohstoffabbau geeignete Flächen möglichst auszunutzen, um dadurch andere Lagerstätten zu schonen. Unter einer nachhaltigen Nutzung von Lagerstätten ist die vollständige Gewinnung von Rohstoffen, die Nutzung möglichst hochwertiger und mächtiger Lagerstätten sowie die Nutzung von Lagerstätten mit geringem Abraumanteil zu verstehen,⁶⁶⁸ wobei die betriebswirtschaftliche Sinnhaftigkeit und Zumutbarkeit nicht außer Acht gelassen werden darf. Aus Umweltschutzsicht könnte eine solche Ausnutzung der Lagerstätten daher wünschenswert sein, wobei nicht auszuschließen ist, dass andere, vorrangige Gründe gegen eine vollständige Nutzung einer Lagerstätte an einer bestimmten Stelle sprechen.

Möglich ist weiterhin eine Verbindung der verschiedenen Gebietskategorien. So können, wie § 8 Abs. 7 Satz 2 ROG (neu: § 7 Abs. 3 Satz 2 ROG) ausdrücklich vorsieht, Vorranggebiete mit den Wirkungen

⁶⁶⁴ BVerwG, Beschluss v. 18.01.2011 - 7 B 19.10, NuR 2011, 284 (285), Rz. 14; OVG Münster, Urt. v. 22.09.2015 – 10 D 82/13.NE –, NuR 2016, 426; VGH München, Urt. v. 23.02.2017 – 2 N 15.279, <http://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2017-N-107869?hl=true&AspxAutoDetectCookieSupport=1>, aufgerufen 03.07.2017.

⁶⁶⁵ BVerwG, Beschluss v. 18.01.2011 - 7 B 19.10, NuR 2011, 284 (285), Rz. 16.

⁶⁶⁶ OVG Münster, Urteil v. 08.05.2012 – 20 A 3779/06 –, NuR 2013, 136 (142 ff.).

⁶⁶⁷ BVerwG, Beschluss v. 22.05.2014 – 4 B 56/13. Juris, Orientierungssatz 1 sowie Rz. 7 ff.

⁶⁶⁸ Schulze/Keimeyer, Ansätze zur Anpassung ausgewählter bergrechtlicher Regelungen unter besonderer Berücksichtigung einer schonenden Ressourceninanspruchnahme (März 2014), S. 7.

der Eignungsgebiete kombiniert werden. Dadurch kann zugleich eine innergebietliche (Flächensicherung durch das Vorranggebiet) sowie außergebietliche Wirkung erzielt werden (Schaffung von Konzentrationszonen im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB mit Ausschlusswirkung für andere Bereiche). Insbesondere für die Windenergieplanung hat sich diese Verbindung als vorteilhaft erwiesen.⁶⁶⁹ Für unterirdische Nutzungen stellt sich die planerische Ausgangssituation jedoch etwas anders dar als für den Ausbau der oberirdischen Windenergie. Erstere sind in der Regel an einen bestimmten Standort gebunden. So können Fracking-Vorhaben nur dort wirtschaftlich sinnvoll durchgeführt werden, wo es Erdgasvorkommen gibt.⁶⁷⁰ Unterirdische Wärmespeicherung ist an bestimmte Aquifere gebunden. Druckluftspeicher benötigen bestimmte geologische Gegebenheiten, so etwa im Falle des Speicherkraftwerks Huntorf eine Salzkaverne,⁶⁷¹ etc. Die durch die planerisch-steuernde Festlegung von Eignungsgebieten zu schaffenden Konzentrationszonen wären möglicherweise nicht erforderlich, weil die Konzentration der unterirdischen Nutzungen bereits durch die jeweilige geologische Situation vorgegeben ist. Dann wäre zur Sicherung der vorgesehenen Nutzungen wie Rohstoffabbau oder Speicherung die Ausweisung von Vorranggebieten ausreichend.⁶⁷²

Andererseits kann es sein, dass nur ein Teil, der möglichen Formation für einen bestimmten Zweck genutzt und der andere Teil frei gehalten oder für andere Zwecke genutzt werden soll. Denkbar ist auch, dass es an der Erdoberfläche in Teilbereichen Nutzungen gibt, die der unterirdischen Nutzung entgegenstehen. In derartigen Fällen wäre dann eine planerische Steuerung über Eignungsgebiete sinnvoll. Bei der Ausweisung eines unterirdischen Eignungsgebiets kann sich andererseits das Problem einer schlechten Informationslage ergeben. Anders als im oberirdischen Bereich bleibt unter Tage vieles „im Dunkeln“. Denkbar ist daher, dass ein Eignungsgebiet für eine bestimmte Nutzung ausgewiesen wird, sich aber später beim Bohren herausstellt, dass tatsächlich keine entsprechende Eignung gegeben ist. In einem solchen Fall würde die Konzentrationswirkung faktisch hinfällig und die Ausweisung müsste aufgehoben oder angepasst werden.

Mit der Ausweisung unterirdischer Vorrang-, Vorbehalts- und Eignungsgebiete bzw. Kombination dieser Instrumente kann eine bessere Berücksichtigung von Umweltaspekten erreicht werden. Konzentrationszonen mit Ausschlusswirkung wie in dem vorgenannten Beispiel der Windenergie können auch unterirdisch an bestimmten Umweltauswirkungen ausgerichtet werden. So ist es denkbar, dort eine solche Konzentrationszone festzulegen, wo die ökologischen Folgen eines Rohstoffabbaus möglichst gering sind, und den Abbau dort zu untersagen, wo mit entsprechenden schwerwiegenden Konsequenzen zu rechnen ist. Auf diese Weise kann eine Priorisierung von Vorhaben nach den jeweiligen Umweltauswirkungen erzielt werden.

5.2.3.4 Neue Gebietskategorien und Ausschlussplanung

Über die positive planerische Ausweisung konkreter Nutzungen hinaus wird diskutiert, ob über die Instrumente der Raumordnung auch eine Negativausweisung im Sinne einer Ausschlussplanung

⁶⁶⁹ Dazu *Söfker*, Bauleitplanung und Windenergie – Zum Verhältnis von Raumordnungsplanung zur Bauleitplanung, Fachagentur Windenergie an Land, 2015, S. 3, http://www.fachagentur-windenergie.de/fileadmin/files/Veroeffentlichungen/FA-Wind_Hintergrund_Verhaeltnis_Raumordnungs-Bauleitplanung_02-2015.pdf.

⁶⁷⁰ So das Beispiel bei *Roßnagel/Hentschel/Polzer*, Rechtliche Rahmenbedingungen der unkonventionellen Erdgasförderung mittels Fracking, 2012, S. 109.

⁶⁷¹ S. BINE-Informationen, Druckluftspeicherkraftwerke, projektinfo 05/07, http://www.bine.info/fileadmin/content/Publikationen/Projekt-Infos/2007/Projekt-Info_05-2007/projekt_0507internet-x.pdf.

⁶⁷² In diesem Sinne *Roßnagel/Hentschel/Polzer*, Rechtliche Rahmenbedingungen der unkonventionellen Erdgasförderung mittels Fracking, 2012, S. 109.

zulässig ist. Die beschriebenen Gebietskategorien haben zwar teilweise eine Ausschlusswirkung. So führt die Ausweisung eines Eignungsgebiets zu einem strikten Ausschluss der bezeichneten Nutzungen außerhalb dieses Gebiets. Dies kann jedoch nur dann erfolgen, wenn zugleich innerhalb des Eignungsgebiets eben diese Nutzungen zugelassen werden. Eine reine Negativplanung ist jedenfalls im ROG als Instrument nicht vorgesehen.⁶⁷³

Andere Fachplanungen können ihre Ressourcenschutz- und Raumansprüche über gesetzlich geregelte Schutzgebiete sichern. So können naturschutzrechtliche Fachplanungen durch Naturschutzgebiete, der Gewässerschutz über Wasserschutzgebiete oder die Erholungsnutzung über Landschaftsschutzgebiete gegenüber konkurrierenden Nutzungen gesichert werden. Derartige Instrumente fehlen aber bei der Gewinnung von Rohstoffen. In der Literatur wurde daher vorgeschlagen, die Flächensicherung insoweit über die Regionalplanung erfolgen zu lassen.⁶⁷⁴

Allerdings gibt es auf Landesebene in den Landesplanungsgesetzen zum Teil die Möglichkeit der Festlegung von „Ausschlussgebieten“. Solche Gebiete sind beispielsweise in den Landesplanungsgesetzen von Rheinland-Pfalz und Bayern vorgesehen.⁶⁷⁵ Herausgegriffen werden soll hier exemplarisch das Saarland, in dessen § 3 Abs. 2 LapLG Saar geregelt wird:

„Abweichend von § 8 Absatz 7 Satz 1 des Raumordnungsgesetzes können die Festlegungen nach § 8 Absatz 5 außer den in § 8 Absatz 7 Satz 1 Nummer 1 bis 3 des Raumordnungsgesetzes genannten Gebieten auch Gebiete bezeichnen, in denen bestimmte raumbedeutsame Funktionen oder Nutzungen ausgeschlossen sind (Ausschlussgebiete).“

Ähnlich sieht Art. 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BayLPG die Bezeichnung von Gebieten in Raumordnungsplänen vor, „in denen bestimmte raumbedeutsame Funktionen oder Nutzungen ausgeschlossen sind (Ausschlussgebiete).“ Ohne Verwendung des Begriffs „Ausschlussgebiet“, aber in der Sache ähnlich normiert § 5 Abs. 3 Sätze 2 und 3 LaPlaG S-H:

„Im Untergrund können in den Raumordnungsplänen einzelne unterirdische Teilräume bestimmten öffentlichen Zwecken gewidmet oder im Interesse eines öffentlichen Zwecks gegenüber bestimmten Veränderungen geschützt werden. Ein derartiger Zweck kann auch in der Erhaltung bestimmter Beschaffenheiten des Untergrundes, insbesondere besonderer geologischer oder geomorphologischer Formationen, bestehen.“

Die Ermöglichung der Festlegung von Ausschlussgebieten auf landesgesetzlicher Ebene wird in der Literatur als zulässig angesehen,⁶⁷⁶ zumindest dann, wenn es sich um Kombinationen der in § 8 Abs. 7 ROG (neu: § 7 Abs. 3 ROG) aufgeführten Gebietskategorien handelt. Ein darüber hinausgehendes „Selbsterfindungsrecht“ der Länder wird aber zum Teil abgelehnt.⁶⁷⁷ Aus der Formulierung in § 7 Abs. 3 ROG neu (alt: § 8 Abs. 7 ROG) „Die Festlegungen nach Absatz 1 können auch Gebiete bezeichnen...“ lässt sich aber schließen, dass die in dieser Bestimmung aufgeführten Gebietskategorien nicht

⁶⁷³ So auch *Schlacke/Schnittker*, Fracking und Raumordnung – Steuerungspotenziale der Landesentwicklungsplanung, ZUR 2016, 259, 267.

⁶⁷⁴ *Bongartz*, Rechtliche Absicherung oberflächennaher Rohstoffgewinnung, Regionalplanerische Sicherung und Genehmigungsverfahren in Nordrhein-Westfalen, RuR 2006, S. 116 (123).

⁶⁷⁵ *Bartel/Janssen*, NuR 2016, 237 (243); LPIG Rheinland-Pfalz, §6 Abs. 2 S. 3; BayLplG, Art. 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 3.

⁶⁷⁶ S. auch *Rofßnagel/Hentschel*, Umweltverträgliche Nutzung des Untergrunds und Ressourcenschonung – Anforderungen an die untertägige Raumordnung und das Bergrecht, UBA Texte 107/2015, S. 40; auch *Penn-Bressel/Weber* et al. (Umweltbundesamt), Umweltverträgliche Nutzung des Untergrundes und Ressourcenschonung Anforderungen an eine Raumordnung unter Tage und ein modernes Bergrecht, Position November 2014, S. 6.

⁶⁷⁷ So wohl *Spannowsky*, in *Bielenberg/Runkel/Spannowsky*, K § 7, Rn. 107.

abschließend sind.⁶⁷⁸ Damit ist die Festlegung von „Ausschlussgebieten“ in Landesplanungsgesetzen oder auch in einzelnen Raumordnungsplänen, auch wenn sie im ROG als solche nicht vorgesehen sind, grundsätzlich zulässig.⁶⁷⁹

Von *Schlacke/Schnittker* wurde am Beispiel eines landesweiten Ausschlusses von Frackingvorhaben thematisiert, ob der Einführung eines „Ausschlussgebiets“ als neuer Gebietskategorie der Raumordnung der Einwand der unzulässigen Verhinderungsplanung entgegenstehen könnte. Es wird argumentiert, ein solcher Einwand könne daraus abgeleitet werden, dass Fracking als privilegiertes Vorhaben im Sinne von § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB gelte, und ähnlich wie im Falle der Windenergie ein steuerndes Plankonzept vorzusehen sei, nach dem der privilegierten Nutzung substanziell Raum verschafft werden müsse. Im Ergebnis wird ein solcher Einwand nicht als durchgreifend angesehen, weil jedenfalls für Fracking nicht gelte, dass „nach aktuellem Wissensstand substanziell Raum auf Basis eines schlüssigen gesamtäumlichen Konzepts gewährt werden“ könne.⁶⁸⁰

Dieser Argumentation kann nicht nur für das Fracking, sondern für unterirdische Nutzungen generell gefolgt werden. Zunächst könnte das Argument über § 35 BauGB ohnehin nur gelten, wenn es sich um privilegierte Nutzungen handelt. Dies mag bei oberirdischen Nutzungen wie Abgrabungen oder Aufschüttungen anzunehmen sein, da diese regelmäßig unter § 35 Abs. 1 Nr. 3 (Gewerbebetrieb) zu fassen sein dürften. Bei vielen unterirdischen Nutzungen, insbesondere bei Abbauvorhaben, ist dies aber nicht der Fall. So geht es hier nicht unmittelbar um die Versorgung mit Gas oder Wärme und Wasser. Im Übrigen ist eine Konzentrationszonenplanung nicht ohne weiteres auf Fracking übertragbar.

Darüber hinaus geht es bei unterirdischen Nutzungen generell nicht darum, einer bestimmten Nutzungsform wie Fracking, Speicherung oder Abbau von Bodenschätzen substanziell Raum zu gewähren. Auch bei anderen unterirdischen Nutzungsformen steht nicht die Schaffung eines gesamtäumlichen Konzepts im Fokus der Raumplanung, sondern die vorsorgende und die verschiedenen Nutzungsinteressen ausgleichende planerische Konfliktbewältigung. Eine Negativausweisung in Form von unterirdischen Ausschlussgebieten ist demnach grundsätzlich zulässig. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass solche raumordnerischen Festlegungen ohne eine Raumordnungsklausel im BBergG betroffene Vorhaben wie z.B. Fracking nicht sicher ausschließen. Mit der Einführung der Raumordnungsklausel in § 48 Abs. 2 BBergG, nach der bei der Prüfung, ob eine Beschränkung oder Untersagung zu erfolgen hat, bei raumbedeutsamen Vorhaben Ziele der Raumordnung zu beachten sind, können Zulassungen von Fracking-Vorhaben über raumordnerische Zielfestlegungen ausgeschlossen werden.

5.3 Bergrecht und Raumordnung

5.3.1 Konfliktfeld Bergrecht/Raumordnung

Raumordnung und Bergrecht stehen in einem gewissen Spannungsverhältnis. Hauptzweck des BBergG ist die Sicherung der deutschen Rohstoffversorgung.⁶⁸¹ Das BBergG bezweckt nach § 1 Nr. 1,

⁶⁷⁸ So *Goppel*, in Spannowsky/Runkel/Goppel, Raumordnungsgesetz, 1. Aufl. 2010, § 8 Rn. 71; vgl. auch BayVGH, Urteil vom 22. Mai 2002 - 26 B 01.2234 – juris; in dem zugrundeliegenden Sachverhalt war in einem bayerischen Regionalplan ein „Ausschlussgebiet“ festgelegt worden.

⁶⁷⁹ So auch *Schlacke/Schnittker*, Fracking und Raumordnung – Steuerungspotenziale der Landesentwicklungsplanung, ZUR 2016, 259, 267; *Grotefels*, Raumordnung für den Untergrund, in: Kment (Hrsg.), Das Zusammenwirken von deutschem und europäischem öffentlichen Recht, FS Jarass, 2015, S. 443 ff.

⁶⁸⁰ *Schlacke/Schnittker*, Fracking und Raumordnung – Steuerungspotenziale der Landesentwicklungsplanung, ZUR 2016, 259, 267 ff.

⁶⁸¹ v. *Hammerstein*, in Boldt/Weller, BBergG, § 1 Rn. 2.

„zur Sicherung der Rohstoffversorgung das Aufsuchen, Gewinnen und Aufbereiten von Bodenschätzen unter Berücksichtigung ihrer Standortgebundenheit und des Lagerstättenschutzes bei sparsamem und schonendem Umgang mit Grund und Boden zu ordnen und zu fördern“. Auch das ROG enthält in § 2 Abs. 2 Nr. 4 Satz 4 einen Rohstoffgrundsatz: danach „sind die räumlichen Voraussetzungen für die vorsorgende Sicherung sowie für die geordnete Aufsuchung und Gewinnung von standortgebundenen Rohstoffen zu schaffen.“ Dieser Grundsatz wird als der Rohstoffsicherung dienend interpretiert. Auf der anderen Seite wird das ROG vom Gedanken der Ressourcenschonung geprägt, der ebenfalls als Grundsatz der Raumordnung verankert ist („...Ressourcen nachhaltig zu schützen“, § 2 Abs. 2 Nr. 1 S. 2 ROG).⁶⁸² Das Raumordnungsrecht weist über diesen Grundsatz der Ressourcenschonung hinaus aber eine Reihe weiterer Grundsätze auf, die mit bergbaulichen Vorhaben im Konflikt stehen können. Dazu zählen bspw. die Erhaltung der Kulturlandschaften (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 Satz 1 ROG) sowie die Funktionsfähigkeit der Böden und des Wasserhaushalts (§ 2 Abs. 2 Nr. 6 Satz 1 ROG).

5.3.2 Anwendungsbereich des Bergrechts

Nach wie vor von großer Bedeutung für die Planung und Ordnung des Raumes, sowohl über- wie unterirdisch, ist die Ausbeutung von Bodenschätzen. Nach § 3 Abs. 1 BBergG zählen hierzu „mit Ausnahme von Wasser alle mineralischen Rohstoffe in festem oder flüssigem Zustand und Gase, die in natürlichen Ablagerungen oder Ansammlungen (Lagerstätten) in oder auf der Erde, auf dem Meeresgrund, im Meeresuntergrund oder im Meerwasser vorkommen.“ Wasser wurde aus dem Begriff des Bodenschatzes ausgenommen, um ansonsten mögliche Überschneidungen mit dem Wasserrecht auszuschließen.⁶⁸³

Das BBergG unterscheidet zwischen den sog. bergfreien Bodenschätzen, die vom oberirdischen Grundeigentum getrennt sind, und den grundeigenen Bodenschätzen. Zu ersteren gehört z.B. die untertägige Öl- und Gasförderung einschließlich des sog. Fracking⁶⁸⁴ sowie der traditionelle Kohle-, Erz- und Kalibergbau. Braunkohle wird bekanntermaßen in großen Mengen obertägig gefördert, mit enormen Eingriffen in Natur und Landschaft.⁶⁸⁵ Über bergfreie Bodenschätze besitzt der Grundeigentümer nach § 3 Abs. 2 Satz 2 BBergG kein Verfügungsrecht, dieser hat hieran keine Eigentumsrechte.⁶⁸⁶ Der Katalog der bergfreien Bodenschätze in § 3 Abs. 3 BBergG ist abschließend.⁶⁸⁷ Als eine der jüngeren Entwicklungen ist die die Erdwärme nutzende Geothermie zur Wärme- und Stromgewinnung zu nennen.⁶⁸⁸ Erdwärme gilt nach § 3 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2b BBergG als bergfreier Bodenschatz. Hierunter fällt nur die im Boden gespeicherte Wärme natürlichen Ursprungs, nicht dagegen künstlich zu Zwecken der Speicherung eingebrachte Wärme (unterirdische Wärmespeicherung).⁶⁸⁹ Die Tiefe

⁶⁸² Näher *Sanden/Schomerus/Schulze*, Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012, S. 514.

⁶⁸³ v. *Hammerstein*, in *Boldt/Weller*, BBergG, § 3 Rn. 5.

⁶⁸⁴ Hierzu *Ramsauer/Wendt*, Einsatz der Fracking-Technologie insbesondere aus der Sicht des Gewässerschutzes, NVwZ 2014, 1401.

⁶⁸⁵ Das Bundesverfassungsgericht setzt sich in seinem Urteil zum Braunkohlentagebau Garzweiler insbesondere mit den Auswirkungen auf von der Enteignung betroffene Grundeigentümer auseinander, s. BVerfG, Urt. v. 17.12.2013 – 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08, NVwZ 2014, 211 ff.

⁶⁸⁶ v. *Hammerstein*, in *Boldt/Weller*, BBergG, § 3 Rn. 10.

⁶⁸⁷ v. *Hammerstein*, in *Boldt/Weller*, BBergG, § 3 Rn. 12.

⁶⁸⁸ S. auch die Übersicht bei *Roßnagel/Hentschel*, Umweltverträgliche Nutzung des Untergrunds und Ressourcenschonung – Anforderungen an die untertägige Raumordnung und das Bergrecht, Texte 107/2015 des Umweltbundesamts, S. 1 ff.

⁶⁸⁹ v. *Hammerstein*, in *Boldt/Weller*, BBergG, § 3 Rn. 42; *Benz*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Nutzung der oberflächennahen Geothermie, 2009, S. 25.

der genutzten Wärme ist nicht entscheidend, so dass auch die oberflächennahe Geothermie grundsätzlich unter den Begriff des Bodenschatzes nach dem BBergG fällt.⁶⁹⁰ Dies ist allerdings nicht praxisgerecht, so dass verschiedene Wege beschritten werden, um die Nutzung oberflächennaher Erdwärme von der Anwendung des BBergG auszunehmen. So wird vertreten, dass eine derartige Erdwärmennutzung keine Allgemeininteressen berühre und deshalb der Bergaufsicht nicht bedürfe. Zutreffend werden Vorhaben der oberflächennahen Geothermie im Lichte einer einschränkenden, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausgerichteten Gesetzesauslegung daher nicht vom bergrechtlichen Begriff der Erdwärme erfasst.⁶⁹¹

Grundeigene Bodenschätze werden in zum einen in § 3 Abs. 4 Nr. 1 BBergG im Einzelnen aufgeführt. Unter anderem zählen Bauxit, Quarz, Speckstein, Talkum und Ton dazu. Zum anderen gehören nach § 3 Abs. 4 Nr. 2 BBergG alle anderen nicht unter § 3 Abs. 3 oder § 3 Abs. 4 Nr. 1 BBergG fallenden Bodenschätze zu den grundeigenen Bodenschätzen, soweit sie untertägig aufgesucht oder gewonnen werden. Untertägig meint, dass die Bodenschätze nicht im Tagebau oder mittels übertägiger Bohrungen aufgesucht oder gewonnen werden.⁶⁹² Grundeigene Bodenschätze stehen nach § 3 Abs. 3 Satz 1 BBergG im Eigentum des Grundeigentümers und unterfallen wie die bergfreien Bodenschätze dem Bergrecht.

Soweit sie obertägig abgebaut werden, fallen Kiese und Sande, Natur- und Naturwerksteine, Kalk-, Kalkmergel- und Dolomitsteine, Gips und Anhydrit, Bims, Ton u.ä. nicht unter das BBergG. Sie werden auch als Grundeigentümerbodenschätze bezeichnet.⁶⁹³ Für diese gibt es auf Landesebene im öffentlich-rechtlichen Bereich zum Teil spezielle Abtragungsgesetze bzw. -verordnungen.⁶⁹⁴ Ansonsten gelten die hierfür relevanten Regelungen des Bau-, Naturschutz-, Landschaftsschutz-, Wasser- und Immissionsschutzrechts.⁶⁹⁵

Die folgende Übersicht verdeutlicht die Unterschiede zwischen den dem BBergG unterfallenden Bodenschätzen und den oben genannten Kiesen, Sanden et al.:⁶⁹⁶

Tabelle 1: Unterschiede der Rechtsregime

Tatbestand	Genehmigungsart	Normen
Bodenschätze nach BBergG		
Bergfreie Bodenschätze (§ 3 Abs. 3 BBergG)	Berechtsamsverfahren, Betriebsplanverfahren	§§ 7 ff., 52 BBergG
Grundeigene Bodenschätze (§ 3 Abs. 4 BBergG)	Berechtsamsverfahren, Betriebsplanverfahren	§§ 7 ff., 52 BBergG
Nicht den BBergG unterfallende Bodenschätze (insbes. Kiese und Sande)		
Abtragung als eigenständigen	Abtragungsgenehmigung	§§ 1 ff. Abtragungsgesetze

⁶⁹⁰ v. Hammerstein, in Boldt/Weller, BBergG, § 3 Rn. 41.

⁶⁹¹ v. Hammerstein, in Boldt/Weller, BBergG, § 3 Rn. 49.

⁶⁹² v. Hammerstein, in Boldt/Weller, BBergG, § 3 Rn. 79.

⁶⁹³ v. Hammerstein, in Boldt/Weller, BBergG, § 3 Rn. 2.

⁶⁹⁴ S. das Bayerische Abtragungsgesetz (BayAbtrG) vom 27.12.1999 (GVBl. S. 532), das nordrhein-westfälische Abtragungsgesetz vom 23. November 1979, sowie die Brandenburgische Bau-Abtragsverordnung – BbgBauAV vom 30. Oktober 1998, GVBl. II/98 S.618; näher dazu unter 4.1.

⁶⁹⁵ v. Hammerstein, in Boldt/Weller, BBergG, § 3 Rn. 2.

⁶⁹⁶ Nach Kober, Konsistente Schutzgutbehandlung in Zulassungsverfahren, 2015, S. 245.

Tatbestand	Genehmigungsart	Normen
ger spezialgesetzlicher Genehmigungstatbestand	nach Landes-Abgrabungsgesetzen	NRW und Bayern
Abgrabung als eigenständiger naturschutzrechtlicher Genehmigungstatbestand	Abgrabungsgenehmigung nach Landes-Naturschutzgesetz	§§ 8 ff. NAGBNatSchG, 12 SächsNatSchG
nicht dem BBergG unterfallende Bodenschätze mit Eingriffstatbestand	subsidiäre Eingriffsgenehmigung bzw. Anzeigepflicht nach Naturschutzrecht	§ 17 Abs. 3 BNatSchG
Abgrabung mit dauerhaft entstehendem Gewässer	Planfeststellung nach WHG / Landeswassergesetzen	§ 68 WHG
Abgrabung mit vorübergehend entstehendem Gewässer	Erlaubnis nach WHG / Landeswassergesetzen	§§ 8, 10 WHG
Trockenabgrabung mit Einwirkung auf Grundwasser	Erlaubnis nach WHG / Landeswassergesetzen	§§ 8, 10 WHG
Abgrabung als bauliche Anlage	Baugenehmigung / teilweise genehmigungsfrei oder vereinfachtes Verfahren bzw. Pflicht zur Einhaltung baurechtlicher Vorschriften	z.B. §§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 54 HBO, 30 – 37 BauGB
Abgrabung als immissionschutzrechtlich relevante Tätigkeit (kein Tagebau)	BImSchG-Genehmigung (vereinfachtes Verfahren)	z.B. §§ 4 Abs. 1, 2 BImSchG, Nr. 2.1 Anhang 1 der 4. BImSchV

Diese Komplexität mag ein Grund dafür sein, dass Abgrabungsunternehmer bei bestimmten Baustoffen versuchen, in die bergrechtlichen Zulassungsverfahren zu kommen. Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen die Naturschutzbehörden eine entscheidende Rolle für die Zulassung von Abgrabungsvorhaben spielen.

5.3.3 Im Einzelnen: Rohstoffgrundsatz des ROG

Wie oben schon angerissen, verfolgt der Rohstoffgrundsatz des § 2 Abs. 2 Nr. 4 Satz 4 ROG das alleinige Ziel der Rohstoffsicherung.⁶⁹⁷ Seine Geltung erstreckt sich auf alle Bodenschätze, über- wie untertägig, wobei es nicht darauf ankommt, ob diese unter das Bergrecht fallen.⁶⁹⁸ Auch energetische Rohstoffe sind davon erfasst.⁶⁹⁹ Die stringente Formulierung des Grundsatzes „Es sind ... zu schaffen“ verleiht ihm ein hohes Gewicht und vermittelt einen deutlichen Auftrag an die Raumplanung.⁷⁰⁰ Dazu trägt bei, dass der Rohstoffgrundsatz in die Vorgaben für Raumordnungspläne zur Festlegung der Raumstruktur in § 13 Abs. 5 Nr. 2b ROG (neu) aufgenommen wurde. Danach sollen die Raumordnungspläne Festlegungen zur Raumstruktur enthalten, insbesondere zu der anzustrebenden Frei-

⁶⁹⁷ Sanden/Schomerus/Schulze, Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012, S. 514.

⁶⁹⁸ v. Mäßenhausen, in Boldt/Weller, BBergG, Anh. § 48 Rn. 116.

⁶⁹⁹ Spannowsky, in Spannowsky/Runkel/Goppel, Raumordnungsgesetz, 1. Aufl. 2010, § 2 Rn. 104.

⁷⁰⁰ v. Mäßenhausen, in Boldt/Weller, BBergG, Anh. § 48 Rn. 117; Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 56 Anhang Rn. 413.

raumstruktur. Hierzu können „Nutzungen im Freiraum, wie Standorte für die vorsorgende Sicherung sowie die geordnete Aufsuchung und Gewinnung von standortgebundenen Rohstoffen“ gehören. Die Umsetzung des Rohstoffgrundsatzes zählt damit zu den Kerninhalten der Raumordnungspläne.⁷⁰¹ Daraus lässt sich aber nicht ableiten, dass dem Rohstoffgrundsatz ein im Verhältnis zu anderen Grundsätzen stärkeres Gewicht zukäme. Vielmehr gilt nach wie vor, dass auch der Rohstoffgrundsatz in der Abwägung überwindbar ist.

5.3.4 Bindungswirkung der Grundsätze der Raumordnung für bergrechtliche Zulassungsentscheidungen

Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 ROG sind Grundsätze und sonstige Erfordernisse der Raumordnung in Abwägungs- oder Ermessensentscheidungen zu berücksichtigen. Anders als Ziele der Raumordnung, für die eine strikte Beachtungspflicht gilt, können Grundsätze der Raumordnung bei Entscheidungen, in denen keine Abwägungs- oder Ermessensspielräume bestehen, nicht entgegenstehen. Ihnen geht keine vorherige Abwägung voraus, sie bedürfen vielmehr noch der Abwägung mit anderen Grundsätzen und haben daher keine Letztentscheidungswirkung.⁷⁰² Damit ist die Bindungswirkung der Grundsätze der Raumordnung für bergrechtliche Zulassungen eingeschränkt. Die Grundsätze sind nur zu berücksichtigen, soweit die einschlägigen Regeln des BBergG Spielräume dafür vorsehen.

Dies ist bei gebundenen Entscheidungen nicht der Fall. Die obligatorische Rahmenbetriebsplanzulassung nach § 57a BBergG wird, obwohl sie als Planfeststellungsbeschluss im Planfeststellungsverfahren erlassen wird, als Kontrollerlaubnis in Form einer gebundenen Entscheidung angesehen. Eine Abwägungs- oder Ermessensentscheidung soll darin nicht enthalten sein.⁷⁰³ Dies mag angesichts des Garzweiler-Urteils des BVerfG, nach dem vor dem Hintergrund des § 48 Abs. 2 BBergG „eine Enteignung ... eine Gesamtabwägung zwischen den für das konkrete Vorhaben sprechenden Gemeinwohlbelangen einerseits und den durch seine Verwirklichung beeinträchtigten öffentlichen und privaten Belangen andererseits“ erfordert,⁷⁰⁴ angezweifelt werden. Hiervon ist aber weiterhin auszugehen. Allerdings erstreckt sich die Bindung der Entscheidung der bergrechtlichen Zulassungsbehörde nur auf das eigentliche Bergrecht, während einkonzentrierten Entscheidungen, z.B. aus dem Wasserrecht, weiterhin Ermessensspielräume zukommen.⁷⁰⁵ Festzuhalten bleibt, dass Grundsätze der Raumordnung in gebundenen bergrechtlichen Entscheidungen, insbesondere im Planfeststellungsverfahren nach § 57a BBergG, nicht entgegengehalten werden können. Jedoch können Raumordnungspläne auch Ziele zur Rohstoffbewirtschaftung enthalten, die dann über die neue Raumordnungsklausel des § 48 Abs. 2 Satz 2 BBergG bindend sind.

5.4 Ergebnisse der Interviews zur Raumordnung

Zentrale Aussagen der Vorhabenträger zur Raumordnung

Rolle raumordnerischer Vorgaben

- **V (Bohrlochbergbau X):** Aufgrund der Standortgebundenheit des Bohrlochbergbaus spiele das Raumordnungsrecht eine immer größere Rolle. Aber in NRW und Hessen werde das Raumordnungsrecht missbraucht, um Maßnahmen gegen das Fracking durchzusetzen. Die (Rechts-)Meinung in der Branche sei, dass dies rechtlich gar nicht zulässig sei (die Zielsetzung in NRW sei nach einem Rechtsgutachten von

⁷⁰¹ Vgl. Goppel, in Spannowsky/Runkel/Goppel, Raumordnungsgesetz, 1. Aufl. 2010, § 8 Rn. 55.

⁷⁰² Vgl. v. Mäßenhausen, in Boldt/Weller, BBergG, Anh. § 48 Rn. 118.

⁷⁰³ Keienburg, in Boldt/Weller, BBergG, Anh. § 57a Rn. 30.

⁷⁰⁴ BVerfG, Urteil vom 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08, Leitsatz 3.

⁷⁰⁵ Keienburg, in Boldt/Weller, BBergG, Anh. § 57a Rn. 30.

Prof. Kment verfassungswidrig, da die Zuständigkeit im Fachrecht liege). Tatsächlich sei es so, dass Forschungsbedarf bzgl. Fracking bestehe und es nicht einfach ausgeschlossen werden könne.

- V (Bohrlochbergbau X): Die Raumordnungspläne für den Bohrlochbergbau eine immer größere Rolle, das Unternehmen werde immer häufiger auch zu Stellungnahmen zu Planungen aufgefordert, die die Nutzung des Untergrundes ausschließen würden (dies betreffe eine Frage der rechtlichen Zulässigkeit, Stichwort Verbotspannungen). Es seien viel öfter Raumordnungsverfahren oder Zielabweichungsverfahren als Vorstufe zum bergrechtlichen Verfahren durchzuführen (z.B. da im Plan als Ziel „Landwirtschaft“ angegeben). Diese Bedeutungszunahme liege v.a. an der Ausweitung des bergrechtlichen Planfeststellungsverfahrens über den Katalog UVP-pflichtiger Vorhaben.
- V (Bohrlochbergbau X): Darüber hinaus spielten Raumordnungsbelange auch im bergrechtlichen Verfahren selbst eine Rolle. Im bergrechtlichen Planfeststellungsverfahren könne die Bergbehörde entgegen dem Ergebnis eines Raumordnungsverfahrens diese Belange „wegwägen“, aber darauf dürfe man sich im bergrechtlichen Verfahren nicht verlassen. Dies finde faktisch nicht statt.
- V (Bohrlochbergbau X): Eine Steuerung von Fracking über die Raumordnung sei streitbar, insbesondere die Frage, ob eine Steuerung über die Raumordnung überhaupt zulässig sei.
- V (Braunkohle): In NRW hätten raumordnerische Vorgaben für die Braunkohle eine große Bedeutung, da durch raumordnerische Festlegung ein Konsens politisch manifestiert werde. Dies sei ein Vorteil des Braunkohlenplanverfahrens: Zwar gebe es auch diesbezüglich massive Proteste, aber die Leute verstünden dieses nicht gestufte Verfahren, sodass es am Ende des Tages Befriedung gebe.
- V (Kali/Salz): Über § 48 Abs. 2 BBergG spielten raumordnerische Fragen bei Haldenerweiterungen und Leitungsverfahren eine Rolle, z.T. würden Raumordnungsverfahren durchgeführt. Die Raumordnungsbehörde sei sowieso immer zu beteiligen, z.T. gebe es integrierte Zielabweichungsverfahren.
- VD: Die Genehmigungsverfahren gingen erst los, wenn der Vorrang der Lagerstätte nachgewiesen sei. Diese Funktion könne die Raumordnung übernehmen (über die Ausweisung von Vorrangflächen). Dann gebe es auch nur eine Genehmigung für genau die Lagerstätte, d.h. die Regelung sei sehr streng und raumordnerische Vorgaben spielten eine entscheidende Bedeutung im Verfahren.
 - VA: Es bestünden sehr große Unterschiede, NRW sei sehr bedarfsorientiert inkl. Monitoring (Überfliegen etc.), aus dem die zeitliche Reichweite errechnet werde, die aber sehr fehleranfällig sei (z.B. Rechenfehler, Eigentumszugriff nicht eingehalten). Sachsen sichere Lagerstätten als Vorrangstellen, wo der Abbau bevorstehe. Bayern habe jetzt den Bedarfsbegriff eingeführt. Auch wenn Unterschiede bestünden, bedeute dies nicht, dass eine Abwägung stattfinde.
 - VB: Die Raumordnung sei von den Interessen der Unternehmen vollkommen unabhängig. Wenn man eine Rohstofflagerstätte habe, könne sie gesichert und ggf. verschiedene Nutzungen vorgesehen werden. Der Feind des Rohstoffabbaus sei die finale Überplanung mit Naturschutz. Dann müsse als nächster Schritt geprüft werden, dass die Flächen, die abgebaut werden sollten, als Vorrangflächen ausgewiesen würden. Regionalplanungskonferenzen spielten auf einer anderen Ebene, da sie hoch politisch seien. Es gehe nicht darum, ob etwas nach Gesetz und Recht sein müsste, sondern es spielten andere Dinge eine Rolle (manchmal säßen dort nicht einmal Wirtschaftsvertreter).
 - Bestätigung VA: Es handele sich bei Erwägungen in der Raumordnung um politische Entscheidungen, die nur bedingt justiziabel seien.
 - VC: Die Verkleinerung von Vorrangflächen wegen Bedarfserwägungen sei ein sehr großes Problem. Oft komme von Behörden die Frage, wenn eine Fläche ausgewiesen werde, wann sie dann abgebaut werden solle. Das Problem hier sei aber, dass die Sicherung v.a. aufgrund der Intention erfolge, eine dauerhafte Überplanung zu vermeiden, nicht zum sofortigen Abbau. Sicherung in Bayern und Hessen erfolge jetzt so, dass Windkraft-Vorbehaltsflächen über den Rohstoff gelegt würden, mit einer Beschränkung

auf 30 Jahre, und danach folge der Abbau der Rohstoffe. Wie rechtssicher das Ganze sei, sei aber unsicher und auch aus Sicht der Vorhabenträger ein Risiko. Aber erst einmal sei es gut, dass das Gelände nicht verschwendet werde. Dies sei eine bedarfsgerechte Überplanung.

- V6: Die Raumordnung werde immer bedeutsamer, da immer mehr Tätigkeiten vorlägen, die im bergrechtlichen Planfeststellungsverfahren zu genehmigen seien, d.h. vorab sei ein Raumordnungsverfahren oder ein Antrag auf Befreiung vom Raumordnungsverfahren erforderlich. Da diese sehr politisch seien, sei mittlerweile die Befreiung von der Raumordnung nicht in jedem Landkreis unproblematisch. Die Genehmigungsverfahren würden durch die politische Dimension sehr verzögert.

Konkret zur Raumordnungsnovelle:

- V (Bohrlochbergbau X): Man beobachte und begleite die Entwicklung, es bestehe keine direkte Vorbereitung oder Erwartung.
- V (Braunkohle): Wegen der Braunkohlenpläne würden keine spezifischen Auswirkungen erwartet.
- V (Kali/Salz): Im Untergrund seien dies sehr politische Verfahren, es bestehe ein Risiko der Instrumentalisierung für Fragen, die nichts mit dem Vorhaben an sich zu tun hätten. Die Beantwortung der Frage nach der unterirdischen Raumordnung solle keine Entscheidung über eine Technologie sein.
- VB: Die jetzige neue Formulierung im § 48 Abs. 2 Satz 2 BBergG drücke etwas völlig selbstverständliches aus. Es werde keine Genehmigung im Bergrecht geben, die raumordnerischen Grundsätzen widerspreche. Auch vorher sei es völlig undenkbar gewesen, dass die Bergbehörde sich über Einschätzungen der Raumordnung hinwegsetze.
- VA: Schon jetzt gebe es eine zwingende Zielbindung für die Raumordnung (§ 4 ROG).
- V (Steinkohle): Die neue gesetzliche Klarstellung in § 48 Abs. 2 BBergG werde kritisch gesehen, da ggf. neue Klagemöglichkeiten eröffnet würden. Vorgaben seien schon vorher in bergrechtlichen Verfahren beachtet worden, daher sei dies von der Sache her nichts Neues für den Bergbau. Trotz der gesetzlichen Neuregelung bestünden Zweifel, ob die neue Rechtslage es erlaube, dass die Raumordnung Vorgaben für eine Planung der unterirdischen Nutzungen treffen könne, dies müsse gesetzlich anders geregelt werden.
- V (Bohrlochbergbau Z): Die Frage betreffe ein aktuelles Thema der letzten Jahre, allerdings als theoretische Auseinandersetzung. In der Praxis seien bisher aber keine Auswirkungen bei der Planung ersichtlich.

Zentrale Aussagen der Umweltseite zur Raumordnung

- UV4: Das Raumordnungsrecht sei von großer Relevanz. Ein Beispiel sei der Basaltabbau in der Eifel: Hier habe es eine Vorfestlegung über die Raumplanung gegeben. Es seien ja auch Vorfestlegungen gegen den Bergbau möglich.
- UV3: In den Vorranggebieten spielten die Interessen der Betroffenen gar keine Rolle. Negativ sei, dass durch die Einteilung eine automatische Priorisierung erfolge; in der Praxis würden die Behörden die Vorgaben aus der Regionalplanung schlicht übernehmen und keine weitere Überprüfung praktizieren.
- UV1: Es bestehe das Problem, dass raumordnerische Festlegungen, insbes. Braunkohlenpläne, nicht von Dritten beklagt werden könnten, für Vorhabenträger aber ablehnende Entscheidungen (per Normenkontrollantrag) angreifbar seien. Hier stelle sich etwa in Bezug auf Verkleinerung von Garzweiler II die Frage, wie sich dies auf die Genehmigungen auswirke, wenn diese Verkleinerung in den Braunkohlenplan übersetzt sei. Besonderheit in NRW, dass Beteiligung im Rahmen des raumordnerischen Braunkohlenplanver-

fahrens die UVP-Pflichtigkeit beseitige. Die Frage stelle sich, ob sich das auf den Rechtsschutz von Umweltverbänden auswirke.⁷⁰⁶

- **UV5:** Für den Bau einer Leitung sei ein Raumordnungsverfahren durchgeführt worden. Noch bevor es abgeschlossen gewesen sei, wäre parallel das Planfeststellungsverfahren durchgeführt worden. Weil die Strecke auch streckenweise kritisch gewesen sei, seien viele Schlaufen gedreht worden, um eine alternative Leitungsführung hineinzubekommen. Ein paralleles Verfahren sei insofern ungünstig, v.a. gebe es auch von Seiten der Kommunen großes Konfliktpotential (dies trage auch nicht zur Zeitoptimierung bei).
- **UV5:** In einem konkreten Raumordnungsverfahren für eine Kali- und Steinsalz-Ableitung in die Nordsee sei das Verfahren eingestellt worden, da es sehr viele Widerstände gegeben habe. Raumordnerisch sei das Verfahren problematisch gewesen, aber eigentlich habe auch seitens des Vorhabenträgers kein Interesse an der Aufrechterhaltung dieses Projekts bestanden (das Verfahren sei nur „pro forma“ geführt worden). Der sich anschließende Schritt wäre über Bergrecht gelaufen, das wäre dann ein Verfahren ohne (da kein wassergefährdender Stoff) Öffentlichkeitsbeteiligung und UVP gewesen. Ein Verfahren ohne Bergrecht wäre besser gewesen, um auch die Öffentlichkeitsbeteiligung zu gewährleisten. Die Argumentation des Landesamts für Bergbau, Energie und Geologie (LBEG) sei es gewesen, ob es eine Wassergefährdung gebe oder nicht. Dem Umweltverband sei sehr an Öffentlichkeitsbeteiligung gelegen gewesen, insbes. wegen der Einleitungsstelle.⁷⁰⁷
- **UV7:** Die Rolle raumordnerischer Vorgaben im bergrechtlichen Verfahren werde an folgendem Beispiel deutlich: In den LEP NRW sei hineingeschrieben worden, dass die Förderung von Schiefergas unzulässig sei, daher seien Anträge auf Verlängerung bestehender Vorhaben unabhängig von der Bundesgesetzgebung abgelehnt worden.
- **UV6:** Hinsichtlich der Rolle raumordnerischer Vorgaben im bergrechtlichen Verfahren sei auch ein Fall aufschlussreich, in dem im regionalen Raumordnungsprogramm ein ausgenommenes Gebiet als Schutzzone für einen Mineralbrunnen ausgewiesen wurde, in dem keine Bohrungen erfolgen sollten. Dies sei interessant, weil es in dem Land mehrere Mineralbrunnen gegeben habe, dem einen sei der Schutz gewährt, dem anderen versagt worden.
- **UV8:** Für Ressourcen wie Kohle bedürfe es eigentlich einer Bundesraumordnung, nur so könne über das Raumordnungsverfahren eine realistische Bedarfsprüfung vorgenommen werden. Bei den Ländern sei diese Regelungsebene die falsche. Dies werde sich auch durch die Raumordnungs-Novelle 2017 nicht ändern. Im Gegensatz z.B. bei Offshore-Windkraftanlagen, wo die bundesweite Bedeutung anerkannt werde. Dies sei nicht richtig.
- **UV8:** Zu Vorbereitungen für die Umsetzung der neuen Vorgaben zur unterirdischen Raumordnung (Raumordnungsnovelle 2017) sei festzustellen: Es werde viele Verfahren geben, bei denen man sich die Frage stelle, ob v.a. die Erkenntnisgrundlage eigentlich ausreichend sei, unbestimmte Bereiche mit Grundsätzen zu belegen. Man halte eine unterirdische Raumordnung jedenfalls für sehr richtig. Man habe zwar eine Situation, in der die raumordnerischen Vorgaben eine große Rolle spielten, aber man habe an dieser Stelle dann keine Rechtsschutzmöglichkeit. Das sei zwingend anzupassen. Man könne sich in Anbetracht der Bedeutung dieser Vorgaben nicht auf Inzidentprüfung in fünf Jahren verlassen. Man habe dann keine

⁷⁰⁶ Siehe hierzu 3.7.3.

⁷⁰⁷ Hinweis: Durch Art. 1 der Verordnung zur Einführung von Umweltverträglichkeitsprüfungen und über bergbauliche Anforderungen beim Einsatz der Fracking-Technologie und Tiefbohrungen wurde die UVP-V Bergbau in § 1 Nr. 6 geändert, so dass nunmehr eine UVP-Pflicht besteht für „eine Tagebauentwässerung oder Leitungen zum Fortleiten von salzhaltigen Wässern aus der Gewinnung und Aufbereitung von Kali- und Steinsalz einschließlich solcher aus Kalihal- den“.

reale Abwägungsüberprüfung mehr. Es sei fraglich, ob das im Rahmen der Inzidentprüfung gelingen könne. Man versuche seit 20 Jahren, die Inzidentprüfung bei der Linienbestimmung im Straßenrecht handhabbar zu machen, und das gelinge nicht, weil der Betrachtungsrahmen/die Abwägungssituation im Prozess/Gerichtsverfahren (die Anfechtungssituation) sich so stark von der planerischen Abwägungssituation/ der Linienbestimmung unterscheide.

- **UV8:** Eine Anfechtungssituation sei in der jeweiligen Prozesssituation nicht darstellbar. Dies sei der Grund, warum die Entscheidung getroffen worden sei, Braunkohlepläne auch direkt anzufechten. Man hege die Hoffnung, dass bei der direkten Anfechtung die dort relevanten Themen und auch die Obersätze besser zur Geltung kämen. Wenn Rechtsschutz versagt werde, bleibe aber nur die inzidente Anfechtung. Man halte das für eine sehr fragwürdige Überfrachtung dieser ohnehin schon sehr komplexen gerichtlichen Situation.
- **UV8:** Das Problem bei der Inzidentprüfung liege v.a. auch in der Frage, was dort konkret passiere. Im Fall der Raumordnung für ein konkretes Vorhaben sehe man sich die Situation noch relativ zeitnah an. Die Abwägungsebene werde dann aber immer noch weiter nach hinten verschoben, man müsse sich also in den Kopf des Plangebers von vor zehn Jahren versetzen, das sei unpraktikabel und theoretisch sowie der Prozesssituation nicht angemessen.
- **UV8:** Die Frage sei auch, wo genau das Problem und der Grund für die Privilegierung lägen, bei jedem vorhabenbezogenen Bebauungsplan könne man denselben angreifen; die weiteren Rechtsschutzmöglichkeiten blieben trotzdem, im Zulassungsverfahren gälte notwendigerweise eine andere Prüfungsebene. Man verstehe die Privilegierung für die Rohstoffgewinnung in Bezug auf die Raumordnung nicht. Die Komplexität der Verfahren – man könne die Prüfungen nicht sämtlich inzident machen – überfordere die Richter. Es mache Sinn, die jeweiligen Rechtsfragen auf der jeweiligen Ebene prüfen zu lassen.
- **UV10:** Raumordnerische Vorgaben spielten im Ergebnis keine Rolle. Es werde keine Rücksicht genommen auf die Nebenwirkungen für Kommunen, Wasser, Naturschutz usw. In einem konkreten Fall (Kiesabbau) seien die Anliegen der Kommunen überhaupt nicht gehört worden – obwohl sie den Raum anders nutzen wollten und entsprechende Stellungnahmen abgegeben hätten. Dies sei ein Beispiel dafür, dass die betrieblichen Interessen immer gewannen, wenn Bergbehörde und Unternehmen an einem Strang zögen.

Zentrale Aussagen der Behörden zur Raumordnung

- **B2:** Schon aufgrund der Rechtsprechung und der Notwendigkeit der Rechtfertigung eines Vorhabens sei die Raumordnung von Bedeutung, insbes. für die Sicherung von Rohstoffen. Insbes. Vorranggebiete spielten eine Rolle und vereinfachten die Verfahren. Wenn es auf dieser Ebene schon eine Festlegung gebe, dann sei es für die Behörde einfacher, Vorhaben zu rechtfertigen. Darüber hinaus spiele im Einzelfall die Rechtfertigung eine wichtige Rolle im Rahmen der Abwägung nach § 48 Abs. 2 BBergG, wenn raumordnerisch keine Festlegung zugunsten des Abbaus gegeben sei.
- **B3:** Normale Raumordnungspläne einerseits und Braunkohlepläne andererseits ordne man in verschiedene Kategorien ein, dies würde man strikt trennen. Braunkohlepläne seien praktisch bundesweit ein Muss. Ein Braunkohleplan sei letztlich kein allgemeines Raumordnungsrecht, sondern in energiepolitische Entscheidungen eingebettet. Bezüglich der normalen Raumordnungsverfahren spiele eine ordentliche allgemeine Raumplanung eine große Rolle durch die Festlegung von Vorranggebieten mit Zielqualität, alles unterhalb habe rechtlich keine Relevanz. Bei der Bewertung der Raumverträglichkeit bestehe die größte Diskrepanz zwischen Anspruch und Recht. Viele Raumordnungsverfahren, die sich mit der Raumverträglichkeit beschäftigten, ohne dass Ziele vorlägen, seien letztlich rechtlich irrelevant für die Genehmigung und Zulassung. Ergebnisse, Empfehlungen und Maßgaben hätten eher faktische als rechtliche Relevanz, Unternehmen griffen diese bei der Planung zur Konfliktbewältigung auf (was durchaus wünschenswert sei). Wo es keine Vorranggebiete oder Zielqualität gebe, sei die rechtliche Relevanz der Raumordnungspläne für den Bergbau aber gleich null.

- **B3:** Die unterirdische Raumplanung in Mecklenburg-Vorpommern sei eine „Verhinderungsplanung“ und damit rechtswidrig.
- **B5 (Wasserbehörde):** Raumordnungsverfahren würden durch die gemeinsame Landesplanung getätigt. Teilweise fast schon unschön sei folgendes: Planer wollten sich vorab schon sehr gut präsentieren, oft bestehe gewisser Übermut, dass in Raumordnungsverfahren schon sehr detailliert rein gegangen werde. Die Wasserbehörde sei der Ansicht, dass dieses Ziel schon verfehlt sei, das habe nichts mehr mit Raumordnungsverfahren zu tun (sondern mit Fachplanung). Durch den Übermut/Fleiß des Raumplaners, es besonders gut zu machen, werde nach Außen plakativ gesagt „die haben sich gar nicht eingebracht“. Raumordnungsverfahren gingen am Thema vorbei, das führe zu Verwirrungen und Irrungen: Vorfestlegungen im Raumordnungsverfahren, die die Fachplanung vorwegnehmen, seien öffentlichkeitswirksam und kämen bei den Umweltverbänden gut an, gehörten aber eigentlich in die spätere Fachplanung. Grund sei sicherlich auch die Öffentlichkeitsbeteiligung. Dadurch entstehe vielleicht der Eindruck, dass bestimmte Punkte nicht ausreichend berücksichtigt würden, man möchte aber lediglich geordnetes Verfahren.

Konkret zur Raumordnungsnovelle 2017:

- **B1:** Über § 48 Abs. 2 BBergG werde die Entscheidung schon wie eine Raumordnungsklausel gehandhabt. Die Aufnahme des neuen Satz 2 in § 48 Abs. 2 BBergG werde keine Auswirkungen in der Verwaltungspraxis haben. Novelle werde aber eine wirkliche „unterirdische Raumplanung“ nicht nach sich ziehen, da es dafür viel mehr Informationen und Daten brauche.
- **B2:** Die Novelle spiele schon eine große Rolle, hänge aber von den Zielen der Raumordnung ab.
- **B2:** Zur unterirdischen Raumordnung sei insbesondere zu sagen: Die unterirdische Raumordnung sei bisher in dem Bundesland nur sekundär ein Thema gewesen, wäre auch fachlich bei einer anderen Behörde angesiedelt, dies sei aus Sicht der Bergbehörde problematisch (insbesondere aufgrund der Datenverfügbarkeit für Endabwägungen), auch wenn die Raumordnung sicherlich sehr wünschenswert sei. Datenbasis und Datenverfügbarkeit seien wesentliche Voraussetzungen für eine unterirdische Raumordnung.
- **B3:** Musterbegründungen für Planfeststellungsbeschlüsse habe man mit Blick auf § 48 Abs. 2 Satz 2 neu BBergG bereits angepasst. Die Rechtsprechung dazu habe es bereits zuvor gegeben, die gesetzliche Fixierung und Regelung sei daher sinnvoll und praktisch handhabbar.
- **B4:** Durch die Raumordnungsnovelle gebe es keine Neuigkeiten.

5.5 Zwischenfazit und Handlungsempfehlungen

Als Ausgangsüberlegung zu den planungsrechtlichen Handlungsempfehlungen wurde in dem UF-OPLAN-Projekt zur Unterirdischen Raumplanung⁷⁰⁸ festgestellt, dass die Systematik des bestehenden Raumordnungsrechts grundsätzlich auch für die Nutzung des unterirdischen Raums zur Anwendung kommen kann.

Vor dem Hintergrund der vielfältigen Nutzungen und Funktionen des Untergrundes sowie der Herausforderungen einer Steuerung der Energiewende wurde dementsprechend 2013 im Koalitionsvertrag auf Bundesebene festgehalten, dass „die Grundlagen für eine unterirdische Raumplanung“ an-

⁷⁰⁸ Schulze/Keimeyer/Janssen/Bartel/Seiffert: Unterirdische Raumplanung – Vorschläge des Umweltschutzes zur Verbesserung der über und untertägigen Informationsgrundlagen, zur Ausgestaltung des Planungsinstrumentariums und zur nachhaltigen Lösung von Nutzungskonflikten, Teilvorhaben 2: planerische und rechtliche Aspekte, UBA-Texte 57/2015.

gestrebt werden, was in 2017 mit dem Gesetz zur Änderung raumordnungsrechtlicher Vorschriften⁷⁰⁹ auch umgesetzt wurde. Hierzu wurde in § 48 Abs. 2 S. 2 BBergG eine Raumordnungsklausel aufgenommen, nach der bei raumbedeutsamen Vorhaben Ziele der Raumordnung zu beachten sind. Diese Neuerung trat am 29.11.2017 in Kraft.

Hiermit wurde nicht nur der Wille des Gesetzgebers deutlich, dass die Raumordnung auch im Untergrund angewendet werden kann und soll, sondern es wurde auch Rechtsklarheit geschaffen, dass bei Zulassungen nach dem BBergG die raumordnerischen Ziele (verbindlich) beachtet werden müssen. Der Gesetzgeber beschrieb in diesem Zusammenhang zutreffend die *„Aufgabe der Raumordnung, vor dem Hintergrund der vielfältigen Nutzungen und Funktionen des Untergrunds dazu beizutragen, in einer Gesamtschau alle Nutzungen und Funktionen in einem bestimmten Plangebiet zu identifizieren, zu bewerten, im Falle von Konkurrenzen zu koordinieren und gegebenenfalls für einzelne Nutzungen oder Funktionen Gebiete zu reservieren.“*⁷¹⁰

Damit einhergehend war eine der wichtigsten Voraussetzungen für die stärkere praktische Verankerung einer unterirdischen Raumplanung umgesetzt. Denn § 48 BBergG regelt nun ausdrücklich das unerlässliche Zusammenspiel zwischen Raum- und Fachplanung. Darüber hinaus werden auch letzte Zweifel an einer Anwendbarkeit der Raumordnung im Untergrund ausgeräumt – auch wenn im Raumordnungsgesetz selbst keine ausdrückliche begriffliche Klarstellung erfolgte.

Die bestehenden raumordnerischen Instrumente wie Vorrang-, Vorbehalts- und Eignungsgebiete und Kombinationen zwischen diesen erlauben grundsätzlich bereits de lege lata eine Steuerung unterirdischer Nutzungen. Im Bundesrecht fehlt aber die Möglichkeit reine „Ausschlussgebiete“ festzulegen, in denen alle oder auch nur bestimmte Nutzungen oder Funktionen untersagt werden.⁷¹¹ Z.B. hat ein Eignungsgebiet zwar eine Ausschlusswirkung für außerhalb des festgesetzten Gebiets gelegene Bereiche, nicht aber in diesem selbst. Ausschlussgebiete wurden allerdings in Bayern, Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz auf Landesebene in den Landesplanungsgesetzen verankert.⁷¹²

Über die Kategorie eines Ausschlussgebiets hinaus ist zu diskutieren, ob die Idee eines weitergehenden „Ressourcenschutzgebiets“ verfolgt wird, in dem jegliche Nutzung zum Schutz vorhandener Rohstoffe, z.B. als Vorrat für künftige Generationen, untersagt wird.⁷¹³ Parallelen gibt es etwa für Natur- oder Wasserschutzgebiete. Andere Vorschläge wie der einer bedingten Raumplanung, bei der die Nutzungsmöglichkeit vom Eintritt bestimmter Ereignisse abhängig gemacht wird, wurden bereits im Entwurf zur Novellierung des Raumordnungsgesetz (ROG) aufgegriffen.

Das Spannungsverhältnis zwischen Raumordnung und Bergrecht ist an zwei miteinander konfligierenden Grundsätzen des Raumordnungsgesetzes erkennbar. Einerseits ist nach dem Rohstoffgrundsatz des § 2 Abs. 2 Nr. 4 S. 4 ROG die Sicherung der Aufsuchung und Gewinnung von Rohstoffen anzustreben, andererseits sind nach dem Grundsatz des § 2 Abs. 2 Nr. 1 S. 2 ROG Ressourcen nachhaltig zu schützen. Als Grundsätze der Raumordnung sind beide in der Abwägung überwindbar. Jedoch handelt es sich bei bergrechtlichen Zulassungen um gebundene Entscheidungen, so dass jedenfalls im Bergrecht an sich kein Raum für eine Abwägung bleibt. Grundsätze der Raumordnung können daher gebundenen bergrechtlichen Entscheidungen, insbesondere im Planfeststellungsverfahren nach § 57a BBergG, nicht entgegengehalten werden.

⁷⁰⁹ Gesetz zur Änderung raumordnungsrechtlicher Vorschriften vom 23.05.2017 (BGBl. I S. 1245).

⁷¹⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung raumordnungsrechtlicher Vorschriften, BT-Drs. 18/10833 v. 18.01.2017, S. 64.

⁷¹¹ Dazu bei Sanden et al.: INSTRO, Teil 2: Rohstoffbedarfsplanung, unter 5.1.6.2.

⁷¹² Art. 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BayLPIG, § 6 Abs. 2 Nr. 3 LPIG RLP und § 11 Abs. 7 LpIG BaWü.

⁷¹³ Zum „Ressourcenschutzgebiet“ näher bei Sanden et al.: INSTRO, Teil 2: Rohstoffbedarfsplanung, unter 5.1.6.4.

Anders ist dies bei den (verbindlichen) Zielen der Raumordnung. Auch vor der Änderung des ROG mit der Schaffung der Raumordnungsklausel in § 48 Abs. 2 S. 2 ROG (neu)⁷¹⁴ wurde kaum noch bestritten, dass die Ziele über § 48 Abs. 2 BBergG a.F. über den Begriff der „öffentlichen Interessen“ in bergrechtlichen Entscheidungen zu beachten waren. Allerdings war die Rechtslage durchaus komplex. Bei einfachen Rahmenbetriebsplanzulassungen waren die Ziele der Raumordnung unmittelbar über § 48 Abs. 2 BBergG zu beachten. Bei planfeststellungspflichtigen Entscheidungen ergab sich dies über § 4 Abs. 1 Nr. 3 ROG. Die besondere Raumordnungsklausel in § 48 Abs. 2 Satz 2 ROG n.F. macht derartige Umwege unnötig und begründet eindeutig die Verbindlichkeit der Raumordnungsziele.

Letztlich liegt die Problematik aber in der bergrechtlichen Zulassung als gebundene Entscheidung. So ist nach § 52 Abs. 1 BBergG die Zulassung des Betriebsplans bei Vorliegen der dort genannten Voraussetzungen zu erteilen. Eine planerische Genehmigung würde über die Beachtung von Zielen hinaus auch eine Berücksichtigung von Grundsätzen der Raumordnung erleichtern.

Die nachfolgenden Empfehlungen befassen sich insbesondere mit einzelnen Elementen zur Stärkung der untertägigen Raumordnung. Eine weitere umfassende Auseinandersetzung mit der Frage, inwieweit der Rohstoffbedarf durch planerische Elemente – insbesondere die Raumordnung – gesteuert werden kann, erfolgt in dem gesondert veröffentlichten Bericht des Projekts zur „Bedarfsplanung“.⁷¹⁵

5.5.1 Ambitioniertes Geologiedatengesetz verabschieden

Der mit Abstand wichtigste offene Punkt für eine Stärkung der untertägigen Raumordnung, bei dem eine rechtliche Änderung zu empfehlen ist, ist die unzureichende und veraltete Regelung des Lagerstättengesetzes zur Datenverfügbarkeit.⁷¹⁶ Wiederholt wurde der im unterschiedlichen Maße offene Datenzugang von Fachbehörden wie den Staatlichen Geologischen Diensten (SGD) und der Landesplanung thematisiert. Von Wirtschaftsunternehmen erhobene Bohrdaten, die aus nachvollziehbaren Gründen nicht zeitnah der Öffentlichkeit (und damit auch der Konkurrenz) zur Verfügung gestellt werden, werden nicht wie in verschiedenen anderen Staaten z.B. Kanada, Polen, Norwegen, dem Vereinigten Königreich und den Niederlanden⁷¹⁷ nach einer gewissen Latenzzeit der Öffentlichkeit zugänglich gemacht, sondern bleiben allein den SGD zugänglich. Die Landesplanung ist daher bei der Findung und Gewichtung angemessener Beurteilungskriterien darauf angewiesen, dem SGD entsprechende Ermittlungsaufträge zu geben. Von Vertretern der Wissenschaft und der Forschung wurde vorgebracht, dass ihnen ein solcher Zugang fehle. Insoweit sind die Aktivitäten des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) für ein neues „Geologiedatengesetz“ (GeoIDG) zu begrüßen, welches die Restriktionen des bisherigen Lagerstättengesetzes (LagerStG)⁷¹⁸ aufheben soll. Als zentraler Inhalt der Reform ist geplant, die Grundlage für die Sicherung und Weitergabe entsprechender Daten zwischen Behörden und dem Zugang der Allgemeinheit zu legen und die Geologischen Landesdienste zu stärken.⁷¹⁹ In den Vorüberlegungen werden ausdrücklich die Entwicklung

⁷¹⁴ Gesetz zur Änderung raumordnungsrechtlicher Vorschriften vom 23.05.2017, BGBl. I S. 1245.

⁷¹⁵ Dazu bei Sanden et al.: INSTRO, Teil 2: Rohstoffbedarfsplanung.

⁷¹⁶ Siehe hierzu auch *Keimeyer/Schulze/Runge/Kahnt/Gabriel/Janssen/Bartel/Schmitt*, Unterirdische Raumplanung und nachhaltige Ressourcenbewirtschaftung am Beispiel von ausgewählten Regionen, UBA-Texte 27/2018, <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/unterirdische-raumplanung-nachhaltige>, abgerufen 05.03.2019.

⁷¹⁷ *Kahnt/Gabriel/Seelig/Freund/Homilius*, Unterirdische Raumplanung, Teilvorhaben 1 (Geologische Daten), Abschlussbericht, UBA-Texte 11/2015, S. 181.

⁷¹⁸ Lagerstättengesetz in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 750-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 22 des Gesetzes vom 10. November 2001 (BGBl. I S. 2992) geändert worden ist.

⁷¹⁹ Vgl. *Hoth*, Heimische Rohstoffe aus industriepolitischer Sicht, Präsentation des BMWi, Bamberg, 27.06.2017, abrufbar unter: http://www.abbm-bayern.de/www/media/tools_downloads/bergbau_tag_bamberg/170621Heimische_Rohstoffe_finalHoth.pdf, aufgerufen am 30.11.2018. Vgl. auch die Meldung vom 12. November 2018: BGE berichtet bei der 1. Statuskonferenz Endlage-

von Untergrundmodellen und -plänen zum Schutz und zur nachhaltigen und ressourcenschonenden Nutzung des geologischen Untergrunds genannt. Bei der Verabschiedung des Gesetzes ist darauf zu achten, dass sich die Regelungen auch auf die Daten bereits vorhandener Bohrungen erstreckt – ggf. sind für diese gewisse Übergangsregelungen erforderlich. Die Bestrebungen der Unternehmen des Bohrlochbergbaus, die bestehenden Daten dauerhaft von einer Nutzbarmachung auszunehmen, sind deshalb zurückzuweisen.

Vorschlag: ambitioniertes Geologiedaten-Gesetz verabschieden

Das geplante Geologiedatengesetz sollte sich auch auf Bestandsdaten beziehen. Wie in den klassischen Förderländern sollten die Daten nach bestimmten Fristen (zwischen 2 bis 5 Jahren)⁷²⁰ veröffentlicht werden.

5.5.2 Bergrechtlichen Feldbegriff anpassen

Bergbauberechtigungen gewähren das ausschließliche Recht, innerhalb eines bestimmten Feldes den bezeichneten Bodenschatz aufzusuchen oder zu gewinnen und weitere damit verbundene Tätigkeiten und Rechte auszuüben.⁷²¹ Wie bereits dargestellt, führt die Ausschließlichkeit dazu, dass Dritten die Aufsuchung oder Gewinnung desselben Bodenschatzes in diesem Feld untersagt ist. Beispielsweise ist jedoch eine geothermische Nutzung prinzipiell im Sinne einer „Stockwerksnutzung“ mit verschiedenen Techniken in unterschiedlichen Tiefen möglich.

Eine denkbare Situation wäre beispielsweise, dass oberflächennahe Geothermie in Tiefen bis 400 m stattfindet sowie parallel ein tiefer Thermalwasseraquifer in einer Tiefe von 1500 m genutzt wird. Zukünftig wäre zudem auch vermehrt damit zu rechnen, dass unter diesem geothermischen Nutzungshorizont in einer Tiefe von 4 bis 6 km das Kluftsystem eines Hot-Dry-Rock-Projektes für ein Erdwärmekraftwerk zur Stromerzeugung genutzt werden soll. Die Realisierung der Projekte wäre unter den entsprechenden geologischen und technischen Voraussetzungen gleichzeitig realistisch und ohne gegenseitige Beeinflussung zu betreiben.⁷²² Die bergrechtliche Erteilung der Bewilligung auf die Gewinnung von Erdwärme schließt jedoch eine Erschließung durch Dritte im selben Bewilligungsfeld aus. Die gleichzeitige Nutzung der unterschiedlichen Horizonte wäre deshalb nur möglich, wenn es zu einer privatrechtlichen Einigung der verschiedenen Nutzungsinteressenten oder Antragsteller kommt, also zur Zustimmung des Berechtsamsinhaber.⁷²³ Soweit ersichtlich haben sich in der Praxis entsprechende Herausforderungen nur in Verbindung mit der Geothermie gezeigt.

Vor diesem Hintergrund sollte der bergrechtliche Feldbegriff in § 4 Abs. 7 BBergG dahingehend modifiziert werden, dass auch eine horizontale Feldteilung möglich ist. Bei der Bemessung von Erlaubnis-

zung über ihren Arbeitsstand, <https://www.bge.de/de/aktuelles/meldungen-und-pressemitteilungen/meldung/news/2018/11/265-bge/>, aufgerufen am 27.11.2018.

⁷²⁰ In dem Vereinigten Königreich soll die Frist 3 bis 4 Jahre, in Norwegen 2 bis 5 Jahre und in den Niederlanden 5 bzw. 10 Jahre betragen.

⁷²¹ Vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 1, § 8 Abs. 1 Nr. 1 und § 9 Abs. 1 S. 1 BBergG.

⁷²² Schulz, Bergrecht und Erdwärme – Gesichtspunkte zur Bemessung von Erlaubnis- und Bewilligungsfeldern, GtE 40/2003, S. 9 (11).

⁷²³ Schulz, S. 9 (11).

und Bewilligungsfeldern könnte so neben der vertikalen Begrenzung auch eine Begrenzung auf Tiefenabschnitte festgelegt werden. Auf diese Weise wären Erlaubnis- bzw. Bewilligungsräume in Stockwerken übereinander möglich.⁷²⁴ Diese Bestimmung sollte als Ermessenregelung ausgestaltet werden („Kann“-Bestimmung).⁷²⁵ Der Vorteil dieser Vorgehensweise liegt in der Schaffung von Rechtsklarheit. Darüber hinaus würde eine gesetzliche Regelung zu einer einheitlichen Anwendung führen.⁷²⁶ Zusätzlich wäre zu regeln, dass der Zugang zu den Feldern und der damit verbundene Betrieb der Anlagen durch verschiedene Genehmigungsinhaber bei der stockwerksweisen Nutzung gewährleistet sein müssen. Dies könnte über Auflagen im Genehmigungsbescheid erreicht werden.

Vorschlag: Bergrechtlicher Feldbegriff anpassen

Es wird in § 4 Abs. 7 BBergG gesetzlich klargestellt, dass bei der Bemessung von Erlaubnis- und Bewilligungsfeldern auch eine Begrenzung auf Tiefenabschnitte festgelegt werden kann (Ermessenregelung). Gegebenenfalls könnte eine solche Regelung nur auf die Geothermie begrenzt werden.

5.5.3 Klarstellung der Möglichkeit untertägiger Raumordnung im ROG

Die explizite Klarstellung, dass die Raumordnung auch die Aufgabe hat, den Untergrund zu adressieren, könnte dazu beitragen, dass in den Ländern und Planungsregionen hierzu weitere Erfahrungen gesammelt werden. Gerade auch der Einsatz dreidimensionaler Raumordnungsinstrumente könnte die Abstimmung unterschiedlicher untertägiger Nutzungen⁷²⁷ vereinfachen. Durch eine stärkere Planung des Untergrunds könnte z.B. die Harmonisierung mehrerer bergbaulicher Nutzungen im gleichen Bewilligungsfeld erleichtert werden, so z.B. unterschiedliche, der Ressourcenkonsistenz dienende, sich nicht beeinflussende Geothermieverfahren oder Erdspeicher. Das UBA⁷²⁸ schlug hierzu u.a. die Änderung der §§ 1 und 8 ROG a.F. (=§ 13 ROG n.F.) zur expliziten Adressierung des Untergrunds durch die Raumordnung und die Aufnahme Teufen-bezogener Festlegungsinstrumente vor. Auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur wurden die Instrumente der Raumordnung für grundsätzlich geeignet gehalten, um die untertägigen Nutzungskonkurrenzen zu ordnen.⁷²⁹

Hinzu kommt, dass die zeitliche Steuerung konkurrierender Nutzungen nach neuer Rechtslage nunmehr insbesondere durch bedingt aufschiebende Planungen und Zwischennutzungen erreicht werden könnte.⁷³⁰ Durch die Festlegung zeitlicher Rangfolgen für die Erschließung von Vorrang und

⁷²⁴ Große, Strom und Wärme aus der Tiefe, Zur Genehmigung und Förderung tiefengeothermischer Anlagen, ZUR 2009, 535 (537); vgl. zum Ansatz der Stockwerksnutzung auch *Hellriegel*, Rechtsrahmen für eine Raumordnung zur Steuerung unterirdischer Nutzungen, NVwZ 2013, 111 (115) sowie *Karrenstein*, Raumordnung des Untergrundes? Rechtssystematische Ein- und Ausblicke, RaumPlanung 4/2013, S. 48 (51).

⁷²⁵ So auch: *Umweltbundesamt*, Umweltverträgliche Nutzung des Untergrundes und Ressourcenschonung, November 2014 (Positionspapier Langfassung), S. 20.

⁷²⁶ *Schulz*, S. 9 (11).

⁷²⁷ Vgl. *Erbguth*, Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 19.02.2015 – 7 C 11.12 u.a. –, ZUR 2011, 121.

⁷²⁸ *Penn-Bressel/Weber* et al., in: *Umweltbundesamt* (Hrsg.), *Umweltverträgliche Nutzung des Untergrundes und Ressourcenschonung – Anforderungen an eine Raumordnung unter Tage und ein modernes Bergrecht* (Kurzfassung), Position, November 2014, Dessau, S. 7 f.

⁷²⁹ *Janssen*, Verankerung der untertägigen Raumordnung, Vortrag bei der Fachtagung „Umweltverträgliche Nutzung des Untergrundes und Ressourcenschonung“ – Anforderungen an die untertägige Raumordnung und das Bergrecht, Universität Kassel, 25.11.2014, Vortragsfolien, https://www.uni-kassel.de/fb07/fileadmin/datas/fb07/5-Institute/IWR/Roßnagel/sonstiges/vortrag_bergrecht_tagung_janssen.pdf, Folie 4.

⁷³⁰ Vgl. bei *Sanden* et al.: *INSTRO*, Teil 2: Rohstoffbedarfsplanung, unter 5.1.6.5.

Eignungsgebieten könnte zudem die Verwirklichung priorisierter Nutzungen zu späteren Zeitpunkten erreicht werden.⁷³¹

Um klarzustellen, dass die untertägige Raumordnung vom ROG erfasst wird, wird jedoch einem Vorschlag des UBAs folgend, die Änderung der §§ 1 und 13 ROG n.F. (§ 8 ROG a.F.) zur expliziten Adressierung des Untergrunds durch die Raumordnung und die Aufnahme Teufen-bezogener Festlegungsinstrumente vorgeschlagen. Eine solche ausdrückliche Klarstellung hat z.B. Schleswig-Holstein in seinem Landesplanungsgesetz aufgenommen.⁷³²

Vorschlag: Adressierung einer untertägigen Raumordnung im ROG

Änderung der §§ 1 und 13 ROG zur expliziten Adressierung des Untergrunds durch die Raumordnung und die Aufnahme Teufen-bezogener Festlegungsinstrumente

5.5.4 Erweiterung der Grundsätze des § 2 ROG

Um die unterirdische Raumplanung noch besser in das bestehende Regelwerk zu integrieren, kommt zudem in Betracht, die Grundsätze des § 2 ROG in Bezug auf Rohstoffe, erneuerbare Energien sowie die Speicherung von klimaschädlichen Stoffen wie Kohlendioxid auf weitere untertägige Nutzungen wie die Speicherung von aus erneuerbaren Energien gewonnenen Energieträgern (Druckluft, Wasserstoff, eE-Methan) zu erweitern.⁷³³ Auch diese Nutzungsformen weisen eine Standortgebundenheit in Bezug auf spezifische geologische Gegebenheiten auf und besitzen eine vergleichbare volkswirtschaftliche Bedeutung für die Energieversorgung und die Versorgungssicherheit.

Auch hiermit würde verdeutlicht werden, dass auch untertägige Nutzungen von der Raumordnung erfasst werden. Bisher werden Rohstoffe insbesondere durch die Rohstoffsicherungsklausel in § 2 Abs. 2 Nr. 4 Satz 4 ROG adressiert, wonach die „räumlichen Voraussetzungen für die vorsorgende Sicherung sowie für die geordnete Aufsuchung und Gewinnung von standortgebundenen Rohstoffen zu schaffen“ sind.

Vorschlag: Erweiterung der Grundsätze des § 2 ROG

In die Grundsätze der Raumordnung nach § 2 ROG sollten weitere untertägige Nutzungen einbezogen werden.

⁷³¹ Bartel/Janssen, Raumplanung im Untergrund unter besonderer Berücksichtigung des Umweltschutzes, NuR 2016, 237 (243).

⁷³² § 2 Abs. 2 Gesetz über die Landesplanung (Landesplanungsgesetz – LaplaG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 10.02.1996, GVOBl. 1996, 232, zuletzt geändert durch Gesetz v. 05.04.2017, GVOBl. S. 222: „Der Gesamttraum schließt auch den Untergrund im Landesgebiet von Schleswig-Holstein ein. Untergrund im Sinne dieses Gesetzes sind diejenigen unterirdischen Bereiche, denen aufgrund ihrer Tieflage für oberflächige Nutzungen, insbesondere solche baulicher Art, in der Regel keine Bedeutung zukommt.“

⁷³³ Vgl. hierzu die Ausführungen und Empfehlungen im Projekt, Schulze/Keimeyer/Janssen/Bartel/Seiffert: Unterirdische Raumplanung – Vorschläge des Umweltschutzes zur Verbesserung der über und untertägigen Informationsgrundlagen, zur Ausgestaltung des Planungsinstrumentariums und zur nachhaltigen Lösung von Nutzungskonflikten, Teilvorhaben 2: planerische und rechtliche Aspekte, UBA-Texte 57/2015.

6 Beteiligungs- und Klagerechte

6.1 Geltung der allgemeinen Regelungen zur Beteiligungsmöglichkeit an Verwaltungsverfahren

Ebenso wie für sonstige Infrastrukturprojekte gelten auch für sämtliche Vorhaben der Rohstoffgewinnung zunächst die allgemeinen Bestimmungen zur Beteiligung der Öffentlichkeit und der von einem Vorhaben potentiell in eigenen Rechten betroffenen Personen – seien es natürliche oder juristische Personen des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts. Dies gilt auch für Umweltvereinigungen, welchen der Staat über einen Anerkennungsakt (§ 3 UmwRG⁷³⁴) die Möglichkeit eingeräumt hat, als Sachwalter der Belange von Umwelt und Natur aufzutreten.

Jenseits der Öffentlichkeit oder bestimmter Teile der Öffentlichkeit ist nach allgemeinen Regeln des Verwaltungsverfahrensgesetzes eine Beteiligung der durch den Erlass des jeweiligen Bescheides in eigenen Rechten (dritt)betroffenen Personen zu betreiben (§ 13 VwVfG). Weiterhin hat jede Behörde gem. § 25 Abs. 3 VwVfG darauf hinzuwirken, dass der Träger bei der Planung von Vorhaben, die nicht nur unwesentliche Auswirkungen auf die Belange einer größeren Zahl von Dritten haben können, die betroffene Öffentlichkeit frühzeitig über die Ziele des Vorhabens, die Mittel, es zu verwirklichen, und die voraussichtlichen Auswirkungen des Vorhabens unterrichtet (frühe Öffentlichkeitsbeteiligung). Soweit das Gesetz die Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens vorschreibt, richtet sich das Beteiligungsverfahren für Öffentlichkeit ebenso wie für vorhabensbedingt in eigenen Rechten betroffene Personen nach den §§ 72 ff. VwVfG bzw. den fachgesetzlichen Sonderregelungen (im Geltungsbereich des BBergG §§ 57a ff. BBergG).

6.2 Relevante Verfahren

Im Kontext bergbaulicher Vorhabensplanungen der Aufsuchung, Gewinnung oder Aufbereitung von Bodenschätzen sind insbesondere folgende Verwaltungsverfahren durchzuführen, an welchen unter bestimmten Voraussetzungen die Öffentlichkeit oder Teile der Öffentlichkeit bzw. (zumindest potentiell) in eigenen Rechten betroffene Dritte zu beteiligen sein können oder beteiligt werden müssen. Zu nennen sind insbesondere:

- ▶ bergrechtliche Betriebsplanzulassungen (§§ 48, 50 ff. BBergG),
- ▶ bergrechtliche Grundabtretungen (§§ 77 ff. BBergG),
- ▶ bergrechtliche Zulegungen (§§ 35 ff. BBergG),
- ▶ die Ersetzung einer versagten Zustimmung zur Nutzung eines fremden Grundstückes zum Zwecke der Aufsuchung von Bodenschätzen (§§ 39 ff. BBergG),
- ▶ wasserrechtliche Bewilligungen (§§ 8, 9, 11 WHG) bei Einwirkungen auf Gewässer oder das Grundwasser,
- ▶ immissionsschutzrechtliche Genehmigungen (§ 10 BImSchG i.V.m. 9. BImSchV) für bestimmte Anlagen, die im Zusammenhang mit einem Aufsuchungs-, Gewinnungs- oder Aufbereitungsbetriebs genutzt werden und
- ▶ Bauleitplanverfahren (§ 3 BauGB) bzw. Raumordnungsverfahren sofern auf dieser Ebene planerische Bestimmungen zur Rohstoffgewinnung getroffen werden.

⁷³⁴ Gesetz über ergänzende Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten nach der EG-Richtlinie 2003/35/EG (Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz – UmwRG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. August 2017 (BGBl. I S. 3290).

Bezüglich des Verfahrens auf Erteilung einer

- ▶ bergrechtlichen Bergbauberechtigung (§§ 6 ff. BBergG)

ist demgegenüber keine Beteiligung der Öffentlichkeit, der anerkannten Umweltschutzvereinigung oder Grundstückseigentümer vorgesehen., Lediglich Gemeinden können über die Vorschrift zur Beteiligung anderer Behörden (§ 15 BBergG) an dem Verfahren mitwirken.

Keine allgemeine Beteiligung der Öffentlichkeit, jedoch der anerkannten Naturschutzvereinigungen, ist in den Naturschutzgesetzen für den Fall der Erforderlichkeit

- ▶ bestimmter naturschutzrechtlicher Entscheidungen (insbesondere vor Erteilung von bestimmten Befreiungen und Ausnahmen von Vorgaben des Gebiets- und Objektschutzes)

vorgeschrieben.

6.3 Zweck der Beteiligung Dritter am Verwaltungsverfahren

Beteiligungsverfahren dienen in Deutschland traditionell zuvörderst der Gewährleistung von Rechtsschutz. Kommt es durch einen Akt der staatlichen Gewalt – wie dem Erlass von Genehmigungsbescheiden zugunsten des Betreibers eines Vorhabens – zu einer Beeinträchtigung rechtlich geschützter Belange einer anderen Person, so soll diese Person Gelegenheit haben, sich vor dem Ergehen der Entscheidung zu äußern und die eigene Position zu verteidigen. Das Beteiligungsverfahren dient insofern gleichsam einem vorgezogenen Rechtsschutz. Soweit eine ergehende Entscheidung sodann eine Verletzung der eigenen Rechte bewirkt, besteht nach § 42 Abs. 2 VwGO die Möglichkeit, eine gerichtliche Entscheidung zu erwirken.

Der Beteiligung Dritter kommt weiterhin die Funktion zu, die der Behörde obliegende Amtspflicht zur Ermittlung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts zu erleichtern bzw. zu vervollständigen. Unter diesem Aspekt findet – soweit gesetzlich vorgeschrieben – die Beteiligung von Fachbehörden und anderen Trägern öffentlicher Belange sowie der allgemeinen Öffentlichkeit statt. Auch die Beteiligung von anerkannten Natur- und Umweltschutzvereinigungen dient der Verbesserung der Sachaufklärung, dabei aber auch dem vorgezogenen Rechtsschutz für die Schutzgüter, für welche die Vereinigungen eintreten dürfen, soweit diesen über das Recht auf Verfahrensbeteiligung auch ein Recht zur anschließenden Beantragung einer gerichtlichen Kontrolle eingeräumt ist.

6.4 Besonderheiten der Beteiligung Dritter an Verwaltungsverfahren nach BBergG

6.4.1 Allgemeine Grundsätze

Zunächst gilt für sämtliche Verwaltungsverfahren, die nach dem Rechtsregime des BBergG durchzuführen sind, dass gemäß § 5 BBergG bei der Ausführung des Gesetzes und der auf Grund des BBergG erlassenen Rechtsverordnungen das Verwaltungsverfahrensgesetz anzuwenden ist, soweit sich im BBergG keine speziellen Verfahrensregelungen befinden. Gleiches folgt zwar auch aus § 1 Abs. 3 VwVfG, jedoch stellt § 5 BBergG einen Vorrang der im BBergG enthaltenen besonderen Verfahrensregelungen auch gegenüber den Landesverfahrensgesetzen sicher.⁷³⁵

§ 13 Abs. 1 VwVfG regelt, dass diejenigen Personen Beteiligte des Verfahrens sind, an welche die Behörde einen Verwaltungsakt zu richten hat. Neben einem antragstellenden Unternehmen sind immer dann Dritte am Verwaltungsverfahren zu beteiligen, die Inhaber von Rechtspositionen sind, die

⁷³⁵ v. Hammerstein, § 5 Rn. 2.

mit dem Antragsgegenstand in Konkurrenz stehen. Dies können in bergrechtlichen Verfahren insbesondere Rechte am Grundeigentum sein. Aber auch soweit aus dem Antrag eines Bergbauunternehmens auf Erlass eines Bescheides keine unmittelbare Übertragung von Rechtspositionen folgt, können geschützte Rechtsgüter anderer Personen betroffen sein. Dies können bei natürlichen Personen etwa sich ergebende Einwirkungen auf die Gesundheit sein. Im Hinblick auf die verfassungsmäßig geschützten Rechte der Gemeinden kommt ggf. auch eine Beeinträchtigung von deren kommunaler Gebietshoheit als entgegenstehendes rechtliches Interesse in Betracht.

Sofern gesetzlich angeordnet ist, dass über einen Antrag in einem förmlichen Verwaltungsverfahren zu entscheiden ist, finden §§ 63 ff. VwVfG Anwendung. Gem. § 66 VwVfG ist den Beteiligten an einem förmlichen Verwaltungsverfahren Gelegenheit zu geben, sich vor der Entscheidung zu äußern sowie an einer Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen und der Einnahme des Augenscheins teilzunehmen und hierbei sachdienliche Fragen zu stellen. Schriftlich oder elektronisch vorliegende Gutachten sollen ihnen zugänglich gemacht werden. Ergeht die Entscheidung der Behörde im Ergebnis einer mündlichen Verhandlung, sind die Beteiligten zu dieser mit angemessener Frist zu laden (§ 67 VwVfG). Verwaltungsakte, die das förmliche Verfahren abschließen, sind gem. § 69 Abs. 2 VwVfG schriftlich zu erlassen, schriftlich zu begründen und den Beteiligten zuzustellen.

Ist durch Rechtsvorschrift die Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens angeordnet, so richtet sich das Verfahren nach den §§ 73 bis 78 VwVfG soweit keine spezialgesetzlichen Regelungen (wie §§ 57a ff. BBergG) vorgehen.

6.4.2 Berechtsamsverfahren

Wie oben⁷³⁶ dargestellt wurde, verhält sich die Erteilung einer Bergbauberechtigung („Berechtsam“) nach herrschender Rechtsauffassung nicht zu Rechten Dritter, die mit einer nachfolgenden Durchführung eines Abbauvorhabens in Konflikt stehen können. Da sich das Grundeigentum nicht auf bergfreie Bodenschätze i.S.v. § 3 BBergG erstreckt, wird mit der Vergabe des Berechtsams an diesen Bodenschätzen nicht in Rechtspositionen des Grundstückseigentümers eingegriffen. Mithin werden Grundeigentümer auch nicht als nach § 13 VwVfG zu beteiligende Personen behandelt und diese haben nach herrschender Meinung und ständiger Rechtsprechung auch keine Klageberechtigung gegen die Erteilung einer Bergbauberechtigung an einem bergfreien Bodenschatz der unter der Oberfläche des eigenen Grundstücks lagert.⁷³⁷

Weiterhin sollen auch die bei Realisierung von bergbaulichen Tätigkeiten betroffenen öffentlichen Belange, insbesondere die Auswirkungen auf Schutzgüter des Umweltrechts, bei der Vergabe der Berechtsame nicht eingehend zu überprüfen sein. Insbesondere wird in der Erteilung der Bergbauberechtigung keine Vorhabensgenehmigung im Sinne des UVPG oder der UVP-Richtlinie gesehen, so dass die hieraus folgenden Pflichten zur Beteiligung der Öffentlichkeit nicht greifen. Weiterhin unterfällt das Verfahren auf Erteilung einer Bergbauberechtigung nicht den in § 63 BNatSchG genannten Fällen der Beteiligung anerkannter Naturschutzvereinigungen.

6.4.3 Betriebszulassungsverfahren

Im Betriebsplanzulassungsverfahren sind gem. § 54 BBergG die Fachbehörden zu beteiligen, deren Aufgabenbereich durch die in einem Betriebsplan vorgesehenen Maßnahmen berührt wird. Gleiches gilt für die als Planungsträger betroffenen Gemeinden. Die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen von einem Bergbauvorhaben betroffene Dritte am Verfahren auf Zulassung eines Betriebs-

⁷³⁶ Vgl. oben unter 3.3.

⁷³⁷ Vitzthum/Piensch, in: Piensch/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 16 Rn. 7.

plans zu beteiligen sind, beantwortet das BBergG in seinen §§ 48 Abs. 2 S. 3 sowie § 57a. Zunächst gilt für das Verfahren auf Zulassung sämtlicher Arten von Betriebsplänen, dass die Bergbehörde nach § 48 Abs. 2 S. 3 BBergG den Betriebsplan öffentlich auslegen und die Einreichung von Einwendungen eröffnen „kann“, soweit sie bei einer Prüfung der Unterlagen zu dem Ergebnis kommt, dass die verfahrensgegenständlichen Maßnahmen öffentliche Interessen betreffen, die zugleich den Schutz von Rechten Dritter umfassen. Zudem müssen voraussichtlich mehr als 300 Personen betroffen sein. Das sodann durchzuführende Beteiligungsverfahren richtet sich nach § 73 Abs. 3, 4 und 5 S. 1 und 2 Nr. 1, 2 und 4b VwVfG, welches von der Bergbehörde durchgeführt wird. Soweit Betroffene von ihrem Recht auf Einreichung von Einwendungen nicht oder nicht umfassend Gebrauch machen, bleiben spätere Einwendungen im weiteren Verfahren sowie einem etwaig nachfolgenden Verfahren von der gerichtlichen Kontrolle der Betriebsplanzulassung ausgeschlossen (§ 48 Abs. 2 S. 5 BBergG).

Diese Beteiligung von potentiell von den Auswirkungen eines Bergbauvorhabens Betroffenen ist nicht mit einer UVP-Pflichtigkeit der Betriebsplanzulassung verknüpft; im Gegenteil richtet sich die Beteiligung im Falle der UVP-Pflichtigkeit des Betriebsplanzulassungsverfahrens ausschließlich nach § 57a BBergG und nicht nach § 48 Abs. 2 S. 3 BBergG.

§ 48 Abs. 2 S. 3 BBergG war im ursprünglich verabschiedeten Gesetzestext nicht enthalten. Die Einführung der Vorschrift erfolgte in Reaktion auf das sog. „Moers-Kapellen-Urteil“ des BVerwG.⁷³⁸ Mit diesem Urteil hatte das BVerwG klargestellt, dass § 48 Abs. 2 BBergG⁷³⁹ verfassungskonform dahin auszulegen ist, dass die zuständige Behörde die Aufsuchung oder Gewinnung von Bodenschätzen beschränken oder untersagen muss, wenn – unbeschadet der in §§ 114 ff. BBergG getroffenen Bergschadensregelung – nur dadurch eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung des Oberflächeneigentums vermieden werden kann. Insoweit wurde § 48 Abs. 2 BBergG auch als nachbarschützend qualifiziert. Mit diesem Urteil wurde erstmals herausgestellt, dass über die Zulassung von Betriebsplänen jedenfalls dann nicht ohne Berücksichtigung der Auswirkungen des Abbauvorhabens auf die Belange von Dritten entschieden werden kann, auf deren Rechtspositionen sich die Vorhabensdurchführung voraussichtlich auswirkt und diese Auswirkungen „von einigem Gewicht“ sind. Es müsse sichergestellt werden, dass Eigentumsbeeinträchtigungen an der Oberfläche, mit denen nach Lage der Dinge mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit schon im Zeitpunkt der Betriebsplanzulassung zu rechnen ist, nicht durch eine behördliche Entscheidung, welche für den Bergbauunternehmer die Grundlage seiner Tätigkeit in dem betreffenden Bereich ist, freigegeben werden, ohne dass sich die so Betroffenen zuvor mit ihren Einwendungen zu Gehör bringen konnten und eine Abwägung der entgegenstehenden Interessen am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes stattgefunden hat. Anlass für eine derartige Einbeziehung des Oberflächeneigentums in ein bergbehördliches Verfahren bestehe insbesondere dann, wenn Eigentümer voraussichtlich von nicht unerheblichen Schäden betroffen sein werden, die insgesamt das Ausmaß eines Gemeinschadens (§ 55 Abs. 1 Nr. 9 BBergG) erreichen.

Seit dem Moers-Kapellen-Urteil des BVerwG ist klargestellt, dass es der Bergbehörde obliegt, die in einem Betriebsplan dargestellten Maßnahmen auf ihre Auswirkungen auf Grundeigentümer zu überprüfen. Nach Inkraftsetzung des § 48 Abs. 2 S. 3 f. BBergG⁷⁴⁰ wurde die Prüfungspflicht und die sich anschließende Möglichkeit („kann“) der Beteiligung potentiell durch untertätigen Abbau betroffener Eigentümer regelmäßig in der Form der Vorlage von Sonderbetriebsplänen abgearbeitet, die sich speziell mit den Auswirkungen eines Abbaus auf die Geländeoberfläche befassen. Auf Eigentümer

⁷³⁸ BVerwG, Urt. v. 16.03.1989 (4 C 36.85).

⁷³⁹ § 48 Abs. 1 S. 1 BBergG der gegenwärtigen Fassung.

⁷⁴⁰ Mit BergR-ÄnderungsG vom 12.02.1990.

von Grundstücken, die durch ein Bergbauvorhaben unmittelbar in Anspruch genommen werden sollen, wurde § 48 Abs. 2 BBergG demgegenüber viele Jahre lang (bis 2006) nicht angewandt, nachdem das BVerwG in zwei Urteilen vom 05.12.1990⁷⁴¹ eine entsprechende Beschränkung der Aussagen in seinem Moers-Kapellen-Urteil auf mittelbare Auswirkungen vorgenommen hatte, über die nicht in einem separaten Verfahren (insbesondere einem Grundabtretungsverfahren) gesondert zu entscheiden ist. Mit Urteil vom 29.06.2006⁷⁴² änderte das BVerwG seine Auffassung und erklärte § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG auch in Bezug auf die Belange von Personen anwendbar, deren Grundstücke durch ein Abbauvorhaben unmittelbar in Anspruch genommen werden sollen und insofern ggf. noch ein Grundabtretungsverfahren mit anschließendem gerichtlichen Rechtsschutzverfahren durchzuführen ist. Allerdings stellte das BVerwG in diesem Urteil auch klar, dass § 48 Abs. 2 BBergG „nur“ die Grundlage für eine mögliche Anfechtung der Zulassung eines Betriebsplans durch betroffene Dritte enthält und nicht zugleich auch ein unbedingtes Beteiligungsrecht, dessen Verletzung bereits zur Rechtswidrigkeit der Zulassungsentscheidung führen würde.⁷⁴³ Somit enthält § 48 Abs. 2 BBergG letztlich kein Beteiligungsrecht für bergbaubetroffene Dritte, sondern lediglich eine Ermächtigung der Bergbehörde, solche Personen am Betriebsplanzulassungsverfahren zu beteiligen. Eine Beteiligung an einem Betriebsplanzulassungsverfahren ist daher nicht gerichtlich durchsetzbar, sondern es ist „nur“ eine nachfolgende gerichtliche Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Zulassungsentscheidung möglich. In der Praxis nutzten die Bergbehörden die Ermächtigung zur Durchführung des Beteiligungsverfahrens allerdings regelmäßig aus. Dies liegt nicht zuletzt darin begründet, dass im Falle der Durchführung eines Beteiligungsverfahrens nach Ablauf der Einwendungsfrist – ggf. erst im Gerichtsverfahren – vorgebrachte Einwendung nach § 48 Abs. 2 S. 5 BBergG unberücksichtigt bleiben. Soweit die Beteiligung in einem UVP-pflichtigen Verfahren durchgeführt wird, ist die in § 48 Abs. 2 S. 5 BBergG angelegte Einwendungspräklusion allerdings nicht mit Art. 11 UVP-Richtlinie vereinbar – und somit nicht anwendbar.⁷⁴⁴

Für den Fall der Feststellung einer UVP-Pflichtigkeit der (Rahmen-) Betriebsplanzulassungsentscheidung enthält § 57a BBergG die oben unter 3.5.5 bereits dargestellten Verfahrensvorschriften zur Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens. In Bezug auf das Beteiligungsverfahren bzw. dessen Rechtswirkungen regelt § 57a Abs. 4 und Abs. 5 BBergG die Besonderheiten gegenüber § 75 Abs. 1 VwVfG, dass ein bergrechtlicher Rahmenbetriebsplanfeststellungsbeschluss keine enteignungsrechtliche Vorwirkung entfaltet.

Anders als vorhabenbetroffene Personen haben anerkannte Naturschutzvereinigungen aus § 63 Abs. 2 Nr. 6 BNatSchG ein besonderes Recht auf Beteiligung an einem durchzuführenden Planfeststellungsverfahren. Sie können daher sowohl eine Beteiligung an einem laufenden Verfahren einklagen als auch die Aufhebung einer nicht in der Form eines Planfeststellungsbeschlusses erlassenen Betriebsplanzulassung allein wegen der Unterlassung des gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrens beanspruchen.

6.4.4 Entscheidungen mit unmittelbarer Rechtswirkung für Dritte (Grundabtretungsverfahren)

Soweit für die Durchführung eines Bergbauvorhabens unmittelbarer Zugriff auf Eigentumsrechte Dritter genommen werden muss, bedarf es entweder einer einvernehmlichen Vereinbarung zwischen

⁷⁴¹ Insbesondere 7 C 18.90 (siehe aber auch: 7 C 5.90).

⁷⁴² 7 C 11.05.

⁷⁴³ BVerwG, Urt. v. 29.06.2006 (7 C 11.05), Rn. 27 (juris).

⁷⁴⁴ EuGH, Urt. v. 15.10.2015 (C-137/14 – Kommission gg. Deutschland); zur Übertragbarkeit des EuGH-Urteils auf andere Präklusionsnormen des Fachplanungsrechts siehe BVerwG, Urt. v. 28.09.2016 (7 C. 15), Rn. 10.

dem Unternehmen und dem Dritten oder einer hoheitlichen Entscheidung der Bergbehörde. Die so genannte Grundabtretung stellt eine staatliche Enteignung privaten Grundeigentums dar und muss daher auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht den Anforderungen an Art. 14 Abs. 3 GG genügen. Das bedeutet konkret, dass der betroffene Grundeigentümer ein umfassendes Anrecht auf den Erhalt aller Information hat, welche für die Beurteilung der Recht- und Verfassungsmäßigkeit der vom Unternehmer zu seinen Lasten beantragten Enteignung von Bedeutung sein kann. Er hat ein Anrecht darauf, die Antragsunterlagen nebst allen zugehörigen Anlagen zu erhalten und zu diesen binnen angemessener – den Umständen des Einzelfalls auch hinreichend großzügig anzusetzenden Frist – Stellung nehmen zu können. Soweit es für die Beurteilung entscheidungserheblicher Sachfragen weiterer Klärungen bedarf, kann er deren Herbeiführung beantragen und die Behörde muss ggf. – soweit es für die Rechtmäßigkeit ihrer Entscheidung darauf ankommen kann – nötigenfalls auch externe Gutachter beauftragen. Dies gilt insbesondere für die Begutachtung der Umstände der betroffenen Grundstücke und deren Wert, der im Falle einer Enteignung zu ersetzen ist. Gem. § 103 BBergG hat der von einer Grundabtretung begünstigte Unternehmer unabhängig vom Ausgang des Verfahrens sämtlich Kosten zu tragen. Hierzu gehören auch die Kosten einer anwaltlichen Vertretung, da deren Beauftragung in Enteignungsverfahren grundsätzlich immer als erforderlich anzuerkennen ist.

6.5 Ergebnisse der Interviews zu Beteiligungsrechten

Zentrale Aussagen der Vorhabenträger zu Beteiligungsrechten

- **V2:** Die Beteiligungsmöglichkeiten seien schon sehr umfangreich und würden auch zunehmend in Anspruch genommen. Unternehmen würden zunehmend versuchen, über eine frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung um Akzeptanz für das eigene Vorhaben zu werben. Durch die zunehmende UVP-Pflichtigkeit von Bergbauvorhaben würden die Unternehmen auch zunehmend formal zur Durchführung von Öffentlichkeitsbeteiligung verpflichtet. Zudem arbeite man in der Erdgas- und Erdöl-Branche an eigenen, freiwilligen Transparenzstandards (insbesondere bei Fracking-Vorhaben). Vor diesem Hintergrund gebe es genügend Beteiligungsmöglichkeiten und diese sollten nicht weiter ausgeweitet werden.
- **V3:** Aus Sicht der Vorhabenträger erfolge vor allem bei UVP-pflichtigen Vorhaben eine sehr weitgehende Beteiligung, gerade auch der Umweltverbände. Es könne eigentlich niemand das Gefühl haben, übergangen zu werden. Zu bedauern sei, dass nicht alle, die sich am Verfahren beteiligten, es mit der Sache der von ihnen vertretenen Anliegen ernst meinten. Man habe zuweilen den Eindruck, dass sich einige unter dem „Deckmantel des Umweltschutzes“ beteiligten, um letztlich ideologische Vorstellungen und nicht fallbezogenen Anliegen durchzusetzen. Es werde versucht, Verfahren zu blockieren. Dies habe unabsehbare Konsequenzen für Arbeitsplätze, etc. Wenn es dann auch noch ausgeweitete Rechtsschutzmöglichkeiten gebe, würde dies immer mehr Vehikel dafür bilden und damit noch problematischer.
- **V3:** Man begrüße ausdrücklich die Möglichkeiten, eine frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung im Verfahren etablieren zu können (s. auch § 25 Abs. 3 VwVfG); dies sei im unmittelbaren Interesse des Unternehmens.
- **VA:** Bevor man mit einer Planung in die Öffentlichkeit gehe, werde zunächst immer mit den Genehmigungsbehörden und mit den Kommunen gesprochen. Man bemühe sich da grundsätzlich immer um ein gutes Verhältnis, insbesondere wenn sich besonders sensible Punkte oder Konflikte abzeichneten (z.B. ein Baugebiet bestehe).
- **VA:** Die Beteiligung von Umweltverbänden erlebe man in einem breiten Spektrum von konstruktiv bis hin zu reiner Verhinderungsstrategie.
- **VA/VB/VC/VD:** Scopingtermine hätten eine große Bedeutung.
 - **VD:** Bereits vor einem Scoping-Termin würden Vorhaben bei Bürgermeister, Bau- und Finanzausschuss, Bürgerversammlung oder Gemeindevertreterversammlung etc. frühzeitig vorgestellt.

- **VA:** Seit es die „Soll“-Vorschrift zur frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung gebe, sehe man hinsichtlich der Beteiligungsverfahren keinen Verbesserungsbedarf mehr. Es sei sehr hilfreich, zu einem frühen Zeitpunkt Rückmeldungen zur Planung zu erhalten. Der Eingang der Einwendungen und Stellungnahmen im eigentlichen Beteiligungsverfahren komme für Unternehmen eigentlich zu einem zu späten Zeitpunkt. Ein Problem sei freilich, dass bei sehr früher Beteiligung oft noch gar nicht genügend Informationen vorlägen, da die Vorhabenplanung noch nicht weit fortgeschritten / konkretisiert sei.
 - **VC:** Die frühe Beteiligung sei wichtig: Aufgrund von Unkenntnis aufgekommene Ängste könnten so beseitigt werden. „Querulanten“ bekomme man freilich auch mit früher Beteiligung nicht überzeugt.
- **Vy:** Beteiligung der Öffentlichkeit sei im BBergG ursprünglich nicht angelegt gewesen. Aber die Rechtsprechung habe ja inzwischen dafür gesorgt, dass mittlerweile eine umfassende Beteiligung stattfindet; bei einer UVP-Pflicht sei dies sowieso obligatorisch. Man habe den Eindruck, dass die vorhandenen Beteiligungsmöglichkeiten insgesamt sehr weitgehend und vollständig seien. Ein Ausbau an Beteiligungsrechten würde für keinen der Beteiligten einen Vorteil bringen.
- **Vz:** Im Planfeststellungsverfahren sei die Öffentlichkeitsbeteiligung ja vorgesehen. Mit der frühen Öffentlichkeitsbeteiligung, die neu eingeführt worden sei, habe man gute Erfahrung gemacht. „Stakeholdermäßig“ könne im Vorfeld sehr viel dadurch ausgeräumt werden, dass man Bedenken sachlich/fachlich begegne. Auch habe sich der Zeitgeist verändert und Unternehmen würden sich i.d.R. nicht verweigern, die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung durchzuführen.
- **V5:** Wenn man das Bergrecht verändern wolle, sollte man den Automatismus überdenken, dass eine UVP-Pflichtigkeit zugleich das Erfordernis eines Planfeststellungsverfahrens mit sich bringe. Ein Planfeststellungsverfahren für eine einzelne Bohrung durchführen zu müssen, sei unverhältnismäßig; auch aus Umweltsicht könnte den positiven Effekten eines Planfeststellungsverfahrens bestimmt auch anders Rechnung getragen werden. Die Durchführung einer UVP oder der Öffentlichkeitsbeteiligung sei dabei nicht das Problem, sondern das sehr umfangreiche Planfeststellungsverfahren.
- **V6:** Verbesserungsmöglichkeiten aus Sicht der Unternehmer sehe man wie folgt: (1.) Die Beteiligung der rohstofffördernden Unternehmen/ Bergämter würden zuweilen bei Verfahren auf Genehmigung andere Vorhaben vergessen, obwohl bergrechtliche Vorhaben von diesen betroffen sein könnten; dies sei wohl in den unterschiedlichen Zuständigkeiten begründet und müsse optimiert werden. (2.) Es werde ein viel größeres öffentliches Interesse beobachtet, sodass manchmal auch unproblematische Anlagen im öffentlichen Diskurs stünden. Unternehmen würden daher stärker kritisch hinterfragt. Das sei zwar auch positiv, aber mittlerweile sei ein Punkt erreicht, in der die Diskussion nicht nur konstruktiv, sondern eher ungeordnet ablaufe. Dies beeinflusse Planungszeiträume etc. negativ („früher einige Wochen, jetzt z.T. Jahre“). Es gebe mittlerweile viele Bereiche, in denen sie als Unternehmen schon vor Antragsstellung sehr umfangreich informiert („Public Affairs“ würden besonders wichtig; Stichwort „Transparenzinitiative Umwelt“ der Erdgas- und Erdöl-Branche; dies sei auch ein Lernprozess). Es sei zu begrüßen, dass es immer mehr Beteiligungsrechte gebe, aber diese müssten auch so reglementiert sein, dass es tatsächlich möglich sei, Verfahren zu Ende zu führen.
- **V1:** Eine Besonderheit der Braunkohlenplanverfahren sei es, dass eine frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung lange vor Beginn der bergrechtlichen Zulassungsverfahren erfolge. Der Entwurf des Braunkohlenplans werde mindestens 3 Monate öffentlich ausgelegt und die Möglichkeit zur Eingabe von Einwendungen eröffnet. Die Eingaben der Bürger, Kommunen, Umweltvereinigungen, etc. würden im Einzelnen abgearbeitet und in der Sitzung des Braunkohlenausschusses abgestimmt. Es handle sich um ein besonders vorbildliches Beteiligungsverfahren. Es folge ein Erörterungsverfahren unter Einbeziehung der Träger öffentlicher Belange. Dann werde der Braunkohlenplan aufgestellt und von der Landesregierung genehmigt.

- **UV4:** Es sei problematisch, dass öffentliche Interessen über Umweltverbände/ Bürgerinitiativen/ Betroffene schwerpunktmäßig nur im Rahmenbetriebsplanzulassungsverfahren eingebracht werden könnten. Die Beteiligungsmöglichkeiten im Vorfeld der Genehmigungen seien viel zu gering.
- **UV4:** Zur Grundabtretung sei zu sagen, dass ein erheblicher Nachbesserungsbedarf bestehe. Die jüngsten Grundabtretungsentscheidungen und hierzu ergangenen Gerichtsurteile hätten gezeigt, dass der Rechtsschutz nicht ausreichend sei.
- **UV3:** Betroffene seien gezwungen, sich immer sehr früh zu beteiligen (und auch z.B. Widerspruch einzulegen), um politischen Druck aufzubauen und so auch eine zu enge Zusammenarbeit von Behörden und Vorhabenträgern zu stören. Wenn man sich zu spät einschalte, habe man es regelmäßig viel schwerer, noch etwas zu erreichen. Die größte Hürde sei insofern, rechtzeitig Kenntnis vom Vorgang zu erhalten, da es in den frühen Verfahrensstadien (Berechtsamserteilung, Betriebsplanzulassung für Erkundungsmaßnahmen) ja keine Öffentlichkeitsbeteiligung gebe. Vorzuschlagen sei ein gezieltes Mediationsverfahren für erwarteten Bergbau, denn es gebe immer Betroffene und entgegenstehende Interessen – evtl. könne man eine Institution bei den Umweltverbänden ansiedeln, die gezielt auf Betroffene zugehen könnte.
- **UV3:** Es bedürfe weiterer Verbesserungen bzgl. der Kostenrisiken: Betroffene müssten ihren Rechtsschutz wahrnehmen können, ohne Angst vor zu hohen Kostenrisiken haben zu müssen. Es sollte Regelungen zu einer institutionellen Förderung oder einer grundsätzlichen Kostenlast beim Unternehmer bzgl. der Kosten von Gerichtsverfahren, Gutachtern etc. geben. Die Betroffene hätten i.d.R. keine Strukturen, in denen Kosten aufgefangen werden könnten.
- **UV2:** Mit Blick auf den Braunkohletagebau sei festzustellen: Für Haupt- und Sonderbetriebspläne sollte auch eine Beteiligung von Umweltverbänden vorgesehen werden, da es aus Umweltsicht um sehr relevante Fragen gehe. Derzeit erführen Umweltverbände aber erst im Nachhinein davon. Ein aktueller Rahmenbetriebsplan werde der erste Fall sein, in welchem man dokumentiert bekomme, wie Stellungnahmen der Umweltverbände in einem bergrechtlichen Planfeststellungsverfahren berücksichtigt würden.
- **UV1:** Soweit die Behörde eine „gebundene Entscheidung“ zu treffen habe, erfolge die Beteiligung nach eigenem Eindruck nur „zum Schein“, denn es sei von vornherein keine Ergebnisoffenheit gegeben. Die Beteiligung müsse zu einem Zeitpunkt stattfinden, in dem das „Ob“ der Vorhabensverwirklichung noch offen sei.
- **UV1:** Bislang sei bei Braunkohlevorhaben eine Beteiligung nur im Rahmen des raumordnerischen Braunkohlenplanverfahrens erfolgt. UVP-pflichtige Rahmenbetriebspläne gebe es wegen Sonderregelungen zugunsten der Braunkohle nicht. Umweltverbände seien im Braunkohlenplanverfahren beteiligt worden, aber das sei „brotlos“, denn da gebe es ja kein Klagerecht. Beteiligungen im Rahmenbetriebsplanverfahren (ohne UVP) seien zwar betrieben worden, aber auch hier sei kein materielles Klagerecht anerkannt worden, was die Bedeutung der Stellungnahmen der Verbände erheblich vermindert habe.
- **UV5:** Man habe noch kein Rahmenbetriebsplanverfahren mit Verbandsbeteiligung erlebt.
- **UV8:** Die Ausweitung der Beteiligungsrechte im Hinblick auf Vollzugsklagen gerade im Bergrecht sei sehr relevant. Man erwarte, dass es insbesondere durch § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 UmwRG deutlich bessere Möglichkeit gebe, eine Umsetzung des materiellen Rechts durchzusetzen.
- **UV9:** Vorhandene Beteiligungsrechte seien – soweit bekannt – gewährt worden. Eine überobligatorische Eröffnung von Beteiligungsmöglichkeiten habe man aber nicht beobachten können. Man habe Umweltinformationsanträge oder Beteiligungsanträge gestellt, um an Informationen zu kommen.
- **UV9:** Zu Fällen der Anwendung des § 57 BBergG sei zusagen, dass diese Vorschrift die – in der Praxis durchaus genutzte – Möglichkeit biete, Beteiligungsrechte am eigentlich erforderlichen Verfahren zu umgehen. Normalerweise wäre das nicht so schlimm, weil Rechtsbehelfsmöglichkeiten gegeben wären. Hier erschwerten die Schadensersatzrisiken allerdings den Rechtsschutz.

- **UV10:** Die Beteiligung stehe und falle mit der Definition des öffentlichen Interesses, wie es bisher vorge-tragen und interpretiert werde. Das öffentliche Interesse müsse rechtspolitisch neu interpretiert werden. Sonst werde alles abgeblockt.

Zentrale Aussagen der Behörden zu Beteiligungsrechten

- **B2:** Das Bergrecht sei im Hinblick auf die Situation der Öffentlichkeitsbeteiligung nicht besser oder schlechter als andere Rechtsbereiche. In den wichtigsten Verfahren – vor allem beim obligatorischen Rahmenbetriebsplanzulassungsverfahren – sei diese ja über die UVP-Pflicht auch vorgeschrieben. Darüber hinaus werde die Beteiligung unterschiedlich gehandhabt. Die Behörden hätten einen Spielraum, wer auch überobligatorisch beteiligt werden kann. Darüber hinaus bestünden ausreichend Möglichkeiten für Betroffene/ Gemeinden/ Öffentlichkeit etc. sich in die Verfahren einzubringen. Man sehe keinen Bedarf für spezifische Verbesserungen im Bergrecht; da gebe es keine Abstriche gegenüber anderen Rechtsbereichen. Die Möglichkeiten des Verwaltungsverfahrensrechts könnten ausgeschöpft werden und das genüge auch.
- **B3:** Bei Rahmenbetriebsplanverfahren seien Beteiligungsmöglichkeiten bereits weitgehend vorhanden; nur in Verfahren zu kleineren Vorhaben unterhalb der Schwelle der UVP-Pflichtigkeit würde sich die Beteiligung auf Fachbehörden und Gemeinden beschränken. Diese Vorhaben seien aber eben auch weniger problematisch. Weitergehende Beteiligungsmöglichkeiten gerade für den Bergbau zu schaffen, würde nur eine bürokratische Hemmschwelle darstellen und den Bergbau behindern. Die Durchführung von Beteiligungsverfahren würde einen großen Aufwand verursachen, den kleine Betriebe kaum stemmen könnten. Zum Teil seien das kleine Betriebe mit 3 bis 4 Mitarbeitern. Eine pauschale Hochzonung der UVP-Pflichtigkeit wäre völlig unverhältnismäßig; kleine Betriebe seien darauf angewiesen, ihre Genehmigungen in kleinen, schlanken Verfahren zu bekommen.
- **B4:** In § 54 Abs. 2 BBergG sei relativ eindeutig geregelt, dass alle Träger öffentlicher Belange beteiligt werden müssten. Klagemöglichkeiten seien für die Betroffenen laut der Rechtsprechung vorzusehen. In bergrechtlichen Genehmigungsverfahren beschäftigten sich die Behörden auch mit den Rechten von Betroffenen. Da seien keine Defizite ersichtlich.
- **B4:** Die Beteiligung von Betroffenen sei erforderlich und werde praktiziert. Ein Verbesserungsbedarf für die Beteiligung sei nicht ersichtlich.

6.6 Besonderheiten von Rechtsschutzmöglichkeiten gegenüber Entscheidungen zum Abbau von Bodenschätzen

Zunächst gelten für behördliche Entscheidungen, die zugunsten eines Bergbauunternehmers ergehen die allgemeinen, hier nicht im Detail wiederzugebenden Regelungen, wonach in eigenen subjektiven Rechten betroffene (natürliche und juristische) Personen gegenüber dieser Entscheidung eine gerichtliche Kontrolle beantragen können, wenn und soweit sie durch diese in eigenen subjektiven Rechten betroffen bzw. verletzt werden. Damit der Erteilung einer Bergbauberechtigung an einem „bergfreien“ Bodenschatz zugunsten eines Bergbauunternehmens kein Rechtsverlust auf Seiten des Oberflächeneigentümers einhergeht und die Erteilung der Bergbauberechtigung auch noch keine Entscheidung über die Genehmigung zur Durchführung konkreter Maßnahmen beinhaltet, sollen weder Eigentümer noch Kommunen hierdurch in ihren Rechten verletzt sein können. Somit besteht für diese auch kein Klagerecht gegen die Vergabe des Berechtsams am Bodenschatz. Nach der herrschenden Auffassung in der Literatur und der ständigen Rechtsprechung kommt grundsätzlich nur Betriebsplanzulassungen (abhängig von deren konkreten Regelungsgehalt) und Grundabtretungsbeschlüssen (immer) eine Rechtswirkung zu Lasten Dritter zu. Zunächst werden die dabei in Bezug auf

das bergrechtliche Regime zu beachten Besonderheiten aufgezeigt. Sodann werden die sich aus der Novellierung des UmwRG ergebenden Erweiterungen des Klagerechts anerkannter Umweltvereinigungen gegenüber Bergbauvorhaben dargestellt.

6.6.1 Rechtsschutzmöglichkeiten gegenüber Betriebsplanzulassungsentscheidungen

Wie oben unter 6.4.3 im Zusammenhang mit der Darstellung von besonderen Beteiligungsrechten ausgeführt wurde, hatte der Gesetzgeber ursprünglich nicht beabsichtigt, den von den Auswirkungen bergbaulicher Vorhaben betroffenen Personen Rechtsschutz gegenüber Betriebsplanzulassungsentscheidungen zu eröffnen. Es bedurfte verfassungskonformer Rechtsauslegung, die das BVerwG insbesondere in seinen Urteilen 16.03.1989⁷⁴⁵ und vom 29.06.2006⁷⁴⁶ betrieben hat, um die damit inzwischen etablierte Rechtslage der Anfechtbarkeit von Betriebsplanzulassungen durch Drittbetroffene herzustellen. Das BVerwG hat die vom BVerwG betriebene Rechtsfortbildung mit Urteilen vom 17.12.2013 bestätigt.⁷⁴⁷

Damit ist zwar geklärt, dass die von den Auswirkungen von Bergbauvorhaben betroffenen Personen ihre Rechte gegenüber Betriebsplanzulassungsentscheidungen verteidigen und eine gerichtliche Überprüfung insbesondere im Hinblick auf überwiegende, der Vorhabensdurchführung entgegenstehende öffentlichen Interessen beanspruchen können. Die Rechtsprechung des BVerwG und des BVerfG hinterlässt aber Zweifel, ob dieses Anfechtungsrecht gegenüber jeder Betriebsplanzulassungsentscheidung besteht, wie weitgehend die gerichtliche Überprüfung reicht und welche Rechtsfolgen ein Unterlassen der Anfechtung einer Betriebsplanzulassungsentscheidung im Hinblick auf die Rechtsschutzmöglichkeiten gegenüber nachfolgenden Betriebsplanzulassungsentscheidungen und Grundabtretungsbeschlüssen hat.

Das BVerwG hat in seinem Urteil vom 29.06.2006 (7 C 11.05) im Rahmen der Herleitung des Klagerechts gegen Betriebsplanzulassungsentscheidungen ausgeführt, dass die Zulassung eines Rahmenbetriebsplans die Feststellung enthalte, dass das Gesamtvorhaben zulassungsfähig sei und nicht aus überwiegenden öffentlichen Interessen untersagt oder eingeschränkt werden dürfe. Diese Feststellung sei der Bestandskraft fähig, so dass bei der Zulassung von Hauptbetriebsplänen die grundsätzliche Zulassungsfähigkeit des Gesamtvorhabens – vorbehaltlich einer Änderung der tatsächlichen Verhältnisse[!] – nicht erneut in Frage gestellt werden könne. Die Zulassung eines Rahmenbetriebsplans sei auch für das bergrechtliche Grundabtretungsverfahren nicht ohne Bedeutung, wenn ein betroffener Eigentümer an dem Zulassungsverfahren nach § 48 Abs. 2 Satz 2 bis 5 BBergG beteiligt worden ist oder er die Zulassung auch ohne eine solche Beteiligung ergebnislos angefochten hat. In einem solchen Fall sei mit Blick auf § 77 Abs. 2 Satz 1 BBergG – wiederum vorbehaltlich einer Änderung der tatsächlichen Verhältnisse – durch den bestandskräftigen Rahmenbetriebsplan festgestellt, dass das Vorhaben einer technisch und wirtschaftlich sachgemäßen Betriebsplanung und Betriebsführung entspricht und die Benutzung der Grundstücke für das Abbauvorhaben unter diesem Gesichtspunkt notwendig sei.

Allerdings hat das BVerwG sodann in seiner nachfolgenden Entscheidung vom 20.10.2008 (7 B 21.08) herausgestellt, dass der Zulassung eines bergrechtlichen Rahmenbetriebsplans keine enteignungsrechtliche Vorwirkung für ein nachfolgendes Grundabtretungsverfahren zukomme. Welche Bindungswirkung die bestandskräftige Zulassung eines Rahmenbetriebsplans im Übrigen für die

⁷⁴⁵ Az. 4 C 36.85.

⁷⁴⁶ Az. 7 C 11.05.

⁷⁴⁷ 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08.

Frage entfaltet, ob das Bergbauvorhaben im Sinne des § 79 Abs. 1 BBergG dem Wohl der Allgemeinheit diene, hat das BVerwG offengelassen.

Beide Entscheidungen des BVerwG waren Gegenstand der Rechtsprechung des BVerfG im Urteil vom 17.12.2013.⁷⁴⁸ Das BVerfG hat anerkannt, dass die Betriebsplanzulassung einen Eingriff in das Eigentumsgrundrecht bewirkt, da diese zu Lasten des Eigentümers die Feststellung der grundsätzlichen Zulassungsfähigkeit des Tagebauvorhabens enthalte. Es wird in dem Urteil aber auch herausgestellt, dass die Rahmenbetriebsplanzulassung keine enteignungsrechtliche Vorwirkung auf das Grundeigentum entfalte. Jedenfalls für Grundstücke, die inmitten eines Abbaugebiets liegen – und insofern nicht ohne grundlegende Beschränkung der Abbauplanung verschont werden können, stehe mit der Zulassung des Rahmenbetriebsplans dem Grunde nach fest, dass sie durch Grundabtretung in Anspruch genommen werden. Mit zunehmender Verwirklichung des durch die Rahmenbetriebsplanzulassung als grundsätzlich genehmigungsfähig feststehenden Tagebauvorhabens verringerten sich damit die tatsächlichen Erfolgsaussichten eines Rechtsbehelfs gegen eine spätere Grundabtretung, soweit er sich auf die Rechtswidrigkeit des der Enteignung zugrundeliegenden Vorhabens stütze. In einer solchen Konstellation greife eine Rahmenbetriebsplanzulassung in das Grundeigentum ein und könne nur dann rechtmäßig sein, wenn das Abbauvorhaben durch die Notwendigkeit gerechtfertigt ist, den dort anstehenden Bodenschatz zur Sicherung der Rohstoffversorgung abzubauen. Im Falle, dass es im Zuge der Vorhabensverwirklichung zu einer großflächigen Inanspruchnahme von Grundstücken bzw. der Umsiedlung zahlreicher Menschen unter völliger Umgestaltung der Landschaft komme, widerspreche ein Tagebauvorhaben den in § 48 Abs. 2 BBergG angesprochenen öffentlichen Interessen, wenn bereits bei der Zulassung des Rahmenbetriebsplans erkennbar sei, dass die Verwirklichung des Vorhabens daran scheitern müsse, dass die dafür erforderliche Inanspruchnahme des Eigentums privater Dritter nicht durch Belange des Allgemeinwohls gerechtfertigt sei. Im Zuge der Entscheidung über die Rahmenbetriebsplanzulassung müsse damit beurteilt werden,

- ▶ ob sich das mit dem Vorhaben verfolgte Gemeinwohlziel aus einer hinreichend präzisen, gesetzlichen Gemeinwohlbestimmung ableiten lässt,
- ▶ ob das Vorhaben zur Erreichung des Gemeinwohlziels vernünftigerweise geboten ist,
- ▶ ob die Zulassungsentscheidung nicht in einem Entscheidungsfindungsprozess zustande gekommen ist, der verfassungsrechtliche Mindestanforderungen verfehlt und
- ▶ ob die Zulassung vertretbar auf der Grundlage einer umfassenden Gesamtabwägung aller für und gegen das Vorhaben sprechenden Belange erfolgt ist.

Damit ist die Reichweite des – zunächst behördlichen und sodann gerichtlichen – Prüfungsprogrammes insoweit klargestellt.

Nicht geklärt ist allerdings, ob sich diese Feststellungen des BVerfG nur auf eine Rahmenbetriebsplanzulassung beziehen, wie sie im dortigen Fall verfahrensgegenständlich war. Dafür könnte sprechen, dass die Aussagen sich ausdrücklich oder konkludent auf eine „Gesamtvorhabensplanung“ beziehen, die ggf. mit einem Rahmenbetriebsplan, nicht aber mit Haupt- und Sonderbetriebsplänen, betrieben wird. Allerdings dürfte einem solchen Rechtsverständnis zwingend entgegenstehen, dass es hierfür weder in § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG noch anderen Vorschriften über die Betriebsplanzulassung einen hinreichenden Anknüpfungspunkt gibt. § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG gilt für alle Arten von Betriebsplänen, so dass die seitens des BVerfG in Bezug auf die Wahrung des Schutzes des Grundei-

⁷⁴⁸ Der – im Ergebnis aufgehobene – Beschluss des BVerwG vom 20.10.2008 unmittelbar, das Urteil des BVerwG vom 29.06.2006 mittelbar.

gentums angemahnten Prüfungen vor jeder Betriebsplanzulassung erfolgen müssen. Zwar mag es naheliegend und im Einzelfall auch rechtmäßig sein, bei unveränderter Sach- und Rechtslage auf das in einem vorherigen Betriebsplan gefundene Ergebnis erneut zurückzugreifen und hinsichtlich einer Begründung auf dieses zu verweisen. Bindungswirkungen dürften solche Feststellungen in einem vorherigen Betriebsplanzulassungsverfahren allerdings – jedenfalls im Hinblick auf verfassungsrechtlich geschützte Rechtspositionen – nicht entfalten. Soweit ein hoheitlicher Bescheid verfassungsrechtliche Vorwirkung entfalten soll, muss dies in einer gesetzlichen Norm selbst und unmissverständlich zu Ausdruck gebracht sein. Hieran fehlt es indessen, namentlich im Hinblick auf die Wirkung von Betriebsplanzulassungen auf eine Beurteilung des Vorliegens von enteignungslegitimierenden, zwingenden Gründen des überwiegenden Allgemeinwohlinteresses.

Selbst soweit – allein[!] – § 57a Abs. 5 BBergG die Aussage trifft, dass ein Rahmenbetriebsplanfeststellungsbeschluss hinsichtlich der vom Vorhaben berührten Belange Dritter Rechtswirkungen auch im Hinblick auf die Zulassung der zur Durchführung des Rahmenbetriebsplanes erforderlichen Haupt-, Sonder- und Abschlussbetriebspläne entfaltet, gilt dies ausdrücklich nicht für die in § 48 Abs. 2 Satz 2 BBergG genannten Fällen des Schutzes von Rechten Dritter. Ferner stellt § 57a Abs. 4 BBergG im Hinblick auf das Verhältnis eines Rahmenbetriebsplanfeststellungsbeschlusses zu den Rechtspositionen Dritter klar, dass sich „das Verhältnis zwischen Unternehmer und Betroffenen und der Schutz von Belangen Dritter im Sinne des Bergrechts (...) nach den dafür geltenden Vorschriften dieses Gesetzes [BBergG] [bestimmt]“. Wenn somit bereits für den Rahmenbetriebsplanfeststellungsbeschluss vom Gesetzgeber klargestellt ist, dass ein solcher – trotz Konzentrationswirkung – im Übrigen keine Wirkungen in Bezug auf Rechte Dritter entfaltet, so bestätigt sich damit die auch bei Betrachtung der weiteren einschlägigen Vorschriften der §§ 48 ff., 77 ff. BBergG bereits ersichtliche Konsequenz, dass in jedem Betriebsplanzulassungsverfahren und insbesondere in einem nachfolgenden Grundabtretungsverfahren grundsätzlich eine umfassende Prüfung durchzuführen ist. Dies gilt jedenfalls in dem Sinne, dass vorherige Betriebsplanzulassungen keine Bindungswirkung entfalten, welche einer späteren Überprüfung der nachfolgenden Entscheidung in einem Gerichtsverfahren entgegenstehen könnte.

6.6.2 Rechtsschutz gegenüber Grundabtretungsbeschlüssen

Gegenüber einer Grundabtretung (Enteignung) besteht grundsätzlich umfassender Rechtsschutz, der an den Vorgaben des Art. 14 Abs. 3 GG zu messen ist. Das BVerfG hat in seinem Urteil vom 17.12.2013 hierzu verschiedene Klarstellungen getroffen:

- ▶ Die in § 79 Abs. 1 S. 1 aufgeführten Enteignungszwecke „Sicherung des sinnvollen und planmäßigen Abbaus der Lagerstätten“ und „Erhaltung der Arbeitsplätze im Bergbau“ sowie „Bestand oder die Verbesserung der Wirtschaftsstruktur“ sind nach den Feststellungen des BVerfG mit Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG unvereinbar. Allein der Enteignungszweck der „Versorgung des Marktes mit Rohstoffen“ wurde als verfassungsrechtlich tragfähig anerkannt.
- ▶ Ob die Durchführung eines konkreten Abbauvorhabens zur „Versorgung des Marktes mit Rohstoffen“ erforderlich ist, müsse im konkreten Enteignungsverfahren jedenfalls im Rahmen der Gesamtabwägung überprüft werden. Das BVerfG hebt hervor, dass eine Enteignung nur dann im Sinne des Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG zum Wohle der Allgemeinheit erfolge, wenn das Vorhaben, zu dessen Verwirklichung es der Enteignung bedarf, seinerseits dem Gemeinwohl dient. Gemeinwohldienlich sei ein Vorhaben aber nur, wenn neben seiner Eignung, das gesetzlich vorgegebene Gemeinwohlziel substantiell zu fördern, eine Gesamtabwägung der für das Vorhaben sprechenden Gemeinwohlgründe mit den durch seine Verwirklichung beeinträchtigten öffentlichen und privaten Belangen zugunsten des Vorhabens ausfällt. Das sei dann nicht der Fall, wenn die durch das Vorhaben be-

- einträchtigten öffentlichen und privaten Belange überwiegen oder das Vorhaben nicht in jeder Hinsicht mit den gesetzlichen Vorgaben übereinstimme.
- ▶ Im Rahmen der Gesamtabwägung sei auch zu prüfen, ob das öffentliche Interesse an der Gewinnung gerade des bestimmten Bodenschatzes zur Versorgung des Marktes mit Rohstoffen und damit im Ergebnis gleichlaufend das durch eine Bergbauberechtigung gesicherte Interesse des Bergbautreibenden an dessen Gewinnung und Verwertung so gewichtig sei, dass es den Zugriff auf privates Eigentum erfordert und ob andere, gewichtige Allgemeinwohlintereessen, beispielsweise solche des Landschaftsschutzes, des Denkmalschutzes, der Wasserwirtschaft, der Raumordnung oder des Städtebaus, der Gewinnung des Bodenschatzes an dieser Stelle entgegenstehen.
 - ▶ Diese aus Anlass der Enteignung vorzunehmende Gesamtabwägung sei nicht deshalb hin-fällig, weil auch für die Entscheidung über die Zulassung des Rahmenbetriebsplans der Sache nach schon eine Gesamtabwägung geboten sei. Da keine förmliche Bindungswirkung, insbesondere keine enteignungsrechtliche Vorwirkung, der Zulassungsentscheidungen über den Rahmen- oder die Hauptbetriebspläne für ein nachfolgendes Grundab-tretungsverfahren im Gesetz vorgesehen ist, mache eine Gesamtabwägung im Verfahren über den Rahmenbetriebsplan die Gesamtabwägung im Grundabtretungsbeschluss nicht entbehrlich, selbst wenn sie sich inhaltlich weitgehend entspreche.

6.6.3 Rechtsschutz gegenüber Genehmigungen zum Abbau von Bodenschätzen außerhalb des BBergG

Soweit die Zulassung von nicht unter das BBergG fallenden Tätigkeiten der Rohstoffgewinnung unter ein (landesrechtliches) Abgrabungsgesetz fällt, gilt das zuvor Gesagte entsprechend. Aus den Zulassungsvoraussetzungen der Abgrabungsgesetze oder vergleichbarer Regelungen lässt sich kein Individualrechtsschutz ableiten, da diese die Beachtung öffentlich-rechtlicher Belange voraussetzen, die grundsätzlich keinen Drittschutz vermitteln. So ist nach § 3 Abs. 1 AbgrG NRW die Genehmigung zu erteilen, wenn u.a. die Ziele der Raumordnung, die Belange der Bauleitplanung, des Naturhaushalts, des Bodenschutzes und der Erholung gesichert sind. Allerdings kann Rechtsschutz von individuell Betroffenen z.B. über das baurechtliche Rücksichtnahmegebot begründet werden.⁷⁴⁹

Weiter besteht nach der Rechtsprechung „kein subjektives Recht im Sinne eines allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruchs auf die "richtige Verfahrensart"“. Wird demnach in rechtswidriger Weise ein Baugenehmigungs- anstelle eines gebotenen wasserrechtlichen oder eines anderen Verfahrens gewählt, führt dies nicht zu einem Klagerecht Dritter.⁷⁵⁰ Über das UmwRG können Klagerechte begründet werden, wenn es sich nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 um UVP-pflichtige Entscheidungen oder um Verwaltungsentscheidungen im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 5 UmwRG handelt. Für Abgrabungen kann z.B. eine UVP-Pflicht über § 1 i.V.m. Anlage 1 Nr. 13 UVPG NW⁷⁵¹ bestehen. Dies gilt etwa für Abgrabungen zur Gewinnung von nicht dem Bergrecht unterliegenden Bodenschätzen ab 25 ha Gesamtfläche. In derartigen Fällen könnte eine anerkannte Vereinigung unter den Voraussetzungen des § 2 UmwRG Verstöße gegen umweltschützende Normen gerichtlich geltend machen. Nach § 4 UmwRG können auch bestimmte Verfahrensfehler geltend gemacht werden, insbesondere, wenn eine erforderliche UVP nicht durchgeführt wurde. Würde also wie oben beschrieben in formell rechtswidriger Weise ein

⁷⁴⁹ Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 31. März 2001 – 15 B 96.1537 –, juris; auch Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 05. März 2012 – 2 CS 11.1997 –, Rn. 9, juris. 23; VG Regensburg, Beschluss vom 31. März 2000 – RN 6 S 00.556 –, Rn. 1, juris.

⁷⁵⁰ Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 31. März 2001 – 15 B 96.1537 –, Rz. 32 – juris

⁷⁵¹ Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung in Nordrhein-Westfalen vom 29. April 1992, GV. NW. 1992 S. 175.

Verfahren nach einem Gesetz gewählt, für das keine UVP vorgesehen ist, könnte eine Vereinigung zulässigerweise klagen, wenn das rechtmäßigerweise anzuwendende Verfahren seinerseits eine UVP vorsähe. Die Durchführung einer UVP bei Abgrabungen ist über das erwähnte nordrhein-westfälische Beispiel hinaus z.B. auch unter den Voraussetzungen des Art. 8 BayAbgrG geboten.

6.6.4 Klagerechte von Umweltschutzvereinigungen

Am 2. Juni 2017 trat das Gesetz zur Anpassung des Umweltrechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben (UmwRG) in Kraft. Dieses Änderungsgesetz stellt bereits die zweite große Novellierung des erst seit wenig mehr als 10 Jahren bestehenden Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes dar. Das UmwRG wurde 2006 zur Umsetzung europa- und völkerrechtlicher Verpflichtungen erlassen, die sich aus der so genannten Aarhus-Konvention aus 1998⁷⁵² bzw. der durch diese bedingte Änderungen der UVP-Richtlinie der EU im Jahre 2003 ergeben. Bedingt durch das traditionell auf den Schutz von eigenen, subjektiven Rechten ausgerichtete deutsche Verwaltungsprozessrecht war eine gerichtliche Kontrolle der Beachtung von Vorschriften, die dem Schutz der Umwelt – und damit öffentlichen Interessen – dienen bis dahin in vielen Fällen nicht möglich. Die seit den 1980er Jahren im Landesrecht und 2002 im BNatSchG eingeführte naturschutzrechtliche Verbandsklage hat einen beschränkten Anwendungsbereich, der insbesondere nicht gegenüber bergrechtlichen Entscheidungen greift, soweit diese nicht – bei obligatorischen Rahmenbetriebsplanzulassungsentscheidungen mit UVP – als Planfeststellungsbeschluss erlassen werden.

Die Aarhus-Konvention sieht demgegenüber vor, dass der von Umweltauswirkungen betroffenen Öffentlichkeit und insbesondere Vereinigungen, die sich für den Schutz der Umwelt einsetzen, ein weiter Zugang zu gerichtlicher Kontrolle gewährt wird.

Im Ergebnis von drei Urteilen des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) gegen Deutschland⁷⁵³, einer Grundsatzkritik des BVerwG⁷⁵⁴ sowie einem Beschluss der Vertragsstaatenkonferenz zur UN ECE Aarhus-Konvention⁷⁵⁵ vom Juli 2014⁴, mit welchen der deutschen Rechtslage die Europa- bzw. Völkerrechtswidrigkeit attestiert wurde, hat der Gesetzgeber das UmwRG 2017 deutlich novelliert. Dies hat auch die Klagemöglichkeiten anerkannter Umweltvereinigung gegenüber Entscheidungen zu Bergbauvorhaben erheblich erweitert. Aufgrund des neuen UmwRG bestehen nunmehr Klagerechte der Umweltverbände gegenüber:

- (1) behördlichen vorhabensbezogenen Zulassungsentscheidungen, die im Ergebnis eines Verfahrens ergangen sind, in welchen eine Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) durchgeführt wurde [§ 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UmwRG],
- (2) unter Anwendung umweltbezogener Rechtsvorschriften
 - ▶ ergangenen behördlichen Bescheiden,
 - ▶ abgeschlossenen öffentlich-rechtlichen Verträgen
 - ▶ betreffend die Genehmigung von Vorhaben, die nicht uvp-pflichtig sind [§ 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 UmwRG],
- (3) unter Anwendung umweltbezogener Rechtsvorschriften ergangenen behördlichen Bescheiden betreffend Überwachungs- oder Aufsichtsmaßnahmen zur Umsetzung oder Durchfüh-

⁷⁵² Übereinkommen der Wirtschaftskommission für Europa (UNECE) über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten.

⁷⁵³ Urteile vom 12.05.2011 (C-115/09 – „BUND / Trianel“), 07.11.2013 (C-72/12 – „Altrip“), 15.10.2015 (C-137/14 – „Präklusion“).

⁷⁵⁴ Urteil vom 05.09.2013 (7 C 21.12 – „Luftreinhalteplan Darmstadt“).

⁷⁵⁵ Compliance-Beschluss V/9h vom 02.07.2014.

rung der vorgenannten Bescheide, kommunalen Beschlüsse bzw. öffentlich-rechtlichen Verträgen [§ 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 UmwRG],

- (4) behördlichen Entscheidungen, die auf einen Antrag nach dem Umweltschadensgesetz ergangen sind [§ 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 UmwRG],
- (5) kommunaler Bauleitplanung (Bebauungsplan / Flächennutzungsplan), für die eine strategische Umweltprüfung durchgeführt wurde bzw. werden musste [§ 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG].

Das Recht auf Beantragung einer gerichtlichen Kontrolle besteht dabei nicht nur gegenüber ergangenen Entscheidungen, sondern auch dann, wenn entgegen geltenden Rechtsvorschriften keine Entscheidung getroffen worden ist – erfasst werden also Handlungen wie Unterlassungen (§ 1 Abs. 1 S. 2, § 2 Abs. 1 u. 4 UmwRG).

Hierzu im Einzelnen:

Zu (1): Die unter § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UmwRG fallenden Klagerechte greifen gegenüber „Zulassungsentscheidungen“ i.S.v. § 2 Abs. 6 UVP-G. Nach der Rechtsprechung des EuGH unterfallen dem Begriff der „Genehmigung“ des Art. 1 Abs. 2 UVP-RL auch alle Teilentscheidungen innerhalb eines gestuften Genehmigungsverfahrens, durch das der Vorhabenträger insgesamt das Recht zur Durchführung seines Vorhabens erhält.⁷⁵⁶ Bei UVP-pflichtigen Bergbauvorhaben sind dies somit

- ▶ die Erteilung von Erlaubnissen zur Aufsuchung und von Bewilligungen zur Gewinnung bergfreier Bodenschätze
- ▶ die Zulassungsentscheidungen sämtlicher Arten von Betriebsplänen (Rahmen-, Haupt-, Sonder-, Abschlussbetriebspläne).

Da in § 2 UmwRG die bislang vorhandene Eingrenzung der Reichweite der Rügebefugnis gestrichen wurde, gilt nunmehr für Rechtsmittel gegen Entscheidungen zu UVP-pflichtigen Vorhaben eine weitreichende gerichtliche Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Entscheidungen der Behörden. Zu überprüfen ist bei Entscheidungen zu UVP-pflichtigen Vorhaben nicht mehr nur, ob diese im Einklang mit Rechtsvorschriften stehen, die dem Umweltschutz dienen. Es geht nun vielmehr insgesamt um die Überprüfung der Einhaltung sämtlicher Rechtsvorschriften, die für die Entscheidung von Bedeutung sein können. Allerdings gilt dies gem. § 2 UmwRG nur für anerkannte Umweltschutzvereinigungen und nur soweit der Verstoß Belange berührt, die zu den Zielen gehören, die die Vereinigung nach ihrer Satzung fördert.

Aufgrund der verbindlichen Vorgaben des Art. 11 UVP-Richtlinie⁷⁵⁷ musste der Gesetzgeber gewährleisten, dass sich die gerichtliche Überprüfung von Entscheidungen zu UVP-pflichtigen Vorhaben auch auf Verfahrensfehler beziehen muss.⁷⁵⁸ Dies wird auch in § 4 Abs. 1 UmwRG klargestellt und in Bezug auf einzelne Verfahrensfehler ausdifferenziert.

Danach kann ein Kläger die Aufhebung einer Entscheidung über die Zulässigkeit eines UVP-pflichtigen Vorhabens verlangen, wenn

- ▶ eine erforderliche Umweltverträglichkeitsprüfung nicht durchgeführt worden ist [§ 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1a UmwRG],

⁷⁵⁶ EuGH, Urt. v. 07.01.2004 (C-201/02, Rn. 52; Urt. v. 04.05.2006 (C-508/03, Rn. 104; Urt. v. 04.05.2006 (C.290/03; Rn. 47.

⁷⁵⁷ sowie des Art. 9 Abs. 2 der Aarhus-Konvention.

⁷⁵⁸ Dies folgt auch aus der Rechtsprechung des EuGH (Urt. v. 07.01.2004 (C-201/02 – „Wells“), Urt. v. 07.11.2013, (C-72/12) – „Altrip“).

- ▶ eine erforderliche UVP-Vorprüfung zur Feststellung der UVP-Pflichtigkeit [§ 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1b UmwRG] nicht oder nicht entsprechend den gesetzlichen Anforderungen (§ 5 Abs. 3 S. 2 UVPG) [§ 4 Abs. 1 S. 2 UmwRG] durchgeführt worden ist,
- ▶ eine erforderliche Öffentlichkeitsbeteiligung⁷⁵⁹ nicht durchgeführt worden ist [§ 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 UmwRG]

oder

- ▶ ein anderer Verfahrensfehler vorliegt, der nach seiner Art und Schwere mit den Fällen der unterlassenen UVP, UVP-Vorprüfung oder unterlassenen Öffentlichkeitsbeteiligung vergleichbar ist und der betroffenen Öffentlichkeit die Möglichkeit einer vorgesehenen Beteiligung am Entscheidungsprozess genommen hat (etwa mangels hinreichendem Zugang zu öffentlich auszulegenden Unterlagen).

Der Gesetzgeber weist in § 4 Abs. 1 UmwRG allerdings darauf hin, dass es nicht nur zu einem solchen Verfahrensfehler gekommen sein, sondern dieser auch immer noch vorliegen muss – also eine UVP, eine UVP-Vorprüfung oder eine ordnungsgemäße Öffentlichkeitsbeteiligung auch nicht nachgeholt bzw. ein sonstiger schwerer Fehler nicht behoben („geheilt“) wurde.

Eine Begrenzung der gerichtlichen Kontrolle besteht sodann im Hinblick auf die Rüge einer Verletzung von materiellen Rechtsvorschriften, welche Belange betreffen, deren Beachtung und Förderung sich die anerkannte Umweltvereinigung ausweislich ihrer Satzung verschrieben hat. Damit soll gewährleistet werden, dass Umweltvereinigungen Rechtsbehelfsverfahren nur in Bereichen bzw. in Bezug auf Beeinträchtigungen öffentlicher Interessen führen, in welchen diese gemäß ihrem Vereinszweck arbeiten und somit über eine gewisse Sachkompetenz verfügen.

Keine Begrenzung der gerichtlichen Kontrolle gibt es bei Klagen gegen Entscheidungen zugunsten UVP-pflichtiger Vorhaben demgegenüber mehr in Bezug auf Angriffspunkte, die nicht bereits im Verwaltungsverfahren vorgetragen wurden. Der ehemalige § 2 Abs. 3 UmwRG (2006-2016) wurde gestrichen und die weiterhin existierende Präklusionsvorschrift des § 73 Abs. 4 S. 3 - 6 VwVfG ist gem. § 7 Abs. 4 UmwRG in diesen Fällen nicht mehr anwendbar. § 48 Abs. 2 S. 5 BBergG bleibt hiervon zwar unberührt, vermag aber bei UVP-pflichtigen Bergbauvorhaben keine Präklusion mit Wirkung für ein Gerichtsverfahren bewirken.

Zu (2): Rechtsmittel gegen behördliche Entscheidungen betreffend Vorhaben, für die keine UVP durchgeführt wurde (§ 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 UmwRG)

Mit der Novellierung des UmwRG sieht dessen erweiterter Geltungsbereich nunmehr auch ein Klage-recht gegenüber behördlichen Entscheidungen bzw. Unterlassungen sowie abgeschlossenen öffentlich-rechtlichen Verträgen betreffend die Genehmigung von Vorhaben vor, die nicht UVP-pflichtig sind, soweit diese unter Anwendung umweltbezogener Rechtsvorschriften ergangen sind [§ 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 UmwRG].

§ 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 UmwRG erfasst alle Entscheidungen, die eine Zulassung zur Durchführung von Vorhaben bewirken, die nicht UVP-pflichtig sind. In Bezug auf Bergbauvorhaben betrifft dies

- ▶ wiederum die Zulassungsentscheidungen sämtlicher Arten von Betriebsplänen (Rahmen-, Haupt-, Sonder-, Abschlussbetriebspläne),
- ▶ ebenfalls Genehmigungsentscheidungen nach anderen Fachgesetzen, deren ein nicht uvp-pflichtiges Vorhaben neben der Betriebsplanzulassung bedarf (z.B. wasserrechtliche

⁷⁵⁹ § 18 UVPG bzw. § 10 BImSchG.

Erlaubnisse, naturschutzrechtliche Ausnahmegenehmigungen oder Befreiungen, forstrechtliche Waldumwandlungsgenehmigungen),

- ▶ nicht aber die Erteilung von Erlaubnissen zur Aufsuchung und von Bewilligungen zur Gewinnung bergfreier Bodenschätze, da mit der Berechtsamserteilung gerade noch keine Vorhabenzulassung bewirkt wird.

Während Genehmigungen von Vorhaben, die aufgrund eines Verfahrens mit UVP erlassen werden, im Rechtsmittelverfahren nunmehr einer vollständigen, inhaltlich grundsätzlich⁷⁶⁰ nicht beschränkten Prüfung unterzogen werden können, gilt dies im Geltungsbereich von § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 UmwRG nicht. Hier ist die Rechtskontrolle auf die richtige Anwendung umweltbezogener Rechtsvorschriften begrenzt.

Unter den Begriff der „umweltbezogenen Rechtsvorschrift“ fallen alle Bestimmungen, die sich zum Schutz von Mensch und Umwelt auf

- ▶ den Zustand von Umweltbestandteilen wie Luft und Atmosphäre, Wasser, Boden, Landschaft und natürliche Lebensräume einschließlich Feuchtgebiete, Küsten- und Meeresgebiete, die Artenvielfalt und ihre Bestandteile, einschließlich gentechnisch veränderter Organismen, sowie die Wechselwirkungen zwischen diesen Bestandteilen,
- ▶ Faktoren wie Stoffe, Energie, Lärm und Strahlung, Abfälle aller Art sowie Emissionen, Ableitungen und sonstige Freisetzungen von Stoffen in die Umwelt, die sich auf die Umweltbestandteile im Sinne der Nummer 1 auswirken oder wahrscheinlich auswirken,

beziehen.

Auch im Anwendungsbereich von § 1 Abs. 1 Nr. 5 UmwRG ist die gerichtliche Kontrolle auf Verstöße gegen solche Vorschriften begrenzt, deren Beachtung und Förderung sich die anerkannte Umweltvereinigung ausweislich ihrer Satzung verschrieben hat.

Zu (3): Überwachungs- und Aufsichtsmaßnahmen

Weiterhin können Rechtsmittel auf Erlass von Verwaltungsakten geführt werden, mit welchen Überwachungs- oder Aufsichtsmaßnahmen zur Umsetzung oder Durchführung von Entscheidungen nach § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 5 UmwRG, betrieben werden sollen, soweit es dabei um die Einhaltung umweltbezogener Rechtsvorschriften geht. Insofern können nunmehr auch Maßnahmen der Bergaufsicht bzw. deren Unterbleiben Gegenstand einer Verbandsklage sein.

Zu (4): Rechtsmittel gegen Entscheidungen nach dem Umweltschadensgesetz [§ 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 UmwRG]

Nach dem Umweltschadensgesetz können u.a. anerkannte Umweltschutzvereinigungen bei der zuständigen Behörde beantragen, dass diese gegenüber einem Umweltschaden vorgeht. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 UmwRG stellt zusammen mit § 11 Abs. 2 USchadG klar, dass auch für solche Rechtsmittel die Vorschriften des UmwRG gelten.

Unter den Begriff des Umweltschadens fällt gem. § 2 Nr. 2 USchadG

- ▶ eine Schädigung von Arten und natürlichen Lebensräumen nach Maßgabe des § 19 BNatSchG,
- ▶ eine Schädigung der Gewässer nach Maßgabe des § 90 WHG und

⁷⁶⁰ Vgl. aber § 2 Abs. 1 Nr. 2 UmwRG.

- ▶ eine Schädigung des Bodens durch eine Beeinträchtigung der Bodenfunktionen im Sinn des § 2 Abs. 2 des BBodSchG, die durch eine direkte oder indirekte Einbringung von Stoffen, Zubereitungen, Organismen oder Mikroorganismen auf, in oder unter den Boden hervorgerufen wurde und Gefahren für die menschliche Gesundheit verursacht.

Im Hinblick auf die Durchführung von Bergbauvorhaben können grundsätzlich alle drei Arten von Umweltschäden verwirklicht werden. Ein Umweltschaden setzt allerdings voraus, dass dessen Verwirklichung infolge der durchgeführten Maßnahmen nicht im Genehmigungsverfahren vorhergesehen und entsprechend genehmigt wurde. Insofern kommt es auf den Gehalt etwaig vorhandener Genehmigungsentscheidungen an.

Zu (5): Rechtsmittel gegen SUP-pflichtige Pläne und Programme [§ 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG]

Soweit in kommunalen Bauleitplänen (Bebauungspläne und Flächennutzungspläne) eine Ausweisung von Flächen für die Abgrabung von Bodenschätzen erfolgt können diese nunmehr Gegenstand eines Normenkontrollverfahrens werden. Dies geht auf die EU-Richtlinie 2001/42/EG über die Prüfung von Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme zurück.

Unter den Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG fallen auch alle anderen SUP-pflichtigen Pläne und Programme – also z.B. insbesondere Regionale Raumordnungspläne. Hiervon nimmt § 48 S. 2 UVPG allerdings solche Pläne aus, die Gebiete für den Abbau von Bodenschätzen (hierunter fallen insbesondere Braunkohlenpläne) ausweisen; auf diese ist § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG nicht anzuwenden.

Außerhalb des UmwRG besteht für anerkannte Umweltvereinigungen ein besonderes Beteiligungsrecht und teilweise auch entsprechend nachfolgendes Klagerecht gem. §§ 63, 64 BNatSchG.⁷⁶¹ Nach § 63 BNatSchG ist danach in folgenden – soweit potentiell im Zusammenhang mit einer Genehmigung zur Bodenschatzgewinnung relevanten – Verfahren Gelegenheit zur Stellungnahme und zur Einsicht in die einschlägigen Sachverständigengutachten zu geben:

- ▶ in Planfeststellungsverfahren, die von Behörden des Bundes oder im Bereich der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone und des Festlandssockels von Behörden der Länder durchgeführt werden, wenn es sich um Vorhaben handelt, die mit Eingriffen in Natur und Landschaft verbunden sind (§ 63 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG);
- ▶ bei Plangenehmigungen, die von Behörden des Bundes erlassen werden und an die Stelle einer Planfeststellung im Sinne der Nummer 3 treten, wenn eine Öffentlichkeitsbeteiligung vorgesehen ist (§ 63 Abs. 1 Nr. 4 BNatSchG);
- ▶ vor der Zulassung einer Ausnahme nach § 45 Absatz 7 Satz 1 durch Rechtsverordnung oder durch Allgemeinverfügung (§ 63 Abs. 2 Nr. 4b BNatSchG);
- ▶ vor der Erteilung von Befreiungen von Geboten und Verboten zum Schutz von Gebieten im Sinne des § 32 Absatz 2, Natura 2000-Gebieten, Naturschutzgebieten, Nationalparks, Nationalen Naturmonumenten und Biosphärenreservaten sowie von Abweichungsentscheidungen nach § 34 Absatz 3 bis 5, auch in Verbindung mit § 36 Satz 1 Nummer 2, auch wenn diese durch eine andere Entscheidung eingeschlossen oder ersetzt werden (§ 63 Abs. 2 Nr. 5 BNatSchG);

⁷⁶¹ Gemäß Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europä- und völkerrechtliche Vorgaben – BT-Drs. 18/9526.

- ▶ in Planfeststellungsverfahren, wenn es sich um Vorhaben im Gebiet des anerkennenden Landes handelt, die mit Eingriffen in Natur und Landschaft verbunden sind (§ 63 Abs. 2 Nr. 6 BNatSchG);
- ▶ bei Plangenehmigungen, die an die Stelle einer Planfeststellung im Sinne der Nummer 6 treten, wenn eine Öffentlichkeitsbeteiligung vorgesehen ist (§ 63 Abs. 2 Nr. 7 BNatSchG).

Zugang zu einer gerichtlichen Kontrolle solcher Entscheidungen besteht gem. § 64 BNatSchG gegen Entscheidungen nach § 63 Abs. 1 Nr 2 bis 4 und Abs. 2 Nr 4a bis 7 BNatSchG.

6.7 Ergebnisse der Interviews zu Klagerechten

Zentrale Aussagen der Vorhabenträger zu Klagerechten

- **V1:** Das BVerfG habe mit seinem „Garzweiler-Urteil“ die Klagemöglichkeiten der Privaten auf der Rahmenbetriebsplanebene erhöht. Davon werde auch feststellbar Gebrauch gemacht. Konkretes Beispiel sei ein aktueller Rahmenbetriebsplan gegen den 5 bis 6 Privatleute mit der Begründung Klage geführt hätten, dass Teile ihrer Flächen außerhalb des Gebiets für ökologische Ausgleichflächen vorgesehen worden seien. Man habe sich dann aber gütlich geeinigt.
- **V1:** Es gebe hinreichend Möglichkeiten, gegen Bergbauvorhaben Rechtsschutz zu suchen. Erweiterungen seien nicht sinnvoll. Klagerechte z.B. auch gegen Hauptbetriebspläne seien nicht sinnvoll, da es hier nur um technische Fragen und keine Grundsatzentscheidung gehe.
- **V3:** Das „Garzweiler-Urteil“ spiele eigentlich keine Rolle, da es (faktisch) keine Grundabtretungsfälle gebe und die Vorgaben auf sehr langwierige komplexe Vorhaben zugeschnitten seien.
- **VA:** Klagemöglichkeiten im Sinne des „Garzweiler-Urteils“ spielten in der eigenen Branche keine Rolle, da schon bislang Klagen gegen Planfeststellungsbeschluss durch Betroffene möglich gewesen seien.
- **V4:** Die Rechtsschutzmöglichkeiten gegenüber Bergbauvorhaben seien umfassend. Dass Verfahren nicht zum Erfolg führten, liege nicht an unzureichenden Rechtsschutzmöglichkeiten, sondern daran, dass viele Kläger nicht so betroffen seien, wie sie dächten („querulatorische Tendenzen“ / „politisches Interesse“).
- **V5:** Das „Garzweiler-Urteil“ spiele für das eigene Unternehmen keine Rolle, da es darin ja um das Verhältnis von Rahmenbetriebsplanzulassung zu Grundabtretung gehe. Es mache aber Sinn, Bergbauvorhaben nicht erst auf der letzten Stufe eines gestuften Verfahrens gerichtlich überprüfen lassen zu können.
- **V6:** Es sei kritisch, dass Klagerechte immer weiter ausgeweitet würden. Dies öffne „Tür und Tor“ dafür, dass sich auch Leute einfänden, die gar keine berechtigten Einwender seien (Einzelpersonen oder Bürgerinitiativen, die grundsätzlich gegen große Infrastrukturprojekte seien). Bzgl. des Rechtsschutzes im Betriebsplanzulassungsverfahren sei zu bedauern, dass es kein Widerspruchsverfahren mehr gebe und daher gleich vor Gericht geklagt werden müsse. Dabei beziehe man sich aber mehr auf Fälle, in denen Bergbauunternehmen gegen Nebenbestimmungen vorgingen und nicht auf die Anfechtung von Genehmigungen durch Dritte. Eine Auseinandersetzung gleich zu Gericht tragen zu müssen und nicht zunächst behördenintern in einem Widerspruchsverfahren verhandeln zu können, fördere die wünschenswert gute Beziehung zwischen Behörde und Unternehmen nicht.

Zur Novelle des UmwRG 2017:

- **V1:** Aus Sicht der Vorhabenträger sei die Ausweitung überzogen, denn es sei nicht verständlich, warum Umweltverbände als „Superrevisionsinstanz“ tätig werden sollten. Beschränkung auf Umweltbelange wäre in Ordnung, die Ausweitung darüber hinaus sei aber nicht gerechtfertigt. Sehr kritisch werde auch gesehen, dass die ganzen Klagerechte auch rückwirkend für erteilte Genehmigungen gelten sollten. Rein praktisch dürfte es so kommen, dass die Umweltverbände sich einzelne Verfahren raussuchen würden, da sie ja aufgrund limitierter Ressourcen nicht alles beklagen könnten. Skeptisch müsse die Entwicklung

auch in Anbetracht der Verfahrensdauern betrachtet werden. Verfahren könnten bis zu 13 Jahre dauern. Das sei eine Entwicklung, bei der der Rechtsschutz (auch für das beklagte Unternehmen) „den Bach runter“ gehe. Behörden müssten in der Situation dann einstweilige Anordnungen treffen, die dann wieder angegriffen würden; das führe zu einer starken Belastung der Gerichte. Man selbst habe noch keinen Prozess verloren; daher habe man in Bezug auf die UmwRG-Novelle keine Befürchtungen.

- V2: Es werde mit vielen Unsicherheiten auf Seiten der Vorhabenträger, aber auch v.a. auf Seiten der Behörden gerechnet. Es seien lange Verfahren von langer Dauer zu erwarten und viele nachgeschobene Begründungen.
- V3: Das Fazit sei durchwachsen aber eher negativ. Die Klagemöglichkeiten sollten auf übergeordneter Ebene konzentriert werden.
- VA: Die Neuerungen seien kritisch zu sehen; es gehe um sehr komplexe Verfahren und daher sei die Entscheidung des Gerichts nicht vorauszusehen, auch wenn man selbst alles richtig gemacht habe. Es gebe nun die zusätzliche Unwägbarkeit, falschen Gerichtsentscheidungen ausgesetzt zu werden. Wenn hier Entscheidungen zunehmend auf Gerichte verlagert würden, dann müssten dort auch die für die Bewältigung erforderlichen Ressourcen geschaffen werden (z.B. durch technische Senate, vergleichbar mit den Handelssenaten bei den Zivilgerichten).
- VD: Es sei eine steigende Rechtsunsicherheit und Verlängerung von Verfahren zu befürchten. Verbesserungen für das Umfeld seien nicht zu erwarten.
- VA: Durch klagebedingte Verzögerungen würden Vorhabenträger „erpressbar“.
- V4: Es sei eine grundsätzliche Frage, ob man Verbandsklagen und eine abstrakte Kontrolle möchte. Alle Industrievertreter hätten Abneigungen gegenüber Verbandsklagen. Aber wenn da eine Ausweitung politisch gewünscht sei, müsse man das eben akzeptieren. Vorhabenträger hätten ein Interesse daran, dass behördliche Entscheidungen gut und richtig seien. Wichtig sei insbesondere eine korrekte Sachaufklärung. Diese würde dann auch Verbandsklagen standhalten. Man bedürfe einer guten juristischen Betreuung, da die Unternehmen sich nicht darauf verlassen könnten, dass ein Vorhaben politisch gewollt sei und daher von den Behörden ausreichend verteidigt werde. Man habe zwar keine Angst, in Klageverfahren zu verlieren, ärgerlich seien aber die mit den Verbandsklagen einhergehenden Verzögerungen.
- V5: Eine Häufung von Klagen könne nicht ausgeschlossen werden. Man sei gerade in einem Verfahren, bei dem abzuwarten bleibe, wie sich die Umweltverbände positionierten. Im Scoping habe man bereits Kontakt mit Umweltverbänden gehabt und da habe man den Eindruck konstruktiver Beteiligung gehabt.

Zentrale Aussagen der Umweltseite zu Klagerechten

- UV3: Es sei unverständlich, dass keine Klage/Antrag auf Widerruf alter Rechte möglich sei.
- UV2: Nach Erfahrungen aus einem Braunkohletagebau-Gebiet könne festgestellt werden, dass Verfahrenskosten für Umweltverbände ein großes Hindernis seien. Allgemein seien die Rechtsschutzmöglichkeiten sehr begrenzt und auf viele Teilelemente der Verfahren aufgeteilt. Gegen Bergbauvorhaben könne häufig nicht nur ein Verfahren geführt werden, sondern es müssten mehrere Verfahren gegen unterschiedliche Betriebsplanzulassungen und andere behördliche Entscheidungen betrieben werden.
- UV2: Effektiver Rechtsschutz sei faktisch nicht gegeben; denn dieser komme zu spät. Es würden regelmäßig Fakten geschaffen, die eine Fortsetzung des Klageverfahren für die aktuelle Auseinandersetzung nutzlos machten und nur noch Rechtsfragen klärten, deren Fortentwicklung man dann vielleicht in künftigen Verfahren nutzen könne.
- UV2: Folge aus dem „Garzweiler-Urteil“ hätte sein sollen, das BBergG bzgl. Beteiligungs- und Klagerechte grundlegend zu reformieren; dies sei aber nicht passiert. Unklar sei auch, ob die „Garzweiler-Entscheidung“ für kleinere Bergbau-Vorhaben eine Rolle gespielt habe. Jedenfalls seien die Auswirkungen

gen bei einem aktuellen Grundabtretungsverfahren durchaus deutlich sichtbar.

- **UV7:** Bei Aufsuchungserlaubnissen (Erteilung, Verlängerung) seien die Beteiligungsmöglichkeiten im bergrechtlichen Verfahren schlecht – hier gebe es keine allgemeine Beteiligung der Öffentlichkeit und es sei allenfalls über das Umweltinformationsgesetz (UIG) möglich, an Informationen zu kommen. Ggf. könne man Kommune finden, die empfänglich für Unterstützung sei, ihre Belange in einer Weise einzubringen, die dann auch anderen Betroffenen nütze. Das Verfahren sollte verbessert werden, indem dieses analog z.B zu immissionsschutzrechtlichen Verfahren mit einem obligatorischen Erörterungstermin ausgestaltet werde. An welchem Punkt man in die Erlaubniskette eingreifen könne, sei nicht klar.
- **UV7/6:** Betriebspläne würden ja regelmäßig ohne Öffentlichkeitsbeteiligung zugelassen, d.h. auch davon bekomme man nichts mit. Bei Fracking-Vorhaben fänden Beteiligungen lediglich im Rahmen der Förderungsausweitungen statt, die UVP-pflichtig seien. Verfahren hätten aber gezeigt, dass das Verfahren auch substantiell beeinflusst werden könne, wenn es eine Beteiligung gebe.
- **UV8:** Das „Garzweiler-Urteil“ schaffe keine Klarstellung der Rechtsschutzmöglichkeiten. Ein Vorgehen gegen Hauptbetriebsplan müsse möglich sein.
- **UV9:** Schlussfolgerungen aus dem „Garzweiler-Urteil“ für den Rechtsschutz könnten wie folgt gezogen werden: Das Konfliktverhältnis zwischen Rahmenbetriebsplan und späteren Betriebsplänen sei sehr problematisch; ebenso die sehr weitgehende zeitliche Reichweite der Rahmenbetriebsplanzulassung und die wahrzunehmende Bindungswirkung. Darin liege das Hauptproblem, da eine faktisch sehr weitreichende Bindungswirkung den späteren Rechtsschutz erschwere. Gerade bei langfristigen Bergbauprojekten würden Erkenntnisse über zu bewältigenden bzw. einem Abbau entgegenstehende Probleme aber häufig erst später zu Tage treten. Dann dürfe eine diesbzgl. Prüfung nicht durch Bindungswirkung einer vor langer Zeit ergangenen Zulassungsentscheidung verhindert oder vermindert werden; dies scheine aber gegenwärtig der Fall zu sein. Das Bundesverwaltungsgericht sei bzgl. der Fachplanung der Auffassung, dass man nicht länger als 15 Jahre prognostizieren dürfe, Nachsteuerungsmöglichkeiten seien im Fachplanungsrecht vorhanden. Im Bergrecht gebe es diese nicht im gleichen Umfang und das sei ein Defizit. Faktisch seien die Entscheidungen für sehr lange Zeiträume gefallen, die Behörden fühlten sich intern an Rahmenbetriebsplan gebunden. Das führe zu einer Vervielfältigung von Rechtsbehelfsnotwendigkeiten in der unklaren Schnittstelle zwischen den Regelungswirkungen von Betriebsplänen, die finanziell und vom Aufwand her sehr problematisch seien.
- **UV9:** Das „Garzweiler-Urteil“ des BVerfG bringe erfreulicherweise auch eine Änderung der Rechtsprechung des BVerwG hinsichtlich der Missbräuchlichkeit von Sperrgrundstücken mit sich.

Zur Novelle des Umweltrechtsbehelfsgesetzes 2017:

- **UV2:** Es sei zu kritisieren, dass Klagemöglichkeiten gegen Braunkohlenpläne ausgeschlossen würden.
- **UV1:** Es sei kein deutlicher Schub an Klageaktivitäten zu erwarten, da die Kraft des Praktischen eine zu große Rolle spiele (insbes. Kosten, Know-how). Am Handeln der Verbände werde sich nicht viel ändern. Positiv seien insbesondere die Verbesserungen in Bezug auf die bisherige Präklusion, hierüber müsse nun endlich nicht mehr gestritten werden.
- **UV5:** Gerichtliche Überprüfungen von Plänen und Programmen könnten spannend sein, wobei einige wichtige Pläne ja ausgenommen seien. Finanzierung von Prozessen sei ein wesentliches Hindernis, diese ausgeweiteten Rechte auch zu benutzen. Negativ seien die großen Heilungsmöglichkeiten von Fehlern im Gerichtsverfahren (dies habe man in der Vergangenheit schon in sehr drastischer Weise erlebt).
- **UV7:** Nach der UmwRG-Novelle dürften die Klagemöglichkeiten nun gut sein. Unklar sei, ob Entscheidungen im Berechtsamsverfahren beklagt werden könnten.
- **UV8:** Man erwarte, dass es viele Unklarheiten und neue Streitigkeiten über die Reichweite der neuen

Klagerecht geben werde.

- UV9: Man erwarte vom UmwRG einige Verbesserungen des Rechtsschutzes für die Umwelt. Bergrechtsspezifisch sei es ja so, dass es noch ganze Reihe von Vorhaben gebe, die mit Verfahren ohne UVP betrieben würden. In diesen Fällen bestünden erhebliche Rechtsschutzlücken – nicht nur im Eilverfahren sondern insgesamt. Man erhoffe sich insbesondere von § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 UmwRG eine Anwendung als allgemeine Auffangklausel. Hierdurch sollte es zu einer deutlichen Verringerung dieser Rechtsschutzlücken für Umweltverbände kommen. Im Ergebnis dürften insbesondere auch Klagerechte gegen Haupt- und Sonderbetriebspläne und Berechtsamserteilungen gegeben sein. Da möge es aber zunächst noch Streit darüber geben (möglicherweise anfänglich noch Tendenzen zu einschränkender Auslegung der entsprechenden Neuregelungen). Man gehe davon aus, dass Lücken geschlossen würden. Die Verbände seien allerdings über die nunmehr gegebene Ausweitung der Rechtsschutzmöglichkeiten noch nicht wirklich informiert.

Zentrale Aussagen der Behörden zu Klagerechten

- B1: Zum „Garzweiler-Urteil“ des BVerfG (2013) sei zu sagen, dass sich die Verwaltungspraxis schon mit dem vorausgegangen BVerwG-Urteil (2006) geändert habe; das Urteil des BVerfG habe dann nur noch in Nuancen Änderungen gebracht.
- B2: Die Rechtsschutzmöglichkeiten seien durch die Rechtsprechung stark ausgedehnt worden. Als Betroffener könne man jetzt gegen Betriebsplanzulassungen vorgehen, wie es in anderen Bereichen gegenüber Genehmigungen auch möglich sei. Der Umfang der Rechtskontrolle sei angemessen. Im Grundabtreungsverfahren sei eine Vollüberprüfung des Vorhabens möglich. Da könnten Betroffene dann zu allen Belangen vortragen. Das Problem bestehe weniger in den Klagemöglichkeiten, als vielmehr in der langen Verfahrensdauer. Das schrecke viele und sei weder für Genehmigungsinhaber noch für Behörden zufriedenstellend. Das lasse sich durch Gesetze aber nicht ändern. Aufgrund des Garzweiler-Urteils würden keine zusätzlichen Klagen erwartet. Insgesamt gebe es nur wenige Verfahren, in denen Eigentümer sich gegen ein Vorhaben wendeten. Klagen würden vor allem seitens der Umweltverbände geführt.
- B3: Bezüglich der Klagerechte sei zu sagen, dass auch bei Genehmigungen von Vorhaben unterhalb der UVP-Pflichtigkeit eine Rechtmäßigkeitskontrolle gegeben sei. Bei Klagen gegen Betriebsplangenehmigungen müssten aber weiterhin subjektive Rechte betroffen sein.
- B4. Das „Garzweiler-Urteil“ habe die Klarstellung gebracht, dass eine Gesamtabwägung auch auf der Rahmenbetriebsplanebene zu erfolgen habe, was natürlich Rechtsschutzmöglichkeiten eröffne.
- B5 (Wasserbehörde): Die Fachbehörde werde in die Klagen einbezogen und die fachlichen Stellungnahmen und Positionen würden eingepflegt. Das laufe ordentliche Wege. Es gebe auch ausreichend Rechtsschutzmöglichkeiten. Manchmal seien Fragestellungen so spezifisch, dass auch die Fachbehörde diese nicht beurteilen könnte und dann Gutachten erstellt werden müssten. Unschön sei, dass Klagen oft von unterschiedlichen Klägern kämen und das dann zum Teil sogar „doppelt und dreifach“. Das führe zu Überlastungen und schränke die eigene Arbeitsfähigkeit ein. Aufgrund der Involvierung in Klageverfahren sei man teilweise schlicht und einfach nicht mehr arbeitsfähig gewesen.
- B5 (Wasserbehörde): Es sei besser, Verfahren konzertierter zu fassen. Klageverfahren hielten die Behörden teilweise davon ab, die eigentliche Arbeit zu machen. Mittlerweile klage ja jeder – Bürger, Gemeinde, Umweltverbände. Die „Klagefreudigkeit“ sei (rohstoffübergreifend) groß. Der Bergbau habe natürlich Einfluss auf den Wasserhaushalt. Bürger würden aber auch klagen, wenn die Ursachen eigentlich woanders lägen.
- B6 (Geologischer Dienst): Auch diesbezüglich bestünden seitens des Geologischen Dienstes keine Erfahrungen. Man halte es persönlich aber für grundsätzlich sinnvoll, dass betroffene Personen oder Institutionen beteiligt würden. Allerdings könne es durch die erforderlichen Prüfungen, Gutachten etc. natürlich

zu Verzögerungen kommen, die problematisch sein könnten. Die Frage sei, wie gewährleistet werde, dass die Einwände in qualifizierter Form vorgebracht würden und eine zügige Abarbeitung möglich sei. Es sei gut und sinnvoll, wenn die vorgebrachten Einwände fachgerecht, zügig und von unabhängigen Sachverständigen geprüft würden. Leider komme es in Praxis oft vor, dass die Klagerechte extensiv ausgenutzt würden mit immer neuen „Gegengutachten“. Der Aufwand und die Verzögerung könnten hierdurch groß sein.

Zur Novelle des UmwRG 2017:

- **B2:** So wie man das bislang sehe, könne wohl fast jede bergrechtliche Zulassung angegriffen werden. Es sei aber zweifelhaft, dass die Verbände letztlich wirklich in dieser Größenordnung gegen alle Entscheidungen vorgingen. Die Verbände würden wohl ihre Kräfte bündeln müssen. Durch eine Vielzahl von Widersprüchen und Klagen würden viele Kapazitäten (sowohl der Behörden als auch der Gerichte) gebunden und anderweitige Arbeit „lahmgelegt“, insbesondere wenn Umweltbelange betroffen seien.
- **B3:** Die Novelle des UmwRG berge die Gefahr von „Trittbrettfahrern“ (Grundstückseigentümer, die keine umweltspezifischen Interessen verfolgten). Man habe im eigenen Bundesland relativ viele Planfeststellungsverfahren mit UVP, die Mehrzahl außerhalb der Braunkohleförderung, hier habe man bislang relativ wenige Konflikte. Klassische Umweltrechtsbehelfe habe man im Bundesland kaum; diese kämen ganz vorwiegend bei Braunkohlevorhaben vor. Eine einzige Streitigkeit zu einem Vorhaben aus dem Bereich Steine/Erden sei aktuell offen und hier sei der Umweltrechtsbehelf ein Vehikel für klassische kommunale Belange, habe also mit Umweltbelangen nichts zu tun.
- **B3:** UVP-Verfahren würden häufig aus anderen Gründen als Umweltgründen geführt. Es sei kein Problem sich einen Kläger nach UmwRG zu suchen; es finde sich immer ein Verband, der diese Interessen mitvertrete, egal ob es um umweltseitige oder andere Interessen handle.
- **B3:** Nach eigener Erfahrung seien es aber vor allem Gemeinden, die gegen Bergbauvorhaben Klagen führten. Umweltverbände seien eher selten beteiligt. Es gebe häufig auch Unternehmerklagen gegen Versagungen und Nebenbestimmungen. Umweltrechtsbehelfe stünden erst an dritter Stelle.
- **B4:** Es gebe mit dem neuen UmwRG zwar eine erweiterte Rügebefugnis. Man erwarte aber eigentlich nicht mehr Klagen als zuvor. Umweltverbände würden bei großen Vorhaben stets schon im Vorfeld beteiligt; insofern könne man vieles schon im Vorfeld „glatt ziehen“. Man erwarte allerdings, dass die Verbände in den schon laufenden Verfahren mehr Rügemöglichkeiten hätten.
- **B4:** Man versuche, mit allen Beteiligten und auch mit den Umweltverbänden möglichst einvernehmlich zu entscheiden. Es könne ja keiner einen Rechtsstreit wollen. Das gehe häufig besser, als man von außen meine.
- **B5 (Wasserbehörde):** Die Behörden würden mit ggf. häufiger auftretenden Klagen umzugehen wissen.

6.8 Zwischenfazit und Handlungsempfehlungen

Die Gewinnung von Bodenschätzen und andere Bergbautätigkeit geht regelmäßig mit Einwirkungen auf Rechtsgüter Dritter einher. Dabei können drei Fallgruppen unterschieden werden: Im Zuge der Durchführung bergbaulicher Vorhaben müssen Bergbauunternehmen regelmäßig (1) auf im Eigentum Dritter stehende Grundstücke Zugriff nehmen und/oder es kommt (2) in der Konsequenz der Abbautätigkeit zu Einwirkungen auf die Erdoberfläche, die durch Setzungen, Hebungen, Einstürzen oder in sonstiger Weise die Substanz von Grundstücken schädigen. Ferner können (3) mit der Durchführung bergbaulicher Tätigkeit mittelbare Auswirkungen einhergehen – insbesondere durch Immissionen oder auf anderen Wegen erfolgenden Schadstoffaustrag.

Soweit die Genehmigung von bergbaulichen Tätigkeiten nicht im BBergG spezialgesetzlich geregelt ist, gibt es im Hinblick auf die Rechte betroffener Dritter und der Öffentlichkeit sowie von Umweltvereinigungen keine Besonderheiten gegenüber anderen Vorhaben, die nach dem jeweiligen Fachrecht

in den entsprechenden Verfahren zu prüfen sind. Dies gilt auch im Hinblick auf die Voraussetzungen und die Maßgaben der Inanspruchnahme gerichtlicher Verwaltungskontrolle. Diese sind jedenfalls für anerkannte Umweltvereinigungen durch Art. 11 UVP-Richtlinie und das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz (UmwRG)⁷⁶² – insbesondere nach Inkrafttreten des Gesetzesentwurfs zur Novellierung des UmwRG und anderer Gesetze am 02. Juni 2017⁷⁶³ – gegenüber der früheren Rechtslage erheblich ausgeweitet worden; für in eigenen Rechten betroffene Personen gilt dies allerdings nur in Bezug auf bestimmte Fehler bei der Durchführung eines UVP-Verfahrens.

Diese Ausweitungen der Möglichkeiten anerkannter Umweltvereinigungen, eine gerichtliche Kontrolle von behördlichen Entscheidungen erwirken zu können, gilt auch gegenüber bergbaulichen Vorhaben, die unter das BBergG fallen. Genehmigungsentscheidungen, die UVP-pflichtige Vorhaben betreffen, können von Umweltvereinigungen gem. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, § 2 Abs. 4 S. 1 UmwRG einer umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle seitens der Verwaltungsgerichte zugeführt werden und von Seiten Drittbetroffener im Rahmen der Geltendmachung der Verletzung eigener Recht (sowie der Verletzung von Verfahrensfehlern). Dies betrifft im Geltungsbereich des BBergG allerdings nur Betriebsplanzulassungen, da nur diese unter den Begriff der „Zulassungsentscheidung“ I.S.v. § 2 Abs. 6 Nr. 1 Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG)⁷⁶⁴ bzw. der „Genehmigung“ I.S.v. Art. 1 Abs. 2 UVP-RL fallen. Auch wenn die UVP grundsätzlich im Zuge des Verfahrens auf Zulassung des Rahmenbetriebsplanes durchgeführt wird, handelt es sich bei den weiteren Betriebsplanzulassungsentscheidungen gleichwohl um „sonstige behördliche Entscheidungen über die Zulässigkeit von Vorhaben, die in einem Verwaltungsverfahren getroffen werden, einschließlich des Vorbescheids, der Teilgenehmigung und anderer Teilzulassungen“ (§ 2 Abs. 6 Nr. 1 UVPG).

Folgt man dem nicht, handelt es sich bei (jeglichen) Betriebsplanzulassungen jedenfalls I.S.v. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 UmwRG um „Verwaltungsakte [...], durch die andere als in den Nummern 1 bis 2b [des § 1 Abs. 1 S. 1 UmwRG] genannte Vorhaben unter Anwendung umweltbezogener Rechtsvorschriften [...] zugelassen werden“.

Für den Individualrechtsschutz von durch Bergbauvorhaben in eigenen Rechten betroffenen Personen gilt nach den Vorschriften des BBergG bzw. deren rechtsfortbildender Auslegung in der Rechtsprechung, dass auf entsprechende Klagen eine gerichtliche Kontrolle der Betriebsplanzulassungsentscheidungen stattfindet. Wie weitgehend die gerichtliche Kontrolle welcher Betriebsplanzulassungsentscheidungen in unterschiedlichen Konstellationen der durch besondere Stufungen geprägten Verfahren stattfindet, ist bislang allerdings nicht abschließend geklärt. Soweit die bergbauliche Tätigkeit mit schwerwiegenden Einwirkungen in die Substanz des Grundeigentums verbunden oder gar eine vollständige Inanspruchnahme beabsichtigt ist, findet Rechtsschutz bereits gegenüber Betriebsplanzulassungsentscheidungen statt. Umstritten ist, ob dies nur gegenüber Rahmen- oder auch gegenüber Hauptbetriebsplänen gilt. Inwieweit das Ergebnis des Betriebsplanverfahrens Rechtswirkung zu Lasten Dritter in Bezug auf ggf. nachfolgend erforderliche weitere Entscheidungen hat, ist in der Rechtsprechung ebenfalls noch nicht abschließend geklärt. Mangels entsprechender gesetzlicher Anordnung kommt jeglichen Betriebsplanzulassungen jedenfalls keine enteignungsrechtliche Vorwirkung zu. Somit findet insbesondere gegenüber Enteignungsentscheidungen (Grundabtretungen) eine vollumfängliche Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Vorhabens und auch dessen Erforderlichkeit in Abwägung mit den Integritäts- und Bewahrungsinteressen des Grundeigentümers und ggf. auch

⁷⁶² Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.08.2017 (BGBl. I S. 3290).

⁷⁶³ Gesetz zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben, BGBl. I 2017 vom 01.06.2017, S. 1298.

⁷⁶⁴ Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung in der Fassung der Bekanntmachung vom 24.02.2010 (BGBl. I S. 94), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 8.09.2017 (BGBl. I S. 3370) geändert worden ist.

der Öffentlichkeit statt. Wie weitgehend die Belange von Grundeigentümern bereits im Zuge der Betriebsplanzulassungsentscheidungen berücksichtigt werden müssen und nach welchem Maßstab eine gerichtliche Kontrolle erfolgt, ist in Ermangelung klarer gesetzlicher Regelungen und der nur einzelfallbezogenen Befassung seitens der Rechtsprechung weiterhin nicht abschließend geklärt. Inzwischen ist eine Situation eingetreten, in der nur über eine eingehende Kenntnis der aktuellen Entwicklungen in der Rechtsprechung Fragen zum Rechtsschutz im Einzelfall beantwortet werden können.

Verbindliche, durchsetzbare Beteiligungsrechte bestehen für in ihren Rechten betroffene Personen und Umweltvereinigungen nur in sehr begrenztem Maße. Nur anerkannte Umweltvereinigungen können Rechtsschutz wegen der Vorenthaltung einer Beteiligung an einem erforderlichen Planfeststellungsverfahren beanspruchen. In Individualrechten Betroffene haben nach der gegenwärtigen Auslegung der Rechtslage seitens der Verwaltungsgerichte erst im Rahmen eines Enteignungsverfahrens Anspruch darauf, dass über die Freigabe der Durchführung bergbaulicher Tätigkeit, die eine Verletzung der Substanz des eigenen Grundstückes mit sich bringt, nur in gesetzlich vorgeschriebenen Verfahren und nicht ohne die eigene Beteiligungsmöglichkeit entschieden wird. Die Rechtswidrigkeit einer Betriebsplanzulassung kann insofern nicht mit dem Argument unterbliebener Beteiligung geltend gemacht werden. Lediglich bei UVP-pflichtigen Betriebsplanzulassungen können Verfahrensfehler – insbesondere solche unzureichender Öffentlichkeitsbeteiligung – geltend gemacht werden (§ 4 UmwRG).

Jenseits der vorgenannten Verfahren bestehen keine Beteiligungsrechte für von Bergbauvorhaben betroffene Dritte und Umweltvereinigungen. Insbesondere besteht nach herrschender Meinung in der Literatur und gefestigter Rechtsprechung kein Recht auf Beteiligung am Verfahren auf Erteilung von Bergbauberechtigungen. Eine Beteiligung an Betriebsplanzulassungsverfahren ist nur im Falle von dessen Verknüpfung mit der Prüfung der Umweltverträglichkeit sowie einer behördlichen Entscheidung zur Eröffnung einer Beteiligung nach § 48 Abs. 2 S. 3 BBergG⁷⁶⁵ vorgesehen. Die Inanspruchnahme materiellen Rechtsschutzes vor den Verwaltungsgerichten ist hiervon grundsätzlich unabhängig.

Von den nur beschränkten Beteiligungsrechten der betroffenen Öffentlichkeit zu unterscheiden ist die Beteiligung von Gemeinden als Träger öffentlicher Belange. Als solche (insofern dann aber nicht Träger von eigenen Rechten) werden Gemeinden im Verfahren auf Erteilung von Bergbauberechtigungen beteiligt, soweit diese nach Auffassung der Bergbehörde „Aufgaben [zur] Wahrnehmung öffentlicher Interessen im Sinne des § 11 Nr. 10“ hat (§ 15 BBergG). Gleiches gilt in Betriebsplanzulassungsverfahren soweit „durch die in einem Betriebsplan vorgesehenen Maßnahmen der Aufgabenbereich anderer Behörden oder der Gemeinden als Planungsträger berührt [wird]“ (§ 54 Abs. 2 BBergG).

6.8.1 Verbesserung der Beteiligung der Öffentlichkeit und der von Bergbauvorhaben Betroffenen

Die für eine Verbesserung der Beteiligung der betroffenen Öffentlichkeit in bergrechtlichen Verfahren abzugebenden Handlungsempfehlungen richten sich danach, in welcher Weise das gestufte Verfahren, welches bis zu einer Genehmigung von Abbautätigkeiten durchlaufen werden muss, insgesamt geändert werden soll. Die Einführung einer Pflicht zur Beteiligung der betroffenen Öffentlichkeit am Verfahren auf Erteilung von Bergbauberechtigungen ist naturgemäß nur dann geboten, wenn diese

⁷⁶⁵ „Soweit die öffentlichen Interessen zugleich den Schutz von Rechten Dritter umfassen, kann die für die Zulassung von Betriebsplänen zuständige Behörde den Plan auslegen, wenn voraussichtlich mehr als 300 Personen betroffen sind oder der Kreis der Betroffenen nicht abschließend bekannt ist.“

nicht in das Betriebsplanzulassungsverfahren einkonzentriert wird. Folgt man dem nicht, so bedarf es auch dann keiner Einführung von Beteiligungsrechten am Berechtsamsverfahren, wenn künftig eindeutig gesetzlich klargestellt ist, dass der Erteilung einer Bergbauberechtigung keinerlei Bedeutung für die nachfolgenden bergrechtlichen und außerbergrechtlichen Entscheidungen hat, deren ein Abbauvorhaben bedarf. Nur wenn man – abweichend von den hiesigen Handlungsempfehlungen – die Bedeutung der Prüfung über die Erteilung von Bergbauberechtigungen erhöhen wollte, wäre dann das diesbezügliche Verfahren konsequenter Weise um umfassende Pflichten zur Beteiligung der Öffentlichkeit einzuführen. Diese sollten dann entsprechend den Regelungen zur Betroffenen- und zur Öffentlichkeitsbeteiligung des VwVfG ausgestaltet werden.

Da diesseits vorgeschlagen wird, das Verfahren und die Voraussetzungen zur Erteilung von Genehmigungen zur Durchführung von Bergbauvorhaben zu ändern, wären dementsprechend auch die Beteiligungsrechte der betroffenen Öffentlichkeit hieran auszurichten. Es empfiehlt sich, die Öffentlichkeitsbeteiligung am Verfahren auf Genehmigung von Betriebsplanzulassungen entsprechend den allgemeinen diesbezüglichen Regelungen des VwVfG auszugestalten bzw. diese für anwendbar zu erklären. Allerdings sollte diese Beteiligung nicht nur am Verfahren auf Genehmigung eines Rahmenbetriebsplans eröffnet sein. Vielmehr sollten Umweltvereinigungen und Eigentümer von betroffenen Grundstücken auch an den betreffenden weiteren Verfahren auf Erteilung von Betriebsplangenehmigungen beteiligt werden.

Vorschlag: Ausgestaltung der Regelungen zur Beteiligung der betroffenen Öffentlichkeit in Abhängigkeit der Vornahme von Veränderungen des Genehmigungsverfahrens insgesamt

Aufgrund der Fortentwicklung von Abbautätigkeit in zeitlicher und räumlicher Hinsicht und der damit einhergehenden abschnittswisen Genehmigungen bedarf es einer dem abschnittswisen behördlichen Entscheidungsbedarf entsprechenden wiederkehrenden Beteiligung der betroffenen Öffentlichkeit, soweit eigentumsrelevante Konflikte zu prüfen sind. Anerkannte Umweltvereinigungen sollten – jedenfalls auf Antrag – an jedem Betriebsplanverfahren betreffend die Fortentwicklung der Abbautätigkeit mit erheblichen Auswirkungen auf die Umwelt beteiligt werden.

6.8.2 Verbesserung des Zugangs zu gerichtlicher Prüfung

Auch im Hinblick auf den Zugang zu gerichtlicher Kontrolle gilt zunächst das zur Ausgestaltung von Beteiligungsrechten Gesagte entsprechend: Abhängig davon, wie die Entscheidungen über die Vergabe von Rechten zur Durchführung von Abbautätigkeiten ausgerichtet werden, folgt daraus ein Bedarf, dementsprechend der betroffenen Öffentlichkeit auch Zugang zu gerichtlicher Kontrolle zu eröffnen.

Sofern die Entscheidung über die Vergabe von Bergbauberechtigungen in die Betriebsplangenehmigung einkonzentriert wird, erledigt sich somit auch das andernfalls bestehende Bedürfnis, diese Vorabentscheidung bereits einer gerichtlichen Kontrolle zuführen zu können. Gleiches gilt für den Fall, dass die Vorabentscheidung über die Erteilung von Bergbauberechtigungen zwar bestehen bleiben, indessen in ihrer Bedeutung im Hinblick auf die Prüfung der Genehmigungsfähigkeit des Abbauvorhabens weiter reduziert werden soll. Nur wenn die rechtliche Bedeutung der Entscheidung über die Erteilung einer Bergbauberechtigung vergrößert werden sollte, bedürfte es dann dementsprechend auch der Eröffnung einer umfassenden gerichtlichen Kontrolle der Rechtmäßigkeit dieser Verwaltungsentscheidung. Es müsste dann sichergestellt werden, dass diese soweit reicht, wie die Erteilung der Bergbauberechtigung für nachfolgende Verfahren beachtliche Rechtswirkungen entfaltet.

In Bezug auf die Genehmigung von Betriebsplänen bedarf es in Abhängigkeit von der jeweiligen Rechtswirkung einer Möglichkeit, diese gerichtlich überprüfen lassen zu können. Maßstab hierfür ist, ob die genehmigte Abbautätigkeit mit Auswirkungen auf Grundeigentumsrechte und andere geschützte Belange von Bürger und Gemeinden verbunden ist. Nach diesseitiger Auffassung können

anerkannte Umweltvereinigungen nach § 1 Abs. 1 S. 1 UmwRG schon gegenwärtig jede Betriebsplanzulassungsentscheidung einer gerichtlichen Kontrolle zuführen. Dies folgt hilfsweise auch aus Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention. Soweit Zweifel daran bestehen, dass bereits gegenwärtig jede Betriebsplanzulassungsentscheidung auf Antrag einer anerkannten Umweltvereinigung Gegenstand einer gerichtlichen Überprüfung sein kann, wäre dies durch den Gesetzgeber nachzubessern, da dann ein Verstoß gegen völkerrechtliche Vorgaben zu besorgen wäre. Im Hinblick auf die Eigentümer von Grundstücken, die sich im Geltungsbereich eines genehmigten Betriebsplans befinden sowie der von den bergbaubedingten Auswirkungen benachbart betroffenen Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden sollte ebenfalls eine der behördlichen Entscheidung entsprechende Möglichkeit, diese gerichtlich überprüfen lassen zu können, eingeführt werden.

Die – vom Gesetzgeber unsystematisch in § 48 S. 2 UVPG „versteckte“ – Ausnahme von der in § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG 2017 eingeführten Möglichkeit, Entscheidungen über SUP-pflichtige Pläne und Programme einer gerichtlichen Kontrolle zuführen zu können, dürfte gegen Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention verstoßen und sollte auch unabhängig hiervon durch Streichung des § 48 S. 2 UVPG abgeschafft werden. Es stellt eine erhebliche Beschränkung einer – letztlich im Interesse aller an Fragen der Realisierbarkeit eines Bergbauvorhabens interessierten Beteiligten zielführenden – Rechtmäßigkeitskontrolle eines Bergbauvorhabens dar, wenn auf raumplanerischer Ebene erfolgte Festlegungen erst inzident und nicht bereits unmittelbar gerichtlich überprüft werden können. Soweit im bergrechtlichen Betriebsplanzulassungsverfahren bei vorheriger Durchführung eines Braunkohlenplanverfahrens keine UVP-Pflichtigkeit bestehen sollen, führt § 48 S. 2 UVPG zudem zu einer offensichtlichen mit Art. 11 der UVP-Richtlinie unvereinbaren Entziehung des Umweltverbandsklagerechts.

Vorschlag: Anpassung der Eröffnung eines Zugangs zu gerichtlicher Kontrolle des Verwaltungshandelns in Abhängigkeit von der künftigen Ausgestaltung der Systematik zur Genehmigung von Bergbauvorhaben

Jede Verwaltungsentscheidung, der beachtliche Rechtswirkungen im Gesamtverfahren der Genehmigung von Abbauvorhaben zukommt, sollte von anerkannten Umweltvereinigungen einer gerichtlichen Kontrolle zugeführt werden können. Gleiches gilt für jede Betriebsplangenehmigung betreffend Abbautätigkeiten mit Auswirkungen auf Grundeigentumsrechte und andere geschützte Belange von Bürger und Gemeinden.

Zudem sollte § 48 S. 2 UVPG gestrichen werden.

7 Haftungs- und Entschädigungsregelung sowie Sicherheitsleistungen

Im Zusammenhang mit der Gewinnung von Bodenschätzen erlittene Substanz- oder Vermögenseinbußen stehen oft im Zusammenhang mit Umweltschäden, hervorgerufen durch die Bergbau- oder Abgrabungstätigkeit. Diesbezügliche Haftungs- und Entschädigungsregelungen dienen zuallererst dazu, den Betroffenen einen zumindest finanziellen Ausgleich zu verschaffen. Strenge Entschädigungs- und Haftungsregelungen für Bergbauunternehmen haben damit auch in Bezug auf die Umweltauswirkungen eines Projektes zugleich jedoch das Potential einen Anreiz für eine umweltverträglichere Rohstoffgewinnung zu setzen. Im folgenden Kapitel soll untersucht werden, ob durch die vorhandenen Regelungen bereits verursachte oder ggf. noch eintretende Umweltschäden angemessen bewältigt werden. Zur Durchsetzung des umweltrechtlichen Verursachungsprinzips ist es zudem erforderlich, dass ausreichende finanzielle Sicherheiten vorgehalten werden.

Vorliegend soll zunächst auf die Haftungs- und Entschädigungsregelungen (dazu unter 7.1) und anschließend auf Aspekte der Sicherheitsleistung und der Deckungsvorsorge eingegangen werden (dazu unter 7.2).

7.1 Haftungs- und Entschädigungsregelungen

Bergbautätigkeiten gehen oftmals mit einer Schädigung von Rechtsgütern Dritter einher.⁷⁶⁶ Beispielsweise kann die Entnahme der Rohstoffe zu einem Einsinken des Erdkörpers und somit zu Senkungen oder Pressungen der Oberfläche und damit zu Schäden an Gebäuden o.ä. führen. Weitere typische Ursachen sind z.B. mit dem Abbaubetrieb einhergehende Erschütterungen⁷⁶⁷ sowie Anhebungen der Erdoberfläche durch den Wiederanstieg des Grundwassers nach der Einstellung einer betrieblichen Wasserhaltung.⁷⁶⁸ Die infolge der Ausübung bergbaulicher Tätigkeiten oder durch Bergbaubetriebe verursachten Schädigungen an den Rechtsgütern Dritter werden nach der Legaldefinition in § 114 BBergG als „Bergschäden“ bezeichnet. Hierunter fallen nicht nur die besonders typischen Schadensbilder, wie Risse an Gebäuden und Grundstücken, sondern auch andere Schäden an Leben, Körper, Gesundheit sowie (beweglichen und unbeweglichen) Sachen Dritter. Hierzu können insbesondere auch Schäden an landwirtschaftlich genutzten Flächen und dem damit einhergehenden Verlust von Pflanzen gehören.⁷⁶⁹

Die gesetzlichen Bestimmungen zu Bergschäden lassen sich wie folgt gliedern:

- ▶ Die **§§ 114 bis 119 BBergG** stellen die Kernvorschriften zur Haftung dar;⁷⁷⁰ sie regeln Anspruchsgegner, Umfang der Ersatzpflicht, Verjährung und Mitverschulden.
- ▶ **§ 120 BBergG** regelt für bestimmte Fälle eine Kausalitätsvermutung, die sog. „Bergschadensvermutung“.
- ▶ **§ 121 BBergG** stellt klar, dass andere weitergehende Haftungsnormen wie die deliktischen Ansprüche nach § 823 BGB unberührt bleiben.
- ▶ **§ 122 und § 123 BBergG** sehen die Möglichkeit vor, eine Anstalt des öffentlichen Rechts als Ausfallkasse zur Sicherung von Bergschadensansprüchen zu errichten.
- ▶ Die **§§ 110 bis 113 BBergG** enthalten präventive Maßnahmen zur Verhinderung und Abmilderung von Bergschäden. Insbesondere können Bergbauunternehmer von Bauherren Anpassungen bei der Planung und Durchführung von Baumaßnahmen, Sicherungsmaßnahmen gegen Bergschäden sowie ein Unterlassen eines Bauvorhabens verlangen. Die hierdurch entstehenden Nachteile muss der Unternehmer ersetzen.
- ▶ **§ 124 BBergG** enthält in diesem Zusammenhang Sonderregelungen für das Verhältnis von öffentlichen Verkehrsanlagen und Bergbaubetrieben.
- ▶ **§ 125 BBergG** sowie die auf ihm beruhende **Markscheider-Bergverordnung**⁷⁷¹ regelt die Anordnung von Messung an der Oberfläche. Hierdurch sollen eingetretene Veränderungen festgestellt und Prognosen über zukünftige Einwirkungen ermöglicht werden.

⁷⁶⁶ Schubert, in: Boldt/Weller/Kühne u.a. (Hrsg.), BBergG, 2016, Vorbem. §§ 110 -125 Rn. 1; Teßmer, Rechtsgutachten: Vorschläge zur Novellierung des deutschen Bergrechts, S. 53f.

⁷⁶⁷ Sog. „bergbauinduzierte Seismizität“, hierzu Teßmer, Rechtsgutachten: Vorschläge zur Novellierung des deutschen Bergrechts, S. 65 m.w.N.

⁷⁶⁸ Vgl. u.a. Teßmer, Rechtsgutachten: Vorschläge zur Novellierung des deutschen Bergrechts, S. 67.

⁷⁶⁹ Hierzu speziell: Müggenborg, Schadenersatzansprüche der Landwirte wegen Bergbau und fehlerhafter Gewässerunterhaltung, NuR 2016, S. 519ff.

⁷⁷⁰ Vgl. Schubert, in: Boldt/Weller/Kühne u.a. (Hrsg.), BBergG, 2016, Vorbem. §§ 110 -125 Rn. 2.

7.1.1 Haftungsregelungen

Die Haftungsregelungen des Bergschadensrechts orientieren sich grundsätzlich an anderen Regelungen zur **Gefährdungshaftung** und verweisen in weiten Teilen grundsätzlich auf die Regelungen des **Bürgerlichen Rechts**, so hinsichtlich des Umfangs der Ersatzpflicht⁷⁷² einschließlich des Schmerzensgeldes (§ 117 BBergG iVm. §§ 249 ff. BGB), der Verjährung (§ 117 Abs. 2 BBergG iVm. §§ 194 ff. BGB), des Mitverschuldens (§ 118 BBergG iVm. § 254 BGB) sowie der gesamtschuldnerischen Haftung bei mehreren ersatzpflichtigen Unternehmen (§ 115 Abs. 2 BBergG iVm. §§ 421 ff. BGB) oder Dritten, auf Grund eines anderen Gesetzes, Ersatzpflichtigen (§ 119 BBergG iVm. §§ 421 ff. BGB).

Es sind jedoch auch wesentliche Besonderheiten gegenüber den allgemeinen Regeln erkennbar:

So ist die Ersatzpflicht für **Personenschäden** beschränkt und zwar für jede Person auf einen Kapitalbetrag von maximal 600.000 Euro oder einen Rentenbetrag von jährlich maximal 36.000 Euro. Entsprechende Haftungshöchstgrenzen sind bei Gefährdungshaftungen üblich.⁷⁷³ Dies soll ein Korrelat zur Verschuldensunabhängigkeit darstellen sowie die Versicherbarkeit zu angemessenen Bedingungen gewährleisten.⁷⁷⁴ Im Falle einer **Sachbeschädigung** haftet der Ersatzpflichtige nach § 117 Abs. 1 BGB allerdings „nur bis zur Höhe des gemeinen Wertes der beschädigten Sache“; diese Einschränkung gilt allerdings nicht für die Beschädigung von Grundstücken, deren Bestandteilen und Zubehör. Im Ergebnis bedeutet dies, dass – obgleich keine verschuldensabhängige Haftung vorliegt – für den besonders typischen Fall des Bergschadens, der Beschädigung von Grundstücken, keine Haftungshöchstgrenze existiert. Dies stellt einen wesentlichen Unterschied zu (anderen) verschuldensunabhängigen Haftungstatbeständen dar. Hintergrund dieser Regelung ist, dass bei anderen Haftungstatbeständen (aus unerlaubter Handlung, sonstige Tatbestände der Gefährdungshaftung) die Schadensverursachung rechtlich grundsätzlich unerwünscht oder rechtswidrig ist. Den Bergbautreibenden soll hingegen im Interesse der Rohstoffgewinnung sogar die planmäßige Schadenszufügung gestattet sein.⁷⁷⁵ Der Grundstückseigentümer muss dementsprechend nicht nur die von dem Bergbaubetrieb ausgehenden Gefährdungen, sondern auch den konkreten Schadenseintritt dulden. Dem Eigentümer sollen – wegen des Vorrangs der Rohstoffförderung – die Abwehrbefugnisse aus den §§ 1004, 903 BGB entzogen sein.⁷⁷⁶ Demzufolge soll es sich bei Grundstücksschäden um einen typi-

⁷⁷¹ Markscheider-Bergverordnung vom 19.12.1986 (BGBl. I S. 2631), zuletzt geändert durch Artikel 4 der Verordnung vom 10.08.1998 (BGBl. I S. 2093).

⁷⁷² Gerade die Anwendung der allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen über den Umfang der Ersatzpflicht wirft bei Bergschäden einige Besonderheiten auf. Als Stichworte seien genannt: merkantiler Minderwert, Abzug „Neu für Alt“, Schwierigkeiten bei der Regulierung bei einer Schiefelage des Gebäudes etc. Eine Darstellung der hiermit verbundenen Herausforderungen und Problemlagen würde die vorliegende Darstellung jedoch sprengen. Hierfür sei auf die folgenden Kommentierungen verwiesen: *Schubert*, in: Boldt/Weller/Kühne u.a. (Hrsg.), BBergG, 2016, § 117 Rn. 61 ff.; *Schulte*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 117 Rn. 18 f.

⁷⁷³ Die aktuellen Haftungshöchstgrenzen der Gefährdungshaftung wurden 2001 durch das Zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften erhöht und harmonisiert. Vgl. BT-Drs. 14/7752.

⁷⁷⁴ Vgl. BT-Drs. 14/7752, S. 17.

⁷⁷⁵ So *Schubert*, in: Boldt/Weller/Kühne u.a. (Hrsg.), BBergG, 2016, Vorbem. §§ 110 -125 Rn. 38 mit Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH zu § 148 des Allgemeinen Berggesetzes für die Preußischen Staaten, BGH, Urt. v. 16.12.1970, BGHZ 53, 226, 238f.

⁷⁷⁶ *Schubert*, in: Boldt/Weller/Kühne u.a. (Hrsg.), BBergG, 2016, Vorbem. §§ 110 -125 Rn. 40, 42 mwN.

schen Fall der (privatrechtlichen) **Aufopferung** handeln,⁷⁷⁷ die ohne Haftungshöchstgrenze gewährt wird. Diese Haftungsregelungen stellen somit die Kehrseite der umfassenden Duldungspflicht des Grundeigentümers gegenüber dem Bergbau dar,⁷⁷⁸ die aus dem Inhalt der Bergbauberechtigung folgen soll.⁷⁷⁹

7.1.2 Bergschadensvermutung

Grundsätzlich muss ein Geschädigter im Zivilprozess alle seinen Anspruch begründenden Tatsachen vortragen und gegebenenfalls vollumfänglich beweisen können. Demnach würde der Geschädigte allein das Risiko der Unaufklärbarkeit tragen,⁷⁸⁰ obgleich er den Kausalzusammenhang zwischen eingetretenem Schaden und dem Bergbaubetrieb oft nicht beweisen kann. Um die Beweissituation des Geschädigten zu verbessern, ist in § 120 BBergG ein gesetzlicher Fall des **Anscheinsbeweises** geregelt – in der Gestalt einer **Kausalitätsvermutung**.⁷⁸¹ Es handelt sich somit – anders als der Wortlaut der amtlichen Überschrift vermuten lässt – nicht um eine Beweislastumkehr, die das Risiko umfänglich auf den Beklagten verlagert, sondern lediglich um eine Beweiserleichterung. Zur Entkräftung der Kausalitätsvermutung des § 120 S. 1 BBergG ist es deshalb ausreichend, dass der Bergbaubetrieb alternative Tatsachen behauptet und beweist, aus denen sich die ernstliche Möglichkeit eines alternativen Geschehensablaufs ergibt.⁷⁸²

§ 120 S. 2 BBergG enthält eine abschließende Aufzählung der hierfür zugelassenen alternativen Kausalverläufe. Demnach ist die Bergschadensvermutung erschüttert, wenn feststeht, dass der Schaden

- ▶ durch einen offensichtlichen Baumangel oder eine baurechtswidrige Nutzung verursacht sein kann oder
- ▶ die Schadensursache durch natürlich bedingte geologische oder hydrologische Gegebenheiten oder Veränderungen des Baugrundes oder von einem Dritten verursacht sein kann, der im Einwirkungsbereich des Bergbaubetriebes auf die Oberfläche eingewirkt hat.

Die einzelnen Tatsachen müssen jeweils grundsätzlich geeignet sein, den strittigen Schaden zu verursachen. Zu den natürlich bedingten Gegebenheiten und Veränderungen zählen beispielsweise Erdstöße oder Erdbeben aufgrund von Erdbeben. Aber auch natürliche Änderungen der Grundwasserhältnisse sollen hierunter fallen.⁷⁸³ Als Fallgruppen zu den von Dritten verursachte Einwirkungen werden hingegen beispielsweise Tunnelbauten genannt oder eine durch Schwerlastverkehr stark befahrenen Straße in unmittelbarer Nähe.⁷⁸⁴ Sofern die Bergschadensvermutung erschüttert ist, gelten wieder die allgemeinen Beweisregeln, so dass der Geschädigte auch die Ursächlichkeit des Bergbaubetriebs beweisen muss.

⁷⁷⁷ Schubert, in: Boldt/Weller/Kühne u.a. (Hrsg.), BBergG, 2016, Vorbem. §§ 110 -125 Rn. 43, vgl. auch Schulte, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 114, Rn. 42.

⁷⁷⁸ Schulte, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 114, Rn. 20.

⁷⁷⁹ Schulte, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 114, Rn. 23, unter Hinweis auf §§ 7, 8, 9 BBergG ggf. iVm. § 34 BBergG („ausschließliche Recht“, die „erforderlichen Einrichtungen [...] zu errichten und zu betreiben“).

⁷⁸⁰ Schubert, in: Boldt/Weller/Kühne u.a. (Hrsg.), BBergG, 2016, § 120 Rn. 2.

⁷⁸¹ Schubert, in: Boldt/Weller/Kühne u.a. (Hrsg.), BBergG, 2016, § 120 Rn. 1. Umfassend zur Bergschadensvermutung auch: Beckmann, Der Bergschaden – Rechtliche Rahmenbedingungen für die Ermittlung und Geltendmachung des Bergschadensersatzanspruchs, ZfB 2016, S. 1 ff., sowie Guckelberger, Die Bergschadensvermutung gem. § 120 BBergG, NuR 2017 S. 88 ff.

⁷⁸² Schubert, in: Boldt/Weller/Kühne u.a. (Hrsg.), BBergG, 2016, § 120 Rn. 4.

⁷⁸³ Schubert, in: Boldt/Weller/Kühne u.a. (Hrsg.), BBergG, 2016, § 120 Rn. 20.

⁷⁸⁴ Schubert, in: Boldt/Weller/Kühne u.a. (Hrsg.), BBergG, 2016, § 120 Rn. 21.

Die bisherige Bergschadensvermutung steht seit längerem in der Kritik aus Sicht der Geschädigten unzureichend ausgestaltet zu sein.⁷⁸⁵ Vor diesem Hintergrund wurden deshalb Mitte 2016 einige wesentliche Defizite im Bereich der Bergschadensvermutung behoben.⁷⁸⁶

- ▶ Es wurde ausdrücklich klargestellt, dass die Bergschadensvermutung auch für den Bohrlochbergbau (Erdgas/Erdöl) gilt. Dies war in der Literatur bisher umstritten⁷⁸⁷ und fand in der Praxis keine Anwendung.⁷⁸⁸
- ▶ Auch die Anwendung auf Untergrundspeicher war nach § 126 BBergG a.F. sogar ausdrücklich ausgeschlossen, obgleich eine vergleichbare Interessenslage mit ähnlichen Gefahren vorliegt.⁷⁸⁹ Für künstlich geschaffene Hohlräume (Kavernen) wurde der Anwendungsbereich durch einen Verweis in § 126 S. 2. BBergG erweitert.
- ▶ Als bergbautypische Veränderung wurden nun neben „Senkungen, Pressungen oder Zerrungen der Oberfläche“ nun auch „Hebungen“ sowie „Erschütterungen“ ausdrücklich einbezogen.⁷⁹⁰

Die Bergschadensvermutung gilt jedoch weiterhin nicht bei **Tagebaubetrieben**, obwohl gerade die übertägige Braunkohlegewinnung, die insbesondere durch großflächige Grundwasserabsenkungen oder Erschütterungen schadenswirksame Bodenbewegungen an der Tagesoberfläche im Umfeld der Betriebe verursachen können. Entsprechende Anträge⁷⁹¹ wurden im Gesetzgebungsverfahren von der Bundesregierung mit der Begründung abgelehnt, dass eine hohe Schadenswahrscheinlichkeit „bei Tagebaubetrieben nicht generell gesehen“ werde.⁷⁹² Zudem wurde angeführt, dass andernfalls „hinsichtlich der Beweislast eine Schlechterstellung des Abbaus der unter das Bergrecht fallenden Bodenschätze“ (gegenüber den sog. Grundeigentümerbodenschätzen, dazu unter 4) entstehen würde.⁷⁹³ Als mögliche Alternative zu einer generellen Ausweitung der Bergschadensvermutung auf den Tagebau wurde zwar eine Beschränkung auf „Gebiete großflächiger Grundwasserabsenkungen mit geologischen Anomalien und hydraulisch wirksamen Störungen“ angedacht,⁷⁹⁴ aber soweit ersichtlich nicht weiter verfolgt.

Als weitere Voraussetzung des § 120 Abs. 1 S. 1 BBergG gilt die Bergschadensvermutung nur „im **Einwirkungsbereich**“ eines Bergbaubetriebs. Dieser wird anhand der Methoden und Kriterien der

⁷⁸⁵ BUND, Kernforderungen zur Novellierung des Bergrechts (November 2015), S. 5; Teßmer, Rechtsgutachten: Vorschläge zur Novellierung des deutschen Bergrechts im Auftrag der Bundesfraktion von Bündnis 90/Die Grünen, 2009, S. 64ff.; vgl. auch BT-Drs. 18/848 vom 19.03.2014, S. 3 (Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/Die Grünen).

⁷⁸⁶ Vgl. Gesetz zur Ausdehnung der Bergschadenshaftung auf den Bohrlochbergbau und Kavernen vom 04.08.2016, BGBl. I S. 1962 (Nr. 40).

⁷⁸⁷ Schulte, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 120, Rn. 14; Schubert, in: Boldt/Weller/Kühne u.a. (Hrsg.), BBergG, 2016, § 120 Rn. 8.

⁷⁸⁸ So Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/4714, S. 1.

⁷⁸⁹ Zur Anwendung bei der Aussolung von Kavernen vgl. ausführlich Mann, ZfB 2014, S. 15 ff.

⁷⁹⁰ Dies wurde zuvor bestritten, vgl. Schubert, in: Boldt/Weller/Kühne u.a. (Hrsg.), BBergG, 2016, § 120 Rn. 21 a. E. m.w.N.

⁷⁹¹ vgl. hierzu Bundesrat-Entschließungsantrag des Landes Nordrhein-Westfalen, BR-Drs. 427/14 vom 24.09.14; Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 142/15(B), vom 08.05.15 (Stellungnahme BR und Gegenäußerung der BReg als BT-Drs. 18/4952) sowie Entschließungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 22.06.2016, BT-Drs. 18/8927. Vgl. auch den Antrag der SPD-Bundestagsfraktion vom 09.05.2012, BT-Drs. 17/9560.

⁷⁹² Siehe hierzu Kratzsch, Bergschadenskunde, S. 543 f.

⁷⁹³ Vgl. Gegenäußerung der BReg, BT-Drs. 18/4952, S. 5.

⁷⁹⁴ Vgl. Gegenäußerung der BReg, BT-Drs. 18/4952, S. 5 f.

Bergverordnung über Einwirkungsbereiche (EinwirkungsBergV)⁷⁹⁵ festgestellt, konkret mit Hilfe sog. Einwirkungswinkel. Befindet sich das geschädigte Objekt außerhalb des festgestellten Einwirkungsbereichs ist es umstritten, ob durch das Vorbringen sog. „Hilfstatsachen“ – wie anerkannten Bergschäden in unmittelbarer Nähe – die Bergschadensvermutung dennoch angewendet werden kann.⁷⁹⁶ Diese Unsicherheit verschlechtert die Beweislage der Betroffenen zusätzlich.

Eine große Herausforderung für die Regulierung von Bergschäden stellen zudem zeitliche Aspekte dar. Denn die für die Verursachung maßgebliche Abbautätigkeit findet oft über einen sehr langen Zeitraum statt. Einige Tätigkeiten, wie das Grundwassermanagement, dauern sogar über mehrere Jahrzehnte an.⁷⁹⁷ Die Schäden zeigen sich zudem oft erst nach langer Zeit.⁷⁹⁸

7.1.3 Bergschadensausfallkasse

In den §§ 122, 123 BBergG ist vorgesehen, dass durch Rechtsverordnung eine öffentlich-rechtliche Bergschadensausfallkasse eingerichtet werden kann, welche die Ansprüche der Berggeschädigten bei einem Ausfall der Ersatzpflichtigen finanziell absichert. Ein Ausfall liegt insbesondere vor, wenn keiner der Ersatzpflichtigen mehr vorhanden ist oder soweit deren Zahlungsunfähigkeit erwiesen ist. Bisher wurde hiervon jedoch noch kein Gebrauch gemacht, da verschiedene Bergbauzweige mit dem **Bergschadensausfallkasse e.V.** einen privatrechtlichen Verein gründeten, der diese Funktion übernimmt.⁷⁹⁹ Der Vorrang einer privatrechtlichen Lösung ist – entsprechend den Vorschlägen der Bergbauwirtschaft im Gesetzgebungsverfahren⁸⁰⁰ – durch § 122 Abs. 1 Nr.1 BBergG bereits im Gesetz angelehnt. Die Vereinsmitglieder tragen die Aufwendungen des Vereins.

Anlass für die gesetzliche Regelung und die Einrichtung der Bergschadensausfallkasse waren mehrere Urteile des BGH im Jahr 1970,⁸⁰¹ wonach die damals geltenden Haftungsregelungen der §§ 148 ff. des Allgemeinen Berggesetzes für die Preußischen Staaten (ABG)⁸⁰² gegen das Eigentumsgrundrecht des Art. 14 GG verstießen, da keine Vorsorge für die Zahlungsunfähigkeit der Bergbetriebe vorgesehen sei.⁸⁰³

Da es sich bei der privatrechtlichen Bergschadensausfallkasse um eine „Selbsthilfeeinrichtung der Bergbauwirtschaft“⁸⁰⁴ handelt, bestehen grundsätzlich keine Auskunfts-, Kontroll- und Aufsichts-

⁷⁹⁵ Einwirkungsbereichs-Bergverordnung vom 11. November 1982 (BGBl. I S. 1553, 1558), die durch Artikel 2 des Gesetzes vom 4. August 2016 (BGBl. I S. 1962) geändert worden ist.

⁷⁹⁶ Gegen die Anwendbarkeit: *Schubert*, in: Boldt/Weller/Kühne u.a. (Hrsg.), BBergG, 2016, § 120 Rn. 18. Für die Anwendbarkeit: *Schulte*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 120, Rn. 13 sowie *Finke*, ZfB 1987, S. 331, 333.

⁷⁹⁷ *Schubert*, in: Boldt/Weller/Kühne u.a. (Hrsg.), BBergG, 2016, Vorbem. §§110 -125 Rn. 5.

⁷⁹⁸ Vgl. hierzu der Bericht „Herausforderungen für den Braunkohlenbergbau, 18. Aachener Altlasten- und Bergschadenskundliches Kolloquium am 28.6.2016,“ NVwZ 2016, 1067 f. Demnach sprach sich *Frenz* im Ergebnis – auch nach Entlassen aus der Bergaufsicht nach § 69 Abs. 2 BBergG – für eine Ewigkeitshaftung des Bergbaus aus, sofern Schäden weiterhin kausal auf den Bergbau zurückgeführt werden können. Zur Nachsorge im Zusammenhang mit der Bergschadenshaftung: *Frenz*, Nachhaltiges Bergrecht – Garzweiler, Meggen und atomare Nachhaftung als Eckpunkte, DVBl. 2016, S. 679 (684).

⁷⁹⁹ *Von Mäßenhausen*, in: Boldt/Weller/Kühne u.a. (Hrsg.), BBergG, 2016, § 122 Rn. 7.

⁸⁰⁰ *Von Mäßenhausen*, in: Boldt/Weller/Kühne u.a. (Hrsg.), BBergG, 2016, § 122 Rn. 3.

⁸⁰¹ BGH, Urt. v. 16.02.1970, BGHZ 53, 226, vgl. weitere Nachweise bei *Schulte*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 122, Rn. 3.

⁸⁰² v. 24.06.1865 (PrGS, 705).

⁸⁰³ Kritisch zur Rechtsprechung des BGH m.w.N: *Schulte*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 122, Rn. 18 f.

⁸⁰⁴ Vgl. BT-Drs. 8/3965, 143.

rechte des zuständigen BMWi.⁸⁰⁵ Ob sich in der Praxis für die Geschädigten aus der privatrechtlichen Konstruktion Defizite ergeben, konnte im Rahmen dieses Projekts nicht festgestellt werden.

7.1.4 Grundeigentümergebodschätze

Im Gegensatz zum BBergG enthalten die landesrechtlichen Vorschriften zur Gewinnung von Grundeigentümergebodschätzen – soweit ersichtlich – keine spezifischen Regelungen wie das BBergG. Eine Haftung ist demnach nur nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen, insbesondere § 823ff. BGB möglich. So bejahte der BGH bereits früh⁸⁰⁶ die Haftung aus § 823 Abs. 2 i.V.m. 909 BGB für die Schäden, die im Zusammenhang mit einem Durchbruch eines Baches in eine Kiesgrube entstanden. In entsprechenden Fällen muss der Geschädigte jedoch den Nachweis der Kausalität führen können. Wie bereits dargestellt stellt dies den Geschädigten in vielen Fällen vor schwierige Beweissituationen.

7.1.5 Ergebnisse der Interviews zu Haftungs- und Entschädigungsregelungen

Zentrale Aussagen der Vorhabenträger zu Haftungs- und Entschädigungsregelungen

- **V (Braunkohle):** In NRW gebe es schon seit Langem eine Schlichtungsstelle für Bergschäden im Braunkohlenbergbau. Wenn ein Hauseigentümergebodschätze zu haben, dann melde er das und erhalte vom Unternehmen eine dezidierte Erklärung. Wenn das Unternehmen auch von einem Bergschaden ausgehe, dann laufe es nach der Bergschadensregelung ab, wenn nicht, dann könne der Geschädigte die Schlichtungsstelle Bergschäden Braunkohle NRW anrufen, dann würden auf Kosten des Bergbautreibenden weitere Gutachten in Auftrag gegeben, und dann gebe es einen Schiedsspruch. Mit diesem Regelwerk und diesem Prozedere seien Betroffene wesentlich besser gestellt als bei der Bergschadensvermutung. Die Besserstellung hätten Betroffene erkannt. Das System sei eingeführt worden, weil die Schwierigkeiten von der Landesregierung erkannt worden seien. Es sei auch gesehen worden, dass es auf einem anderen Wege gar nicht geregelt werden könne, daher sei eine Ausweitung der Bergschadensvermutung nicht notwendig und für Betroffene auch schlechter als dieses System. Forderung nach einer Ausweitung der Bergschadensvermutung komme daher nur von Personen, die sich mit dem Braunkohlentagebau nicht auskennen würden. Zudem seien im Braunkohlentagebau normative Regelungen zur Entschädigung nicht angebracht, da es die Regelmäßigkeit beim Schadenseintritt im Vergleich zu anderen Bereichen nicht gebe.
- **V (Bohrlochbergbau X):** Man habe gute Erfahrung mit einem proaktiven Vorgehen durch Unternehmen gemacht, z.B. in Fällen induzierter Seismizität würden Unternehmen auf Betroffene zugehen, dabei handle es sich in der Regel um kleinere Schäden, die dann reguliert würden. Für Fälle, in denen es keine Einigung gebe, sei in Niedersachsen vor zwei Jahren eine Schlichtungsstelle eingerichtet worden, die von Geschädigten angerufen werden könne. Diese führe dann eine Einigung herbei, finanziert von der E&P-Industrie.
 - Hinsichtlich der Bergschadensvermutung bestehe wenig Erfahrung mit der gesetzlichen Regelung, da diese für die Branche erst neu eingeführt worden sei.
 - Es seien jedoch auch keine Beweisprobleme bekannt, da z.B. in Niedersachsen bereits vorher ein seismisches Messgerät vorhanden gewesen sei, d.h. dort könne sehr eindeutig bestimmt werden, ob ein Beben durch die Tätigkeiten hervorgerufen worden sei.
- **V (Kali/Salz):** Es gehe vor allem um Senkungen, aber mit sehr geringen Senkungsraten, nichtsdestotrotz

⁸⁰⁵ Schulte, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 122, Rn. 15; von Mäßenhausen, in: Boldt/Weller/Kühne u.a. (Hrsg.), BBergG, 2016, § 122 Rn. 14.

⁸⁰⁶ BGH, Urteil vom 25. Oktober 1974 – V ZR 47/70 –, BGHZ 63, 176-182.

komme es manchmal auch zu Schäden. Da habe sich die Bergschadensregelung als Instrument, das die Bedürfnisse angemessen in Ausgleich bringe, bewährt. In der Regel gebe es keine Schäden an übertägiger Bebauung.

- VA: Sofern absehbar sei, dass Schäden hervorgerufen werden könnten, werde von Seiten der Vorhabenträger aus eigenem Interesse im Vorfeld für Gebäude eine Beweissicherung angeboten. Wenn ein Schaden auftrete, dann sei die Dokumentation schon da, denn auch wenn die Beweislast formal bei den Geschädigten liege, hätten auch die Vorhabenträger ein Interesse an guter Dokumentation.
 - VC: Sprengungen würden in Zeitstufen und Sprengstoffmengen festgehalten, um alles nachvollziehbar zu machen.
- VD: Selbst wenn die Bergschadensvermutung auf den Tagebau ausgeweitet würde, wäre ja nur der Bergbau betroffen, der unter der Bergaufsicht stehe. Betriebe, die unter der immissionschutzrechtlichen Aufsicht stünden, würden zudem oft eine Beweissicherung durchführen. Das stehe dann z.T. schon in der Genehmigung drin, dass Schwingungen gemessen werden müssten (dann könne die Genehmigung die Einhaltung bestimmter Schwingwerte fordern).
 - VA: Das Gefahrenpotential bei übertägigem Bergbau sei mit dem Gefahrenpotential beim untertägigen Bergbau nicht vergleichbar, sodass die derzeitige Regelung auch angemessen sei (es also keine Vermutung für den Tagebau gebe). Schon von Rechts wegen bestehe immer ein enges Monitoring, d.h. dass Daten vorhanden seien, auch für den Grundeigentümer.
 - VD: Auch sei eine Bergschadensvermutung nicht so praxisrelevant, da die Rohstoffvorrangflächen gar nicht mehr so nah an die Bebauung heran kämen. Es bestehe eher ein umgekehrtes Problem (Heranrücken der Bebauung an Vorrangflächen). Es bestehe der Eindruck, dass die Rechtsprechung im Zweifel dem Unternehmen die Beweislast zuweise.
- V (Steinkohle): Es handle sich um ein eingespieltes System, das gut funktioniere. Es gebe nur wenige Verfahren, die streitig vor Gericht verhandelt würden, und dies seien meistens Fälle, in denen jemand eine Entschädigung für etwas haben wolle, was kein Bergschaden sei. Die Bergschadensvermutung sei richtig und angemessen, in der praktischen Bergschadensabwicklung spiele sie allerdings keine große Rolle.
- V (Bohrlochbergbau Y): Es gebe die Bergschadensausfallkasse. Die Bergschadensvermutung, die für die Branche seit 2016 eingeführt worden sei, spiele keine Rolle. Man habe sehr gute Erfahrung mit proaktivem Handeln gemacht. Die „Landabteilung“ des Unternehmens (u.a. zuständig für Akquise von Flächen) sei auch zuständig für das Aushandeln von Entschädigungen mit Betroffenen. Oft würden die Betroffenen auch vorab informiert. Zum Beispiel gebe es eine 3-D-Seismik in NRW, die dann mit betroffenen Personen nachvollzogen werde. Dass das Unternehmen verklagt werde, sei die Ausnahme.
- V (Bohrlochbergbau Z): Wenn in der Praxis Grundstückseigentümern etwas auffalle, dann würden sie sich an die „Landabteilung“ des Unternehmens wenden und in der Regel werde unproblematisch und unbürokratisch entschädigt. Es handle sich hierbei nicht um große Summen. Es kämen aber auch Anfragen, die jahrzehntealte Schäden betreffen, die nichts mit dem Bergbau zu tun hätten und durch die Bergschadensvermutung seit der Novelle 2016 werde der Dialog schwieriger. Neu in der Debatte sei die Seismizität. Eine Schiedsstelle sei neu eingerichtet worden, zur Praxis sei leider keine Aussage möglich.

Zentrale Aussagen der Umweltseite zu Haftungs- und Entschädigungsregelungen

- UV3: Die Beweislast solle nicht bei den Betroffenen liegen.
- UV3: Der Staat müsse oft die Ersatzvornahmen bezahlen. Ein Vorhabenträger könne sich durch Insolvenz effektiv seiner Verantwortung entziehen.
- UV1: Die Haftung sei immer Verhandlungssache und daher vom Verhandlungsgeschick des Betroffenen

abhängig. Es gebe keine unabhängige öffentlich-rechtliche Instanz. Die Beweislast liege (bei Schäden durch Braunkohlenabbau) beim Geschädigten. Die neu eingerichtete Schlichtungsstelle könne nur bedingt helfen. Ein Problem sei insbesondere auch, dass es keine hinreichende öffentliche Diskussion der Problematik gebe.

- UV6: In der Praxis laufe die Bergschadensvermutung leer. Die derzeitige Formulierung sei nicht ausreichend, da sie zu leicht zu widerlegen sei. Es könne auch nicht wirklich von einer Umkehr der Beweislast gesprochen werden, denn das Bergbauunternehmen müsse ja nur glaubhaft machen, dass auch andere Ursachen in Frage kommen können. Grundwassersprünge etc. könne man in Bezug auf Gebäudeschäden fast immer anführen. Bei einer Sitzung des Kavernenausschusses sei u.a. ein Vortrag zu der Schlichtungsstelle aus Sicht der Gasunternehmen gehalten worden. Hierbei sei hervorgehoben worden, dass mit der Schlichtungsstelle ein Großteil der Ansprüche abgewehrt worden sei. Bei Erdbebenschäden sei nicht klar, wie die Erschütterungsfläche bemessen werden könne. Im Vergleich zu Polen seien die deutschen Regelungen nicht scharf genug. Erschütterungsmessungen etc. würden lokal sehr stark variieren. Dies hänge davon ab, wie das Gebäude an den Boden gekoppelt sei. Messungen würden somit nur für das einzelne Gebäude gelten und könnten schon für die nähere Nachbarschaft nicht herangezogen werden.
- UV10: Die Bergschadensvermutung helfe nur in gerichtlichem Verfahren und auch erst seit neuerer Zeit. Früher habe es auch Richter gegeben, die durch ihre Familien befangen und sehr bergbaunah gewesen seien. Diese hätten den Parteien als erstes im Verfahren eröffnet, dass sie kein Urteil zu Lasten des Bergbaus fällen würden.
- UV10: In freihändiger Verhandlung mit den Unternehmen spiele die Bergschadensvermutung keine Rolle. Die Betreiber ignorierten, dass es eine gesetzliche Bergschadensvermutung gebe. Hier könne nur die eigene Überzeugungskraft helfen. Die Skepsis vieler Betroffenen und vieler Vereine gegenüber der Bergschadensvermutung sei deshalb verständlich.
- UV10: Die Bergschadensvermutung solle auch auf die Braunkohle übertragen werden. Selbst wenn der rein praktische Nutzen nicht immer gegeben sei. Braunkohlebetreiber würden sich immer gegen eine solche Regelung wenden, da das Prozessrisiko der Betroffenen deutlich sinken würde. Es würden sich mehr Betroffene trauen, vor Gericht zu gehen. Der Nachweis sei bei Braunkohle einfacher zu übertragen als bei Erdgas/Erdöl, bei denen es ja gerade erst passiert sei. Man wisse sehr genau über Versenkungen Bescheid, da bei Hundertausenden von Bodenpunkten gemessen werde. Versenkungen würden so schnell bekannt. Man könne einfach festlegen, dass die Bergschadensvermutung immer dann gelte, wenn sich der Boden mehr als X cm gesenkt habe, bspw. ab 10 cm. Bei Erdgas/Erdöl hingegen seien die Unternehmen in einigen Bundesländern, beispielsweise Niedersachsen, von der Pflicht befreit, Höhenmessungen vorzunehmen.
- UV10: Es sei möglich, eine sinnvolle Regelung in der Einwirkungsbergbauverordnung zu finden. Es gebe Daten für jeden Quadratmeter im Rheinland. Braunkohlebetreiber wollten nicht, dass man einen Meter Absenkung vergleiche mit einer entsprechenden Absenkung bei der Steinkohle. Es werde immer behauptet, dass die Absenkung bei der Braunkohle flächenmäßig sehr gleichmäßig verlaufe. Dies stimme so aber nicht, wie Wissenschaftler bestätigen würden. Die Unternehmen kämen aber bisher vor Gericht damit durch. Sie hätten die Deutungshoheit. Es gebe im Rheinischen Revier Absenkungen bis zu 5,60 Meter.
- UV10: Man sei überrascht gewesen, als man vor ein paar Jahren gehört habe, dass es die Bergschadensausfallkasse wirklich gebe. Es gebe keine Information darüber, ob jemals etwas von ihr finanziert worden sei. Öffentlich sei diese eigentlich nicht bekannt. Sie trete auch nicht in Erscheinung.
- UV10: Es brauche ganz andere Strukturen, die in öffentlichem Interesse organisiert würden, da die Betriebsplanzulassung auch in öffentlichem Interesse genehmigt werde. Die Folge müsse zudem sein, dass das Verfahren auch öffentlich werde.
- UV10: Bei Grundeigentümerbodenschätzen gebe es keine Bergschadensvermutung. Diese seien oft sehr

kleinräumig (Kiesabbau / Nassauskiesung). In Zusammenhang mit Gesamtproblematik spiele dies keine relevante Rolle. Einen Vergleich könne man kaum ziehen. Die Vermutungsregelung würde letztlich kaum einen Unterschied machen. Man habe schon einige Geschädigte aus dem Bereich von Kiesabbau vertreten. Dies sei aber noch viel schwerer nachzuweisen, da man kaum feststellen könne, dass sich etwas gesenkt habe. Die Bergschadensvermutung sei vermutlich schwer anzusetzen, wenn es beispielsweise nur eine Absenkung unter 10 cm gebe.

Zentrale Aussagen der Behörden zu Haftungs- und Entschädigungsregelungen

- **B1:** Es sei aus Gleichbehandlungsgründen kritisch zu werten, dass für Steinbrüche, da z.T. nach BImSchG genehmigt würden, keine solchen Haftungsregelungen gälten. Die Regelung werde für Bohrlochbergbau für richtig gehalten und sei auch praktikabel. Bei Haftungs- und Entschädigungsregelungen werde in der Praxis darüber hinausgegangen und es werde auch eine Versicherungslösung gefordert. Dies habe die Unternehmen nicht davon abgehalten, dem zuzustimmen. Dieses Vorgehen sei jedoch noch nicht gerichtlich geprüft worden.
- **B2:** Die Behörde habe mit dem Umfang der Haftung praktisch wenig zu tun, da die Bergschadensprozesse zwischen den Beteiligten abliefen; es gebe als Außenstehende keinen Ansatzpunkt dafür, ob diese unangemessen sei.
- **B2:** Vor der Änderung der gesetzlichen Regelung zur Bergschadensvermutung 2016 sei nur der Untertagebergbau betroffen gewesen, damit gab es im Bundesland keine Berührungspunkte. Mit der Änderung des Bergrechts und der Einbeziehung des Bohrlochbergbaus und der Kavernen sei die Praktikabilität nun schwierig. Aus praktischer Sicht habe der Gesetzgeber zu weit gegriffen, indem er die Vermutung ausgedehnt habe, ohne zu prüfen, welche Fälle typischerweise bergschadensrelevant seien. Für diese neuen Verfahren gebe es gerade wenig Erfahrungswerte, auf die sich die Regelung einer Vermutung stützen könne. Damit einher gehe die Unklarheit, wie die Forderung nach der Festlegung des Einwirkungsbereichs praktisch umgesetzt werden könne. Es bestehe dann die Gefahr, dass der Einwirkungsbereich nur eine zufällige Grenze darstelle. Dies stehe dann ggf. auch nicht in Relation zu den Auswirkungen (z.B. von kleineren Vorhaben) und der Gewinnungsmenge von Vorhaben. Auch wenn die Grundidee vielleicht sinnvoll sei, wäre die pauschale Handhabung des Gesetzgebers übereilt und ggf. nachsteuerungsbedürftig. Insgesamt entstehe eine Zwei-Klassen-Gesellschaft bei Betroffenen, was aus Gleichheitsgesichtspunkten ungünstig ist. Z.B. wären Sprengungen ggf. eher bergschadensrelevant, seien aber nicht erfasst, da sie sich nach BImSchG richteten.
- **B3:** Die Regelungen hätten sich bewährt. Problematik der Bergschadensvermutung spiele für den Tagebau allerdings praktisch keine Rolle, die Diskussion hierüber sei daher eine Scheindiskussion. Umweltseitige Probleme, nachbarrechtliche und immissionschutzrechtliche Probleme wären in diesem Bereich relevant, Fragen der Bergschadenshaftung dagegen nicht. Es gebe die typischen Bergschadensverläufe im Bergtagebau nicht. Die Erweiterung der Bergschadensvermutung würde daher keinen Sinn machen. Wenn z.B. bei der Braunkohleförderung Grundwasser wieder ansteige, habe das nichts mit der Frage der Bergschadensvermutung zu tun. Dabei handle es sich vielmehr um atypische Einzelfälle, die mit einer Bergschadensvermutung niemals zu lösen wären. Hier wäre ein Nachweis durch entsprechende Gutachten zur Ursächlichkeit erforderlich. Reine Vermessungsprobleme müssten öffentlich-rechtlich geklärt werden, weil es dort eher um die Verhinderung von Gemeenschäden oder z.B. wasserrechtliche Belange gehe. Diese müssten im Betriebsplanverfahren geklärt werden.
- **B3:** Hinsichtlich einer Ausweitung der Bergschadensvermutung auf weitere Fälle (Tagebaubetriebe, Abgrabungsrecht, d.h. Kiese, Sande etc.) sei festzustellen: Auch für das Abgrabungsrecht und immissionsrechtliche Sprengungen würden eingespielte Systeme existieren: es bestünden entsprechende DIN-Vorschriften für Sprengungen und im Immissionschutzrecht gelte ein angemessenes Nachbarverhältnis, nach dem nicht jede Kausalität zu Schadensersatzansprüchen führe. Beweisprobleme wären im Abgrabungsrecht zwar sicherlich ein Nachteil, dürften aber praktisch kaum relevant werden – evtl. könnte dies

bei Steinbrüchen der Fall sein, bei Lockergestein aber kaum. Das Bergrecht sei natürlich günstiger als das Abgrabungsrecht, weil eine Haftung dort unabhängig vom persönlichen Verschulden gegeben sein könne.

- **B4:** Dieser Teil des Bergrechts sei im Grunde Privatrecht, dies spiele sich zwischen Unternehmer und Geschädigtem ab. Der öffentlich-rechtliche Bergschaden „von einigem Gewicht“, sei dagegen natürlich Aufgabe der Behörde. Die Regelungen in der derzeitigen Form seien praktikabel. Eine Ausweitung auf andere Bergbauzweige wäre nachvollziehbar, aber nur dort sinnvoll, wo tatsächlich davon ausgegangen werden könne, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit der Bergbau für Schadensverläufe typischerweise verantwortlich sei. Bei Steinkohle sei dies klar, für andere Bereiche müsse man sich das sehr differenziert anschauen.
- **B4:** Zumeist sei die Frage, ob und wo ein auf den Bergbau zurückgehender Schaden vorliege, eine Einzelfallfrage, die gutachterlich geklärt werden müsse. Die Bergschadensvermutung, also eine Beweislastumkehr, müsse begründet werden und damit tue man sich schwer. Der Grubenwasseranstieg führe z.B. in geologisch nicht gestörten Bereichen zu einer gleichmäßigen Anhebung der Oberfläche, da würden also keine schadensrelevanten Differenzen auftreten. Nur in geologisch gestörten Bereichen (und in Torfgebieten) könnten – sehr wohl benennbare – Schäden auftreten. Man könne diese benennen und in diesen Fällen sehr wohl einen Einwirkungsbereich für eine positive Bergschadensvermutung festlegen. Bei der Braunkohle ginge das.

7.1.6 Zwischenfazit und Handlungsempfehlungen

Jenseits der im Verwaltungsverfahren bzw. verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu entscheidenden bzw. zu überprüfenden Genehmigung oder Freigabe bergbaulicher Tätigkeiten bestehen in Bezug auf den Ersatz von bergbauveranlassten Schäden Sonderregelungen, die im Streitfall vor den Zivilgerichten zu beachten sind. Solche Schäden beruhen regelmäßig auf mit dem Abbaubetrieb einhergehenden Erschütterungen, Senkungen und Pressungen an der Oberfläche. Relevant sind insbesondere die Folgen entstandener Hohlräume sowie Anhebungen infolge eines Wiederanstiegs von abgepumptem Grundwasser nach der Einstellung einer betrieblichen Wasserhaltung. Die hierdurch verursachten Schädigungen werden nach der Legaldefinition in § 114 BBergG als „Bergschäden“ bezeichnet.

Die Haftungsregelungen des Bergschadensrechts orientieren sich grundsätzlich an anderen Regelungen zur Gefährdungshaftung und verweisen in weiten Teilen grundsätzlich auf die Regelungen des Bürgerlichen Rechts. Das Herzstück der bergrechtlichen Haftungsregelungen ist die Beweiserleichterung des § 120 BBergG, die sogenannte „Bergschadensvermutung“. Vor dem Hintergrund, dass der Kausalzusammenhang zwischen eingetretenem Schaden und dem Bergbaubetrieb oft nicht bewiesen werden kann, erleichtert sie die Nachweisführung des Geschädigten. Die Regelung ist als gesetzlicher Fall des Anscheinsbeweises in der Gestalt einer Kausalitätsvermutung ausgestaltet. Der Bergbaubetrieb kann diese jedoch entkräften, wenn er alternative Tatsachen behauptet und beweist, aus denen sich die ernstliche Möglichkeit eines alternativen Geschehensablaufs im Sinne des § 120 S. 2 BBergG ergibt.

Die Bergschadensvermutung gilt jedoch nicht bei Tagebaubetrieben, obwohl gerade die übertägige Braunkohlegewinnung, die insbesondere durch großflächige Grundwasserabsenkungen oder Erschütterungen schadenswirksame Bodenbewegungen an der Tagesoberfläche im Umfeld der Betriebe verursachen können.⁸⁰⁷ Dies gilt entsprechend für die außerhalb des BBergG geregelten Grundeigen-

⁸⁰⁷ Vgl. hierzu auch Bundesrat-Entschließungsantrag des Landes Nordrhein-Westfalen, BR-Drs. 427/14 vom 24.09.14; Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 142/15(B), vom 08.05.15 (Stellungnahme BR und Gegenäußerung der BReg als BT-Drs. 18/4952) sowie Entschließungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 22.06.2016, BT-Drs. 18/8927. Vgl. auch den Antrag der SPD-Bundestagsfraktion vom 09.05.2012, BT-Drs. 17/9560.

tümerbodenschätzen, speziell bei Steinbrüchen, bei denen mit immissionsschutzrechtlich genehmigten Sprengungen gearbeitet wird.⁸⁰⁸

Die Ausweitung der Bergschadensvermutung – insbesondere auf Tagebaubetriebe – steht deshalb seit geraumer Zeit zur Diskussion.⁸⁰⁹ Begründet wird dies unter anderem mit geologischen Anomalien und hydraulisch wirksamen Störlinien innerhalb des Grundwasserabsenkungsbereichs:

„Zwar treten durch den Betrieb von Braunkohletagebauen in der Regel keine Bergschäden auf. Jedoch ist für einen sicheren Betrieb von tiefen Braunkohletagebauen eine Absenkung des Grundwasserniveaus im Bereich und Umfeld dieser übertägigen Gewinnungsbetriebe erforderlich, die in besonderen Fällen zu schadenswirksamen Bodenbewegungen führen kann. Infolge dieser Grundwasserabsenkung treten in einem begrenzten Bereich gleichmäßige Bodenbewegungen auf, die grundsätzlich kaum schadensrelevant sind. Im Bereich von geologischen Anomalien (Auebereiche usw.) und hydraulisch wirksamen Störungen im Untergrund innerhalb des Einflussbereiches der Grundwasserabsenkung ist aber ein ungleichmäßiges Setzungsverhalten und damit das Auftreten von zum Teil erheblichen Bergschäden möglich. Gleiches kann auch für große Tagebaubetriebe gelten, die andere Bodenschätze gewinnen.“⁸¹⁰

„[...] Die Nachweisführung eines Bergschadens durch den Geschädigten in diesen Bereichen ist in der Regel weitaus schwieriger als im Einwirkungsbereich des untertägigen Bergbaus, da zum einen sehr komplexe unterirdische Vorgänge einen Bergschaden verursachen und zum anderen eine Vielzahl detaillierter Informationen u.a. des Bergbauunternehmers bei der Ermittlung der Schadensursache benötigt werden. Daher sollte Schadensbetroffenen im Bereich von Tagebaubetrieben, soweit damit schadenswirksame Bodenbewegungen im Umfeld der Tagebaubetriebe insbesondere durch großflächige Grundwasserabsenkungen oder Erschütterungen verbunden sind, die gleiche Rechtsposition verschafft werden wie Schadensbetroffenen im Einwirkungsbereich der anderen Bergbautätigkeiten. Die Ausweitung der Beweiserleichterungen ist aus Gründen der Gleichbehandlung konsequent und notwendig.“⁸¹¹

Gegen eine Ausweitung der Bergschadensvermutung auf Tagebaubetriebe nach dem BBergG oder auf außerhalb des BBergG geregelten Grundeigentümerbodenschätzen werden einerseits zahlreiche Vorbehalte und Argumente grundsätzlicher und praktischer Art vorgebracht. Andererseits zeigt die Befragung auch, dass nicht nur Vertreter*innen von Umwelt- und Betroffenenverbänden eine entsprechende Ausweitung einfordern, sondern auch einzelne Vertreter*innen von Bergbehörden eine solche Ausweitung der Haftungsregelungen für gut umsetzbar halten.

- ▶ In den Interviews brachte ein*e Unternehmensvertreter*in beispielsweise zum Ausdruck, dass in den Ländern seit längerem Schlichtungsstellen für Bergschäden⁸¹² eingerichtet worden seien, welche Betroffene weitaus besser stelle als die gesetzliche Bergschadensvermutung. Diese Argumentation verkennt jedoch, dass freiwillige prozessuale Erleichterungen – so sinnvoll sie sein mögen – keinen Ersatz für rechtlich verankerte Beweiser-

⁸⁰⁸ Siehe hierzu auch die Auswertung der Befragung zur Bergschadensvermutung unter Kapitel 7.1.1.

⁸⁰⁹ Vgl. hierzu nur Bundesrat-Entschließungsantrag des Landes Nordrhein-Westfalen, BR-Drs. 427/14 vom 24.09.14; Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 142/15(B), vom 08.05.15 (Stellungnahme BR und Gegenäußerung der BReg als BT-Drs. 18/4952) sowie die Antwort der Bundesregierung vom 20.03.2017 zu der Entschließung im Zusammenhang mit der Zustimmung zum Gesetz zur Ausdehnung der Bergschadenshaftung auf den Bohrlochbergbau und Kavernen (BR-Drs. 354/16 (Beschluss)) vom 08.07.2016 sowie Entschließungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 22.06.2016, BT-Drs. 18/8927. Vgl. auch den Antrag der SPD-Bundestagsfraktion vom 09.05.2012, BT-Drs. 17/9560.

⁸¹⁰ Entschließungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 22.06.2016, BT-Drs. 18/8927, S. 2.

⁸¹¹ Entschließungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 22.06.2016, BT-Drs. 18/8927, S. 3.

⁸¹² Siehe zu den Schlichtungsstellen auch: Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie (9. Ausschuss) vom 22.06.2016 (BT-Drs 18/8907) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksachen 18/4714, 18/4952, 18/5162 Nr. 7, S. 5.

leichterungen darstellen können. Nur letztere verhelfen auch für den Fall, dass das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten ausgetragen wird, über schwierige und komplexe Nachweisfragen hinweg und haben auch bei einem streitigen Ausgang des Verfahrens Bestand.

- ▶ Andere Vertreter*innen von Bergbehörden und Vorhabenträgern verwiesen darauf, dass das Gefahropotenzial im Tagebau⁸¹³ nicht so groß sei wie beim untertägigen Bergbau.⁸¹⁴ Dies mag durchaus zutreffend sein. Die Beweisschwierigkeiten für Betroffene sind jedoch vergleichbar⁸¹⁵ und rechtfertigen deshalb die Übertragung des gesetzlichen Falles des Anscheinsbeweises. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die Bergschadensvermutung keine Beweislastumkehr darstellt,⁸¹⁶ sondern das Unternehmen den Anscheinsbeweis entkräften kann, wenn es alternative Tatsachen behauptet und beweist, aus denen sich die ernstliche Möglichkeit eines alternativen Geschehensablaufs im Sinne des § 120 S. 2 BBergG ergibt. Zudem legen unter anderem die Anträge im Gesetzgebungsverfahren⁸¹⁷ eindrücklich dar, dass in der Praxis ein großes Bedürfnis für eine Ausweitung der Beweiserleichterungen auf Tagebaubetriebe besteht. Dies würde in den Interviews eindrücklich bestätigt – insbesondere von Seiten der Vertreter*innen der Umweltverbände und insbesondere der Bergbaubetroffenen.
- ▶ Im Gesetzgebungsverfahren wurde eine Ausweitung der Bergschadensvermutung von der Bundesregierung mit der Begründung abgelehnt, dass andernfalls „hinsichtlich der Beweislast eine Schlechterstellung des Abbaus der unter das Bergrecht fallenden Bodenschätze“ (gegenüber den sog. Grundeigentümergebieten) entstehen würde.⁸¹⁸ Nach Ansicht der Autoren sollten jedoch auch die bisherigen Grundeigentümergebieten von der Regelung erfasst werden. Dies könnte unter anderem dadurch geregelt werden, dass diese – wie vorliegend unter 4.7.1 vorgeschlagen – in den Anwendungsbereich des BBergG aufgenommen werden.
- ▶ Einige Unternehmensvertreter*innen wiesen – wie auch die Bundesregierung⁸¹⁹ – darauf hin, dass eine Lösung für die Bestimmung der Einwirkungsbereiche bei Tagebaubetrieben gefunden werden müsse. Die Auswertung der Interviews mit Behörden- und Betroffenenvertreter*innen legt jedoch nahe, dass hierfür gerade im Bereich der Braunkohle angemessene Lösungen gefunden werden können. So wurde berichtet, dass man über Versenkungen sehr genau Bescheid wisse, da bei Hunderttausenden von Bodenpunkten gemes-

⁸¹³ Inwieweit eine Absenkung im Bereich des Tagebaus mit Absenkungen durch Steinkohle vergleichbar ist, bestehen unterschiedliche Ansichten. Überwiegend wird vertreten, dass die Absenkung bei der Braunkohle in der Regel flächenmäßig sehr gleichmäßig verlaufe. Ein*e Vertreter*in von Betroffenen (UV10) betonte hingegen, dass sich dies so nicht verallgemeinern lasse und dass es zu Schädigungen komme. Dies würden auch Wissenschaftler*innen bestätigen.

⁸¹⁴ Ähnlich die Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 18/4952, S. 5, die darauf abstellte, dass eine hohe Schadenswahrscheinlichkeit „bei Tagebaubetrieben nicht generell gesehen“ werde.

⁸¹⁵ Dies erkennt auch die BReg in ihrer Antwort vom 20.03.2017 zu der Entschließung des Bundesrates an: „Zutreffend ist aber, dass bei der Braunkohlegewinnung auch Bodensenkungen entstehen können, die nicht leicht zu beweisen sind. Hierbei handelt es sich aber um Ausnahmefälle und diese Schäden sind nicht wie im Untertagebereich typisch. Zudem wäre eine Festlegung des Einwirkungsbereichs, für den die Bergschadensvermutung gelten würde, im Tagebau sehr schwierig. [...]“; zu BR-Drs. 354/16 (Beschluss) vom 08.07.2016.

⁸¹⁶ So fälschlicherweise die Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 18/4952, S. 5.

⁸¹⁷ Bundesrat-Entschließungsantrag des Landes Nordrhein-Westfalen, BR-Drs. 427/14 vom 24.09.2014; Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 142/15(B), vom 08.05.15 (Stellungnahme BR und Gegenäußerung der BReg als BT-Drs. 18/4952) sowie Entschließungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 22.06.2016, BT-Drs. 18/8927.

⁸¹⁸ Vgl. Gegenäußerung der BReg, BT-Drs. 18/4952, S. 5.

⁸¹⁹ Vgl. Gegenäußerung der BReg, BT-Drs. 18/4952, S. 5.

sen werde. Insoweit wurde von Betroffenenenseite (UV10) vorgeschlagen, einfach festzulegen, dass die Bergschadensvermutung immer dann gelte, wenn sich der Boden mehr als X cm gesenkt habe, bspw. ab 10 cm.⁸²⁰ Dies sei ein einfacheres Verfahren als bei der Neuregelung von Erdgas/Erdöl. Ein*e Behördenvertreter*in (B4) verwies – unter Bezugnahme auf die Braunkohle – zudem darauf, dass insbesondere in geologisch gestörten Bereichen (und in Torfgebieten) benennbare Schäden auftreten könnten. Diese könnte man benennen und in diesen Fällen sehr wohl einen Einwirkungsbereich für eine positive Bergschadensvermutung festlegen.

- ▶ Mehrere Behördenvertreter*innen (B1, B2, B3) verwiesen darauf, dass es angemessen sei eine entsprechende Regelung gerade auch für Sprengungen im bisher immissionsschutzrechtlich genehmigten Bereich zu fordern – diese seien bergschadensrelevant. Die derzeitige Rechtslage sei unter Gleichheitsgesichtspunkten als ungünstig zu bewerten. Andere verwiesen hingegen auf bestehende DIN-Vorschriften für Sprengungen, so dass kein Bedürfnis bestehe. Letzterem ist zu entgegen, dass DIN-Normen helfen können, dass Sprengungen ordnungsgemäß durchgeführt werden. Im Schadensfall existieren für Betroffene jedoch unabhängig davon vergleichbare Beweisprobleme – insbesondere natürlich in Fällen, in denen – ggf. abweichend von der Normierung – keine ausreichende Beweissicherung vor der Sprengung stattfand.

Vorschlag: Ausweitung der Bergschadensvermutung

Die Bergschadensvermutung im BBergG wird auf Tagebaue ausgeweitet, so dass sie auch für die heutigen Grundeigentümergebäude sowie (z.B.) die Braunkohle gilt.

Hinsichtlich der Festlegung des Einwirkungsbereichs könnte in diesem Zusammenhang in der Einwirkungsbereichs-Bergverordnung geregelt werden, dass er insbesondere dann gilt, wenn sich der Boden um mehr als [X] cm gesenkt hat.

7.2 Sicherheitsleistungen

7.2.1 Sicherheitsleistungen nach dem BBergG

Die Gewinnung von Bodenschätzen zieht regelmäßig hohe Folgekosten für die Wiedernutzbarmachung und die Nachsorge nach sich. Allein für die Bewältigung der Folgen des Braunkohlentagebaus werden Aufwendungen in Milliardenhöhe veranschlagt, die noch jahrzehntelang nach Beendigung des Tagebaubetriebs benötigt werden.⁸²¹ Dies gilt entsprechend für die „Ewigkeitskosten“ des Steinkohlenbergbaus in Deutschland.⁸²²

⁸²⁰ Inwieweit eine Absenkung im Bereich des Tagebaus mit Absenkungen durch Steinkohle vergleichbar ist, bestehen unterschiedliche Ansichten. Überwiegend wird vertreten, dass die Absenkung bei der Braunkohle in der Regel flächenmäßig sehr gleichmäßig verlaufe. Ein*e Vertreter*in von Betroffenen (UV10) betonte hingegen, dass sich dies so nicht verallgemeinern lasse und dass es zu Schädigungen komme. Es gebe beispielsweise im Rheinischen Revier Absenkungen von bis zu 5,60 Meter. Wie oben dargelegt, kommt es für eine Ausweitung eines Anscheinsbeweises hierauf jedoch nicht an, sondern auf die typischen Beweisschwierigkeiten für Betroffene.

⁸²¹ Vgl. *Wronski/Fiedler/Schäuble/Setton*: Finanzielle Vorsorge im Braunkohlebereich – Optionen zur Sicherung der Braunkohlerückstellungen und zur Umsetzung des Verursacherprinzips, https://www.boell.de/sites/default/files/2016-06_foes_iass_finanzielle_vorsorge_im_braunkohlebereich.pdf.

⁸²² Vgl. nur *KPMG*, Ewigkeitskosten der Kohle betragen 13 Milliarden Euro – Unwägbare Risiken für Trinkwasser – Gutachten im Auftrag des BAFA, 2006.

Nach § 55 Abs. 1 Nr. 7 BBergG ist zwar bereits in der Betriebsplanzulassung zu prüfen, ob die erforderliche Vorsorge zur Wiedernutzbarmachung in gebotener Ausmaß getroffen ist (vgl. 3.5.2). Zudem muss nach § 55 Abs. 2 BBergG für die Erteilung des Abschlussbetriebsplans die Wiedernutzbarmachung sichergestellt sein (vgl. 3.10.1). Aus betriebswirtschaftlicher Sicht sind nach § 249 Handelsgesetzbuch (HGB)⁸²³ für diese „ungewissen Verbindlichkeiten“ Rückstellungen zu bilden. Es kommt allerdings in Betracht, dass die Rückstellungen zu spät aufgebaut werden und bspw. aufgrund überhöhter Verzinsungserwartungen zu niedrig bemessen wurden. Das HGB lässt es zudem offen, wie die Mittel anzulegen sind,⁸²⁴ so dass die gewählte bilanzielle Rückstellung regelmäßig nicht insolvenzfest angelegt ist. Im Ergebnis besteht das Risiko, dass die öffentliche Hand bzw. die Allgemeinheit diese Kosten teilweise oder sogar zur Gänze tragen müssen.⁸²⁵

Zwar ist es in vielen anderen Rechtsgebieten verbindlich vorgeschrieben, dass (insolvenz)sichere Sicherheitsleistungen oder eine andere Art der Deckungsvorsorge zu erbringen sind, so beispielsweise nach §§ 36 Abs. 3, 43 Abs. 4 KrWG i.V.m. § 18 Deponieverordnung (DepV) im Kreislaufwirtschaftsrecht.⁸²⁶ Ein weiteres Beispiel sind Sicherheitsleistungen in § 12 Abs. 1 S. 2 BImSchG zur Sicherung der Nachsorgepflicht nach § 5 Abs. 3 BImSchG bei Abfallentsorgungsanlagen im Sinne des BImSchG, bei denen die Sicherheitsleistung als Nebenbestimmung zur Genehmigung die tatsächliche Erfüllung der genannten Pflichten sicherstellt.

Auch das BBergG sieht die Möglichkeit vor, dass die Zulassung eines Betriebsplanes gemäß § 56 Abs. 2 S. 1 BBergG von der Leistung einer Sicherheit abhängig gemacht wird, soweit diese erforderlich ist, um die Erfüllung der Zulassungsvoraussetzungen zu sichern.⁸²⁷ Ob und in welcher Höhe und in welcher Form die Zulassung eines Betriebsplanes von der Leistung einer Sicherheit abhängig gemacht wird, entscheidet die Zulassungsbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen. Wie dieses Ermessen auszuüben ist und welche Sicherheitsleistungen zugelassen sind, wird in vielen Bundesländern durch Verwaltungsvorschriften näher geregelt.⁸²⁸

Vor diesem Hintergrund kann es richtigerweise auch nicht darauf ankommen, dass die Behörde Zweifel an der Finanzkraft des Sicherungsverpflichteten hegt.⁸²⁹ Die Behörde kann Sicherheitsleistungen ausweislich des Gesetzeswortlautes nach **pflichtgemäßem Ermessen** festsetzen, ohne dass Zahlungsschwierigkeiten o.ä. erkennbar sein müssen. Die Sicherheitsleistung soll in jedem Falle die Ab-

⁸²³ Handelsgesetzbuch in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das durch Artikel 5 des Gesetzes vom 5. Juli 2016 (BGBl. I S. 1578) geändert worden ist.

⁸²⁴ *Irrek/Vorfeld*: Liquidität und Werthaltigkeit der Anlage der freien Mittel aus der Bildung von Rückstellungen für Stilllegung, Rückbau und Entsorgung der Atomkraftwerke, S. 16; *Wronski/Fiedler/Schäuble/Setton*: Finanzielle Vorsorge im Braunkohlebereich – Optionen zur Sicherung der Braunkohlerückstellungen und zur Umsetzung des Verursacherprinzips, S. 13.

⁸²⁵ Ausführlich hinsichtlich der Braunkohle: *Wronski/Fiedler/Schäuble/Setton*: Finanzielle Vorsorge im Braunkohlebereich – Optionen zur Sicherung der Braunkohlerückstellungen und zur Umsetzung des Verursacherprinzips.

⁸²⁶ Vgl. auch § 94 Arzneimittelgesetz (AMG); § 13 Abs. 3 i.V.m. § 54 Abs. 1, Abs. 2 Atomgesetz i.V.m. der Atomrechtlichen Deckungsvorsorge-Verordnung (AtDeckV) vgl. auch die zahlreichen gesetzlich angeordneten Pflichtversicherungen.

⁸²⁷ Vgl. hierzu grundlegend *Jäckel*, Die Sicherheitsleistung zur Sicherstellung der Vorsorge für die Wiedernutzbarmachung der Oberfläche gemäß § 56 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BBergG, ZfB 2016, S. 21 ff.

⁸²⁸ Vgl. bspw. *Sächsisches Oberbergamt*, Merkblatt zur Erhebung und Verwertung von Sicherheitsleistungen gem. § 56 Abs. 2 BBergG – Merkblatt Sicherheitsleistungen – (Stand: 11/2010), abrufbar unter: www.oba.sachsen.de/download/2015_07_30_OBA_MerkblattSicherheitsleistung.pdf.

⁸²⁹ So zu § 10 Abs. 1 S. 2 BBodSchG vgl. VG Köln, Urteil vom 12.05.2009 – 14 K 4650/07 BeckRS 2011, 52185, anders aber *Fluck/Giesberts*, Rn. 80; *Dietlein*, in BeckOK UmweltR, 49. Edition, § 10 BBodSchG, Rn. 11. Vgl. auch für § 36 Abs. 3 KrWG (Solvenz des Deponiebetreibers) BVerwG, Urt. v. 13.03.2008 – 7 C 44/07 im Nachgang zu VGH Kassel, ZUR 2007, 485.

wälzung der Kostenlast auf die öffentliche Hand verhindern. Anderenfalls würde man den Anwendungsbereich der Norm unangemessen einschränken und es würde von der Behörde verlangt werden, eine drohende Insolvenzgefahr oder gar abnehmende Seriosität erkennen zu müssen. Dass in der Praxis allerdings Zweifel an der künftigen, langfristigen Zahlungsfähigkeit des Pflichtigen oft Anlass geben werden, über Sicherheitsleistungen nachzudenken,⁸³⁰ steht auf einem anderen Blatt. Problematisch ist jedoch, dass gerade die spezifisch bergrechtsrelevante Literatur die Sicherheitsleistung nicht als Regelfall ansieht, sondern die Ermessensausübung durchaus restriktiv auslegt. Einigkeit besteht inzwischen, dass zumindest dem Grunde nach eine Sicherheit verlangt werden kann, auch wenn die Wirtschaftlichkeit des Unternehmens unzweifelhaft sei.⁸³¹ Nach *von Hammerstein* genüge bereits das latente allgemeine Insolvenzrisiko. Andererseits sei die Behörde nicht berechtigt „ganz fernliegende Insolvenzrisiken“ anzuführen. So sei eine Sicherheitsleistung für die Wiedernutzbarmachung nicht erforderlich, wenn deren Kosten im Verhältnis zur Finanzkraft des Unternehmens gering sei.⁸³² Nach *Piens* ist es nicht erforderlich und damit ermessensfehlerhaft, wenn eine Sicherheitsleistung von einem kapitalkräftigen und zuverlässigen Unternehmen verlangt wird.⁸³³ Um die Verhältnismäßigkeit zu gewährleisten, sei das Sicherheitsinteresse zudem mit den wirtschaftlichen Belangen des Unternehmens abzuwägen.⁸³⁴ Die diesbezüglichen Verwaltungsvorschriften der Bergbehörden äußern sich hierzu nicht detailliert. In Sachsen wird diesbezüglich darauf abgestellt, ob im Falle einer Insolvenz Kapital für eine Wiedernutzbarmachung in dem gebotenen Ausmaß zur Verfügung steht. Dabei soll auch zwischen großen und kapitalstarken Unternehmen einerseits und anderen Bergbauunternehmen unterschieden werden. Die Richtlinien in NRW stellen restriktiver darauf ab, ob „bereits im Zeitpunkt der Betriebsplanzulassung konkrete Anhaltspunkte für ein Missverhältnis zwischen dem Umfang der Unternehmerpflichten und der künftigen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmers“ vorliegen.⁸³⁵

Die Regelung zur Sicherheitsleistung ist bei näherem Hinsehen auch in anderen Punkten eng ausgestaltet und wird restriktiv ausgelegt:

- ▶ Die Sicherheitsleistung darf ausdrücklich des Wortlauts nur zur Sicherung der in § 55 Abs. 1 Nr. 3 bis 13 und Abs. 2 BBergG genannten Voraussetzungen zur Zulassung des Betriebsplanes dienen. Nicht erfasst sind demnach privatrechtliche Schadenersatzansprüche wie die nach den §§ 114 f. BBergG.⁸³⁶ Es soll sich demnach vornehmlich um **Kosten der Ersatzvornahme** für Maßnahmen der Gefahrenabwehr oder Wiedernutzbarmachung handeln.⁸³⁷ Umstritten ist, ob eine Sicherheitsleistung auch zur Absicherung weiterer Zu-

⁸³⁰ *Schönfeld*, in: Oerder/Numberger/Schönfeld, BBodSchG, § 10 Rn 5; *Frenz*, BBodSchG, München 2000, Rn. 42.

⁸³¹ *Piens*, in: *Piens/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 56, Rn. 267. *von Hammerstein*, in: *Boldt/Weller/Kühne* u.a. (Hrsg.), BBergG, 2016, § 56 Rn. 34.

⁸³² *Von Hammerstein*, in: *Boldt/Weller/Kühne* u.a. (Hrsg.), BBergG, 2016, § 56 Rn. 34.

⁸³³ *Piens*, in: *Piens/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 56, Rn. 267.

⁸³⁴ *Von Hammerstein*, in: *Boldt/Weller/Kühne* u.a. (Hrsg.), BBergG, 2016, § 56 Rn. 35.

⁸³⁵ Richtlinien des (nunmehr in die Bezirksregierung Arnsberg eingegliederten) Landesoberbergamtes NRW zur Handhabung des Betriebsplanverfahrens v. 31.08.1999, aktualisiert als Hausverfügung der Bezirksregierung Arnsberg, Abteilung Bergbau und Energie in Nordrhein-Westfalen, für die Handhabung des Betriebsplanverfahrens (Betriebsplan-Richtlinien – BP-RL) mit Stand vom 31.05.2010, abrufbar unter http://esb.bezreg-arnsberg.nrw.de/a_7/a_7_041/a_7_041_001.html.

⁸³⁶ *Von Hammerstein*, in: *Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen*, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 56 Rn. 33.

⁸³⁷ Vgl. jüngst die Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie (9. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksachen 18/4714, 18/4952, 18/5162 Nr. 7 – Entwurf eines Gesetzes zur Ausdehnung der Bergschadenshaftung auf den Bohrlochbergbau und Kavernen, BT-Drs. 18/8907, S. 5 zur Möglichkeit der Absicherung einer Ersatzvornahme durch eine Sicherheitsleistung; vgl. auch *Sächsisches Oberbergamt*, Merkblatt

lassungsvoraussetzungen verlangt werden kann, die auf anderen überwiegend öffentlichen Interessen im Sinne des § 48 Abs. 2 BBergG beruhen, die im Gesetz nicht ausdrücklich Erwähnung finden.⁸³⁸ Soweit ersichtlich findet diesbezüglich keine Sicherheitsleistung nach den bergrechtlichen Vorschriften statt.⁸³⁹

- ▶ Es soll ausgeschlossen sein, dass die Sicherheitsleistung erst nach Zulassung des Betriebsplans durch **nachträgliche Auflagen** oder Anordnungen verlangt wird.⁸⁴⁰ Bei einer Änderung, Ergänzung oder Verlängerung des Betriebsplans soll dies allerdings möglich sein.⁸⁴¹ Ein nachträgliches Festsetzen einer Sicherheitsleistung kann jedoch gegebenenfalls aus fachlichen und wirtschaftlichen Gründen geboten sein. Soweit ersichtlich finden entsprechende nachträgliche Anordnungen in der Praxis jedoch nicht statt.⁸⁴² Umstritten ist in diesem Zusammenhang, ob in späteren Betriebsplanzulassungen eine Sicherheit verlangt werden kann, wenn in vorherigen Zulassungsentscheidungen keine oder eine geringere Sicherheit festgesetzt wurde. So wird in der Literatur beispielsweise abgelehnt, dass bei Betriebsplanzulassungen eine Sicherheit zur Erfüllung von Unternehmerpflichten verlangt werden kann, welche in früheren Zulassungen bereits abschließend ohne Sicherheitsleistung geregelt wurde.⁸⁴³ Zudem wird vertreten, dass bei unveränderter Sach- und Rechtslage nicht von den Maßstäben der vorangegangenen Entscheidung abgewichen werden darf.⁸⁴⁴ Die hiermit verbundene Rechtsunsicherheit ist als wesentliches Defizit zu bewerten.
- ▶ Teilweise wird sogar vertreten, dass eine Sicherheitsleistung nur in Betracht kommen soll, wenn Anlass zur **Besorgnis** besteht, dass die Betriebspläne nicht eingehalten werden.⁸⁴⁵ Eine so weitgehende Entlastung der Bergbautreibenden ist jedoch nicht sachgerecht.
- ▶ Das BBergG enthält keine konkreten Vorgaben an die Art der Sicherheitsleistung. Insbesondere findet keine Beschränkung auf die Sicherungsmittel des § 232 BGB statt.⁸⁴⁶ An-

zur Erhebung und Verwertung von Sicherheitsleistungen gem. § 56 Abs. 2 BBergG – Merkblatt Sicherheitsleistungen – (Stand: 11/2010), S. 3.

⁸³⁸ Ablehnend: *Keienburg*, ZfB 2013, 243f. von *Hammerstein*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 56 Rn. 33; zustimmend: *Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 56, Rn. 117, 262.

⁸³⁹ Nach dem *Sächsisches Oberbergamt*, Merkblatt zur Erhebung und Verwertung von Sicherheitsleistungen gem. § 56 Abs. 2 BBergG – Merkblatt Sicherheitsleistungen - (Stand: 11/2010), darf die Sicherheitsleistung „nur zur Sicherung der in § 55 Abs. 1 Nr. 3 bis 13 und Abs. 2 BBergG genannten Voraussetzungen zur Zulassung des Betriebsplanes dienen.“

⁸⁴⁰ *Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 56, Rn. 270 m.w.N.

⁸⁴¹ *Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 56, Rn. 269 m.w.N., so auch die Hausverfügung der Bezirksregierung Arnsberg, Abteilung Bergbau und Energie in Nordrhein-Westfalen, für die Handhabung des Betriebsplanverfahrens (Betriebsplan-Richtlinien – BP-RL), unter Punkt 3.5.

⁸⁴² Bis zur Grenze der Verwirkung und im Rahmen der Verhältnismäßigkeit müsste es nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Regeln möglich sei, entsprechende Anordnungen zu treffen.

⁸⁴³ So *Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 56, Rn. 270; ebenso *Keienburg*, Bergrechtliche Sicherheitsleistungen gemäß § 56 Abs. 2 BBergG – Voraussetzungen und Inhalt, ZfB 2013, S. 243 ff. (254).

⁸⁴⁴ *Keienburg*, Bergrechtliche Sicherheitsleistungen gemäß § 56 Abs. 2 BBergG – Voraussetzungen und Inhalt, ZfB 2013, S. 243ff. (254).

⁸⁴⁵ *Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 56, Rn. 259.

⁸⁴⁶ *Keienburg*, Bergrechtliche Sicherheitsleistungen gemäß § 56 Abs. 2 BBergG – Voraussetzungen und Inhalt, in: ZfB 2013, 243, 251.

hang 7 zu § 22a Abs. 3 S. 4 ABergV sieht sogar vor, dass „handelsrechtlich zu bildende **betriebliche Rückstellungen** als gleichwertige Sicherheit“ akzeptiert werden.⁸⁴⁷ Diese sind jedoch nicht insolvenz sicher angelegt, so dass diese nach der Rechtsprechung des BVerwG weder ein „gleichwertiges Sicherungsmittel“ im Sinne der §§ 36 Abs. 3, 43 Abs. 4 KrWG noch etwas „anderes Gleichwertiges“ im Sinne von Art. 8 lit a) Ziffer iv) der Depo-
nierichtlinie 1999/31/EG⁸⁴⁸ darstellen und deshalb als Sicherungsmittel in Sinne der Depo-
nieverordnung ausgeschlossen sind.⁸⁴⁹ Diese Auslegung sollte auf das BBergG übertra-
gen werden. Deshalb wird hinsichtlich des Auswahlermessens vertreten, dass es nicht
ausgeschlossen sei, dass **betriebliche Rückstellungen** als Rückstellungen akzeptiert
werden.⁸⁵⁰ Nach dem Sächsischen Oberbergamt sollen jedoch andere Sicherheiten als
Bankbürgschaften oder Versicherungsverträge ohnehin nur im Ausnahmefall akzeptiert
werden.⁸⁵¹

Sinnvoll erscheint es, wie vom UBA⁸⁵² vorgeschlagen, aus der Ermessensnorm (§ 56 Abs. 2 S. 1
BBergG) eine obligatorische Sicherheitsbestellung zu machen. Der Wechsel von einer Kann-
Bestimmung hin zu einer Soll-Bestimmung ist auch bei § 12 Abs. 1 S. 2 BImSchG bzw. § 36 Abs. 3
KrWG (vgl. anders noch § 32 Abs. 3 KrW/AbfG) vorgenommen worden, um die öffentlichen Interes-
sen besser abzusichern.⁸⁵³ Hiermit soll erreicht werden, dass vor einer Betriebsplanzulassung immer
eine Sicherheitsleistung gefordert wird. Auf diese Weise kann die ansonsten bestehende Gefahr einer
Verlagerung der sog. Ewigkeitskosten auf die Allgemeinheit am effektivsten begegnet werden, und es
würde eine Gleichbehandlung aller Vorhabenträger in Bezug auf die Sicherheitsleistungen gewähr-
leistet.⁸⁵⁴

Kritisiert wurde, dass die bisher getätigten Rückstellungen nach § 56 Abs. 2 BBergG „im Wesentli-
chen der Erfüllung der im Rahmen der Tagebaugenehmigungen gemachten Vorgaben zur laufenden
Rekultivierung“ dienten und „in ihrer Höhe völlig unzureichend“ seien. Unvorhergesehene Proble-
me, z.B. nach Beendigung eines Tagebaus im Jahr 2045 oder einer Restsee-Befüllung im Jahr 2085
könnten mit diesen Finanzmitteln nicht bewältigt werden. Auch seien „vorhabenbedingte Schäden
am Grundeigentum Dritter oder ökologische Langzeitfolgen [...] nicht durch den Verursacher abgesi-
chert.“ Auch seien Betreiber nicht gehindert, „ökologisch kontraproduktive Rückstellungen zu täti-
gen, z.B. in Form von Kohlekraftwerksbeteiligungen“. Es sei daher „unabdingbar, etwaige Genehmi-
gungen und Zulassungen an die Festlegung einer angemessenen und ökologisch nicht kontraproduk-
tiven Sicherheitsleistung zu koppeln. Diese [sei] durch unabhängige Gutachten zu ermitteln.“⁸⁵⁵ Die-
se Forderung geht noch über die des Umweltbundesamts hinaus, § 56 BBergG dahingehend zu än-

⁸⁴⁷ Kritsch hierzu: von Hammerstein, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 56 Rn. 45, der jedoch vertritt, dass es nicht ausgeschlossen sei, dass betriebliche Rückstellungen als Rückstellungen akzeptiert werden.

⁸⁴⁸ Richtlinie 1999/31/EG des Rates vom 26.4.1999 über Abfalldeponien, ABl. L 182 vom 16.07.1999, S. 1-19.

⁸⁴⁹ Vgl. Urteil des BVerwG vom 26.06.2008 (Az.: 7 C 50/07).

⁸⁵⁰ Von Hammerstein, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 56 Rn. 45.

⁸⁵¹ Sächsisches Oberbergamt, Merkblatt zur Erhebung und Verwertung von Sicherheitsleistungen gem. § 56 Abs. 2 BBergG - Merkblatt Sicherheitsleistungen - (Stand: 11/2010).

⁸⁵² Umweltbundesamt, Umweltverträgliche Nutzung des Untergrundes und Ressourcenschonung, November 2014, S. 26.

⁸⁵³ Vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 17/6052, 95. Zu der Änderung der abfallrechtlichen Normen s. BVerwG NVwZ 1990, 963 (966); Kopp-Assenmacher, AbfallR 2010, 150 (152); Klages, in: BeckOK UmweltR, 49. Edition, § 36 KrWG, Rn. 28-29).

⁸⁵⁴ Umweltbundesamt, Umweltverträgliche Nutzung des Untergrundes und Ressourcenschonung, November 2014, S. 26.

⁸⁵⁵ BUND, Kernforderungen zur Novellierung des Bergrechts (November 2015), S. 11.

dem, dass die Zulassung von Betriebsplänen an eine vorherige obligatorische Sicherheitsleistung gekoppelt wird, um Ewigkeitslasten nicht auf die Allgemeinheit zu verlagern.⁸⁵⁶

Festzuhalten bleibt, dass die Rückstellungen der Betreiber zu niedrig bemessen sind, um die sog. Ewigkeitskosten abzudecken. Sie sind auch nicht zwingend insolvenzfest anzulegen. Dies steht nicht im Einklang mit dem Verursacherprinzip, das unter anderem im europäischen Umweltrecht in Art. 191 Abs. 2 UAbs. 1 AEUV verankert ist. Über eine entsprechende Änderung des § 56 Abs. 2 BBergG könnte insoweit Abhilfe geschaffen werden. Bei der Anwendung ist im konkreten Einzelfall zu prüfen, inwieweit die Festsetzung verhältnismäßig ist – dies gilt im Besonderen bei bestehenden Betriebsplanzulassungen, für die im Nachhinein Sicherheiten verlangt werden.

7.2.2 Sicherheitsleistungen bei Grundeigentümergebodeschätzen

Sicherheitsleistungen werden auch bei Abtragungsgenehmigungen für Grundeigentümergebodeschätze gefordert. Während das BayAbgrG keine Regelungen über Sicherheitsleistungen enthält, verlangt § 10 AbgrG NRW, dass die Genehmigung „von der Leistung einer Sicherheit abhängig zu machen“ ist. Als Zweck wird angegeben, dass „die Sicherheitsleistung [...] von der Genehmigungsbehörde in Anspruch genommen werden [kann], um Schäden, die durch Abweichung von der Genehmigung und den Auflagen entstehen, auszugleichen oder beseitigen zu lassen.“⁸⁵⁷

Weitaus detaillierter ist die brandenburgische Regelung. § 7 Abs. 1 Satz 1 BbgBauAV sieht vor, dass „der Eigentümer [...] zum Zwecke der Gewährleistung der Verpflichtungen [...] vor Erteilung der Baugenehmigung Sicherheit zu leisten“ hat. Darin sind einige Detailregelungen enthalten. Z.B. haftet „die Sicherheitsleistung [...] auch für Ersatzmaßnahmen nach § 6 Abs. 2“ BbgBauAV, und die Festsetzung erfolgt „von der Bauaufsichtsbehörde auf Grund eines Gutachtens“ (§ 7 Abs. 1 Satz 2 und 3 BbgBauAV). Sie kann auch „nachträglich erhöht werden, soweit sie die Durchführung von Maßnahmen sicherstellen soll, die zur Vermeidung schwerer und unvorhersehbarer Beeinträchtigungen des Naturhaushaltes im Sinne von § 17 Abs. 1 Satz 3 des Brandenburgischen Naturschutzgesetzes notwendig sind“. Weiter kann sie „auch durch Beibringung einer selbstschuldnerischen Bürgschaft einer deutschen Bank oder Sparkasse erbracht werden“ (§ 7 Abs. 1 Satz 4 BbgBauAV). § 7 Abs. 2 BbgBauAV besagt:

„(2) Die Sicherheitsleistung kann auf einzelne Abschnitte des Vorhabens anteilmäßig verteilt werden. Der auf einen Abschnitt des Vorhabens bezogene Anteil der Sicherheitsleistung ist freizugeben, sobald der Abschnitt entsprechend den Anforderungen des § 6 Abs. 1 Satz 1 rekultiviert und renaturiert ist.“

§ 7 Abs. 3 BbgBauAV macht sehr genaue Vorgaben zur Bemessung der Höhe der Sicherheitsleistung:

„(3) Bei der Bemessung der Höhe der Sicherheitsleistung ist die Höhe der Kosten für die zeitgerechte Durchführung der Rekultivierungs- oder Renaturierungsmaßnahmen anzusetzen. Dabei sind insbesondere die Kosten für

1. die Planierungsarbeiten,
2. die Verfüllung,

⁸⁵⁶ Dazu oben in diesem Abschnitt.

⁸⁵⁷ Nach Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 56, Rn. 265, ist die nordrhein-westfälische Regelung des § 10 AbgrG NRW, die eine Sicherheitsleistung zwingend vorschreibt, motiviert „von der Erfahrung des Gesetzgebers, dass Abtragungsbetriebe häufig weniger finanzstark und genehmigungsorientiert sind als die unter ständiger behördlicher Daueraufsicht stehenden Gewinnungsbetriebe für Kies und Sand, sofern sie dem BBergG gem. § 3 Absatz 4 unterliegen.“ Die Besserstellung der Betriebe, die unter das BBergG fallen, ist jedoch zu hinterfragen.

3. die Wiederherstellung der Zufahrtswege,
4. die Entfernung baulicher Anlagen,
5. die Beschaffung und Aufbringung von Mutterboden,
6. die Anlegung und Sicherung von Böschungen,
7. die Bepflanzung nach dem Pflanzschema,
8. die Pflege und den Schutz der Pflanzungen in einem Zeitraum von mindestens fünf Jahren

zu berücksichtigen.“

Zum Vergleich kann zudem § 18 DepV herangezogen werden. Nach § 18 Abs. 1 DepV hat der Depo-niebetreiber „vor Beginn der Ablagerungsphase der zuständigen Behörde die Sicherheit für die Erfüllung von Inhaltsbestimmungen, Auflagen und Bedingungen zu leisten, die mit dem Planfeststellungsbeschluss oder der Plangenehmigung für die Ablagerungs-, Stilllegungs- oder Nachsorgephase zur Verhinderung oder Beseitigung von Beeinträchtigungen des Wohles der Allgemeinheit angeordnet wird.“ Weiter werden dort Einzelheiten zu Art und Umfang der Sicherheit geregelt (§ 18 Abs. 2 DepV), und es werden eine Pflicht zur regelmäßigen Überprüfung der finanziellen Sicherheit „mit dem Ziel der Erhaltung des realen Wertes der Sicherheit“ sowie weitere Details dazu festgelegt (§ 18 Abs. 3 DepV).

Diese kurze beispielhafte Zusammenschau zeigt, dass die Rechtslage für Sicherheitsleistungen bei Abgrabungen zwischen den Ländern sehr unterschiedlich ist. Die Variationsbreite reicht von keiner entsprechenden Regelung (s. BayAbgrG) über eine grundsätzliche Vorschrift (AbgrG NRW) bis hin zu sehr detaillierten Vorgaben wie in der BbgBauAV. Wenn keine Regelung vorgesehen ist, heißt dies nicht, dass Sicherheitsleistungen nicht verlangt werden könnten. Grundsätzlich können Genehmigungen, auf die ein Rechtsanspruch besteht (vgl. Art. 9 Abs. 1 BayAbgrG), auch wenn dies nicht speziell wie etwa im BayAbgrG vorgesehen ist, mit Auflagen und Bedingungen versehen werden, wenn hierdurch sichergestellt werden soll, dass die gesetzlichen Voraussetzungen der Genehmigung erfüllt werden (§ 36 Abs. 1 VwVfG). Eine derartige Nebenbestimmung kann ggf. auch in Form einer Sicherheitsleistung auferlegt werden. Dabei kommt es auf die Voraussetzungen der Genehmigung und den jeweiligen Einzelfall an.

Sehr unklare und wenig detaillierte Regelungen können dazu führen, dass Umweltauflagen insbesondere bei der Rekultivierung bzw. Renaturierung von Abgrabungsflächen nicht in die Praxis umgesetzt werden. Auch die große Variationsbreite der Länderregelungen trägt nicht zur Rechtssicherheit bei. Zu empfehlen wäre eine gewisse Vereinheitlichung der Regelungen zur Sicherheitsleistung auf hohem Niveau, etwa nach dem Muster der BbgBauAV.

7.2.3 Ergebnisse der Interviews zu Sicherheitsleistungen

Zentrale Aussagen der Vorhabenträger zu Sicherheitsleistungen

- **V1: Das Thema der Sicherheitsleistungen sei en vogue. Behörde müsse bei jedem Hauptbetriebsplan prüfen, ob eine Sicherheitsleistung erforderlich sei. Da das Unternehmen in dem Bundesland mehrere Standorte und damit Hauptbetriebspläne habe, finde jedes Jahr eine Prüfung statt, ob das Unternehmen ausreichend Vorsorge betreibe (rotierendes System). Bisher sei immer entschieden worden, dass die Rückstellungen ausreichen. Die politischen Forderungen nach mehr Sicherheitsleistungen wären deshalb unberechtigt.**
- **V1: Das einzig vernünftige System der Vorsorge sei über Rückstellungen zu regeln (diese müssten handelsrechtlich ohnehin getätigt werden). Sicherheitsleistungen darüber hinaus hätten eine erdrosselnde Wirkung, und würden damit zu dem Fall führen, der eigentlich verhindert werden sollte. Damit bestehe**

auch keine Rechtfertigung von zusätzlichen Sicherheitsleistungen. Auch Bankbürgschaften wären vor dem Hintergrund der Finanzkrise nicht (mehr) insolvenz sicher.

- V2: Sicherheitsleistungen würden zusätzlich zur konsortialen Beteiligung gefordert, diese spiele im Außenverhältnis zur Behörde eigentlich keine Rolle.
- V3: Es sei nachvollziehbar, dass die Kosten nicht der Allgemeinheit aufgebürdet werden sollten. Die Festsetzung erfolge mit Augenmaß. Es gebe hierzu einen intensiven Austausch mit den Behörden, z.B. über die Erstellung von Maßnahmenlisten.
- VA: In den letzten Jahren habe ein Übergang zu flächendeckenden Sicherheitsleistungen bei neuen Vorhaben stattgefunden bzw. seien diese bei bereits laufenden Vorhaben nachträglich festgesetzt worden. Dabei habe es sich um „harte“ Sicherheitsleistungen (Bankbürgschaften) gehandelt, die auch aufwandsdeckend seien. Grund für die nun flächendeckende Forderung seien wohl schlechte Erfahrungen in der Vergangenheit und ein hierzu abgestimmtes Vorgehen des Bund-Länder-Ausschusses Bergbau (LAB).
 - VD: Bestätigung der Aussage; in Hessen und Rheinland-Pfalz sei dies schon immer so gewesen.
- V6: In den letzten Jahren seien Sicherheitsleistungen immer wieder ein Thema gewesen. Teilweise würden diese als Nebenbestimmungen festgesetzt oder als Teil des Hauptbetriebsplans ausgestaltet. Dies sei weniger ein Thema bei großen Vorhabenträgern, die finanziell gut aufgestellt seien. Hinsichtlich der konsortialen Beteiligung sei festzustellen, dass es im Bereich Erdgas/Erdöl einen Haftungsverbund gebe. Zumindest die „vier großen Player am Markt“ stünden gegenseitig füreinander ein. Dieser Verbund sei allerdings noch nicht angewandt worden, da keine entsprechenden Haftungsfälle aufgetreten seien. Die neuen Player am Markt seien nicht am Haftungsverbund beteiligt. Der Haftungsverbund sei eine zusätzliche Absicherung, die neben die Sicherheitsleistungen trete, die im Verwaltungsverfahren festgesetzt werden.

Zur Frage ob Sicherheitsleistungen regelmäßig für die Wiedernutzbarmachung verlangt werden:

- V2: Wiedernutzbarmachung entwickle sich mit dem Fortschritt der Vorhaben, daher gebe es keine negativen Erfahrungen. Es gebe keinen Fall, in dem Wiedernutzbarmachung nicht durchgeführt worden sei. Die Branche sei sehr gut aufgestellt durch branchenübliche konsortiale Beteiligung an anderen Unternehmen. Zur Risikostreuung ziehe ein Inhaber einer Bergbauberechtigung immer weitere Unternehmen der Branche hinzu, die sich an Kosten und Haftung entsprechend dem jeweiligen Konsortialanteil beteiligten, da es vorab nie gesichert sei, ob der Bodenschatz gefunden werde. Im Ergebnis sei immer jemand vorhanden, der haftbar gemacht werden könne.
- V5: Hier mache sich der Föderalismus bemerkbar, d.h. dies werde in den Ländern sehr unterschiedlich gehandhabt. In Niedersachsen würden keine klassischen Sicherheitsleistungen verlangt. Anders sei dies in Rheinland-Pfalz, wo Nachweise und Rückstellungen gefordert worden seien, da das Unternehmen dort nicht so bekannt sei. In der Regel reiche es aus, dass es wirtschaftsprüfungsmäßig attestierte Rückstellungen für Rückbau gebe (klassischer Rückstellungstatbestand). Berücksichtigt werde die allgemeine finanzielle Situation des Unternehmens. Es gebe auch Patronatserklärungen. In Ostdeutschland relativiere sich die Frage nach Sicherheitsleistungen aufgrund der gewählten Privatisierungen nach dem Einigungsvertrag, die hinsichtlich des Rückbaus einen Refinanzierungsanspruch gegenüber dem Bund vorsähen. Es bestehe keine Kenntnis zur konsortialen Beteiligung anderer Unternehmen. Solche Fragen würden jedoch in Niedersachsen und auch im Verband diskutiert.
- V4: Nein, (interne) Rückstellungen würden als ausreichende Sicherheiten anerkannt.

Zentrale Aussagen der Umweltseite zu Sicherheitsleistungen

- UV3: Rückstellungen reichten nicht aus. Diese würden oft schon für Planungen von Sanierungsmaßnahmen aufgebraucht, so beispielsweise bei einem Steinbruch, der mit PCB-Abfällen verfüllt worden sei. Die

Sanierung erfolge dann über Steuergelder. In der Folge entzögen sich Vorhabenträger ihrer Nachsorgeverantwortung.

- **UV2:** In Brandenburg sei in gewisser Weise ein Umdenken zu beobachten. In einer aktuellen Hauptbetriebsplanzulassung zum Tagebau Jänschwalde seien nun Nebenbestimmungen zur Vorlage von Bilanzen des Unternehmens enthalten. Auf deren Grundlage solle für den nächsten Hauptbetriebsplan die Erforderlichkeit der Erhebung von Sicherheitsleistungen geprüft werden. Derzeit würden aber keine Sicherheitsleistungen erhoben, die insolvenzfest seien. Neue Erkenntnisse zur Dauerhaftigkeit der Schadstoffbelastung im Bereich der Lausitzer und Mitteldeutsche Bergbau-Verwaltungsgesellschaft (LMBV) lägen bei über 100 Jahren. Hier bestünden Zweifel, dass dies durch Sicherheitsleistungen abgedeckt sei. Durch den Verkauf an die EPH (Energetický a průmyslový holding a.s.) stelle sich die Frage nach Insolvenzsicherung ganz akut. Die Gesetze müssten regeln, dass Sicherheitsleistungen verpflichtend erhoben werden.
- **UV3:** Es gebe keine Klageschutzmöglichkeiten, wenn das Land nicht so wiedernutzbar gemacht werde, wie es vorhergesehen sei (z.B. in Bezug auf Bodengüte, obwohl der Wert des Landes nachhaltig beeinträchtigt sei).
- **UV1:** Es sei erforderlich, dass Langzeitfolgen durch Sicherheitsleistungen abgebildet werden. Ewigkeitslasten würden nach der Definition der Vorhabenträger und der Behörden nicht erfasst, d.h. für deren Beseitigung würden keine Sicherheitsleistungen erhoben. Weiterhin würde die Sicherheitsleistung zur wirtschaftlichen Leistungskraft der Unternehmen in Bezug gesetzt – und dies habe regelmäßig zur Folge, dass keine gefordert würden.
- **UV1:** In Bezug auf Wiedernutzbarmachung sei die Entlassung aus der bergrechtlichen Haftung ein Problem. Alles was danach passiere, gehe zu Lasten der Allgemeinheit. Wann die Entlassung erfolge, sei aber nicht definiert und passiere in einem nicht-öffentlichen Verfahren.
- **UV6:** Ein Beispiel für den unzureichenden Umgang seien die „Schlammgruben“, bei denen nicht deutlich werde, wer zuständig sei. Der Standpunkt der Bergbehörde laute, dass die Bergaufsicht damals mit Betriebseinstellung beendet worden sei, egal welchen Zustand die Fläche habe. Ein Landwirt habe die Fläche bekommen und sich nicht darum gekümmert. Jetzt gebe es einige hundert Stellen mit Bohrschlammablagerungen, die saniert werden müssten. Es gebe eine z.T. vom Land und von Unternehmen finanzierte Untersuchungskampagne ohne konkrete Ergebnisse. Daran sei gut erkennbar, dass es um die Nachsorge schlecht bestellt sei. Die meisten Gruben würden nur überdeckt. Sofern Messstellen eingerichtet würden, was nur bei späteren Bohrschlammdeponien erfolge, würden Schadstoffausträge trotzdem toleriert, sofern keine Schäden bei Bewohnern hervorgerufen würden, was bei den Feldern weit weg von Bewohnern der Fall sei. Das sei aber kein adäquater Umgang mit der Problematik. In einem anderen Fall sei eine Deponie genehmigt worden. In der Realität sei stattdessen sehr viel Ölschlamm eingelagert worden. Das betreffende Unternehmen kaschiere dies, indem es von einer „Mehrzweckdeponie“ spreche.
- **UV6:** Sicherheitsleistungen würden bezüglich eines Akteurs in Niedersachsen nicht erhoben, da die Einstellung bestanden habe, dass ein solch großer Konzern wie das betreffende Unternehmen nicht pleitegehen könne. Das habe sich inzwischen geändert.
- **UV8:** Man habe inzwischen drei Verfahren begleitet, bei denen es um Informationsansprüche gehe, um Transparenz in diesen Fragen zu erhalten. Es gebe hier viele Punkte, die man diskutieren könne, insbesondere hinsichtlich der Ungleichbehandlung im Hinblick auf andere Abbaurechte.
- **UV10:** Der Begriff der „Wiedernutzbarmachung“ müsse moderner interpretiert werden. Bisher sei dieser nur sehr eingeschränkt interpretiert worden. Er habe z.B. bei der Steinkohle bedeutet, dass das Zechengelände für die weitere Nutzung durch andere Firmen hergerichtet werden solle; oder bei der Braunkohle sei das Pflanzen von Bäumen vorgeschrieben worden, damit ein landwirtschaftlicher Betrieb stattfinden könne; usw. Es müsse jedoch nicht nur die direkte Betriebsstätte, sondern auch die Umgebung in einen guten Zustand gebracht werden. Dies bedeute für die Braunkohle, dass das Wasser viel stärker berück-

sichtigt werden müsste. Bisher würden keine Rückstellungen für die Trinkwassersituation gebildet. Diese Kosten würden regelmäßig als „Ewigkeitskosten“ bezeichnet, für die keine Rückstellungen zu bilden seien. Es finde hier eine künstliche Trennung statt. Das habe große Vorteile für die Unternehmen. Sie müssten diesbezüglich keine Rückstellungen leisten. Das Problem könne gelöst werden, indem die „Wiedernutzbarmachung“ breiter interpretiert werde (inkl. der sogenannten „Ewigkeitskosten“, und der gesamten Kulturlandschaft).

- UV10: Es bestehe eher ein Vollzugsdefizit als ein gesetzliches Defizit. Die Bergbaubehörden müssten unabhängiger agieren, bsp. dürfe die Arbeitsgruppe sogar die Ewigkeitskosten feststellen. Sicherlich könnten gewisse Dinge auch als „Gemeinschaden“ im Sinne des § 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 9 BBergG gefasst werden. Es gebe einen Interpretationsspielraum der Bergbehörde, die bergbaunah agiere. In den aktuellen Diskussionen über die Ewigkeitskosten behaupte ein großer Konzern sogar, dass es Ewigkeitskosten gar nicht gebe.
- UV10: Es gebe bisher keine klare Rechtsprechung dahingehend, dass Sicherheitsleistung auch für die Belange des § 48 Abs. 2 BBergG gefordert werden könne.
- UV10: Im Fall von Bergschäden (reine Schäden an Gebäuden / Einrichtungen an der Oberfläche) entscheide in 99 % der Fälle der Verursacher, ob ein Bergschaden vorliege (eigene Markscheiderei / Bergschadensabteilung). Jährlich würden Rückstellungen von eigenem Markscheider für das jeweilige Unternehmen festgelegt. Er prognostiziere z.B. 10 Mio. Schaden fürs nächste Jahr. Er entscheide dann durch seine Handhabung in der täglichen Praxis auch, ob diese Prognose eingehalten werde.
- UV10: Es bestünden strukturelle Defizite in der Abwicklung. Da seien die Dinge falsch aufgestellt. Es gebe keinen unabhängigen Prüfer, der kontrolliere, ob die Rückstellungen eingehalten würden und ob die Kosten stimmten.
- UV10: Sicherheitsleistungen für Ewigkeitskosten seien das wichtigste. Diese müssten stärker berücksichtigt werden.
- UV10: Rückstellungen für Kultivierungen gebe es. Wenn man dann feststelle, dass die Rekultivierung teurer wird, könne das Unternehmen die Planungen anpassen und beispielsweise statt landwirtschaftlichen Flächen einen See planen.

Zentrale Aussagen der Behörden zu Sicherheitsleistungen

- B1: Die Praxis im Bundesland sei, dass regelmäßig Sicherheitsleistungen erhoben würden (i.d.R. eine selbstschuldnerische Bankbürgschaft ohne Einrede); dass keine Sicherheitsleistung verlangt werde, sei die Ausnahme. Dies sei immer eine Frage des Einzelfalls (Wiedernutzbarmachung, Anlagen zurückzubauen etc.). Der Aufwand werde geschätzt und daran bemesse sich die Sicherheitsleistung. Schwieriger sei es, im Nachgang die Höhe der Sicherheitsleistung festzulegen, insbesondere da nachträgliche Auflagen auch wirtschaftlich vertretbar sein müssten. Dies sei aber auch schon vorgekommen. Die Durchsetzung sei dann schwer, da in diesen Fällen faktisch oft nicht geleistet werden könne. Das sei dann eine Vollzugsfrage und nicht so sehr eine Gesetzesfrage. Allerdings sei die gesetzliche Regelung dahingehend nicht eindeutig, ob nachträglich Sicherheitsleistungen erhoben werden könnten. Die Regelungen im Bergrecht zur Sicherheitsleistung seien diesbezüglich verbesserungswürdig.
- B2: Die Wiedernutzbarmachung laufe im Regelfall ordnungsgemäß. Probleme gebe es nur bei plötzlicher Betriebsbeendigung oder bei Insolvenz. Im ordnungsgemäßen Betrieb liege es auch Interesse der Vorhabenträger, Vorhaben zügig und planmäßig umzusetzen. Dann könne im Laufe des Verfahrens ggf. die Sicherheitsleistung auch wieder reduziert werden.
 - B2: Im Steine/Erden-Bereich sei die Sicherheitsleistung Standard, in den letzten Jahren würde vermehrt auch deren Höhe darauf überprüft, ob sie kostendeckend sei. Im Regelfall sei diese im Einklang

mit Landschaftsbegleitplan kostendeckend kalkuliert.

- B2: Probleme bestünden v.a. bei illegaler Müllverkipfung, bei Abfallmengen, die nicht zugelassen gewesen seien und nun höhere Kosten verursachten. Dies habe aber auch im Vorhinein nicht kalkuliert und über Sicherheitsleistungen abgedeckt werden können. Mit der fortlaufenden Hauptbetriebsplanzulassung würden Höhen ggf. wieder angepasst.
- B2: Hauptkriterium für die Entscheidung über Höhe und Art der Sicherheitsleistungen sei v.a. dass die Sicherheit auch zur Verfügung stehe, v.a. über Bankbürgschaften oder Versicherungsbürgschaften; in kleineren Fällen durch Verpfändung oder Sicherheitsleistung auf Verwahrkonten (moderater 5-stelliger Bereich). Größe der Betriebe spiele eher weniger eine Rolle, große Konzerne seien genauso insolvenzgefährdet wie kleine Betriebe.
- B2: Beim Betreiberwechsel sei auch zu beachten, wie die Rechte und Pflichten aus dem Altbetrieb zu regeln seien. Bei der Übertragung des Betriebsplans werde dann geprüft, ob der neue Unternehmer eine Sicherheitsleistung erbringe.
- B3: Es würden Sicherheitsleistungen für die Wiedernutzbarmachung verlangt. Bei Neuvorhaben seien Sicherheitsleistungen inzwischen Standard. Probleme gebe es allein bei längst eingestellten Altbetrieben, weil dort zur Absicherung nichts mehr zu holen sei. Hinsichtlich der Frage, wie für laufende und eingestellte Vorhaben, noch Sicherheitsleistungen verlangt werden könnten, bestehe sicherlich in allen Ländern das Problem, wie im Rahmen der Verhältnismäßigkeit noch eine (nachträgliche) Belastung der Betriebe zur Sicherstellung der Wiedernutzbarmachung umgesetzt werden könne. Hinsichtlich der Regelung zu Sicherheitsleistungen bestehe eine dynamische Entwicklung bundesweit: Vor 20 Jahren seien Sicherheitsleistungen noch seltene Einzelfälle gewesen, heute würden sie den Standard darstellen. Das Problem bestehe sicherlich in allen Ländern aktuell darin, Regelungen zu schaffen, die es ermöglichen, im Rahmen der Gleichbehandlung und Verhältnismäßigkeit Maßgaben aufzustellen, die im Verwaltungsvollzug angemessene Einzellösungen zulassen würden und trotzdem nach einheitlichen Maßstäben beurteilt werden könnten. Auch das Land überarbeite derzeit seine internen Regelungen, um einen gleichmäßigen Verwaltungsvollzug sicherzustellen.
- B3: Die Frage, wie eine angemessene Einheitlichkeit der Sicherheitsleistungen durch entsprechende Kriterien gewährleistet werden könne, betreffe einerseits Fragen nach der Höhe der Leistungen und andererseits nach deren Art. Es bestehe aber durchaus eine Lernkurve in allen Bundesländern, z.B. dazu wie lange Bürgschaften zivilrechtlich noch in Anspruch genommen werden könnten und wann diese verjährten. Vor allem die Werthaltigkeit und die Handhabbarkeit von Sicherheitsleistungen würden als Maßstab in den Vordergrund rücken, also z.B. die Frage, welchen Verwaltungsaufwand die Geltendmachung der Sicherheitsleistung erfordere.
- B3: Verfügbarkeit von Sicherheitsleistungen im Hinblick auf mögliche Betreiberwechsel?: Dieses Problem existiere rechtlich nicht. Bei Unternehmerwechsel erfolge eine Änderung der Betriebsplanzulassung. Dann sei auch eine neue Prüfung vor dem Hintergrund der Sicherheitsleistung erforderlich. Anders liege es, wenn ein Unternehmen identisch bleibe, aber eine Veränderung der Eigentümerstruktur erfolge. Dann bestehe rechtlich keine Möglichkeit, eine neue Entscheidung zu treffen.
- B3: Sicherheitsleistungen könnten nicht nur im Abgrabungsrecht, sondern auch im Bergrecht erhoben werden. Hier bestünden keine Unterschiede. Dies könne bergrechtlich genauso gehandhabt werden, da die notwendige Rechtsgrundlage für Sicherheitsleistungen vorhanden sei. Dies sei eher eine Frage des Vollzugs.
- B4: Bei der Bemessung der Sicherheitsleistungen nach dem BBergG finde bezüglich der Höhe der Sicherheitsleistung eine Orientierung an die Vollzugspraxis der Abgrabungsbehörden statt. Die Unterschiede seien deshalb praktisch marginal. Die Sicherheitsleistung orientiere sich einfach daran, was die Wiedernutzbarmachung koste und dies werde im Rahmen einer Bankbürgschaft auch abgesichert. Im Bereich

Braunkohle sei dies anders, hier müsse die Notwendigkeit einer Sicherheitsleistung unter Berücksichtigung des Konkursrisikos des Bergbauunternehmens angesetzt werden. Bisher sei man immer zum Ergebnis gekommen, dass Sicherheiten nicht notwendig seien, da die Unternehmen nicht konkursgefährdet seien.

- **B4:** Entwicklungen gebe es insofern, dass heutzutage häufiger Sicherheitsleistungen gefordert würden. Früher seien Sicherheitsleistungen hauptsächlich für Steine-/Erden-Betriebe erhoben worden, für die übrigen Betriebe sei man restriktiv verfahren. Das sei heutzutage nicht mehr der Fall.
- **B4:** Die Sicherheitsleistungen würden natürlich primär für die Wiedernutzbarmachung erhoben, um das Risiko zu vermeiden, dass ein Unternehmer insolvent gehe und die Wiedernutzbarmachung auf Staatskosten erfolge. Es bestehe ein enger Zusammenhang zwischen Wiedernutzbarmachung und Sicherheitsleistung. Man müsse die Sicherheitsleistungen noch während dem Zulassungsverfahren für die Gewinnung erheben, da die Unternehmer zu diesem Zeitpunkt auch noch etwas von der Behörde erhalten wollten. Später sei die Situation des *do ut des* („Ich gebe, damit Du gibst“) nicht mehr gegeben. Der Art nach würde nahezu ausschließlich über Bankbürgschaften vorgegangen.
- **B4:** Zur Absicherung von Sicherheitsleistungen bei Betreiberwechseln: Es müsse immer klar sein, dass der Unternehmer im Zeitpunkt des Betreiberwechsels die Sicherheit bereits geleistet habe. Das sei die zentrale Frage beim Betreiberwechsel.

7.2.4 Zwischenfazit und Handlungsempfehlungen

Die Gewinnung von Bodenschätzen geht regelmäßig mit hohen Folgekosten für die Wiedernutzbarmachung und die Nachsorge einher. Das BBergG sieht deshalb die Möglichkeit vor, dass die Zulassung eines Betriebsplanes gemäß § 56 Abs. 2 S. 1 BBergG von der Leistung einer Sicherheit abhängig gemacht werden kann. Ob und in welcher Höhe und in welcher Form die Zulassung eines Betriebsplanes von der Leistung einer Sicherheit abhängig gemacht wird, entscheidet die Zulassungsbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen. Problematisch ist jedoch, dass die Sicherheitsleistung nicht wie im Rahmen anderer Umweltgesetze – beispielsweise hinsichtlich der Rückbauverpflichtung von Windenergieanlagen und im Abfall-/Deponiebereich – als Regelfall vorgesehen ist. Zudem wird das Ermessen durchaus restriktiv ausgeübt. Dies gilt entsprechend für die einzelnen – teilweise zu engen – Tatbestandvoraussetzungen.

Das BBergG enthält weiter keine konkreten Vorgaben an die Art der Sicherheitsleistung, so dass zumindest in der Literatur überwiegend vertreten wird, dass auch handelsrechtlich zu bildende betriebliche Rückstellungen als gleichwertige Sicherheit anerkannt werden können. Diese sind jedoch nicht insolvenz sicher angelegt, so dass diese nach der Rechtsprechung des BVerwG im Bereich des Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG) bzw. der Deponieverordnung nicht als gleichwertige Sicherungsmittel anerkannt werden. Soweit ersichtlich sind sie jedoch im Bergrecht – gerade bei großen Unternehmen – üblich.

Auch die Interviews bestätigten, dass die Regelungen zur Sicherheitsleistung verbesserungswürdig sind. Vor diesem Hintergrund sollte die Regelungen zur Sicherheitsleistung grundlegend überarbeitet werden. Folgende Punkte sollten hierbei adressiert werden:

- ▶ Wie in anderen gesetzlichen Regelungen sollte die bestehende Ermessensvorschrift („Kann“) dahingehend umgestaltet werden, dass in der Regel eine Sicherheitsleistung zu fordern ist. Hiervon sollte nur in atypischen Fällen abgewichen werden können („**Soll-Vorschrift**“). Entsprechende Änderungen wurden in anderen umweltrelevanten Geset-

zen⁸⁵⁸ bereits seit längerem umgesetzt.⁸⁵⁹ Für Bergbehörden würde dies nebenbei auch die Begründung erleichtern, warum Sicherheitsleistungen gefordert werden.

- ▶ Es sollte in § 56 Abs. 2 BBergG ausdrücklich klargestellt werden, dass die Sicherheit sich nicht nur auf die aufgezählten Voraussetzungen des § 55 BBergG bezieht, sondern auch auf die anderen überwiegend öffentlichen Interessen im Sinne des § 48 Abs. 2 BBergG. Dies ist derzeit umstritten,⁸⁶⁰ so dass – soweit ersichtlich – diesbezüglich keine Sicherheitsleistung nach den bergrechtlichen Vorschriften verlangt werden.⁸⁶¹ In diesem Zusammenhang ist auf das Urteil des OLG Bremens⁸⁶² zu verweisen, wonach die Einstandspflicht aus der als Sicherheitsleistung hinterlegten Bürgschaft abgelehnt wurde, da sich diese – entsprechend dem Wortlaut des § 56 Abs. 2 BBergG – nur auf die „Absicherung der in § 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 bis 9 und Abs. 2 BBergG genannten Voraussetzungen“ bezog.⁸⁶³ Darüber hinaus sollten auch privatrechtliche Schadenersatzansprüche wie die nach den §§ 114 f. BBergG erfasst werden. Als Vorlage für letzteres könnte die § 41 Offshore-Bergverordnung (OffshoreBergV)⁸⁶⁴ dienen, der entsprechende Regelungen zur Vorsorge enthält.
- ▶ Es sollte ausdrücklich klargestellt werden, dass Sicherheitsleistungen auch nach Zulassung des Betriebsplans durch **nachträgliche Anordnungen** möglich sind. Bisher wird überwiegend vertreten, dass dies ausgeschlossen sein soll.⁸⁶⁵ Ein nachträgliches Festsetzen einer Sicherheitsleistung kann jedoch gegebenenfalls aus fachlichen und wirtschaftlichen Gründen geboten sein. Klargestellt werden sollte auch, dass in späteren Betriebsplanzulassungen eine Sicherheit verlangt werden kann, obgleich in vorherigen Zulassungsentscheidungen keine oder eine geringere Sicherheit festgesetzt wurde.⁸⁶⁶
- ▶ In der Allgemeine Bundesbergverordnung (ABergV) sollten konkrete Vorgaben an die **Art der Sicherheit** verankert werden. Im Bergrecht findet bisher nicht einmal eine Beschränkung auf die Sicherungsmittel des § 232 BGB statt.⁸⁶⁷ Zudem sieht Anhang 7 zu

⁸⁵⁸ Beispielsweise in §§ 36 Abs. 3, 43 Abs. 4 KrWG i.V.m. § 18 Deponieverordnung (DepV) sowie § 12 Abs. 1 S. 2 BImSchG.

⁸⁵⁹ Teilweise ist sogar eine Sicherheitsleistung zwingend vorgeschrieben („Ist“).

⁸⁶⁰ Hierzu soll zwar gegebenenfalls in absehbarer Zeit eine Klärung durch das BVerwG zu erwarten sein. Eine gesetzliche Klarstellung ist unabhängig hiervon jedoch zu bevorzugen. Ablehnend: *Keienburg*, ZfB 2013, 243 f. von *Hammerstein*, in: *Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen*, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 56 Rn. 33; zustimmend: *Piens*, in: *Pienschulte/Graf Vitzthum*, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 56 Rn. 117, 262.

⁸⁶¹ Nach *Sächsisches Oberbergamt*, Merkblatt zur Erhebung und Verwertung von Sicherheitsleistungen gem. § 56 Abs. 2 BBergG - Merkblatt Sicherheitsleistungen (Stand: 11/2010), darf die Sicherheitsleistung „nur zur Sicherung der in § 55 Abs. 1 Nr. 3 bis 13 und Abs. 2 BBergG genannten Voraussetzungen zur Zulassung des Betriebsplanes dienen.“

⁸⁶² OLG Bremen, Urteil vom 29.12.2017, 2 U 69/16 (nicht rechtskräftig).

⁸⁶³ OLG Bremen, Urteil vom 29.12.2017, S. 11: „... auch wenn etwa § 48 Abs. 2 BBergG der für die Zulassung von Betriebsplänen zuständigen Behörde die Befugnis einräumt, „andere“ öffentlich-rechtliche Vorschriften, so auch die Anforderungen des Bundes-Bodenschutzrechts, in seine Prüfung mit einzubeziehen (siehe *BVerwG*, Urt. v. 14.04.2005). Es mag daher nach der Rechtsprechung des *Bundesverwaltungsgerichts* die grundsätzliche Berücksichtigung des Bundesbodenschutzgesetzes im Verfahren der bergrechtlichen Zulassung zu bejahen sein; daraus folgt jedoch nicht, dass die in § 55 Abs. 1 und 2 BBergG geregelten Verpflichtungen des Betreibers über die rein bergbaurechtlichen Verpflichtungen hinausgehen und etwa auch solche nach dem Bundesbodenschutzgesetz erfassen.“

⁸⁶⁴ Bergverordnung für das Gebiet der Küstengewässer und des Festlandsockels (Offshore-Bergverordnung) vom 03.08.2016 (BGBl. I S. 1866), die durch Artikel 5 Absatz 3 der Verordnung vom 18. Oktober 2017 (BGBl. I S. 3584) geändert worden ist.

⁸⁶⁵ *Piens*, in: *Pienschulte/Graf Vitzthum*, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 56 Rn. 270 m.w.N.

⁸⁶⁶ Vgl. hierzu die Ausführungen unter 7.2.1.

⁸⁶⁷ *Keienburg*, Bergrechtliche Sicherheitsleistungen gemäß § 56 Abs. 2 BBergG – Voraussetzungen und Inhalt, ZfB 2013, 243, 251.

§ 22a Abs. 3 S. 4 ABergV sogar vor, dass „handelsrechtlich zu bildende **betriebliche Rückstellungen** als gleichwertige Sicherheit“ akzeptiert werden.⁸⁶⁸ Diese sind jedoch nicht insolvenz sicher angelegt, so dass diese nach der Rechtsprechung des BVerwG weder ein „gleichwertiges Sicherungsmittel“ im Sinne der §§ 36 Abs. 3, 43 Abs. 4 KrWG noch etwas „anderes Gleichwertiges“ im Sinne von Art. 8 lit a) Ziffer iv) der Deponierichtlinie 1999/31/EG⁸⁶⁹ darstellen und deshalb als Sicherungsmittel in Sinne der Deponieverordnung ausgeschlossen sind.⁸⁷⁰ Diese Auslegung sollte auf das BBergG übertragen werden.

- ▶ Auch die Bemessung der **Höhe der Sicherheitsleistung** sollte in der ABergV klarer beschreiben werden. Ein Beispiel für ein mögliches Vorgehen des Ordnungsgebers stellt § 7 Abs. 3 Brandenburgische Bau-Abgrabungsverordnung (BbgBauAV) dar, welches enumerativ die jeweils abzudeckenden Maßnahmen – nicht abschließend – auflistet.⁸⁷¹

Unabhängig von der Reform der Sicherheitsleistungen im BBergG sollte geprüft werden, inwiefern für die Braunkohlenfolgekosten eine spezifische Lösung entwickelt werden sollte, welche die besonders hohen Kosten für die Wiedernutzbarmachung und die sogenannten Ewigkeitskosten absichert, welche bisher nicht insolvenzfest abgesichert sind. In den letzten Jahrzehnten überwog bei Behörden, Politik und Öffentlichkeit die Einschätzung, dass hierfür kein Bedarf besteht. Angesichts der klimapolitischen Ziele Deutschlands sowie der in diesem Zusammenhang inzwischen geänderten Sach- und Rechtslage erscheint es jedoch zunehmend möglich, dass es zu einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der betroffenen Unternehmen kommt. Vor diesem Hintergrund sollte geprüft werden, wie die bestehenden internen Rücklagen stückweise in einen öffentlich-rechtlichen Fond überführt werden können, damit die Rückstellungen insolvenz sicher angelegt sind. Als Vorbild hierfür könnte der öffentlich-rechtliche Fond zur Finanzierung der kerntechnischen Entsorgung fungieren, der 2017⁸⁷² eingerichtet wurde.

Vorschlag: Reform und Konkretisierung der Sicherheitsleistung

Die bergrechtlichen Vorschriften zur Sicherheitsleistung werden reformiert und konkretisiert (in § 56 BBergG und in der ABergV):

- ▶ Zur Klarstellung sollte die Ermessensregelung des § 56 BBergG in eine „Soll-Vorschrift“ umgewandelt werden;
- ▶ es sollte klargestellt werden, dass Sicherheitsleistung auch nach Zulassung des Betriebsplans durch nachträgliche Anordnungen möglich sind;
- ▶ in § 56 Abs. 2 BBergG sollte klargestellt werden, dass die Sicherheit sich auch auf die anderen überwiegend öffentlichen Interessen im Sinne des § 48 Abs. 2 BBergG bezieht;
- ▶ in der ABergV sollten konkrete Vorgaben an die Art der Sicherheit verankert werden; in § 22a ABergV sollte klargestellt werden, dass interne Rückstellung keine zulässige Sicherheitsleistung darstellt;
- ▶ in der BBergV sollten zudem konkrete Vorgaben an die Höhe der Sicherheit gestellt werden.

⁸⁶⁸ Kritsch hierzu: von Hammerstein, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 56 Rn. 45, der jedoch vertritt, dass es nicht ausgeschlossen sei, dass betriebliche Rückstellungen als Rückstellungen akzeptiert werden.

⁸⁶⁹ Richtlinie 1999/31/EG des Rates vom 26.04.1999 über Abfalldeponien, ABl. L 182 vom 16.07.1999, S. 1-19.

⁸⁷⁰ Vgl. Urteil des BVerwG vom 26.06.2008 (Az.: 7 C 50/07).

⁸⁷¹ Siehe hierzu 7.2.2.

⁸⁷² Entsorgungsfondsgesetz (EntsorgFondsG) vom 27.01.2017 (BGBl. I S. 114, 1676), das durch Artikel 1 der Verordnung vom 16.06.2017 (BGBl. I S. 1672) geändert worden ist.

8 Ergebnisse und Handlungsempfehlungen

Das Bundesberggesetz (BBergG) stammt aus einer Zeit, in der das Wirtschaftsverwaltungsrecht noch in besonderer Weise (isoliert) an die Bedürfnisse der Förderung des von den gesetzlichen Regelungen erfassten Wirtschaftszweiges ausgerichtet war. Bergbaubedingten nachteiligen Auswirkungen und Schädigungen Dritter wurden keine Beteiligungs- und Abwehrrechte entgegengestellt, sondern wurden mit Regelungen zum Schadensersatz flankiert. Belange des Umweltschutzes waren im ursprünglichen Wortlaut nicht adressiert, was bis heute nur partiell (im Hinblick auf die Integration der Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) in das Rahmenbetriebsplanzulassungsverfahren) geändert wurde. Die Fortentwicklung des BBergG und dessen Anpassung an geänderte Verständnisse zum Grundrechts- und Umweltschutz sowie einer nachhaltigen Entwicklung erfolgten in der Vergangenheit vor allem durch die Rechtsprechung und nur zur Umsetzung von deren zwingenden Vorgaben sowie von europarechtlichen Verpflichtungen durch die Gesetzgebung. Für die Handlungsempfehlungen werden die Entwicklung der Rechtsprechung und der hierdurch bedingte Wandel der Handhabung von – im Wortlaut unveränderten – Regelungen des BBergG zugrunde gelegt. Die jahrzehntelange Rechtsfortbildung kulminierte in der Garzweiler II-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 17.12.2013.⁸⁷³ In dieser werden u.a. Defizite bei der Öffentlichkeitsbeteiligung und dem Rechtsschutz im BBergG festgestellt. Das Urteil hat aber auch erhebliche Bedeutung für die Bindung bergrechtlicher Entscheidungen an die Ziele der Raumordnung.⁸⁷⁴

Es besteht also genügend Anlass für eine nicht nur „kosmetische“ Überarbeitung des Berg- und Abgrabungsrechts. Die Handlungsempfehlungen zielen daher darauf ab, den in dieser Untersuchung identifizierten Änderungsbedarf zu konzipieren. Sich aus den Gegebenheiten und Erfordernissen des Bergbaus berechtigterweise ergebende Besonderheiten des Bergrechts sollen nicht pauschal abgelehnt werden – vielmehr ist eine Heranführung des Rechtsgebiets an die Neuerungen im sonstigen Umweltrecht geboten, wo es durch die jüngere Gesetzgebung oder die Rechtsprechung gefordert wird, oder aufgrund politisch, gesellschaftlich und ökonomisch veränderter Umstände angezeigt erscheint.

Vor diesem Hintergrund verfolgen die Handlungsempfehlungen folgende Leitvorstellungen und Ziele:

- ▶ Das berg- und abgrabungsrechtliche Instrumentarium soll anhand des Leitbildes eines modernen Fachplanungsrechts weiterentwickelt werden. Dieses Rechtsgebiet soll an die rechtlichen Rahmenbedingungen vergleichbar komplexer und sich auch über lange Zeiträume entwickelnde und betriebene Infrastrukturvorhaben und Anlagen angeglichen werden – mit anderen Worten: das Berg- und Abgrabungsrecht mit deren eigenen, vor allem durch die Rechtsprechung fortgeschriebenen Instrumenten soll besser in das Gesamtgefüge des Planungs- und Zulassungsrechts eingebettet werden. Dabei soll insbesondere die gleichberechtigte Berücksichtigung öffentlicher Interessen, insbesondere solcher des Umweltschutzes und des schonenden Umgangs mit endlichen Ressourcen, gestärkt werden. Zu diesem Konzept gehören Betreiber-Grundpflichten, wie sie im Immissionsschutzrecht seit langem etabliert sind. Für die grundlegende Zulassungsentscheidung erscheint bei größeren Vorhaben wie auch bei anderen (raum-)planungsrelevanten Vorhaben eine umfassende Abwägungsentscheidung angemessen. Diese würde die bisher auch im Fall eines Planfeststellungsverfahrens (§ 52 Abs. 2a BBergG) gebundene Entscheidung ersetzen.

⁸⁷³ BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 2013 – 1 BvR 3139/08 –, juris (Garzweiler II).

⁸⁷⁴ Dazu *Bovet*, Notwendigkeit und Steuerungsmöglichkeiten einer unterirdischen Raumordnung, UPR 2014, 418, 425.

- ▶ Zugleich sollen aber die sachgesetzlichen, als legitim anzuerkennenden Besonderheiten des Bergbaus berücksichtigt sowie die unterschiedliche Eingriffs- und Schadensgeneigntheit von Bergbauvorhaben adressiert werden. Hierzu gehört auch die Angemessenheit der planungs- und genehmigungsrechtlichen Instrumente. So ist es z.B. sinnvoll, bei einer Integration von Abgrabungen (Grundeigentümergebiet) in das BBergG je nach Art und Umfang des Vorhabens abgestufte Zulassungsentscheidungen zu konzipieren.
- ▶ Die Entwicklung von Handlungsempfehlungen dient zudem der Umsetzung und Fortschreibung des Deutschen Ressourceneffizienzprogramms (ProgRess II).⁸⁷⁵ Die Bundesregierung hat sich mit Gestaltungssatz 7.7.4 ins Pflichtenheft geschrieben, eine stärkere Verankerung des Ressourcenschutzgedankens in geeignete Rechtsgebiete zu prüfen, damit Ressourcen effizienter in der gesamten Nutzungskette von der Gewinnung von Bodenschätzen bis zur Deponierung von Abfällen genutzt und Rohstoffe sparsamer eingesetzt werden können. In Bezug auf das BBergG hat die Bundesregierung angekündigt, auch künftig zu überprüfen, ob zusätzlicher Anpassungsbedarf besteht (ProgRess II, Kapitel 7.7.4).

8.1 Gewinnung von Bodenschätzen nach dem BBergG

Der Bundesgesetzgeber hat sich beim Entwurf des BBergG Ende der 70er Jahre und auch bei den (relativ geringen) Änderungen des Gesetzes, die seit dessen ursprünglicher Inkraftsetzung vorgenommen wurden, ersichtlich davon leiten lassen, die Durchführung bergbaulicher Tätigkeiten möglichst wenig zu behindern, sondern vielmehr zu forcieren. Ausdruck dessen ist insbesondere das Rechtsinstitut des Berechtsamswesens, also der Abtrennung von Rechten an bestimmten Bodenschätzen vom Recht am Grundeigentum, das sich ansonsten grundsätzlich auch auf den Bereich unter der Geländeoberfläche erstreckt. Der quasi exklusive Fokus auf die Ermöglichung von Bergbautätigkeiten und die Rohstoffsicherung des Bergrechts äußert sich aber auch in den weiteren Regelungen des Gesetzes, augenscheinlich etwa in den Regelungen zum Zweck des Gesetzes, der sogenannten Rohstoffsicherungsklausel und insbesondere in den Vorgaben zur Betriebsplanzulassung. Die folgenden Vorschläge befassen sich mit einer Weiterentwicklung dieser Regelungen im Sinne eines modernen Fachplanungsrechts.

8.1.1 Neujustierung des Gesetzeszwecks des BBergG

Eine naheliegende Anpassung des BBergG betrifft die Verankerung einer Vorsorgeklausel zur Berücksichtigung des Umwelt- und Ressourcenschutzes im Gesetzeszweck in § 1 BBergG.⁸⁷⁶ Umweltbelange werden in § 1 Nr. 1 BBergG unter dem Aspekt des „sparsame[n] und schonende[n] Umgang[s] mit Grund und Boden“ nur angedeutet und zudem auf den Aspekt der Minimierung der Flächeninanspruchnahme begrenzt. Als Hauptzweck des BBergG steht vielmehr die Sicherung der Rohstoffversorgung im Zentrum der Norm.⁸⁷⁷ Diese einseitige Ausrichtung des Gesetzeszwecks genügt den gestiegenen Anforderungen an die gesetzliche Ordnung neuer oder künftig intensiverer Nutzungen des Untergrunds oder zur Gewinnung abiotischer Bodenschätze nicht mehr. Die Veränderung der politischen Prioritäten seit der Verabschiedung des BBergG im Jahr 1980 hin zu einer Berücksichtigung von Umweltbelangen korrespondiert mit einer grundlegenden Veränderung der rechtlichen Rah-

⁸⁷⁵ BMUB, Deutsches Ressourceneffizienzprogramm II, November 2016.

⁸⁷⁶ Siehe hierzu oben Kapitel 3.1.

⁸⁷⁷ S.o. von Hammerstein, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 1 Rn. 2.

menbedingungen und ist vor dem Hintergrund des Staatsziels Umweltschutz in Art. 20a GG⁸⁷⁸ schon aus verfassungsrechtlichen Gründen angezeigt. Dem entspricht es, dass sich moderne Gesetze des Wirtschaftsverwaltungsrechts in ihrer teleologischen Ausrichtung auch am Belang des Umweltschutzes orientieren – Umweltschutz wird also gerade nicht mehr als fachrechtliche Sonderproblematik verstanden, sondern als übergeordneter Belang. Der immer noch einseitig an der Rohstoffförderung orientierte Gesetzeszweck steht auch mit der mittlerweile vielfach erfolgten richterrechtlichen Weiterentwicklung des Bergrechts zur Berücksichtigung von Belangen wie dem Umweltschutz innerhalb des bergrechtlichen Prüfprogramms⁸⁷⁹ nicht im Einklang. Auch die behördliche Praxis berücksichtigt diese Rechtsfortbildung, so dass eine entsprechende Weiterentwicklung des Gesetzeszwecks in vielerlei Hinsicht lediglich eine Kodifizierung der ohnehin bereits bestehenden Praxis darstellt.⁸⁸⁰ Die gesetzliche Zweckbestimmung sollte daher um Umweltbelange und solche des Ressourcenschutzes erweitert werden.⁸⁸¹

Eine Anpassung des Gesetzeszwecks hat eine Reihe von Konsequenzen: Die gesetzliche Zweckbestimmung gibt die Zielvorstellungen des Gesetzgebers wieder und kommt als Auslegungsregel bei der Gesetzesanwendung zur Geltung, sie wird im Rahmen der Ermessens- und Sollvorschriften,⁸⁸² aber auch bei der Erteilung von Nebenbestimmungen⁸⁸³ bedeutsam. Der Gesetzeszweck stellt für das in den konkreteren Regelungen des Gesetzes festgelegte Prüfprogramm also eine praktisch wichtige Weichenstellung dar. Eine Erweiterung des Gesetzeszwecks um Umweltbelange dürfte sich im Vergleich zur Lage *de lege lata* im Sinne einer gegenüber den bereits erfolgten Anpassungen durch die Praxis weiter wachsenden Berücksichtigung von Belangen des Umwelt- und Ressourcenschutzes niederschlagen. So wird durch die weitgehende Begrenzung des Gesetzeszwecks auf ökonomische Belange die Erforderlichkeit von Bergbauvorhaben weiterhin unabhängig von Vorsorgeerwägungen ohne weiteres vorausgesetzt.⁸⁸⁴ Die gleichrangige Aufnahme ökologischer Belange als übergeordneter Gesetzeszweck würde die entsprechenden Zulassungen unter einen demgegenüber erhöhten Rechtfertigungsvorbehalt stellen. Die einseitige teleologische Ausrichtung des BBergG wird auch als

⁸⁷⁸ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13.07.2017 (BGBl. I S. 2347) geändert worden ist.

⁸⁷⁹ So hat das BVerfG explizit festgestellt, dass außerbergrechtliche Belange (auch Umweltbelange) im Rahmen einer Gesamtabwägung zugunsten der Betroffenen an irgendeiner Stelle des Genehmigungsverfahrens eingestellt werden müssen, *BVerfG*, Urt. v. 17.12.2013, Rs. 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08. Belange mit normativer Anknüpfung im Umweltrecht als öffentliche Belange wurden von der Rechtsprechung im Rahmen von § 48 Abs. 2 BBergG berücksichtigt, sofern sie nicht im Rahmen eines eigenständigen Genehmigungsverfahrens zur Geltung kamen.

⁸⁸⁰ Vor dem Hintergrund dieser Praxis und der geschilderten richterrechtlichen Vorgaben geht auch die Kritik, durch eine Erweiterung des Gesetzeszwecks werde eine Überschneidung mit anderen Vorschriften des medialen Umweltschutzes und eine „doppelte Abprüfung“ umweltschutzspezifischer Erwägungen erfolgen, fehl: durch die Zweckbestimmung werden bereits bestehende Anforderungen, insbesondere an die bei der Ausfüllung behördlicher Entscheidungsspielräume zu berücksichtigenden Interessen und Belange, kodifiziert.

⁸⁸¹ Eine Klarstellung, dass das Bergrecht auch ein Umweltgesetz ist, würde auch von Wirtschaftsvertretern begrüßt werden, wie einer Stellungnahme des Bundesverbands Erdgas, Erdöl und Geenergie e. V. zu dem betreffenden Vorschlag der Verfasser zu entnehmen ist. Allerdings spricht sich die E&P-Industrie dafür aus, als Gesetzeszweck die Förderung der Rohstoffversorgung weiterhin beizubehalten. Damit könnte die heute bereits gelebte praktische Konkordanz von Umweltschutz und Rohstoffversorgung auch im Bergrecht ihren normativen Niederschlag finden.

⁸⁸² Für das BImSchG *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 1 Rn. 1.

⁸⁸³ So ist für die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen nach § 36 Abs. 3 VwVfG der Gesetzeszweck von Bedeutung, sodass hier insbesondere auf den Förderzweck verwiesen wird, vgl. *Kühne*, in: *Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen*, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 16 Rn. 15.

⁸⁸⁴ *Teßmer*, Rechtsgutachten: Vorschläge zur Novellierung des deutschen Bergrechts im Auftrag der Bundesfraktion von Bündnis 90/Die Grünen, 2009, S. 4.

ein Grund dafür angeführt, dass dem Bergbau ein Vorrang z.B. gegenüber dem Oberflächeneigentum eingeräumt wird.⁸⁸⁵ Eine Veränderung der Gesetzgebungskompetenzen für das Bergrecht ist wegen der Neujustierung des Gesetzeszwecks dagegen nicht zu erwarten. Der Bergbau ist schon ausweislich des Wortlauts des Art. 74 Nr. 11 GG als Teil des konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes unterfallenden Rechts der Wirtschaft zu behandeln. Eine Eröffnung weiterer Kompetenztitel neben Art. 74 Nr. 11 GG dürfte in Anbetracht der durch die Rechtsprechung des BVerfG konkretisierten Abgrenzungskriterien kaum in vertretbarer Weise anzunehmen sein: Kommen mehrere Kompetenzbereiche in Betracht, ist demnach aus dem Regelungszusammenhang zu erschließen, wo die Regelungen ihren Schwerpunkt haben; bei Teilregelungen wird auf die Verzahnung mit dem Gegenstand der Gesamtregelung abgestellt.⁸⁸⁶ Der wirtschaftsrechtliche Schwerpunkt der Regelungen des Bergrechts wird durch die – durch die Praxis ja zudem längst vorweggenommene – ergänzende Aufnahme übergeordneter Belange des Ressourcen- und Umweltschutzes in den Gesetzeszweck nicht zur Disposition gestellt.⁸⁸⁷

Die Forderung nach einer entsprechenden Novellierung ist bereits mehrfach erhoben worden.⁸⁸⁸ Hier wird in Anlehnung daran und in Orientierung an der Formulierung gesetzlicher Zweckbestimmungen in modernen umweltrechtlichen Normen⁸⁸⁹ folgende Neuformulierung vorgeschlagen:

§ 1 B BergG (neu): „Zweck dieses Gesetzes ist es,

1. zur Sicherung der nachhaltigen Rohstoffversorgung das Aufsuchen, Gewinnen und Aufbereiten von Bodenschätzen sowie sonstige Tätigkeiten und Einrichtungen im Geltungsbereich dieses Gesetzes unter Berücksichtigung ihrer Standortgebundenheit sowie des Umwelt-, Ressourcen- und Lagerstätten-schutzes bei sparsamem und schonendem Umgang mit unterirdischen Räumen, Grund und Boden zu ordnen **und zu fördern**,
2. die Sicherheit der Betriebe und der Beschäftigten des Bergbaus zu gewährleisten,
3. die Vorsorge gegen Gefahren, die sich aus bergbaulicher Tätigkeit für **Leben, Gesundheit Menschen, Umwelt** und Sachgüter Dritter ergeben, **zu verstärken** sicherzustellen und **den Ausgleich** unvermeidbarer Schäden **zu verbessern** auszugleichen.

Die vorgeschlagene Formulierung beinhaltet demnach keine Aufgabe des Zwecks der Sicherung der Rohstoffversorgung – sie stellt der nach dem bisherigen Wortlaut der Norm praktisch exklusiven Zweckbestimmung vielmehr diejenigen Rechts- und Gemeinwohlpositionen zur Seite, die bereits nach der seit längerem etablierten Rechtsprechung in vieler Hinsicht zu berücksichtigen sind. Die

⁸⁸⁵ Vgl. m.w.N. Ludwig, Der Schutz des Oberflächeneigentums in der Vorhabenzulassung nach dem B BergG, DVBl. 2016, 685 (685).

⁸⁸⁶ BVerfGE 97, 228 (251 f.).

⁸⁸⁷ Aus diesem Grund ist auch nicht anzunehmen, dass mit der Ergänzung des Gesetzeszwecks nunmehr eine Abweichungskompetenz der Länder etwa gemäß § 72 Abs. 3 Nr. 2, Nr. 3 oder Nr. 4 GG entstehen würde. Eine Änderung des Zwecks sorgt daher nicht dafür, dass das Recht des Bergbaus nun als Raumordnungs- oder Naturschutzrecht einzuordnen würde.

⁸⁸⁸ Schulze/Keimeyer: PolRess AP 2 – Politikansätze und -instrumente, Implementationsanalyse Nr. 2: Ansätze zur Anpassung ausgewählter bergrechtlicher Regelungen unter besonderer Berücksichtigung einer schonenden Ressourceninanspruchnahme, Projekt im Auftrag des Bundesumweltministeriums und des Umweltbundesamtes, FKZ: 3711 93 103, 2014, S. 6; Rofnagel/Hentschel: Rechtliche Instrumente des allgemeinen Ressourcenschutzes, S. 101; siehe auch § 328 KomE-UGB; a. A.: von Hammerstein, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, B BergG, 2. Aufl. 2016, § 2 Rn. 12 mwN.

⁸⁸⁹ Siehe § 1 KSpG und § 1 BImSchG; vgl. zu Nr. 1 auch: Penn-Bressel/Weber et al., in: Umweltbundesamt (Hrsg.), Umweltverträgliche Nutzung des Untergrundes und Ressourcenschonung, Position, November 2014, sowie Rofnagel/Hentschel: Rechtliche Instrumente des allgemeinen Ressourcenschutzes, S. 101.

Integration von Umwelt- und Ressourcenschutzbelangen⁸⁹⁰ in die gesetzliche Zweckbestimmung würde noch verbleibende Rechtsunsicherheiten mindern und als übergeordnete Orientierung behördlicher und richterlicher Entscheidungen auch sonstigen Anpassungen und Erweiterungen des bergrechtlichen Normengefüges Plausibilität vermitteln.

Vorschlag: Neujustierung des Zwecks des BBergG im Lichte der Nachhaltigkeit

Ökologische Neuausrichtung des § 1 BBergG unter Betonung einer Ordnungsfunktion:

„Zweck dieses Gesetzes ist es,

1. zur Sicherung der nachhaltigen Rohstoffversorgung das Aufsuchen, Gewinnen und Aufbereiten von Bodenschätzen sowie sonstige Tätigkeiten und Einrichtungen im Geltungsbereich dieses Gesetzes unter Berücksichtigung ihrer Standortgebundenheit sowie des Umwelt-, Ressourcen- und Lagerstättenschutzes bei sparsamem und schonendem Umgang mit unterirdischen Räumen, Grund und Boden zu ordnen,
2. die Sicherheit der Betriebe und der Beschäftigten des Bergbaus zu gewährleisten,
3. die Vorsorge gegen Gefahren, die sich aus bergbaulicher Tätigkeit für Menschen, Umwelt und Sachgüter Dritter ergeben, sicherzustellen und unvermeidbare Schäden auszugleichen.

8.1.2 Berechtsamsverfahren reformieren

Nach dem gegenwärtigen Rechtsregime des BBergG bedarf derjenige, der ein Abbauvorhaben betreiben will, zunächst einer Bergbauberechtigung. Dies gilt für die Aufsuchung und Gewinnung derjenigen Bodenschätze, für die gem. § 3 Abs. 3 bzw. Abs. 4 BBergG die Vorschriften des BBergG anzuwenden sind. Das BBergG unterscheidet dabei bodenschatzbezogen zwischen „grundeigenen“ Bodenschätzen, auf welche sich das Eigentumsrecht am Grundstück mit erstreckt und „bergfreien“ Bodenschätzen, zu deren Aufsuchung und Gewinnung vom Grundeigentum gesonderte Bergbauberechtigungen gem. §§ 6 ff. BBergG vergeben werden. Ein Bergbautreibender, der nicht über das sich aus dem Eigentum oder berechtigten Besitz am Grundstück vermittelte Nutzungsrecht an grundeigenen Bodenschätzen verfügt, muss sich dieses über eine privatrechtliche Vereinbarung mit dem Grundeigentümer verschaffen.⁸⁹¹ Bei „bergfreien“ Bodenschätzen i.S.v. § 3 Abs. 3 BBergG benötigt der Bergbautreibende daneben die vom Grundeigentum gesonderte Bergbauberechtigung gem. §§ 6 ff. BBergG.⁸⁹² Soweit zunächst eine Lagerstätte erkundet werden muss, bedarf der Unternehmer hierfür der „Erlaubnis“ zur Aufsuchung des betreffenden bergfreien Bodenschatzes. Für dessen Gewinnung benötigt er sodann einer diesbzgl. „Bewilligung“. Für die tatsächliche Durchführung bergbaulicher Tätigkeiten eines unter das Rechtsregime des BBergG fallenden Bodenschatzes bedarf der Unternehmer aber jenseits der jeweiligen „Bergbauberechtigung“ auch der Zulassung unterschiedlicher Betriebspläne, in welchen das jeweilige Vorhaben spezifisch darzustellen und auf Genehmigungsfähigkeit zu prüfen ist. Wenn für die Durchführung eines Vorhabens zur Aufsuchung bzw. Gewinnung auch Zugriff auf im Eigentum Dritter stehende Grundstücke genommen werden muss, kann der Unternehmer sein Vorhaben grds. nur dann betreiben, wenn er eine diesbzgl. Einigung mit dem Grund-

⁸⁹⁰ Vgl. auch die Vorschläge von *Teßmer*, Vorschläge zur Novellierung des deutschen Bergrechts, 2009; *Roßnagel/Hentschel*, Rechtliche Instrumente des allgemeinen Ressourcenschutzes, S. 101; *Ludwig*, Gesamtabwägung ins Bundesberggesetz! Konsequenzen aus dem Garzweiler-Urteil des BVerfG vom 17.12.2013, ZUR 2014, 451, 454 ff.; *Stallmann*, Rückblick: Das Bergrecht in der 17. Legislaturperiode des Bundestages, ZfB 2013, 256 ff.

⁸⁹¹ Oder unter den Voraussetzungen der §§ 35 ff. BBergG per „Zulegung“.

⁸⁹² Siehe hierzu oben Kapitel 3.3.

eigentümer erreichen kann. Gelingt dies nicht, so kann er unter den Voraussetzungen der §§ 77 ff. BBergG das Eigentums- oder Nutzungsrecht am Grundstück per „Grundabtretung“ i.S.v. §§ 77 ff. BBergG (= Enteignung) dem Unternehmer vom Staat auch gegen den Willen des Eigentümers übertragen bekommen.

Die Voraberteilung einer Berechtigung zur Planung eines Vorhabens, welche im Hinblick auf die Prüfung von Genehmigungsvoraussetzungen und in Bezug auf kollidierende Eigentumsrechte keinerlei (Vor-)Wirkung entfaltet, ist im sonstigen Fachplanungsrecht ohne Beispiel.⁸⁹³ Dergleichen findet auch bei Bergbauvorhaben, die sich auf andere als bergfreie Bodenschätze beziehen, nicht statt. Im internationalen Vergleich ist die Systematik des BBergG, zu einem frühen Zeitpunkt Gewinnungsberechtigungen an Bodenschätzen zu vergeben, ebenfalls unüblich. Konkurrenzsituationen unterschiedlicher – an einer Vorhabendurchführung interessierter – Unternehmer lösen sich jenseits der Aufsuchung oder Gewinnung bergfreier Bodenschätze durch die normalen Mechanismen des Marktes bzw. aufgrund der jeweiligen Leistungsfähigkeit der Projektbetreiber. Eine Analyse der Rechtslage ergab, dass sich die Vorabentscheidung über die Vergabe der Bergbauberechtigung nachteilig auf die Ergebnisoffenheit nachfolgender Entscheidungen über die Zulassung von Betriebsplänen und anderer vorhabenbedingt erforderlicher Genehmigungen auswirken kann. Jedenfalls sind diesbezüglich Rechtsfragen aufgrund des Wortlauts und der Systematik des BBergG nicht rechtssicher geklärt. Mit der Vorabvergabe der Bergbauberechtigung geht einher, dass – im Rahmen der Prüfung der diesbezüglichen Voraussetzungen, insbesondere in § 11 Nr. 10 BBergG – bereits in gewissem Umfang grundsätzliche Entscheidungen betreffend die Ermöglichung einer Aufsuchung bzw. Gewinnung des Bodenschatzes getroffen werden, ohne dass der Sachverhalt insbesondere im Hinblick auf die damit einhergehenden Auswirkungen der bergbaulichen Tätigkeit für die Umwelt und die Betroffenheit Dritter hinreichend ermittelt und entschieden werden kann. § 11 Nr. 10 BBergG („... zu versagen, wenn überwiegende öffentliche Interessen die Aufsuchung [bzw. - im Falle des § 12 - Gewinnung] im gesamten zuzuteilenden Feld ausschließen.“) ist vom Wortlaut der Vorschrift und auch der hierzu in der Gesetzesbegründung zu findenden und sich aus dem dokumentierten Werdegang der Einführung dieser Maßgabe ergebenden Gehalt⁸⁹⁴ grundsätzlich einem Verständnis zugänglich, welches die Rechtsprechung zu dem sehr ähnlichen Wortlaut des § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG entwickelt hat. Zwar wird die nach § 11 Nr. 10 BBergG angelegte Prüfung entgegenstehender öffentlicher Belange in der Praxis kaum weitergehend betrieben (da diese ja nur auf solche öffentlichen Belange zu beziehen sei, die der Bergbautätigkeit im gesamten Feld entgegenstehen). Jedoch entzündeten sich gerade hieran immer wieder Diskussionen. So wird z.T. verlangt, dass bereits im Zuge der Entscheidung über die Vergabe der Bergbauberechtigung die Auswirkungen der beabsichtigten bergbaulichen Tätigkeiten auf die Umwelt und sonstige im allgemeinen Interesse liegende Güter geprüft und im Falle des Überwiegens eines diesbezüglichen Integritätsinteresses versagt wird. In der gegenwärtigen Ausgestaltung des Verfahrens und der gesetzlichen Voraussetzungen zur Bescheidung eines Antrages auf Vergabe von Bergbauberechtigungen kann eine solche Prüfung und Entscheidung indessen nicht geleistet werden. Dies führt zu der Problematik, dass eine am Wortlaut und an der Gesetzesbegründung ansetzende Rechtsauslegung von der Behörde eine Prüfung zu verlangen scheint, welche diese in der konkreten Situation des Verfahrens nicht zu leisten vermag.

Die Feststellung dieses Defizites führt allerdings noch nicht zwangsläufig dazu, dass nicht die Rechtsauffassung vertreten werden kann, eine erteilte Bergbauberechtigung würde auch eine der Bestandskraft fähige Aussage enthalten, wonach der Aufsuchung bzw. Gewinnung des Bodenschat-

⁸⁹³ Im sonstigen Fachplanungsrecht ist die Erteilung von Nutzungsrechten vorab einer Vorhabensgenehmigung nicht vorgesehen; vgl. die Regelungen im WHG, WaStrG, BImSchG, KrWG, EnWG, FStrG, AEG, öff. Baurecht, BNatSchG.

⁸⁹⁴ Kühne, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 48 Rn. 4.

zes (im gesamten Feld) keine überwiegenden öffentlichen Belange entgegenstünden. Soweit die Vergabe der Bergbauberechtigung in der Praxis regelmäßig mehr oder weniger als eine quasi nur formale Amtshandlung gehandhabt wird, in deren Vorfeld noch keine näheren Prüfungen der tatsächlichen Genehmigungsfähigkeit und Realisierbarkeit und insbesondere eine spätere Genehmigungsfähigkeit der bergbaulichen Tätigkeit durchgeführt werden, ändert dies nichts daran, dass der Vergabe des eigentumsgleichen Rechts am Bodenschatz besondere rechtliche Bedeutung zukommt. Soweit die vom Gesetzgeber angelegte Rechtslage hinsichtlich der Bedeutung einer erteilten Bergbauberechtigung in der Vergangenheit seitens der Rechtsprechung relativiert wurde,⁸⁹⁵ vermittelt dies keine Rechtssicherheit gegenüber einer möglichen Änderung dieser Sichtweise. Dies veranschaulicht die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), der die eigentumsrechtliche Bedeutung einer nach BBergG erteilten Bergbauberechtigung und die entschädigungsrechtlichen Konsequenzen von deren Beeinträchtigung herausgestellt hat.⁸⁹⁶

Eine (vollständige) Abschaffung des Rechtsinstituts der Bergbauberechtigung wird gleichwohl nicht empfohlen. Die Untersuchungen im Rahmen des vorliegenden Projektes haben ergeben, dass eine Aufrechterhaltung der Abtrennung des Eigentums an Grundstücken von dem eigentumsgleichen Recht der „Bergbauberechtigung“ an bestimmten volkswirtschaftlich relevanten Bodenschätzen grundsätzlich sinnvoll ist. Der Staat sollte die Konzessionierung von Rechten an diesen Bodenschätzen in seinen Händen behalten und die damit einhergehenden Möglichkeiten der Steuerung wie z.B. der Erhebung von Förderabgaben aufrechterhalten.

Davon zu unterscheiden ist indessen die weitere Frage, zu welchem Zeitpunkt und unter welchen rechtlichen Voraussetzungen über die Erteilung von Bergbauberechtigungen entschieden werden sollte. In den geführten Interviews haben sich zwar insbesondere die Vertreter*innen der Unternehmen und grundsätzlich auch die der Bergämter für eine unveränderte Beibehaltung des bisherigen Systems ausgesprochen. Dieses habe sich aus ihrer Sicht bewährt und vermittele einen für die Planung von Bergbauvorhaben benötigten „Konkurrentenschutz“. Überzeugende Gründe dafür, dass eine Beibehaltung der Systematik der Vorabentscheidung über die Erteilung von Bergbauberechtigungen unbedingt erforderlich und ohne diese etwa eine Planung von Bergbauvorhaben nicht möglich sei, wurden allerdings nicht genannt.

Im Ergebnis wird primär empfohlen, die Konzession zur Aufsuchung und Gewinnung des betreffenden bergfreien Bodenschatzes im Zuge der ersten Entscheidung über eine Betriebsplanzulassung zu erteilen. In Bezug auf die Aufsuchung eines Bodenschatzes ist dies die entsprechende Hauptbetriebsplanzulassung, bei Gewinnungsbetrieben i.d.R. die Rahmenbetriebsplanzulassung. Auf diese Weise würden die mit dem Rechtsinstitut verbundenen Vorteile beibehalten und es kann durch das damit einhergehende Entfallen der Vorabentscheidung über die Bergbauberechtigung mittels einer konzentrierten, einheitlichen Entscheidung festgestellt werden, ob eine Aufsuchung bzw. Gewinnung des betreffenden Bodenschatzes auch im Ergebnis der Prüfung entgegenstehender Belange erfolgen kann. Dies wäre aufgrund des Wegfalls des separaten Berechtsamsverfahrens auch mit einer Reduzierung von Verwaltungsaufwand verbunden und sollte insgesamt zu einer Verfahrensbeschleunigung führen können. Da mit dem Erhalt einer Bergbauberechtigung nach überwiegender Auffassung kein Vertrauensschutz betreffend eine Durchführbarkeit eines Abbauvorhabens verbunden ist, bewirkt der Entfall des Vorab-Berechtsams der Gewinnungsbewilligung auch keine Nachteile beim Investitionsschutz. Konkurrenzschutz bestünde auch über die Anwendung des Prioritätsprinzips, nachdem über den ersten, mit vollständigen Unterlagen gestellten Antrag vorrangig zu ent-

⁸⁹⁵ BVerwG, Urteil vom 10.02.2016 (9 A 1/15), Urteil vom 26.03.1998 (4 A 2/97); BGH, Urteil vom 14.04.2011 (III ZR 229/09).

⁸⁹⁶ EGMR, Urteil vom 19.01.2017 (32377/12 – „Werra Naturstein“).

scheiden und ein mit diesem in Konflikt stehender später gestellter bzw. vervollständigter Antrag abzulehnen wäre.

Die Alternative, die Entscheidung über die Berechtsamserteilung weiterhin deutlich vor der Entscheidung über eine Vorhabengenehmigung (Betriebsplangenehmigung / -zulassung) zu treffen, im Zuge dessen aber in stärkerem und konkreterem Umfang entgegenstehende öffentliche und private Interessen einzubeziehen, ist nicht zu empfehlen. Dies würde voraussetzen, bereits im Zuge der Beantragung der Berechtsamserteilung in einem Umfang Genehmigungsunterlagen vorlegen und prüfen zu müssen, über welche dann umfassend zu entscheiden die Frage aufwerfen würde, was noch als Gegenstand der nachfolgenden Prüfung im eigentlichen Genehmigungsverfahren verbleibt. Die Überführung der mit der Bergbauberechtigung vermittelten Konzessionserteilung in das entscheidungsreife Genehmigungsverfahren stellt daher die zu bevorzugende Umgestaltung dar. Dies würde eine Abschaffung bzw. Verschiebung (Neueinordnung) insbesondere der §§ 6 bis 23 BBergG sowie letztlich auch der nachfolgenden §§ 24 bis 47 BBergG erfordern.

Soweit dieser Eingriff in die Systematik des gegenwärtigen BBergG aufgrund der Reichweite des Systemwechsels und des Umfangs der damit einhergehenden Umstrukturierungen nicht vorgenommen werden soll, wird als sekundäre, einfacher umzusetzende Änderung ein sich auch im Gesetzestext wiederfindendes Herabstufen der im Zuge der Erteilung von Bergbauberechtigungen durchzuführenden Prüfungen empfohlen. Dieses wäre entweder durch die Streichung von § 11 Nr. 10 BBergG zu vollziehen oder durch eine Klarstellung der mangelnden Bindungswirkung der Entscheidung über die Bergbauberechtigung im Hinblick auf eine vollumfänglich durchzuführende Prüfung der dem Abbauvorhaben ggf. entgegenstehenden Belange im Rahmen der eigentlichen Vorhabengenehmigung.

Soweit es geboten erscheint, zwischen der Aufsuchung und der Gewinnung zu differenzieren, könnte das Institut der gesonderten Voraberteilung von Bergbauberechtigungen in Bezug auf die Aufsuchung bergfreier Bodenschätze beibehalten bleiben, um damit einen Konkurrenzschutz betreffend die Planung eines Abbauvorhabens bzgl. eines bestimmten Abbaufeldes zu vermitteln.

Sollte von dem vorgeschlagenen Systemwechsel abgesehen werden, sollte zumindest das Bergwerkseigentum im Sinne des § 9 BBergG abgeschafft werden, so dass zukünftig kein neues Bergwerkseigentum verliehen wird. Im Gegensatz zu dem „alten Bergwerkseigentum“, welches unbefristet vergeben wurde, kommt dem neuen Bergwerkseigentum nur eine geringe Relevanz zu. In den Interviews brachten Vertreter*innen von Bergbehörden und Unternehmen zum Ausdruck, dass kein Bedarf für das „neue“ Bergwerkseigentum bestehe.⁸⁹⁷ Da sich letztlich alle Fälle des Bergwerkseigentums auch mit Bewilligungen lösen lassen, wird empfohlen dieses Rechtsinstitut nicht weiter zu vergeben und somit langfristig auslaufen zu lassen.

Vorschlag 1: Verlagerung der Erteilung der Bergbauberechtigung in das Vorhabengenehmigungsverfahren (Betriebsplangenehmigung)

Primär wird empfohlen, die Bergbauberechtigung in das Vorhabengenehmigungsverfahren zu verlagern, indem die Konzession zur Gewinnung des jeweiligen bergfreien Bodenschatzes im Zuge der Betriebsplanzulassung erteilt wird.

Vorschlag 2a: Klarstellung mangelnder Rechts- und Bindungswirkung einer Bergbauberechti-

⁸⁹⁷ Siehe hierzu 3.3.1 am Ende.

gungserteilung für nachfolgende Verwaltungsentscheidungen

Vorschlag 2b: Streichung § 11 Nr. 10 BBergG

Vorschlag 2c: Streichung des Bergwerkseigentums

Sekundär wird empfohlen, die im Zuge der Erteilung von Bergbauberechtigungen durchzuführenden Prüfungen herabzustufen. Dieses könnte entweder durch eine Klarstellung der mangelnden Bindungswirkung der Entscheidung über die Bergbauberechtigung im Hinblick auf eine vollumfänglich durchzuführende Prüfung der dem Abbauvorhaben ggf. entgegenstehenden Belange im Rahmen der eigentlichen Vorhabengenehmigung (Vorschlag 2a) oder durch die Streichung von § 11 Nr. 10 BBergG (Vorschlag 2b) umgesetzt werden.

Zudem wird sekundär empfohlen das („neue“) Bergwerkseigentum im Sinne des § 9 BBergG abzuschaffen.

8.1.3 Reform der Feldes- und Förderabgaben

Die Feldes- und Förderabgaben nach § 30 bzw. § 31 BBergG werden für bergfreie Bodenschätze erhoben.⁸⁹⁸ Nach überwiegender Meinung stellen sie eine Gegenleistung für die Einräumung des Rechts auf Aufsuchung und Gewinnung von Bodenschätzen dar.⁸⁹⁹ Die Befragung hat gezeigt, dass Feldes- und Förderabgaben dem Grunde nach eine breite Akzeptanz bei allen Akteuren genießen. Andererseits werden Ausnahmetatbestände, der Vollzug und eine mögliche Reformbedürftigkeit – erwartungsgemäß – sehr unterschiedlich eingeschätzt. Hervorzuheben ist, dass der unterschiedliche Vollzug in den einzelnen Bundesländern lagerübergreifend kritisch bewertet wurde.⁹⁰⁰

Vor diesem Hintergrund wird vorgeschlagen, einige Aspekte der Erhebung unter Berücksichtigung der folgenden Punkte bundesrechtlich stärker zu vereinheitlichen:

- ▶ Es bietet sich an, hierfür nicht nur Änderungen auf gesetzlicher Ebene (insb. §§ 30 bis 32 BBergG sowie § 151 Abs. 2 Nr. 2 BBergG) vorzunehmen, sondern auch wesentliche Inhalte in einer bundesrechtlichen Rechtsverordnung zu regeln. Den Ländern könnte gegebenenfalls ein „Hebesatz“ zustehen, der sich auf die bundesrechtlichen Vorgaben bezieht.⁹⁰¹ Allein aus Gründen der Gleichbehandlung sollten beispielsweise die Festsetzungen der Marktwerte der Rohstoffe grundsätzlich auf Bundesebene erfolgen.⁹⁰² Dies gilt vergleichbar für Verfahrensvorschriften. Die gegen eine Festsetzung der Marktwerte auf

⁸⁹⁸ Siehe hierzu oben Kapitel 3.4.

⁸⁹⁹ Mann, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Vorbem. §§ 30-32 Rn. 10f.

⁹⁰⁰ Siehe zu den Interviews Kapitel 3.4.1.

⁹⁰¹ Ein solcher Hebesatz – der nicht wie bisher an materielle Vorgaben wie der „Abwehr einer Gefährdung der Wettbewerbslage der aufsuchenden oder gewinnenden Unternehmen“ oder dem „Schutz sonstiger volkswirtschaftlicher Belange“ gekoppelt ist – könnte auch für Rechtssicherheit für die öffentliche Hand und die betroffenen Unternehmen sorgen. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf das Urteil des OVG Mecklenburg-Vorpommern vom 25.10.2017, Az: 2 K 121/15 (nicht rechtskräftig), welches die Feldes- und Förderabgabesätze für Erdöl und Erdgas für unwirksam erklärte, da der vorgetragene Schutz sonstiger volkswirtschaftlicher Belange nicht hinreichend belegt sei: „Insgesondere muss es sich um Auswirkungen handeln, die nicht nur die lokale oder regionale Wirtschaft betreffen, sondern landesweit wirtschaftlich spürbar sind.“

⁹⁰² Kritisch zur bisherigen Praxis: Mann, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 31 Rn 10, der darauf verweist, dass „nach der Gesetzesbegründung das Abstellen auf den Marktwert gerade für eine Vereinheitlichung der vorher von Land zu Land verschiedenen Bemessungsgrundlage dienen“ (unter Verweis auf BT-Drs. 8/1315, S. 96). An dieser Stelle soll im Übrigen darauf hingewiesen werden, dass für den Bereich Steine / Erden (Festgestein, Kiese, Tone, Kaolin) in Ostdeutschland Marktwerte existieren, die die von Destatis ermittelt werden.

Bundesebene geäußerten Bedenken, dass es für einige Rohstoffe wie Flussspat oder Erze nur eine Handvoll Betriebe in Deutschland gebe und deshalb kein bundesweit gültiger einheitlicher Marktpreis gebildet werden könne, vermögen nicht zu überzeugen. Denn in entsprechenden Fällen könnte – statt auf den Binnenmarkt – auf den Exportmarkt abgestellt werden.⁹⁰³

- ▶ Bei der Erhebung der Feldes- und Förderabgaben werden bisher (fast) keine Aspekte des Umweltschutzes oder der Ressourcenschonung berücksichtigt. Ein entsprechender Ansatzpunkt könnte allenfalls darin gesehen werden, dass nach § 32 Abs. 2 BBergG Befreiungen von den Abgaben auch „zur Verbesserung der Ausnutzung von Lagerstätten“ möglich sind. So wurde in den Interviews von Seiten der Bergbehörden (B1) berichtet, dass Befreiungen in maturaen Feldern (bzgl. Restausbeute) ausgesprochen werden, weil sonst die spätere Ausbeutung nicht stattfinden würde. Die im Übrigen fehlende ökologische Lenkungswirkung wird von Umweltverbänden seit langem beklagt.⁹⁰⁴ Vorhabenträger lehnen eine solche Lenkungswirkung unter Hinweis auf den zentralen Aspekt der Gegenleistungsfunktion ab. Angesichts der bestehenden Herausforderungen der Ressourcenschonung sowie des Umweltschutzes spricht jedoch viel dafür, entsprechende Aspekte stärker in den Feldes- und Förderabgaben zu verankern⁹⁰⁵ – insbesondere da in Deutschland bisher keine Verbrauchsteuern auf Primärbaustoffe erhoben werden.⁹⁰⁶ Es sollte deshalb klargestellt werden, dass den Feldes- und Förderabgaben – neben der Gegenleistungsfunktion – auch eine ökologische und ressourcenschonende Lenkungswirkung zukommt.⁹⁰⁷ In der Umsetzung sollten die Feldes- und Förderabgaben insbesondere für fossile Energieträger erhöht werden.
- ▶ Die bestehenden umfassenden Ausnahmetatbestände in § 32 Abs. 2 BBergG sollten bis auf den „zur Verbesserung der Ausnutzung von Lagerstätten“ gestrichen werden. Vor dem Hintergrund des Schutzes vorhandener Rohstoffe, auch für künftige Generationen, ist es nicht angemessen, aufgrund kurzfristiger wirtschaftlicher Erwägungen von der Abgabepflicht ganz oder teilweise zu befreien.
- ▶ Einhergehend mit der geforderten umweltpolitischen Lenkungswirkung bietet es sich an, auch alte Rechte und Verträge in den Anwendungsbereich der Abgaben einzubeziehen.

⁹⁰³ Nach Ansicht des VG Halle, Urteil vom 29.11.2005 - 3 A 130/03 HAL, ZfB 2006, 205 ff., lässt sich der bisherigen Regelung nicht entnehmen, ob auf den absatzbezogenen Binnen-, den Export- oder den Gesamtmarkt abzustellen sei. Das Abstellen auf den Exportmarkt erscheine zwar nicht zwingend, zumal dieser in streitgegenständlichen Fall nur einen sehr geringen Teil des Gesamtmarktes ausmache. „Andererseits erscheint das Abstellen auf den Exportmarkt auch nicht sachwidrig oder willkürlich.“

⁹⁰⁴ Siehe hierzu die Auswertung der Interviews unter 3.4.1.

⁹⁰⁵ A. A. *Roßnagel/Hentschel*: Rechtliche Instrumente des allgemeinen Ressourcenschutzes, S. 116 f., die stattdessen vorschlagen, „effektive und zielgerechte ökonomische Instrumente“ zu entwickeln.

⁹⁰⁶ Siehe zur Forderung nach einer Primärbaustoffsteuer: *Bahn-Walkowiak/Bleischwitz/Sanden*, Einführung einer Baustoffsteuer zur Erhöhung der Ressourceneffizienz im Baubereich, 2010; *Keimeyer/Schulze/Hermann*: Primärbaustoffsteuer. Implementationsanalyse 1 im Projekt Ressourcenpolitik: Analyse der ressourcenpolitischen Debatte und Entwicklung von Politikoptionen (PolRess), 2013, www.ressourcenpolitik.de, S. 10 f. sowie *Ludwig/Gawel*: Primärbaustoffsteuern auf Baumineralien – Ein ökonomisches Instrument zur Steigerung der Ressourceneffizienz im Bausektor, DVBl. 2017, S. 1468-1474 (S. 1470); *Öko-Institut*, Deutschland 2049 – Auf dem Weg zu einer nachhaltigen Rohstoffwirtschaft, 2017, S. 242 ff.; *Bahn-Walkowiak/Bleischwitz/Distelkamp/Meyer*: Mineral Economics 2012, S. 29; *Sanden/Schomerus/Schulze*: Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012, S. 434 ff.; *SRU*: Umweltgutachten 2012: Verantwortung in einer begrenzten Welt, Tz. 139; *Rodi*: Der Rechtsrahmen für den Einsatz ökonomischer Instrumente in der Ressourcenschutzpolitik, ZUR 2016, S. 531 (533).

⁹⁰⁷ Vgl. *Koenig*: Abgabenordnung, 3. Aufl. 2014, § 3 Rn. 24, 41 m.w.N. zur Zulässigkeit von „Lenkungsgebühren“ zur Verfolgung nichtfiskalischer öffentlicher Förderungs- und Lenkungsziele.

Insofern wäre § 151 Abs. 2 Nr. 2 BBergG anzupassen. Die bisherige Nichterhebung der Abgaben bei alten Rechten ist auf das bestehende Konzessionssystem der bergfreien Rohstoffe zurückzuführen. Sofern jedoch mit der Abgabe zukünftig auch eine umweltpolitische Lenkungsfunction verfolgt wird, ist es nunmehr – mehrere Jahrzehnte nach Inkrafttreten des BBergG – gerechtfertigt, diese Ausnahmen abzuschaffen. Eine solche Ausdehnung der Feldes- und Förderabgaben⁹⁰⁸ wurde in einer Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages auf ihre Verfassungsmäßigkeit geprüft.⁹⁰⁹ Demnach wäre sie mit den Grundrechten der betroffenen Unternehmen zu vereinbaren und verhältnismäßig. Auch unter Vertrauensschutzgesichtspunkten ergibt sich nichts anderes.⁹¹⁰ Der Gesetzgeber ist grundsätzlich nicht daran gehindert, die Rechtslage für die Zukunft zu ändern. Bürger und Unternehmen müssen damit rechnen, dass sich Gesetze ändern können und ihr zukünftiges Handeln danach ausrichten.⁹¹¹

Vorschlag: Reform der Feldes- und Förderabgaben

Reform der Feldes- und Förderabgaben unter Berücksichtigung der folgenden Punkte:

- ▶ **Vereinheitlichung der Regelungen auf Bundesebene;**
- ▶ **Klarstellung bzw. Verankerung einer ökologischen und ressourcenschonenden Lenkungswirkung;**
- ▶ **weitgehende Abschaffung der Ausnahmetatbestände;**
- ▶ **Einbeziehung der alten Rechte und Verträge.**

8.1.4 Grundlegende Reform der Betriebsplanzulassungen

Die Genehmigung der Durchführung bergrechtlicher Vorhaben erfolgt über die Zulassung von Betriebsplänen (§§ 50 ff. und § 48 BBergG).⁹¹² Aspekte des Schutzes der Umwelt, des unmittelbar oder mittelbar betroffenen Eigentums sowie der Nachbarschaft sind in den betreffenden Vorschriften nicht ausdrücklich abgebildet. § 55 BBergG, in welchem die Voraussetzungen für eine Zulassung von Betriebsplänen – nur scheinbar abschließend – aufgeführt sind, sieht umweltbezogene Anforderungen nur sehr partiell vor; allenfalls die Anforderungen zur ordnungsgemäßen Abfallentsorgung (§ 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 6), zur Vorsorge betreffend die Wiedernutzbarmachung der Oberfläche (§ 55 Abs. 1 S.

⁹⁰⁸ Ebenso z.B. Meyer/Ludewig: Eckpunktepapier: Das Potential der bergrechtlichen Förderabgabe für Ressourcenschutz und Länderfinanzen, 2011, abrufbar unter: <http://www.foes.de/pdf/2011-12-Diskussionspapier-Foerderabgaben.pdf> (letzter Zugriff am 30.11.2018).

⁹⁰⁹ Vgl. hierzu die Prüfung durch Giesecke: Einführung einer Förderabgabe für Inhaber alter Rechte gemäß § 149 BBergG (Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages [WD 3 – 3000 – 369/11]), 2011.

⁹¹⁰ Von der bergrechtlichen Literatur wird diese Ausarbeitung teilweise als cursorisch kritisiert, vgl. Mann, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Vorbem. §§ 30-32 Rn. 14. Zudem wird darauf verwiesen, dass in den neuen Bundesländern durch die „gespaltene Privatisierung“ von Bergbaubetrieben und der Treuhandanstalt verliehenem Bergwerkseigentum eine besondere Situation vorhanden sei. Es habe hier eine durch Gesetz durchgeführte Privatisierung stattgefunden, in deren Rahmen die Kosten zwischen privatem Betreiber und Staat austariert worden seien. Dies sei anders zu bewerten als im Rheinland, wo 1980 alte bzw. sehr alte Rechte einfach in das neue Gesetz überführt worden seien.

⁹¹¹ Zur grundsätzlichen Zulässigkeit einer sog. „unechten Rückwirkung“ s. BVerfGE 69, 272 (309) = NJW 1986, 39; BVerfGE 101, 239, (263) = NJW 2000, 413.

⁹¹² Siehe hierzu oben Kapitel 3.5.

1 Nr. 7) und Vermeidung gemeinschädlicher Einwirkungen (§ 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 9) kann ein gewisser Umweltbezug zugeordnet werden.

Eine Einbindung der außerhalb des Bergbaus stehenden Belange und Rechtsvorschriften erfolgt bislang über eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der unspezifisch gehaltenen Formulierung der allgemeinen Verbots- und Beschränkungsvorschrift des § 48 BBergG.

Nach § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG kann die für die Zulassung von Betriebsplänen zuständige Behörde eine Aufsuchung oder eine Gewinnung beschränken oder untersagen, soweit ihr überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen. In der Rechtsprechung wird diese Vorschrift als eine Art Generalklausel für die Einbeziehung auch von nicht im BBergG adressierten Schutzgütern verwandt.⁹¹³ Die erst über die Rechtsprechung eröffnete Ausweitung der vom Gesetzgeber ursprünglich als Befugnisnorm zur Ausübung „bergpolizeirechtlicher“ Aufgaben geschaffenen Norm vermag jedoch die fehlende gesetzliche Konkretisierung und Gewichtung der zu beachtenden Belange des Umwelt-, Eigentum- und Nachbarnschutzes nur bedingt zu kompensieren. Deren Fehlen bringt die Gefahr mit sich, dass Belange des Umweltschutzes und der von den Auswirkungen eines Bergbauvorhabens betroffenen Personen im Rahmen der Entscheidung über bergrechtliche Betriebsplanzulassungen nicht oder nicht hinreichend geprüft bzw. berücksichtigt werden. Die Vorschrift des § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG steht gesetzessystematisch außerhalb der Vorgaben zu bergrechtlichen Betriebsplänen und deren Zulassung in §§ 50 ff. BBergG. Erst die Rechtsprechung hat § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG von einer Vorschrift mit ursprünglich wohl nur flankierender Bedeutung für Sonderfälle zu der zentralen Norm entwickelt und erhoben, über welche durch den Bergbau bedingte Konflikte mit öffentlichen und privaten Interessen Eingang in die Prüfung der Betriebsplanzulassung finden. Dem Wortlaut des § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG ist die von der Rechtsprechung praktizierte Ausweitung des Anwendungsbereichs als zusätzliche Voraussetzung für die Zulassung von Betriebsplänen allerdings kaum zu entnehmen. Um diese zu erfassen, muss der Rechtsanwender die Entwicklung der Rechtsprechung zu § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG und deren letzten Stand kennen. Insofern ist die Rechtslage der angelsächsischen Rechtssystematik des „Case Law“ vergleichbar, die dem deutschen Verwaltungsrecht in dieser Form allerdings fremd ist. Ob und inwieweit bestimmte öffentliche oder private Belange in der Situation einer konkret beantragten Betriebsplanzulassung relevant sind bzw. wie mit diesen in der Gesamtschau und in Abgrenzung zu weiteren bereits ergangenen oder auch noch anstehenden Verwaltungsentscheidungen innerhalb und außerhalb des Bergrechts umzugehen ist, wirft gesetzgeberisch nicht eindeutig geregelte Rechtsfragen auf, die wiederkehrend einer gerichtlichen Befassung und im Ergebnis einer richterrechtlichen Rechtsfortentwicklung bedürfen.

So ist z.B. in der Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt, in welchem Ausmaß § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG in einzelnen Betriebsplanzulassungsverfahren zur Anwendung zu bringen ist und wie einzelne Zulassungen in dieser Hinsicht zueinander wirken bzw. im Hinblick auf die Pflicht zur Prüfung des Entgegenstehens anderweitiger Interessen zueinander im Verhältnis stehen. Nach seinem Wortlaut und seiner Systematik ist § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG für sämtliche Betriebspläne relevant. Die Regelung müsste also ohne Präjudizierung aufs Neue geprüft werden, was allerdings in der Praxis so nicht gehandhabt wird.

Um den strukturellen Defiziten der Vorschriften über die bergrechtliche Vorhabengenehmigung abzuwehren und diese den aus anderen Gesetzen bekannten Systematiken anzugleichen, wird eine grundlegende Neuausrichtung der Vorschriften über die Betriebsplanzulassung vorgeschlagen:

⁹¹³ S. etwa BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 2013 – 1 BvR 3139/08 –, juris (Garzweiler II); BVerwG, Urteil vom 29.06.2006 – 7 C 11/05 –, juris (Garzweiler I/II); BVerwG, Urteil vom 16.03.1989 – 4 C 36/85 –, juris (Moers-Kapellen); BVerwG, Urteil vom 14.04.2005 – 7 C 26/03 –, BVerwGE 123, 247-261 (Tontagebau Fortuna); BVerwG, Urteil vom 02.11.1995 – 4 C 14/94 –, BVerwGE 100, 1-19 (Erkundungsbergwerk Salzstock Gorleben).

Würde aus der gebundenen eine „offene“ bergrechtliche Zulassungsentscheidung, könnten nicht nur Ziele, sondern auch Grundsätze der Raumordnung darin bessere Berücksichtigung finden. Das gilt erst recht, weil nunmehr mit § 48 Abs. 2 S. 2 BBergG eine Raumordnungsklausel gilt, wonach bei der Zulassung von Projekten (dann: Planfeststellung) die raumordnungsrechtlichen Vorgaben berücksichtigt werden müssen.

8.1.4.1 Genehmigung von Betriebsplänen (unter Beibehaltung von Rahmen-, Haupt-, Sonder-, Abschlussbetriebsplänen) als Abwägungsentscheidung

Die Durchführung von Bergbauvorhaben zur Aufsuchung, Gewinnung und Aufbereitung von Bodenschätzen sowie zur Rekultivierung bergbaubetroffener Flächen und der Beseitigung der Auswirkungen bergbaulicher Tätigkeiten soll (weiterhin) mittels abschnittsweise zu bescheidenden Anträgen auf Genehmigung von Betriebsplänen freigegeben werden. Der erste Antrag auf Genehmigung von Gewinnungs- und Aufbereitungsvorhaben muss dabei eine Gesamtbetrachtung des Vorhabens ermöglichen, die durch ein vorläufiges positives Gesamturteil über eine voraussichtliche Durchführbarkeit und Genehmigungsfähigkeit des Gesamtvorhabens flankiert wird.⁹¹⁴ Dabei ist die Vorläufigkeit des positiven Gesamturteils herauszustellen. Anders als beispielsweise bei der Genehmigung von ortsfesten baulichen Anlagen (etwa nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz – BImSchG⁹¹⁵) bringt die fortschreitende räumliche Entwicklung von Bergbauvorhaben es mit sich, dass keine hinreichend sichere Prognose über die genehmigungsrechtlich relevante Sach- und Rechtslage möglich ist, die bei der erst in der Zukunft liegenden Durchführung von Eingriffsmaßnahmen an dem dann betroffenen Ort zu bewältigen sind. Soweit das Bergbauvorhaben nach den Vorschriften des UVP-Rechts einer UVP bedarf, sollte – wie bislang – eine Entscheidung über die Genehmigung eines Rahmenbetriebsplans erfolgen, die künftig aber als echte planerische Abwägungsentscheidung ergeht. Soweit keine UVP-Pflichtigkeit besteht, wären die spezifizierten Anforderungen an die Vorhabengenehmigung sinnvollerweise am ersten (Haupt-)Betriebsplan abzuarbeiten. In diesem Falle wäre über die Genehmigung des ersten Hauptbetriebsplans im Ergebnis einer planerischen Abwägung das Für und Wider einer Realisierung des Vorhabens unter Berücksichtigung der betreffenden Belange zu entscheiden.

Die gebundene Entscheidung mit dem Anspruch auf Erhalt der Genehmigung sollte grundsätzlich – jedenfalls bei der ersten grundlegenden diesbezüglichen Zulassung – in eine planerische Abwägungsentscheidung überführt werden. Die Einführung einer „echten“ Planfeststellung in das Bergrecht sollte zu einer Stärkung der Belange des Ressourcen-, Umwelt- und Eigentumsschutzes führen, da diese – dem jeweiligen Einzelfall entsprechend bedarfsgerecht – mit entsprechendem Gewicht in eine zu treffende planerische Abwägungsentscheidung implementiert werden können.⁹¹⁶ Auf diese Weise könnten die Vorgaben der medialen Umweltgesetze bei der Genehmigung bergbaulicher Eingriffsvorhaben besser berücksichtigt werden. Soweit über die Zulassung von Betriebsplänen per Planfeststellung entschieden wird, wäre auch die Planrechtfertigung zu prüfen. Eine Umwandlung der gebundenen Planfeststellung in eine planerische Genehmigung ermöglicht die Implementierung

⁹¹⁴ Für Aufsuchungsvorhaben erscheint dies bei insoweit fehlenden Eingriffen (bzw. allenfalls geringer Intensität von Eingriffen) in Schutzgüter Dritter oder der Natur und Umwelt entbehrlich.

⁹¹⁵ Bundes-Immissionsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 17.05.2013 (BGBl. I S. 1274), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 18.07.2017 (BGBl. I S. 2771) geändert worden ist.

⁹¹⁶ Sanden/Schomerus/Schulze, Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012, S. 526; s. auch Herrmann/Sanden/Schomerus/Schulze, Ressourcenschutzrecht – Ziele, Herausforderungen, Regelungsvorschläge, ZUR 2012, 523 (527 f.); Roßnagel/Hentschel, Rechtliche Instrumente des allgemeinen Ressourcenschutzes, S. 104; Schulze/Keimeyer: PolRess AP 2 – Politikansätze und -instrumente, Implementationsanalyse Nr. 2: Ansätze zur Anpassung ausgewählter bergrechtlicher Regelungen unter besonderer Berücksichtigung einer schonenden Ressourcenanspruchnahme, 2014, S. 12.

einer Entscheidungsrelevanz von Fragen des Bedarfs an der Gewinnung des betreffenden Rohstoffs. Damit würde der schon länger diskutierten Einführung eines planerischen Ermessens beim Rohstoffabbau gefolgt.⁹¹⁷ Durch die Einführung einer echten planerischen Abwägungsentscheidung würde auch dem gegenwärtigen – aus Sicht der Aspekte des Umweltschutzes suboptimalen – Zustand abgeholfen, dass in die bergrechtliche Planfeststellung zwar öffentliche Interessen einfließen (Ziele der Raumordnung sind zu beachten), aber infolge der gebundenen Entscheidung sonstige Erfordernisse der Raumordnung unberücksichtigt bleiben. Zu prüfen ist, ob bei - dann genau zu bestimmenden - kleineren bis mittleren Vorhaben weiterhin eine gebundene Entscheidung ergehen kann und es insofern keiner Genehmigung mit planerischer Abwägungsentscheidung bedarf.

Durch den Systemwechsel, anstelle der bislang aus § 55 Abs. 1 S. 1 BBergG folgenden „gebundenen“ Zulassungsentscheidung, die Genehmigung bergrechtlicher Betriebspläne künftig dem Ergebnis einer ergebnisoffenen Abwägung zu überantworten, würden dann nicht nur „Ziele“, sondern auch „Grundsätze“ der Raumordnung besonders zu berücksichtigen sein. Das gilt erst recht, weil nunmehr mit § 48 Abs. 2 S. 2 BBergG eine Raumordnungsklausel gilt, wonach bei der Zulassung von Projekten (dann: Planfeststellung) die raumordnungsrechtlichen Vorgaben berücksichtigt werden müssen.

Es sollte im BBergG vorgesehen werden, dass der Antrag auf Genehmigung des Rahmenbetriebsplans bzw. des ersten (Haupt-)Betriebsplans über die sonstigen (dem Grunde nach beizubehaltenden) gesetzlichen Anforderungen (des ggw. § 55 BBergG) hinaus folgende Angaben und Nachweise zu enthalten hat:

- welcher Bodenschatz aufgesucht, gewonnen oder aufbereitet werden soll,
- aus welchen Umständen sich ein Bedarf der Aufsuchung, Gewinnung bzw. Aufbereitung des Bodenschatzes ergibt,
- auf welchen räumlich und zeitlich definierten Bereich sich die zur Genehmigung beantragte bergbauliche Tätigkeit bezieht,
- welche technischen Verfahren zur Durchführung des Vorhabens zum Einsatz kommen sollen,
- in welchem Umfang im Eigentum Dritter stehendes Grundeigentum in Anspruch genommen werden soll oder im Zuge der Durchführung des Vorhabens Nutzungsbeeinträchtigungen oder Schädigung erfahren kann,
- welche Einwirkungen eine Durchführung des Bergbauvorhabens auf die Umwelt erwarten lässt und welche Maßnahmen der Verhinderung, Vorsorge, Verminderung und Beseitigung von Einwirkungen und Schäden zu ergreifen sind,
- welche Maßnahmen zur Wiederherstellung des ordnungsgemäßen Zustandes der Geländeoberfläche vorgesehen sind.

Der Antrag auf Genehmigung eines Rahmenbetriebsplans sowie eines ersten Hauptbetriebsplans sollte die zur (vorläufigen) Beurteilung des Gesamtvorhabens erforderlichen Angaben enthalten.

In zeitlicher Hinsicht sollte sich die Genehmigung auf einen nach den Umständen des Einzelfalles zu bemessenden Zeitraum entsprechend der Reichweite der Prognose bzgl. der Bewertung der vorhabenbedingten Umwelteinwirkungen beziehen und entsprechend befristet werden. Die Genehmigung eines Rahmenbetriebsplans sollte 15 und die eines Hauptbetriebsplans grds. 2 Jahre, jedenfalls aber 5 Jahre nicht überschreiten.

Die Durchführung bestimmter Teile der bergbaulichen Tätigkeit einschließlich der Bewältigung bestimmter hierdurch ausgelöster Probleme kann weiterhin von der Erteilung der Genehmigung für einen Sonderbetriebsplan abhängig gemacht werden.

⁹¹⁷ Sanden/Schomerus/Schulze, Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012, S. 524 ff.

Soweit ein Rahmenbetriebsplan oder ein erster Hauptbetriebsplan genehmigt wurde, kann im Verfahren auf Erlass weiterer Betriebspläne auf die Antragsunterlagen zur Erteilung dieser Bescheide Bezug genommen werden. Diese sind insofern nur um die Unterlagen für die weitergehende Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit der betreffenden betriebsplangegenständlichen Fortführung des Vorhabens zu ergänzen. Im Zuge einer Entscheidung über den Antrag auf den Erlass der weiteren Betriebspläne sind die im bisherigen Verfahren gewonnenen Erkenntnisse auf anhaltende Richtigkeit zu überprüfen.

Mit der Durchführung des im Antrag auf Erteilung der Genehmigung für einen Rahmenbetriebsplan beschriebenen Vorhabens darf erst nach Bewältigung der im Geltungsbereich des ersten Hauptbetriebsplans anfallenden Konflikte begonnen werden.

8.1.4.2 Einführung von Grundpflichten des Bergbautreibenden

In Anlehnung an § 5 BImSchG sollten Grundpflichten des Bergbautreibenden etabliert werden. Diese gesetzliche Systematik hat sich im BImSchG bewährt und wird auch seitens der Anlagenbetreiber akzeptiert. Im Rahmen von Bemühungen um die Konstituierung eines Umweltgesetzbuches war die Systematik der Etablierung von Grundpflichten in einem UGB-Allgemeiner Teil ebenfalls beispielgebend. Der Ansatz ist nach allem geeignet, bei einer Überführung des BBergG in ein modernes Fachplanungsrecht „Pate zu stehen“. Nach dem BImSchG sind Grundpflichten Teil eines einheitlichen Schutzkonzepts, mit dem der Schutzgrundsatz des § 1 BImSchG konkretisiert wird.⁹¹⁸ Der Ansatz ist damit ein anderer als der der Genehmigungsvoraussetzungen: bei letzteren werden Kriterien für die Erteilung einer Zulassung aufgestellt, bei den Grundpflichten werden zunächst Pflichten für den Betreiber normiert, deren Einhaltung dann eine Voraussetzung für die Genehmigung darstellt. Grundpflichten setzen daher unmittelbar bei den einzelnen Betreibern an. Ein Vorteil ist deren dynamischer Charakter, der Betreiber hat daher unmittelbar⁹¹⁹ einen geänderten Stand der Technik zu berücksichtigen.⁹²⁰ Auch wenn dieser dynamische Charakter für rechtliche Maßstäbe keine Besonderheit darstellen mag,⁹²¹ würde doch mit einem auf solchen Grundpflichten basierenden Zulassungsregime des BBergG klargestellt, dass die Genehmigungen nicht auf statisch zu verstehenden Anforderungen beruhen.

In das BBergG sollte somit eine Vorschrift eingeführt werden, nach der Bergbauvorhaben so durchzuführen sind, dass zur Gewährleistung eines hohen Schutzniveaus für den Menschen und die Umwelt insgesamt

- schädliche Umweltveränderungen und sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit und die Nachbarschaft nicht hervorgerufen werden können;
- Vorsorge gegen schädliche Umweltveränderungen und sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen getroffen wird, insbesondere durch die dem Stand der Technik entsprechenden Maßnahmen;
- Abfälle vermieden, nicht zu vermeidende Abfälle verwertet und nicht zu verwertende Abfälle ohne Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit beseitigt werden;
- eine mit Rücksicht auf den Wasserhaushalt gebotene sparsame Wasserverwendung erreicht wird;
- Energie sparsam und effizient verwendet, insbesondere die entstehende Wärme genutzt wird.

⁹¹⁸ Schmidt-Kötters, in BeckOK UmweltR, 49. Edition, § 5 BImSchG Rn. 2.

⁹¹⁹ Zur umstrittenen Frage der Unmittelbarkeit der Grundpflichten Schmidt-Kötters, in BeckOK UmweltR, 49. Edition, § 5 BImSchG Rn. 5.

⁹²⁰ OVG Koblenz, Urteil vom 12.11.2009 - 1 A 11222/09, BeckRS 2010, 45207.

⁹²¹ Insoweit kritisch Schmidt-Kötters, in BeckOK UmweltR, 49. Edition, § 5 BImSchG Rn. 3.

Bei der Durchführung und der Stilllegung ist sicherzustellen, dass auch nach einer Betriebseinstellung

- von dem Vorhaben oder dem Vorhabengrundstück keine schädlichen Umweltveränderungen und sonstigen Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit und die Nachbarschaft hervorgerufen werden können,
- vorhandene Abfälle ordnungsgemäß und schadlos verwertet oder ohne Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit beseitigt werden und
- die Wiederherstellung eines ordnungsgemäßen Zustandes des Betriebsgeländes gewährleistet ist.

8.1.4.3 Klare Benennung der Genehmigungsvoraussetzungen unter Einbeziehung von Belangen des Umweltschutzes und drittbetroffener Personen

Die Grundpflichten und deren Konkretisierung vorangestellt, wäre die zentrale Vorschrift für die Genehmigung von Bergbauvorhaben sodann im Sinne einer klareren Regelung der Beachtung und des Stellenwertes von Belangen des Umwelt- und des Nachbarnschutzes etwa dahingehend zu formulieren, dass die Genehmigung in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens nur erteilt werden kann, wenn sichergestellt ist, dass

- die sich aus der Vorschrift über die Grundpflichten und der diesbezüglich erlassenen Rechtsverordnung ergebenden Pflichten erfüllt werden,
- andere Anforderungen des Gesetzes sowie sonstiger umweltrechtlicher Vorschriften und Vorschriften zum Schutz vom Vorhaben betroffener Personen und Nachbarn nicht entgegenstehen,⁹²²
- andere öffentlich-rechtliche Vorschriften und Belange des Arbeitsschutzes dem Vorhaben nicht entgegenstehen und
- dem Vorhaben keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Belange entgegenstehen; diese sind umfassend zu ermitteln, zu bewerten sowie gegeneinander und untereinander abzuwägen. Zu den zu berücksichtigenden öffentlichen Belangen gehören auch die Anforderungen des Klimaschutzes.

Bei der Erteilung der Genehmigung sind die Ergebnisse einer durchgeführten Umweltverträglichkeitsprüfung im Hinblick auf eine wirksame Umweltvorsorge so umzusetzen, dass erhebliche Beeinträchtigungen der Natur und Umwelt vermieden werden.

8.1.4.4 Formulierung von Ausschlussgründen

Soweit sichergestellt werden soll, dass bei Beeinträchtigung besonders hochrangiger Schutzgüter eine Genehmigungserteilung nicht in Betracht kommt, wären diese als Ausschlussgründe („kann nicht genehmigt werden, wenn ...“) zu formulieren.

8.1.4.5 Verbesserung der Möglichkeit zum Erlass von Nebenbestimmungen

Es sollte eine Vorschrift zur Festsetzung von Nebenbestimmungen zur Genehmigung geschaffen werden, in welcher auch eine behördliche Verpflichtung zur Beauflagung einer Sicherheitsleistung sowie der Statuierung eines Vorbehalts zum Widerruf der Genehmigung sowie eine Erleichterung der Voraussetzungen zum Erlass nachträglicher Anordnungen vorgesehen werden. Nach der Rechtsprechung des BVerwG stellt insbesondere § 56 Abs. 1 BBergG keine hinreichende Grundlage für nach-

⁹²² In der Praxis werden hierüber insbesondere die Anforderungen des Habitat-, Biotop- und Artenschutzes innerhalb und außerhalb von besonderen Schutzgebieten sowie Vermeidung, Ausgleich und Kompensation von Eingriffen in Natur und Landschaft erfasst.

trägliche Anordnungen dar, wenn es sich hierbei nicht um Auflagen im Sinne des § 36 VwVfG handelt.⁹²³

Danach sollte klargestellt werden, dass die Genehmigung unter Bedingungen erteilt oder mit Auflagen verbunden werden kann, soweit dies zur Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen erforderlich oder zweckmäßig ist. Die Genehmigungsbehörde hat die Vorlage von Sicherheitsleistungen zu verlangen, soweit dies erforderlich ist, um die Erfüllung von Auflagen oder sonstigen Verpflichtungen zu sichern; die Erforderlichkeit ist gegeben in Bezug auf die Absicherung der voraussichtlichen Kosten der Wiedernutzbarmachung der Vorhabenfläche sowie des Ausgleichs von vorhabenbedingten Schäden am Grundeigentum Dritter. Die Auferlegung einer Sicherheitsleistung nach anderen Rechtsvorschriften bleibt unberührt.⁹²⁴

Die Genehmigung sollte mit einem Vorbehalt des Widerrufs versehen werden können. Im BBergG sollte eine vergleichbare Regelung wie § 17 BImSchG geschaffen werden, welche den Erlass nachträglicher Auflagen ermöglicht.

8.1.4.6 Klarstellung der Rechtswirkungen der Genehmigung

Mit der Genehmigung von Betriebsplänen sollten andere das Vorhaben betreffende behördliche Entscheidungen eingeschlossen werden, soweit über die diesbezüglichen fachgesetzlichen Voraussetzungen auf Grundlage der vorgelegten Unterlagen abschließend entschieden werden kann und sich aus den Vorschriften des Gesetzes nichts anderes ergibt. Hinsichtlich des Vorliegens der fachgesetzlichen Voraussetzungen wäre vorzusehen, dass mit der nach dem Fachrecht jeweils zuständigen Behörde das Einvernehmen herzustellen ist.

8.1.4.7 Überarbeitung der Regelungen zur Änderung von Vorhaben

Soll ein Vorhaben von der Genehmigung abweichend durchgeführt werden, so muss dessen Änderung beantragt werden. Hierzu sollten genauere Regelungen betreffend die unterschiedlichen denkbaren Fallgestaltungen geschaffen werden.

8.1.4.8 Überarbeitung der Regelungen zum Genehmigungsverfahren

Die materiellen Genehmigungsvoraussetzungen sind mit geeigneten Regelungen betreffend die Beteiligung von Öffentlichkeit, Trägern öffentlicher Belange, Interessensverbänden und potenziell betroffenen Menschen am Genehmigungsverfahren zu flankieren. Nur über eine intensive Beteiligung insbesondere der von einem Bergbauvorhaben betroffenen Menschen lässt sich das Vorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen im erforderlichen Umfang prüfen. Daher sind gehobene Anforderungen an die Information über die Vorhabenplanung zu etablieren. In Anbetracht der durch ein Bergbauvorhaben bewirkten schwerwiegenden Eingriffe in die Belange der betroffenen Menschen im grundrechtsrelevanten Bereich ist es erforderlich, dass neben einer öffentlichen Bekanntmachung der Vorhabenplanung auch eine individuelle Benachrichtigung der ermittelbaren Eigentümer der im betroffenen Gebiet befindlichen Grundstücke erfolgt; gleiches gilt in Bezug auf die Träger öffentlicher Belange sowie die anerkannten Naturschutz- und Umweltverbände.⁹²⁵

Grundsätzlich sollten die Regelungen der §§ 72 ff. VwVfG uneingeschränkt auch im Genehmigungsverfahren für bergbauliche Vorhaben gelten. Allerdings gibt es zur Verbesserung der Bürgerfreundlichkeit dieser Regelungen ebenfalls Reformbedarf, auf den im Rahmen dieses Beitrages nicht eingegangen werden kann.

⁹²³ BVerwG, Urteil vom 22.11.2018 – 7 C 9.17, 7 C 11.17, 7 C 12.17. In dem konkreten Fall änderte das zuständige Landesamt für Geologie und Bergwesen Sachsen-Anhalt nachträglich die Kriterien der für die Verfüllung zugelassenen Materialien hinsichtlich der stofflichen Art und der Schadstoffbelastung.

⁹²⁴ S. im Einzelnen zur Sicherheitsleistung auch unten unter 8.6.2.

⁹²⁵ Siehe zu den Beteiligungsrechten auch unter 8.5.

8.1.4.9 Einvernehmen der Gemeinde herstellen

Soweit den Vorschlägen zur Einführung eines planerischen Ermessens bei der Entscheidung über die Genehmigung von Betriebsplänen gefolgt wird, wäre für als Planfeststellungsbeschluss erlassene Rahmenbetriebspläne kein Einvernehmen der Gemeinde einzuholen (§ 38 Baugesetzbuch (BauGB)⁹²⁶). Für kleinere Vorhaben, die nicht UVP-pflichtig sind und für die kein Rahmenbetriebsplanfeststellungsbeschluss ergeht, gilt § 38 BauGB allerdings nicht. Gegenüber solchen Vorhaben sollte die kommunale Planungshoheit durch das Erfordernis des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 Abs. 1 BauGB abgesichert werden.

Dieses ist grundsätzlich bei der Zulassung von (allen) bauplanungsrechtlich relevanten Vorhaben erforderlich. Nach § 36 Abs. 1 S. 2 BauGB gilt dies auch bei anderen Verfahren über die über das Bauplanungsrecht entschieden wird, wie immissionsschutz-, wasser- oder abfallrechtliche Verfahren, sofern diese nicht in den Anwendungsbereich des § 38 BauGB fallen.⁹²⁷ Für das Bergrecht sieht § 36 Abs. 1 S. 2 HS 2 BauGB allerdings eine Ausnahme vor. Demnach gilt das Einvernehmensefordernis nicht für Vorhaben, „die der Bergaufsicht unterliegen.“ Nach der aktuellen Rechtsprechung des BVerwG ist dies zwar „in einschränkender Auslegung nur auf solche Vorhaben zu beziehen, über deren bauplanungsrechtliche Zulässigkeit in der bergrechtlichen Betriebsplanzulassung entschieden wird.“⁹²⁸ Wie das BVerwG herleitet, geht die „Ausnahmeregelung des § 36 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BauGB [...] auf die Erwägung zurück, im Rahmen des bergrechtlichen Betriebsplanverfahrens werde hinsichtlich der zuzulassenden Vorhaben den in § 35 BBauG/BauGB angesprochenen öffentlichen Belangen ohnehin in vollem Umfang Rechnung getragen; sie soll doppelte Prüfungen und die Gefahr divergierender Entscheidungen vermeiden (BT-Drs. 7/2496 S. 75). Diese Zielsetzungen können nur zum Tragen kommen, wenn und soweit tatsächlich im Betriebsplanzulassungsverfahren unter Beteiligung der Standortgemeinde nach § 54 Abs. 2 BBergG eine bauplanungsrechtliche Prüfung erfolgt und so die gemeindlichen Planungsbelange berücksichtigt werden.“

Das Beteiligungsrecht einer Gemeinde nach § 54 Abs. 2 BBergG soll sich allerdings darin erschöpfen, dass ihr der zugelassene Betriebsplan zur Kenntnis gebracht und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wird.⁹²⁹ Das Einvernehmen des § 36 BauGB vermittelt eine viel stärkere Rechtsposition zur Absicherung der kommunalen Planungshoheit.

Das Einvernehmen der Gemeinde nach § 36 BauGB sollte auch für das Bergrecht gelten – sofern nicht ohnehin alle Belange umfassend in einem Planfeststellungsverfahren berücksichtigt werden. Es wird deshalb vorgeschlagen, die Sonderregelung des § 36 Abs. 1 S. 2 HS 2 BauGB zu streichen.⁹³⁰

Vorschlag: Grundlegende Reform der Vorhabengenehmigung

Grundlegende Reform der Vorhabengenehmigung mit folgenden Elementen:

- (1) **Genehmigung von Betriebsplänen (unter Beibehaltung von Rahmen-, Haupt-, Sonder-, Abschlussbetriebsplänen) als Abwägungsentscheidung**

⁹²⁶ Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 3.11.2017 (BGBl. I S. 3634).

⁹²⁷ Nach einem aktuellen Urteil des OVG des Saarlandes, Urteil vom 24.05.2018 – 2 A 551/17 –, juris ergibt sich aus dem Erfordernis der Durchführung eines Raumordnungsverfahrens eine Indizwirkung für das Vorliegen einer überörtlichen Bedeutung. Dies hat zur Folge, dass § 38 BauGB greift und § 36 BauGB keine Rolle spielt.

⁹²⁸ BVerwG, Urteil vom 28.09.2016 – 7 C 18/15 –, juris, Rn. 20.

⁹²⁹ Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 54 Rn. 51.

⁹³⁰ Besondere Relevanz kommt diesem Vorschlag zu, wenn – wie vorliegend unter 8.2.1 empfohlen – die Grundeigentümergebühren in das BBergG aufgenommen werden.

- (2) **Einführung von Grundpflichten des Bergbautreibenden**
- (3) **Klare Benennung der Genehmigungsvoraussetzungen unter Einbeziehung von Belangen des Umweltschutzes und drittbetroffener Personen**
- (4) **Formulierung von Ausschlussgründen (besonders schutzbedürftige Gemeinwohlbelange)**
- (5) **Verbesserung der Möglichkeit zum Erlass von Nebenbestimmungen**
- (6) **Klarstellung der Rechtswirkungen der Genehmigung**
- (7) **Überarbeitung der Regelungen zur Änderung von Vorhaben**
- (8) **Überarbeitung der Regelungen zum Genehmigungsverfahren**
- (9) **Bei kleinen Vorhaben: Einvernehmen der Gemeinde herstellen.**

8.1.5 Rohstoffsicherungsklausel streichen, hilfswise reformieren

Die Rohstoffsicherungsklausel des § 48 Abs. 1 S. 2 BBergG soll nach umstrittener, aber immer noch verbreiteter Auffassung – etwa im Rahmen der Beteiligungsverfahren gemäß § 54 Abs. 2 BBergG⁹³¹ – sicherstellen, dass die Behörden dafür Sorge tragen, dass die Gewinnung von Rohstoffen durch ihre Planungen und Entscheidungen nicht beeinträchtigt wird. Ebenso wird vertreten, dass Umweltbelange demgegenüber nicht zu berücksichtigen seien.⁹³² Diese Auffassung steht im Widerspruch zu der übergreifenden verfassungsrechtlichen Bedeutung des Umweltschutzes als Staatsziel gemäß Art. 20a GG.⁹³³ Die Rechtsprechung hat die Annahme, § 48 Abs. 1 S. 2 BBergG formuliere einen generellen Vorrang für die Rohstoffsicherung gegenüber konfligierenden Schutz- oder Widmungszwecken, zudem relativiert.⁹³⁴ Der Norm wird nach dieser Auffassung lediglich noch entnommen, dass dem Belang der Sicherung der Rohstoffversorgung ein hohes Gewicht zuzuschreiben ist.

Die einseitige Hervorhebung des Zwecks der Rohstoffsicherung im Gesetz ist daher nicht mehr angezeigt. Die Aufrechterhaltung der Rohstoffsicherungsklausel stünde zudem im Widerspruch zu der hier unter anderem im Hinblick auf die Formulierung des Gesetzeszwecks vorgeschlagenen Integration von Umwelt- und sonstigen Nachhaltigkeitsbelangen in das behördliche Prüf- und Abwägungsprogramm. Schließlich sind Fragen der Rohstoffsicherung von räumlich übergeordneter Natur. Die in § 48 Abs. 1 S. 2 BBergG benannten Schutz- oder Widmungszwecke zugunsten von Lagerstättenschutz und Rohstoffplanung sollten daher nach allgemeinen Grundsätzen insbesondere im Rahmen der Landesplanung und der regionalen Raumordnung austariert werden. Nicht zuletzt die Aufnahme der Raumordnungsklausel in § 48 Abs. 2 Satz 2 (neu) BBergG durch die Raumordnungsnovelle 2017 bestätigt, dass der Schutz der Lagerstätten zuvörderst durch das Planungsrecht und nicht (mehr) durch § 48 Abs. 1 S. 2 BBergG erfolgen soll.

Die Rohstoffsicherungsklausel hat daneben keine Bedeutung mehr und sollte zur Vermeidung von Missverständnissen gestrichen werden.⁹³⁵ Hilfswise wäre auch eine Kodifizierung der Rechtsprechung demgemäß denkbar, dass statt der bislang einseitigen Betonung des Belangs der Rohstoffsi-

⁹³¹ Siehe hierzu oben Kapitel 3.5.6.7.

⁹³² *Von Hammerstein*, in: *Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen*, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 54 Rn. 12; nach *Ludwig*, *Umweltaspekte in Verfahren nach dem BBergG*, ZUR 2012, 150 (155) sind jedoch Umweltbelange, die nach Art. 20a GG Verfassungsrang haben, gegenüber der einfachgesetzlich garantierten Rohstoffsicherung vorrangig zu berücksichtigen.

⁹³³ Siehe dazu auch oben, Kapitel 1.1.

⁹³⁴ BVerwGE 81, 329.

⁹³⁵ Siehe hierzu auch *Umweltbundesamt*, *Umweltverträgliche Nutzung des Untergrundes und Ressourcenschonung*, November 2014 (Positionspapier Langfassung), S. 20.

cherung klargestellt wird, dass diese gegenüber sonstigen öffentlichen Schutz- und Widmungszwecken in einem angemessenen Umfang zu beachten ist.

Vorschlag 5a: Streichung der Rohstoffsicherungsklausel in § 48 Abs. 1 S. 2 BBergG

Hilfsweise: Vorschlag 5b: Integration der Rechtsprechung zur Berücksichtigung von Umweltbelangen in die „Rohstoffsicherungsklausel des § 48 Abs. 1 S. 2 BBergG

Streichung von § 48 Abs. 1 S. 2 BBergG: „Bei Anwendung dieser Vorschriften ist dafür Sorge zu tragen, dass die Aufsuchung und Gewinnung so wenig wie möglich beeinträchtigt werden.“

Hilfsweise: Neuformulierung von § 48 Abs. 1 S. 2 BBergG: „Bei Anwendung dieser Vorschriften sind die Belange der Aufsuchung und Gewinnung in angemessenem Umfang gegenüber konfligierenden Schutz- und Widmungszwecken zu beachten.“

8.1.6 UVP-Pflichtigkeit bei Betriebsplänen sicherstellen

Aufgrund von Übergangsregelungen bei der Einführung der Umweltverträglichkeitsprüfung werden vor dem 01.08. bzw. 03.10.1990 bereits begonnene Vorhaben von der UVP-Pflicht auch mit Wirkung für künftig für diese Vorhaben erforderlichen Betriebsplanzulassungen freigestellt.⁹³⁶ In diesem Zusammenhang entschied das BVerwG, dass auch bei Rahmenbetriebsplan-Zulassungen, die für „Ost-Tagebaue“ nach 1990 beantragt wurden, ein Planfeststellungsverfahren mit Umweltverträglichkeitsprüfung entbehrlich sei, sofern mit dem Gesamtvorhaben bereits zu DDR-Zeiten begonnen wurde.⁹³⁷ Dies hat zur Folge, dass insbesondere für sämtliche aktuell in Deutschland betriebenen Braunkohletagebaue in der Vergangenheit keine UVP durchgeführt wurde. Obwohl für diese nach 1990 z.T. sogar neue Rahmenbetriebspläne zur Zulassung für mehrere Jahrzehnte Abbautätigkeit beantragt wurden, durften die Zulassungsverfahren nach dem aktuellen Stand der Rechtsprechung ohne Umweltverträglichkeitsprüfung und Planfeststellungsverfahren durchgeführt werden. Dies wurde insbesondere mit einem „Bestandsschutz“ von bereits vor Inkrafttreten der UVP-Richtlinie aufgeschlossenen Tagebauvorhaben begründet, den die Überleitungsvorschriften zur Einführung der UVP-Pflicht in das BBergG bzw. der Einigungsvertrag für solche „begonnenen Vorhaben“ vermittelte.⁹³⁸

Vor diesem Hintergrund wird empfohlen, dass für Vorhaben, für die bislang noch keine UVP durchgeführt wurde, die aber die Schwellenwerte für die UVP-Pflichtigkeit überschreiten, im Rahmen der Zulassung eines neuen Betriebsplans künftig eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchgeführt werden sollte. Hierbei sollte es nicht darauf ankommen, ob es sich um einen Rahmen-, Haupt- oder Sonderbetriebsplan handelt.

Weiterhin sollte künftig klar zwischen der Pflicht zur Durchführung einer Strategischen Umweltprüfung (SUP) von Braunkohlenplänen und der UVP-Pflichtigkeit von Betriebsplänen differenziert werden.⁹³⁹ Die gesetzgeberische Idee, (Rahmen-)Betriebsplanverfahren von der Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens mit integrierter UVP freizustellen, wenn in den jeweiligen landesrechtlichen Vorschriften einer UVP entsprechende Verfahrensschritte vorgesehen sind, stammt aus einer

⁹³⁶ Nach Auffassung des BVerwG genügt es dafür, dass vor diesem Datum bereits ein Betriebsplan zugelassen bzw. in den neuen Bundesländern ein vergleichbares Stadium erreicht wurde (BVerwG, Urt. v. 12.06.2002 – 7 C 2,3/02; Beschl. v. 21.11.2005 – 7 B 26/05).

⁹³⁷ BVerwG, Urteile vom 12.06.2002, 7 C 2/02, NVwZ 2002, S. 1237-1238, sowie 7 C 3/02, ZfB 2002, S. 165-169.

⁹³⁸ Siehe hierzu *Stevens*, Bergrechtliche und umweltrechtliche Genehmigungen für Tagebaue, ZUR 2012, 338 (342) und *Keienburg*, in: *Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen*, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anh. § 57c Rn. 7.

⁹³⁹ In der Praxis stellt die bisherige Rechtslage nur für Nordrhein-Westfalen ein Problem dar.

Zeit vor Existenz der SUP-Richtlinie. Zudem ist laut der Rechtsprechung⁹⁴⁰ Braunkohlenplanung keine Vorhabenplanung und die im Braunkohlenplanverfahren durchgeführten Umweltprüfungen machen die Genehmigung eines Braunkohlenplans noch nicht zu einer „Genehmigung“ i.S.d. UVP-Rechts. Die Regelung des § 52 Abs. 2b S. 2 i.V.m. § 54 Abs. 2 S. 3 BBergG hat damit – jedenfalls nach der Rechtsprechung zur Situation in NRW – letztlich zu einer Freistellung von Braunkohlentagebauen (Hambach, Garzweiler) von der Pflicht zur Durchführung von Planfeststellungsverfahren und UVP im Hinblick auf viele Jahre zuvor durchgeführte Braunkohlenplanverfahren geführt, deren Aktualität und Anpassung an zwischenzeitlich fortentwickelte Anforderungen fraglich ist.

Es sollte insoweit – 28 Jahre nach Inkrafttreten der UVP-Pflicht – gesetzlich verankert werden, dass zukünftig die bestehenden Übergangsregelungen befristet werden. Da die Übergangsregelung des Einigungsvertrages⁹⁴¹ nicht nur ein förmliches Bundesgesetz sind, sondern gleichzeitig auch Teil eines völkerrechtlichen Vertrags, können sie nicht ohne weiteres durch ein Bundesgesetz geändert werden.⁹⁴² Vielmehr kann eine gesetzliche Anordnung der Nichtanwendung bestimmter Maßgaben mit Wirkung für die Zukunft vorgenommen werden.⁹⁴³ Diese Technik entspricht langjähriger Gesetzgebungspraxis im Bereich des Übergangsrechts aus dem Einigungsvertrag.⁹⁴⁴

Vorschlag: UVP-Pflichtigkeit bei Betriebsplänen sicherstellen

Es wird vorgeschlagen die Übergangsregelungen bei der Einführung der Umweltverträglichkeitsprüfung zu befristen. Zudem sollte § 52 Abs. 2b S. 2 BBergG gestrichen werden.

8.1.7 Grundabtretung

Es ist geboten, die in § 79 BBergG geregelten Voraussetzungen der Grundabtretung, die vom BVerfG in seinem Urteil vom 17.12.2013 teilweise für verfassungsrechtlich zweifelhaft erkannt wurden, sowie die weiteren sich aus dem Urteil ergebenden Vorgaben des BVerfG⁹⁴⁵ aus der Entscheidung zu „Garzweiler II“ gesetzgeberisch umzusetzen. Im Zusammenhang mit § 79 Abs. 1 BBergG werden die Unbestimmtheit der gesetzlichen Voraussetzungen der Grundabtretung und konkreter die dort nur allgemein angeführten Gründe des Allgemeinwohls zur Rechtfertigung von Grundabtretungen beanstandet. Als Konsequenz bietet sich eine Anpassung des Gesetzestexts an. Zunächst sollte die nach der „Garzweiler II“-Entscheidung gemäß Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG geforderte verstärkte Berücksichtigung der Belange des Grundeigentümers gegenüber den wirtschaftlichen Interessen des Bergbauunternehmens und dem volkswirtschaftlichen Interesse am Rohstoff schon aus Gründen der Klarstellung und Rechtssicherheit kodifiziert werden.

Das BVerfG hat hervorgehoben, dass eine Enteignung nur dann im Sinne des Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG zum Wohle der Allgemeinheit erfolge, wenn das Vorhaben, zu dessen Verwirklichung es der Enteig-

⁹⁴⁰ Sächsisches OVG Bautzen, Urteil vom 09.04.2015, Az: 1 C 26/14.

⁹⁴¹ Überleitungsvorschrift nach Anlage I Kapitel V Sachgebiet D Abschnitt III Nr. 1 Buchstabe h) bb), welche lautet: „§ 52a gilt nicht für Vorhaben, bei denen das Verfahren zur Zulassung des Betriebes, insbesondere zur Genehmigung eines technischen Betriebsplanes, am Tage des Wirksamwerdens des Beitritts bereits begonnen war.“ Siehe hierzu *Keienburg*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anh. § 57c Rn. 7.

⁹⁴² Siehe hierzu *Herrmann* in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang Einigungsvertrag, Rn. 2 m.w.N.

⁹⁴³ *Herrmann* in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, Anhang Einigungsvertrag, Rn. 2 m.w.N. unter Bezug auf BT-Drs. 17/10755, S. 9 f.

⁹⁴⁴ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes über die weitere Bereinigung von Übergangsrecht aus dem Einigungsvertrag, BT-Drs. 17/10755, S. 9 f.

⁹⁴⁵ Siehe hierzu oben Kapitel 3.8 sowie 6.6.2.

nung bedarf, seinerseits dem Gemeinwohl dient. Zu den in die Gesamtabwägung einzustellenden gewichtigen öffentlichen Belangen zählen nach dem Urteil auch solche des Landschaftsschutzes, des Denkmalschutzes, der Wasserwirtschaft, der Raumordnung oder des Städtebaus. Diese öffentlichen Belange sollten in einen novellierten Normtext integriert werden. Daneben bietet sich auch die Aufnahme sonstiger, nicht weniger gewichtiger ökologischer Aspekte des Abbaus in die zu berücksichtigenden Interessen an, also etwa der zu erwartende ökologische Schaden des Vorhabens, sowie der Einsatz und die etwaige Knappheit der zu gewinnenden Rohstoffe.

Die in § 79 Abs. 1 S. 1 BBergG aufgeführten Enteignungszwecke „Sicherung des sinnvollen und planmäßigen Abbaus der Lagerstätten“ und „Erhaltung der Arbeitsplätze im Bergbau“ sowie „Bestand oder die Verbesserung der Wirtschaftsstruktur“, die nach den Feststellungen des BVerfG mit Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG unvereinbar sind, sollten im Zuge einer Novellierung der Norm gestrichen werden.

Schließlich sollte – ebenfalls in der Konsequenz der entsprechenden Klarstellungen des BVerfG – gesetzlich fixiert werden, dass aus der Abwägungsentscheidung im Zuge der Rahmenbetriebsplanzulassung keine förmliche Bindungswirkung im Sinne einer enteignungsrechtlichen Vorwirkung folgt. Zudem ist es geboten, die Regelungen zur Entschädigung von Eigentümern von zu Wohn- oder Betriebszwecken genutzten Grundstücken dahingehend zu überarbeiten, dass sich deren Höhe an dem Betrag ausrichtet, der zur Beschaffung entsprechender Ersatzimmobilien erforderlich ist. Bemessungsgrundlage dafür sollte nicht (mehr) der Verkehrswert, sondern der Beschaffungswert ohne Vornahme eines Abzuges von etwaigen Vermögensvorteilen, die sich aus einer Entschädigung im Sinne von „neu für alt“ ergeben.⁹⁴⁶ Dergleichen wird gegenwärtig – in unterschiedlicher Ausprägung – auf freiwilliger Grundlage bzw. im Ergebnis von zwischen dem Bergbautreibenden und der Landesregierung bzw. den Standortgemeinden geschlossenen Vereinbarungen praktiziert. Weder für den Abschluss einer solchen Vereinbarung noch deren Inhalt existieren indessen rechtserhebliche Regelungen. Entschädigung oberhalb des Verkehrswertes bzw. jenseits der anderweitigen gesetzlichen Regelungen hängen somit maßgeblich von der „Philosophie“ des jeweiligen Bergbauunternehmens ab. Die gesetzlichen Regelungen zur Entschädigung von Menschen, die im Abbaugebiet leben, berücksichtigen nicht die Besonderheiten, die sich aus den existenziellen Betroffenheiten und dem drohenden Verlust des gesamten Lebensumfeldes ergeben. Weiterhin bedarf es Regelungen zum finanziellen Ausgleich von Aufwendungen, welche die Enteignungsbetroffenen bereits aufgrund der drohenden Enteignung in finanzieller und (Geldwert ausgleichender) zeitlicher Hinsicht zum Zwecke der Verhinderung oder Verminderung von Nachteilen leisten mussten. Grund hierfür ist die existenzielle Betroffenheit von durch Abbauvorhaben ihren Grundbesitz verlierenden Bürgern, mit Charakter eines Sonderopfers ggü. der Allgemeinheit. Ihnen soll eine Neuverschuldung in Folge der Grundabtretung nicht zugemutet werden. Es ist geboten, die auf Seiten der Betroffenen entstehenden Nachteile durch das den Vorteil aus der Vorhabendurchführung ziehende Bergbauunternehmen in jeglicher Hinsicht vollumfänglich auszugleichen und hierdurch ggf. (zwangsläufig, unbeabsichtigt) eintretenden Vermögenszuwachs nicht in Abzug zu bringen.

Vorschlag: Novellierung der Voraussetzungen der Grundabtretung in § 79 Abs. 1 S. 1 BBergG

Gesetzliche Normierung der Vorgaben des BVerfG zur Grundabtretung:

- ▶ **Streichung der Enteignungszwecke „Sicherung des sinnvollen und planmäßigen Abbaus der Lagerstätten“, „Erhaltung der Arbeitsplätze im Bergbau“ sowie „Bestand oder die Verbesserung der Wirtschaftsstruktur“**

⁹⁴⁶ Dies ist bei Umsiedelungen aufgrund von Braunkohletagebauen in der Praxis bereits üblich.

- ▶ **Integration der demgegenüber in die Abwägung einzustellenden öffentlichen Belange „Landschaftsschutz“, „Denkmalschutz“, „Wasserwirtschaft“, „Raumordnung“ und „Städtebau“; sowie der Belange „zu erwartender ökologischer Schaden des Vorhabens“ und „Einsatz und etwaige Knappheit der zu gewinnenden Rohstoffe“,**
- ▶ **Klarstellende Integration des in die Abwägung einzustellenden privaten Belangs „Interesse des Eigentümers am Erhalt seines Eigentums am Grundstück“,**
- ▶ **Verbesserung der Entschädigung enteignungsbetroffener Eigentümer.**

8.1.8 Wiedernutzbarmachung / Beendigung

Die bergrechtliche Wiedernutzbarmachungspflicht ist insbesondere auf die Ermöglichung der Folgenutzung der Flächen ausgerichtet. Umweltrechtliche Vorgaben werden nicht explizit genannt und fallen nur allgemein unter die „öffentliche Interessen“, die im Zuge der behördlichen Betriebsplanzulassung gem. § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG zu berücksichtigen sind.⁹⁴⁷ Die Umweltauswirkungen des Vorhabens und der Eingriff in Ökosysteme werden demgegenüber grundsätzlich durch die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung adressiert, die gem. § 17 Abs. 1 S. 1 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) im Zuge der Betriebsplanzulassungsentscheidung mit zu behandeln ist. In welchem Verhältnis die bergrechtliche Verpflichtung zur Wiedernutzbarmachung zu der aus der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung folgenden Kompensationsverpflichtung steht, ist nicht gesetzlich geklärt. Wiedernutzbarmachung und naturschutzrechtliche Kompensationsleistung können sich in ihren Anforderungen entsprechen, sodass es zu einer Überschneidung der durch die Normen vorgesehenen Handlungspflichten kommt, vgl. § 1 Abs. 5 S. 4 BNatSchG. Es ist aber auch denkbar, dass eine Kompensation des naturschutzfachlichen Eingriffs zusätzliche oder andere Maßnahmen als die bloße Wiedernutzbarmachung erfordert.⁹⁴⁸ Für Fälle, in denen Wiedernutzbarmachungspflicht und Eingriffsregelung unterschiedliche Inhalte haben – etwa weil die Wiedernutzbarmachung selbst einen Eingriff in Natur und Landschaft darstellt –, sind Maßnahmen der Wiedernutzbarmachung nach höchstrichterlicher Feststellung⁹⁴⁹ nicht als erneute Eingriffe in die Umwelt zu qualifizieren, aber als Gegenstand naturschutzfachlicher Belange über § 4 Abs. 4 BBergG zu berücksichtigen. Nur im Fall des Vorliegens gewichtiger Gründe (z.B. Gesundheitsschutz, öffentliche Sicherheit) darf daher eine Maßnahme der Wiedernutzbarmachung gewählt werden, die der naturschutzfachlich angebrachten Kompensationsmaßnahme nicht entspricht.⁹⁵⁰

Die Komplexität der rechtlichen Verzahnung bergrechtlicher und naturschutzrechtlicher Vorgaben – die letztlich auch den Status naturschutzfachlicher Erwägungen bei behördlichen Entscheidungen zu den zu fordernden Inhalten der Wiedernutzbarmachung betrifft – wurde im Rahmen der zur Durchführung dieser Untersuchung geführten Interviews wiederholt adressiert.⁹⁵¹

Es sollte daher eine gesetzgeberische Klarstellung dieses Verhältnisses unter Berücksichtigung der dargelegten höchstrichterlich und rechtswissenschaftlich erarbeiteten Grundsätze erfolgen. Hierfür

⁹⁴⁷ Siehe hierzu oben Kapitel 3.10.1.

⁹⁴⁸ Zu den Fallkonstellationen ebenfalls *Brockhoff*, Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung in bergrechtlichen Zulassungsverfahren, 2012, S. 240 f.

⁹⁴⁹ BVerwG, Urt. v. 14.04.2005 – 7 C 26/03, juris Rn. 22; siehe auch *Brockhoff*, Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung in bergrechtlichen Zulassungsverfahren, 2012, S. 309 ff.

⁹⁵⁰ *Brockhoff*, Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung in bergrechtlichen Zulassungsverfahren, 2012, S. 309 ff; vgl. dazu oben 3.10.1.

⁹⁵¹ Siehe hierzu oben Kapitel 3.10.3 sowie 3.5.5.4.

bietet sich die Integration der richterrechtlich entwickelten Abgrenzungskriterien zum Verhältnis von Wiedernutzbarmachung und Eingriffsregelung an,⁹⁵² die zum einen klarstellt, dass die Verpflichtung zu zusätzlichen und weitergehenden Maßnahmen aus § 15 BNatSchG unberührt bleibt. Zum anderen sollte der von der Rechtsprechung entwickelte relative Vorrang der Eingriffsregelung kodifiziert und damit sichergestellt werden, dass naturschutzfachlich nicht angezeigte Maßnahmen im Rahmen der Wiedernutzbarmachung nur zugunsten gewichtiger Gründe zulässig sind.

Vorschlag: Gesetzliche Klärung des umweltschutzfachlichen Gehalts der bergrechtlichen Wiedernutzbarmachung

Neufassung von § 4 Abs. 4 BBergG im Sinne der Rechtsprechung dahingehend, dass andere, als die naturschutzfachlich geforderten Kompensationsmaßnahmen nach § 15 BNatSchG nur zulässig sind, wenn gewichtige Gründe vorliegen.

In den Vorschriften zur Genehmigung von Betriebsplänen sollte eine Vorgabe zu den Anforderungen an die Wiedernutzbarmachung der Oberfläche enthalten sein. Hierzu könnten beispielsweise die §§ 55 Abs. 1 Nr. 7, Abs. 2 Nr. 2 BBergG dahingehend geändert werden, dass die Vorsorge bzw. die Sicherstellung der Wiedernutzbarmachung unbeschadet der Verpflichtungen zu zusätzlichen und weitergehenden Maßnahmen aus § 15 BNatSchG zu erfolgen hat.

8.2 Außerbergrechtliches Abbaurecht

Die sog. Grundeigentümerbodenschätze wie Kiese und Sande stehen außerhalb des Anwendungsbereichs des Bergrechts. Ihre Abgrabung unterliegt landesrechtlichen Regelungen, die eine große Variationsbreite aufweisen. Das Abgrabungsrecht wird in wenigen Ländern wie Nordrhein-Westfalen und Bayern durch spezifische Abgrabungsgesetze geregelt, in Brandenburg gibt es dazu eine auf dem Bauordnungsrecht fußende Rechtsverordnung, in Niedersachsen ist das Abgrabungsrecht im Landesnaturschutzgesetz normiert. Teilweise haben die Genehmigungsvorschriften in den spezifischen Abgrabungsvorschriften eine Konzentrationswirkung (so in Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen), teilweise nicht (so in Bayern). In anderen Ländern sind die Anforderungen an die Genehmigungserteilung sehr detailliert (so etwa in Brandenburg), teilweise eher oberflächlich geregelt (so in Bayern). Im Übrigen kommen die Regelungen des Naturschutz-, Wasser-, Immissionsschutz-, Bau- oder Forstrechts zur Anwendung.⁹⁵³

Diese höchst unterschiedliche Rechtslage in den verschiedenen Bundesländern macht das Abgrabungsrecht unübersichtlich und ähnelt in dieser Hinsicht der „großen Schwester“ des Bergrechts. Hinter der bloßen Unübersichtlichkeit verbirgt sich aber auch eine potenziell unterschiedliche Berücksichtigung ökologischer Belange in den Genehmigungsverfahren. Manche Regelungen wie etwa in Niedersachsen oder Brandenburg legen durch ihre detaillierten (Umwelt-)Anforderungen eine stärkere Berücksichtigung dieser Belange nahe als andere. Ob dies in der Praxis dann auch so umgesetzt wird, steht auf einem anderen Blatt und lässt sich ohne empirische Prüfung nicht abschätzen.

Eine mögliche Schlussfolgerung aus dieser jedenfalls theoretisch für den Umweltschutz defizitären Rechtslage ist eine stärkere Vereinheitlichung des Abgrabungsrechts im weiteren Sinne auf hohem Niveau. Dies könnte durch ein eigenes Abgrabungsgesetz des Bundes⁹⁵⁴ oder durch eine Harmonisie-

⁹⁵² Siehe hierzu oben Kapitel 3.10.1.

⁹⁵³ Siehe hierzu oben Kapitel 4.

⁹⁵⁴ S. bereits den entspr. unveröff. „Entwurf eines Gesetzes zur Versorgung mit mineralischen Rohstoffen“ von 1996 mit einem „Bundesrohstoffgesetz (BRG)“ im Auftrag des Bundesverbands Steine und Erden (bbs), der auf Überlegungen von Prof. Dr. iur. Franz Knöpfler beruhte.

rung der Länderregelungen erfolgen, aber auch durch eine Aufnahme der Grundeigentümer-Bodenschätze in das BBergG.⁹⁵⁵

Für Abgrabungen von Grundeigentümergebieten ist darüber hinaus das Wasserrecht von Bedeutung. Hierbei geht es nicht um die Gewinnung von Wasser, denn Wasser ist nach § 3 Abs. 1 BBergG vom Bodenschatzbegriff ausgenommen. Vielmehr spielt das Wasserrecht wegen der möglichen Gefährdung von Grund- und Oberflächenwasser durch Abgrabungen eine Rolle. Wasserrechtliche Gestattungen sind von der Konzentrationswirkung anderer Verfahren wie nach dem AbgrG NRW ausgenommen, so dass sog. echte und unechte Gewässerbenutzungen einer Erlaubnis, Bewilligung oder, im Falle eines Gewässerausbaus, auch einer Planfeststellung nach dem WHG sowie den Landeswassergesetzen bedürfen. Nach § 12 Abs. 1 Wasserhaushaltsgesetz (WHG) kommt es u.a. darauf an, ob durch die Abgrabung schädliche Gewässerveränderungen zu erwarten sind. Hier ist nicht eindeutig, ob im Zusammenhang mit solchen Veränderungen für die Beurteilung des Allgemeinwohls auch andere als wasserwirtschaftliche Belange relevant sein können, oder ob diese Belange im Rahmen des Bewirtschaftungsermessens nach § 6 WHG zu berücksichtigen sind. Für die Frage, ob die Gewässerbewirtschaftung dem Wohl der Allgemeinheit dient, können Vorfestlegungen durch verbindliche Ziele der Raumordnung eine Rolle spielen. Zu den Allgemeinwohlbelangen kann auch das Interesse an der Nutzung von Bodenschätzen zählen. Grundlegende Defizite im Hinblick auf die Nutzung von Grundeigentümergebieten durch Abbauvorhaben sind allerdings aus Sicht des Wasserrechts nicht erkennbar. Insbesondere ökologische Belange genießen durch das wasserrechtliche Bewirtschaftungsermessen einen hohen Stellenwert.

Für das Immissionsschutzrecht ist zwischen genehmigungsbedürftigen und nicht-genehmigungsbedürftigen Anlagen zu unterscheiden. Bestimmte Abgrabungsvorhaben wie Steinbrüche mit einer Abbaufäche von 10 ha und mehr sind nach der 4. BImSchV genehmigungsbedürftig. Gleiches gilt für mit der eigentlichen Abgrabung im Zusammenhang stehende Anlagen, z.B. solche zum Brennen der gewonnenen Bodenschätze. Hier kann grundsätzlich der Charakter der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung als gebundene Entscheidung kritisiert werden, weil damit z.B. keine Alternativprüfung verlangt werden kann. Eine Ausgestaltung in Form einer planerischen Entscheidung mit behördlichem Abwägungsspielraum könnte die Prüfungsbreite erhöhen. Allerdings bietet der Erlass von Nebenbestimmungen nach § 12 BImSchG insoweit einige Korrekturmöglichkeiten im Hinblick auf die Berücksichtigung von Umweltbelangen bei Abgrabungsvorhaben.

Für den Abbau von Grundeigentümergebieten spielt ferner das Baurecht eine erhebliche Rolle, namentlich in den Ländern, die über kein spezifisches Abgrabungsrecht verfügen. Hier ist zunächst auf die oben geäußerte Kritik bzgl. der Zersplitterung des Rechts des Abbaus von Grundeigentümergebieten zurückzukommen. Ein eigenständiges Abgrabungsrecht könnte zu einer klareren Rechtslage beitragen und auch die Anwendung des Baurechts auf bestimmte Regelungen beschränken, während die eigentlichen Abgrabungsregelungen in Spezialgesetzen aufgenommen würden. Zurzeit stellt sich die Rechtslage aber so dar, dass Abgrabungsvorhaben in vielen Ländern baugenehmigungspflichtig sind. Auch insoweit sind die Regelungen in den Landesbauordnungen unterschiedlich und lassen keine einheitliche Linie bei den Landesregelungen erkennen. Eine einheitliche bundesrechtliche Regelung für Abgrabungen könnte Abhilfe schaffen. Hierdurch könnte auch das teilweise festzustellende Auseinanderfallen von Zuständigkeit und Sachkompetenz bei der Genehmigung von Abgrabungen vermieden werden.⁹⁵⁶

⁹⁵⁵ Siehe hierzu oben Kapitel 4.7.1.

⁹⁵⁶ Näher dazu unten unter 8.2.2.

Bauplanungsrechtlich ist vor allem § 35 BauGB relevant, da Abgrabungen meist im Außenbereich durchgeführt werden. Sie sind in der Regel auch als privilegierte Vorhaben anzusehen, etwa nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB wegen der besonderen Anforderungen an die Umgebung. Diese Privilegierung verleiht ihnen nach der Rechtsprechung gegenüber Umweltbelangen einen höheren Stellenwert. So soll insbesondere Umweltbelangen, die nur für die Dauer der Abgrabung, aber nicht mehr nach stattgefundener Rekultivierung, betroffen sind, geringeres Gewicht zuzumessen sein. Diese Rechtsprechung berücksichtigt unter anderem nicht genügend, dass Abgrabungen sich über etliche Jahrzehnte hinziehen können.

Für das Naturschutzrecht ist bei Abgrabungen das auch für andere Bereiche bekannte Problem festzustellen, dass nach der „Huckepackregelung“ des § 17 BNatSchG in der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung die Zuständigkeit für die Entscheidung über die Zulässigkeit des Eingriffs bei der jeweiligen Genehmigungsbehörde liegt, während die Naturschutzbehörde nur ein Benehmensrecht hat. Anders ist die Rechtslage z.B. in Niedersachsen, wo die Naturschutzbehörde aufgrund des Landesnaturschutzgesetzes für die Entscheidung über den Bodenabbau zuständig ist.⁹⁵⁷

8.2.1 Aufnahme der Grundeigentümerbodenschätze in das BBergG

Eine mögliche Handlungsempfehlung liegt in der Ausweitung des bergrechtlichen Anwendungsbereichs auf die Grundeigentümerbodenschätze. Dies würde z.B. Kalkstein, Torf, Lehm, Gips, Sand und Kies sowie – soweit sie nicht die in § 3 Abs. 4 Nr. 1 BBergG genannten Merkmale aufweisen und deshalb bereits von dem Rechtsregime des BBergG erfasst sind – Ton, Quarz/ Quarzit und alle sonstigen Gesteine und Erden betreffen. Nach § 3 Abs. 4 Nr. 1 BBergG fallen etwa Quarz und Quarzit nur zu einem geringen Teil unter die grundeigenen Bodenschätze, nämlich soweit diese sich zur Herstellung von feuerfesten Erzeugnissen oder Ferrosilizium eignen.

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für eine beabsichtigte Aufnahme der Grundeigentümerbodenschätze in das BBergG ergibt sich aus Art. 74 Nr. 11 GG. Nach dem Klammerzusatz in dieser Kompetenznorm steht dem Bund insbesondere die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für den Bergbau zu. Nach der gebotenen weiten Auslegung zählt hierzu nicht nur der untertägige Abbau von Bodenschätzen, sondern generell das Aufsuchen und Gewinnen von Mineralien und Gesteinen, einschließlich von Kiesen und Sanden im Übertagebau.⁹⁵⁸ Dass der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz für die Grundeigentümer-Bodenschätze keinen Gebrauch gemacht hat, hat daher keine kompetenziellen, sondern andere, vorwiegend politische Gründe.⁹⁵⁹

Es gibt eine Reihe von Argumenten, die für und gegen eine solche Aufnahme der Grundeigentümerbodenschätze in das BBergG sprechen.⁹⁶⁰ Für eine Neuordnung der Rohstoffkategorien haben sich *Vitzthum/Piens* ausgesprochen:

„De lege ferenda hätte mit dem-Rechtsbereinigungsg von 1996 eine bundesrechtliche Chance bestanden, die genehmigungs- und eigentumsrechtliche Gleichbehandlung aller Bodenschätze herbeizuführen, wie das der erste RegE des BBergG von 1975 bereits vorgesehen hatte und wie es bis 1996 in den neuen Bundesländern mit gutem Erfolg praktiziert worden war. Diese Rechtsvereinheitlichung ist jedoch nicht erfolgt, sodass die bekannten Problemfelder insbesondere der unterschiedlichen Zuordnung der Bodenschätze weiterbestehen:

⁹⁵⁷ Näher unten unter 8.2.2.

⁹⁵⁸ *Maunz/Dürig/Maunz*, GG Art. 74 Rn. 136, beck-online; s. auch die Begründung zum „Entwurf eines Gesetzes zur Versorgung mit mineralischen Rohstoffen“ von 1996 (oben Fn. 947), S. 3.

⁹⁵⁹ Vgl. *Vitzthum/Piens*, in: *Piens/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 3 Rn. 81.

⁹⁶⁰ Vgl. allgemein *Fleckenstein* (1997): Langfristige Sicherung des Rohstoffabbaus. Können regionale Planungen das Bergrecht ersetzen? *Raumforschung und Raumordnung (RuR)* Vol. 55, No. 3 (1997), S. 176 ff.

- die nicht mehr sinnvoll erscheinenden diffizilen Unterschiede zwischen Normal- und Spezialton, zwischen Normal- und Quarzsand sowie bei Basalt,
- die infolge des Verbrauchs und umweltrechtlicher Standortsschwierigkeiten erschwerte Zugänglichkeit aller Lagerstätten und die dadurch prekär gewordene Anhängigkeit der Bauindustrie von der Bodenschätzeerzeugung,
- die damit gleichzeitig verstärkt in den Blick rückende volkswirtschaftliche Bedeutung auch der bislang nicht bergrechtlichen Bodenschätze,
- die unterschiedslose Behandlung aller Bodenschätze in der Raumordnung, Landes- und Bauleitplanung,
- die durch eine Rechtsvereinheitlichung zumindest indizierte Vereinheitlichung von Behördenkompetenzen für alle Gewinnungsvorhaben. [...]“⁹⁶¹.

Hieran anknüpfend, sprechen folgende, insbesondere auch Aspekte des Umweltschutzes, für eine Rechtsvereinheitlichung auf Bundesebene:

- ▶ Wie beschrieben ist eine erhebliche Rechtszersplitterung zwischen den Ländern festzustellen,⁹⁶² die tendenziell den Ländern einen gewissen Freiraum für eine schwächere Berücksichtigung ökologischer Belange gibt. Eine bundesrechtliche Vereinheitlichung des Abbauregimes könnte daher nicht nur die Transparenz fördern, sondern – eine entsprechende Bundesregelung mit einem hohen Umweltschutzstandard vorausgesetzt – auch die Stellung ökologischer Belange in den Abbauprozessen generell stärken.
- ▶ Vom Umfang her geht es insbesondere bei Kies und Sanden um wesentliche Rohstoffe. So sind Bausande mit 247 Mio. t die bedeutendsten mineralischen Rohstoffe mit einem Anteil von weit über einem Drittel an der inländischen Rohstoffproduktion.⁹⁶³ Damit unterfallen gerade die quantitativ wichtigsten Bodenschätze nicht dem Anwendungsbereich des für den Rohstoffabbau spezialisierten Gesetzes.
- ▶ Das Bergrecht ist in der Nachsteuerung dynamischer. Z.B. erfolgt durch regelmäßig zu überprüfende Hauptbetriebspläne eine fortlaufende Kontrolle der Einhaltung auch von Vorgaben des Umweltschutzes. Einfache Genehmigungen für den Sand- und Kiesabbau nach Landesrecht, auch wenn diese ggf. UVP-pflichtig sind, gelten dagegen für Jahrzehnte, ohne dass eine solche gesetzlich angeordnete Nachsteuerung vorgeschrieben wäre.
- ▶ Im Rahmen des Forschungsvorhabens durchgeführte Interviews haben gezeigt, dass Landratsämter o.ä., die regelmäßig für die Genehmigung des Abbaus der Grundeigentümergebietsschätze zuständig sind, die zuständigen Behörden auf Landesebene teilweise nicht beteiligen. Dies gilt insbesondere für den Staatlichen Geologischen Dienst in den jeweiligen Ländern. So wurde beispielsweise berichtet, dass in jahrzehntelanger Arbeit nicht einmal eine solche Beteiligung stattgefunden habe.
- ▶ Es findet eine Konzentration bei den Behörden statt, die sich am besten mit dem Abbau von Bodenschätzen auskennen. Dies ist regelmäßig die Bergbehörde des Landes, die dann

⁹⁶¹ Für eine Rechtsvereinheitlichung im Verhältnis Abgrabung – Bergrecht und Konzentrationswirkungen sprechen sich auch Vitzthum/Piensch, in: Piensch/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 3 Rn. 81 aus.

⁹⁶² S. auch die Begründung zum „Entwurf eines Gesetzes zur Versorgung mit mineralischen Rohstoffen“ von 1996 (oben Fn. 73), S. 3: „Eine durchgängige wirksame Regelung der Versorgung der Wirtschaft mit mineralischen Rohstoffen bedarf im Hinblick auf die zu wahrende Rechts- und Wirtschaftseinheit im ganzen Bundesgebiet einer einheitlichen, länderübergreifenden Regelung. Ein bundeseinheitliches Zulassungsverfahren ist auch erforderlich, um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Zudem bestünde sonst die Gefahr einer Zersplitterung rechtlicher Regelungszusammenhänge, die es dem Bürger erschweren würde, sich in zumutbarer Weise in dem jeweils zu beachtenden Recht zu orientieren.“

⁹⁶³ BGR, Deutschland – Rohstoffsituation 2016, 2017, S. 15.

auch die obere oder oberste Wasserbehörde etc. beteiligt. Beim Abgrabungsrecht findet alles auf der Stufe der unteren Behörden statt – d.h. oft faktisch innerhalb eines Landratsamts. Diese regionalen Behörden können oft nicht genügend spezialisiertes Personal vorhalten und sind daher nicht genügend leistungsfähig.

- ▶ Auf kommunaler Ebene kann der politische Einfluss gegenüber Investoren vor Ort recht groß sein, wodurch ein ökonomisch begründeter Druck auf Abbauvorhaben erzeugt werden kann. Dies kann sich negativ auf die Berücksichtigung ökologischer Belange auswirken, indem diese gegenüber anderen, etwa regionalen Arbeitsmarktargumenten, zurückgesetzt werden. Eine Verlagerung der Zuständigkeit auf eine höhere behördliche Ebene in den Ländern könnte, eine ambitionierte bundeseinheitliche Regelung vorausgesetzt, zu einer stärkeren Berücksichtigung des Naturschutzes oder anderer ökologischer Belange führen.
- ▶ Zudem wäre die Vergleichbarkeit mit Vorhaben in anderen Ländern verbessert, so dass Best-Practice-Modelle aus anderen Bundesländern leichter herangezogen werden könnten. Z.B. könnten Naturschutzverbände ihre Stellungnahmen besser begründen.

Andere Argumente sprechen gegen eine Aufnahme der Grundeigentümergebietsschätze in das BBergG:

- ▶ Ein Gegenargument gegen die Ausdehnung des Anwendungsbereichs des BBergG ist, dass, wie *Roßnagel/Hentschel*⁹⁶⁴ betont haben, „die nicht vom Bundesberggesetz erfassten Bodenschätze (...) somit nach der bestehenden Rechtslage ausreichend geschützt werden. Insbesondere können die Festlegungen einer raumordnerischen Bedarfsplanung im Rahmen der Vorhabengenehmigung in geeigneter Weise umgesetzt werden. Daher besteht kein Grund, sie in das Bundesberggesetz aufzunehmen, in dem in der geltenden Fassung die Umsetzung der Bedarfsplanung weniger gut möglich wäre.“ Damit könnte eine Bedarfsplanung für Kiese und Sande bei Aufnahme in das Bergrecht problematisch sein. Würde aber eine Bedarfsplanung über die Raumordnung normiert, erfasste sie auch Grundeigentümergebietsschätze. Denn die Ziele der Raumordnung gelten unabhängig davon, nach welchen Gesetzen – ob Bundes- oder Landesgesetze – eine Materie geregelt ist. Auch ist nach der Änderung des § 48 Abs. 2 BBergG ausdrücklich geklärt, dass Ziele der Raumordnung bei der Prüfung hinsichtlich einer Beschränkung oder Untersagung eines Vorhabens zu beachten sind. Die Frage der Anwendbarkeit der Raumordnung spricht daher nicht gegen eine bundeseinheitliche Regelung der Grundeigentümergebietsschätze.
- ▶ Wie dargelegt, ist das geltende Bergrecht im Hinblick auf die Berücksichtigung ökologischer Belange verbesserungswürdig. Gegen eine Aufnahme der Grundeigentümergebietsschätze in das BBergG könnte daher sprechen, dass im Verhältnis jedenfalls zu dem einen oder anderen Landesabgrabungsrecht eine Verschlechterung eintreten könnte. So ist das Recht bzgl. der Sicherheitsleistung in einigen Landesgesetzen besser und detaillierter ausgestaltet als im Bergrecht. Es ist allerdings nicht eindeutig, ob die Praxis nach dem Landes- und dem Bundesrecht sich insoweit tatsächlich unterscheidet. Nach den durchgeführten Interviews scheint es keine großen Unterschiede in der Praxis zu geben. Jedenfalls wäre eine Aufnahme der Grundeigentümergebietsschätze in das BBergG aus Sicht des Umweltschutzes nur für ein entsprechend aktualisiertes Bundesrecht sinnvoll. Eine derartige Reform müsste daher Hand in Hand mit der oben vorgeschlagenen Ausgestaltung des BBergG gehen.

⁹⁶⁴ *Roßnagel/Hentschel*: Rechtliche Instrumente des allgemeinen Ressourcenschutzes, S. 103.

- ▶ Als weiteres Argument kann angeführt werden, dass die Gemeinden ein ihnen bisher zustehendes Korrektiv verlieren würden. Sie haben bisher die Möglichkeit, über die gemeindliche Bauleitplanung (§§ 30 bis 36 BauGB) sowohl Trockenaus Kiesungen als auch die gem. § 68 Abs. 1 WHG i.V.m. den jeweiligen Landeswassergesetzen planfeststellungsbedürftigen Projekte der Nassauskiesung (Vorhaben nicht überörtlicher Bedeutung) zu steuern.⁹⁶⁵ Verweigern die Gemeinden bei der Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzung des § 35 BauGB gem. § 36 BauGB ihr Einvernehmen, darf das Abbauvorhaben nicht realisiert werden.⁹⁶⁶ Eine solche gemeindliche Einvernehmenspflicht gilt aber nach § 36 Abs. 1 S. 2 BauGB nicht für Vorhaben, die der Bergaufsicht unterliegen.⁹⁶⁷ Andererseits wurde oben bereits ausgeführt, dass auf gemeindlicher Ebene häufig kommunale oder regionale ökonomische Interessen zugunsten eines Abbauvorhabens ausschlaggebend sein können. Es ist daher zweifelhaft, ob das Einvernehmen nach § 36 BauGB in der Praxis als Korrektiv im Sinne des Umweltschutzes tatsächlich eine Rolle spielt. Unabhängig davon sollte der Halbsatz in § 36 Abs. 1 S. 2 BauGB, der die der Bergaufsicht unterliegenden Verfahren gegenüber allen anderen Verfahren privilegiert, gestrichen werden.⁹⁶⁸

Unterm Strich sprechen überwiegende Argumente dafür, die Grundeigentümerbodenschätze unter die Ägide eines – dann allerdings auch im Sinne des Umweltschutzes weiterentwickelten – Bergrechts fallen zu lassen. Aspekte wie die höhere Transparenz und bessere Vergleichbarkeit angesichts diverser relativ undurchschaubarer Landesregelungen lassen diesen Schluss zu. Es bleibt letztlich kaum vermittelbar, warum ausgerechnet Kiese und Sande, die den größten Anteil an den geförderten Bodenschätzen ausmachen, nicht unter das Bergrecht fallen.

Auf bundesrechtlicher Ebene ist statt einer Einbeziehung des Abgrabungsrechts in das BBergG auch die Schaffung einer eigenständigen bundeseinheitlichen Regelung möglich. Ein solcher Vorschlag eines „Gesetzes zur Versorgung mit Rohstoffen“ (Bundesrohstoffgesetz (BRG))⁹⁶⁹ wurde 1996 in einem unveröffentlichten Rechtsgutachten ausformuliert.⁹⁶⁹ In einem dritten Teil über den nichtbergrechtlichen Abbau wird eine Genehmigungspflicht für Abbauvorhaben vorgesehen. Die Genehmigung ist danach zu erteilen, wenn u.a. *„die Ziele der Raumordnung nicht entgegenstehen“*, *„über die ordnungsgemäße Oberflächengestaltung (Wiedernutzbarmachung) der durch den Abbau in Anspruch genommenen Flächen entschieden ist“*, *„sichergestellt ist, daß beim Abbau anfallende Rückstände vorrangig zur Wiedernutzbarmachung verwendet werden und“* *„öffentlich-rechtliche Vorschriften im Einzelfall nicht entgegenstehen.“* *„Wenn die vom Vorhaben in Anspruch zu nehmende beantragte Abbaufäche 25 ha übersteigt“*, ist ein Planfeststellungs- bzw. Plangenehmigungsverfahren durchzuführen. Die Genehmigung bzw. Planfeststellung soll danach eine Konzentrationswirkung entfalten. Das Planfeststellungsverfahren soll generell einer UVP-Pflicht unterworfen werden. In weiteren Artikeln des Entwurfs werden Änderungen verschiedener Gesetze wie des BauGB, des BNatSchG oder des WHG vor-

⁹⁶⁵ Nach einem aktuellen Urteil des OVG des Saarlandes, Urteil vom 24.05.2018 – 2 A 551/17 –, juris ergibt sich aus dem Erfordernis der Durchführung eines Raumordnungsverfahrens eine Indizwirkung für das Vorliegen einer überörtlichen Bedeutung. Dies hat zur Folge, dass § 38 BauGB greift und § 36 BauGB – und damit das Einvernehmen der Gemeinde – keine Rolle spielt.

⁹⁶⁶ Siehe zum Einvernehmen: Piens, in Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 56 Anhang, Rn. 68 f.

⁹⁶⁷ Piens, in Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 56 Anhang, Rn. 15, 69. nach der Rechtsprechung des BVerwG, Urteil vom 28.09.2016 – 7 C 18/15 –, juris, Rn. 20 ist die „Ausnahme vom Erfordernis des gemeindlichen Einvernehmens [...] aber in einschränkender Auslegung nur auf solche Vorhaben zu beziehen, über deren bauplanungsrechtliche Zulässigkeit in der bergrechtlichen Betriebsplanzulassung entschieden wird.“

⁹⁶⁸ Siehe hierzu 8.1.4.9.

⁹⁶⁹ S. oben Fn. 954.

geschlagen. Klargestellt wird auch, dass die Genehmigung Vorrang vor einer BImSchG-Genehmigung haben soll.

Eine solche Vereinheitlichung des Abgrabungsrechts durch eine bundeseinheitliche Regelung ist ein möglicher Ansatz, den beschriebenen Fragen, insbesondere der Rechtszersplitterung, entgegenzuwirken. Vorzuziehen ist jedoch eine Vereinigung des Berg- und Abgrabungsrechts in einem modernisierten BBergG mit einem einheitlichen, Umweltschutzbelange besser berücksichtigenden Zulassungsregime. Die in dem Vorschlag eines Bundesrohstoffgesetzes enthaltene Stufung der Zulassungsverfahren nach Größe der Abgrabung ist bedenkenswert. In der Tat ist ein vereinfachtes Verfahren für kleinere Vorhaben vorzusehen. Ob dabei die Grenze von 25 ha wie vorgeschlagen sinnvoll ist, wäre zu diskutieren.

Über die Einbeziehung der Grundeigentümergebiete in das BBergG hinaus ist eine Neuordnung der Rohstoffkategorien möglich, indem die Trennung in bergfreie und grundeigene Bodenschätze aufgegeben würde. Der BUND hat eine solche Forderung 2015 erhoben. Unter der Überschrift „Rechtskonstrukt des „bergfreien“ Bodenschatzes beseitigen“ wird eine „Abschaffung der Vorschriften zur vorgelagerten Verleihung von Bergbauberechtigungen an „bergfreien“ Bodenschätzen durch Streichung des § 3 Abs. 2 BBergG sowie der §§ 6 bis 29 und der entbehrlich werdenden §§ 33 bis 38 sowie § 42“ gefordert. Mit der Institution der bergfreien Bodenschätze verschaffe das BBergG dem Bergbaubetriebenden „besondere Privilegien und eine schwer angreifbare Rechtsposition“. „Die von einem Abbauvorhaben betroffenen Oberflächeneigentümer“ hätten „dabei kein Recht, an dem Verwaltungsverfahren zur Erteilung einer Bergbauberechtigung beteiligt zu werden.“⁹⁷⁰

Gegen diese Argumentation spricht, dass es auch im Sinne des Umweltschutzes nicht zielführend wäre, mit der Bergbauberechtigung ein öffentlich-rechtliches Konzessionssystem abzuschaffen, um damit letztlich die Stellung von privaten Eigentümern zu stärken. Dies würde gewissermaßen einer Privatisierung von Rohstoffen Vorschub leisten. Sinnvoll wäre dagegen, die Rechte von Grundeigentümern über andere Wege zu stärken, z.B. über verbesserte Beteiligungsregelungen, die Verschärfung der Voraussetzung für Grundabtretungen und letztlich über eine stärkere Verankerung ökologischer Belange in der Interessenabwägung. Außerdem könnte sich die Abschaffung des Instituts der bergfreien Bodenschätze letztlich kontraproduktiv auswirken, da damit die rechtliche Begründung für die Feldes- und Förderabgaben entfallen könnte.

Es sollte daher bei der bestehenden Trennung zwischen bergfreien und grundeigenen Bodenschätzen bleiben, wobei aber die Grundeigentümergebiete in das Regime des Bergrechts (= als grundeigene Bodenschätze) überführt werden sollten. Es bleibt zu prüfen, ob und ggf. welche grundeigenen Bodenschätze aufgrund ihrer volkswirtschaftlichen Bedeutung oder ggf. sonstigen überwiegenden öffentlichen Interessen als bergfrei eingestuft werden sollen.

Vorschlag: Aufnahme der Grundeigentümergebiete in den Anwendungsbereich des BBergG

Die Grundeigentümergebiete wie z.B. Kalkstein, Torf, Lehm, Gips, Sand und Kies sowie – soweit sie nicht die in § 3 Abs. 4 Nr. 1 BBergG genannten Merkmale aufweisen – Ton, Quarz/ Quarzit und alle sonstigen Gesteine und Erden werden in den Anwendungsbereich des BBergG als grundeigene Bodenschätze aufgenommen.

⁹⁷⁰ BUND, Kernforderungen zur Novellierung des Bergrechts, 24. November 2015, S. 5 (<https://www.bund-nrw.de/publikationen/detail/publication/bund-standpunkt-kernforderungen-zur-novellierung-des-bergrechts/>) (aufgerufen am 30.11.2018).

8.2.2 Harmonisierung der Länder-Abgrabungsregelungen

Oben wurde vorgeschlagen, die Grundeigentümergebühren in das Regime des BBergG aufzunehmen und damit eine bundeseinheitliche Regelung zu schaffen.⁹⁷¹ Da die Länder hiermit eine Gesetzgebungsmaterie verlieren würden, ist nicht auszuschließen, dass ein solcher Vorschlag an deren Widerstand scheitern könnte. Unterhalb dieser Regelungsschwelle könnte daher auch an eine Harmonisierung der Abgrabungsregelungen der Länder gedacht werden. Dies wird auch von *Vitzthum/Piens* angesprochen:

*„Die Umweltprobleme sind teilweise ähnlich, teilweise identisch, sodass die Länder auch ohne Bergrechtsänderung gewisse Vereinheitlichungen herbeiführen könnten, vor allem durch Konzentration der Zulassungsverfahren für jede Bodenschätzigewinnung bei einer Behörde...“*⁹⁷²

So könnten die den Bodenabbau regelnden Genehmigungsvorschriften der Abgrabungs- und Naturschutzgesetze der Länder bei größeren Vorhaben in Richtung eines Planfeststellungsverfahrens weiterentwickelt werden. Besser als bei den bisherigen gebundenen Genehmigungen für derartige Vorhaben könnte dann über das Planungsermessens eine umfassende Abwägung auch aller ökologischen Belange durchgeführt werden, die stärker als bisher auch die umwelt- und ressourcenschonende Steuerung von Abgrabungsvorhaben zulässt. Allerdings würde dies eine enge Abstimmung der Länder erfordern, die politisch angesichts unterschiedlicher Interessen und Ausgangslagen kaum realistisch erscheint. Zu prüfen ist, ob zu – dann genau zu definierenden – kleineren bis mittleren Vorhaben eine gebundene Entscheidung ergehen kann und es insofern keiner Genehmigung mit planerischer Abwägungsentscheidung bedarf.

Noch weiter unterhalb dieser Schwelle eines abgestimmten Abgrabungsrechts der Länder mit Einführung eines Planfeststellungsverfahrens ist rechtspolitisch zu erwägen, zumindest eigenständige Abgrabungsgesetze in den Ländern einzuführen. Länder wie Bayern und Nordrhein-Westfalen verfügen bereits über eigene Abgrabungsgesetze.⁹⁷³ Auch die Bodenabbauregelungen des niedersächsischen Naturschutzgesetzes lassen sich in diese Kategorie einordnen. Solche speziell auf die (insbesondere auch ökologischen Erfordernisse) des Abgrabungsrechts abgestimmten Gesetze können Vorteile gegenüber punktuellen Regelungen in verschiedenen Gesetzen und Verordnungen bieten. Für größere Vorhaben bietet sich ein besonderes Genehmigungsverfahren (ggf. Planfeststellungsverfahren) an, welches eine echte Abwägung vorsieht und insbesondere die Berücksichtigung von Umweltbelangen transparenter macht und diesen größeres Gewicht verleiht. Eine bloße Verfahrensabsicherung in den betroffenen medialen Umweltgesetzen (Luft, Wasser etc.), wie sie in den meisten Ländern bislang normiert ist und praktiziert wird, bleibt insoweit hinter eigenständigen Zulassungsverfahren für Abgrabungen zurück.

Vorschlag: (Hilfsweise) Harmonisierung der Länder-Abgrabungsregelungen

Die zersplitterten Abgrabungsregelungen der Länder werden in Anlehnung an das modernisierte BBergG harmonisiert.

⁹⁷¹ Siehe hierzu oben Kapitel 8.2.1.

⁹⁷² *Vitzthum/Piens*, in: *Piens/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 3 Rn. 81.

⁹⁷³ Siehe hierzu oben Kapitel 4.1.

8.3 Raumordnung

Als Ausgangsüberlegung zu den planungsrechtlichen Handlungsempfehlungen wurde in dem UF-OPLAN-Projekt zur Unterirdischen Raumplanung⁹⁷⁴ festgestellt, dass die Systematik des bestehenden Raumordnungsrechts grundsätzlich auch für die Nutzung des unterirdischen Raums zur Anwendung kommen kann.

Vor dem Hintergrund der vielfältigen Nutzungen und Funktionen des Untergrundes sowie der Herausforderungen einer Steuerung der Energiewende wurde dementsprechend 2013 im Koalitionsvertrag auf Bundesebene festgehalten, dass „die Grundlagen für eine unterirdische Raumplanung“ angestrebt werden, was in 2017 mit dem Gesetz zur Änderung raumordnungsrechtlicher Vorschriften⁹⁷⁵ auch umgesetzt wurde. Hierzu wurde in § 48 Abs. 2 S. 2 BBergG eine Raumordnungsklausel aufgenommen, nach der bei raumbedeutsamen Vorhaben Ziele der Raumordnung zu beachten sind. Diese Neuerung trat am 29.11.2017 in Kraft.

Hiermit wurde nicht nur der Wille des Gesetzgebers deutlich, dass die Raumordnung auch im Untergrund angewendet werden kann und soll, sondern es wurde auch Rechtsklarheit geschaffen, dass bei Zulassungen nach dem BBergG die raumordnerischen Ziele (verbindlich) beachtet werden müssen. Der Gesetzgeber beschrieb in diesem Zusammenhang zutreffend die *„Aufgabe der Raumordnung, vor dem Hintergrund der vielfältigen Nutzungen und Funktionen des Untergrunds dazu beizutragen, in einer Gesamtschau alle Nutzungen und Funktionen in einem bestimmten Plangebiet zu identifizieren, zu bewerten, im Falle von Konkurrenzen zu koordinieren und gegebenenfalls für einzelne Nutzungen oder Funktionen Gebiete zu reservieren.“*⁹⁷⁶

Damit einhergehend war eine der wichtigsten Voraussetzungen für die stärkere praktische Verankerung einer unterirdischen Raumplanung umgesetzt. Denn § 48 BBergG regelt nun ausdrücklich das unerlässliche Zusammenspiel zwischen Raum- und Fachplanung. Darüber hinaus werden auch letzte Zweifel an einer Anwendbarkeit der Raumordnung im Untergrund ausgeräumt – auch wenn im Raumordnungsgesetz selbst keine ausdrückliche begriffliche Klarstellung erfolgte.

Die bestehenden raumordnerischen Instrumente wie Vorrang-, Vorbehalts- und Eignungsgebiete und Kombinationen zwischen diesen erlauben grundsätzlich bereits de lege lata eine Steuerung unterirdischer Nutzungen. Im Bundesrecht fehlt aber die Möglichkeit reine „Ausschlussgebiete“ festzulegen, in denen alle oder auch nur bestimmte Nutzungen oder Funktionen untersagt werden.⁹⁷⁷ Z.B. hat ein Eignungsgebiet zwar eine Ausschlusswirkung für außerhalb des festgesetzten Gebiets gelegene Bereiche, nicht aber in diesem selbst. Ausschlussgebiete wurden allerdings in Bayern, Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz auf Landesebene in den Landesplanungsgesetzen verankert.⁹⁷⁸

Über die Kategorie eines Ausschlussgebiets hinaus ist zu diskutieren, ob die Idee eines weitergehenden „Ressourcenschutzgebiets“ verfolgt wird, in dem jegliche Nutzung zum Schutz vorhandener Rohstoffe, z.B. als Vorrat für künftige Generationen, untersagt wird.⁹⁷⁹ Parallelen gibt es etwa für Natur- oder Wasserschutzgebiete. Andere Vorschläge wie der einer bedingten Raumplanung, bei der

⁹⁷⁴ Schulze/Keimyer/Janssen/Bartel/Seiffert: Unterirdische Raumplanung – Vorschläge des Umweltschutzes zur Verbesserung der über und untertägigen Informationsgrundlagen, zur Ausgestaltung des Planungsinstrumentariums und zur nachhaltigen Lösung von Nutzungskonflikten, Teilvorhaben 2: planerische und rechtliche Aspekte, UBA-Texte 57/2015.

⁹⁷⁵ Gesetz zur Änderung raumordnungsrechtlicher Vorschriften vom 23.05.2017 (BGBl. I S. 1245).

⁹⁷⁶ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung raumordnungsrechtlicher Vorschriften, BT-Drs. 18/10833 v. 18.01.2017, S. 64.

⁹⁷⁷ Dazu bei Sanden et al.: INSTRO, Teil 2: Rohstoffbedarfsplanung, unter 5.1.6.2.

⁹⁷⁸ Art. 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BayLPIG, § 6 Abs. 2 Nr. 3 LPIG RLP und § 11 Abs. 7 LpIG BaWü.

⁹⁷⁹ Zum „Ressourcenschutzgebiet“ näher bei Sanden et al.: INSTRO, Teil 2: Rohstoffbedarfsplanung, unter 5.1.6.4.

die Nutzungsmöglichkeit vom Eintritt bestimmter Ereignisse abhängig gemacht wird, wurden bereits im Entwurf zur Novellierung des Raumordnungsgesetz (ROG)⁹⁸⁰ aufgegriffen.

Das Spannungsverhältnis zwischen Raumordnung und Bergrecht ist an zwei miteinander konfligierenden Grundsätzen des Raumordnungsgesetzes erkennbar. Einerseits ist nach dem Rohstoffgrundsatz des § 2 Abs. 2 Nr. 4 S. 4 ROG die Sicherung der Aufsuchung und Gewinnung von Rohstoffen anzustreben, andererseits sind nach dem Grundsatz des § 2 Abs. 2 Nr. 1 S. 2 ROG Ressourcen nachhaltig zu schützen. Als Grundsätze der Raumordnung sind beide in der Abwägung überwindbar. Jedoch handelt es sich bei bergrechtlichen Zulassungen um gebundene Entscheidungen, so dass jedenfalls im Bergrecht an sich kein Raum für eine Abwägung bleibt. Grundsätze der Raumordnung können daher gebundenen bergrechtlichen Entscheidungen, insbesondere im Planfeststellungsverfahren nach § 57a BBergG, nicht entgegengehalten werden.

Anders ist dies bei den (verbindlichen) Zielen der Raumordnung. Auch vor der Änderung des ROG mit der Schaffung der Raumordnungsklausel in § 48 Abs. 2 S. 2 ROG (neu)⁹⁸¹ wurde kaum noch bestritten, dass die Ziele über § 48 Abs. 2 BBergG a.F. über den Begriff der „öffentlichen Interessen“ in bergrechtlichen Entscheidungen zu beachten waren. Allerdings war die Rechtslage durchaus komplex. Bei einfachen Rahmenbetriebsplanzulassungen waren die Ziele der Raumordnung unmittelbar über § 48 Abs. 2 BBergG zu beachten. Bei planfeststellungspflichtigen Entscheidungen ergab sich dies über § 4 Abs. 1 Nr. 3 ROG. Die besondere Raumordnungsklausel in § 48 Abs. 2 Satz 2 ROG n.F. macht derartige Umwege unnötig und begründet eindeutig die Verbindlichkeit der Raumordnungsziele.

Letztlich liegt die Problematik aber in der bergrechtlichen Zulassung als gebundene Entscheidung. So ist nach § 52 Abs. 1 BBergG die Zulassung des Betriebsplans bei Vorliegen der dort genannten Voraussetzungen zu erteilen. Eine planerische Genehmigung würde über die Beachtung von Zielen hinaus auch eine Berücksichtigung von Grundsätzen der Raumordnung erleichtern.

Die nachfolgenden Empfehlungen befassen sich insbesondere mit einzelnen Elementen zur Stärkung der untertägigen Raumordnung. Eine weitere umfassende Auseinandersetzung mit der Frage, inwieweit der Rohstoffbedarf durch planerische Elemente – insbesondere die Raumordnung – gesteuert werden kann, erfolgt in dem gesondert veröffentlichten Bericht des Projekts zur „Bedarfsplanung“.⁹⁸²

8.3.1 Ambitioniertes Geologiedatengesetz verabschieden

Der mit Abstand wichtigste offene Punkt für eine Stärkung der untertägigen Raumordnung, bei dem eine rechtliche Änderung zu empfehlen ist, ist die unzureichende und veraltete Regelung des Lagerstättengesetzes zur Datenverfügbarkeit.⁹⁸³ Wiederholt wurde der im unterschiedlichen Maße offene Datenzugang von Fachbehörden wie den Staatlichen Geologischen Diensten (SGD) und der Landesplanung thematisiert. Von Wirtschaftsunternehmen erhobene Bohrdaten, die aus nachvollziehbaren Gründen nicht zeitnah der Öffentlichkeit (und damit auch der Konkurrenz) zur Verfügung gestellt werden, werden nicht wie in verschiedenen anderen Staaten z.B. Kanada, Polen, Norwegen, dem Vereinigten Königreich und den Niederlanden⁹⁸⁴ nach einer gewissen Latenzzeit der Öffentlichkeit

⁹⁸⁰ Raumordnungsgesetz vom 22. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2986), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 15 des Gesetzes vom 20.07.2017 (BGBl. I S. 2808) geändert worden ist.

⁹⁸¹ Gesetz zur Änderung raumordnungsrechtlicher Vorschriften vom 23.05.2017, BGBl. I S. 1245.

⁹⁸² Dazu Sanden et al.: INSTRO, Teil 2: Rohstoffbedarfsplanung.

⁹⁸³ Siehe hierzu auch *Keimeyer/Schulze/Runge/Kahnt/Gabriel/Janssen/Bartel/Schmitt*, Unterirdische Raumplanung und nachhaltige Ressourcenbewirtschaftung am Beispiel von ausgewählten Regionen, UBA-Texte 27/2018.

⁹⁸⁴ *Kahnt/Gabriel/Seelig/Freund/Homilius*, Unterirdische Raumplanung, Teilvorhaben 1 (Geologische Daten), Abschlussbericht, UBA-Texte 11/2015, S. 181.

zugänglich gemacht, sondern bleiben allein den SGD zugänglich. Die Landesplanung ist daher bei der Findung und Gewichtung angemessener Beurteilungskriterien darauf angewiesen, dem SGD entsprechende Ermittlungsaufträge zu geben. Von Vertretern der Wissenschaft und der Forschung wurde vorgebracht, dass ihnen ein solcher Zugang fehle. Insoweit sind die Aktivitäten des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) für ein neues „Geologiedatengesetz“ (GeoIDG) zu begrüßen, welches die Restriktionen des bisherigen Lagerstättengesetzes (LagerStG) aufheben soll. Als zentraler Inhalt der Reform ist geplant, die Grundlage für die Sicherung und Weitergabe entsprechender Daten zwischen Behörden und dem Zugang der Allgemeinheit zu legen und die Geologischen Landesdienste zu stärken.⁹⁸⁵ In den Vorüberlegungen werden ausdrücklich die Entwicklung von Untergrundmodellen und -plänen zum Schutz und zur nachhaltigen und ressourcenschonenden Nutzung des geologischen Untergrunds genannt. Bei der Verabschiedung des Gesetzes ist darauf zu achten, dass sich die Regelungen auch auf die Daten bereits vorhandener Bohrungen erstreckt – ggf. sind für diese gewisse Übergangsregelungen erforderlich. Die Bestrebungen der Unternehmen des Bohrlochbergbaus, die bestehenden Daten dauerhaft von einer Nutzbarmachung auszunehmen, sind deshalb zurückzuweisen.

Vorschlag: ambitioniertes Geologiedaten-Gesetz verabschieden

Das geplante Geologiedatengesetz sollte sich auch auf Bestandsdaten beziehen. Wie in den klassischen Förderländern sollten die Daten nach bestimmten Fristen (zwischen 2 bis 5 Jahren)⁹⁸⁶ veröffentlicht werden.

8.3.2 Bergrechtlichen Feldbegriff anpassen

Bergbauberechtigungen gewähren das ausschließliche Recht, innerhalb eines bestimmten Feldes den bezeichneten Bodenschatz aufzusuchen oder zu gewinnen und weitere damit verbundene Tätigkeiten und Rechte auszuüben.⁹⁸⁷ Wie bereits dargestellt, führt die Ausschließlichkeit dazu, dass Dritten die Aufsuchung oder Gewinnung desselben Bodenschatzes in diesem Feld untersagt ist. Beispielsweise ist jedoch eine geothermische Nutzung prinzipiell im Sinne einer „Stockwerksnutzung“ mit verschiedenen Techniken in unterschiedlichen Tiefen möglich.

Eine denkbare Situation wäre beispielsweise, dass oberflächennahe Geothermie in Tiefen bis 400 m stattfindet sowie parallel ein tiefer Thermalwasseraquifer in einer Tiefe von 1500 m genutzt wird. Zukünftig wäre zudem auch vermehrt damit zu rechnen, dass unter diesem geothermischen Nutzungshorizont in einer Tiefe von 4 bis 6 km das Kluftsystem eines Hot-Dry-Rock-Projektes für ein Erdwärmekraftwerk zur Stromerzeugung genutzt werden soll. Die Realisierung der Projekte wäre unter den entsprechenden geologischen und technischen Voraussetzungen gleichzeitig realistisch und ohne gegenseitige Beeinflussung zu betreiben.⁹⁸⁸ Die bergrechtliche Erteilung der Bewilligung

⁹⁸⁵ Vgl. *Hoth*, Heimische Rohstoffe aus industriepolitischer Sicht, Präsentation des BMWi, Bamberg, 27.06.2017, abrufbar unter: http://www.abbm-bayern.de/www/media/tools_downloads/bergbau_tag_bamberg/170621Heimische_Rohstoffe_finalHoth.pdf (aufgerufen am 30.11.2018). Vgl. auch die Meldung vom 12. November 2018: BGE berichtet bei der 1. Statuskonferenz Endlagerung über ihren Arbeitsstand, <https://www.bge.de/de/aktuelles/meldungen-und-pressemitteilungen/meldung/news/2018/11/265-bge/> (aufgerufen am 27.11.2018).

⁹⁸⁶ In dem Vereinigten Königreich soll die Frist 3 bis 4 Jahre, in Norwegen 2 bis 5 Jahre und in den Niederlanden 5 bzw. 10 Jahre betragen.

⁹⁸⁷ Vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 1, § 8 Abs. 1 Nr. 1 und § 9 Abs. 1 S. 1 BBergG.

⁹⁸⁸ *Schulz*, Bergrecht und Erdwärme – Gesichtspunkte zur Bemessung von Erlaubnis- und Bewilligungsfeldern, GtE 40/2003, S. 9 (11).

auf die Gewinnung von Erdwärme schließt jedoch eine Erschließung durch Dritte im selben Bewilligungsfeld aus. Die gleichzeitige Nutzung der unterschiedlichen Horizonte wäre deshalb nur möglich, wenn es zu einer privatrechtlichen Einigung der verschiedenen Nutzungsinteressenten oder Antragsteller kommt, also zur Zustimmung des Berechtsamsinhaber.⁹⁸⁹ Soweit ersichtlich haben sich in der Praxis entsprechende Herausforderungen nur in Verbindung mit der Geothermie gezeigt.

Vor diesem Hintergrund sollte der bergrechtliche Feldbegriff in § 4 Abs. 7 BBergG dahingehend modifiziert werden, dass auch eine horizontale Feldteilung möglich ist. Bei der Bemessung von Erlaubnis- und Bewilligungsfeldern könnte so neben der vertikalen Begrenzung auch eine Begrenzung auf Tiefenabschnitte festgelegt werden. Auf diese Weise wären Erlaubnis- bzw. Bewilligungsräume in Stockwerken übereinander möglich.⁹⁹⁰ Diese Bestimmung sollte als Ermessenregelung ausgestaltet werden („Kann“-Bestimmung).⁹⁹¹ Der Vorteil dieser Vorgehensweise liegt in der Schaffung von Rechtsklarheit. Darüber hinaus würde eine gesetzliche Regelung zu einer einheitlichen Anwendung führen.⁹⁹² Zusätzlich wäre zu regeln, dass der Zugang zu den Feldern und der damit verbundene Betrieb der Anlagen durch verschiedene Genehmigungsinhaber bei der stockwerksweisen Nutzung gewährleistet sein müssen. Dies könnte über Auflagen im Genehmigungsbescheid erreicht werden.

Vorschlag: Bergrechtlicher Feldbegriff anpassen

Es wird in § 4 Abs. 7 BBergG gesetzlich klargestellt, dass bei der Bemessung von Erlaubnis- und Bewilligungsfeldern auch eine Begrenzung auf Tiefenabschnitte festgelegt werden kann (Ermessenregelung). Gegebenenfalls könnte eine solche Regelung nur auf die Geothermie begrenzt werden.

8.3.3 Klarstellung der Möglichkeit untertägiger Raumordnung im ROG

Die explizite Klarstellung, dass die Raumordnung auch die Aufgabe hat, den Untergrund zu adressieren, könnte dazu beitragen, dass in den Ländern und Planungsregionen hierzu weitere Erfahrungen gesammelt werden. Gerade auch der Einsatz dreidimensionaler Raumordnungsinstrumente könnte die Abstimmung unterschiedlicher untertägiger Nutzungen⁹⁹³ vereinfachen. Durch eine stärkere Bepanung des Untergrunds könnte z.B. die Harmonisierung mehrerer bergbaulicher Nutzungen im gleichen Bewilligungsfeld erleichtert werden, so z.B. unterschiedliche, der Ressourcenkonsistenz dienende, sich nicht beeinflussende Geothermieverfahren oder Erdspeicher. Das UBA⁹⁹⁴ schlug hierzu u.a. die Änderung der §§ 1 und 8 ROG a.F. (=§ 13 ROG n.F.) zur expliziten Adressierung des Untergrunds durch die Raumordnung und die Aufnahme Teufen-bezogener Festlegungsinstrumente vor.

⁹⁸⁹ Schulz, S. 9 (11).

⁹⁹⁰ Große, Strom und Wärme aus der Tiefe, Zur Genehmigung und Förderung tiefengeothermischer Anlagen, ZUR 2009, 535 (537); vgl. zum Ansatz der Stockwerksnutzung auch Hellriegel, Rechtsrahmen für eine Raumordnung zur Steuerung unterirdischer Nutzungen, NVwZ 2013, 111 (115) sowie Karrenstein, Raumordnung des Untergrundes? Rechtssystematische Ein- und Ausblicke, RaumPlanung 4/2013, S. 48 (51).

⁹⁹¹ So auch: Umweltbundesamt, Umweltverträgliche Nutzung des Untergrundes und Ressourcenschonung, November 2014 (Positionspapier Langfassung), S. 20.

⁹⁹² Schulz, Bergrecht und Erdwärme – Gesichtspunkte zur Bemessung von Erlaubnis- und Bewilligungsfeldern, GtE 40/2003, S. 9 (11).

⁹⁹³ Vgl. Erbuth, Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 19.2.2015 – 7 C 11.12 u.a. –, ZUR 2011, 121.

⁹⁹⁴ Penn-Bressel/Weber, in: Umweltbundesamt (Hrsg.), Umweltverträgliche Nutzung des Untergrundes und Ressourcenschonung – Anforderungen an eine Raumordnung unter Tage und ein modernes Bergrecht (Kurzfassung), Position, November 2014, Dessau, S. 7 f.

Auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur wurden die Instrumente der Raumordnung für grundsätzlich geeignet gehalten, um die untertägigen Nutzungskonkurrenzen zu ordnen.⁹⁹⁵

Hinzu kommt, dass die zeitliche Steuerung konkurrierender Nutzungen nach neuer Rechtslage nunmehr insbesondere durch bedingt aufschiebende Planungen und Zwischennutzungen erreicht werden könnte.⁹⁹⁶ Durch die Festlegung zeitlicher Rangfolgen für die Erschließung von Vorrang und Eignungsgebieten könnte zudem die Verwirklichung priorisierter Nutzungen zu späteren Zeitpunkten erreicht werden.⁹⁹⁷

Um klarzustellen, dass die untertägige Raumordnung vom ROG erfasst wird, wird jedoch einem Vorschlag des UBAs folgend, die Änderung der §§ 1 und 13 ROG n.F. (§ 8 ROG a.F.) zur expliziten Adressierung des Untergrunds durch die Raumordnung und die Aufnahme Teufen-bezogener Festlegungsinstrumente vorgeschlagen. Eine solche ausdrückliche Klarstellung hat z.B. Schleswig-Holstein in seinem Landesplanungsgesetz aufgenommen.⁹⁹⁸

Vorschlag: Adressierung einer untertägigen Raumordnung im ROG

Änderung der §§ 1 und 13 ROG zur expliziten Adressierung des Untergrunds durch die Raumordnung und die Aufnahme Teufen-bezogener Festlegungsinstrumente

8.3.4 Erweiterung der Grundsätze des § 2 ROG

Um die unterirdische Raumplanung noch besser in das bestehende Regelwerk zu integrieren, kommt zudem in Betracht, die Grundsätze des § 2 ROG in Bezug auf Rohstoffe, erneuerbare Energien sowie die Speicherung von klimaschädlichen Stoffen wie Kohlendioxid auf weitere untertägige Nutzungen wie die Speicherung von aus erneuerbaren Energien gewonnenen Energieträgern (Druckluft, Wasserstoff, eE-Methan) zu erweitern.⁹⁹⁹ Auch diese Nutzungsformen weisen eine Standortgebundenheit in Bezug auf spezifische geologische Gegebenheiten auf und besitzen eine vergleichbare volkswirtschaftliche Bedeutung für die Energieversorgung und die Versorgungssicherheit.

Auch hiermit würde verdeutlicht werden, dass auch untertägige Nutzungen von der Raumordnung erfasst werden. Bisher werden Rohstoffe insbesondere durch die Rohstoffsicherungsklausel in § 2 Abs. 2 Nr. 4 Satz 4 ROG adressiert, wonach die „räumlichen Voraussetzungen für die vorsorgende Sicherung sowie für die geordnete Aufsuchung und Gewinnung von standortgebundenen Rohstoffen zu schaffen“ sind.

⁹⁹⁵ Janssen, Verankerung der untertägigen Raumordnung, Vortrag bei der Fachtagung „Umweltverträgliche Nutzung des Untergrunds und Ressourcenschonung“ – Anforderungen an die untertägige Raumordnung und das Bergrecht, Universität Kassel, 25.11.2014, Vortragsfolien, https://www.uni-kassel.de/fb07/fileadmin/datas/fb07/5-Institute/IWR/Roßnagel/sonstiges/vortrag_bergrecht_tagung_janssen.pdf, Folie 4.

⁹⁹⁶ Vgl. bei Sanden et al.: INSTRO, Teil 2: Rohstoffbedarfsplanung, unter 5.1.6.5.

⁹⁹⁷ Bartel/Janssen, Raumplanung im Untergrund unter besonderer Berücksichtigung des Umweltschutzes, NuR 2016, 237 (243).

⁹⁹⁸ § 2 Abs. 2 Gesetz über die Landesplanung (Landesplanungsgesetz – LaplaG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 10.02.1996, GVOBl. 1996, 232, zuletzt geändert durch Gesetz v. 05.04.2017, GVOBl. S. 222: „Der Gesamttraum schließt auch den Untergrund im Landesgebiet von Schleswig-Holstein ein. Untergrund im Sinne dieses Gesetzes sind diejenigen unterirdischen Bereiche, denen aufgrund ihrer Tieflage für oberflächige Nutzungen, insbesondere solche baulicher Art, in der Regel keine Bedeutung zukommt.“

⁹⁹⁹ Vgl. hierzu die Ausführungen und Empfehlungen im Projekt, Schulze/Keimeyer/Janssen/Bartel/Seiffert: Unterirdische Raumplanung – Vorschläge des Umweltschutzes zur Verbesserung der über und untertägigen Informationsgrundlagen, zur Ausgestaltung des Planungsinstrumentariums und zur nachhaltigen Lösung von Nutzungskonflikten, Teilvorhaben 2: planerische und rechtliche Aspekte, UBA-Texte 57/2015.

Vorschlag: Erweiterung der Grundsätze des § 2 ROG

In die Grundsätze der Raumordnung nach § 2 ROG sollten weitere untertägige Nutzungen einbezogen werden.

8.4 Rohstoffbedarfsplanung

In dem Projekt¹⁰⁰⁰ ist das Instrument der Rohstoffbedarfsplanung konzeptionell weiterentwickelt und unter vor allem juristischen Gesichtspunkten ihrer Machbarkeit untersucht worden. Die Einführung eines entsprechenden Planungsinstrumentes ist eine grundsätzliche Abwägungsentscheidung, welche auf politischer Ebene zu diskutieren wäre.

In der Studie wird empfohlen, das Konzept für eine Rohstoffbedarfsplanung, wie es in einem Positionspapier des Umweltbundesamts vom November 2014 empfohlen wurde, weiterzuentwickeln.¹⁰⁰¹ Hierin wird insbesondere auf eine verbesserte Steuerungsleistung des ROG bzw. des BBergG abgestellt. Auch bestehen auf Bundesebene im Geschäftsbereich des Bundeswirtschaftsministeriums bereits diverse Rohstoffbedarfsüberlegungen, etwa bei der Deutschen Rohstoffagentur DERA im Rahmen der Bundesanstalt für Geowissenschaften und Rohstoffe (BGR).¹⁰⁰² Überlegungen für eine Rohstoffbedarfsplanung waren auch von *Sanden/Schomerus/Schulze* 2012 skizziert worden.¹⁰⁰³ Weitere Überlegungen wurden in einem Forschungsvorhaben des UFZ Leipzig von *Köck et al.* angestellt, die insbesondere eine Bedarfsplanung für den Abbau von Kies, Sanden und Steinen prüften.¹⁰⁰⁴ Hierin wurde empfohlen, das System der Konzentrationsflächenplanung im Raumplanungsrecht zu nutzen, indem über Ziele der Raumordnung Rohstoffgewinnungsflächen gegenüber anderen Nutzungen gesichert werden. Eine Bedarfsplanung für den Abbau von Kies, Sanden und Steinen im Fachrecht wurde dagegen wegen der Einstufung des Abbaus als private Vorhaben für nicht einschlägig angesehen.¹⁰⁰⁵ Der Begriff des Bedarfs wiederum wurde in einer Studie von *Roßnagel/Hentschel*¹⁰⁰⁶ definiert als

„der Bedarf an Rohstoffen ..., die über einen bestimmten Zeitraum in einer bestimmten Region tatsächlich benötigt werden. Dieser Bedarf begründet sich allerdings nicht aus einer schlichten Fortschreibung der Förderungen der letzten Jahre, sondern beruht auf einer Prognose. Die Festlegung des Bedarfs ist eine politische Bewertung, die einen effektiven Ressourcenschutz einbezieht. Die Ermittlung des voraussichtlichen Bedarfs muss folglich berücksichtigen, wie der Verbrauch an Primärrohstoffen durch die Verwendung von Ersatzstoffen reduziert werden kann. Der so verstandene Bedarf unterscheidet sich von der marktgesteuerten Nachfrage, die – ohne politische Bewertung – durch Kaufkraft und Zahlungsbereitschaft gesteuert wird.“

¹⁰⁰⁰ Sanden et al.: INSTRO, Teil 2: Rohstoffbedarfsplanung.

¹⁰⁰¹ *Penn-Bressel/Weber* (2014), in: Umweltbundesamt (Hrsg.), Umweltverträgliche Nutzung des Untergrundes und Ressourcenschonung – Anforderungen an eine Raumordnung unter Tage und ein modernes Bergrecht (Kurzfassung), Position, November 2014, Dessau.

¹⁰⁰² z.B. die jährlichen Berichte der BGR zur Rohstoffsituation in Deutschland; die bei der BGR installierte Deutsche Rohstoffagentur DERA baut ein webbasiertes Rohstoffinformationssystem.

¹⁰⁰³ *Sanden/Schomerus/Schulze* (2012): Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, UBA-Berichte 1/2012, S. 200.

¹⁰⁰⁴ *Köck/Bovet/Fischer et al.* (2017): Das Instrument der Bedarfsplanung, UBA-Texte 55/2017.

¹⁰⁰⁵ *Köck/Bovet/Fischer et al.* (2017): Das Instrument der Bedarfsplanung, S. 320; s. auch *Köck* (2016): Die Bedarfsplanung im Infrastrukturrecht, ZUR 2016, 579 (581 f.).

¹⁰⁰⁶ *Roßnagel/Hentschel* (2017): Rechtliche Instrumente des Ressourcenschutzes, UBA-Texte 23/2017, S. 57.

Der Vorschlag zur Ausgestaltung und verfahrensrechtlichen Einbettung einer Rohstoffbedarfsplanung in der aktuellen Studie im Auftrag des Umweltbundesamts kann wie folgt zusammengefasst werden:

1. Empfohlen wird zunächst eine **informelle Bedarfsplanung** in Gestalt von Rohstoffkonzepten einschließlich der Einrichtung sog. Rohstoffdialoge. Vorgeschlagen werden sowohl eine bundesweite informelle Rohstoffplanung für überregional relevante Rohstoffe in Gestalt von Rohstoffdialogen mit dem Ergebnis eines Rohstoffkonzeptes des Bundes als auch vergleichbare Rohstoffdialoge auf der Ebene des Landes für die regional abzubauenen bzw. zu verbrauchenden Rohstoffe, als deren Ergebnis Landes-Rohstoffkonzepte stehen können. Hierzu gehört die Aufnahme der regionalen Rohstoffdialogforen als informelle Rohstoffbedarfsplanungen in die Landesplanungsgesetze, etwa durch landesplanerischen Vertrag mit den Akteuren; ggf. sind auch überregionale oder landesweite Rohstoffdialogforen anzustreben.
2. Darüber hinaus wird eine **formelle Bedarfsplanung** empfohlen, in der die bestehende **raumordnerische Regionalplanung** hin zu einer aktiven, moderierenden Bedarfsplanung für alle regional nachgefragten und verbrauchten Rohstoffe (bergfreie, grundeigene und Grundeigentümer-Bodenschätze) auszubauen ist. Die Bedarfsplanung sollte zunächst auf die Gruppen der „Kiese und Sande (inkl. Spezialkies/-sand)“ sowie auf die „Naturwerksteine (gebrochenen Natursteine)“ fokussiert werden. Vorgeschlagen wird eine rechtliche Verpflichtung, dass die Planungsträger der Regionalplanung entweder ein Rohstoffkapitel im Regionalplan oder einen gesonderten Rohstoffplan erstellen müssen. Inhalte sollten zum einen allgemeine Festlegungen sowie zum anderen auch konkrete Gebietsfestlegungen sein. Hierzu müssen die Vorgaben für die Regionalplanung in § 13 ROG erweitert werden. In der Regionalplanung soll unter Zugrundelegung eines verpflichtenden Abbaumonitorings eine mengenmäßige Bedarfsplanung – anhand der demographischen und volkswirtschaftlichen Entwicklung unter Einbeziehung der Substitution durch Sekundärrohstoffe – installiert werden. Als Versorgungszeiträume für die Festlegung der Abgrabungsbereiche werden 20 Jahre für Lockergesteinsrohstoffe und 35 Jahre für Festgesteinsrohstoffe für praktikabel gehalten, gekoppelt mit einer Fortschreibungspflicht. Mittels der Ausweisung von Vorranggebieten, für die festgelegt wurde, dass sie zugleich die Wirkung von Eignungsgebieten nach Satz 2 Nr. 3 des § 7 Abs. 3 ROG haben, werden einzelne Rohstoffabbauflächen für mit der Raumordnung für unvereinbar erklärt und damit versagt (parzellenscharfe Festlegungen). Eine steuernde Vorgabe von Rohstoffabbauquoten durch ein Landesressourcengesetz oder einen für verbindlich zu erklärenden Landesrohstoffplan wird in dieser Studie nicht auf der Bundes- sondern stattdessen allein auf der Landesebene vorgeschlagen. Zudem sollen diese nicht als Ziele, sondern in Form von Grundsätzen der Raumordnung ergehen. Für die Vorgaben müsste in jedem Fall eine Bindungswirkung für die Raumordnung angeordnet werden, soweit sie sich durch raumordnerische Festlegungen sichern lassen. Vorgeschlagen wird ferner, den Ländern die Möglichkeit quantifizierbarer Vorgaben der Landesplanung auch für Rohstoffabbauflächen in § 2 Abs. 2 Nr. 4 ROG hinter dem bestehenden Satz 4 („*Es sind die räumlichen Voraussetzungen für die vorsorgende Sicherung sowie für die geordnete Aufsuchung und Gewinnung von standortgebundenen Rohstoffen zu schaffen.*“) nach dem Vorbild der quantifizierbaren Vorgaben für die Freiflächen (Flächenversiegelungsquoten) einzuräumen. Bei der Formulierung von Mengenvorgaben für das Landesgebiet bzw. für Regionalräume sollten je nach Rohstoff sog. Unsicherheitszuschläge verwendet werden. Die Bindungswirkung der Raumordnung sollte entsprechend § 4 Abs. 3 ROG durch einen § 4 Abs. 4 ROG (neu) erweitert werden. Hiernach sollte auch für Zulassungen von Rohstoffabbauvorhaben von Personen des Privatrechts vorgesehen werden, dass die Ziele der Raumordnung zu beachten sowie die Grundsätze der Raumordnung und die sonstigen Erfordernisse der Raumordnung zu berücksichtigen sind.

Sortiert man den vorstehenden Vorschlag der Übersichtlichkeit wegen nach Rohstoffgruppen, ergibt sich folgendes Bild:

1. Für **alle Rohstoffgruppen** erfolgt eine informelle, d.h. rechtlich unverbindliche Bedarfsplanung.
2. Für die **Grundeigentümer-Rohstoffe** erfolgt eine formelle (verbindliche) Bedarfsplanung über die Raumplanung (Regionalplanung + Landesabbaumengenvorgaben) mit Bindungswirkung für das die Vorhaben zulassende Landesfachrecht (soweit vorhanden Abgrabungsrecht, Naturschutzrecht, Wasserrecht und Baurecht).
3. Bei den **grundeigenen und bergfreien Rohstoffen** erfolgt die formelle Bedarfsplanung im Rahmen der raumplanerischen Regionalplanung. Die Ergebnisse sind für die nachfolgenden Zulassungen nach Bergrecht bindend. Die bergrechtliche Zulassungsentscheidung sollte als echtes Planfeststellungsverfahren mit Planungsermessen ausgestaltet sein.

Vor der Einführung sollte zunächst das Konzept einer Bedarfsplanung im Rahmen von praktischen Prüfungen versuchsweise erprobt und anhand der Ergebnisse weiter verfeinert werden. Aufbauend auf diesen Ergebnissen könnte eine breit angelegte praktische Umsetzung verfolgt werden.

Vorschlag: Weiterentwicklung und Erprobung eines Konzepts und Einführung einer Bedarfsplanung

1. **Zunächst wird die Weiterentwicklung eines Konzepts und Erprobung einer Bedarfsplanung empfohlen. Unter Einbeziehung der gewonnenen Praxiserfahrungen sollte das Konzept weiter verfeinert und umgesetzt werden.**
2. **Hierzu wird die Einführung einer informellen Bedarfsplanung in Gestalt von Rohstoffkonzepten einschließlich der Einrichtung sog. Rohstoffdialoge empfohlen.**
3. **Darüber hinaus wird eine formelle Bedarfsplanung empfohlen, in der die bestehende raumordnerische Regionalplanung hin zu einer aktiven, moderierenden Bedarfsplanung für alle regional nachgefragten und verbrauchten Rohstoffe auszubauen ist. Diese sollte zunächst auf die Gruppen der „Kiese und Sande (inkl. Spezialkies/-sand)“ sowie auf die „Naturwerksteine (gebrochenen Natursteine)“ erstreckt werden, um in einem weiteren Schritt auch bergfreie, grundeigene und Grundeigentümer-Bodenschätze zu erfassen.**

8.5 Beteiligung und Rechtsbehelfe Dritter

Die Gewinnung von Bodenschätzen und andere Bergbautätigkeit geht regelmäßig mit Einwirkungen auf Rechtsgüter Dritter einher. Dabei können drei Fallgruppen unterschieden werden: Im Zuge der Durchführung bergbaulicher Vorhaben müssen Bergbauunternehmen regelmäßig (1) auf im Eigentum Dritter stehende Grundstücke Zugriff nehmen und/oder es kommt (2) in der Konsequenz der Abbautätigkeit zu Einwirkungen auf die Erdoberfläche, die durch Setzungen, Hebungen, Einstürzen oder in sonstiger Weise die Substanz von Grundstücken schädigen. Ferner können (3) mit der Durchführung bergbaulicher Tätigkeit mittelbare Auswirkungen einhergehen – insbesondere durch Immissionen oder auf anderen Wegen erfolgenden Schadstoffaustrag.

Soweit die Genehmigung von bergbaulichen Tätigkeiten nicht im BBergG spezialgesetzlich geregelt ist, gibt es im Hinblick auf die Rechte betroffener Dritter und der Öffentlichkeit sowie von Umweltvereinigungen keine Besonderheiten gegenüber anderen Vorhaben, die nach dem jeweiligen Fachrecht in den entsprechenden Verfahren zu prüfen sind. Dies gilt auch im Hinblick auf die Voraussetzungen und die Maßgaben der Inanspruchnahme gerichtlicher Verwaltungskontrolle. Diese sind jedenfalls für anerkannte Umweltvereinigungen durch Art. 11 UVP-Richtlinie und das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz (UmwRG) – insbesondere nach Inkrafttreten des Gesetzesentwurfs zur Novellie-

zung des UmwRG und anderer Gesetze am 02. Juni 2017¹⁰⁰⁷ – gegenüber der früheren Rechtslage erheblich ausgeweitet worden; für in eigenen Rechten betroffene Personen gilt dies allerdings nur in Bezug auf bestimmte Fehler bei der Durchführung eines UVP-Verfahrens.

Diese Ausweitungen der Möglichkeiten anerkannter Umweltvereinigungen, eine gerichtliche Kontrolle von behördlichen Entscheidungen erwirken zu können, gilt auch gegenüber bergbaulichen Vorhaben, die unter das BBergG fallen. Genehmigungsentscheidungen, die UVP-pflichtige Vorhaben betreffen, können von Umweltvereinigungen gem. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, § 2 Abs. 4 S. 1 UmwRG einer umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle seitens der Verwaltungsgerichte zugeführt werden und von Seiten Drittbetroffener im Rahmen der Geltendmachung der Verletzung eigener Recht (sowie der Verletzung von Verfahrensfehlern). Dies betrifft im Geltungsbereich des BBergG allerdings nur Betriebsplanzulassungen, da nur diese unter den Begriff der „Zulassungsentscheidung“ i.S.v. § 2 Abs. 6 Nr. 1 Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) bzw. der „Genehmigung“ i.S.v. Art. 1 Abs. 2 UVP-RL fallen. Auch wenn die UVP grundsätzlich im Zuge des Verfahrens auf Zulassung des Rahmenbetriebsplanes durchgeführt wird, handelt es sich bei den weiteren Betriebsplanzulassungsentscheidungen gleichwohl um *„sonstige behördliche Entscheidungen über die Zulässigkeit von Vorhaben, die in einem Verwaltungsverfahren getroffen werden, einschließlich des Vorbescheids, der Teilgenehmigung und anderer Teilzulassungen“* (§ 2 Abs. 6 Nr. 1 UVP).

Folgt man dem nicht, handelt es sich bei (jeglichen) Betriebsplanzulassungen jedenfalls i.S.v. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 UmwRG um *„Verwaltungsakte [...], durch die andere als in den Nummern 1 bis 2b [des § 1 Abs. 1 S. 1 UmwRG] genannte Vorhaben unter Anwendung umweltbezogener Rechtsvorschriften [...] zugelassen werden“*.

Für den Individualrechtsschutz von durch Bergbauvorhaben in eigenen Rechten betroffenen Personen gilt nach den Vorschriften des BBergG bzw. deren rechtsfortbildender Auslegung in der Rechtsprechung, dass auf entsprechende Klagen eine gerichtliche Kontrolle der Betriebsplanzulassungsentscheidungen stattfindet. Wie weitgehend die gerichtliche Kontrolle welcher Betriebsplanzulassungsentscheidungen in unterschiedlichen Konstellationen der durch besondere Stufungen geprägten Verfahren stattfindet, ist bislang allerdings nicht abschließend geklärt. Soweit die bergbauliche Tätigkeit mit schwerwiegenden Einwirkungen in die Substanz des Grundeigentums verbunden oder gar eine vollständige Inanspruchnahme beabsichtigt ist, findet Rechtsschutz bereits gegenüber Betriebsplanzulassungsentscheidungen statt. Umstritten ist, ob dies nur gegenüber Rahmen- oder auch gegenüber Hauptbetriebsplänen gilt. Inwieweit das Ergebnis des Betriebsplanverfahrens Rechtswirkung zu Lasten Dritter in Bezug auf ggf. nachfolgend erforderliche weitere Entscheidungen hat, ist in der Rechtsprechung ebenfalls noch nicht abschließend geklärt. Mangels entsprechender gesetzlicher Anordnung kommt jeglichen Betriebsplanzulassungen jedenfalls keine enteignungsrechtliche Vorwirkung zu. Somit findet insbesondere gegenüber Enteignungsentscheidungen (Grundabtretungen) eine vollumfängliche Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Vorhabens und auch dessen Erforderlichkeit in Abwägung mit den Integritäts- und Bewahrungsinteressen des Grundeigentümers und ggf. auch der Öffentlichkeit statt. Wie weitgehend die Belange von Grundeigentümern bereits im Zuge der Betriebsplanzulassungsentscheidungen berücksichtigt werden müssen und nach welchem Maßstab eine gerichtliche Kontrolle erfolgt, ist in Ermangelung klarer gesetzlicher Regelungen und der nur einzelfallbezogenen Befassung seitens der Rechtsprechung weiterhin nicht abschließend geklärt. Inzwischen ist eine Situation eingetreten, in der nur über eine eingehende Kenntnis der aktuellen Entwicklungen in der Rechtsprechung Fragen zum Rechtsschutz im Einzelfall beantwortet werden können.

¹⁰⁰⁷ Gesetz zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben, BGBl. I2017 vom 01.06.2017, S. 1298.

Verbindliche, durchsetzbare Beteiligungsrechte bestehen für in ihren Rechten betroffene Personen und Umweltvereinigungen nur in sehr begrenztem Maße. Nur anerkannte Umweltvereinigungen können Rechtsschutz wegen der Vorenthaltung einer Beteiligung an einem erforderlichen Planfeststellungsverfahren beanspruchen. In Individualrechten Betroffene haben nach der gegenwärtigen Auslegung der Rechtslage seitens der Verwaltungsgerichte erst im Rahmen eines Enteignungsverfahrens Anspruch darauf, dass über die Freigabe der Durchführung bergbaulicher Tätigkeit, die eine Verletzung der Substanz des eigenen Grundstückes mit sich bringt, nur in gesetzlich vorgeschriebenen Verfahren und nicht ohne die eigene Beteiligungsmöglichkeit entschieden wird. Die Rechtswidrigkeit einer Betriebsplanzulassung kann insofern nicht mit dem Argument unterbliebener Beteiligung geltend gemacht werden. Lediglich bei UVP-pflichtigen Betriebsplanzulassungen können Verfahrensfehler – insbesondere solche unzureichender Öffentlichkeitsbeteiligung – geltend gemacht werden (§ 4 UmwRG).

Jenseits der vorgenannten Verfahren bestehen keine Beteiligungsrechte für von Bergbauvorhaben betroffene Dritte und Umweltvereinigungen. Insbesondere besteht nach herrschender Meinung in der Literatur und gefestigter Rechtsprechung kein Recht auf Beteiligung am Verfahren auf Erteilung von Bergbauberechtigungen. Eine Beteiligung an Betriebsplanzulassungsverfahren ist nur im Falle von dessen Verknüpfung mit der Prüfung der Umweltverträglichkeit sowie einer behördlichen Entscheidung zur Eröffnung einer Beteiligung nach § 48 Abs. 2 S. 3 BBergG¹⁰⁰⁸ vorgesehen. Die Inanspruchnahme materiellen Rechtsschutzes vor den Verwaltungsgerichten ist hiervon grundsätzlich unabhängig.

Von den nur beschränkten Beteiligungsrechten der betroffenen Öffentlichkeit zu unterscheiden ist die Beteiligung von Gemeinden als Träger öffentlicher Belange. Als solche (insofern dann aber nicht Träger von eigenen Rechten) werden Gemeinden im Verfahren auf Erteilung von Bergbauberechtigungen beteiligt, soweit diese nach Auffassung der Bergbehörde „Aufgaben [zur] Wahrnehmung öffentlicher Interessen im Sinne des § 11 Nr. 10“ hat (§ 15 BBergG). Gleiches gilt in Betriebsplanzulassungsverfahren soweit „durch die in einem Betriebsplan vorgesehenen Maßnahmen der Aufgabenbereich anderer Behörden oder der Gemeinden als Planungsträger berührt [wird]“ (§ 54 Abs. 2 BBergG).

8.5.1 Verbesserung der Beteiligung der Öffentlichkeit und der von Bergbauvorhaben Betroffenen

Die für eine Verbesserung der Beteiligung der betroffenen Öffentlichkeit in bergrechtlichen Verfahren abzugebenden Handlungsempfehlungen richten sich danach, in welcher Weise das gestufte Verfahren, welches bis zu einer Genehmigung von Abbautätigkeiten durchlaufen werden muss, insgesamt geändert werden soll. Die Einführung einer Pflicht zur Beteiligung der betroffenen Öffentlichkeit am Verfahren auf Erteilung von Bergbauberechtigungen ist naturgemäß nur dann geboten, wenn diese nicht in das Betriebsplanzulassungsverfahren einkonzentriert wird. Folgt man dem nicht, so bedarf es auch dann keiner Einführung von Beteiligungsrechten am Berechtsamsverfahren, wenn künftig eindeutig gesetzlich klargestellt ist, dass der Erteilung einer Bergbauberechtigung keinerlei Bedeutung für die nachfolgenden bergrechtlichen und außerbergrechtlichen Entscheidungen hat, deren ein Abbauvorhaben bedarf. Nur wenn man – abweichend von den hiesigen Handlungsempfehlungen – die Bedeutung der Prüfung über die Erteilung von Bergbauberechtigungen erhöhen wollte, wäre dann das diesbezügliche Verfahren konsequenter Weise um umfassende Pflichten zur Beteiligung

¹⁰⁰⁸ „Soweit die öffentlichen Interessen zugleich den Schutz von Rechten Dritter umfassen, kann die für die Zulassung von Betriebsplänen zuständige Behörde den Plan auslegen, wenn voraussichtlich mehr als 300 Personen betroffen sind oder der Kreis der Betroffenen nicht abschließend bekannt ist.“

der Öffentlichkeit einzuführen. Diese sollten dann entsprechend den Regelungen zur Betroffenen- und zur Öffentlichkeitsbeteiligung des VwVfG ausgestaltet werden.

Da diesseits vorgeschlagen wird, das Verfahren und die Voraussetzungen zur Erteilung von Genehmigungen zur Durchführung von Bergbauvorhaben zu ändern, wären dementsprechend auch die Beteiligungsrechte der betroffenen Öffentlichkeit hieran auszurichten. Es empfiehlt sich, die Öffentlichkeitsbeteiligung am Verfahren auf Genehmigung von Betriebsplanzulassungen entsprechend den allgemeinen diesbezüglichen Regelungen des VwVfG auszugestalten bzw. diese für anwendbar zu erklären. Allerdings sollte diese Beteiligung nicht nur am Verfahren auf Genehmigung eines Rahmenbetriebsplans eröffnet sein. Vielmehr sollten Umweltvereinigungen und Eigentümer von betroffenen Grundstücken auch an den betreffenden weiteren Verfahren auf Erteilung von Betriebsplangenehmigungen beteiligt werden.

Vorschlag: Ausgestaltung der Regelungen zur Beteiligung der betroffenen Öffentlichkeit in Abhängigkeit der Vornahme von Veränderungen des Genehmigungsverfahrens insgesamt

Aufgrund der Fortentwicklung von Abbautätigkeit in zeitlicher und räumlicher Hinsicht und der damit einhergehenden abschnittswisen Genehmigungen bedarf es einer dem abschnittswisen behördlichen Entscheidungsbedarf entsprechenden wiederkehrenden Beteiligung der betroffenen Öffentlichkeit, soweit eigentumsrelevante Konflikte zu prüfen sind. Anerkannte Umweltvereinigungen sollten – jedenfalls auf Antrag – an jedem Betriebsplanverfahren betreffend die Fortentwicklung der Abbautätigkeit mit erheblichen Auswirkungen auf die Umwelt beteiligt werden.

8.5.2 Verbesserung des Zugangs zu gerichtlicher Prüfung

Auch im Hinblick auf den Zugang zu gerichtlicher Kontrolle gilt zunächst das zur Ausgestaltung von Beteiligungsrechten Gesagte entsprechend: Abhängig davon, wie die Entscheidungen über die Vergabe von Rechten zur Durchführung von Abbautätigkeiten ausgerichtet werden, folgt daraus ein Bedarf, dementsprechend der betroffenen Öffentlichkeit auch Zugang zu gerichtlicher Kontrolle zu eröffnen.

Sofern die Entscheidung über die Vergabe von Bergbauberechtigungen in die Betriebsplangenehmigung einkonzentriert wird, erledigt sich somit auch das andernfalls bestehende Bedürfnis, diese Vorabentscheidung bereits einer gerichtlichen Kontrolle zuführen zu können. Gleiches gilt für den Fall, dass die Vorabentscheidung über die Erteilung von Bergbauberechtigungen zwar bestehen bleiben, indessen in ihrer Bedeutung im Hinblick auf die Prüfung der Genehmigungsfähigkeit des Abbauvorhabens weiter reduziert werden soll. Nur wenn die rechtliche Bedeutung der Entscheidung über die Erteilung einer Bergbauberechtigung vergrößert werden sollte, bedürfte es dann dementsprechend auch der Eröffnung einer umfassenden gerichtlichen Kontrolle der Rechtmäßigkeit dieser Verwaltungsentscheidung. Es müsste dann sichergestellt werden, dass diese soweit reicht, wie die Erteilung der Bergbauberechtigung für nachfolgende Verfahren beachtliche Rechtswirkungen entfaltet.

In Bezug auf die Genehmigung von Betriebsplänen bedarf es in Abhängigkeit von der jeweiligen Rechtswirkung einer Möglichkeit, diese gerichtlich überprüfen lassen zu können. Maßstab hierfür ist, ob die genehmigte Abbautätigkeit mit Auswirkungen auf Grundeigentumsrechte und andere geschützte Belange von Bürger und Gemeinden verbunden ist. Nach diesseitiger Auffassung können anerkannte Umweltvereinigungen nach § 1 Abs. 1 S. 1 UmwRG schon gegenwärtig jede Betriebsplanzulassungsentscheidung einer gerichtlichen Kontrolle zuführen. Dies folgt hilfsweise auch aus Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention. Soweit Zweifel daran bestehen, dass bereits gegenwärtig jede Betriebsplanzulassungsentscheidung auf Antrag einer anerkannten Umweltvereinigung Gegenstand einer gerichtlichen Überprüfung sein kann, wäre dies durch den Gesetzgeber nachzubessern, da dann ein Verstoß gegen völkerrechtliche Vorgaben zu besorgen wäre. Im Hinblick auf die Eigentümer von Grundstücken, die sich im Geltungsbereich eines genehmigten Betriebsplans befinden sowie der

von den bergbaubedingten Auswirkungen benachbart betroffenen Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden sollte ebenfalls eine der behördlichen Entscheidung entsprechende Möglichkeit, diese gerichtlich überprüfen lassen zu können, eingeführt werden.

Die – vom Gesetzgeber unsystematisch in § 48 S. 2 UVPG „versteckte“ – Ausnahme von der in § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG 2017 eingeführten Möglichkeit, Entscheidungen über SUP-pflichtige Pläne und Programme einer gerichtlichen Kontrolle zuführen zu können, dürfte gegen Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention verstoßen und sollte auch unabhängig hiervon durch Streichung des § 48 S. 2 UVPG abgeschafft werden. Es stellt eine erhebliche Beschränkung einer – letztlich im Interesse aller an Fragen der Realisierbarkeit eines Bergbauvorhabens interessierten Beteiligten zielführenden – Rechtmäßigkeitskontrolle eines Bergbauvorhabens dar, wenn auf raumplanerischer Ebene erfolgte Festlegungen erst inzident und nicht bereits unmittelbar gerichtlich überprüft werden können. Soweit im bergrechtlichen Betriebsplanzulassungsverfahren bei vorheriger Durchführung eines Braunkohlenplanverfahrens keine UVP-Pflichtigkeit bestehen sollen, führt § 48 S. 2 UVPG zudem zu einer offensichtlichen mit Art. 11 der UVP-Richtlinie unvereinbaren Entziehung des Umweltverbandsklagerechts.

Vorschlag: Anpassung der Eröffnung eines Zugangs zu gerichtlicher Kontrolle des Verwaltungshandelns in Abhängigkeit von der künftigen Ausgestaltung der Systematik zur Genehmigung von Bergbauvorhaben

Jede Verwaltungsentscheidung, der beachtliche Rechtswirkungen im Gesamtverfahren der Genehmigung von Abbauvorhaben zukommt, sollte von anerkannten Umweltvereinigungen einer gerichtlichen Kontrolle zugeführt werden können. Gleiches gilt für jede Betriebsplangenehmigung betreffend Abbautätigkeiten mit Auswirkungen auf Grundeigentumsrechte und andere geschützte Belange von Bürger und Gemeinden.

Zudem sollte § 48 S. 2 UVPG gestrichen werden.

8.6 Haftung und Entschädigung sowie Sicherheitsleistungen

Jenseits der im Verwaltungsverfahren bzw. verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu entscheidenden bzw. zu überprüfenden Genehmigung oder Freigabe bergbaulicher Tätigkeiten bestehen in Bezug auf den Ersatz von bergbauveranlassten Schäden Sonderregelungen, die im Streitfall vor den Zivilgerichten zu beachten sind.¹⁰⁰⁹ Solche Schäden beruhen regelmäßig auf mit dem Abbaubetrieb einhergehenden Erschütterungen, Senkungen und Pressungen an der Oberfläche. Relevant sind insbesondere die Folgen entstandener Hohlräume sowie Anhebungen infolge eines Wiederanstiegs von abgepumptem Grundwasser nach der Einstellung einer betrieblichen Wasserhaltung. Die hierdurch verursachten Schädigungen werden nach der Legaldefinition in § 114 BBergG als „Bergschäden“ bezeichnet.

Die Haftungsregelungen des Bergschadensrechts orientieren sich grundsätzlich an anderen Regelungen zur Gefährdungshaftung und verweisen in weiten Teilen grundsätzlich auf die Regelungen des Bürgerlichen Rechts. Das Herzstück der bergrechtlichen Haftungsregelungen ist die Beweiserleichterung des § 120 BBergG, die sogenannte „Bergschadensvermutung“. Vor dem Hintergrund, dass der Kausalzusammenhang zwischen eingetretenem Schaden und dem Bergbaubetrieb oft nicht bewiesen werden kann, erleichtert sie die Nachweisführung des Geschädigten. Die Regelung ist als gesetzlicher Fall des Anscheinsbeweises in der Gestalt einer Kausalitätsvermutung ausgestaltet. Der Bergbaubetrieb kann diese jedoch entkräften, wenn er alternative Tatsachen behauptet und beweist, aus denen

¹⁰⁰⁹ Siehe hierzu oben Kapitel 7.1.

sich die ernstliche Möglichkeit eines alternativen Geschehensablaufs im Sinne des § 120 S. 2 BBergG ergibt.

Die Bergschadensvermutung gilt jedoch nicht bei Tagebaubetrieben, obwohl gerade die übertägige Braunkohlegewinnung, die insbesondere durch großflächige Grundwasserabsenkungen oder Erschütterungen schadenswirksame Bodenbewegungen an der Tagesoberfläche im Umfeld der Betriebe verursachen können.¹⁰¹⁰ Dies gilt entsprechend für die außerhalb des BBergG geregelten Grundeigentümerbodenschätzen, speziell bei Steinbrüchen, bei denen mit immissionsschutzrechtlich genehmigten Sprengungen gearbeitet wird.¹⁰¹¹

Die Gewinnung von Bodenschätzen geht regelmäßig mit hohen Folgekosten für die Wiedernutzbarmachung und die Nachsorge einher. Das BBergG sieht deshalb die Möglichkeit vor, dass die Zulassung eines Betriebsplanes gemäß § 56 Abs. 2 S. 1 BBergG von der Leistung einer Sicherheit abhängig gemacht werden kann. Ob und in welcher Höhe und in welcher Form die Zulassung eines Betriebsplanes von der Leistung einer Sicherheit abhängig gemacht wird, entscheidet die Zulassungsbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen. Problematisch ist jedoch, dass die Sicherheitsleistung nicht wie im Rahmen anderer Umweltgesetze – beispielsweise hinsichtlich der Rückbauverpflichtung von Windenergieanlagen und im Abfall-/Deponiebereich – als Regelfall vorgesehen ist. Zudem wird das Ermessen durchaus restriktiv ausgeübt. Dies gilt entsprechend für die einzelnen – teilweise zu engen – Tatbestandsvoraussetzungen.

Das BBergG enthält weiter keine konkreten Vorgaben an die Art der Sicherheitsleistung, so dass zumindest in der Literatur überwiegend vertreten wird, dass auch handelsrechtlich zu bildende betriebliche Rückstellungen als gleichwertige Sicherheit anerkannt werden können. Diese sind jedoch nicht insolvenz sicher angelegt, so dass diese nach der Rechtsprechung des BVerwG im Bereich des Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG) bzw. der Deponieverordnung nicht als gleichwertige Sicherungsmittel anerkannt werden. Soweit ersichtlich sind sie jedoch im Bergrecht – gerade bei großen Unternehmen – üblich.

Die Rechtslage für Sicherheitsleistungen bei Abgrabungen ist zwischen den Ländern sehr unterschiedlich. Die Variationsbreite reicht von keiner entsprechenden Regelung über eine grundsätzliche Vorschrift bis hin zu sehr detaillierten Vorgaben. Diese große Variationsbreite der Länderregelungen trägt nicht zur Rechtssicherheit bei. Sehr unklare und wenig detaillierte Regelungen können zudem dazu führen, dass Umweltauflagen insbesondere bei der Rekultivierung bzw. Renaturierung von Abgrabungsflächen nicht in die Praxis umgesetzt werden.

8.6.1 Ausweitung Bergschadensvermutung

Die Ausweitung der Bergschadensvermutung – insbesondere auf Tagebaubetriebe – steht seit geraumer Zeit zur Diskussion.¹⁰¹² Begründet wird dies unter anderem mit geologischen Anomalien und hydraulisch wirksamen Störlinien innerhalb des Grundwasserabsenkungsbereichs:

¹⁰¹⁰ Vgl. hierzu auch Bundesrat-Entschließungsantrag des Landes Nordrhein-Westfalen, BR-Drs. 427/14 vom 24.09.14; Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 142/15(B), vom 08.05.15 (Stellungnahme BR und Gegenäußerung der BReg als BT-Drs. 18/4952) sowie Entschließungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 22.06.2016, BT-Drs. 18/8927. Vgl. auch den Antrag der SPD-Bundestagsfraktion vom 09.05.2012, BT-Drs. 17/9560.

¹⁰¹¹ Siehe hierzu auch die Auswertung der Befragung zur Bergschadensvermutung unter Kapitel 7.1.5.

¹⁰¹² Vgl. hierzu nur Bundesrat-Entschließungsantrag des Landes Nordrhein-Westfalen, BR-Drs. 427/14 vom 24.09.2014; Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 142/15(B), vom 08.05.2015 (Stellungnahme BR und Gegenäußerung der BReg als BT-Drs. 18/4952) sowie die Antwort der Bundesregierung vom 20.03.2017 zu der Entschließung im Zusammenhang mit der Zustimmung zum Gesetz zur Ausdehnung der Bergschadenshaftung auf den Bohrlochbergbau und Kavernen (BR-Drs. 354/16 (Beschluss)) vom 08.07.2016 sowie Entschließungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE

„Zwar treten durch den Betrieb von Braunkohletagebauen in der Regel keine Bergschäden auf. Jedoch ist für einen sicheren Betrieb von tiefen Braunkohletagebauen eine Absenkung des Grundwasserniveaus im Bereich und Umfeld dieser übertägigen Gewinnungsbetriebe erforderlich, die in besonderen Fällen zu schadenswirksamen Bodenbewegungen führen kann. Infolge dieser Grundwasserabsenkung treten in einem begrenzten Bereich gleichmäßige Bodenbewegungen auf, die grundsätzlich kaum schadensrelevant sind. Im Bereich von geologischen Anomalien (Auebereiche usw.) und hydraulisch wirksamen Störungen im Untergrund innerhalb des Einflussbereiches der Grundwasserabsenkung ist aber ein ungleichmäßiges Setzungsverhalten und damit das Auftreten von zum Teil erheblichen Bergschäden möglich. Gleiches kann auch für große Tagebaubetriebe gelten, die andere Bodenschätze gewinnen.“¹⁰¹³

„[...] Die Nachweisführung eines Bergschadens durch den Geschädigten in diesen Bereichen ist in der Regel weitaus schwieriger als im Einwirkungsbereich des untertägigen Bergbaus, da zum einen sehr komplexe unterirdische Vorgänge einen Bergschaden verursachen und zum anderen eine Vielzahl detaillierter Informationen u.a. des Bergbauunternehmers bei der Ermittlung der Schadensursache benötigt werden. Daher sollte Schadensbetroffenen im Bereich von Tagebaubetrieben, soweit damit schadenswirksame Bodenbewegungen im Umfeld der Tagebaubetriebe insbesondere durch großflächige Grundwasserabsenkungen oder Erschütterungen verbunden sind, die gleiche Rechtsposition verschafft werden wie Schadensbetroffenen im Einwirkungsbereich der anderen Bergbautätigkeiten. Die Ausweitung der Beweiserleichterungen ist aus Gründen der Gleichbehandlung konsequent und notwendig.“¹⁰¹⁴

Gegen eine Ausweitung der Bergschadensvermutung auf Tagebaubetriebe nach dem BBergG oder auf außerhalb des BBergG geregelten Grundeigentümerbodenschätzen werden einerseits zahlreiche Vorbehalte und Argumente grundsätzlicher und praktischer Art vorgebracht. Andererseits zeigt die Befragung auch, dass nicht nur Vertreter*innen von Umwelt- und Betroffenenverbänden eine entsprechende Ausweitung einfordern, sondern auch einzelne Vertreter*innen von Bergbehörden eine solche Ausweitung der Haftungsregelungen für gut umsetzbar halten.

- ▶ In den Interviews brachte ein*e Unternehmensvertreter*in beispielsweise zum Ausdruck, dass in den Ländern seit längerem Schlichtungsstellen für Bergschäden¹⁰¹⁵ eingerichtet worden seien, welche Betroffene weitaus besser stelle als die gesetzliche Bergschadensvermutung. Diese Argumentation verkennt jedoch, dass freiwillige prozessuale Erleichterungen – so sinnvoll sie sein mögen – keinen Ersatz für rechtlich verankerte Beweiserleichterungen darstellen können. Nur letztere verhelfen auch für den Fall, dass das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten ausgetragen wird, über schwierige und komplexe Nachweisfragen hinweg und haben auch bei einem streitigen Ausgang des Verfahrens Bestand.

GRÜNEN vom 22.06.2016, BT-Drs. 18/8927. Vgl. auch den Antrag der SPD-Bundestagsfraktion vom 09.05.2012, BT-Drs. 17/9560.

¹⁰¹³ Entschließungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, S. 2.

¹⁰¹⁴ Entschließungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, S. 3.

¹⁰¹⁵ Siehe zu den Schlichtungsstellen auch: Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie (9. Ausschuss) vom 22.06.2016 (BT-Drs 18/8907) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksachen 18/4714, 18/4952, 18/5162 Nr. 7, S. 5.

- ▶ Andere Vertreter*innen von Bergbehörden und Vorhabenträgern verwiesen darauf, dass das Gefahrpotenzial im Tagebau¹⁰¹⁶ nicht so groß sei wie beim untertägigen Bergbau.¹⁰¹⁷ Dies mag durchaus zutreffend sein. Die Beweisschwierigkeiten für Betroffene sind jedoch vergleichbar¹⁰¹⁸ und rechtfertigen deshalb die Übertragung des gesetzlichen Falles des Anscheinsbeweises. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die Bergschadensvermutung keine Beweislastumkehr darstellt,¹⁰¹⁹ sondern das Unternehmen den Anscheinsbeweis entkräften kann, wenn es alternative Tatsachen behauptet und beweist, aus denen sich die ernstliche Möglichkeit eines alternativen Geschehensablaufs im Sinne des § 120 S. 2 BBergG ergibt. Zudem legen unter anderem die Anträge im Gesetzgebungsverfahren¹⁰²⁰ eindrücklich dar, dass in der Praxis ein großes Bedürfnis für eine Ausweitung der Beweiserleichterungen auf Tagebaubetriebe besteht. Dies würde in den Interviews eindrücklich bestätigt – insbesondere von Seiten der Vertreter*innen der Umweltverbände und insbesondere der Bergbaubetroffenen.
- ▶ Im Gesetzgebungsverfahren wurde eine Ausweitung der Bergschadensvermutung von der Bundesregierung mit der Begründung abgelehnt, dass andernfalls „hinsichtlich der Beweislast eine Schlechterstellung des Abbaus der unter das Bergrecht fallenden Bodenschätze“ (gegenüber den sog. Grundeigentümergebietsschätzen) entstehen würde.¹⁰²¹ Nach Ansicht der Autoren sollten jedoch auch die bisherigen Grundeigentümergebietsschätze von der Regelung erfasst werden. Dies könnte unter anderem dadurch geregelt werden, dass diese – wie vorliegend unter 8.2.1 vorgeschlagen – in den Anwendungsbezug des BBergG aufgenommen werden.
- ▶ Einige Unternehmensvertreter*innen wiesen – wie auch die Bundesregierung¹⁰²² – darauf hin, dass eine Lösung für die Bestimmung der Einwirkungsbereiche bei Tagebaubetrieben gefunden werden müsse. Die Auswertung der Interviews mit Behörden- und Betroffenenvertreter*innen legt jedoch nahe, dass hierfür gerade im Bereich der Braunkohle angemessene Lösungen gefunden werden können. So wurde berichtet, dass man über Versenkungen sehr genau Bescheid wisse, da bei Hunderttausenden von Bodenpunkten gemessen werde. Insoweit wurde von Betroffenenseite (UV10) vorgeschlagen, einfach festzulegen, dass die Bergschadensvermutung immer dann gelte, wenn sich der Boden mehr als X cm gesenkt habe, bspw. ab 10 cm.¹⁰²³ Dies sei ein einfacheres Verfahren als bei der Neu-

¹⁰¹⁶ Inwieweit eine Absenkung im Bereich des Tagebaus mit Absenkungen durch Steinkohle vergleichbar ist, bestehen unterschiedliche Ansichten. Überwiegend wird vertreten, dass die Absenkung bei der Braunkohle in der Regel flächenmäßig sehr gleichmäßig verlaufe. Ein*e Vertreter*in von Betroffenen (UV10) betonte hingegen, dass sich dies so nicht verallgemeinern lasse und dass es zu Schädigungen komme. Dies würden auch Wissenschaftler*innen bestätigen.

¹⁰¹⁷ Ähnlich die Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 18/4952, S. 5, die darauf abstellte, dass eine hohe Schadenswahrscheinlichkeit „bei Tagebaubetrieben nicht generell gesehen“ werde.

¹⁰¹⁸ Dies erkennt auch die BReg in ihrer Antwort vom 20.03.2017 zu der Entschließung des Bundesrates an: „Zutreffend ist aber, dass bei der Braunkohlegewinnung auch Bodensenkungen entstehen können, die nicht leicht zu beweisen sind. Hierbei handelt es sich aber um Ausnahmefälle und diese Schäden sind nicht wie im Untertagebereich typisch. Zudem wäre eine Festlegung des Einwirkungsbereichs, für den die Bergschadensvermutung gelten würde, im Tagebau sehr schwierig. [...]“; zu BR-Drs. 354/16 (Beschluss) vom 08.07.2016.

¹⁰¹⁹ So fälschlicherweise die Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 18/4952, S. 5.

¹⁰²⁰ Bundesrat-Entschließungsantrag des Landes Nordrhein-Westfalen, BR-Drs. 427/14 vom 24.09.2014; Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 142/15(B), vom 08.05.2015 (Stellungnahme BR und Gegenäußerung der BReg als BT-Drs. 18/4952) sowie Entschließungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 22.06.2016, BT-Drs. 18/8927.

¹⁰²¹ Vgl. Gegenäußerung der BReg, BT-Drs. 18/4952, S. 5.

¹⁰²² Vgl. Gegenäußerung der BReg, BT-Drs. 18/4952, S. 5.

¹⁰²³ Inwieweit eine Absenkung im Bereich des Tagebaus mit Absenkungen durch Steinkohle vergleichbar ist, bestehen unterschiedliche Ansichten. Überwiegend wird vertreten, dass die Absenkung bei der Braunkohle in der Regel flächen-

regelung von Erdgas/Erdöl. Ein*e Behördenvertreter*in (B4) verwies – unter Bezugnahme auf die Braunkohle – zudem darauf, dass insbesondere in geologisch gestörten Bereichen (und in Torfgebieten) benennbare Schäden auftreten könnten. Diese könnte man benennen und in diesen Fällen sehr wohl einen Einwirkungsbereich für eine positive Bergschadensvermutung festlegen.

- ▶ Mehrere Behördenvertreter*innen (B1, B2, B3) verwiesen darauf, dass es angemessen sei eine entsprechende Regelung gerade auch für Sprengungen im bisher immissionsschutzrechtlich genehmigten Bereich zu fordern – diese seien bergschadensrelevant. Die derzeitige Rechtslage sei unter Gleichheitsgesichtspunkten als ungünstig zu bewerten. Andere verwiesen hingegen auf bestehende DIN-Vorschriften für Sprengungen, so dass kein Bedürfnis bestehe. Letzterem ist zu entgegen, dass DIN-Normen helfen können, dass Sprengungen ordnungsgemäß durchgeführt werden. Im Schadensfall existieren für Betroffene jedoch unabhängig davon vergleichbare Beweisprobleme – insbesondere natürlich in Fällen, in denen – ggf. abweichend von der Normierung – keine ausreichende Beweissicherung vor der Sprengung stattfand.

Vorschlag: Ausweitung der Bergschadensvermutung

Die Bergschadensvermutung im BBergG wird auf Tagebaue ausgeweitet, so dass sie auch für die heutigen Grundeigentümergebäude sowie (z.B.) die Braunkohle gilt.

Hinsichtlich der Festlegung des Einwirkungsbereichs könnte in diesem Zusammenhang in der Einwirkungsbereichs-Bergverordnung geregelt werden, dass er insbesondere dann gilt, wenn sich der Boden um mehr als [X] cm gesenkt hat.

8.6.2 Reform und Konkretisierung der Sicherheitsleistung

Zwar kann nach § 56 Abs. 2 S. 1 BBergG die Zulassung eines Betriebsplanes von der Leistung einer Sicherheit abhängig gemacht werden.¹⁰²⁴ Allerdings sieht die bergrechtsrelevante Literatur die Sicherheitsleistung nicht als Regelfall an, sondern legt die Ermessensausübung durchaus restriktiv aus.¹⁰²⁵ Zudem ist die bergrechtliche Ausgestaltung auch in einigen anderen Punkten zu eng ausgestaltet. Auch die Interviews bestätigten, dass die Regelungen zur Sicherheitsleistung verbesserungswürdig sind. Vor diesem Hintergrund sollte die Regelungen zur Sicherheitsleistung grundlegend überarbeitet werden. Folgende Punkte sollten hierbei adressiert werden:

- ▶ Wie in anderen gesetzlichen Regelungen sollte die bestehende Ermessensvorschrift („Kann“) dahingehend umgestaltet werden, dass in der Regel eine Sicherheitsleistung zu

mäßig sehr gleichmäßig verlaufe. Ein*e Vertreter*in von Betroffenen (UV10) betonte hingegen, dass sich dies so nicht verallgemeinern lasse und dass es zu Schädigungen komme. Es gebe beispielsweise im Rheinischen Revier Absenkungen von bis zu 5,60 Meter. Wie oben dargelegt, kommt es für eine Ausweitung eines Anscheinsbeweises hierauf jedoch nicht an, sondern auf die typischen Beweisschwierigkeiten für Betroffene.

¹⁰²⁴ Siehe hierzu oben Kapitel 7.2.1.

¹⁰²⁵ Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 56 Rn. 267; von Hammerstein, in: Boldt/Weller/Kühne u.a. (Hrsg.), BBergG, 2016, § 56 Rn. 35.

fordern ist. Hiervon sollte nur in atypischen Fällen abgewichen werden können („**Soll-Vorschrift**“). Entsprechende Änderungen wurden in anderen umweltrelevanten Gesetzen¹⁰²⁶ bereits seit längerem umgesetzt.¹⁰²⁷ Für Bergbehörden würde dies nebenbei auch die Begründung erleichtern, warum Sicherheitsleistungen gefordert werden.

- ▶ Es sollte in § 56 Abs. 2 BBergG ausdrücklich klargestellt werden, dass die Sicherheit sich nicht nur auf die aufgezählten Voraussetzungen des § 55 BBergG bezieht, sondern auch auf die anderen überwiegend öffentlichen Interessen im Sinne des § 48 Abs. 2 BBergG. Dies ist derzeit umstritten,¹⁰²⁸ so dass – soweit ersichtlich – diesbezüglich keine Sicherheitsleistung nach den bergrechtlichen Vorschriften verlangt werden.¹⁰²⁹ In diesem Zusammenhang ist auf das Urteil des OLG Bremens¹⁰³⁰ zu verweisen, wonach die Einstandspflicht aus der als Sicherheitsleistung hinterlegten Bürgschaft abgelehnt wurde, da sich diese – entsprechend dem Wortlaut des § 56 Abs. 2 BBergG – nur auf die „*Absicherung der in § 55 Abs. 1 S. 1 Nrn. 3 bis 9 und Abs. 2 BBergG genannten Voraussetzungen*“ bezog.¹⁰³¹ Darüber hinaus sollten auch privatrechtliche Schadenersatzansprüche wie die nach den §§ 114 f. BBergG erfasst werden. Als Vorlage für letzteres könnte die § 41 Offshore-Bergverordnung (OffshoreBergV) dienen, der entsprechende Regelungen zur Vorsorge enthält.
- ▶ Es sollte ausdrücklich klargestellt werden, dass Sicherheitsleistungen auch nach Zulassung des Betriebsplans durch **nachträgliche Anordnungen** möglich sind. Bisher wird überwiegend vertreten, dass dies ausgeschlossen sein soll.¹⁰³² Ein nachträgliches Festsetzen einer Sicherheitsleistung kann jedoch gegebenenfalls aus fachlichen und wirtschaftlichen Gründen geboten sein. Klargestellt werden sollte auch, dass in späteren Betriebsplanzulassungen eine Sicherheit verlangt werden kann, obgleich in vorherigen Zulassungsentscheidungen keine oder eine geringere Sicherheit festgesetzt wurde.¹⁰³³
- ▶ In der Allgemeine Bundesbergverordnung (ABergV) sollten konkrete Vorgaben an die **Art der Sicherheit** verankert werden. Im Bergrecht findet bisher nicht einmal eine Beschränkung auf die Sicherungsmittel des § 232 BGB statt.¹⁰³⁴ Zudem sieht Anhang 7 zu § 22a Abs. 3 S. 4 ABergV sogar vor, dass „handelsrechtlich zu bildende **betriebliche**

¹⁰²⁶ Beispielsweise in §§ 36 Abs. 3, 43 Abs. 4 KrWG i.V.m. § 18 Deponieverordnung (DepV) sowie § 12 Abs. 1 S. 2 BImSchG.

¹⁰²⁷ Teilweise ist sogar eine Sicherheitsleistung zwingend vorgeschrieben („Ist“).

¹⁰²⁸ Hierzu soll zwar gegebenenfalls in absehbarer Zeit eine Klärung durch das BVerwG zu erwarten sein. Eine gesetzliche Klarstellung ist unabhängig hiervon jedoch zu bevorzugen. Ablehnend: *Keienburg*, ZfB 2013, 243 f.; *von Hammerstein*, in: *Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen*, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 56 Rn. 33; zustimmend: *Piens*, in: *Piens/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 56 Rn. 117, 262; vgl. auch Kapitel 7.2.1.

¹⁰²⁹ Nach *Sächsisches Oberbergamt*, Merkblatt zur Erhebung und Verwertung von Sicherheitsleistungen gem. § 56 Abs. 2 BBergG - Merkblatt Sicherheitsleistungen (Stand: 11/2010), darf die Sicherheitsleistung „*nur zur Sicherung der in § 55 Abs. 1 Nr. 3 bis 13 und Abs. 2 BBergG genannten Voraussetzungen zur Zulassung des Betriebsplanes dienen.*“

¹⁰³⁰ OLG Bremen, Urteil vom 29.12.2017, 2 U 69/16 (nicht rechtskräftig).

¹⁰³¹ OLG Bremen, Urteil vom 29.12.2017, S. 11: „... auch wenn etwa § 48 Abs. 2 BBergG der für die Zulassung von Betriebsplänen zuständigen Behörde die Befugnis einräumt, „andere“ öffentlich-rechtliche Vorschriften, so auch die Anforderungen des Bundes-Bodenschutzrechts, in seine Prüfung mit einzubeziehen (siehe *BVerwG*, Urt. v. 14.04.2005). Es mag daher nach der Rechtsprechung des *Bundesverwaltungsgerichts* die grundsätzliche Berücksichtigung des Bundesbodenschutzgesetzes im Verfahren der bergrechtliche Zulassung zu bejahen sein; daraus folgt jedoch nicht, dass die in § 55 Abs. 1 und 2 BBergG geregelten Verpflichtungen des Betreibers über die rein bergbaurechtlichen Verpflichtungen hinausgehen und etwa auch solche nach dem Bundesbodenschutzgesetz erfassen.“

¹⁰³² *Piens*, in: *Piens/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 56 Rn. 270 m.w.N.

¹⁰³³ Vgl. hierzu die Ausführungen unter 7.2.1.

¹⁰³⁴ *Keienburg*, Bergrechtliche Sicherheitsleistungen gemäß § 56 Abs. 2 BBergG – Voraussetzungen und Inhalt, ZfB 2013, 243, 251.

Rückstellungen als gleichwertige Sicherheit“ akzeptiert werden.¹⁰³⁵ Diese sind jedoch nicht insolvenz sicher angelegt, so dass diese nach der Rechtsprechung des BVerwG weder ein „gleichwertiges Sicherungsmittel“ im Sinne der §§ 36 Abs. 3, 43 Abs. 4 KrWG noch etwas „anderes Gleichwertiges“ im Sinne von Art. 8 lit a) Ziffer iv) der Deponierichtlinie 1999/31/EG¹⁰³⁶ darstellen und deshalb als Sicherungsmittel in Sinne der Deponieverordnung ausgeschlossen sind.¹⁰³⁷ Diese Auslegung sollte auf das BBergG übertragen werden.

- ▶ Auch die Bemessung der **Höhe der Sicherheitsleistung** sollte in der ABergV klarer beschreiben werden. Ein Beispiel für ein mögliches Vorgehen des Ordnungsgebers stellt § 7 Abs. 3 Brandenburgische Bau-Abgrabungsverordnung (BbgBauAV) dar, welches enumerativ die jeweils abzudeckenden Maßnahmen – nicht abschließend – auflistet.¹⁰³⁸

Unabhängig von der Reform der Sicherheitsleistungen im BBergG sollte geprüft werden, inwiefern für die Braunkohlenfolgekosten eine spezifische Lösung entwickelt werden sollte, welche die besonders hohen Kosten für die Wiedernutzbarmachung und die sogenannten Ewigkeitskosten absichert, welche bisher nicht insolvenzfest abgesichert sind. In den letzten Jahrzehnten überwog bei Behörden, Politik und Öffentlichkeit die Einschätzung, dass hierfür kein Bedarf besteht. Angesichts der klimapolitischen Ziele Deutschlands sowie der in diesem Zusammenhang inzwischen geänderten Sach- und Rechtslage erscheint es jedoch zunehmend möglich, dass es zu einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der betroffenen Unternehmen kommt. Vor diesem Hintergrund sollte geprüft werden, wie die bestehenden internen Rücklagen stückweise in einen öffentlich-rechtlichen Fond überführt werden können, damit die Rückstellungen insolvenz sicher angelegt sind. Als Vorbild hierfür könnte der öffentlich-rechtliche Fond zur Finanzierung der kerntechnischen Entsorgung fungieren, der 2017¹⁰³⁹ eingerichtet wurde.

Vorschlag: Reform und Konkretisierung der Sicherheitsleistung

Die bergrechtlichen Vorschriften zur Sicherheitsleistung werden reformiert und konkretisiert (in § 56 BBergG und in der ABergV):

- ▶ Zur Klarstellung sollte die Ermessensregelung des § 56 BBergG in eine „Soll-Vorschrift“ umgewandelt werden;
- ▶ es sollte klargestellt werden, dass Sicherheitsleistung auch nach Zulassung des Betriebsplans durch nachträgliche Anordnungen möglich sind;
- ▶ in § 56 Abs. 2 BBergG sollte klargestellt werden, dass die Sicherheit sich auch auf die anderen überwiegend öffentlichen Interessen im Sinne des § 48 Abs. 2 BBergG bezieht;
- ▶ in der ABergV sollten konkrete Vorgaben an die Art der Sicherheit verankert werden; in § 22a ABergV sollte klargestellt werden, dass interne Rückstellung keine zulässige Sicherheitsleistung darstellt;
- ▶ in der ABergV sollten zudem konkrete Vorgaben an die Höhe der Sicherheit gestellt werden.

¹⁰³⁵ Kritsch hierzu: von Hammerstein, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 56 Rn. 45, der jedoch vertritt, dass es nicht ausgeschlossen sei, dass betriebliche Rückstellungen als Rückstellungen akzeptiert werden.

¹⁰³⁶ Richtlinie 1999/31/EG des Rates vom 26.04.1999 über Abfalldeponien, ABl. L 182 vom 16.07.1999, S. 1-19.

¹⁰³⁷ Vgl. Urteil des BVerwG vom 26.06.2008 (Az.: 7 C 50/07).

¹⁰³⁸ Siehe hierzu 7.2.2.

¹⁰³⁹ Entsorgungsfondsgesetz (EntsorgFondsG) vom 27.01.2017 (BGBl. I S. 114, 1676), das durch Artikel 1 der Verordnung vom 16.06.2017 (BGBl. I S. 1672) geändert worden ist.

Quellenverzeichnis

- Attendorn, Thorsten (2011): Die unmittelbar oder mittelbar zulassungsmodifizierende Wirkung von Rechtsnormen in der neueren Umweltgesetzgebung, NVwZ 2011, 327.
- Bahn-Walkowiak, Bettina/ Bleischwitz, Raimund/ Distelkamp, Martin/ Meyer, Mark (2012): Mineral Economics 2012, 29.
- Bahn-Walkowiak, Bettina/ Bleischwitz, Raimund/ Sanden, Joachim (2010): Einführung einer Baustoffsteuer zur Erhöhung der Ressourceneffizienz im Baubereich.
- Bartel, Sebastian/Janssen, Gerold (2016): Raumplanung im Untergrund unter besonderer Berücksichtigung des Umweltschutzes, NuR 2016, 237.
- Bastida, Ana Elizabeth (2008): Mining Law in the context of development: An Overview, in: Andrews-Speed, Philip (ed.), International Competition for Resources, Dundee, 101.
- Battis, Ulrich (2006): Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht, Stuttgart.
- Battis, Ulrich/Kersten, Jens (2007): Die Raumordnung nach der Föderalismusreform, DVBl. 2007, 152.
- Battis, Ulrich/Krautzbeger, Michael/Löhr, Ralf-Peter (2016): Baugesetzbuch, 13. Aufl. 2016.
- Beckmann, Martin (2016): Der Bergschaden – Rechtliche Rahmenbedingungen für die Ermittlung und Geltendmachung des Bergschadensersatzanspruchs, ZfB 2016, 1.
- Beck'scher Online-Kommentar (BeckOK) (Hrsg. Giesberts/Reinhardt): Umweltrecht, 49. Edition, Stand: 01.01.2019. Kommentar zum Bundes-Bodenschutzgesetz (BBodSchG), Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG), Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG), Wasserhaushaltsgesetz (WHG) und Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG).
- Benz, Steffen (2009): Rechtliche Rahmenbedingungen für die Nutzung der oberflächennahen Geothermie, 2. Aufl. 2009.
- BGE (2018): BGE berichtet bei der 1. Statuskonferenz Endlagerung über ihren Arbeitsstand, <https://www.bge.de/de/aktuelles/meldungen-und-pressemittelungen/meldung/news/2018/11/265-bge/>, aufgerufen am 27.11.2018.
- BGR (2017): Deutschland – Rohstoffsituation 2016.
- BGR (Hrsg.) (2016): Deutschland Rohstoffsituation 2015, Nov. 2016, Hannover, http://www.bgr.bund.de/DE/Themen/Min_rohstoffe/Downloads/Rohsit-2015.pdf?blob=publicationFile&v=3, aufgerufen am 02.01.2017.
- Bielenberg, Walter/ Runkel, Peter/ Spannowsky, Willy (2018): Raumordnungs- und Landesplanungsrecht des Bundes und der Länder, Berlin.
- BINE-Informationsdienst (2007): Druckluftspeicherkraftwerke, projektinfo 05/07, http://www.bine.info/fileadmin/content/Publikationen/Projekt-Infos/2007/Projekt-Info_05-2007/projekt_0507internet_x.pdf, aufgerufen am 26.03.2019.
- BMUB (Hrsg.) (2016): Deutsches Ressourceneffizienzprogramm II, Beschluss des Bundeskabinetts vom 02.03.2016, http://www.bmub.bund.de/fileadmin/Daten_BMU/Pool/Broschueren/progress_ii_broschuere_bf.pdf, aufgerufen am 31.12.2016, aufgerufen am 26.03.2019.
- Bohne, Eberhard (1989): Die Umweltverträglichkeitsprüfung bergbaulicher Vorhaben nach den Gesetzentwürfen der Bundesregierung zur Umsetzung der EG-Richtlinie vom 27.06.1985 (85/337/EWG), ZfB 1989, 93.
- Boldt, Gerhard/ Weller, Herbert/ Kühne, Günther/ von Mäßenhausen, Hans-Ulrich (2016): Bundesberggesetz. Kommentar, 2. Aufl., Berlin.
- Boldt, Gerhard/Weller, Herbert (2015): BBergG, 2. Aufl.
- Bongartz, Michael (2006): Rechtliche Absicherung oberflächennaher Rohstoffgewinnung, Regionalplanerische Sicherung und Genehmigungsverfahren in Nordrhein-Westfalen, RuR 2006, 116.
- Bovet, Jana (2014): Notwendigkeit und Steuerungsmöglichkeiten einer unterirdischen Raumordnung, UPR 2014, 418.
- Brockhoff, Sven (2012): Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung in bergrechtlichen Zulassungsverfahren.

- Büllesbach, Rudolph (1994): Die rechtliche Beurteilung von Abgrabungen nach Bundes- und Landesrecht, 1994.
- BUND (2015): Kernforderungen zur Novellierung des Bergrechts, November 2015.
- Bundesrat (Hrsg.) (2016): Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung raumordnungsrechtlicher Vorschriften, Drucksache 656/16 (Beschluss) v. 16.12.2016.
- Bund-Länder-Ausschuss Bergbau (Hrsg.) (2014): Vollzugsempfehlungen zur Umsetzung des Garzweiler-Urteils des BVerfG vom 17.12.2013 (1 BvR 3139/08 und 1 BvR 3386/08) in bergrechtlichen Verfahren (Stand: 13 November 2014). Abrufbar unter: <https://lbgr.brandenburg.de/cms/detail.php/bb1.c.393636.de>, aufgerufen am 26.03.2019.
- Czychowski, Manfred/Reinhardt, Michael (2014): WHG, 11. Aufl.
- Dammert, Bernd (2014): Verfassungsrechtliche Anforderungen an Grundabtretung und Rahmenbetriebsplanzulassung, ZfB 2014, 1 und 105.
- Dietlein, Johannes (2014): in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, 39. Edition (Stand: 01.04.2016) BBodSchG § 10.
- Dietlein, Johannes (2014): in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Band III, Stand: November 2014, § 4 BImSchG.
- Durner, Wolfgang (2016): in: Landmann/Rohmer, UmweltR, 80. EL Mai 2016, WHG § 82.
- Durner, Wolfgang/ Karrenstein, Fabian (2014): Anm. zu BVerfG 17.12.2013, 1 BvR 3139/08 u. 3386/08, DVBl. 2014, 182.
- Ekardt, Felix/ Klinski, Stephan/ Schomerus, Thomas (2015): Konzept für die Fortentwicklung des deutschen Klimaschutzrechts.
- Erbguth, Wilfried (2011): Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 19.2.2015 – 7 C 11.12 – u.a. -, ZUR 2011, 121.
- Erbguth, Wilfried (2011): Unterirdische Raumordnung – zur raumordnungsrechtlichen Steuerung untertägiger Vorhaben, ZUR 2011, 121.
- Fischer-Hüftle, Peter (1989): Bergbauberechtigungen und naturschutzrechtliche Verordnungen, NuR 1989, 106.
- Fleckenstein, Kurt (1997): Langfristige Sicherung des Rohstoffabbaus. Können regionale Planungen das Bergrecht ersetzen? Raumforschung und Raumordnung (RuR) Vol. 55, No. 3, 176.
- Franke, Peter (2011): Rechtliche Rahmenbedingungen für die unkonventionelle Gasgewinnung in Nordrhein-Westfalen, in: Frenz/Preuße (Hrsg.) Chancen und Risiken von unkonventionellem Erdgas, 9.
- Franke, Peter (2009): in: FS Kühne, 2009, 10.
- Frenz, Walter (2016): Nachhaltiges Bergrecht – Garzweiler, Meggen und atomare Konzernnachhaftung als Eckpunkte, DVBl. 2016, 679.
- Frenz (2016): Nachhaltiges Bergrecht – Garzweiler, Meggen und atomare Konzernnachhaftung als Eckpunkte, DVBl. 2016, 679.
- Frenz, Walter (2015): Neues Bergrecht?, RdE 2015, 55.
- Frenz, Walter (2014): Braunkohlentagebau und Verfassungsrecht. Anm. zu BVerfG 17.12.2013, 1 BvR 3139/08 u. 3386/08, NVwZ 2014, 194.
- Frenz, Walter (2001): Bergrecht und Nachhaltige Entwicklung, Berlin.
- Frenz, Walter (2000): BBodSchG, München.
- Gaentzsch, Günter (1998): Rechtliche Fragen des Abbaus von Kies und Sand, NVwZ 1998, 889.
- Giesecke, Bettina (2011): Einführung einer Förderabgabe für Inhaber alter Rechte gemäß § 149 BBergG (Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages [WD 3 – 3000 – 369/11]).
- Große, Andreas (2009): Strom und Wärme aus der Tiefe, Zur Genehmigung und Förderung tiefengeothermischer Anlagen, ZUR 2009, 535.
- Grotfels, Susan (2015): Raumordnung für den Untergrund, in: Kment (Hrsg.), Das Zusammenwirken von deutschem und europäischem öffentlichen Recht, FS Jarass, 2015, 443.

- Guckelberger, Annette (2017): Die Bergschadensvermutung gem. § 120 BBergG, NuR 2017, 88.
- Hellriegel, Mathias (2013): Rechtsrahmen für eine Raumordnung zur Steuerung unterirdischer Nutzungen – Konkurrenzkampf unter der Erde, NVwZ 2013, 111.
- Henkel, Jörg (2016): in Beck'scher Online-Kommentar BauNVO, Spannowsky/Hornmann/Kämper, 6. Edition, Stand: 03.09.2016, § 15 BauNVO.
- Herrmann, Friederike/Sanden, Joachim/Schomerus, Thomas/Schulze, Falk (2012): Ressourcenschutzrecht – Ziele, Herausforderungen, Regelungsvorschläge, ZUR 2012, 523.
- Hoppe, Werner/Beckmann, Martin (2012): Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung, 4. Aufl.
- Hoth, Peer (2017): Heimische Rohstoffe aus industriepolitischer Sicht, Präsentation des BMWi, Bamberg, 27.06.2017, abrufbar unter: http://www.abbm-bayern.de/www/media/tools_downloads/bergbau_tag_bamberg/170621Heimische_Rohstoffe_finalHoth.pdf, aufgerufen am 30.11.2018.
- Hüffner Uwe/Tettinger, Peter (1993): Sand und Kies als Gegenstand des Bergwerkseigentums in den neuen Bundesländern.
- Irrek, Wolfgang/Vorfeld, Michael (2015): Liquidität und Werthaltigkeit der Anlage der freien Mittel aus der Bildung von Rückstellungen für Stilllegung, Rückbau und Entsorgung der Atomkraftwerke. Abrufbar unter: https://www.bundestag.de/blob/384740/3c7b60161cce4b0add0706dfaaa6f345/kmat_38-data.pdf, aufgerufen am 14.04.2016.
- Jäckel, Nora Marie (2016): Die Sicherheitsleistung zur Sicherstellung der Vorsorge für die Wiedernutzbarmachung der Oberfläche gemäß § 56 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BBergG, ZfB 2016, 21.
- Janssen, Gerold (2014): Verankerung der untertägigen Raumordnung, Vortrag bei der Fachtagung “Umweltverträgliche Nutzung des Untergrunds und Ressourcenschonung“ – Anforderungen an die untertägige Raumordnung und das Bergrecht, Universität Kassel, 25.11.2014, Vortragsfolien, https://www.uni-kassel.de/fb07/fileadmin/datas/fb07/5-Institute/IWR/Roßnagel/sonstiges/vortrag_bergrecht_tagung_janssen.pdf, aufgerufen am 31.12.2016.
- Jarrass (2015): BImSchG, 11. Aufl.
- Jarass, Hans D. (Hrsg.) (2014): Bundes-Immissionsschutzgesetz – Kommentar, 12. Aufl., München.
- Jin, Wei/ Woodland, Alan (2017): Optimal Growth with Resource Exhaustibility and Pollution Externality, UNSW Business School Research Paper No. 2017 ECON 09, <http://research.economics.unsw.edu.au/RePEc/papers/2017-09.pdf>, aufgerufen am 04.07.2017.
- Kahnt, Rene/ Gabriel, Aron/ Seelig, Carolin/ Freund, Achim /Homilius, Antje (2015): Unterirdische Raumplanung, Teilvorhaben 1 (Geologische Daten), Abschlussbericht, UBA-Texte 11/2015.
- Karrenstein, Fabian (2013): Raumordnung des Untergrundes? Rechtssystematische Ein- und Ausblicke, RaumPlanung 4/2013, 48.
- Keienburg, Bettina (2013): Bergrechtliche Sicherheitsleistungen gemäß § 56 Abs. 2 BBergG – Voraussetzungen und Inhalt, ZfB 2013, 243.
- Keienburg, Bettina (2012): Stellungnahme zu den Anträgen auf Änderung bzw. Anpassung des Bundesberggesetzes (BBergG), 16.05.2012, http://www.kuemmerlein.de/fileadmin/user_upload/kuemmerlein/downloads/anwaelte/Keienburg/Publikationen/Stellungnahme-16.05.2012.pdf, aufgerufen am 15.2.2017.
- Keimeyer, Friedhelm/ Schulze, Falk/ Runge, Karsten/ Kahnt, René/ Gabriel, Aron David/ Janssen, Gerold/ Bartel, Sebastian/ Schmitt, Bea (2018): Unterirdische Raumplanung und nachhaltige Ressourcenbewirtschaftung am Beispiel von ausgewählten Regionen, <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/unterirdische-raumplanung-nachhaltige>, abgerufen am 05.03.2019.

- Keimeyer, Friedhelm/ Schulze, Falk/ Hermann, Andreas (2013): Primärbaustoffsteuer. Implementationsanalyse 1 im Projekt Ressourcenpolitik: Analyse der ressourcenpolitischen Debatte und Entwicklung von Politikoptionen (PolRes). www.ressourcenpolitik.de.
- Klages, Christoph (2016): in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), BeckOK UmweltR, 39. Edition, Stand: 01.04.2016, KrWG, § 36.
- Kober, Detlef (2015): Konsistente Schutzgutbehandlung in Zulassungsverfahren.
- Köck, Wolfgang (2016): Die Bedarfsplanung im Infrastrukturrecht, ZUR 2016, 579.
- Köck, Wolfgang/ Bovet, Jana/ Fischer, Henrik et al. (2016): Das Instrument der Bedarfsplanung – Rechtliche Möglichkeiten für und verfahrensrechtliche Anforderungen an ein Instrument für mehr Umweltschutz, Umweltforschungsplan des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit, Forschungskennzahl 3714 18 102 0, UBA-Texte 55/2017, Dessau, Juli 2017, https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/1410/publikationen/2017-09-05_texte_55-2017_bedarfsplanung_v2.pdf, aufgerufen am 21.08.2017.
- Koenig, Ulrich (2014): Abgabenordnung, 3. Aufl. 2014.
- Kopp-Assenmacher, Stefan (2010): AbfallR 2010, 150.
- KPMG (2006): Ewigkeitskosten der Kohle betragen 13 Milliarden Euro – Unwägbare Risiken für Trinkwasser – Gutachten im Auftrag des BAFA.
- Kremer, Eduard/ Neuhaus, Peter (2001): Bergrecht.
- Kühne, Gunther (2014): Verfassungsrechtliche Fragen der bergrechtlichen Enteignung. Zum Garzweiler-Urteil des BVerfG vom 17.12.2013, NVwZ 2014, 321.
- Kühne, Gunther (2013): Drei Jahrzehnte Bundesberggesetz – Entwicklungslinien und Ausblick, ZfB 2013, 113.
- Kühne, Gunther (2006): Obligatorische Rahmenbetriebsplanzulassung im Bergrecht und ihre Wirkungen, DVBl 2006, 662.
- Kühne, Gunther (1994): Rechtsfragen der Aufsuchung und Gewinnung von in Steinkohleflözen beitzendem Methangas.
- Kühne, Gunther (1987): Nochmals: Bergbauliche Berechtigungen und Nationalparkverordnung Niedersächsisches Wattenmeer, DVBl 1987, 1259.
- Kühne, Günther/ Gaentzsch, Günter (1992): Wandel und Beharren im Bergrecht.
- Landesanstalt für Umweltschutz Baden-Württemberg (2004): Kiesgewinnung und Wasserwirtschaft.
- Landesregierung NRW (Hrsg.) (2016): Landesentwicklungsplan Nordrhein-Westfalen (LEP NRW) nach dem zweiten Beteiligungsverfahren, Stand 05.07.2016, https://www.land.nrw/sites/default/files/asset/document/lep_nrw_04072016.pdf, aufgerufen am 31.12.2016.
- Lauerwald, Uwe (2001): Die Bilanzierung und Prüfung von behebungspflichtigen und nicht behebungspflichtigen ökologischen Lasten, Reihe: Steuer, Wirtschaft und Recht, Band 196.
- Ludwig, Grit (2016): Der Schutz des Oberflächeneigentums in der Vorhabenzulassung nach dem BBergG, DVBl. 2016, 685.
- Ludwig, Grit (2014): Gesamtabwägung ins Bundesberggesetz! Konsequenzen aus dem Garzweiler-Urteil des BVerfG vom 17.12.2013, ZUR 2014, 451.
- Ludwig, Grit (2012): Umweltaspekte in Verfahren nach dem BBergG, ZUR 2012, 150.
- Ludwig, Grit/ Gawel, Erik (2017): Primärbaustoffsteuern auf Baumineralien – Ein ökonomisches Instrument zur Steigerung der Ressourceneffizienz im Bausektor, DVBl. 2017, 1468.
- Mann, Thomas (2014): Ausdehnung der Bergschadenshaftung auf Untergrundspeicher? ZfB 2014, 15.
- Mann, Thomas/ Sennekamp, Christoph/Uechtritz, Michael (2014): VwVfG, 1. Aufl. 2014.
- Maunz, Theodor/ Dürig, Günter (2009): GG, beck-online.
- Meyer, Eike/ Ludewig, Damien (2011): Eckpunktepapier: Das Potential der bergrechtlichen Förderabgabe für Ressourcenschutz und Länderfinanzen, <http://www.foes.de/pdf/2011-12-Diskussionspapier-Foerderabgaben.pdf>, aufgerufen am 26.03.2019.

- Ministerkonferenz für Raumordnung (Hrsg.) (2016): Leitbilder und Handlungsstrategien für die Raumentwicklung in Deutschland, verabschiedet von der Ministerkonferenz für Raumordnung am 09.03.2016, <https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/2271/dokumente/leitbilder-und-handlungsstrategien-raumordnung-de.pdf>, aufgerufen am 01.10.2017.
- Niedersachsen (Hrsg.) (2016): Landes-Raumordnungsprogramm Niedersachsen (LROP) 2012 mit eingearbeiteten Änderungen des Entwurfs 2016, [http://www.niedersachsen.de/download/106974/LROP - Lesefassung.pdf](http://www.niedersachsen.de/download/106974/LROP_-_Lesefassung.pdf), aufgerufen am 31.12.2016.
- Niedersächsisches Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr (2012): Entsorgung von Lagerstättenwasser bei der Förderung von Erdgas und Erdöl, <http://www.mw.niedersachsen.de/aktuelles/presseinformationen/entsorgung-von-lagerstaettenwasser-bei-der-foerderung-von-erdgas-und-erdoel-106793.html>, aufgerufen am 26.03.2019.
- Niermann, Ralf Peter (1992): Betriebsplan und Planfeststellung im Bergrecht.
- Oerder, Michael/ Numberger, Ulrich/ Schönfeld, Thomas (1999): BBodSchG.
- Öko-Institut (Hrsg.) (2016): Policy Paper 2: Deutschland 2049 – Auf dem Weg zu einer nachhaltigen Rohstoffwirtschaft, Darmstadt Juni 2016, <https://www.oeko.de/oekodoc/2600/2016-607-de.pdf>, aufgerufen am 31.12.2016.
- Öko-Institut (2007): Broschüre „Ressourcenfieber“, <http://www.oeko.de/oekodoc/600/2007-146-de.pdf>, aufgerufen am 10.08.2016.
- Ortloff, Otto (2002): Die Entwicklung des Bauordnungsrechts, NVwZ 2002, 416.
- Penn-Bressel, Gertrude/Weber, Oliver (2014), in: Umweltbundesamt (Hrsg.), Umweltverträgliche Nutzung des Untergrundes und Ressourcenschonung – Anforderungen an eine Raumordnung unter Tage und ein modernes Bergrecht (Kurzfassung), Position, November 2014, Dessau.
- Piensch, Reinhart/Schulte, Hans-Wolfgang/Graf Vitzthum, Stefan (Hrsg.) (2013), BBergG, 2. Aufl., Stuttgart.
- Pitschas, Rainer (2015): Innovative Versorgungsstrukturen, MedR 33, 154.
- Pollmann, Heinz/ Wilke, Ludwig (1994): Der untertägige Steinkohlebergbau u. seine Auswirkungen auf die Tagesoberfläche.
- PricewaterhouseCoopers (PwC) (2015), Eingangsprüfung der Anforderungen der Extractive Industries Transparency Initiative (EITI), <https://www.d-eiti.de/wp-content/uploads/2015/05/Studie-EITI-Eingangspr%C3%BCfung-final-22.04.2015.pdf>, aufgerufen am 11.04.2017.
- Ramsauer, Ulrich/ Wendt, Henning (2014): Einsatz der Fracking-Technologie insbesondere aus der Sicht des Gewässerschutzes, NVwZ 2014, 1401.
- Reinhardt, Michael (2004): Neuere Entwicklungen im wasserhaushaltsgesetzlichen Bewirtschaftungssystem unter besonderer Berücksichtigung des Bergbaus, NuR 2004, 82.
- Riese, Christoph (2016): in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 80. EL Mai 2016, § 68 WHG.
- Rodi, Michael (2016): Der Rechtsrahmen für den Einsatz ökonomischer Instrumente in der Ressourcenschutzpolitik, ZUR 2016, 531.
- Roßnagel, Alexander/Hentschel, Anja (2017): Rechtliche Instrumente des allgemeinen Ressourcenschutzes, FKZ 3711 18 102, UBA-Texte 23/2017, <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/rechtliche-instrumente-des-allgemeinen>, aufgerufen am 26.03.2019.
- Roßnagel/Hentschel/Polzer, Rechtliche Rahmenbedingungen der unkonventionellen Erdgasförderung mittels Fracking, 2012, 100.
- Sächsisches Oberbergamt (2010): Merkblatt zur Erhebung und Verwertung von Sicherheitsleistungen gem. § 56 Abs. 2 BBergG – Merkblatt Sicherheitsleistungen – (Stand: 11/2010), www.oba.sachsen.de/download/2015_07_30_OBA_MerkblattSicherheitsleistung.pdf, aufgerufen am 26.03.2019.
- Sanden, Joachim/Schomerus, Thomas/Schulze, Falk (2012): Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, FKZ. 3709 18 152 1, Berichte des Umweltbundesamtes; 01/12, Berlin.

- Sangenstedt, Christoph (2016): in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 80. EL Mai 2016, § 1 UVPG.
- Schink, Alexander (2016): UPR 2016, 366.
- Schlacke/Schnittker, Fracking und Raumordnung – Steuerungspotenziale der Landesentwicklungsplanung, ZUR 2016, 259.
- Schmidt-Aßmann/Schoch Bergwerkseigentum und Grundeigentum im Betriebsplanverfahren, 79.
- Schmidt-Eichstaedt, Gerd (2013): Repowering in der Regionalplanung - Welche Festlegungen sind in Regionalplänen zugunsten des Repowering zulässig oder sogar geboten? ZfBR 2013, 639.
- Schmidt-Kötters, Thomas (2019): in BeckOK UmweltR, 49. Edition, Stand: 01.01.2019, § 5 BImSchG.
- Schulte, Hans (1996): Raumplanung und Genehmigung bei der Bodenschätzegeinnung, München.
- Schulz, Rüdiger (2003): Bergrecht und Erdwärme – Gesichtspunkte zur Bemessung von Erlaubnis- und Bewilligungsfeldern, GtE 40/2003, 9.
- Schulze, Falk/Keimeyer, Friedhelm/Janssen, Gerold/Bartel, Sebastian/Seifert, Steven (2015): Unterirdische Raumplanung – Vorschläge des Umweltschutzes zur Verbesserung der über- und untertägigen Informationsgrundlagen, zur Ausgestaltung des Planungsinstrumentariums und zur nachhaltigen Lösung von Nutzungskonflikten, Teilvorhaben 2: planerische und rechtliche Aspekte, FKZ des UFOPLANS 3711 16 103 2, Texte 57/2015 des Umweltbundesamts, Berlin.
- Schulze, Falk/Keimeyer, Friedhelm (2014): PolRess AP 2 – Politikansätze und -instrumente, Implementationsanalyse Nr. 2: Ansätze zur Anpassung ausgewählter bergrechtlicher Regelungen unter besonderer Berücksichtigung einer schonenden Ressourceninanspruchnahme, Projekt im Auftrag des Bundesumweltministeriums und des Umweltbundesamtes, FKZ: 3711 93 103, März 2014, Dessau.
- Schulze, Falk (2014): in: Frenz, Walter/Preuß, Axel/Waschki, Ulrich (Hrsg.), Unterirdische Raumplanung, Unterirdische Raumplanung: 16. ABK - Aachener Altlasten- und Bergschadenskundliches Kolloquium, Clausthal-Zellerfeld, 43.
- Schulze, Falk/ Keimeyer, Friedhelm/ Alt/ Kurth/ Schöne (2013): CCS – Entwicklung ausgewählter Regelungsvorschläge zur Konkretisierung gesetzlicher Anforderungen bei Rechtsverordnungen (FKZ 3710 41 128), (Abschluss 11/2013, bisher unveröffentlicht).
- Schütte, Peter/ Preuß, Malte (2012): Die Planung und Zulassung von Speicheranlagen zur Systemintegration Erneuerbarer Energien, NVwZ 2012, 535.
- Seth, Hauke v. (2010): Die regionalplanerische Steuerung des Abbaus nichtenergetischer Bodenschätze, Raumforschung und Raumordnung 2010, Volume 68, Issue 5, 419-431.
- Söfker, Wilhelm (2015): Bauleitplanung und Windenergie – Zum Verhältnis von Raumordnungsplanung zur Bauleitplanung, Fachagentur Windenergie an Land, http://www.fachagentur-windenergie.de/fileadmin/files/Veroeffentlichungen/FA-Wind_Hintergrund_Verhaeltnis_Raumordnungs-Bauleitplanung_02-2015.pdf, aufgerufen am 15.03.2019.
- Söhngen, Hans-Helmut (1976): Die Rekultivierung der Abgrabungen von Steinen und Erden im Sinne einer optimalen Umweltgestaltung.
- Spannowsky, Willy/Runkel, Peter/Goppel, Konrad (2010): Raumordnungsgesetz, 1. Aufl. 2010, München.
- Staatliche Geologische Dienste der Bundesrepublik Deutschland (Hrsg.) (2012): Geologische Informationen und Bewertungskriterien für eine Raumplanung im tieferen Untergrund, erarbeitet für den Bund-Länder-Ausschuss Bodenforschung (BLA-GEO) durch die Staatlichen Geologischen Dienste der Deutschen Bundesländer und die Bundesanstalt für Geowissenschaften und Rohstoffe (BGR) sowie das Leibniz Institut für Angewandte Geophysik (LIAG), Wittenberg Sept. 2012, Kurzfassung, http://www.infogeo.de/dokumente/download_pool/SGD_Papier_Unterird-Raumplanung_final_kurz.pdf, aufgerufen am 31.12.2016.
- Stallmann, Rückblick (2013): Das Bergrecht in der 17. Legislaturperiode des Bundestages, ZfB 2013, 256.
- Stevens, Berthold (2012): Bergrechtliche und umweltrechtliche Genehmigungen für Tagebaue, ZUR 2012, 338.

Teßmer, Dirk (2009): Rechtsgutachten: Vorschläge zur Novellierung des deutschen Bergrechts im Auftrag der Bundesfraktion von Bündnis 90/Die Grünen.

Umweltbundesamt (Hrsg.) (2014), Umweltverträgliche Nutzung des Untergrundes und Ressourcenschonung – Anforderungen an eine Raumordnung unter Tage und ein modernes Bergrecht (Kurzfassung), Position, November 2014, Dessau.

Umweltbundesamt (2012): Glossar zum Ressourcenschutz, Stichwort „Ressourcennutzung, nachhaltige“.

Wronski/Fiedler, Swantje/Schäuble, Dominik/Setton, Daniela (2016): Finanzielle Vorsorge im Braunkohlebereich – Optionen zur Sicherung der Braunkohlerückstellungen und zur Umsetzung des Verursacherprinzips, https://www.boell.de/sites/default/files/2016-06_foes_ias_finanzielle_vorsorge_im_braunkohlebereich.pdf, aufgerufen am 11.04.2017.

Zerzawy, Florian / Fiedler, Swantje (2016), Die bergrechtliche Förderabgabe als Instrument für Ressourcenschutz, Hintergrundpapier des Forums Ökologisch-Soziale Marktwirtschaft (FÖS) im Auftrag der Fraktion DIE LINKE im Sächsischen Landtag, 11/2016, <http://www.foes.de/pdf/2016-11-FOES-Kurzanalyse-Foerderabgabe-Ressourcenschutz.pdf>, aufgerufen am 11.04.2017.

Zydek, Hans (1980): Bundesberggesetz, Materialien.