

Kapitel 2: Grundelemente und Entwicklung des Bergrechts auch in Hinblick auf den Ressourcenschutz

Das Bergrecht umfasst alle rechtlichen Regelungen zur Gewinnung der Ressource „Bodenschätze“. Hierunter befinden sich Regelungen zum Abbau (d.h. der Erforschung, Gewinnung und Aufbereitung) von Bodenschätzen, zum Ausgleich des Grundeigentümers mit dem Bergbaubetreiber, zur Bergschadenshaftung sowie zur Wiedernutzbarmachung der Fläche.²⁹² Zentrale Rechtsquelle bildet hierbei das Bundesberggesetz (BBergG), welches auf dem Kompetenztitel des Art. 72 I, II, Art. 74 I Nr. 11 („Bergbau“) GG beruht. Es wurde im Jahr 1980 mit dem vorrangigen Ziel der Rechtsvereinheitlichung verabschiedet.²⁹³ Die vorherige Rechtslage umfasste sieben Berggesetze und 120 sonstige Rechtsquellen,²⁹⁴ die überwiegend aus dem 19. Jahrhundert stammten.²⁹⁵ Teilweise waren noch aus dem Mittelalter stammende Berechtigungen gültig.²⁹⁶ Als für die deutsche Bergrechtsentwicklung bedeutsame Rechtsquelle ist das wirtschaftsliberale Allgemeine Berggesetz für die Preußischen Staaten vom 24.6.1865 (PrABG) zu nennen. So haben es sich die meisten übrigen deutschen Staaten zum Vorbild genommen.²⁹⁷ Auch das heute geltende BBergG kann in vielerlei Hinsicht als Anknüpfung an das PrABG verstanden werden.²⁹⁸

Im Zuge der Wiedervereinigung Deutschlands löste das BBergG das Berggesetz der DDR vom 12. Mai 1969 ab. Wichtige Rechtsquellen hierfür

292 Mit ausführlicher Definition *Kremer/Neuhaus gen. Wever*, Bergrecht, Rn. 4; *Sparwasser/Engel/Voßkuhle*, Umweltrecht, § 9 Rn. 299; v. *Weschpennig*, Strukturen des Bergrechts, S. 3 f.

293 So die Begründung der Bundesregierung zum Gesetzesentwurf (BT-Drs. 8/1315, S. 1, siehe auch S. 70).

294 *Karpen*, AöR 1981, S. 15.

295 BT-Drs. 8/1315, S. 1.

296 *Schulte*, NJW 1981, S. 90.

297 *Kühne*, in: *Boldt et al.*, BBergG, Vor § 1, Rn. 9 ff.; ausführlich *Klostermann*, Lehrbuch des Preußischen Bergrechtes, Einleitung, S. 58 ff.

298 Ludwig spricht in diesem Zusammenhang von „Pfadabhängigkeit“. Auch führt sie aus, dass [d]ie Grundkonzeption des BBergG sowie die Ausgestaltung seiner wichtigsten Rechtsinstitute [...] nur vor dem Hintergrund der historischen Entwicklung verständlich [sind].“ (VerwArch 2017, S. 560 f.). Ausführlich zur rechtsgeschichtlichen Entwicklung siehe v. *Weschpennig*, Strukturen des Bergrechts, S. 8 ff.

waren der Einigungsvertrag vom 31. August 1990 und das Gesetz zur Vereinheitlichung der Rechtsverhältnisse von Bodenschätzten vom 15. April 1996.²⁹⁹ Alte bestehende Rechte aus diesem Zusammenhang existieren auch heute aus Gründen des Bestandschutzes noch fort.³⁰⁰

Das BBergG wird nicht wie andere Gesetze, die sich mit der Bewirtschaftung von Ressourcen befassen (beispielsweise WHG, BBodSchG), in den Besonderen Teil des Umweltrechts eingeordnet, sondern firmiert als „umweltrelevantes Recht“.³⁰¹ Es bleibt damit dem Wirtschaftsrecht, insbesondere dem Wirtschaftsverwaltungsrecht zugeordnet.³⁰² Aber auch hier bewahrt sich das BBergG eine Sonderstellung.³⁰³ Beispielsweise werden eigene Rechtsinstitute in einem mehrstufigen Erlaubnisverfahren miteinander ins Verhältnis gebracht. Dieser Sonderrechtscharakter wird einsteils auf die historischen Wurzeln des Gesetzes zurückgeführt;³⁰⁴ andernteils wird auf die Sachgesetzlichkeit des Bergbaus verwiesen. Dies sind v.a. die in dem Ausspruch „Vor der Hacke ist es duster“³⁰⁵ zum Tragen kommende dynamische Fortentwicklung des Abbauprojekts unter geologischen Unsicherheiten der Auswirkungen und die Standortgebundenheit der Rohstoffe.³⁰⁶

299 Genaueres siehe *Philippen/Kolonko*, NJW 1996, S. 2694; *Kühne*, in: Boldt et al., BBergG, Vor § 1, Rn. 56 ff.

300 *Ludwig*, in: UBA, Bedarfsplanung, S. 281 f.; *Ludwig*, VerwArch 2017, S. 563, Fn. 29; *Philippen und Kolonko* machen einen Bestandschutz von nicht ausgenutzten Bergbauberechtigungen von der Frage über die Eigentumsfähigkeit von Bergbauberechtigungen abhängig (NJW 1996, S. 2694).

301 *Kloepfer*, Umweltrecht, § 11 Rn. 452; *Sparwasser/Engel/Voßkuhle*, Umweltrecht, § 9 Rn. 295; *Kremer/Neuhaus gen. Wever*, Bergrecht, Rn. 14.

302 Vgl. Art. 74 I Nr. 11 GG, welcher die Materie des Bergbaus als Recht der Wirtschaft bezeichnet; *Sparwasser/Engel/Voßkuhle*, Umweltrecht, § 9 Rn. 299; *Kremer/Neuhaus gen. Wever*, Bergrecht, Rn. 13. Ähnlich *Karpfen*, AöR 1981, S. 16.

303 *Ludwig*, VerwArch 2017, S. 560; zu den bergrechtlichen Sonderreglungen: *Vitzthum/Piens*, in: *Piens/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, § 1 Rn. 7 f. Schon die Sonderstellung des Bergrechts des PrABG als „Spezialrecht“ wurde betont: „Seine Regeln und Lehrsätze sind vielmehr die selbständige Schöpfung einer eigenthümlichen Rechtsbildung [...]“ (*Klostermann*, Komm PrABG, Einleitung, S. 4 f. und 6).

304 Vordringlich lehnt sich das BBergG an das Allgemeine Preußische Berggesetz von 1865 an. Darüber hinaus reichen die Wurzeln des Bergrechts bis weit ins Mittelalter hinein (*Sparwasser/Engel/Voßkuhle*, Umweltrecht, § 9 Rn. 301, Fn. 352).

305 *Kremer/Neuhaus gen. Wever*, Bergrecht, Rn. 157.

306 BVerwG, Urteil v. 16.03.1989, 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (334) – Moers-Kapellen; Weitere bei *Vitzthum/Piens*, in: *Piens/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, § 1 Rn. 6; v. *Weschpennig*, Strukturen des Bergrechts, S. 5. Hierzu aus ingenieurtechnischer

Das BBergG regelt umfassend die Zulassung (§§6-62 BBergG) und den Betrieb von Bergbautätigkeiten (§§ 58-68 BBergG), die Bergaufsicht (§§ 69-74 BBergG), sowie die Grundabtretungen (§ 77-106 BBergG). Neben diesen verwaltungsrechtlichen Vorschriften enthält das BBergG mit den Regelungen zum Bergschaden (§§ 110-125 BBergG) auch privatrechtliche und mit einem Bußgeld- und Strafkatalog (§§ 144-148 BBergG) strafrechtliche Vorschriften.

Weitere Rechtsquellen des Bergrechts sind die Abgrabungsgesetze der Länder,³⁰⁷ das BodSchVereinhG³⁰⁸ sowie die UVP-V Bergbau. Auf das „offene[] System“³⁰⁹ des Bergrechts nimmt das Umweltrecht v.a. mit Vorschriften aus dem BNatSchG, WHG, KrWG und BWaldG Einfluss. Das BBergG ist fast gar nicht europarechtlich geprägt. Als Ausnahme lässt sich die UVP-Richtlinie anführen.³¹⁰ Aber auch in der Einführung der Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) hat sich das Bergrecht eine gesonderte Umsetzung gestattet, weswegen die Europarechtskonformität umstritten ist.³¹¹

Weitere europäische Richtlinien, die sich thematisch mit dem Bergbau befassen sind die Richtlinie 2013/30/EU vom 12.6.2013 über die Sicherheit von Offshore-Erdöl und Erdgasaktivitäten und die Richtlinie 2009/31/EG vom 23. April 2009 zur geologischen Speicherung von Kohlendioxid. Bezuglich Fracking gab die Kommission am 22. Januar 2014 eine Empfehlung ab (2014/70/EU).

Sicht: Salewski, Die Möglichkeiten markscheiderischer Aussagen, S. 1f., 12 f., 19. Kritisch Beckmann, DVBl. 2023, 452.

307 Vgl. Bayerisches Abgrabungsgesetz vom 27.12.1999 (GVBl. S. 535, BayRS 2132-2-B), das zuletzt durch § 2 des Gesetzes vom 23. Dezember 2020 (GVBl. S. 663) geändert worden ist; Nordrhein-westfälisches Gesetz zur Ordnung von Abgrabungen (Abgrabungsgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.II.1979 (GV. NW. S. 922), das zuletzt durch Gesetz vom 26.3.2019 geändert worden ist; siehe auch: Gaentzsch, Rechtliche Fragen des Abbaus von Kies und Sand, NVwZ 1998, S. 889 f.

308 Gesetz zur Vereinheitlichung der Rechtsverhältnisse bei Bodenschätzten vom 15. April 1996 (BGBl. I S. 602).

309 Vitzthum/Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 1 Rn. 9.

310 Kremer/Neuhaus gen. Wever, Bergrecht, Rn. 15 ff.

311 Näheres siehe unten unter Kapitel 2 E. II. 2.

A. Die inhaltlichen Aussagen der Zielbestimmung des § 1 Nr. 1 BBergG

Der § 1 Nr. 1 BBergG³¹² ist durch den verschachtelten Satzbau und die vielen aufgeführten Aspekte im ersten Zugriff nicht einfach zu entschlüsseln. Schält man aus dem § 1 Nr. 1 BBergG den Hauptsatz heraus, ergibt sich der Zweck: „Zweck dieses Gesetzes ist es [...] das Aufsuchen, Gewinnen und Aufbereiten von Bodenschätzen [...] zu ordnen und zu fördern.“ *Fördern* meint das Unterstützen im Vorankommen des Bergbauvorhabens. Dies entsprach und entspricht auch dem Geist, in dem das BBergG ausgelegt und angewendet wurde. Das BBergG als reines Ressourcennutzungsgesetz, sollte zu einer aktiven Förderung des Bergbaus beitragen und eben nicht dazu führen, dass die Bodenschätze möglichst wenig genutzt würden.³¹³ Dies zeigt sich auch in dem angenommenen Vorrang der Bergbauinteressen gegenüber anderen Interessen.³¹⁴ Neben der Förderung soll der Bodenschatzabbau auch *geordnet* werden. Unter ‚Ordnen‘ kann verstanden werden, dass etwas in angemessener, erforderlicher, richtigerweise geregelt wird. So ordnet man beispielsweise seinen Nachlass oder seine Angelegenheiten.³¹⁵ Ziel des Gesetzes ist es also auch den Themenbereich Bodenschatzabbau angemessen zu regeln. Dass die Gesetze Regelungen für bestimmte Lebenssachverhalte bereithalten, ist per se ihr Kerninhalt und somit als Zielsetzung überflüssig. Mit Blick auf die Gesetzeshistorie lässt sich dies insofern erklären, als dass vor Inkrafttreten des BBergG sich eine Vielzahl landesrechtlicher Regelungen aus unterschiedlichen Jahrzehnten überlagert hat und das Rechtsgebiet nicht zu überblicken war. Das BBergG wirkte somit tatsächlich rechtsvereinheitlichend und ordnend, was der Gesetzgeber in

312 Die weiteren Zwecke sind die Arbeits- und Betriebssicherheit (Nr. 2) und Bergschadenvorsorge und -ersatz (Nr. 3).

313 Von Hammerstein in: Boldt et al., BBergG, § 1 Rn. 3. Zur Begründung verweist von Hammerstein dabei auf die Gesetzesmaterialien, in denen von einer „möglichst optimalen Nutzung“ die Rede sei. Siehe hierzu Bundesregierung, Entwurf eines Bundesberggesetzes vom 9.12.1977, BT-Drs. 8/1315, S. 74.

314 Ein absoluter Vorrang wurde wohl fälschlicherweise Hoppe (DVBl. 1987, S. 757) und W. Peters (DVBl. 1988, S. 227) zugeschrieben (so zum Beispiel von Kühne, in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 29 und Vitzthum/Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 48 Rn. 14). Diese Position wird zumindest heutzutage wohl nicht mehr vertreten. (Näheres hierzu in Kapitel 4 B. I. 4. a. cc. und Kapitel 4 B. II. 1.).

315 Duden, Stichwort: ‚ordnen‘.

A. Die inhaltlichen Aussagen der Zielbestimmung des § 1 Nr. 1 BBergG

der Gesetzesbegründung auch ausdrücklich betont und als Gesetzesziel hervorheben wollte.³¹⁶

Das Ziel der Ordnung und Förderung des Abbaus ist an das übergeordnete Ziel gebunden, die Rohstoffversorgung zu sichern. Daneben spielen Aspekte der Standortgebundenheit, des Lagerstättenschutzes und des Bodenschutzes in der Zielbestimmung eine Rolle.

Die Ordnung und Förderung des Bergbaus muss sich damit daran messen lassen, ob sie – nicht nur der Rohstoffversorgung – sondern der Sicherung der Rohstoffversorgung dienen. Der § 1 Nr. 1 BBergG trifft damit die alleinige Wertung, dass die Sicherung der Rohstoffversorgung wichtig ist. Der Förderung von Bodenschätzen an sich wird hingegen kein Wert zugeschrieben, sondern es ist nur in dem Maße von Wert, in dem es den Zweck der Sicherung der Rohstoffversorgung erfüllt.³¹⁷ Bisher wird die Sicherung der Rohstoffversorgung nicht so verstanden, dass sie eine Schonung der Rohstoffvorkommen verlange oder etwa der Rohstoffabbau von einer Bedarfsplanung abhängig zu machen sei;³¹⁸ vielmehr wird unter der Sicherung der Rohstoffversorgung verstanden, dass mit ihr eine aktive Förderung des Bergbaus einhergehen müsse.³¹⁹ Diese Vorstellung geht wohl vor allem auf die Erfahrungen der Erdölkrisen (eigentlich Erdölpreiskrisen) in den 70er Jahren zurück, unter dessen Eindruck die Gesetzgebung des BBergG stand.³²⁰ Die Zielsetzung der Sicherung der Rohstoffversorgung hat so keine ressourcenschonende Lenkungswirkung entfaltet.

316 Bundesregierung, Entwurf eines Bundesberggesetzes vom 9.12.1977, BT-Drs. 8/1315, S.1 und 74.

317 So auch von Hammerstein in: Boldt et al., BBergG, § 1 Rn. 2.

318 Zur Untersuchung der Bedarfsplanung bezüglich Sande, Kiesen und Steinen siehe Ludwig, in: UBA, Bedarfsplanung, S. 273 ff. (285 ff.); ablehnend: Frenz, UPR 2023, S. 97.

319 So explizit von Hammerstein in: Boldt et al., BBergG, § 1 Rn. 3. Ebenso wohl auch Vitzthum/Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 1 Rn. 13 f. Frenz betont die begrenzte zeitliche Dimension des Bergrechts und versteht die Aufgabe der mittel- und langfristigen Ressourcenplanung- und sicherung als Aufgabe der Raumordnung und Landesplanung (in: Frenz (Hrsg.), BBergG, § 1 Rn. 40 ff.). Zur Diskussion, ob der Belang des Bodenschutzes in § 1 Nr. 1 BBergG den Nachhaltigkeitsgrundsatz (teilweise) in das BBergG einführe siehe Vitzthum/Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 1 Rn. 19. Frenz sieht auch in dem Belang „Lagerstättenschutz“ Nachhaltigkeitsaspekte implementiert (in: Frenz (Hrsg.), BBergG, § 1 Rn. 56). Ausführliche Erörterung siehe unten unter Kapitel 5 A.

320 Frenz, in: Frenz (Hrsg.), BBergG, § 1, Rn. 27; Kühne, RdE 2017, S. 41; zur Erdölkrise und ihren Folgen: Enquête-Kommission WWL, Schlussbericht, BT-Drs. 17/13300, S. 54 f.; Sinder/Wiertz, Energieversorgungssicherheit, NVwZ 2023, 553 f.

Mit diesem Verständnis der Grundausrichtung des BBergG werden schon hier die Weichen für eine möglichst effiziente Förderung der Bergbauvorhaben gelegt. Die wirtschaftspolitische Überzeugung des vergangenen Jahrhunderts, wonach dem öffentlichen Interesse an der Bodenschätzungsgewinnung am besten durch den weitestgehenden Zugriff auf die Bodenschätze gedient wird,³²¹ scheint in diesem Verständnis der bergrechtlichen Zielbestimmung ungebrochen. Auch die Ausführungen zur sog. Rohstoffsicherungsklausel unterstreichen das Festhalten an diesem wirtschaftspolitischen Credo. Dieser Leitgedanke, der allein in dem Bodenschatzabbau ein Mittel zur Sicherung der Rohstoffversorgung erkennt, ist nicht in Einklang zu bringen mit den Anforderungen des Ressourcenschutzes.

B. Die Unterscheidung von grundeigenen und bergfreien Bodenschäften und die Grundeigentümerbodenschäfte

Das BBergG führt die Unterscheidung zwischen grundeigenen und bergfreien Bodenschäften ein. Daneben gibt es noch die nichtbergrechtlichen Grundeigentümerbodenschäfte, die nicht in den Anwendungsbereich des BBergG fallen. Die Unterscheidung ist eine reine Setzung des Gesetzgebers und spiegelt keine naturwissenschaftliche Unterscheidung wider. Diese Unterscheidung ist nur für die Frage relevant, welche Rechtsposition der Bergbauwillige innehaben muss, um auf Bodenschäfte zuzugreifen.

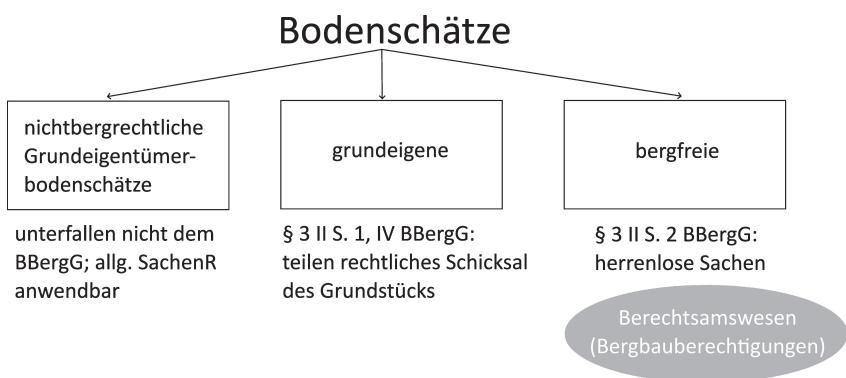


Abbildung 6: Rechtlich unterschiedliche Behandlung verschiedener Bodenschäfte (eigene Erstellung)

321 Kühne, ZfB 1980, S. 58 f.

I. Nichtbergrechtliche Grundeigentümerbodenschätzten

Die Gewinnung der Grundeigentümerbodenschätze richtet sich nach dem Sachenrecht, den einschlägigen Umweltgesetzen und eventuell bestehenden Abgrabungsgesetzen der Länder. Zu ihnen zählen u.a. Kiese und Sande, Kalkstein, Gips und Ton, sofern sie übertägig gewonnen werden (vgl. § 3 IV Nr. 2 BBergG)³²² und kein altes Recht an ihnen aufrechterhalten bleibt (gem. § 149 ff. BBergG). Welcher Anteil der im Jahr 2021 in Deutschland geförderten 620 Mio. t Nichtenergierohstoffen³²³ als Grundeigentümerboden-schätze gewonnen werden, lässt sich nicht ohne weiteres feststellen.³²⁴ Dass aber der Abbau der Sande und Kiese mit 277 Mio. t weit über ein Drittel der heimischen Rohstoffproduktion umfasst,³²⁵ lässt darauf schließen, dass es sich um eine bedeutungsvolle Menge handelt, die von vornherein nicht dem Regelungsregime des BBergG unterfällt.³²⁶ Natürlich kommt es im Zusammenhang mit den Abgrabungen nach Sanden und Kiesen nicht zu den bergbautypischen Gefahren, was wohl den Gesetzgeber dazu bewogen haben könnte, diese Rohstoffe vom Geltungsbereich des BBergG herauszunehmen.³²⁷ Ein Regelungsbedarf könnte jedoch darin gesehen werden, dass auch diese wichtigen Baurohstoffe, die den nationalen Bedarf der Bauindustrie fast vollständig decken,³²⁸ geordnet und die zukünftige Rohstoffversorgung gesichert werden sollten. Auch ist zu bedenken, dass es im öffentlichen Interesse liegt, dem mitunter nicht unerheblichen Eingriff in Natur und Landschaft zumindest mit der bergrechtlichen Pflicht zur Aufstellung eines Abschlussbetriebsplans und damit zur umfassenden Wie-

322 Von Hammerstein in: Boldt et al., BBergG, § 3 Rn. 2; siehe auch Vitzthum/Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum BBergG, § 3 Rn. 70; Schulte, NJW 1981, 90.

323 BGR, Deutschland – Rohstoffsituation 2021, S. 6.

324 Die BGR weist daraufhin, dass es nur für die dem Bergrecht unterliegenden Gewinnungen eine Berichtspflicht gebe (Deutschland – Rohstoffsituation 2019, S. 7). Außerdem sind auf die noch teilweise fortbestehenden Sonderregelungen in den neuen Bundesländern hinzuweisen, die für den Abbau von Sanden und Kiese die Anwendbarkeit des BBergG vorsehen: Vitzthum/Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum BBergG, § 3 Rn. 70 f.

325 BGR, Deutschland – Rohstoffsituation 2021, S. 6, 159 f.

326 So auch Ludwig, VerwArch 2017, S. 563.

327 Von Hammerstein weist zusätzlich daraufhin, dass diese Ausklammerung wohl auch den Forderungen des Subsidiaritätsgebots des Art. 72 II GG a.F. gerecht wurde (in: Boldt et al., BBergG, § 3 Rn. 2).

328 BGR, Deutschland – Rohstoffsituation 2021, S. 6, 59.

dernutzbarmachung der Flächen zu begegnen.³²⁹ Der Einbezug der Grund-eigentümerbodenschätz-e in das BBergG gilt umso angebrachter, je mehr Ressourcenschutzansätze im BBergG verwirklicht werden.³³⁰ Wenn sich das BBergG zu der zentralen Rechtsquelle des Ressourcenschutzes primärer Rohstoffe entwickelt, dann stände dem entgegen, einen beträchtlichen Anteil der Rohstoffgewinnung von vornherein aus dem Regelungsregime auszuklammern.

II. Grundeigene Bodenschätz-e

Wie der Begriff „grundeigene“ anklingen lässt, werden diese Bodenschätz-e dem Eigentum am Grundstück zugeordnet, das heißt der Eigentümer des Grundstücks ist zugleich immer auch Eigentümer der Bodenschätz-e (§ 3 II S. 1, IV BBergG). Als Zugriffsrecht auf die Bodenschätz-e genügt die Rechts-position des Grundeigentums oder eine von ihr abgeleitete vertraglich ein-geräumte Rechtsposition (beispielsweise Pachtvertrag).³³¹ Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 40 I BBergG bzw. der Voraussetzungen der Grund-abtretung gem. §§ 77, 79 BBergG können die Bodenschätz-e auch gegen den Willen des Grundeigentümers aufgesucht bzw. gewonnen werden.³³²

Die Genehmigungspflichtigkeit des Betriebs nach § 51 I BBergG ist von der Zuordnung der Bodenschätz-e in grundeigene oder bergfreie nicht tan-giert.

III. Bergfreie Bodenschätz-e und staatliche Gestaltungsräume, gespiegelt auch an der historischen Entwicklung

Die bergfreien Bodenschätz-e sind abschließend in § 3 III BBergG aufge-zählt. Sie sind in der Regel wirtschaftlich wertvoller und von größerer

329 Zur positiven Bewertung der Anwendung des BBergG auf den Abbau von Kiesen und Sanden in den neuen Bundesländern siehe: *Vitzthum/Piens*, in: *Piens/Schul-te/Graf Vitzthum BBergG*, § 3 Rn. 71.

330 Hierzu ausführlich, UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 195 ff.

331 *Kremer/Neuhaus gen. Wever*, Bergrecht, Rn. 59.

332 VGH Mannheim, Urteil v. 15.7.2022 – 6 S 4216/20, BeckRS 2022, 20111, Rn. 48; *Kremer/Neuhaus gen. Wever*, Bergrecht, Rn. 412; *Schulte*, in: *Piens/Schul-te/Graf Vitzthum, BBergG*, § 78, Rn. 3.

Bedeutung für die Volkswirtschaft als die grundeigenen Bodenschätze.³³³ So zählen zu den bergfreien Bodenschätzten beispielsweise die fossilen Energieträger. Die bergfreien Bodenschätzten sind gegenüber den grundeigenen Bodenschätzten vom Eigentum am Grundstück losgelöst gem. § 3 II S. 2 BBergG, d.h. von dem Willen des Grundstückseigentümers unabhängig,³³⁴ und damit im rechtlichen „Urzustand“ herrenlose Sachen.³³⁵ Deren Aneignung müsste sich damit eigentlich nach dem zivilrechtlichen Sachenrecht richten.³³⁶ Diese Konsequenz wird mit dem Berechtsamswesen³³⁷ umgangen. Das Berechtsamswesen gestaltet das Beziehungsgeflecht von Staat, Grundeigentümer und Bergbauunternehmen.³³⁸ Für den Ressourcenschutz ist hierbei die Frage entscheidend, inwieweit sich der Staat materielle Gestaltungsmöglichkeiten sichert, die er dann zugunsten des Ressourcenschutzes ausüben kann. Das Rechtsinstitut des Berechtsamswesen lässt sich diesbezüglich aus seinen historischen Wurzeln heraus erschließen.

Dem Gesetzgeber lagen bei Erlass des BBergG verschiedene historische Rechtsansätze vor, die das Beziehungsgeflecht von Staat, Grundeigentümer und Bergbauunternehmen unterschiedlich ausgestalteten.³³⁹ In dieser Regelung der Rechtsverhältnisse der drei Interessengruppen zueinander lassen sich zugleich auch die Grundauffassungen der allgemeinen Wirtschaftsordnung ablesen.³⁴⁰ Die historischen Regelungsansätze unterschieden sich in dem unterschiedlichen Zugriffsrecht des Staates (nicht aber hinsichtlich der Befugnisse des Grundeigentümers, der bestenfalls auf den Grundsatz des „dulde und liquidiere“ verwiesen wurde)³⁴¹.

333 Vitzthum/Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 3, Rn. 34.

334 BT-Drs. 8/1315, S. 84.

335 v. Weschpfennig, Strukturen des Bergrechts, S. 94 f.

336 BT-Drs. 8/1315, S. 84; Vitzthum/Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 6 Rn. 1.

337 Die Berechtsame ist ursprünglich das Grubenfeld, d.h. der unterirdische Raum, auf welches sich die Bergbauberechtigung erstreckt (Bischoff et al., Das kleine Bergbaulexikon, S. 55, 160). Das Berechtsamswesen wird mit dem System der Bergbauberechtigungen synonym gesetzt (Wörheide, Die Bergbauberechtigungen, S. 23) und schließt damit alle Regelungen zur Befugnis des Abbaus von bergfreien Bodenschätzten ein (Kremer/Neuhaus gen. Wever, Bergrecht, Rn. 77).

338 Schulte, NJW 1981, S. 89. Wörheide weist darauf hin, dass der Bergbau von je her dadurch geprägt ist, dass hoheitliches Handeln mit privater Tätigkeit eigenwillig zusammenwirken (Die Bergbauberechtigungen, S. 24).

339 Willecke, Die deutsche Berggesetzgebung, S. 15; Kühne, RdE 2017, S. 39.

340 Ausführlich Kühne, RdE 2017, S. 39 ff.

341 Ludwig, VerwArch 2017, S. 567 ff.

Ab dem 13./frühen 14. Jahrhundert etablierten sich die Bergrechtsinstitute Bergregal (später Staatsvorbehalt) und Bergbaufreiheit.³⁴² Das Bergregal war der privatrechtliche Anspruch des Königs bzw. Landesherrn die Mineralien prinzipiell unter Ausschluss der Untertanen aufzusuchen und zu gewinnen.³⁴³ Die Bergfreiheit war das Recht eines jeden Bergbauinteressenten unabhängig von dem Eigentum an Grund und Boden die Mineralien unter bestimmten Voraussetzungen aufzusuchen und zu gewinnen.³⁴⁴ Beide Institute existierten nebeneinander. Die Bergbaufreiheit stand unter dem Vorbehalt, dass der Bergregalinhaber über die Mineralien verfügt, was ihm grundsätzlich jederzeit möglich war.³⁴⁵ Hier wurden den Landesherren, d.h. der staatlichen Macht, sehr weitreichende Bestimmungsmöglichkeiten über den Abbau von Bodenschätzen verschafft. Das Preußische Allgemeine Berggesetz (PrABG) vom 24.06.1865 verschob das Bestimmungsrecht über die Bodenschätze eindeutig zugunsten der Bergbauinteressenten und -betreiber. Das PrABG schaffte das Bergregal ab³⁴⁶ und die Bergbaufreiheit trat ins Zentrum der Gesetzesordnung: Jedem stand gem. § 3 PrABG³⁴⁷ das Recht zu, bergfreie Bodenschätze (festgelegt in § 1 PrABG) aufzusuchen („zu schürfen“).³⁴⁸ Ist ein Bergbauinteressent fündig geworden, so konnte er ein Gesuch um Verleihung des Bergwerkseigentums („die Muthung“) gem. § 12 PrABG³⁴⁹ stellen, auf dessen Verleihung der Finder einen Rechtsanspruch gem. § 22 PrABG³⁵⁰ hatte. Das Bergwerkseigentum wurde

342 Zur Entstehungsgeschichte der Rechtsinstitute siehe Willecke, Die deutsche Berggesetzgebung, S. 16 ff.

343 Willecke, Die deutsche Berggesetzgebung, S. 15; Kühne, in: Boldt et al., BBergG, Vor § 1, Rn. 1.

344 Willecke, Die deutsche Berggesetzgebung, S. 15 f.

345 Willecke, Die deutsche Berggesetzgebung, S. 24 f. Strittig insofern war die Rechtsfrage, ob der Regalinhaber auch dann noch über die Mineralien verfügen kann, wenn das Finderrecht bereits geltend gemacht wurde.

346 Willecke, Die deutsche Berggesetzgebung, S. 101.

347 „§. 3. Die Aufsuchung der in §. 1. bezeichneten Mineralien auf ihren natürlichen Ablagerungen – das Schürfen – ist unter Verfolgung der nachstehenden Vorschriften einem Jeden gestattet.“

348 Hierzu ausführlich Wachler, PrABG Komm, S. 81 ff.

349 „§. 12. Das Gesuch um Verleihung des Bergwerkseigenthums in einem gewissen Felde – die Muthung – muß bei dem Ober-Bergamt angebracht werden.“

350 „§. 22. Die den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Muthung begründet einen Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigenthums in dem in §. 27. bestimmten Felde.“ Hierzu Wachler, PrABG Komm, S. 122 ff.

als dingliches, grundstückgleiches Recht angesehen und konnte praktisch nicht gegen den Willen des Inhabers wieder entzogen werden.³⁵¹

Das PrABG war so in einem „Geist volkswirtschaftlicher Freiheit“³⁵² verfasst und sollte in der privatwirtschaftlichen Ermächtigung der Bergbauinteressierten „die Entwicklung und Blüte des Bergbaus so kräftig [...] fördern, als mit Hilfe einer zeitgemäßen Rechtsordnung überhaupt zu erreichen ist“³⁵³ Der Staat war so auf eine rein formale Ordnungsfunktion begrenzt.³⁵⁴

Von diesem rein privatrechtlichen Aneignungssystem hat sich der Gesetzgeber des BBergG ausdrücklich distanziert.³⁵⁵ Er fordert für sich die Möglichkeit der materiellen Gestaltung ein, um öffentliche Interessen wahren zu können. Die Vermutung, wonach die öffentlichen Interessen am Bergbau am besten dadurch gefördert werden, dass die einzelnen Bergbauwilligen einen weitgehenden Zugriff auf die Bodenschätze erhalten,³⁵⁶ wird spätestens hiermit verworfen.

351 BT-Drs. 8/1315, S. 84.

352 Willecke, Die deutsche Berggesetzgebung, S. 100 f.

353 Willecke, Die deutsche Berggesetzgebung, S. 99. Das Selbstverständnis lässt sich auch aus den Kommentaren zum PrABG ablesen. So spricht *Klostermann* davon, dass die Bergauffreiheit „nicht bloß als ein juristisches, sondern auch als ein wirtschaftliches Gesetz [ist] und die Aufhebung der Bergauffreiheit muß so lange als verfrüht bezeichnet werden, so lange nicht der Grundbesitz das Verlangen und die Fähigkeit zur Uebernahme dieses Zweiges der Bodennutzung an den Tag legt.“ Hier sieht *Klostermann* die Bergauffreiheit als erforderlich an, um Bodenschätze in großen Umfang zu gewinnen, so haben „die Grundbesitzer kaum irgendwo von der doch ihnen zunächst gewährten factischen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die unter ihrer Grundfläche aussetzenden Lagerstätten aufzusuchen und das Bergwerkseigenthum an denselben zu erwerben.“ (Komm PrABG, Einleitung, S. 13).

354 BT-Drs. 8/1315, S. 84; Mann, in: Boldt et al., BBergG, Vorbem. §§ 30-32, Rn. 3. Oder mit den Worten *Oppenhoffs*, wonach das PrABG „mit großem Erfolge bestrebt war, den Bergbau von den Fesseln der staatlichen Bevormundung gänzlich zu befreien“ und dadurch „nicht bloß dem Bergbau in Preußen neues Leben und neue Lebenskraft eingehaucht, sondern seinen heilsamen Einfluß auch weit über die Grenzen des Staates hinaus verbreitet.“ (PrABG, Komm., S. III). *Kühne* benennt diese bergrechtliche Epoche als diejenige, in der der Bergbau die größte Staatsferne aufwies (RdE 2017, S. 39 f.).

355 „Da einerseits die mit dem System der Bergauffreiheit verbundene rein formale Ordnungsfunktion des Staates den Anforderungen einer modernen Wirtschaftsordnung wegen der fehlenden materiellen Gestaltungsmöglichkeiten [...] schon seit Jahrzehnten nicht mehr gerecht wird, kann dieses System [...] im Grundsatz nicht beibehalten werden.“ (BT-Drs. 8/1315, S. 84 f.).

356 So das wirtschaftspolitische Grundverständnis beschreibend: *Kühne*, ZfB 1980, 59.

Zum Vorbild für die Ausgestaltung der Rolle des Staates gegenüber den Bergbaubetreibern nimmt sich das BBergG den echten Staatsvorbehalt,³⁵⁷ will aber eine „wesentlich einfachere[] Rechtskonstruktion“³⁵⁸ einführen.

Der Staatsvorbehalt sah vor, dass allein der Staat das Verfügungsrecht über bestimmte Mineralien innehatte. Der unechte und echte Staatsvorbehalt unterscheiden sich hinsichtlich ihrer rechtstechnischen Ausführungen. Beim unechten Staatsvorbehalt, wie er im Gesetz vom 18.6.1907 für die Bodenschätze Steinkohle und Steinsalz vorgesehen war, konnte nur der Staat die Bergbaufreiheit für sich in Anspruch nehmen, sodass er sich selbst das Bergwerkseigentum verlieh.³⁵⁹ Beim echten Staatsvorbehalt wurde dem Staat das Verfügungsrecht über die Bodenschätze direkt durch das Gesetz übertragen, wie es für Erdöl mit der Erdölverordnung vom 13.12.1934 geschehen ist.³⁶⁰ Wie auch beim Bergregal wurde der Staat auch beim Staatsvorbehalt zumeist selbst nicht tätig, sondern gab das Verfügungsrecht im Rahmen sog. Konzessionsverträge weiter.³⁶¹ Diesen „Umweg“ über ein primäres Verfügungsrecht des Staates hielt der Gesetzgeber des BBergG für verzichtbar und wollte den echten Staatsvorbehalt insofern rechtstechnisch einfacher ausgestalten.³⁶² Das so vom primären Verfügungsrecht befreite Rechtsinstitut des Berechtsamswesens zeigt, nach der Auffassung des Gesetzgebers, in seiner Möglichkeit der materiellen Gestaltung durch den Staat den „eigentlichen Kern“³⁶³ des echten Staatsvorbehalts.

Das Berechtsamswesen des BBergG ist damit nach dem Willen des Gesetzgebers ein öffentlich-rechtliches Aneignungssystem, welches nach dem Vorbild des echten Staatsvorbehalts weitreichende staatliche Einflussmöglichkeiten bergen soll, um den Abbau von Bodenschätzen unter die Wahrung der öffentlichen Interessen zu stellen.³⁶⁴ Dieses Grundverständnis

357 „Wollte man auch für die Zukunft eine der zurzeit bestehenden Berechtigungsformen übernehmen, käme also in erster Linie der echte Staatsvorbehalt in Betracht.“ (BT-Drs. 8/1315, S. 84).

358 BT-Drs. 8/1315, S. 84.

359 Kühne, in: Boldt et al., BBergG, Vor § 1, Rn. 13.

360 Kühne, in: Boldt et al., BBergG, Vor § 1, Rn. 13.

361 BT-Drs. 8/1315, S. 84; Kühne, ZfB 1980, 59.

362 „Jedenfalls ist kein Rechtsinstitut erforderlich, das in erster Linie dem Staat ein Recht verschafft, von dem er selbst jedoch keinen Gebrauch macht.“ (BT-Drs. 8/1315, S. 84).

363 BT-Drs. 8/1315, S. 85.

364 Wörheide spricht von einem „erhebliche[n] Gestaltungsspielraum“ (Die Bergbaurechtigungen, S. 23). Auch die wirtschaftliche Nutzung der grundeigenen Bodenschätze ist durch die Aufnahme ins BBergG an die Erfordernisse der Rohstoffssiche-

C. Das Gestattungssystem (Konzessionssystem) des Bergrechts

(welches sich nicht in der gesetzlichen Ausgestaltung umfassend niederschlagen konnte³⁶⁵⁾ ist grundsätzlich im Sinne des Ressourcenschutzes zu begrüßen.

C. Das Gestattungssystem (Konzessionssystem) des Bergrechts

Das Konzessionssystem enthält zwei Entscheidungen, dies ist die Entscheidung über die Erteilung der Bergbauberechtigungen (§§ 7 ff. BBergG) und die Entscheidung über die Zulassung von Betriebsplänen (§§ 51 ff. BBergG).

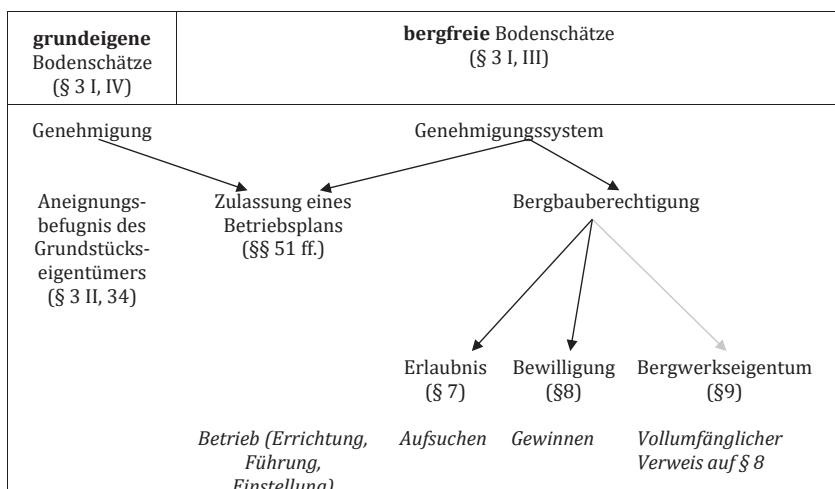


Abbildung 7: Übersicht zu den bergrechtlichen Genehmigungen (eigene Erstellung)

rung geknüpft (BVerwG, Urteil v. 30.3.2017 - 7 C 17/15, NVwZ-RR 2017, S. 685 (S. 686, Rn. 14)).

365 Siehe hierzu unter Kapitel 2 C. I. 2. und zu einer veränderten Auslegung unter Kapitel 4 A. II. 1. Eine geringe staatliche Steuerung stellt ebenso v. Weschpfennig fest (Strukturen des Bergrechts, S. 23 f.).

I. Berechtsamswesen/Bergbauberechtigungen

Die Bergbauberechtigungen ordnen die ursprünglich herrenlosen Bodenschätze einem Inhaber zu.³⁶⁶ Sie sind Rechtstitel und haben ausschließlichen Charakter, das heißt allein der Inhaber darf die Tätigkeit ausführen.³⁶⁷ Die Bergbauberechtigungen allein berechtigen in der Regel jedoch nicht zur Ausführung bergbaulicher Tätigkeiten. Hierzu muss die zweite behördliche Entscheidung im Konzessionssystem (die Zulassung der Betriebspläne) hinzukommen.³⁶⁸ Für die Erteilung dieser Zulassung sind die Bergbauberechtigungen jedoch notwendige Voraussetzung (so nach § 55 I S. 1 Nr. 1 BBergG).

Das Berechtsamswesen umfasst mit der Erlaubnis (§ 7 BBergG), der Bewilligung (§ 8 BBergG) und dem Bergwerkseigentum (§ 9 BBergG) drei Befugnisse, die das Gesetz zusammenfassend als Bergbauberechtigungen bezeichnet. Diese berechtigen zum Aufsuchen von Bodenschätzten wie die Erlaubnis gem. § 7 I Nr. 1 BBergG oder darüber hinaus auch zum Gewinnen und zum Eigentumserwerb gem. §§ 8 I Nr. 1, 9 I S. 1 BBergG wie die Bewilligung und das Bergwerkseigentum.

Die Erteilung der Bergbauberechtigungen richtet sich nach §§ 11, 12 und 13 BBergG. Sie ergeht nur auf vorherigen Antrag gem. § 10 BBergG und ist ein Verwaltungsakt gem. § 35 I S. 1 VwVfG.³⁶⁹ Ein Verwaltungsakt ist nach § 35 I S. 1 VwVfG jede hoheitliche Maßnahme zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, die eine unmittelbare Außenwirkung erzeugen will. Eine Regelung ist eine Anordnung, d.h. die willentliche Setzung einer Rechtsfolge, davon abzugrenzen sind die behördlichen Vorbereitungs- und Teilakte.³⁷⁰ Auch wenn die Bergbauberechtigung zumeist allein nicht ausreicht, um den Bodenschatz tatsächlich auch zu

366 *Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 19. Prächtiger *Kaiser*: „Während Bergbauberechtigungen bestimmen, *wer* Bodenschätze aufzusuchen und gewinnen darf, entscheidet das Betriebsplanverfahren über das *Ob und Wie* des Bergbaus.“ (Umweltverträgliches Bergrecht, S. 18).

367 Ausnahmen sind in § 7 II, 8 III (iVm. § 9 I S. 2) BBergG geregelt. In diesen Konstellationen kann es zu keinem Interessenkonflikt kommen (bzgl. § 7: BT-Drs. 8/1315, S. 85; bzgl. § 8: *Vitzthum/Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 8 Rn. 7).

368 *Kühne* bringt zur Verdeutlichung den Vergleich mit einer Baugenehmigung vor: „Das Verhältnis zwischen Bergwerkseigentum und Betriebsplanzulassung entspricht damit funktional/strukturell dem Verhältnis zwischen Eigentum und Baugenehmigung, soweit es um die Befugnis zum Bauen geht.“ (NVwZ 2016, S. 1222).

369 So schon die Gesetzesbegründung: BT-Drs. 8/1315, S. 85.

370 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 6, 9.

gewinnen, stellt allein die abschließende Zuordnung der herrenlosen Sache nun zum Bergbauberechtigten einen Regelungsgehalt dar.

Die Bergbauberechtigungen sind gem. § 16 IV und V BBergG zu befristen. Diese (gesetzliche) Frist ist keine Nebenbestimmung, sondern wesentlicher Inhalt des Verwaltungsaktes.³⁷¹ Diese Befristungsvorschriften, aber auch die Regelungen zum Widerruf der Bergbauberechtigungen gem. § 18 II-IV BBergG, sollen die Bevorratung von Bergbauberechtigungen verhindern, um so einen flotten Abbau im Sinne des Gesetzes gewährleisten zu können.³⁷²

1. Bergbauberechtigungsarten

Die drei Bergbauberechtigungsarten werden im Folgenden kurz dargestellt.

a. Erlaubnis

Die Beantragung der Erlaubnis gem. § 7 I Nr. 1 BBergG ist der erste Schritt im Genehmigungsverfahren,³⁷³ an dessen Ende der tatsächliche Abbau stehen kann. Mit ihr wird dem Berechtigten das Aufsuchungsrecht zugesetzt, d.h. nur ihm steht die Möglichkeit zu – nach weiteren Verwaltungsentscheidungen³⁷⁴ – alle Tätigkeiten auszuführen, die der Entdeckung von Bodenschätzen dienen (§ 4 I S. 1 BBergG). Dies umfasst auch das Aufstellen und Betreiben von Anlagen gem. § 7 I Nr. 3 i.V.m. § 2 I Nr. 1-3 BBergG. Darüber hinaus dürfen bereits Bodenschätze, die bei der Aufsuchung als „Nebenprodukte“ anfallen, gewonnen und Eigentum an ihnen erworben werden gem. § 7 I Nr. 2 BBergG.

Die Bewilligung gestattet gleichfalls das Aufsuchen, ersetzt damit jedoch gleichwohl nicht die Erlaubnis, da für die Erteilung der Bewilligung die Bodenschätze gem. § 12 I S. 2 Nr. 1 BBergG bereits entdeckt worden sein müssen. Zugleich enthält die Erlaubnis kein Anwartschaftsrecht auf die Er-

³⁷¹ BVerwG, Urteil v. 21.11.2019 - 7 B 30/18, UPR 2020, S. 146 f. (dieses Urteil bezieht sich nur auf die Befristung der Bewilligung gem. § 16 V BBergG).

³⁷² BVerwG, Urteil v. 3. 3. 2011 - 7 C 4/10, NVwZ 2011, S. 1520 ff., Rn. 13, 17; ausführlicher noch das zugrunde liegende Urteil des VGH Mannheim, Urteil v. 15.4.2010 - 6 S 1939/09, ZUR 2010, S. 423 (S. 424, Rn. 29).

³⁷³ Vgl. *Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 19.

³⁷⁴ Der Verweis des § 7 I S. 1 „nach den Vorschriften dieses Gesetzes“ zielt auf die §§ 52 ff. BBergG ab (*Kremer/Neuhaus gen. Wever*, Bergrecht, Rn. 82).

teilung der Bewilligung, wohl wird aber ein gewisser Vertrauenstatbestand geschaffen.³⁷⁵

b. Bewilligung

Die Bewilligung ordnet dem Berechtigten das Recht auf Ausübung der „bergbaulichen Haupttätigkeit“³⁷⁶ zu: Der Berechtigte darf die Bodenschätze gewinnen, d.h. lösen und freisetzen (§ 4 II S.1 BBergG), sowie sich aneignen (§ 8 I Nr. 1 BBergG).³⁷⁷

Die Erteilung der Bewilligung richtet sich nach § 12 BBergG. Neben dem (rechtstechnisch geforderten nicht vollumfänglichen)³⁷⁸ Verweis auf die Versagungsgründe des § 11 Nr. 1, 6-10 BBergG, stellt § 11 I S. 2 BBergG weitere eher formale Versagungsgründe auf (fehlende Genauigkeit bei der Angabe des Vorkommens der Bodenschätze (Nr. 1) und einen Nachweis der Gewinnbarkeit (Nr. 3)).

c. Bergwerkseigentum

Das Bergwerkseigentum ist ein grundstücksgleiches Recht (§ 9 I S. 1 HS. 2 BBergG), welches ins Grundbuch eingetragen wird gem. § 17 III S. 1 BBergG.³⁷⁹ Es ist damit beleihungsfähig, das heißt es kann beispielsweise dinglich mit einer Hypothek (§§ 1113 ff. BGB) oder Grundschuld (§§ 1191 ff.

375 OVG Greifswald, Urteil v. 6.7.2021 – 5 K 372/15, BeckRS 2021, 43051, Rn. 133 f.

376 *Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 21.

377 Die Bewilligung berechtigt auch zum Aufsuchen, d.h. die Ausdehnung der Bodenschätze zu untersuchen und andere als die in der Bewilligung bezeichneten Bodenschätze mitzugewinnen nach § 8 I Nr. 1 BBergG. Weitere Befugnisse ergeben sich aus § 8 I Nr. 2-4 BBergG. Das Aufsuchen umfasst auch die Entdeckung der Bodenschätze. Hier dürfte jedoch allein der zweite Definitionsgehalt des § 4 I BBergG von Interesse sein, da die Bodenschätze bereits entdeckt worden sein müssen nach § 12 I Nr. 1 BBergG (vgl. BT-Drs. 8/1315, S. 86). Auch das Erfordernis ein Arbeitsprogramm aufzustellen nach § 11 Nr. 3 BBergG (siehe auch § 12 I Nr. 4 BBergG) wäre ohne genaue Kenntnis der Lagerstätte ansonsten wohl schwerlich zu realisieren.

378 § 11 Nr. 2 entspricht § 12 I S. 2 Nr. 1 und § 11 Nr. 3 entspricht § 12 I S. 2 Nr. 4.

379 Zur Regelung der Grundbuchführung in Ansehung des Bergwerkseigentums haben die Länder Verordnungen erlassen. Die Sächsische Bergwerkseigentumsverordnung vom 08.05.2015 (SächsBWEVO) sieht u.a. vor, dass nach § 3 S. 1 SächsBWEVO für das Bergwerkseigentum ein besonderes Grundbuchblatt angelegt wird und enthält einen umfänglichen Verweis (§ 2) auf die geltende Grundbuchverfügung (GBV).

BGB) belastet werden.³⁸⁰ Als dingliches Recht ist das Bergwerkseigentum im öffentlich-rechtlichen Konzessionssystem ein Fremdkörper. Es geht rechtshistorisch auf das PrABG zurück, welchem ein privatrechtliches Zuordnungssystem zugrunde lag.³⁸¹ Das Bergwerkseigentum, das auf Initiative der Bergbauwirtschaft ins BBergG aufgenommen wurde, soll der Bergbauwirtschaft zu Sicherheiten im Rahmen von Finanzierungen verhelfen.³⁸² Inhaltlich ist es ein Äquivalent zur Bewilligung, da das Bergwerkseigentum zu denselben Tätigkeiten durch einen vollumfänglichen Verweis gem. §§ 9 I S. 1 HS 1, 8 I Nr. 1-4 BBergG berechtigt.³⁸³ Unterschiede bestehen beispielsweise hinsichtlich der strengeren Voraussetzungen des Widerrufs nach § 18 IV BBergG und wohl auch in der Unzulässigkeit bezüglich der Aufnahme von Nebenbestimmungen.³⁸⁴

Vor dem Hintergrund des Umwelt- und Ressourcenschutzes stellt sich die Frage, inwieweit mit der Erteilung des Bergwerkseigentums schon eine Vorentscheidung über den Abbau der Bodenschätze getroffen wird – zu einem Zeitpunkt, in welchem die umfassende Vereinbarkeit mit öffentlichen (und auch privaten) Interessen noch nicht geprüft wurde. Zwar betont auch das BVerwG, dass „[a]uf Grund vielfacher bergrechtlicher Einschränkungen [...] der Bergwerkseigentümer von vornherein nicht darauf vertrauen [kann], dass er die von seiner Gewinnungsberechtigung erfassten Bodenschätze im gesamten zugeteilten Feld oder auch überhaupt gewinnen kann“.³⁸⁵ Unklar bleibt dabei aber, wie dann trotz des fehlenden Vertrauens in die Abbaumöglichkeit gerade dieses Rechtsinstitut zu einer Kreditabsicherung taugen soll, welches im Grundbuch zu führen ist. Es stellt sich die Frage, ob ein Rechtsschein zu Lasten des Finanzsystems gesetzlicherseits geschaffen wurde oder ob trotz fehlender Gesamtabwägung im Zeitpunkt

380 Wörheide, Die Bergbauberechtigungen, S. 26; Rasel, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 24; BT-Drs. 8/1315, S. 86; Kremer/Neuhaus gen. Wever, Bergrecht, Rn. 88.

381 Kühne, NVwZ 2016, S. 1222.

382 Der Gesetzgeber verweist in seiner Gesetzesbegründung auf den ausdrücklichen Wunsch der Bergbauwirtschaft nach einem beleihungsfähigen Recht (BT-Drs. 8/1315, S. 85). Kremer/Neuhaus gen. Wever benennen dies als „Lobby-Politik“ (Bergrecht, Rn. 93); Rasel, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 25.

383 OVG Greifswald, Urteil v. 6.7.2021 – 5 K 372/15, BeckRS 2021, 43051, Rn. 200.

384 Vitzthum/Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 11, Rn. 7; kritisch Rasel, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 25 f.

385 BVerwG, Urteil v. 10.2.2016 - 9 A 1/15, NVwZ 2016, S. 1252 (S. 1256, Rn. 27); ebenso: BVerwG, Urteil v. 26.3.1998, 4 A 2/97, BVerwGE 106, 290 (293); BGH, Urteil v. 14.4.2011 - III ZR 30/10, BGHZ 189, 231 (238, 240 (Rn. 20, 25)).

der Erteilung der Bergbauberechtigungen, namentlich ohne Einbezug der Grundeigentümerinteressen, schon in der Erteilung der Bergbauberechtigung eine sicherungswürdige Erwartung an den erfolgenden Abbau der Bodenschätze in die Welt kommt. Für letzteres scheint auch die Einordnung der Bergbauberechtigungen als (dann auch entschädigungspflichtige) Eigentumspositionen im Sinne von Art. 14 I GG zu sprechen.³⁸⁶

2. Gebundener Verwaltungsakt und Anspruch auf Erteilung

Die Entscheidung der Behörde über die Erteilung der Bergbauberechtigung stellt gemäß der Rechtsprechung und auch gemäß der herrschenden Meinung in der Literatur einen gebundenen Verwaltungsakt dar,³⁸⁷ d.h., soweit keine rechtlichen Vorschriften der Erteilung entgegenstehen, muss die Genehmigung erteilt werden – der Behörde steht kein Ermessen zu.³⁸⁸ Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 11 BBergG steht dem Antragenden ein subjektiv-öffentliches Recht auf Einräumung der Rechte der §§ 7 ff. BBergG zu.³⁸⁹ Dergestalt knüpft das Berechtsamswesen an die Regelung des § 22 PrABG an, welcher auch einen Anspruch auf Verleihung des Bergwerkseigentums vorsah und damit die Bergauffreiheit im preußischen Bergrecht ins Zentrum rückte.³⁹⁰ Ziel der Bergauffreiheit war es, die Bodenschätze-

386 Hierzu Kapitel 4 A. II. 3.

387 BVerwG, Beschluss vom 15. 10. 1998 - 4 B 94-98, NVwZ 1999, 877; OVG Magdeburg, Urteil v. 4.11.1999 - A 1/ 4 S 170/97, ZfB 2011, S. 237 (S. 239); OVG Bautzen, Urteil v. 10.6.1998 - 1 S 349/96, ZfB 1998, S. 205 (S. 210); VG Weimar, Urteil v. 17.01.1996 - 7 K 716/93. We, ZfB 1995, S. 225 (S. 235); Kaiser, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 16; Frenz, DVBl. 2016, S. 681; ders., DÖV 2016, S. 326; Kremer/Neuhäuser, Wever, Bergrecht, Rn. II 3; Ludwig, ZUR 2012, S. 152; Kühne, ZfB 1980, S. 59; Karpen, AÖR 1981, S. 19; Vitzthum/Piens in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 11 Rn. 2; Franke in: Boldt et al., BBergG, § 11 Rn. 1, 2 m.w.N. Auch Rasel bejaht den Rechtsanspruch mit der h.M., bezweifelt aber, ob an dieser Auslegung auch zukünftig festzuhalten sei (Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 27 ff., 33). Andere Ansicht entwickelt unter Kapitel 4. A. II 1.

388 Karpen, AÖR 1981, S. 19.

389 Einen Rechtsanspruch sieht auch die Begründung des Gesetzesentwurf vor: „Liegts [...] keiner der [...] Versagungsgründe vor, besteht ein Rechtsanspruch auf die Erlaubnis.“ (BT-Drs. 8/1315, S. 86). Vitzthum/Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 7 Rn. 2; Franke, in: Boldt et al., BBergG, § 11 Rn. 2; Franßen, in: Frenz (Hrsg.), BBergG, § 11 Rn. 4.

390 Der Gesetzestext des § 22 PrABG lautet: „§. 22. Die den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Muthung begründet einen Anspruch auf Verleihung des Bergwerks-

gewinnung unbedingt zu fördern.³⁹¹ Vor dem Hintergrund der Hochindustrialisierung in Deutschland ist die damit einhergehende wirtschaftspolitische Wertung, dass die Gewinnung der Bodenschätze ohne weiteres im öffentlichen Interesse liegt, verständlich.³⁹²

Der Anspruch auf Erteilung der Bergbauberechtigungen im BBergG steht im Widerspruch zu der ausdrücklichen Gesetzesintention, nicht an das Institut der Bergbaufreiheit anknüpfen zu wollen: „Da einerseits die mit dem System der Bergbaufreiheit verbundene rein formale Ordnungsfunktion des Staates den Anforderungen einer modernen Wirtschaftsordnung wegen der fehlenden materiellen Gestaltungsmöglichkeiten [...] schon seit Jahrzehnten nicht mehr gerecht wird, kann dieses System [...] im Grundsatz nicht beibehalten werden.“³⁹³ Vielmehr lag das Vorbild im echten Staatsvorbehalt: „Wollte man auch für die Zukunft eine der zur Zeit bestehenden Berechtigungsformen übernehmen, käme also in erster Linie der echte Staatsvorbehalt in Betracht.“³⁹⁴ Die für den Staat zum Ausgleich der unterschiedlichen öffentlichen Interessen ins Auge gefassten „materiellen Gestaltungsmöglichkeiten“³⁹⁵ sind aber nur schwer mit einem unternehmerischen Anspruch auf die Erteilung der Bergbauberechtigungen vereinbar.³⁹⁶

Der Staat hat keine Gestaltungsmöglichkeit auf der Entscheidungsebene über die konkrete Zuteilung von bergfreien Bodenschätzen. Die Rolle des Staates beschränkt sich nach diesem Modell darin, die Zulassungsvoraussetzungen des § 11 BBergG rechtsfehlerfrei abzuarbeiten. Etwas anderes könnte dann gelten, wenn die Versagungsgründe des § 11 BBergG sehr umfassend ausgestaltet sind, so dass die gesetzliche Wertung zugunsten des Bergbaus unter starken Vorbehalten gestellt sind und das fehlende Defizit des Ermessenspielraums auf Rechtsfolgenseite durch offene Tatbestände auf Tatbestandsseite abgedeckt werden. Die öffentlichen Interessen – unter denen auch der Ressourcenschutz zu fassen ist – sind gem. § 11 Nr. 10 BBergG zu berücksichtigen, soweit sie überwiegen und die Aufsuchung im gesamten zuzuteilenden Feld ausschließen. Dieser Tatbestand wird von der

eigenthums in dem in §. 27. bestimmten Felde.“ Hierzu *Wachler*, PrABG Komm, S. 122 ff.

391 *Klostermann*, Komm PrABG, Einleitung, S. 13.

392 *Kühne*, ZfB 1980, 59; *Willecke*, Die deutsche Berggesetzgebung, S. 99 f.

393 BT-Drs. 8/1315, S. 84 f.

394 BT-Drs. 8/1315, S. 84.

395 BT-Drs. 8/1315, S. 84 f.; ausführlich siehe oben Kapitel 2 B. III.

396 BT-Drs. 8/1315, S. 86.

herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Lehre sehr eng ausgelegt.³⁹⁷ Gerade die starke Einschränkung der öffentlichen Interessen im Rahmen des § 11 Nr. 10 BBergG führt nicht dazu, dass die Grundausrichtung des Gesetzgebers zu einer grundsätzlichen Bejahung des Bergbaus aufgehoben wird und an seine Stelle etwa eine offene Abwägungsentscheidung zugunsten des Ressourcenschutzes tritt.³⁹⁸ Auch die Zielsetzung der „Sicherung der Rohstoffversorgung“ des § 1 Nr. 1 BBergG setzt in diesem Zusammenhang keinen Kontrapunkt, wird er doch weithin als Gebot zur Förderung des Bodenschätzzeabbaus interpretiert.

Für den Ressourcenschutz hat das Fehlen staatlicher Gestaltungsmöglichkeiten negative Auswirkungen: Die Entscheidung über die Zuteilung der Bodenschätze kann derart nicht an dem öffentlichen Interesse an einem nachhaltigen Ressourcenschutz ausgerichtet werden. Mit diesem Mechanismus entscheidet sich das Gesetz vielmehr grundsätzlich zugunsten des Bergbaus: Im Grundsatz ist die Bergbauberechtigung zu erteilen, außer es liegen besondere Versagungsgründe vor. Die behördliche Entscheidung ist damit dann rechtfertigungsbedürftig, wenn sie die Bergbauberechtigung versagt. Die Behörde trägt – außer für den Nachweis der betrieblichen Sphäre zugeordneten Voraussetzungen des § 11 Nr. 1-3 BBergG³⁹⁹ – die Beweislast.⁴⁰⁰ Diese Regelung enthält die gesetzliche Wertung, dass es grundsätzlich zu befürworten ist, dass herrenlosen Bodenschätze Bergbauwillige zugeordnet werden, damit sie zügig abgebaut, gewonnen und für die Wirtschaft verfügbar gemacht werden. Dem Ressourcenschutz (und anderen öffentlichen Interessen) kommt nun die Aufgabe zu, die gesetzliche Vermutung der Wünschbarkeit des konkreten Abbaus zu erschüttern. Aus der Sicht des Ressourcenschutzes verhält es sich genau umgekehrt: Ressourcen sind nur in dem unbedingt notwendigen Maße abzubauen, deswegen ist jedes Bergbauprojekt rechtfertigungsbedürftig. Diese gesetzliche Ausgestaltung steht mithin den Forderungen des Ressourcenschutzes, der für abiotische Rohstoffe den schonenden und sparsamen Abbau anmahnt, diametral gegenüber.

397 OVG Magdeburg, Urteil v. 4.11.1999 - A 1/ 4 S 170/97, ZfB 2011, 237; OVG Bautzen, Urteil v. 10.6.1998 - 1 S 349/96, ZfB 1998, 205 (210 f.); OVG Weimar, Urteil v. 01.02.2012, 1 KO 49/07, ZfB 2012, S. 259 (S. 263); Franke, in: Boldt et al., BBergG, § 11 Rn. 17; Kaiser, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 239 ff.

398 Genauere Untersuchung siehe unten unter Kapitel 4. A. I. 3. b.

399 Franke in: Boldt et al., BBergG, § 11, Rn. 3.

400 Franke in: Boldt et al., BBergG, § 11, Rn. 20; Hoppe/Beckmann, Grundeigentums-schutz, S. 44 f.

Das Berechtsamswesen stellt durch den gesetzlichen Anspruch auf die Erteilung der Bergbauberechtigung nach der gängigen Einteilung ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt dar.⁴⁰¹ Hiernach wäre das Abbauen von Bodenschätzen als sozial gewünschte Handlung anzusehen, deren Ausübung nur präventiv überprüft werden solle.⁴⁰² Materiell rechtlich stellt die Kontrollerlaubnis die grundrechtliche Freiheit des Adressaten wieder her, weswegen die Erteilung der Kontrollerlaubnis auch mit einem Anspruch abgesichert ist.⁴⁰³ In der Erteilung der Bergbauberechtigungen wird der Bodenschatz jedoch überhaupt erst dem Bergbauinteressenten zugeordnet, weswegen es hier nicht um die Wiederherstellung von Freiheitsrechten geht. Es gibt keine Rechte des Bergbauinteressenten auf Gewinnung der herrenlosen Bodenschätze. Dies spricht eher für die Einordnung des Berechtsamswesens als repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt, welche materiell rechtlich den Rechtskreis des Adressaten der Ausnahmebewilligung erweitert.⁴⁰⁴ Auch die Diskussionen um die Einordnung der Feldes- und Förderabgabe weisen in dieselbe Richtung. Die Gesetzesbegründung sieht eine mit der Feldes- und Förderabgabe entgoltene Leistung des Staates in der Zulassung einer „an sich nicht erlaubte[n] Tätigkeit“, die zugleich „einige ausschließliche Rechte“ dem Bergbauberechtigten zuspricht.⁴⁰⁵ Auch das BVerfG hat ausgeführt, dass die bergrechtliche Förderabgabe darauf abzielt, den Staat am wirtschaftlichen Erfolg der Bergbauberechtigten teilhaben zu lassen, den sie aus der wirtschaftlichen Verwertung eines Guts der Allgemeinheit ziehen.⁴⁰⁶ Der Ansicht des BVerfG nach, wird der Rechts-

401 BT-Drs. 8/1315, S. 71; Hoppe, DVBl. 1987, S. 758 f.; Vitzthum/Piens in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 6 Rn. 2.

402 Zur Veranschaulichung dient das Bild einer Schranke, vor welcher der Antragende kontrolliert wird und bei positivem Ausgang der Kontrolle durchgelassen wird. Die gegensätzliche Regelung eines repressiven Verbots mit Befreiungsvorbehalt wird in dem Bild einer Mauer wiedergegeben, die nur im Ausnahmefall überwunden werden darf (vgl. Vitzthum/Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 6 Rn. 2; Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9 Rn. 52). Allgemein zu den beiden Arten: Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9 Rn. 52-56.

403 Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9 Rn. 53; Siegel, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 398 ff.

404 So Mann, in: Boldt et al., BBergG, Vorber. §§ 30-32, Rn. 12. Allgemein zum Typus: Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9 Rn. 56.

405 BT-Drs. 8/1315, S. 95. Siehe auch Vitzthum/Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 30, Rn. 3.

406 BVerfG, Urteil vom 24.06.1986 - 2 BvF 1/84 u. a., BVerfGE 72, 330 (410) = NJW 1986, S. 2629.

kreis des Bergbauinteressierten durch die Bergbauberechtigung mithin erweitert.

Diese Atypik – Kontrollerlaubnis ohne zu sicherndes Freiheitsrecht oder Ausnahmebewilligung ohne behördliches Ermessen – zeigt, dass der Staat hier ohne Not, das heißt ohne zu schützende Freiheitsrechte, Gestaltungsfreiraume aus der Hand gibt.⁴⁰⁷ Der Bergbauwillige hat einen Anspruch auf die Verschaffung einer Eigentumssposition an Rechtsgütern, die von dem Grundeigentum ausgenommen und herrenlos sind, gerade weil sie eigentlich in besonderer Weise Güter der Allgemeinheit sind. Dies entspricht nicht nur nicht der gesetzgeberischen Intention⁴⁰⁸ (siehe hierzu oben unter B. III.), sondern steht auch den Zielen des Ressourcenschutzes entgegen.

3. Bergbauberechtigungen als Eigentum im Sinne von Art. 14 I GG

Die Bergbauberechtigungen werden nach ganz herrschender Meinung in Rechtsprechung und Lehre als von Art. 14 I GG geschützt angesehen (kritisch hierzu Kapitel 4. A. II. 3.).⁴⁰⁹ Durch den Eigentumsschutz gewinnt die oben skizzierte Entscheidungsdynamik des Gesetzes eine für den Ressourcen- und Umweltschutz noch ungünstigere Wendung. Der Eigentumsschutz bewirkt, dass der Entzug der Bergbauberechtigung nunmehr

407 Wörheide nimmt die Atypik zum Anlass, die Einteilung in präventive und repressive Verbote vollständig aufzugeben (Bergbauberechtigungen, S. 127 ff.).

408 BT-Drs. 8/1315, S. 84 f.

409 Zuletzt BVerwG, Urteil v. 23.5.2023 – 4 C 1.22, BeckRS 2023, 24568, Rn. 16, 57. BVerfG, Urteil v. 20.10.1987, 1 BvR 1048/87, BVerfGE 77, 130 (136) = NJW 1988, S. 1076 (1077) – Cappenberg: ohne Ausführungen in der Sache, nur mit allgemeinem Verweis auf die „allgemeine Auffassung“. Dies bestätigte das BVerfG ohne weitere Ausführungen mit seinem Urteil v. 13.7.2007, 1 BvR 284/05 = BeckRS 2007, 23970 = ZFB 2008, S. 85 (Leitsätze); BVerwG, Urteil v. 25.10.2018, 4 C 9/17, NVwZ 2019, S. 882 (883, Rn. 23 ff.); BVerwG, Urteil v. 3.3.2011 - 7 C 4/10, NVwZ 2011, S. 1520 ff., Rn. 32; BGH, Urteil v. 23.II.2000 - III ZR 342/99, BGHZ 146, 98 (104); ausdrücklich bezogen auf die Erlaubnis BGH, Urteil v. 9.12.2004 - III ZR 263/04, NJW 2005, S. 748 (2. Leitsatz und S. 750) (die Verfassungsbeschwerde hiergegen blieb ohne Erfolg); Papier/Shirvani, in: Maunz/Düring, Losebl. (Stand: Mai 2023), Art. 14 GG, Rn. 324; Kaiser, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 32; Wörheide, Bergbauberechtigungen, S. 375, m.w.N.; Franke in: Boldt et al., BBergG, § 8, Rn. 20 ff. m.w.N.; Vitzthum/Piens in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 7 Rn. 4; Schulte, NJW 1981, S. 91. Unklar Nusser, der einen Eigentumsschutz für die bergrechtliche Bewilligung verneint, wohl aber „[d]ie Gewinnungsberechtigung [...]– unabhängig von der Frage der Betriebsplanzulassung [...]“ vom Schutzbereich des Art. 14 I GG erfasst sieht (NVwZ 2017, S. 1247 f.).

an Art. 14 I, II GG (entschädigungspflichtige Nutzungsbeschränkung) zu messen ist.⁴¹⁰ Der Entzug der Bergbauberechtigungen ist grundsätzlich entschädigungspflichtig, weil in der Regel keine Nutzung der Rechtsposition mehr beim Bergbauberechtigten verbleibt.⁴¹¹ (Zur Klarstellung: Ein Entzug der Bergbauberechtigung liegt nicht vor, wenn der Betriebsplan aufgrund bereits bestehender öffentlicher Interessen gem. § 48 II S. 1 BBergG nicht zugelassen wird; vielmehr muss die nachträgliche Beschränkung der Bergbauberechtigung gerade kausal für das Wegfallen der Bergbauberechtigung sein.)⁴¹² Der völlige übergangs- und ersatzlose Wegfall der Bergbauberechtigung ist nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig, wenn etwa die bevorstehende Untersagung „dem Bergwerkseigentum gewissermaßen ‚auf die Stirn geschrieben‘ [ist]“⁴¹³ oder in Fällen des Zurücktretens des Bergwerkseigentums gem. § 124 III BBergG zugunsten der Verwirklichung von öffentlichen Verkehrsanlagen.⁴¹⁴

Dies gilt auch für Bergbauberechtigungen, die zum Zeitpunkt des Entzugs noch nicht ausgenutzt wurden.⁴¹⁵ Dies betraf beispielsweise eine dem Entstehen des Bergwerkseigentums nachfolgende Naturschutzgebietsausweisung. Dies ist gerade vor dem Hintergrund des langjährig bestehenden Bergwerkseigentums brisant – im vorliegenden Fall eine 28 Jahre bestehende (und noch nicht ausgenutzte) Berechtigung.⁴¹⁶ Damit könnten politische

410 v. Wespennig, Strukturen des Bergrechts, S. 157.

411 BVerwG, Urteil v. 25.10.2018 - 4 C 9/17, NVwZ 2019, S. 882 (884, Rn. 28 ff.); BVerwG, Urteil v. 23.5.2023 – 4 C 1.22, BeckRS 2023, 24568, Rn. 56 f.; OVG Greifswald, Urteil v. 6.7.2021 – 5 K 372/15, BeckRS 2021, 43051, Rn. 194 ff.

412 BVerwG, Urteil v. 25.10.2018 - 4 C 9/17, NVwZ 2019, S. 882 (885 f., Rn. 45).

413 BVerwG, Urteil v. 25.10.2018 - 4 C 9/17, NVwZ 2019, S. 882 (885, Rn. 35 und 2. Leitsatz)

414 Eine Entschädigung zulasten der Verkehrsträger wird nach derzeitiger Rechtsprechung abgelehnt. Diese Ausnahme wird damit begründet, dass die Regelung des § 124 III BBergG als dem Bergwerkseigentum immanente Beschränkung anzusehen sei und daher entschädigungslos hingenommen werden müsse (BVerwG, Urteil v. 10.2.2016 - 9 A 1/15, NVwZ 2016, S. 1252 (S. 1256, Rn. 25 ff., sowie 2. Leitsatz); die Ausnahme bestätigt BVerwG, Urteil v. 25.10.2018 - 4 C 9/17, NVwZ 2019, S. 882 (884, Rn. 33); kritisch hierzu: Kühne, NVwZ 2016, S. 1222 f.).

415 BVerwG, Urteil v. 25.10.2018 - 4 C 9/17, NVwZ 2019, S. 882 (885, Rn. 40); BVerwG, Urteil v. 23.5.2023 – 4 C 1.22, BeckRS 2023, 24568, Rn. 66.

416 Das Bergwerkseigentum wurde mit Urkunde vom 27.9.1990 an die Treuhandanstalt verliehen (BVerwG, Urteil v. 25.10.2018 - 4 C 9/17, NVwZ 2019, S. 882). Eine alte Berechtigung lag auch dem Urteil vom 6.7.2021 des OVG Greifswalds (5 K 372/15, BeckRS 2021, 43051) zugrunde. Die Bergbauberechtigung ging in diesem Fall auf das Jahr 1991 zurück und wurde vom zuständigen Bergamt bis Ende des Jahres 2040 verlängert (ebenda, Rn. 4).

Entwicklungen im Sinne des Umwelt- und Ressourcenschutzes durch drohende „finanzielle[] Auswirkungen in Milliardenhöhe“⁴¹⁷ über Jahrzehnte behindert oder jedenfalls verzögert werden.

Diese Frage wird auch im Rahmen des Kohleausstiegs von Bedeutung sein. Hier wird zu prüfen sein, ob mit dem Kohleausstieg die Inhaber der Bergbauberechtigungen enteignet werden.⁴¹⁸ Auch wenn es zu einvernehmlichen Einigungen mit der Kohleindustrie kommen sollte, so werden die aus Art. 14 III GG resultierenden und drohenden Entschädigungszahlungen die Verhandlungen deutlich zu Gunsten der Bergbauberechtigten beeinflussen. Die politischen Spielräume für eine Änderung der Ressourcenpolitik hin zu mehr Ressourcenschutz werden damit faktisch und auch rechtlich erschwert. Mit dem Anspruch der Bergbauwilligen auf eine eigentumsrechtliche Position an den Bodenschätzen werden Rechtspositionen geschaffen, die nicht unter der Prämisse des öffentlichen Interesses am Bergbau stehen. Die so er starkten Rechtspositionen muss sich der Staat dann in seiner Ressourcenpolitik entgegenhalten lassen, was ihn rechtlich und faktisch daran hindert, die Ressourcenpolitik nach den öffentlichen Interessen und dem Ressourcenschutz auszurichten. Er gibt damit ohne Not wichtige Gestaltungsmöglichkeiten aus der Hand und muss sich hieran festhalten lassen.

4. Die Feldes- und Förderabgabe, §§ 30 f. BBergG

An die Inhaberschaft einer Erlaubnis ist eine jährliche Feldesabgabe von 5-25 €/km² gekoppelt (§ 30 BBergG).⁴¹⁹ Die Förderabgabe setzt an der tatsächlich gewonnenen Menge an Bodenschätzen in Ausübung der Bewilligung oder des Bergwerkseigentums an, und erhebt 10 % des Marktwertes (§ 31 BBergG). Die Verordnungsermächtigung des § 32 BBergG ermöglicht den Landesregierungen eine Befreiung von der Abgabenpflicht (§ 32 II S. 1 Nr. 1 BBergG) oder eine andere Höhe der Abgabe (§ 32 II S. 1 Nr. 2 und 3

⁴¹⁷ So der Wirtschaftsausschuss, der eine Entschädigungspflicht im Kontext des § 124 BBergG für die Bergbauberechtigten zulasten der Verkehrsträger ablehnt (Beschlussempfehlung und Bericht vom 30.04.80 zum Gesetzesentwurf des BBergG, BT-Drs. 8/3965, S. 144).

⁴¹⁸ Hierzu Teßmer, EnWZ 2017, S. 219.

⁴¹⁹ Eine Abweichung um höchstens das Vierfache ist durch Rechtverordnungen der Länder nach den Voraussetzungen des § 32 II BBergG möglich.

BBergG) festzusetzen.⁴²⁰ Die Rechtsnatur der Feldes- und Förderabgabe ist umstritten.⁴²¹ Sie wird als öffentlich-rechtliche Verleihungsgebühr⁴²², als Sonderabgabe⁴²³, als steuerähnliche Abgabe⁴²⁴ oder auch als Vorteilsabschöpfungsabgabe⁴²⁵ eingeordnet. Eine staatliche Leistung, die zumindest wegen der Abgrenzung zur Steuer vorliegen muss, wird in der Zulassung einer „an sich nicht erlaubte[n] Tätigkeit“, die zugleich „einige ausschließliche Rechte“ dem Bergbauberechtigten zuspricht, gesehen.⁴²⁶ Ähnlich wie der „Wasserpfennig“ setzt die Feldes- und Förderabgabe mithin daran an, dass eine knappe Ressource als Gut der Allgemeinheit dem Abgabepflichtigen zur wirtschaftlichen Verwertung überantwortet wird.⁴²⁷ Der so bestehende Sondervorteil kann nach der Rechtsprechung des BVerfG ganz oder anteilig wieder abgeschöpft werden.⁴²⁸

Mit der Feldes- und Förderabgabe enthält das BBergG den für den Ressourcenschutz wichtigen Gedanken, dass die Bodenschätze, als natürli-

420 Zur Auslegung der Tatbestandsvoraussetzung „sonstiger volkswirtschaftlicher Bedarf“ siehe BVerwG, Beschluss v. 21.12.2018 - 7 BN 3/18, NVwZ-RR 2019, S. 384.

421 Eine ausführliche Erörterung mit Entscheid für die Verleihungsgebühr bei *Mann*, in: Boldt et al., BBergG, Vorbem. §§ 30-32, Rn. 5 ff., 12.

422 BT-Drs. 8/1315, S. 95; *Mann*, in: Boldt et al., BBergG, Vorbem. §§ 30-32, Rn. 12.

423 Jarass, DÖV 1989, S. 1016.

424 Kisker, Der bergrechtliche Förderzins im bundesstaatlichen Finanzausgleich, S. 28.

425 Frenz, ZUR 2017, 695 f. Grundsätzlich zu diesem Rechtsinstitut: *Birk*, in: Festschrift Ritter 1997, S. 41 ff. und *Wernsmann/Bering*, NVwZ 2020, S. 497 (am Beispiel der CO₂-Bepreisung).

426 BT-Drs. 8/1315, S. 95. Das BVerwG bestätigt: „Das Recht [auf Gewinnung bergfreier Bodenschätze] wird vom Staat verliehen. Die Förderabgabe stellt den Ausgleich für den - marktfähigen und vermögenswerten - Vorteil dar, den der Gewinnungsberechtigte damit erlangt.“ (Beschluss vom 1.2.1999, 4 BN 53/98, LKV 1999, 272; wortgleich BVerwG, Urteil v. 19.2.2004, 7 C 9/03, ZfB 2004, S. 126, 127); vgl. auch BVerwG, Urteil v. 24.06.93, 7 C 36, BVerwGE 94, 23 (35)= VIZ 1993, 445 (S. 447). Siehe auch *Vitzthum/Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 30, Rn. 3; eingehend Kisker, Der bergrechtliche Förderzins im bundesstaatlichen Finanzausgleich, S. 8 ff. A.A. Schulte, NJW 1981, S. 91.

427 BVerfG, Urteil vom 24.06.1986 - 2 BvF 1/84 u. a., BVerfGE 72, 330 (410) = NJW 1986, S. 2629; BVerwG, Urteil v. 16.11.2017 - 9 C 16/16, BVerwGE 160, 354 (355 Rn. 20) = NVwZ-RR 2018, S. 983 (S. 984 f.). Zum Wasserpfennig: BVerfG, Beschluss v. 7.II.1995, 2 BvR 413/88 u.a., BVerfGE 93, 319 (345 f.) = NVwZ 1996, S. 469 – Wasserpfennig; hierzu Köck, ZUR 2017, S. 685 ff.

428 BVerfG, Beschluss vom 7.II.1995, 2 BvR 413/88 u.a., BVerfGE 93, 319 (345 f.) = NVwZ 1996, S. 469 – Wasserpfennig; BVerwG, Urteil v. 26.1.2022 – 9 C 5/20, NVwZ 2022, 715 ff. (Rn. 12, 15).

che knappe Güter, Güter der Allgemeinheit sind.⁴²⁹ Der Zugriff Privater auf diese knappen Allgemeingüter⁴³⁰ ist deswegen keine Selbstverständlichkeit, sondern eine Leistung des Staates, die den Staat berechtigt die sich hieraus ergebenden Sondervorteile ganz oder anteilig abzuschöpfen (auch aus diesem Grunde erscheint der Anspruch der Bergbauinteressierten auf Erteilung der Bergbauberechtigung als systemwidrig⁴³¹). In der finanziellen Abschöpfung kommt der Allgemeingutcharakter zum Tragen: Wenn schon nicht mehr das Gut an sich der Allgemeinheit zur Verfügung steht, so wird ein Ausgleich durch eine finanzielle Beteiligung erzielt.⁴³² Man kann sagen, das Geld substituiert (teilweise) das Gut. Ob die Höhe der Abgabe dem Allgemeingutcharakter ausreichend Rechnung trägt, bliebe zu bewerten.⁴³³

429 So das BVerfG ausdrücklich: „...[die] Förderunternehmen [verwerten] ein Gut der Allgemeinheit – als solches sind die zunächst in niemandes Eigentum stehenden Bodenschätze (§ 3 I, III BBerG) anzusehen [...]“ (Urteil vom 24.06.1986 - 2 BvF 1/84 u. a., BVerfGE 72, 330 (410) = NJW 1986, S. 2629). Und auch das BVerwG: „[die Förderunternehmer], die aufgrund öffentlich-rechtlicher Befugnis ein Gut der Allgemeinheit wirtschaftlich verwerten [...]“ (Urteil v. 16.II.2017 - 9 C 16/16, NVwZ-RR 2018, S. 983 (S. 984 f.)).

430 Die Begriffe Allgemeingüter, öffentliche Güter, Kollektivgüter und Allmendegüter stehen sich nahe und werden zum Teil synonym benutzt. Die Begriffe Kollektivgüter, öffentliche Güter und Allmendegüter sind Begriffe der Wirtschaftswissenschaften. Auf Kollektivgüter (in Abgrenzung zu Individualgütern) können mehrere Individuen zugreifen, um ihre Bedürfnisse zu befriedigen. Öffentliche Güter sind dadurch geprägt, dass sie keinen Nutzer ausschließen (können) (als Beispiel führt *Thommen* die Landesverteidigung an). Das gleich gilt für Allmendegüter, nur dass bei diesen die Nutzer in gegenseitige Konkurrenz treten. (*Thommen*, Lexikon der Betriebswirtschaft, Begriffe: Öffentliche Güter, Kollektivgüter, Individualgüter; *Piekenbrock*, Gabler Kompakt-Lexikon Volkswirtschaftslehre, Begriffe: öffentliches Gut, Allmenderessource). Der Begriff Allgemeingut, wie es das BVerfG und das BVerwG benutzen, bezeichnet eine knappe Ressource, die der Allgemeinheit zugeordnet ist. So etwa das BVerwG: „Knappe natürliche Güter, wie etwa das Wasser, sind Güter der Allgemeinheit.“ (Urteil v. 16.II.2017 - 9 C 16/16, NVwZ-RR 2018, S. 983 (S. 984)). Sie grenzen sich zu den Begriffen der Wirtschaftswissenschaften dadurch ab, dass sie nicht schon zur Bedürfnisbefriedigung (des Kollektivs) zur Verfügung stehen müssen, wie etwa die bergfreien Bodenschätze, die noch im Boden liegen. (So sind ökonomische Güter bereits dadurch definiert, dass sie faktisch verfügbar sind (siehe *Thommen*, Lexikon der Betriebswirtschaft, Begriff: Güter, ökonomische)).

431 Vgl. hierzu bezogen auf das Wasserentnahmengelt: BVerwG, Urteil v. 26.1.2022 - 9 C 5/20, NVwZ 2022, 715 ff.; OVG Münster, Urteil v. 9.9.2016 - 9 A 938/14, BeckRS 2016, 51336, Rn. 34 f., 42.

432 So auch *Frenz*, ZUR 2017, 696.

433 Einen Eindruck zu den erzielten Einnahmen aus der Feldes- und Förderabgabe gibt *Mann* in: *Boldt et al.*, BBerG, Vorbem. §§ 30-32, Rn. 13; zu Reformvorschlägen

II. Die Anlagenzulassung durch die Betriebspläne

Die Zulassung eines Betriebsplans muss zu der Bergbauberechtigung hinzutreten,⁴³⁴ damit der Bergbauwillige tatsächlich tätig werden kann gem. § 51 I S. 1 BBergG. Der Betriebsplan plant die Bodennutzung.⁴³⁵ Dies geschieht durch Regelungen zu der *Errichtung* der bergbaulichen Anlagen, deren *Betrieb* und ggf. ihre *Einstellung*.⁴³⁶ Das BBergG kennt fünf Arten von Betriebsplänen (vgl. Abbildung 8 und Tabelle 1, S. 107), um „eine größere Betriebsnähe“⁴³⁷ zu erreichen. Das System der Betriebspläne hat so den Anspruch ein besonders auf die Bedürfnisse des Bergbaus eingehendes Rechtsinstitut zu sein und grenzt sich damit von der Genehmigungszulassung anderer Gewerbebetriebe – wie dem immissionsschutzrechtlichem Zulassungsverfahren oder dem Planfeststellungsverfahren der §§ 72 ff. VwVfG⁴³⁸ – ab. Ursprünglich sollte sich dieses Verfahren allein auf bergbauliche Zusammenhänge konzentrieren.⁴³⁹ Hieraus lässt sich auch erklären, dass die Betriebszulassung (nach seiner ursprünglichen Konzeption) keine Konzentrationswirkung besitzt.⁴⁴⁰ Diese strenge thematische Spaltung konnte aber – jedenfalls für komplexe Großvorhaben – aus verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht mehr aufrechterhalten werden.⁴⁴¹ Der Fokus rückt damit auf den zweiten schon in der Gesetzesbegründung

bzgl. der Feldes- und Förderabgabe siehe UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 82 ff.

434 Eine Ausnahme hierzu hat der Gesetzgeber mit § 51 II, III BBergG geschaffen und betrifft solche Betriebe, von denen keine Gefährlichkeit ausgeht und die von geringer Beeinträchtigungsintensität sind. Jedoch wurde die Befreiung von der Betriebsplanpflicht durch die diese ersetzende Anzeigepflicht des § 50 BBergG ad absurdum geführt, wie Kremer/Neuhaus gen. Wever zutreffend ausführen (Bergrecht, Rn. 165).

435 Rasel, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 107.

436 Kloepfer, Umweltrecht, § 11 Rn. 526.

437 BT-Drs. 8/1315, S. 106.

438 Kloepfer, Umweltrecht, § 11 Rn. 524 f.; Rasel, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 103.

439 „Ziel der Neuregelung ist jedoch [...] die Einordnung des Betriebsplanverfahrens in das moderne Verwaltungsrecht und insbesondere seine Konzentration auf die Darstellung und Prüfung allein des für die Errichtung und Führung des Betriebes wesentlichen Funktions- und Organisationszusammenhangs.“ BT-Drs. 8/1315, S. 106.

440 Rasel, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 105.

441 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08, BVerfGE 134, 242 (288 f., Rn. 159) – Garzweiler; Ludwig, ZUR 2014, S. 452.

von 1977 postulierten Anspruch, dass sich das Bergrecht in ein modernes Verwaltungsrecht einzugliedern habe.⁴⁴²

Der Hauptbetriebsplan ist der zentrale Betriebsplan⁴⁴³, welcher das Vorhaben gem. § 52 I S. 1 BBergG in der Regel für 2 Jahre gestattet.⁴⁴⁴ Der Hauptbetriebsplan ist insofern zentral, als dass die anderen Betriebspläne immer auch eines bestehenden Hauptbetriebsplans als Fundament bedürfen, weil nur dieser die Gestaltungswirkung herbeiführt.⁴⁴⁵ Außerdem muss sich der Hauptbetriebsplan mit dem Bergwerksbetrieb in seiner Gesamtheit in allen Einzelheiten befassen.⁴⁴⁶ Dieser hat in der Regel einen Geltungszeitraum von zwei Jahren und kann dann verlängert (§ 52 IV S. 2 BBergG) oder neu aufgestellt werden.⁴⁴⁷ Mit diesem immer wiederkehrenden Zulassungsprozess soll der dynamischen Betriebsart Rechnung getragen werden und eine durchgängige behördliche Überwachung eng am sich verändernden Bergbaubetrieb gewährleistet sein.⁴⁴⁸

Die verschiedenen Betriebspläne überlagern sich zeitlich und betreffen verschiedene Teilbereiche, wobei dem Rahmenbetriebsplan ergänzende und dem Sonderbetriebsplan entlastende Funktion zukommen soll.⁴⁴⁹ Alle Pläne haben den in § 52 IV BBergG beschriebenen Mindestinhalt. Die Pläne sollen danach den Umfang des Unternehmens darstellen, deren technische Durchführung und Dauer, sowie zu den Erteilungsvoraussetzungen des § 55 I S. 1 Nr. 1, 3-13 BBergG Stellung beziehen.⁴⁵⁰

442 BT-Drs. 8/1315, S. 105 f.

443 BT-Drs. 8/1315, S. 106 f.

444 Keienburg, NVwZ 2013, S. 1123 f.

445 Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 52 Rn. 10, 15 und § 56 Rn. 48.

Gaenzsch spricht vom Hauptbetriebsplan als den wichtigsten, da dieser „die eigentliche betrieblich-technische Grundlage“ bilde (in: Kühne/Gaenzsch (Hrsg.), Wandel und Behaaren im BBergG, S. 22).

446 Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 52 Rn. 12; Rasel, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 108. Dass Einzelheiten aufzuführen sind, ergibt sich aus der Regierungsbegründung die besagt, dass ein „umfassendes Bild“ vermittelt werden soll und aus dem Umkehrschluss zum Rahmenbetriebsplan, welcher sich nicht auf Einzelheiten beziehen soll (BT-Drs. 8/1315, S. 107).

447 Seit der Gesetzesänderung vom 14.6.2021 kann der Hauptbetriebsplan gem. den neu eingefügten Sätzen 3-5 des § 52 I BBergG in Zusammenhang mit der Beendigung von Braunkohlentagebauen im Rahmen des Kohleverstromungsbeendigungsgesetz (KVBG) auch eine Laufzeit von bis zu 4 Jahren umfassen.

448 Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 52 Rn. 14.

449 BT-Drs. 8/1315, S. 107.

450 Rasel, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 107.

C. Das Gestaltungssystem (Konzessionssystem) des Bergrechts

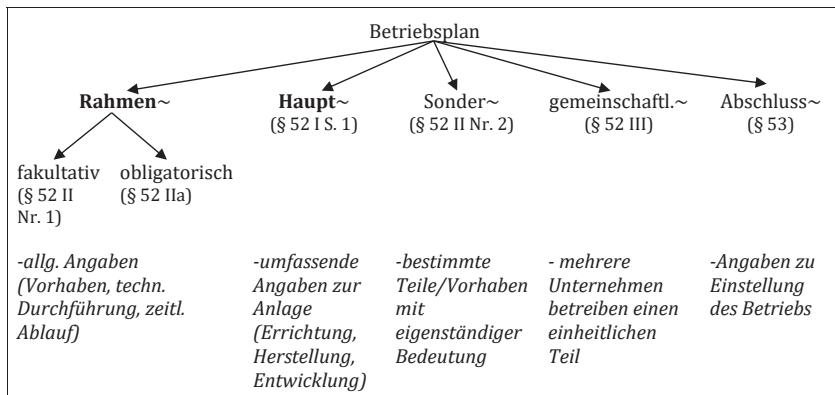


Abbildung 8: Übersicht der Betriebsplanarten (eigene Erstellung)

Die Betriebszulassung der durch die Unternehmer aufgestellten Pläne (§ 51 I S.1 BBergG), ergeht durch die zuständige Behörde und ist ein Verwaltungsakt.⁴⁵¹ Nach herrschender Auffassung in Rechtsprechung und Lehre steht der zuständigen Behörde auch hier kein Ermessen zu.⁴⁵² Dies ergebe sich aus dem Wortlaut des § 55 I S.1 BBergG („[...] ist zu erteilen [...]“). Diese – zumindest formal – fehlende Gestaltungsfreiheit der Behörde muss auf ihre Implikationen für den Ressourcenschutz untersucht werden (ausführlich hierzu siehe Kapitel 4 B. I. 4. a. cc. und II. 2.).

451 Rasel, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 103, 110 f.

452 BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 (213) – Garzweiler; BVerwG, Urteil v. 16.03.1989 - 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (332) – Moers-Kapellen; BVerwG, Urteil v. 14.12.1990 - 7 C 18.90, NVwZ 1991, S. 992 (S. 993) – Wyen; BVerwG, Urteil v. 15.12.2006 - 7 C 1.06, NVwZ 2007, S. 700 (S. 701, Rn. 28); BVerwG, Urteil v. 15.12.2006 - 7 C 6/06, NVwZ 2007, 704 f. (Rn. 21) – Walsum; OVG Saarlouis, Urteil v. 20.6.2023 – 2 C 251/21, BeckRS 2023, 17124, Rn. 75; VG Trier, Urteil v. 11.1.2019 - 9 K 2641/18.TR, BeckRS 2019, 2986, Rn. 35; Kühne, in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 47 (mit Verweis auf BT-Drs. 8/1315, S. 109); Kühne, DVBl. 2006, 664 f.; Boldt/Weller, BBergG Komm. Ergänzungsband (Vorauflage), § 57a Rn. 48, 50, 65; Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 55, Rn. 4 und § 48, Rn. 35; Kaiser, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 21, 57, 189; Rasel, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 110 f.; Neumann, W. in: Kühne/Ehricke, S. 41 f.; Beckmann, DVBl. 2023, 455.

1. Rahmenbetriebsplan

Um zu garantieren, dass die Planung der betrieblichen Entwicklung den zeitlichen Planungshorizont des Hauptbetriebsplans von zwei Jahren überschreitet, wird der Rahmenbetriebsplan bereitgestellt (§ 52 II Nr. 1 und § 52 IIa BBergG).⁴⁵³ In diesem werden längerfristige allgemein gehaltene Regelungen⁴⁵⁴ quasi vor die Klammer gezogen und bilden so den Rahmen für die weiteren spezifischeren Betriebspläne.⁴⁵⁵ Der Rahmenbetriebsplan stellt damit die zeitlich aufeinanderfolgenden Hauptbetriebspläne in einen Sinnzusammenhang.⁴⁵⁶ Er gilt demgemäß für einen längeren, von der Behörde nach den Umständen des Einzelfalls konkret zu bestimmenden Zeitraum.⁴⁵⁷ Wenn es im eigenen Ermessen der Behörde steht einen Rahmenbetriebsplan anzufordern, so handelt es sich um einen fakultativen Rahmenbetriebsplan (§ 52 II Nr. 1 BBergG); muss sie ihn anfordern, so ist es ein obligatorischer (§ 52 IIa BBergG).⁴⁵⁸ Von umweltrechtlicher und damit auch von ressourcenethischer Bedeutung ist dabei vor allem letzterer, für dessen Zulassung eine Umweltverträglichkeitsprüfung nach §§ 52 IIa S. 1, 57c BBergG, § 1 UVP-V Bergbau⁴⁵⁹ i.V.m. § 4-14 UVPG erforderlich ist und welcher einen anderen Verfahrenslauf zu absolvieren hat.

Dem Rahmenbetriebsplan ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine positive Grundentscheidung zur Zulassungsfähigkeit

453 So auch in der Begründung des Regierungsentwurfs: „In den Rahmenbetriebsplänen [...] sind die [...] Vorhaben in einen **größeren zeitlichen Zusammenhang** zu stellen, um die **längerfristige Entwicklung** des Betriebs überprüfen zu können.“ (BT-Drs. 8/1315, S. 107; Hervorhebung N.L.).

454 Kremer/Neuhaus gen. Wever, Bergrecht, Rn. 170; Piens spricht hier von „Eckpunkten, Margen und Tendenzen“ (in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, § 52 Rn. 28). Vgl. außerdem die Mustergliederung Obligatorischer Rahmenbetriebsplan gemäß § 52 Abs. 2a Bundesberggesetz (BBergG) des Landesamts für Geologie und Bergbau Rheinland-Pfalz unter „4 Angaben zur Betriebsplanung“ (Stand 06/2019; im Internet abrufbar unter: <https://www.lgb-rlp.de/fileadmin/service/lgb_downloads/bergbau/bergbau_allgemein/mustergliederung_obligatorischer_rahmenbetriebsplan_lgb.pdf> (zuletzt abgerufen im Januar 2024)).

455 BT-Drs. 8/1315, S. 107.

456 Ludwig, ZUR 2012, S. 150.

457 In der Praxis zumeist 10-20 Jahre (Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 52 Rn. 24).

458 Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 52 Rn. 21.

459 Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung bergbaulicher Vorhaben vom 13. Juli 1990 (BGBl. I S. 1420), die zuletzt durch Artikel 8 der Verordnung vom 3. September 2010 (BGBl. I S. 1261) geändert worden ist.

der Anlage zu entnehmen.⁴⁶⁰ Nicht geklärt sind dabei aber der Rechtscharakter, der Regelungsgehalt und die Bindungswirkung des Rahmenbetriebsplans.⁴⁶¹

2. Sonderbetriebsplan

Der Sonderbetriebsplan (§ 52 II Nr. 2 BBergG) ist ein ausgegliederter Teil des Hauptbetriebsplans, welcher einen klar abzugrenzenden Themenkomplex mit eigenständiger Bedeutung⁴⁶² zum Gegenstand hat oder die zeitlichen Vorgaben des § 52 I S. 1 BBergG sprengt. Er kann unbefristet ergehen.⁴⁶³ Durch die Aussonderung soll der Hauptbetriebsplan entlastet werden und übersichtlich bleiben.⁴⁶⁴ Dabei ist jedoch die Gefahr der Zer splitterung nicht von der Hand zu weisen.⁴⁶⁵ Inhaltlich müssen Sie dieselbe umfassende Behandlung des Teilbereichs aufweisen, wie diese auch bei einem Hauptbetriebsplan gefordert wäre.⁴⁶⁶ So kann auch der Sonderbetriebsplan Gestaltungswirkung für die von ihm behandelte Thematik entfalten.⁴⁶⁷

Besondere Beachtung haben die Sonderbetriebspläne „Abbauwirkungen auf das Oberflächeneigentum“ bzw. „Anhörung der Oberflächeneigentü-

460 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08, BVerfGE 134, 242 (334, Rn. 276) – Garzweiler; Frenz (Bergrecht & Nachhaltige Entwicklung, S. 94) spricht insofern von einem vorbescheidsähnlichen Charakter. A.A.: Gaenzsch, in: Kühne/Gaenzsch (Hrsg.), Wandel und Beharren im BBergG, S. 26.

461 Gaenzsch, in: Kühne/Gaenzsch (Hrsg.), Wandel und Beharren im BBergG, S. 25.

462 Nach dem Wortlaut des Gesetzes: „bestimmte Teile des Betriebs oder für bestimmte Vorhaben“. Beispielsweise fallen hierunter die Errichtung eines Sprengstofflagers oder Lärmschutzwalls, der Bau von Straßen und die Verfüllung von Tagebauten (mit weiteren Beispielen: Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 52 Rn. 45, 47).

463 Frenz, NVwZ 2012, S. 1221; Keienburg, NVwZ 2013, S. 1125; Weiss in: Danner/Theobald, Energierecht, 109. EL Januar 2021, 137. Bergrecht, Rn. 73.

464 BT-Drs. 8/1315, S. 107.

465 Piens weist in diesem Zusammenhang auf die Rechtslage zum sog. Gorleben-Urteil des BVerwG hin. Hier wurden innerhalb von 7 Jahren mehrere hundert Sonderbetriebspläne erlassen (in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 52 Rn. 48). Die Bundesregierung geht von einer Vielzahl von Sonderbetriebsplänen bei größeren Bergwerken aus (BT-Drs. 11/4015, S. 7).

466 BT-Drs. 8/1315, S. 107.

467 Umstritten ist dabei die Frage, ob die Gestaltungswirkung des Sonderbetriebsplan auch von einem bestehenden Hauptbetriebsplan abhängig ist (erläuternd und verneinend von Hammerstein, in: Boldt et al., BBergG, § 52, Rn. 52 ff.).

mer“ erfahren.⁴⁶⁸ Sie sind erforderlich, um die Anforderungen des Moers-Kapellen-Urteils zu erfüllen. Dieses gibt vor, dass Grundeigentümer, bei denen Eigentumsbeeinträchtigungen von einem Gewicht wahrscheinlich sind, vor der Zulassung des Abbaus zu beteiligen und ihre Interessen mit den bergrechtlichen Interessen abzuwiegeln sind (zur Bewertung nach dem Maßstab der Verfahrensgerechtigkeit siehe Kapitel 6 A. I. 1. b).⁴⁶⁹

3. Abschlussbetriebsplan

Abschlussbetriebspläne beinhalten konkrete Regelungen zur ordnungsgemäßen Einstellung des Betriebs gemäß § 53 I S. 1 BBergG. Diese Planungspflicht greift damit bei der endgültigen, aber auch bei einer zeitweiligen ungenehmigten Unterbrechung von mehr als zwei Jahren (vgl. § 52 I S. 2 BBergG) und bei einer Änderung des Nutzungszwecks.⁴⁷⁰ Damit sollen negative Auswirkungen infolge der Einstellung vermieden werden. Die Gelungsdauer des Plans ist anhand des Einzelfalls zu bestimmen.⁴⁷¹

468 *Keienburg*, NVwZ 2013, S. 1126; *Frenz*, NVwZ 2012, S. 1222; *von Hammerstein*, in: Boldt et al., BBergG, § 52 Rn. 50.

469 So das *BVerwG*: „Sicherzustellen ist aber, daß Eigentumsbeeinträchtigungen an der Oberfläche von einem Gewicht, 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, sanktioniert werden, ohne, daß sich die so Betroffenen zuvor mit ihren Einwendungen zu Gehör bringen konnten und eine Abwägung der entgegenstehenden Interessen am Maßstab der Verhältnismäßigkeit stattgefunden hat.“ (Urteil v. 16.03.1989, 4 C 36/85, *BVerwGE*, 81, 329 (345) – Moers-Kapellen).

470 *Kremer/Neuhaus gen. Wever*, Bergrecht, Rn. 216.

471 BT-Drs. 8/1315, S. 108.

C. Das Gestattungssystem (Konzessionssystem) des Bergrechts

Tabelle 1: Betriebsplanarten

	Haupt~	Rahmen~		Sonder~	Abschluss~
		Fakultativ	Obligatorisch		
	§ 52 I S. 1	§ 52 II Nr. 1	§ 52 IIa	§ 52 II Nr. 2	§ 53
Ziel	Gestaltungs-wirkung; zentraler Plan	Längerfristiger Planungshorizont; beständige Regelungen erfassen		Übersichtlichkeit des Hauptbetriebsplans bewahren	Vermeidung von schädlichen Auswirkungen bei der Einstellung
Inhalt	<ul style="list-style-type: none"> - Darstellung des Umfangs - Darstellung technische Durchführung - Dauer des beabsichtigten Vorhabens 				
	Befasst sich mit dem Bergbaubetrieb in seiner Gesamtheit: <ul style="list-style-type: none"> - Umfassende Beschreibung Betriebszustand/-entwicklung - Techn. Hilfsmittel - Übersicht über Sonderbetriebspässe - Brand-/Explosions-schutz - ... 	Befasst sich mit der langfristigen Ausrichtung des Betriebs: <ul style="list-style-type: none"> - Allgemeine Angaben zum Vorhaben - Allgemeine Angaben zur technischen Durchführung - Allgemeine Angaben zum zeitlichen Ablauf 	Verselbstständigter Teil des Hauptbetriebsplans (d.h. umfassende Planung eines bestimmten Betriebsteils oder Vorhabens)	<ul style="list-style-type: none"> - Dauer der Betriebeinstellung - Darstellung der technischen Durchführung - Angaben zu Umfang und Art der Beseitigung von Anlagen 	
Detailliert	+	-		+	+
Zeitraum (in Jahren)	2; regelmäßige Erneuerung	>2 („längerer Zeitraum“), nach Umständen des Einzelfalls bemessen (in der Praxis zumeist 10-20 Jahre)		Unbefristet möglich	abh. vom Einzelfall
Zulassung nach	§§ 55 I, 48 II S. 1	§§ 55 I, 48 II S. 1	§§ 55 I, 48 II S. 1	§§ 55 I, 48 II S. 1	§§ 55 II, 48 II S. 1
Verfahren	§§ 54, 56 I	§§ 54, 56 I	Planfeststellungserfahren mit UVV (§§ 57a, 57b)	§§ 54, 56 I	§§ 54, 56 I

4. Ausgewählte materiell rechtliche Anforderungen – zugleich Darstellung der richterlichen Rechtsentwicklung

Im Folgenden soll ein kurzer Überblick über ausgewählte materiell rechtliche Anforderungen gegeben werden, die einen Umweltbezug aufweisen oder die Rechte Dritter ins Feld führen, und so Auswirkungen auf den Ressourcenschutz haben können.

a. Überwiegende öffentliche Interessen – Altenberg Urteil des BVerwG

Nach der ursprünglichen Intention des Gesetzgebers sollte das Bergrecht die Bergbaubelange isoliert regeln; es war gerade kein Interessenausgleich vorgesehen, sondern ein „Nebeneinander von Bergrecht und anderen öffentlich-rechtlichen Gesetzen“⁴⁷². Für außerbergrechtliche Bereiche war ein klarer Verweis in die anderen Fachgesetze mit § 48 I BBergG vorgesehen.⁴⁷³

Das BVerwG hat in seinem sog. Altenberg-Urteil den § 48 II S. 1 BBergG jedoch als eine Ergänzung zu § 55 I BBergG ausgelegt, mithin als eine die Befugnis der Bergbehörde erweiternde Norm.⁴⁷⁴ Gestützt wurde dies hauptsächlich auf die Sinnhaftigkeit des Verfahrens und der damit erzielten Verfahrensökonomie. So würde die Behörde trotz entgegenstehender öffentlicher Interessen einen Betriebsplan nach dem Prüfkatalog des § 55 BBergG genehmigen müssen, um dann nachträglich den bergbaulichen Betrieb gestützt auf § 48 II S. 1 BBergG zu beschränken oder zu untersagen.⁴⁷⁵ Auch im Hinblick auf die Rechtssicherheit des Unternehmers könnte dies nicht gewünscht sein. Nun können demnach die Umweltbelange in einer analogen Anwendung des § 48 II S. 1 BBergG als Zulassungsnorm unter den „überwiegenden öffentlichen Interessen“ berücksichtigt werden und finden so Eingang als Zulassungsvoraussetzung im Rahmen einer Be-

472 Wirtschaftsausschuss, Beschlussempfehlung und Bericht vom 30.04.1980, BT-Drs. 8/3965, S. 130. Siehe auch: BT-Drs. 8/1315, S. 104.

473 Der Wirtschaftsausschuss begründet dies, im Gleichklang mit dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung, mit der „absolute[n] Sonderstellung“ des Bergrechts im Verwaltungsrecht und die hieraus geforderte Beibehaltung des „Nebeneinander[s] von Bergrecht und anderen öffentlich-rechtlichen Gesetzen“ zur Vermeidung eines „normative[n] Überschneiden[s]“ (Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, BT-Drs. 8/3965, S. 130).

474 BVerwG, Urteil v. 4.7.1986 - 4 C 31.84, BVerwGE 74, 315 (323) – Altenberg.

475 Das BVerwG führt weiterhin die Rechtshistorie als Argument an (Urteil v. 4.7.1986 - 4 C 31.84, BVerwGE 74, 315 (323) – Altenberg).

triebsplanerteilung. Auch der § 56 I S. 2 BBergG wird dementsprechend analog erweitert, sodass nachträgliche Auflagen auch die Zulassungsvoraussetzungen des § 48 II S. 1 BBergG sichern können.⁴⁷⁶ Der Charakter der gebundenen Entscheidung des § 55 I BBergG wird durch das Hinzuziehen der Ermessensnorm § 48 II S. 1 BBergG zu den Zulassungsvoraussetzungen nach der herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Lehre nicht verändert.⁴⁷⁷

Der nach richterrechtlicher Fortentwicklung zur Abwägung im Betriebsplanverfahren herangezogene Absatz 2 des § 48 BBergG, der nun den ursprünglichen Zweck des Absatzes 1 konterkariert, geht auf Initiative des Ausschusses für Wirtschaft des Bundestages zurück. Nach der Begründung des Ausschusses sollte der Absatz 2 lediglich verstreut liegende Normen zur Abwägung von öffentlichen Belangen zusammenfassen und so die Funktion von den die öffentlichen Belange berücksichtigenden Zulassungsnormen im Rahmen des Verfahrens zur Erteilung der Bergbauberechtigungen (§ 11 Nr. 8 RegE BBergG) und der Zulassung der Betriebsplanverfahren (§ 55 Nr. 8 RegE BBergG) übernehmen.⁴⁷⁸ Auf Drängen des Bundesrates wurde die Berücksichtigung der öffentlichen Belange zumindest im Bergbauberechtigungsverfahren mit dem § 11 Nr. 10 BBergG (und dem entsprechend die Behördenbeteiligung regelnden § 15 BBergG) wieder aufgenommen⁴⁷⁹ – bedauerlicherweise nicht aber im Betriebsplanverfahren. Dass es notwendig war, im Rahmen der richterrechtlichen Rechtsfortbildung, die Berücksichtigung öffentlicher Belange im Betriebsplanverfahren einzuführen, zeigt, dass der Anspruch an ein losgelöstes Nebeneinander von Bergrecht und sonstigem Verwaltungsrecht nicht durchzuhalten war. Hier wird die Überlagerung der bergrechtlichen Entwicklungen deutlich.

Jedoch führt diese Ergänzung des Zulassungskatalogs des § 55 I BBergG um den § 48 II S. 1 BBergG nicht dazu, das Anwendungsfeld des § 48 II S. 1 BBergG zu erweitern. So begründen nicht alle überwiegenden öffentlichen Interessen eine Befugnis der Bergbehörde zur nachträglichen

476 BVerwG, Urteil v. 22.11.2018 - 7 C 9.17, BeckRS 2018, 40778, Rn. 13 f.

477 BVerwG, Urteil v. 14.12.1990 - 7 C 18/90 = NVwZ 1991, S. 992 (S. 993); VGH Kassel, Urteil v. 12.9.2000, 2 UE 924/99, NVwZ-RR 2001, S. 300 (S. 301); kritisch: Durner, Konflikte räumlicher Planungen, S. 370 f.

478 Wirtschaftsausschuss, BT-Drs. 8/3965, S. 136 f. = Zydek, Materialien BBergG, S. 224 f. Ausführlich zur Gesetzesgeschichte siehe: Kühne, DVBl. 1984, S. 712 f.; ders., in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 4.

479 Kühne, in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 4.

Beschränkung oder Untersagung des Bergbaubetriebs. Der § 48 I BBergG genießt insoweit Anwendungsvorrang vor dem Absatz 2.⁴⁸⁰

Als gem. § 48 II S. 1 BBergG beachtenswertes öffentliches Interesse, können auch Aspekte des Ressourcenschutzes gelten und so gegen das Interesse am Abbau der Bodenschätze abgewogen werden. Es bliebe zu untersuchen, ob der Ressourcenschutz auch in der behördlichen und gerichtlichen Praxis berücksichtigt wird und in die tatsächliche Bewertung des Betriebs einfließt.

Fraglich ist aber, ob die gesetzliche Ausgestaltung, die den Ressourcenschutz als einen möglichen Zulassungshinderungsgrund vorsieht, der Bedeutung des Ressourcenschutzes auch angemessen Rechnung trägt. Durch die gebundene Entscheidung der Verwaltung könnte sich (auch hier) eine Entscheidungsdynamik ergeben, die von der grundsätzlichen Zulassungsfähigkeit und Wünschbarkeit des Bergbauvorhabens ausgeht, welche nur bei „Kontraindikation“ ausnahmsweise erschüttert wird. So muss nicht nachgewiesen werden, dass das konkrete Bergbauvorhaben im öffentlichen Interesse liegt – dies scheint vermutet –, sondern es obliegt den dem Bergbauvorhaben entgegenstehenden öffentlichen Interessen den Nachweis zu erbringen, dass das Bergbauvorhaben nicht im öffentlichen Interesse liegt. Es steht zu vermuten, dass der Ressourcenschutz im Sinne des sparsamen und schonenden Abbaus eher verwirklicht wird, wenn es sich von der gesetzlichen Entscheidungssituation her um eine offene (Ermessensentscheidung, Planungsentscheidung) oder um eine umgekehrte Vermutung (repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt) handelte (hierzu Kapitel 4 B. 4. a. cc.).

Darüber hinaus könnte die Einbeziehung von Überlegungen des Ressourcenschutzes auch dahingehend geschmälerlert werden, dass den Bergbaubelangen eine besondere Gewichtung beikommen soll (eingehend Kapitel 4 B. 4. a. dd.).

480 Wortlaut des § 48 II S. 1 BBergG: „In anderen Fällen als denen des Absatzes 1 [...]“. Hierzu Vitzthum/Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 48 Rn. 3; Rasel, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 210 und das umweltrechtliche Abwägungsmaterial zusammengestellt unter S. 218 ff.

b. Gesamtabwägung

Dem § 48 II S. 1 BBergG wird eine Gesamtabwägung entnommen.⁴⁸¹ Diese Rechtslage lässt sich nicht dem Gesetzeswortlaut entnehmen, sondern ist auf die richterrechtliche Rechtsentwicklung zurückzuführen. Ursprünglich waren dem Gesetzeswortlaut des § 48 II S. 1 BBergG nach („überwiegende öffentliche Interessen“) die Interessen der Grundeigentümer oder anderer durch den Bergbau berührten Dritten nicht schon im Rahmen der Betriebsplanzulassung zu prüfen. Dies entsprach auch der ursprünglichen Intention des Gesetzgebers, die sachliche Prüfung der Bergrechtsmaterie von anderen Belangen freizuhalten.⁴⁸² Die Bestrebungen des BVerwG gingen dahin, zunehmend auch die privaten Interessen in der Betriebsplanzulassung zu verankern. Die heutige Auslegung des § 48 II BBergG erschließt sich ohne das Wissen um diese Entwicklungen in der Rechtsprechung nicht, deswegen sind sie im Folgenden skizziert.

aa. Moers-Kapellen-Urteil des BVerwG

Schon 1989 hat das BVerwG in seiner Moers-Kapellen-Entscheidung die Berücksichtigung von privaten Belangen bei der Zulassung von Rahmenbetriebsplänen über eine verfassungskonforme Auslegung des § 48 II BBergG vorgesehen. Dies allerdings nur unter den engen Voraussetzungen, dass es sich um eine Eigentumsbeeinträchtigung an der Oberfläche von einigem Gewicht handeln musste, mit der schon im Zeitpunkt der Betriebsplanzulassung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu rechnen war.⁴⁸³ Hierunter wollte das BVerwG nicht kleinere und mittlere Schäden von üblichem Umfang verstanden wissen.⁴⁸⁴ Der Gesetzgeber hat diese Moers-Kapellen-Entscheidung aufgenommen und die Sätze 2-5 (nunmehr S. 3-6) dem § 48 II BBergG durch Gesetz vom 12.2.1990 (BGBL. I S. 215) angefügt. Damit hat er ein Verfahren für den Fall bereitgestellt, „[s]oweit öffentliche Interes-

481 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08, BVerfGE 134, 242 (350 f., Rn. 315 ff.) – Garzweiler.

482 Wirtschaftsausschuss, Beschlussempfehlung und Bericht vom 30.04.1980, BT-Drs. 8/3965, S. 130. Siehe auch: BT-Drs. 8/1315, S. 104.

483 BVerwG, Urteil v. 16.03.1989 - 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (330, 345 f.) – Moers-Kapellen.

484 Als Maßstab führt das BVerwG beispielhaft den § 55 I S. 1 Nr. 9 BBergG heran, der das Ausmaß eines Gemeinschadens betrifft (BVerwGE 81, 344 f.).

sen im Einzelfall auch den Schutz von Rechten Dritter umfassen [...]⁴⁸⁵. Die Rechte der Grundeigentümer kamen dabei nach der Gesetzesintention nicht in Betracht.⁴⁸⁶ Daher wurden die privaten Belange der Grundeigentümer entsprechend der Gesetzeslage – und bis zum grundlegenden Urteil des BVerwG im Jahr 2006 –⁴⁸⁷ erst im Enteignungsverfahren berücksichtigt. Zwangsläufig war der Rechtsschutz gegen Bergbauvorhaben damit auch erst im Enteignungsverfahren eröffnet.

bb. Garzweiler-Urteil des BVerwG

An sich verstößt die Eröffnung der Überprüfung von Hoheitsakten erst am Ende des Verfahrens nicht gegen den in Art. 14 I S. 1 GG gewährten effektiven Rechtsschutz.⁴⁸⁸ Ungenügend ist lediglich ein Rechtsschutz, dessen Kontrolle realistischerweise nicht mehr erfolgen wird, weil beispielsweise eine ergebnisoffene Prüfung aller Voraussetzungen nicht mehr gewährleistet ist oder die Verletzung nicht mehr zu verhindern oder bereits irreversibel erfolgt ist.⁴⁸⁹ Um diese Effekte ausschließen zu können, müssen die Verfahrensstufen zeitlich nah beieinander liegen.⁴⁹⁰ Für die bergbaulichen Projekte (insbesondere dem Tagebau) mit sich über Jahrzehnte erstreckender Planungstätigkeit gilt dies jedoch nicht.⁴⁹¹ Der effektive Rechtsschutz

485 BT-Drs. II/5601, S. 16.

486 Dies ergibt sich aus dem ausdrücklichen Verweis auf das Moers-Kapellen-Urteil (BT-Drs. II/5601, S. 16).

487 BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C II/05, BVerwGE 126, 205 (208, Rn. 16) – Garzweiler.

488 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (299 ff., Rn. 192 ff.) – Garzweiler. Zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes durch den Art. 14 I GG: BVerfG, Urteil v. 18.12.1968 – 1 BvR 638 u.a., BVerfGE 24, 367 (401) – Hamburgisches Deichordnungsgesetz.

489 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (300 f., Rn. 194) – Garzweiler.

490 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (312, Rn. 223) – Garzweiler.

491 Hierzu die anschaulichen Ausführungen des BVerfG zu dem Rechtsschutz im Verfahren um die Erschließung des Tagebaus Garzweiler II: „Es kann nicht ernsthaft erwartet werden, dass die im Jahre 2005 mit der Klage gegen den Grundabtretungsbeschluss vorgebrachten Einwände gegen den Braunkohlentagebau Garzweiler, dessen Planungen auf das Jahr 1987 zurückgehen, für den über mehrere Jahre ein Braunkohlenplan und Umsiedlungspläne erstellt wurden, für den in einem wiederum mehrjährigen Verfahren ein Rahmenbetriebsplan aufgestellt und im Jahre 1997 zugelassen wurde und dessen 4.800 Hektar große Fläche (Garzweiler II) seit dem

erfordert es demnach, dass der Rechtsschutz schon gegen die Betriebsplanzulassung eröffnet ist. Das BVerwG sah sich vor der Aufgabe, entweder die Normen über den Rahmenbetriebsplan dem BVerfG zur Überprüfung vorzulegen (Art. 100 I S. 1 GG) oder die bergrechtlichen Normen verfassungskonform auszulegen, mit dem Ziel, subjektive Rechte Privater zur Geltung zu bringen.⁴⁹² Für letzteres musste das BVerwG eine Klagebefugnis der Grundeigentümer gegen die Betriebsplanzulassung bejahen.

Eine Klagebefugnis gegen die Betriebsplanzulassung erfordert es, dass der Grundeigentümer geltend machen kann in eigenen subjektiven Rechten verletzt zu sein.⁴⁹³ Diese subjektiven Rechte müssen sich aus der einfachrechtlichen Ausgestaltung des Gesetzgebers ergeben. Ob dies der Fall ist, muss notfalls durch Auslegung mithilfe der Schutznormtheorie ermittelt werden.⁴⁹⁴ Diese fragt danach, ob die gesetzliche Norm zumindest auch dem Schutz von Interessen einzelner Bürger bestimmt ist.⁴⁹⁵ Nach ständiger Rechtsprechung enthalten die Zulassungsvoraussetzungen des § 55 I S. 1 BBergG keinen Drittschutz für die Grundeigentümer.⁴⁹⁶ Es stellte sich somit die Frage, ob der § 48 II S. 1 BBergG auch dem Schutz der Interessen der einzelnen Grundeigentümer dienen solle. Diese drittschützende Wirkung bejaht das BVerwG.⁴⁹⁷ Damit werden unter den Wortlaut des

Jahr 2006 abgebaut wird, im Rahmen der Inzidentprüfung auf die Klage gegen die Enteignung eines Grundstücks den Tagebau in gleicher Weise grundsätzlich in Frage stellen, wie dies bei einer früheren Klage der Fall sein könnte.“ (Urteil v. 17.12.2013, I BvR 3139/08, 3386/08, BVerwGE 134, 242 (312 f., Rn. 224) – Garzweiler).

492 Beier, DÖV 2015, S. 316.

493 BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 (211, Rn. 22 f.) – Garzweiler.

494 Beier, DÖV 2015, S. 316.

495 Der gesetzlich bezeichnete Interessenschutz ist abzugrenzen von dem günstigen Rechtsreflex. Letzterer liegt vor, wenn eine Norm einem Bürger zwar Rechtvorteile bringt, dieser aber gesetzlich gar nicht gewollt waren (*Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 8 Rn. 8).

496 VGH München, Beschluss v. 6.10.2017, 8 ZB 15/2664, BeckRS 2017, 128036, Rn. 13 f.; von Mäßenhausen, in: Boldt et al., BBergG, § 55, Rn. 24. Nur der § 55 I S. 1 Nr. 3 BBergG entfaltet Drittschutz für die Interessen der Privaten an dem Schutz ihres Lebens und ihrer Gesundheit (hier noch die Überlegungen des 7. Senats, auch die Eigentümerinteressen über den § 55 I S. 1 Nr. 3 zu berücksichtigen: BVerwG, Urteil v. 13.12.1991, 7 C 25.30, BVerwGE 89, 246 (1. Leitspruch und S. 248 f.) – Gassspeicher; diese Auffassung konnte sich aber nicht durchsetzen; zur Zusammenfassung der höchstrichterlichen Rechtsprechung siehe *Gaenzsch*, in: Hüffer (Hrsg.), Oberflächeneigentum und Bergbau, S. 41 ff.).

497 BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 (208, Rn. 16) – Garzweiler; BVerwG, Urteil v. 16.03.1989, 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (330, 346) – Moers-

öffentlichen Interesses auch private Rechte subsumiert. Das BVerwG führt hierzu aus, dass ein Vorhaben nicht im öffentlichen Interesse stehe, „wenn bereits bei der Zulassung des Rahmenbetriebsplans erkennbar ist, dass die Verwirklichung des Vorhabens daran scheitern muss, dass die erforderliche Inanspruchnahme des Eigentums privater Dritter nicht durch Belange des Allgemeinwohls gerechtfertigt ist.“⁴⁹⁸ Nach dieser Logik fallen private Rechte damit unter das öffentliche Interesse, weil ein öffentliches Interesse daran besteht, dass sie nicht rechtswidrig verletzt werden. Mit anderen Worten ist es im öffentlichen Interesse, dass keine rechtswidrigen Enteignungen ergehen. Und die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit einer Enteignung enthält auch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, welche eine Abwägung der widerstreitenden Interessen verlangt. Das BVerwG spricht noch nicht explizit von einer Gesamtabwägung, sondern von einer Abwägung, die die Interessen der Grundeigentümer mit den berechtigten Belangen des Bergbaus einbezieht.⁴⁹⁹

Eine abschlägige Entscheidung komme und solle nach dem Zweck der Gesetzesnorm auch den Interessen der Grundeigentümer zugutekommen: Auf sein Grundstück wird nicht zugegriffen.⁵⁰⁰ Nach dieser Lesart bezweckt die Norm des § 48 II BBergG damit zumindest auch den Schutz von den Interessen der Grundeigentümer. Daraus folgt, dass die Grundeigentümer gegen die Zulassung des Betriebsplans klagebefugt sind und dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes genüge getan ist.

Kapellen. Das VG Magdeburg und das VG Cottbus verneinen eine drittschützende Wirkung des § 48 II S. 1 BBergG hingegen, sofern er im Hauptbetriebsplan geprüft werde und damit nicht eine umfassende Gesamtabwägung beinhalte (VG Cottbus Urteil v. 21.12.2016 – 3 K 77/15, BeckRS 2016, 116311, Rn. 24 f. und VG Magdeburg Urteil v. 28.2.2018 - 3 A 244/16, BeckRS 2018, 13124, Rn. 19 f.).

- 498 BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 (209 f., Rn. 19) – Garzweiler. Ähnlich begründet das BVerwG in der vorangegangenen Moers-Kapellen-Entscheidung die Relevanz von privaten Interessen bei der Prüfung der öffentlichen Interessen des § 48 II BBergG: „Wohl aber wären überwiegende öffentliche Interessen dann berührt, wenn der gebotene Schutz des Grundrechts des Oberflächeneigentümers aus Art. 14 I GG im Verfahren der Bergbehörde in verfassungswidriger Weise generell hintangestellt werden dürfte und ohne die Möglichkeit der abwägenden Prüfung des Einzelfalls in einem Verwaltungsverfahren auch unverhältnismäßige Eigentumsbeeinträchtigungen durch die Zulassung von bergbaulichen Tätigkeiten zu gestatten wäre“ (Urteil v. 16.03.1989, 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (346)).
- 499 BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 (210, Rn. 20) – Garzweiler.
- 500 BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 (211, Rn. 22) – Garzweiler. Die Rechtsprechung erläuternd wiedergebend *Neumann, W.* in: *Kühne/Ehricke*, S. 37 f.

Gestützt wird diese Auslegung mit einem Verweis auf die Funktion des Rahmenbetriebsplans, der die Zulassungsfähigkeit des Gesamtvorhabens prüfen soll⁵⁰¹ und § 48 II S. 1 BBergG in diesem Sinne als Auffangtatbestand gelte. Außerdem habe sich der Gesetzgeber mit Einführung der § 48 II S. 3-6 BBergG (vormals S. 2-5) die Auslegung des § 48 II S. 1 BBergG als Auffangtatbestand im Rahmen der Betriebszulassung zu eigen gemacht, welcher auch die Berücksichtigung von privaten Interessen zulasse.⁵⁰² Die § 48 II S. 3-6 BBergG sehen Verfahrensregeln für die Beteiligung von Dritten vor, deren Rechte betroffen sein könnten. Diese Regelung wurde im Gesetzgebungsverfahren um die Einführung der UVP 1990 in das Gesetz eingebracht.⁵⁰³ Dies geschah auf Initiative des Wirtschaftsausschusses.⁵⁰⁴

cc. Garzweiler-Urteil des BVerfG

Das BVerfG bestätigt die Rechtsprechung des BVerwG und erkennt in der vom BVerwG hergeleiteten Abwägung eine Gesamtabwägung.⁵⁰⁵ Einen Eingriff müsse der Eigentümer nämlich nur dann hinnehmen, wenn das Vorhaben in seiner Gänze mit den öffentlich-rechtlichen Normen im Einklang steht und wenn die bergbaulichen Interessen den gegenüberstehen Interessen, einschließlich der Eigentümerinteressen, überwiegen.⁵⁰⁶ Wenn es aber erkennbar ist, dass ein Vorhaben sich in dieser Gesamtabwägung nicht durchsetzen kann, so ist es von vornherein nicht im öffentlichen Interesse. Konsequenterweise müsste dann bei abschlägiger Prüfung die

501 BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 (209, Rn. 18) – Garzweiler.

502 BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 (210, Rn. 20) – Garzweiler.

503 Bundesgesetzblatt Teil I 1990 Nr.6 vom 20.02.1990, S. 215.

504 Wirtschaftsausschuss, Beschlussempfehlung und Bericht vom 08.11.89, BT-Drs. 11/5601, S. 5, 15.

505 Diese Schlussfolgerung zieht erst das BVerfG (Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (308, Rn. 214) – Garzweiler). Als Indiz dafür, dass das BVerwG tatsächlich (noch) nicht von einer Gesamtabwägung ausging, kann gelten, dass einer der beschließenden Bundesverwaltungsrichter in einer Abhandlung über diese Entscheidung eine umfassende Abwägung aller betroffenen Belange durch die Bergbehörde im Rahmen des § 48 II BBergG ablehnt (Neumann, W. in: Kühne/Ehricke, S. 38 f., 42)

506 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (290, Rn. 166 und 298, Rn. 188) – Garzweiler.

Zulassung mit Hinweis auf die prognostiziert fehlgehende Enteignung verwehrt werden.

dd. Zusammenfassung

Damit resultiert aus der verfassungsrechtlichen Anforderung Grundeigentümern effektiven Rechtsschutz schon gegen den Rahmenbetriebsplan zu eröffnen, die Einführung einer Gesamtabwägung.⁵⁰⁷ Diese Gesamtabwägung antwortet dabei nicht direkt auf die Frage, ob das Bergbauvorhaben zuzulassen ist (sozusagen als Kernstück jedes Planungsverfahrens),⁵⁰⁸ sondern antwortet auf die Frage, ob der Tatbestand „öffentliches Interesse“ überhaupt erfüllt ist.⁵⁰⁹ Fällt die Abwägungsentscheidung zugunsten des Bergbauvorhabens aus, so liegen keine entgegenstehenden öffentlichen Interessen vor. Fällt die Abwägungsentscheidung zugunsten der Grundeigentümer und nichtbergbaulichen Interessen aus, so wird das Vorhandensein eines überwiegenden öffentlichen Interesses bejaht. (Zur umfassenden Kritik an dieser Auslegung siehe Kapitel 2 H.).

Eine Gesamtabwägung an sich könnte sich in zwei Hinsichten günstig auf den Ressourcenschutz ausüben. Zum einen werden durch die Gesamtabwägung die frühzeitige und damit effektive Berücksichtigung von Rechten der Grundeigentümer und der negativ vom Bergbau Betroffenen gestärkt, deren Belange auf die Abwägungsseite des Ressourcenschutzes hinzutreten können. Auch aus ressourcenethischer Sicht ist die Berücksichtigung der vom Bergbau negativ Betroffenen eine wichtige Forderung der Verteilungs- und Verfahrensgerechtigkeit (hierzu Kapitel 4 C. I. und Kapitel 6 A. I.).

Zum zweiten könnte mit der Gesamtabwägung ein im Sinne des Ressourcenschutzes zu befürwortender Entscheidungsmaßstab gefunden sein. Es ist jedoch fraglich, ob die konkrete Ausgestaltung der Gesamtabwägung (Einbindung als Tatbestandsmerkmal, gebundene Entscheidung der Verwaltung, fragliche Bindungswirkung gegenüber nachfolgenden Entscheidungen) diese positiven Effekte auch bereithält (hierzu Kapitel 4 B. I. 4.).

⁵⁰⁷ BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C II/05, BVerwGE 126, 205 (209 f., Rn. 19 f.) – Garzweiler.

⁵⁰⁸ Durner, Konflikte räumlicher Planungen, S. 373.

⁵⁰⁹ Hierzu schon kritisch Durner, Konflikte räumlicher Planungen, S. 370. Treffend bezeichnet Durner die Gesamtabwägung daher auch als „tatbestandsimmanente Gesamtabwägung“ (in: Kment, ROG, § 4, Rn. 131).

D. Das Verhältnis zwischen dem Grundeigentümer und dem Bergbaubetreiber

In dem Verhältnis von Grund-/ bzw. Oberflächeneigentümer zu dem Bergbaubetreiber sind zwei Konfliktsituationen zu unterscheiden. Zum einen kann das Bergbauvorhaben erfordern, dass das Grundstück selbst für den Bergbau in Anspruch genommen wird. Die Lösung dieses Konflikts liegt zumeist in der Grundabtretung, d.h. dem vollständigen Entzug des Grund-eigentums. Zum anderen können Bergbauvorhaben Nachbargrundstücken beeinträchtigen.⁵¹⁰ Hier stehen die Regelungen zum Bergschaden im Mittelpunkt.

I. Grundabtretung

Die Entscheidung für ein öffentlich-rechtliches Konzessionssystem, welches eine Trennung von Eigentum an dem Grundstück und dem Eigentum an den bergfreien Bodenschätzen voraussetzt, birgt eine bestimmte Konfliktlage zwischen Bergbauberechtigten und Grundeigentümer in sich und bedarf eines speziellen Konfliktbewältigungssystems. (Natürlich ist immer auch eine vertragliche Einigung der Parteien möglich und in der Praxis auch häufig anzutreffen.⁵¹¹) Das Konfliktbewältigungssystem des BBergG unterscheidet die Grundabtretung (§§ 77 ff. BBergG) von der behördlichen Ersetzung (§ 40 I S. 1 BBergG). Ist das in Rede stehende Vorhaben ein Aufsuchungsbetrieb, so finden die §§ 39 ff. BBergG Anwendung. Wenn es dem Bergbauwilligen um die Gewinnung der Bodenschätze auf einem fremden Grundstück geht, so muss er eine Grundabtretung nach den §§ 77 ff. BBergG anstreben.⁵¹² Mit beiden Verfahren soll gesichert werden, dass der Abbau von Bodenschätzen und damit die Rohstoffversorgung des Marktes nicht allein von der Zustimmung der Grundstückseigentümer abhängig ist.⁵¹³ Durch die Grundabtretung können das Eigentum am Grundstück und die anderen Rechte des § 78 BBergG entzogen, übertragen, geändert

510 Mit Beispielen Ludwig, DVBl. 2016, S. 685.

511 Der Versuch des freihändige Grundstückserwerbs oder eines vertragliches Nutzungsverhältnisses ist zugleich mit § 79 II Nr. 1 a und b BBergG als milderdes Mittel auch Grundabtretungsvoraussetzung.

512 Dapprich und Franke nennen für die in Rede stehenden Vorhaben Beispiele (Leitfaden des Bergrechts, S. 76).

513 Vgl. Dapprich/Franke, Leitfaden des Bergrechts, S. 75.

und belastet werden. Sie ist eine Enteignung⁵¹⁴ und muss zum Wohl der Allgemeinheit erfolgen.

1. Grundabtretungsvoraussetzungen

Die Voraussetzungen der Grundabtretung sind in §§ 77 I und 79 BBergG festgehalten.⁵¹⁵ Als wichtigste Voraussetzungen gelten zum einen, dass die Grundstücksbenutzung notwendig sein muss (§ 77 I, II BBergG) und zum anderen, dass die Grundabtretung dem Wohl der Allgemeinheit (§ 79 I BBergG) dienen muss. Eher als Formalitäten kommen die weiteren Voraussetzungen hinzu, wonach der freihändige Grundstückserwerb bzw. ein ausreichendes vertragliches Nutzungsverhältnis versucht worden sein muss (§ 79 II Nr. 1 a und b BBergG), der Grundabtretungsbegünstigte die zeitnahe Verwendung des Grundstücks glaubhaft macht (§ 79 II Nr. 2 BBergG) und ggf. die Zustimmung einer Landesbehörde (§ 79 III S. 1 BBergG)⁵¹⁶. Als ungeschriebener Tatbestand kommt bei der Enteignung zugunsten Privater hinzu, dass das Enteignungsgesetz Regelungen treffen soll, die auf eine dauerhafte Gemeinwohlsicherung des enteigneten Gutes abzielen.⁵¹⁷

a. Notwendigkeit der Benutzung

§ 77 II BBergG gibt vor, wann eine Grundstücksbenutzung notwendig ist. Dies ist sie insbesondere⁵¹⁸ dann, wenn das Vorhaben erstens, technisch und wirtschaftlich einer sachgemäßen Betriebsplanung und Betriebsführung entspricht und zweitens, wenn sich die Benutzung eines Grundstücks des Unternehmers ausschließt. Der für ein Vorhaben erforderliche Zugriff

514 Kremer/Neuhaus gen. Wever, Bergrecht, Rn. 418. Kaiser schlägt deswegen de lege ferenda die Umbenennung in „Enteignung“ vor (Umweltverträgliches Bergrecht, S. 292).

515 Kremer/Neuhaus gen. Wever, Bergrecht, Rn. 422-432.

516 Hierzu Schulte, der die Vorschrift als inkonsequent und überflüssig geißelt, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 79, Rn. 23.

517 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (290, 294 ff. Rn. 166, 178-181) – Garzweiler.

518 Greinacher verweist darauf, dass der Gesetzgeber den § 77 II BBergG als abschließende Definition des Tatbestandsmerkmals angedacht habe; außerdem wären auch schwerlich andere Aspekte denkbar, die die „Notwendigkeit der Benutzung“ begründen könnten (in: Boldt et al., BBergG, § 77, Rn. 21; dabei Verweis auf BT-Drs. 8/1315, S. 125).

auf ein Grundstück liegt bei dem Abräumen im Tagebau oder bei der notwendigen Errichtung von Betriebsanlagen (Tagesanlagen) auf der Hand. Hier wäre ein Bergbaubetrieb sonst überhaupt nicht möglich.⁵¹⁹ Aber die Notwendigkeit kann auch bei der Benutzung des Grundstücks als Halde, Lagerplatz oder zu Zwecken der Wiedernutzbarmachung gegeben sein.⁵²⁰ In diesen Fällen kann die Grundstücksbenutzung den Betrieb sinnvoll ergänzen, erleichtern, erweitern oder fortführen.⁵²¹ Es geht also damit um die Frage, ob die Durchführung des Bergbauvorhabens den Zugriff auf das Grundstück mit sich bringt und zwar nach ordnungsgemäßer Planung/Ausführung. Aber auch die Frage, inwiefern gerade dieses Grundstück erforderlich sein soll oder ob sich nicht andere Fremdgrundstücke⁵²² anbieten, soll unter diesen Tatbestand gefasst werden.⁵²³

b. Allgemeinwohl

Der Gesetzgeber hat das Allgemeinwohlerfordernis in § 79 I BBergG näher ausgestaltet. Nach § 79 I BBergG ist unter dem Allgemeinwohl „insbesondere“ die Versorgung des Marktes mit Rohstoffen, die Erhaltung der Arbeitsplätze im Bergbau, der Bestand bzw. die Verbesserung der Wirtschaftsstruktur und der sinnvolle und planmäßige Abbau einer Lagerstätte zu verstehen. Außerdem darf der Grundabtretungszweck auf andere zumutbare Weise nicht erreicht werden können. § 79 I BBergG wurde durch das BVerfG in seiner Garzweiler Entscheidung dahingehend verfassungskonform ausgelegt, als das die Aufzählung als abschließend zu verstehen ist und der sinnvolle und planmäßige Abbau der Lagerstätte kein Allgemeinwohlerfordernis sein könne.⁵²⁴ Hierzu führt das BVerfG aus, dass es allein dem parlamentarischen Gesetzgeber gestattet ist, das Allgemeinwohl als Voraus-

519 Schulte, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 77, Rn. 28.

520 BT-Drs. 8/1315, S. 125. Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 77, Rn. 15 (Negative Beispiele unter Rn. 19); Greinacher in: Boldt et al., BBergG, § 77, Rn. 18 f.

521 Schulte, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 77, Rn. 28.

522 Die eigenen Grundstücke sind sowieso die erste Wahl, so nach § 77 II 2. HS BBergG.

523 So wohl Schulte, der die Behörde davon freispricht, alle technischen und wirtschaftlichen Alternativen durchzuprüfen und insofern einen Beurteilungsspielraum des Unternehmers bejaht (in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 77, Rn. 29).

524 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (301, 303 f. (Rn. 196, 200, 203)) – Garzweiler.

setzung einer Enteignung näher auszuformen.⁵²⁵ Darum sind Enteignungs-vorschriften ungültig, die Belange nur beispielhaft auflisten (wie hier durch das „insbesondere“ angedeutet ist⁵²⁶) oder die nur formelhaft den Art. 14 I GG wiederholen.⁵²⁷ Der Tatbestand „sinnvolle[r] und planmäßige[r] Abbau der Lagerstätte“ steht isoliert und fragt nicht danach, für welche Zwecke der geförderte Bodenschatz eingesetzt wird. So komme es nicht darauf an, ob der Rohstoff der Marktversorgung dient oder lediglich privaten Gewinnbe-strebungen.⁵²⁸ Letzteres sei aber von einem Allgemeinwohlerfordernis nicht gedeckt.

Auch die Konkretisierungen des Allgemeinwohlerfordernisses „Erhalt der Arbeitsplätze“ und „Bestand oder die Verbesserung der Wirtschafts-struktur“ stehen in der Kritik.⁵²⁹ Auch das BVerfG hat Zweifel geäußert, ob diese Tatbestände nicht zu allgemein und unspezifisch geraten sind, um den Spielraum der Verwaltung angemessen einzuschränken. Es hat die Frage der Verfassungskonformität beider Tatbestände aber als entschei-dungsunerheblich offengelassen.⁵³⁰ Bei dem Tatbestand der „Versorgung des Marktes mit Rohstoffen“ ist gerichtlich noch nicht geklärt, ob unter dem

-
- 525 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (292 ff. Rn. 171 -177) – Garzweiler; *Kempny*, in: Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Dreier GG, Art. 14, Rn. 136.
- 526 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (302 f. Rn. 198-200) – Garzweiler.
- 527 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (294, 302 (Rn. 177, 198)) – Garzweiler. Siehe auch BVerfG, Urteil v. 10.03.1981 – 1 BvR 92, 96/71, BVerfGE 56, 249 (261 f., 264). Hier führt das BVerfG die Formel an, dass das Gesetz bestimmen solle, „welche Vorhaben unter welchen Voraussetzungen und für welche Zwecke“ eine Enteignung rechtfertigen.
- 528 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (304 f. Rn. 203) – Garzweiler.
- 529 *Kremer/Neuhaus gen. Wever*, Bergrecht, Rn. 420; *Leisner*, DBVl. 1988, S. 560 f.; *Hoppe/Beckmann*, Grundeigentumsschutz, S. 43 f.; *Ziehm* bezeichnet diese Konkre-tisierungen als zu allgemein und unspezifisch (ZUR 2014, S. 459). *Karpen* weist daraufhin, dass die Ausfüllung der wirtschaftspolitischen Rechtsbegriffe nicht Sache der Bergbehörden sei (AÖR 1981, S. 33). Auch das BVerfG hat in der Boxberg-Ent-scheidung Zweifel dahingehend geäußert, ob der vom Gesetzgeber ausgeformte All-gemeinwohltatbestand „Schaffung von Arbeitsplätzen“ hinreichend bestimmt wäre (BVerfG, Urteil v. 24.03.1987 - 1 BvR 1046/85, BVerfGE 74, 264 (287) – Boxberg).
- 530 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (305 Rn. 204) – Garzweiler.

Markt der deutsche, europäische oder weltweite Rohstoffmarkt verstanden werden soll.⁵³¹

c. Verhältnismäßigkeitsprüfung, insbesondere (Enteignungs-)Abwägung

Als weiterer Prüfungspunkt muss eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt werden, denn das Bergbauvorhaben, zu dessen Gunsten enteignet wird, muss an und für sich wünschenswert sein. Diese Verhältnismäßigkeitsprüfung ist ein Kernerfordernis in der Prüfung des Tatbestands „Allgemeinwohl“ und sie umfasst eine doppelte Erforderlichkeitsprüfung und eine doppelte Angemessenheitsprüfung (näher hierzu Kapitel 4 B. II. 3. a.).⁵³² Im Rahmen dieser Angemessenheitsprüfung und der Frage, ob die mit dem Bergbau einhergehenden Beeinträchtigungen von öffentlichen und privaten Interessen durch die Gewichtigkeit des mit dem Vorhaben verfolgten Allgemeinwohls vereinbar sind, hat eine Abwägung stattzufinden.⁵³³ Diese Abwägung wird nachfolgend als Enteignungsabwägung bezeichnet. Diese Enteignungsabwägung stellt den für das Vorhaben sprechenden Allgemeinwohlbelangen alle beeinträchtigen öffentlichen und privaten Interessen gegenüber.⁵³⁴

2. Besonderheit: Enteignung zugunsten Privater

Die Grundabtretung erfolgt für ein privates Bergbauunternehmen und ist damit eine Enteignung zugunsten Privater. Eine solche ist nur dann zulässig, wenn gesichert ist, dass die Enteignung tatsächlich zum Wohl der

531 Ausführlich *Frenz*, der eine internationale Perspektive vertritt: UPR 2017, S.175. Auch *Ziehm* stellt die Frage im Rahmen der Allgemeinwohlbestimmung zur Rechtfertigung der Enteignung (§ 79 I BBergG), um welche Märkte es bei der Versorgung gehe (ZUR 2014, 459). Siehe auch *Sanden/Schomerus/Schulze*, die primär den inländischen Bedarf beachtet wissen wollen und nur sekundär den ausländischen Bedarf (Regelungskonzept für ein Ressourcenschutzrecht, S. 515).

532 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 27, Rn. 59; *Kempny*, in: Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Dreier GG, Art. 14, Rn. 173; *Jarass*, DVBl. 2006, S. 1333.

533 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, I BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (290, 298 f. (Rn. 166, 188)) – Garzweiler.

534 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, I BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (298 f. Rn. 188) – Garzweiler.

Allgemeinheit erfolgt und sich nicht nur als privatnützige erweist.⁵³⁵ Zur Sicherung des Allgemeinwohls müssen daher besonders hohe Anforderungen an die gesetzliche Klarheit und Bestimmtheit der Enteignungsregeln gelegt werden. Es müssen Vorkehrungen getroffen werden, die dauerhaft die Gemeinwohlnutzung des zu enteignenden Gutes sichern und es hat eine besonders sorgfältige Prüfung zu erfolgen, ob ein schwerwiegendes, spezifisches öffentliches Interesse vorliegt.⁵³⁶ Für die Enteignung, die dem Zweck der Versorgung des Marktes mit Rohstoffen dient, hat das BVerfG festgestellt, dass der Enteignungszweck schon regelmäßig durch die Geschäftstätigkeit des Unternehmers, die gerade darauf angelegt ist die Rohstoffe zu veräußern, erreicht wird und daher keine weiteren Vorkehrungen zu treffen sind.⁵³⁷

II. Nachbarschaftsrecht/Bergschadensrecht

Die (unterirdischen) Aktivitäten des Bergbaus können in der Nachbarschaft Gefahren herbeiführen und Schäden verursachen, die sog. Bergschäden nach § 114 I BBergG. Es kann konkret zu Erdbebenen, Zerrungen, Pressungen, Erdrutschen⁵³⁸, seismologisch induzierten Ereignissen⁵³⁹ kommen.⁵⁴⁰ Dies kann Menschen töten, an Körper oder Gesundheit verletzen oder Sachen, insbesondere Gebäude beschädigen.

535 Kempny, in: Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Dreier GG, Art. 14, Rn. 147; Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 27, Rn. 61.

536 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (294 ff. Rn. 178-181) – Garzweiler.

537 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (306 f. Rn. 206-209) – Garzweiler.

538 Eindrücklich hierfür das Beispiel des Erdrutsches von Nachterstedt (Sachsen-Anhalt) vom 18.07.2009, durch welchen drei Doppelhaushälften in den Baggersee abrutschten und infolgedessen drei Menschen starben und mehr als 40 Menschen umgesiedelt werden mussten (hiervon berichtet Axel Bojanowski, Erdrutsch von Nachterstedt - Geheimnisvolles Grollen vor dem Grauen, in Spiegel Online vom 18. Juli 2010; im Internet abrufbar unter: <<http://www.spiegel.de/wissenschaft/natur/erdrutsch-von-nachterstedt-geheimnisvolles-grollen-vor-dem-grauen-a-706782.html>> (zuletzt abgerufen Januar 2024).

539 Hierzu ein Beispiel aus dem Saarland, in dem der Abbau von Kohle ein Erdbeben mit der Stärke 4,0 auslöste (Spiegel online Artikel vom 24.02.2008; im Internet abrufbar unter: <<http://www.spiegel.de/panorama/saarland-kohleabbau-loest-erdbeben-mit-staerke-4-0-aus-a-537345.html>> (zuletzt abgerufen Januar 2024)).

540 Kremer/Neuhaus gen. Wever, Bergrecht, Rn. 462.

D. Das Verhältnis zwischen dem Grundeigentümer und dem Bergbaubetreiber

Die Bergschadensregelungen sind in die vorrangigen Präventionsmaßnahmen und die ausgleichenden Schadensersatzansprüche zu unterteilen. Sie sind privatrechtlich ausgestaltet.⁵⁴¹

1. Präventionsmaßnahmen

Mit den Instrumenten Anpassungspflicht (§ 110 BBergG), Sicherungsmaßnahmen (§ 111 BBergG) und der Bauwarnung (§ 113 BBergG) sollen bei der Errichtung, Erweiterung oder wesentlichen Änderung von baulichen Anlagen diese vor Schäden durch den Bergbau bewahrt werden. Diese Präventionsmaßnahmen sind als feines Netz von gegenseitigen Pflichten oder Obliegenheiten von Unternehmer und Bauherr ausgestaltet.

2. Bergschadensersatzanspruch

Als letztes Mittel, um die Konflikte des "vertikalen Nachbarschaftsverhältnisses"⁵⁴² von Grundeigentümer und Unternehmer zum Zweck der Wiedergutmachung zu lösen, stellt das BBergG mit den §§ 114 i.V.m. 115 I bzw. 116 I BBergG Schadensersatzansprüche zur Verfügung.⁵⁴³ Der § 120 BBergG, welcher eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität von bergbaulicher Aktivität und Schaden vorsieht, soll insofern zur "Waffengleichheit"⁵⁴⁴ der Parteien beitragen. So hat der Bergbaubetreiber sowohl den Einblick in die betrieblichen Aktivitäten als auch das größere bergrechtliche Fachwissen.⁵⁴⁵ Diese Beweislastumkehr gilt aber nicht uneingeschränkt,⁵⁴⁶ sondern soll sich lediglich auf typische Erscheinungsformen des untertägigen⁵⁴⁷ Abbaus erstrecken.⁵⁴⁸ Explizit ausgenommen sind weiterhin die Fälle des § 120 I S. 2 BBergG.

541 Den Meinungsstreit wiedergebend *Karpen*, AÖR 1981, S. 31, 35 f.

542 *Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 251.

543 *Dapprich/Franke*, Leitfaden des Bergrechts, S. 80.

544 *Kremer/Neuhaus gen. Wever*, Bergrecht, Rn. 484.

545 BT-Drs. 8/1315, S. 144 = Zydek, Materialien BBergG, S. 446.

546 Kritisch hierzu: *Kremer/Neuhaus gen. Wever*, Bergrecht, Rn. 488.

547 Eine Beweislastumkehr auch bei der bergbaulichen Aktivität am Tagebau wurde abgelehnt, weil hier keine typisierenden Schäden aufgestellt werden können (BT-Drs. 8/3965, S. 143 = Zydek, Materialien BBergG, S. 449).

548 BT-Drs. 8/3965, S. 143 = Zydek, Materialien BBergG, S. 448; BT-Drs. 8/1315, S. 144 = Zydek, Materialien BBergG, S. 446.

E. Bergrechtliche Verfahrensabläufe

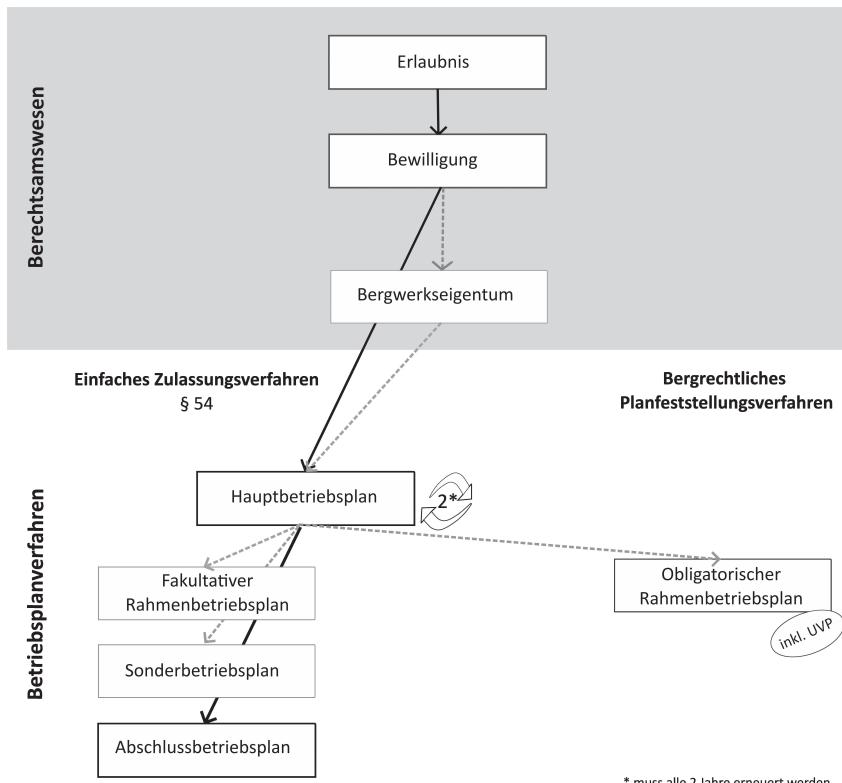


Abbildung 9: Bergrechtliche Verfahren (eigene Erstellung)

Die bergrechtlichen Verfahren, die zum Betrieb eines Bergbauvorhabens führen, lassen sich in drei Stufen unterteilen. In der ersten Stufe – und nur sofern es sich um bergfreie Bodenschätze handelt – läuft das Verfahren zur Erlangung der Bergbauberechtigung ab (I.). In der zweiten Verfahrensstufe geht es darum die notwendigen Betriebspläne zu erlangen, mindestens jedoch den Hauptbetriebsplan, der den Bergbau gestattet (II.).⁵⁴⁹ Zuletzt kann sich ein Grundabtretungsverfahren anschließen, falls eine Enteignung für das Vorhaben erforderlich ist und eine vertragliche Einigung mit den

549 Auf den Ausnahmefall, dass von einem Betriebsplan abgesehen werden kann (§ 51 II, III BBergG), sei hier noch einmal verwiesen.

Grundeigentümern nicht erzielt werden konnte. Das Grundabtretungsverfahren ist als förmliches Verwaltungsverfahren nach §§ 105 BBergG i.V.m. 63 ff. VwVfG durchzuführen.

I. Erteilung der Bergbauberechtigung

Die Bergbauberechtigungen sind mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakte.⁵⁵⁰ Allein ein Antrag gem. § 10 BBergG vermag das Verfahren in Gang zu setzen. Inhaltlich muss sich der Antrag dabei auf die §§ 11-13 BBergG beziehen.⁵⁵¹ Behörden, welche das öffentliche Interesse nach § 11 Nr. 10 BBergG wahren, haben nach § 15 BBergG die Gelegenheit zur Stellungnahme zu erhalten. Damit sollen die zur Interessenabwägung nach § 11 Nr. 10 BBergG notwendigen Informationen beschafft werden.⁵⁵² Die anzuhörenden Behörden sind damit Anhörungsberechtigte gem. § 13 III VwVfG.⁵⁵³ Hierunter können beispielsweise Geologische Landesämter oder auch Naturschutzmärkte fallen.⁵⁵⁴ Die jeweiligen Gemeinden sind hinsichtlich ihrer städtebaulichen Belange zu beteiligen.⁵⁵⁵ Die Grundeigentümer oder sonstige Dritte (wie die anerkannten Naturschutzverbände) sind nach überwiegender Ansicht nicht zu beteiligen. Diese Ansicht stützt sich auf die Begründung, dass § 15 BBergG eine abschließende Regelung darstellt, welche ein Rückgriff auf § 13 VwVfG verwehren soll.⁵⁵⁶ Eine Öffentlichkeitsbeteiligung

550 Karpen, AÖR 1981, S. 19.

551 Vitzthum/Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 10 Rn. 2 (eine Auflistung findet sich in Rn. 4 f.); Vgl. LBGR, Merkblätter zu Anträgen nach §§ 7, 8 BBergG.

552 BT-Drs. 8/1315, S. 87. Das OVG Sachsen-Anhalt scheint davon auszugehen, dass die fehlende Behördenbeteiligung die Bergbauberechtigung (vorliegend eine Bewilligung) rechtswidrig mache (Urteil v. 21.II.2003 - 2 K 341/00, BeckRS 2003, 18294, Rn. 68, 70).

553 Vitzthum/Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 15 Rn. 2.

554 Kremer/Neuhaus gen. Wever, Bergrecht, Rn. II2; Vitzthum/Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 15 Rn. 3.

555 BVerwG, Beschluss v. 15.10.1998, 4 B 94/98 = NVwZ 1999, S. 876. Das BVerwG lehnt aber zugleich eine Klageberechtigung nach § 42 II VwGO wegen Nichtbeachtung der Beteiligung ab (2. Leitsatz, NVwZ 1999, S. 877). Frenz bezeichnet die Beteiligung der Gemeinden als sehr eingeschränkt und freiwillig (DVBl. 2016, S. 681f.).

556 Kremer/Neuhaus gen. Wever, Bergrecht, Rn. II2.

findet nicht statt.⁵⁵⁷ Im Übrigen wird das Verfahren als nichtförmliches Verwaltungsverfahren geführt.⁵⁵⁸

II. Betriebsplanzulassung

Zu dem Erlass von Betriebsplänen stellt das BBergG ein Zulassungsverfahren eigener Art⁵⁵⁹ und ein bergrechtliches Planfeststellungsverfahren zur Verfügung. Welches Verfahren anzuwenden ist, ist von der Betriebsplanart abhängig. Nur der obligatorische Rahmenbetriebsplan durchläuft das bergrechtliche Planfeststellungsverfahren; alle anderen Pläne greifen auf das Zulassungsverfahren eigener Art des § 54 BBergG zurück (vgl. Abbildung 9).

1. Einfaches Zulassungsverfahren nach § 54 BBergG

Dem Unternehmer obliegt die Aufstellung der Pläne (§ 51 I S. 1 BBergG), welche er bei der zuständigen Behörde (frühzeitig)⁵⁶⁰ einreicht (§ 54 I BBergG). Die Behörden mit tangiertem Aufgabenbereich sind nach § 54 II S. 1 BBergG zu beteiligen. Zu beteiligende Behörden sind dabei beispielsweise die Gemeinden, soweit der Betriebsplan planerische Belange berührt,⁵⁶¹ die für die Raumplanung zuständigen Landesbehörden und die Wasserbehörden.⁵⁶² Ein Einvernehmen ist nicht erforderlich, weil ne-

557 Beckmann, in: Frenz, Öffentlichkeitsbeteiligung und Bergrecht, S. 14. Beckmann wirft dabei die Frage auf, ob eine Öffentlichkeitsbeteiligung für bestimmte Vorhaben, wie das Fracking oder die Erdwärme sinnvoll wäre (S. 24 f.).

558 Vitzthum/Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 10 Rn. 1.

559 In der Regierungsbegründung auch als „bergrechtliches Rechtsinstitut eigener Art“ bezeichnet (BT-Drs. II/4015, S.7).

560 Der Antrag muss – die Dauer eines ordnungsgemäßen Verfahrensganges beachtend – rechtzeitig vor Beginn der Arbeiten eingereicht werden (Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 54 Rn. 1).

561 Kremer/Neuhaus gen. Wever, Bergrecht, Rn. 263. Ausführlich zur Beteiligung der Gemeinden allgemein: Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 54 Rn. 29 ff. Offengelassen, ob eine Beteiligung im Rahmen des § 54 II S. 1 BBergG entfällt, wenn eine Beteiligung im vorangegangenen Planfeststellungsverfahren erfolgt ist: OVG Bautzen, Urteil v. 17.08.2018, 1 A 320/17, BeckRS 2018, 37972, Rn. 74.

562 Mit weiteren Beispielen: Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 54 Rn. 12.

benher laufende Verfahren das Betriebsplanverfahren ergänzen sollen.⁵⁶³ Hier genügt die Mitteilung des eingereichten Betriebsplans, die Entgegnahme durch die zu beteiligende Behörde, ihre Prüfung und ggf. eine Erörterung.⁵⁶⁴ Die gewonnenen Informationen sind sodann in das Verfahren einzubeziehen.

Zulassungsverfahren, § 54

Bergrechtliches Planfeststellungsverfahren

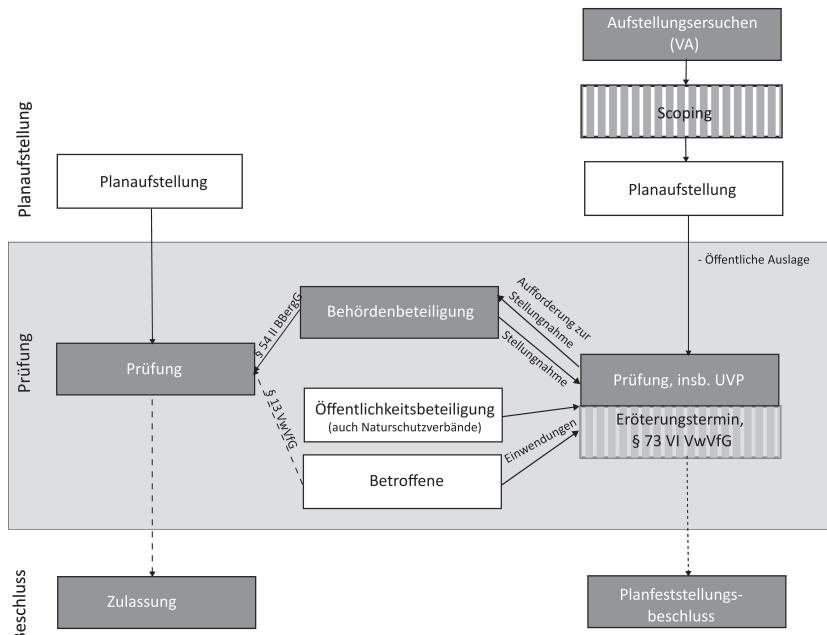


Abbildung 10: Betriebsplanverfahren im Vergleich (eigene Erstellung)

Im Übrigen sind nach § 5 BBergG auf die allgemeinen Verfahrensvorschriften der Länder/des Bundes zurückzugreifen.⁵⁶⁵ So auch in der Frage nach der Beteiligung betroffener Dritter, wie die anerkannten Naturschutzver-

563 Vgl. Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 54 Rn. 15; Kremer/Neuhäusgen. Wever, Bergrecht, Rn. 284.

564 Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 54 Rn. 14 ff.; Kremer/Neuhäusgen. Wever, Bergrecht, Rn. 260.

565 Vgl. Vitzthum/Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 5 Rn. 3.

bände oder die Grundeigentümer.⁵⁶⁶ Diese sind nach Rückgriff auf § 13 I Nr. 4, II VwVfG bzw. auf entsprechende Landesnormen in das Verfahren einzubeziehen.⁵⁶⁷ Eine Umweltverträglichkeitsprüfung findet nicht statt.⁵⁶⁸

2. Bergrechtliches Planfeststellungsverfahren

Ein obligatorischer Rahmenbetriebsplan ist in einem bergrechtlichen Planfeststellungsverfahren gem. §§ 52 IIa, 57a, 57b BBergG zu prüfen. Der Rahmenbetriebsplan ist nur dann obligatorisch, wenn für das in Rede stehende Vorhaben eine Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) zu absolvieren ist. Insofern treten der obligatorische Rahmenbetriebsplan, das bergrechtliche Planfeststellungsverfahren und die UVP nur gebündelt auf. Mit der einzigen umweltrechtlich relevanten Gesetzesänderung⁵⁶⁹ sollte hauptsächlich ein Verfahren mit Konzentrationswirkung eingeführt werden, um sämtliche Belange des Vorhabens zu berücksichtigen und die Öffentlichkeit zu beteiligen.⁵⁷⁰ Dies zum Anlass nehmend, sollte zugleich die UVP-Richtlinie⁵⁷¹ umgesetzt werden.⁵⁷²

Die UVP ist Verfahrensrecht. Sie garantiert die frühzeitige Berücksichtigung von Umweltauswirkungen in Behördenentscheidungen über Projektzulassung, die potenziell erhebliche Umweltauswirkungen haben können.⁵⁷³ Dabei gewährleistet die UVP ein Mindestmaß an Öffentlichkeitsbeteiligung.⁵⁷⁴ Die UVP-RL wurde in Deutschland uneinheitlich umgesetzt. Neben dem zentralen UVPG werden bestimmte Vorhaben sondergesetzlich geregelt, so auch die bergbaulichen Vorhaben. Diese Sondergesetzgebung

566 Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 54 Rn. 107 f.

567 Früher war strittig, ob § 52 II BBergG eine abschließende Regelung darstellt und damit ein Rückgriff verwehrt ist (*Kremer/Neuhäus gen. Wever*, Bergrecht, Rn. 260). Nun: Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 54 Rn. 104 ff.

568 Ausführungen bezogen auf den Hauptbetriebsplan siehe OVG Bautzen, Urteil v. 17.08.2018 - 1 A 320/17, BeckRS 2018, 37972, Rn. 65.

569 Gesetz zur Änderung des Bundesberggesetzes vom 12.02.1990 (BGBl. I 1990 Nr. 6, S. 215).

570 So in der Gesetzesbegründung der Bundesregierung (BT-Drs. 11/4015, S. 7 f.).

571 Europäische Richtlinie über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, 85/337/EWG vom 27.7.1985, ABl. Nr. L 175/40; (Nun erneut erlassen: RL 2011/92/EU vom 13.12.2011).

572 Andere gehen davon aus, dass die Pflicht zur Einführung der UVP den Anstoß gegeben hat (*Gaenzsch*, in: FS Sendler, S. 404).

573 Vgl. Erwägungsgründe 2, 7 der UVP-Richtlinie 2011/92/EU, S. 1.

574 Erwägungsgründe 16 f., UVP-Richtlinie 2011/92/EU, S. 2.

wurde einerseits als der dynamischen Betriebsweise gerecht werdende Umsetzung⁵⁷⁵ andererseits als vorwiegend auf Tradition und Einfluss der bergbaulichen Interessenvertretung zurückgehend⁵⁷⁶ bewertet. Jedenfalls schließt sich hieran eine Vielzahl an Anwendungsfragen an, die auch nicht mit den 2017 erfolgten Gesetzesänderungen (Gesetz zur Modernisierung des Rechts der UVP⁵⁷⁷) restlos beseitigt werden konnten. Grundsätzlich stellt sich weiterhin die Frage, ob der obligatorische Rahmenbetriebsplan überhaupt dazu fähig ist, die UVP europarechtskonform aufzunehmen. Hiergegen spricht der fehlende planerische Gestaltungsspielraum der Behörden.⁵⁷⁸ Auch werden die möglicherweise fehlenden Detailkenntnisse über die Umweltauswirkungen eines Bergbauvorhabens zum Zeitpunkt der Erteilung des Rahmenbetriebsplans kritisiert.⁵⁷⁹

a. Anwendbare Vorschriften

Es überschneiden sich vier Rechtsquellen: das BBergG, die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder und das UVPG mit seiner Anlage 1, sowie die aufgrund von § 57c BBergG erlassene Rechtsverordnung UVP-V Bergbau. Das Zusammenspiel der Normen ist unübersichtlich ausgestaltet.⁵⁸⁰ Zu unterscheiden sind die Vorschriften, die die UVP-Pflichtigkeit anordnen und die Vorschriften, die das Vorgehen der UVP bestimmen.

Die UVP-Pflichtigkeit von Vorhaben könnte sich eigentlich aus § 1 I Nr. 1 UVPG mit Anhang 1 Nr. 1 „Wärmeerzeugung, Bergbau und Energie“ ergeben, jedoch schließt Nr. 15.1 des Anhang 1 des UVPG⁵⁸¹ dies aus und verweist diesbezüglich auf die UVP-V Bergbau. Die UVP-Pflichtigkeit könnte

575 Kühne, UPR 1989, S. 327, 329. Vergleiche auch Salewski zu grundlegenden Überlegungen zur Vereinbarkeit von einer UVP mit den Anforderungen des Bergbaus (Die Möglichkeiten markscheiderischer Aussagen, S. 7, 19, 25 f.).

576 Steinberg, DVBl. 1988, 995 f.

577 BGBl. I vom 28.07.2017, S. 2808.

578 Rasel, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 340 f., 327 ff.; BMU, UGB-KomE, S. 1008.

579 Beckmann, in: Frenz (Hrsg.), BBergG, § 57a, Rn. 6; ders. in: Hoppe/Beckmann/Kment, UVPG, § 51, Rn. 11 f.; Kaiser, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 278 ff.

580 So auch Zeissler, in Schink/Reidt/Mitschang, UVPG, § 51, Rn. 6.

581 Diese Katalognummer lautet: „bergbauliche Vorhaben, einschließlich der zu ihrer Durchführung erforderlichen betriebsplanpflichtigen Maßnahmen dieser Anlage, nur nach Maßgabe der aufgrund des § 57c Nummer 1 des Bundesberggesetzes erlassenen Rechtsverordnung.“

sich folglich über § 1 Nr. 1 UVPG, Nr. 15.1 des Anhang 1 des UVPG i.V.m. der UVP-V Bergbau oder über § 52 IIa S. 1 BBergG ergeben, der auf die UVP-V Bergbau i.V.m. § 4-14 UVPG verweist. Für die UVP-Pflichtigkeit kommt es damit maßgeblich auf die UVP-V Bergbau an.⁵⁸²

Verkompliziert wird die Rechtslage noch dadurch, dass § 1 Nr. 9 UVP-V Bergbau⁵⁸³ als Auffangtatbestand in den Anhang 1 des UVPG zurückverweist (und insofern die Regelung der Nr. 15.1 abschwächt).⁵⁸⁴

Hinsichtlich der gesetzlichen Vorgaben für die Durchführung der UVP waren vor der Gesetzesänderung von 2017 vor allem die bergrechtlichen Vorschriften nach den §§ 57a, 57b BBergG maßgeblich.⁵⁸⁵ Dies sieht § 51 S. 1 UVPG (die Nachfolgeregelung des § 18 UVPG a. F.) auch weiterhin vor, sofern es sich um ein Vorhaben nach Anlage 1 des UVPG handelt und dieses Vorhaben auch dem Bergrecht unterliegt. Der § 51 S. 2 UVPG stellt nun ausdrücklich die Anwendbarkeit der §§ 15-32 UVPG in die Entscheidung des BBergG. Der § 57a I S. 3 BBergG (neu eingefügt) macht von dieser Möglichkeit Gebrauch und erklärt die §§ 15-27 UVPG und § 31 UVPG im Rahmen der bergbaulichen UVP für anwendbar.

Ein Rückgriff auf die §§ 72-78 VwVfG misst sich an § 5 BBergG und ist gestattet, wenn das BBergG keine eigenständigen Regelungen vorsieht,⁵⁸⁶ dies betrifft v.a. die Vorschriften zum Anhörungsverfahren (§ 73 VwVfG). Im Übrigen weicht das bergrechtliche in großem Umfang vom klassischen Planfeststellungsverfahren ab.⁵⁸⁷

582 BT-Drs. 18/11499, S. 101; Beckmann, in: Frenz (Hrsg.), BBergG, § 57a, Rn. 10 f.; Kaiser, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 162 f.; Dammert/Brückner, ZUR 2023, S. 31 f.

583 Hiernach sind „sonstige betriebspflichtige Vorhaben einschließlich der zur Durchführung bergbaulicher Vorhaben erforderlichen betriebspflichtigen Maßnahmen, soweit diese Vorhaben oder Maßnahmen als solche nach Maßgabe der Anlage 1 (Liste „UVP-pflichtige Vorhaben“) zum Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung der Umweltverträglichkeitsprüfung bedürfen und ihrer Art oder Gruppe nach nicht unter die Nummern 1 bis 8 fallen“ UVP-pflichtig.

584 Beckmann, in: Frenz (Hrsg.), BBergG, § 57a, Rn. 9; Kaiser, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 163 f.

585 Zur vorhergehenden Rechtslage siehe v. Weschpfennig, EurUP 2016, S. 182 ff.; Bohne, ZfB 1989, S. 104.

586 Keienburg, Öffentlichkeitsbeteiligung im Bergrecht, S. 134 f.

587 Gaentzsch, in: Wandel und Beharren im Bergrecht, S. 10.

b. Verfahrensablauf

Der Verfahrensgang wird durch die Behörde eingeleitet, welche vom Unternehmer die Aufstellung eines Rahmenbetriebsplans verlangen muss, gem. § 52 IIa S. 1 BBergG (siehe auch). Dies ist ein gebundener Verwaltungsakt.⁵⁸⁸ Hieran kann sich das sog. Scoping anschließen.⁵⁸⁹ Bei diesem nicht obligatorischen Verfahrensbestandteil der UVP soll die zuständige Behörde den Bergbauinteressenten über den Untersuchungsrahmen der UVP unterrichten oder beraten (gem. § 57a I S. 3 BBergG i.V.m. § 15 UVPG).

Der vom Unternehmer aufgestellte Plan muss den inhaltlichen Anforderungen des § 57a II S. 1 BBergG genügen. Der Plan soll eine Gesamtbeurteilung des Vorhabens auch im Hinblick auf andere fachgesetzliche Voraussetzungen und die Umweltbelange ermöglichen.⁵⁹⁰ Hierzu kann er von seinem Anspruch auf behördliche Informationsherausgabe (§ 57a III S. 1 BBergG) Gebrauch machen. Der Rahmenbetriebsplan muss gem. § 57a II S. 2 BBergG i.V.m. § 16 UVPG einen UVP-Bericht und gem. § 57a II S. 3 BBergG einen zur Auslegung geeigneten Plan enthalten.

Hieran schließt sich das Beteiligungsverfahren an. Dies umfasst die Einholung der behördlichen Stellungnahme durch die Planungsbehörde sowie die Beteiligung der Öffentlichkeit. Die umweltbezogene behördliche Beteiligung richtet sich nach § 57a I S. 3 BBergG i.V.m. § 17 UVPG. Andere Behörden sind gem. § 5 BBergG i.V.m. § 73 II, IIIa VwVfG zu beteiligen. Die Öffentlichkeitsbeteiligung richtet sich nach § 57a I S. 3 BBergG i.V.m. §§ 18 -21 UVPG, sowie durch den Verweis des § 18 S. 4 UVPG nach § 73 III S. 1 und V-VII VwVfG. Die Öffentlichkeitsbeteiligung wird durch die Bekanntmachung der Planauslegung eingeleitet (§ 73 V VwVfG), hierbei ist auf die Unterrichtung nach § 19 UVPG zu achten. Der Plan (gem. § 73 III VwVfG) und der UVP-Bericht sowie weiterer entscheidungserhebliche Berichte und Empfehlungen (nach § 19 II UVPG) sind zur Einsicht auszulegen. Der § 20 UVPG enthält dabei eine beteiligungsfreundliche Neuerung, wonach sowohl die Bekanntmachung der Auslegung als auch die Auslegung des Plans selbst über zentrale Internetportale zu erfolgen hat.

Die Öffentlichkeitsbeteiligung wird durch den Erörterungstermin (VI, VII) abgeschlossen. In diesem werden nur die innerhalb der Einwendungs-

588 Beckmann, in: Frenz (Hrsg.), BBergG, § 57a, Rn. 25; Rasel, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 319.

589 Reidt/Augustin, in Schink/Reidt/Mitschang, UVPG, § 15, Rn. 1.

590 Rasel, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 323.

frist abgegebenen Stellungnahmen erörtert (formelle Präklusion). § 73 IV S. 3 VwVfG sieht darüber hinaus eine materielle Präklusion vor, wonach auch alle nicht innerhalb der Zwei-Wochen-Frist vorgebrachten Einwendungen von der gerichtlichen Überprüfung ausgeschlossen sein sollen. Diese materielle Präklusion verstößt aber nach Rechtsprechung des EuGH gegen Unionsrecht (Art. 11 UVP-RL und Art. 25 Industriemissionen-RL) und ist daher in Fällen, die das Unionsrecht betreffen nicht anzuwenden.⁵⁹¹ Dies sieht nun ausdrücklich § 7 IV UmwRG n.F. vor.

Die Behörde hat weiterhin eine zusammenfassende Darstellung gem. § 57a I S. 3 BBergG i.V.m. § 24 UVPG zu erarbeiten.⁵⁹² Auf Grundlage dieser zusammenfassenden Darstellung hat die Behörde die Umweltauswirkungen des Vorhabens gem. § 57a I S. 3 BBergG i.V.m. § 25 I UVPG begründet zu bewerten und diese Bewertung gem. § 57a I S. 3 BBergG i.V.m. § 25 II UVPG im Rahmen der Zulassungsentscheidung zu berücksichtigen, wobei hierdurch keine materiell-rechtlichen Vorgaben für die Zulassungsentscheidung hinzukommen.⁵⁹³ Die Berücksichtigung der Bewertung der Umweltauswirkungen hat im Rahmen der Subsumption unter den Zulassungsvoraussetzungen des § 55 I und § 48 II BBergG zu erfolgen.⁵⁹⁴ Hierzu trifft § 52 IIa S. 3 eine Klarstellung.

Die gestattende Entscheidung ist der Planfeststellungsbeschluss. Bei der Entscheidung über den Betriebsplan wird der Behörde, entgegen der Charakteristik des Planfeststellungsbeschlusses des § 74 VwVfG, keine planerische Gestaltungsfreiheit zuerkannt, sondern nur die Entscheidung zwischen „Ja oder Nein“⁵⁹⁵. Dem Rahmenbetriebsplan als Planfeststellung kommt durch §§ 72, 75 I VwVfG insofern Konzentrationswirkung zu, als das alle von dem Vorhaben berührten öffentlichen Belange (horizontale Konzentration) in einem Verfahren vor der Bergbehörde (verfahrensrechtliche Konzentration) beachtet werden sollen.⁵⁹⁶ Durch den Rahmenbetriebsplan werden aber nicht die übrigen Betriebspäne obsolet; hierauf erstreckt sich die Konzentrationswirkung nicht (sog. vertikale Konzentra-

591 EuGH, Urteil v. 15.10.2015 – Rs. C-137/14, ZUR 2016, S. 33 (S. 39 f., Rn. 75 ff.); hierzu Wysk, in: Kopp/Ramsauer, § 73 VwVfG, Rn. 62 b f.

592 Hierzu Beckmann, in: Hoppe/Beckmann/Kment, UVPG, § 51, Rn. 69 ff.

593 Beckmann, in: Hoppe/Beckmann/Kment, UVPG, § 51, Rn. 78.

594 Beckmann, in: Hoppe/Beckmann/Kment, UVPG, § 51, Rn. 83.

595 Hoppe, in: Hüffer (Hrsg.), Oberflächeneigentum und Bergbau, S. 38 f.; siehe auch Rasel, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 324 ff. (327 f.).

596 Gaenzsch, in FS Sendler, S. 414; Kühne, DVBl. 2006, S. 665.

F. Wann wird über die Frage entschieden, ob der Bergbau betrieben werden soll?

tion).⁵⁹⁷ Jedoch entfaltet der Rahmenbetriebsplan auch Bindungswirkung gegenüber den anderen Plänen. So enthält der Rahmenbetriebsplan eine positive Grundentscheidung zur Zulassungsfähigkeit des Vorhabens⁵⁹⁸ und zur Übereinstimmung des Vorhabens mit umweltrechtlichen Vorschriften.⁵⁹⁹ Hinsichtlich der unanfechtbar gewordenen Planfeststellungen sind die Ansprüche Dritter auf Unterlassung des Vorhabens, auf Beseitigung oder Änderung der Anlage nach § 75 II S. 1 VwVfG ausgeschlossen. Dieser Ausschluss von Abwehransprüchen wirkt auch noch (vertikal) durch den § 57a V BBergG in der Aufstellung der anderen Betriebsplanarten nach.⁶⁰⁰

F. Wann wird letztverbindlich über die Frage entschieden, ob der Bergbau betrieben werden soll oder nicht?

Für die ressourcenethische Bewertung und auch für die klare Abgrenzung der Verfahrensstufen und ihrer Rechtswirkung ist die Frage entscheidend, auf welcher Verfahrensstufe sich die Bergbehörde endgültig für oder gegen den Bergbau festlegen muss. Als mögliche Verfahrensstufen, die eine Festlegung über das Gesamtvorhaben enthalten können, kommen grundsätzlich die Zulassung des Hauptbetriebsplans, die Zulassung des Rahmenbetriebsplans, die Erteilung der Bergbauberechtigung und die Grundabtretung infrage.

597 Gaentzsch stellt insofern eine vertikale Konzentrationswirkung fest, als dass durch die Erfordernisse der UVP der obligatorische Rahmenbetriebsplan zumindest die umweltrechtliche Übereinstimmung des Vorhabens umfassend und abschließend festzustellen hat in dem vollen materiellen Entscheidungsprogramm der Umweltgesetze. Außerdem enthält der § 57a V BBergG eine Bindungswirkung des obligatorischen Rahmenbetriebsplans für nachfolgende Betriebspläne (Gaentzsch, in: FS Sendler, S. 415 f; ders., in: Kühne/Gaentzsch (Hrsg.), Wandel und Beharren im BBergG, S. 38; Kühne, DVBl. 2006, S. 665).

598 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, I BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (334 Rn. 276) – Garzweiler.

599 Gaentzsch, in: FS Sendler, S. 415.

600 Gaentzsch, in: FS Sendler, S. 416; Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 57a Rn. 45.

Kapitel 2: Grundelemente und Entwicklung des Bergrechts

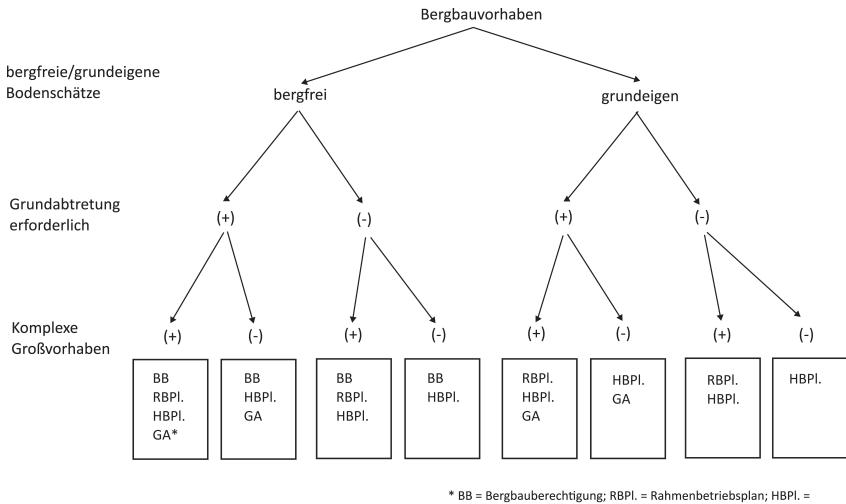


Abbildung 11: Mögliche Letztentscheidungen in unterschiedlichen Vorhaben (eigene Erstellung)⁶⁰¹

Hierbei muss zwischen verschiedenen Bergbauvorhaben differenziert werden (Abbildung 11). Zunächst liegt ein rechtlicher Unterschied in der Behandlung des Vorhabens darin, ob überhaupt ein Grundabtretungsverfahren zum Zwecke der Enteignung durchgeführt werden muss oder nicht. Dann kommt es darauf an, ob es sich um Vorhaben handelt, in denen ein Rahmenbetriebsplan durchzuführen ist oder ob im Rahmen der Betriebsplanzulassung eine Gesamtabwägung durchzuführen ist oder ob es sich bei dem Vorhaben um komplexe Großvorhaben⁶⁰² handelt. Unklar ist, ob dies Kriterien sind, die jeweils rechtlich anders zu bewerten sind.

601 Hinweis: Zur Vereinfachung werden nur die komplexen Großvorhaben angegeben, nicht auch noch die Frage nach der Durchführung des Rahmenbetriebsplans oder die Frage nach der Durchführung einer Gesamtabwägung innerhalb anderer Betriebspläne.

602 Der § 48 II S.1 BBG, welchem die Gesamtabwägung entnommen wird, ist auch eine Zulassungsvoraussetzung für die anderen Betriebspläne. Von der Gesetzesstruktur ausgehend könnte die Gesamtabwägung auch als Zulassungsvoraussetzung für die anderen Betriebspläne durchzuführen sein. Diese Frage kann für die Vorhaben relevant werden, für die kein Rahmenbetriebsplan aufgestellt wird. Diese Rechtsfrage ist offen. Das BVerwG spricht in seiner Herleitung der (Gesamt-)Abwägung im Rahmen des § 48 II S.1 BBG nur von dem Rahmenbetriebsplan (Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 (209 f., Rn. 18 ff.) – Garzweiler).

Zuletzt stellt sich bei dem Abbau der bergfreien Bodenschätze die Frage, ob nicht auch die Erteilung der Bergbauberechtigungen die Entscheidung über den Bergbau, wenn nicht sogar vorwegnimmt, so doch erheblich beeinflusst.

Die einzelnen Verfahrensstufen sind auf den inhaltlichen Umfang der Entscheidung und auf ihre mögliche Bindungswirkung hinsichtlich nachfolgender Verfahrensstufen hin zu untersuchen.

I. Erteilung der Bergbauberechtigung

Schon die Erteilung der Bergbauberechtigung könnte eine Entscheidung über die Erfolgsaussichten des Bergbaus sein. Die offensichtlichste rechtlich fixierte Wirkung ist folgende: Wird die Erteilung der Bergbauberechtigung versagt, so ist dem Bergbauwilligen gem. § 55 I S. 1 Nr. 1 BBergG auch kein Betriebsplan zuzulassen und das Gebiet bleibt in seiner bisherigen Nutzung unberührt. Die Bergbauberechtigung ist eine Voraussetzung für den Erlass der Betriebspläne.⁶⁰³ Die negative Entscheidung über den Erlass der Bergbauberechtigung wäre damit eine Entscheidung über den Nickerfolg des gesamten Bergbauvorhabens.

Die Wirkung aus der positiven Entscheidung (Erteilung der Bergbauberechtigung) ist nicht mit demselben rechtlich fixierten Automatismus versehen, dass ohne weiteres eine Zulassung des Betriebsplans zu erfolgen hätte (Bindungswirkung/präjudizielle Wirkung).⁶⁰⁴ Eine rechtlich formelle Bindung der Bergbauberechtigung gegenüber der nachfolgenden Zulassungsentscheidung gibt es nicht.⁶⁰⁵ Auch wird aus den Bergbauberechtigungen keine positive Grundentscheidung zur Zulassungsfähigkeit der Anlage geschlossen. Jedoch könnte auch hier die Entscheidung über die (Rahmen-)Betriebsplanzulassung in zwei Hinsichten wesentlich beeinflusst werden. Zum einen könnte die Prüfung von den Voraussetzungen eine Vorwegnahme der Auseinandersetzung mit den Zulassungsvoraussetzungen des Rahmenbetriebsplans sein. Dies könnte zu einer faktischen

Das BVerfG benutzt auch den Begriff der „komplexen Großvorhaben“ (Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (312 Rn. 224) – Garzweiler). Fraglich ist, ob dies nun ein ungeschriebener Tatbestand ist, und nur für diese Vorhaben die beschriebene Rechtslage Anwendung finden.

603 *Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 32.

604 *Ludwig*, DVBl. 2016, S. 686.

605 Siehe hierzu auch *Kaiser*, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 24.

Bindung führen. Zum zweiten könnte mit den Bergbauberechtigungen ein abwägungsrelevanter Belang zugunsten des Bergbaus entstehen.

1. Beginn des Entscheidungsprozesses über das Abbaugebiet

Mit der Bergbauberechtigung wird ein Rechtstitel erteilt, der bestimmte Rechte an den Bodenschätzen dem Inhaber zuordnet. Mit den Worten des Gesetzgebers besagt die Bergbauberechtigung „also noch nichts darüber, wie (Ort, Zeitpunkt, Mittel) und unter welchen Voraussetzungen der Inhaber seine Berechtigung ausüben darf“.⁶⁰⁶ Auffällig ist, dass der Gesetzgeber hier nicht von dem ‚Ob‘ spricht. Dieses scheint mit der Bergbauberechtigung (jedenfalls faktisch) schon entschieden zu sein. Dazu passt die Zielsetzung, die Entstehung eines *nudum ius* zu verhindern und deshalb schon an dieser Stelle gewisse Voraussetzungen zu prüfen.⁶⁰⁷ So sind die entgegenstehenden öffentlichen Interessen schon hier gem. § 11 Nr. 10 BBergG gegen die bergbaulichen Belange abzuwägen.⁶⁰⁸ Diese Bergbauberechtigung setzt damit eine gewisse Erwartung in die Welt, dass der Bergbau auch tatsächlich erfolgen wird.⁶⁰⁹ Gestärkt wird diese Erwartung gerade dadurch, dass das Bergwerkseigentum als eine der Bergbauberechtigungen gem. § 9 I S. 1 HS 2 BBergG beleihungsfähig ist. So würde es den Grundprinzipien des Sachenrechts widersprechen, leichthin Sicherungen zuzulassen, die an sich

606 BT-Drs. 8/1315, S. 84.

607 Vgl. BVerwG, Beschluss vom 15. 10. 1998, 4 B 94/98, NVwZ 1999, S. 876 f.; *Ludwig, ZUR* 2012, S. 151.

608 So auch explizit der Gesetzgeber: „Mit dem Versagungsgrund nach Nummer 8 [nun wortgleich in § 11 Nr. 11 BBergG, Anm. N.L.] wird ein gegenüber dem gelgenden Recht neuer Weg beschritten, weil damit bereits im Verfahren der Erteilung von Erlaubnissen und Bewilligungen eine **Abwägung** zwischen volkswirtschaftlich-bergbaulichen Belangen und anderen öffentlichen Interessen vorzunehmen ist [...].“ (BT-Drs. 8/1315, S. 87; Hervorhebung durch N.L.).

609 *Ludwig* spricht in diesem Zusammenhang auch von einem gewissen „faktische[n] Druck“ (DVBL. 2016, S. 686). Auch das UBA geht davon aus, dass schon mit der Erteilung der Bergbauberechtigung „die entscheidenden Weichen in Richtung des Abbaus von Rohstoffen gestellt werden.“ (Umweltverträgliche Nutzung des Untergrundes und Ressourcenschonung, 2014, S. 28). Das OVG Schleswig-Holstein sieht in der Bewilligung „nicht nur das Recht zum Tätigwerden, sondern auch die Pflicht zu einem bestimmten Tätigwerden.“ Dieses umfasste das aus § 1 Nr. 1 BBergG resultierende (und mittels § 18 BBergG abgesicherte) Gebot die Bodenschätze im Sinne der Bewilligung „möglichst intensiv und zügig auszubeuten.“ (Urteil v. 19.12.2018 – 4 LB 10/18, BeckRS 2018, 36434, 1. und 2. Leitsatz, sowie Rn. 52 ff.). Siehe auch v. *Weschpennig*, Strukturen des Bergrechts, S. 120 ff., 151 f.

substanzlos sein können. Es drängt sich der Eindruck auf, dass die Behörde hier einen Vertrauenstatbestand schafft.⁶¹⁰ Dies scheint aber vor dem Hintergrund, dass die Grundeigentümerinteressen nicht beachtet werden müssen und die Grundeigentümer im Verfahren auch nicht zu beteiligen sind, äußerst bedenklich. Hinzu kommt, dass auch nach der gängigen Auslegung des Tatbestands des § 11 Nr. 10 BBergG nicht alle öffentlichen Interessen in die Abwägung einfließen.

Darüber hinaus ist es in der juristischen Diskussion bekannt, dass die menschliche Entscheidungsfindung so abläuft, dass frühzeitig eine Entscheidungspräferenz getroffen wird und mit zunehmendem Zeitablauf sich der Entscheidungskorridor immer weiter eingeschränkt.⁶¹¹ Im Bergrecht hat sich die Behörde mit der Erteilung der Bergbauberechtigung erstmalig zugunsten des Bergbaus ausgesprochen, wenn auch unter eingeschränktem Prüfhorizont. Gerade dies wird aber die Bereitschaft senken im weiteren Verfahren gleichsam neu und unverfälscht auf die Sachlage zu blicken. Die Behörden sind in dieser Hinsicht voreingenommen; wenn sie auch nicht rechtlich gebunden sind.⁶¹² Dieser Entscheidungsaufbau ist damit ungünstig für eine Verteilungsentscheidung, die eine unbefangene Prüfung mit offenem Ausgang sein sollte.

2. Schaffung eines abwägungsrelevanten Belangs

Mit der Erteilung der Bergbauberechtigung wird ein Interesse des Unternehmers an der Durchführung des Bergbaus geschaffen. Es wird sogar (von der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Lehre und hier bestritten) unter den Schutz des Art. 14 I GG gestellt.⁶¹³ Dieses Interesse müsste dann in der sich anschließenden Abwägungsentscheidung (Gesamtabwägung) auf Seiten der bergbaulichen Interessen berücksichtigt werden und damit die Entscheidung über den Bergbau prägen. Vielfach wird dem

610 So bezeichnet von *Karpfen*, AÖR 1981, S. 19.

611 Beispielsweise hatten diesen Effekt die Richtliniengeber der UVP-Richtlinie im Blick und beweckten gerade ein frühzeitiges Einführen von Umweltbelangen in Entscheidungsprozessen. Vgl. auch *Kaiser*, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 187.

612 *Ludwig* sieht in der Bergbauberechtigung eine erste grundsätzliche Entscheidung zugunsten des Bergbaus (DVBL 2016, S. 686).

613 BVerfG, Urteil v. 20.10.1987, 1 BvR 1048/87, BVerfGE 77, 130 ff. (136) – Cappenberg. Weiterhin *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Düring, Losebl. (Stand: Mai 2023), Art. 14 GG, Rn. 324, m.w.N.; *Schulte*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 7 Rn. 4; *Schulte*, NJW 1981, S. 91; Zur Kritik siehe oben ausführlich unter: Kapitel 4 A. II. 3.

Eigentumsschutz der Bergbauberechtigungen sogar eine besondere Wertigkeit mit damit einhergehender Durchsetzungskraft zugeschrieben, weil der in Rede stehende Abbau die einzige Nutzungsmöglichkeit des Eigentums darstelle.⁶¹⁴

Der Staat lässt damit im ersten Schritt eigentumsrechtliche Positionen entstehen, die nicht mit dem öffentlichen Interesse am Bergbau in Einklang stehen müssen,⁶¹⁵ um dann im zweiten Schritt über die Wünschbarkeit des Bergbaubetriebs im Rahmen einer Gesamtabwägung zu entscheiden, in die dann aber die Vorentscheidung für den Bergbau mit grundrechtlichem Gehalt einfließen muss.⁶¹⁶ Insofern wird die Gesamtabwägung zugunsten des Bergbaus und zuungunsten des Ressourcenschutzes verzerrt.

Dies ist eine gewichtige Beeinflussung, aber noch keine Vorwegnahme der Entscheidung.

3. Zusammenfassung

Die negative Entscheidung über den Erlass der Bergbauberechtigung ist eine abschließende Entscheidung über den Nickerfolg des Bergbauvorhabens. Die positive Entscheidung über die Erteilung der Bergbauberechtigung ist eine Voraussetzung für die Zulassung der folgenden Betriebspläne. Mit dem Erlass der Bergbauberechtigung, die als von Art. 14 I GG geschützt angesehen wird, wird ein abwägungsrelevanter Belang geschaffen, der nachfolgende Abwägungen zugunsten der bergbaulichen Interessen beeinflusst.

Auch der Vertrauenstatbestand, der bei positiver Entscheidung über den Erlass der Bergbauberechtigung in der Luft liegt, entspringt allgemeinen Annahmen über Entscheidungsfindungsprozesse. Vor allem der Grundrechtsschutz der Bergbauberechtigungen und die Beleihungsfähigkeit des Bergwerkseigentums entfalten starke faktische Wirkung, nach dem Grundsatz „Wenn erstmal die Bergbauberechtigung erteilt ist, dann wird auch die

614 Ausführlich zur Eindimensionalität der Nutzung: BVerwG, Urteil v. 25.10.2018 - 4 C 9/17, BVerwGE 163, 294 (301 f., Rn. 29 ff.); Kühne, DVBl. 2006, S. 663; Franke in: Boldt et al., BBergG, § 8, Rn. 22. (Zur Gewichtung der bergbaulichen Belange unter Kapitel 4 B. II. 2.).

615 Der § 11 Nr. 10 BBergG, der die öffentlichen Interessen als Zulassungsvoraussetzungen führt, wird von der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Lehre sehr eng ausgelegt (Franke, in: Boldt et al., BBergG, § 11, Rn. 15 ff.). Dadurch findet keine umfassende Prüfung statt, ob das Bergbauvorhaben auch im öffentlichen Interesse steht.

616 So auch schon v. Weschpfennig, Strukturen des Bergrechts, S. 126.

Zulassung des Betriebsplans folgen“. Rechtlich soll die Entscheidungslage nach Erteilung der Bergbauberechtigung jedoch noch völlig offen sein.

Aus dieser Analyse wird deutlich, wie bedenklich die juristische Konstruktion der gestaffelten, aber rechtlich nicht bindend aufeinander bezogenen Entscheidungen ist. Bedenklich sind sie wegen ihrer grundsätzlichen Unübersichtlichkeit und der Unklarheit welche Belange wann verbindlich entschieden wird. Dies zeigt sich nicht zuletzt darin, dass je nach Bergbauvorhaben drei Abwägungen durchzuführen sind, die sich hinsichtlich ihrer Art und dem Umfang der zu berücksichtigenden Belange unterscheiden.⁶¹⁷

Es bleibt jedoch dabei: Die positive Erteilung der Bergbauberechtigung ist keine letztverbindliche Entscheidung über den Erfolg des Bergbauvorhabens.

II. Rahmenbetriebsplanzulassung

Die Rechtslage vor dem Garzweiler Urteil des BVerwG aus dem Jahr 2006 wurde derart interpretiert, dass die Letztentscheidung über den Bergbau bis zur Entscheidung im Grundabtretungsverfahren offengeblieben ist. Ab den Garzweiler Entscheidungen von BVerwG und BVerfG kann dies – jedenfalls für komplexe Großvorhaben – nicht mehr gelten.⁶¹⁸ Die Entscheidung über den Rahmenbetriebsplan und die Entscheidung im Grundabtretungsverfahren stehen nun nicht mehr losgelöst nebeneinander. Wie dieser Bezug genau ausgestaltet ist und verstanden werden kann, ist jedoch vom BVerwG offen gelassen worden⁶¹⁹ und ist auch nicht ganz einfach zu bewerten.⁶²⁰ Das BVerwG formuliert vorsichtig, dass der Rahmenbetriebsplan für das Grundabtretungsverfahren „nicht ohne Bedeutung“⁶²¹ sei.

Es ist zu klären, welche rechtlichen und tatsächlichen Wirkungen von der Zulassung des Rahmenbetriebsplans ausgehen. Insbesondere inwiefern es das Grundabtretungsverfahren beeinflusst. Auf dieser Grundlage kann

617 Dies sind: Eine Abwägung im Rahmen des § 11 Nr. 10 BBergG zwischen einigen öffentlichen Interessen und den bergbaulichen Interessen, eine Gesamtabwägung nach § 48 II S. 1 BBergG als Zulassungsvoraussetzung des Rahmenbetriebsplans und die Allgemeinwohlabwägung innerhalb der Grundabtretung.

618 Die Rechtsentwicklung wird oben in Kapitel 2 C. II. 4. b. ausführlich dargestellt.

619 BVerwG, Beschluss v. 20.10.2008 - 7 B 21.08, NVwZ 2009, S. 333 (S. 334, Rn. 17).

620 Kühne in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 74 ff.; kritisch Kaiser, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 268.

621 BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 (213, Rn. 26) – Garzweiler.

dann entschieden werden, ob in der Rahmenbetriebsplanzulassung eine Letztentscheidung über den Erfolg des Bergbauvorhabens liegt.

1. Enteignungsrechtliche Vorwirkung

Ob eine Letztentscheidung über den Erfolg des Bergbauvorhabens vorliegt, ließe sich leicht beantworten, wenn das BBergG eine enteignungsrechtliche Vorwirkung, wie dies in einigen Planfeststellungsverfahren vorgesehen ist, anordnen würde.⁶²² Die Planfeststellung mit enteignungsrechtlicher Vorwirkung und die Enteignung im Enteignungsverfahren bleiben zwar zwei voneinander zu trennende, für sich eigenständige Verfahren,⁶²³ die enteignungsrechtliche Vorwirkung des Planfeststellungsbeschlusses ragt jedoch in das Enteignungsverfahren hinein. Die grundsätzliche Zulässigkeit der Enteignung wird schon mit dem Planfeststellungsbeschluss festgestellt und ist für die Enteignungsbehörde bindend.⁶²⁴ Hierin liegt eine Vorverlagerung der Entscheidung auf den Zeitpunkt der Planfeststellung. Für das Enteignungsverfahren bleibt damit (nur noch) als Verfahrensgegenstand die Frage über die Höhe und Art der Enteignung und u.U. auch die Frage über die Erforderlichkeit der Enteignung gerade des betreffenden Grundstücks übrig.⁶²⁵

Auch das Gesetz, das eine enteignungsrechtliche Vorwirkung vorsieht, muss den Anforderungen Rechnung tragen, die an das enteignende Gesetz gestellt werden.⁶²⁶ Hierzu zählt insbesondere die Anforderung aus Art. 14 III GG an den Grad der Bestimmtheit an das enteignende Gesetz. Daher muss das Fachgesetz mit enteignungsrechtlicher Vorwirkung diese ausdrücklich vorsehen.⁶²⁷ Eine solche Regelung, welche die Enteignungsbehörde an die Feststellungen der Zulassungsbehörde bindet, findet sich nicht

622 Zur Figur der enteignungsrechtlichen Vorwirkung siehe: BVerfG, Urteil v. 10.03.1981 – 1 BvR 92, 96/71, BVerfGE 56, 249 (264); BVerfG, Urteil v. 24.03.1987 - 1 BvR 1046/85, BVerfGE 74, 264 (282) – Boxberg; BVerfG, Beschluss v. 10.05.1977 - 1 BvR 514/68, 323/69, BVerfGE 45, 297 (319 f.); Jarass, DVBl. 2006, S. 1329 ff.

623 Fischer in: Ziekow, Fachplanungsrecht, § 3 Rn. 324.

624 Fischer in: Ziekow, Fachplanungsrecht, § 3 Rn. 178.

625 Fischer in: Ziekow, Fachplanungsrecht, § 3 Rn. 178, 325.

626 BVerfG, Urteil v. 10.03.1981 – 1 BvR 92, 96/71, BVerfGE 56, 249 (264 f.); BVerfG, Urteil v. 24.03.1987 - 1 BvR 1046/85, BVerfGE 74, 264 (282) – Boxberg; Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 27, Rn. 60.

627 Jarass, DVBl. 2006, S. 1330 f.

im BBergG.⁶²⁸ Eine enteignungsrechtliche Vorwirkung besitzt der Rahmenbetriebsplan (in verfassungskonformer Weise) damit eindeutig nicht.⁶²⁹

2. Positive Grundentscheidung zur Zulassungsfähigkeit der Anlage – Bindungswirkung für das Grundabtretungsverfahren?

Der Rahmenbetriebsplan enthalte nach höchstrichterlicher Rechtsprechung eine positive Grundentscheidung zur Zulassungsfähigkeit der Anlage.⁶³⁰ Die positive Grundentscheidung sei das Resultat einer Gesamtabwägung von für und gegen den Bergbau sprechenden Interessen, wobei die Bergbauinteressen im Ergebnis die entgegenstehenden Interessen überwogen haben. Diese Gesamtabwägung wird als „zentrale Abwägungsebene“ des gesamten bergbaulichen und der sich anschließenden außerbergrechtlichen Verfahren verstanden.⁶³¹ Die Abwägung wird dem in richterlicher Rechtsfortbildung des BVerwG⁶³² weiterentwickelten § 48 II S.1 BBergG entnommen. Feststeht, dass die positive Grundentscheidung sich auf das Enteignungsverfahren auswirkt. Ungeklärt ist, wie dieser Einfluss konkret rechtlich zu fassen ist, ob eine Bindungswirkung der positiven Grundentscheidung auf das Grundabtretungsverfahren besteht.⁶³³ Dies muss im Folgenden geklärt werden, um zu evaluieren, ob die Wirkung des vorläufigen positiven Gesamturteils auf das Grundabtretungsverfahren so stark ist, dass

628 So eindeutig BVerwG, Beschluss vom 29. 9. 2008, 7 B 20/08, NVwZ 2009, S. 331 (S. 332, Rn. 16).

629 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (310, 332 (Rn. 218, 272)) – Garzweiler.

630 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (334 Rn. 276) – Garzweiler; zuletzt BVerwG, Urteil v. 6.10.2022 – 7 C 4.21, DÖV 2023, S. 86 (Leitsätze), BeckRS 2022, 43240, Rn. 12; VGH Kassel, Urteil v. 17.2.2021 – 2 A 1800/16, BeckRS 2021, 22820, Rn. 39. Frenz spricht insofern von einem vorbescheidsähnlichen Charakter (Bergrecht & Nachhaltige Entwicklung, S. 94). A.A.: Gaenzsch, in: Kühne/Gaenzsch (Hrsg.), Wandel und Beharren im BBergG, S. 26.

631 Frenz nennt hier als Beispiel die Anordnung von Hochwasserschutzmaßnahmen, die durch die Wasserbehörden zu erfolgen hätten. Die Bergbehörden müssten jedoch schon bei der Zulassung des Rahmenbetriebsplans prüfen, ob hinreichender Hochwasserschutz überhaupt gewährte werden könne (DVBl. 2016, S. 679 f.; zum zugrunde liegenden Urteil: BVerwG, Urteil v. 29.4.2010 - 7 C 18/09, UPR 2010, 389 ff. (Rn. 24)).

632 BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerfGE 126, 205 (210, Rn. 20) – Garzweiler.

633 Ausführlich hierzu: Bellroth, Die Bindungswirkung bergrechtlicher Rahmenbetriebsplanzulassungen.

sie die Letztentscheidung über den Erfolg des Bergbauvorhabens ganz oder teilweise, faktisch oder/und rechtlich bindend vorwegnimmt. Zunächst ist festzustellen, in welcher Hinsicht sich die Prüfungen überschneiden. Dann ist zu klären, ob diese Überschneidungen des jeweiligen Prüfkatalogs eine Bindungswirkung entfaltet⁶³⁴ oder, ob es zu einer unabhängigen Doppelprüfung kommt.

a. Überschneidungen im Prüfkatalog

Der § 48 II S. 1 BBergG enthält vom Wortlaut selbst keine Gesamtabwägung und ist eine Ermächtigungsgrundlage, die in analoger Anwendung als Zulassungsvoraussetzung zur Zulassung von Betriebsplänen fungiert.⁶³⁵ Nach dem Wortlaut sind die überwiegenden öffentlichen Interessen zu berücksichtigen. Die Herleitung der Gesamtabwägung im Rahmen des § 48 II S. 1 BBergG stützt sich auf die Schlussfolgerung, dass es im öffentlichen Interesse läge, private Rechte nicht zu verletzen.⁶³⁶ Wenn demnach vorhersehbar wäre, dass das Bergbauvorhaben nur mit einer unrechtmäßigen Enteignung auszuführen wäre, so stünden öffentliche Interessen entgegen und es könnte schon gar nicht zugelassen werden. Das BVerwG hat mit dieser Herleitung, nicht nur eine Abwägung hergeleitet, sondern auch eine umfassende Prognose der Enteignungsfähigkeit.⁶³⁷ Eine Prognose muss die Prüfung des Enteignungskatalogs zumindest in seinen wichtigsten materiellen Voraussetzungen (überschlägig) vorwegnehmen. Die wesentlichen materiellen Voraussetzungen der Grundabtretung nach §§ 77 I, 79 BBergG sind die Notwendigkeit der Grundstücksbenutzung und die Allgemeinwohldien-

634 So angenommen von OVG Münster, Urteil v. 21.12.2007 - 11 A 3051/06, BeckRS 2008, 31321, Rn. 35, 41 = DÖV 2008, S. 521 (Ls).

635 Ausgehend von BVerwG, Urteil v. 4.7.1986 - 4 C 31.84, BVerwGE 74, 315 (323) – Altenberg.

636 Zur Plausibilität der Schlussfolgerung weiter unten unter Kapitel 4, B., III. 1 „Fehlschluss und Widerspruch in der Begriffslogik“.

637 Oder mit den Worten des BVerwG: „Ein Tagebauvorhaben widerspricht dem öffentlichen Interesse i.S.d. § 48 Abs. 2 BBergG, wenn bereits bei der Zulassung des Rahmenbetriebsplans erkennbar ist, dass die Verwirklichung des Vorhabens daran scheitern muss, dass die erforderliche Inanspruchnahme des Eigentums privater Dritter nicht durch Belange des Allgemeinwohls gerechtfertigt ist.“ (BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 ff. (209 f., Rn. 19) – Garzweiler); zur detaillierten Besprechung der Herleitung siehe Kapitel 2 C. II. 4. b. sowie zur Kritik unter Kapitel 2 H.

F. Wann wird über die Frage entschieden, ob der Bergbau betrieben werden soll?

lichkeit der Enteignung. Letzteres beinhaltet auch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung.⁶³⁸

Die Deckungsgleichheit des Prüfprogramms gilt vor allem für die Enteignungsabwägung, weil sich die Gesamtabwägung des Rahmenbetriebsplans gerade aus dieser herleitet, d.h. dass es sich um eine Abwägung mit demselben Umfang des Abwägungsmaterials und derselben rechtlichen Qualität handeln müsste.⁶³⁹ In dieser wesentlichen Voraussetzung läge eine volle Überschneidung des Prüfungsumfangs vor.

Rahmenbetriebsplan

- 1) Betriebsspezifische Voraussetzungen (§ 55 I)
- 2) „Überwiegende öffentliche Interessen“ (§ 48 II)
→ Prognose der Enteignungsfähigkeit: beinhaltet die **Enteignungsabwägung**

Enteignung

- 1) Benutzung ist notwendig (§ 77 I, II)
 - a. sachgemäßer Betriebsplan/-führung
 - b. kein Unternehmergrundstück verfügbar
- 2) Allgemeinwohl (§ 79 I)
 - a. Legitimes Allgemeinwohльziel: Versorgung Markt
 - b. Geeignetheit
 - c. Erforderlichkeit
 - des Enteignungsaktes
 - des Vorhabens
 - d. Angemessenheit
 - des Enteignungsaktes
 - des Vorhabens
(= **Enteignungsabwägung**)
 - e. Sicherung des Enteignungszwecks

Abbildung 12: Darstellung der Deckungsgleichheit der Prüfungspunkte von Rahmenbetriebsplanzulassung und Enteignung (eigene Erstellung)

638 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (290, 298 f. (Rn. 166, 188)) – Garzweiler. Zu den Grundabtretungsvoraussetzungen siehe oben Kapitel 2 D. I. 1.

639 So auch BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (310, 351 (Rn. 218, 318)) – Garzweiler; OVG Münster, Urteil v. 21.12.2007 - II A 3051/06, BeckRS 2008, 31321, Rn. 35, 41 = DÖV 2008, S. 521 (Ls).

Das BVerfG hat außerdem festgestellt, dass die positive Grundentscheidung der Rahmenbetriebsplanzulassung sich in drei Hinsichten eingreifend in Art. 14 I GG der Grundeigentümer auswirke. Einer dieser Eingriffe bestehe darin, dass Zweifel über die technische und wirtschaftlich sachgemäße Betriebsplanung und Betriebsführung und über die Notwendigkeit der Benutzung des Grundstücks für das Abbauvorhaben im Grundabtretungsverfahren nicht mehr aufkommen können.⁶⁴⁰ Dies liegt darin, dass die im Rahmen des § 48 II BBergG vorgenommene Gesamtabwägung zu dem Ergebnis der grundsätzlichen Zulassungsfähigkeit gekommen ist (positive Grundentscheidung) und damit implizit feststellt, dass die Eigentümerinteressen gegenüber den bergbaulichen Interessen als unterliegend anzusehen sind. Laut BVerfG steht die Grundabtretungsvoraussetzung der Notwendigkeit der Grundstücksbenutzung damit schon bei Zulassung des Rahmenbetriebsplans fest.

Es konnte somit festgestellt werden, dass alle Prüfungspunkte der Grundabtretung in einer Prognose der Enteignungsfähigkeit im Rahmen der Zulassung des Rahmenbetriebsplans zumindest überschlägig zu prüfen sind. Die zwei wesentlichen materiellen Voraussetzungen der Grundabtretung (Enteignungsabwägung und Notwendigkeit der Grundstücksbenutzung) werden darüber hinaus schon in der Rahmenbetriebsplanzulassung vollumfänglich geprüft. Die Grundabtretungsvoraussetzungen und der Prüfkatalog der Zulassung des Rahmenbetriebsplans überschneiden sich damit vollständig hinsichtlich einer kurSORischen Prüfung und in den wichtigsten materiellen Prüfungspunkten sogar hinsichtlich der Prüfungstiefe.

b. Führt die Deckungsgleichheit in den Prüfungen zu einer Bindungswirkung?

Inwiefern ist das Ergebnis der Prognoseprüfung für das Enteignungsverfahren bindend? Diese Frage ist, wie auch schon die Anforderung, die-

640 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, I BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (334, Rn. 276) – Garzweiler; BVerwG, Urteil v. 29.06.2007 - 7 C 11.05, BVerwGE 126, 205 (213, Rn. 26) – Garzweiler; ebenso die Vorinstanz OVG NRW, Urteil vom 21.12.2007 - II A 3051/06, BeckRS 2008, 31321, Rn. 51 = DÖV 2008, S. 521; ebenso Schulte, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 77, Rn. 29; und grundlegend Greinacher in: Boldt et al., BBergG, § 77, Rn. 23 f; Neumann, W. in: Kühne/Ehricke, S. 38.

se Abwägungen überhaupt durchzuführen, nicht im BBergG geregelt.⁶⁴¹ Bezuglich der Bindungswirkung der Gesamtabwägungen hat das BVerfG aus dieser fehlenden förmlichen Bindungswirkung, wie beispielsweise die enteignungsrechtliche Vorwirkung eine solche ist, geschlossen, dass die Gesamtabwägung eben zweimal durchgeführt werden müsse, auch wenn sie inhaltlich (weitgehend) identisch sei.⁶⁴² Das BVerfG lehnt damit eine Bindungswirkung ab und lässt die, seiner Meinung nach, weitgehend identische Prüfung zweimal durchführen. Das BVerwG schließt eine enteignungsrechtliche Vorwirkung aus und lehnt auch generell eine „vorgreifliche Bedeutung“ des Rahmenbetriebsplans über die Frage der Enteignungsfähigkeit ab.⁶⁴³ Das OVG Münster als Vorinstanz stimmt mit dem BVerfG darüber überein, dass die Frage des Allgemeinwohlerfordernisses des § 79 I BBergG in der Gesamtabwägung zu § 48 II BBergG vollständig aufgehe. Hieraus schließt es aber auf eine Bindungswirkung bzgl. dieser Voraussetzung.⁶⁴⁴

An sich ist der Gesetzgeber in der Verfahrensgestaltung frei. Ob er eine Entscheidung in Teilentscheidungen aufteilt und Bindungswirkungen statuiert, bleibt ihm überlassen. Es muss sich jedoch um ein rechtsstaatliches Verfahren handeln, welches klare und transparente Regeln für den Verfahrensablauf, für die Verantwortungszuweisung (Behördenzuständigkeit) und

641 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (308 f. Rn. 215) – Garzweiler.

642 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (310 Rn. 218) – Garzweiler. Zustimmend: VG Trier, Urteil v. 11.I.2019, 9 K 2641/18.TR, BeckRS 2019, 2986, Rn. 66.

643 BVerwG, Beschl. v. 29.9.2008 - 7 B 20/08, NVwZ 2009, 331 (Rn. 10). Im Beschluss vom 20.II.2008 stellt das BVerwG fest, dass die Einhaltung der Zulassungsvoraussetzung des § 55 Nr.1 BBergG zum Zeitpunkt des Erlasses des Rahmenbetriebsplans noch nicht vorliegen müsse und mit einer Nebenbestimmung abgesichert werden könne, denn: „[der Vorbehalt aus § 5 BBergG, §36 II Nr. 1 VwVfG] macht deutlich, dass die Zulassung des Rahmenbetriebsplans keine vorgreifliche Bedeutung für die Frage entfalten soll und kann, ob die Voraussetzungen für einen zwangswiseen Zugriff auf eine fremde Gewinnungsberechtigung vorliegen und der Unternehmer sich auf diese Weise die im noch fehlende Berechtigung beschaffen kann“ (7 C 10/08, BVerwGE 132, 261 (269 Rn. 30); wortgleich wiederholt in: BVerwG Beschl. v. 28.6.2019, 7 B 22/18, BeckRS 2019, 18327, Rn. 7). Hingegen sieht das BVerwG die Bindungswirkung des Rahmenbetriebsplans gegenüber dem Grundabtretungsverfahrens im Beschluss vom 20.10.2008 als nicht abschließend geklärt an (7 B 21.08, NVwZ 2009, 333 (334, Rn. 15 ff.). Ausführlich zu den möglichen Bindungswirkungen: BVerwG, Urteil v. 02.II.1995, 4 C 14/94, BVerwGE 100, 1 (11 f.).

644 OVG Münster, Urteil v. 21.12.2007 - 11 A 3051/06, BeckRS 2008, 31321, Rn. 41 = DÖV 2008, S. 521 (Ls).

für den materiellen Entscheidungsfindungsprozess aufstellt.⁶⁴⁵ Für letzteres muss beispielsweise die Gesamtabwägung als Kernstück eines Entscheidungsprozesses eindeutig festgelegt sein.⁶⁴⁶ Will der Gesetzgeber echte Verfahrensstufungen vornehmen, indem Teilentscheidungen verbindlich vorgezogen werden, so muss er aber dies gesetzlich klar festlegen, gegen die Teilentscheidung muss ihrerseits effektiven Rechtsschutz gewährt werden und die Anfechtungslast muss den Betroffenen klar erkennbar sein.⁶⁴⁷ Teilentscheidungen sind dann nicht zulässig, wenn die Gefahr besteht, dass durch die Abschichtung der Entscheidung in Teilbereiche, diese in Bezug aufeinander fehlgewichtet werden und daher eine Gesamtbetrachtung, wie es im Falle der Gesamtabwägung der Fall ist, unerlässlich ist.⁶⁴⁸ Dies sind nicht nur Forderungen des Rechtsstaatsprinzips sondern auch die des effektiven Rechtsschutzes der Betroffenen.⁶⁴⁹

Die Frage der Bindungswirkung stellt sich meist im Rahmen einzelner Prüfungspunkte und bei Vorliegen unterschiedlicher Behördenzuständigkeit (der Enteignungsbehörde und der Umweltbehörde).⁶⁵⁰ Hier geht es aber um keine Teilentscheidungen, sondern um eine vollumfängliche Prüfung (wenn auch mit Prognosecharakter), die zweimal durchzuführen ist und um eine Entscheidung (zumeist)⁶⁵¹ in der Hand einer Behörde.⁶⁵²

645 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (308, 346 (Rn. 212, 303)) – Garzweiler.

646 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (308 Rn. 212) – Garzweiler.

647 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (300 Rn. 193) – Garzweiler.

648 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (350 f. Rn. 317) – Garzweiler.

649 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (344 Rn. 301) – Garzweiler.

650 *Schroeder* differenziert zwischen der Bindungswirkung der erlassenden Behörde nach § 43 VwVfG und der Bindung des Verwaltungsaktes gegenüber anderen Behörden, die über das Rechtsinstitut der Bindungswirkung erfolge (DÖV 2009, S. 220, näheres S. 224 f.).

651 Selbst eine Länderregelung, die unterschiedliche Behördenzuständigkeiten vorsähe, wäre in Bezug auf den Grundsatz der eindeutigen Behördenzuweisung problematisch. Hierzu: BVerfG, Urteil v. 15.07.2003 - 2 BvF 6/98, BVerfGE 108, 169 (181 ff.) – Telekommunikationsgesetz.

652 Beispielsweise ist für Schleswig-Holstein und für Niedersachsen das Landesamt für Bergbau, Energie und Geologie des Landes Niedersachsen (LBEG) für den Erlass von Rahmenbetriebspfänden als auch für das Grundabtretungsverfahren zuständig (Rechtsgrundlage für Niedersachsen: Nr. 1 der Zuständigkeiten nach dem Bundesberggesetz und den aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Bergverordnungen, Erl. d.

Es ist fraglich, ob die beiden Entscheidungen derart losgelöst nebeneinanderstehen, wie es das BVerfG annimmt. Dieselbe Behörde hat exakt dieselbe Frage (evtl. mit unterschiedlicher Prüfungsdichte) zu beantworten. Von den Fällen, in denen eine Änderung der Sach- und Rechtslage eintritt, einmal abgesehen, wie realistisch ist es, dass sie in der nachfolgenden Entscheidung eine andere Gewichtung vornimmt (faktische Bindungswirkung) – und vornehmen darf (rechtliche Bindungswirkung)? Eine rechtliche Bindung der Entscheidung an ihr vorangegangenes Verhalten könnte aus dem Grundsatz des *venire contra factum proprium* resultieren und aus der konkreten Ausgestaltung dieses Grundsatzes in der Amtspflicht der Behörden zu konsequenterem Verhalten abgeleitet werden. Hieran schließen sich Überlegungen an, ob eine rechtliche Bindungswirkung der Enteignungsentscheidung über das beschriebene Institut und damit abseits der sog. enteignungsrechtlichen Vorwirkung zulässig ist.

aa. Bindungswirkung über das Verbot widersprüchlichen Verhaltens

Der Grundsatz des *venire contra factum proprium* (auch: Verbot widersprüchlichen Verhaltens) besagt, dass sich ein Rechtssubjekt nicht im Widerspruch zu seinem früheren Verhalten setzen darf, wenn ein anderer auf das frühere Verhalten und die Fortführung dieses Verhaltens vertrauen durfte.⁶⁵³ Im Staatshaftungsrecht hat dieser Grundsatz als Amtspflicht zum konsequenten Verhalten Einzug gehalten.⁶⁵⁴ Es wird als Ausfluss des die gesamte Rechtsordnung durchziehenden Grundsatzes von Treu und Glauben

MW v. 5. 12. 2001 – 35.I-34.05.32/1– Nds. MBl. 2002 Nr. 1, S. 5; Rechtsgrundlage für Schleswig-Holstein: § 1 II Bergrechts-ZuständigkeitsVO S-H). Vgl. für Sachsen: § 2 I Sächsische BergZustVO und für Baden-Württemberg: § 1 I BBergGZuVO BW. Zu Reformvorschlägen bzgl. der Behördenzuständigkeit siehe Kaiser, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 269 ff.

653 Dieser Rechtsgrundsatz wurde schon im römischen Recht angewandt und geht wohl auf grundlegende Gerechtigkeitsvorstellungen zurück (Singer, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, S. 1). Zur Bindungswirkung eines Verwaltungsaktes gegenüber der erlassenden Behörde siehe auch Bellroth, Die Bindungswirkung bergrechtlicher Rahmenbetriebsplanzulassungen, S. 67 f.

654 Papier/Shirvani, in: Maunz/Düring, Losebl. (Stand: Mai 2023), Art. 34 GG, Rn. 174; Jeromin/Kirchberg in: Johlen/Oerder (Hrsg.), Verwaltungsrecht, § 18, Rn. 29.

gewertet.⁶⁵⁵ Andere leiten es auch aus dem Rechtsstaatsprinzip, genauer der Rechtssicherheit oder aus den Grundrechten her.⁶⁵⁶

Um hier einen Verstoß gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens zu bejahen, müsste in dem unterschiedlichen Entscheiden hinsichtlich des selben Sachverhalts unter dergleichen Fragestellung ein widersprüchliches Verhalten liegen und die Betroffenen, wie der Bergbauwillige oder der Grundstückseigentümer, müssten auf die Entscheidung der Zulassung des Rahmenbetriebsplans vertraut haben dürfen (Vertrauenstatbestand)⁶⁵⁷. Ein widersprüchliches Verhalten ist dadurch gekennzeichnet, dass ein früheres mit einem späteren Verhalten im Gegensatz steht; sie zueinander negatorisch sind. Auf einen Unwertgehalt des früheren oder späteren Verhaltens kommt es dabei nicht an.⁶⁵⁸

Als Fallkonstellation, die ein widersprüchliches Verhalten beinhalten könnten, ist allein folgende denkbar: Die Bergbehörde lässt den obligatorischen Rahmenbetriebsplan unter positiver Prüfung der Enteignungsfähigkeit zu, kommt dann aber unter Prüfung derselben Voraussetzungen bei unveränderter Sach- und Rechtslage im Rahmen des Enteignungsverfahrens zu gegenteiligem Ergebnis und lehnt die Enteignung ab.⁶⁵⁹ Die Entscheidungen ‚Ja‘ und ‚Nein‘ zur Enteignung schließen sich gegenseitig aus; sie sind widersprüchlich. Dieses widersprüchliche Verhalten kann seinen Ursprung darin haben, dass die in der Entscheidungsfindung enthaltene Abwägung es zulässt, eine andere Überzeugung auszuformen.⁶⁶⁰ Die Behörde kann ihre Überzeugung geändert haben und verschiedenen Belangen doch ein anderes Gewicht zugesprochen haben als ursprünglich angedacht. Insofern lässt sich das widersprüchliche Verhalten erklären, hebt

655 BVerwG, Urteil vom 7.2.1974 - 3 C 115/71, BVerwGE 44, 339 (343); BVerwG, Beschluss v. 11.02.2019 - 4 B 28.18, BeckRS 2019, 3616, Rn. 6; BVerwG, Beschluss v. 01.04.2004 - 4 B 17/04, BeckRS 2004, 22195; zu dieser Herleitung kritisch Stellung nehmend: Singer, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, S. 2 ff.

656 Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § II, Rn. 22. Schroeder ordnet die Bindungswirkung von Verwaltungsakten den rechtsstaatlichen Prinzipien Rechtssicherheit und Rechtsfrieden zu (DÖV 2009, S. 218 f.).

657 So als Voraussetzung im bürgerlichen Recht gekennzeichnet: Singer, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, S. 6, m.w.N.

658 Singer, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, S. 21.

659 Der umgekehrte Fall, dass die Bergbehörde die Zulassung des Rahmenbetriebsplans wegen negativer Enteignungsprognose ablehnt, führt erst gar nicht zu einer zweiten Entscheidung im Enteignungsverfahren, die der ersten widersprechen könnte.

660 Dies kann als Indiz gewertet werden, dass es sich bei derart komplexen Entscheidungen um planerische Ermessentscheidungen handeln könnte. Genaueres Kapitel 4 B. II. 1.

aber nicht seine nach außen getragene, formale Widersprüchlichkeit auf. Diese geänderte innere Überzeugung mag sogar der Normalfall des widersprüchlichen Verhaltens sein; so etwa, wenn im Falle der Verwirkung, doch noch auf ein liegengelassenes Recht zurückgegriffen werden soll oder ein anvisierter Vertragsabschluss doch noch überraschend fallen gelassen wird.

Der Unternehmer wird spätestens ab dem Zeitpunkt der Zulassung des obligatorischen Rahmenbetriebsplans in Vertrauen auf das reibungslose Vorangehen seines Vorhabens, d.h. durch die in Aussicht gestellte erfolgreiche(n) Enteignung(en), erhebliche Investitionen tätigen und das Vorhaben immer weiter verwirklichen.⁶⁶¹ Sein Vertrauen ist auch berechtigt, weil keine greifbaren oder vorhersehbaren Gründe ersichtlich sind, die den inneren Überzeugungswandel verständlich machen können. So muss sich die Behörde sehr intensiv und eingehend mit jedem Für und Wider über einen langen Entscheidungszeitraum auseinandersetzt haben, um schließlich eine geronnene Überzeugung zu entwickeln und diese daran zu können. Darüber hinaus ist es gerade der Wesensgehalt des obligatorischen Rahmenbetriebsplans als Verwaltungsakt eine Regelung im Sinne von § 35 S. 1 VwVfG, mithin eine bestimmte verbindliche Festlegung für die Betroffenen zu treffen.⁶⁶² Nicht nur der Bergbauwillige als Adressat des Verwaltungsaktes ist gem. § 43 I S. 1 VwVfG an den Verwaltungsakt gebunden, sondern auch die erlassende Behörde als geborene Beteiligte des Verwaltungsverfahrens.⁶⁶³

Sollte man von keiner Bindungswirkung des obligatorischen Rahmenbetriebsplans bezüglich des Grundabtretungsverfahrens ausgehen, so müsste die Behörde - nun im Enteignungsverfahren - sich ein zweites Mal über die Pläne und Belange beugen, um dann von vorn beginnend eine Überzeugung zu bilden; sie stände wieder bei „null“. Die Sinnhaftigkeit eines solchen Verfahrens kann stark bezweifelt werden und auch die Bereitschaft der Behörde tatsächlich noch einmal denselben Prozess der Entscheidungsfindung zu durchlaufen. Letzteres scheint jedenfalls die Annahme einer faktischen Bindung nahe zu legen. Es ging dem Gesetzgeber und der an der Rechtsentwicklung beitragenden höchstrichterlichen Rechtsprechung

661 So sieht das BVerfG in der Zulassung des Rahmenbetriebsplans und seines herbeigeführten Voranschreitens der Projektverwirklichung und den damit einhergehenden sinkenden Chancen einer wirkungsvollen gerichtlichen Überprüfung der Enteignung, einen Eingriff in Art. 14 I GG (Urteil v. 17.12.2013, I BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (335, Rn. 278) – Garzweiler).

662 Schroeder, DÖV 2009, S. 218 f.; Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, § 35 VwVfG, Rn. 88.

663 Schroeder, DÖV 2009, S. 219 f.; Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, § 43 VwVfG, Rn. 23.

nicht darum, sicherheitshalber einen zweiten Entscheidungsprozess durchlaufen zu lassen, um tatsächlich eine ‚richtige‘ Entscheidung zu treffen. Vielmehr fußt die Gesamtabwägungslehre auf der Überlegung, dass der Rahmenbetriebsplan im öffentlichen Interesse liegen soll, was er dann nicht tut, wenn er Rechte Dritter verletzt. Die Überzeugung, dass Rechtverletzungen mit der Zulassung des Rahmenbetriebsplans einhergehen können, hat dazu geführt, dass sie als Zulassungsvoraussetzung auch zu prüfen sind (Enteignungsprognose). Darum soll den Grundeigentümer auch bereits in diesem Stadium eine gerichtliche Klagemöglichkeit an die Hand gegeben werden. Auch den vom Bergbau Betroffenen ist nicht gedient, wenn man der Behörde gestattet ihre geronnene Überzeugung zu ihren Gunsten im Enteignungsverfahren wieder zu verlassen. Zum einen kann die fortschreitende Verwirklichung des Bergbaus die Auffassungsänderung vor schon geschaffene Tatsachen stellen, wodurch diese, wenn nicht gänzlich irrelevant, so doch zumindest uninteressanter wird: man denke an die im Rahmen von Braunkohletagebauen einsetzende Abwanderungsbewegung von Menschen und privaten und öffentlichen Einrichtungen als massive Veränderung des sozialen und städtebaulichen Umfelds.⁶⁶⁴ Zum anderen ist den Beteiligten am besten mit einem einfachen und eindeutigen Verfahren geholfen, bei dem von vornherein klar ist, wann welche Entscheidung zu treffen ist und wann und welche Belange sie vorzubringen haben. Die Hoffnung auf eine eventuelle Umkehr der Behördenüberzeugung führt nur zu einer weiteren Verunsicherung anstelle von klaren, Gewissheit bringenden Entscheidungen. Insofern fußt auch die Anforderung, dasselbe Verfahren zweimal durchlaufen zu lassen, auf keiner tragbaren Begründung. Das Verhalten wäre damit widersprüchlich und verletzt einen berechtigten Vertrauenstatbestand des Bergbauunternehmers. Es ist damit nach dem Grundsatz des *venire contra factum proprium* anzunehmen, dass dieselbe Behörde in exakt derselben Entscheidungssituation nicht anders entscheiden darf.

⁶⁶⁴ BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, I BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (334 f., Rn. 277) – Garzweiler.

F. Wann wird über die Frage entschieden, ob der Bergbau betrieben werden soll?

- bb. Ist eine derartige Bindungswirkung bezogen auf Enteignungsentscheidungen zulässig gemessen an den zur enteignungsrechtlichen Vorwirkung entwickelten Grundsätzen?

Damit ist aber eine Bindungswirkung der Entscheidung über die Zulassung des Rahmenbetriebsplans für die folgende Entscheidung über die Enteignung zu bejahen. Es handelt sich um eine enteignungsrechtliche Vorwirkung, d.h. dass entscheidende Voraussetzungen (hier bzgl. des „Ob der Enteignung“ sogar sämtliche Voraussetzungen) der Enteignungsentscheidung bereits durch vorangegangene Entscheidungen verbindlich geregelt werden. Dies Entscheidung mit enteignungsrechtlicher Vorwirkung muss sich jedoch wiederum an den Maßstäben des Art. 14 III GG messen lassen, wozu der Bestimmtheitsgrundsatz gehört. Die enteignungsrechtliche Vorwirkung muss ausdrücklich gesetzlich festgeschrieben sein. Dies ist sie nicht. Damit ist sie verfassungswidrig.

3. Fazit

Verfassungsrechtlich ist erstens die umfassende Abwägung der Belange von Betroffenen (bei komplexen Großvorhaben) schon im Rahmenbetriebsplan eingefordert. Zweitens muss die Behörde das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens beachten. Darum muss sie sich in ihrer Enteignungsentscheidung an ihrer im Rahmen der Enteignungsprognose getroffenen Entscheidung festhalten lassen. Die so konstruierten Bindungswirkungen haben die Wirkung einer enteignungsrechtlichen Vorwirkung. Diese müssen jedoch gesetzlich niedergelegt sein, was sie im BBergG nicht sind. Das BBergG ist insofern verfassungswidrig. Die Lösung dieses Dilemmas liegt damit allein in den Händen des Gesetzgebers.⁶⁶⁵ Will er die derzeitig herrschende Rechtsauffassung beibehalten, muss er zumindest die enteignungsrechtliche Vorwirkung festlegen.

Unter der Annahme, dass eine enteignungsrechtliche Vorwirkung für die Zulassungsentscheidung des Rahmenbetriebsplans eingeführt wird, liegt dann in der Zulassung des Rahmenbetriebsplans schon die Festlegung zugunsten des Erfolgs des Bergbauprojektes. Unklar ist jedoch, ob zusätzlich noch gefordert werden muss, dass es sich um ein komplexes Großvorhaben zu handeln habe. Von dieser Kategorie spricht das BVerfG und führt nur

⁶⁶⁵ Verfassungsrechtliche Bedenken äußert auch *Kaiser*, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 268.

zu diesen aus, dass die eigentlich zulässige Verfahrensstaffelung gemessen am Recht auf effektiven Rechtsschutz der Grundeigentümer hier nicht mehr zulässig sei, weil der Zeitraum der Verfahrenspunkte zueinander in zu großem zeitlichem Abstand läge. Muss daraus geschlossen werden, dass das Erfordernis der Berücksichtigung der Interessen der Grundeigentümer und damit das Erfordernis, eine Gesamtabwägung herbeizuführen (welche dann die enteignungsrechtliche Vorwirkung entfaltet), für nichtkomplexe Großvorhaben somit entfallen? Der Gesetzestext trifft selbst hier keine Differenzierung, sieht er ja de lege lata vom Wortlaut her bloß die Berücksichtigung der öffentlichen Interessen vor. Die Subsumption der Rechtsprechung, wonach keine rechtswidrigen Enteignungen zu erwarten sein dürfen, kann an sich die Bedingung enthalten, dass der effektive Rechtsschutz gewahrt sein solle. Insofern könnte das Erfordernis der Durchführung einer Gesamtabwägung auf die komplexen Großvorhaben beschränkt sein. Letztendlich muss aber wiederum an den Gesetzgeber verwiesen werden, der auch hierzu eine klare Regelung vorsehen sollte.

III. Hauptbetriebsplan

Sofern kein Rahmenbetriebsplan vorgeschrieben ist oder angeordnet wird, kommt der Hauptbetriebsplan, der die gestattende Wirkung herbeiführt, als Letztentscheidung über den Erfolg des Bergbauprojektes in Betracht. Dies ist er zumindest in den Fällen, in denen keine Grundabtretung durchgeführt werden muss.

In den Fällen, in denen ein Grundabtretungsverfahren durchgeführt werden muss, ist aber fraglich, ob die Gesamtabwägungslehre des § 48 II S. 1 BBergG auch auf die anderen Betriebspläne anzuwenden ist. An sich wird zurückgehend auf die Altenberg-Entscheidung des BVerwG § 48 II S. 1 BBergG als Zulassungsvoraussetzung als Ergänzung des Zulassungskatalogs des § 55 I BBergG gewertet⁶⁶⁶ und entfaltet damit auch für alle Betriebspläne Geltung. Die Gesamtabwägung soll nun innerhalb einer Enteignungsprognose durchgeführt werden, welche unter den Begriff der „öffentlichen Interessen“ subsumiert wird.⁶⁶⁷ Auch die Enteignungsprognose innerhalb eines Hauptbetriebsplans kann zu dem Ergebnis führen, dass die Enteignung nicht von Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt wäre. Sollte

⁶⁶⁶ BVerwG, Urteil v. 4.7.1986 - 4 C 31.84, BVerwGE 74, 315 (323) – Altenberg.

⁶⁶⁷ BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 (209 f.) – Garzweiler.

F. Wann wird über die Frage entschieden, ob der Bergbau betrieben werden soll?

demnach eine Gesamtabwägung auch im Hauptbetriebsplan durchgeführt werden müssen, dann könnte auch der Hauptbetriebsplan eine positive Grundentscheidung zur Zulassungsfähigkeit der Anlage enthalten. Auch hier würden sich dann die rechtlichen Fragen um die Bindungswirkung und die enteignungsrechtliche Vorwirkung stellen.

Etwas anderes würde sich dann ergeben, wenn der Anwendungsbereich der Gesamtabwägung auf die „Rahmensetzung“ im Rahmenbetriebsplan zu reduzieren sei.⁶⁶⁸ Nach der Herleitung der Gesamtabwägung käme es jedenfalls darauf an, ob der effektive Rechtsschutz nicht mehr im Rahmen des Grundabtretungsverfahrens gewährleistet werden kann, was für die Verfahren ohne Rahmenbetriebsplan wohl eher nicht der Fall sein dürfte.

Diese Rechtsfrage ist letztendlich offen und kann nur unter Rückgriff auf den Gesetzestext nicht entschieden werden. Die Differenzierung unterschiedlicher Zulassungsvoraussetzungen für Rahmen- und Hauptbetriebsplan müsste sich aber zweifelsfrei aus dem Gesetzestext entnehmen lassen. Es wäre wünschenswert, wenn der Gesetzgeber auch diese Rechtsfrage klärt.

IV. Grundabtretung

Nach den Garzweiler Entscheidungen des BVerfG und des BVerwG kommt die Grundabtretung als Letztentscheidung über den Erfolg des Bergbauvorhabens für die Vorhaben in Betracht, in denen keine Gesamtabwägung in der Betriebsplanzulassung stattgefunden hat.⁶⁶⁹ Denn der effektive Rechtsschutz der zu Enteignenden erfordert es, dass die Grundabtretungsvoraussetzungen ergebnisoffen geprüft werden und der Rechtsschutz nicht schon

668 Das BVerwG bezieht sich an der entscheidenden Stelle explizit auf die Zulassung von Rahmenbetriebsplänen: „Ein Tagebauvorhaben widerspricht dem öffentlichen Interesse i.S.d. § 48 Abs. 2 BBergG, wenn bereits bei der Zulassung des Rahmenbetriebsplans erkennbar ist, dass die Verwirklichung des Vorhabens daran scheitern muss, dass die dafür erforderliche Inanspruchnahme des Eigentums privater Dritter nicht durch Belange des Allgemeinwohls gerechtfertigt ist.“ (BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 (209 f.) – Garzweiler). An weiterer Stelle spricht das BVerwG, dass es „insbesondere“ die Funktion des Rahmenbetriebsplans wäre, die grundsätzliche Zulassungsfähigkeit des Gesamtvorhabens umfassend in den Blick zu nehmen (ebenda S. 210).

669 Hierfür ist wiederum entscheidend, ob die Gesamtabwägungslehre auf alle Betriebspläne Anwendung findet, auf alle (obligatorischen) Rahmenbetriebspläne oder nur auf alle komplexen Großvorhaben.

von vornherein zu spät komme, weil bereits vollendete Tatsachen geschaffen worden sind.⁶⁷⁰ Insofern müsste das Grundabtretungsverfahren zu dem Ergebnis führen können, dass das Bergbauvorhaben mit dem Allgemeinwohl und den öffentlichen Interessen nicht in Einklang zu bringen ist. Dies qualifiziert die Grundabtretung als Letztentscheidung über den Erfolg des Bergbauvorhabens.

Für die Vorhaben, die eine Gesamtabwägung schon innerhalb der Zulassung der Betriebspläne abarbeiten (und damit einhergehend eine positive Grundentscheidung zur Zulassungsfähigkeit der Anlage auslösen) ist die Frage, in welchem der beiden Schritte die Letztentscheidung stattfindet, auf Grundlage der derzeitigen Gesetzeslage nicht verfassungsgemäß zu beantworten. Hier wäre eine Lösung durch den Gesetzgeber (beispielsweise durch Einführung einer enteignungsrechtlichen Vorwirkung) erforderlich.

V. Ergebnis

Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Frage danach, in welcher Verfahrensstufe die verbindliche Entscheidung über den Erfolg des Bergbaus zu treffen sei, sehr differenziert nach den verschiedenen Bergbauvorhaben zu beantworten ist (Überblick hierzu Abbildung 13). So kommt es darauf an, ob bergfreie oder grundeigene Bodenschätze abgebaut werden sollen, ob es sich um ein komplexes Großvorhaben handelt oder ein Rahmenbetriebsplan durchgeführt wird (oder ob die Gesamtabwägung auch als Zulassungsvoraussetzung der anderen Betriebspläne gefordert wird) und ob ein Grundabtretungsverfahren durchgeführt werden muss.

⁶⁷⁰ BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, I BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (300 f. Rn. 194) – Garzweiler.

F. Wann wird über die Frage entschieden, ob der Bergbau betrieben werden soll?

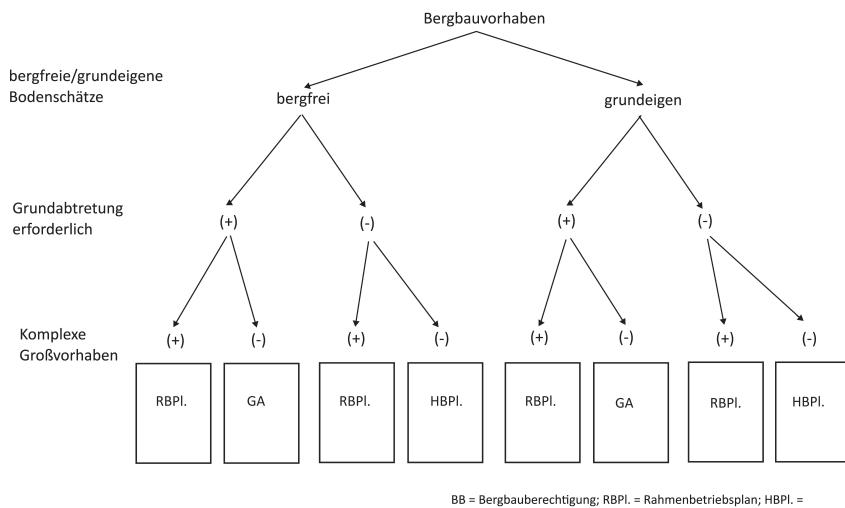


Abbildung 13: Übersicht in welchem Verfahrensschritt die Entscheidung über den Bergbau getroffen wird nach der vorherrschenden Rechtsauffassung (eigene Erstellung)

Die Untersuchung hat weiterhin gezeigt, dass das BBergG keine verfassungsgemäße Verfahrensstufung vorsieht. Der Gesetzgeber hatte mit den Bergbauberechtigungen und mit den Betriebsplänen im BBergG neue Rechtsinstitute geschaffen, die ihre ursprüngliche Idee, der isolierten Regelung bergrechtlicher Belange, im Rahmen der richterlichen Rechtsfortbildung aufgeben mussten. Eine dogmatische Einordnung ist stets unterblieben.⁶⁷¹ So wurde der Bezug von Rahmenbetriebsplan zum Grundabtretungsverfahren vom BVerwG und vom BVerfG ausdrücklich offengelassen. Die Institute sind so nicht aufeinander abgestimmt. Das genauere Untersuchen an rechtsstaatlichen Grundsätzen hat dabei ergeben, dass die Zulassung des Rahmenbetriebsplans eine ungeschriebene und damit rechtswidrige enteignungsrechtliche Vorwirkung enthält. Der Gesetzgeber selbst muss nun den Bezug der einzelnen Verfahrensschritte zueinander ausgestalten. In einer minimalinvasiven Änderung zur Herstellung der Verfassungsmäßigkeit müsste der Gesetzgeber zumindest die enteignungsrechtliche Vorwirkung in der Zulassung des Rahmenbetriebsplans festschreiben.

⁶⁷¹ W. Neumann sieht in dem fakultativer Rahmenbetriebsplan am ehesten eine Annäherung an das Recht der Genehmigung von Anlagen (in: Kühne/Ehricke, S. 37).

Von dieser Annahme werden weitere Untersuchungen dieser Arbeit ausgehen müssen. Schon allein dieser Befund deckt die desolate und unklare Gesetzeslage auf, die daraus resultiert, dass geänderte Anforderungen an die Gesetzesbestimmungen (fast) nur durch Richterrecht integriert wurden, sich aber im Gesetzestext selbst nicht niedergeschlagen haben. Das BBergG hat in diesem Regelungskomplex einen Zustand erreicht, in dem der juristisch versierte Leser sich die Gesetzeslage nicht mehr aus dem Gesetzestext erschließen kann. Hiervon (und von der schon festgestellten Verfassungswidrigkeit) ausgehend, findet daher eine umfassende Kritik an der Gesamtabwägungslehre statt (Kapitel 2 H.).

Diese erste Untersuchung kann Hinweise darauf geben, dass die dogmatisch nicht durchdachten Verfahrensstufen und auch die dogmatisch ungeklärte Rechtswirkung der Bergrechtsinstitute, sich auch im Lichte der Resourcenethik als problematisch erweisen können. Auf der Hand liegt dies für die Frage nach der Verfahrensgerechtigkeit, die einfordert, dass das Verfahren die tatsächliche Teilnahme als Verfahrenssubjekte ermöglicht und auch begünstigt. Ein hochkomplexes System von differenzierten Verfahren, die von verschiedenen Faktoren abhängig sind, und eine Rechtslage, die sich nicht ohne genaue bergrechtliche Vorkenntnisse aus dem Gesetzestext erschließen lässt und offene Rechtsfragen über die Reichweite einzelner Behördenentscheidungen bereit hält, könnte die Verfahrensteilnahme unnötig erschweren und behindern.

Zum zweiten ist es hinsichtlich der Verteilungsgerechtigkeit und des Nachhaltigkeitsgrundsatzes mehr als fraglich, ob gerechte und nachhaltige Entscheidungen über den Abbau von Bodenschätzen auf Grundlage eines Gesetzes getroffen werden können, welches die Hauptfrage, nämlich das „Ob“ des Bergbauvorhabens, nicht als Herzstück ins Zentrum der Normen rückt und hierfür dann auch eindeutige Kriterien vorgibt. Vielmehr ist schon die Beantwortung der Frage, an welcher Stelle die Behörde diese „Ob“-Entscheidung trifft, eine rechtlich schwierige Interpretationsleistung. Ist sie dann zumindest für komplexe Großvorhaben in der Zulassung des Rahmenbetriebsplans gefunden, dann findet sich das Kriterium der Gesamtabwägung, welches sonst das Herzstück jeder Planungsentscheidung bildet, nur als Subsumption der Frage wieder, ob öffentliche Interessen berücksichtigt werden. Dies lässt Zweifel auftreten, ob dieses „versteckte“ Kriterium die Frage über den Abbau des Allgemeinguts „Bodenschatz“ nachhaltig und verteilungsgerecht zu steuern vermag.

G. Die Raumplanung und ihr Einfluss auf bergrechtliche Gestattungen

Der Gesetzgeber des BBergG hatte in der Gesetzesbegründung allein der Raumordnung die Aufgabe zugewiesen, die künftige bergbauliche Nutzung zu sichern.⁶⁷² Explizit war das Verhältnis von Bergrecht und Raumordnung jedoch nicht geklärt; eine allgemeine Raumordnungsklausel enthielt das BBergG nicht.⁶⁷³ Insbesondere war fraglich, ob der § 4 I Nr. 3 ROG (oder § 4 I S. 2 Nr. 2 ROG)⁶⁷⁴ auch auf die bergrechtliche Planfeststellung anwendbar sei⁶⁷⁵ und ob Ziele der Raumordnung – nach der Legaldefinition des § 3 I Nr. 2 ROG eigentlich verbindliche Vorgaben zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raums, die auf einer abschließenden Abwägung beruhen – als einfache Belange im Rahmen von bergrechtlichen Abwägungen überwunden werden können.

Der 2017 neu eingefügte § 48 II S. 2 BBergG sieht nun vor, dass Ziele der Raumordnung zu beachten sind, wenn im Rahmen des § 48 II S. 1 BBergG über Beschränkungen oder Untersagungen von raumbedeutsamen Vorhaben entschieden wird.⁶⁷⁶ Der Gesetzgeber wollte damit klären, dass zum einen „[e]ntgegenstehende Ziele der Raumordnung [...] verbindlich und nicht nur abwägend zu berücksichtigen [sind]“.⁶⁷⁷ Zum anderen sollte die Einhaltung der Ziele der Raumordnung „[...] unabhängig davon [zu beachten sein], ob ein Vorhaben im Rahmen einer Planfeststellung genehmigt wird“.⁶⁷⁸ Die Ziele der Raumordnung sind folglich für alle Verfahren strikt zu beachten, die im Anwendungsbereich des § 48 II BBergG liegen. Durch die Anwendung des § 48 II BBergG als Zulassungsvoraussetzung im Rahmen des § 55 I BBergG sind die Ziele der Raumordnung folglich für alle Zulassungen der Betriebspläne von raumbedeutsamen Vorhaben verbindlich. Ein Bergbauvorhaben kann wohl in Anlehnung an § 3 I Nr. 6 ROG dann als raumbedeutsam angesehen werden, wenn durch dieses Vor-

672 BT-Drs. 8/1315, S. 67.

673 Kühne, DVBl. 1984, S. 709 f.

674 Frenz, Bergrecht & Nachhaltigkeit, S. 83 ff.

675 BVerwG Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 (210 f., Rn. 21) - Garzweiler; VG Cottbus Urteil v. 21.12.2016 - 3 K 77/15, BeckRS 2016, 1163II, Rn. 24 f.; Durner, in: Kment, ROG, § 4, Rn. 45, 129 m.w.N.; Ludwig, in: UBA, Bedarfsplanung, S. 285; UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 229.

676 Durch Artikel 3 des Gesetzes zur Änderung raumordnungsrechtlicher Vorschriften vom 23.05.2017 (BGBl. I vom 29.05.2017, S. 1245 ff.); Bundesregierung, Gesetzentwurf vom 18.01.2017, BT-Drs. 18/10883.

677 BT-Drs. 18/10883, S. 65.

678 BT-Drs. 18/10883, S. 64 f.

haben Raum, d.h. große Flächen an Grund und Boden,⁶⁷⁹ in Anspruch genommen oder die räumliche Entwicklung oder Funktion eines Gebietes beeinflusst wird. Raumbeeinflussend kann ein Bergbauvorhaben beispielsweise dadurch sein, dass es sich positiv auf den regionalen Arbeitsmarkt und die regionale Bevölkerungsentwicklung und/oder auch negativ auf die regionale Umweltsituation auswirkt.⁶⁸⁰ Auf eine Anwendbarkeit des § 4 I ROG kommt es für die Ziele der Raumordnung nicht mehr an, deren Verbindlichkeit garantiert nun § 48 II S. 2 BBergG.

Leider hat der Gesetzgeber nicht die Möglichkeit genutzt, einen ebenso klaren Bezug des Bergrechts zu den Grundsätzen und weiteren Erfordernissen der Raumordnung herzustellen.⁶⁸¹ Strittig bleibt insofern, ob sie als ‚öffentliche Interessen‘ in die Abwägungsentscheidung des § 48 II S. 1 BBergG einfließen⁶⁸² oder ob aufgrund des fehlenden Ermessensspielraums auf Ebene der Betriebsplanzulassung (sie ergeht nach der herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Lehre als gebundene Entscheidung) gerade kein Raum dafür wäre, die Grundsätze zu berücksichtigen.⁶⁸³

Das ROG sieht als Grundsätze der Raumordnung bezogen auf die Bodenschätzungen folgendes vor: Die Ressourcen sind nachhaltig zu schützen (§ 2 II Nr. 1 S. 2 ROG). Es sind raumplanerische Voraussetzungen zu schaffen, dass zum einen Rohstoffe geordnet aufgesucht und gewonnen und zum anderen Rohstoffe vorsorgend gesichert werden können (§ 2 II Nr. 4 S. 4 ROG). Generell sollen die Gestaltungsmöglichkeiten der Raumnutzung langfristig offen gehalten werden (§ 2 II Nr. 1 S. 6 ROG).

Auf der nächstkleineren Planungsebene, der Landesebene mit den korrespondierenden Landesentwicklungsplänen, hat sich dieser Grundsatz in

679 *Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, § 3 Rn. III.

680 Vgl. *Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, § 3 Rn. 116. Als Beispiel für ein Vorhaben, welches raumbeanspruchend, aber nicht raumbeeinflussend sei (was ausreicht, um die Raumwirksamkeit zu bejahen), nennt *Runkel* den Abbau von Sand und Kies, welcher große Flächen in Anspruch nehme, aber nur in geringem Umfang beschäftigungswirksam sei oder sonstige raumstrukturelle Wirkungen auslöse (in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, § 3 Rn. III).

681 Dies sah ein Vorschlag des Bundesrates mit der Einfügung folgenden Absatz 3 in § 48 BBergG vor: „Bei bergrechtlichen Zulassungen sind die Ziele der Raumordnung zu beachten sowie die Grundsätze und sonstigen Erfordernisse der Raumordnung zu berücksichtigen.“ (BT-Drs. 18/4952, S. 1).

682 *Frenz*, in: Frenz (Hrsg.), BBergG, § 48, Rn. 65; *ders.*, UPR 2023, 97; *Durner*, in: *Kment*, ROG, § 4, Rn. 132.

683 So UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 222; *von Mäßenhausen*, in: Boldt et al., BBergG, Anh. § 48, Rn. 118.

unterschiedlichen Facetten niedergeschlagen. In einigen Bundesländern gilt der Grundsatz, dass zum einen Vorrang- und Vorbehaltsgebiete (§ 7 III S. 2 Nr. 1 und 2 ROG) auszuweisen sind, die den geordneten Rohstoffabbau vorsehen und zum anderen Vorrangs- und Vorbehaltsgebiete die zukünftige Sicherung des Rohstoffabbaus ausweisen sollen.⁶⁸⁴ Auf der Regionalebene kommt dann die Möglichkeit hinzu Konzentrationsflächen auszuweisen. Dies sind Vorranggebiete mit der Wirkung von Eignungsgebieten gem. § 7 III S. 2 Nr. 3 ROG, d.h. die positive Zuweisungswirkung der Vorranggebiete wird um die negative Ausschlusswirkung der Eignungsgebiete ergänzt.⁶⁸⁵

Auch die örtliche Planung mit Flächennutzungsplan und Bebauungsplan kann die Nutzung des Raums steuern. Hier können auf gemeindlicher und übergemeindlicher Ebene Flächennutzungen katastatisch zugewiesen werden. Werden Vorranggebiete für den Abbau von Bodenschätzen im Regionalplan ausgewiesen, dann sind diese auch für die Gemeinde im Rahmen der Erstellung der Bauleitpläne verbindlich und ihre Planungshoheit ist insofern eingeschränkt.⁶⁸⁶

Die Raumordnung ist ein wichtiges Instrument, um schon auf der raumplanerischen Ebene die Weichen für einen nachhaltigen und effektiven Ressourcenschutz zu stellen. Ob dies gelungen ist und welche Verbesserungsvorschläge sich hierbei ergeben könnten,⁶⁸⁷ kann nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sein. Es bleibt zu konstatieren, dass in dem „unerlässliche[n] Zusammenspiel zwischen Raum- und Fachplanung“⁶⁸⁸ ein geregeltes Ineinandergreifen der Planungen von Bedeutung ist. Insbesondere ist es wünschenswert, dass der Impuls den § 2 II Nr. 1 S. 2 ROG setzt – die Ressourcen nachhaltig zu schützen – nicht unberücksichtigt im Bergrecht verhallt.

Auch kann sich der Ressourcenschutz nicht damit begnügen, ausschließlich auf die Raumplanung verwiesen zu werden, um sich dann mit einem Bergrecht konfrontiert zu sehen, welches ganz im Sinne eines Abbauauftrags operationalisiert worden ist. Beide Seiten sollten im Sinne des Ressourcenschutzes bewertet und ausgearbeitet werden.

⁶⁸⁴ Auf die einzelnen Regelungen eingehend: *Ludwig*, in: UBA, Bedarfsplanung, S. 288 f., mit tabellarischem Vergleich auf S. 291 ff.

⁶⁸⁵ *Ludwig*, in: UBA, Bedarfsplanung, S. 285 ff.; zu den allgemeinen Anforderungen an die Ausweisung siehe *Bovet*, in: UBA, Bedarfsplanung, S. 259.

⁶⁸⁶ OVG Bautzen, Urteil v. 17.08.2018, 1 A 320/17, BeckRS 2018, 37972, Rn. 79 ff.

⁶⁸⁷ Hierzu ausführlich UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 227 ff.; *Herrmann et al.*, ZUR 2012, S. 528 f.; v. *Weschpennig*, Strukturen des Bergrechts, S. 383 ff.

⁶⁸⁸ UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 222.

H. Kritik an der Gesamtabwägungslehre

Nachdem schon nachgewiesen wurde, dass de lege lata die Ausgestaltung der Bindungswirkung zur Grundabtretung für komplexe Großvorhaben nicht verfassungsgemäß möglich sei (Kapitel 2 F. II.), sollen hier vier weitere Aspekte der Herleitung einer Gesamtabwägung in § 48 II S.1 BBergG auf dem Prüfstand stehen. Zunächst wird untersucht, inwiefern die Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts trägt, die privaten unter die öffentlichen Interessen zu subsumieren (I.). Schließlich soll die Gesamtabwägungslehre vor dem eingeschränkten Anwendungsbereich des § 48 II S.1 BBergG untersucht werden (II.). Durch die fehlende gesetzliche Normierung ist es angebracht, die Herleitung der Gesamtabwägung auch an dem Gebot der Normenklarheit zu überprüfen (III.). Zuletzt stellt sich die Frage, ob der Gesamtabwägungslehre das in § 48 II BBergG enthaltene behördliche Ermessen entgegensteht (IV.).

I. Fehlschluss und Widerspruch in der Begriffslogik

Textlich sieht der § 48 II S.1 BBergG nur die Berücksichtigung der öffentlichen Interessen vor. In einer Gesamtabwägung müssen aber auch die privaten Interessen Berücksichtigung finden. „Privat“ und „öffentliche“ bilden jedoch ein Begriffspaar, d.h. sie sind zwei zusammengehörende, sich einander gegensätzlich entsprechender Begriffe.⁶⁸⁹ Der Begriff „öffentliche“ erfährt seine Abgrenzung erst durch die Gegenüberstellung mit dem Wort „privat“.⁶⁹⁰ Nicht nur, dass eine isolierte Definition eines Teils des

689 Duden, Stichwort: „Begriffspaar“. Als Beispiele für Begriffspaar seien folgende genannt: heiß – kalt, männlich – weiblich, oben – unten, rechts – links. Der Begriff „öffentliche“ hat in seiner zweiten Bedeutung den Begriff „geheim“ zum Gegensatz (Uerpman, Das öffentliche Interesse, S. 28). Diese zweite Bedeutung ist aber im Rahmen der Gesamtabwägung nicht gemeint. Siehe auch Beckmann, der öffentliche und private Interessen als Gegensatz kennzeichnet (Anm. zu BVerwG Moers-Kapellen, DVBl. 1989, S. 669, 671).

690 Auch wenn eine Grenzziehung im Mischbereich von staatlichen und privaten Handeln zum Teil nicht eindeutig möglich sein kann, stellt diese Vermischung die Kategorie der Begriffe nicht in Frage (Uerpman, Das öffentliche Interesse, S. 32). Als Grenzbereiche sind beispielsweise die Wahrnehmung von staatlichen Aufgaben durch Private oder die Beteiligung des Staates an privatwirtschaftlichen Unternehmen zu nennen. Analog dazu hebt auch das faktische Vorkommen von Intersexualität die Gegensätzlichkeit des Begriffspaares männlich-weiblich nicht auf.

Begriffspaares nicht möglich ist; die Definition des einen mit dem anderen Teil widerspricht der Logik des Begriffes. Dies wurde auch vom BVerwG erkannt, indem es feststellt, dass die Beeinträchtigungen eines einzelnen Oberflächeneigentümers durch den Bergbau nach dem Wortlaut (!) und der Systematik des BBergG kein öffentliches Interesse nach § 48 II BBergG darstelle.⁶⁹¹ Insofern kann die Auslegung des § 48 II BBergG, welche genau zu diesem Ergebnis führt, als erstaunlich bezeichnet werden.⁶⁹² Gegen diese Auslegung wird auch in der juristischen Literatur eingewandt, dass der Wortlaut unzulässig überdehnt sei.⁶⁹³ Öffentliche Interessen sind Gemeinwohlinteressen. Sie beziehen sich auf die Bürger in ihrer Gesamtheit und machen den Ausgangspunkt staatlichen Handelns aus.⁶⁹⁴ Private Interessen sind Interessen von Einzelnen.⁶⁹⁵ Die Privaten können in ihre Interessen auch Interessen anderer, bis hin zu Interessen des Gemeinwesens aufnehmen. Damit verlieren die Gemeinwohlinteressen aber nicht ihre eigentliche Anbindung an den Staat/an das Gemeinwesen. Der Staat hingegen darf nicht Partikularinteressen fördern.⁶⁹⁶

691 BVerwG, Urteil v. 16.03.1989 - 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (345 f.) – Moers-Kapellen.

692 So auch Hoppe: „Verwundert es nicht, wenn Tatbestandsmerkmale in der Rechtsprechung ‚umfunktioniert‘ werden, wenn aus ‚überwiegenden öffentlichen Interessen‘ in § 48 Abs. 2 BBergG unversehens auch private Belange des Oberflächeneigentümers werden?“ in: Hüffer (Hrsg.), Oberflächeneigentum und Bergbau, S. 36. Gantzsch bezeichnet diese Subsumption des BVerwG als „kühne Konstruktion“ (in: Hüffer (Hrsg.), Oberflächeneigentum und Bergbau, S. 49).

693 So schon Rasel (Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 283 f.), der die Auslegung als schlichtweg falsch kennzeichnet. Kühne verweist darauf, dass der Begriff des öffentlichen Interesses sich im „Dunst völliger Unbestimmtheit“ auflöse, wolle man auch private Interessen darunter fassen (Anm. zu BVerwG Moers-Kapellen, JZ 1990, S. 138, 139). Ebenso: Beckmann, Anm. zu BVerwG Moers-Kapellen, DVBl. 1989, S. 669, 671; Hoppe, Das Spannungsverhältnis von Bergwerkeigentum und Oberflächeneigentum im Lichte des Verfassungsrechts, S. 20; Beier, DÖV 2015, S. 316. Durner kündigt rechtsdogmatische Zweifel an und mahnt, dass die wichtige Funktion der unterschiedlichen Begriffe nicht ohne Not verwischt werden sollte (Konflikte räumlicher Planungen, S. 370, auch Fn. 98). Und Ludwig spricht in diesem Zusammenhang von einer Auslegung „contra legem“ (VerwArch 2017, S. 573). Von Weschpfennig hingegen sieht die Auslegung als vom Wortlaut umfasst an (Strukturen des Bergrechts, S. 223 f., 227).

694 Isensee in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band IV, § 73, Rn. 5.

695 Isensee in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band IV, § 73, Rn. 5. Im Rahmen des § 48 II BBergG werden unter den privaten Interessen auch die Interessen der Gemeinden an der kommunalen Selbstverwaltung gefasst (BVerwG, Urteil v. 30.3.2017 - 7 C 17/15, NVwZ-RR 2017, S. 685 (S. 688 f., Rn. 33)).

696 Isensee in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band IV, § 73, Rn. 5.

1. Argumentationsstruktur des BVerwG

Wie ausgeführt, fasst das BVerwG den Begriff des privaten nicht direkt unter den Begriff des öffentlichen, sondern wählt den Umweg über die Feststellung, dass ein öffentliches Interesse an der Nichtverletzung der Eigentumsordnung bestehe, ergo die Nichtverletzung von Privatinteressen im Rahmen der öffentlichen Interessen zu berücksichtigen seien (siehe schematisch dargestellt in der Abbildung 14).

Erste Prämisse:	Die Öffentlichen Interessen sind im Zulassungsverfahren zu berücksichtigen.
Zweite Prämisse:	Die Nichtverletzung von Rechten Privater ist im öffentlichen Interesse .
Schlussfolgerung:	Die Nichtverletzung von Rechten Privater ist im Zulassungsverfahren zu berücksichtigen.

Abbildung 14: Argumentationsmuster des BVerwG bzgl. der Auslegung des § 48 II BBergG (eigene Erstellung)

Es handelt sich bei der Argumentation des BVerwG um einen syllogistischen Schluss des Modus Barbara, der ein gültiger Schluss ist⁶⁹⁷. Bei diesem Modus werden drei Begriffe auf eine bestimmte Weise miteinander ins Verhältnis gesetzt. Jede Prämisse und auch die Schlussfolgerung bezieht jeweils zwei Begriffe aufeinander in einer bestimmten Urteilsform. Der Begriff, der in beiden Prämissen auftaucht, wird als Mittelbegriff bezeichnet. Er verbindet die Begriffe und macht eine Schlussfolgerung überhaupt erst möglich.⁶⁹⁸ In der Argumentation des BVerwG ist der Mittelbegriff der Terminus ‚öffentliches Interesse‘. Die beiden anderen Begriffe werden als Subjekt und Prädikat bezeichnet.⁶⁹⁹ Im Syllogismus gibt es vier verschiedene Urteilsformen. Dies sind Varianten, wie die Begriffe miteinander verbunden werden. Die Urteilsformen können die Beziehung bejahen oder verneinen und dieses Urteil auf alle Teilnehmer der Begriffsgattung beziehen (univer-

697 Joerden, Logik im Recht, S. 331.

698 Joerden, Logik im Recht, S. 329.

699 Joerden, Logik im Recht, S. 329.

Erste Prämisse:	Die Öffentlichen Interessen sind im Zulassungsverfahren zu berücksichtigen.		
MaP	M (Mittelbegriff)	a	P (Prädikat) (bejahend)
Zweite Prämisse:	Die Nichtverletzung von Rechten Privater	ist	im öffentlichen Interesse .
SaM	S (Subjekt)	a	M
Schluss- folgerung:	Die Nichtverletzung von Rechten Privater	ist	im Zulassungsverfahren zu berücksichtigen.
SaP	S	a	P

Abbildung 15: Argumentation des BVerwG aufgeschlüsselt nach der logischen Struktur (Modus Barbara) (eigene Erstellung)

sell) oder nur auf einige (partikulär).⁷⁰⁰ Im Modus Barbara werden in den Prämissen und in der Schlussfolgerung die jeweiligen Begriffe bejahend und universell aufeinander bezogen.⁷⁰¹ Diese Urteilsform wird mit ‚a‘ abgekürzt. In dem hier zugrundliegenden Syllogismus ist die erste Prämisse dem § 48 II S.1 BBG entnommen. Sie lautet: Öffentliche Interessen sind im Zulassungsverfahren zu berücksichtigen. Die Begriffe ‚Öffentliches Interesse‘ und die ‚Berücksichtigung im Zulassungsverfahren‘ werden miteinander ins Verhältnis gesetzt. Und dies geschieht bejahend und uneingeschränkt⁷⁰².

700 Die bejahenden Urteilsformen sind folgende Verbindungen: „Alle p sind q“ (universell) und „einige p sind q“ (partikulär). Die verneinenden Urteilsformen sind folgende Verbindungen: „Kein p ist q“ (universell) und „einige p sind nicht q“ (partikulär) (Joerden, Logik im Recht, S. 328).

701 Zur Verdeutlichung sei als Beispiel folgender Schluss angebracht: Alle Menschen sind sterblich (Erste Prämisse). Alle Deutschen sind Menschen (Zweite Prämisse). Alle Deutschen sind sterblich (Schlussfolgerung).

702 Der § 48 II S.1 BBG sieht eigentlich eine Einschränkung vor, indem er einen Anwendungsvorbehalt des Absatz 1 vorsieht („In anderen Fällen als denen des Absatzes 1 und des § 15“). Dies ist aber für die Untersuchung der Gültigkeit des Schlusses hier irrelevant und wird daher für diese Untersuchung außer Acht gelassen.

Die zweite Prämissen, die das BVerwG aufstellt, setzt die Begriffe ‚Nichtverletzung der Rechte Privater‘ und die ‚öffentlichen Interessen‘ bejahend und universell miteinander in Verbindung.⁷⁰³ Dieses zweite Auftauchen des Begriffs ‚öffentliche Interesse‘ kennzeichnet diesen als Mittelbegriff. Zuletzt nimmt auch die Schlussfolgerung keine Verneinung oder Eingrenzung der Aussage auf bestimmte Fälle vor.

2. Fehlschluss

Dieser Schluss begeht einen logischen Fehler, den sog. quaternio terminorum oder auch Begriffsverschiebung,⁷⁰⁴ indem der Mittelbegriff „öffentliche Interesse“ in der Argumentation nicht einheitlich verwendet wird.⁷⁰⁵ Im § 48 II S. 1 BBergG (erste Prämissen) hat das öffentliche Interesse die Funktion eines Tatbestandsmerkmals. Die Begrifflichkeit ‚öffentliche Interesse‘ steht als Platzhalter (Auffangtatbestand) für verschiedenartige Anliegen, die die Allgemeinheit betreffen und durch das Bergbauvorhaben konkret bedroht werden. Die erste Prämissen kann wie folgt umformuliert werden: Das negative Tatbestandsmerkmal des entgegenstehenden öffentlichen Interesses darf nicht erfüllt sein.

In der Feststellung (zweite Prämissen) des BVerwG, dass es im öffentlichen Interesse liege, Rechte Privater nicht zu verletzen, handelt es sich um eine Wertung allgemeiner Art. Die Rechte anderer nicht zu verletzen ist eine Grundannahme und der gesamten Rechtsordnung zugrunde gelegt.⁷⁰⁶

703 Eine verneinende Aussage sähe beispielsweise folgendermaßen aus: Die Achtung (Nichtverletzung) von Rechten Privater ist nicht im öffentlichen Interesse (verneinend und universell). Oder: Die Achtung (Nichtverletzung) von Rechten Privater ist nicht immer im öffentlichen Interesse (verneinend und partikular).

704 Joerden, Logik im Recht, S. 365 ff.

705 Auch Hoppe spricht von dem öffentlichen Interesse an der Nichtanwendung einer verfassungswidrigen Norm und dem öffentlichen Interesse als des Genehmigungsversagungstatbestandes als ein jedenfalls anderes Interesse (Das Spannungsverhältnis von Bergwerkseigentum und Oberflächeneigentum im Lichte des Verfassungsrechts, S. 20; so auch ders. in: Hüffer (Hrsg.), Oberflächeneigentum und Bergbau, S. 36). Mit Kühne kann auf die zwei Erscheinungsformen des öffentlichen Interesses verwiesen werden. Dies sind einerseits die öffentlichen Interessen, die einer abstrakten und generellen Norm zugrunde liegen und andererseits die öffentlichen Einzelinteressen, die in eine Abwägung einfließen (ZfB 1980, S. 58).

706 Auch Rasel erkennt die zwei Ebenen des öffentlichen Interesses, indem er feststellt, dass der Schutz der Eigentumsordnung natürlich ein öffentliches Interesse sei, aber hieraus kein individueller Schutzzanspruch erwachse (Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 284).

In dieser Lesart ist der Satz ein wahrer Satz. Setzt man in diese Feststellung jedoch die Konnotation der ersten Aussage (erste Prämisse) ein, ergibt sich folgende Feststellung: Das Tatbestandsmerkmal ‚öffentliches Interesse‘ erfordert es, dass die Rechte Privater nicht verletzt werden.

Dies wiederum ist nicht zutreffend und zeigt die Unzulässigkeit des Schlusses. Wie bereits ausgeführt können die privaten Rechte/Interessen nicht unter den Begriff des öffentlichen Interesses subsumiert werden, weil es sich um gegensätzliche Begriffe handelt. Dieser Auslegung liegt damit ein Fehlschluss zugrunde.⁷⁰⁷

Weiterhin wird von *Beier* vorgebracht, dass die Schutznormtheorie nicht richtig angewandt werde und es sich bei dem Schutz von Privaten wohl eher um einen Rechtsreflex handle, als um einen von der Norm (zumindest auch) gewollten Schutz Privater.⁷⁰⁸ Das BVerwG geht auf diese Fragestellung nicht ein sondern verweist lediglich darauf, dass dem Grundeigentümer die abschlägige Entscheidung über eine Betriebsplanzulassung zugutekomme, da er sein Eigentum dann nicht opfern brauche.⁷⁰⁹

3. „Heilung“ der Auslegung durch den Gesetzgeber

Das Bundesverwaltungsgericht führt zur Unterstützung seiner Herleitung der Abwägung in § 48 II S. 1 BBergG das Argument heran, dass der Gesetzgeber mit der Einführung der § 48 II S. 2-5 BBergG (nunmehr S. 3-6) seine Rechtsprechung anerkannt und dessen Wertung übernommen habe.⁷¹⁰ Fraglich ist daher, inwiefern sich der Gesetzgeber diese Auslegung des BVerwG mit der Ergänzung um § 48 II S. 2-5 BBergG (nunmehr S. 3-6) zu eigen gemacht hat und sie insofern "heilen" konnte oder ob eine Übertragung des Fehlschlusses in das Gesetz zu einem Verstoß gegen das Gebot der Normenklarheit führt.

Dem unbefangenen Gesetzesleser wird sich ein Widerspruch bei der Lektüre des § 48 II BBergG auftun. Satz 1 spricht von der Berücksichtigung von öffentlichen Interessen. Im Satz 3-6 ist dann das Wie der Verfahrensbe-

707 Auch *v. Weschpfennig* lehnt die Moers-Kapellen-Entscheidung ab, begründet dies aber mit der Überschreitung der Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung (Strukturen des Bergrechts, S. 227 ff.).

708 *Beier*, DÖV 2015, 316.

709 BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 (211, Rn. 22) – Garzweiler. *Neumann*, W. in: Kühne/Ehricke, S. 37 f.

710 BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 (210, Rn. 20) – Garzweiler.

teiligung von Rechten Dritter (und der Umweltverbände (§ 48 II S. 3 i.V.m. § 57 IV S. 5, 6 VwVfG)) geregelt.

Die Auslegung nach dem Wortsinn ist Ausgangspunkt und Grenze jeder Gesetzesinterpretation. Die Interpretation darf nicht über den Rahmen hinausragen, den der Wortsinn setzt.⁷¹¹ Der Begriff ‚öffentliches Interesse‘ ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Unter ihn fällt eine Vielzahl unterschiedlichster Anliegen des Gemeinwesens.⁷¹² Die Grenze des Wortes ‚öffentliche‘ ist aber da gezogen, wo die privaten Interessen beginnen (wenn die Ein- und Zuordnung im Einzelfall auch schwierig sein mag). Die Gesetzesauslegung, die unter die öffentlichen die privaten Interessen subsumiert, verstieße gegen den Wortsinn. Zu der Gesetzesauslegung nach dem Wortsinn (grammatische Auslegung) gehört aber auch die norminterne Kontextbetrachtung.⁷¹³ Insofern ist der § 48 II S. 2 BBergG bei der Bestimmung des Wortsinns des § 48 II S. 1 BBergG hinzuzuziehen. In dieser findet sich die Formulierung, dass die Vorschriften gelten „soweit die öffentlichen Interessen zugleich den Schutz von Rechten Dritter umfassen“. Satz 3 geht dem Wortlaut nach davon aus, dass die öffentlichen Interessen unter Umständen den Schutz privater Rechte beinhalten. Dies ist zu unterscheiden von der Feststellung, dass in einem Anliegen private Interessen mit öffentlichen Interessen (zufällig) zusammenfallen können, was aber ihren Charakter als öffentlich oder privat nicht aufheben würde.

Der § 48 II BBergG ist damit einheitlich so zu verstehen, dass unter die öffentlichen Interessen auch private Interessen zu subsumieren sind. Auch die historische Auslegung weist in diese Richtung. Der Wirtschaftsausschuss des Bundestages, auf dessen Initiative die Einfügung der Sätze 3-6 (damals 2-5) zurückgeht, verweist ausdrücklich auf die Moers-Kapellen-Entscheidung⁷¹⁴ des Bundesverwaltungsgerichts, um zu klären, wann private Rechte auch von den öffentlichen Interessen umfasst sind.⁷¹⁵ Das auf einen Fehlschluss beruhenden Verständnis übernimmt der Gesetzgeber

711 Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 143 f.; siehe auch Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 738, 786.

712 Beispiellohaft seien hier der Naturschutz und die Landschaftspflege, die Raumordnung und Landesplanung, der Verkehr und der Gewässerschutz genannt (Beispiele aus BT-Drs. 8/1315, S. 87). Siehe weiterhin auch Kapitel 5 B. I. 2. a.

713 Krüper, Grundlagen des Rechts, § 9 Rn. 25.

714 BVerwG, Urteil v. 16.03.1989 - 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 – Moers-Kapellen.

715 Wirtschaftsausschuss, Beschlussempfehlung und Bericht vom 08.11.89, BT-Drs. 11/5601, S. 15 f. (als lediglich redaktioneller Fehler ist das fälschliche Datum -Oktober statt März- zu werten).

damit direkt aus der Auslegung des BVerwG. Der Wirtschaftsausschuss nimmt an, dass im Falle der Betroffenheit Dritter eine Einzelfallbeteiligung vorzunehmen wäre, aber dies ausnahmsweise in den vorgeschlagenen Fällen durch ein Auslegeverfahren, welches sich an das Planfeststellungsverfahren anlehnt, ersetzt werden könne. Damit sollen befürchtete Verfahrensfehler vermieden werden. Der Gesetzgeber betont, dass es sich um Einzelfälle handele, wenn öffentliche Interessen auch private Interessen umfassen und auch nur dann seien Private zu beteiligen.⁷¹⁶ Zur Beantwortung der Frage, wann ein solcher Einzelfall eintritt und welche Kriterien der Einzelfall erfüllen müsse, verweist der Gesetzgeber auf das Moers-Kapellen Urteil des BVerwG. Dieses sieht die privaten Interessen immer dann als relevant im Sinne des § 48 II S. 1 BBergG an, wenn das Oberflächeneigentum von einem Gewicht betroffen sein wird und dies auch schon im Zeitpunkt der Betriebsplanzulassung mit einiger Wahrscheinlichkeit zu prognostizieren ist.⁷¹⁷ Es ist nach der Auffassung des BVerwG (1989) nicht notwendig jeden möglicherweise betroffenen Eigentümer zu beteiligen.⁷¹⁸ Eine solch umfassende drittschützende Norm würde den Bergbau unzumutbar erschweren.⁷¹⁹ Kleinere und mittlere Bergschäden von üblichem Umfang fallen damit von vornherein nicht unter die als öffentlich gedachten privaten Interessen.⁷²⁰ Diese, der Änderung des Gesetzes zugrunde gelegten Auffassung hat sich auch im Gesetzeswortlaut niedergeschlagen („*Soweit* die öffentlichen Interessen zugleich den Schutz von Rechten Dritter umfassen [...], (§ 48 II S. 2 BBergG, Hervorhebung N.L.). Aufgrund dieses

716 Wirtschaftsausschuss, Beschlussempfehlung und Bericht vom 08.11.89, BT-Drs. 11/5601, S. 16.

717 Diese Einschränkung ist dem Moers-Kapellen-Urteil zu entnehmen (BVerwG, Urteil vom 16.03.1989 - 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (330, 345 f.)), auf welche der Wirtschaftsausschuss an dieser Stelle verweist (Wirtschaftsausschuss, Beschlussempfehlung und Bericht vom 08.11.89, BT-Drs. 11/5601, S. 16).

718 So explizit: „Klarstellend sei insoweit bemerkt, daß etwa bei einem umfangreichen Bergbauvorhaben nicht notwendig in jedem einzelnen Betriebsplanzulassungsverfahren jeder möglicherweise betroffene Eigentümer zu beteiligen ist. Treten bei der Ausführung von Betriebspfänden trotz ihrer vorherigen behördlichen Prüfung kleinere und mittlere Schäden im üblichen Umfang auf, so sind die davon Betroffenen verfassungsrechtlich unbedenklich insoweit allein auf die Bergschadensregulierung [...] verwiesen [...].“ (Urteil v. 16.3.1989 - 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (344) - Moers-Kapellen).

719 BVerwG, Urteil v. 16.3.1989 - 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (336) – Moers-Kapellen.

720 Für die in dieser Art betroffenen Eigentümer hatte der Grundsatz des „dulde und liquidiere“ auch nach der Moers-Kapellen-Entscheidung (BVerwGE 81, 329 (335, 344 f.)) seine Richtigkeit.

einengenden Verständnisses des Gesetzesgebers ist es fraglich, ob der § 48 II S. 1 entgegen seiner historischen und grammatischen Auslegung nun mit der neuen Rechtsprechung des BVerwG doch noch als eine Norm gelesen werden kann, die umfassenden Drittschutz gewährt, und die deswegen eine Gesamtabwägung etabliert. Die Einführung der § 48 II S. 2-5 BBergG können damit jedenfalls nicht als Argument für die Einführung einer Gesamtabwägung herangezogen werden. So aber das Bundesverwaltungsgericht im Garzweiler Urteil.⁷²¹ Die historische und grammatische Auslegung steht der Annahme einer Gesamtabwägung eher entgegen. Gestützt wird dies noch durch den Befund, dass der Gesetzgeber die Einführung des § 48 II S. 2-5 BBergG einleitend als nur „verfahrenstechnische Ergänzung“⁷²² bezeichnet. Dadurch, dass die Auslegung des BVerwG jedoch auf einem Fehlschluss beruht und damit an sich nicht zu befolgen ist, wird die Gesetzesänderung zum einzigen durchschlagenden Argument überhaupt von einer Berücksichtigung von privaten Interessen auszugehen. Damit handelt es sich bei der Einführung der verfahrenstechnischen Seite des § 48 II S. 2-5 BBergG nicht nur um eine verfahrenstechnische Ergänzung, sondern um eine materiell rechtliche Änderung der Betriebsplanzulassungsvoraussetzungen. Dieser weitreichenden Änderung war sich der Gesetzgeber offensichtlich nicht bewusst, als er die Gesetzesänderung als bloße verfahrenstechnische Änderung bezeichnet hat. Er hat die materiell rechtliche Lage damit verkannt. Dass er eine über die verfahrenstechnische Ergänzung des vermeintlichen status quo hinausgehende Berücksichtigung Privater, gar einer Gesamtabwägung ins Auge gefasst hat, kann nicht behauptet werden.

Der Gesetzgeber hat sich damit auf die Rechtsprechung des BVerwG gestützt. Da diese aber nur eine einschränkende Berücksichtigung von privaten Belangen vorsah, spricht die historische und grammatische Auslegung gegen das Verständnis des § 48 II BBergG als ein Auffangtatbestand, durch den die privaten Belange umfassend zu berücksichtigen sind.

Ob der Gesetzgeber die fehlerhafte Auslegung des BVerwG heilen konnte, indem er sich diese zu eigen machte, dies muss am Gebot der Normenklarheit geprüft werden. Der Fehlschluss des BVerwG, der in § 48 II BBergG übernommen wurde, macht diesen widersprüchlich und könnte

721 BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 ff. (210, Rn. 20) – Garzweiler.

722 Wirtschaftsausschuss, Beschlussempfehlung und Bericht vom 08.11.89, BT-Drs. 11/5601, S. 15.

damit gegen das Gebot der Klarheit des Rechts verstößen und aus diesem Grunde verfassungswidrig sein.

4. Verstößt § 48 II BBergG gegen das Gebot der Normenklarheit?

Das Gebot der Klarheit des Rechts wird aus dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit abgeleitet und in diesem wird es zumeist dem Prinzip der Rechtssicherheit zugewiesen.⁷²³ Die Rechtssicherheit hat zum Ziel, dass der Bürger sich auf die Rechtsordnung verlassen kann und ihm daher der Staat in seinem Handeln nicht als unverständliche, unberechenbare Willkürgewalt erscheint. Damit sich der Bürger auf die Rechtsordnung verlassen kann, müssen Hoheitsakte, insbesondere Gesetze, klar und bestimmt sein.⁷²⁴ Zu der Frage, wann ein Gesetz unklar ist, hat sich eine umfangreiche Kasuistik ergeben.⁷²⁵ So genügt eine Norm dem Gebot der Rechtsklarheit nicht, wenn sie ihren wirklichen Gehalt nicht zum Ausdruck bringt, wenn sie missverständlich, irreführend oder widersprüchlich ist.⁷²⁶ Auch unübersichtliche und komplexe Verweisungen innerhalb verschiedener Normkörper oder auch unverständliche Kompetenzvorschriften sind am Maßstab der Rechtsklarheit zu prüfen.⁷²⁷ Hier könnte das Merkmal ‚Widersprüch-

723 Grzeszick, in: Maunz/Düring, Losebl. (Stand: Mai 2023), Art. 20 GG, unter VII, B, 1, Rn. 49 f., 51 ff. *Towfigh* leitet das Gebot der Normenklarheit aus der Gewaltenteilung (Art. 20 II S. 2 GG) her. Wenn die Legislative unklare Gesetze erlässt, dann könnte die Rechtsprechung, die ihr zugedachte Kontrolle nicht durchführen, weil ihr der Maßstab für die Bewertung einer gesetzmäßigen Handlung fehle. Mit der Ermächtigung der Legislative zum Erlass von Gesetzen gehe die Pflicht einher auch klare Normen zu schaffen. Sind die Gesetze unklar, so bezeichnet sie *Towfigh* als scheinbare Gesetze, denen gerade ihre *essentialia* (ein klarer Befehl) abhandengekommen ist (JA 2015, S. 81 ff.).

724 Grzeszick, in in: Maunz/Düring, Losebl. (Stand: Mai 2023), Art. 20 GG, unter VII, B, 1, Rn. 50. *Towfigh* stellt hingegen nicht auf den Empfängerhorizont des Bürgers („objektivierte Adressatenansicht“) sondern auf das Verständnis eines Juristen ab (JA 2015, S. 85 f.).

725 *Towfigh*, JA 2015, S. 84.

726 BVerfG, Urteil v. 23.10.1951 – 2 BvG 1/51, BVerfGE 1, 14 ff., (16, Urteilsleitsatz Nr. 14) – Volksbefragung.

727 Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band II, Art. 20, Rn. 142 ff. Das BVerfG weist ein Gesetz zurück, welches zur Regelung einer Materie auf bestehendes Recht verweist. Diese Bestimmbarkeit des geltenden Rechts aber durch die Unübersichtlichkeit der überlagernden Gesetze und Erlasse nicht mit Sicherheit bestimmbar waren (BVerfG, Urteil v. 30.05.1956 – 1 BvF 3/53, BVerfGE 5, 25 (33) – Apothekenerrichtung; vgl. auch BVerfG, Beschluss v. 9.04.03 – 1 BvL 1/01, 1 BvR 1749/01, BVerfGE 108, 52 (75f.) – Kindesunterhalt).

lichkeit“ einschlägig sein. Bei der Prüfung des Gebots der Normenklarheit ist eine besondere Zurückhaltung an den Tag zu legen, resultierend aus der Rücksichtnahme der gerichtlichen Kontrolle vor dem gesetzgeberischen Entscheidungsspielraum; der auch hinsichtlich der sprachlichen Ausgestaltung eines Gesetzes bestehe.⁷²⁸ Es geht nicht um die Optimierung der Verständlichkeit des Gesetzestextes, sondern um die Frage, ob ein Gesetzestext so evident oder extrem unklar/unverständlich ist, dass er seine essentialia, nämlich einen bestimmabaren⁷²⁹ Inhalt, vermissen lässt.⁷³⁰ Nur dann muss der Gesetzestext aus verfassungsrechtlicher Sicht scheitern.⁷³¹ Folgende Fälle hat das BVerfG als solche gekennzeichnet: Das BVerfG sieht in der Zuordnung des einen Verfahrens in die Zuständigkeit der einen Behörden (Landesverwaltung) und die Zuordnung des an sich gleichen Verfahrens in die Zuständigkeit einer anderen Behörde (Bundesverwaltung) zwei sich widersprechende Normen, die gegen das Gebot der Normenklarheit und Widerspruchsfreiheit verstößen.⁷³² Außerdem ist das Gesetz widersprüchlich, welches die Auszählung der Stimmen einer Volksbefragung von verschiedenen Fragen in ein Ergebnis zusammenfasst.⁷³³ Ein weiteres Beispiel liegt in der Auszeichnung einer Handlung als genehmigungspflichtig und zugleich als Verboten.⁷³⁴ Auch ein identisch formulierter Maßstab, der je nach Kontext mit unterschiedlichen Anforderungen gefüllt sein soll, lässt das BVerfG an den Anforderungen der Normenklarheit scheitern.⁷³⁵

Wie gezeigt, setzt der § 48 II BBergG die privaten mit den öffentlichen Interessen gleich – doch dies läuft der Begriffslogik zuwider. Die öffentlichen Interessen umfassen nie die privaten Interessen/Rechte, lediglich

728 Grefrath, JA 2008, S. 714.

729 Das BVerfG räumt der Bestimmung des Inhalts durch normale juristische Auslegung den Vorrang ein: BVerfG, Beschluss v. 24.07.1963 - 1 BvR 425, 786, 787/58, BVerfGE 17, 67 (82 f.); BVerfG, Beschluss v. 27.11.1990 – 1 BvR 402/87, BVerfGE 83, 130 (145) – Josefine Mutzenbacher; BVerfG, Beschluss v. 3.06.1992 – 2 BvR 1041/88, 78/89, BVerfGE 86, 288 (311) – Strafaussetzung bei lebenslanger Freiheitsstrafe.

730 Grefrath, JA 2008, S. 714; Towfigh, JA 2015, S. 83.

731 Fallentscheidungen, die nicht am Merkmal der Rechtsklarheit gescheitert sind: BVerfGE 25, 216 (226 f.); BVerfG, Beschluss v. 24.07.1963 - 1 BvR 425, 786, 787/58, BVerfGE 17, 67 (82 f.).

732 BVerfG, Urteil v. 15.07.2003 - 2 BvF 6/98, BVerfGE 108, 169 (181 ff.) – Telekommunikationsgesetz.

733 BVerfG, Urteil v. 23.10.1951 - 2 BvG 1/51, BVerfGE 1, 14 (16, 45 f.) – Volksbefragung.

734 BVerfG, Beschluss v. 07.04.1964 - 1 BvL 12/63, BVerfGE 17, 306 (314) – Mitfahrerzentrale.

735 BVerfG, Urteil v. 26.07.2005 - 1 BvR 782/94, 957/96, BVerfGE 114, 1 (54) – Übertragung von Lebensversicherungsverträgen.

kann sich ein Schutzreflex zugunsten der privaten Interessen ergeben (siehe oben).⁷³⁶ Für diesen Schutzreflex bedarf es aber keiner Verfahrensbeteiligung. Eine Aufweichung der Unterscheidung von öffentlichen und privaten Interessen oder gar eine Gleichsetzung wäre verheerend; darf doch der Staat nur zugunsten der öffentlichen Belange/des Gemeinwohlinteresses nicht aber zur Förderung von Partikularinteressen tätig werden.⁷³⁷ Wollte der Gesetzgeber private Interessen berücksichtigt wissen, könnte er diese explizit in den Wortlaut des § 48 II S. 1 BBG einfügen.

Der § 48 II BBG ist damit an sich widersprüchlich. Bei den Fallbeispielen des BVerfG handelt es sich jedoch (zumeist) um Gesetze, die zwei Aussagen enthalten, die sich direkt widersprechen und die sich auch mit Hilfe der Auslegung nicht in Einklang bringen lassen. Ein solcher gravierender Verstoß gegen die Regeln von Denkgeboten liegt hier nicht vor. Hier stehen sich nicht zwei diametrale Aussagen gegenüber, sondern die Begrifflichkeiten ‚öffentliche‘ und ‚privat‘ wird verkannt. Der Fehlschluss in der Aussagenlogik bei der Auslegung des Gesetzes führt zu einem Fehler in der Begriffslogik im Gesetz (nach der Gesetzesänderung). Die fehlerhafte Begriffslogik führt aber nicht dazu, dass der Gesetzgeber sich überhaupt nicht verständlich machen konnte. Wie die Auslegung gezeigt hat, will der Gesetzgeber im § 48 II BBG (im Einzelfall) auch private Belange berücksichtigt wissen. Dies muss letztendlich entscheidend sein. Am Gebot der Normenklarheit würde das Gesetz beispielsweise dann scheitern, wenn es einerseits formulieren würde, dass **nur** öffentliche Interessen zu berücksichtigen sind und andererseits, dass für dieselbe Entscheidung öffentlich **und** private Interessen zu berücksichtigen sind. Für diesen Fall könnte der Gesetzesanwender (auf Basis der grammatischen Auslegung) nicht feststellen, welche Interessen nun tatsächlich zu beachten sind und er könnte sich mal so und mal so entscheiden. Dadurch, dass das Gesetz die begriffswidrige Subsumtion von privaten unter öffentlichen Interessen anbietet, muss jeder Gesetzesanwender zu dem Ergebnis kommen, private Interessen zu beachten. Dies gilt, solange das grundlegende und wichtige Verständnis von den Begriffen ‚öffentliche‘ und ‚privat‘ nicht in der gesamten Rechtsordnung verschüttet wird, sodass sich eine Annäherung an die Begriffe insgesamt verschlössle.

736 Beier, DÖV 2015, S. 316.

737 Isensee, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band IV, § 73, Rn. 5.

5. Zwischenfazit

Der Gesetzgeber hat durch den Erlass der § 48 II S. 2-5 BBergG die Berücksichtigung von privaten Belangen in das Betriebsplanzulassungsverfahren eingeführt und insofern die fehlerhafte Auslegung durch das BVerwG rechtsverbindlich gemacht. § 48 II BBergG benutzt die Begrifflichkeiten falsch und ist insofern eine schlechte, aber hierdurch noch keine verfassungswidrige⁷³⁸ Norm.

II. Gesamtabwägung trotz Einschränkungen des § 48 II BBergG?

In einer Gesamtabwägung werden alle öffentlichen und privaten Interessen, die für und gegen den Bergbau sprechen unter- und gegeneinander abgewogen.⁷³⁹ Der Auslegung des § 48 II BBergG als Anknüpfungspunkt für eine Gesamtabwägung könnte entgegenstehen, dass sein Anwendungsbereich in vier Hinsichten eingeschränkt wird,⁷⁴⁰ und insofern eben nicht alle öffentlichen Interessen in den Anwendungsbereich der Norm fallen könnten.

Die Einschränkungen des Anwendungsbereichs sind folgende: Zum ersten erklärt der § 48 II S. 1 BBergG seine Nichtanwendung gegenüber dem Absatz 1 („In anderen Fällen als denen des Absatzes 1 [...]\").⁷⁴¹ Zweitens verweist § 48 II S. 1 BBergG auf die Zuständigkeit speziellerer Behörden („unbeschadet anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften“) und verzichtet in diesen Fällen auf seine Anwendung.⁷⁴² Auch erklärt sich der § 48 II S. 1 BBergG gegenüber dem § 15 als nicht anwendbar. Zuletzt sollen öffentliche

738 Zu dieser Unterscheidung *Towfigh*, JA 2015, S. 84 f.

739 *Ludwig*, ZUR 2014, S. 452.

740 Diese Problematik sieht v. *Weschpennig*, der zu einer Ablehnung der Gesamtabwägungs-Auslegung tendiert („Es ist mehr als fraglich [...]“) und damit die Verfassungswidrigkeit aufzeigt (DÖV 2017, S. 30; siehe auch *ders.*, Strukturen des Bergrechts, S. 208 ff.). *Dammert* nennt den Auffangtatbestand als nicht uferlos und verweist dabei auf den Vorrang der speziellen Behördentätigkeit. Hieraus zieht er aber keine Rückschlüsse auf die Unanwendbarkeit einer Gesamtabwägung, sondern stellt gerade gegenteilig fest, dass – ungeachtet der Einschränkungen – die grundsätzliche Machbarkeit des Vorhabens in der Gesamtabwägung zu prüfen seien (ZfB 2014, S. III).

741 Hierzu: *Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 284; *Hoppe*, DVBl. 1987, S. 761.

742 OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 5. Mai 2022 – OVG II S 7/22, ZUR 2022, S. 498 f.

Interessen, die im Zulassungskatalog des § 55 I BBergG aufgelistet sind, nicht im Rahmen des § 48 II BBergG zu beachten sein.⁷⁴³

Es ist somit zu untersuchen, ob bestimmte öffentliche Interessen aus dem Anwendungsbereich des § 48 II S.1 BBergG herausgenommen werden (I, II, III) und ob dies der Annahme einer Gesamtabwägung entgegensteht (IV). Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Garzweiler Entscheidung eine solche Überprüfung der fachgesetzlichen Herleitung der Gesamtabwägung nicht vorgenommen. Vielmehr stellt das BVerfG auf das Ergebnis der Auslegung des BVerwG ab, welches derart verfassungsrechtlichen Anforderungen (noch) genüge.⁷⁴⁴

1. Einschränkungen des § 48 II S.1 durch den Anwendungsbereich des § 48 I S.1 BBergG

Der Anwendungsbereich des § 48 II BBergG bezieht sich ausdrücklich nicht auf Fälle des § 48 I BBergG.⁷⁴⁵ Der Absatz 1 bekräftigt die Anwendung von Rechtsvorschriften, die bestimmte Grundstücke im öffentlichen Interesse vor bergbaulichen Tätigkeiten schützen. Das Verbot oder die Beschränkung durch die Rechtsvorschrift zulasten des Bergbaus ist somit von den Regelungen des BBergG unberührt. Diese sog. Unberührtheitsklausel⁷⁴⁶ stellt damit ein Regelungsverzicht von Seiten des Bergbaus dar.⁷⁴⁷ Und wird in diesem Zusammenhang als „entbehrliche Rechtsnorm“ ohne echten Anwendungsbereich bezeichnet.⁷⁴⁸ Als ein Grundstück, dass von

743 BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 ff. (209, Rn. 18) – Garzweiler; *Kühne* in: Boldt et al., BBergG, § 48 Rn. 40.

744 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, I BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (308 Rn. 214) – Garzweiler.

745 *Kühne* in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 43.

746 *Rasel* führt aus, dass diese Benennung irreführend ist, weil die Anwendungsbereiche des BBergG und der Fachgesetze sich hier nicht überschneiden (Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 178 f.).

747 *Vitzthum/Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 48 Rn. 4. In der Gesetzesbegründung heißt es dazu: „Dieses System geht davon aus, daß es nicht Aufgabe des Bergrechts, sondern ausschließlich Aufgabe der für den jeweiligen Fachbereich geltenden oder zu erlassenden Rechtsnormen und Aufgabe der für ihre Durchführung zuständigen Behörden bleiben muß, für den zweckgerechten Schutz der gewidmeten Grundstücke zu sorgen.“ BT-Drs. 8/1315, S. 104 = *Zydek*, Materialien BBergG, S. 224.

748 *Rausch*, Umwelt- und Planungsrecht beim Bergbau, S. 165. *Schulte* nennt den Regelungsinhalt eine Selbstverständlichkeit (NJW 1981, S. 95).

einer Rechtsvorschrift vor bergbaulichen Tätigkeiten im öffentlichen Interesse geschützt wird, kommen z.B. Natur- und Landschaftsschutzgebiete, Grundstücke mit öffentlichen Verkehrsanlagen und Grundstücke, die einen Schutz durch einen Bebauungsplan erfahren in Betracht.⁷⁴⁹

Das Verständnis des Normzusammenhangs des Absatz 1 und des Absatz 2 erschließt sich dann, wenn man sich die ursprüngliche Funktion des § 48 II S. 1 BBergG vergegenwärtigt. Der § 48 II S. 1 BBergG war als Befugnisnorm konzipiert, der eine Untersagung oder Beschränkung des Bergbaus in das Ermessen der Behörde gestellt hat. Wenn außerbergrechtliche Normen bergbauliche Tätigkeiten aber absolut verbieten, so bekräftigt § 48 I S. 1 BBergG die Gültigkeit des Verbots. Der Bergbau würde auf diesem Gebiet nicht stattfinden, insofern wäre auch eine Befugnisnorm im Sinne des § 48 II S. 1 BBergG für die Bergbaubehörde überflüssig. Sollte eine Ausnahme- oder Befreiungsvorschrift greifen, so würde dies die speziellere Behörde prüfen und entscheiden müssen. Auch in diesem Fall besteht für die Bergbaubehörde kein Bedürfnis eine nachträgliche Untersagung oder Beschränkung auszusprechen. Die Regelung ist in diesem Zusammenhang schlüssig. Nun führte aber die Übertragung der Funktion als Zulassungsvoraussetzung auf den § 48 II S. 1 BBergG dazu, dass sein Anwendungsbereich weiterhin unter der Einschränkung des Absatz 1 steht. Im Zulassungsverfahren wären mithin die öffentlichen Belange, deren Berücksichtigung über flächenschützende Normen sichergestellt ist, nicht einzuführen.⁷⁵⁰ An sich müsste dies auch für die Gesamtabwägung gelten. So steht die Gesetzesstruktur dem Einstellen aller öffentlichen Interessen, die gegen den Bergbau sprechen, und damit einer Gesamtabwägung, entgegen. Fraglich ist, ob

749 BT-Drs. 8/1315, S. 104 = *Zydek*, Materialien BBergG, S. 224; *Vitzthum/Piens*, in: *Piens/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, § 48 Rn. 7 ff., mit weiteren Beispielen; *Rausch*, Umwelt- und Planungsrecht beim Bergbau, S. 171 ff. (*Rausch* weist bzgl. der Verkehrsanlagen auf die speziellere Norm des § 124 BBergG hin); Ausführlich *Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 159 ff., mit weiteren Beispielen.

750 Die entstandenen dogmatischen Unsicherheiten lassen sich beispielsweise in der Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg zum Tagebau Jänschwalde ablesen (Beschluss v. 28.8.2019, OVG II S 51.19, ZUR 2019, S. 693): Hier stellte sich die Frage, inwiefern eine nichtdurchgeföhrte FFH-Prüfung die Zulassung des Hauptbetriebsplans verhindert. Das Gericht führt hierzu aus, dass zwar einerseits die FFH-Verträglichkeitsprüfung nicht in das Hauptbetriebsplanverfahren zu integrieren sei, andererseits aber unter die öffentlichen Interessen des § 48 II S. 1 BBergG auch ein drohender Verstoß gegen das Verschlechterungsverbot aus § 33 I S. 1 BNatSchG zähle (S. 695, Rn. 14 f.). Fraglich ist aber, ob die FFH-Verträglichkeitsprüfung nicht eher durch § 48 I S. 1 BBergG angesprochen wird und für die Anwendung von § 48 II BBergG dann keinen Raum mehr bleibt.

sich etwas anderes dadurch ergeben kann, dass die Gesamtabwägung, der Herleitung nach, als „innertatbeständlichen“ durchzuführen ist. Dies wird unter 4. zu erörtern sein.

2. Einschränkungen des § 48 II S. 1 BBergG durch die Zuständigkeit speziellerer Behörden

Eine weitere Einschränkung der Berücksichtigung von öffentlichen Interessen wird dem Tatbestand „unbeschadet anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften“ entnommen. Auch in diesem Regelungszusammenhang ist es für das Verständnis hilfreich, sich auf die eigentliche Funktion des § 48 II BBergG als Befugnisnorm zu besinnen. Eigentlich besagt der Zusatz „unbeschadet anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften“, dass neben der Bergbehörde, die den Bergbau aus § 48 II BBergG untersagen kann, auch andere Behörden (auf außerbergrechtliche Befugnisnormen gestützt) den Betrieb untersagen können.⁷⁵¹ Hieraus wurde die Folgerung gezogen, dass wenn eine speziellere Behörde bestimmte öffentliche Interessen wahrzunehmen hat, diese dann nicht mehr im Rahmen des § 48 II BBergG zu beachten sind.⁷⁵² Die Frage, welche Belange im Zulassungsverfahren zu beachten sind, wird durch diese Auslegung mit der Frage nach der Behördenzuständigkeit verknüpft. Ob öffentliche Interessen tatsächlich im Betriebsplanverfahren beachtlich sind, bedarf nach dieser Auslegung der Prüfung der Behördenzuständigkeit und damit mehrerer Rechtsquellen und deren Kollisionsnormen. Dies erschwert eine Übersicht über den relevanten Zulassungskatalog erheblich. Die gezogene Schlussfolgerung ist jedoch nicht zwingend.⁷⁵³ Sie scheint vielmehr dem Bedürfnis geschuldet zu sein, den § 48 II S. 1 BBergG zu konkretisieren. So wurden aus dem Grund der mangelnden Konkretisierung einer Befugnisnorm rechtsstaatl-

751 Rausch, Umwelt- und Planungsrecht beim Bergbau, S. 207.

752 BVerwG, Urteil v. 4.7.1986 - 4 C 31.84, BVerwGE 74, 315 (323 f.) – Altenberg; Frenz, Bergrecht & Nachhaltige Entwicklung, S. 73; Rasel, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 209 f.; Vitzthum/Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 48 Rn. 30; Kühne in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 44; Dammert/Brückner, ZUR 2023, S. 31.

753 So geht auch Schulte davon aus, dass § 48 II die Bergbehörde zur umfassenden Abwägung aller Belange berechtigt und verpflichtet (NJW 1981, S. 95).

che Bedenken gegen den § 48 II S. 1 BBergG erhoben, der nicht einmal die Belange des öffentlichen Interesses auflistet⁷⁵⁴ oder beispielhaft anführt.⁷⁵⁵

Für die Verankerung einer Gesamtabwägung im § 48 II S. 1 BBergG heißt das, dass die Einschränkung, die aus der Formel „unbeschadet anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften“ gezogen wird nicht zwingend entgegensteht, sondern interpretationsoffen ist. Ihr könnte auch nur eine Klarstellungsfunction zugewiesen werden (wie § 48 I S. 1 BBergG). Es würde dann die weiterhin bestehende Gültigkeit der weiteren Unterlassungsnormen neben dem Bergrecht klargestellt werden. Allerdings stellt sich bei dieser Interpretation dann die verfassungsrechtliche Frage, ob die Befugnisnorm dann noch hinreichend konkret ist (hierzu unter III. 1.).⁷⁵⁶

3. Einschränkungen des § 48 II S. 1 BBergG gegenüber § 15 BBergG und gegenüber § 55 I BBergG

Der § 48 II S. 1 BBergG erklärt sich gegenüber dem § 15 als nicht anwendbar. Dieser Verweis führt dazu, dass öffentliche Interessen, die im Rahmen von § 11 Nr. 10 BBergG durch die Anhörung anderer mit der Wahrnehmung dieser Interessen betrauten Behörden Beachtung finden, nicht noch einmal über den § 48 II S. 1 BBergG als öffentliche Interessen in die Prüfung eingebracht werden.⁷⁵⁷ Dies hat zum Ziel eine „überflüssige Doppelprüfung“ zu vermeiden.⁷⁵⁸ Auch hier stellt sich damit die Frage, ob die öffentlichen Interessen, die dem Wortlaut nach eigentlich nicht im Rahmen des § 48 II S. 1 BBergG berücksichtigt werden, trotzdem in eine Gesamtabwägung eingespeist werden können.

754 Schulte, NJW 1981, S. 95.

755 Boldt/Weller, BBergG 1984, § 48 Rn. 10. Krems führt hierzu grundsätzlich aus, dass der Begriff des öffentlichen Interesses nicht durch den Gesetzgeber konkretisiert wurde und auch eine Konkretisierung aus dem Gesetzeskontext i.d.R. nicht möglich sei. Der Gesetzgeber habe auf eine eigene Interessenbewertung und -abwägung verzichtet. Hieraus entstünden der Verwaltung Handlungsspielräume mit denen sie Wirtschaftspolitik betreiben könne (Grundfragen der Gesetzgebungslehre, S. 67.).

756 Diese Frage wurde schon zu Zeiten des Erlasses des BBergG diskutiert und könnte durch die ausgeweitete Gesamtabwägungs-Auslegung wieder aktuell werden. Kühne weist daraufhin, dass die Offenheit der Gemeinwohkklausel rechtsstaatlich nicht völlig unbedenklich sei (Kühne, in: Boldt et al., BBergG, § 48 Rn. 45; und schon 1980: Kühne, ZFB 1980, S. 60).

757 Rasel, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 209; Vitzthum/Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 48 Rn. 29.

758 Rasel, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 209 f.

Zuletzt sollen öffentliche Interessen, die im Zulassungskatalog des § 55 I BBergG aufgelistet sind, nicht im Rahmen des § 48 II BBergG zu beachten sein.⁷⁵⁹ Dies liegt an der Natur des Auffangtatbestandes des § 48 II BBergG. Auch gegenüber diesen im Rahmen des § 48 II BBergG ausgeschlossenen öffentlichen Interessen stellt sich die Frage, ob sie dann im Rahmen einer Gesamtabwägung eingespeist werden können. Diesbezüglich sei noch angemerkt, dass eine Überprüfung dieser Interessen als einfache Zulassungsvoraussetzungen, ohne diese auch in die Gesamtabwägung einzustellen, der verfassungsrechtlich geforderten Gesamtabwägung nicht gerecht werden würde. Sollten einige Interessen vorab geprüft werden, dann aber nicht mehr in die Gesamtabwägung einzustellen sein, so würde das Ergebnis der Gesamtabwägung verzerrt werden, weil gerade nicht alle Interessen miteinander bilanziert werden würden. Dies würde den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genügen.

4. Herleitung einer innertatbestandliche Gesamtabwägung

Es ist zu klären, ob das Gebot der Gesamtabwägung den Anwendungsbereich des § 48 II S.1 BBergG, über seinen eingeschränkten Anwendungsbereich hinaus, erweitert. Die Struktur des § 48 II BBergG ist zu unterscheiden von einer Regelung, die eine Berücksichtigung aller öffentlichen und privaten Interessen auf der gleichrangigen Ebene vorsieht. Der § 48 II BBergG hingegen, berücksichtigt nur bestimmte öffentliche Interessen auf der Tatbestandsebene. Die privaten und auch weiteren öffentlichen Interessen würden als „bloße[] innertatbestandliche[] Belange[]“⁷⁶⁰ abgearbeitet. Dies geschieht durch die Einführung einer Gesamtabwägung unter der Frage nach der Prognose der Enteignungsfähigkeit. Sollte der Anwendungsbereich des § 48 II S. 1 BBergG erweitert werden, sähe die Rechtslage wie folgt aus. Sollte ein Vorhaben die Enteignung von Grundeigentümern vorsehen (und ein komplexes Großvorhaben sein⁷⁶¹), so wäre auf der Ebene der Zulassungsvoraussetzungen erstens die entgegenstehenden öffentlichen Interessen zu prüfen, die nicht der einschränkenden Anwendung des § 48 II BBergG unterliegen. Zweitens hätte unter dem Tatbestand des öffentli-

759 BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 ff. (209, Rn. 18) – Garzweiler; Kühne, in: Boldt et al., BBergG, § 48 Rn. 40.

760 Durner, Konflikte räumlicher Planungen, S. 376.

761 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (300 f., 312 (Rn. 194, 224) – Garzweiler.

chen Interesses eine Enteignungsprognose stattzufinden, innerhalb derer eine Gesamtabwägung durchzuführen wäre. In diese Gesamtabwägung wären dann alle privaten und öffentlichen Interessen einzustellen, also auch diejenigen, die auf der Ebene der Zulassungsvoraussetzungen eigentlich abgedungenen wurden. Sind jedoch gar keine Eigentümerinteressen betroffen, so hat auch keine Gesamtabwägung stattzufinden und das Vorhaben wird ohne umfassende, auf einen Verfahrenspunkt konzentrierte Prüfung zugelassen (bzw. nicht zugelassen).

Würde der Anwendungsbereich des § 48 II S. 1 BBergG durch die Auslegung nicht erweitert werden, wie dies ursprünglich angenommen wurde,⁷⁶² dann würde die Gesamtabwägung ihrem Namen nicht gerecht werden. Sie würde nicht alle Belange berücksichtigen können, sondern nur die öffentlichen Interessen, die dem Anwendungsbereich des § 48 II S. 1 BBergG vorbehalten sind. Sobald private Interessen berührt sind, wird eine eingeschränkte Abwägung aber den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 14 I GG nicht mehr gerecht. Das Bergrecht wäre in dieser Hinsicht verfassungswidrig.⁷⁶³ Die verfassungskonforme Auslegung strebt damit an, die Anwendung des § 48 II S. 1 BBergG zu erweitern. Jedoch muss sich auch die verfassungskonforme Auslegung innerhalb der Grenzen des Gesetzeswortlauts bewegen. Dem Wortlaut „überwiegende öffentliche Interessen“ wird entnommen, dass die Vorschrift schon aus sich heraus eine Abwägungsvorschrift ist.⁷⁶⁴ Es ist jedoch etwas anderes, ob ein einzelnes Interesse als gegenüber dem bergbaulichen Interesse gewichtiger festgestellt werden muss oder ob eine umfassende Gesamtabwägung mit allen Belangen durchzuführen ist.⁷⁶⁵ Der Wortlaut kann insofern nicht als Argument für eine Gesamtabwägung herangezogen werden. Im Gegensatz dazu ist der Wortlaut der ersten Einschränkung, die auf Absatz 1 verweist, eindeutig und eröffnet für die Befugnisnorm keinen Interpretationsspielraum. Die Erweiterung der Funktion des § 48 II S. 1 BBergG als Ergänzung zu § 55 I BBergG basiert auf dem Argument, dass es sinnwidrig wäre, ein Vorhaben zunächst nach Prüfung des § 55 I BBergG zuzulassen, um es dann mithilfe

762 BVerwG, Urteil v. 4.7.1986 - 4 C 31.84, BVerwGE 74, 315 (323) – Altenberg.

763 Diese Schlussfolgerung zieht auch v. Weschpfennig, DÖV 2017, S. 30.

764 Kühne in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 46.

765 So auch v. Weschpfennig: „Allerdings hat [...] keine Gesamtabwägung im Sinne eines polygonalen Interessenausgleichs stattgefunden, sondern erneut nur die sukzessive Abarbeitung gegenläufiger Belange. Etwaige Summationseffekte beispielsweise zwischen grund- und umweltrechtlichen Belangen können so nicht berücksichtigt werden“ (Strukturen des Bergrechts, S. 261).

des § 48 II S. 1 BBergG zu untersagen oder zu beschränken.⁷⁶⁶ Wenn eine Unterlassung/Beschränkung nach § 48 II S. 1 BBergG jedoch von vornherein nicht im Raum steht (mangels Anwendungsbereichs der Vorschrift), so gibt es auch keinen Grund, den § 55 I BBergG zu erweitern. Das Argument der Sinnwidrigkeit greift dann nicht. Auch als Zulassungsnorm kann sich der § 48 II S. 1 BBergG damit nicht von seiner textlichen Grundlage emanzipieren. Dies wurde auch vor Einführung der Gesamtabwägung so gehandhabt: Die Zulassungsvoraussetzungen waren nicht um den umfassenden Tatbestand der „öffentlichen Interessen“ ergänzt, sondern lediglich um die öffentlichen Interessen, die der eingeschränkten Anwendung des § 48 II S. 1 BBergG unterliegen.⁷⁶⁷ An sich gibt es der Wortlaut nicht her, alle öffentlichen Interessen unter den § 48 II S. 1 BBergG zu subsumieren.

Kann sich etwas anderes dadurch ergeben, dass die Berücksichtigung aller Belange innertatbeständlich erfolgt und nicht explizit unter den Tatbestand subsumiert wird? Dies kann dann der Fall sein, wenn diese innertatbeständliche Anwendung schon im Gesetzestext angelegt ist. Dies ist jedoch nicht der Fall. Die Berücksichtigung aller öffentlichen Interessen stützt sich auf die vom Gesetzgeber übernommene begriffswidrige Subsumption, der die privaten unter die öffentlichen Interessen fasst. Aus der textlichen Grundlage ergibt sich damit die Berücksichtigung von einigen öffentlichen und einigen privaten Interessen. Auf diese wackelige Konstruktion wird noch eins draufgesetzt, wenn man aus dieser nun eine Gesamtabwägung ableitet. Der einzige Anknüpfungspunkt für eine Gesamtabwägung könnte der Fehlschluss sein. Dieser Fehlschluss, der der begriffswidrigen Verwendung zugrunde liegt, müsste zum Inhalt des § 48 II S. 1 BBergG geworden sein. Nach dem Fehlschluss kann es nicht im öffentlichen Interesse liegen, Rechte Privater zu verletzen und nur insofern sind sie unter den § 48 II S. 1 BBergG zu fassen. Die Prüfung, ob Rechte Privater verletzt seien, erfordere aber in letzter Konsequenz eine Gesamtabwägung. Im dem eingefügten Gesetzestext in § 48 II S. 2 BBergG („Soweit die öffentlichen Interessen zugleich den Schutz von Rechten Dritter umfassen [...]“) findet sich kein Verweis auf den Fehlschluss.⁷⁶⁸ Diesen entdeckt der Rechtsanwender erst durch den Verweis des Gesetzgebers in den Gesetzesmaterialien auf die

766 BVerwG, Urteil v. 4.7.1986 - 4 C 31.84, BVerwGE 74, 315 (323) – Altenberg.

767 BVerwG, Urteil v. 4.7.1986 - 4 C 31.84, BVerwGE 74, 315 (323 f.) – Altenberg.

768 Ein solcher Verweis könnte beispielsweise so aussehen: Als öffentliches Interesse im Sinne des § 48 II S. 1 ist auch die Nichtverletzung privater Rechte anzusehen.

Moers-Kapellen-Entscheidung des BVerwG.⁷⁶⁹ Und auch hier ging es dem BVerwG damals gerade explizit nicht um eine vollständige Berücksichtigung der privaten Belange⁷⁷⁰ und erst recht nicht um die Einführung einer Gesamtabwägung. Diese führt das BVerwG erst mit seinem Garzweiler Urteil 2006 ein. In dieser Entscheidung stützt das Gericht die Verankerung der Gesamtabwägung in § 48 II S.1 BBergG auf die Funktion des § 48 II S.1 BBergG als Auffangtatbestand und die Funktion des Rahmenbetriebsplans.⁷⁷¹ Ein Auffangtatbestand kommt immer dann zur Anwendung, wenn speziellere Normen nicht greifen und ist daher möglichst umfassend und offen formuliert. Der § 48 II S.1 BBergG ist durch die Benutzung eines unbestimmten Rechtsbegriffs („öffentliche Interesse“) zwar als Auffangtatbestand gekennzeichnet,⁷⁷² jedoch ist sein Anwendungsbereich durch die vielen Einschränkungen eher schmal.⁷⁷³ Diese Einschränkung des Anwendungsbereichs hebt nicht seine Eigenschaft als Auffangtatbestand auf, jedoch lässt sich diese Natur nicht als Argument für eine Gesamtabwägung fruchtbar machen. Auch das Abheben des Gerichts auf die Funktion des Rahmenbetriebsplans, der die Zulassungsfähigkeit des Gesamtvorhabens zu prüfen habe, kann als Argument die Gesamtabwägung nicht stützen. So erhält der Rahmenbetriebsplan die Überprüfung der überschlägigen Zulassungsfähigkeit erst durch die Gesamtabwägung. Ohne diese hat der Rahmenbetriebsplan zwar eine überordnende, Regelungen der einzelnen Betriebspoläne zusammenfassende und wichtige Stellung. Aber durch die im Gesetz angedachte (und erst durch die Rechtsprechung teilweise durchbrochene) Trennung von beachtlichen bergrechtlichen und nicht beachtlichen außerbergrechtlichen Belangen kann sich das Ergebnis der Rahmenbetriebsplanprüfung auch immer nur auf den v.a. bergrechtlichen Prüfungs-umfang beziehen.

Die vorgebrachten Argumente tragen damit das Herleiten einer Gesamtabwägung aus § 48 II S.1 BBergG nicht. Der klare Wortlaut des § 48 II S.1 BBergG der die Berücksichtigung von öffentlichen Interessen eingrenzt („In anderen Fällen als denen des Absatzes 1[...]“) und auch die historische

769 Wirtschaftsausschuss, Beschlussempfehlung und Bericht vom 08.11.89, BT-Drs. 11/5601, S. 16; BVerwG, Urteil v. 16.3.1989 - 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (2. Leitsatz und 345 f.) – Moers-Kapellen.

770 BVerwG, Urteil v. 16.3.1989 - 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (344 f.) – Moers-Kapellen.

771 BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 (209, Rn. 18) – Garzweiler.

772 Kühne in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 50.

773 So auch v. Weschpfennig, DÖV 2017, S. 30 f.

Auslegung stehen einer Gesamtabwägung entgegen. Eine Gesamtabwägung ist als Umgehung der einschränkenden Bestimmungen des § 48 II S.1 BBergG zu bewerten. Folglich lässt die grammatische Auslegung die Anknüpfung einer umfassenden Gesamtabwägung nicht zu.⁷⁷⁴

5. Ergebnis

Die öffentlichen Interessen sind nicht vollumfänglich im Rahmen des § 48 II S.1 BBergG zu berücksichtigen. Öffentliche Interessen, die im Rahmen von § 48 I oder § 51 I BBergG Beachtung finden, sind vom Anwendungsbereich des § 48 II S.1 BBergG ausgenommen. Auch die Hinzuziehung des § 48 II S.1 BBergG als Zulassungsvoraussetzung hat den Anwendungsbereich des § 48 II BBergG nicht erweitert. Dasselbe gilt für die von der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Lehre angenommene Gesamtabwägung. Für eine innertatbestandliche Berücksichtigung aller öffentlichen und privaten Interessen fehlt die gesetzliche Verankerung dieser im Normtext. Eine Gesamtabwägung lässt sich de lege lata damit nicht aus § 48 II S.1 BBergG herleiten. Das BBergG ist insofern verfassungswidrig.

III. Verstoß gegen das Gebot der Normenklarheit

Selbst wenn man von einer Gesamtabwägung im Rahmen des § 48 II S.1 BBergG ausgeinge, dann müsste sich die Rechtslage immer noch an dem Gebot der Normenbestimmtheit messen lassen. Dieses kann in zwei Hinsichten verletzt sein. Zum einen ist es fraglich, ob die Weitung der öffentlichen Interessen durch die Gesamtabwägungslehre die Befugnisnorm nicht zu unbestimmt hat werden lassen (I.). Zum Zweiten stellt der § 48 II S.1 BBergG, sollte man aus ihm eine (verfassungsrechtlich geforderte) Gesamtabwägung ablesen, nicht zugleich auch ein Abwägungsmaßstab bereit (II.).

774 Auch Wasielewski stellt diesbezüglich fest, dass § 48 II BBergG über seinen Wortlaut und seine systematische Stellung hinaus überdehnt wird, um die Verfassungskonformität zu gewährleisten (ZUR 2014, S. 385). V. Weschpfennig tendiert zu einer Ablehnung der Herleitung der Gesamtabwägung aus § 48 II BBergG (DÖV 2017, S. 30 f.). A.A. Dammert, ZFB 2014, S. 111 (ohne Begründung).

1. Prüfung der Befugnisnorm am Gebot der Normenklarheit

Der Gesetzesanwender steht vor dem § 48 II S.1 BBergG und seiner Janusköpfigkeit vor einem Dilemma. Zum einen erfordert der § 48 II S.1 BBergG als Ermächtigungsgrundlage, dass er in engen Grenzen und nicht ausufernd verstanden wird. Als Zulassungsnorm hingegen muss er gerade eine umfassende Berücksichtigung aller öffentlichen und privaten Interessen garantieren.

a. Unterschiedlicher Maßstab

Eine Aufspaltung des Verständnisses von den „öffentlichen Interessen“, die sowohl eng (§ 48 II BBergG als Ermächtigungsgrundlage) als auch weit (§ 48 II BBergG als Zulassungsnorm) verstanden werden, steht auch wiederum das Gebot der Normenklarheit entgegen. Das BVerfG hat die unterschiedliche Auslegung einer Norm, die einen wortgleichen Maßstab hervorbringt, als Verletzung des Gebots der Normenbestimmtheit und der Normklarheit angesehen. Aus dem Gesetz würde sich dann nicht ergeben, wann welche Auslegung zum Tragen käme.⁷⁷⁵ Die Auslegung der „öffentlichen Interessen“ als begrenzt in der Befugnisnorm einerseits und andererseits als umfassende Zulassungsnorm (sogar die privaten Interessen miteinbeziehend), wäre ein gleichgelagerter Fall. Hier würden sich aus der Auslegung zwei Maßstäbe ergeben, die nicht im Gesetz angelegt sind.

b. Unzureichend bestimmte Ermächtigungsgrundlage?

Daher stellt sich die Frage, ob die weite Berücksichtigung aller öffentlichen und privaten Interessen (wie es die Gesamtabwägung gewährleistet) die Befugnisnorm als zu weit und unbestimmt generieren lässt. Ein unbestimmter Rechtsbegriff führt nicht von vornherein dazu, dass die Ermächtigungsgrundlage zu unbestimmt und damit verfassungswidrig wäre.⁷⁷⁶ Es kommt darauf an, inwiefern die Ermächtigungsgrundlage nach Inhalt, Zweck und Ausmaß durch Auslegung hinreichend präzisiert und begrenzt werden

⁷⁷⁵ BVerfG, Urteil v. 26.07.2005 - 1 BvR 782/94, 957/96, BVerfGE 114, 1 (53 ff.) – Übertragung von Lebensversicherungsverträgen.

⁷⁷⁶ BVerfG, Beschluss v. 13.06.2007 - 1 BvR 1550/03, BVerfGE 118, 168 (188).

kann.⁷⁷⁷ Damit sollen die Eingriffe der Verwaltung voraussehbar und berechenbar werden.⁷⁷⁸ Weiterhin ist das zu fordernde Maß der Präzisierung von der Art und Schwere des Eingriffs abhängig; und auch davon, in welchem Grade der Lebenssachverhalt einer konkreten und bestimmten Regelung zugänglich ist.⁷⁷⁹

Der § 48 II S. 1 BBergG zeigt nicht an, welche konkreten öffentlichen Interessen unter welchen Voraussetzungen eine Unterlassung oder Beschränkung des Bergbaus rechtfertigen sollen.⁷⁸⁰ Lediglich durch die Einschränkungen des Anwendungsbereichs des § 48 II S. 1 BBergG wurde er konkretisiert.⁷⁸¹ Trotzdem ist es fraglich geblieben, ob diese Einengung für die Einhaltung des Bestimmtheitsgebots ausreichend ist. Hieran können gerade deshalb Zweifel angemeldet werden, da im Bereich der Eingriffsverwaltung eine erhöhte Regelungsdichte zu fordern ist.⁷⁸² Durch die Anwendung der Gesamtabwägung im Rahmen des § 48 II S. 1 BBergG wurden aber auch diese Einschränkungen (sogar die gesetzlich vorgesehenen) außer Acht gelassen, so dass nun alle öffentlichen und sogar privaten Interessen potenziell zu einer Beschränkung führen können, sofern sie nur die bergbaulichen Interessen überwiegen.

Diese maximale Offenheit der Ermächtigungsgrundlage auf der Seite der Tatbestandsvoraussetzungen tritt im § 48 II S. 1 BBergG in Kombination mit einer maximalen Offenheit auf der Rechtsfolgenseite auf. So kann der Eingriff von einer Beschränkung des Bergbauvorhabens bis hin zu einer vollständigen Untersagung führen. Die Art der Beschränkung oder etwa die Dauer der vollständigen Untersagung ist nicht ausgeführt. Die

777 So wird beispielsweise die polizeirechtliche Generalklausel vom BVerfG als unbedenklich eingestuft, weil sie „in Jahrzehntelanger Entwicklung durch Rechtsprechung und Lehre nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend präzisiert, in ihrer Bedeutung geklärt und im juristischen Sprachgebrauch verfestigt ist“ (BVerfG, Beschluss v. 23.05.1980 - 2 BvR 854/79, BVerfGE 54, 143 (144 f.) – Taubenfütterungsverbot; vgl. weiterhin BVerfG, Beschluss v. 12.01.1967 - 1 BvR 169/63, BVerfGE 21, 73 (79); BVerfG, Beschluss v. 7.07.1971 - 1 BvR 775/66, BVerfGE 31, 255 (264); BVerfG, Beschluss v. 23.04.1974 - 1 BvR 6/74 und 2270/73, BVerfGE 37, 132 (142)); Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 6, Rn. 18.

778 Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 6, Rn. 18.

779 BVerfG, Beschluss v. 19.04.1978 - 2 BvL 2/75, BVerfGE 48, 210 (221 f.); BVerfG, Beschluss v. 3.3.2004 - 1 BvF 3/92, BVerfGE 110, 33 ff. (55) - Zollkriminalamt.

780 Kühne bezeichnet die Vorschrift des Entwurfs als „völlig offene Gemeinwohkklausel“, die „nicht einmal die Richtung der Gesichtspunkte anzeigen, welche die öffentlichen Interessen bestimmen sollen“ (ZfB 1980, S. 60).

781 Zu den einzelnen Einschränkungen siehe Kapitel 2 H. II.

782 Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 6, Rn. 16, 18.

mannigfaltigen Beschränkungen, die rechtstechnisch zumeist als Auflage ergehen wird,⁷⁸³ können beispielsweise vorsehen, dass das Fördergebiet räumlich eingeschränkt wird, sich die Förderung nur auf bestimmte Techniken erstrecken oder bestimmte Sicherungsvorrichtungen eingesetzt werden sollen. Diese Beschränkungen können sehr intensive Eingriffe in die Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) des Bergbauunternehmers sein.⁷⁸⁴ Die Berufsfreiheit schützt als einheitliches Grundrecht auch die Berufsausübung.⁷⁸⁵ Die Auflage ist eine Regelung mit berufsregelnder Tendenz⁷⁸⁶. In Abgrenzung zum Schutzbereich des Art. 14 I GG soll Art. 12 I GG den Erwerb und nicht wie Art. 14 I GG das Erworbene schützen.⁷⁸⁷ Beide Grundrechte können jedoch auch in Idealkonkurrenz zueinanderstehen.⁷⁸⁸ Bei einem vollständigen Verbot des Weiterbetriebs der Bergbauanlage wäre auch an eine Beeinträchtigung des Erworbenen und damit an einen Eingriff in Art. 14 I GG zu denken.

Vergleicht man diese Ermächtigungsgrundlage mit ähnlichen Ermächtigungsgrundlagen, die auch dazu dienen können, den Betrieb von Anlagen einzustellen oder zu beschränken, so wird der Unterschied in der Bestimmtheit der Norm evident. § 20 BImSchG oder § 19 III AtG sind beispielsweise solche Normen. Nach § 20 I S. 1 BImSchG liegt die vollständige oder teilweise Untersagung des Anlagenbetriebs im Ermessen der Behörde, wenn der Anlagenbetreiber eine rechtliche, den Betrieb oder die Beschaffenheit betreffende Vorgabe nicht einhält. In einem solchen Fall kann der Betreiber das behördliche Einschreiten vorhersehen, ist es doch an der eigenen Missachtung von ausformulierten rechtlichen Vorgaben geknüpft. Im S. 2 kehrt sich das Ermessen in eine Pflicht zum Einschreiten um, insofern die menschliche Gesundheit gefährdet oder eine unmittelbare erhebliche Gefährdung der Umwelt entsteht. Auch mit dieser Regelung verpflichtet der Gesetzgeber die Behörden stärker und zeigt dabei auf, welche Aspekte besonderer Berücksichtigung bedürfen. Daneben regeln die weiteren Absätze des § 20 BImSchG noch detailliert weitere Fälle des behördlichen Einschreitens (Einschreiten wegen unzureichender vorbeugender Maßnahmen

783 Kühne, in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 109.

784 Kühne hebt die mögliche Enttäuschung unternehmerisch investiertes Vertrauen hervor und verweist den Bergbaubetreiber auf die Entschädigung (in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 45, 109).

785 Kingreen/Poscher, Grundrechte, Rn. 1098.

786 Jarass, in Jarass/Pieroth, GG Komm., Art. 12, Rn. 18.

787 Mann in: Sachs, GG, Art. 12, Rn. 196.

788 Mann in: Sachs, GG, Art. 12, Rn. 197.

der Unfallverhütung oder wegen nicht fristgerechten Informierens (Ia), wegen fehlender Genehmigung (II), wegen Unzuverlässigkeit des Betreibers (III)). Diese Regelung zeigt, dass der Lebenssachverhalt des behördlichen Einschreitens gegen den Betrieb von Anlagen ohne weiteres der gesetzlichen Bestimmung zugänglich ist.

Aus der Regelung des § 48 II BBergG allein ließe sich für den Bergbau betreiber nicht vorhersehen, wann mit einem Einschreiten der Behörde zu rechnen ist und welche konkreten Maßnahmen zu befürchten sind. Diese Regelung, insbesondere nach dem weiten Verständnis der Gesamtabwägungslehre, ist zu unbestimmt.

c. Ist § 48 II S. 1 BBergG überhaupt eine Ermächtigungsgrundlage?

Eine Möglichkeit, die unbestimmte Befugnisnorm einzuengen, könnte in der Auslegung gesehen werden, die davon ausgeht, dass der § 48 II S. 1 BBergG gar keine selbstständige Ermächtigungsgrundlage sei, auf die sich die Behörde alleine stützen könne.⁷⁸⁹ Vielmehr müsse sich der behördliche

789 Piens/Vitzthum, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 48, Rn. 24. Auch *Kühne* scheint in diese Richtung zu tendieren, wenn er ausführt, dass er durch die Beachtung der Norm als Zulassungsvoraussetzung und durch die Möglichkeiten der nachträglichen Auflagen und der Rücknahme der Betriebsplanzulassung eigentlich keinen Anwendungsbereich der Norm als selbstständige Ermächtigungsgrundlage mehr ausmachen könne (in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 40 f). A. A.: BVerwG, Urteil v. 22.11.2018, 7 C 9.17, BeckRS 2018, 40778, Rn. 14; BVerwG, Urteil v. 4.7.1986 - 4 C 31.84, BVerwGE 74, 315 ff. (323) – Altenberg; VG Weimar, Urteil v. 05.06.1996 - 7 K 697/93.We, ZfB 1996, S. 321 (S. 327 f).

An sich spräche auch der Gesetzestext des § 57a V HS. 2 für die Annahme, dass es sich bei dem § 48 II S. 1 BBergG um eine selbstständige Ermächtigungsgrundlage handelt. Hier werden „Entscheidungen nach § 48 II [...]“ durch einen Planfeststellungsbeschluss ausgeschlossen“. Würde der Gesetzgeber davon ausgehen, dass der § 48 II nur in Verbindung mit § 56 I S. 2 oder § 71 Anwendung finde, müsst er hier sauber verweisen. Die Gesetzesmaterialien offenbaren jedoch, dass der Gesetzgeber gar nicht auf den § 48 II als Ermächtigungsgrundlage verweist, sondern auf diesen als Zulassungsvoraussetzung. § 57a V HS. 2 soll nur klarstellen, dass die im 1. Halbsatz angeordnete Konzentrationswirkung sich auch auf die Prüfung der öffentlichen Interessen beziehen, sodass diese Zulassungsvoraussetzung nicht in jedem Betriebsplan erneut geprüft werden müssen (Bundesregierung, Gesetzentwurf vom 16.02.1989, BT-Drs. 11/4015, S. 12 (Unklar ist insofern die Ausnahme für die im § 48 II S. 2 verfolgten Schutz von Rechten Dritter, hierfür soll sich die Konzentrationswirkung nicht beziehen. Diese Änderung wurde auf Empfehlung des Wirtschaftsausschusses eingeführt, der seinen Vorschlag allerdings nicht begründet

Eingriff immer auch auf § 56 I S. 2 (nachträgliche Auflage) oder auch § 71 BBergG (nachträgliche Anordnung) in Verbindung mit § 48 II S. 1 BBergG stützen.⁷⁹⁰ Dies läge daran, dass § 56 I S. 2 und § 71 BBergG lex specialis gegenüber § 48 II BBergG seien.⁷⁹¹ In der Tat finden sich in den Vorschriften des § 56 I S. 1 BBergG und § 71 BBergG weitere Tatbestandsvoraussetzungen, an die das behördliche Handeln geknüpft wird. Die Kollisionsregel des Rechtssatzes „lex specialis derogat legi generali“ greift aber nur dann ein, wenn alle Voraussetzungen in zwei Rechtsnormen identisch sind, die Normen zu jeweils sich gegenseitig ausschließenden Rechtsfolgen führen und die speziellere Norm mindestens eine Voraussetzung zusätzlich enthält.⁷⁹² Dann ist allerdings auch nur die speziellere Norm anwendbar und nicht die spezielle in Verbindung mit der allgemeinen.

aa. Verhältnis des § 48 II S. 1 BBergG zu § 56 I S. 2 BBergG

Der § 56 I S. 2 BBergG, der nachträgliche Auflagen legitimiert, sichert ausdrücklich nur die Erfüllung der Voraussetzungen des § 55 I S. 1 Nr. 2-13, II BBergG ab und knüpft dabei an die Beeinträchtigung der öffentlichen Interessen nur dann insofern an, als dass einige Voraussetzungen des Zulassungskatalogs der Erfüllung öffentlicher Interessen dienen (wie etwa I S. 1 Nr. 7, 8, 9). Nach Rechtsprechung des BVerwG soll der § 56 I S. 2 BBergG auch die Einhaltung der Zulassungsvoraussetzungen des § 48 II S. 1 BBergG durch die nachträgliche Anordnung von Auflagen sichern können.⁷⁹³ Be-

(BT-Drs. 11/5601, S. 9)). Der § 57a V HS. 2 BBergG kann damit nicht als Argument herangezogen werden.

790 Piens/Vitzthum, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 48, Rn. 24.

791 Piens/Vitzthum, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 48, Rn. 24.

792 Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 87 f.; Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 771.

793 BVerwG, Urteil v. 22.11.2018 - 7 C 9.17, BeckRS 2018, 40778, Rn. 13 f. Ebenso die Vorinstanz OVG Magdeburg, Urteil vom 7.12.2016 - 2 L 21/14, BeckRS 2016, II 7812, Rn. 52; Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 56, Rn. 117, 229; Frenz, Bergrecht & Nachhaltige Entwicklung, S. 79 f.; v. Hammerstein in: Boldt et al., BBergG, § 56, Rn. 4. Dagegen: VG Halle, Urteil v. 22.01.2014 - 5 A 155/13, BeckRS 2014, 52830 (Vorinstanz zu BVerwG, Urteil v. 22.11.2018 - 7 C 9.17).

gründet wird dies mit dem Gesetzeswillen, der gerade darauf abzielte die Zulassungsvoraussetzungen abzusichern.⁷⁹⁴

Bei dieser Auslegung würde die Tatbestandsvoraussetzung des § 48 II S. 1 BBergG umfassend in § 56 I S. 2 berücksichtigt und wäre so subsidiär. Es mutet aber seltsam an, die eigentliche Befugnisnorm zu verdrängen, durch eine Ermächtigungsgrundlage die gerade auf die verdrängte Norm Bezug nehmen soll, obwohl der Wortlaut der Norm dies gerade nicht vorsieht. Rechtstechnisch müsste es sich um eine Analogie⁷⁹⁵ handeln, bei deren Prüfung dann schon der Prüfungspunkt „gesetzliche Regelungslücke“ zu verneinen wäre. Auch das VG Halle führt überzeugend aus, dass es sich durch die im § 48 II S. 1 BBergG angesiedelte Gesamtabwägung um eine Prüfung in einer Momentaufnahme handelt, die nicht immer beliebig wiederholt werden soll.⁷⁹⁶ Außerdem hätten Dritte, deren Interessen nun in § 48 II S. 1 BBergG zu beachten sind, einen Anspruch über Neubescheidung im Rahmen des § 56 I S. 2 BBergG. Diese weitreichende Folge könne dem Willen des Gesetzgebers gerade nicht entnommen werden. Das VG Halle schließt mit dem Hinweis, dass nicht jede Genehmigungsvoraussetzung mittels nachträglicher Auflagen gesichert werden müsse. Auch dies spricht gegen eine gesetzliche Regelungslücke. Insofern sichert § 56 I S. 2 BBergG nicht alle öffentlich rechtlichen Interessen mittels Auflagen ab. Der § 48 II S. 1 BBergG als Ermächtigungsgrundlage ist insofern nicht als allgemeineres Gesetz verdrängt.

bb. Verhältnis des § 48 II S. 1 BBergG zu § 71 BBergG

Der Vollständigkeit halber sei noch im Folgenden geprüft, ob der § 71 BBergG, der nachträgliche Anordnungen legitimiert, den § 48 II BBergG

794 BVerwG, Urteil v. 22.11.2018, 7 C 9.17, BeckRS 2018, 40778, Rn. 14. Hierin erkennt das OVG Magdeburg (Vorinstanz) den objektiven Zweck der Gesetzesnorm (Urteil vom 7.12.2016 - 2 L 21/14, BeckRS 2016, II7812, Rn. 60).

795 Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 202 ff.; Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 889.

796 VG Halle, Urteil vom 22.01.2014 - 5 A 155/13, BeckRS 2014, 52830 (Vorinstanz zu BVerwG, Urteil v. 22.11.2018, 7 C 9.17). Dem widersprechend nachfolgend OVG Magdeburg, Urteil v. 7.12.2016 - 2 L 21/14, BeckRS 2016, II7812, Rn. 58. Das OVG Magdeburg verweist auf den Charakter der Gesamtabwägung, der keine planerische Gestaltungsfreiheit enthalte und als unbestimmtes Tatbestandsmerkmal gerichtlich voll überprüfbar sei.

als spezielleres Recht verdrängt. Der § 71 BBergG enthält mit seinen drei Absätzen jeweils drei behördliche Ermächtigungsgrundlagen. In Konkurrenz zu der Ermächtigungsgrundlage des § 48 II S. 1 BBergG können dabei die Ermächtigung zum Treffen von Anordnungen (Absatz 1) und die Ermächtigung zur zeitweisen Einstellung (Absatz 2) treten. Beide Absätze verweisen, im Gegensatz zum § 56 I S. 2 BBergG, allgemein auf die Einhaltung der bergrechtlichen Vorschriften. Zu diesen kann auch § 48 II S. 1 BBergG in seiner Funktion als Zulassungsvoraussetzung gerechnet werden.⁷⁹⁷ Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 48 II BBergG sind – die Anordnung und die Einstellung betreffend – vollständig vom § 71 I S. 1, bzw. II BBergG erfasst. Der § 71 I S. 1 BBergG fügt dem § 48 II BBergG jedoch keine weitere Tatbestandsvoraussetzungen hinzu. Weitere Tatbestandsmerkmale enthält allein der § 71 II BBergG.⁷⁹⁸ Der § 48 II S. 1 als Ermächtigungsgrundlage ist durch den § 71 II als allgemeineres Gesetz verdrängt, nicht aber durch den § 71 I BBergG.

Die lex specialis Regelung als Kollisionsregelung kann (bis auf die Kollision mit dem § 71 II BBergG) nicht herangezogen werden. Der § 48 II enthält jedoch selbst eine Kollisionsvorschrift: Die Ermächtigungsgrundlage gelte „unbeschadet anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften“. Als solche anderen öffentlich-rechtliche Vorschriften können auch § 51 I S. 2 BBergG und § 71 I BBergG gelten. Insofern können alle drei Normen als mögliche

797 *Keienburg* in: Boldt et al., BBergG, § 71, Rn. 4. *Keienburg* geht jedoch fälschlicherweise davon aus, dass die Anwendung des § 48 II nur zur Anordnung von Maßnahmen zum Schutz vor schweren vorhersehbaren Bergschäden und nicht zum Schutz vor kleineren und mittleren Schäden ermächtigt. Sie verweist insofern auf die Mopers-Kapellen-Entscheidung des BVerwG (in: Boldt et al., BBergG, § 71, Rn. 4). Diese Ansicht von *Keienburg* führt zu einer Aufspaltung des Verständnisses des § 48 II, die der Normklarheit widerspricht (zur Anforderung an die Normklarheit: BVerfG, Urteil v. 26.07.2005 - 1 BvR 782/94, 957/96, BVerfGE 114, 1 (53 ff.) – Übertragung von Lebensversicherungsverträgen). Auch *Piens* geht von einem eingeschränkten Rechtsgüterschutz des § 71 I, II BBergG aus (in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 71, Rn. 42). Er legt sogar den Tatbestand der Rechtsgüter Dritter (§ 71 I S. 2 BBergG), dahingehend einschränkend aus, dass es sich nur um unternehmensfremde Beschäftigte oder um Fremdunternehmer, die im Betrieb tätig sind, handeln solle. In jedem Fall aber nicht um Grundeigentümer. Dieses Verständnis lässt gar keinen Ansatz für eine Kollision mit dem § 48 II BBergG aufkommen, da dann die Tatbestandsmerkmale des § 71 I, II BBergG in dieser eingeschränkten Lesart nicht die Tatbestandsmerkmale des § 48 II BBergG (außerbergrechtliche öffentliche Interessen) umfassen.

798 § 71 II BBergG enthält als weitere Tatbestandsmerkmale, das Vorliegen einer unmittelbaren Gefahr für Beschäftigte oder Dritte und die Erforderlichkeit der Einstellung.

Ermächtigungsgrundlagen nebeneinander in Betracht kommen. Sollte es in gesonderten Fällen zu Überschneidungen kommen (wenn etwa eine nachträgliche Auflage die öffentlichen Interessen aus dem Zulassungskatalog des § 51 I S. 2 BBergG schützen soll), dann und nur dann wäre § 48 II S. 1 BBergG als allgemeinere Norm verdrängt.⁷⁹⁹ Die Verdrängung des § 48 II S. 1 BBergG als in jeder Hinsicht subsidiär, kann jedoch nicht festgestellt werden.

Aber auch selbst wenn von dem vollständigen Zurücktreten des § 48 II S. 1 BBergG nach dem Grundsatz des *lex specialis* ausgegangen werden sollte, dann wäre das Ergebnis nicht etwa die Anwendung des § 48 II BBergG neben den anderen Ermächtigungsgrundlagen sondern seine vollständige Verdrängung. In diesem Falle wäre aber auch kein Raum mehr, den § 48 II BBergG als Zulassungsvoraussetzung nutzbar zu machen. So stützt sich diese Auslegung ja gerade auf die ansonsten entstehende Sinnwidrigkeit, ein Vorhaben zuzulassen, um es im zweiten Schritt wieder zu beschränken. Wäre die Vorschrift vollständig verdrängt, bedürfte es auch keine vorgezogene Berücksichtigung auf der Ebene der Zulassung mehr.

Nur hinsichtlich der Ermächtigung zur zeitweisen Einstellung nach § 71 II BBergG kann damit die Unbestimmtheit des § 48 II BBergG abgefangen werden. Fraglich ist, ob auch die vollständige Unterlassung des Bergbaubetriebs zu der § 48 II BBergG ermächtigt, die aber auch vom § 71 II BBergG nicht geregelt wird, verdrängt würde. Eine verfassungskonforme Auslegung müsste dahin tendieren, um jedenfalls die Eingriffsintensität des unbestimmten § 48 II BBergG abzuschwächen. Die verbleibende Reichweite der Norm mit der damit verbundenen Eingriffsintensität (allein die Möglichkeit zum Erlass von Auflagen zum Schutz aller überwiegenden öffentlichen und privaten Interessen) reicht jedoch aus, um den § 48 II S. 1 BBergG am Gebot der Unbestimmtheit der Norm scheitern zu lassen. Auch eine gefestigte Konkretisierung der Norm durch eine einschränkende Anwendung in der Rechtsprechung und Lehre kann nicht festgestellt werden, vielmehr hat die Norm durch die Gesamtabwägungslehre eine Ausweitung auch auf

799 Für diese partielle Verdrängung des § 48 II S. 1 durch den § 56 I S. 2 BBergG spricht auch die systematische Auslegung. Beide stehen im Dritten Teil „Aufsuchung, Gewinnung und Aufbereitung“. Der § 48 im ersten Kapitel („**Allgemeine** Vorschriften über die Aufsuchung und Gewinnung“) in dem dritten Abschnitt „Verbote und Beschränkungen“. Und hier unter der Überschrift „**Allgemeine** Verbote und Beschränkungen“ [beide Hervorhebungen durch N.L.]. Der § 56 I S. 1, der im darauffolgenden zweiten Kapitel angesiedelt ist, kann so als besondere Beschränkung angesehen werden.

private Interessen und auf Interessen, die vom Anwendungsbereich des § 48 II BBergG herausfallen, erfahren.

d. Ergebnis

Der § 48 II S. 1 ist eine selbstständige Ermächtigungsgrundlage. Als solche ist er aber – jedenfalls unter der Anwendung der Gesamtabwägungslehre – zu unbestimmt und damit verfassungswidrig. Auch die Ansicht, wonach der § 48 II S. 1 BBergG über § 56 I S. 2 BBergG oder § 71 BBergG konkretisiert wird, trägt nicht und führt mithin nicht zu einer Konkretisierung der Norm.

2. Fehlender Abwägungsmaßstab

Das BVerfG hat in seiner Entscheidung zur Übertragung von Lebensversicherungsverträgen ausgeführt, dass die Normen, die eine Abwägung vorsehen auch „hinreichend klare Maßstäbe für Abwägungsentscheidungen“ bereitstellen müssen.⁸⁰⁰ Erfolge dies nicht, so ist die Verwaltung nicht hinreichend an gesetzliche Vorgaben gebunden, was ihr Handeln nicht ausreichend begrenze. Außerdem sei das Risiko eröffnet, rechtlich erhebliche Belange unangemessen zu gewichten.⁸⁰¹ In dieser Art hat das BVerfG das Gebot der Normenbestimmtheit konkretisiert. Dem § 48 II BBergG ist schon das Erfordernis einer Gesamtabwägung nicht zu entnehmen, geschweige denn irgendeines Abwägungsmaßstabes, eine Auflistung der relevanten Belange oder Hierarchien der Belange.⁸⁰² Bezuglich dieses Prüfungspunktes drängt sich mithin der Eindruck auf, dass der § 48 II S. 1 BBergG auch in dieser Hinsicht den Anforderungen des Verfassungsrechts nicht gerecht wird.⁸⁰³

800 BVerfG, Urteil v. 26.07.2005 - 1 BvR 782/94, 957/96, BVerfGE 114, 1 (53 f.) – Übertragung von Lebensversicherungsverträgen.

801 BVerfG, Urteil v. 26.07.2005 - 1 BvR 782/94, 957/96, BVerfGE 114, 1 (53 f.) – Übertragung von Lebensversicherungsverträgen.

802 So schon Schulte, NJW 1981, S. 95.

803 A.A. v. Weschpfennig, Strukturen des Bergrechts, S. 207.

IV. Entschließungsermessen bzgl. der Durchführung einer Gesamtabwägung?

Zuletzt muss auch danach gefragt werden, inwiefern die Einbettung einer Gesamtabwägung in den § 48 II S. 1 BBergG mit dem behördlichen Ermessen des § 48 II S. 1 vereinbar ist, das textlich vorgesehen ist („**kann** [...] eine Aufsuchung oder Gewinnung beschränken oder untersagen“⁸⁰⁴). So ist die Gesamtabwägung doch gerade verfassungsrechtlich geboten und kann hinsichtlich des Ob damit nicht im Ermessen der Behörden stehen.

Es ist jedoch umstritten, inwiefern § 48 II S. 1 BBergG trotz der eindeutigen Formulierung überhaupt ein Ermessen ausspricht. Zum einen wird vertreten, dass der § 48 II S. 1 BBergG als Ermächtigungsgrundlage schon kein Ermessen vorsieht.⁸⁰⁵ Zum anderen wird der § 48 II S. 1 BBergG im Zusammenhang mit der Ergänzung zum § 55 I BBergG als gebundene Entscheidung qualifiziert.⁸⁰⁶ Ob der § 55 I BBergG hingegen eine gebundene Entscheidung enthält, ist wiederum umstritten.⁸⁰⁷

Für den § 48 II S. 1 BBergG als Befugnisnorm wird angeführt, dass aus dem Überwiegen entgegenstehender öffentlicher Interessen ein rechtswidriger Zustand erreicht und deshalb die Behörde zum Einschreiten verpflichtet sei.⁸⁰⁸ Diese Ausführungen knüpfen jedoch an die veraltete Auslegung der „öffentlichen Interessen“ an. Hiernach waren öffentliche

804 Hervorhebung durch N.L.

805 BVerwG, Urteil v. 04.07.1986 - 4 C 31.84, BVerwGE 74, 315 (323) – Altenberg, allerdings ohne Begründung; *Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 208; *Vitzthum/Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 48, Rn. 27; *Rausch*, Umwelt- und Planungsrecht beim Bergbau, S. 206. Und wohl auch *Neumann*, W. in: *Kühne/Ehricke*, S. 34.

806 So wohl *Kühne*, in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 47.

807 Für eine gebundene Entscheidung: BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (352 Rn. 321) – Garzweiler; BVerwG, Urteil v. 15.12.2006 - 7 C 1/06, BVerwGE 127, 259 (263 f. Rn. 28) – Walsum; *Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 51, Rn. 5; *Ronellenfitsch*, Einführung in das Planungsrecht, S. 200 (er bewertet allerdings den Charakter der Zulassung als planerisch); *Ludwig*, ZUR 2014, S. 453; *dies.*, VerwArch 2017, S. 566, 571; *Frenz*, Bergrecht & Nachhaltige Entwicklung, S. 82; A.A.: *Durner*, Konflikte räumlicher Planungen, S. 370 ff.; *Kühling*, Fachplanungsrecht 1988, Rn. 69 („Vom materiellen Entscheidungsgehalt her handelt es sich auch beim Betriebsplanverfahren um eine Planentscheidung.“); *Ronellenfitsch*, NVwZ 1999, S. 584. Ausführlich hierzu siehe unter Kapitel 4 B. II. 1.

808 *Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 208; *Rausch*, Umwelt- und Planungsrecht beim Bergbau, S. 206.

Interessen gem. § 48 II BBergG immer nur dann betroffen, wenn ihre Berücksichtigung in rechtlichen Vorschriften zwingend waren, d.h. gerade keiner Abwägung offenstanden.⁸⁰⁹ Nur unter diesen Umständen kann davon gesprochen werden, dass ein Verstoß gegen zwingende Rechtssätze zu einem rechtswidrigen Zustand führt, der kein Ermessen der Behörde eröffnen kann. Mit der Abkehr von dieser engen Anwendung des § 48 II BBergG hat sich die Auffassung aber trotzdem gehalten, dass es sich bei dem § 48 II BBergG um eine solche Befugnisnorm handeln solle.⁸¹⁰ Ein rechtswidriger Zustand tritt nicht per se bei entgegenstehenden überwiegenden öffentlichen Interessen ein, solange der Bergbaubetrieb sich auf einen rechtskräftigen Betriebsplan berufen kann und insofern Bestandsschutz genießt. Außerdem ist Feststellen des Überwiegens entgegenstehender öffentlicher Interessen kein trennscharfes Schwert, sondern das Ergebnis einer Abwägung, welches situativ und teilweise auch abhängig von dem Abwägenden immer wieder zu anderen Ergebnissen führen kann.⁸¹¹ Als Ermächtigungsgrundlage eröffnet der § 48 II S. 1 BBergG der Behörde ein Ermessen.

Nach der herrschenden Meinung wird aus der Ermessensnorm des § 48 II S. 1 BBergG hinsichtlich des Einschreitens einer Behörde eine Zulassungsvoraussetzung in Ergänzung des § 55 I BBergG, die dann im Rahmen einer gebundenen Entscheidung ergeht.⁸¹² Eine Auslegung, nach der der § 48 II S. 1 BBergG die Zulassungsvoraussetzungen unter Beibehaltung des Ermessenscharakters ergänzt, wurde nicht diskutiert. *Durner* bezeichnet die Auslegung des § 48 II S. 1 BBergG als Zulassungsvoraussetzung aus diesem Grunde als „[w]enig konsistent“.⁸¹³ Die Argumentation, den § 48 II BBergG schon im Rahmen der Zulassungsvoraussetzungen einzubinden, da es ja keinen Sinn mache, einen Bergbau zuzulassen und danach wieder zu beschränken, überzeugt dadurch weniger, dass es aufgrund des behördlichen Ermessens kein Automatismus der behördlichen nachträglichen Beschränkung gibt. Vielmehr könnte eine gesetzgeberische Einschätzung darin gelegen haben, erstmal die Zulassung des Bergbaus von außerbergrechtlichen Überlegungen freizuhalten, um dann nach behördlichem Ermessen – und das heißt in einigen nicht allen Fällen – nach zusteuern. Mittlerweile

809 *Rausch*, Umwelt- und Planungsrecht beim Bergbau, S. 205 f.

810 *Vitzthum/Piens*, in: *Piens/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, § 48, Rn. 27.

811 Hierauf hat das VG Halle zutreffend hingewiesen (Urteil v. 22.01.2014 - 5 A 155/13, BeckRS 2014, 52830).

812 Nicht eindeutig, ob *Kühne* hieraus Rückschlüsse auch für den § 48 II als Ermächtigungsnorm zieht (in: *Boldt et al.*, BBergG, § 48, Rn. 47).

813 *Durner*, Konflikte räumlicher Planungen, S. 370 f.

hat der Gesetzgeber die Auslegung des § 48 II S. 1 als Zulassungsvoraussetzung aber übernommen,⁸¹⁴ was vom Ergebnis her jedenfalls angebracht und wünschenswert ist. Damit liegt das Ob der Berücksichtigung von öffentlichen Interessen (und damit die Durchführung der Gesamtabwägung in Fällen der Drittbetroffenheit) nicht im behördlichen Ermessen, sondern ist fester Bestandteil des Zulassungskatalogs geworden. Dieser Aspekt kann der Herleitung der Gesamtabwägung deswegen nicht entgegen gehalten werden.

V. Fazit

Der nach veraltetem Anspruch gestrickte § 48 II BBergG wird mit den neuen richterrechtlichen Anforderungen der Gesamtabwägung überfrachtet. Die Gesamtabwägung beruht auf der gegen die Logik verstößende Subsumption von privaten unter die öffentlichen Interessen. Diese fehlerhafte Logik wurde aber mit Einführung der § 48 S. 2-5 (nunmehr S. 3-6) BBergG durch den Gesetzgeber ins Gesetz gegossen und damit bindend. Beachtet werden muss, dass der Gesetzgeber hier aber nicht von der Berücksichtigung von allen privaten Interessen ausging, sondern nur bei besonders starker Betroffenheit. Mit der Gesamtabwägungslehre sollen nun aber alle privaten Interessen berücksichtigt werden. In dieser Hinsicht geht die Gesamtabwägungslehre über den ausdrücklichen Wortlaut des § 48 II BBergG hinaus und übertritt damit die Wortlautgrenze. Auch hinsichtlich der Erweiterung der öffentlichen Interessen, entgegen dem eingeschränkten Anwendungsbereich des § 48 II BBergG, ist die Gesamtabwägungslehre nicht mit dem Gesetzeswortlaut in Einklang zu bringen.

Hinzu kommt, dass mit der Erweiterung des § 48 II BBergG als Zulassungsvoraussetzung um alle öffentlichen und privaten Interessen, gleichzeitig der § 48 II BBergG in seiner genuinen Funktion als Ermächtigungsgrundlage erweitert wird. Eine derart offene und unbeschränkte Ermächtigungsgrundlage verstößt aber gegen das Bestimmtheitsgebot und ist derart verfassungswidrig.

Die Gesamtabwägungslehre ist im Ergebnis damit abzulehnen. Der seidene Faden, der die verfassungsrechtlich gebotene Berücksichtigung von privaten Interessen in der Rahmenbetriebsplanzulassung gewähren sollte

⁸¹⁴ Siehe Begründung des Wirtschaftsausschusses des Bundestages, Beschlussempfehlung und Bericht vom 08.11.89, BT-Drs. 11/5601, S. 16.

und damit das Bergrecht an das Verfassungsrecht gebunden hätte, hat sich als dogmatisch nicht haltbar erwiesen. Der Gesetzgeber selbst muss nachbessern.

I. Zusammenfassung

Die Konzeption, die das BBergG verfolgt, ist in hohem Maße ressourcenethisch bedeutsam. Sie lehnt sich an das wirtschaftsliberale PrAGB von 1865 an, dessen vordergründiges Ziel es war, beispielsweise mit der Bergbaufreiheit den Bodenschatzabbau zu fördern. Das PrAGB förderte und bedingte damit die einsetzende Hochindustrialisierung in Deutschland, dessen Montanindustrie zu den wichtigsten Leitbranchen aufstieg.⁸¹⁵ So gelang es dem PrAGB auf die drängendsten Fragen seiner Zeit zu antworten.⁸¹⁶ Die drängendsten Fragen des 21. Jahrhunderts haben sich fundamental gegenüber den Fragen des 19. Jahrhunderts geändert. Zu ihnen zählen vordergründig die Grenzen des Wachstums, die im Modell der planetaren Grenzen („planetary boundaries“) zum Ausdruck kommen. Die Antworten auf diese globale Umwelt- und Menschheitskrise liegen in den Nachhaltigkeitsstrategien und im Ressourcenschutz.

Das BBergG von 1980, dessen große Leistung in der Vereinheitlichung der Rechtsordnung liegt,⁸¹⁷ ist nicht auf den Ressourcenschutz ausgerichtet. Die Motivation des Gesetzgebers war es, das BBergG möglichst von außerbergrechtlichen Belangen freizuhalten. Dieser Anspruch konnte nicht aufrechterhalten werden und so prägt die richterrechtliche Rechtsentwicklung das Gesicht des BBergG. Hier kann es sich freilich nur um Notreparaturen handeln und nicht um eine vollständig neue Konzeptionierung. Es hat sich auch gezeigt, dass diese richterrechtlichen Notreparaturen den verfassungsrechtlichen Anforderungen letztendlich nicht standhalten. Zum einen konnte keine verfassungsmäßige Ausgestaltung der Verfahrensstufen zueinander ausgemacht werden. Zum anderen kann auf der Grundlage der geltenden Rechtslage eine verfassungsrechtlich geforderte Gesamtabwägung nicht hergeleitet werden.

815 Kühne, RdE 2017, S. 39 f.

816 Kühne sieht die Bergrechtsentwicklung auf den Zeitenwandel reagierend: Von dem Kohlezeitalter im 19. Jahrhundert, das ab der 2. Hälfte des 20. Jahrhundert ansetzende Erdöl- und Erdgaszeitalter und das nun beginnende Ende der fossilen Brennstoffe (RdE 2017, S. 42).

817 Wie vormals schon das PrAGB: Klostermann, Komm PrABG, Einleitung, S. 36 ff.

I. Zusammenfassung

Die auf die erste Untersuchung hin offenbar gewordene fehlende Ausrichtung am Ressourcenschutz soll in den folgenden Kapiteln mit Hilfe der Ressourcenethik vertieft und dabei die Forderungen an ein BBergG, das auf die drängendsten Probleme unserer Zeit antwortet, herausgearbeitet werden.

