UniversitätsSchriften

Recht 1023

Nina Lanzer

Bergrecht und Ressourcenethik

Ist das Bundesberggesetz verteilungsgerecht, nachhaltig und verfahrensgerecht?

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nomos Universitätsschriften

Recht

Band 1023

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nina Lanzer

Bergrecht und Ressourcenethik

Ist das Bundesberggesetz verteilungsgerecht, nachhaltig und verfahrensgerecht?

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gefördert durch

DBU

Deutsche
Bundesstiftung Umwelt

www.dbu.de

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: Leipzig, Univ., Diss., 2023

ISBN 978-3-7560-1166-7 (Print)
ISBN 978-3-7489-1760-1 (ePDF)

Onlineversion
Nomos eLibrary

1. Auflage 2024
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2024. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vorwort zur Dissertation von Nina Lanzer „Bergrecht und Ressourcenethik - Ist das Bundesberggesetz verteilungsgerecht, nachhaltig und verfahrensgerecht?“

Die Arbeit von Nina Lanzer steht in einer Reihe jüngst erschienener Arbeiten zur Bergrechtsreform, z.B. der Dissertation von Felix Kaiser über „Umweltverträgliches Bergrecht“, der Habilitationsschrift von Armin von Weschpfennig zu „Strukturen des Bergrechts“ oder den Gutachten über „Instrumente zur umweltverträglichen Steuerung der Rohstoffgewinnung“ für das Umweltbundesamt von Friedhelm Keimeyer et al. All diesen Arbeiten liegt die Überlegung zugrunde, dass das Bergrecht mit seinen in der Landschaft des deutschen Verwaltungsrechts singulären Instrumenten wie dem Berechtsamswesen oder den Betriebsplänen reformbedürftig ist. Die Erkenntnis, dass das BBergG insbesondere im Hinblick auf Umwelt und Nachhaltigkeit defizitär ist, ist bis zur Bundesregierung durchgedrungen, wo an einer Novellierung des Gesetzes gearbeitet wird.

Frau Lanzer schließt sich der Kritik der vorgenannten Arbeiten an, geht in ihrer Dissertation aber thematisch darüber hinaus, indem sie einen innovativen Ansatz mit einer Mischung aus (Berg-)Recht und (Ressourcen-)Ethik verfolgt. Dabei setzt sie sich intensiv mit der Frage der Verteilungsgerechtigkeit des geltenden Bergrechts auseinander und leitet daraus die konkrete Erkenntnis ab, dass es entgegen der vorherrschenden Ansicht keine gebundene Entscheidung mit einem Anspruch auf Zulassung geben dürfe. Weiter sei die Nichtberücksichtigung von Grundeigentümer mit mittleren bis leichten Bergschäden verfassungswidrig. Insgesamt fordert sie einen Paradigmenwechsel des Bergrechts zugunsten der Nachhaltigkeit.

Nicht nur wegen der überzeugenden inhaltlichen Erkenntnisse und Reformvorschläge, sondern auch wegen ihrer klaren leserfreundlichen Diktion lohnt sich die Lektüre für alle, die sich ein Bild von den Möglichkeiten einer umfassenden Bergrechtsform machen wollen. Es ist zu wünschen, dass sich der Gesetzgeber diese Vorschläge zu Herzen nimmt und den notwendigen Reformmut gegen alle Widerstände des traditionellen aber überkommenen Bergrechts aufbringt.

Prof. Dr. Schomerus

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vorwort

Die Ökologisierung des Rechts ist die vordringliche Aufgabe, die sich den Rechtsordnungen durch die multiplen, weltweiten Umweltkrisen stellt. Die Umweltethik kann und muss das Umweltrecht auf diesem Weg konstruktiv und kritisch begleiten. Die Motivation meiner Arbeit war es, diesen interdisziplinären Dialog für ein bestimmtes Rechtsgebiet auszuarbeiten. Möge sich dieser Dialog intensivieren.

Die vorliegende Arbeit wurde im September 2021 fertig gestellt und im Sommersemester 2023 von der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig als Dissertation angenommen. Die vorliegende Druckfassung wurde aktualisiert.

Ich wurde bei der Erstellung dieser Dissertationsschrift von vielen Menschen kritisch und wohlwollend begleitet, ohne die diese Arbeit nicht möglich gewesen wäre. Zunächst möchte ich mich bei meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Köck, für seine Offenheit gegenüber der Themenwahl, bedanken. Dann bin ich meinem Zweitgutachter Herrn Prof. Dr. Schomerus zu großem Dank verpflichtet, nicht nur für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens, sondern auch für den wertschätzenden fachlichen Austausch.

Für ein kollegiales Miteinander möchte ich mich bei den Mitarbeiter:innen des Helmholtz-Zentrums für Umweltforschung (UFZ) in Leipzig bedanken – auch bei den Ehemaligen. Insbesondere gilt hier mein Dank Henrik Fischer, Dr. Grit Ludwig und Dr. Stefan Möckel. Die fachlichen Impulse von dem Vorsitzenden Richter am BVerwG Prof. Dr. Ingo Kraft, dem Vorsitzenden Richter am BVerwG a.D. Werner Neumann, von Prof. Dr. Arnim von Weschpfennig und von Prof. Dr. Kirsten Meyer und den Teilnehmer:innen ihres Kolloquiums haben mich und meine Arbeit weitergebracht, wofür ich dankbar bin. Außerdem gilt mein Dank Bundesverfassungsrichterin Prof. Dr. Ines Härtel und Prof. Dr. Christoph Enders für den überfachlichen Austausch. Ich möchte mich bei Prof. Dr. Diethelm Klesczewski und bei Richterin Dr. Steffi Müller-Metzger bedanken, die mich schon früh in meinem wissenschaftlichen Bestreben gefördert haben. Und ich möchte mich bei Julia Maria Auer, Eva-Charlotte Holst, Tobias Rebmann, Johannes Engel und den Mitarbeiter:innen der Bibliothek des UFZs für ihre Unterstützung bedanken.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Mein Dank gilt auch den Mitarbeiter:innen der Deutschen Bundesstiftung Umwelt, den Mitarbeiter:innen des t.e.a.m.-Programms der Universität Leipzig und den Mitarbeiter:innen des Nomos-Verlags.

Ich danke Max Lanzer, der aus nächster Nähe alle Berge und Täler miterlebt hat. Ich danke meinen Freundinnen, meinen Freunden und meinen wunderbaren Geschwistern. Ich danke meinen Kindern, die mir in vieler Hinsicht geduldige Lehrer:innen sind und die mir die Wichtigkeit und Dringlichkeit des Nachhaltigkeitsgebots immer wieder vor Augen führen.

Ich danke meinen Eltern, die mich immer und immer selbstverständlich unterstützt haben und unterstützen. Peter und Renate Lanzer ist diese Arbeit gewidmet.

bei Heidelberg, im November 2023

Nina Lanzer
lanzer@posteo.de

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Inhaltsverzeichnis

Abbildungsverzeichnis 21

Einleitung 25

Kapitel 1: Grundlagen 35

A. Zu den Begriffsfeldern: Ressource und Ressourcenschutz 35

B. Zur Empirie der Rohstoffgewinnung in Deutschland 42
I. (Fossile) Energierohstoffe 44
II. Nichtenergetische Rohstoffe 49
III. Unterirdische Ablagerung von CO_2 (CCS) 52

C. Ressourcennutzung als Problem des Umweltschutzes 54
I. Eingriffe in Natur und Landschaft und den Wasserhaushalt 55
II. Klimakrise 56
III. Umweltlasten durch die neuen Bergbautechnologien Fracking und CCS 59

D. Grundlagen des interdisziplinären Dialogs zwischen Ressourcenethik und Bergrecht 61
I. Ethik und Recht 63
II. Umweltethik und Umweltrecht 68
III. Ressourcenethik und Bergrecht 72

Kapitel 2: Grundelemente und Entwicklung des Bergrechts auch in Hinblick auf den Ressourcenschutz 75

A. Die inhaltlichen Aussagen der Zielbestimmung des § 1 Nr. 1 BBergG 78

B. Die Unterscheidung von grundeigenen und bergfreien Bodenschätzen und die Grundeigentümerbodenschätze 80
I. Nichtbergrechtliche Grundeigentümerbodenschätzen 81
II. Grundeigene Bodenschätze 82
III. Bergfreie Bodenschätze und staatliche Gestaltungsräume, gespiegelt auch an der historischen Entwicklung 82

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

C. Das Gestattungssystem (Konzessionssystem) des Bergrechts 87
I. Berechtsamswesen/Bergbauberechtigungen 88
1. Bergbauberechtigungsarten 89
a. Erlaubnis 89
b. Bewilligung 90
c. Bergwerkseigentum 90
2. Gebundener Verwaltungsakt und Anspruch auf Erteilung 92
3. Bergbauberechtigungen als Eigentum im Sinne von Art. 14 I GG 96
4. Die Feldes- und Förderabgabe, §§ 30 f. BBergG 98
II. Die Anlagenzulassung durch die Betriebspläne 101
1. Rahmenbetriebsplan 104
2. Sonderbetriebsplan 105
3. Abschlussbetriebsplan 106
4. Ausgewählte materiell rechtliche Anforderungen – zugleich Darstellung der richterlichen Rechtsentwicklung 108
a. Überwiegende öffentliche Interessen – Altenberg Urteil des BVerwG 108
b. Gesamtabwägung 111
aa. Moers-Kapellen-Urteil des BVerwG 111
bb. Garzweiler-Urteil des BVerwG 112
cc. Garzweiler-Urteil des BVerfG 115
dd. Zusammenfassung 116

D. Das Verhältnis zwischen dem Grundeigentümer und dem Bergbaubetreiber 117
I. Grundabtretung 117
1. Grundabtretungsvoraussetzungen 118
a. Notwendigkeit der Benutzung 118
b. Allgemeinwohl 119
c. Verhältnismäßigkeitsprüfung, insbesondere (Enteignungs-)Abwägung 121
2. Besonderheit: Enteignung zugunsten Privater 121
II. Nachbarschaftsrecht/Bergschadensrecht 122
1. Präventionsmaßnahmen 123
2. Bergschadensersatzanspruch 123

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

E. Bergrechtliche Verfahrensabläufe 124
I. Erteilung der Bergbauberechtigung 125
II. Betriebsplanzulassung 126
1. Einfaches Zulassungsverfahren nach § 54 BBergG 126
2. Bergrechtliches Planfeststellungsverfahren 128
a. Anwendbare Vorschriften 129
b. Verfahrensablauf 131

F. Wann wird letztverbindlich über die Frage entschieden, ob der Bergbau betrieben werden soll oder nicht? 133
I. Erteilung der Bergbauberechtigung 135
1. Beginn des Entscheidungsprozesses über das Abbaugebiet 136
2. Schaffung eines abwägungsrelevanten Belangs 137
3. Zusammenfassung 138
II. Rahmenbetriebsplanzulassung 139
1. Enteignungsrechtliche Vorwirkung 140
2. Positive Grundentscheidung zur Zulassungsfähigkeit der Anlage – Bindungswirkung für das Grundabtretungsverfahren? 141
a. Überschneidungen im Prüfkatalog 142
b. Führt die Deckungsgleichheit in den Prüfungen zu einer Bindungswirkung? 144
aa. Bindungswirkung über das Verbot widersprüchlichen Verhaltens 147
bb. Ist eine derartige Bindungswirkung bezogen auf Enteignungsentscheidungen zulässig gemessen an den zur enteignungsrechtlichen Vorwirkung entwickelten Grundsätzen? 151
3. Fazit 151
III. Hauptbetriebsplan 152
IV. Grundabtretung 153
V. Ergebnis 154

G. Die Raumplanung und ihr Einfluss auf bergrechtliche Gestattungen 157

H. Kritik an der Gesamtabwägungslehre 160
I. Fehlschluss und Widerspruch in der Begriffslogik 160
1. Argumentationsstruktur des BVerwG 162

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Fehlschluss 164
3. „Heilung“ der Auslegung durch den Gesetzgeber 165
4. Verstößt § 48 II BBergG gegen das Gebot der Normenklarheit? 169
5. Zwischenfazit 172
II. Gesamtabwägung trotz Einschränkungen des § 48 II BBergG? 172
1. Einschränkungen des § 48 II S. 1 durch den Anwendungsbereich des § 48 I S. 1 BBergG 173
2. Einschränkungen des § 48 II S. 1 BBergG durch die Zuständigkeit speziellerer Behörden 175
3. Einschränkungen des § 48 II S. 1 BBergG gegenüber § 15 BBergG und gegenüber § 55 I BBergG 176
4. Herleitung einer innertatbestandliche Gesamtabwägung 177
5. Ergebnis 181
III. Verstoß gegen das Gebot der Normenklarheit 181
1. Prüfung der Befugnisnorm am Gebot der Normenklarheit 182
a. Unterschiedlicher Maßstab 182
b. Unzureichend bestimmte Ermächtigungsgrundlage? 182
c. Ist § 48 II S. 1 BBergG überhaupt eine Ermächtigungsgrundlage? 185
aa. Verhältnis des § 48 II S. 1 BBergG zu § 56 I S. 2 BBergG 186
bb. Verhältnis des § 48 II S. 1 BBergG zu § 71 BBergG 187
d. Ergebnis 190
2. Fehlender Abwägungsmaßstab 190
IV. Entschließungsermessen bzgl. der Durchführung einer Gesamtabwägung? 191
V. Fazit 193
I. Zusammenfassung 194

Kapitel 3: Maßstäbe der Ressourcenethik für die Rohstoffgewinnung 197

A. Verteilungsgerechtigkeit 201
I. Was wird verteilt? 204

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Wer verteilt? 208
III. An wen wird etwas verteilt? 208
IV. Wie wird etwas verteilt? 209
1. Bestimmung der Kapazitätsgrenze 209
2. Anwendung von Verteilungskriterien 210
a. Egalitarismus nach Aristoteles 212
b. Klassischer Utilitarismus 212
c. Rawls' Theorie der Gerechtigkeit 214
d. Libertarismus 217
e. Zeitgenössische verdienstorientierte Ansätze 217
f. Nonegalitarismus 218
V. Zusammenfassung - Verteilungsgerechtigkeit bezogen auf den Bodenschatzabbau 219

B. Nachhaltigkeitsgrundsatz 220
I. Zeithorizonte 222
1. Nachrückende Generationen 223
2. Zukünftige Generationen 224
II. Starke und schwache Nachhaltigkeit 225
III. Ressourcenfrage 227
1. Nachhaltigkeitsgrundsatz angewendet auf die Entnahme 227
a. Mögliche Festlegungen des Naturkapitals 227
b. Substitutionsregel 230
c. Schonender und sparsamer Abbau 231
2. Nachhaltigkeitsgrundsatz angewendet auf die Senken(-funktion) 232
IV. Zusammenfassung 233

C. Verfahrensgerechtigkeit 234
I. Absichernde Verfahrensgerechtigkeit 235
1. Ordnendes und transparentes Verfahren 238
2. Umfassende Informationen als Entscheidungsgrundlage 238
3. Rationale Begründbarkeit der Entscheidungen 239
II. Interne Verfahrensgerechtigkeit 240
1. Achtung der Verfahrensteilnehmer als Subjekte - Dialogbereites Verfahren 241
2. Gleichbehandlungsgebot 242
III. Sanktionierende Verfahrensgerechtigkeit und Verfahrensbilligkeit 243

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

IV. Zusammenfassung 245

D. Zusammenfassend: Ressourcenethische Anforderungen an das Recht des Abbaus von Bodenschätzen 246

Kapitel 4: Verteilungsgerechtigkeit im Bergrecht 249

A. Wie nimmt das Bergrecht die Verteilung des Guts ‚Rechtsposition am Bodenschatz' vor? 250

I. Ressourcenethische Analyse der Verteilungsentscheidung über die bergfreien Bodenschätze 251

1. Welches ist die Verteilungsentscheidung? 251
2. Wer trifft die Verteilungsentscheidung? 253
3. Verteilungskriterium 255
   a. Grundausrichtung zugunsten des Bergbaus 255
   b. Abmilderung durch umfassende Versagungsgründe? 256
4. Ressourcenethische Bewertung 258
   a. Bewertung mithilfe des libertaristischen Ansatzes 258
   b. Bewertung mithilfe des Differenzprinzips von Rawls 260

II. Die derzeitigen Auslegungsspielräume zur Behebung ressourcenethischer Defizite nutzen 263

1. Erteilung der Bergbauberechtigung im Ermessen der Behörde? 264
   a. Historische Auslegung 265
   b. Teleologische Auslegung 266
   c. Stellungnahme 268
2. Berücksichtigung aller öffentlichen Interessen im Rahmen des § 11 Nr. 10 BBergG? 270
   a. Bezug zum Feld 273
   b. Erstreckung auf das gesamte zuzuteilende Feld 276
   c. Ausschließung der Aufsuchung 277
   d. Überwiegen des sonstigen öffentlichen Interesses gegenüber dem Bergbauinteresse 279
   e. Zwischenfazit 281
3. Sind die Bergbauberechtigungen eigentumsrechtliche Positionen im Sinne von Art. 14 I GG? 281
   a. Erlaubnis 285
   b. Bewilligung 287
   c. Bergwerkseigentum 290

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d. Zusammenfassung 290
4. Zwischenergebnis 291
III. Zusammenfassung 291

B. Wie nimmt das Bergrecht die Verteilung des Guts ‚Recht an der Bodennutzung' vor? 293

I. Ressourcenethische Analyse der derzeitigen Gesetzesauslegung 294
1. Welches ist die Verteilungsentscheidung? 294
2. Kapazitätsfestlegungen durch die Raumordnung 296
3. Wer trifft die Verteilungsentscheidung? 297
4. Ressourcenethische Bewertung der Verteilungskriterien 298
a. Verteilungskriterien des BBergG bei der Zulassung des Rahmenbetriebsplans 299
aa. Was sind Interessen? 300
bb. Kriterium: Gewichtigkeit 301
cc. Grundausrichtung zugunsten Bergbau 304
dd. Normative Gewichtungsvorgabe zugunsten des Bergbaus 305
ee. Zusammenfassung 307
b. Ressourcenethische Bewertung der Gesamtabwägung als Verteilungsmechanismus 307
aa. Vergleich mit dem utilitaristischen Verteilungskriterium 307
bb. Vergleich mit egalitaristischen Verteilungskriterien 311
cc. Vergleich mit der Gerechtigkeitstheorie von John Rawls 312
(1) Nach der allokativen Gerechtigkeit bzgl. nicht hervorgebrachter Güter 313
(2) Nach dem Differenzprinzip 315
dd. Problematik der nicht originären Verteilung 318
c. Ressourcenethische Bewertung der Verteilung im Grundabtretungsverfahren 320
d. Zusammenfassung 321
5. Fazit der ressourcenschutzethischen Analyse der derzeitigen Gesetzeslage 323

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

II. Die derzeitigen Auslegungsspielräume zur Behebung ressourcenethischer Defizite nutzen 325
1. Die Frage nach der Gestaltungsfreiheit der Behörde 325
a. Enthält § 55 I tatsächlich eine gebundene Entscheidung? 329
aa. Historische Auslegung 330
bb. Teleologische Auslegung 337
b. Planerische oder nachvollziehende Gesamtabwägung? 341
c. Fazit 344
2. Enthält das BBergG tatsächlich eine normative Gewichtungsvorgabe zugunsten des Bergbaus? 345
a. Mögliche normative Gewichtungsvorgaben: Abwägungsdirektive, Optimierungsgebot, relativer und absoluter Vorrang 346
b. Abwägungsvorgabe durch den § 1 BBergG 352
c. Abwägungsvorgabe durch die Rohstoffsicherungsklausel (§ 48 I S. 2 BBergG) 354
aa. Die inhaltlichen Aussagen der sog. Rohstoffsicherungsklausel, § 48 I S. 2 BBergG 355
bb. § 48 I S. 2 BBergG als normative Gewichtungsvorgabe 356
d. Abwägungsvorgabe durch die Zusammenschau der Normen oder die Grundausrichtung des BBergG 358
e. Fazit 359
3. Beachtung aller privaten und öffentlichen Interessen innerhalb der Gesamtabwägung? 359
a. Kontext der Enteignungsabwägung 361
b. Umfang der Enteignungsabwägung 363
c. Zwischenfazit 367
d. Kriterium: Allgemeinwohl 368
4. Ergebnis 369

C. Wie nimmt das Bergrecht die Verteilung der Lasten vor? 369
I. Berücksichtigung der Interessen der potenziellen Lastenträger in der Letztentscheidung über den Bergbau 372
1. Ob der Berücksichtigung 373
a. Leichte bis mittlere Bergschäden am Eigentum 374
b. Negative Auswirkungen des Klimawandels 376

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

c. Zwischenfazit 376
d. Ressourcenethische Bewertung 377
e. Auslegungsspielraum zur Überwindung des ressourcenethischen Defizits 379
aa. Von kleineren und mittleren Bergschäden Betroffenen 379
bb. Vom Klimawandel negativ Betroffene 382
2. Wie der Berücksichtigung 383
3. Zwischenbewertung 384
II. Präventionsmaßnahmen 384
III. Bergschadensersatzanspruch 386

D. Fazit 387

Kapitel 5: Nachhaltigkeit im Bergrecht 389

A. Nachhaltigkeit als Ziel des BBergG 390
I. Ressourcenethische Analyse 390
II. Die derzeitigen Auslegungsspielräume zur Überwindung des ressourcenethischen Defizits nutzen 393
1. Förderung des Bergbaus als Zielbestimmung des § 1 Nr. 1 BBergG 393
2. Gerechte Güterverteilung zwischen den heutigen und den künftigen Generationen 394
3. Gerechte Lastenverteilung zwischen den heutigen und den künftigen Generationen 398
III. Zusammenfassung 400

B. Nachhaltigkeit im Zulassungsverfahren 401
I. Berücksichtigung von Interessen künftiger Generationen bei der Erteilung der Bergbauberechtigungen 402
1. Ressourcenethische Analyse 402
2. Die derzeitigen Auslegungsspielräume zur Behebung des ressourcenethischen Defizits nutzen 403
a. Was sind öffentliche Interessen? 403
b. Die Interessen Künftiger als öffentliche Interessen 404
c. Einschränkungen des § 11 Nr. 10 BBergG 406
3. Fazit 407

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Berücksichtigung von Interessen künftiger Generationen bei der Zulassung des Rahmenbetriebsplans 408
1. Ressourcenethische Analyse 408
2. Die derzeitigen Auslegungsspielräume zur Behebung des ressourcenethischen Defizits nutzen 409
3. Zwischenfazit 411

C. Fazit 411

Kapitel 6: Bergrechtliche Verfahren und Verfahrensgerechtigkeit 413

A. Behördliche Verfahren und Verfahrensgerechtigkeit 413
I. Betroffenenbeteiligung 414
1. Ressourcenethische Analyse der derzeitigen Betroffenenbeteiligung 417
a. Beteiligung der Grundeigentümer im Verfahren um die Erteilung der Bergbauberechtigungen 418
b. Beteiligung der von möglichen kleineren und mittleren Bergschäden Betroffenen 421
c. Beteiligung der von Enteignung bedrohten Grundeigentümer in nichtkomplexen Großvorhaben 423
d. Rechtsklarheit 423
2. Die derzeitigen Auslegungsspielräume zur Behebung ressourcenethischer Defizite nutzen 425
a. Betroffenenbeteiligung bei der Erteilung der Bergbauberechtigungen 425
b. Betroffenenbeteiligung der von möglichen kleinen und mittleren Bergschäden Betroffenen 426
c. Betroffenenbeteiligung der Zuenteignenden 426
3. Ergebnis 427
II. Öffentlichkeitsbeteiligung 428
1. Ressourcenethische Analyse der derzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung 429
a. Öffentlichkeitsbeteiligung im Rahmen der UVP 430
aa. Anforderungen der absichernden Verfahrensgerechtigkeit 430
bb. Anforderungen der internen Verfahrensgerechtigkeit 430

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

cc. Die derzeitigen Auslegungsspielräume zur Behebung ressourcenethischer Defizite nutzen 434
b. Frühe Öffentlichkeitsbeteiligung 434
2. Zusammenfassung 435
III. Verfahrenslasten 436
1. Welche Präklusionen befinden sich im bergrechtlichen Verfahren? 436
a. Präklusion nach § 48 II S. 5 BBergG 437
b. Erweiterter Anwendungsbereich der Präklusionsnorm des § 48 II S. 5 BBergG 438
c. Präklusion aus §§ 52 IIa, 57a I, 5 BBergG i.V.m. § 73 IV S. 3 VwVfG 439
d. Präklusion gem. § 57a V BBergG 440
2. Ressourcenethische Analyse der Präklusionsnorm des § 48 II S. 5 BBergG 441
a. Fristen 442
b. Geforderte Konkretisierung der Einwendung 443
c. Öffentliche Bekanntmachung im Internet 444
3. Den derzeitigen Auslegungsspielraum zur Behebung ressourcenethischer Defizite nutzen 444
4. Fazit 446
IV. Komplexität des Verfahrens 447

B. Gerichtliche Überprüfung und Verfahrensgerechtigkeit 448
I. Zugang zu Gericht für die vom Bergbau Betroffenen 449
II. Zugang zu Gericht für die Interessen von künftigen Generationen 451

C. Fazit 452

Kapitel 7: Umwelt- und ressourcenethische Begründung für eine Reform des Bergrechts 455

A. Reformdiskussion 455
I. UGB-KomE 456
II. Anträge auf Gesetzesänderungen aus der 17. Legislaturperiode 457
III. Reformvorschläge aus der Literatur 459
1. Gutachten von *Teßmer* 459
2. *Sanden*, *Schomerus* und *Schulze* 460

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. INSTRO-Gutachten 461
4. Dissertationsschrift von *Kaiser* 465

B. Reformvorschlag auf Basis der ressourcenschutzethischen Analyse 466
I. Minimalinvasive Änderung durch den Gesetzgeber zur Herstellung der Verfassungsmäßigkeit 467
II. Eckpunkte eines umfassenden Reformvorschlags 469

Zusammenfassung 475

Literaturverzeichnis 481

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Untersuchungsprogramm der Arbeit 32

Abbildung 2: Systematisierung der Rohstoffe (eigene Erstellung) 37

Abbildung 3: Teilmengen der Ressourcenbasis (eigene Erstellung) 38

Abbildung 4: Übersicht zum Ressourcenschutz (eigene Erstellung) 41

Abbildung 5: Systematisierung des Bezugs von Recht und Ethik (eigene Erstellung) 65

Abbildung 6: Rechtlich unterschiedliche Behandlung verschiedener Bodenschätze (eigene Erstellung) 80

Abbildung 7: Übersicht zu den bergrechtlichen Genehmigungen (eigene Erstellung) 87

Abbildung 8: Übersicht der Betriebsplanarten (eigene Erstellung) 103

Abbildung 9: Bergrechtliche Verfahren (eigene Erstellung) 124

Abbildung 10: Betriebsplanverfahren im Vergleich (eigene Erstellung) 127

Abbildung 11: Mögliche Letztentscheidungen in unterschiedlichen Vorhaben (eigene Erstellung) 134

Abbildung 12: Darstellung der Deckungsgleichheit der Prüfungspunkte von Rahmenbetriebsplanzulassung und Enteignung (eigene Erstellung) 143

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abbildung 13: Übersicht in welchem Verfahrensschritt die Entscheidung über den Bergbau getroffen wird nach der vorherrschenden Rechtsauffassung (eigene Erstellung) 155

Abbildung 14: Argumentationsmuster des BVerwG bzgl. der Auslegung des § 48 II BBergG (eigene Erstellung) 162

Abbildung 15: Argumentation des BVerwG aufgeschlüsselt nach der logischen Struktur (Modus Barbara) (eigene Erstellung) 163

Abbildung 16: Systematisierung Ressourcennutzungskonflikte (eigene Erstellung) 198

Abbildung 17: Ressourcenkonflikte und die ihnen zugeordneten Maßstäbe der Ressourcenethik (eigene Erstellung) 200

Abbildung 18: Güter der Verteilung (eigene Erstellung) 205

Abbildung 19: Die Verteilungsentscheidung bezüglich teilbarerer/unteilbarer Güter (eigene Erstellung) 207

Abbildung 20: Gerechtigkeitstheorien (eigene Erstellung) 211

Abbildung 21: Nutzsummenwertberechnung am Beispiel des Kohleabbaus (eigene Erstellung) 213

Abbildung 22: Zeithorizont der Nachhaltigkeit (eigene Erstellung) 223

Abbildung 23: Mögliche Festlegungen des Naturkapitals im Sinne der starken Nachhaltigkeit (eigene Erstellung) 229

Abbildung 24: Welches ist die Verteilungsentscheidung über das Recht an der Bodennutzung? (eigene Erstellung) 296

Abbildung 25: Ergebnis der ressourcenethischen Analyse der Verteilung über das Recht an der Bodennutzung (eigene Erstellung) 324

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abbildung 26: Die unterschiedlichen Abwägungsarten im Überblick (eigene Erstellung) 329

Abbildung 27: Der mögliche unterschiedliche Ausgang einer Gesamtabwägung verglichen mit der einer Enteignungsabwägung (eigene Erstellung) 367

Abbildung 28: Entscheidungskriterium der verschiedenen Letztentscheidungen (eigene Erstellung) 373

Abbildung 29: Berücksichtigung der verschiedenen Lastenempfänger in den verschiedenen Letztentscheidungen (eigene Erstellung) 377

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Einleitung

Weltweit werden die biotischen und abiotischen Ressourcen in erheblichem Ausmaß in Anspruch genommen. Die weltweite Ressourcenentnahme befindet sich im 21. Jahrhundert auf einem historischen Höchststand.[1] Im Vergleich zum Jahr 1900 ist die weltweite Ressourcenentnahme um den Faktor 12 auf 89 Gt im Jahr 2015 gestiegen.[2] Ein erheblicher Anstieg der Ressourcenentnahme ist dabei um die Mitte des 20. Jahrhunderts und nochmals ab Beginn des 21. Jahrhunderts zu verzeichnen.[3] Dem entspricht ein weltweit hoher Rohstoffkonsum von durchschnittlich 12 t Rohstoffmaterial/Kopf im Jahr 2015.[4]

Dieses hohe Maß der Rohstoffnutzung führt zu massiven Umweltproblemen und ist mit einer nachhaltigen, an den menschlichen Bedürfnissen orientierten Entwicklung nicht in Einklang zu bringen. Der Abbau von Rohstoffen bedingt immer einen Eingriff in den Naturhaushalt: Flächen werden in Anspruch genommen und verändern Natur und Landschaft teilweise irreversibel, was auch zu Verlusten von Ökosystemen führen kann; es kommt zu einer erheblichen Schadstoffbelastung der Umwelt – so wurden von den seit 1900 aus der Natur entnommenen Rohstoffen 72 % als Abfall oder Emission wieder an die Umwelt abgegeben[5]; der Gewässerhaushalt kann negativ verändert werden; ein hoher Energieverbrauch und die Förderung von fossilen Energieträgern treiben den Klimawandel weiter an – um nur einige Umweltprobleme als Folge der Rohstoffgewinnung schlaglichtartig zu erfassen.[6]

---

1 Eindrückliche Darstellung hierzu: *Krausmann et al.*, Global Environmental Change 2018, S. 135, 139; wiedergebend: BMU, Deutsches Ressourceneffizienzprogramm (ProgRess), S. 19.

2 *Krausmann et al.*, Global Environmental Change 2018, S. 134.

3 *Krausmann et al.*, Global Environmental Change 2018, S. 134.

4 Bundesregierung, Deutsches Ressourceneffizienzprogramm III (Progress III), Unterrichtung vom 18.6.2020, BT-Drs. 19/20375, S. 19.

5 *Krausmann et al.*, Global Environmental Change 2018, S. 136.

6 Ein Überblick bietet: SRU, Verantwortung in einer begrenzten Welt, BT-Drs. 17/10285, S. 68 ff. Vergleiche auch die Pressemitteilung vom BMUV vom 17.11.2022: „Keine Klimarettung ohne Ressourcenwende" (im Internet abrufbar unter: <https://www.bmuv.de/pressemitteilung/cop27-keine-klimarettung-ohne-ressourcenwende> (zuletzt abgerufen im November 2023)).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Eindringlich sind die Grenzen des (wirtschaftlichen) Wachstums mit dem gleichnamigen Bericht des Club of Rome von 1972 in das Bewusstsein der Weltöffentlichkeit getreten. Das Konzept der planetaren Grenzen (Planetary Boundaries) führt eben jene Grenzen der Naturnutzung ins Bewusstsein. Es stellt den Zusammenhang her, dass mit einer Überschreitung der Grenzen der Naturnutzung das menschliche Leben auf dem Planeten erheblichen und unkontrollierbaren Risiken ausgesetzt wird.[7] Es zeigt, dass die natürlichen Lebensgrundlagen des Menschen durch die massive menschliche Naturnutzung bedroht sind.

Die konsequente Antwort auf die sich weltweit anbahnende ökologische Krise ist ein nachhaltiger Schutz der Naturressourcen. Ressourcenschutz ist ein essenzieller Baustein für eine nachhaltige Entwicklung. Der Ressourcenschutz muss dabei auf allen Stufen der Rohstoffwirtschaft, d.h. auf der Ebene der Rohstoffgewinnung, der Rohstoffverarbeitung und der Rohstoffnutzung, Beachtung finden.[8]

In Deutschland liegt der Rohstoffkonsum mit 16,1 t/Kopf für das Jahr 2014 auf hohem Niveau, das sich über dem globalen und europäischen Durchschnitt befindet.[9] Der Rohstoffbedarf wird teils durch die inländische Rohstoffentnahme gedeckt.[10] Dabei wurden insgesamt etwa 166 Mio. Tonnen an abiotischen Rohstoffen im Jahr 2021 der Umwelt entnommen.[11] In Deutschland wird damit in beachtenswertem Umfang Bergbau betrieben.

Die Forderung nach Schutz der abiotischen Ressourcen im Prozess der Rohstoffgewinnung ist damit auch national hochaktuell.

Aktuelle Rechtslage

Die rechtlichen Vorgaben können bei dem Abbau von abiotischen Rohstoffen eine entscheidende Steuerungsfunktion zugunsten des Ressourcenschutzes übernehmen. Grundlage für die Genehmigung und Überwachung

---

7 *Steffen* et al., Science 2015, Heft 6223.

8 Der SRU spezifiziert diesbezüglich und plädiert für eine zweifaches Entkopplungskonzept (Verantwortung in einer begrenzten Welt, BT-Drs. 17/10285, S. 68, 73 ff.).

9 UBA, Die Nutzung natürlicher Ressourcen, S. 42 f.; siehe auch Bundesregierung, Deutsches Ressourceneffizienzprogramm III (Progress III), Unterrichtung vom 18.6.2020, BT-Drs. 19/20375, S. 19 f.

10 Eine Übersicht liefert UBA, Die Nutzung natürlicher Ressourcen, S. 28. Ausführlich auch unter Kapitel 1 B.

11 *Reichl*/*Schatz*, World Mining Data 2023, S. 46. Im Jahr 2015 wurden biotische und abiotische Rohstoffe von rund 1041 Mio. Tonnen gewonnen. Davon machten durch Bergbau gewonnene abiotische Rohstoffe etwa drei Viertel der Gesamtentnahme aus (UBA, Die Nutzung natürlicher Ressourcen, S. 14).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

des Abbaus von Bodenschätzen in Deutschland ist das Bundesberggesetz (BBergG).[12] Das BBergG legt den rechtlichen Rahmen des Bergbaus fest und umfasst 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. Das BBergG wird nicht in den Besonderen Teil des Umweltrechts eingeordnet, sondern firmiert als umweltrelevantes Recht.[13] Vielfach wird dem BBergG Sonderrechtscharakter zugesprochen, welcher auf bergbaulichen Besonderheiten beruhe, so dass sich das Bergrecht vom allgemeinen Verwaltungs- und Planungsrecht abhebt.

Mit seiner Verabschiedung im Jahre 1980 konnte ein langjähriger Gesetzgebungsprozess abgeschlossen werden, der den Zustand einer unübersichtlichen Rechtszersplitterung beendete. Das wirtschaftsliberale Allgemeine Berggesetz für die Preußischen Staaten vom 24.6.1865 (PrABG) wirkt als Wurzel des BBergG dabei noch verschiedentlich fort.[14] Die Änderungshistorie des BBergG zeigt, dass – bis auf die Einführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung – der Umwelt- und Ressourcenschutz keine besondere Berücksichtigung in der Berggesetzgebung gefunden hat.[15] Auch sonst wurde das BBergG seit Erlass von gesetzgeberischer Seite kaum weiterentwickelt.[16] Die teilweise verfassungsrechtlich geforderten Rechtsentwicklungen basieren fast ausschließlich auf Richterrecht. Prominent sind hier zuletzt die Anerkennung einer Gesamtabwägung im Rahmen von Zulassungsentscheidungen durch die Garzweiler-Entscheidungen des BVerwG und BVerfG zu nennen.[17] Diese Aspekte erschweren den dogmatischen Zugriff auf die gesetzlichen Regelungen.

Diese Rechtslage wird von großen Teilen der Literatur als defizitär betrachtet und eine Reform des Bergrechts eingefordert.[18] Kritisiert wird

12 Mit Ausnahme für die nichtbergrechtlichen Grundeigentümerbodenschätze, die nicht dem Anwendungsbereich des BBergG unterfallen.

13 *Sparwasser/Engel/Voßkuhle*, Umweltrecht, § 9 Rn. 295.

14 *Ludwig*, VerwArch 2017, S. 560 f.

15 *Teßmer*, Vorschläge zur Novellierung des deutschen Bergrechts, S. 3.

16 *Kaiser*, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 318 f.

17 BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 (213) – Garzweiler; BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08, BVerfGE 134, 242– Garzweiler.

18 Im Koalitionsvertrag der amtierenden Bundesregierung ist eine Modernisierung des BBergG vorgesehen (SPD, Grüne, FDP, Koalitionsvertrag 2021-2025, S. 27); eine solche hält *Frenz* für verzichtbar (NuR 2022, S. 320). Zur Kritik in der Literatur siehe: *Kaiser*, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 190, 231 ff.; *Ludwig*, ZUR 2012, S. 156 f.; *Teß-*

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

vor allem, dass die Rohstoffnutzungsinteressen einseitig gegenüber den Umwelt- und Nachhaltigkeitsinteressen privilegiert werden.[19] Zuletzt hat sich das BVerfG in die Reihen der Kritiker eingeordnet und stellte fest: „[D]efizitär ist allerdings die Ausgestaltung des Bundesberggesetzes im Hinblick auf die für einen Tagebau gebotene Gesamtabwägung und auf einen effektiven Rechtsschutz in Großverfahren dieser Art […]".[20]

Auch nach dem Kohleausstieg wird das Bergrecht weiter aktuell bleiben.[21] Zum einen fußt die Abwicklung des Braunkohleabbaus im Tagebaubetrieb und der Renaturierung der entsprechenden Flächen auf den rechtlichen Regelungen des Bergrechts. Zum anderen müssen auch die neuen Technologien wie Fracking[22] und Geothermie auf Grundlage des Bergrechts zugelassen werden.

Zielstellung der Arbeit

In Hinblick auf die dringlichen Umweltprobleme unserer Zeit stellt sich die Frage, inwieweit das BBergG einen Beitrag zum Ressourcenschutz leistet und zu leisten vermag. Dabei soll sich die Analyse der Regelungen des Gesetzes nicht auf eine juristische Perspektive beschränken. Als außerrecht-

---

mer, Vorschläge zur Novellierung des deutschen Bergrechts, S. 13; *Sanden/Schomerus/Schulze*, Regelungskonzept für ein Ressourcenschutzrecht; UBA, Recht der Rohstoffgewinnung; frühe Kritiker schon: *Schulte*, NJW 1981, S. 95; *Lange*, DÖV 1988, S. 812 f.; *Kühne* lobt zugleich jedoch die Nachsorgepflicht und das innerbetriebliche Überwachungssystem (in: Heggemann (Hrsg.), Bergrechtliche Zulassungsentscheidungen im Kontext mit Umweltprüfungen, S. 11 f.). *Stevens* rechtfertigt den Mangel durch die Sachgesetzlichkeiten des Bergbaus (Bergrechtliche und umweltrechtliche Genehmigungen für Tagebaue, ZUR 2012, 347 f.). Andere Stimmen erkennen kein Defizit an, so etwa das Sächsische Oberbergamt, welches das Verfahren als transparent und flexibel bezeichnet (BT-Drs. 17/10182, S. 5) und *Keienburg*, die Vereinigung Rohstoffe und Bergbau e.V., der Verbande der Kali- und Salzindustrie e.V., die Industriegewerkschaft Bergbau, Chemie, Energie, welche für das BBergG Attribute wie „zeitgemäß", „in der Praxis bewährt", „vorbildlich" benutzen (BT-Drs. 17/10182, S. 6 f.). Zu weiteren Nachweisen zu Kritiken vor Erlass des BBergG siehe *Krems*, Grundfragen der Gesetzgebungslehre, S. 152, Fn. 1.

19 *Sanden/Schomerus/Schulze*, Regelungskonzept für ein Ressourcenschutzrecht; UBA, Recht der Rohstoffgewinnung.

20 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08, BVerfGE 134, 242 (288, Rn. 159; ausführliche Prüfung unter Rn. 210 ff.) – Garzweiler. *Durner/Karrenstein*, Anmerkung zum Urteil des BVerfG in der Rechtssache „Garzweiler", DVBl 2014, S. 182, 184.

21 *Kaiser*, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 323f.

22 *Eftekharzadeh*, Was spricht gegen Fracking?, NuR 2013, 704; *Teßmer*, in: Frenz (Hrsg.), Bergrechtsreform und Fracking, S. 25 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

licher Maßstab, an dem die Güte des Gesetzes bemessen werden kann, bietet sich dabei die Umweltethik, konkreter die Ressourcenethik an.[23]

Die Umweltethik stellt sich die grundlegende Frage, wie der Mensch mit der Umwelt umgehen soll. Die Ressourcenethik, als Teilbereich der Umweltethik, fragt nach der richtigen Nutzung der Ressourcen durch den Menschen.[24]

Die Umweltethik und das die Umwelt betreffende Recht sind aufeinander bezogen. Das Umweltrecht benötigt die Umweltethik zur eigenen Rechtfertigung. So können Fragen danach, warum die Umwelt (und in welchem Maße) geschützt werden soll und wie eine gute Umweltgesetzgebung aussieht, nicht (allein) selbstreferentiell beantwortet werden. Diese interdisziplinäre Verknüpfung von Umweltrecht und Umweltethik auch im Hinblick auf eine konkrete gesetzgeberische Ausgestaltung fehlt bisher weitgehend, obwohl die Verzahnung beider Disziplinen vielfach eingefordert wurde.[25] Die Umweltethik kann in zweierlei Hinsichten für das Umweltrecht fruchtbar gemacht werden. Zum einen kann die Umweltethik zum vertieften Verständnis des Umweltrechts und seiner Grundannahmen beitragen. Zum zweiten kann die Umweltethik als Prüfstein des Umweltrechts dienen und so erheblich zu dessen Weiterentwicklung beitragen. Auch die Umweltethik profitiert von einer kritischen Begleitung des Umweltrechts, durch die gesteigerte gesellschaftliche Relevanz wichtiger umweltethischer Erkenntnisse. Natürlich geht es in diesem interdisziplinären Dialog nicht darum, die demokratischen Gesetzgebungsprozesse durch umweltethische Annahmen zu ersetzen oder direkt aus der Umweltethik rechtliche Sätze abzuleiten. Es geht vielmehr um eine kritische Würdigung des Umweltrechts und damit letztendlich um eine umweltethisch fundierte Suche nach einem guten, nachhaltigen Umgang des Menschen mit seiner Umwelt auf gesellschaftlich-rechtlicher Ebene.

Ziel der Arbeit ist es nicht, eine eigene ressourcenethische Position zu erarbeiten und auch nicht persönlich in der ressourcenethischen Debatte Stellung zu beziehen. Durch die ausufernde Wissensdifferenzierung der einzelnen Fächer kann diese Arbeit auch keinen Anspruch auf Vollstän-

23 Vgl. *Nida-Rümelin* und *v. d. Pfordten*, in: Nida-Rümelin/v. d. Pfordten (Hrsg.), Ökologische Ethik und Rechtstheorie, S. 10.

24 *Fenner*, Angewandte Ethik, S. 113; *Potthast*, Umweltethik, S. 292 f.; *Ott*, in: Ott/Gorke (Hrsg.), Spektrum der Umweltethik, S. 17.

25 So u.a. von *Petersen*, UPR 2003, S. 206. Zur Thematik die Beiträge in Nida-Rümelin/v. d. Pfordten (Hrsg.), Ökologische Ethik und Rechtstheorie.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

digkeit bezüglich der wiedergegebenen ressourcenethischen Positionen erheben. Die Gefahr der interdisziplinären Arbeiten besteht gerade darin zwei Bereiche, ihrer Komplexität nicht angemessen, aufeinander zu beziehen.[26] Ziel der Arbeit ist es (Umwelt-)Recht und (Umwelt-)Ethik möglichst fruchtvoll zu verknüpfen, um das Recht zu bereichern. Hierfür ist es erfolgsversprechender nicht nur das Recht mit dem Hintergrund der Ethik abzugleichen, sondern ebenso die Ethik mit Blick auf das Recht hin zu untersuchen. Richtschnur der vorliegenden Arbeit ist es deswegen, auch in der ressourcenethischen Abhandlung die zu untersuchende rechtliche Thematik, den Abbau von Bodenschätzen, in dem Blick zu behalten. Durch die Einbettung des BBergG in die verfassungsmäßige Ordnung kann es deswegen auch sinnvoll sein, in der philosophischen Auseinandersetzung auf die Wertordnung des Grundgesetzes zu rekurrieren.[27]

Leitfragen

Aus dem aufgezeigten interdisziplinären Bezug stellt sich die grundlegende Frage, ob das BBergG den Erfordernissen der Ressourcenethik gerecht wird und wie ein Ressourcennutzungsgesetz aussehen müsste, das auf den Erkenntnissen der Umwelt- und Ressourcenethik aufbaut.

Die Ressourcenethik ist als Teilbereich der Umweltethik noch nicht umfassend ausgearbeitet und entwickelt worden. Dies kann auch die vorliegende Arbeit nicht leisten. Für die Frage, wie der Mensch mit den endlichen Ressourcen umzugehen habe, lassen sich allerdings drei Maßstäbe identifizieren. Die Ressourcenethik fordert zum einen eine gerechte Verteilung der Ressourcen (Verteilungsgerechtigkeit). In dieser Hinsicht und vor dem Untersuchungsrahmen des BBergG stellt sich die Frage, ob die Güter des Bergrechts (die Rechtspositionen an den Bodenschätzen, aber auch das Recht

26 So auch *Czarnecki*, Verteilungsgerechtigkeit im Umweltvölkerrecht, S. 23.

27 Eine Wertordnung ist ein System, in welchem Werte nach ihrer Wichtung zueinander ins Verhältnis gesetzt werden (Duden, Stichwort: ‚Werteordnung', ‚Wertesystem'). Die Wertordnung des Grundgesetzes ist in zweierlei Hinsichten zu verstehen. Zum einen treffen die einzelnen Grundrechte Wertentscheidungen. Zum anderen ergibt sich aus der Gesamtschau der Grundrechte ein wertgebundenes System. Hierzu: BVerfG, Urteil v. 15.01.1958 - 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 (205) – Lüth; BVerfG, Beschluss v. 08.08.1978 - 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89 (141 f.) – Kalkar I; BVerfG, Beschluss v. 12.11.1997, 1 BvR 479/92, 307/94 BVerfGE 96, 375 (398); *Petersen*, UPR 2003, S. 202; *Herdegen*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 1, Losebl. (Stand: Mai 2023), Rn. 4, 21; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 752. Primär sind Grundrechte jedoch als subjektive individuelle Rechte zu verstehen, auf die sich der Einzelne explizit berufen kann. (*Stern*, in: Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der BRD, § 185 Rn. 52 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

an der Bodennutzung) zwischen den möglichen Verteilungsempfängern gerecht verteilt werden. Neben der Verteilung der Güter kommt es aber auch auf eine gerechte Verteilung der Lasten der Rohstoffgewinnung an. Im Zentrum der bergrechtlichen Aufmerksamkeit steht dabei der Konflikt zwischen Bergbauwilligem und Grundeigentümer. Dies mag auch daran liegen, dass die richterliche Auseinandersetzung sich zumeist aus diesem Konfliktverhältnis speist. Dies und die volle rechtliche Überprüfung aller umweltrechtlichen Voraussetzungen im Rahmen dieses Konflikts rechtfertigt es, diese Verteilungsfrage auch ins Zentrum der diesbezüglichen Untersuchungen zu rücken.

Zum zweiten fordert die Ressourcenethik, dass die Ressourcennutzung nachhaltig auszugestalten sei. Der Nachhaltigkeitsbegriff ist ein vielschichtiger Ausdruck. Diese Arbeit versteht ihn als intergenerationelle Ausformung der Verteilungsgerechtigkeit. Es geht darum, ob und in welchem Maße die Verteilung der Ressourcen zugunsten der derzeitigen Generation und zuungunsten nachfolgender Generationen gerechtfertigt werden kann. Auch hier muss sowohl die Verteilung der Güter als auch die Verteilung der Lasten in den Blick genommen werden. Der Nachhaltigkeitsgrundsatz ist vor dem Hintergrund der drängenden weltweiten Ressourcenproblematik wohl das Herzstück der Ressourcenethik. Durch ihn wird der langfristige Ressourcenschutz verbindlich.

Zuletzt fordert die Ressourcenethik, sozusagen diagonal zu den erstgenannten Maßstäben, dass die Frage über die Ressourcennutzung in einem gerechten Verfahren zu erfolgen habe. Es geht hier um den gerechten Zugang zu den Verfahren und um eine gerechte Ausgestaltung dieser.

Die Ressourcenethik gibt damit die Verteilungsgerechtigkeit, die Nachhaltigkeit und die Verfahrensgerechtigkeit als Maßstäbe einer guten Ressourcennutzung vor. Diese drei Maßstäbe müssen (mindestens) erfüllt sein, damit im Sinne der Ressourcenethik eine Ressourcennutzung gerechtfertigt werden kann. Die Maßstäbe sind als gleichgeordnet zu verstehen.

Diesen Maßstäben muss sich das BBergG stellen. Die Frage danach, ob das BBergG den Anforderungen der Ressourcenethik gerecht wird, führt damit zu den folgenden drei Leitfragen:

- Ist das BBergG verteilungsgerecht?
- Ist das BBergG nachhaltig?
- Ist das BBergG verfahrensgerecht?

Natürlich steht die nationale Rohstoffgewinnung in Beziehung zum internationalen Rohstoffmarkt und wird von diesem beeinflusst. Auch sind die

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Frage der gerechten Verteilung der Ressourcen zwischen den Ländern und die Frage eines umwelt- und sozialgerechten Abbaus von Rohstoffen wichtige ethische Fragen unserer Zeit. Die vorliegende Arbeit ist aber auf den Regelungsbereich des BBergG und damit auf die nationale Rohstoffgewinnung beschränkt.

Vorgehen der Untersuchung

Die Arbeit stellt die Verknüpfung von Ressourcenethik und Bergrecht in drei Schritten her. Zunächst soll die derzeitige Rechtslage, wie sie sich nach der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Lehre abbildet, anhand der drei Leitfragen analysiert werden. Im zweiten Schritt stellt sich die Frage, ob eventuell gefundene ressourcenethische Defizite sich schon *de lege lata* durch eine vorzugswürdigere Auslegung abschwächen lassen. Im dritten und letzten Schritt geht es darum, aus den Erkenntnissen der Ressourcenethik und den vorangegangenen zwei Schritten Reformvorschläge für das BBergG zu formulieren.

1.	Erfüllt das BBergG die Anforderungen der Ressourcenethik? Mit anderen Worten: Ist das BBergG verteilungsgerecht, nachhaltig und verfahrensgerecht?
2.	Inwieweit lassen sich die Defizite durch eine neue Auslegung schon *de lege lata* abschwächen?
3.	Welche Reformvorschläge ergeben sich aus den Forderungen der Ressourcenethik?

Abbildung 1: Untersuchungsprogramm der Arbeit

Diese Untersuchung leistet damit einerseits einen fundierten Beitrag zur Reformdiskussion um das umstrittene BBergG. Zum anderen soll die dringend eingeforderte[28] stärkere interdisziplinären Verknüpfung von Umwelt-

28 Nach *Petersen*: „Es kann damit […] der Schluss gezogen werden, dass es sich angesichts der großen Bedeutung der Umweltethik für eine verantwortungsvoll betriebenen Umweltrechtswissenschaft bei der Umweltethik nicht um eine „Quantité negligeablé" handeln kann, sondern um einen wesentlichen Bestandteil handeln muss" (UPR 2003, S. 206). Auch *Sendler* meint, dass es erforderlich sei, sich insbesondere im Umweltrecht mit der Umweltethik „auf Dauer zu beschäftigen" (UPR 2002, S. 272). *Kube* stellt fest, dass das Umweltrecht ohne eine ethische Fundierung nicht auskommen könne (UPR 2002, S. 436).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

recht/ bzw. umweltrelevantem Recht und Umweltethik praktiziert werden, um so beispielhaft am Bergrecht aufzuzeigen, welche Möglichkeiten eine interdisziplinäre Herangehensweise für die Entwicklung des Umweltrechts bietet.

Der **Gang der Untersuchung** folgt den aufgeworfenen Fragen nach und ist wie folgt skizziert.

Im Kapitel 1 wird der *status quo* der Bergbaugewinnung in Deutschland festgehalten und vor den damit einhergehenden Umweltbelastungen reflektiert. Hieran anschließend wird das Fundament für die Inbezugnahme von Bergrecht und Ressourcenethik gelegt.

Das Kapitel 2 behandelt die gesetzgeberischen Grundentscheidungen mit Blick auf die Grundfragen der Arbeit und den Ressourcenschutz. Gesetzgeberische Entscheidungen, die eine ressourcenethische Dimension aufweisen, sind u.a.: Wem gehören die Rohstoffe? Wer entscheidet über die Gewinnung von Rohstoffen? Wie sind die Entscheidungsverfahren ausgestaltet? Welche rechtlichen Grenzen der Rohstoffgewinnung sind anerkannt? Wie werden die Rechte der Grundeigentümer und der Rohstoffgewinnungsbefugten in Ausgleich gebracht? In dieser Darlegung muss teilweise eingehend auf die Rechtsentwicklung Bezug genommen werden. So lassen sich einige bergrechtlichen Normen nur vor dem Hintergrund der höchstrichterlichen Entscheidungen begreifbar machen. Diese richterliche Rechtsentwicklung um die zentrale Figur der Gesamtabwägung in der Zulassungsentscheidung wird kritisch gewürdigt.

Das Kapitel 3 ist vollständig der Ressourcenethik gewidmet. Hier soll geklärt werden, welche Anforderungen die Ressourcenethik an ein Ressourcennutzungsgesetz stellt. Diese Maßstäbe der Ressourcenethik (Verteilungsgerechtigkeit, Nachhaltigkeitsgrundsatz und Verfahrensgerechtigkeit) werden erarbeitet und der Stand der (rechts-)philosophischen Diskussion hierzu dargestellt.

Diesen rechtlichen und ressourcenethischen Übersichtskapiteln folgt dann mit Kapitel 4, 5 und 6 das Herzstück der Arbeit. In diesen wird der interdisziplinäre Dialog ausgearbeitet mit der Frage danach, ob das BBergG die Anforderungen der Ressourcenethik erfüllt. Nachgeordnet wird außerdem der Frage nachgegangen, ob sich unter Ausnutzung des Auslegungsspielraums den Anforderungen der Ressourcenethik jedenfalls angenähert werden kann. Gemäß den drei Maßstäben stehen hier die drei Leitfragen zur Diskussion: Trifft das BBergG verteilungsgerechte Entscheidungen? (Kapitel 4) Ist dem Gebot des Nachhaltigkeitsgrundsatzes genüge getan?

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(Kapitel 5) Und entspricht die Ausgestaltung des Verfahrens den Geboten der Verfahrensgerechtigkeit? (Kapitel 6).

Die Arbeit schließt mit Kapitel 7, in welchem die bisherigen Reformvorschläge systematisch wiedergegeben werden, um dann –ausgehend von den Ergebnissen der ressourcenethischen Analyse– einen eigenständigen Reformvorschlag zu erarbeiten.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kapitel 1: Grundlagen

A. Zu den Begriffsfeldern: Ressource und Ressourcenschutz

Der Begriff Ressource bedeutet Rohstoffquelle.[29] Der Rohstoff ist die natürliche, gegenständliche Basis, auf die Arbeit und Kapital verwendet wird, um Güter zu produzieren.[30] Mit anderen Worten geht es um die Natur oder Umwelt, die der Mensch nutzt. Von dieser primären Nutzung, nach welcher die Natur die verschiedenen Naturprodukte als Ausgangsstoffe des Herstellens von Gütern liefert, ist eine weitere (sekundäre) Naturnutzung zu unterscheiden. Der Mensch nutzt die Natur auch als Deponie von Abfallprodukten, die bei der Herstellung eben dieser Güter anfallen oder zur Reinigung von mitproduzierten Schadstoffen (Senke). Diese Aufnahme- und Reinigungsfähigkeit der Umweltmedien (Luft, Wasser, Boden)[31], welche auch wiederum an seine Grenzen stoßen kann, wird auch unter dem Begriff der Ressource gefasst.[32] Die Ressourcen im erstgenannten Sinne sollen in dieser Arbeit als Rohstoffe bezeichnet werden.

Die Ressourcen werden gängigerweise in erneuerbare/regenerative und nicht-erneuerbare/erschöpfbare Ressourcen unterteilt. Eine Ressource ist dann erneuerbar/regenerativ, wenn die benötigte Zeit für die Neubildung

---

29 Der deutsche Begriff geht auf das französische „la ressource“ (Mittel, Hilfsmittel) zurück, welches seine Wurzeln im lateinischen Verb resurgere („wieder erstehen“) hat (Duden, Stichwort: ‚Ressource‘).

30 Vgl. Enquête-Kommission „Schutz der Erdatmosphäre", Zweiter Bericht zum Thema Mobilität und Klima, BT-Drs. 12/8300, S. 187. Vgl. auch das Glossar des UBA zum Ressourcenschutz, die den Ressourcenbegriff sehr weit fassen als „Mittel, das in einem Prozess genutzt wird oder genutzt werden kann“. Dabei werden die natürlichen von den immateriellen Ressourcen unterschieden (UBA, Glossar zum Ressourcenschutz, 2012, Stichwort: Ressource). *Herrmann et al.* heben die begriffliche Unschärfe des Begriffs Ressource und seine uneinheitliche Verwendung hervor. Für eine ressourcenschutzrechtliche Regulierung fordern sie ein klar umrissenes, enges Begriffsverständnis (ZUR 2012, S. 523 f.). Ein Definitionsangebot von den natürlichen Ressourcen in einem weiterem und einem engeren Verständnis findet sich in UBA, Ressourcenverbrauch in Deutschland, 2008. Vgl. auch *Unnerstall*, Rechte zukünftiger Generationen, S. 132.

31 *Sparwasser/Engel/Voßkuhle*, Umweltrecht, § 6 Rn. 2.

32 *Enquête-Kommission*, BT-Drs. 17/13300, S. 361; *Heidrich*, Rechtsphilosophische Grundlagen des Ressourcenschutzrechtes, S. 25.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Ressource in der gleichen Größenordnung der Zeit steht, wie die Nutzung der Ressource.[33] Für diese Unterscheidung wird praxisnah zumeist ein menschlich erfahrbarer Zeitraum vorausgesetzt.[34] So können Bäume innerhalb von Dekaden nachwachsen und werden so als erneuerbar eingeschätzt. Den von mineralischen Rohstoffen zum Nachwachsen benötigte Zeitraum von Millionen von Jahren übersteigt das menschliche Zeitmaß bei weitem und dieser Rohstoff wird deswegen als nicht-erneuerbar eingestuft.[35] Neben dem relevanten Zeitmaß beeinflusst aber auch die Nutzungsintentensität der Ressource die Einteilung der Ressource als erneuerbar oder nicht-erneuerbar.[36] So kann auch eine (nach menschlichem Zeitmaß) grundsätzlich als erneuerbar eingestufte Ressource erschöpfend genutzt werden. Die Regenerationsraten verlangsamen sich beispielsweise bei einem Kahlschlag im Wald, so dass die benötigte Zeit des Regenerierens auch auf größere, für den Menschen nicht erfahrbare Zeiträume, ansteigen kann.[37]

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit den abiotischen, nicht-erneuerbaren Rohstoffen und der Natur in ihrer Aufnahme- und Reinigungsfähigkeit als Ressource. Die abiotischen, nicht-erneuerbaren Rohstoffe sind mineralische Rohstoffe, die grob in Energieträger und nicht-energetische Rohstoffe unterschieden werden können (vgl. Abbildung 2).

33 *Meyer, K.*, Was schulden wir künftigen Generationen?, S. 130.

34 Das Glossar des UBA zum Ressourcenschutz gibt hierzu an, dass die zeitliche Grenze von erneuerbar zu nicht-erneuerbaren Ressourcen in der Größenordnung von 100 zu 1000 Jahren liegt (UBA, Glossar zum Ressourcenschutz, 2012, Stichwort: Primär-Rohstoff, erneuerbar).

35 *Unnerstall* schlägt vor, das benutzte Zeitmaß explizit als Index anzugeben (Rechte zukünftiger Generationen, S. 133). *Heidrich* benennt die Unterscheidung zwischen erneuerbaren und nicht-erneuerbaren Rohstoffen nicht als wirkliche Unterscheidung, sondern sie sei zumeist nur gradueller Art , weil grundsätzlich alle Naturgüter im eigentlichen Sinne nicht-erneuerbar sind (Rechtsphilosophische Grundlagen des Ressourcenschutzrechtes, S. 26, S. 124, Fn. 25).

36 *Heidrich*, Rechtsphilosophische Grundlagen des Ressourcenschutzrechtes, S. 26; *Unnerstall*, Rechte zukünftiger Generationen, S. 133 f.

37 *Unnerstall* veranschlagt für das Nachwachsen eines tropischen Regenwaldes nach Kahlschlag 50 000 Jahre (Rechte zukünftiger Generationen, S. 133). *K. Meyer* führt als Beispiel an, dass wenn Fischpopulationen über eine bestimmte Entnahmemenge hinaus gefischt werden, sich diese eigentlich erneuerbare Ressource in eine nicht-erneuerbare umwandeln kann (Was schulden wir künftigen Generationen?, S. 130).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

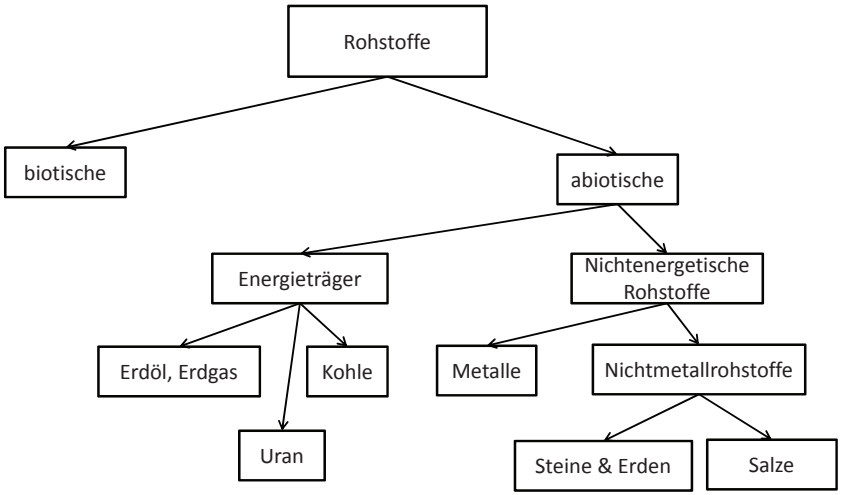

Abbildung 2: Systematisierung der Rohstoffe (eigene Erstellung)

Die abgebauten abiotischen Rohstoffe entstammen alle der 20-40 km dicken Erdkruste, wobei die meisten genutzten Lagerstätten im oberflächennahen Bereich liegen.[38] Die Erdkruste besteht vorwiegend aus den Elementen Sauerstoff (47 %), Silizium (28 %), Aluminium (8%) und Eisen (5%).[39] Die Elemente kommen jedoch nicht isoliert vor und auch nicht jedes Vorkommen der Elemente kann zur Produktion von Gütern nutzbar gemacht werden. Hierzu bedarf es Lagerstätten. Dies sind örtliche Anreicherungen eines bestimmten Stoffes.[40] Insofern werden Lagerstätten als Anomalien der Erdkruste bezeichnet.[41] Die Ressourcenbasis fasst das gesamte Vorkommen eines Rohstoffes in dieser Erdkruste,[42] d.h. die gesamte in den Lagerstätten verfügbare Menge, zusammen. Gesellschaftlich relevant sind dabei verschiedene Teilmengen, die von dem technischen Entwicklungsstand und den geologischen Kenntnissen aber auch von den wirtschaftlichen und gesetzlichen Rahmenbedingungen abhängig sind. Ist das Vorkommen eines Rohstoffes bekannt und dessen Abbau technisch, wirtschaftlich, rechtlich

38 *Rothe*, Schätze der Erde, S. 21.
39 Angaben nach Gewichtsprozenten bzw. Massenanteil (*Rothe*, Schätze der Erde, S. 22).
40 Beispielsweise muss das Eisen um das 10fache angereichert sein, um von einer Lagerstätte sprechen zu können (*Rothe*, Schätze der Erde, S. 22); *Vitzthum/Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 3 Rn. 7.
41 *Rothe*, Schätze der Erde, S. 7, 23.
42 *Unnerstall*, Rechte zukünftiger Generationen, S. 134.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

möglich, so handelt es sich um die sog. Reserven[43]/Vorräte.[44] Sind die Rohstoffvorkommen vermutet und/oder derzeit nicht wirtschaftlich/technisch/rechtlich förderungsfähig so kann man von einem spekulativen Bestand sprechen. Die letzte Teilmenge umfasst all jene Rohstoffvorkommen, die entweder völlig unbekannt sind oder deren technische Förderungsfähigkeit auf bloßen Annahmen beruht[45] bzw. die derzeitige wirtschaftliche Förderungsunwürdigkeit feststeht.

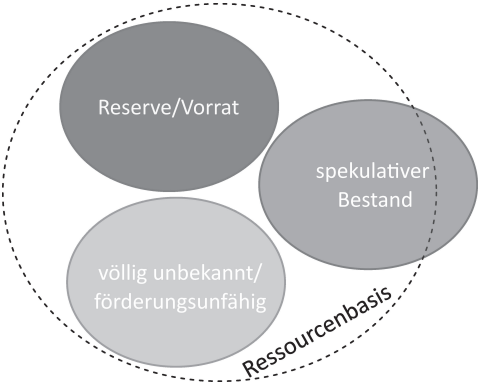

Abbildung 3: Teilmengen der Ressourcenbasis (eigene Erstellung)

43 Der Begriff Reserve geht auf das französische Wort „réserver" zurück (Duden, Stichwort: ‚Reserve'). Réserver meint das Zurückhalten/das an die Seite legen von einem Objekt, von dem mehrere Ausfertigungen vorhanden sind (Französisches Etymologisches Wörterbuch, Stichwort: ‚réserver'; im Internet abrufbar unter: < https://lecteur-few.atilf.fr/index.php/page/view > (zuletzt abgerufen im Dezember 2023)).

44 Vgl. *Rothe*, Schätze der Erde, S. 21; Enquête-Kommission, BT-Drs. 17/13300, S. 386; *Unnerstall*, Rechte zukünftiger Generationen, S. 134. Darüber hinaus ist die Terminologie aber nicht einheitlich. Die Enquête-Kommission verwendet den Begriff Ressourcen für die Menge, die hier spekulativer Bestand genannt wird (Fn. 1197 hierzu aber widersprüchlich, BT-Drs. 17/13300, S. 386). *Unnerstall* führt eine Unterscheidung zwischen Vorrat und Reserven ein (wonach Vorrat der übergeordnete Begriff ist, der die Menge der Rohstoffe, deren Förderung gesichert ist und die Menge deren Förderung erwartbar ist, umfasst (Rechte zukünftiger Generationen, S. 134). Da der Vorrat aber im allgemeinen Sprachgebrauch etwas ist, was zum Ge- oder Verbrauch zur Verfügung steht (Duden, Stichwort: ‚Vorrat'), ist die Verwendung auf den noch nicht sicheren Abbau der Rohstoffe irreführend.

45 *Rothe* führt die Förderung von Nickel aus dem Erdkern an, wozu eine Technik entwickelt werden müsste, die 5000 km tief, bei einer Temperatur von 5000°C bohren kann und bezeichnet diese Idee als „Science Fiction" (Schätze der Erde, S. 21; dieser Bestand zählt aber schon deswegen nicht zu der Ressourcenbasis, weil er sich nicht in der Erdkruste befindet).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Unter dem Ressourcenschutz lassen sich alle Maßnahmen fassen, die natürliche Ressourcen erhalten oder wiederherstellen (siehe Abbildung 4).[46] Die Wiederherstellung von natürlichen Ressourcen spielt besonders für die erneuerbaren Ressourcen eine Rolle. Bezogen auf die nicht-erneuerbaren Ressourcen sind hier die Themenfelder der Kreislaufwirtschaft (Cradle-to-cradle-Prinzip, Recycling) und die Wiedergewinnung von wertvollen Sekundärrohstoffen beispielsweise aus Altdeponien (Urban mining) adressiert.

Die Erhaltung der Ressourcen wird dadurch erreicht, dass eine Ressource sparsam und effizient genutzt oder die Nutzung einer Ressource ganz oder teilweise unterlassen wird.[47] Hierzu stehen Strategien der Ressourceneffizienz, der Konsistenz und der Suffizienz zur Verfügung. Die Ressourceneffizienz senkt den Ressourceneinsatz der für einen bestimmten Nutzen/für ein bestimmtes Produkt benötigt wird.[48] Die Strategie der Konsistenz bezweckt eine Veränderung des gesamten (Produktions-)Prozesses, hin zu einer Wirtschaftsweise, die in natürliche Stoffkreisläufe eingebettet ist. Als Beispiel sei hier die Umsattlung der Stromproduktion von fossiler auf erneuerbare Energien genannt.[49] Die Strategie der Suffizienz setzt nicht bei der Angebotsseite und damit bei einer Veränderung der wirtschaftlichen Produktionskette an, sondern sie wirkt auf der Nachfrageseite. Die Nachfrage nach Gütern und Dienstleistungen soll im Rahmen von Suffizienzansätzen verringert werden, wodurch die Ressourceninanspruchnahme sinkt.[50]

Ein erfolgreicher Ressourcenschutz, der zu einer nachhaltigen Ressourcennutzung führt, müsste wohl eine Strategie verfolgen, die ihre Wirksamkeit aus dem Zusammenwirken von allen Ansätzen des Ressourcenschutzes zieht. Sie müsste damit geeignete Maßnahmen umfassen, die auf die Wiederherstellung von Ressourcen abzielen und Maßnahmen beinhalten, die die Erhaltung der Ressourcen einerseits durch ihre Nichtnutzung und andererseits durch ihre sparsame und effiziente Nutzung nach den Überlegungen der Ressourceneffizienz, Konsistenz und Suffizienz erreichen. Im Fokus der derzeitigen Strategien steht die Ressourceneffizienz.[51] Gerade

46 UBA, Glossar zum Ressourcenschutz, 2012, Stichwort: Ressourcenschutz.
47 *Herrmann et al.*, ZUR 2012, S. 524 f.
48 UBA, Glossar zum Ressourcenschutz, 2012, Stichwort: Ressourceneffizienz.
49 UBA, Glossar zum Ressourcenschutz, 2012, Stichwort: Konsistenz.
50 UBA, Glossar zum Ressourcenschutz, 2012, Stichwort: Suffizienz.
51 Die aktuelle deutsche Strategie der Bundesregierung zur nachhaltigen Nutzung von Ressourcen ist überschrieben mit dem Titel „Deutsches Ressourceneffizienzpro-

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Rebound-Effekt macht aber deutlich, dass die Ressourceneffizienz nur gemeinsam mit den anderen Ressourcenschutzmaßnahmen zu einer tatsächlichen Reduktion der absoluten Ressourceninanspruchnahme führen kann.[52] Gerade der Nutzungsverzicht/die Nichtnutzung muss als wichtige Maßnahme des Ressourcenschutzes ernst genommen werden.[53]

Aufgabe der Politik ist es, den Ressourcenschutz (auch gesetzlich) auszugestalten.[54] Daneben kennt sie als Zieldimensionen auch die Bereitstellung von (kostengünstigen) Rohstoffen und die Reduzierung der Importabhängigkeit der eigenen Wirtschaft bzgl. Rohstoffe, um die Industrie wettbewerbsfähig zu halten und damit Arbeitsplätze zu sichern.[55]

gramm III (Kürzel: ProgRess III). „ProgRess III beschreibt Maßnahmen, die geeignet sind zur Schonung natürlicher Ressourcen durch eine Steigerung von Ressourceneffizienz beizutragen." (Bundesregierung, Deutsches Ressourceneffizienzprogramm III (ProgRess III), Unterrichtung vom 18.6.2020, BT-Drs. 19/20375, S. 7).

52 Bundesregierung, Deutsches Ressourceneffizienzprogramm III (Progress III), Unterrichtung vom 18.6.2020, BT-Drs. 19/20375, S. 6.

53 *Herrmann et al.*, ZUR 2012, S. 524 f.

54 Die bisherige rechtliche Antwort auf die Problematik des Ressourcenschutzes wird als unzureichend gewertet von *Herrmann et al.*: „Eine Analyse des geltenden einfachgesetzlichen Umweltrechts macht demgegenüber deutlich, dass von einem umfassenden und wirksamen Ressourcenschutz noch nicht gesprochen werden kann." (ZUR 2012, S. 525, siehe auch S. 523). Siehe auch UBA, Glossar zum Ressourcenschutz, 2012, S. 1).

55 Bundesregierung, Deutsches Ressourceneffizienzprogramm III (Progress III), Unterrichtung vom 18.6.2020, BT-Drs. 19/20375, S. 4; BMWi, Rohstoffstrategie, S. 2; *Herrmann et al.*, ZUR 2012, S. 524.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

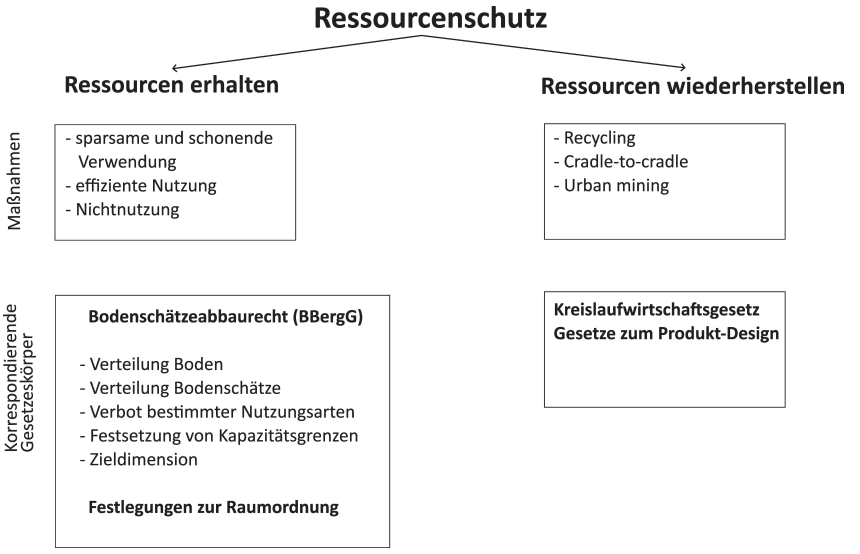

Abbildung 4: Übersicht zum Ressourcenschutz (eigene Erstellung)

Mögliche gesetzliche Stellschrauben des Ressourcenschutzes im Bereich des Bergrechts sind zunächst die Regelung der konkreten Verteilung des Bodens und der Bodenschätze, die Festsetzung von Ge- oder Verboten bestimmter Nutzungsarten (wie ein Verbot von Fracking[56]), aber auch die Festsetzung der Kapazitätsgrenzen (z.B. anhand von Immissionsgrenzwerten) und die Bestimmung der Menge der abzubauenden Ressourcen (z.B. durch Begrenzung der Anlagenzulassung oder den schrittweisen Ausstieg aus der Kohleverstromung[57]).[58] Auch wirken sich die Zieldimensionen des BBergG auf den Ressourcenschutz aus. Insgesamt setzen die möglichen Regelungen des Bodenschätzeabbaurechts an den Maßnahmen zum Ressourcenerhalt an.

56 *Eftekharzadeh*, Was spricht gegen Fracking?, NuR 2013, 707.
57 Vgl. § 2 I Kohleverstromungsbeendigungsgesetz.
58 *Kloepfer/Reinert*, in: Gethmann/Kloepfer/Reinert (Hrsg.), Verteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat, S. 27.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

B. Zur Empirie der Rohstoffgewinnung in Deutschland

In Deutschland werden nach wie vor in erheblichem Maße Rohstoffe abgebaut.[59] Auf der Weltrangliste gemessen anhand der Menge der gesamten mineralischen Rohstoffförderung nimmt Deutschland für das Jahr 2021 den 17. Platz mit ca. 166 Mio. t ein.[60] China produziert gemessen an absoluten Zahlen in etwa 27 Mal mehr als Deutschland und führt damit die Weltrangliste an.[61] Setzt man dies jedoch ins Verhältnis zur Landesgröße hält sich die Rohstoffentnahme der beiden Länder in etwa die Waage.[62] Hinsichtlich der Abbaumenge von Braunkohle, Rohkaolin, Steinsalz und Kalisalz rangiert Deutschland im Jahr 2021 auf den ersten fünf Plätzen der Weltrangliste.[63]

Auf der Weltrangliste gemessen an dem Wert der geförderten Rohstoffe rangiert Deutschland für das Jahr 2021 mit 12 196 Mio. US $ (dies entspricht der Größenordnung von etwa 11 Milliarden EUR) auf dem 43. Platz.[64] Rohstoffe in Wert von 108,5 Mrd. € wurden im Jahr 2021 exportiert – hierzu zählen nicht nur die primär im Bergbau gewonnen Rohstoffe, sondern auch die Rohstoffe, die sekundär aus Abfällen gewonnen werden können.[65] Beispielsweise machten Metalle rund 28 % der Exportmenge aus, wovon wiederum 34 % des Eisen/Stahls, Kupfers und Aluminiums als Abfall oder

59 Der Bericht des BGR sieht Deutschland sogar im Weltmaßstab als ein wichtiges Bergbauland (Deutschland – Rohstoffsituation 2021, S. 6). Auch die Rohstoffstrategie der Bundesregierung unterstreicht die Bedeutung der Gewinnung von Primärrohstoffen durch heimische Bodenschätze als eine von drei Säulen (BMWi, Rohstoffstrategie der Bundesregierung, S. 12 f.).

60 *Reichl/Schatz*, World Mining Data 2023, S. 46.

61 *Reichl/Schatz*, World Mining Data 2023, S. 46.

62 Deutschland hat eine Rohstoffentnahme von ca. 465 t/km² (bei einer Gesamtfläche von 357 022 km² (*Tiess*, Rechtsgrundlagen der Rohstoffpolitik, S. 27)). China hat eine Rohstoffentnahme von 485 t/km² (bei einer Gesamtfläche von 9 572 384 km² (Diercke Länderlexikon, Stichwort: ‚China', S. 161). Die Abbaufläche des aktiven Bergbaus in Deutschland beträgt mit ca. 1 486 km² etwa 0,4 % der Gesamtfläche in Deutschland (BGR, Deutschland – Rohstoffsituation 2021, S. 22; BMWi, Rohstoffstrategie, S. 14). Die BGR schätzt den Flächenbedarf für die mittel- und langfristige Rohstoffsicherung auf „nur wenig über 1 %" der Gesamtfläche der Bundesrepublik ein (BGR, Deutschland – Rohstoffsituation 2021, S. 22).

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

64 *Reichl/Schatz*, World Mining Data 2023, S. 49. (Die Weltrangliste berücksichtigt dabei nicht den Wert der geförderten Diamanten). Die Wechselkurse des Jahres 2021 sind abrufbar unter: <https://www.zoll.de/SiteGlobals/Forms/KursSuche/KurseSuche_Formular_NotierteWaehrung.html>, zuletzt aufgerufen im November 2023).

65 BGR, Deutschland – Rohstoffsituation 2021, S. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schrott exportiert wurde.[66] Den Hauptbestandteil der Exporte für das Jahr 2021 bilden mit 70,8 Mio. t die Energierohstoffe (43,9 %), wobei es sich hierbei vor allem um Erdöl und petrochemische Produkte handelte.[67] Nichtmetalle (vor allem Steine und Erden), wurden mit 45,5 Mio. t exportiert, was einen mengenmäßigen Anteil von rund 28 % ausmacht.[68] Die Handelsbilanz bleibt aber insgesamt negativ – der Wert der Exporte ist in etwa um die Hälfte geringer als der Wert der Importe.[69]

Die Bedeutung der Rohstoffgewinnung für die deutsche Wirtschaft ergibt sich aber nicht nur aus dem mit dem Abbau erzielbaren Wert, sondern auch aus der Abhängigkeit der rohstoffverarbeitenden Industrie.[70] So bilden die in Deutschland abgebauten Rohstoffe die stoffliche Basis vieler Wirtschaftszweige, wie der Metallindustrie, der chemischen und pharmazeutischen Industrie, der Landwirtschaft und der Glas- und Keramikindustrie.

Im Bereich der Bauwirtschaft wird die Versorgung mit Rohstoffen sogar fast vollständig von Rohstoffen aus deutschen Lagerstätten gedeckt.[71] Auch ein großer Teil der Energiegewinnung stützt sich (noch) auf deutsche Lagerstätten. Mit der Umsetzung des beschlossenen Kohleausstiegs wird die Bedeutung des Bergbaus in diesem Bereich zukünftig abnehmen.[72]

Die russische Invasion in die Ukraine im Februar 2022 wirkt in vielerlei Hinsicht als historische Zäsur, als „Zeitenwende".[73] Der völkerrechtswidrige Angriffskrieg des russischen Staates machte ein drastisches Umdenken in vielen Politikbereichen, nicht nur in der Verteidigungs-, Innen- und Außenpolitik, notwendig. Die Folgen dieses andauernden Konfliktes berührt auch die hier in den Blick genommene Bergbauthematik.[74] So wurde die Frage

66 BGR, Deutschland – Rohstoffsituation 2021, S. 17.
67 BGR, Deutschland – Rohstoffsituation 2021, S. 12 (Tabelle 2.2) und S. 17.
68 BGR, Deutschland – Rohstoffsituation 2021, S. 12 (Tabelle 2.2) und S. 17.
69 BGR, Deutschland – Rohstoffsituation 2021, S. 11 (Tabelle 2.1) und S. 17.
70 BMWi, Rohstoffstrategie, S. 13 f.; *Tiess*, Rechtsgrundlagen der Rohstoffpolitik, S. 1; *Schulte*, Raumplanung und Genehmigung bei der Bodenschätzegewinnung, S. 1 f.
71 BMWi, Rohstoffstrategie, S. 12 ff.
72 BMWi, Rohstoffstrategie, S. 12 f.
73 Begrifflichkeit durch Bundeskanzler Scholz geprägt in seiner Rede vor dem Deutschen Bundestag (<https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/publikationen/bundeskanzler-olaf-scholz-reden-zur-zeitenwende-2127768>, zuletzt aufgerufen im November 2023). Siehe auch *Frenz*, EnWZ 2022, S. 243.
74 Vgl. zur „Neubewertung" der Braunkohle: OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 5. Mai 2022 – OVG 11 S 7/22, ZUR 2022, 498; *Dammert/Brückner*, ZUR 2023, S. 30.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nach der Sicherheit der Energieversorgung schlagartig prioritär.[75] Auch das Abreißen von Handelsketten durch europäische Handelssanktionen gegenüber Russland, bringt die Fragen nach Rohstofflieferungen auch von nichtenergetischen Rohstoffen auf das Tableau. Die vorliegende Arbeit setzt sich dabei nicht mit den konkreten rechtlichen Folgen und Gesetzespakten auseinander. An dieser Stelle sei nur auf die neue Sensibilität hingewiesen, die gegenüber der Sicherheit der Energieversorgung als „absolutes Gemeinschaftsgut"[76] herrscht. Zum zweiten sei angemerkt, dass die Energiewende als Projekt, dass die wirtschaftliche Abhängigkeit von potenziell die friedliche Ordnung gefährdenden Autokratien reduziert, ein weiteres gewichtiges Argument hinzugewonnen hat.[77]

Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf die in Deutschland im Bergbau gewonnenen Rohstoffe, wobei zunächst eine Darstellung der Energierohstoffe und der nicht-energetischen Rohstoffe und der unterirdischen Ablagerung von CO_2 erfolgt. Um dann die Umweltauswirkungen schwerpunktartig gegenüberzustellen (C.).

I. (Fossile) Energierohstoffe

Die Förderung der Energierohstoffe macht (im Jahr 2021) sowohl mengenmäßig mit 80 %, als auch wertmäßig mit knapp 40 % einen erheblichen Teil der deutschen Rohstoffförderung aus.[78] Zu den fossilen Energieträgern zählen Erdöl, Erdgas und Braun-/ sowie Steinkohle.[79] Diese sind im Laufe der Erdgeschichte entstanden. Die Prozesse setzten vor ca. 300 Mio. Jahren ein, indem sich aus tierischen und pflanzlichen Überresten, die aufgrund von Sauerstoffmangel nicht verwesen konnten, Ablagerungsschichten bildeten.

75 *Sinder/Wiertz*, Energieversorgungssicherheit, NVwZ 2023, 552 ff.

76 So schon BVerfG, Beschluss v. 16.03.1971 - 1 BvR 52 u.a., BVerfGE 30, 292 (323 f.) = NJW 1971, 1255 – Erdölbevorratungspflicht.

77 *Rath/Ekardt*, NVwZ 2023, 293; *Kaiser*, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 43; *Sinder/Wiertz*, Energieversorgungssicherheit, NVwZ 2023, 557.

78 Eigene Berechnung auf der Grundlage von *Reichl/Schatz*, World Mining Data 2023, S. 46, 49. Die Autoren teilen die abiotischen Rohstoffe in fünf Gruppen ein, wobei die Gruppe „Industrieminerale" sich mit der hier verwendeten Begrifflichkeit „Nichtmetallrohstoffe" deckt (S. 1 f.).

79 *Reichl/Schatz*, World Mining Data 2023, S. 9. Für eine weitere Differenzierung der fossilen Energieträger siehe BGR, Energiestudie 2019, S. 41 (Tabelle 4).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Diese wandelten sich unter der Einwirkung von Hitze und Druck zu den fossilen Energieträgern um.[80]

Deutschland ist einer der größten Energieverbraucher der Welt. Der gesamte Energieverbrauch Deutschlands, der Primärenergieverbrauch, betrug im Jahr 2021 11.769 PJ und nahm leicht gegenüber dem Vorjahr ab.[81] Die Deckung von drei Viertel dieses Energiebedarfs erfolgt durch den Import von Energierohstoffen nach Deutschland.[82] Den größten Anteil der deutschen Energierohstoffgewinnung stemmt die Förderung von Braunkohle. Diese Relevanz spiegelt sich auch in der gesellschaftlichen Debatte um den Ausstieg aus der Braunkohle und in dem gesellschaftlichen Widerstand bei dem Aufschluss von neuen Förderfeldern wider. Deutschland war mit 166,2 Mio. t geförderter Braunkohle im Jahr 2018 der weltweit größte Braunkohleproduzent.[83] Die Braunkohleförderung war zwei Jahre später schon um 35 % zurückgegangen (auf 107 Mio. t), nur um dann 2022 wieder auf eine geförderte Menge von 130,8 Mio. t anzusteigen.[84]

Der Braunkohlebergbau wird in den Revieren Rheinland, Lausitz und in Mitteldeutschland betrieben.[85] Dies geschieht in Tagebauen.[86] Die Braunkohle wird zum weitüberwiegenden Teil zur inländischen Strom- und Wärmeerzeugung eingesetzt.[87] Dies sichert 20 % der deutschen Stromversorgung ab.[88] Gemessen an dem Primärenergieverbrauch schultert die

80 *Lohmann*, in: Lohmann/Podbregar (Hrsg.), Im Fokus: Bodenschätze, S. 70 f; näher hierzu *Rothe*, Schätze der Erde, S. 24 ff.

81 AGEB, Energieverbrauch in Deutschland im Jahr 2022, S. 2. Zum Vorjahr: BGR, Deutschland – Rohstoffsituation 2021, S. 24.

82 BGR, Deutschland – Rohstoffsituation 2021, S. 24.

83 *Reichl/Schatz*, World Mining Data 2023, S. 148. Dabei hat Braunkohle im internationalen Vergleich aber nur eine geringe Bedeutung (Enquête-Kommission WWL, Schlussbericht, BT-Drs. 17/13300, S. 387).

84 AGEB, Energieverbrauch in Deutschland im Jahr 2022, S. 30; Für 2021: *Reichl/Schatz*, World Mining Data 2023, S. 148; BGR, Deutschland – Rohstoffsituation 2021, S. 30.

85 Zum Rheinischen Revier zählen die Tagebaue Garzweiler, Hambach und Inden. Das Lausitzer Revier umfasst die Tagebaue Jänschwalde, Welzow-Süd, Nochten und Reichwalde. Und das Revier in Mitteldeutschland besteht aus den Tagebauen Profen, Vereinigtes Schleenhain und Amsdorf (BGR, Deutschland – Rohstoffsituation 2021, S. 30 ff).

86 Wirtschaftsvereinigung Bergbau, Bergbau-Handbuch, 1994, S. 185.

87 Für die Veredelungsprodukte, wie beispielsweise Koks für die Stahlindustrie, werden rund 5 Mio. t der geförderten Braunkohle eingesetzt (im Verhältnis zu den insgesamt 130,8 Mio. t an geförderter Braunkohle im Jahr 2022; AGEB, Energieverbrauch in Deutschland im Jahr 2022, S. 30).

88 AGEB, Energieverbrauch in Deutschland im Jahr 2022, S. 30.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Braunkohle einen Anteil von 10 %.[89] Alle fossilen Energieträger zusammen decken dabei rund 77% (bzw. inklusive der Kernenergie 83 %) des Primärenergieverbrauchs in Deutschland ab (bezogen auf das Jahr 2021).[90]

Die stark subventionierte Gewinnung von Steinkohle in Deutschland wurde endgültig gem. § 1 I SteinkohleFinG[91] im Jahr 2018 eingestellt. Der bis zum vollständigen Kohleausstieg im Jahr 2038 noch bestehende Bedarf wird durch Importe gedeckt.[92] Bergbaurechtlich relevant sind in dem Bereich der Steinkohle daher nur noch die Nachsorgearbeiten.

Auch Erdöl und Erdgas wird in Deutschland in gewissen Umfang produziert. Die ergiebigsten der 44 Erdölabbaufelder befinden sich dabei v.a. im Norddeutschen Becken (Schleswig-Holstein und Niedersachsen).[93] Gemessen an dem hohen Mineralölverbrauch von ca. 105, 9 Mio. t für das Jahr 2019, konnten so nur 1,8 % des Erdölverbrauchs in Deutschland gedeckt werden.[94] Die Erdölreserven in Deutschland wurden im Jahr 2021 auf 16 Mio. t geschätzt.[95] Nach statistischer Berechnung und der heute zugrunde gelegten Produktion ergibt sich so eine Förderung von Erdöl in Deutschland bis ins Jahr 2034.[96]

Das Erdgas aus den 72 deutschen Erdgasfelder konnte immerhin im Jahr 2019 6 % des Bedarfs in Deutschland decken.[97] Die sicheren und wahrscheinlichen Erdgasreserven, die im Januar 2020 ermittelt wurden, können

89 AGEB, Energieverbrauch in Deutschland im Jahr 2022, S. 30; Für das Vorjahr: BGR, Deutschland – Rohstoffsituation 2021, S. 24.

90 BGR, Deutschland – Rohstoffsituation 2021, S. 24.

91 Steinkohlefinanzierungsgesetz vom 20. Dezember 2007 (BGBl. I S. 3086), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 11. Juli 2011 (BGBl. I S. 1344) geändert worden ist.

92 Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Gesetzesentwurf, BT-Drs. 16/6384, S. 7. Die importierte Menge an Steinkohle betrug im Jahr 2022 nach Hochrechnungen 44,4 Mio. t (AGEB, Energieverbrauch in Deutschland im Jahr 2022, S. 26).

93 BGR, Deutschland – Rohstoffsituation 2021, S. 26; LBEG Niedersachsen, Erdöl und Erdgas in der Bundesrepublik Deutschland 2019, S. näher S. 28 ff.

94 LBEG Niedersachsen, Erdöl und Erdgas in der Bundesrepublik Deutschland 2019, S. 28. Einen geschichtlichen Einblick über die Erdöl- und Erdgasförderung in Deutschland bietet *Lohmann*, in: Lohmann/Podbregar (Hrsg.), Im Fokus: Bodenschätze: S. 57 ff.

95 BGR, Deutschland – Rohstoffsituation 2021, S. 26.

96 LBEG Niedersachsen, Erdöl und Erdgas in der Bundesrepublik Deutschland 2019, S. 39.

97 Im Jahr 2021 wurden deutschlandweit 5,7 Mrd. m^3(Vn) Reingas entnommen, wobei sich die Erdgasfelder fast ausschließlich in Niedersachen befinden (LBEG Niedersachsen, Erdöl und Erdgas in der Bundesrepublik Deutschland 2019, S. 33, 36); BGR, Deutschland – Rohstoffsituation 2021, S. 28.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nach dem Stand der derzeitigen Produktion im Jahr 2027 erschöpft sein.[98] Das wirtschaftlich derzeit nicht gewinnbare Erdgasvolumen, übersteigt die Reserven in etwa um das Dreifache.[99]

Im Bereich der Erdgasgewinnung hat die Frackingtechnologie für Wirbel gesorgt. Die Fracking-Technologie wird zur konventionellen Förderung von Erdgas und Erdöl, in der (v.a. petrothermalen) Geothermie und zur Förderung von unkonventionellen Erdgaslagerstätten verwendet.[100] Hierbei erzeugt die unter hohem Druck in die Gesteinsschichten verpresste Flüssigkeit Risse.[101] Diese Risse erhöhen oder erzeugen erst die Durchlassfähigkeit der Gesteinsschicht.[102] Bisher wurden über 300 Fracking-Bohrungen in konventionellen Lagerstätten durchgeführt.[103] In der Diskussion steht die Fracking-Technologie wegen der Benutzung zur Erschließung von unkonventionellen Lagerstätten, das heißt solchen, bei denen das Erdgas nicht von sich aus der Bohrung strömt/ bzw. die klassischen Erschließungsmethoden unzureichend zur Förderung sind.[104] Dies liegt daran, dass das Erdgas im dichten Gestein gebunden ist (wie dies beim Schiefergas,[105] welches im Mittelpunkt des Interesses steht, der Fall ist) und dieses eine sehr geringe Durchlässigkeit aufweist. Durch künstliche Risse wird der Austritt des Gases erst ermöglicht.[106] Gegenüber der konventionellen Bohrlochbehandlung bedarf die unkonventionelle eines erhöhten Wassereinsatzes (durchschnittlich 20 000 m^3 pro Bohrung), mehr Behandlungen pro Bohrung

98 Das Volumen der sicheren und wahrscheinlichen Reserven wird mit 46,6 Mrd. m^3(Vn) angegeben (LBEG Niedersachsen, Erdöl und Erdgas in der Bundesrepublik Deutschland 2019, S. 39 f.).

99 Das Volumen wird auf 1,36 Bill. m^3 geschätzt (BGR, Deutschland – Rohstoffsituation 2021, S. 28).

100 Auch Hydraulic Fracturing, Fracing, hydraulische Bohrlochbehandlung genannt (BGR, Fracking – was ist das?, S. 1 f.; *Reinicke*, NdsVBl 2014, S. 177).

101 BGR, Fracking – was ist das?, S. 1.

102 BGR, Fracking – was ist das?, S. 1.

103 *Reinicke*, NdsVBl 2014, S. 177.

104 Das Begriffspaar „konventionell-unkonventionell" wird dabei nicht einheitlich verwendet. So werden unkonventionelle Lagerstätten auch als jene Gesteine definiert, in denen sich das Erdgas gebildet hat und in welchen das Erdgas verblieben ist (sog. Muttergestein). Dies betrifft den überwiegenden Teil der Erdgase/-öle (*Reinicke*, NdsVBl 2014, S. 177, Fn. 1 sowie S. 179).

105 *Seuser*, NuR 2012, S. 8. Weitere unkonventionelle Gasvorkommen sind Aquifergas, Kohleflözgase, Gashydrat und Tight Gas (letzteres wird auch als konventionelles Gas eingeordnet). Aus technischen Gründen sind Aquifergas und Gashydrat unbedeutend (BGR, Fracking – was ist das?, S. 2).

106 *Seuser*, NuR 2012, S. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und mehr Bohrungen bezogen auf die Fläche.[107] Derzeit findet in Deutschland noch kein Fracking-Verfahren zur Förderung von Schiefergas statt,[108] es wurden jedoch bereits Genehmigungen zur Exploration erteilt[109] und einzelne Versuche unternommen[110]. Die Reserven werden auf 320 bis 2 030 Mrd. m^3 an unkonventionellem Schiefergas geschätzt.[111] Nach Einschätzung der BGR ist dies ein beachtliches Volumen, welches in der Größenordnung des 10fachen nationalen Jahresverbrauchs an Erdgas einzuordnen sei. Zwar sei kein Erdgasboom zu erwarten, aber der Rückgang der Förderung von konventionellem Erdgas könnte durch Schiefergas abgefedert werden.[112] Die Vorkommen werden v.a. in Niedersachsen lokalisiert.[113]

Zuletzt spielt die Geothermie (Erdwärme) bei der Förderung von Energierohstoffen eine Rolle, deren Ausbau in verschiedenen Energiewendeszenarien verlangt wird.[114] Geothermie ist in Form von Wärme gespeicherte Energie im Untergrund.[115] Es wird abhängig von der Tiefe zwischen oberflächennaher (bis zu 400 m Tiefe) und tiefer Geothermie unterschieden.[116] Die oberflächennahe Geothermie wird zum Beheizen/Kühlen von Gebäuden oder zur Warmwasseraufbereitung verwendet. Hierbei gibt es vier verschiedene Techniken (Erdkollektoren, Erdwärmesonden, Energiepfähle, Koaxialbrunnen)[117], die zumeist über eine Niveauanhebung mittels einer

107 *Reinicke*, NdsVBl 2014, S. 179.
108 BGR, Schiefergaspotential in Deutschland, S. 30; UBA, Umweltauswirkungen Fracking Teil 1, Kurzfassung, S. 4.
109 Vgl. Übersichtskarte BGR, Schiefergaspotential in Deutschland, S. 11; *Seuser*, NuR 2012, S. 8. Der NABU weist daraufhin, dass bereits bei der Aufsuchung die Fracking-Technologie zum Einsatz komme (Fracking Positionspapier, S. 3).
110 Neutraler Expertenkreis, Risikostudie Fracking, S. 20; *UBA* benennt 3 Fracks im Jahr 2008 in Niedersachsen in Schiefergaslagerstätten (<http://www.umweltbundesamt.de/service/uba-fragen/wo-wurden-in-deutschland-bisher-fracking> (zuletzt abgerufen im Juli 2021)).
111 BGR, Schieferöl und Schiefergas in Deutschland, S. 88.
112 BGR, Schieferöl und Schiefergas in Deutschland, S. 93 f.
113 Als weitere mögliche Standorte der Lagerstätten werden der Oberrheingraben und die Vorpommersche Ostseeküste angegeben (BGR, Schieferöl und Schiefergas in Deutschland, S. 92 f.).
114 Siehe u.a. UBA, Treibhausgasneutrales Deutschland, S. 53; Greenpeace, Plan B, S. 77 f.
115 *Vitzthum/Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 3 Rn. 47.
116 *Stober/Bucher*, Geothermie, S. 38; BUND, Strom und Wärmeerzeugung aus Geothermie, S. 4.
117 Genaueres *Stober/Bucher*, Geothermie, S. 39, 42, 43 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wärmepumpe[118] funktionieren.[119] In Deutschland sind über 420.000 Anlagen im Betrieb mit einer Leistung von ca. 6.300 MW.[120]

Die tiefe Geothermie kennt mit der hydrothermalen und petrothermalen Geothermie zwei technische Gewinnungsformen.[121] Grundsätzlich wird durch einen Leiter ein Wärmeleitträger in das Erdreich gebracht und dieser befördert die Wärme über Tage.[122] Im Jahr 2020 befanden sich 38 Anlagen in Betrieb mit einer Leistung von insgesamt rund 390 MW.[123] Dies erzielt einen Anteil an dem Primärenergieverbrauch in Deutschland von deutlich weniger als 1 %.[124] Die Prognose für die zukünftige Nutzung der Geothermie sieht aber einen bedeutenden Anteil vor, v.a. vor dem Hintergrund der Energiewende.[125]

II. Nichtenergetische Rohstoffe

Unter die nichtenergetischen Rohstoffe fallen zum einen die Metalle, welche in einem vernachlässigbaren Maße in Deutschland abgebaut werden,[126] und zum anderen die nichtmetallischen Rohstoffe. Die Nichtmetallrohstoffe machen rund 19 % der in Deutschland geförderten absoluten Menge

118 Eine Wärmepumpe wird meist mit Strom betrieben und hebt Wärme von einem niedrigen auf ein höheres Energieniveau an (*Stober/Bucher*, Geothermie, S. 45).

119 Hinzukommen kann ebenso die Abwasser-, Grubenwasser- und Tunnelwassernutzung (*Stober/Bucher*, Geothermie, S. 38). Zur allgemeinen Übersicht vgl. Abbildung in *Stober/Bucher*, Geothermie, S. 37.

120 Information des Bundesverbandes Geothermie e.V. unter: <https://www.geothermie.de/geothermie/geothermie-in-zahlen.html> (zuletzt abgerufen: Februar 2021).

121 *Große*, ZUR 2009, S. 536.

122 Bei hydrothermalen Anlagen werden heiße wasserführende Schichten (Aquifere) angezapft; petrothermale Anlagen benutzen hingegen die Gesteinswärme (*Große*, ZUR 2009, S. 536).

123 Hiervon werden 349,71 MW als Wärmeleistung und 40,53 MW als elektrische Leistung bereitgestellt. 23 der 38 Projekte stehen in Bayern. 4 Projekte sind in Bau (Stand 2020) (Bundesverband Geothermie e.V., Tiefe Geothermieprojekte in Deutschland, S. 1 f.).

124 Für das Jahr 2018 lag der Beitrag bei 0,082 % (AGEB, Arbeitsgruppe Erneuerbare Energien-Statistik, zit. nach: BMWi, Energiedaten: Gesamtausgabe, Stand Oktober 2019, S. 11).

125 So u.a. UBA, welche 50 TWh/a grundlastfähigen Strom für 2050 angeben (Treibhausgasneutrales Deutschland, S. 53); Greenpeace, Plan B, S. 77 f.

126 In Deutschland begrenzt sich die Metallförderung auf den Eisenerzbergbau mit einem Fördervolumen von 546.700 t (BGR, Deutschland – Rohstoffsituation 2021, S. 159).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

im Jahr 2018 aus. Gemessen an dem Wert der Rohstoffe entfällt auf die Nichtmetallrohstoffe in etwa 52 % der deutschen Förderung im Jahr 2021.[127] Die Nichtmetallrohstoffe sind Minerale, d.h. sie sind anorganische, zumeist homogene chemische Verbindungen von kristalliner Struktur und sind das Ergebnis geologischer Prozesse.[128] Die chemische Zusammensetzung ist vielfältig. Grundbestandteile sind dabei v.a. Silikate, Oxide, Sulfide und Phosphate.[129] Die Nichtmetallrohstoffe lassen sich, wenn auch nicht eineindeutig, in die Gruppen der Industriemineralien, der „Steine und Erden" und die Gruppe der Salze einteilen.[130] Industriemineralien sind feste Mineralien, die industriell genutzt werden, nicht aber zur Metall- oder Energiegewinnung.[131] Im Vordergrund ihrer Nutzung stehen, im Gegensatz zu den Steinen und Erden, die chemisch-mineralogischen Eigenschaften und nicht ihre Festigkeit.[132] In Deutschland geförderte Industriemineralien sind Spate,[133] Quarzrohstoffe,[134] Graphit, Talk und Speckstein. Die Steine

127 Eigene Berechnung auf der Grundlage von *Reichl/Schatz*, World Mining Data 2023, S. 46, 49. Die Autoren teilen die abiotischen Rohstoffe in fünf Gruppen ein, wobei die Gruppe „Industrieminerale" sich mit der hier verwendeten Begrifflichkeit „Nichtmetallrohstoffe" deckt (S. 1 f.).

128 *Schindler/Nievergelt*, Einführung Geologie & Petrographie, S. 35; *Vitzthum/Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 3 Rn. 4; *Markl*, Minerale und Gesteine, S. 3.

129 *Schindler/Nievergelt*, Einführung Geologie & Petrographie, S. 35.

130 Die Gruppe der Steine und Erden im Verhältnis zur Gruppe der Industriemineralen: *Pohl*, Mineralische und Energie-Rohstoffe, S. 232; sowie *BGR*, welche Salze als Industriemineralien einordnet (Bodenschätze der Bundesrepublik Deutschland 1:1.000.000, Rückseite). Aus Gründen der Einfachheit soll nicht auf die kristallchemische Klassifikation zurückgegriffen werden (vgl. *Rösler*, Lehrbuch der Mineralogie, S. 262 f.).

131 *Pohl*, Mineralische und Energie-Rohstoffe, S. 232; *BGR*, Bodenschätze der Bundesrepublik Deutschland 1:1.000.000, Rückseite.

132 *BGR*, Bodenschätze der Bundesrepublik Deutschland 1:1.000.000, Rückseite.

133 Flussspat wird in der chemischen (Herstellung Fluor und Flusssäure), metallurgischen und Glas-/Keramikindustrie verwendet (*Rothe*, Schätze der Erde, S. 151 f.; BGR, Bodenschätze der Bundesrepublik Deutschland 1:1.000.000, Rückseite; *Pohl*, Mineralische und Energie-Rohstoffe, S. 253). In Deutschland betrug die verwertbare Förderung im Jahr 2021 rund 57 000 t (*BGR*, Deutschland – Rohstoffsituation 2021, S. 159). Im gleichen Jahr wurden in etwa 27 000 t Schwerspat gefördert. Schwerspat wird als Füllstoff und als Schallschutz, sowie in der Farben- und Kunststoffindustrie eingesetzt (*BGR*, Deutschland – Rohstoffsituation 2021, S. 159; *BGR*, Bodenschätze der Bundesrepublik Deutschland 1:1.000.000, Rückseite; Wirtschaftsvereinigung Bergbau, Bergbau-Handbuch, 1994, S. 280).

134 Quarz (SiO_2) wird in der elektronischen und optischen Industrie eingesetzt. Außerdem sind sie wichtiger Rohstoff für die Produktion von Halbleitern, Glasfasern und

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

und Erden sind Mineralgemenge, welche als Gesteine vorkommen, d.h. sie sind geologische Körper mit statistisch gleichartiger Zusammensetzung.[135] Die Gesteine werden abhängig von ihrer Entstehung in drei[136] Gesteinshauptgruppen unterteilt: Sedimentgestein,[137] magmatisches Gestein[138] und metamorphes Gestein[139]. Die Steine und Erden werden überwiegend in der Bauwirtschaft eingesetzt.[140]

Salze sind wasserlösliche Minerale und Mineralgemenge. Hauptsächlich handelt es sich dabei um Natrium- oder um Chlorverbindungen, deren Lagerstätten durch Verdunstung entstanden sind.[141] Das Salz Natriumchlorid (NaCl)[142] wird in Salzbergwerken gewonnen (Steinsalz). Eine weitere Gewinnungsart ist die des Eindampfens von Sole oder die Verdunstung von Meerwasser (Siede- bzw. Meersalz).[143] Deutschland ist mit ca. 8 Mio. t abgebauten Steinsalz und rund 995 000 t gewonnenen Siedesalz im Jahr 2021 der größte Salzproduzent in der Europäischen Union.[144] Neben der Verwendung als Nahrungsmittel, wird Salz überwiegend in der chemischen

photovoltaischem Werkstoff. Quarzkiese und Quarzsande wurden zu 10,7 Mio. t im Jahr 2021 in Deutschland abgebaut (*Pohl*, Mineralische und Energie-Rohstoffe, S. 253; BGR, Deutschland – Rohstoffsituation 2021, S. 160).

135 *Markl*, Minerale & Gesteine, S. 3.

136 Nach *Markl* kommt noch eine 4. Klasse, die der Hydrothermalbildung hinzu (Minerale & Gesteine, S. 4).

137 In Deutschland werden u.a. folgende Sedimentgesteine abgebaut: Kalkstein, Mergelstein und Dolomit (56 Mio. t), Gips und Anhydrit (5,47 Mio. t), Kieselerde (57 719 t), Kaolin (864 000 t), Kleb- und Formsand (62 748 t), Pegmatitsand (26 697 t), Schieferprodukte (207 740 t) und Sand und Kies (277 Mio. t) (alle Angaben beziehen sich auf das Jahr 2021: *BGR*, Deutschland – Rohstoffsituation 2021, S. 159 f.).

138 Beispielsweise werden in Deutschland im Jahr 2019 die Magmatite Betonit (363 000 t) und Lavaschlacke und -sand (4 Mio. t) gefördert (BGR, Deutschland – Rohstoffsituation 2021, S. 146).

139 In Deutschland wird u.a. Dachschiefer (3 565 t) abgebaut (Angabe bezieht sich auf das Jahr 2021: BGR, Deutschland – Rohstoffsituation 2021, S. 159).

140 Weitere Verwendung können Steine und Erden darüber hinaus in der chemischen Industrie, der Füllstoffindustrie, im Bereich der Farbenfabrikation und der Keramikindustrie finden (BGR, Deutschland – Rohstoffsituation 2021, S. 59 f.).

141 *Pohl*, Mineralische und Energie-Rohstoffe, S. 295; *Rothe*, Schätze der Erde, S. 143 ff.

142 Wirtschaftsvereinigung Bergbau, Das Bergbau-Handbuch, S. 239.

143 Wirtschaftsvereinigung Bergbau, Das Bergbau-Handbuch, S. 239.

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

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Industrie und als Auftausalz im Winterdienst eingesetzt.[145] Auch das zum Düngen eingesetzte Kalisalz wird in Deutschland abgebaut.[146]

III. Unterirdische Ablagerung von CO_2 (CCS)

Die CCS(Carbon Capture and Storage)-Technologie benutzt den Untergrund nicht als Rohstoffquelle, sondern als Deponie. Der Ressourcenbegriff, der auf die Nutzung der Natur in ihrer Deponie- und Senkenfunktion abstellt, ist damit angesprochen. Sie ist eine technische Antwort auf die Klimaschutzproblematik der fossilen Energiegewinnung. Hiernach wird das im Kraftwerk bei der Verbrennung anfallende CO_2 nicht mehr in die Atmosphäre emittiert, sondern mittels der CCS-Technologie langfristig unterirdisch gelagert. Die rechtliche Regelung der Erprobung der CCS-Technologie trifft das Kohlendioxid-Speicherungsgesetz (KSpG) und nicht das BBergG.[147] Die Technologie ist noch im Erprobungsstadium und gerade hinsichtlich der Gefahrenabschätzung bestehen erhebliche Kenntnislücken.[148] Daher regelt das Kohlendioxid-Speicherungsgesetz (KSpG)[149] gem. § 1 S. 2 auch nur die Erforschung, Erprobung und Demonstration. Sollte es zur Marktreife dieser Technologie kommen, könnte sie mögliche bergrechtliche Abwägungsentscheidungen beeinflussen oder mit anderen unterirdischen Nutzungen in Konkurrenz treten.[150] Deswegen ist sie auch für die Materie des Bergrechts bedeutsam. Weiterhin wurde die CCS-Technologie

145 Beispielsweise zur Herstellung von Chlor, Soda und Natronlauge zur Produktion von Glas, Papier, Kunststoff und Aluminium (*Pohl*, Mineralische und Energie-Rohstoffe, S. 295); Wirtschaftsvereinigung Bergbau, Das Bergbau-Handbuch, S. 240.

146 Kalisalze sind Mineralgemische, die hauptsächlich aus Sylvin (Kaliumchlorid, KCl) bestehen *(Rothe*, Schätze der Erde, S. 143; *Pohl*, Mineralische und Energie-Rohstoffe, S. 296). Kali- und Kalisalzprodukte wurden in Deutschland im Jahr 2021 zu 6,4 Mio. t abgebaut (BGR, Deutschland – Rohstoffsituation 2021, S. 159). Das geförderte Kalisalz wird zu über 90 % als Düngemittel eingesetzt (*Pohl*, Mineralische und Energie-Rohstoffe, S. 296).

147 *Fehling/Schings*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, § 9, Rn. 204. Anders ist es bei der nur vorübergehenden Speicherung von CO_2, die sich weiterhin nach dem BBergG richtet.

148 UBA, Stellungnahme zum Landes-Kohlendioxid-Speicherungsgesetz, S. 4; *Wickel*, ZUR 2011, S. 115.

149 Kohlendioxid-Speicherungsgesetz vom 17. August 2012 (BGBl. I S. 1726), das zuletzt durch Artikel 22 des Gesetzes vom 10. August 2021 (BGBl. I S. 3436) geändert worden ist.

150 *Erbguth*, ZUR 2011, S. 121.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

in der Vergangenheit argumentativ für den weiteren Abbau von Kohle in Stellung gebracht.[151] Zumindest letzteres scheint wohl in Deutschland durch den beschlossenen Kohleausstieg vom Tisch.

Die CCS-Technik läuft in einem dreistufigen Prozess ab.[152] Dieser führt von der Abscheidung des CO_2 von den übrigen Verbrennungsrückständen, über den Transport bis hin zu dem unterirdischen Eintrag.[153] Dieser Eintrag kann nur in bestimmten geologischen Formationen erfolgen, wie etwa in salinen Aquiferen oder erschöpften Erdgas-/Erdöllagerstätten.[154] Die Speicherkapazität in Deutschland wird auf ca. 8,75-15,75 Mrd. t geschätzt.[155] Bei einem zugrunde zu legenden Kraftwerksausstoß von ca. 375 Mio. t CO_2/a[156] ergeben sich hieraus die Speicherung von CO_2 aus 23-42 Jahren Kraftwerksbetrieb auf heutigem Niveau. Jedoch wurde jedenfalls das aquifere Speicherpotential allein nach geologischen Kriterien berechnet und Aspekte der dichten Besiedlung, des Natur- und Wasserschutzes, der Nutzungskonkurrenz mit anderen unterirdischen Rauminanspruchnahmen[157] wurden nicht abzüglich in Anschlag gebracht.[158]

Erste deutsche Pilotprojekte sind in Betrieb, andere wurden zwischenzeitlich wieder aufgegeben.[159] Ein großflächiger Einsatz im industriellen

151 Vgl. etwa die Pläne von RWE zum Kohlekraftwerk in Hürth (<https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/rwe-baut-kraftwerk-ohne-co2-anlage-in-hurth-kostet-zwei-milliarden-euro-1689076.html>, zuletzt abgerufen im November 2023).

152 Illustrierend: Greenpeace, False Hope, S. 13.

153 *Much*, Rechtsfragen der unterirdische Ablagerung von CO_2, S. 19.

154 Als prinzipiell geeignet wird weiterhin die Ablagerung in tiefen Ozeanschichten, in Salzstöcken, in noch föderbaren Erdöl-/Erdgaslagerstätten und nicht abbaubaren Kohlelagerstätten angesehen (*Much*, Rechtsfragen der unterirdische Ablagerung von CO_2, S. 25 ff); Illustrierend: Greenpeace, False Hope, S. 22.

155 Diese ergeben sich nur aus der Betrachtung der wichtigsten beiden Lagerstättentypen salinare Aquifere (6-13 Mrd. t) und erschöpfte Erdgaslagerstätten (2,75 Mrd. t) (BGR, Wo kann CO2 gespeichert werden?, S. 1). Bei der Abschätzung des aquiferen Speicherraums handelt es sich um eine statistische Auswertung (*Knopf et al.*, Energiewirtschaftliche Tagesfragen 2010, S. 79). UBA gibt als Spanne 14-30 Mrd. t an als Ergebnis von der Abschätzung theoretischer Potentiale (CCS, S. 6).

156 *Knopf et al.*, Energiewirtschaftliche Tagesfragen 2010, S. 76.

157 Wie beispielsweise der Geothermie oder der Speicherung von Erdgas (UBA, Stellungnahme zum Landes-Kohlendioxid-Speicherungsgesetz, S. 9).

158 *Knopf et al.*, Energiewirtschaftliche Tagesfragen 2010, S. 79.

159 Ein Pilotprojekt befindet sich in Ketzin (Brandenburg; weitere Informationen im Internet unter: <https://www.co2ketzin.de/standort-ketzin/ueberblick> (zuletzt abgerufen im Februar 2021)). Die Erprobung der CCS-Technologie im Industriepark Schwarze Pumpe (Brandenburg) wurde zwischenzeitlich wieder aufgegeben. Eben-

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Maßstab wird frühestens ab dem Jahr 2030 erwartet.[160] Dieser setzt voraus, dass bis dahin die rechtlichen Voraussetzungen für eine dauerhafte Lagerung geschaffen worden sind.

C. Ressourcennutzung als Problem des Umweltschutzes

Durch den Bergbau werden dem System Ökosphäre (die „Hülle der Erde", bestehend aus Atmosphäre und Erdoberfläche)[161] Stoffe aus tieferen Erdschichten hinzugefügt, wodurch sich seine Struktur und Zusammensetzung nachhaltig verändert.[162] Veranschaulichend lässt sich hier das prominente Beispiel des Klimawandels anführen: hier hat das Heben und Verbrennen der fossilen Energieträger aus tiefen Erdschichten außerhalb der Ökosphäre, zu einem Anstieg des CO_2-Gehalts in der Atmosphäre geführt, was die Oberflächentemperatur im Jahr 2019 schon um 1,1° C gegenüber dem vorindustriellen Zeitalter hat steigen lassen.[163] Die Ressourcen werden weltweit in gigantischem Ausmaß genutzt.[164] Symbolisch für die weltweite und steigende Ressourcenübernutzung steht das Projekt des „Earth Overshoot Day". Auf die Methoden der Berechnung des ökologischen Fußabdrucks gestützt, berechnet das Global Footprint Network jedes Jahr den Tag, ab welchem die Menschheit mehr Ressourcen verbraucht, als innerhalb eines Jahres nachwachsen würden. Der „Earth Overshoot Day" fiel im Jahr 2020 auf den 22. August. Dies zeigt, dass die Weltgemeinschaft eigentlich 1,6 Erden zur Verfügung haben müsste, um die derzeitige Naturnutzung nachhaltig auffangen zu können.[165] Dieser massive Ressourcenverbrauch

---

so ein Pilotprojekt in Jänschwalde (Brandenburg) und Hürth (Nordrhein-Westfalen) (*Kohls et al.*, ZUR 2015, S. 140, Fn. 10).

160 IEA, Technology Roadmap, S. 36; Greenpeace, False Hope, S. 17.

161 *Bardi*, Geplünderte Planet, S. 63.

162 *Bardi* spricht insofern von „der vollständigen Umwandlung des gesamten Ökosystems Erde" (Geplünderte Planet, S. 15, vgl. auch 64 f.).

163 *Jackson* et. al., Persistent fossil fuel growth threatens the Paris Agreement and planetary health, Environ. Res. Lett. 14 (2019) 121001, S. 1. Weiteres zur Problematik des Klimawandels siehe unten.

164 Hier soll exemplarisch auf das künstliche Inselprojekt „Palm Island" in Dubai verwiesen werden, welches zur Aufschüttung 150 Mio. t Sand benötigte (*Ertinger*, Sand wird zur Schmuggelware, Handelsblatt 2013).

165 Global Footprint Network, Calculating earth overshoot day 2020, S. 9. Hierauf bezugnehmend und kritisch einordnend Enquête-Kommission WWL, Schlussbericht, BT-Drs. 17/13300, S. 362.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

liegt in dem materialintensiven Wohlstandsmodell der Industriestaaten (OECD-Staaten) begründet, der sie zu dem größten pro Kopf Verbrauchern der Umwelt macht.[166] Aber auch die Nachahmung dieses Lebensstandards durch andere Staaten und die ansteigende Weltbevölkerung tragen zur Problematik der Ressourcenübernutzung bei. Fakt ist, dass der derzeitige hohe Umfang der Ressourcennutzung nicht nachhaltig aufrechterhalten werden kann.[167] Es wird prognostiziert, dass die Grenzen der Schadstoffaufnahmekapazität der Umwelt weitaus eher erreicht sein werden, als die Grenzen, welche von dem knappen Bestand der abiotischen Rohstoffe gesetzt wird.[168] Die Herausforderung der Ressourcenpolitik besteht darum nicht in erster Linie darin, die Förderung von bisher technisch und wirtschaftlich nicht förderbaren Rohstoffen zu ermöglichen, sondern die Rohstoffe unter der Erde zu belassen.[169]

Einzelne Umweltprobleme werden im nachfolgenden gesondert ausgeführt.

I. Eingriffe in Natur und Landschaft und den Wasserhaushalt

Zunächst geht augenscheinlich mit dem Abbau von Bodenschätzen zwangsläufig ein massiver und unumkehrbarer Eingriff in die lokale Natur und Landschaft einher.[170] Der Bergbau ist extrem raumbedeutsam.[171] Welt-

166 Nach *Herrmann et al.* verbrauchen die Industrienationen „heute rund viermal mehr natürliche Ressourcen als die weniger entwickelten Länder" (ZUR 2012, S. 523).

167 *Herrmann et al.*, ZUR 2012, S. 523; *v. Weschpfennig* nimmt demgegenüber an, dass der Rohstoffverbrauch noch weiter steigen wird (Strukturen des Bergrechts, S. 2).

168 Enquête-Kommission WWL, Schlussbericht, BT-Drs. 17/13300, S. 385. Ausführlich zum Knappheitsbegriff siehe S. 360.

169 Enquête-Kommission WWL, Schlussbericht, BT-Drs. 17/13300, S. 393.

170 Die Landschaftszerstörung durch den konventionellen Bergbau lässt sich z.B. für den Tagebau u.a. an der Masse der umgeschichteten Erde ablesen, die sich weltweit auf etwa 50 Mrd. t/a beläuft, wodurch sog. Mondlandschaften erschaffen werden. Hinzu kommen ein hoher Wasserbedarf, der potenziell mit der Vergiftung von Gewässern einhergehen kann, sowie die Kontamination von Mutterboden, die großen zu entsorgenden Abfallmengen, Luftverschmutzungen, die Abholzung, die Säureauslaugung und der hohe Energiebedarf (Enquête-Kommission WWL, Schlussbericht, BT-Drs. 17/13300, S. 399 f.).

171 „Der Bergbau ist, wo er auftritt, eine raumbeanspruchende Kraft ersten Ranges. Im Extremfall trägt er nicht nur Berge ab, sondern verschlingt ganze Dörfer und verändert Landschaft quadratkilometerweise. Die Einpassung derartiger Maßnahmen in das Raumgefüge der Bergbaugebiete, die Anpassung der bergbaulichen Tätigkeit

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

weit werden 50 Mrd. t/a Erde umgeschichtet.[172] In Deutschland wurden seit 1945 100.000 ha abgegraben und irreversibel umgestaltet, wodurch das Gut Boden empfindlich betroffen ist.[173] Dabei kann nur ein Bruchteil der geförderten Menge auch verwertet werden.[174] Das übrige Material, sog. taubes Material muss entsorgt bzw. deponiert werden. Es entsteht zum einen als Abraum, das sind die Gesteinsschichten, die im Tagebau über dem zu fördernden Material liegen, zum anderen als Bergematerial.[175] Für letzteres soll das Beispiel Kupfer herhalten, welches in Lagerstätten in der Anreicherung von 0,5 % vorliegt.[176] Der Gewinnung von 50 kg Kupfer steht damit (fast) 1 t Bergematerial gegenüber.[177]

Stichpunktartig ist der massive Eingriff in den Wasserhaushalt aufgeführt, der von einer Veränderung des Grundwasserspiegels, über den hohen Wasserbedarf bis zu der potenziellen Vergiftung von Gewässern reicht.[178] Auch die biologische Vielfalt wird, durch den großen Flächenverbrauch und mit dem Bergbau einhergehende mögliche toxische Folgen beeinträchtigt.[179]

II. Klimakrise

Auch die Problemdimension Klimakrise hängt mit dem Bergbau in zweierlei Hinsicht zusammen.[180] Zum einen steigt durch die Nutzung der im Bergbau geförderten fossilen Energieträger die Treibhausgas-Konzentrati-

---

an Erfordernisse des Umweltschutzes, aber natürlich umgekehrt auch die intensive Berücksichtigung bergbaulicher Belange in Raumplanung und Umweltschutz sind folglich dringliche Anliegen." (*Schulte*, NJW 1981, 94).

172 Enquête-Kommission WWL, Schlussbericht, BT-Drs. 17/13300, S. 399 f.

173 *Teßmer*, Rechtsgutachten, Kernthesen, S. 2.

174 *Bardi*, Der geplünderte Planet, S. 228.

175 Zum Verhältnis von genutzter Materialentnahme zur „ungenutzten Entnahme" siehe: UBA, Die Nutzung natürlicher Ressourcen, S. 15.

176 *Bardi*, Der geplünderte Planet, S. 229.

177 *Bardi*, Der geplünderte Planet, S. 229.

178 Nach *Kohl/Schuster* verhindert der Braunkohletagebau den guten Gewässerzustand (WRRL-Info 29, Grüne Liga, 2015).

179 SRU, Verantwortung in einer begrenzten Welt, BT-Drs. 17/10285, S. 69 ff., S. 71 f.

180 Zu allgemeinen Hintergrundinformationen siehe UBA, Nationaler Inventarbericht zum Deutschen Treibhausgasinventar 1990 – 2020, S. 75 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

on in der Luft,[181] und trägt zur globalen Klimakrise erheblich bei.[182] In Deutschland gehen allein rund 26 % der deutschen Gesamtemissionen auf die Befeuerung der Kohlekraftwerke zurück.[183] Dies entspricht schätzungsweise weniger als 1 % der weltweiten Emissionen.[184] Über 80 % der berichteten Treibhausgasemissionen in Deutschland entstehen aus der Verbrennung fossiler Brennstoffe.[185] Zum anderen handelt es sich bei einigen Bergbausparten um energieintensive Industrien.[186] Die Treibhausgase sind neben Kohlendioxid, welches in Deutschland 87,74 %[187] der emittierten Treibhausgase ausmacht, u.a. Methan (CH_4), Lachgas (N_2O) und fluorierte Kohlenwasserstoffe.[188] Der deutsche Anteil an CO_2-Emissionen macht circa 1,75 % (639 Mio. t [2020])[189] an dem weltweiten CO_2-Ausstoß aus.[190] Hieraus ergibt sich ein Pro-Kopf-Ausstoß von 8,15 t CO_2 [2022[191]] pro Jahr.[192]

181 So hat sich die CO_2 Konzentration von 280 ppm im vorindustriellen Zeitalter auf 415 ppm im Jahr 2021 gesteigert – dies ist ein Anstieg von 44% (UBA, Nationaler Inventarbericht zum Deutschen Treibhausgasinventar 1990 – 2020, S. 75; Aktuelle Zahlen durch das UBA veröffentlicht: <https://www.umweltbundesamt.de/daten/klima/atmosphaerische-treibhausgas-konzentrationen#kohlendioxid-> (zuletzt abgerufen im November 2023).

182 Enquête-Kommission WWL, Schlussbericht, BT-Drs. 17/13300, S. 393.

183 BMWi, Abschlussbericht der Kommission „Wachstum, Strukturwandel und Beschäftigung", S. 17, Abbildung 2.

184 *Gärditz*, ZUR 2018, S. 663 f., Fn. 35.

185 UBA, CO_2-Emissionsfaktoren für fossile Brennstoffe, S. 5.

186 *Maier*, BHM 2014, S. 166.

187 Für das Jahr 2020 (UBA, Nationaler Inventarbericht zum Deutschen Treibhausgasinventar 1990 – 2020, S. 71, Tabelle 2).

188 BMUB et al., Fünfter Sachbestandsbericht des IPCC – Teilbericht 3, S. 1. Weltweit wurden im Jahr 2019 59 $GtCO_2$-eq ausgestoßen (IPCC, Climate Change 2023, Summary for Policymakers, S. 4).

189 UBA, Nationaler Inventarbericht zum Deutschen Treibhausgasinventar 1990 – 2020, S. 71, Tabelle 1.

190 EDGAR (Emissions Database for Global Atmospheric Research), Country Fact Sheet Germany, im Internet abrufbar unter: <https://edgar.jrc.ec.europa.eu/country_profile/DEU> (zuletzt abgerufen im November 2023); Vgl. auch *Maier*, BHM 2014, S. 166.

191 Daten aus EDGAR (Emissions Database for Global Atmospheric Research), Country Fact Sheet Germany, im Internet abrufbar unter: <https://edgar.jrc.ec.europa.eu/country_profile/DEU> (zuletzt abgerufen im November 2023). Oder sollten alle Treibhausgasemissionen betrachtet werden, so wäre der Pro-Kopf-Ausstoß noch einmal höher. (Für das Jahr 2013 läge der Pro-Kopf-Ausstoß dann bei circa 11 t CO_2eq (UBA, Treibhausgasneutrales Deutschland, S. 38)).

192 Im Vergleich hierzu: Einkommensschwache Länder haben durchschnittlich einen Pro-Kopf-Ausstoß von 1,4 t CO_2eq, einkommensstarke Länder mit durchschnittlich

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Das politisch gesetzte Ziel der Klimapolitik, eine Oberflächentemperaturerhöhung der Erde auf deutlich unter 2 °C, nach Möglichkeiten 1,5 °C, gegenüber vorindustriellen Werten zu begrenzen, wird wahrscheinlich dann eingehalten werden, wenn bis zum Jahr 2100 die Atmosphäre eine Treibhausgas-Konzentration von höchstens 450 ppm CO_2eq aufweist.[193] Hierzu dürfen die kumulativen Emissionen, gemessen von 1870 an, insgesamt 2900 $GtCO_2$ nicht überschreiten.[194] Für die verbleibende Zeit von 2020 an stehen nun mehr noch 500 $GtCO_2$ der Emissionen zur Verfügung.[195] Die aktuellen Bemühungen sind jedoch nicht ausreichend – vielmehr erfordert die Einhaltung des 1,5° C, aber auch des 2° C Ziels, drastische, tiefgreifende und sofortige Reduktionen der Emissionen.[196] Deutschland müsste hierzu seine Emissionen bis zum Jahr 2050 um 80-95 % gegenüber dem Jahr 1990 reduziert haben.[197]

In Deutschland gehen 83,49 % des emittierten CO_2-Ausstoßes auf den Sektor Energie zurück.[198] Um die genannte Zielsetzung zu erreichen, bedarf es deswegen nahezu einer vollständigen Eliminierung der Emissionen im Strom-[199] und im gesamten Energiesektor[200]. Diese Zielanvisierung ist auch trotz der Energiewende noch nicht abzusehen; so ist das Kohlekraftwerk in Datteln 4 erst 2020 ans Netz gegangen. Auch das Kohleausstiegsgesetz, welches ein Ende der Kohleverstromung bis 2038 vorsieht,[201] steht in der Kritik, die Klimaziele möglicherweise nicht zu erreichen. Der Energieträger Braunkohle ist dabei mit 404 g/kWh der Energieträger mit den höchsten

---

13 Tonnen erheblich mehr (BMUB et al., Fünfter Sachbestandsbericht des IPCC – Teilbericht 3, S. 2).

193 „Wahrscheinlich" meint hier mind. 66 %-Wahrscheinlichkeit; CO_2eq steht für CO_2-Äquivalente und ist eine Recheneinheit, welche alle Treibhausgase in die Berechnung berücksichtigt; ppm ist eine Mengenangabe, welche besagt wieviel Teilchen auf 1 Mio. Teilchen kommen (BMUB et al., Fünfter Sachbestandsbericht des IPCC – Teilbericht 3, S. 2 sowie Fn. 2 und 3; zur Einheit CO_2eq vgl. UBA Nationaler Inventarbericht zum Deutschen Treibhausgasinventar 1990 – 2020, S. 93).

194 BMUB et al., Fünfter Sachbestandsbericht des IPCC – Synthesebericht, S. 2.

195 IPCC, Climate Change 2023, Summary for Policymakers, S. 19.

196 IPCC, Climate Change 2023, Summary for Policymakers, S. 20 ff.

197 UBA, Treibhausgasneutrales Deutschland, S.35; SRU, 100% Erneuerbare Stromversorgung, S. 37.

198 UBA, Nationaler Inventarbericht zum Deutschen Treibhausgasinventar 1990 – 2020, S. 71, Tabelle 2.

199 SRU, 100% Erneuerbare Stromversorgung, S. 37.

200 UBA, Treibhausgasneutrales Deutschland, S. 38. Energie wird als Strom, Wärme und Kraftstoff bereitgestellt (ebenda S. 41).

201 Näheres zum Kohleausstieg: *Kaiser*, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 192 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

CO_2-Emissionen pro Energieeinheit.[202] Aktuell stellt sich, vor dem Hintergrund des völkerrechtswidrigen Angriffskrieges Russlands auf die Ukraine und dessen weitreichenden Auswirkungen, noch einmal mehr die Herausforderung die Dekarbonisierung schnell voranzutreiben.[203]

III. Umweltlasten durch die neuen Bergbautechnologien Fracking und CCS

Der Einsatz von neuen Technologien wird in Bezug auf die Umwelt vor allem unter dem Aspekt des Risikos betrachtet. Das Fracking, zur Gewinnung unkonventionellen Erdgases, ist in Deutschland als Risikotechnologie hoch umstritten. Die Umwelt könnte durch den Schadstoffeintrag bei Austritt der chemikalienführenden[204] Frackingflüssigkeit belastet werden. Dieser Austritt kann in allen Phasen des Frackings auftreten: beim LKW-Transport zum Bohrplatz, am Bohrplatz selbst oder durch Lecks der Rohre in den verschiedenen Tiefenschichten.[205] Darüber hinaus verbleibt die Frackingflüssigkeit nach dem Einsatz in den Frac-Stellen größtenteils im Untergrund.[206] Der Schadstoffeintrag kann seine Quelle aber auch in den im tiefen Erdreich befindlichen Schadstoffen haben, welche mittels der Frackingtechnologie an die Oberfläche gelangen können.[207] Als weitaus größte Gefahr sind die Beeinträchtigungen des (Grund-)Wassers festzustellen.[208] Weitere Problematiken sind die des hohen Wasserverbrauches[209], die Entsorgung des u. U. mit Schwermetallen und radioaktiven Stoffen

202 Im Vergleich hierzu hat Erdgas einen um die Hälfte geringeren CO_2-Emissionsfaktor (UBA, Kohlendioxidemissionen des deutschen Strommix, S. 16).

203 UBA, Ukraine-Krise und Nachhaltigkeitspolitik.

204 Einen Überblick zu den bekannten eingesetzten Chemikalien in UBA, Umweltauswirkungen von Fracking, Teil 1, S. 11. Daneben wird aber auch eine erhebliche Anzahl von unbekannten Additiven eingesetzt und auch die Konzentration der Flüssigkeiten ist unbekannt. Von 80 bekannten Frackprodukten, die der endgültigen Frackflüssigkeit beigemischt werden, wurden lediglich 27 als nicht gefährlich und nur 10 als nicht wassergefährdend eingestuft (UBA, Umweltauswirkungen von Fracking, Teil 1, S. 11 f.).

205 Neutraler Expertenkreis, Risikostudie Fracking, S. 29.

206 UBA, Umweltauswirkungen von Fracking, Teil 1, S. 15; Neutraler Expertenkreis, Risikostudie Fracking, S. 35.

207 UBA, Umweltauswirkungen von Fracking, Teil 1, S. 16.

208 Vgl. Neutraler Expertenkreis, Risikostudie Fracking, S. 39 ff.

209 In etwa 20.000 m^3/Bohrloch (Neutraler Expertenkreis, Risikostudie Fracking, S. 46).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

belasteten Abwassers[210] und der Beitrag zum Treibhausgasausstoß – so werden 30-183 % mehr Methan als bei herkömmlicher Erdgasförderung freigesetzt[211]. Die induzierten Erschütterungen, die die natürliche Seismizität wesentlich übersteigen und möglicherweise Schäden herbeiführen können (seismologische Gefährdungen) sind nicht auszuschließen, jedoch statistisch sehr unwahrscheinlich.[212] Darüber hinaus nimmt die Frackingtechnologie Flächen in Anspruch, welche durch die Vielzahl der Bohrplätze zu einer Zersiedlung der Landschaft führen können.[213] Es treten Lärmbelastungen v.a. während der ca. 14 Monate ganztägig andauernden Bohrphase auf.[214]

Die CCS-Technologie trägt nicht nachhaltig zum Klimaschutz bei.[215] So ist die Ressource Speicherraum von vornherein begrenzt. Umweltpolitisch ist ihr Einsatz deshalb nur dann sinnvoll, falls andere Klimaschutzmaßnahmen zu kurz greifen würden.[216] Und selbst für diesen (Not-)Fall wird ein positiver Beitrag der CCS zum Klimaschutz aus drei Gründen bestritten. So entfallen bis zu 40% der Kraftwerksleistung auf die CCS-Prozesse, was den Energieeffizienzsteigerungen der letzten 50 Jahre entspricht.[217] Durch diesen Wirkungsgradverlust muss für die gleiche Menge Strom mehr Kohle abgebaut werden, wodurch eine größere Menge an CO_2 anfällt.[218] Zum zweiten können bereits niedrige Austrittsraten des CO_2 aus dem Speicher-

210 Neutraler Expertenkreis, Risikostudie Fracking, S. 46.
211 Neutraler Expertenkreis, Risikostudie Fracking, S. 45.
212 UBA, Umweltauswirkungen von Fracking, Teil 2, S. 23 f.
213 100 ha für einen Bohrplatz und zusätzlich die benötigte Infrastruktur (Neutraler Expertenkreis, Risikostudie Fracking, S. 24 f.).
214 Neutraler Expertenkreis, Risikostudie Fracking, S. 24.
215 UBA, Stellungnahme zum Landes-Kohlendioxid-Speicherungsgesetz, S. 3, 9; UBA, CCS, S. 7.
216 UBA, CCS, S. 7; UBA, Stellungnahme zum Landes-Kohlendioxid-Speicherungsgesetz, S. 3. Für die BGR hingegen ist CCS bereits ein gleichberechtigter „Baustein" des Klimaschutzes neben Energieeinsparung, Energieeffizienz und dem Umstieg auf erneuerbare Energien (BGR, Warum brauchen wir CCS?, S. 2). Auch *Knopf et al.* stellt die Frage, ob die Technologie Anwendung finden soll als zugunsten von CCS entschieden dar (Energiewirtschaftliche Tagesfragen 2010, S. 76).
217 Frauenhofer-Institut/BGR, Assessment of Technologies for CCS, Summary, S. 24; Greenpeace, False Hope, S. 19. Nach BUND besteht ein Wirkungsgradverlust von ca. 10-15 Prozentpunkten (Zukunftsfähige Energiepolitik, S. 13); ebenso SRU, Stellungnahme CCS, S. 11.
218 So würde beispielweise ein 20%iger Wertverlust von 4 Kraftwerken, den Bau eines weiteren Kohlekraftwerks gleicher Leistung erfordern, um den gleichen Output an Energie zu generieren (Greenpeace, False Hope, S. 19, Fn. 92).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

raum (Leckage) den gewünschten Klimaeffekt nivellieren. Die Zusicherung des Verbleibs des CO_2 in der geologischen Formation über Jahrhunderte hinaus ist eine Grundvoraussetzung der CCS-Anwendung. [219] Zuletzt wird politisch eine Behinderung der Energiewende befürchtet.[220] Oder aber eine Behinderung der Energiewende durch Nutzungskonflikte mit weiteren unterirdischen Nutzungen wie der Geothermie oder der nicht dauerhaften Speicherung von Erdgas bzw. regenerativ erzeugtem Methan.[221] Zu beachten ist in jedem Fall, dass der derzeitige Wissensstand für eine belastbare Gefährdungsanalyse nicht ausreichend ist.[222]

D. Grundlagen des interdisziplinären Dialogs zwischen Ressourcenethik und Bergrecht

Die Übernutzung der Ressourcen mit den damit einhergehenden Umweltproblemen stellt die globale Weltgemeinschaft vor eine historische Aufgabe. Dies wird eindrücklich von *Johan Rockström* vermittelt:

> „Wissenschaftlich können wir heute sagen: Was die Menschheit in den letzten 50 Jahren getan hat, hat die Bedingungen auf der Erde verändert, die über die letzten 10 000 Jahre Bestand hatten. Ebenso aber gilt: Was wir die nächsten 50 Jahre tun werden, wird die nächsten 10 000 Jahre bestimmen."[223]

Es geht darum, die Naturnutzungen in den nächsten Jahren und Jahrzehnten wieder auf ein Niveau zu bringen, welches die Biosphäre der Erde in

219 SRU verweist in diesem Zusammenhang auf das Unglück 1986 in Kamerun hin, bei welchem 1,6 Mio. t CO_2 plötzlich austraten und 1700 Menschen sowie tausende Tiere im Umkreis von 27 km tötete (Stellungnahme CCS, S. 10); UBA, CCS, S. 4.

220 So würde der erforderliche Kraftwerkparkumbau verzögert (BUND, Zukunftsfähige Energiepolitik, S. 13). Ein weiterer Aspekt ist die am Ziel orientierte Verteilung von finanziellen Mitteln auf Klimaschutztechnologien. Direkte Subventionen von EU und Deutschland sind bereits in dreifacher Millionenhöhe in die Erforschung von CCS geflossen (SRU, Stellungnahme CCS, S. 30).

221 SRU, Stellungnahme CCS, S. 14; UBA, Stellungnahme zum Landes-Kohlendioxid-Speicherungsgesetz, S. 9.

222 SRU, Stellungnahme CCS, S. 30; UBA, Stellungnahme zum Landes-Kohlendioxid-Speicherungsgesetz, S. 9.

223 Geäußert auf der Konferenz „Making the Planetary Boundaries Concept work", 24/25.04.2017, Berlin, wiedergegeben in: Keppner, in: BMUB, UBA, DBU (Hrsg.), Outcomes of the International Conference, S. 18.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einem Gleichgewicht belässt, welches die Lebensgrundlage der Menschheit bilden kann. Hierfür muss sich das Wirtschaftsmodell der Industriestaaten und der auf großen Naturverbrauch angelegte Lebensstil der Menschen in den Industriestaaten grundlegend ändern. Um diese Menschheitsaufgabe[224] zu bewältigen, braucht es viele gesellschaftliche und technische Entwicklungen. Die Umweltgesetzgebung kann diese gesellschaftlichen und technischen Entwicklungen sowohl im internationalen Maßstab, wie auch auf nationaler Ebene entscheidend mitbeeinflussen. Die Qualität der Umweltgesetzgebung kann damit zu einem wichtigen Faktor in dem Erhalt des Naturraums Erde werden. Was aber macht eine gute Umweltgesetzgebung aus? Diese Frage kann das Umweltrecht schlussendlich nicht selbstreferentiell beantworten.[225] Die Umweltethik hält Maßstäbe und Prinzipien bereit, an denen sich sich die Umweltgesetzgebung messen lassen muss. Die Umwelt- und Ressourcenethik nähern sich der Frage, wie der Mensch mit der Natur umgehen soll, wie der Mensch die endlichen Ressourcen nutzen soll und darf. Hieran muss sich die Bewertung des Umweltrechts anschließen: Schafft das Umweltrecht mit seinen Mitteln eine im umweltethischen Sinne richtige Naturnutzung zu lancieren? Und wenn nicht, können sich aus diesen Impulsen umweltethisch fundierte Reformvorschläge ergeben? Natürlich geht es nicht darum, konkrete Gesetzesnormen aus der Ethik zu deduzieren oder gar rechtsstaatliche Standards zugunsten irgendeines ethischen Ansatzes preiszugeben.[226] Es geht darum, die gesamte Kraft und Möglichkeit der Umweltethik als Bewertungs- und Gestaltungsprinzip für rechtliche Normen zu etablieren. Die Umweltethik als Gesprächspartner

224 Den Klimaschutz hat Bundeskanzlerin *Angela Merkel* in der Generaldebatte im Bundestag am 11.09.2019 als „Menschheitsaufgabe" bezeichnet (<https://www.bundeskanzlerin.de/bkin-de/aktuelles/merkel-im-bundestag-1669624> (zuletzt abgerufen: Januar 2024)).

225 Natürlich können rechtswissenschaftliche Maßstäbe an die Umweltgesetzgebung angelegt werden, wie die Frage nach der Dogmatik, nach der Einheitlichkeit der Begriffsverwendung, nach der Systematisierung u.ä. Auch dies ist ein wichtiger Faktor für die Wirksamkeit und Güte von Umweltrecht (man denke hier etwa an die Komplexität des § 4 UmwRG (Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. August 2017 (BGBl. I S. 3290), das durch Artikel 4 des Gesetzes vom 17. Dezember 2018 (BGBl. I S. 2549) geändert worden ist). Aber die rechtswissenschaftlichen Standards allein reichen nicht aus, das Umweltrecht an die grundlegendere Frage nach dem richtigen Umgang des Menschen mit der Natur anzuschließen.

226 Gegen die Herleitung konkreter Normen aus der Gerechtigkeit: *Höffe*, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, Sp. 898.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

des Umweltrechts und als Navigator/als Leitstern hin zu einem guten Umweltrecht, dass bestmöglich den Problemen unserer Zeit begegnet.[227]

Das so skizzierte Zusammenwirken von Umweltethik und Umweltrecht, soll in den folgenden Gliederungspunkten weiter ausgeführt (I und II) und auf das vorliegende Vorhaben zugespitzt werden (III, IV).

I. Ethik und Recht

Ethik ist die methodische und systematische Reflexion über moralische Fragestellungen.[228] Die Moral fragt danach, ob eine Handlung als moralisch gut oder moralisch schlecht bewertet werden kann. Eine solche moralische Norm ist beispielsweise: „Du sollst nicht töten!".[229] Gerade weil die Ethik sich mit der Bewertung von menschlichem Handeln beschäftigt, wird sie der praktischen Philosophie zugeordnet (zusammen mit der Rechtsphilosophie und der politischen Philosophie).[230] Der praktischen Philosophie gegenüber steht mit den Teilbereichen Logik, der Erkenntnistheorie und der Metaphysik die theoretische Philosophie. Die ethischen Fragestellungen lassen sich der allgemeinen Ethik (general moral issue) oder der Metaethik zuordnen (siehe Abbildung 5).[231] Fragestellungen, die nach der Bewertung einer konkreten Handlung fragen, sind der allgemeinen Ethik zuzuordnen. Hierbei sprechen die verschiedenen Theorien moralische Urteile aus. Bei

227 Natürlich hat die Umwelt- und Ressourcenethik unabhängig von ihrem Einfluss auf die Umweltgesetzgebung, eine eigenständige Bedeutung in der Bewältigung der globalen Ressourcenproblematik. So kann sie bestimmte Handlungspflichten als moralische Normen für verschiedene Akteure erkennen und ausarbeiten und so den gesellschaftlichen Wandel moraltheoretisch unterfüttern und motivieren.

228 *Hügli/Lübcke*, Philosophielexikon, S. 172. Zum Teil werden die Begriffe Ethik und Moral auch synonym verwendet (So z.B. *Copp*, in: Copp (Hrsg.), Handbook of Ethical Theory, S. 4). *Fenner* führt an, dass auch Fragen über das gelingende Leben und des Glücks in den Anwendungsbereich der Ethik fallen – die sog. Individualethik (Angewandte Ethik, S. 3 f.).

229 *Fenner*, Angewandte Ethik, S. 3.

230 *Fenner*, Angewandte Ethik, S. 2, 7.

231 *Copp*, in: Copp (Hrsg.), Handbook of Ethical Theory, S. 4 f. Die Metaethik fragt danach, inwiefern moralische Urteile überhaupt richtig sein können und ob es vernünftig ist nach einer moralischen Vorstellung zu handeln. Hier wird selbst kein moralisches Urteil über Handlungen abgegeben (ebenda, S. 6). Die deskriptive Ethik beschränkt sich darauf, festzustellen, welche Normen in einer Gesellschaft tatsächlich gelten und steht daher der Soziologie näher (*Fenner*, Angewandte Ethik, S. 3).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

diesen ethischen Theorien kann zwischen zwei Hauptströmungen unterschieden werden, die bei der Bewertung der Handlung entweder allein auf die Intention/die Gesinnung des Handelnden (deontologische Ethik) oder auf die beabsichtigten oder tatsächlichen Handlungsfolgen (teleologische Ethik) abstellen.[232] Diese moralischen Normen werden meist mit einem universellen Geltungsanspruch versehen.[233] Die angewandte Ethik fasst moralische Fragen der allgemeinen Ethik für ein spezielles Handlungsfeld zusammen, die meist über den privaten Entscheidungsbereich Einzelner hinausgehen und in denen das Wohl der Gemeinschaft zur Diskussion steht.[234] Hier haben sich insbesondere die Umweltethik, die Technikethik und die Medizinethik herausgebildet. Wie zu sehen sein wird, ist die Ressourcenethik als Teilbereich der Umweltethik einzuordnen. Zusammenfassend geht es mit Kant in der Ethik um die innere Motivationsfrage: „Was soll ich tun?".[235]

Das Recht ist die Gesamtheit aller geschriebenen und ungeschriebenen Rechtssätze einer Rechtsordnung. Sie erhalten ihre Geltung aus ihrer rechtlichen Setzung.[236] Das Recht nach einem demokratisch-freiheitlichen Verständnis regelt die Freiheitssphären der Menschen zueinander[237] und versucht diese in „praktische Konkordanz" zu bringen. Dies ist ein Zustand, indem gegenläufige Interessen so im Verhältnis zueinanderstehen, dass jedes Interesse seine optimale Wirksamkeit erlangt.[238] Zusammenfassend geht es bei der Erforschung des Rechts um die Frage an die Rechtsordnung: „Was darf ich tun?".

232 *Regenbogen/Meyer, U.*, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, Stichwort: ‚deontologische Ethik' und ‚teleologische Ethik' Für weitere Kategorisierungen von Theorien der Ethik siehe ebenda, Stichwort: ‚Ethik'.
233 *Düwell*, Bioethik, S. 32 f.
234 *Fenner*, Angewandte Ethik, S. 2 (zur Kritik der Begrifflichkeit siehe S. 9 f., 12 f.).
235 *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, A 805/B 833.
236 *Düwell*, Bioethik, S. 32 f.
237 *Heidrich*, Rechtsphilosophische Grundlagen des Ressourcenschutzrechtes, S. 112.
238 *Degenhart*, Staatsrecht I, Rn. 23; *Gassner*, DVBl. 1984, S. 707.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

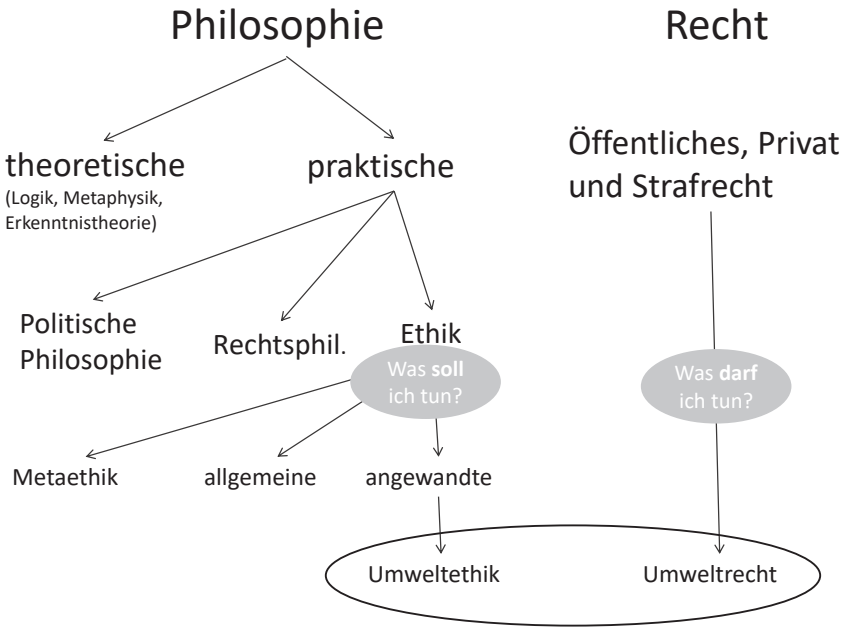

Abbildung 5: Systematisierung des Bezugs von Recht und Ethik (eigene Erstellung)[239]

Wie stehen nun Ethik und Recht zueinander? Ethik und Recht stellen jeweils Normen auf, die das Handeln im zwischenmenschlichen Bereich betreffen. Im Recht ist zumeist nur das äußere der Handlung von Interesse und nicht die innere Motivationslage wie bei der Moral. Außerdem sind Rechtsnormen verbindlich festgeschrieben und sie können zwangsweise durchgesetzt werden. Die Frage, wie Recht und Moral aufeinander bezogen sind, trifft die alte Diskussion zwischen Naturrechtlern und Rechtspositivisten: Kommt es für die Geltung von Normen allein auf die formell einwandfreie Setzung durch den Gesetzgeber an, oder müssen zusätzlich gewisse moralische Anforderungen erfüllt sein?[240] In den Entscheidungen

239 Ähnlich schon *Lanzer*, EurUP 2020, S. 413.

240 *Hoerster*, in: Hoerster (Hrsg.), Recht und Moral, S. 11 f. Interessanterweise hat sich die Diskussion, ob Bodenschätze vom Grundeigentum abgelöst behandelt sein sollen (im Sinne der Bergbaufreiheit) im 18. Jahrhundert auf die Frage des Naturrechts konzentriert: Ist es mit dem Naturrecht vereinbar, die Bodenschätze abzulösen? Erstmals wurde diese Debatte in der französisch konstituierenden Natio-

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

des BVerfG zu dem gesetzlichen Unrecht des Nationalsozialismus hat es auf die Ausführungen von *Gustav Radbruch* (Radbruch'sche Formel) Bezug genommen und ging für derartige extreme Ausnahmefälle davon aus, dass solche positiv gesetzten Normen wegen des unerträglichen Widerspruchs zur Gerechtigkeit keine Geltung erlangen können.[241] Dieser Ansatz, der der naturrechtlichen Denkströmung zuzuordnen ist, wurde nochmals in den Mauerschützenfällen bestätigt. Das positive Recht müsse der Gerechtigkeit weichen, wenn die Norm offensichtlich und unerträglich gegen elementare Gebote der Gerechtigkeit verstößt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die gesetzte Norm die allen Völkern gemeinsame, auf Wert und Würde des Menschen bezogene Rechtsüberzeugung verletze.[242] Anklänge für diese naturrechtliche Haltung finden sich auch im Grundgesetz. Zunächst verweist die Präambel auf Gott als eine höhere Autorität („Im Bewusstsein seiner Verantwortung vor Gott […]"). Auch in der Formulierung des Art. 1 I GG klingt an, dass dem Grundgesetz Werte vorgelagert sind, auf die es sich beziehen muss bzw. die eingehalten werden müssen. Weiterhin seien Art. 1 II, Art. 20 III, IV GG zu nennen.

Selbst wenn eine rechtspositivistische Grundauffassung eingenommen wird, ist damit nicht jegliche ethische Bewertung des Rechts abgelehnt.[243] Ethik und Recht stehen nicht losgelöst nebeneinander.[244] Vielmehr kann

---

nalversammlung bei der Beratung des Bergwerkgesetzes vom 28. Juli 1791 geführt (Ausführlich *Klostermann*, Komm PrABG, Einleitung, S. 7 ff.).

241 BVerfG, Urteil v. 18.12.1953 - 1 BvL 106/53, BVerfGE 3, 225 (232 f.); BVerfG, Beschluss v. 19.02.1957 - 1 BvR 357/52, BVerfGE 6, 132 (198 f.).

242 BVerfG, Beschluss v. 24.10.1996 - 2 BvR 1851, 1853, 1875, 1852/94, BVerfGE 95, 96 ff. (135) – Mauerschützen.

243 Vgl. *Hoerster*, der davor warnt, dem Rechtspositivismus leichtfertig Positionen zuzuschreiben (in: Hoerster (Hrsg.), Recht und Moral, S. 12).

244 *Heidrich* spricht insofern von einer Permeabilität der Ebenen Moral und Recht (Rechtsphilosophische Grundlagen des Ressourcenschutzrechtes, S. 194). *Ott* ordnet sogar das Umweltrecht als die politisch-rechtliche Ebene der Umweltethik ein (in: Ott/Gorke (Hrsg.), Spektrum der Umweltethik, S. 14 f.). *Wiegand* führt hierzu aus, dass die Normenbereiche von Recht und Moral wie zwei Kreise sind, die rein formal keine Überschneidung haben, sich aber in den Rechtsprinzipien berühren. So spiegeln die Rechtsprinzipien die ethischen Prinzipien wieder (in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts 1995, S. 46 f.). Ähnlich auch *v. d. Pfordten*, der die Normenordnungen faktisch und normativ getrennt sehen will, dabei aber „kausale Interdependenzen" zulässt und die Aufgabe der Rechtfertigung des Rechts der Rechtsethik zuweist (Ökologische Ethik, S. 291). Vgl. auch *Lanzer*, EurUP 2020, S. 413.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und muss es Schnittstellen geben.[245] Ethische Forderungen werden an das Recht herangetragen. Ethische Wertungen können und werden im Gesetzgebungsverfahren durch die Beteiligten zur Begründung von Rechtssätzen herangezogen und zum Teil selbst direkt in juridische Normen überführt.[246] Als institutionalisierte Einbeziehung ethischer Überlegungen kann der Deutsche Ethikrat angesehen werden, dem eine Beratungsfunktion (gemäß § 2 III, IV Ethikratgesetz) für den gesetzgebenden Bundestag und die Bundesregierung zukommt.[247] Die Grenze der Verknüpfung von Recht und Ethik ist freilich dann erreicht, wenn konkrete Normen aus der Ethik heraus deduziert werden sollen (vgl. die Betonung des BVerfG, dass das Zurücktreten von positivem Recht nur in extremen Ausnahmefällen erfolge)[248]. Die Ethik wirkt damit vorrangig als Bewertungs- und Gestaltungsprinzip in das Recht herein.[249]

Als zentrale Forderung der Ethik an das Recht kann die Forderung nach *Gerechtigkeit* gelten: Das Recht soll gerecht sein.[250] Nach *Radbruch* führt schon die Frage danach, was das Recht eigentlich sei, nicht an der Gerechtigkeit vorbei: Die Gerechtigkeit ist die Idee des Rechts und das Recht dient allein der Realisierung seiner sinngebenden Idee.[251] Ein ungerechtes Recht verfehlt seinen Sinn. Die Gerechtigkeit steht so im Zentrum der philosophischen Auseinandersetzung mit dem Recht und hat mit den

245 *Nida-Rümelin* und *v. d. Pfordten* nennen die vollständige Abschottung des Rechts gegenüber der Ethik eine Illusion (in: Nida-Rümelin/v. d. Pfordten (Hrsg.), Ökologische Ethik und Rechtstheorie, S. 10).

246 *Köck* geht sogar davon aus, dass nahezu jedes Gesetz auf ethische Begründungselemente zurückgreift, auch wenn diese nur in den seltensten Fällen explizit gemacht werden (in: Ott/Dierks/Voget-Kleschin (Hrsg.), Handbuch Umweltethik, S. 322).

247 Der Ethikrat befasst sich schwerpunktmäßig beispielsweise mit den Bereichen der Medizinethik und Technikethik; vgl.: <https://www.ethikrat.org/themen/alle-themen/> (Stand: Januar 2024).

248 BVerfG, Beschluss v. 24.10.1996 - 2 BvR 1851, 1853, 1875, 1852/94, BVerfGE 95, 96 ff. (134) – Mauerschützen.

249 So *Höffe* bezüglich der Gerechtigkeit (in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, Stichwort: ‚Gerechtigkeit', Sp. 898). So auch *Klostermann.* Er führt hierzu aus: „Die Rechtsphilosophie ist daher wohl befugt, Einrichtungen des positiven Rechtes zu verurtheilen, wenn sie den Gesetzen der Vernunft und insbesondere der Moral zuwiderlaufen, allein mit dieser Maßgabe ist sie gehalten das Wirkliche auch als vernünftig gelten zu lassen und nicht berechtigt, den Werth des […] postitiven Rechtes nach dem Maße bloßer Abstraktionen zu messen." (Komm PrABG, Einleitung, S. 11).

250 *Czarnecki*, Verteilungsgerechtigkeit im Umweltvölkerrecht, S. 40 ff.

251 *Radbruch*, Rechtsphilosophie, § 4, S. 29.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Forderungen nach Verteilungs- und Verfahrensgerechtigkeit auch seinen Platz in der Ressourcenethik (hierzu unter III.).

II. Umweltethik und Umweltrecht

Die Umweltethik ist eine Bereichsethik der angewandten Ethik, die sich die übergeordnete Frage stellt, wie der Mensch mit der außermenschlichen Umwelt, mit der Natur, umgehen soll.[252] Drängend ist und wurde diese Frage durch die massiven Umweltzerstörungen, die in ihrem Ausmaß die Lebensgrundlagen der heute lebenden und der künftigen Generationen bedroht.[253] Die Umweltethik bezieht sich auf alle belebte und unbelebte Natur, wobei die Reflexion über die Behandlung von Tieren (Tierethik) teils in die Umweltethik einbezogen, teils als eigenständige Bereichsethik ausgeklammert wird.[254] Als (weitere) Unterbereiche der Umweltethik können die Ressourcenethik und die Naturschutzethik benannt werden. In der Ressourcenethik geht es um das menschliche Handeln bezüglich der Natur unter dem Aspekt der Naturnutzung. In der Naturschutzethik geht es um den Naturerhalt jenseits menschlicher Interessen.[255] Für die Umweltethik generell sind auch die einzelnen Naturausschnitte relevant, wie einzelne Biosphären, lokale Populationen, Gewässer oder die Atmosphäre.[256]

Jede Theorie über die Umweltethik geht davon aus, dass es nicht moralisch gleichgültig sein kann, wie der Mensch sich in Bezug auf die Natur verhält.[257] Die Begründung, warum das menschliche Handeln in Bezug auf die Umwelt auch ethischen Überlegungen offentsteht, führt zu der Frage,

252 *Fenner*, Angewandte Ethik, S. 113. Die Umweltethik wird auch Naturethik oder Ökologische Ethik genannt (ebenda).

253 Das Konzept der planetaren Grenzen (Planetary Boundaries) kategorisiert die Umweltproblembereiche und ordnet ihnen einen Grenzbereich zu. Innerhalb der Grenzen sind keine Gefahren zu erwarten (safe operating space). Außerhalb werden die Gefahrenzonen hinsichtlich steigender Risiken (in zone of uncertainty) und hoher Risiken (beyond zone of uncertainty) unterschieden. Wegen der eher geringen medialen Aufmerksamkeit ist es überraschend, dass die Umweltprobleme Verlust der (genetischen) Biodiversität und der Stickstoff- und Phosphoreintrag in die Umwelt auch gegenüber dem Klimawandel mit höherem Risiko versehen sind (*Steffen* et al., Science 2015, Heft 6223). Zur Problematik Klimawandel siehe ausführlicher Kapitel 1 C. II.

254 Für eine einheitliche Betrachtung *Fenner*, Angewandte Ethik, S. 115.

255 *Potthast*, in: Düwell/Hübenthal/Werner (Hrsg.), Handbuch Ethik, S. 292 f.

256 *Potthast*, in: Düwell/Hübenthal/Werner (Hrsg.), Handbuch Ethik, S. 292.

257 *Potthast*, in: Düwell/Hübenthal/Werner (Hrsg.), Handbuch Ethik, S. 293.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ob die Natur um ihrer selbst willen zu schützen ist. Dies ist der klassische Streitpunkt zwischen den anthropozentrischen und den pyhsiozentrischen Positionen.[258] Die anthropozentrischen Ethiken gehen davon aus, dass moralfähige Wesen (moral agents) nur dem Menschen gegenüber verpflichtet sind.[259] Die Natur wird als Reflex und in Bezug auf den Menschen und damit (nur) mittelbar geschützt. Die menschlichen Lebensbedingungen aber auch die Erfüllung von seinen ästhetischen und emotionalen Bedürfnissen hängen von (einer gewissen) Intaktheit der Natur ab. Dieser vermittelte Schutzstatus kann zu einem sehr weitreichenden Schutz der natürlichen Umwelt führen.[260] Die pathozentristische Sichtweise stellt nicht nur auf den Menschen ab, sondern führt alle leidensfähigen Lebewesen in den Kreis der „moral patients" (der moralisch zu Berücksichtigenden) ein.[261] Die biozentrischen Sichtweisen sehen von der Leidensfähigkeit als Kriterium ab und beziehen alle Lebewesen (entweder gleichrangig oder nach ihrem Entwicklungsstadium abgestuft) ein. Am weitesten geht wohl der ökozentrische Ansatz, der auf das Funktionieren eines Ökosystems abstellt und der holistische Ansatz, in dem sogar die einzelnen Bestandteile eines solchen Systems direkte moralische Pflichten erzeugen können.[262]

Ebenso wie die Umweltethik als eigenständige Bereichsethik in den 1970er Jahren entstanden ist, so ist es auch das Umweltrecht.[263] Als Umweltrecht wird jede juridische Norm verstanden, die den Schutz der Umwelt be-

258 *Fenner*, Angewandte Ethik, S. 115, 117; *Potthast*, in: Düwell/Hübenthal/Werner (Hrsg.), Handbuch Ethik, S. 293 f.

259 *Potthast*, in: Düwell/Hübenthal/Werner (Hrsg.), Handbuch Ethik, S. 294.

260 *Fenner*, Angewandte Ethik, S. 121 f. Aufgrund des sehr weitreichenden Schutzreflexes der anthropozentrischen Position wird angezweifelt, ob sich diese ethische Debatte überhaupt auswirkt, d.h. ob sie im Endeffekt über beide Begründungen zu derselben Schutzpflicht führt (*Schlacke*, Umweltrecht, § 1, Rn. 11; ebenso *Potthast*, in: Düwell/Hübenthal/Werner (Hrsg.), Handbuch Ethik, S. 295, mit Verweis auf die inklusive Position, die die Sinnhaftigkeit des Meinungsstreits ebenso anzweifelt).

261 *Potthast*, in: Düwell/Hübenthal/Werner (Hrsg.), Handbuch Ethik, S. 294.

262 *Potthast*, in: Düwell/Hübenthal/Werner (Hrsg.), Handbuch Ethik, S. 294 f.

263 Zur Ethik: *Fenner* betont dabei, dass ideengeschichtliche Anklänge auch weitaus früher zu finden sind, so beispielsweise im Utilitarismus (Angewandte Ethik, S. 113 f.) So auch *Potthast*, der als Beispiel den Sonnengesang von Franziskus von Assisi (ca. 1200 n. Chr.) anführt (in: Düwell/Hübenthal/Werner (Hrsg.), Handbuch Ethik, S. 292 f). Zum Umweltrecht: *Köck*, in: Ott/Dierks/Voget-Kleschin (Hrsg.), Handbuch Umweltethik, S. 322; mit kurzem geschichtlichen Abriss: *Schlacke*, Umweltrecht, § 2, Rn. 5 ff. Dabei weist sie auch hier auf einzelne umweltschützende Normen älteren Jahrgangs hin (ebenda).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zweckt.[264] Der Umweltbegriff bezieht sich dabei auf die natürliche Umwelt, wie sie in Boden, Luft, Wasser mit allen Lebewesen und ihren Lebensräumen vorliegt, einschließlich der Bodenschätze, des Klimas und der Ozonschichten.[265] Schützend sind die juridischen Normen dann, wenn sie Maßnahmen zur Beseitigung, Begrenzung oder Verminderung von Umweltschäden vorsehen oder präventiv solche verhindern. Als klassische Umweltgesetze können das BNatSchG, das WHG und das BImSchG angeführt werden.[266]

Die Bereiche Umweltethik und Umweltrecht stehen in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis zueinander. Die Wirkungen von umweltethischen Standards allein stehen und fallen mit der freiwilligen Anerkennung der Mitglieder einer Gesellschaft.[267] Selbst wenn weitgehende Einigkeit über das richtige Handeln in Bezug auf die Umweltnutzung bestünde, wäre nicht zu erwarten, dass sich diese Erkenntnis auch flächendeckend in einem daraus resultierenden Handeln umsetzen würde.[268] Andere Motivationen, wie die Sicherung des eigenen Vorteils, können schlicht wirkmächtiger sein. Die Umweltethik bedarf deshalb Regelungen des positiven Rechts, um ihren Ergebnissen verbindliche und mit Zwang durchsetzbare Geltung zu verleihen.[269] Auch das Umweltrecht allein betrachtet ist defizitär: Das Umweltrecht kann sich nicht aus sich selbst heraus begründen. Beispielsweise kann auf die Frage „Warum die Umwelt überhaupt geschützt werden soll?" das Umweltrecht selbstreferentiell keine Antwort liefern. Diese Frage ist –

264 *Schlacke*, Umweltrecht, § 2, Rn. 1. Kritisch insofern *Bosselmann*: „Umweltschutz betreibt weitgehend eine Symptombekämpfung und müßte ehrlicherweise Menschenschutz genannt werden. Mit wenigen Ausnahmen geht es nur darum, die Schädigung der natürlichen Mitwelt auf ein uns Menschen noch zuträgliches Maß zu beschränken." (in: Nida-Rümelin/Pfordten, Ökologische Ethik und Rechtstheorie, S. 209).

265 *Schlacke*, Umweltrecht, § 1, Rn. 2 f.

266 *Schlacke*, Umweltrecht, § 2, Rn. 1.

267 *Koller*, in: Nida-Rümelin/v. d. Pfordten (Hrsg.), Ökologische Ethik und Rechtstheorie, S. 131.

268 *Koller* führt als Beispiel die Wettbewerbssituation zweier konkurrierender Unternehmen auf. Würde nur ein Unternehmer seiner moralischen Vorstellung entsprechend Umweltschädigung reduzieren, führt dies für ihn in der Regel zu höheren Kosten und damit zu einem Wettbewerbsnachteil. Der Konkurrent könnte seinen so entstandenen Wettbewerbsvorteil ausnutzen (in: Nida-Rümelin/v. d. Pfordten (Hrsg.), Ökologische Ethik und Rechtstheorie, S. 131 f.).

269 *Koller*, in: Nida-Rümelin/Pfordten, Ökologische Ethik und Rechtstheorie, S. 132; Ebenso *Nida-Rümelin/v. d. Pfordten*, in: Nida-Rümelin/v. d. Pfordten (Hrsg.), Ökologische Ethik und Rechtstheorie, S. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wie gezeigt – eine umweltethische Frage. Das Umweltrecht, welches mit der Beschränkung der grundrechtlich geschützten Freiheiten einhergeht, muss zur Rechtfertigung auf die Umweltethik zurückgreifen können.[270] *Koller* spricht in dieser Hinsicht von einem Rechtfertigungszusammenhang.[271] Wenn dem aber so ist, dann sollen auch diese umweltethischen Bezüge im Recht klar ausgewiesen, diskutiert, systematisiert und plausibel begründet werden.[272] Bisher haben sich beide Disziplinen stark ausdifferenziert und entwickelt, dies jedoch weitgehend ohne aufeinander Bezug zu nehmen.[273] Als Negativbeispiel einer Gesetzgebung mit klarer umweltethischer Positionierung aber ohne damit einhergehender gesetzgeberischer Auseinandersetzung mit den umweltethischen Begründungsansätzen kann die Einführung des § 1 Nr. 1 BNatSchG gelten („Natur und Landschaft sind auf Grund ihres eigenen Wertes […] zu schützen […]"). Der Bundesrat, auf dessen Beteiligung die ökozentrische Formulierung zurückgeht, hat schlicht auf ein moderne[s] und zukunftsorientierte[s] Naturschutzverständnis" verwiesen.[274] Als positives Beispiel für eine ausgeprägte, die Disziplinen übergreifende Debatte kann die Debatte um die Rechte von Natur und Naturteilen angeführt werden. Hierzu wurden die umweltethische und die juristische Seite eingehend ausgeführt.[275] Insgesamt kann – bis auf den erwähnten § 1 BNatSchG – das deutsche Umweltrecht der anthropozentrischen Sichtweise zugeordnet werden. Bei dem Schutz der Umwelt geht es vorrangig um den Schutz von menschlichen Interessen – was auch Art. 20a GG bekräftigt.[276] Dieser anthropozentrische Schutz der Umwelt wird im Tier-

270 *Nida-Rümelin/v. d. Pfordten*, in: Nida-Rümelin/v. d. Pfordten (Hrsg.), Ökologische Ethik und Rechtstheorie, S. 9; *Koller*, in: Nida-Rümelin/v. d. Pfordten (Hrsg.), Ökologische Ethik und Rechtstheorie, S. 131.

271 *Koller*, in: Nida-Rümelin/v. d. Pfordten (Hrsg.), Ökologische Ethik und Rechtstheorie, S. 132.

272 So auch *Nida-Rümelin* und *v. d. Pfordten*, in: Nida-Rümelin/v. d. Pfordten (Hrsg.), Ökologische Ethik und Rechtstheorie, S. 10.

273 *Petersen* stellt fest, dass im Umweltrecht der Umweltethik „weiterhin wenig Beachtung geschenkt wird" und „Beiträge [aus juristischer Sicht] zu umweltethischen Fragen eher die Ausnahme sind." (UPR 2003, S. 201). *Nida-Rümelin/v. d. Pfordten*, in: Nida-Rümelin/v. d. Pfordten (Hrsg.), Ökologische Ethik und Rechtstheorie, S. 10 f.

274 BT-Drs. 14/6878, S. 7

275 Die Diskussion strukturierend: *v.d. Pfordten*, Ökologische Ethik, S. 291 ff.; *Mathis*, Nachhaltige Entwicklung und Generationengerechtigkeit, S. 559 ff.; bzgl. der juristischen Auseinandersetzung: *Schröter*, Mensch, Erde, Recht, S. 197 f., insbesondere zur Umsetzung in nationales Recht: S. 202 ff.

276 *Petersen*, UPR 2003, S. 202.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schutzgesetz nicht durchgehalten. Hier findet sich vor allem in § 1 TierSchG ein pathozentrischer Ansatz wieder.[277]

Dieser „neue" Bereich, der die Umweltethik zur Begründung des Umweltrechts nutzbar machen möchte, wird als Ökologische Rechtsethik oder Ökologische Rechtstheorie bezeichnet.[278] So komme nach *von der Pfordten* nur der Rechtsethik als Teilbereich der allgemeinen Ethik die Aufgabe zu, das Recht zu rechtfertigen. So dass nicht die Umweltethik an sich, sondern die in die Rechtsethik transferierte Umweltethik, das Umweltrecht begründen könne.[279] Es geht in diesem Bereich damit (nur) um die Frage, wie sich der Mensch rechtlich in Bezug zur Natur zu setzen habe und damit welches rechtliche Verhalten gegenüber der Natur gerechtfertigt ist.[280] Als Maßstab für umweltethische Positionen könnte gelten, dass nur die „wohlbegründeten und weithin anerkannten Gebote der Moral" in das Recht eingeführt Geltung erlangen sollen.[281]

An diesem allgemein konzertierten Mangel an interdisziplinärem Austausch der Bereiche Umweltethik und Umweltrecht setzt die vorliegende Arbeit an. Von einem konkret umrissenen Umweltrechtsbereich sollen die umweltethischen Bezüge aufgedeckt werden, um hieraus für das Recht bereichernde Auslegungen, Kritikpunkte und Reformvorschläge zu gewinnen. Es handelt sich um die Teilbereiche Ressourcenethik und Bergrecht.

III. Ressourcenethik und Bergrecht

Die Ressourcenethik ist ein Teilbereich der Umweltethik, insofern, als dass der Gegenstand der Betrachtung nicht die gesamte Natur ist, sondern nur

277 *Lanzer*, EurUP 2020, S. 415 ff.

278 *V. d. Pfordten*, Ökologische Ethik, S. 291 f.; *Nida-Rümelin/v. d. Pfordten*, in: Nida-Rümelin/v. d. Pfordten (Hrsg.), Ökologische Ethik und Rechtstheorie, S. 10 f.

279 *V. d. Pfordten*, Ökologische Ethik, S. 291 f.

280 *Nida-Rümelin/v. d. Pfordten*, in: Nida-Rümelin/v. d. Pfordten (Hrsg.), Ökologische Ethik und Rechtstheorie, S. 11.

281 So explizit *Koller*, in: Nida-Rümelin/v. d. Pfordten (Hrsg.), Ökologische Ethik und Rechtstheorie, S. 132. Als Beispiel für solche allgemein anerkannten moralischen Gebote führt Koller die prinzipiell gleichberechtigte Naturnutzung aller Menschen und die Rücksichtnahme auf andere Lebewesen an (ebenda S. 133). Vergleiche auch *Campagna*, in: Nida-Rümelin/v. d. Pfordten (Hrsg.), Ökologische Ethik und Rechtstheorie, S. 156 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

jener Teil den der Mensch unmittelbar nutzt, auf den er direkt zugreift.[282] Es geht der Ressourcenethik damit um die (moralisch) normativ richtige Naturnutzung durch den Menschen.[283] Mit Blick auf die geschilderte weltweite Übernutzung der Ressourcen und die damit einhergehende zunehmende Ressourcenknappheit[284] und Umweltzerstörung gewinnt die Ressourcenethik an immenser Bedeutung. Die Ressourcenethik thematisiert zum einen den Umgang mit knappen, erneuerbaren und abiotischen Ressourcen, folglich die Entnahme zur Verarbeitung der Naturprodukte. Zum anderen wird auch die begrenzte Schadstoffaufnahme- und Reinigungsfunktion (Senkenfunktion) durch Umweltmedien (Luft, Wasser, Boden) als Naturnutzung/Ressource begriffen, weshalb auch die Frage nach dem Umgang mit den Umweltmedien der Ressourcenethik zugeordnet wird.[285] Als eigenständige Disziplin hat sich hier beispielsweise die Klimaethik entwickelt.[286]

Als rechtliches Pendant zur Thematik der Naturnutzung lassen sich Ressourcennutzungsgesetze ausmachen. Der Staat sieht sich dabei der Aufgabe gegenüber, die Ressource auf Dauer angelegt zu verwalten unter Wahrung der ökologischen Kapazitätsgrenze.[287] Dabei kann es weder um ein vollständiges Verbot des Zugriffs des Menschen auf die Natur gehen, noch um einen vollständigen Verzicht auf jegliche staatliche Regulierung.[288] Einigkeit besteht darüber, dass es die Aufgabe der Rechtsordnung ist, die Freiheitsentfaltung insgesamt zu fördern, indem gegensätzliche Freiheitsausübungen (hier: Nutzungskonflikte der Natur) im Sinne der praktischen Konkordanz in Einklang gebracht werden.[289] Dies ist ein Zustand, indem gegenläufige Interessen so im Verhältnis zueinander stehen, dass jedes Interesse seine

282 *Potthast*, Umweltethik, S. 292 f. Auch in Abgrenzung zu den weiteren Unterbereichen Naturschutzethik und Tierethik (ebenda); ebenso *Ott*, in: Ott/Gorke (Hrsg.), Spektrum der Umweltethik, S. 17.

283 *Potthast*, Umweltethik, S. 292 f.

284 *Herrmann et al.*, ZUR 2012, S. 523.

285 *Ott*, in: Ott/Gorke (Hrsg.), Spektrum der Umweltethik, S. 17.

286 Vgl. etwa *Gesang*, Klimaethik, S. 47.

287 *Kloepfer/Reinert*, in: Gethmann/Kloepfer/Reinert (Hrsg.), Verteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat, S. 48.

288 Zu letzterem merken auch *Kloepfer* und *Reinert* an, dass sich ohne staatliche Regulierung keine Kapazitätsgrenzen der Umweltnutzung herausbilden (in: Gethmann/Kloepfer/Reinert (Hrsg.), Verteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat, S. 48). Vgl. auch *Potthast*, Umweltethik, S. 295.

289 *Kloepfer/Reinert*, in: Gethmann/Kloepfer/Reinert (Hrsg.), Verteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat, S. 45.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

optimale Wirksamkeit erlangt.[290] Das Recht setzt so den verbindlichen Rahmen, innerhalb dessen eine Naturnutzung zu erfolgen hat. So muss sich beispielsweise nach § 8 I WHG der Benutzer von Gewässern, der etwa Wasser entnimmt oder Stoffe einleitet (gem. § 9 I Nr. 1 Alt. 1 und Nr. 4 Alt. 2 WHG), eine Erlaubnis verschaffen. Für den Bereich der abiotischen, nicht-erneuerbaren Rohstoffe ist in Deutschland das BBergG das zentrale Ressourcennutzungsgesetz. Dieses regelt umfassend die Gewinnung der Ressource „Bodenschätze".

Der Rechtfertigungszusammenhang[291] zwischen Umweltrecht und Umweltethik bzw. Ressourcenethik und Naturnutzungsgesetz ermöglicht es, das Recht nach seiner ethischen Begründung und Vorannahmen zu befragen, eventuell implizit getätigte ethische Aussagen aufzudecken, um sie dann auf ihre Kohärenz zu untersuchen. Es geht damit nicht um eine beliebige Vorfestlegung des Begutachters für eine ethische Schule und die hieraus geübte Kritik, sondern um eine interne Kritik des Rechts an seinen eigenen ethischen Entscheidungen und der Abgleich mit den in der Ethik anerkannten Maßstäben. Im Folgenden werden daher die relevanten Aussagen des Bergrechts ermittelt und an ressourcenethischen Maßstäben gemessen. Die Ressourcenethik ist bislang kein Bereich der Umweltethik, der besondere Berücksichtigung erfahren hätte und systematisch entwickelt worden wäre. Es werden ihm keine eigenen (gegenüber der Tierethik und der Naturschutzethik abgrenzenden) Prinzipien oder moralischen Grundsätze zugeordnet. Eine vollständige systematische ethische Aufarbeitung kann auch die vorliegende Arbeit nicht liefern. Wohl aber lassen sich verschiedene Maßstäbe herleiten, die der Ressourcenethik zugeordnet werden können. Hierauf muss sich die vorliegende Arbeit beschränken (siehe Kapitel 3). Das Vorgehen richtet sich dabei nach den drei Maßstäben der Ressourcenethik: Verteilungsgerechtigkeit, Verfahrensgerechtigkeit und Nachhaltigkeitsgrundsatz. Damit liegt der Arbeit die erkenntnisleitende Frage zugrunde: Ist das BBergG verteilungsgerecht, nachhaltig und verfahrensgerecht? Hieraus ergeben sich die zwei Folgefragen: Lassen sich eventuell bestehende Mängel schon durch Auslegung beseitigen? Und wenn nicht: wie müsste ein BBergG aussehen, dass die Maßstäbe der Ressourcenethik beachtet?

290 *Degenhart*, Staatsrecht I, Rn. 23.

291 *Koller*, in: Nida-Rümelin/v. d. Pfordten (Hrsg.), Ökologische Ethik und Rechtstheorie, S. 132.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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. Weschpfennig*, 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. Weschpfennig*, Strukturen des Bergrechts, S. 8 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

waren der Einigungsvertrag vom 31. August 1990 und das Gesetz zur Vereinheitlichung der Rechtsverhältnisse von Bodenschätzen 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 einesteils 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 *Philipp/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; *Philipp* 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 *Karpen*, 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. Weschpfennig*, Strukturen des Bergrechts, S. 5. Hierzu aus ingenieurstechnischer

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 BodSchVereinhG[308] 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. Bezüglich Fracking gab die Kommission am 22. Januar 2014 eine Empfehlung ab (2014/70/EU).

Sicht: *Salewski*, Die Möglichkeiten markscheiderischer Aussagen, S. 1 f., 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 23.11.1979 (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 Bodenschätzen 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

Der § 1 Nr. 1 BBergG[312] 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 Bergschadensvorsorge 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'.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Bodenschätzegewinnung 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 Bodenschätzen und die Grundeigentümerbodenschätze

Das BBergG führt die Unterscheidung zwischen grundeigenen und bergfreien Bodenschätzen ein. Daneben gibt es noch die nichtbergrechtlichen Grundeigentümerbodenschätze, 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 Bodenschätze zuzugreifen.

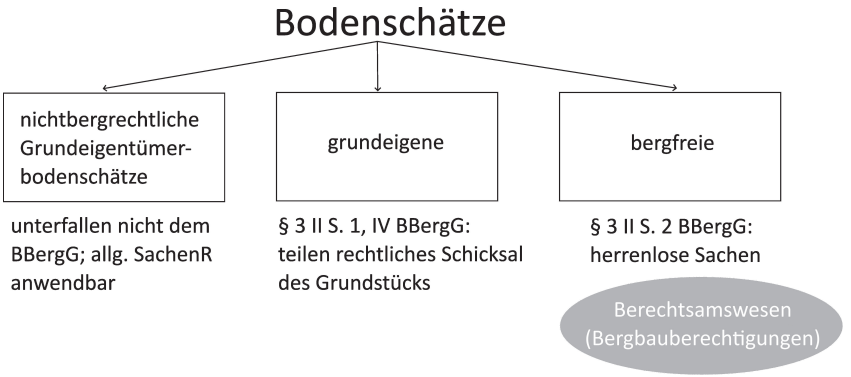

Abbildung 6: Rechtlich unterschiedliche Behandlung verschiedener Bodenschätze (eigene Erstellung)

321 *Kühne*, ZfB 1980, S. 58 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

I. Nichtbergrechtliche Grundeigentümerbodenschätzen

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 Nichtenergierohstoffen[323] als Grundeigentümerbodenschätze 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dernutzbarmachung der Flächen zu begegnen.[329] Der Einbezug der Grundeigentümerbodenschätze 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 Bodenschätze

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

Die Genehmigungspflichtigkeit des Betriebs nach § 51 I BBergG ist von der Zuordnung der Bodenschätze in grundeigene oder bergfreie nicht tangiert.

III. Bergfreie Bodenschätze und staatliche Gestaltungsräume, gespiegelt auch an der historischen Entwicklung

Die bergfreien Bodenschätze sind abschließend in § 3 III BBergG aufgezählt. 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/Schulte/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/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 78, Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bedeutung für die Volkswirtschaft als die grundeigenen Bodenschätze.[333] So zählen zu den bergfreien Bodenschätzen beispielsweise die fossilen Energieträger. Die bergfreien Bodenschätze sind gegenüber den grundeigenen Bodenschätzen 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 Berechtsamswesen[337] 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 Bodenschätzen 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 ab[346] und die Bergbaufreiheit trat ins Zentrum der Gesetzesordnung: Jedem stand gem. § 3 PrABG[347] 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 PrABG[349] stellen, auf dessen Verleihung der Finder einen Rechtsanspruch gem. § 22 PrABG[350] 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-Bergamte 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Bergbaufreiheit „nicht bloß als ein juristisches, sondern auch als ein wirtschaftliches Gesetz zu bezeichnen [ist] und die Aufhebung der Bergbaufreiheit 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 Bergbaufreiheit 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 Bergbaue 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 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." (BT-Drs. 8/1315, S. 84 f.).

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

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Bergbauberechtigungen, S. 23). Auch die wirtschaftliche Nutzung der grundeigenen Bodenschätze ist durch die Aufnahme ins BBergG an die Erfordernisse der Rohstoffsiche-

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(welches sich nicht in der gesetzlichen Ausgestaltung umfassend niederschlagen konnte[365]) 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).

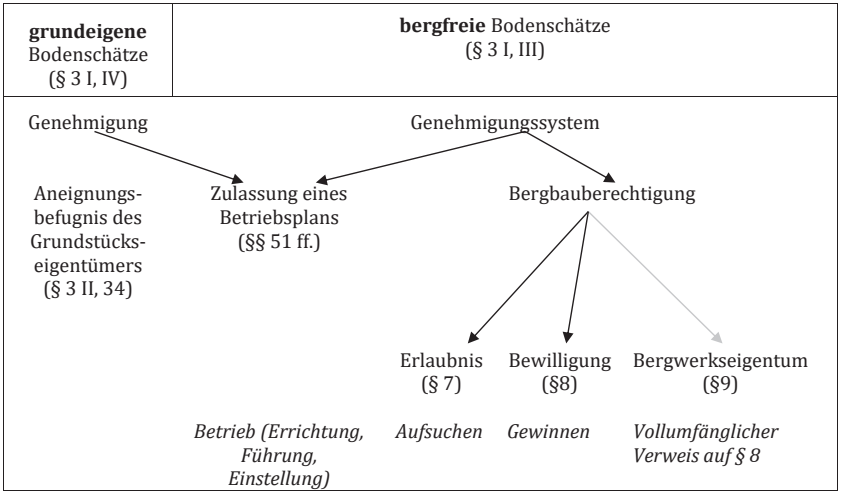

Abbildung 7: Übersicht zu den bergrechtlichen Genehmigungen (eigene Erstellung)

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.).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Bodenschätzen 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. Prägnant *Kaiser*: „Während Bergbauberechtigungen bestimmen, *wer* Bodenschätze aufsuchen 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 (i.V.m. § 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

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]

I. 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 zugeordnet, d.h. nur ihm steht die Möglichkeit zu – nach weiteren Verwaltungsentscheidungen[374] – 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).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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)).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Bergbaufreiheit im preußischen Bergrecht ins Zentrum rückte.[390] Ziel der Bergbaufreiheit 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/Neuhaus gen. Wever*, Bergrecht, Rn. 113; *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: „Liegt […] 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-

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 abgefedert 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Bodenschätzeabbaus 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 der betrieblichen Sphäre zugeordneten Voraussetzungen des § 11 Nr. 1-3 BBergG[399] – 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*, Grundeigentumsschutz, S. 44 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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. *Vitzhtum/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, Vorbem. §§ 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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, Gestaltungsfreiräume aus der Hand gibt.[407] Der Bergbauwillige hat einen Anspruch auf die Verschaffung einer Eigentumsposition 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 Intention[408] (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. 23.11.2000 - 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.).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Bergbauberechtigen 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. Weschpfennig*, 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).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 erstarkten 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 €/km^2 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

BBergG) festzusetzen.[420] Die Rechtsnatur der Feldes- und Förderabgabe ist umstritten.[421] Sie wird als öffentlich-rechtliche Verleihungsgebühr[422], als Sonderabgabe[423], als steuerähnliche Abgabe[424] oder auch als Vorteilsabschöpfungsabgabe[425] 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 Abgabenpflichtigen 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 Belang" 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 CO_2-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. 7.11.1995, 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 7.11.1995, 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).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

che knappe Güter, Güter der Allgemeinheit sind.[429] Der Zugriff Privater auf diese knappen Allgemeingüter[430] 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 systemwidrig[431]). 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. 16.11.2017 - 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 Individualgüter) 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. 16.11.2017 - 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 Wasserentnahmeentgelt: 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., BBergG, Vorbem. §§ 30-32, Rn. 13; zu Reformvorschlägen

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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. VwVfG[438] – 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

Der Hauptbetriebsplan ist der zentrale Betriebsplan[443], 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 Gestattungswirkung 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. *Gaentzsch* spricht vom Hauptbetriebsplan als den wichtigsten, da dieser „die eigentliche betrieblich-technische Grundlage" bilde (in: Kühne/Gaentzsch (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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

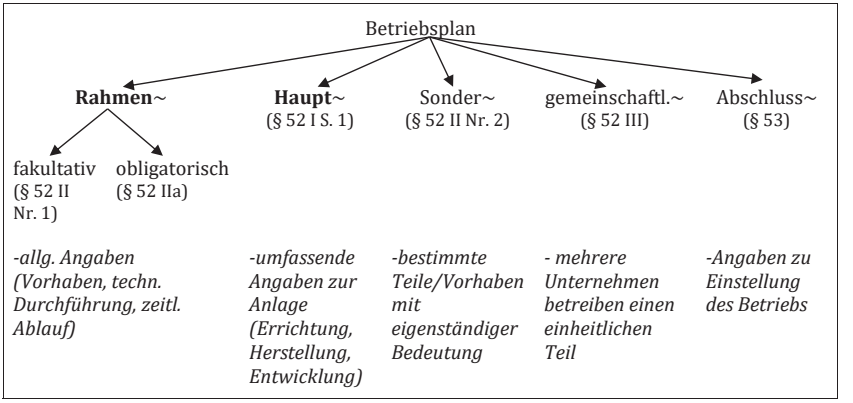

Abbildung 8: Übersicht der Betriebsplanarten (eigene Erstellung)

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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Rahmenbetriebsplan

Um zu garantieren, dass die Planung der betrieblichen Entwicklung den zeitlichen Planungshorizont des Hauptbetriebsplans von zwei Jahre überschreitet, wird der Rahmenbetriebsplan bereitgestellt (§ 52 II Nr. 1 und § 52 IIa BBergG).[453] In diesem werden längerfristige allgemein gehaltene Regelungen[454] 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 Bergbau[459] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Bedeutung[462] 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 Zersplitterung 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 Gestattungswirkung 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.: *Gaentzsch*, in: Kühne/Gaentzsch (Hrsg.), Wandel und Beharren im BBergG, S. 26.

461 *Gaentzsch*, in: Kühne/Gaentzsch (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 Jahre 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 Gestattungswirkung des Sonderbetriebsplan auch von einem bestehenden Hauptbetriebsplan abhängig ist (erläuternd und verneinend *von Hammerstein*, in: Boldt et al., BBergG, § 52, Rn. 52 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mer“ erfahren.[468] Sie sind erforderlich, um die Anforderungen des Moers-Kapellen-Urteils zu erfüllen. Dieses gibt vor, dass Grundeigentümer, bei denen Eigentumsbeeinträchtigungen von einigem Gewicht wahrscheinlich sind, vor der Zulassung des Abbaus zu beteiligen und ihre Interessen mit den bergrechtlichen Interessen abzuwiegen 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 Geltungsdauer des Plans ist anhand des Einzelfalls zu bestimmen.[471]

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

469 So das *BVerwG*: „Sicherzustellen ist aber, daß Eigentumsbeeinträchtigungen an der Oberfläche von einigem 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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	Gestattungs-wirkung; zentraler Plan	Längerfristiger Planungshorizont; beständige Regelungen erfassen		Übersichtlichkeit des Hauptbetriebsplans bewahren	Vermeidung von schädlichen Auswirkungen bei der Einstellung
Inhalt	- Darstellung des Umfangs - Darstellung technische Durchführung - Dauer des beabsichtigen Vorhabens				
	Befasst sich mit dem Bergbaubetrieb in seiner Gesamtheit: - Umfassende Beschreibung Betriebszustand/ -entwicklung - Techn. Hilfsmittel - Übersicht über Sonderbetriebs-pläne - Brand-/Explosions-schutz - …	Befasst sich mit der langfristigen Ausrichtung des Betriebs: - 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)	- Dauer der Betriebs-einstellung - 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	Planfeststellungsv erfahren mit UVP (§§ 57a, 57b)	§§ 54, 56 I	§§ 54, 56 I

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 könne 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).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 aufgenommen[479] – 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 Gesetzeshistorie 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Abbauvorhaben 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 geschmälert 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 beispielshaft den § 55 I S. 1 Nr. 9 BBergG heran, der das Ausmaß eines Gemeinschadens betrifft (BVerwGE 81, 344 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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. 11/5601, S. 16.

486 Dies ergibt sich aus dem ausdrücklichen Verweis auf das Moers-Kapellen-Urteil (BT-Drs. 11/5601, S. 16).

487 BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, 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

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 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 bezweckte 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.) – Gasspeicher; diese Auffassung konnte sich aber nicht durchsetzen; zur Zusammenfassung der höchstrichterlichen Rechtsprechung siehe *Gaentzsch*, 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-

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gestützt wird diese Auslegung mit einem Verweis auf die Funktion des Rahmenbetriebsplans, der die Zulassungsfähigkeit des Gesamtvorhabens prüfen soll[501] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 11/05, 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).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Grundeigentums. 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 milderes 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und belastet werden. Sie ist eine Enteignung[514] und muss zum Wohl der Allgemeinheit erfolgen.

l. 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 insbesondere[518] 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).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

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 Fremdgrundstücke[522] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

setzung einer Enteignung näher auszuformen.[525] Darum sind Enteignungsvorschriften ungültig, die Belange nur beispielhaft auflisten (wie hier durch das „insbesondere" angedeutet ist[526]) 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 Gewinnbestrebungen.[528] Letzteres sei aber von einem Allgemeinwohlerfordernis nicht gedeckt.

Auch die Konkretisierungen des Allgemeinwohlerfordernisses „Erhalt der Arbeitsplätze" und „Bestand oder die Verbesserung der Wirtschaftsstruktur" 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 entscheidungsunerheblich 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 Konkretisierungen als zu allgemein und unspezifisch (ZUR 2014, S. 459). *Karpen* weist daraufhin, dass die Ausfüllung der wirtschafspolitischen Rechtsbegriffe nicht Sache der Bergbehörden sei (AöR 1981, S. 33). Auch das BVerfG hat in der Boxberg-Entscheidung Zweifel dahingehend geäußert, ob der vom Gesetzgeber ausgeformte Allgemeinwohltatbestand „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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (290, 298 f. (Rn. 166, 188)) – Garzweiler.

534 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (298 f. Rn. 188) – Garzweiler.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Allgemeinheit erfolgt und sich nicht nur als privatnützig 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 Erdsenkungen, Zerrungen, Pressungen, Erdrutschen[538], seismologisch induzierten Ereignissen[539] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 untertätigen[547] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

E. Bergrechtliche Verfahrensabläufe

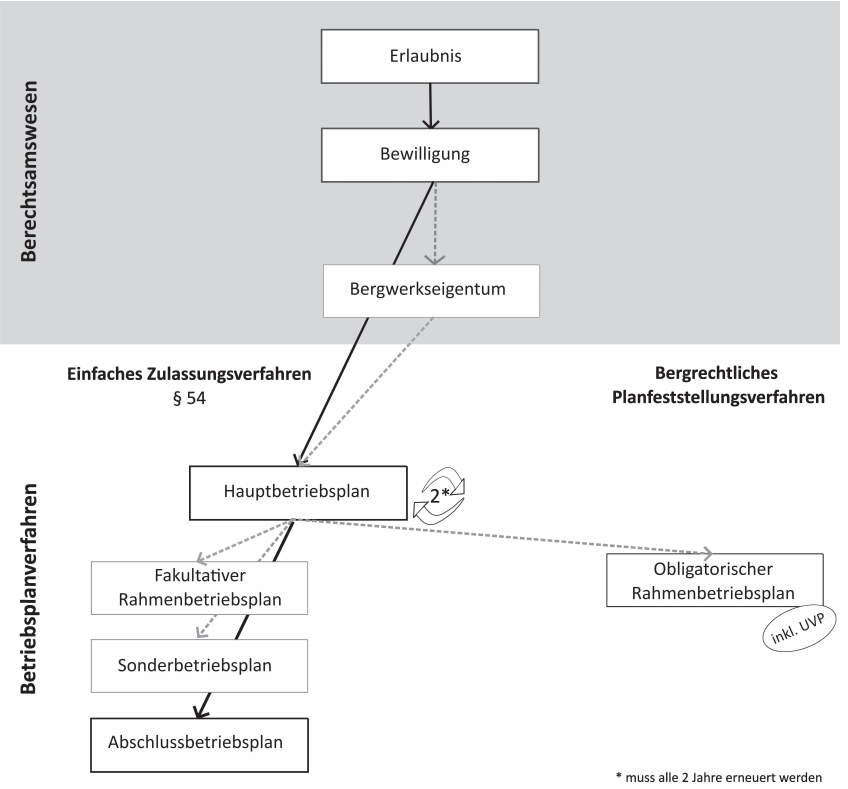

Abbildung 9: Bergrechtliche Verfahren (eigene Erstellung)

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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Naturschutzämter 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. 21.11.2003 - 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. 112; *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. 681 f.).

556 *Kremer/Neuhaus gen. Wever*, Bergrecht, Rn. 112.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Art[559] 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, Öffentlichkeitbeteiligung 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. 11/4015, 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 vorangegangen 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

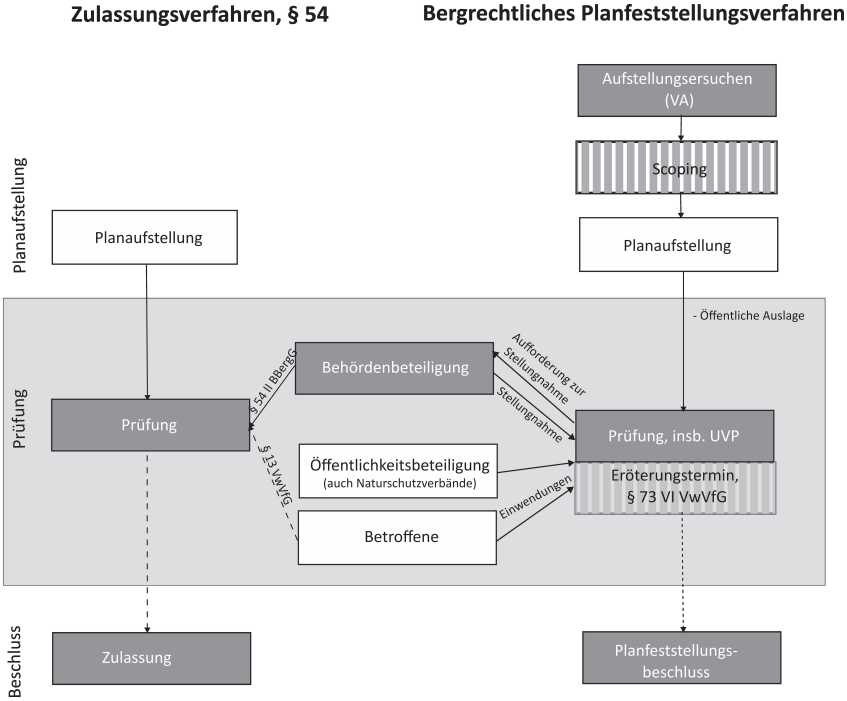

Abbildung 10: Betriebsplanverfahren im Vergleich (eigene Erstellung)

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/Neuhaus gen. Wever*, Bergrecht, Rn. 284.
564 *Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 54 Rn. 14 ff.; *Kremer/Neuhaus gen. Wever*, Bergrecht, Rn. 260.
565 Vgl. *Vitzthum/Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 5 Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Gesetzesänderung[569] 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-Richtlinie[571] 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/Neuhaus 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 (*Gaentzsch*, 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wurde einerseits als der dynamischen Betriebsweise gerecht werdende Umsetzung[575] andererseits als vorwiegend auf Tradition und Einfluss der bergbaulichen Interessenvertretung zurückgehend[576] bewertet. Jedenfalls schließt sich hieran eine Vielzahl an Anwendungsfragen an, die auch nicht mit den 2017 erfolgten Gesetzesänderungen (Gesetz zur Modernisierung des Rechts der UVP[577]) 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 UVPG[581] 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".

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Bergbau[583] 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 betriebsplanpflichtige Vorhaben einschließlich der zur Durchführung bergbaulicher Vorhaben erforderlichen betriebsplanpflichtigen 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Industrieemissionen-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 Betriebspläne 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 *Gaentzsch*, in FS Sendler, S. 414; *Kühne*, DVBl. 2006, S. 665.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tion).[597] Jedoch entfaltet der Rahmenbetriebsplan auch Bindungswirkung gegenüber den anderen Plänen. So enthält der Rahmenbetriebsplan eine positive Grundentscheidung zur Zulassungsfähigkeit des Vorhabens[598] 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 enthalte 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, 1 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

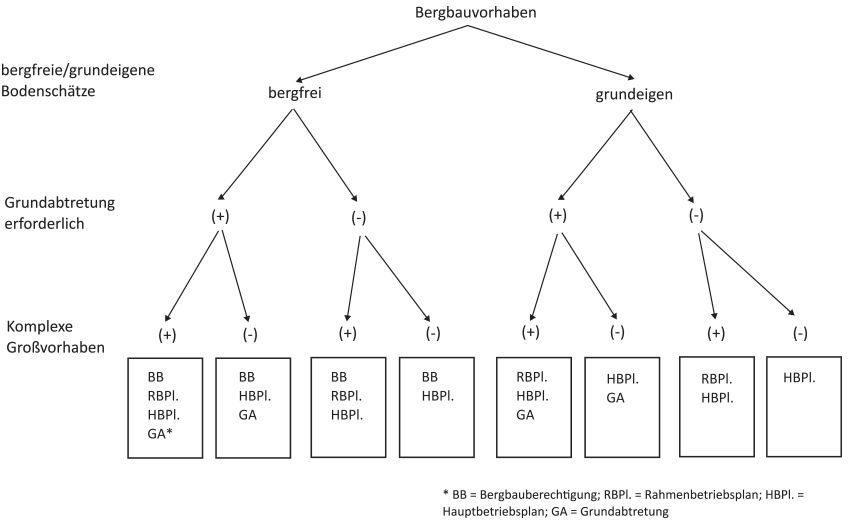

Abbildung 11: Mögliche Letztentscheidungen in unterschiedlichen Vorhaben (eigene Erstellung)[601]

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 Großvorhaben[602] 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 BBergG, welchem die Gesamtabwägung entnommen wird, ist auch eine Zulassungsvoraussetzung für die anderen Betriebspläne. Von der Gesetzessystematik 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 BBergG nur von dem Rahmenbetriebsplan (Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 (209 f., Rn. 18 ff.) – Garzweiler).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Nichterfolg 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 geltenden 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 umfasse 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. Weschpfennig*, Strukturen des Bergrechts, S. 120 ff., 151 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 *Karpen*, AöR 1981, S. 19.

611 Beispielsweise hatten diesen Effekt die Richtliniengeber der UVP-Richtlinie im Blick und bezweckten 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Nichterfolg 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 worden[619] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

I. 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 BVerwG[632] 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.: *Gaentzsch*, in: Kühne/Gaentzsch (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 gewährt 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, BVerwGE 126, 205 (210, Rn. 20) – Garzweiler.

633 Ausführlich hierzu: *Bellroth*, Die Bindungswirkung bergrechtlicher Rahmenbetriebsplanzulassungen.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

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 entfaltet[634] 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 könne 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.

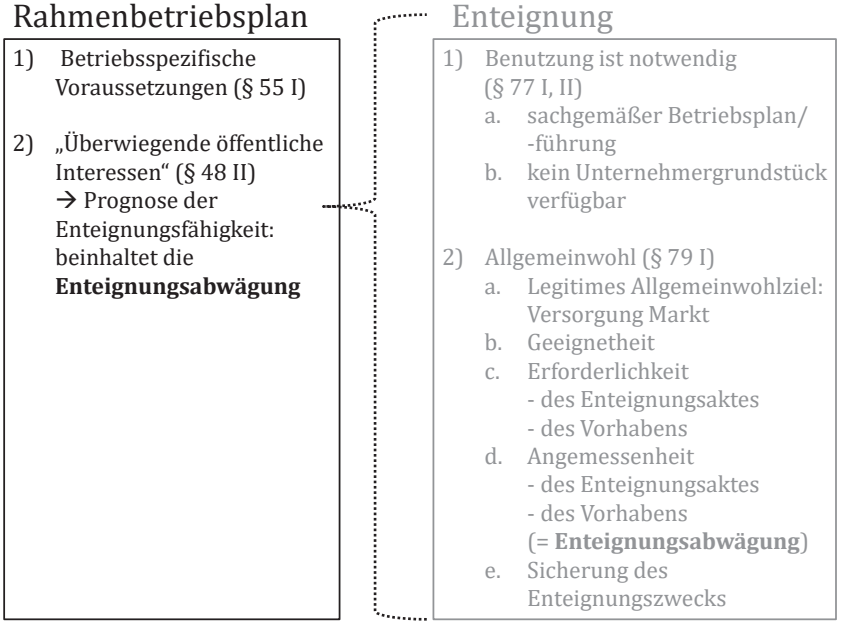

Abbildung 12: Darstellung der Deckungsgleichheit der Prüfungspunkte von Rahmenbetriebsplanzulassung und Enteignung (eigene Erstellung)

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 Grundabtretungsvorausetzungen 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 - 11 A 3051/06, BeckRS 2008, 31321, Rn. 35, 41 = DÖV 2008, S. 521 (Ls).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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, 1 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 - 11 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

se Abwägungen überhaupt durchzuführen, nicht im BBergG geregelt.[641] Bezüglich 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. 11.1.2019, 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 20.11.2008 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 zwangsweisen 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. 02.11.1995, 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).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Niedersachen das Landesamt für Bergbau, Energie und Geologie des Landes Niedersachsen (LBEG) für den Erlass von Rahmenbetriesplänen 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

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 konsequentem 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 – 35.1-34.05.32/1– 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 desselben 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, § 11, 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 ersteren widersprechen könnte.

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

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 auseinandergesetzt haben, um schließlich eine geronnene Überzeugung zu entwickeln und diese dartun 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, 1 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (334 f., Rn. 277) – Garzweiler.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 entfalle? 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 gewertet[666] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (300 f. Rn. 194) – Garzweiler.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

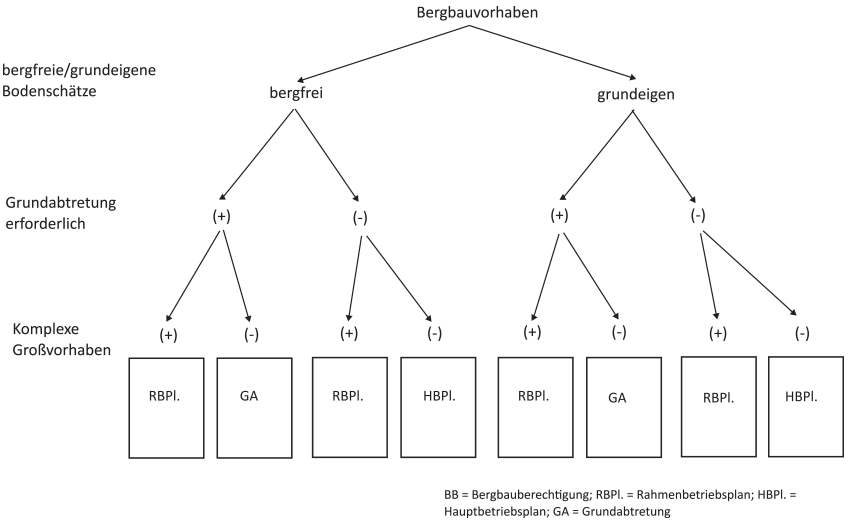

Abbildung 13: Übersicht in welchem Verfahrensschritt die Entscheidung über den Bergbau getroffen wird nach der vorherrschenden Rechtsauffassung (eigene Erstellung)

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 Einordung 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).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

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 Ressourcenethik 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 verschiedensten 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 aufkommen, ob dieses „versteckte" Kriterium die Frage über den Abbau des Allgemeinguts „Bodenschatz" nachhaltig und verteilungsgerecht zu steuern vermag.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 sei[675] 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, 116311, 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 einfließen[682] 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 Bodenschätze 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 offengehalten 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. 111.

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. 111).

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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 katasterscharf 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. Weschpfennig*, Strukturen des Bergrechts, S. 383 ff.

688 UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 222.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 ‚öffentlich' bilden jedoch ein Begriffspaar, d.h. sie sind zwei zusammengehörende, sich einander gegensätzlich entsprechender Begriffe.[689] Der Begriff ‚öffentlich' 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 „öffentlich" hat in seiner zweiten Bedeutung den Begriff „geheim" zum Gegensatz (*Uerpmann*, 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 (*Uerpmann*, 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 Begriffspaars männlich-weiblich nicht auf.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

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. Gaentzsch 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-Kappelen, JZ 1990, S. 138, 139). Ebenso: *Beckmann*, Anm. zu BVerwG Moers-Kapellen, DVBl. 1989, S. 669, 671; *Hoppe*, Das Spannungsverhältnis von Bergwerkseigentum 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 ist[697]. 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Erste Prämisse:	Die **Öffentlichen Interessen**	sind	im Zulassungsverfahren zu berücksichtigen.
MaP	M (Mittelbegriff)	a (bejahend)	P (Prädikat)
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 BBergG 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 uneingeschränkt[702].

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 BBergG 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die zweite Prämisse, 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 ‚öffentliches 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 „öffentliches Interesse" in der Argumentation nicht einheitlich verwendet wird.[705] Im § 48 II S. 1 BBergG (erste Prämisse) hat das öffentliche Interesse die Funktion eines Tatbestandsmerkmals. Die Begrifflichkeit ‚öffentliches Interesse' steht als Platzhalter (Auffangtatbestand) für verschiedenartige Anliegen, die die Allgemeinheit betreffen und durch das Bergbauvorhaben konkret bedroht werden. Die erste Prämisse kann wie folgt umformuliert werden: Das negative Tatbestandsmerkmal des entgegenstehenden öffentlichen Interesses darf nicht erfüllt sein.

In der Feststellung (zweite Prämisse) 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 partikulär).

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 Schutzanspruch erwachse (Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 284).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

teiligung von Rechten Dritter (und der Umweltverbände (§ 48 II S. 3 i.V.m. § 73 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 ‚öffentlich' 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-Entscheidung[714] 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 Beispielhaft 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).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

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 einigem 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 Betriebsplänen 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

damit gegen das Gebot der Klarheit des Rechts verstoßen 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 könne die Rechtsprechung, die ihr zugedachte Kontrolle nicht durchführen, weil ihr der Maßstab für die Bewertung einer gesetzesmäßigen 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).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 bestimmbaren[729] 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 verstoßen.[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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 BBergG einfügen.

Der § 48 II BBergG 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 ‚öffentlich' 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 BBergG (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 ‚öffentlich' und ‚privat' nicht in der gesamten Rechtsordnung verschüttet wird, sodass sich eine Annäherung an die Begriffe insgesamt verschlösse.

736 *Beier*, DÖV 2015, S. 316.
737 *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band IV, § 73, Rn. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 verfassungswidrige[738] 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. Weschpfennig*, 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. 111).

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

742 OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 5. Mai 2022 – OVG 11 S 7/22, ZUR 2022, S. 498 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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]

I. 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. Unberührtheitsklausel[746] 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, 1 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).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Gesetzessystematik 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 11 S 51.19, ZUR 2019, S. 693): Hier stellte sich die Frage, inwiefern eine nichtdurchgeführte 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sich etwas anderes dadurch ergeben kann, dass die Gesamtabwägung, der Herleitung nach, als „innertatbestandlichen" 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 rechtsstaatli-

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).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

che Bedenken gegen den § 48 II S. 1 BBergG erhoben, der nicht einmal die Belange des öffentlichen Interesses auflistet[754] 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 Klarstellungsfunktion 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 Gemeinwohlklausel 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 sein[761]), 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 berücksichtig werden" (Strukturen des Bergrechts, S. 261).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 innertatbestandlich erfolgt und nicht explizit unter den Tatbestand subsumiert wird? Dies kann dann der Fall sein, wenn diese innertatbestandliche 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

Moers-Kapellen-Entscheidung des BVerwG.[769] Und auch hier ging es dem BVerwG damals gerade explizit nicht um eine vollständige Berücksichtigung der privaten Belange[770] 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 Betriebspläne 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 Prüfungsumfang 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 ausginge, 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).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

l. 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).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Gemeinwohlklausel“, 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

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 Tendenz[786]. 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Bergbaubetreiber 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 selbständige 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 fände, 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

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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, 117812, 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).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Analogie[795] 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, 117812, 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, 117812, Rn. 58. Das OVG Magdeburg verweist auf den Charakter der Gesamtabwägung, der keine planerische Gestaltungsfreiheit enthalte und als unbestimmtes Tatbestandsmerkmal gerichtlich voll überprüfbar sei.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

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 Moers-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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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] Bezüglich 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 entgegengehalten 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 verstoßende 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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

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 PrABG 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 PrABG: *Klostermann*, Komm PrABG, Einleitung, S. 36 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kapitel 3: Maßstäbe der Ressourcenethik für die Rohstoffgewinnung

Die Ressourcen der Erde sind endlich. Dies ist dem Menschen als conditio humana gegeben. Ressourcenethisch problematisch wird eine Ressourcennutzung des Menschen erst dann, wenn sie Knappheit erzeugt – eine Ressourcenethik wird im „Schlaraffenland" nicht gebraucht. Knappheit entsteht, wenn eine begrenzte Ressource extensiv (zum Teil bis an ihre Kapazitätsgrenze) genutzt wird.[818] Infolge der aus Begrenzung und Nutzung entsprungenen Knappheit treten verschiedene Nutzungskonflikte auf. Drei verschiedene Konfliktsituationen sind dabei grundsätzlich denkbar, je nachdem, wessen Interessen durch die Handlungen des Menschen, der die Natur nutzt, berührt sind. Den Interessen des Menschen, der eine Ressource nutzen möchte, können die Interessen von Menschen und die Interessen von belebten, nichtmenschlichen und berücksichtigungsfähigen Entitäten (Tiere, je nach umweltethischer Positionierung auch Pflanzen) gegenüberstehen. Einzelne umweltethische Theorien stellen auch darauf ab, dass die Natur in ihrer Gesamtheit oder Teile der Natur/einzelne Ökosysteme berücksichtigungspflichtige Interessen aufweisen.[819] Die der Ressourcennutzung entgegenstehenden Interessen lassen sich noch einmal hinsichtlich der zeitlichen Achse spezifizieren. So können als Gruppen mit konfligierenden Interessen unter den Menschen die künftigen Generationen, die heute noch nicht Lebenden, ausgemacht werden und ebenso unter der Gruppe der Tiere (und Pflanzen) lassen sich auch hier die Interessen künftiger Tiere und Pflanzen hervorheben.

---

818 *Kloepfer/Reinert*, in: Gethmann/Kloepfer/Reinert (Hrsg.), Verteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat, S. 27 f. Zu dem Aspekt der Nutzung/des Zugriffs, der die Knappheit erst erzeugt siehe *Luhmann*: „Öl ist nicht schon deshalb knapp, weil es nur in begrenzten Mengen vorhanden ist." (Die Wirtschaft der Gesellschaft, S. 178). Ebenso die Enquête-Kommission WWL: „Die Endlichkeit des ‚Angebotes' sagt ökonomisch betrachtet zunächst einmal gar nichts. Der Zugriff auf diese Ressourcen erfolgt, weil Öl gebraucht wird, und hier erst entsteht Knappheit. (…) Was knapp ist, verändert sich mit kulturellen, sozialen, politischen, wirtschaftlichen und eben ökologischen Gegebenheiten." (Schlussbericht, BT-Drs. 17/13300, S. 386).

819 *Krebs*, in: Krebs (Hrsg.), Naturethik, S. 342.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ressourcennutzung des Menschen
steht im Konflikt mit:

heutige Menschen	Tier/Pflanze	Naturinteressen (Holismus/ökozentrische Theorien/Pachamama)
Künftige Generationen	Zukünftige Tiere/Pflanzen	

Abbildung 16: Systematisierung Ressourcennutzungskonflikte (eigene Erstellung)

Wie diese Nutzungskonflikte gerecht zu lösen sind, hierfür gibt die Ressourcenethik vor allem den Maßstab der Verteilungsgerechtigkeit (iustitia distributiva) an die Hand. Die Verteilungsgerechtigkeit beantwortet die Frage, wann eine Verteilung von Gütern und eine Verteilung von Lasten als gerecht angesehen werden kann (vgl. Abbildung 17). Hierin liegt bereits die Annahme, dass die Konflikte nicht irgendwie, sondern eben gerecht zu lösen seien.

In dem Fall, dass sich zwei oder mehrere heute lebende Menschen in der Ressourcennutzung gegenüberstehen, beispielsweise indem sie auf denselben Rohstoff zugreifen wollen, ist das Recht im klassischen Sinn betroffen, nämlich in der Zuordnung von Freiheitssphären von Grundrechtsträgern.[820] Zwischenmenschliche Nutzungskonflikte sind in drei Varianten denkbar: (1) wenn zwei moralische Entitäten auf einen Rohstoff zugreifen wollen oder (2) wenn bei der Nutzung des Rohstoffs durch die eine Entität andere Rohstoffe der Nutzung Dritter entzogen oder (3) Dritte unmittelbar geschädigt oder Risiken ausgesetzt werden.[821] Letzteres wird unter dem Stichwort der Verteilung von Lasten zu diskutieren sein. In den zwischenmenschlichen Nutzungskonflikten heutiger Generationen stellt sich die Frage, ob das Recht (mit dem BBergG) Mechanismen geschaffen hat, die eine gerechte Verteilung von Gütern und Lasten vorsieht oder fördert.

Der (antizipierte) Naturnutzungskonflikt zwischen den heute lebenden Menschen und den zukünftigen Generationen besteht darin, dass die abge-

820 So etwa, wenn es um die Zuordnung von Rohstoffen oder die Regelung von aus Rohstoffabbau resultierenden Verschmutzungseinheiten geht. *Heidrich*, Rechtsphilosophische Grundlagen des Ressourcenschutzrechtes, S. 112, 122.

821 *Heidrich*, Rechtsphilosophische Grundlagen des Ressourcenschutzrechtes, S. 112.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bauten Rohstoffe zukünftigen Generationen nicht mehr, nicht in derselben Qualität oder in demselben Umfang zur Verfügung stehen (Verteilung von Gütern). Zum anderen ist und wird die Natur über das regenerierbare Maß als Deponie für Schadstoffe genutzt, sodass die damit einhergehenden Umweltprobleme die Lebensbedingungen der zukünftigen Generationen drastisch verschlechtern werden (Verteilung von Lasten). In der Umweltethik wird diese Frage unter dem Stichwort des Nachhaltigkeitsgrundsatzes behandelt, so auch hier. Dabei kann die Problematik ebenfalls als Verteilungsproblem eingeordnet werden, nur mit der Besonderheit der zeitlichen Verschiebung des Auftretens der konfligierenden Interessen. Der Nachhaltigkeitsgrundsatz ist, so betrachtet, ein spezieller Maßstab der Verteilungsgerechtigkeit. In der umweltethischen Debatte steht die Frage im Vordergrund, inwieweit den künftig lebenden Generationen überhaupt berücksichtigungswerte Interessen zugestanden werden sollen.

Bei der Berücksichtigung von Interessen anderer (lebender) nichtmenschlicher Entitäten ist wiederum strittig, ob und zu welchem Grad nicht-menschliche Entitäten moralisch zu berücksichtigen sind, d.h. als „moral patient" auftreten können. Je nach umweltethischer Positionierung spielen hier die Interessen von (leidensfähigen) Tieren, Pflanzen, Natureinheiten oder der Gesamtheit der Natur eine Rolle. Rechtstechnisch steht dabei auch die Frage im Raum, ob Rechte der Natur/den Tieren zugestanden werden sollen. Ob diese nun als originäre Eigenrechte oder als konstruiert[822] gelten, ist abhängig von der Positionierung des Gesetzgebers in der umweltethischen Debatte um eine nicht-anthropozentrische bzw. anthropozentrische Begründung von Naturschutz. Sofern man zu der umweltethischen Überzeugung gelangt, dass Tiere und/oder Pflanzen und/oder die Natur als solche überhaupt moralisch zu berücksichtigen sind, ist die Verteilungsgerechtigkeit auch hier der Maßstab, der auf die Frage antwortet, wie die menschlichen Ressourcennutzungsinteressen gegenüber den nichtmenschlichen Interessen gerecht in Einklang zu bringen sind. In der Frage, welches Maß an negativen Auswirkungen (Lebensraumverlust, Tod, Schädigung durch Umweltschadstoffe, usw.) welche menschliche Rohstoffnutzungsaktivität im Sinne der Verteilungsgerechtigkeit rechtfertigt, ist die umweltethische Debatte, wenn überhaupt, so nicht weit entwickelt (das gleiche gilt für den Einbezug von den Interessen zukünftiger Tiere/Pflanzen).

822 *Heidrich*, Rechtsphilosophische Grundlagen des Ressourcenschutzrechtes, S. 114 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

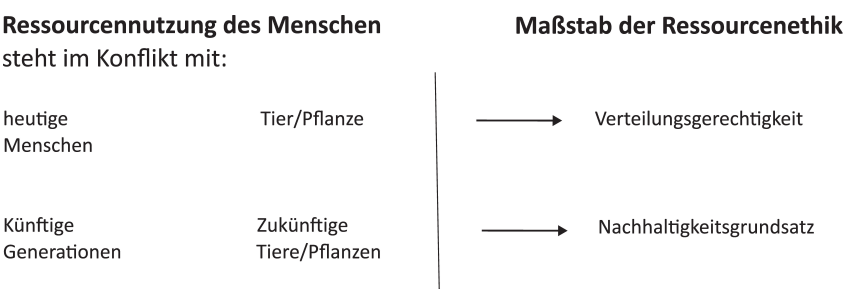

Abbildung 17: Ressourcenkonflikte und die ihnen zugeordneten Maßstäbe der Ressourcenethik (eigene Erstellung)

Als weiterer Maßstab, der in allen Naturnutzungskonflikten eine Rolle spielt, ist die Verfahrensgerechtigkeit zu nennen. Hier geht es nicht darum, zu überlegen, ob das Ergebnis an sich gerecht ist, sondern ob das Ergebnis unter gerechten Bedingungen zustande gekommen ist.

Die Frage der ethischen Rechtfertigung der menschlichen Ressourcennutzung stellt sich immer und nur dann, wenn Ressourcen knapp werden und daher Nutzungskonflikte verschiedener Interessen auftreten. Ob ein Bodenschatz aus Sicht der Ressourcenethik also abgebaut werden darf, ergibt sich aus der Untersuchung der konfligierenden Nutzungsinteressen. Ergibt die Analyse aller Nutzungskonflikte, dass der Bodenschatzabbau gerecht ist, so ist sein Abbau mit der Ressourcenethik vereinbar. Sieht nur eine Analyse der Konfliktsituation die Verteilung zugunsten des Bergbaus als ungerecht an, so kann sie nicht gerechtfertigt werden.

Ein Gesetz, das den Bodenschatzabbau regelt, erfüllt die Anforderungen der Ressourcenethik dann, wenn es Mechanismen vorsieht, welche die verschiedenen möglichen Nutzungskonflikte in den Blick nehmen und für diese eine Konfliktlösung bereithalten, die sich an den Maßstäben der Verteilungsgerechtigkeit, des Nachhaltigkeitsgrundsatzes und der Verfahrensgerechtigkeit messen lassen können.

Die vorliegende Arbeit beschränkt sich in ihrer Untersuchung auf die Lösung der Konflikte zwischen den menschlichen Interessen (heutige und künftige). Sie untersucht nicht die gerechte Lösung der Ressourcennutzungskonflikte der menschlichen mit den nichtmenschlichen Interessen. Dies würde den Untersuchungsrahmen der vorliegenden Arbeit sprengen, zumal die umweltethische Debatte auf diesem Gebiet als nicht elaboriert erscheint und auch die juristische Auseinandersetzung der deutschen Rechts-

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ordnung mit nichtmenschlichen Interessen wohl als Neuland bezeichnet werden darf.

Im Folgenden sind die drei Maßstäbe der Ressourcenethik in Bezug auf die Rohstoffgewinnung vorzustellen. Dabei wird im Mittelpunkt der Vorstellung und der Untersuchung die Verteilungsgerechtigkeit stehen. Dies mag verwundern, wo doch der Nachhaltigkeitsgrundsatz unter dem Eindruck der zunehmenden Übernutzung der endlichen Ressourcen der Erde durch die Industriegesellschaften ins Zentrum der ressourcenethischen Bewertung rückt. Da aber der Nachhaltigkeitsgrundsatz nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis als eine spezifische (nämlich die zeitliche Dimension betreffende) Verteilungsfrage verstanden wird, so scheint es gerechtfertigt, zunächst die Verteilungsgerechtigkeit i.e.S. vorzustellen (A) und zu untersuchen (Kapitel 4), bevor sich die Arbeit dann dem Nachhaltigkeitsgrundsatz widmet (in B und Kapitel 5). Die Verfahrensgerechtigkeit als „Querschnittsanforderung" bildet den Abschluss.

A. Verteilungsgerechtigkeit

Die Frage der Gerechtigkeit und des gerechten Handelns stellt sich im menschlichen Miteinander oder im menschlichen Handeln gegenüber anderen moralisch berücksichtigungsfähigen Entitäten. Historisch wurde die Frage der Gerechtigkeit am menschlichen Miteinander entwickelt. *Aristoteles* begreift die Gerechtigkeit als höchste Tugend, weil sie nicht nur intern/für sich sondern im miteinander verwirklicht wird.[823] Die Verteilungsgerechtigkeit (iustitia distributiva) – als Ausschnitt der allgemeinen Gerechtigkeit – sucht Maßstäbe für die Beantwortung der Frage wer was von wem und aus welchem Grund zugeteilt bekommen soll.[824] Als Paradigma einer solchen Verteilungsentscheidung dient oft die Entscheidung eines Eltern-

823 *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Buch V, Kapitel 3, 1129b -1130a (Übersetzung Dirlmeier).

824 Mit leichten Abweichungen *Dietrich*, Dimensionen der Verteilungsgerechtigkeit, S. 1; *Gosepath* führt noch die Fragen nach den Verteilungskriterien, dem Verfahren der Verteilung und dem Verteilungsergebnis an (Gleiche Gerechtigkeit, S. 217). Nach *Czarnecki* ist die Verteilungsgerechtigkeit die bei der Verteilung von Gütern/Lasten anzuwendenden inhaltlichen Prinzipien in einer sozialen Einheit (Verteilungsgerechtigkeit im Umweltvölkerrecht, S. 16; siehe auch S. 70).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

teils über die Verteilung von Kuchen an seine Kinder.[825] Die Problematik der Verteilungsgerechtigkeit hat (in der westlichen Ideengeschichte ausgehend von der griechischen Antike)[826] als erster *Aristoteles* erkannt. Auf ihn geht die grundlegende Unterscheidung zwischen Verteilungsgerechtigkeit und ausgleichender Gerechtigkeit (iustitia commutativa)[827] zurück.[828] Die ausgleichende Gerechtigkeit soll in dem Austauschverhältnis zweier Personen herrschen, sozusagen im vertraglichen Miteinander.[829] In der Verteilungsgerechtigkeit geht es hingegen um die Zuteilung von gemeinsamen Gütern der Polis an ihre Bürger.[830] Verteilungsgerechtigkeit ist nicht mit der Gerechtigkeit pauschal gleichzusetzen,[831] sie steht aber zumeist im Zentrum der Gerechtigkeitstheorien.

Als zentrale Forderung der Gerechtigkeit steht die suum cuique Formel, wonach jeder das Seine erhalten soll.[832] Die Formel des suum cuique beinhaltet das Ideal, dass keiner übervorteilt wird.[833] Schon hierin zeigt

825 So bedient beispielsweise von *Dietrich*, Dimensionen der Verteilungsgerechtigkeit, S. 1 f; vgl. auch *Krebs*, in: dieselbe (Hrsg.), Gleichheit oder Gerechtigkeit, S. 19; kritisch *Forst*, in: Kreide et al. (Hrsg.), Demokratie und Gerechtigkeit in Verteilungskonflikten, S. 25 f.; *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, § 14, S. 106.

826 Diese Beschränkung auf die westliche Ideengeschichte liegt allen Ausführungen dieser Arbeit zugrunde (dieselbe Einschränkung treffen ebenso *Czarnecki*, Verteilungsgerechtigkeit im Umweltvölkerrecht, S. 23; *Heidrich*, Rechtsphilosophische Grundlagen des Ressourcenschutzrechtes, S. 21 f.).

827 Auch iustita correctiva oder Tauschgerechtigkeit genannt (erörternd *Hinsch*, in: Goppel/Mieth/Neuhäuser (Hrsg.), Handbuch Gerechtigkeit, S. 78).

828 *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Buch V, Kapitel 5, 1130 b-1131 a; *Heidenreich*, Theorien der Gerechtigkeit, S. 35; *Czarnecki*, Verteilungsgerechtigkeit im Umweltvölkerrecht, S. 25 (eine kurze Abhandlung zu voraristotelischen Gerechtigkeitsideen siehe ebenda, S. 24).

829 *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Buch V, Kapitel 5, 1130 b-1131 a.

830 *Czarnecki*, Verteilungsgerechtigkeit im Umweltvölkerrecht, S. 25.

831 *Gosepath*, in: Kreide et al. (Hrsg.), Demokratie und Gerechtigkeit in Verteilungskonflikten, S. 35 ff.

832 So zuerst von *Platon* bezüglich des Gesellschaftsaufbaus postuliert (*Heidenreich*, Theorien der Gerechtigkeit, S. 30) und von *Aristoteles* auf die Verteilungsfragen bezogen (Nikomachische Ethik, Buch V, Kapitel 5 1131a ff. (Übersetzung Dirlmeier); hierzu *Czarnecki*, Verteilungsgerechtigkeit im Umweltvölkerrecht, S. 26). *Ulpian* hat die nun bekannte lateinische Übersetzung geprägt (ius suum cuique tribuere = jedem sein Recht geben (*Czarnecki*, Verteilungsgerechtigkeit im Umweltvölkerrecht, S. 26). Auf das grausamste pervertiert wurde die Formel durch die Nationalsozialisten, die sie über den Eingang des Konzentrationslagers Buchenwald anbringen ließen (*Heidenreich*, Theorien der Gerechtigkeit, S. 30).

833 *Gosepath*, in: Kreide et al. (Hrsg.), Demokratie und Gerechtigkeit in Verteilungskonflikten, S. 48.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sich der enge Bezug der Gerechtigkeit zum Prinzip der Gleichheit.[834] Ob dem tatsächlich so sei, das wird in der jüngeren Philosophiegeschichte angezweifelt („Equality-of-What?" und „Why-Equality?"-Debatte).[835] Die Theorien um die Verteilungsgerechtigkeit stehen in der Kritik, wesentliche Fragestellungen aus dem Blick zu verlieren. So sollen menschliche Beziehungen nicht unter der Brille der Güterverteilung betrachtet werden; der Blick auf das Subjekt als passiver Empfänger verschleiert seine eigentliche Position, die eines (aktiven) Beteiligten.[836] Es gehe mehr um die Frage der politischen Legitimation und damit um Fragen von Macht. Auch stellt sich bei dem Wie der Güterverteilung nicht die Frage, ob die Güter an sich gerecht in die Welt gekommen sind.[837] Den Fragen der Verteilungsgerechtigkeit wird so nicht vollständig ihre Berechtigung aberkannt. Ihre, die Fragen der Gerechtigkeit dominierende Position, werde aber zurückgedrängt und an diese Stelle Fragen nach der Rechtfertigung von Machtverhältnissen gesetzt.[838]

Die Theorien der Verteilungsgerechtigkeit weisen ein weites Spektrum bei der Beantwortung der Frage auf, wer was von wem und aus welchem Grund zugeteilt bekommt.[839] Sie unterscheiden sich hinsichtlich der Fragen, welche Grundlage für die Verteilung angenommen werden soll, welche Anforderungen an den Empfänger zu stellen sind und sie zeigen verschiedene Faktoren als relevant für die Verteilung auf.[840] Die Hauptstränge sind dabei der Egalitarismus, das Differenzprinzip (Rawls), die gemeinwohlorientierten (hierzu v.a. der Utilitarismus) und verdienstorientierten Ansätze und der Libertarismus.[841] Im Folgenden wird überblicksartig erörtert, welche Unterscheidungen die Theorien der Verteilungsgerechtigkeit vornehmen. Die Frage nach der gerechten Verteilung untergliedert sich

834 *Radbruch*, Rechtsphilosophie, § 4, S. 29 ff.; *Czarnecki* führt dazu aus, dass die Gerechtigkeitstheorien ihren Ursprung in dem Prinzip der Gleichheit finden (Verteilungsgerechtigkeit im Umweltvölkerrecht, S. 70).

835 Vgl. hierzu *Krebs*, in: dieselbe (Hrsg.), Gleichheit oder Gerechtigkeit, S. 7 ff.

836 *Forst*, in: Kreide et al. (Hrsg.), Demokratie und Gerechtigkeit in Verteilungskonflikten, S. 23.

837 *Forst*, in: Kreide et al. (Hrsg.), Demokratie und Gerechtigkeit in Verteilungskonflikten, S. 23. Die Kritik wiedergebend *Gosepath*, in: Kreide et al. (Hrsg.), Demokratie und Gerechtigkeit in Verteilungskonflikten, S. 37.

838 *Forst*, in: Kreide et al. (Hrsg.), Demokratie und Gerechtigkeit in Verteilungskonflikten, S. 23 ff.

839 *Mazouz*, in: Düwell/Hübenthal/Werner (Hrsg.), Handbuch Ethik, S. 372.

840 *Lamont/Favor*, in: Zalta (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, unter 1.

841 *Lamont/Favor*, in: Zalta (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dabei in die Unterfragen, was verteilt wird, an wen und von wem das Gut verteilt wird und mit welchem Verteilungsmaßstab dabei hantiert wird. Diese Unterfragen werden in Bezug auf die Bergbauthematik erörtert.

I. Was wird verteilt?

Die Verteilungsgerechtigkeit bewertet als zu Verteilendes alle Güter, die tatsächlich auch verteilt werden können und die für jedermann erstrebenswert (Güter im engeren Sinne/positive Güter) oder unerwünscht (Lasten/negative Güter) sind.[842] Die Bestimmung dessen, was verteilt wird, hat Auswirkungen auf die Bewertung der Verteilung. Im Kontext des Bergrechts können verschiedene positive und negative Güter identifiziert werden (vgl. Abbildung 18). Als Lasten sind etwa die mit dem Bergbau einhergehenden negativen Umweltauswirkungen (z.B. Eingriffe in den Wasserhaushalt; Beeinträchtigungen des Bodens und der Vegetation; Verlust von Lebensräumen; Einträge von Schadstoffen in Boden und Gewässer) oder aber auch die Risiken des Abbaus (Bergbauschäden), insbesondere die Risiken neuer Technologien (Fracking, CCS-Technologie), zu nennen.

Das BBergG trifft Verteilungsentscheidungen über bestimmte Güter des Bergbaus. Bezüglich der positiven Güter liegt es zunächst auf der Hand, die Rohstoffe bzw. die Rechtsposition an den Rohstoffen als zu verteilendes Gut anzusehen. Unter diesem Blickwinkel erfolgt eine Betrachtung der sog. horizontalen Verteilung. Dies ist die Verteilung zwischen gleichartigen Nutzungen,[843] d.h. es geht darum, welcher der Anwärter den Zuschlag für die Bergbauberechtigungen (die Rechtsposition an den Rohstoffen) erteilt bekommt (hierzu Kapitel 4 A.).

842 *Gosepath*, Gleiche Gerechtigkeit, S. 225. Als Beispiel für nicht distributionsfähige Güter führt *Gosepath* Charaktereigenschaften, Liebe, Gesundheit, Intelligenz und weitere an. Die Fähigkeit zur Verteilung scheitere dagegen nicht an der fehlenden Teilbarkeit eines Gutes – hier können Anteilsscheine behelfen (ebenda, S. 234 f.).

843 *Kloepfer/Reinert*, in: Gethmann/Kloepfer/Reinert (Hrsg.), Verteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat, S. 47, Fn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

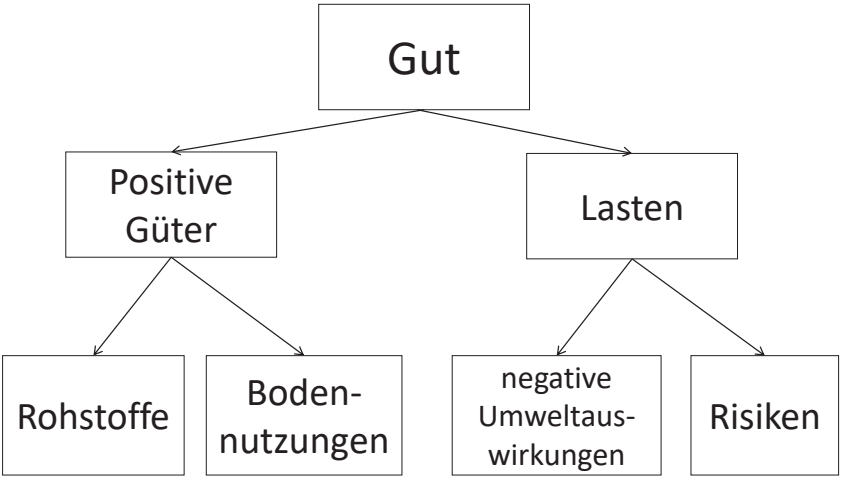

Abbildung 18: Güter der Verteilung (eigene Erstellung)

Daneben zeigt sich bei einem weiteren Blickwinkel, der in Betracht nimmt, dass die Rohstoffe im Grund und Boden liegen und es in Deutschland keine herrenlosen Grundstücke gibt, dass der Abbau von Rohstoffen auch eine Verteilung zwischen verschiedenen Nutzungen erforderlich macht (sog. vertikale Verteilung[844]). Die verschiedenen Nutzungsarten des Grundstücks konkurrieren so miteinander. Hierbei ist die Besonderheit zu beachten, dass der Rohstoffabbau immer eine schon bestehende Nutzung gänzlich oder in einem gewissen Umfang verdrängt. Offensichtlich ist das beim Tagebau. Aber auch für den Untertage-Bergbau werden gewisse Oberflächennutzungen eingeschränkt (z.B. Flächen, die für Schächte oder für Halden genutzt werden). Die Entscheidungssituation findet sich damit nicht in einem Urzustand wieder, sondern muss auf schon Verteiltes zurückgreifen. In der Entscheidung zwischen den verschiedenen Nutzungsarten geht es um die Verteilung des Guts der Bodennutzung (hierzu Kapitel 4 B.). Der Boden und das Recht an den Bodenschätzen ist teilbar – an diesen positiven Gütern können einzelne Nutzungen in exklusiver Weise festgelegt werden. Für die positiven Güter sind die Verteilungskriterien damit erheblich.

Anders sieht es für die negativen Güter des Bergbaus aus (Abbildung 19). Einige Umweltlasten (und auch einige Umweltgüter) sind unteilbar, d.h. sie

844 *Kloepfer/Reinert*, in: Gethmann/Kloepfer/Reinert (Hrsg.), Verteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat, S. 47, Fn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

können rein tatsächlich nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand in physisch kleine Einheiten unterteilt werden.[845] Hierzu zählen beispielsweise Schadstoffe in der Luft oder die Kontamination im Boden. Eine Verteilung im klassischen Sinne, wonach eine Verteilungsentscheidung das Maß der zu tragenden Umweltlast bestimmten Empfängern zuteilt, muss für die unteilbaren Güter ausscheiden.[846] Die Schadstoffe, die durch den Bergbau diffus in die Umwelt abgegeben werden, sind solche unteilbaren Güter. Sie treffen nicht alle in gleichen Ausmaßen, sondern verschiedene Personengruppen sind ihnen unterschiedlich stark ausgesetzt.[847] Auch das Ausgesetztsein von Risiken lässt sich nicht teilen (und damit nicht verteilen im engeren Sinne). Von diesen potenziellen Bergschäden sind nicht alle gleichermaßen bedroht, sondern nur die Anwohner der Bergbauregionen sind von ihnen betroffen.

Die Frage der Verteilungsgerechtigkeit gegenüber den Personen, die den Schadstoffen und Risiken exponiert sind, stellt sich damit nicht in einer (unmöglichen) „Umverteilung" der negativen Bergbaulasten, sondern in der Bestimmung von Kapazitätsgrenzen, in präventiven Vorsorgemaßnahmen, in Verboten bestimmter Bergbauaktivitäten und in Fragen der gerechten Kompensation (hierzu Kapitel 4 C.).

Zuletzt sind die bergbaulichen Verteilungsentscheidungen auch durch die zeitliche Dimension und durch die besondere Eigenschaft des zu verteilenden Gutes gekennzeichnet. Umweltgüter sind an sich durch eine absolute Knappheit geprägt.[848] Weil Luft, Wasser und Boden nicht vermehrt oder ersetzt werden können (und insofern auch die „erneuerbaren" Ressourcen von absoluter Knappheit geprägt sind),[849] sind sie nicht substituierbar.[850]

---

845 *Kloepfer/Reinert*, in: Gethmann/Kloepfer/Reinert (Hrsg.), Verteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat, S. 43. Diese Erkenntnis hat *Balkins* in ihrem Kunstprojekt „Public Smog" und „Himmel-Park" umgesetzt, indem sie einen Raum in der Troposphäre als „Park der unverschmutzten Luft" eröffnete (abrufbar im Internet unter: http://www.publicsmog.org/?page_id=6 (Stand: Januar 2024)).

846 *Gosepath* weist bei unteilbaren Gütern auf die Möglichkeit der Verteilung von Anteilsscheinen hin (Gleiche Gerechtigkeit, S. 234 f.).

847 Zur ungleichen Verteilung von Umweltbelastungen im städtischen Raum siehe: *Köck/Fischer*, DVBl. 2016, S. 1296 ff.

848 Ausführlich hierzu: *Czarnecki*, Verteilungsgerechtigkeit im Umweltvölkerrecht, S. 83 f.

849 *Heidrich* spricht insofern nur von einem graduellen Unterschied (Rechtsphilosophische Grundlagen des Ressourcenschutzrechtes, S. 26).

850 Knappheit definieren *Kloepfer* und *Reinert* als eine Diskrepanz zwischen den nachgefragten Nutzungen und der vorhandenen Menge an Gütern, die diese befriedigen

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

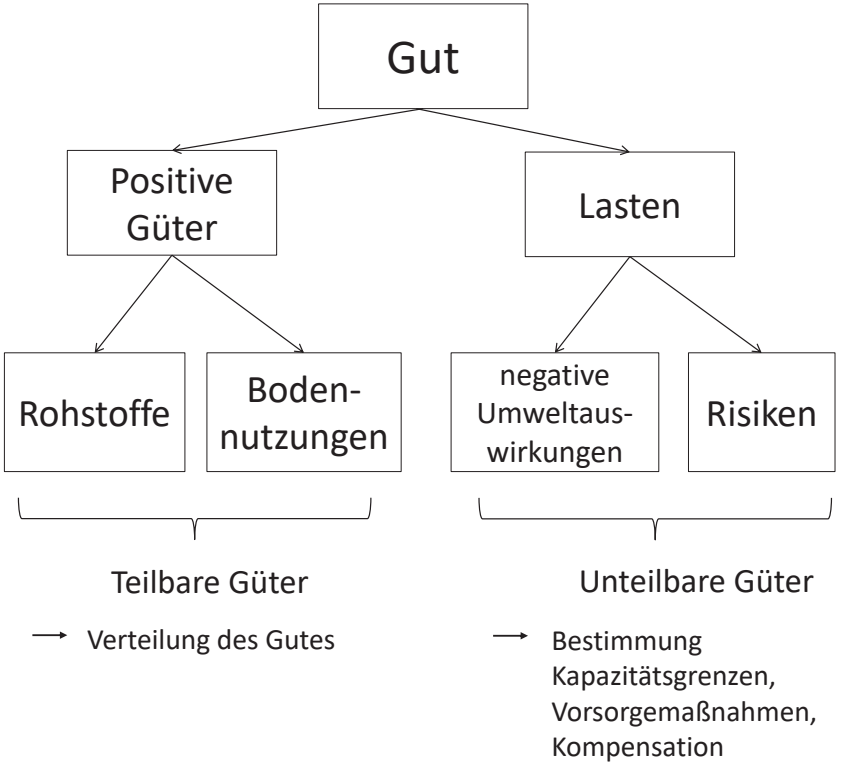

Abbildung 19: Die Verteilungsentscheidung bezüglich teilbarerer/unteilbarer Güter (eigene Erstellung)

Eine Begrenztheit der Umweltgüter ist damit von Natur aus vorhanden und kann nicht zugunsten von vermehrter menschlicher Nutzung verschoben werden.[851] Die damit einhergehende zeitliche Dimension der Güter ist besonders am Beispiel der nicht erneuerbaren Ressourcen ersichtlich. Die (abiotischen) Rohstoffe, die heute abgebaut werden, stehen künftigen Ge-

können. Damit geht „Verwendungskonkurrenz bei vorhandener Kapazitätsgrenze" einher (in: Gethmann/Kloepfer/Reinert (Hrsg.), Verteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat, S. 25, 27 f.).

851 *Meadows/Meadows/Randers*, Die neuen Grenzen des Wachstums, Kapitel 3, S. 68 ff. *Czarnecki* weist daraufhin, dass die Rede vom knappen Umweltgut in Verteilungsfragen voraussetzt, dass die Natur und ihre Bestandteile als Umweltgut überhaupt erst wahrgenommen werden (Verteilungsgerechtigkeit im Umweltvölkerrecht, S. 83 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nerationen nicht, oder nicht in derselben Qualität zur Verfügung. Ebenso kann die heutige Nutzung von erneuerbaren Ressourcen Auswirkung auf die zukünftige Nutzung derselben haben, wenn die Regenerationsfähigkeit durch zu intensive Nutzung überschritten wird. Durch den Bergbau werden erneuerbare Ressourcen indirekt, das heißt v.a. zur Aufnahme von Schadstoffen beansprucht. Diese zeitliche Dimension wird zur Herausforderung in der Vereinbarkeit von heutigen Bergbauaktivitäten mit den Bedürfnissen künftiger Generationen (hierzu Kapitel 3 B. und Kapitel 5).

II. Wer verteilt?

Der Staat verteilt die Güter des Bergbaus. Hinter der Frage, wer die Güter verteilt, steckt auch die Frage nach der Legitimation des Verteilenden. Wenn hier bereits ein ungerechtes Machtverhältnis vorliegt, könne eine nachrangige Verteilung nicht als gerecht empfunden werden.[852] Oder mit anderen Worten, auch der ausgeklügeltste Verteilungsmaßstab vermag in einer Willkürherrschaft keine gerechten Verhältnisse zu schaffen. Auf dem Boden der deutschen Gesetzgebung wird die Frage nach der Legitimation der Herrschaft in dieser Arbeit nicht in dieser grundsätzlichen Art in Zweifel gezogen.

III. An wen wird etwas verteilt?

Wer als Empfänger in Frage kommt richtet sich nach dem zu verteilenden Gut. Als Empfänger der Rohstoffe bzw. der Rechtsposition kommen allein Bergbauunternehmen in Betracht. Für das Gut des Rechts der Bodennutzung hat sich der Staat zwischen dem Bergbauunternehmen und dem Grundeigentümer zu entscheiden. Diese vertikale Verteilungsentscheidung stellt sich sowohl bei bergfreien als auch bei grundeigenen Bodenschätzen. Offensichtlich ist dies bei den bergfreien Bodenschätzen der Fall, bei welchen das Eigentum am Bodenschatz nicht durch das Eigentum am Grundeigentum begründet wird. Beide Rechtspositionen, die sich auf dieselbe Erdoberfläche beziehen, stehen sich damit konkurrierend gegenüber. Aber

852 So *Forst*, der diese Frage als wichtigste herausstreicht: „Darin liegt das zutiefst politische Wesen der Gerechtigkeit, […] denn worum es in der Gerechtigkeit geht, ist, wer bestimmt, wer was erhält […]." (in: Kreide et al. (Hrsg.), Demokratie und Gerechtigkeit in Verteilungskonflikten, S. 25, siehe auch S. 21, 30 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auch bei den grundeigenen Bodenschätzen, bei welchen das Grundeigentum die Eigentumsposition an den Bodenschätzen erfasst, kommt es im Rahmen des Enteignungsverfahrens (sog. Grundabtretungsverfahren) zu dieser Verteilungsentscheidung zwischen dem Empfänger Grundeigentümer (bisherige Nutzung) und Bergbauunternehmen (zukünftige Nutzung).

Die Empfänger der Lasten sind meist nicht diejenigen, die auch vom Bergbau direkt profitieren. Negativ betroffen vom Bergbau können Einzelne, ganze Gruppen oder sogar im Rahmen des Ausstoßes des klimaschädlichen CO_2 die globale Weltgemeinschaft sein. Der Grundeigentümer kann besonders betroffen sein, wenn er Einschränkungen der Nutzung bis hin zum Entzug seines Eigentums hinnehmen muss. Auch die direkte Nachbarschaft ist als Gruppe der Empfänger von Lasten zu nennen, beispielsweise wenn es infolge bergbaubedingter Erschütterungen der Erdoberfläche zu sog. Bergbauschäden kommt. Die Gruppe der zukünftigen Generationen werden als von den Auswirkungen des Bergbaus negativ betroffen im Rahmen des Nachhaltigkeitsgrundsatzes in den Blick genommen.

IV. Wie wird etwas verteilt?

Das Wie der Verteilung ist der Dreh- und Angelpunkt der Gerechtigkeitstheorien (bis die zeitgenössische „Equality-of-What?"-Debatte das Augenmerk auch auf die anderen Vorfragen gerichtet hat). Ist der Entscheidungsprozess so weit vorangeschritten, dass das zu distribuierende Gut feststeht, feststeht wer die Verteilung vornimmt und auf welchen potenziellen Empfängerkreis sich die ausstehende Verteilung erstreckt, dann bleibt nur noch die Frage offen, wie die Verteilung konkret zu erfolgen hat. Hierbei lassen sich zwei Schritte voneinander unterscheiden. Zunächst wird eine Kapazitätsgrenze festgelegt, um dann nach einem Verteilungskriterium die Verteilung innerhalb der Kapazitätsgrenze vorzunehmen. Gerade für diesen zweiten Schritt sind aus den einzelnen philosophischen Theorien die jeweiligen Verteilungskriterien zu gewinnen.

1. Bestimmung der Kapazitätsgrenze

Eine Kapazitätsgrenze des zu verteilenden Gutes ist immer vorhanden – sonst ergebe sich kein Problem der Verteilungsgerechtigkeit. Diese Kapazitätsgrenze kann entweder auf einer bewussten staatlichen Verknappung

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zurückgehen, oder sich direkt aus den Sachzwängen selbst ergeben. Die Umweltgüter sind als solche nur in begrenztem Umfang vorhanden. Bezüglich der Bodenschätze handelt es sich zunächst um eine Kapazitätsgrenze, die in der Natur der Sache liegt. Die (bekannten und förderbaren) Rohstoffe (Reserve) in Deutschland bilden eine Gesamtmenge, die die natürliche Kapazitätsgrenze darstellt. Mehr als das, was im Boden ist, kann nicht abgebaut werden. Darüber hinaus kann der Staat, z.B. um dem Vorsorgeprinzip gerecht zu werden, Raubbau zu verhindern oder Rohstoffe für den künftigen Bedarf aufzusparen und so Handlungsspielräume offenzuhalten, diese natürliche Kapazitätsgrenze unterschreiten. Hierin liegt dann eine bewusste staatliche Verknappung. Als Beispiel für eine solche staatliche Verknappung im Rohstoffbereich kann das Kohleverstromungsbeendigungsgesetz (KVBG) gelten.[853] Das KVBG sieht vor, dass die Verstromung von Braunkohle schrittweise reduziert werden soll, bis sie im Jahr 2038 bei null angekommen ist gem. § 2 II und § 4 KVBG.[854] Dies ist eine indirekt auf die Kapazitätsmenge eines Rohstoffs bezogene staatliche Verknappung der Rohstoffreserven. Weitere staatliche Verknappungen direkt bezogen auf einen Rohstoff gibt es nicht. Die Festlegungen der Raumordnung können sich jedoch mindernd auf die abbaubaren Rohstoffreserven auswirken, indem Flächen, auf denen sich Rohstoffe befinden, zur anderweitigen Nutzung vorgesehen sind.

2. Anwendung von Verteilungskriterien

Ist diese Kapazitätsgrenze ermittelt, so lässt sich im zweiten Schritt nun eine Verteilung der Güter nach bestimmten Verteilungskriterien durchführen. Die möglichen Verteilungskriterien sind aus den Theorien zur Verteilungsgerechtigkeit zu gewinnen. Diese lassen sich schematisch den materialen/substanziellen oder den prozeduralen Theorien der Gerechtigkeit zuordnen. Materiale Theorien der Gerechtigkeit fragen nach den inhaltli-

853 Zur Begründung: Bundesregierung, Gesetzesentwurf Kohleausstiegsgesetz vom 24.02.2020, BT-Drs. 19/17342. Vgl. auch das gescheiterte Kohleausstiegsgesetz aus dem Jahr 2014: *DIE LINKE*, Antrag „Energiewende durch Kohleausstiegsgesetz absichern" vom 05.06.2014, BT-Drs. 18/1673.

854 Für das Jahr 2022 sind 15 Gigawatt (GW), für das Jahr 2030 noch 9 GW vorgesehen. Für die Steinkohleverstromung ist ebenfalls ein schrittweiser Ausstiegspfad vorgegeben – da Steinkohle in Deutschland aber nicht mehr abgebaut wird, ist dies für die Betrachtung nach dem BBergG nicht relevant. Näher hierzu *Kaiser*, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 192 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

chen Vorgaben für ein gerechtes Ergebnis. Hierzu zählen u.a. der Egalitarismus und der Utilitarismus. Prozedurale Theorien zielen ebenso auf die Förderung eines gerechten Ergebnisses ab, tun dies aber mithilfe von Verfahren;[855] so z.B. die Vertrags- und Diskurstheorie.

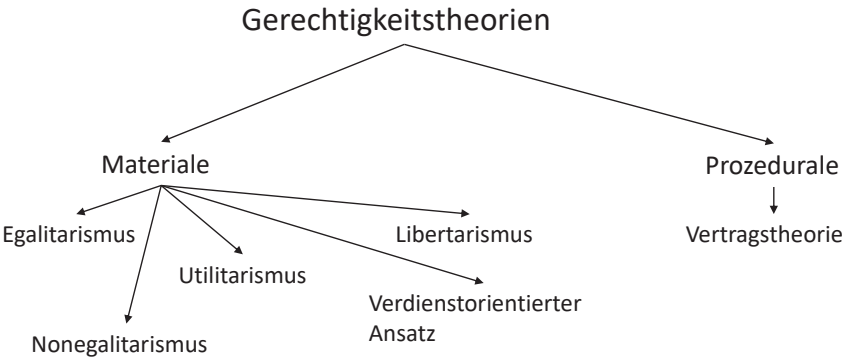

Abbildung 20: Gerechtigkeitstheorien (eigene Erstellung)

Grundsätzlich ist zwischen formalen und wertenden Verteilungskriterien zu unterscheiden. Als formale Kriterien sind u.a. das Losverfahren, das Kopf-Prinzip und das zeitliche Prioritätsprinzip zu nennen. Formale Verteilungskriterien führen zu einer hohen Praktikabilität und meist auch einer hohen Berechenbarkeit der Entscheidung. Dafür lassen sie sachliche Kriterien völlig außer Acht. Als wertende Kriterien werden beispielsweise die Erfüllung bestimmter Merkmale, wie der finanziellen Leistungsfähigkeit, die Bedürfnisse/Interessen des Einzelnen oder die Nützlichkeit für die Allgemeinheit genannt.

855 *Tschentscher*, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, S. 119; *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 166.
Nicht zu verwechseln sind die prozeduralen Theorien der Gerechtigkeit mit den Theorien zur Frage nach der Verfahrensgerechtigkeit.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a. Egalitarismus nach Aristoteles

Aristoteles hat den Verteilungsmaßstab „Gleichen Gleiches und Ungleichen Ungleiches" entwickelt.[856] Es ist insofern eine Prüfung in zwei Schritten notwendig. Zunächst ist zu ermitteln, ob gleiche Sachverhalte vorliegen. Entscheidend ist dabei, unter welchen Gesichtspunkten zwei Sachverhalten als gleich betrachtet werden dürfen. Nur wenn zwei Sachverhalte als gleich erkannt worden sind, so ist im zweiten Schritt das Gleiche zu verteilen. Dies kann in der Form der arithmetischen oder in der geometrischen Gleichheit erfolgen. Die arithmetische Gleichheit sieht vor, dass jedem Empfänger der gleiche Anteil an dem Gut zusteht, also $x = \frac{1}{\text{Gesamtheit der Empfänger}}$.[857] Die geometrische/proportionale Gleichheit macht hingegen die Menge der Zuteilung abhängig von der Erfüllung eines bestimmten Kriteriums durch den Empfänger: $x = \frac{\text{Erfüllung des Kriteriums durch Empfänger} \times \text{Anteile des Gutes}}{\text{Durchschnittliche Erfüllung des Kriteriums}}$, d.h. je mehr der Empfänger das Kriterium erfüllt, desto höher wird sein Anteil ausfallen.[858] Als Kriterien werden u.a. Würdigkeit, Verdienst, Bedürftigkeit und Leistungsfähigkeit diskutiert.[859]

b. Klassischer Utilitarismus

Der Utilitarismus gehört zu der konsequenzialistischen Ethik, d.h. er bewertet eine Handlung als moralisch richtig oder falsch anhand der Handlungsfolgen.[860] Der Maßstab, der an die Handlungsfolgen gelegt wird, ist dabei ein nicht-moralischer. Der nicht-moralische Maßstab des klassischen Utilitarismus ist der Nutzen. Der Nutzen einer Handlung liegt in dem bewirkten Glück/Wohlbefinden bzw. in der Vermeidung von Leid/Unwohl-

856 *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Buch V, Kapitel 6, 1131 a (Übersetzung Dirlmeier). Siehe auch *Mazouz*, in: Düwell/Hübenthal/Werner (Hrsg.), Handbuch Ethik, S. 372 f.; *Czarnecki*, Verteilungsgerechtigkeit im Umweltvölkerrecht, S. 70 f.

857 *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Buch V, Kapitel 7, 1131 b- 1132b.

858 *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Buch V, Kapitel 6, 1131 a, b.

859 *Czarnecki*, Verteilungsgerechtigkeit im Umweltvölkerrecht, S. 71; *Kloepfer*, Umweltgerechtigkeit, S. 32.

860 *Birnbacher*, Analytische Einführung in die Ethik, S. 171 ff, 217 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sein.[861] Der von einer Handlung ausgehende Nutzen wird so in seiner Gesamtheit aufsummiert. Diejenige Handlung ist dann als moralisch richtig anzusehen, die den größten Nutzensummenwert aufweist.[862] Bezogen auf die Verteilung von Gütern, müsste die Verteilung mit der größten Nutzensumme präferiert werden.[863] Diese wäre empirisch zu ermitteln. Für die Frage, ob beispielsweise Kohle abgebaut werden sollte, wäre das Glück derjenigen, die von dem Abbau profitieren zu ermitteln und in Abzug das Leiden zu stellen, das dadurch mitverursacht wird.

+		-	
Glück der: - Endverbraucher - Unternehmensbeteiligte - Übrige, die von dem Abbau profitieren (Zulieferer, ...) - ...	Wert* x_1 x_2 x_3	Leid der: - Bisherige Eigentümer - Anwohner durch Emissionen - Zukünftige Generationen - empfindungsfähige Tierwelt - ...	Wert* y_1 y_2 y_3 y_4

$$\text{Nutzsummenwert}_{\text{Kohleabbau}} = x_{\text{gesamt}} - y_{\text{gesamt}}$$

Abbildung 21: Nutzsummenwertberechnung am Beispiel des Kohleabbaus[864] (eigene Erstellung)

861 *Birnbacher*, Analytische Einführung in die Ethik, S. 218. Hiervon grenzt sich der Präferenzutilitarismus ab, der den Nutzen einer Handlung nach dem Grad der Erfüllung der persönlichen Wünsche/Interessen bemisst (*Birnbacher*, Analytische Einführung in die Ethik, S. 225).

862 Eine Abweichung hierzu bildet der Durchschnittsnutzenutilitarismus, der auf die Steigerung des durchschnittlichen Nutzenwertes abstellt (*Birnbacher*, Analytische Einführung in die Ethik, S. 222).

863 So auch *Rawls*, der dem Utilitarismus stark opponiert: Gerechtigkeit als Fairneß, § 14.1, S. 88.

864 In dem Wert des Faktors x (Glück) bzw. y (Leid) muss sowohl die konkrete Zahl derjenigen einfließen, die das Glück/Leid empfinden, wie auch das jeweilige Ausmaß des individuellen Glücks/Leids.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Durch die Fixierung auf den Nutzen einer Handlung für das subjektive Empfinden werden Werte wie Freiheit, Gerechtigkeit, Wahrheit oder das Leben vom klassischen Utilitarismus nicht per se anerkannt, sondern sie kommen nur dann als Faktor in Betracht, wenn sie eben dieses subjektive Empfinden zu steigern vermögen.[865]

c. Rawls' Theorie der Gerechtigkeit

Rawls hat sich mit seiner Theorie der Gerechtigkeit entschieden gegen den im englischsprachigen Raum damals vorherrschenden Utilitarismus gestellt.[866] Die „Theorie der Gerechtigkeit" wird als eines der wichtigsten Werke zur politischen Philosophie des 20. Jahrhunderts angesehen.[867]

Rawls hält Ungleichheit nicht per se für ungerecht, sondern für rechtfertigungsbedürftig. Gerechtfertigt kann die (wirtschaftliche bzw. soziale) Ungleichheit nur sein, wenn im hypothetischen sog. Urzustand („original position") alle rationalen Entscheidungsträger unter dem Schleier des Nichtwissens („veil of ignorance") dem Gerechtigkeitsprinzip (welches u.U. zu Ungleichheit führt) zustimmen würden.[868] In diesem Urzustand wissen sie nichts von ihrem späteren sozialen Status, ihren Talenten, Fähigkeiten und ähnlichem.[869] Die Zustimmung aller kann nach *Rawls* nur für zwei Gerechtigkeitsgrundsätze angenommen werden. Der erste und übergeordnete Grundsatz besagt, dass alle Menschen dieselben Grundrechte und Grundpflichten haben. Der zweite Grundsatz besagt, dass eine Ungleichheit dann gerechtfertigt werden kann, wenn grundsätzlich für alle ein offener Zugang auf die Position/das Gut besteht und die Ungleichbehandlung letztendlich auch zum größten Vorteil der am stärksten Benachteiligten

865 *Birnbacher* bezeichnet diese objektiven als extrinsische Werte (Analytische Einführung in die Ethik, S. 218).

866 *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, § 5, S. 40; *Höffe*, in: ders., John Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, S. 2.

867 *Höffe*, in: ders., John Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, S. 1.

868 *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Kapitel 1, § 3, ausführlicher noch einmal Kapitel 3, § 24; *Rawls*, in: Horn/Scarano (Hrsg.), Philosophie der Gerechtigkeit, S. 357; Wiedergebend: *Nida-Rümelin*, ARSP 1990, S. 459.

869 *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Kapitel 1, § 3, ausführlicher noch einmal Kapitel 3, § 24. Hieran schließt auch die Kritik an, wonach in einem solchen Urzustand alle individuellen Unterschiede beseitigt sind und so gar kein Konflikt mehr auftreten könne, der in einem Gesellschaftsvertrag gelöst werden müsste (So *Nida-Rümelin*, ARSP 1990, S. 461).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gereicht (letzteres ist als Differenzprinzip bekannt).[870] Die am stärksten Benachteiligten der Gesellschaft müssen folglich in der Situation der zu rechtfertigenden Ungleichheit besser dastehen, als wenn die Ungleichheit nicht bestünde.

Die Grundstruktur der Gesellschaft ist für *Rawls* der Hauptgegenstand der Gerechtigkeit.[871] Er wendet keine materiellen Verteilungskriterien an, nach denen die Entscheidung getroffen werden solle. Vielmehr kommt es ihm darauf an, eine gerechte Gesellschaftsordnung zu etablieren. Diese lässt sich an den zwei berühmten Gerechtigkeitsprinzipien messen. Ist die Grundstruktur der Gesellschaft als gerecht zu bewerten, dann würde jede Verteilung von Eigentum und Vermögen/sozialer Anerkennung und Status, die aus der von der Gesellschaft zur Verfügung gestellten gerechten Verfahren resultieren, eine gerechte Verteilung darstellen. Er nennt dies die reine Verfahrensgerechtigkeit und gibt hierbei das Beispiel der Wette.[872] Wenn eine Wette unter gerechten Umständen in einem gerechten Verfahren durchgeführt wird, dann ist jedes Ergebnis – auch dasjenige, welches Teilnehmer leer ausgehen lässt – als gerecht zu bewerten. Die Gerechtigkeit soll eine Eigenschaft der Gesellschaft sein.[873] Die Grundstruktur der Gesellschaft ist ein öffentliches Regelungssystem, welches eine gerechte Verfassung und gerechte wirtschaftliche und soziale Institutionen umfassen soll.[874] Dies spezifiziert *Rawls*, indem er vier konzeptionelle Regierungsabteilungen[875] und ein Sparsystem zugunsten der künftigen Generationen vorsieht.[876] Damit sollen freie Märkte, ein soziales Minimum und Chancengleichheit gewährleistet werden, sowie die Ressourcen vollständig eingesetzt und der Wohlstand langfristig gleichmäßig verteilt werden.[877] An diesem öffentlichen Regelungssystem kann das Individuum seine Handlungen planen. *Rawls* Gerechtigkeitstheorie zielt damit auf den ordnungspoliti-

870 *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, § 3, S. 31 f.; *ders.*, in: Horn/Scarano (Hrsg.), Philosophie der Gerechtigkeit, S. 359; *Lamont/Favor*, in: Zalta (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, unter 3.; *Nida-Rümelin*, ARSP 1990, S. 459.

871 *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, § 14, S. 105 f.

872 *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, § 14, S. 107 f.

873 So formuliert es *Höffe*, in: ders., John Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, S. 6.

874 *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, § 14, S. 105 f., 108.

875 Dies da wären Allokationsabteilung (Wirtschaftslenkend), Stabilisierungsabteilung (abzielend auf Vollbeschäftigung), Umverteilungsabteilung (soziales Minimum absichernd) und Verteilungsabteilung (Steuer koordinierend) (*Rawls*, in: Horn/Scarano (Hrsg.), Philosophie der Gerechtigkeit, S. 369 ff.).

876 *Rawls*, in: Horn/Scarano (Hrsg.), Philosophie der Gerechtigkeit, S. 375.

877 *Rawls*, in: Horn/Scarano (Hrsg.), Philosophie der Gerechtigkeit, S. 368.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schen Rahmen einer gerechten Gesellschaft ab, und nicht auf gesetzliche Einzelbestimmungen.[878] Die Gesellschaft ist für *Rawls* eine Kooperation zum gegenseitigen Vorteil. Sie wirft ein Mehr an Gütern ab, die von (Teilen) der Gesellschaft produziert wurden.[879]

Bei der Verteilungsgerechtigkeit unterscheidet *Rawls* zwischen der Verteilung von Gütern, die durch die gemeinsame Zusammenarbeit entstanden sind und der Verteilung von Gütern, die nicht durch diese Zusammenarbeit entstanden sind.[880] Für erstere will *Rawls* keine Verteilungsgerechtigkeit derart angewendet wissen, dass es einen unabhängigen Maßstab gäbe, an dem sich das Ergebnis messen lassen müsste. Die Gerechtigkeit sei hier nur eine Frage der reinen Verfahrensgerechtigkeit. Diese versteht *Rawls* so, dass jedes Ergebnis gerecht ist, sofern das Verfahren gerecht ist und ordnungsgemäß angewendet wurde.[881] Wenn also die Gesellschaft nach den gerechten Grundstrukturen (im oben beschriebenen Sinne) ausgerichtet wurde, dann ist die Verteilung, die sich ergibt, gerecht, gerade weil sie entstanden ist: „Die Verteilung, die entsteht, ist fair, einfach weil sie das Ergebnis ist. Denn in diesem Fall [der reinen Verfahrensgerechtigkeit] gibt es kein unabhängiges Kriterium, unter Bezug auf welches ein Ergebnis als gerecht erkannt werden kann."[882] Vorteilhaft daran sei, dass die Überforderung und Komplexität vermieden wird, die die Verteilungsgerechtigkeit andernfalls stellen würde.[883]

Für die zweite Gruppe von Gütern, die nicht aus der gemeinsamen Zusammenarbeit der Gesellschaft entstanden ist, für die die Mitglieder der Gesellschaft demnach keine Ansprüche erworben haben können, sei „gemäß den Wünschen und Bedürfnissen zu verteilen oder sogar die Nutzensumme zu maximieren".[884] Dies seien Fragen der allokativen Gerechtigkeit.

878 *Höffe*, in: ders., John Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, S. 154.
879 *Rawls*, in: Horn/Scarano (Hrsg.), Philosophie der Gerechtigkeit, S. 355.
880 *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, § 14, S. 109.
881 *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, § 14, S. 107.
882 *Rawls*, in: Horn/Scarano (Hrsg.), Philosophie der Gerechtigkeit, S. 380.
883 *Rawls* verweist hier auf die unzähligen verschiedenen Einzelumstände der einzelnen Menschen und jede Veränderung der Situation der Menschen, die von der Verteilungsgerechtigkeit andernfalls zu bewältigen wären (Eine Theorie der Gerechtigkeit, § 14, S. 108).
884 *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, § 14, S. 109.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d. Libertarismus

Für die Strömung des Libertarismus[885] ist zentral, dass der Markt nicht als Mittel zur Verwirklichung bestimmter Vorstellungen über eine gerechte Verteilung benutzt werden dürfe. Eine gerechte Verteilung stelle sich vielmehr von selbst ein, d.h. ohne Eingriff des Staates. Wichtig ist allein, dass jeder das Recht zum Besitz und zur Transaktion hat. Dabei muss der Besitz gerecht zustande kommen und die Transaktion gerecht sein. Der Staat sei nur dazu da, den Schutz von Eigentumsrechten zu garantieren. Eine Besteuerung zur Verwirklichung anderer Ziele als den Eigentumsschutz wird abgelehnt.[886] Begründet wird dies mit Locke's Ausführungen zur Begründung eines ursprünglichen Aneignungs- und Ausschlussrechts.[887] In dem Recht an der (durch eigene Arbeit ursprünglich erworbenen) Sache ist das Recht am eigenen Körper enthalten. Die Besteuerung führt zu einer Belastung der eigenen Sachen mit einer Forderung und damit zu einer Inbesitznahme der Bürger durch den Staat.[888]

Zentral ist im Libertarismus folglich nicht das Ergebnis einer etwaigen Verteilung, sondern die Frage, ob das Ergebnis unter Achtung der (moralischen) Rechte (Recht auf Selbsteigentum/Achtung der Person) zustande gekommen ist.[889]

e. Zeitgenössische verdienstorientierte Ansätze

Die zeitgenössischen verdienstorientierten Ansätze verknüpfen die Frage nach einer gerechten Verteilung v.a. mit der Frage danach, wie sich der je-

885 Prominentester Vertreter ist wohl *Robert Nozick* mit seinem Werk ‚Anarchie, Staat und Utopia' von 1974.

886 *Lamont/Favor*, in: Zalta (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, unter 7.; zur Rolle des Staates innerhalb libertärer Ansätze siehe *Wendt*, in: Goppel/Mieth/Neuhäuser (Hrsg.), Handbuch Gerechtigkeit, Kapitel 32, S. 208.

887 Das Recht, andere vom Gebrauch einer Sache auszuschließen, geht aus dem Recht am eigenen Körper hervor. Wenn mit dem eigenen Körper Arbeit verrichtet wird an einer Sache, so vermischt sich hier die Arbeit mit der Sache und die ursprünglich fremde Sache wird so zur eigenen (*Locke*, Zwei Abhandlungen über die Regierung, Teil II, 5. Kapitel, § 27). Zu Locke als Grundlage des Libertarismus: *Wendt*, in: Goppel/Mieth/Neuhäuser (Hrsg.), Handbuch Gerechtigkeit, Kapitel 32, S. 205.

888 *Lamont/Favor*, in: Zalta (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, unter 7.

889 *Wendt*, in: Goppel/Mieth/Neuhäuser (Hrsg.), Handbuch Gerechtigkeit, Kapitel 32, S. 209.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

weilige Empfänger verdient gemacht hat.[890] Der Verdienst wird dabei zum einen in dem individuellen Beitrag zum Sozialprodukt gesehen, in dem betriebenen Arbeitsaufwand oder abhängig von den durch den Arbeitsaufwand erlittenen Kosten. Die Verteilung kann so Personen, die am Erwerbsleben nicht beteiligt sind, nicht einbeziehen. Der Verteilung liegt damit als vorrangiger Wert die Erhöhung des Sozialprodukts zugrunde, weil damit eine Steigerung des allgemeinen Lebensstandards vermutet wird.[891]

f. Nonegalitarismus

Die Gerechtigkeitstheorien, die die Gleichheit als ein wesentliches Prinzip der Gerechtigkeit begreifen, stehen seit der „Equality-of-What?"-Debatte der 1980er Jahre, die sich zu einer „Why-Equality?"-Debatte ausgewachsen hat, in der Kritik.[892] Die neue Egalitarismuskritik[893] bzw. der Nonegalitarismus wenden sich dagegen, der Gleichheit einen intrinsischen Wert zuzuschreiben und damit die Gleichheit als Ziel menschlichen Handelns anzuerkennen.[894] Ihnen geht es vorrangig um die Bestimmung eines absoluten Standards.[895] Wird der Standard nicht eingehalten, dann ist dies ungerecht. Als zum Standard zugehörig kann zum Beispiel der Zugang zu ausreichend Nahrung angesehen werden. Gerechtigkeit soll damit nicht mehr relational/in Bezug zu anderen bestimmt werden, sondern absolut.[896] Aufgrund der Komplexität der Gerechtigkeit erkennen sie als Verteilungsmaßstab mehrere Prinzipien an. Darunter fallen zum Beispiel das Leistungsprinzip, das Verdienstprinzip aber auch als eins unter den anderen das Gleichheitsprinzip.[897]

890 *Lamont/Favor*, in: Zalta (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, unter 6.
891 *Lamont/Favor*, in: Zalta (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, unter 6., m.w.N.
892 *Krebs*, in: dieselbe (Hrsg.), Gleichheit oder Gerechtigkeit, S. 7; *Hinsch*, in: Goppel/Mieth/Neuhäuser (Hrsg.), Handbuch Gerechtigkeit, Kapitel 12, S. 80.
893 Vgl. hierzu *Krebs*, in: dieselbe (Hrsg.), Gleichheit oder Gerechtigkeit, S. 7 ff.
894 *Krebs*, in: dieselbe (Hrsg.), Gleichheit oder Gerechtigkeit, S. 8 f., 17 f., 30.
895 Beispielsweise sei hier der Fähigkeiten-Ansatz (Capability-Ansatz) von *Amartya Sen* und *Martha Nussbaum* zu nennen.
896 *Krebs*, in: dieselbe (Hrsg.), Gleichheit oder Gerechtigkeit, S. 18, 31.
897 *Krebs*, in: dieselbe (Hrsg.), Gleichheit oder Gerechtigkeit, S. 28 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

V. Zusammenfassung - Verteilungsgerechtigkeit bezogen auf den Bodenschatzabbau

Aus der Knappheit der Ressourcen heraus resultiert eine Vielzahl von Nutzungskonflikten. Bodenschätze dürfen im Sinne der Ressourcenethik dann abgebaut werden, wenn die dem Abbau zugrundeliegende Güterverteilung in den verschiedenen Nutzungskonflikten als gerecht bewertet werden kann. Dies gilt auch für die Nutzungskonflikte, die beim Bodenschatzabbau mit den heute lebenden Menschen auftreten können.

Das BBergG trifft in diesem Spannungsverhältnis der Nutzungskonflikte heute lebender Menschen Verteilungsentscheidungen über positive Güter (Bergbauberechtigung, Recht an der Bodennutzung) und negative Güter (Risiken, negative Umweltauswirkungen). Das Gesetz muss so ausgestaltet sein, dass es gerechte Verteilungsentscheidungen über die negativen und positiven Güter selbst trifft oder eine Grundlage für gerechte Verteilungsentscheidungen sein kann. Der für die einzelnen Verteilungsentscheidungen über die verschiedenen Güter des Bergbaus herauszuarbeitende gesetzliche Verteilungsmaßstab lässt sich mit dem Maßstab der verschiedenen Theorien der Verteilungsgerechtigkeit abgleichen und auf dieser Grundlage bewerten.

Gesetzeshistorisch hat sich beispielsweise gezeigt, dass das BBergG den Nutzungskonflikt zwischen Grundeigentümer und Bergbauunternehmen (in der Tradition des PrABG stehend) nur unzureichend ausgestaltet hat. Aktuell stellt sich daher die Frage, ob die Änderung des BBergG durch die richterrechtliche Rechtsentwicklung, namentlich durch die Einführung einer Gesamtabwägung im Rahmenbetriebsplan für komplexe Großvorhaben, nun eine gerechte Verteilung des Rechts an der Bodennutzung vorsieht (hierzu unter Kapitel 4 B.).

Die neuzeitliche Kritik, dass die Gerechtigkeitsdiskussion zu sehr auf die Fragen der Verteilung reduziert werden, könnte für die vorliegende Arbeit weitere Diskussionsfelder eröffnen (zum Beispiel zur politischen Legitimität der Bergbehörde), macht aber die Frage nach der gerechten Verteilung nicht irrelevant.[898] Darüber hinaus sei darauf verwiesen, dass Fragen der (politischen) Partizipation in bergrechtlichen Entscheidungsprozessen unter dem Aspekt der Verfahrensgerechtigkeit betrachtet werden (Kapitel 6

898 Nach *Gosepath* ist auch die politische Legitimität wiederum nur eine Spielart der gleichen Idee des suum cuique und damit der Verteilungsgerechtigkeit (in: Kreide et al. (Hrsg.), Demokratie und Gerechtigkeit in Verteilungskonflikten, S. 38 ff.)

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

A.). Es gilt: Zwischenmenschliche Nutzungskonflikte müssen (auch) im Rahmen der Verteilungsgerechtigkeit gelöst werden.[899]

B. Nachhaltigkeitsgrundsatz

Der Nachhaltigkeitsgrundsatz kann wohl als Herzstück der Ressourcenethik bezeichnet werden. Der Begriff der Nachhaltigkeit ist ein vielschichtiger und komplexer Begriff.[900] Mit ihm stellen sich Anforderungen an den Umgang mit Ressourcen, die auf die zeitliche Dimension der Ressourcenschutzproblematik antworten.[901] Die Begrifflichkeit hat ihren Ursprung bekanntermaßen in der Forstwirtschaft des frühen 18. Jahrhunderts und bezeichnet das Prinzip, wonach nicht mehr Bäume abgeholzt werden dürfen, als im selben Zeitraum nachwachsen können.[902] Dieses Verständnis von der dauerhaften Erhaltung der Funktionsweise eines Systems (hier der Wald), wurde auf verschiedene Systeme, bis hin zum Gesamtsystem Erde, übertragen.[903] Die klassische Definition der nachhaltigen Entwicklung lieferte der Brundtland-Bericht von 1987, der das Ergebnis der Sachverständigenkommission WCED (World Commission on Environment and Development) der Vereinten Nationen war. Hiernach gewährleistet eine nachhaltige Entwicklung, dass die gegenwärtige Generation ihre Bedürfnisse befriedigt, ohne dabei das Vermögen von künftigen Generationen zu

899 *Heidrich*, Rechtsphilosophische Grundlagen des Ressourcenschutzrechtes, S. 112; ebenso erkannt von SRU, Stellungnahme Europäische Ressourcenschutzstrategie, S. 3.

900 *Grober*, Die Entdeckung der Nachhaltigkeit, S. 16 ff. Die Geschichte des Begriffs zeichnet nach: *Pufé*, Nachhaltigkeit, S. 37 ff. Zur Bedeutung und Geschichte der nahestehenden Begrifflichkeit der ‚nachhaltigen Entwicklung' siehe *Mathis*, Nachhaltige Entwicklung und Generationengerechtigkeit, 2. Teil, ab S. 65 ff.

901 *Ott*, in: Ott/Gorke (Hrsg.), Spektrum der Umweltethik, S. 33.

902 *Knoepffler*, Angewandte Ethik, S. 121; *Pufé*, Nachhaltigkeit, S. 37. *Grober* zeichnet schon frühere Ausdrücke der Nachhaltigkeitsidee nach, wie beispielsweise im Sonnengesang des Franziskus von Assisi (Die Entdeckung der Nachhaltigkeit, S. 43 ff.). Zur Wortschöpfung in der Forstwirtschaft durch Hans Carl von Carlowitz siehe *Grober,* Entdeckung der Nachhaltigkeit, S. 111 ff.

903 *Pufé* gibt als Definition an: „Nachhaltigkeit ist ein *ressourcenökonomisches Prinzip*, das gewährleistet, ein System in seiner Funktionsweise dauerhaft aufrechtzuerhalten." (Nachhaltigkeit, S. 20).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

beeinträchtigen, ihrerseits ihre Bedürfnisse zu befriedigen.[904] Im Kern der Nachhaltigkeit geht es damit um einen intra- und intergenerationell gerecht gestalteten Ausgleich der Interessen – oder mit anderen Worten um eine gerechte Verteilung von Ressourcen zwischen den heutigen und den künftigen Generationen.

Der Nachhaltigkeitsgrundsatz hat Einzug in nationale[905], europäische[906] und internationale[907] Rechtssetzungen gefunden. Erstmals rückte auch das BVerfG in seinem Klimaschutzbeschluss die gerechte Verteilung der Reduktionslasten zur Erreichung der verfassungsrechtlich geforderten Klimaneutralität zwischen den Generationen in den Vordergrund.[908] Neben der gerechten Verteilung der Lasten komme es auch auf eine „verhältnismäßige Verteilung von Freiheitschancen über die Generationen" an.[909] Es kam

904 „Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs." *WCED*, Our Common Future, S. 16.

905 Beispielsweise in § 1 EEG („nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung"), § 1 WHG („eine nachhaltige Gewässerbewirtschaftung"), § 17 II S. 1 BBodSchG („nachhaltige Sicherung der Bodenfruchtbarkeit und Leistungsfähigkeit des Bodens"). In Art. 20a GG taucht das Prinzip nicht namentlich auf. Der Verweis auf die Verantwortung für künftige Generationen wird aber als Implikation des Nachhaltigkeitsgrundsatzes gewertet (*Gärditz*, in: Beckmann et. al., Kommentar Landmann/Rohmer Umweltrecht, 102. EL September 2023, Art. 20a GG, Rn. 2).

906 Beispielsweise prominent in Art. 11 AEUV: „Die Erfordernisse des Umweltschutzes müssen bei der Festlegung und Durchführung der Unionspolitiken und -maßnahmen insbesondere zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung einbezogen werden."; Art. 3 III, V EUV; Art. 37 GRCh.

907 Beispielsweise: Art. 2 I des Pariser Abkommens vom 12.12.2015 („Dieses Übereinkommen zielt darauf ab, durch Verbesserung der Durchführung des Rahmenübereinkommens einschließlich seines Zieles die weltweite Reaktion auf die Bedrohung durch Klimaänderungen im Zusammenhang mit *nachhaltiger Entwicklung* und den Bemühungen zur Beseitigung der Armut zu verstärken, […]" (Hervorhebung N.L.).

908 Mit den Worten des BVerfG: „Die Grundrechte verpflichten den Gesetzgeber, die nach Art. 20a GG verfassungsrechtlich notwendigen Reduktionen von CO_2-Emissionen bis hin zur Klimaneutralität vorausschauend so zu gestalten, dass die damit verbundenen Freiheitseinbußen trotz steigender Klimaschutzanforderungen weiterhin zumutbar ausfallen und die Reduktionslasten über die Zeit und zwischen den Generationen nicht einseitig zulasten der Zukunft verteilt sind […]." (Beschluss v. 24.3.2021 - 1 BvR 2656/18, BVerfGE 157, 30 (135, Rn. 192)).

909 BVerfG, Beschluss v. 24.3.2021 - 1 BvR 2656/18, BVerfGE 157, 30 (4. Leitsatz) – Klimaschutz.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zu dem Schluss, dass die vom Klimaschutzgesetz vorgesehene Verteilung unverhältnismäßig zulasten der Zukunft geschehe.[910]

I. Zeithorizonte

Die zeitliche Dimension kann in zwei Hinsichten gedacht werden. Erstens, und dies entspricht dem gängigsten Gebrauch, setzt der relevante Zukunftshorizont zu der Zeit an, indem heute noch nicht lebende, zukünftige Generationen sein werden.[911] Die Beachtung der kommenden Interessen der Zukünftigen ist ein Aspekt der intergenerationellen Gerechtigkeit.[912] Zweitens wird der Zukunftshorizont auf die Lebensspanne der nachrückenden Generationen, d.h. der Kinder und Embryonen/Föten, bezogen (vgl. Abbildung 22). Die Frage, welcher der geforderte Umgang hinsichtlich dieser Zeitgenossen ist, stellt sich die intragenerationelle Gerechtigkeit. Der Übergang beider Zukunftshorizonte ist fließend, und eine Maßnahme zur Herstellung von Nachhaltigkeit kann sowohl nachrückende als auch zukünftige Generationen betreffen. Die Unterscheidung ist jedoch für die ethische Diskussion von Bedeutung, da die Bejahung und Begründung des moralischen Status von künftigen und nachrückenden Generationen unterschiedlich verläuft und die Begründbarkeit des moralischen Status von künftigen Generationen umstritten ist.[913]

910 BVerfG, Beschluss v. 24.3.2021 - 1 BvR 2656/18, BVerfGE 157, 30 (163 ff., Rn. 242 ff.) – Klimaschutz.

911 Zum vielschichtigen Begriff der Generation: *Birnbacher*, Verantwortung für zukünftige Generationen, S. 23 f.

912 Ein weiterer Aspekt ist beispielsweise die Frage nach der Staatsverschuldung (*Mazouz*, in: Düwell/Hübenthal/Werner (Hrsg.), Handbuch Ethik, S. 376; zur Betrachtung der Staatsverschuldung aus Perspektive der intergenerationellen Gerechtigkeit: *Strack*, Intergenerationelle Gerechtigkeit, S. 321 ff.).

913 *Birnbacher*, Verantwortung für zukünftige Generationen, S. 98 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

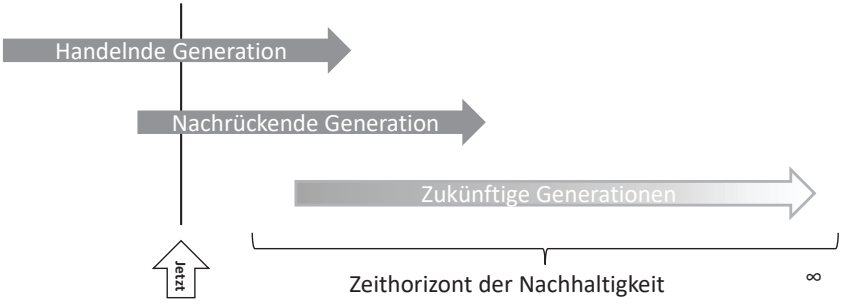

Abbildung 22: Zeithorizont der Nachhaltigkeit (eigene Erstellung)

I. Nachrückende Generationen

Der Zeithorizont, den das Nachhaltigkeitsprinzip für die nachrückenden Generationen in den Blick nehmen muss, ist abhängig von der Lebenserwartung. In Deutschland liegt die durchschnittliche Lebenserwartung bei der Geburt bei derzeit 81 Jahren.[914] Die maximal erreichte Lebensdauer von Menschen liegt bei 119-122 Jahren.[915] Sollte das Nachhaltigkeitsprinzip für nachrückende Generationen beachtet werden, müsste diese Zeitspanne in den Blick genommen werden. Beispielsweise hätte unter dem Aspekt der Nachhaltigkeit nur bezogen auf die nachrückenden Generationen die Erschöpfung von Rohstoffreserven in 150 Jahren keine Relevanz für aktuelles Handeln.[916]

914 Frauen haben dabei eine Lebenserwartung von 83,4 und Männer eine Lebenserwartung von 78,6 Jahren. (Statistisches Bundesamt <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Sterbefaelle-Lebenserwartung/_inhalt.html> (zuletzt abgerufen im Juli 2021)).

915 Die Französin *Jeanne Calment* soll im Altern von 122 Jahren, die US-Amerikanerin Sarah Knauss im Alter von 119 Jahren gestorben sein (hierzu Artikel Spiegel online „Streit über angeblich 122-Jährige, Älteste Frau der Welt - russische Forscher halten das für Betrug" vom 04.01.2019, im Internet abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/wissenschaft/mensch/jeanne-calment-forscher-streiten-ueber-angeblich-aelteste-frau-der-welt-a-1246404.html> (zuletzt abgerufen im Juli 2021)).

916 Vorausgesetzt die Qualität der Rohstoffe bliebe über die relevante Zeitspanne (80-120 Jahre) erhalten. Hierzu zählt auch, dass die Verschmutzungen der Umwelt nicht schon zu einer Beeinträchtigung der Lebensqualität der nachrückenden Generationen führen.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Zukünftige Generationen

Dass auf zukünftige Generationen, die gegenwärtig (noch) nicht sind, schon heute Rücksicht zu nehmen ist, dies mag intuitiv zu bejahen sein, ist aber in seiner Begründung in der ethischen Debatte äußerst umstritten.[917] Die ethische Pflicht zur Berücksichtigung von Interessen eines Subjekts setzt voraus, dass dieses als ‚moral patients' in Betracht kommt, mithin, dass sie ein Eigenrecht/einen Eigenwert besitzen. Künftige Generationen sind per Definition aber nichtexistent. Etwas Nichtexistentes kann aber an sich keine Ansprüche/Rechte haben.[918] Insofern ist die Frage, warum der Staat Verantwortung für künftige Generationen haben soll, wenn überhaupt, so nicht ohne weiteres zu beantworten.[919] Zumeist wird die Beantwortung in einem fingierten Reziprozitätsverhältnis von Gegenwärtigen und Künftigen gefunden. Diese Fiktion stützt sich auf die hohe Wahrscheinlichkeit, dass es Menschen auch zukünftig geben werde.[920] *Hans Jonas* kennzeichnet dies für eine ethische Debatte als unzureichend.[921] Umso problematischer ist dieser Ansatz für eine rechtliche Anwendung. Das Recht dient der Lenkung und Schlichtung von Interessenkonflikten. Den grundrechtlich geschützten Interessen von Rechtssubjekten sollen dann antizipierte Interessen von Nichtexistenten gegenübergestellt und gegeneinander abgewogen werden. *Jonas* setzt diesem Ansatz seine Verantwortungsethik entgegen, die von einer Verantwortung für die Erhaltung der Idee vom Menschen ausgeht.[922] Hieraus schließt er einen neuen Imperativ:

---

917 Aufgegriffen wurde die Frage der Begründbarkeit von *Hans Jonas* mit dem Werk „Das Prinzip Verantwortung".

918 Mit den Worten *Jonas'*: „Das Nichtexistierende stellt keine Ansprüche, kann daher auch nicht in seinen Rechten verletzt werden. Es mag sie haben, wenn es ist, aber hat sie nicht schon auf die Möglichkeit hin, dass es einmal sein werde. Vor allem hat es kein Recht darauf, überhaupt zu sein, bevor es in der Tat ist. Der Anspruch auf Sein beginnt erst mit dem Sein." (*Jonas*, Prinzip Verantwortung, S. 84).

919 *Bayertz*, Herkunft der Verantwortung, S. 61.

920 *Jonas* führt dies wie folgt aus und disqualifiziert es als nicht hinreichend für eine ethische Theorie: „Da spätere Menschen auf jeden Fall da sein werden, gibt ihnen, wenn es so weit ist, ihr unerbetenes Dasein das Recht, uns Frühere als Urheber ihres Unglücks zu verklagen, wenn wir durch sorgloses und vermeidbares Tun die Welt oder die menschliche Konstitution für sie verdorben haben." (*Jonas*, Prinzip Verantwortung, S. 85 f.).

921 Zugleich stellt *Jonas* fest: „Es muss [die Ethik] geben, weil Menschen handeln, und Ethik ist für die Ordnung der Handlungen und für die Regulierung der Macht zu handeln." (*Jonas*, Prinzip Verantwortung, S. 58).

922 *Jonas*, Prinzip Verantwortung, S. 91, 186 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„Handle so, dass die Wirkungen deiner Handlung verträglich sind mit der Permanenz echten menschlichen Lebens auf Erden."[923]

Weitere Begründungsansätze für eine moralische Berücksichtigung von zukünftigen Generationen halten die utilitaristische Zukunftsethik, die Gerechtigkeitstheorie von *John Rawls* sowie die kommunitaristische Zukunftsethik bereit.[924]

II. Starke und schwache Nachhaltigkeit

Aus dem Nachhaltigkeitsprinzip wurden zwei Nachhaltigkeitskonzepte entwickelt: die sog. schwache und die sog. starke Nachhaltigkeit. Dabei werden die Bereiche Naturkapital, Humankapital und Sachkapital gegenübergestellt. Das Sachkapital umfasst Produktionsgüter wie Maschinen, Gebäude, Werkzeuge. Unter dem Humankapital sind die menschlichen Fähigkeiten/Fertigkeiten und Wissen zu verstehen.[925] Es bereitet Schwierigkeiten das Naturkapital präzise zu bestimmen. Zum Naturkapital sind auf jeden Fall die Atmosphäre, das Klimasystem, die Böden, Flora und Fauna, die Gewässersysteme, Ökosysteme und die mineralischen Ressourcen zu rechnen.[926]

Die Grundannahme der schwachen Nachhaltigkeit ist es, dass Naturkapital grundsätzlich durch Sach- oder Humankapital substituierbar sei und die menschliche Wohlfahrt dabei konstant bleiben könne. Der technische Fortschritt spiele dabei eine entscheidende Rolle, weil er durch das gestiegene Wissen/Techniken (Humankapital) in ökonomischen Prozessen den Ressourceneinsatz verringern oder auch auf andere Ressourcen verlagern kann. Tatsächlich muss jedoch davon ausgegangen werden, dass sich Naturkapital nicht vollständig durch Sach- und Humankapital substituieren lässt.[927] Dies zeigt sich nicht allein darin, dass ökologische Systeme komplex und multifunktional sind, sodass eine Substitution auch alle Funktionen umfassen müsste, ohne zugleich neue Risiken entstehen zu lassen.[928] Das Konzept der schwachen Nachhaltigkeit nimmt weiterhin zumeist das

923 *Jonas*, Prinzip Verantwortung, S. 36.
924 Übersichtliche Erläuterung bei *Mathis*, Nachhaltige Entwicklung und Generationengerechtigkeit, Kapitel 5 III-VI.
925 Hierzu *Mathis*, Nachhaltige Entwicklung und Generationengerechtigkeit, S. 167.
926 SRU, Für eine neue Vorreiterrolle, BT-Drs. 14/8792, S. S. 64.
927 Hierzu SRU, Für eine neue Vorreiterrolle, BT-Drs. 14/8792, S. 59.
928 SRU, Für eine neue Vorreiterrolle, BT-Drs. 14/8792, S. 60.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einseitige Menschenbild des „homo oeconomicus" an, nach welchem das menschliche Leben vorwiegend auf die Optimierung des Güterkonsums ausgerichtet sei.[929] Hiervon ausgehend lasse sich die fragliche Grundannahme rechtfertigen, dass sich die künftigen Generationen auch mit der Kompensation des Naturkapitals einverstanden erklären würden.[930] Diese Kritikpunkte lassen das Konzept der schwachen Nachhaltigkeit mehr als fraglich erscheinen und es stellt sich die Frage, ob es heutzutage überhaupt noch in dieser Form ernsthaft vertreten wird.[931] Lediglich in dem Umgang mit den nicht-erneuerbaren Ressourcen scheint die Idee der Substituierbarkeit Bedeutung zuzukommen.

Auch das „Drei-Säulen-Modell" scheint dem Konzept der schwachen Nachhaltigkeit nahe zu stehen. Hiernach sollen ökonomische, ökologische und soziale Belange abstrakt gleichberechtigt nebeneinanderstehen und in Einklang gebracht werden.[932]

Als Gegenkonzept wurde das Konzept der sog. starken Nachhaltigkeit entworfen, wonach das Naturkapital an sich grundsätzlich konstant gehalten werden soll.[933] Die Grundannahme ist die, dass auch die Ökonomie eines funktionierenden Umwelt- und Naturhaushaltes bedarf und sie sich ihre eigenen Voraussetzungen nicht selbst schaffen kann, weswegen sich die wirtschaftlichen Aktivitäten im Rahmen der natürlichen/der planetaren Grenzen bewegen müssen.[934] Natürlich soll der Ansatz der starken Nachhaltigkeit nicht derart überzogen werden, dass jeglicher menschliche Ein-

929 SRU, Für eine neue Vorreiterrolle, BT-Drs. 14/8792, S. 59.

930 SRU, Für eine neue Vorreiterrolle, BT-Drs. 14/8792, S. 60. Weitere Kritikpunkte ausführlich ebenda, S. 59 ff.

931 So plädiert auch der SRU dafür, dieses Konzept aufzugeben (SRU, Für eine neue Vorreiterrolle, BT-Drs. 14/8792, S. 67).

932 *Knoepffler*, Angewandte Ethik, S. 122; *Rehbinder*, NVwZ 2002, 657. Dieses Konzept von Nachhaltigkeit legt *Frenz* seiner Untersuchung zugrunde, ob das BBergG nachhaltig sei (Bergrecht & Nachhaltige Entwicklung, S. 11). Seine Untersuchung kommt zu dem Ergebnis, dass das BBergG nachhaltig (i.S.d. schwachen Nachhaltigkeit) sei, und insofern kein Reformbedarf bestehe (Bergrecht & Nachhaltige Entwicklung, S. 103). Von diesem Konzept geht ebenso *v. Weschpfennig* aus und bezeichnet es als „herrschende[s]" Modell (Strukturen des Bergrechts, S. 28 f.).

933 *Ott/Döring*, zfwu 2001, S. 321.

934 SRU, Für eine neue Vorreiterrolle, BT-Drs. 14/8792, S. 64. *Mathis* bringt es folgendermaßen auf den Punkt: „Bei der schwachen Nachhaltigkeit ist die wirtschaftliche Entwicklung eine Voraussetzung für Umweltschutz, bei der starken Nachhaltigkeit hingegen ist Umweltschutz eine Voraussetzung für wirtschaftliche Entwicklung." (Nachhaltige Entwicklung und Generationengerechtigkeit, S. 167).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

griff in Natur und Umwelt als nicht nachhaltig gelten müsse.[935] Daneben bereitet es Schwierigkeiten das Naturkapital konkret zu bestimmen, um den Ansatz der starken Nachhaltigkeit für den Politikbereich zu operationalisieren.[936] Dies gilt gerade für den Bereich der abiotischen, nicht-erneuerbaren Rohstoffe.

III. Ressourcenfrage

In Bezug auf den Umgang mit nicht-nachwachsenden Rohstoffen muss bei Anwendung des Nachhaltigkeitsprinzips zwischen der Entnahme von Rohstoffen (Quelle) und der Nutzung der Natur als Deponie (Senke) unterschieden werden.

1. Nachhaltigkeitsgrundsatz angewendet auf die Entnahme

Es bereitet Schwierigkeiten, den Nachhaltigkeitsgrundsatz auf den Verbrauch von nicht-erneuerbaren Rohstoffen anzuwenden. Soll das Naturkapital konstant gehalten werden (im Verständnis der starken Nachhaltigkeit), so könnte dies ein vollständiges Verbot des Abbaus von abiotischen Rohstoffen bedeuten.[937] Hier finden sich zwei Ansätze, diejenigen, die an dem Grundsatz des konstanten Naturkapitals festhalten und die wohl verbreiteteren Ansätze, die (nur) einen schonenden und sparsamen Abbau zulassen und zugleich die Substitution des Ressourceneinsatzes vorantreiben.

a. Mögliche Festlegungen des Naturkapitals

Die Ansätze, die auch für die nicht-erneuerbaren Rohstoffe ein Konstanthalten des Naturkapitals fordern, müssen sich mit der Frage auseinandersetzen, worauf sich dieses Naturkapital bezieht. Das Naturkapital kann mit der Ressourcenbasis (gesamtes Vorkommen eines Rohstoffes in den Lagerstätten) oder mit Teilmengen der Ressourcenbasis, wie den Reserven (alle bekannten Vorkommen, die technisch/wirtschaftlich/rechtlich förde-

935 *Mathis*, Nachhaltige Entwicklung und Generationengerechtigkeit, S. 179.
936 SRU, Für eine neue Vorreiterrolle, BT-Drs. 14/8792, S. 65.
937 So Enquête-Kommission „Schutz des Menschen und der Umwelt", BT-Drs. 13-11200, S. 222 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rungsfähig sind) oder der Gesamtheit aus Reserven und spekulativem Bestand (alle vermuteten Rohstoffe oder jene, die derzeit noch nicht förderungsfähig sind) gleichgesetzt werden (siehe Abbildung 23).[938] Nimmt man ersteres an (die Gleichsetzung von Naturkapital mit der Ressourcenbasis), was zunächst nahe liegt, so führt dies zu einem vollständigen Verbot des Abbaus von abiotischen Rohstoffen. Jeder Abbau von abiotischen Rohstoffen würde das Naturkapital schmälern, welches im Sinne der starken Nachhaltigkeit konstant zu halten wäre. Die Sinnhaftigkeit des Gebots eines derart ausgeformten Nachhaltigkeitsgrundsatzes ist jedoch anzuzweifeln; so würde die Aufsparung der Rohstoffe für künftige Generationen diese auch nicht besserstellen, weil sie dem gleichen Verbot der Nachhaltigkeit unterlägen. Nimmt man die verschwindend geringe Erneuerungsrate der (am menschlichen Zeithorizont bemessenen) nicht-erneuerbaren Rohstoffe in den Blick, so ändert auch die hierauf bezogene mögliche Nutzung die Striktheit des Verbots nicht. Daneben wird eine Größe, die auch gesellschaftlich irrelevante, weil nicht verfügbare Mengen enthält (die Menge der völlig unbekannten und nicht förderungsfähigen Ressourcen) zur Grundlage des normativen Grundsatzes.[939] Ein Gebot, was dazu anhält auch die nicht verfügbaren Mengen unangetastet zu lassen, bedarf es jedoch nicht.

Setzt man das Naturkapital mit den Reserven gleich, dann ist der Zuwachs oder Schwund des Naturkapitals nicht nur von dem tatsächlichen Verbrauch abhängig, sondern auch den Schwankungen des Marktpreises, den Entwicklungen neuer Techniken und der Setzung von Rechtsrahmen unterworfen. Der so konkretisierten Maxime würde auch dann Genüge getan werden, wenn Maßnahmen anstatt auf die Schonung der Ressourcen, auf die Hebung des Marktpreises abzielen, neue Förderungstechniken entwickeln und unentdeckte Lagerstätten ausspähen – kurz auf die Überführung von Teilen des spekulativen Bestands in die Reserven. Ergebnis dieser Konkretisierung ist der dauerhafte Erhalt eines Konglomerats aus technischer, monetärer Größe der Abbaubarkeit einer bestimmten Menge.[940] Der eigentliche Maßstab des Erhalts eines status quo würde hier willkürlich

938 Zu den Begrifflichkeiten siehe Kapitel 1 A.

939 *Unnerstall* bezeichnet diese Größe daher als „fiktive Größe" (Rechte zukünftiger Generationen, S. 151).

940 *Unnerstall* weist daraufhin, dass es sich so letztendlich um einen sukzessiven Abbau und nicht um einen Naturerhalt handeln würde (Rechte zukünftiger Generationen, S. 146). *Unnerstall* schlägt vor, das Naturkapital mit dem technisch verfügbaren Anteil der Ressourcenbasis gleichzusetzen und dabei den der Berechnung zugrunde gelegten technischen Stand zu indexieren (ebenda, S. 148 f., 151 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gesetzt und sich gerade nicht an externen, durch die Natur vorgegebenen Faktoren, wie der Tragekapazität der Erde, bemessen.[941] Was der Maßstab der starken Nachhaltigkeit vorgibt, das Naturkapital zu erhalten, würde mit einem solchen sukzessiven Abbau gerade nicht eingelöst.

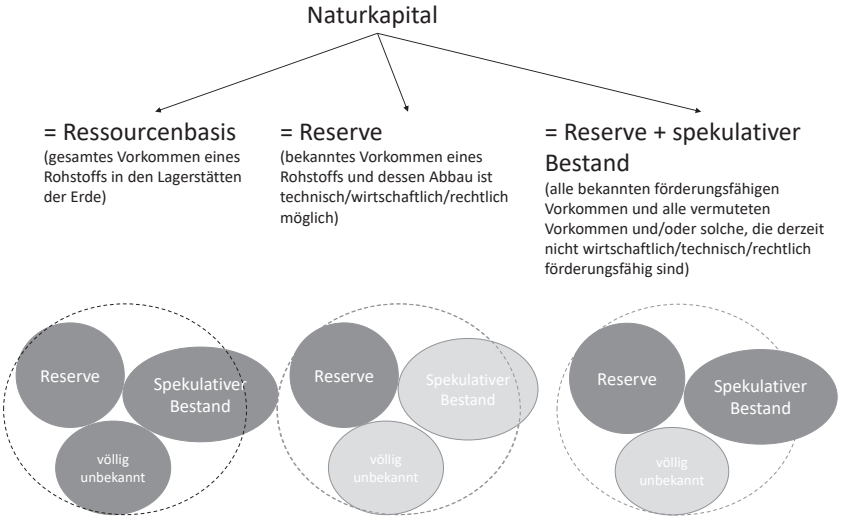

Abbildung 23: Mögliche Festlegungen des Naturkapitals im Sinne der starken Nachhaltigkeit (eigene Erstellung)

Setzt man das Naturkapital mit der Gesamtheit aus Reserven und Vorräten gleich, so sinkt das Naturkapital, wenn sich die Vermutungen über das Vorhandensein von Lagerstätten nicht bewahrheiten. Auch der Abbau von nicht-energetischen Rohstoffen, die in recycelbare Verwendungen einge-

941 Das Problematische dieses Ansatzes zeigt sich an der Rückübertragung der konkretisierten Maxime auf die erneuerbaren Ressourcen. Die Reserven des aktuell bestehenden Fischbestandes einer bestimmten Art bestünden danach in der Menge an Fischen, die mit den bestehenden Fangflotten und Fangmethoden gefischt werden können. Der spekulative Bestand liegt in der Menge an Fischen, die in bestimmten Regionen vermutet werden und die technisch und wirtschaftlich verfügbar gemacht werden könnten. Sollte nun eine Technik entwickelt werden, die auch in schwierigeren Umweltbedingungen Fische wirtschaftlich fördern kann, so steigen die Reserven (durch Überführung aus dem spekulativen Bestand), was dazu führt, dass mehr Fische gefangen werden dürften.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

speist werden, schlägt nicht negativ zu Buche, obwohl sich der energetische Aufwand für ihre Wiedergewinnung erhöht.[942]

b. Substitutionsregel

Diesen Schwierigkeiten der Festlegung des Naturkapitals entgeht der Ansatz, der den Nachhaltigkeitsgrundsatz für die abiotischen Rohstoffe zu der Substitutionsregel abwandelt. Die Substitutionsregel besagt, dass der Abbau in einem Verhältnis zur Bestandserhörung von funktionsäquivalenten Ressourcen stehen soll.[943] Die Enquête-Kommission „Schutz des Menschen und der Umwelt" führt diesen Grundsatz folgendermaßen aus: „Nicht-erneuerbare Ressourcen sollen nur in dem Umfang genutzt werden, in dem ein physisch und funktionell gleichwertiger Ersatz in Form erneuerbarer Ressourcen oder höherer Produktivität der erneuerbaren sowie der nicht-erneuerbaren Ressourcen geschaffen wird."[944] Damit wird einerseits auf die Substitution von nicht-erneuerbaren Rohstoffen durch erneuerbare oder recycelte Rohstoffe, andererseits auf die Verringerung des Verbrauchs durch Effizienzgewinne gesetzt. Hierbei drängt sich die Frage nach dem Abbau der Braunkohle auf, die durch die Verwendung der erneuerbaren Energien zur Energiegewinnung (in absehbarer Zeit vollständig) ersetzt werden kann.[945] Hierbei ist jedoch zu beachten, dass schon die Feststellung des benötigten Energiebedarfs, der Bewertung nach Ressourceneffizienz Stand halten muss. So kann beispielsweise der unnötige Energieverbrauch elektronischer Geräte im Bereitschafts- und im Aus-Zustand (Stand-By) im Sinne der Substitutionsregel nicht dazu führen, den Abbau von Braunkohle (noch) zu rechtfertigen.[946]

---

942 Bezüglich des Verbrauchs von nicht-energetischen abiotischen Rohstoffen weist *Unnerstall* darauf hin, dass der Verbrauch nicht dazu führt, dass die Rohstoffe verschwinden würden, sondern dazu, dass der energetische Aufwand, der für eine erneute Nutzung betrieben werden muss, um die Stoffe wiederzugewinnen, steigt (von *Unnerstall* als negativer Energiegehalt bezeichnet) (Rechte zukünftiger Generationen, S. 147 f.).

943 *Knoepffler*, Angewandte Ethik, S. 124.

944 Enquête-Kommission „Schutz des Menschen und der Umwelt", BT-Drs. 13-11200, S. 223.

945 Siehe die Begründung zum Kohleausstiegsgesetz: Gesetzesentwurf Kohleausstiegsgesetz vom 24.02.2020, BT-Drs. 19/17342.

946 Der Verbrauch im Bereitschaftsmodus lag im Jahre 2005 in der EU bei 47 TWh (Verordnung zur Durchführung der Richtlinie 2005/32/EG des Europäischen Parla-

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Auch der Abbau von Sand und Kies (der nur in den neuen Bundesländern unter das Regelungsregime des BBergG fallen kann, ansonsten aber einen erheblichen Anteil der deutschen Rohstoffgewinnung ausmacht) muss vor diesem Hintergrund neu bewertet werden. Von den in Deutschland abgebauten Sanden und Kiesen fließen ca. 95 % in die Bauindustrie.[947] Hier fordert die Substitutionsregel ein, dass der hohe Einsatz von Sanden und Kiesen nach der gängigen Bauweise reduziert wird. Dies erfordert neue Baukonzepte, so zum Beispiel das Bauen mit (nachhaltig geschlagenem) Holz, der prinzipiell als nachwachsender Rohstoff zur Verfügung stehen kann.[948]

c. Schonender und sparsamer Abbau

Für die Stoffe, die sich nach dem gegenwärtigen Stand der Technik nicht substituieren lassen, kommt der Maßstab des schonenden und sparsamen Abbaus in Betracht. Der Bodenschatzabbau muss notwendig sein. Dies ist er immer dann nicht, wenn Wiedergewinnungsmöglichkeiten aus Abfällen oder Reststoffen vorliegen oder Ersatzstoffe den Abbau von Bodenschätzen überflüssig werden lässt (Ressourceneffizienz). Die Kreislaufwirtschaft ist damit die notwendige Ergänzung eines nachhaltigen Bergrechts. Die Notwendigkeit des Bodenschatzabbaus muss sich aber auch an dem Einsatz der Rohstoffe am Wirtschaftsprodukt selbst messen lassen; auch der Bodenschatzabbau für Wegwerfartikel, für Artikel mit geplanter Obsoleszenz, für Artikel mit nicht reparierfähigem Produktdesign und ähnliche Produkte steht im Widerspruch zu den Anforderungen des Nachhaltigkeitsgrundsatzes (Ressourcenschonung).

Neben diesen eindeutigen Fällen, in denen die Notwendigkeit nicht vorliegt, stellt sich die Frage, woran darüber hinaus der Nachhaltigkeitsgrundsatz den möglichst geringen Einsatz von Mitteln/das Notwendige messen lassen will; was ist im Sinne des Nachhaltigkeitsgrundsatzes notwendig? Hier kommen verschiedene Bezugsgrößen in Betracht. Zum einen ließe sich die Notwendigkeit abhängig von der Nachfrage am Markt bestimmen; insofern eine Nachfrage nach dem (verarbeiteten) Rohstoff vorhanden ist,

---

ments und des Rates in Hinblick auf die Festlegung von Ökodesign-Anforderungen an den Stromverbrauch elektrischer und elektronischer Haushalts- und Bürogeräte im Bereitschafts- und im Aus-Zustand, KOM(2008)1275, L 339/45).

947 BGR, Deutschland – Rohstoffsituation 2019, S. 51.

948 Hierzu *Ludwig/Purkus/Pannicke/Gawel*, DÖV 2017, S. 985 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

so ist der Bodenschatzabbau in der Regel auch notwendig im Sinne des Gebots des sparsamen Umgangs mit nicht-erneuerbaren Rohstoffen. Hinter der Bezugsgröße „Nachfrage des Marktes" findet sich der derzeitig hohe Ressourcenverbrauch wieder. Würde man hierauf im Gebot der Nachhaltigkeit rekurrieren, würde der aktuelle Ressourcenverbrauch des Ist-Zustandes das Soll-Gebot der Nachhaltigkeit erheblich bestimmen. Strenge Einschränkungen des nicht-erneuerbaren Ressourceneinsatzes wären so nicht zu erwarten.

Daneben ließe sich die Notwendigkeit auch in Bezug zu menschlichen Bedürfnissen stellen. Es finden sich verschiedene Ansätze, die menschlichen Bedürfnisse zu hierarchisieren. Auch die Wertordnung des Grundgesetzes hierarchisiert bestimmte Freiheitsausübungen als relevanter gegenüber anderen Freiheitsausübungen. Letztendlich ginge es hier um einen Abgleich der Wichtigkeit der menschlichen Bedürfnisse der heutigen Generationen gegenüber den Bedürfnissen der künftigen Generationen. Sollte es hier zu (krassen) Missverhältnissen kommen, dann könnte nicht von einem notwendigen Abbau im Sinne des Nachhaltigkeitsgrundsatzes gesprochen werden. Diese Bezugsgröße ist weit schwieriger zu handhaben, weil hinter dieser Bezugsgröße die Fragen über das gute Leben stehen.

Im Rahmen der Zulassungsfragen des Abbaus von Bodenschätzen stellt sich die Frage, inwieweit Informationen über die spätere Verwendung der zu hebenden Bodenschätze bereitstehen oder ermittelt werden können. In Bezug auf den Abbau von Braunkohle und Sanden/Kiesen scheint dies noch einfach zu beantworten zu sein. Für Rohstoffe, die sich für vielfältige Verwendungen eignen, könnte die Einschätzung, welche stoffliche Dienstleistung mit dem Abbau vorangetrieben wird und wie diese zu bewerten ist, schwieriger sein. So hat beispielsweise der Bodenschatz Eisenerz als stoffliche Grundlage der Stahlproduktion ein weites Anwendungsfeld.

Umso wichtiger scheint es vor diesem Hintergrund, dass das Bergrecht im Kontext mit Gesetzen steht, die eine nachhaltige Rohstoffnutzung voranbringen.

2. Nachhaltigkeitsgrundsatz angewendet auf die Senken(-funktion)

Für die Senkenfunktion der Umwelt ist das Nachhaltigkeitskonzept in der klassischen Form anzuwenden, insofern als die Umwelt nicht mehr verschmutzt werden sollte, als die Umweltmedien filtern und aufnehmen können. Diese Senkenfunktion der Umwelt wird auch als Ökosystemdienstleistung betrachtet.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

IV. Zusammenfassung

Der Nachhaltigkeitsgrundsatz fordert eine gerechte Verteilung von Gütern und Lasten zwischen den heutigen und den künftigen Generationen. Die ethische Begründung des Nachhaltigkeitsgrundsatzes unterscheidet zwischen den Interessen der nachrückenden Generationen, also der heute lebenden Embryos, Säuglinge, Kinder und Jugendlichen, und den Interessen der künftigen Generationen, der heute noch nicht Lebenden. Für die Untersuchung dieser Arbeit wird der Nachhaltigkeitsgrundsatz auf die Herstellung der intergenerationellen (Verteilungs-)Gerechtigkeit beschränkt, da die Berücksichtigung der derzeit Lebenden schon im Rahmen der Frage über die (klassische) Verteilungsgerechtigkeit Berücksichtigung finden müssen.

Für den Abbau von nicht-erneuerbaren Rohstoffen werden verschiedene Gebote aus dem Nachhaltigkeitsprinzip entwickelt. Hinsichtlich der mit dem Abbau von Bodenschätzen verbundenen Lasten – die Freisetzung von Schadstoffen (auch von klimaschädlichen Treibhausgasen) – gilt das Verbot, dass nicht mehr Schadstoffe freigesetzt werden dürfen, als die Umweltmedien dauerhaft aufzunehmen und zu filtern in der Lage sind. Wenn es um die Verteilung der positiven Güter des Bergbaus geht, konkurrieren oder ergänzen sich verschiedene Ansätze. Die Ansätze, die im Sinne der starken Nachhaltigkeit das Naturkapital konstant halten wollen, führen entweder zu einem vollständigen Verbot des Abbaus oder zu einem sukzessiven Abbau, der von der Frage der wirtschaftlich/rechtlichen/technischen Verfügbarkeit (und damit letztendlich nicht vom Naturkapital) abhängig gemacht wird.

Überzeugender scheint es deswegen auf die Substitutionsregel und/oder auf das Gebot des schonenden und sparsamen Abbaus abzustellen. Mit der Substitutionsregel dürfen nur so viele Bodenschätze abgebaut werden, wie gleichwertiger Ersatz an nachwachsenden Rohstoffen für die nachrückenden und künftigen Generationen bereitgestellt werden kann. Hiermit verschiebt sich der Fokus von dem einzusetzenden Naturmaterial hin zu dem Produkt/der stofflichen Dienstleistung, die auch den künftigen Generationen für sich in Anspruch nehmen können sollen (beispielhaft lässt sich der Umstieg der erdölbasierten hin zu einer grünen Chemie nennen).

Wohl ergänzend kommt das Gebot hinzu, dass der Abbau schonend und sparsam erfolgen solle. Hier kann die Frage, in welchem Grad ein sparsamer Abbau geboten ist, bzw. welcher Bodenschatzabbau wofür notwendig ist, zu einem strengeren oder weniger strengen Nachhaltigkeitslevel führen.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ob und welche Ausformung der Nachhaltigkeit die Regelungen des BBergG ins Auge fassen und inwiefern sie zu einem in diesem Sinne nachhaltigen Abbau von Bodenschätzen in Deutschland beitragen, bleibt zu untersuchen und zu bewerten.

C. Verfahrensgerechtigkeit

Das Verfahren ist kein ethisch irrelevanter Ort, sondern wie jeder Ort der zwischenmenschlichen Interaktion auch den Überlegungen zugänglich, wie Menschen in diesem Lebensbereich interagieren sollen.[949] Die Verfahrensvorschriften, die diesen Lebensbereich strukturieren und vorgeben, sind insofern auch der ethischen Überprüfung zugänglich.[950] Für diese Arbeit stellt sich somit die Frage, ob die Verfahren über den Zugang und die Gewinnung der Bodenschätze im BBergG als gerechte Verfahren im Sinne der Verfahrensgerechtigkeit ausgestaltet worden sind.

Ein Verfahren ist ein zielgerichteter, menschengesteuerter Vorgang. Sein Ziel es ist, die am Anfang bestehende Ungewissheit des Verfahrensausgangs zu beseitigen, um in eine Entscheidung zu münden.[951] Hierunter fallen alle Gerichtsverfahren, aber auch die Verwaltungs- und Gesetzgebungsverfahren.[952] Die Verfahrensvorschriften bestimmen nicht den kognitiven Entscheidungsvorgang an sich, sondern stecken lediglich den äußeren Rahmen für den inneren Vorgang des Entscheidungsträgers ab.[953] Dieser äußere Rahmen ist ein strenges Korsett der Formalitäten. Sie geben dem Verfahren eine Ordnung durch die Festlegung wann (Fristen), in welcher Form, in welcher Reihenfolge bei welchem Entscheidungsträger (Zuständigkeit) bestimmte Handlungen vorgenommen werden dürfen.[954]

---

949 *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 19 f., 23 f.

950 *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 201; *Hinsch*, in: Goppel/Mieth/Neuhäuser (Hrsg.), Handbuch Gerechtigkeit, S. 138.

951 *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 47; *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 44; *Hinsch*, in: Goppel/Mieth/Neuhäuser (Hrsg.), Handbuch Gerechtigkeit, S. 138.

952 Auch das politische Wahlverfahren wird als ein solches Verfahren verstanden (*Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 44). Bei den Ausführungen zur Verfahrensgerechtigkeit, soll mit Blick auf die Anwendung auf das BBergG nur auf die rechtsanwendenden rechtlichen Verfahren eingegangen werden.

953 *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 45.

954 *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 47.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Verfahrensgerechtigkeit hält verschiedene, ergänzende und sich teilweise widersprechende Prinzipien bereit. Als Grundbedingungen jeder Verfahrensgerechtigkeit stehen dabei die Prinzipien der Informiertheit, der Unvoreingenommenheit, der rationalen Begründbarkeit und die Beteiligung der Verfahrensteilnehmer im Vordergrund.[955]

Die verschiedenen Prinzipien der Verfahrensgerechtigkeit können je nach ihrer Zielrichtung vier verschiedenen Ausprägungen der Verfahrensgerechtigkeit zugewiesen werden, wobei ein Prinzip auch mehrere Aspekte der Verfahrensgerechtigkeit bezwecken kann (die Zuordnung ist insofern nicht als ausschließlich zu verstehen). Die Ausprägungen der Verfahrensgerechtigkeit sind die absichernde, die interne und die sanktionierende Verfahrensgerechtigkeit sowie die Verfahrensbilligkeit (vgl. Tabelle 2, S. 244).[956] Sie werden im Folgenden mit ausgewählten, ihnen zugeordneten Prinzipien vorgestellt.

I. Absichernde Verfahrensgerechtigkeit

Da der Entscheidungsvorgang als solcher nicht Bestandteil der Verfahrensvorschriften sein kann, kann das gerechte Verfahren auch keine materiell gerechte Entscheidung garantieren. Es muss so aufgebaut sein, dass es eine materiell gerechte Entscheidung strukturell fördert.[957] Die mit der dienenden Funktion des Verfahrens korrespondierende Verfahrensgerechtigkeit wird absichernde Verfahrensgerechtigkeit[958] oder Verfahrensgerechtigkeit im weiteren Sinne[959] genannt. Entscheidend für das Verständnis der absichernden Verfahrensgerechtigkeit ist dabei aber die Vorfrage, was es heißt von einer materiell gerechten Entscheidung zu sprechen.

Mit der Frage danach, ob eine Entscheidung gerecht ist, wird (scheinbar) allein das Ergebnis bewertet. Unvoreingenommen liegt der Bewertung ein Vergleich mit einem idealen Ausgang des Konflikts aus einer allwissenden Perspektive zugrunde.[960] Diese Auffassung von gerechter Entscheidung

955 *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 136, 138.
956 *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 134.
957 *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 134.
958 *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 134 ff.
959 *Neumann, U.*, Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren, S. 63.
960 *Hinsch* unterscheidet diesbezüglich zwischen „vollkommener" und „unvollkommener Verfahrensgerechtigkeit" (in: Goppel/Mieth/Neuhäuser (Hrsg.), Handbuch Gerechtigkeit, S. 138 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gleicht der einer naturwissenschaftlichen Erkenntnis.[961] Die Bewertung der gerechten Entscheidung ist wie die Bewertung der abgeschossenen Pfeile auf eine Zielscheibe, wobei nur der Pfeil, der ins Schwarze getroffen hat, als die gerechte Entscheidung zu bewerten ist. Problematisch an dieser Betrachtung ist jedoch, dass auch ein Zufallstreffer als gerechte Entscheidung gelten müsste.

Dies aufgreifend sieht eine zweite Auffassung dasjenige als gerecht an, was gerechtfertigt werden kann.[962] Hierbei wird berücksichtigt, dass die Entscheidung aus dreierlei Gründen ungerecht werden kann. Zunächst muss der Sachverhalt hinreichend aufgeklärt und wahr sein.[963] Dabei wird aus dem tatsächlichen Lebenssachverhalt der rechtlich relevante Teil ausgeschnitten, um als juristischer Sachverhalt der Rechtsanwendung zur Verfügung zu stehen. Dabei kann kein Kenntnisstand der lückenlosen Sachverhaltsaufklärung erfolgen, wonach jeglicher Zweifel ausgeschlossen ist. Das menschlich begrenzte Erkenntnisvermögen lässt nichts anderes zu. Solche Lücken der Sachverhaltsaufklärung müssen durch juristische Beweislastregeln oder die (richterliche) Beweiswürdigung überbrückt werden.[964] Schon in der Feststellung des Sachverhalts liegt damit eine Auswahl. Mehrere Sachverhaltsfeststellungen unterschiedlicher Entscheidungsträger über dasselbe Lebensgeschehen können gerechtfertigt sein, die unterschiedliche, aber für sich gerechtfertigte Entscheidungen hervorbringen.

Zum zweiten muss das Gesetz gerecht angewendet werden. Die Rechtsanwendung ist keine mechanistische Subsumption, sondern ihr liegt eine intellektuelle Leistung zugrunde.[965] Hierdurch kann auch nicht von der einzig gerechten Entscheidung gesprochen werden, sondern es gibt eine Variationsbreite möglicher gerechter Entscheidungen. Offensichtlich ist dies beispielsweise bei der Ausfüllung von unbestimmten Rechtsbegriffen. Zuletzt muss das Gesetz an sich gerecht sein.

Es kann also mehrere gerechtfertigte und in diesem Sinne gerechte Entscheidungen geben. An diese Bewertung einer Entscheidung als gerecht ist aber der Entstehungsprozess der Entscheidung geknüpft.[966] Der Vorwurf, dass beispielsweise sich der Sachverhalt doch anders zugetragen habe, erschüttert die Entscheidung nur dann und lässt sie als ungerecht erscheinen,

961 *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 136, vgl. auch Fn. 18.
962 *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 136.
963 *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 137 f.
964 Hierzu *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 125 ff.
965 *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 203.
966 *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 136, 207, 211.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wenn die Sachverhaltsermittlung vorwerfbar fehlerhaft war. Hätte der Entscheidungsträger den tatsächlichen Sachverhalt nicht wissen können, war seine Entscheidung trotzdem gerecht. Einem Zufallstreffer fehlt aber die Grundlage, durch die er sich rechtfertigen lassen kann. In diesem zweiten Sinn muss die gerechte Entscheidung „nur" überhaupt die Zielscheibe treffen. Fragt man danach, wieso der Pfeil nicht näher in der Mitte eingeschlagen ist, so kann der Schütze beispielsweise auf die Unwissenheit über die Windstärke verweisen, die basierend auf sachlichen Annahmen vertretbar eingeschätzt wurde.

Beide Bedeutungen der materiell gerechten Entscheidung sind für das Verständnis der Verfahrensgerechtigkeit von Bedeutung. Zum einen zielt das Verfahren auf die materiell (ideale) gerechte Entscheidung ab. Sie kann nämlich nur auf etwas abzielen, was ihr vorausliegt, mit anderen Worten kann sie nicht auf etwas abzielen was sie denknotwendig mitproduziert.[967] Zugleich schafft das gerechte Verfahren die Möglichkeit die entstandene Entscheidung zu rechtfertigen und damit mit einer gerechtfertigten und dadurch gerechten Entscheidung, die von der ideal gerechten Entscheidung abweichen kann, abzuschließen. Nur in diesem zweiten Sinne ist das gerechte Verfahren eine Grundvoraussetzung für die Erreichung einer gerecht(fertigt)en Entscheidung.[968]

Im Sinne der absichernden Verfahrensgerechtigkeit müssen die Verfahren um den Abbau von Bodenschätzen so ausgestaltet sein, dass sie auf eine ideal materiell gerechte Entscheidung abzielen. Durch dieses Abzielen auf eine materiell gerechte Entscheidung in einem gerechten Verfahren entsteht eine gerechtfertigte und damit eine, vor dem begrenzten menschlichen Erkenntnishorizont, gerechte Entscheidung. Hierzu ist es essentiell, dass überhaupt ein ordnendes und transparentes Verfahren (1.) vorhanden ist, welches auf der Grundlage von umfassenden Informationen (2.) zu einer Entscheidung führt, die rational begründet werden kann (3.).[969]

967 *Luhmann* weist daraufhin, dass ein Verfahren nur dann erforderlich ist, wenn es keine einzig richtige Entscheidung gibt oder falls es diese gäbe, diese nicht auffindbar ist (Legitimation durch Verfahren, S. 60).

968 *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 211.

969 *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 136 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Ordnendes und transparentes Verfahren

Jede Zuschreibung von materiellen Rechten ist in letzter Konsequenz wirkungslos, wenn dem Rechtsträger nicht auch die Möglichkeit gegeben wird ein Verfahren zu beschreiten, um seine Rechte geltend zu machen/Rechtsverstöße zu ahnden. *Hannah Arendt* hat dies als das Recht auf Rechte verstanden, welches allen anderen Rechten vorausgeht.[970] Oder mit anderen Worten setzt eine materiell gerechte Entscheidung eine Entscheidungssituation, d.h. ein Verfahren voraus. Die Verfahrensgerechtigkeit fordert somit, dass überhaupt gesetzlich ein Verfahren vorhanden, zugänglich und ausgestaltet ist.[971] Dieses muss auch transparent und rational sein.

An sich hält das BBergG verschiedene Verfahren bereit. Ob diese Verfahren auch für die vom Bergbau Benachteiligten offen sind, wird zu untersuchen sein. Hier hat die Rechtsentwicklung gezeigt, dass die Rechte der Grundeigentümer und diejenigen, die von potentiellen Bergschäden betroffen sein könnten, unzureichend in die Verfahren einbezogen wurden. Ob die derzeitige Ausgestaltung der bergrechtlichen Verfahren nun den Anforderungen des Prinzips ‚vorhandenes ordnendes und transparentes Verfahren' für die vom Bergbau Benachteiligten gerecht wird, ist fraglich. Daneben ist auch an den Einbezug der Interessen der künftigen Generationen zu denken.

Weiterhin sind erhebliche Zweifel anzumelden, ob das BBergG in der Überformung des Richterrechts tatsächlich Verfahren und Verfahrensstufungen bereithält, die sich dem Rechtsanwender und den Verfahrensbeteiligten auftun; oder ob das BBergG auch in seiner Verfahrensgestaltung eine Komplexität erreicht hat, die der ordnenden Kraft und der Transparenz des Verfahrens entgegenwirkt.

2. Umfassende Informationen als Entscheidungsgrundlage

Das Mittel, um einer ideal gerechten Entscheidung (eines Allwissenden) möglichst nahezukommen, ist die möglichst umfassende Informiertheit über den Sachverhalt.[972] Aber auch die getroffene Entscheidung lässt sich nur dann rechtfertigen, wenn dies auf Grundlage der eingehenden Kenntnis des Sachverhalts geschieht. Das Anhörungsrecht der Verfahrensbeteilig-

970 *Arendt*, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft, S. 605 ff.
971 *Hollerbach*, Gerechtigkeit und Recht, Sp. 901.
972 *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 137 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ten trägt zur Aufklärung über den Sachverhalt bei und ist dieser Funktion der absichernden Verfahrensgerechtigkeit zuzuordnen.[973]

Bei diesem Prinzip der Verfahrensgerechtigkeit kommt die Frage auf, ob es der gesetzlichen Ausgestaltung und auch der Behördenpraxis entspricht, die für den Abbau der Bodenschätze sprechenden Aspekte so umfassend wie möglich und nötig zu ermitteln. Nur mit der möglichst genauen Bewertung des Gewichts der Bergbauinteressen kann eine gerechte Abwägung gelingen. Um das Gewicht der Bergbauinteressen zu bestimmen, müssten unter anderem folgende Informationen ermittelt werden: Wie wird der Rohstoff verwendet? Welche stofflichen Dienstleistungen werden mit ihm erbracht? Welche Wichtigkeit hat diese Verwendung? usw.

3. Rationale Begründbarkeit der Entscheidungen

Eine gerechtfertigte Entscheidung muss rational begründbar sein. Die Voreingenommenheit des Entscheidungsträgers ist unsachlich und vermag die Entscheidung damit nicht rational zu begründen.[974] Folgende Prinzipien unterstützen die Unvoreingenommenheit: die Unabhängigkeit des Entscheidungsträgers, der Grundsatz des gesetzlichen Richters, Befangenheits- und Ausschließungsregeln (wozu auch das Verbot zählt, in eigener Sache Richter zu sein).[975]

Die Rechtfertigbarkeit einer Entscheidung wird darüber hinaus von der Begründungspflicht des Entscheidungsträgers unterstützt. Zum einen erfolgt dies dadurch, dass diese Pflicht schon zu Anfang des Verfahrens droht und schon zu Beginn dazu führen soll, illegale Vereinfachungen des Entscheidungsprozesses[976] (wie die Entscheidung nach Vorurteilen) zu verhindern.[977] Von dieser Begründung ist aber auch die Durchführung des Instanzenzugs abhängig.[978] Der Instanzenzug wiederum gibt dem Erreichen der ideal materiell gerechten Entscheidung und dem Herstellen

973 *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 137 f.
974 *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 138 f.
975 *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 139 f.
976 Terminologie nach *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 66.
977 Natürlich kann von einer solchen illegalen Vereinfachung Gebrauch gemacht werden, ohne dass dies aus der Begründung ersichtlich wird (*Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 66); *Hoffmann* jedoch meint, dass dies wohl nur ausnahmsweise gelänge (Verfahrensgerechtigkeit, S. 139).
978 *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 139.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einer gerechtfertigten Entscheidung eine zweite Chance, ähnlich wie die Verfahrensbilligkeit, und fördert damit die materiell gerechte Entscheidung.

Die rationale Begründbarkeit muss auch für die einzelnen Prozessentscheidungen im Verfahrensablauf gelten, wodurch die Gerechtigkeit im Verfahren (interne Verfahrensgerechtigkeit) gefördert wird. So wird das Verfahren transparent und in gewissem Umfang vorhersehbar. Die Verfahrensbeteiligten können so das Ausmaß der Folgen ihrer Handlungen absehen und werden dadurch überhaupt erst in die Lage versetzt, sich als Subjekt bewusst in das Verfahren einzubringen. Hierzu tragen auch die Formvorschriften im Verfahren bei, die festlegen, an welche Handlungen überhaupt Handlungsfolgen geknüpft werden dürfen und wie bestimmte Handlungen zu verstehen sind.[979]

Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob die Nachholbarkeit der Gesamtabwägung, die als nachvollziehende Abwägung im Kontext einer gebundenen Entscheidung ergeht und derart sogar noch im sich anschließenden Gerichtsverfahren unschädlicherweise nachgeholt werden kann, der geforderten rationalen Begründbarkeit der Entscheidung zuwiderläuft. Ist sie derart nachgeschoben, so kann die Pflicht zur rationalen Begründung die Entscheidung um die materiell gerechte Entscheidung gar nicht mehr prägen.

Auch stellt sich die Frage, ob die gebundene Entscheidung in der Erteilung der Bergbauberechtigung und in der Zulassung des Rahmenbetriebsplans dazu führt, dass die Pflicht zur rationalen Begründbarkeit der Entscheidung nachlässt, sofern sich die Behörde für das Abbauvorhaben entscheidet und so der gesetzlichen Entscheidungsdynamik folgt.

II. Interne Verfahrensgerechtigkeit

Umstritten ist, ob, über diese dienende Funktion hinaus, das gerechte Verfahren an sich die Entscheidung überhaupt erst legitimieren kann und somit eine eigenständige Funktion erhält.[980] Eine noch weitergehende Ansicht, zieht sich nur auf die Erarbeitung von Verfahrensvorschriften zurück und verneint die Möglichkeit materielle Verteilungskriterien zu

979 *Hoffmann* sieht die Formvorschriften im Zusammenhang mit drei Funktionen: „1. Herstellung von Rechtssicherheit, 2. Sicherung der Wahrheitsermittlung und von materieller Gerechtigkeit 3. Rationalisierung des Verfahrensablaufs." (Verfahrensgerechtigkeit, S. 49).

980 *Kloepfer*, Umweltgerechtigkeit, S. 47 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

erarbeiten.[981] Diese unterschiedliche Sichtweise auf die Aufgaben eines Verfahrens schlägt sich auch auf die Theorien zur Verfahrensgerechtigkeit nieder.[982] Wird die eigenständige Aufgabe des Verfahrens anerkannt, so werden der Verfahrensgerechtigkeit auch die Prinzipien zugeschrieben, die Gerechtigkeit im Verfahren schaffen sollen.[983] Dies betrifft dann die sog. interne Verfahrensgerechtigkeit bzw. Verfahrensgerechtigkeit im engeren Sinne.[984] Als Prinzipien der internen Verfahrensgerechtigkeit sind die Prinzipien besonders prominent, deren Verfahrensnormen dazu führen, dass ein von der materiellen Rechtslage abweichendes Ergebnis erzielt wird. Diese Verfahrensnomen stehen beispielsweise einer vollständigen Aufklärung des Sachverhalts, dem vollständigen Einbringen der Ergebnisse der Sachverhaltsaufklärung oder der Korrektur sachlich falscher Ergebnisse entgegen.[985] Im Folgenden wird das Prinzip des dialogbereiten Verfahrens und das Gleichbehandlungsgebot vorgestellt.

1. Achtung der Verfahrensteilnehmer als Subjekte - Dialogbereites Verfahren

Als ein Aspekt der Verfahrensgerechtigkeit gilt die Forderung danach, dass die Verfahrensbeteiligten eine Chance zur Geltendmachung ihrer eigenen Interessen haben müssen.[986] Das heißt, dass sie als Argumentationspartner[987] in Betracht kommen und nicht nur als mögliche Quelle der Sachverhaltsermittlung (so aber der Grundsatz: da mihi factum, dabo tibi ius[988]).

981 *Gethmann*, in: Gethmann/ Kloepfer/Reinert (Hrsg.), Verteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat, S. 8.

982 Diese sind nicht zu verwechseln mit den prozeduralen Theorien der Gerechtigkeit. Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit setzen zur Begründung und Förderung der Gerechtigkeit eines Ergebnisses auf die Durchführung eines Verfahrens. Insbesondere zählen hierzu die Theorien der Entscheidungs-, Diskurs- und Vertragstheorie (*Tschentscher*, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, S. 22, 45, 119). Die Theorien zur Verfahrensgerechtigkeit haben die Gerechtigkeit im Verfahren zum Gegenstand.

983 *Henckel*, Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen, S. 12, 25.; *Neumann, U.*, ZStW 1989, S. 54, 56.

984 *Neumann, U.*, Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren, ZStW 1989, S. 67.

985 *Henckel*, Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen, S. 9; bezogen auf das Strafrecht: *Greeds*, SchlHA 1964, S. 57.

986 *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 211.

987 *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 206.

988 Zu dt.: Gib mir die Tatsache(n), ich werde dir das Recht geben.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Argumentationen haben sich dabei auf den Streitgegenstand und die Interpretationsräume der korrelierenden Rechtsnormen zu beziehen.[989] Dies ist durch den Anspruch auf rechtliches Gehör abgesichert. Von ihren Partizipationsrechten müssen die Beteiligten keinen Gebrauch machen. Vor allem gilt dies dann, wenn ihre eigenen Interessen dem entgegenstehen. Die Verbote von unerlaubten Verhörmethoden oder die Aussageverweigerungs-[990] und Zeugnisverweigerungsrechte sollen dies bezwecken.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die vom Bergbau negativ Betroffenen ausreichend beteiligt werden und ob die Beteiligung so ausgestaltet ist, dass die Durchführung eines dialogbereiten Verfahrens gefördert wird. Förderlich in diesem Zusammenhang kann beispielsweise ein Erörterungstermin (an geeigneter Verfahrensstelle) sein. Die Dialogbereitschaft könnte es gerade bei hoch umstrittenen Projekten erhöhen, wenn der Erörterungstermin beispielsweise von einem externen Mediator geleitet würde. Die Vorschriften über die Veröffentlichung von Informationen über das Verfahren sind ebenso eine wichtige Voraussetzung, um die potentiellen Teilnehmer über diesen ‚Dialog' überhaupt in Kenntnis zu setzen.

2. Gleichbehandlungsgebot

Das Gleichbehandlungsgebot soll den Verfahrensbeteiligten gleiche Mitwirkungsrechte sichern. Dies ist ein Gebot der internen Verfahrensgerechtigkeit.[991] Es setzt voraus, dass der Entscheidungsträger unparteilich ist, was nicht nur die prozessabschließende Entscheidung beeinflusst, sondern schon während des gesamten Verfahrens zu gelten hat. Die Gleichbehandlung darf sich dabei nicht passiv auf die Zusicherung von gleichen Rechten zurückziehen, sondern muss sich auch aktiv um eine tatsächlich bestehende Waffengleichheit bemühen.[992] Dies kann unter Umständen bedeuten, dass ein Pflichtverteidiger zu bestellen ist, Hinweise zum Ablauf des Verfahrens zu erteilen sind oder finanzielle Unterstützung für die Übernahme von Verfahrenskosten geboten ist.[993] Die Übernahme von Verfahrenskosten ist zum einen von Bedeutung für die tatsächliche Ingebrauchnahme des Zugangs zum

989 *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 204.
990 Nemo tenetur se ipsum accusare.
991 *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 147.
992 *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 147; hierzu ausführlich *Tettinger*, *P.*, Fairneß und Waffengleichheit, S. 20 ff.
993 *Tettinger*, *P.*, Fairneß und Waffengleichheit, S. 23 f., 40.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Verfahren, zum anderen aber auch für den Verlauf des Verfahrens selbst, beispielsweise bei der Übernahme von Kosten für die Beweisaufnahme.

III. Sanktionierende Verfahrensgerechtigkeit und Verfahrensbilligkeit

In dem Grundsatz „Justice delayed is justice denied"[994] kommt die sanktionierende Verfahrensgerechtigkeit zum Ausdruck. Um Rechtsschutz in einem angemessenen Zeitraum zu verschaffen, werden Fristen im Verfahren als erforderlich angesehen.[995] Der Verstoß hiergegen wird mit einer nachteiligen Entscheidung im Abschluss des Verfahrens sanktioniert, mitunter ohne Rücksicht auf die materiell gerechte Entscheidung.[996] Diese Sanktion setzt jedoch implizit voraus, dass die benachteiligte Partei die Verantwortung für ihre Verspätung bei der Vornahme von Prozesshandlungen auch zu tragen hat.[997] Ist dies ausnahmsweise nicht der Fall, dann greift die Verfahrensbilligkeit ein; sie hebt die Sanktionswirkung auf und gibt der materiell gerechten Entscheidung eine zweite Chance.[998]

994 Zu dt.: Verspätete Justiz ist abgelehnte Justiz. Zitat wird William Ewart *Gladstone* zugeschrieben, zit. nach *Kleiber*, Grundrechtliche Schutz künftiger Generationen, S. V.
995 *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 126 f.
996 *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 151 f.
997 *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 154.
998 Ausführlich *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 155 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Tabelle 2: Ausprägungen und Prinzipien der Verfahrensgerechtigkeit[999]

Ausprägung	**Absichernde/ Verfahrensgerechtigkeit i.w.S.**	**Interne/ Verfahrensgerechtigkeit i.e.S.**	**Sanktionierende**	**Verfahrensbilligkeit**
Funktion	Dienende Funktion: Gerechtigkeit durch Verfahren; Erreichen einer materiell gerecht(fertigt)en Entscheidung, die der materiell idealen gerechten Entscheidung nahe kommt	Eigenständige Funktion: Gerechtigkeit im Verfahren	Eigenständige Funktion: Verfahrensinformationen sperren mat. Rechtslage	Dienende Funktion: Erreichen einer materiell gerechten Entscheidung eine 2. Chance geben
Prinzipien	**Ordnendes Verfahren vorhanden** – Ahndung von Formverstößen **Umfassende Informationen als Entscheidungsgrundlage** – Anspruch auf rechtliches Gehör **Rationale Begründbarkeit der Entscheidung** – Begründungspflicht – Instanzenzug – Öffentlichkeit des Verfahrens **Unvoreingenommenheit** – Unabhängigkeit des Entscheidungsträgers – Nemo iudex in sua causa[1000] – Ausschließungs- & Befangenheitsregeln – Grundsatz des gesetzlichen Richters	**Achtung der Verfahrensteilnehmer als Subjekte** – Anspruch auf rechtliches Gehör – Verbot unerlaubter Verhörmethoden – Zeugnisverweigerungsrecht **Gleichbehandlungsgebot** – Gleiche Mitwirkungsrechte (Audiatur et altera pars[1001]) – Unparteilichkeit des Richters – Gebot der Waffengleichheit (u.a. Prozedurale Fürsorge durch: Pflichtverteidiger, finanzielle Unterstützung) **Rationale Begründbarkeit der Verfahrensentscheidungen** – Einhaltung der Verfahrensnormen – Transparenter Verfahrensablauf	**Ahndung von Fristverstößen**	**Besondere Härtefälle führen zur Durchbrechung Bestandskraft** – Wiederaufnahme des Verfahrens – Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand

Auch das BBergG hantiert mit verschiedenen Präklusionen, die auf ihren Anknüpfungspunkt hin zu untersuchen sind: Bezwecken die Präklusionen, dass Rechtsschutz rechtzeitig ergehen kann oder bezwecken sie unsachgemäß die Vereinfachung des Verfahrens durch die Reduzierung ihrer Teil-

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nehmer (und der möglichen Einwände)? Und inwiefern werden in der bergrechtlichen Ausgestaltung die Verfahrensteilnehmer auch in ihrer Verantwortung gestärkt, die sie für ihr Verhalten dann übernehmen? Mit anderen Worten: Wie eingehend wird über die Präklusion und ihre Rechtsfolgen von der Verfahrensleitung aufgeklärt?

IV. Zusammenfassung

Die Verfahrensgerechtigkeit in ihrer Funktion, die materiell gerechte Entscheidung zu fördern (absichernde Verfahrensgerechtigkeit) und in ihrer Funktion, das Verfahren selbst als ein Ort des gerechten Umgangs miteinander zu gestalten (interne Verfahrensgerechtigkeit), stellt verschiedene Anforderungen an die gesetzliche Ausgestaltung des bergrechtlichen Verfahrensablaufs.

Als Basisvoraussetzung müssen überhaupt bergrechtliche Verfahren vorhanden sein, die die von der Entscheidung betroffenen Subjekte einzubinden vermögen. Hier stellt sich die Frage nach der ausreichenden Beteiligung der vom Bergbau negativ Betroffenen in den verschiedenen Verfahrensstufen. Ob die Regelungen des Verfahrens als transparent und verständlich gelten können, so dass einerseits eine materiell gerechte Entscheidung gefördert wird, andererseits es für die Teilnehmer aber auch ohne weiteres möglich sein wird, sich einen Überblick über den Verfahrensablauf, Verfahrensstand und Beteiligungsmöglichkeiten zu machen, ist durch die in nur geringem Maße kodifizierte Rechtslage mehr als fraglich. Das Einbringen der Interessen der künftigen Generationen ist durch das BBergG – wie wohl auch im Übrigen umweltrelevanten Recht – bisher nicht institutionalisiert und wirft auch Fragen der Verfahrensgerechtigkeit auf.

Die bergrechtlichen Präklusionen sind auf eine gerechte Verteilung der Verfahrenslasten hin zu untersuchen.

---

999 Der Tabelle liegen die Ausarbeitungen von *Hoffmann* (Verfahrensgerechtigkeit, S. 134 ff.) zugrunde. Die Zuordnung der Prinzipien ist nicht als ausschließliche Zuteilung gedacht: Es finden Überschneidungen zwischen den Prinzipien statt, die Trennung zwischen den Ausprägungen der Verfahrensgerechtigkeit ist nicht als absolut anzusehen und einige Prinzipien erfüllen neben der Verfahrensgerechtigkeit auch anderen Funktionen, wie der Rechtssicherheit.

1000 Zu dt.: Niemand sei Richter in eigener Sache.

1001 Zu dt.: Auch die andere Seite soll angehört werden.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

D. Zusammenfassend: Ressourcenethische Anforderungen an das Recht des Abbaus von Bodenschätzen

Der Zugriff des Menschen auf die Rohstoffe (Bodenschätze) findet nicht im ethisch irrelevanten Raum statt, sondern wirft äußerst komplexe Fragen auf. Die ressourcenethische Frage, wie und in welchem Ausmaß Ressourcen durch den Menschen beansprucht werden sollen, ist durch die weltweite Übernutzung der Ressourcen vor allem durch den ressourcenintensiven Wirtschafts- und Lebensstil der Industriestaaten zu einer der drängendsten Menschheitsfragen geworden.

In welchem Maße die Ressourcen genutzt werden sollen, hierüber gibt der Nachhaltigkeitsgrundsatz einen Maßstab in die Hand. Er begrenzt den Zugriff auf die abiotischen Rohstoffe, wenn von der Maßgabe des Erhalts des Naturkapitals und der Substitutionsregel abgesehen wird, zumindest auf einen schonenden und sparsamen Abbau, der immer nur dann erfolgt, wenn er auch nötig ist und sich die Rohstoffe nicht etwa über Recyclingprozesse oder verändertes Produktdesign beschaffen ließen. Ganz essenziell stellt die Ressourcenethik das Abbauprojekt damit vor einen Rechtsfertigungszwang. Eine gelungene Rechtfertigung muss dabei im Sinne des Nachhaltigkeitsgrundsatzes auch die Interessen der nachrückenden und künftigen Generationen berücksichtigen, was sich auch in einem entsprechenden Verfahren ausdrückt.

Sollte ein Abbau unter diesen Umständen grundsätzlich in das rechtfertigungsfähige abzubauende Maß fallen, dann muss sich die Frage des konkreten Bergbauprojektes an der Verteilungsgerechtigkeit messen lassen. Hier stehen drei Konflikte im Vordergrund: welcher Bergbauunternehmer darf die Förderung des Abbaus vornehmen (horizontaler Konflikt) und wäre der Zuschlag für den Bergbauunternehmer gegenüber den Oberflächennutzern eine gerechte Entscheidung (vertikaler Konflikt) und ist die Bergbauaktivität bezogen auf die damit einhergehende Lastenverteilung gerecht(fertigt). Wird das Gut ‚Rechtsposition am Bodenschatz' und das Gut ‚Bodennutzung' und die Lasten mithin gerecht verteilt? Auch hinsichtlich dieser Fragen muss sich die Ressourcennutzung verteidigen lassen können.

Zuletzt ist es essenziell, dass die Fragen des Ob, des Wie und des Maßes – die Rechtfertigung der Ressourcennutzung – in einem gerechten Verfahren geklärt werden. Hierbei geht es darum, eine möglichst materiell gerechte Entscheidung durch eine übersichtliche, klare Verfahrensstruktur zu fördern (absichernde Verfahrensgerechtigkeit), aber auch das Verfahren als Ort des

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ethischen Handelns zu begreifen, was insbesondere einschließt, die Subjekte als Verfahrensteilnehmer zu achten (interne Verfahrensgerechtigkeit).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kapitel 4: Verteilungsgerechtigkeit im Bergrecht

Im Bereich der Verteilung von Ressourcen im Anwendungsfeld des Bergrechts stehen drei Nutzungskonflikte im Vordergrund. Erstens geht es um die Verteilung der Rechtsposition am Bodenschatz, sei es in Form von der Bergbauberechtigung bei bergfreien Bodenschätzen oder des Grundeigentums bei grundeigenen Bodenschätzen (Teil A). Hier wird zwischen mehreren Bergbauunternehmern, aber auch zwischen der Zuordnung des Rohstoffes als Gut der Allgemeinheit oder als Gut eines Einzelnen unterteilt. Zweitens geht es um den Nutzungskonflikt zwischen Oberflächennutzer und Bergbaubetreiber, der aus den gegensätzlichen Nutzungsinteressen bezogen auf dasselbe Grundstück resultiert (Teil B). Diese Auseinandersetzung steht auch im Fokus der juristischen Aufmerksamkeit und soll auch hier schwerpunktmäßig betrachtet werden. Zuletzt wird die Verteilung der Lasten des Bergbaus in den Blick genommen, also die Nutzungskonflikte zwischen denjenigen, die den Bergbau betreiben und denjenigen, die von dem Bergbau negativ betroffen sind (Teil C). Von den Folgen des Bergbaus können auch die künftigen Generationen nachteilig (und nachhaltig) betroffen sein. Dieser Verteilungskonflikt wird aber gesondert in Kapitel 5 unter dem Stichpunkt Nachhaltigkeit behandelt. Diese Zuordnung soll der Übersichtlichkeit dienen und die spezifischen Probleme der Langzeitdimension zusammenfassend behandeln, obwohl die Fragen der Nachhaltigkeit auch als Verteilungsgerechtigkeitsfragen zu fassen sind.

Die Analyse der einzelnen Nutzungskonflikte ist folgendermaßen strukturiert. Zunächst muss die Verteilungsentscheidung des BBergG über eines der Güter ermittelt werden. Hier kann die Verteilungsentscheidung entweder von dem Gesetzgeber selbst getroffen werden oder aber der Gesetzgeber belässt der Behörde einen Entscheidungsspielraum. Schwierigkeiten können dabei die gestuften Entscheidungen bereiten, sodass sich die Verteilungsentscheidung auf mehrere Entscheidungen aufsplitten kann. Hier muss die Reichweite und Bindungswirkung der einzelnen gestuften Entscheidungen genau untersucht werden. Ist dann geklärt, in welcher gesetzlichen oder behördlichen Entscheidung die Verteilungsentscheidung über das Gut zu sehen ist, so wird im zweiten Schritt ermittelt, welche gesetzlichen Kriterien der Entscheidung zugrunde liegen. Welche Bedingungen sieht das Gesetz vor? Welche Kriterien hat die Behörde zu beachten?

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Diese bergrechtlichen Kriterien der Entscheidung werden dann im letzten Schritt mit den Ansätzen der Verteilungsgerechtigkeitstheorien verglichen. Finden sich hier Ansätze der Verteilungsgerechtigkeit, die der bergrechtlichen Auswahl des Kriteriums gleichen? Inwieweit können die gewählten Kriterien einer gerechten Verteilung den Boden bereiten? Verkompliziert wird die ressourcenethische Analyse durch die teilweise unklare und strittige Gesetzesinterpretation. Die Untersuchung legt daher die Auslegung des BBergG nach der derzeitig herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Lehre zugrunde, um dann in einem letzten Schritt eventuell bestehenden ressourcenethischen Defizite des BBergG schon durch ein Ausloten des Auslegungsspielraums zu begegnen.

A. Wie nimmt das Bergrecht die Verteilung des Guts ‚Rechtsposition am Bodenschatz' vor?

Bei der Frage nach der Verteilung des Guts Rechtsposition am Bodenschatz geht es um die horizontale Verteilung, d.h. die Verteilung zwischen gleichartigen Nutzungen: Wer soll eine Rechtsposition an den Bodenschätzen erhalten? Hier ist zwischen den bergfreien und den grundeigenen Bodenschätzen zu unterscheiden.

Die bergfreien Bodenschätze sind (als herrenlose Sachen) gesetzlich zunächst der Allgemeinheit zugeordnet und bedürfen einer Änderung der Zuordnung durch die Gewährung des Bergbaurechts. Das Berechtsamswesen ist das Rechtsinstrument, das das BBergG für die Zuordnung einer Bergbauberechtigung für bergfreie Bodenschätze bereithält. Die Verteilung des Gutes ‚Rechtsposition am Bodenschatz' findet in diesem Fall zwischen dem Privaten und der Allgemeinheit statt.

In dem Kontext der bergbaufreien Bodenschätze stellt sich auch die Verteilungsfrage, wie die Rechtsposition am Bodenschatz zwischen zwei Bergbauinteressenten, die um denselben Bodenschatz auf demselben Gebiet konkurrieren, verteilt wird und verteilt werden sollte. Für diese Konfliktsituation trifft der § 14 BBergG mit Absatz 1 eine Vorrangregel und mit Absatz 2 eine Konfliktregel. Diese Verteilungsentscheidung steht nicht im Fokus der ressourcenethischen Problematik und kann hier ausgeklammert werden.[1002]

1002 Für die Konfliktsituation zwei Bergbauwilliger müssen verschiedene Fälle unterschieden werden, die unterschiedliche Modi der Konflikt- und Verteilungslösung

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Eine rechtlich eigenständige Rechtsposition am Bodenschatz gibt es hingegen bei den grundeigenen Bodenschätzen nicht. Die grundeigenen Bodenschätze teilen das Schicksal des Grundstückseigentums. Ihre Verteilung muss daher nicht eigenständig untersucht werden. Für die ressourcenethische Bewertung ist hier allein die Frage nach der Verteilung des Rechts an der Bodennutzung ausschlaggebend (siehe unter Kapitel 4 B.).

I. Ressourcenethische Analyse der Verteilungsentscheidung über die bergfreien Bodenschätze

Im Folgenden soll die Verteilungsentscheidung über die Rechtsposition an den bergfreien Bodenschätzen analysiert werden. Diese wird im System des Berechtsamswesens getroffen. Die einschlägigen Vorschriften sind hierfür die §§ 6 ff. BBergG.

1. Welches ist die Verteilungsentscheidung?

Die staatliche Verteilungsentscheidung über die Zuteilung des Guts ‚bergfreier Bodenschatz' liegt in der Entscheidung über die Erteilung der Bergbauberechtigung – der Erlaubnis und/oder der Bewilligung und/oder des Bergwerkseigentums. Die Erlaubnis muss der Bewilligung vorausgehen. Die Erlaubnis ist so eine Vorbedingung zur Bewilligung, ordnet selbst aber

---

vorsähen. Wenn bereits eine Erlaubnis erteilt ist und ein zweiter Antrag auf eine Erlaubnis eingeht, oder vice versa bezüglich der Bewilligung, dann ist der zweite Antrag schon aufgrund des ausschließenden Charakters der Einwilligung/Bewilligung nach § 7 I S. 1 bzw. § 8 I BBergG abzulehnen (*Franßen*, in: Frenz (Hrsg.), BBergG, § 14, Rn. 3). Für diese Konstellation gilt immer noch der Grundsatz des „wer zuerst kommt mahlt zuerst". Dies erscheint gerade vor dem Hintergrund, dass keine Ausschreibung oder ähnliches staatlicherseits stattfindet, fragwürdig. Ob ein Vergabeverfahren, in dem inhaltliche Vergabekriterien ausschlaggebend sind (wie es § 14 II BBergG dann vorsieht), der derzeitigen Praxis vorzuziehen ist (auch aus ressourcenethischer Perspektive), dies bleibt offen. Es ist zu vermuten, dass der § 14 II BBergG, der auf das bessere Arbeitsprogramm, das glaubhaftere Verfügen über die erforderlichen Mittel und die sonstigen bergbaulichen Tätigkeiten der Unternehmer abstellt und insofern inhaltliche am Gesetzeszweck orientierte Vorgaben angibt (*Franßen*, in: Frenz (Hrsg.), BBergG, § 14, Rn. 9 ff.), nicht häufig zur Anwendung kommt. Hierfür dürften nämlich noch keine Erlaubnisse oder Bewilligungen für dasselbe Feld und denselben Rohstoff erteilt worden sein und so mehr oder minder zufällig in diesem Zeitfenster bis ein Antrag zur Entscheidung reif ist, ein zweiter Antrag eingehen.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

keine Zueignungsrechte am Bodenschatz zu (von den Nebenprodukten einmal abgesehen). Damit kann die Erlaubnis allein nicht als Verteilungsentscheidung über das Gut ‚Rechtsposition am bergfreien Bodenschatz' angesehen werden.

Das durch die Erlaubnis verliehene Aufsuchungsrecht hat jedoch ausschließlichen Charakter.[1003] Damit sind andere Bewerber um dasselbe Gut Bodenschatz schon zu dem Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis ausgeschlossen – diese könnten gar kein Aufsuchungsrecht mehr erlangen. Die Aufsuchung ist aber meist erforderlich, um überhaupt in der Lage zu sein einen Antrag auf Bewilligung stellen zu können (siehe die Voraussetzungen des § 12 II Nr. 1-4 BBergG). Sollte ein Bewilligungsantrag eines Bergbauwilligen bezogen auf denselben Bodenschatz und bezogen auf dasselbe Gebiet, trotzdem mit Erfolgsaussichten mit einem Bewilligungsantrag des Erlaubnisinhabers konkurrieren, dann gewährt § 14 I BBergG dem Erlaubnisinhaber den Vorrang.[1004] (Gestärkt wird seine Position ebenso durch § 12 II BBergG).[1005] Der Erlaubnisinhaber ist also privilegiert.[1006] Die Erlaubnis und die Bewilligung sind somit als eine gestufte Verteilungsentscheidung zu betrachten: Durch die Erlaubnis werden andere Bewerber (grundsätzlich) ausgeschlossen, aber das vollumfängliche Zuordnungsrecht noch nicht erteilt, welches erst mit der Erteilung der Bewilligung nachfolgt. Die Verteilungsentscheidung über das Gut ‚Rechtsposition an bergfreien Bodenschätzen' wird mit der Entscheidung über die Erlaubnis und die Bewilligung getroffen.

Als inhaltliches Äquivalent zur Bewilligung fügt das Bergwerkseigentum der ‚Rechtsposition am Bodenschatz' nichts mehr hinzu.[1007] Auch ist die Bewilligung nach § 13 Nr. 1 BBergG immer Voraussetzung für die Verleihung des Bergwerkseigentums. Damit ist zum Zeitpunkt der Verleihung des Bergwerkseigentums die eigentliche Verteilungsentscheidung schon getrof-

1003 BVerwG, Beschluss v. 15. 10. 1998 - 4 B 94-98, NVwZ 1999, S. 876 f.

1004 Zum Umfang der gerichtlichen Überprüfung: OVG Bautzen, Beschluss v. 22.3.2022 - 1 B 313/21, GewArch 2022, 304.

1005 *Franke*, in: Boldt et al., BBergG, § 12, Rn. 9.

1006 BGH, Urteil v. 9. 12. 2004 - III ZR 263/04, NJW 2005, S. 748 (750 f).

1007 Das OVG Bautzen führt Unterschiede zwischen der Bewilligung und dem Bergwerkseigentum auf, weswegen es zu dem Schluss kommt, das Bergwerkseigentum nicht als Unterfall der Bewilligung anzusehen ist (Urteil v. 24.9.2001, 1 B 335/01, ZfB 2002, S. 58 (S. 61). Als Unterschiede nennt das OVG Bautzen beispielsweise die Regelungen zu Widerruf und Aufhebung von Bewilligung und Bergwerkseigentum und die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen (ebd.). Ebenso dasselbe, Urteil v. 30.5.2018, 1 A 200/17, BeckRS 2018, 27378, Rn. 38 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fen und auch eine Ablehnung der Erteilung des Bergwerkseigentums würde über die Zuordnung des Bodenschatzes durch die Bewilligung nichts mehr ändern.

Es ist festzuhalten, dass die Erlaubnis und die Bewilligung zusammen die Verteilungsentscheidung über das Gut ‚Rechtsposition an bergfreien Bodenschätzen' bilden.

2. Wer trifft die Verteilungsentscheidung?

Es muss geklärt werden, wer die Verteilungsentscheidung über die Rechtsposition am bergfreien Bodenschatz trifft. Der Staat ist die „Zuteilungsinstanz".[1008] Spezifischer kann danach gefragt werden, wie die Staatsgewalten in dieser Entscheidung zusammenwirken und welchen Anteil sie an der Entscheidung über die Zuteilung eines konkreten Bodenschatzes haben.

Der Entscheidung am nächsten steht die zuständige Behörde, sie gestattet oder versagt den Antrag auf Erlaubnis oder Bewilligung (§ 10 BBergG). Nach der herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Lehre handelt es sich hier um eine gebundene Entscheidung.[1009] Eine gebundene Entscheidung – im Gegensatz zu einer Ermessensentscheidung – zeichnet sich dadurch aus, dass die Behörde keinen Entscheidungsspielraum hat. Die richtige, gerichtlich voll überprüfbare Behördenentscheidung ist allein von der richtigen Anwendung des Gesetzestextes, d.h. von dem richtigen Verständnis der Rechtsnorm(en) und des Sachverhaltes und der richtigen Verknüpfung von Rechtsnorm(en) und Lebenssachverhalt abhängig.[1010] Fraglich ist, ob dieser Vorgang der reinen Rechtsanwendung als Entscheidung der Behörde im Sinne der Verteilungsgerechtigkeit anzusehen ist.

Eine Entscheidung ist ein Entschluss zwischen Handlungsalternativen, welcher aus dem mentalen Prozess des Überlegens hervorgeht und auf

1008 *Kühne*, RdE 2017, S. 39.

1009 *BVerwG*, Beschluss v. 15.10.1998 - 4 B 94–98, NVwZ 1999, 877; *Frenz*, DVBl. 2016, S. 681; *Frenz*, DÖV 2016, S. 326; *Kremer/Neuhaus gen. Wever*, Bergrecht, Rn. 113; *Ludwig*, ZUR 2012, S. 152; *Kühne*, ZfB 1980, S. 59; *Vitzthum/Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 11 Rn. 2; *Franke*, in: Boldt et al., BBergG, § 11 Rn. 1; *Franßen*, in: Frenz (Hrsg.), BBergG, § 11 Rn. 4; so auch *v. Weschpfennig*, der aber einen eng umgrenzten Beurteilungsspielraum der Bergbehörde bejaht (Strukturen des Bergrechts, S. 112, 117 ff.). Auch die Gesetzesbegründung geht ausdrücklich von „einem Rechtsanspruch auf die Erlaubnis" aus (BT-Drs. 8/1315, S. 86).

1010 Zur Technik der Rechtsanwendung: *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, S. 82 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eine Handlung abzielt.[1011] Die Entscheidungssituation ergibt sich erst durch die Möglichkeit verschiedener Handlungsalternativen. Mit anderen Worten muss sich ein Akteur nicht der Frage stellen, was er tun soll, wenn er gar keine Möglichkeit hat anders zu handeln.

Die Rechtsanwendung ist ein kognitiver Vorgang, der auch verschiedene Auslegungsergebnisse zulassen kann, die jedoch keine Handlungsalternativen darstellen. Die Lösung einer bestimmten Fallfrage ist nicht mit einer Entscheidung gleichzusetzen, sondern bereitet die Entscheidung vor, den Sachverhalt gesetzesgemäß zu lösen/zu entscheiden. Zu der Entscheidung, die dem Gesetz zu entnehmen ist, ist die Behörde in der gebundenen Entscheidung aber gerade verpflichtet, sodass hier keine Handlungsalternative besteht.[1012] Hat die Behörde den Sachverhalt und das Gesetz erkannt und den Sachverhalt unter das Gesetz subsumiert, so muss sie ihrer juristischen Lösung gemäß handeln.[1013] Die Verteilungsentscheidung über die Rechtsposition am Bodenschatz ist in den gesetzlichen Vorgaben des BBergG mithin schon abstrakt getroffen und muss von der Behörde nur auf den Einzelfall bezogen werden. So sind die verschiedenen Handlungsoptionen (Erlass mit unterschiedlichem Inhalt[1014] oder auch Nichterlass) gerade beim Gesetzgeber anzutreffen. Die Gerichte wiederum überprüfen lediglich, ob der Behörde bei der Anwendung des Gesetzes Fehler unterlaufen sind; der

1011 *Budnik*, in: Kühler/Rüther (Hrsg.), Handbuch Handlungstheorie, S. 169 f., 172 f.; *Regenbogen/Meyer, U.*, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, Stichwort: „Entscheidung".

1012 Natürlich kann der einzelne Amtswalter sich auch gesetzeswidrig verhalten und für eine willkürliche Lösung eines Sachverhaltes entscheiden. Hier würde er sich einer Handlungsoption bedienen, die von Gesetzes wegen ausgeschlossen ist und durch mögliche nachfolgende Gerichtsverfahren gerade verhindert werden soll. Die Möglichkeit des gesetzeswidrigen Verhaltens lässt der Behörde aber trotzdem keine genuine Handlungsalternative zukommen. Insofern ist die Handlungsmöglichkeit des gesetzeswidrigen Verhaltens für die Frage nach dem Urheber der Verteilungsentscheidung über die Rechtsposition am Bodenschatz nicht entscheidend.

1013 Dieser „Automatismus", der sich an die juristische Rechtsanwendung anknüpft, wird in den Gesetzesmaterialien wie folgt ausgeführt: „Liegt somit keiner der vorgenannten Versagungsgründe vor, besteht ein Rechtsanspruch auf die Erlaubnis. Dagegen muß versagt werden, wenn auch nur einer dieser Gründe gegeben ist." (BT-Drs. 8/1315, S. 86 f.).

1014 Der Gesetzgeber hätte zum Beispiel auch seine Entscheidungsbefugnis an die Behörde (im Rahmen des Wesentlichkeitsgrundsatzes) weiterreichen können. Hätte sich der Gesetzgeber beispielsweise für ein Ermessen der Behörde entschieden, hätte er tatsächliche Handlungsalternativen an die Behörde weitergegeben, deren gerichtlichen Überprüfung auf die Prüfung von Ermessensfehlern beschränkt gewesen wäre. (Hierzu unter II. 1.).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Maßstab ist auch hier die Erkenntnis der gesetzlichen (Verteilungs-)Entscheidung. Damit haben auch die Gerichte, wie schon die Behörde, keine Handlungsoptionen.

Der Gesetzgeber trifft mithin die grundlegende Verteilungsentscheidung über das Gut ‚Rechtsposition am bergfreien Bodenschatz'. Der Bergbehörde kommt lediglich die Aufgabe zu diese grundlegende Verteilungsentscheidung für den Einzelfall zu konkretisieren.

3. Verteilungskriterium

Im Folgenden ist zu untersuchen, nach welchem Mechanismus und nach welchen Verteilungskriterien der Gesetzgeber eine Verteilung der bergfreien Bodenschätze aus dem Gut der Allgemeinheit an Private vorsieht. Der § 11 BBergG enthält hierzu einen Katalog, der die Versagungskriterien aufzählt und sich auf alle drei Bergbauberechtigungsarten auswirkt.[1015]

a. Grundausrichtung zugunsten des Bergbaus

Sind die Versagungsgründe des § 11 BBergG nicht erfüllt, so hat der Antragsteller einen Anspruch auf die Erteilung der Bergbauberechtigung,[1016] die dann als Eigentumsposition im Sinne von Art. 14 I GG geschützt wird.[1017] Mit diesem Mechanismus entscheidet sich das Gesetz (nach dieser gängigen Auslegung) grundsätzlich zugunsten des Bergbaus: Im Grundsatz ist die Bergbauberechtigung zu erteilen, außer es liegen besondere Versagungsgründe vor. Die Verteilungsentscheidung ist damit dann rechtfertigungsbedürftig, wenn sie die Bergbauberechtigung versagt.

1015 Für die Erlaubnis direkt, für die Bewilligung durch Verweis des § 12 I BBergG und für das Bergwerkseigentum mittelbar dadurch, dass eine gültige Bewilligung nach § 13 Nr. 1 BBergG vorausgesetzt wird (*Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 36 f.; *Rausch*, Umwelt- und Planungsrecht beim Bergbau, S. 30.

1016 BT-Drs. 8/1314, S. 86.

1017 BVerfG, Urteil v. 20.10.1987, 1 BvR 1048/87, BVerfGE 77, 130 (136) = NJW 1988, S. 1076 (1077) – Cappenberg; BVerwG, Urteil v. 23.5.2023 – 4 C 1.22, BeckRS 2023, 24568, Rn. 16, 57; BVerwG, Urteil v. 25.10.2018, 4 C 9/17, NVwZ 2019, S. 882 (883, Rn. 23 ff.). *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Düring, Losebl. (Stand: Mai 2023), Art. 14 GG, Rn. 324; *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. (Ausführlich hierzu siehe unter Kapitel 2 C. I. 3. und zur kritischen Betrachtung im Folgenden unter Kapitel 4 A. II. 3.).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Abmilderung durch umfassende Versagungsgründe?

Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die Versagungsgründe des § 11 BBergG sehr umfassend ausgestaltet sind, so dass die Entscheidung zugunsten des Bergbaus unter starken Vorbehalten gestellt wird. Dies ist im nachfolgenden zu untersuchen. Die Zulassungsvoraussetzungen des § 11 Nr. 1-5 BBergG haben lediglich formalen Charakter. Die Nr. 6 und 7 sollen die Zuverlässigkeit und v. a. die Finanzkraft des Bergbauwilligen sicherstellen. Ihre Erfüllung liegt damit ausschließlich in der Hand des Bergbauinteressenten. Die Nr. 8 und 9 sollen dem Lagerstättenschutz dienen, indem sie beispielsweise eine Feldeszersplitterung oder einen Raubbau verhindern.[1018] Dass Nr. 8 oder 9 einschlägig sind, wird eher selten der Fall sein und führt damit nicht zu einer Umkehr der gesetzlichen Ausrichtung an der grundsätzlichen Verteilung zugunsten des Bergbauwilligen. Bleibt noch der § 11 Nr. 10 BBergG, nach dem eine Erlaubnis oder Bewilligung (§12 I i.V.m. § 11 Nr. 10 BBergG) zu versagen ist sofern überwiegende öffentliche Interessen die Aufsuchung und/oder Gewinnung[1019] im gesamten zuzuteilenden Feld ausschließen. Unter den Begriff des öffentlichen Interesses, welches potentiell einem Bergbauvorhaben entgegensteht, sind prominent die Umweltinteressen zu fassen[1020], aber auch Belange der Raumordnung, der Landesplanung und des Verkehrs.[1021]

Der Versagungsgrund der Bergbauberechtigung nach § 11 Nr. 10 BBergG wird jedoch – ausgehend von der Gesetzesbegründung[1022] – stark eingeschränkt. Nach Rechtsprechung und Lehre soll der § 11 Nr. 10 nur dann ein-

1018 *Franke*, in: Boldt et al., BBergG, § 11 Rn. 11; *Franßen*, in: Frenz (Hrsg.), BBergG, § 11 Rn. 32, 34. Auch dem Lagerstättenschutz wird Relevanz für den Umwelt- und Ressourcenschutz zugesprochen (*Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 39 f.; *Rausch*, Umwelt- und Planungsrecht beim Bergbau, S. 30). Nach *Rasel* können auch die übrigen Versagungstatbestände mittelbar Auswirkungen auf die Umwelt haben (Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 37, Fn. 2). Grundsätzlich zu den Zulassungsvoraussetzungen siehe *Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 34 f.; *Vitzthum/Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 11, Rn. 6 ff.

1019 Nach entsprechender Anwendung gem. § 12 I S. 1 BBergG auf die Bewilligung, welche auch die Gewinnung zum Gegenstand hat.

1020 Beispielhaft sind hier die Belange des Natur- und Landschaftsschutzes, des Gewässerschutzes oder des Bodenschutzes zu nennen.

1021 BT-Drs. 8/1315, S. 87.

1022 BT-Drs. 8/1315, S. 87.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schlägig sein, wenn das öffentliche Interesse einen Raumbezug aufweist,[1023] das ganze[1024] oder ein Großteil des Feldes[1025] betroffen ist und/oder das öffentliche Interesse den Bergbau unter jeden erdenklichen Gesichtspunkten auszuschließen vermag[1026]. Durch diese Auslegung kann beispielsweise der Klimaschutz nicht berücksichtigt werden, da dieser gerade keinen Raumbezug zum Genehmigungsfeld aufweist.[1027] Ebenso findet ein Naturschutzgebiet keine Berücksichtigung, dass sich lediglich zu einem geringen Flächenanteil mit dem Bergbaufeld überschneidet[1028] bzw. sich die Vorgaben nicht derart auswirken, dass sie nicht von vornherein das gesamte Vorhaben auszuschließen vermögen.[1029] Es soll (nach dieser Auslegung) damit gerade keine umfassende Prüfung stattfinden, ob die Vorgaben des Umweltrechts durch das Bergbauvorhaben verletzt werden[1030] und auch keine umfassende Abwägung der bergbaulichen Belange mit den Umweltbelangen und anderen entgegenstehenden öffentlichen Interessen erfolgen.[1031] Der Gesetzgeber begründet diese Einengung auf besonders „gravierende

1023 OVG Magdeburg, Urteil v. 4.11.1999 - A 1/ 4 S 170/97, ZfB 2011, 237 (S. 239); OVG Bautzen, Urteil v. 10.6.1998 - 1 S 349/96, ZfB 1998, 205 (208 f.) = NVwZ 1999, 1015 (Ls); VGH Mannheim, Urteil v. 9.6.1988, 6 S 2972/84, NuR 1988, S. 131; VG Weimar, Urteil v. 17.01.1995 - 7 K 716/93.We, ZfB 1995, S. 225 (S. 230 f.); VG Gera, Urteil v. 24.1.1996 - 1 K 132/95, ZfB 1996, S. 172 (175); *Vitzthum/Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 11 Rn. 21; *Frenz*, Bergrecht & Nachhaltige Entwicklung, S. 34; *v. Weschpfennig*, Strukturen des Bergrechts, S. 109.

1024 So das OVG Magdeburg: „Daß möglicherweise in Teilbereichen des Feldes öffentliche Interessen einer Gewinnung entgegenstanden, ist unerheblich." (Urteil v. 4.11.1999 - A 1/ 4 S 170/97, ZfB 2011, 237 (S. 239)). Ebenso OVG Bautzen, Urteil v. 10.6.1998 - 1 S 349/96, ZfB 1998, 205 (210 f.). Weiterhin spricht es davon, dass die Voraussetzungen des § 11 Nr. 10 BBergG „allenfalls nur in atypischen Ausnahmefällen" vorliegen wird (a.a.O., S. 208). Weiterhin: VG Schleswig, Urteil v. 15.10.2015 - 6 A 94/15, juris, Rn. 60; 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.

1025 *Frenz*, Bergrecht & Nachhaltige Entwicklung, S. 35; *Kaiser*, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 16.

1026 *Franke*, in: Boldt et al., BBergG, § 11 Rn. 18; *Ludwig*, ZUR 2012, S. 152.

1027 Für eine Berücksichtigung im Rahmen der Zulassung der Betriebspläne und für eine dortige, den Belangen des Bergbaus, überwiegende Gewichtung tritt *Verheyen* ein (ZUR 2010, S. 409).

1028 *Franßen*, in: Frenz (Hrsg.), BBergG, § 11 Rn. 37.

1029 *Franke*, in: Boldt et al., BBergG, § 11 Rn. 18.

1030 *Franke*, in: Boldt et al., BBergG, § 11 Rn. 14, 17.

1031 *Franßen*, in: Frenz (Hrsg.), BBergG, § 11 Rn. 37. *Von Weschpfennig* stellt demgegenüber allein auf die „verfügbare Tatsachengrundlage" ab, die begrenzt sein kann. Soweit sie aber vorhanden ist, solle sie auch „umfassend" berücksichtigt werden (Strukturen des Bergrechts, S. 110 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Voraussetzungen" damit, dass mit der Erteilung der Bergbauberechtigung noch nicht über die spätere Ausübung entschieden werde und es insofern auch nicht zu einer „echte[n] Kollision mit anderen öffentlichen Interessen" kommen könne.[1032] Mit dem Versagungsgrund des § 11 Nr. 10 BBergG wird hingegen bezweckt, dass die Entstehung einer substanzlosen Berechtigung vermieden wird. Dies würde geschehen, wenn bereits zum Zeitpunkt der Erteilung der Bergbauberechtigung absehbar ist, dass die spätere Ausübung nicht stattfinden kann.[1033] Darüber hinaus finden die entgegenstehenden Interessen Privater schon nach dem Gesetzeswortlaut keine Berücksichtigung.

Wie gezeigt, sind die Versagungsgründe des § 11 BBergG nicht als umfassende Prüfung angedacht. 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 auf Tatbestandsebene tritt.

4. Ressourcenethische Bewertung

Es ist festzuhalten, dass das BBergG in der Verteilung des Gutes ‚Rechtsposition am Bodenschatz' eine Verteilung vorsieht, die grundsätzlich dem Bergbauinteressenten das Gut zuteilen muss, es sei denn, es liegen ganz bestimmte Gründe vor. Wie ist diese Grundentscheidung nun vor den Theorien der Verteilungsgerechtigkeit zu bewerten?

a. Bewertung mithilfe des libertaristischen Ansatzes

Diese Grundentscheidung zugunsten des Bergbaus erinnert zunächst an die Ausführungen von *Locke* zur Begründung eines ursprünglichen Aneig-

1032 BT-Drs. 8/1315, S. 87. Ebenso: OVG Bautzen, Urteil v. 10.6.1998 - 1 S 349/96, ZfB 1998, 205 (209).

1033 So explizit das BVerwG: „Mit dieser Regelung will der Gesetzgeber verhindern, daß Bergbauberechtigungen verliehen werden, die nicht die Erwartung rechtfertigen, jemals ausgeübt werden zu können." (Beschluss v. 15.10.1998 - 4 B 94/98, NVwZ 1999, S. 876). Noch einmal bekräftigend: „Mit § 11 Nr. 10 BBergG bezweckt der Gesetzgeber, schon im Stadium der Entscheidung über die Verleihung einer Bergbauberechtigung zu verhindern, daß eine Berechtigung begründet wird, die sich im nachhinein als substanzlos erweist." (ebenda, S. 877).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nungs- und Ausschlussrechts, die dem Libertarismus zugrunde liegen.[1034] *Locke* stellte sich die Frage, wie ein Mensch Eigentum an Dingen und an Grund und Boden erwerben kann in dem (vorgesellschaftlichen) Naturzustand. Derjenige, der auf eine Sache zugreift, der würde durch eben diesen Akt, Eigentümer,[1035] sofern für andere von derselben Sache noch in gleicher Qualität genügend vorhanden sei.[1036] Ebenso wie es *Locke* skizziert greift der Bergbauunternehmer auf eine vormals herrenlose Sache zu und lässt sie sich auf Antrag von der Behörde als eigen deklarieren, worauf er einen Anspruch hat.[1037] Wenn sich der Gesetzgeber mit dieser Gestaltung eine libertaristische Auffassung zu Eigen gemacht haben sollte, so würde sich die Frage nach einer Rechtfertigung dieser Verteilungsentscheidung erübrigen; der Zugriff der Privaten auf das Allgemeingut wäre in diesem Verständnis nur die Verwirklichung der Freiheit des Einzelnen und die Rücknahme staatlichen Einflusses.

Mit der Statuierung der Feldes- und Förderabgabe zeigt der Gesetzgeber jedoch, dass ihm der Status der bergfreien Bodenschätze als Gemeingut durchaus bewusst war und er für die Gewährung „eine an sich nicht erlaubte Tätigkeit auszuüben und hierbei einige ausschließliche Rechte für

1034 Das Recht, andere vom Gebrauch einer Sache auszuschließen, geht aus dem Recht am eigenen Körper hervor. Wenn mit dem eigenen Körper Arbeit verrichtet wird an einer Sache, so vermischt sich hier die Arbeit mit der Sache und die ursprünglich fremde Sache wird so zur eigenen (*Locke*, Zwei Abhandlungen über die Regierung, Teil II, 5. Kapitel, § 27).

1035 „Wer sich von den Eicheln ernährt, die er unter einer Eiche aufliest […] hat sich diese offensichtlich angeeignet. Niemand kann bestreiten, daß diese Nahrung sein ist. Ich frage nun, zu welchem Zeitpunkt wurde sie sein Eigentum? […] Wenn sie ihm nicht durch das erste Aufsammeln gehörten, dann ist es klar, daß nichts anderes sie ihm zu eigen machen konnte." (*Locke*, Zwei Abhandlungen über die Regierung, Teil II, 5. Kapitel, § 28).

1036 In den Worten *Locke*'s: „Denn da diese *Arbeit* das unbestreitbare Eigentum des Arbeiters ist, kann niemand außer ihm ein Recht auf etwas haben, was einmal mit seiner Arbeit verbunden ist. Zumindest nicht dort, wo genug und ebenso gutes den anderen gemeinsam verbleibt." (Zwei Abhandlungen über die Regierung, Teil II, 5. Kapitel, § 27). Und auch direkt bezüglich der Aneignung von Land: „Auch gereichte diese *Aneignung* irgendeines Stückes *Land*, indem man es bebaute, niemanden zum Schaden, da noch genügend und gleich gutes Land übrigblieb, und zwar mehr, als die noch Unversorgten nutzen konnten. So stellt in Wirklichkeit die Abgrenzung für den eigenen Bedarf keine Benachteiligung für die anderen dar. Denn wenn jemand einem anderen so viel übrig läßt, wie er nutzen kann, handelt er so, als nehme er überhaupt nichts." (ebenda, § 33).

1037 Natürlich findet die Erteilung von Erlaubnis und Bewilligung nicht im Naturzustand statt.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sich in Anspruch nehmen zu können" eine „Gegenleistung" fordert.[1038] Diese Feld- und Förderabgabe hat als „Vorteilsabschöpfungsabgabe" den Zweck mit den Worten des BVerwG, dem Staat (und damit der Allgemeinheit) „eine Teilhabe am wirtschaftlichen Erfolg von Förderunternehmen zu verschaffen, die aufgrund öffentlich-rechtlicher Befugnis ein Gut der Allgemeinheit wirtschaftlich verwerten."[1039] (Die Feldesabgabe setzt sogar schon gem. § 30 BBergG zum Zeitpunkt der Aufsuchung an.) Der Charakter der Güter als vormals der Allgemeinheit zugehörig, wirkt also noch in dem Privateigentum der Unternehmer nach. Dem libertaristischen Ansatz sind solche Ausführungen eher fremd. Vor allem zeigen diese Reglungen aber, dass die Bergbauunternehmer nicht ein originäres Recht auf den Zugriff auf die bergfreien Bodenschätze hätten. Somit stellt sich eindringlich die Frage, womit das Aneignungsrecht der Unternehmer begründet wird.

Legt man die Aneignungstheorie von *Locke* zugrunde, dann ist problematisch, dass zwar der Bodenschatz herrenlos und unverteilt ist, nicht aber der Grund und Boden. Auch erfährt die Einschränkung, wonach von dem Gut noch in ausreichendem Maße für andere vorhanden sein solle (Locke's Proviso), gerade mit Blick auf nachrückende und künftige Generationen eine Abfuhr.[1040]

b. Bewertung mithilfe des Differenzprinzips von Rawls

Es trifft zwar zu, wie *Locke* ausführt, dass ein Gemeingut von keinerlei Nutzen sei, wenn es nicht auch genutzt werden könne.[1041] Oder auch wie es *K. Meyer* hinsichtlich der Berücksichtigung der künftigen Generationen ausführt: „Eine Gleichverteilung dieser [nicht-regenerativen] Ressourcen [zwischen den lebenden und den kommenden Generationen] würde nämlich darauf hinauslaufen, dass niemand irgendeinen Teil dieser Ressource nutzen kann."[1042] Es geht also nicht darum, die Bodenschätze in jedem Fall im Allgemeingut, und damit ungenutzt im Boden liegen zu lassen. Aber entscheidend ist mit welcher Begründung die Bodenschätze in Privateigentum überführt werden. Daher stellt sich die Frage, mit welcher Be-

1038 BT-Drs. 8/1315, S. 95.
1039 BVerwG, Urteil v. 16.11.2017 - 9 C 16/16, NVwZ-RR 2018, S. 983 (984 f., Rn. 17, 20).
1040 Ausführlich hierzu *Meyer, K.*, Was schulden wir künftigen Generationen?, S. 136 ff.
1041 *Locke*, Zwei Abhandlungen über die Regierung, Teil II, 5. Kapitel, § 28.
1042 *Meyer, K.*, Was schulden wir künftigen Generationen?, S. 133.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gründung der Gesetzgeber die Umwandlung des Bodenschatzes von einem Allgemeingut in ein Privateigentum als Regelfall vorsieht und dies sogar mit einem Anspruch auf Erteilung dem Unternehmer zusichert. Dieser Ansatz mag historisch begründet werden, wonach der Gesetzgeber von der Vermutung ausging, dass der Abbau von Bodenschätzen grundsätzlich das Wohl der Allgemeinheit zu fördern im Stande sei und zu Wachstum und Wohlstand beitrage.[1043]

Die Verteilung der Rechtsposition am bergfreien Bodenschatz gemessen am Wohl der Allgemeinheit, könnte also der Kern des gesetzlich vorgesehenen Verteilungskriteriums sein. Wie wäre eine solche Verteilungsentscheidung ressourcenethisch zu bewerten?

Zu dieser Bewertung kann es hilfreich sein, das Kriterium des Wohls der Allgemeinheit mit Rawls' Differenzprinzip zu vergleichen. Nach diesem kann eine ungleiche Verteilung dann gerechtfertigt werden, wenn die am stärksten Benachteiligten im Zustand der ungleichen Verteilung gegenüber dem Zustand, in dem die Ungleichheit nicht existiert, besser dastehen. Hier soll eine Anwendung des Differenzprinzips auf die Verteilung der Rechtsposition am bergfreien Bodenschatz skizziert werden: Die Verteilung des Bodenschatzes an wenige Bergbauunternehmen ist danach ungleich und rechtfertigungsbedürftig. Auslegungsbedürftig ist es, wer die am stärksten Benachteiligten sein könnten. Zu denken ist einmal an die Menschen, die unterhalb der Armutsgrenze in Deutschland leben, die Menschen, die durch Bergbauschäden und -risiken, sowie sonstige Lasten des Bergbaus (beispielsweise durch die Folgen des Klimawandels auch Menschen weltweit) betroffen sind, sowie die künftigen und nachrückenden Generationen, die u. U. nicht mehr auf denselben Rohstoff zugreifen können und die auch von den negativen Auswirkungen des Bergbaus betroffen sein können.

1043 Vgl. hierzu beispielhaft die Ausführungen in der Gesetzesbegründung: „Die besondere gesamtwirtschaftliche Bedeutung des Bergbaus und das Allgemeininteresse an der Aufsuchung, Gewinnung und Aufbereitung von Bodenschätzen auch aus Gründen der Rohstoffversorgung stehen also außer Frage." (BT-Drs. 8/1315, S. 67). Ähnlich auch das BVerfG, welches hinsichtlich des Umstandes der Enteignung zugunsten Privater, keine zusätzlichen Sicherungsmaßnahmen vorsah, da der Enteignungszweck/der Allgemeinwohlbelang schon regelmäßig durch die Geschäftstätigkeit des Unternehmers, die gerade darauf angelegt ist die Rohstoffe zu veräußern, erreicht würde (Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (306 f. Rn. 206-209) – Garzweiler). Siehe auch UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 74.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Könnte eine der skizzierten Personengruppen durch den Bergbau im Sinne des Differenzprinzips besser dastehen?

Die gängige Annahme, dass die Wohlfahrt durch Wirtschaftswachstum auch den Armen zugutekomme („Trickle-down-Theorie"), könnte zu einer Befürwortung dahingehend führen, dass die armen Menschen in Deutschland besser durch den Bergbau dastehen. Dies ist wohl auch die gleiche Annahme, die in der Überlegung steckt, dass das Allgemeinwohl durch den Bergbau gesteigert wird. Auch hier reicht meistens ein Verweis auf die prosperierende Wirtschaft aus.[1044] Zwar bezieht sich das Allgemeinwohl nicht nur wie das Differenzprinzip auf die Benachteiligten, sondern schließt zunächst einmal alle Gesellschaftsmitglieder ein. Aber auch das Allgemeinwohl wird wohl vermehrt sein Augenmerk auf die Benachteiligten werfen müssen.

Das Kriterium des Allgemeinwohls und die Anwendung des Differenzprinzips nach Rawls stehen sich nach dem hier skizzierten nahe. Auch hat tatsächlich der Bergbau historisch gesehen entscheidend zum wirtschaftlichen/finanziellen Wohlstand der Industrienation Deutschland beigetragen. Es ist jedoch zweifelhaft, ob hierin schon die Steigerung des Allgemeinwohls zu sehen ist. Auch waren die Ressourcenprobleme ausgehend von dem ersten Bericht des Club of Rome ‚Die Grenzen des Wachstums' von 1972 der Weltöffentlichkeit schon bekannt – und damit ganze 8 Jahre vor Inkrafttreten des BBergG.[1045] Was schon damals fraglich war, kann aber heute nicht mehr überzeugen. Die Vermutung, dass sobald sich nur ein Unternehmer findet, der aus wirtschaftlichen Profitinteresse Bodenschätze heben möchte, dies zugleich im Sinne der Allgemeinheit sei, ist unzutreffend. Dies deckt auch das Differenzprinzip auf, welches wenn es auf andere Gruppen der Benachteiligten abhebt, nicht ohne weiteres bejaht werden kann. So werden die künftigen Generationen durch den fortlaufenden Abbau von Braunkohle eben nicht bessergestellt sein; ebenso wenig die

1044 Vgl. hierzu noch einmal die Einführung zur Gesetzesbegründung: „Bodenschätze gehören mit zu den lebenswichtigen Grundlagen einer Volkswirtschaft. Sie sind als Rohstoff und Betriebsmittel für weite Bereiche unserer wirtschaftlichen Produktion unentbehrlich. Das zeigt — bezogen auf die jüngere Geschichte des Bergbaus — nicht nur der Anfang des technischen Zeitalters vor 1900 und in den ersten Jahrzehnten dieses Jahrhunderts, sondern auch die jüngste Vergangenheit mit ihrem umfangreichen Bedarf an Kohle, Eisen und Tonen, um nur einige wichtige Bodenschätze für den Wiederaufbau großer Teile unserer Industrie und der Städte nach dem Kriege zu nennen." (BT-Drs. 8/1315, S. 67).

1045 Hier in der Neuauflage von 1992: *Meadows/Meadows/Randers*, Die neuen Grenzen des Wachstums, Kapitel 1, S. 28 ff., ausführlich Kapitel 3.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Menschen, die den negativen Folgen des Klimawandels schon heute ausgesetzt sind.

Es kann also festgehalten werden, dass das Allgemeinwohl als Kriterium für die Überführung aus dem Allgemeingut in Privateigentum als gerechtfertigt angesehen werden kann. Eine solche Verteilungsentscheidung wäre gerecht. Problematisch in dieser Konstellation ist nur, dass die gesetzgeberische pauschale Vermutung, dass das Allgemeinwohl mit dem effektiven und zügigen Abbau der Bodenschätze erfüllt sein würde, nicht (mehr) zutreffend ist. Insofern ist die Verteilungsentscheidung des BBergG ressourcenethisch zu kritisieren.

II. Die derzeitigen Auslegungsspielräume zur Behebung ressourcenethischer Defizite nutzen

Die ressourcenethische Analyse hat gezeigt, dass die derzeitige Gesetzeslage hinsichtlich folgender Punkte zu kritisieren ist:

1. Der gesetzgeberische Mechanismus sieht vor, dass grundsätzlich eine Erlaubnis/Bewilligung erteilt werden soll; die Behörde hat kein Ermessen und der Unternehmer hat einen Rechtsanspruch auf Erteilung
2. Zugleich wird der Bergbauberechtigung der Schutz von Art. 14 I GG zugeschrieben.
3. Bei der Erteilung werden die öffentlichen Interessen nur sehr eingeschränkt überprüft und private Interessen gar nicht.

Im Folgenden sollen die Auslegungsspielräume des Gesetzestextes ausgelotet werden. Drängt sich unter Umständen eine andere Lesart des Gesetzes schon de lege lata auf?

Hierbei ist zu beachten, dass an zwei Stellschrauben gedreht werden kann. Zum einen können die Voraussetzungen der Erteilung verschärft werden oder die Wirkungen der Bergbauberechtigung werden heruntergefahren. Wenn die Bergbauberechtigungen nur die Wirkung haben zwischen mehreren Bewerbern einen auszusuchen, dann können die Voraussetzungen dementsprechend reduziert sein. Wenn die Bergbauberechtigungen aber als von Art. 14 I GG geschützt angesehen werden, so dass sie nachfolgend den Grundeigentümern entgegengehalten werden können und sich in der Erteilung der Bergbauberechtigung schon (wenn auch vielleicht informell) eine Vorfestlegung zugunsten des Bergbaus manifestiert (hier denke man an die Beleihungsfähigkeit des Bergwerkseigentums) dann müssen die

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

Voraussetzungen, nach denen die Bergbauberechtigung erteilt wird auch dementsprechend umfassend sein.

1. Erteilung der Bergbauberechtigung im Ermessen der Behörde?

Ist der § 11 BBergG für einen Entscheidungsspielraum der Behörde offen, so dass das Konzept, wonach grundsätzlich die Erteilung zu erfolgen hat, durchbrochen wird? Nach § 11 BBergG „ist [die Erlaubnis bzw. i.V.m. mit § 12 I S. 1 BBergG die Bewilligung] zu versagen wenn" eines der aufgezählten Tatbestände der folgenden Nummern erfüllt ist. Diese „Ist-Formulierung" lässt sprachlich sowohl eine gebundene wie auch eine Ermessensentscheidung zu.[1046] Für eine eindeutige Zuordnung der Erteilung als gebundene Entscheidung hätte der Gesetzgeber „ist **nur** zu versagen, wenn"/„darf **nur** versagt werden, wenn" formulieren müssen.[1047] Oder wie in anderen Gesetzen mit gebundener Entscheidung (wie § 6 I BImSchG) üblicher: „ist zu erteilen".[1048] Diese Offenheit des Wortlautes lässt sich auch aus dem Vergleich mit der Terminologie des WHG gewinnen, welches mit demselben Wortlaut (§ 12 I S. 1 WHG: „Die Erlaubnis und die Bewilligung sind zu versagen, wenn […]") gerade keinen Rechtsanspruch gewährt.[1049] An diesem Wortlaut hat sich der Gesetzgeber auch ausdrücklich orientiert, weist aber zugleich einschränkend daraufhin, dass sich aus der dem WHG entlehnten Terminologie nicht auf die materiell rechtliche Qualität der Berechtigungen schließen lasse.[1050] Die Abgeschlossenheit der in § 11 BBergG dargelegten Versagungsgründe (die im Übrigen durch den unbestimmten Rechtsbegriff der öffentlichen Interessen in § 11 Nr. 10 BBergG als nicht mehr ganz so abschließend erscheinen) lässt ebenfalls kein Rückschluss auf den Charakter der Entscheidung als gebundene oder als Ermessensentscheidung zu.[1051] Auch aus § 14 BBergG, der dem Antrag des Inhabers von Bergbauberechtigungen den Vorrang gegenüber externen Antragstellern einräumt, kann kein Rückschluss gezogen werden.[1052] Die vorrangige Bearbeitung garan-

1046 *Karpen*, AöR 1981, S. 19; *Wörheide*, UPR 2015, S. 179; *v. Weschpfennig*, Strukturen des Bergrechts, S. 112.
1047 *Schulte*, das Bundesberggesetz, NJW 1981, S. 91 und *Kühne*, ZfB 1980, S. 59 f.
1048 *Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 28.
1049 *Pape*, in: Beckmann et. al., Kommentar Landmann/Rohmer Umweltrecht, 102. EL September 2023, § 12 WHG, Rn. 46.
1050 BT-Drs. 8/1315, S. 85. Kritisch hierzu *Kühne*, ZfB 1980, S. 59.
1051 So aber *Karpen*, AöR 1981, S. 19; *Franke*, in: Boldt et al., § 11 Rn. 1.
1052 So aber *Karpen*, AöR 1981, S. 19.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tiert nur ein Vorrang in der Bearbeitung, nicht aber eine Vorwegnahme der Entscheidung selbst.

Der Wortlaut ist damit offen und auslegungsbedürftig.

a. Historische Auslegung

Der Gesetzgeber spricht sich ausdrücklich für einen Rechtsanspruch des Bergbauwilligen[1053] und damit für eine gebundene Entscheidung aus. Diese Äußerung ist die alleinige Grundlage, auf Grund derer von einem Rechtsanspruch ausgegangen wird.[1054]

Diese Ausgestaltung der staatlichen Entscheidungsdynamik (gebundener Verwaltungsakt und Anspruch auf Erteilung der Bergbauberechtigung) widerspricht jedoch dem vom Gesetzgeber intendierten Grundverständnis. Der Gesetzgeber hatte das Berechtsamswesen als ein öffentlich-rechtliches Aneignungssystem vor Augen, welches in der Tradition des echten Staatsvorbehalts weitreichende staatliche Einflussmöglichkeiten bergen soll, um den Abbau von Bodenschätzen unter die Wahrung der öffentlichen Interessen zu stellen.[1055] Nach diesem war kraft Gesetzes das Aneignungsrecht der Bodenschätze dem Staat vorbehalten, welches er in Ausübung seines Ermessens an Private verlieh (siehe hierzu ausführlich oben unter Kapitel 2 B. III.).[1056] Das System der Bergbaufreiheit mit dem Institut des Bergwerkseigentums hat der Gesetzgeber als überholt angesehen und wollte explizit nicht an diesem System festhalten.[1057] Der Anspruch auf Erteilung der Bergbauberechtigung knüpft jedoch genau an dem eigentlich fallen zu lassenden System der Bergbaufreiheit an; genauer an das Schürfrecht des § 3 PrABG und den Anspruch auf Verleihung von Bergwerkseigentum nach § 22 PrABG.

Die materielle Gestaltungsfreiheit des Staates in der Frage über die Erteilung der Bergbauberechtigungen, welche der Gesetzgeber als unbedingt erforderlich ansah, um den Anforderungen einer modernen Wirtschaftsordnung gerecht zu werden, ist de facto nicht gegeben.

1053 BT-Drs. 8/1315, S. 86.
1054 *Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 33.
1055 BT-Drs. 8/1315, S. 84.
1056 *Franke*, in: Boldt et al., § 6, Rn. 5, 9. *Karpen* bezogen auf das Allgemeine Preußische Berggesetz (ABG): AöR 1981, S. 19.
1057 BT-Drs. 8/1315, S. 84 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Es bleibt festzuhalten, dass der Gesetzgeber sich in den Gesetzesmaterialien hinsichtlich seiner Vorstellung und der konkreten Ausgestaltung widersprüchlich äußerte. Zum einen erklärt er es sich zum Ziel, dieselbe materielle Gestaltungsmöglichkeit zu schaffen, wie sie nach altem Recht für den unechten Staatsvorbehalt bestand; zum anderen sieht er einen Rechtsanspruch auf die Erteilung der Bergbauberechtigungen vor. Diese Diskrepanz kann auch nicht mit Hinweis auf die Lenkungsmöglichkeiten durch das Zugeständnis eines Abwägungsspielraums (v.a. durch die Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs „öffentliche Interessen" nach § 11 Nr. 10 BBergG) überwunden werden;[1058] die ebenfalls in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommenden Einschränkungen der zu berücksichtigenden öffentlichen Interessen[1059] verhindert dies von vornherein.

Insofern lässt auch die historische Auslegung Raum dafür, entgegen der geringeren Gestaltungsmöglichkeit, die eine gebundene Entscheidung mit sich führen würde, von einer Ermessensvorschrift auszugehen. Nicht zuletzt findet sich hierin auch ein Argument, die Einschränkungen des § 11 Nr. 10 BBergG abzulehnen.

b. Teleologische Auslegung

Weiterhin ist es fraglich, ob ein knappes öffentliches Gut unter einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt gestellt werden soll und darf. Für das Gut Wasser hat das BVerfG dies in seiner Nassauskiesungsentscheidung gerade abgelehnt.[1060] Hier implizierte die dem BVerfG vorgelegte Frage, dass das Grundeigentum nach Art. 14 I GG einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer wasserrechtlichen Zulassung bezogen auf Grundwassernutzungen fordere unter der Voraussetzung, dass Beeinträchtigungen des

1058 *Franke*, in: Boldt et al., § 6, Rn. 5, 9. Hier sei auf die Lehre vom Beurteilungsspielraum hingewiesen, die eine trennscharfe Kategorisierung zwischen Ermessens- und gebundener Entscheidung insgesamt ablehnt (übersichtlich dargestellt von *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7, Rn. 53 ff.).

1059 Hierzu ablehnend unten unter 2.

1060 BVerfG, Beschluss v. 15.07.1981 - 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300 = NJW 1982, S. 745 – Nassauskiesungsbeschluss.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wohls der Allgemeinheit ausgeschlossen seien.[1061] Das BVerfG hat dies entschieden abgelehnt und sogar die gegenteilige Position bezogen. Es hat klargestellt, dass eine solche Regelung (Erlaubnisverfahren mit Verbotsvorbehalt/kein behördliches Ermessen/Rechtsanspruch des Antragenden) für die Bewirtschaftung dieses herausragend lebenswichtigen und knappen Gutes unvertretbar wäre.[1062] Ein Erlaubnisverfahren mit Verbotsvorbehalt solle nur die rechtmäßige Grundrechtsausübung absichern. Bei der hier in Frage stehenden Benutzung des Grundwassers handele es sich aber nicht um eine dem Schutzbereich des Art. 14 I GG zugeordnete Tätigkeit.[1063] Eine solche Regelung führe nur zu einem Minimalschutz an der Grenze der Belastbarkeit unter Ausschöpfung der Nutzungskapazität. Eine optimale Nutzung des verfügbaren Wasserangebots kann so nicht erfolgen und auch kein Spielraum für die Befriedigung künftigen Bedarfs offengehalten werden.[1064] Zusammenfassend stellt das BVerfG fest, dass eine solche Regelung gemessen an der lebenswichtigen Bedeutung unvertretbar wäre.[1065] Es brauche „eine auf die Zukunft ausgerichtete ordnungsgemäße Steuerung der Gewässernutzung".[1066]

Das Gut Wasser und das Gut Bodenschatz unterscheiden sich natürlich hinsichtlich ihres Grades der Lebensnotwendigkeit. Ohne das Wasser ist ein menschliches, tierisches und pflanzliches Leben nicht denkbar.[1067] Ohne die Bodenschätze ist aber zumindest das menschliche Leben in sei-

1061 BVerfG, Beschluss v. 15.07.1981 - 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300 (346 f.) – Nassauskiesungsbeschluss. Zur Vorlagenfrage: „Die Vorlage betrifft die Frage, ob es mit der Verfassung vereinbar ist, daß das Grundeigentum nicht zu einer Grundwasserbenutzung berechtigt, die nach dem Wasserhaushaltsgesetz eine behördliche Gestattung erfordert." (a.a.O., 301; vgl. auch 346 f.). Das BVerfG hat die Vorlagenfrage umgeformt, in die Frage „ob es sich bei den genannten Bestimmungen des Wasserhaushaltsgesetzes um enteignende Normen handelt, die von Verfassungs wegen einer Ergänzung durch eine Entschädigungsregelung bedürfen." (a.a.O., S. 320 f.; vgl. auch noch einmal präzisiert in S. 327 f.).

1062 BVerfG, Beschluss v. 15.07.1981 - 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300 (347) – Nassauskiesungsbeschluss.

1063 BVerfG, Beschluss v. 15.07.1981 - 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300 (4. Leitsatz, ausführliche Prüfung unter 332 ff.) – Nassauskiesungsbeschluss.

1064 BVerfG, Beschluss v. 15.07.1981 - 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300 (347) – Nassauskiesungsbeschluss.

1065 BVerfG, Beschluss v. 15.07.1981 - 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300 (347) – Nassauskiesungsbeschluss.

1066 BVerfG, Beschluss v. 15.07.1981 - 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300 (347) – Nassauskiesungsbeschluss.

1067 BVerfG, Beschluss v. 15.07.1981 - 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300 (341) – Nassauskiesungsbeschluss.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ner derzeitigen zivilisatorischen Ausprägung nicht denkbar.[1068] Die Bodenschätze sind Allgemeingüter, auf die die Allgemeinheit im besonderen Maße angewiesen ist. Die Energieversorgung wird sogar als absolutes Gemeinschaftsgut angesehen.[1069] Dies hat auch der Gesetzgeber erkannt, indem er die wichtigsten Bodenschätze gerade nicht dem Grundeigentum zuordnete, sondern mit dem Institut der bergfreien Bodenschätze sich weitreichende Einflussmöglichkeit sichern wollte.[1070] Geht man nun aber von einem Rechtsanspruch auf Erteilung dieser Eigentumsposition am Bodenschatz aus, so führt dies gerade nicht zu einer größeren Einflussmöglichkeit (gegenüber den grundeigenen Bodenschätzen), sondern zu einem unflexiblen Abarbeiten des Zulassungskatalogs. Auch würde hier ein Erlaubnisverfahren mit Verbotsvorbehalt nicht der Überprüfung der rechtmäßigen Grundrechtsausübung dienen, sondern als Ergebnis des Verfahrens überhaupt erst ein Grundrecht und damit ein verfassungsrechtlich relevantes Interesse des Einzelnen schaffen. Der Bergbauwillige kann im Antragsstadium über die Erteilung der Bergbauberechtigung kein relevantes Interesse für sich geltend machen. Demgegenüber steht aber das hohe öffentliche Interesse auch an einer geordneten und in die Zukunft ausgerichteten Steuerung des Bodenschatzabbaus. Dies verlangt nicht allein der Nachhaltigkeitsaspekt des Art. 20a GG. Ohne Not wird damit die ordnende Bewirtschaftung durch das Zugestehen eines Rechtsanspruchs aus der Hand gegeben. Der Staat kann so nicht mehr planend und ordnend tätig werden.

c. Stellungnahme

Welcher Auslegung ist nun zu folgen? Der Wortlaut lässt die Auslegung offen. Die historische Auslegung führt auch wiederum zu widersprüchlichen Ergebnissen. Die Befürworter einer gebundenen Entscheidung stützen sich aber ausschließlich auf eben diese historische Auslegung. Selbst wenn die

1068 So auch in der Begründung des Gesetzesentwurfs: „Bodenschätze gehören mit zu den lebenswichtigen Grundlagen einer Volkswirtschaft. Sie sind als Rohstoff und Betriebsmittel für weite Bereiche unserer wirtschaftlichen Produktion unentbehrlich." (BT-Drs. 8/1315, S. 67).

1069 BVerfG, Beschluss v. 16.03.1971 - 1 BvR 52 u.a., BVerfGE 30, 292 (323 f.) = NJW 1971, 1255 – Erdölbevorratungspflicht. Außerdem bezeichnet das BVerfG die Sicherheit der Energieversorgung als ein Gemeinschaftsinteresse höchsten Ranges (ebd.). Siehe auch *Sinder/Wiertz*, Energieversorgungssicherheit, NVwZ 2023, 552 f.

1070 BT-Drs. 8/1315, S. 70.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

widersprüchliche Äußerung des Gesetzgebers beiseitegelassen werden würde und der direkten Aussprache des Gesetzgebers für eine gebundene Entscheidung größeres Gewicht eingeräumt werden würde, so ist der Einfluss der historischen Auslegung auf den Rechtsanwender davon abhängig, ob sich in der Zwischenzeit veränderte Rahmenbedingungen ergeben haben, die den historischen Normzweck verdrängen.[1071] Dies gilt insbesondere dann, wenn sich die Grundannahmen der Zeit geändert haben. So stand der Gesetzgeber zum Erlass des BBergG unter dem Einfluss der Energiekrise und ging so von dem Vorrang bergbaulicher Vorhaben aus.[1072] Auch wirkt wohl noch die Vorstellung des gesetzlichen Instituts der Bergfreiheit fort.[1073] Seitdem hat sich das Bewusstsein um die Rahmenbedingungen der Umwelt geändert. Die planetaren Grenzen, nicht zuletzt mit dem Paradebeispiel des Klimawandels, stehen im Mittelpunkt der globalen[1074] und nationalen[1075] Aufmerksamkeit. Die Devise, nach der jeder Bodenschatzab-

1071 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 788. Hierzu auch *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 149 ff.

1072 Vgl. die Gesetzesbegründung: „Die Tatsache, daß Bodenschätze durch menschliche Maßnahmen nicht vermehrbar sind, und die zunehmende Abhängigkeit unserer hochindustrialisierten Wirtschaft im Bereich der Energie- und Rohstoffversorgung, die durch aktuelle Ereignisse nachdrücklich verdeutlicht wird, hat während der letzten Jahre sogar in staatlichen Vorkehrungen zur Versorgungssicherheit, insbesondere bei Erdöl und Erdgas, aber auch in bezug auf eine Reihe anderer mineralischer Rohstoffe ihren Ausdruck gefunden." (BT-Drs. 8/1315, S. 67.). So auch *Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 29.

1073 *Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 29. Zum Institut der Bergfreiheit siehe oben Kapitel 2 B. III.

1074 Vgl. das Pariser Übereinkommen vom 12.12.2015, welches von den Vertragsparteien verfasst wurde u.a. „in Anerkennung der Notwendigkeit einer wirksamen und fortschreitenden Reaktion auf die akute Bedrohung durch Klimaänderungen auf der Grundlage der besten verfügbaren wissenschaftlichen Erkenntnisse" und „in Anbetracht dessen, wie wichtig es ist, die Integrität aller Ökosysteme einschließlich der Meere und den Schutz der biologischen Vielfalt, in manchen Kulturen als Mutter Erde gewürdigt, zu gewährleisten […]". Siehe auch den 6. Abschnitt der Präambel der Resolution der UN-Generalversammlung, 70/1. Transformation unserer Welt: die Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung, verabschiedet am 25. September 2015 (die die Grundlage der 17 Sustainable Development Goals ist): „Wir sind entschlossen, den Planeten vor Schädigung zu schützen, unter anderem durch nachhaltigen Konsum und nachhaltige Produktion, die nachhaltige Bewirtschaftung seiner natürlichen Ressourcen und umgehende Maßnahmen gegen den Klimawandel, damit die Erde die Bedürfnisse der heutigen und der kommenden Generationen decken kann."

1075 Vgl. die Einführung zur deutschen Nachhaltigkeitsstrategie der Bundesregierung von 2018: „Ein gutes Leben für alle im Rahmen der planetaren Grenzen kann

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bau, für den sich nur ein Unternehmer findet, schon an sich unbedingt zu befürworten ist, kann nicht mehr gelten. Zum Teil wird genau dies aber dem § 1 Nr. 1 BBergG entnommen.[1076]

Richtungsweisend muss deswegen die teleologische Auslegung sein. Hier kann angelehnt an die Bewertungen des BVerfG aus der Nassauskiesungsentscheidung davon ausgegangen werden, dass die Ermessensentscheidung dem Charakter der Bodenschätze als Allgemeingüter gerechter wird. Ein solches Ermessen würde die zuständige Behörde in die Lage versetzen, ihre Entscheidung an einer Bewirtschaftungskonzeption auszurichten, wie es beispielsweise im Ressourcennutzungsregime des Wasserrechts üblich ist. Die gebundene Entscheidung hätte hingegen keine Bewirtschaftungsperspektive.

Es ist damit festzuhalten, dass der Behörde in der Erteilung der Erlaubnis und der Bewilligung ein Ermessen zukommt. Damit liegt die Verteilungsentscheidung von der Rechtsposition am bergfreien Bodenschatz nicht allein beim Gesetzgeber, der die Allgemeinwohlförderung pauschal unterstellend, den Bergbauunternehmern grundsätzlich Bergbauberechtigungen gewährt, sondern die Behörde hat auf der gesetzlichen Grundlage nach behördlichem Ermessen über die Voraussetzungen zu entscheiden. Der Bergbauunternehmer hat hiernach „nur noch" einen Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung, nicht aber auf die Erteilung an sich.

2. Berücksichtigung aller öffentlichen Interessen im Rahmen des § 11 Nr. 10 BBergG?

§ 11 Nr. 10 BBergG statuiert, dass die Bergbauberechtigung dann zu versagen ist, wenn „überwiegende öffentliche Interessen die Aufsuchung im gesamten zuzuteilenden Feld ausschließen." Mit der herrschenden Auslegung von Rechtsprechung und Lehre werden damit nicht alle öffentlichen Inter-

---

es dauerhaft nur dann geben, wenn sich politische Entscheidungen an einer nachhaltigen Entwicklung ausrichten. Daher bekennt sich die Bundesregierung zum Leitprinzip der Nachhaltigkeit. Sie setzt sich ein für eine immer stärkere Berücksichtigung des Prinzips auf allen Ebenen und durch alle Akteure, national wie global." (im Internet abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/publikationen/deutsche-nachhaltigkeitsstrategie-aktualisierung-2018-1559086> (zuletzt abgerufen im Januar 2024); die aktuelle deutsche Nachhaltigkeitsstrategie wurde im Jahr 2021 weiterentwickelt). Außerdem für den Sektor Klima: das Klimaschutzgesetz vom 12. Dezember 2019.

1076 *Von Hammerstein* in: Boldt et al., BBergG, § 1 Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

essen unter Nr. 10 geprüft. Diese, den Versagungsgrund einschränkende Auslegung stützt sich auf die Begründung des Gesetzesentwurfs.[1077] Aus diesem ergibt sich eine vierfache Einschränkung. Die dem bergbaulichen Vorhaben entgegenstehenden öffentlichen Interessen müssen einen *Bezug zum Feld* haben, sich *auf das gesamte Feld erstrecken*, die *Aufsuchung ausschließen* und gegenüber dem Bergbauinteresse *überwiegen*.[1078] Nach Ansicht des Gesetzgebers sind dies „gravierende Voraussetzungen" und sie müssen auch gravierend sein, weil keine „echte" Interessenkollision zwischen den öffentlichen und den bergbaulichen Interessen allein durch die Erteilung der Bergbauberechtigung bestünde. Eine Interessenkollision trete erst mit der Ausübung des Rechts auf.[1079]

Es ist paradox, eine Interessenabwägung anzuordnen für eine "unechte", das heißt nicht existente Interessenkollision.[1080] Der Gesetzgeber kann nur so verstanden werden, dass er die mit der Ausübung des Rechts absehbare Interessenkollision vorwegnehmen möchte. Der Gesetzgeber verkennt aber hier, dass ein Interessenkonflikt immer (auch bei den angeführten Beispielen der Planfeststellung oder anderer öffentlich-rechtlicher Erlaubnisse) erst in der Ausübung des Rechts zutage tritt. Die Rechtsinhaberschaft bedeutet insofern nur die Möglichkeit des Rechtsinhabers von seinem Recht auch tatsächlich Gebrauch zu machen/dieses durchzusetzen; unschädlich ist es dabei, dass die Ausübung des Rechts von weiteren Voraussetzungen (Zulassung des Betriebsplans) abhängig gemacht wird. Die Möglichkeit der Ausübung reicht aus, um andere Interessen berücksichtigen zu können. Dies ist so selbstverständlich, dass rechtlich zwischen einer "echten" und einer unechten/will heißen "hypothetischen" Interessenkollision nicht unterschieden wird. Ob für gestufte Verfahren etwas anderes gilt, d.h. inwieweit die vorläufige positive Grundentscheidung ausreicht, um eine hypothetische Abwägung anzustoßen, kann hier offenbleiben, da die an-

1077 BT-Drs. 8/1315, S. 87.

1078 BT-Drs. 8/1315, S. 87. Der § 11 Nr. 10 BBergG ist im Gesetzesentwurf als Nr. 8 geführt. Dieser wurde auf Vorschlag des Wirtschaftsausschusses des Bundestages ersatzlos gestrichen (BT-Drs. 8/3965, S. 134, um dann auf Initiative des Bundesrates wieder – nun als Nr. 10 – aufgenommen zu werden (BR-Drs. 286/80 = *Zydek*, Materialien BBergG, S. 114). Die Streichung wurde damit begründet, dass durch § 47 II (bzw. jetzige § 48 II) BBergG der § 11 Nr. 8 (bzw. 10) überflüssig sei.

1079 BT-Drs. 8/1315, S. 87; zustimmend: *Franke*, in: Boldt et al., BBergG, § 11 Rn. 14; *Zimmer*, in: Frenz (Hrsg.), BBergG, § 15, Rn. 9.

1080 So schon *Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 43. Auch *Kolonko* geht selbstverständlich davon aus, dass die Bergbauberechtigungen die Interessen einer eventuell bestehenden Naturschutzverordnung berühren (ZUR 1995, S. 127).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schließende Betriebsplanzulassung keine weitere Stufe in der Erteilung der Rechtsposition an den Bodenschätzen ist. Die Grundentscheidung hierzu wird abschließend mit der Erteilung der Bergbauberechtigung getroffen.[1081] Natürlich kann der Bergbauberechtigte i.d.R. im Zeitpunkt der Erteilung der Bergbauberechtigung noch nicht mit dem Abbau beginnen, sondern muss die Betriebsplanzulassung, deren Ausgang zum Zeitpunkt der Erteilung der Bergbauberechtigung offen sein soll, abwarten. Dabei liegt es in der Gestaltung des Gesetzgebers die „zwei vollwertigen, eigenständigen Genehmigungsverfahren"[1082] so aufeinander zu beziehen, dass Überschneidungen im Prüfkatalog gemeinsam an geeigneter Stelle abzuarbeiten sind. Dies könnte der Gesetzgeber zum Beispiel mit den Anforderungen der Verfahrensökonomie begründen. Die Begründung, dass aber keine „echte Interessenkollision" schon mit der Verleihung des Rechtstitels vorläge, trägt nicht. Dies wäre nur dann der Fall, wenn der Gesetzgeber sich entschlösse, die Bergbauberechtigung auf den rechtlichen Gehalt herabzustufen, der nur die Auswahl zwischen mehreren Bergbauinteressenten vorsähe. Hierzu müsste er die Bergbauberechtigung ummodellieren, wonach der Unternehmer keine Ansprüche auf Erteilung und Zulassung hätte, die Bergbauberechtigung eindeutig keine Eigentumspositionen im Sinne des Art. 14 I GG verschaffen würde und diese (in Form des Bergwerkseigentums) auch nicht ins Grundbuch eintragungsfähig und damit beleihbar wäre, damit die Frage über die Wünschbarkeit des Abbaus für nachfolgende Verfahren tatsächlich offenbliebe.

Im Übrigen ist auf die Ausnahmen von der Betriebsplanpflicht nach § 51 II, III BBergG zu verweisen.[1083] Für diese Fälle ist nach der Erteilung der Rechtsposition Bergbauberechtigung keine weitere behördliche Entscheidung erforderlich, so dass dann schon mit Erteilung der Bergbauberechtigung – nach der Terminologie der Gesetzesbegründung – ein echter Interessenkonflikt vorliegt.

Es lässt sich somit festhalten, dass sich die Einschränkung der zu berücksichtigenden öffentlichen Interessen nach § 11 Nr. 10 BBergG auf besonders gravierende Voraussetzungen nicht mit dem fehlenden Interessenkonflikt zwischen diesen und den bergbaulichen Interessen im Zeitpunkt der Ertei-

1081 *Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 44.
1082 *Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 43, Fn. 3.
1083 Die Anzeigepflicht ist in § 50 BBergG geregelt.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lung der Bergbauberechtigung begründet werden kann.[1084] (Dies dürfte im Übrigen auch für den Interessenkonflikt mit den privaten Interessen, der vom Bergbau negativ Beeinträchtigten, gelten.) Vor diesem Hintergrund sind die einzelnen Einschränkungen der Auslegung der öffentlichen Interessen im Folgenden näher zu untersuchen.

a. Bezug zum Feld

Ein öffentliches Interesse mit Bezug zum Feld, ist ein öffentliches Interesse, welches auf den Raum bezogen sein müsse.[1085] Dies wird, neben dem Anführen der Gesetzesbegründung, auf den Wortlaut „gesamten zuzuteilenden Feld" gestützt.[1086] Dem hält *Rasel* entgegen, dass die Wortgruppe „gesamten zuzuteilenden Feld" sich auf „ausschließen" bezieht, nicht auf die öffentlichen Interessen. Und der Wortlaut insofern diese einschränkende Auslegung nicht „notwendigerweise"[1087] erfordert. Darüber hinaus ist die Abgrenzung von öffentlichen Interessen mit Raumbezug und solchen ohne nicht in jedem Fall eindeutig. Anerkanntermaßen weisen beispielsweise die öffentlichen Interessen des Naturschutzes, wie sie in den Naturschutzgebietsfestlegungen getroffen werden, einen deutlichen Bezug zum Raum auf. Ob andere Naturschutzinteressen, die sich nicht in Gebietsfestlegungen erstrecken, einen Bezug zum Raum aufweisen, ist fraglich. Für die Klimaschutzinteressen kann hingegen sicher gesagt werden, dass sie i.d.R. nicht als Interessen mit Raumbezug angesehen werden können. Die Beeinträchtigungen des Klimas wirken zuvörderst global und der Nachweis der negativen Rückwirkung auf gerade das Erlaubnis-/Bewilligungsfeld ist nahezu unmöglich. Warum gerade der Klimaschutz als – besonders beim Abbau von fossilen Energieträgern – bedeutender entgegenstehender Belang keine Berücksichtigung erfahren soll, bedürfte einer sachlichen Begründung.

Nach dem BVerwG liegt der Sinn des § 11 Nr. 10 BBergG darin, zu verhindern, „daß Bergbauberechtigungen verliehen werden, die nicht die

1084 So für die Einschränkung auf raumbezogene Interessen: *Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 50.

1085 VGH Mannheim, Urteil v. 9.6.1988 - 6 S 2972/84, NuR 1989, S. 132; OVG Bautzen, Urteil v. 10.6.1998 - 1 S 349/96, ZfB 1998, S. 205 (S. 211); OVG Magdeburg, Urteil v. 4.11.1999 - A 1/ 4 S 170/97, ZfB 2011, S. 237 (S. 239); VG Weimar, Urteil v. 17.01.1995 - 7 K 716/93.We, ZfB 1995, S. 225 (S. 230 f.).

1086 *Vitzthum/Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 11 Rn. 21.

1087 So aber *Vitzthum/Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 11 Rn. 21.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Erwartung rechtfertigen, jemals ausgeübt werden zu können."[1088] Substanzlose Berechtigungen[1089] könnten aber auch dann entstehen, wenn von vornherein ersichtlich ist, dass öffentliche Interessen ohne Raumbezug die bergbaulichen Interessen überwiegen und somit die spätere Ausübung der Bergbauberechtigung von vornherein verhindern.

Eine nachvollziehbare Unterscheidung könnte insofern vom Gesetzgeber getroffen worden sein, als dass er im Rahmen des § 11 Nr. 10 BBergG nur eine überschlägige Prüfung anhand offensichtlicher, schon in Gebietsfestlegungen gegossener Kriterien anstrebte. Damit würde eine schnelle Bearbeitung auf Kosten des Prüfungsumfangs erfolgen. Das dies so angestrebt wurde, geht aber nicht aus den Gesetzesmaterialien und auch nicht aus dem Gesetzeswortlaut hervor. Vielmehr wird dem § 11 Nr. 10 BBergG die Aufgabe zugeschrieben, keine Bergbauberechtigungen entstehen zu lassen, die von vornherein keine Chance auf Umsetzung haben.[1090] Dies kann der § 11 Nr. 10 BBergG aber nur unter überschlägiger Prüfung aller relevanten Belange leisten. Ebenso soll durch die Behördenbeteiligung gem. § 15 BBergG eine „möglichst umfassende[] und lückenlose[] Berücksichtigung aller öffentlichen Belange" gewährleistet werden.[1091] Auch eine positive Grundentscheidung im gestuften Verwaltungsverfahren, die eine überschlägige Prüfung erfordert, kennt keinen reduzierten Prüfungsumfang. Vielmehr sollen alle entgegenstehenden Belange „abgeklopft" werden. Der Aussagegehalt von auf wenige Kriterien begrenzten überschlägigen Prüfungen wäre gering und damit die Sinnhaftigkeit des Vorgehens insgesamt fraglich.

Gegen die Berücksichtigung aller öffentlicher Interessen richtet sich der Vorwand, dass ein mangelnder Erkenntnisstand hinsichtlich der Frage des Vorkommens der Rohstoffe besteht und auch hinsichtlich der dann konkret betroffenen öffentlichen Interessen. Hiergegen kann vorgebracht werden, dass auch andere Planungsvorhaben mit Unsicherheiten behaftet sind. Die behördliche Entscheidung ergeht immer auf dem derzeitigen Erkenntnisstand über die Sachlage. Dieser Quelle von Unsicherheiten und möglichen Fehleinschätzungen begegnet das Recht mit besonderen Vorschriften zur Anpassung an den neuen Erkenntnisstand (wie etwa § 49 VwVfG zum Widerruf von Verwaltungsakten). Es mag richtig sein, dass die Einschätzung der Sachlage im Bergbau mit besonders hohen Unsicherheiten verbunden

1088 BVerwG Beschl. v. 15. 10. 1998 - 4 B 94/98, NVwZ 1999, S. 876.
1089 BVerwG Beschl. v. 15. 10. 1998 - 4 B 94/98, NVwZ 1999, S. 877.
1090 BVerwG, Beschluss v. 15.10.1998 - 4 B 94/98, NVwZ 1999, S. 876 f.
1091 BT-Drs. 8/1315, S. 87.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ist. Dies kann aber kein Grund dafür sein, von einer Einschätzung nach dem bisherigen verfügbaren Kenntnisstand generell abzusehen (Verzicht auf Einbeziehung aller öffentlichen Interessen) und so den Erlass von Bergbauberechtigungen voranzutreiben. Die Lesart nach der engsten Auffassung führt sogar dazu, dass fast kein Belang denkbar ist, der die geforderten Kriterien erfüllen könne.[1092]

Der Einwand des mangelnden Erkenntnisstandes führt eher zu der Frage zurück, ob eine so weitreichende Entscheidung über die Verteilung des Rechtsguts Bodenschatz tatsächlich schon in der Erteilung der Bergbauberechtigung getroffen werden sollte. Dem gerechtfertigten Bedürfnis der Bergbauinteressenten nach Sicherheiten, die sie für die Übernahme des unternehmerischen Risikos der Exploration brauchen, kann schon in einer Ausschließung weiterer Konkurrenten Rechnung getragen werden. Eine weitergehende Verleihung von Rechtstiteln oder Verschaffung von systemwidrigen Sicherheitsleistungen (Bergwerkseigentum) braucht es dafür nicht. Eine so verstandene „Bergbauberechtigung" verschafft Klarheit im abgestuften Entscheidungsprozess über den Abbau von Bodenschätzen. Sie würde nicht janusköpfig einerseits statuieren, dass die Frage des Abbaus noch bis zum Erlass der Betriebspläne offen sei, zugleich aber einen Rechtstitel verschaffen, der im Grundbuch eintragungsfähig ist und so als Sicherungsleistung für die Unternehmen dienen kann.

Es liegt somit dem gesetzlichen Einschätzungsspielraum überlassen, entweder tatsächlich schon im frühen Stadium einen Rechtstitel zu vergeben, dann aber unter Abwägung aller entgegenstehenden öffentlichen und auch privaten Interessen, oder aber die „Bergbauberechtigung" auf eine Konkurrentenauswahl zu beschränken und die Gesamtabwägung auf spätere Verfahrensstufen zu verschieben.

Zur Klarstellung sei darauf hingewiesen, dass die privaten Interessen der Bergbauinteressierten an dem Abbau generell nicht zu berücksichtigen sind. Auch nach dem gegenwärtigen Recht haben sie vor Erteilung der Bergbauberechtigung kein rechtlich geschütztes Interesse auf Überführung eines Allgemeinguts in ihre rechtliche Herrschaftsmacht.

Die Abgrenzung von beachtenswerten öffentlichen Interessen mit Raumbezug und unbeachtlichen Interessen ohne Raumbezug ist damit als

1092 So wenn man den Maßstab des absoluten Verbots von Schutzvorschriften annimmt. Diese werden aber gerade aus Gründen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes äußerst selten, wenn überhaupt anzutreffen sein.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

vom Gesetzestext nicht geforderte und als willkürliche Auslegung abzulehnen.[1093]

b. Erstreckung auf das gesamte zuzuteilende Feld

Im Mittelpunkt der Auseinandersetzungen um die Einschränkung des § 11 Nr. 10 BBergG stand v.a. das Kriterium, dass sich das öffentliche Interesse auf das gesamte Feld zu erstrecken hätte.[1094] Streitpunkt war dabei, ob das Bergbaufeld sich mit der Gebietsfestlegung des sonstigen öffentlichen Interesses überdecken muss, und wenn ja in welchem Grade – vollständig,[1095] nur zum großen Teil[1096] oder, dass ein punktuell vorliegendes Interesse sich auf das gesamte Bergbaufeld auszuwirken habe.[1097]

1093 Ebenso *Rasel*, der hingegen dieser Einschränkung keine bedeutende Rolle zuweist (Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 49 ff).

1094 *Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 53 ff.; hierzu auch *Kaiser*, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 241.

1095 So das OVG Magdeburg: „Daß möglicherweise in Teilbereichen des Feldes öffentliche Interessen einer Gewinnung entgegenstanden, ist unerheblich." (Urteil v. 4.11.1999 - A 1/ 4 S 170/97, ZfB 2011, 237 (S. 239)). Ebenso OVG Bautzen, Urteil v. 10.6.1998 - 1 S 349/96, ZfB 1998, 205 (210 f.). Weiterhin spricht es davon, dass die Voraussetzungen des § 11 Nr. 10 BBergG „allenfalls nur in atypischen Ausnahmefällen" vorliegen wird (a.a.O., S. 208). Weiterhin: VG Schleswig, Urteil v. 15.10.2015, 6 A 94/15, juris, Rn. 60; 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.

1096 *Vitzthum/Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 11 Rn. 21. Sachsen schlägt beispielsweise eine Grenze von 80 % vor, die sich das Bewilligungsfeld mit dem Naturschutzgebiet überdecken solle. Unterhalb dieser Spanne greift die Vermutung, dass das öffentliche Interesse nicht überwiegen könne; oberhalb dieser Spanne ist das öffentliche Interesse in der Regel zu berücksichtigen (Gemeinsamer Erlass des Sächsischen Staatsministeriums für Wirtschaft und Arbeit und des Sächsischen Staatsministeriums für Umwelt und Landwirtschaft über die Zusammenarbeit der Naturschutz- und Bergbehörden v. 05.04.2000, ZfB 2002, S. 333 (S. 334)).

1097 Das VGH Mannheim lehnt das Kriterium der räumlichen Deckung ab, fordert aber, dass ein punktuell vorliegendes Interesse sich auf das gesamte Bergbaufeld auswirkt. Es formuliert das Erfordernis folgendermaßen um: „[…] Die Bewilligung müsse (schon) dann versagt werden, wenn öffentliche Interessen so überwiegen, daß sie die Gewinnung im gesamten Feld ausschließen." (Urteil v. 9.6.1988 - 6 S 2972/84, NuR 1989, S. 132). Zustimmend *Fischer-Hüftle*, NuR 1989, S. 108; *Kolonko*, ZUR 1995, S. 128. Der Tatbestand des (zumindest) punktuell vorliegenden Interesses geht in dem bereits erörterten Kriterium „Bezug zum Feld" auf und stellt keine zusätzlichen Anforderungen an das sonstige öffentliche Interesse; insofern ist auf die obigen Ausführungen zu verweisen.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Diese Spezifizierung der Eingrenzung der öffentlichen Interessen auf solche mit Raumbezug, kann nach den vorhergehenden Ausführungen abgelehnt werden. Die Frage des Deckungsumfangs der Gebiete eröffnet sich damit nicht. Im Übrigen ist auf die Argumentation des VGH Mannheims zu verweisen, welches anführt, dass andernfalls der Antragssteller durch Ausdehnung des Antragsfeldes ein entgegenstehendes öffentliches Interesse zugunsten der Erteilung der Bergbauberechtigung leicht beseitigen könnte.[1098]

Es muss festgehalten werden, dass der Wortlaut „im gesamten zuzuteilenden Feld" damit kein Erfordernis an das öffentliche Interesse oder die Gewichtigkeit des öffentlichen Interesses stellt. Vielmehr ist schlicht besagt, dass die Erlaubnis komplett zu versagen ist, wenn im gesamten Feld kein Bergbau betrieben werden kann. Ist auf Teilflächen eine Erlaubnis möglich, kann die Erlaubnis hierauf beschränkt werden.

c. Ausschließung der Aufsuchung

Auch den Worten „Aufsuchung ausschließen" wird die Wirkung zugeschrieben, Anforderungen an die in Schutzgebietsfestlegungen niedergelegten öffentlichen Interessen zu stellen. Allgemein wurde angenommen, dass zumindest die in einer absoluten Veränderungssperre eines Schutzgebietes zum Ausdruck kommenden sonstigen öffentlichen Interessen als öffentliche Interessen im Sinne des § 11 Nr. 10 BBergG gelten, da sie die Aufsuchung ausschließen.[1099] Wann eine solche absolute Veränderungssperre anzunehmen ist, hat sich zur Streitfrage entwickelt und sich am Beispiel der Naturschutzgebiete, deren Festsetzungen eine Befreiungsmöglichkeit vorsehen, entzündet. Eine solche Befreiungsmöglichkeit ist in der Regel

1098 VGH Mannheim, Urteil v. 9.6.1988 - 6 S 2972/84, NuR 1989, S. 132; *Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 55, *Fischer-Hüftle*, NuR 1989, S. 108; *Kolonko*, ZUR 1995, S. 128.

1099 „Die öffentlichen Interessen des Natur- und Landschaftsschutzes überwiegen die Belange des Bergbaus dann und schließen folglich die Gewinnung von bergfreien Bodenschätzen dann aus, wenn für das Bewilligungsfeld durch Normen des Natur- und Landschaftsschutzes eine absolute Veränderungssperre verhängt wurde." VGH Mannheim, Urteil v. 9.6.1988 - 6 S 2972/84, NuR 1989, S. 130 (132). *Franke*, in: Boldt et al., BBergG, § 11 Rn. 16; *Vitzthum/Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 11 Rn. 21.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

in den Schutzgebietsverordnungen vorgesehen,[1100] was nicht allein auf die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zurückgeht.[1101]

Die engste und damit bergbaufreundlichste Auffassung sieht allein die abstrakte Möglichkeit der Befreiung für ausreichend, um den § 11 Nr. 10 BBergG für nicht anwendbar zu erklären. Dabei scheint nicht einmal die Befreiungsmöglichkeit explizit für die bergbauliche Tätigkeit gefordert zu sein.[1102]

Eine weitere Auffassung macht die Beachtlichkeit der in den Gebietsverordnungen niedergelegten öffentlichen Interessen davon abhängig, ob die Voraussetzungen des Befreiungsvorbehalts vorliegen oder nicht.[1103] Dabei sei die Rohstoffsicherungsklausel (§ 48 I S. 2 BBergG) beachtlich, die dazu führe, dass die Bergbauinteressen grundsätzlich den übrigen öffentlichen Interessen vorgehe.[1104] Sollte ein Befreiungsvorbehalt demnach lediglich den Ausgleich der widerstreitenden Interesse anordnen (wie beispielsweise § 67 I Nr. 1 BNatSchG), so führe dies unter Wertung der Rohstoffsicherungsklausel zu einer Nichtanwendung des § 11 Nr. 10 BBergG und damit zur Unerheblichkeit der entgegenstehenden Belange. Nach dieser Auffassung müsste eine außerbergrechtliche Norm, wie eine Naturschutzgebietsverordnung oder auch Normen der Raumordnung, explizit den Vorrang gegenüber bergbaulichen Interessen anordnen, um im Rahmen des § 11 Nr. 10 BBergG beachtlich zu werden. Dies ist problematisch. Die Frage, ob die Interessen überhaupt beachtet werden, ist von dem Ergebnis der Interessenabwägung abhängig, die verklausuliert innerhalb der Frage geklärt wird, ob ein absolutes Verbot vorliege. Ein, an die Interessenabwägung anschließender Interessenausgleich findet nicht statt, auch wenn dieser von Normen außerhalb des BBergG angeordnet wird. Aus welchen Gründen das BBergG hier den Anwendungsvorrang genießen sollte, ist nicht einsichtig. Gerade da diese Art des Anwendungsvorrangs selbst nicht explizit gesetzgeberisch

1100 *Kloepfer*, Umweltrecht, § 11 Rn. 502 f.

1101 *Wörheide*, Bergbauberechtigungen, S. 168.

1102 So die der Untersuchung von *Hoppe* zugrunde liegende Nationalparkverordnung zum niedersächsischen Wattenmeer (DVBl. 1987, S. 757 f., 760). Ähnlich restriktiv auch *Frenz*, der vorgibt, dass nach § 11 Nr. 10 BBergG die öffentlichen Interessen „von vornherein und unter jedem erdenklichen Gesichtspunkt eine Betriebsplanzulassung ausschließen" müssen, um im Verfahren um die Erteilung der Bergbauberechtigungen beachtlich zu sein (DVBl. 2016, S. 681). *Vitzthum/Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 11 Rn. 21.

1103 VGH Mannheim, Urteil v. 9.6.1988 - 6 S 2972/84, NuR 1989, S. 130 (133); VG Weimar, Urteil v. 17.01.1995 - 7 K 716/93.We, ZfB 1995, S. 225 (S. 235).

1104 VGH Mannheim, Urteil v. 9.6.1988 - 6 S 2972/84, NuR 1989, S. 130 (133).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

festgelegt wurde, sondern allein aus der Formulierung „Aufsuchung […] ausschließen" folgt.

Darüber hinaus ist ungeklärt, wie sich dieser Meinungsstreit auf die Berücksichtigung der öffentlichen Interessen auswirkt, die nicht in Gebietsfestlegungen überführt wurden. Die derart nicht verrechtlichten sonstigen öffentlichen Interessen enthalten per se kein absolutes Verbot mit Befreiungsvorbehalt.[1105] Hieraus könnte geschlossen werden, dass diese Interessen die „Aufsuchung nicht ausschließen" können und insofern nicht unter § 11 Nr. 10 BBergG fallen. Dies allein aus der Wortgruppe „Aufsuchung ausschließen" zu schlussfolgern, ist im Wortsinn nicht angelegt und käme einer Reduktion gleich. Oder man nähme den Wertungswiderspruch in Kauf, wonach die als schützenswert erkannten und deswegen in Schutzgebietsvorschriften fixierten öffentlichen Interessen durch die herkömmliche Auslegung sich gerade weniger bis gar nicht gegenüber bergbaulichen Interessen behaupten können als unfixierte.[1106]

Gerade das Verhältnis von verrechtlichten und nicht verrechtlichten Interessen offenbart, dass die Diskussion um die Einschränkung der Beachtlichkeit der in Schutzgebietsverordnungen niedergelegten öffentlichen Interessen fehl geht. Vielmehr enthält der Wortlaut „Aufsuchung ausschließen" keine weitere Konkretisierung der öffentlichen Interessen: Wird statt „ausschließen" ein Synonym wie „nicht gestattet" eingesetzt, so wäre der § 11 Nr. 10 BBergG folgendermaßen zu lesen: „Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn überwiegende öffentliche Interessen die Aufsuchung […] nicht gestatten." Die Einschränkung, die in die Wortgruppe „Aufsuchung ausschließen" hineingelesen wird, ist folglich im Ganzen fallen zu lassen.

d. Überwiegen des sonstigen öffentlichen Interesses gegenüber dem Bergbauinteresse

Zuletzt müssen gem. § 11 Nr. 10 BBergG die öffentlichen Interessen gegenüber den bergrechtlichen überwiegen („überwiegende Interessen"). Mit anderen Worten hat eine Abwägung stattzufinden. Für den Fall, dass bei Ab-

1105 So *Frenz*, der dies nicht weiter begründet (Bergrecht & Nachhaltige Entwicklung, S. 36). Eine Verrechtlichung der öffentlichen Interessen fordert das VG Weimar auch für die Interessenabwägung im Rahmen des § 48 II BBergG (Urteil v. 05.06.1996 -7 K 697/93.We, ZfB 1996, S. 321 (S. 328)).

1106 *Kloepfer*, Umweltrecht, 2. Auflage, § 10 Rn. 95.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wägung der Interessen die öffentlichen Interessen nicht für das Gesamtfeld die bergbaulichen Interessen überwiege, sondern lediglich für ein Teilfeld, sollen die öffentlichen Interessen als nicht durchschlagend genug gelten und insofern insgesamt unerheblich sein, so dass die Bergbauberechtigung für das gesamte Feld zu erteilen wäre.[1107] Begründet wird dies damit, dass grundsätzlich nur der Unternehmer das Feld festsetzen könne. Eine Einschränkung des Feldes durch die Behörde sei nicht möglich. Dies ergebe sich aus § 16 II BBergG, welcher die Fälle der behördlichen Eingrenzung des Feldes abschließend regeln solle und den Ausgleich mit anderen öffentlichen Interessen nicht vorsieht.[1108] In der Gesetzesbegründung zum § 16 II BBergG wird auf einen Grundsatz rekurriert, der besagt, dass die „Erlaubnisfelder – abweichend vom Antrag – größenmäßig nicht zu begrenzen" sind.[1109] Erstaunlich ist, dass sich dieser Grundsatz im Gesetzestext selbst so nicht niedergeschlagen hat.

Aus dem Wortlaut des § 16 II BBergG ergibt sich dies nicht zwingend. Die Festsetzung von einem vom Antrag abweichenden Feld wäre eine modifizierende Auflage. Eine modifizierende Auflage ist eine vom Antrag abweichende Genehmigung, sie betrifft den Hauptinhalt des Verwaltungsaktes; wohingegen Nebenbestimmungen den Hauptverwaltungsakt nur ergänzen[1110]. Die modifizierende Auflage ist damit nicht an § 36 VwVfG sondern anhand der Normen, die den Inhalt des Verwaltungsakts an sich betreffen zu messen.[1111] Für gebundene Entscheidungen ist eine modifizierende Auflage nur dann zulässig, wenn die vom Antrag geforderten Festsetzungen nicht zulässig wären, dieses Hindernis aber durch die Modifizierung des Hauptinhalts ausgeräumt werden kann.[1112] Wenn der Unternehmer folglich das Antragsfeld auf Teile erstreckt, die den Bodenschatz nicht enthalten oder nicht gewinnbar sind (vgl. § 12 I Nr. 3 BBergG), so wäre der Verwaltungsakt rechtmäßig, der das ursprünglich beantragte Feld auf das gestattungsfähige Feld beschränkt. Dies würde auch dem Gesetzesziel, nämlich die Förderung der Rohstoffversorgung, gerecht werden. Die besseren Argumente sprechen damit dafür, den § 16 II BBergG nicht als

1107 VGH Mannheim, Urteil v. 9.6.1988 - 6 S 2972/84, NuR 1989, S. 130 (132); ebenso *Franke*, in: Boldt et al., BBergG, § 11 Rn. 17.
1108 VGH Mannheim, Urteil v. 9.6.1988 - 6 S 2972/84, NuR 1989, S. 130 (132); ebenso *Boldt/Weller*, BBergG, 1984, § 11 Rn. 14; *Kühne*, in: Boldt et al., BBergG, § 16, Rn. 7.
1109 BT-Drs. 8/1315, S. 89.
1110 *Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 36, Rn. 96 ff.
1111 VG Ansbach, Urteil vom 31.10.2007 - AN 9 K 07.01269, juris, Rn. 25.
1112 VG Ansbach, Urteil vom 31.10.2007 - AN 9 K 07.01269, juris, Rn. 26.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

abschließende Regelung anzusehen. Damit ist auch für den Fall, dass ein öffentliches Interesse nur einem Teilbereich des Genehmigungsfeldes entgegensteht in Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, das Feld auf den übrigen Teil zu begrenzen. Daher ist der Wortlaut so zu verstehen, wie er auch im ersten Zugriff verstanden werden müsste, nämlich als reine Anordnung einer Abwägung der widerstreitenden öffentlichen Interessen.

e. Zwischenfazit

Die Einschränkungen der öffentlichen Interessen auf raumbezogene, die sich auf das Gesamtfeld auszuwirken haben und/oder als absolute Verbotsnorm in Schutzgebietsvorschriften ergangen sind, ergeben sich nicht zwingend aus dem Gesetzestext. Sie sind auch nicht sachlich gefordert. Insgesamt stützen sie sich auf eine Gesetzesbegründung, die nicht zu überzeugen vermag. Folglich können alle öffentlichen Belange uneingeschränkt unter § 11 Nr. 10 BBergG subsumiert werden.

Ob ein Einbezug von allen öffentlichen Interessen dringend erforderlich im Sinne des Ressourcenschutzes ist, kommt auf die Rechtswirkungen an, die den Bergbauberechtigungen zugeschrieben werden. Nur für den Fall, dass es sich um eine Vorentscheidung zwischen verschiedenen Bergbauinteressenten handelt, könnte die Vorabprüfung der öffentlichen Interessen auf ein Minimum reduziert werden, so wie es derzeit praktiziert wird. Kommt der Bergbauberechtigung jedoch weitreichende Rechtswirkung zu, wie derzeit angenommen, (Zuordnung der Bodenschätze aus dem Allgemeingut an einen Privaten, grundrechtlicher Eigentumsschutz, sicherungsfähiges Vertrauen in den erfolgenden Abbau), dann ist eine eingeschränkte Berücksichtigung der öffentlichen Interessen nicht haltbar. Auch die fehlende Berücksichtigung der privaten Interessen wäre dann zu kritisieren.[1113]

3. Sind die Bergbauberechtigungen eigentumsrechtliche Positionen im Sinne von Art. 14 I GG?

Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Lehre sieht in den Bergbauberechtigungen eine Eigentumsposition, die unter den Schutz des Art. 14 I GG falle. Zuletzt hat das BVerwG im Mai 2023 bestätigt, dass

1113 Hierzu unter: Kapitel 6 A. I. 2. a.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

das Bergwerkseigentum unter dem Schutz des Art. 14 I GG steht und dessen Entzug somit grundsätzlich entschädigungspflichtig sein könne.[1114] Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Bergbauberechtigungen tatsächlich als öffentlich-rechtliche Rechtsposition angesehen werden dürfen, die dem Berechtigten eine Rechtsposition verschafft, die derjenigen eines (bürgerlich-rechtlichen) Eigentümers entspricht[1115] und die so stark ist, dass ihre ersatzlose Entziehung dem rechtsstaatlichen Gehalt des Grundgesetzes widersprechen würde.[1116]

Dass die Bergbauberechtigung eine eigentumsrechtliche Position sei, die von Art. 14 I GG geschützt wird, wurde zunächst von dem BVerfG im Rahmen einer einstweiligen Anordnung im Jahr 1987 behauptet.[1117] Von dieser Entscheidung ausgehend, nahm die höchstrichterliche ständige Rechtsprechung ihren Ausgang in den Bergbauberechtigungen eine von Art. 14 I GG geschützte Eigentumsposition zu sehen. Im dem konkreten Fall Cappenberg konnten so die irreversiblen, nicht besonders schwerwiegenden Folgen für die Beeinträchtigung des Grundeigentümers den negativen Folgen der Verzögerung der Ausübung der Eigentumsposition

1114 BVerwG, Urteil v. 23.05.2023 – 4 C 1.22, BeckRS 2023, 24568, Rn. 16, 23, 57. Ebenso: BVerwG, Urteil vom 25.10.2018, 4 C 9/17, NVwZ 2019, S. 882 (883 f., Rn. 23 ff.); OVG Bautzen, Urteil v. 30.5.2018, 1 A 200/17, BeckRS 2018, 27379, Rn. 44; dasselbe, Urteil v. 24.9.2001, 1 B 335/01, ZfB 2002, 58 (S. 63); *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Düring, Losebl. (Stand: Mai 2023), Art. 14 GG, Rn. 324; *Kühne*, NVwZ 2018, S. 215; a.A. *Nusser*, der einen Eigentumsschutz für die bergrechtliche Bewilligung verneint, wohl aber die „Gewinnungsberechtigung" vom Schutzbereich des Art. 14 I GG erfasst sieht (NVwZ 2017, S. 1247 f.).

1115 BVerfG, Urteil v. 21.7.1955, 1 BvL 33/51, BVerfGE 4, 219 ff. (241); Das BVerfG hat diese Anforderung auch so formuliert, dass die öffentlich-rechtliche Vermögensposition die „konstituierenden Merkmale des Eigentumsbegriffs" tragen müsse (Beschluss vom 16.10.1968, 1 BvL 7/62, BVerfGE 24, 220 ff. (225 f.)); weiterhin auch BVerfG, Beschluss v. 13.5.1986, 1 BvR 99, 461/85, BVerfGE 72, 176 ff. (193) = NJW 1986, 2561 (ablehnend bzgl. Zinsvergünstigungen).

1116 BVerfG, Urteil v. 7.5.1963, 2 BvR 481/60, BVerfGE 16, 94 ff (111 f.), st. Rspr., siehe ebenso die Auffassung zusammenfassend BVerfG, Beschluss vom 3.3.1965, 1 BvR 208/59, BVerfGE 18, 392 (397); BVerfG, Beschluss vom 9.6.1975, 1 BvR 2261, 2268/73, BVerfGE 40, 65 (83), m.w.N. Vgl. auch *v. Weschpfennig*, Strukturen des Bergrechts, S. 127 ff.

1117 BVerfG, Urteil v. 20.10.1987, 1 BvR 1048/87, BVerfGE 77, 130 (136) = NJW 1988, S. 1076 – Cappenberg (ohne Ausführungen in der Sache, nur mit allgemeinem Verweis auf die „allgemeine Auffassung").

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bergbauberechtigung entgegengehalten werden und so obsiegen.[1118] Eine Prüfung und Begründung, warum die Bergbauberechtigungen unter den Schutz des Art. 14 I GG fallen sollen, fehlt vollständig. Das BVerfG begnügt sich mit einem Verweis auf die „allgemeine Auffassung".[1119] Auch die späteren höchstrichterlichen Rechtsprechungen holten die Begründung nicht nach.[1120] Auch von der Literatur wurde diese Position nicht weiter hinterfragt.[1121]

Dies mag erstaunen, da öffentlich-rechtliche Rechtspositionen nicht ohne weiteres unter den Eigentumsschutz fallen[1122] – nicht alle subjektiven öffentliche Rechtspositionen sind von Art. 14 I GG geschützt.[1123] Bei den Bergbauberechtigungen handelt es sich aber nicht um ein Bündel von Ansprüchen, die ihren Ursprung dem bürgerlichen Recht verdanken. Sie entstehen auf Grundlage der behördlichen Zuordnung gem. §§ 6 ff. BBergG, selbst wenn diese – wie hier bestritten[1124]– von einem Rechtsanspruch getragen werden sollte. Die Bergbauberechtigungen sind damit öffentlich-rechtliche Rechtspositionen. Das BVerfG hat eine Vielzahl an Anforderungen gestellt, die erfüllt sein müssen, wenn die öffentlich-rechtliche Rechts-

1118 BVerfG, Urteil v. 20.10.1987, 1 BvR 1048/87, BVerfGE 77, 130 (136 f.) – Cappenberg. Außerdem wurde die Erhaltung von Arbeitsplätzen als weiterer, dem Grundeigentum entgegenstehender Belang angeführt (S. 137).

1119 BVerfG, Urteil v. 20.10.1987, 1 BvR 1048/87, BVerfGE 77, 130 (136) – Cappenberg.

1120 BVerfG, Urteil v. 13.7.2007, 1 BvR 284/05 = BeckRS 2007, 23970 = ZfB 2008, S. 85 (Leitsätze); BVerwG, Urteil v. 3. 3. 2011, 7 C 4/10 = NVwZ 2011, S. 1520 ff., Rn. 32; BGH, Urteil v. 9.12.2004 - III ZR 263/04, BGHZ 161, 305 (313) = NJW 2005, S. 748. In diesem Zusammenhang ist auch auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte hinzuweisen, welches die bergrechtliche Bewilligung als Eigentum im Sinne von Art. 1 Zusatzprotokoll zur EMRK (Schutz des Eigentums) qualifiziert (EGMR (V. Sektion), Urteil v. 19.1.2017, 32377/12 – Werra Naturstein GmbH & Co KG/Deutschland = NVwZ 2017, S. 1273)). Der EGMR bezog sich in seiner Einschätzung auf die nationale Auslegung, wonach „bergrechtliche Abbaurechte […] Vermögensrechte sind […]." (S. 1274, Rn. 37). Gerade diese Grundannahme wird aber im Folgenden in Frage gestellt.

1121 *Vitzthum/Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 7 Rn. 4; *Franke* in: Boldt et al., BBergG, § 8, Rn. 20 ff. m.w.N.

1122 Ursprünglich noch grundsätzlich ablehnend: BVerfG, Urteil v. 30.4.1952, 1 BvR 14, 25, 167/52, BVerfGE 1, 264 (277 f.); ausführlich auch BVerfG, Urteil v. 1.7.1953, 1 BvL 23/51, BVerfGE 2, 380 (399 ff.). In letzterer Entscheidung lässt das BVerfG jedoch noch ausdrücklich offen, ob solche öffentlich-rechtlichen Ansprüche denkbar wären, die so starke privatrechtliche Elemente enthalten, dass sie unter den Schutz des Art. 14 I GG fallen müssten (ebenda, 402).

1123 So eindeutig BVerfG, Urteil v. 21.7.1955, 1 BvL 33/51, BVerfGE 4, 219 (240).

1124 Näheres unter Kapitel 4 A. II. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

position unter den Eigentumsschutz des Art. 14 I GG gefasst werden soll. Zunächst muss die subjektive-öffentliche Rechtsposition derjenigen eines (bürgerlich-rechtlichen) Eigentümers entsprechen.[1125] Einen Anhaltspunkt liefert bezüglich der Bewilligung § 8 II BBergG, der auf die Anwendung der Vorschriften des BGB verweist und damit dem Bergbauberechtigen Ansprüche aus §§ 985-1007 BGB gewährt[1126].

Darüber hinaus muss die subjektive-öffentliche Rechtsposition aber auch so stark sein, dass ihre ersatzlose Entziehung dem rechtsstaatlichen Gehalt des Grundgesetzes widersprechen würde.[1127] Ein Indiz kann dabei sein, dass die vermögenswerte öffentlich-rechtliche Rechtsposition für den Bürger ein Äquivalent eigener Leistung bildet und nicht überwiegend auf staatlicher Gewährung beruht.[1128] Darüber hinaus sollen öffentlich-rechtliche Rechtspositionen dem Rechtsträger ausschließlich und privatnützig zugeordnet und dessen entstehen nicht von weiteren Gegenebenheiten, neben dem Zeitablauf und dem Eintritt des auslösenden Ereignisses, abhängig sein.[1129] Letzteres wurde gerade für den Erlaubnisinhaber abgelehnt, der

1125 BVerfG, Urteil v. 21.7.1955, 1 BvL 33/51, BVerfGE 4, 219 (241); Das BVerfG hat diese Anforderung auch so formuliert, dass die öffentlich-rechtliche Vermögensposition die „konstituierenden Merkmale des Eigentumsbegriffs" tragen müsse (Beschluss vom 16.10.1968, 1 BvL 7/62, BVerfGE 24, 220 (225 f.)); weiterhin auch BVerfG, Beschluss v. 13.5.1986, 1 BvR 99, 461/85, BVerfGE 72, 176 (193) = NJW 1986, S. 2561 (ablehnend bzgl. Zinsvergünstigungen).

1126 *Franke*, in: Boldt et al., BBergG, § 8, Rn. 17.

1127 BVerfG, Urteil v. 7.5.1963, 2 BvR 481/60, BVerfGE 16, 94 (111 f.), st. Rspr., siehe ebenso die Auffassung zusammenfassend BVerfG, Beschluss vom 3.3.1965, 1 BvR 208/59, BVerfGE 18, 392 (397); BVerfG, Beschluss vom 9.6.1975, 1 BvR 2261, 2268/73, BVerfGE 40, 65 (83), m.w.N.

1128 BVerfG, Beschluss v. 11.10.1962, 1 BvL 22/57, BVerfGE 14, 288 (293 f.); BVerfG, Beschluss v. 13.6.2006, 1 BvL 9 u.a., BVerfGE 116, 96 (121) (ablehnend für Rentenanwartschaft aus dem Fremdenrentengesetz); BGH, Urteil v. 9.12.2004 - III ZR 263/04, BGHZ 161, 305 (312 f.) = NJW 2005, S. 748 (750). Diesen Aspekt sieht auch *v. Weschpfennig*, der es aber im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers sieht, auch solche Rechtspositionen unter grundrechtlichen Schutz zu stellen (Strukturen des Bergrechts, S. 132).

1129 So zunächst für sozialversicherungsrechtliche Ansprüche formuliert: BVerfG, Urteil v. 16.7.1985, 1 BvL 5/80 u.a., BVerfGE 69, 272 (300) (in dieser Entscheidung zu den rentenrechtlichen Ansprüchen taucht auch als weiteres Kriterium für sozialversicherungsrechtliche Ansprüche das Kriterium der Existenzsicherung auf (S. 303 f.); BVerfG, Beschluss vom 13.5.1986, 1 BvL 55/83, BVerfGE 72, 141 (153) (hier abgelehnt für eine Geschiedenen-Witwenrente).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sich hinsichtlich seines Anspruchs auf Erteilung der Bewilligung nicht schon in einer von Art. 14 I GG geschützten Position befindet.[1130]

a. Erlaubnis

Gerade bezüglich der Erlaubnis nach § 7 BBergG sind erhebliche Zweifel angebracht, ob sie tatsächlich den verfassungsgerichtlich aufgestellten Anforderungen genügt. Erst mit der Erlaubnis ist der Bergbauunternehmer berechtigt Bohrungen u.ä. vorzunehmen und hierbei Kapital und Arbeit einzusetzen und insofern Leistungen zu erbringen. Die Erteilung der Erlaubnis setzt damit keine eigene Leistung des Bergbauunternehmers voraus, sondern ermöglicht ihm diese erst. Hiervon scheint auch *Franke* auszugehen, indem er ausführt, dass in dem Maße in dem auf Grundlage der Erlaubnis Investitionen vorgenommen werden, sich der verfassungsrechtliche Rechtsschutz des Eigentums verdichte.[1131] Wäre damit im Umkehrschluss die Erlaubnis im Zeitpunkt der Erteilung – wenn noch keine Investitionen getätigt wurden –, nicht von Art. 14 I GG geschützt? Den Eigentumsschutz einer Rechtsposition von ihrer Ausübung abhängig zu machen, ist dogmatisch problematisch. Sollen doch auch die subjektiven öffentlich-rechtlichen Rechtspositionen dem Grundrechtsträger „einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich […] sichern und ihm damit eine eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens […] ermöglichen."[1132] Es würde den Freiheitsraum erheblich einschränken, wenn schon hinsichtlich der Frage, ob Eigentum überhaupt betroffen ist, das (wirtschaftliche) Ausnutzen der konkreten Eigentumsposition relevant wäre. Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG wird nur der Grad des Schutzbedürfnisses der Eigentumsposition auch von der konkreten Verwendung abhängig gemacht.[1133]

1130 BVerfG, Urteil v. 13.7.2007, 1 BvR 284/05 = BeckRS 2007, 23970 ZfB 2008, S. 85 (Leitsätze).

1131 *Franke* in: Boldt et al., BBergG, § 7, Rn. 16. Auch führt *Franke* den Eigentumsschutz der Bewilligung auf den „Einsatz von Kapital und Leistung des Berechtsamsinhabers – insbesondere durch die Aufsuchung" zurück (in: Boldt et al., BBergG, § 8, Rn. 20).

1132 BVerfG, Urteil v. 16.7.1985, 1 BvL 5/80, 1 BvR 1023, 1052/83 und 1227/84, BVerfGE 69, 272 (300), m.w.N.

1133 BVerfG, Beschlus v. 23.04.1974 - 1 BvR 6/74 und 2270/73, BVerfGE 37, 132 (140); BVerfG, Beschluss v. 12.06.1979 - 1 BvL 19/76, BVerfGE 52, 1 (29 f.); BVerfG, Beschluss v. 14.07.1999 - 1 BvR 995 u.a., BVerfGE 101, 54 (74); *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Rn. 1238.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die öffentlich-rechtliche Rechtsposition der Bergbauberechtigung kann mit der Rechtsposition eines Subventionsnehmers verglichen werden, dessen Rechtsposition vom BVerfG am Art. 14 I GG geprüft wurde[1134]. Auch in den Fällen der Gewährung einer Subvention schließt sich die Leistung – der Einsatz der Subvention zum subventionsgemäßen Zweck – erst an die staatliche Gewährung an. Sie geht ihr nicht voraus, sondern ist Teil der Ausübung der erlangten Rechte.[1135] Deshalb ist die Rechtsposition des Subventionsnehmers nicht von Art. 14 I GG geschützt, wie das BVerfG ausdrücklich festgestellt hat. Ihr Entzug ist damit keine Frage der Enteignung im Sinne des Art. 14 III GG sondern ausschließlich eine Frage des Vertrauensschutzes.[1136]

Die Exploration des Feldes schließt sich als „eigene Leistung" des Bergbauberechtigten erst an die staatliche Gewährung an. Damit beruht die Erteilung der Erlaubnis nur auf einer einseitigen staatlichen Gewährung und erfüllt damit nicht die verfassungsrechtlich geforderten Anforderungen an eine öffentlich-rechtliche von Art. 14 I GG geschützte Rechtsposition. Die Parallelität der Bergbauberechtigung zu der Subventionsgewährung verstärkt sich noch einmal, wenn in der Erteilung der Bergbauberechtigung eine Ermessensentscheidung gesehen wird[1137] und dies noch einmal die „Freiwilligkeit" der staatlichen Zuwendung deutlich macht.[1138]

1134 BVerfG, Beschluss v. 13.05.1986, 1 BvR 99, 461/85, BVerfGE 72, 176 (195 f.).

1135 So das BVerfG: „Die Rechtsposition der Beschwerdeführer fällt aber auch deshalb nicht unter Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG, weil die Zinsvergünstigung ausschließlich auf einseitiger staatlicher Gewährung und nicht auf Eigenleistungen der Darlehensempfänger beruht. Der Hinweis der Beschwerdeführer auf die von ihnen erbrachten Leistungen geht fehl. […] Die Subvention wird nicht durch eigene Leistung erlangt, sondern ersetzt eine solche. Der Empfang eines subventionierten Darlehens mindert die Belastung des Vermögens des Bauherrn und ermöglicht oder erleichtert ihm dadurch die Eigentumsbildung." (Beschluss v. 13.05.1986, 1 BvR 99, 461/85, BVerfGE 72, 176 (195)).

1136 BVerfG, Beschluss v. 13.05.1986, 1 BvR 99, 461/85, BVerfGE 72, 176 (195 f.). Umso erstaunlicher, dass gerichtlich zutreffend festgestellt wurde, dass der Inhaber der Bergbauberechtigung nicht in den zu erfolgenden Abbau vertrauen dürfe (BVerwG, Urteil v. 26.3.1998, 4 A 2/97, BVerwGE 106, 290 (293) = NVwZ 1998, S. 1180 f.; ebenso BGH, Urteil v. 14.4.2011, III ZR 30/10, BGHZ 189, 231 Rn. 25).

1137 Hierzu vorangehend unter Kapitel 4 A. II. 1.

1138 BVerfG, Beschluss v. 13.05.1986, 1 BvR 99, 461/85, BVerfGE 72, 176 (193 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Bewilligung

Auch für die Bewilligung muss die Frage gestellt werden, inwiefern hier die verfassungsrechtlichen Anforderungen erfüllt sind. Der Bewilligung geht zumindest die Leistung des Bergbaubetreibers voraus, der mit der Ausnutzung der Erlaubnis die Exploration der Rohstoffe vornimmt. Jedoch schafft er hiermit nur eine Voraussetzung, um überhaupt erst die Anforderungen der Bewilligungserteilung gem. § 12 II BBergG erfüllen zu können. In der Entscheidung zur Subvention, stellt das BVerfG fest, dass diese staatlichen Zuwendungen gerade „nicht dadurch ‚erworben' [werden], dass sie die Förderungsvoraussetzungen erfüllen, zu denen regelmäßig bestimmte Eigenleistungen gehören."[1139] Dies muss auch für die Bewilligung gelten. Es ist außerdem keine Leistung, die an den Staat oder einen Hoheitsträger fließt (wie etwa die Zahlung von Rentenbeiträgen zur Erlangung eines von Art. 14 I GG geschützten Rentenanspruches)[1140], sondern die in Hoffnung auf eigene wirtschaftliche Gewinnerzielung getätigt wird, und damit dem Bergbauunternehmer selbst zugutekommt.

Die Wertung, die Bergbauberechtigungen als Eigentumsposition einzuordnen, und dies ausschließlich auf die getätigten Investitionen zurückzuführen, müsste konsequenterweise auch dazu führen, andere Nutzungsgestattungen von Umweltgütern als unter Art. 14 I GG fallend zu diskutieren.[1141] Andere Unternehmer, die beispielsweise in ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit auf das Gut Wasser zugreifen müssen, können durch die erteilte Wasserbenutzung nach § 8 WHG ebenso zu Investitionen verleitet sein, wie der Bergbaubetreibende in Vertrauen auf seine Bergbauberechtigungen Bohrungen vornimmt. Sollte man auch diesbezüglich Eigentumsrechte diskutieren, würde der Staat empfindlich in der Ausgestaltung und Änderung

1139 BVerfG, Beschluss v. 13.05.1986, 1 BvR 99, 461/85, BVerfGE 72, 176 (195).

1140 BVerfG, Urteil v. 28.02.1980, 1 BvL 17/77 u.a., BVerfGE 53, 257 (291 f.); BVerfG, Beschluss v. 08.04.1987, 1 BvR 564 u.a., BVerfGE 75, 78 (96 f.), m.w.N. Hierzu: *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Düring, Losebl. (Stand: Mai 2023), Art. 14 GG, Rn. 247 ff.

1141 Zur Ablehnung des Eigentumsschutz von atomrechtlichen Genehmigungen siehe: BVerfG, Urteil v. 06.12.2016 - 1 BvR 2821/11 u.a., BVerfGE 143, 246 (328 f. Rn. 231 f.) Hier macht das BVerfG deutlich, dass Investitionen einen Eigentumsschutz nicht begründen. Weiterhin: „[Die Genehmigungen] können Vertrauen schaffen, sind aber kein verfassungsrechtliches Eigentum. Art. 14 GG schützt nicht die öffentliche Genehmigung als solche, sondern nur die aufgrund der Genehmigung geschaffenen privaten Vermögenspositionen." (ebd.); *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Düring, Losebl. (Stand: Mai 2023), Art. 14 GG, Rn. 242.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Umweltgesetzgebung beeinträchtigt[1142] und sähe sich hohen Entschädigungsansprüchen nach Art. 14 III GG ausgesetzt.[1143] Gerade im Bereich der Grundwassernutzung hat das BVerfG das Erfordernis einer staatlichen Steuerung der Benutzung eines knappen Umweltgutes herausgestellt und deswegen die Zuordnung des Grundwassers zum Grundeigentümer von Verfassungswegen für unzulässig erklärt.[1144] Die auf der Grundlage einer behördlichen Genehmigung getätigten Investitionen können damit kein entscheidendes Kriterium in der Frage nach dem Eigentumsschutz sein.[1145] Die Frage, ob sich hohe Investitionen auszahlen werden und ob die Sach- und Rechtslage zu Gunsten des Unternehmers aufrechterhalten bleibt, dies ist seinem Investitionsrisiko zuzurechnen und führt nicht zu einem Eigentumsschutz. Das im Bergrecht besonders hohe Investitionsrisiko kann keine rechtlich andere Bewertung begründen. Der Befürchtung, dass ohne Eigentumsposition andernfalls gar kein Bergbau betrieben werden würde,[1146] muss anders beigekommen werden.

Selbst wenn die Bergbauberechtigungen mit der herrschenden Meinung als vom Eigentumsschutz nach Art. 14 I GG umfasst angesehen werden

---

1142 *Sendler*, UPR 1983, S. 34 f.

1143 Eine Entschädigung wurde abgelehnt im Falle eines, das Abbaugebiet teilweise mit einer Verkehrsanlage überplanenden Planfeststellungsbeschluss. Hierzu BVerwG, Urteil v. 26.3.1998 - 4 A 2/97, BVerwGE 106, 290 (292 f.) = NVwZ 1998, S. 1180 f. Im vorliegenden Fall wurden durch die Planung 11% der Fläche der faktischen Ausübung des Bergwerkseigentums entzogen. Ob eine Entschädigung auch abgelehnt werden müsste, wenn das gesamte Abbaugebiet nicht mehr nutzbar sei, dies ließ das BVerwG ausdrücklich offen (NVwZ 1998, S. 1181). Weiterhin wurde in der fehlenden Entschädigung für die Realisierung des Vorrangs zulasten des Bergbauvorhabens i.S.v. § 124 III BBergG kein Verstoß gegen Art. 14 I GG erkannnt (BVerwG, Gerichtsbescheid v. 30.7.1998 - 4 A 1–98, NVwZ-RR 1999, S. 162 (164)); ablehnend hierzu *Kühne*, DVBl. 2012, 664 f. Ebenso: BGH, Urteil v.14.04.2011 - III ZR 30/10, BGHZ 189, 231 (236 ff. Rn. 17 ff.); vgl. *Franke* in: Boldt et al., BBergG, § 8, Rn. 23.

1144 BVerfG, Beschluss v. 15.07.1981, 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300 (346 f.) – Nassauskiesungsbeschluss.

1145 Das BVerwG veranschlagt das Interesse des Erlaubnisnehmers, „bislang getätigte Investitionen nicht abschreiben zu müssen", in der behördlichen Entscheidung über die Verlängerung einer Erlaubnis nach § 16 IV S. 2 BBergG als eher gering (Urteil v. 03.03. 2011 - 7 C 4/10, NVwZ 2011, S. 1520 ff. (S. 1523, Rn. 32)).

1146 Von dem Erfordernis eines speziellen Schutzes der unternehmerischen Interessen an der Amortisierung der Investitionen, ohne welches „niemand bereit sein, das mit dieser Tätigkeit verbundene erhebliche Risiko zu übernehmen []" geht schon die Gesetzesbegründung ein (BT-Drs. 8/1315, S. 88; dies aufgreifend: BGH, Urteil v. 09.12.2004 - III ZR 263/04, NJW 2005, S. 750; wortgleich OVG Magdeburg, Urteil v. 4.11.1999 - A 1/4 S 170/97, ZfB 2011, 237 (S. 239)).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sollten, so stellt sich doch die Frage, welchen Wesensgehalt der Eigentumsschutz vermitteln solle. So sind die Bergbauberechtigungen zum einen zeitlich zu befristen (gem. § 16 IV, V BBergG) und zum zweiten ist der Prüfrahmen eingeschränkt (die öffentlichen Interessen werden nach der herrschenden Meinung nicht vollumfänglich berücksichtigt, die entgegenstehenden privaten Interessen werden gar nicht überprüft und die Prüfung von sonstigen öffentlichen-rechtlichen Vorschriften wird auf den Zeitpunkt der Betriebsplanerteilung verlagert). Durch diesen eingeschränkten Prüfrahmen wurde gerichtlich ausgeführt, dass der Bergbauberechtigte nicht in den Abbau vertrauen dürfe[1147] – was der stufenweisen Zulassung des Bergbaubetriebs gerecht wird. Die von der Bergbauberechtigung vermittelte Eigentumsposition am Bodenschatz gleicht damit in ihrer Wirkung einem „zahnlosen Tiger", da sie nicht gleichzeitig auch den Abbau garantieren kann.[1148] Die Wirkung der Bergbauberechtigung beschränkt sich damit streng genommen darauf, andere Konkurrenten auszuschließen und privatrechtlich den Ausgleich zwischen Dritten und dem Inhaber der Bergbauberechtigung zu eröffnen (§ 8 II BBergG). Ob hierin ein von Art. 14 I GG zu schützender Wesensgehalt erblickt werden kann, ist mehr als zweifelhaft.

Auch der verbreiteten Auffassung muss widersprochen werden, wonach der Eigentumsschutz an der Bergbauberechtigung besonders hoch zu veranschlagen sei. Begründet wird dies damit, dass die Bergbauberechtigung eindimensional sei, und mit dem Ablehnen dieser einzigen Nutzungsmöglichkeit (dem Abbau) die Bergbauberechtigung keiner anderen Nutzung mehr zugeführt werden könne.[1149] Gerade für den Fall, indem eine Enteignung des Grundeigentümers für die Realisierung des Bergbaus notwendig ist, scheint es irrwitzig zu sein, zunächst dem Bergbaubetreibenden ohne die Berücksichtigung der privaten Interessen eine Eigentumsposition zu verschaffen, um dann in der Abwägung unter Hinweis auf die Eindimensionalität der Bergbauberechtigung diese obsiegen zu lassen. Denn nun

1147 BVerwG, Urteil v. 26.3.1998, 4 A 2/97, BVerwGE 106, 290 (293) = NVwZ 1998, S. 1180 f.; ebenso BGH, Urteil v. 14.4.2011 - III ZR 30/10, BGHZ 189, 231 (238, 240 (Rn. 20, 25)).

1148 Mit der seltenen Ausnahme der Befreiung von der Betriebsplanpflicht nach § 51 III BBergG.

1149 Ausführlich zur Eindimensionalität der Nutzung: BVerwG, Urteil v. 25.10.2018 - 4 C 9/17, BVerwGE 163, 294 (301 f., Rn. 29 ff.); BVerwG, Urteil v. 23.5.2023 – 4 C 1.22, BeckRS 2023, 24568, Rn. 57; *Kühne*, DVBl. 2006, S. 663; wiedergebend *v. Weschpfennig*, Strukturen des Bergrechts, S. 137 f.; *Franke* in: Boldt et al., BBergG, § 8, Rn. 22, m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kann der Grundeigentümer sein Grundstück nicht mehr und auch nicht „mehrdimensional" nutzen.

c. Bergwerkseigentum

Fraglich ist zuletzt, ob das Bergwerkseigentum einen Eigentumsschutz nach Art. 14 I GG gewährt. Der Unterschied zur Bewilligung liegt allein in der zu erfolgenden Eintragung ins Grundbuch und damit in der Beleihungsfähigkeit dieses Rechtstitels. Inhaltlich sind sie äquivalent. Damit ändert sich die rechtliche Bewertung hinsichtlich des Eigentumsschutzes nach Art. 14 I GG nicht durch die bloße formhafte Eintragung.

d. Zusammenfassung

Es kann damit festgehalten werden, dass die Bergbauberechtigungen entgegen der herrschenden Meinung nicht öffentlich-rechtliche Rechtspositionen sind, die von Art. 14 I GG geschützt wären. Die staatliche Hinderung der Ausübung der Berechtigungen richtet sich damit allein nach den Grundsätzen des Vertrauensschutzes (und dürfte bei noch nicht ausgeübten Bergbauberechtigungen nicht greifen, da die Bergbauberechtigung keinen Vertrauenstatbestand hinsichtlich des späteren Abbaus schafft[1150]). Dies betrifft auch Fragen der Entschädigungspflicht.[1151]

1150 BVerwG, Urteil v. 26.3.1998, 4 A 2/97, BVerwGE 106, 290 (293) = NVwZ 1998, S. 1180 f.; ebenso BGH, Urteil v. 14.4.2011 - III ZR 30/10, BGHZ 189, 231 (238, 240 (Rn. 20, 25)).

1151 Jüngst hat das BVerwG die Frage bejaht, ob der Bergwerkseigentümer entschädigt werden muss, wenn sich Beschränkungen seines Bergwerkseigentums durch eine Naturschutzgebietsverordnung ergeben (Urteil v. 25.10.2018 - 4 C 9/17, BVerwGE 163, 294 (300 Rn. 27 ff.) = NVwZ 2019, 882); vorhergehend: OVG Bautzen, Urteil vom 26.5.2015, 4 A 171/11 und VG Leipzig, Urteil vom 15.12.2009, 6 K 1116/06. Gerade auch vor dem Hintergrund des Kohleausstiegs kann die Frage nach der Entschädigungspflicht der Bergbaubetreibenden hoch aktuell werden. Der *EGMR* hat eine Entschädigung für die staatliche Behinderung der Nutzung einer deutschen bergbaulichen Bewilligung zugesprochen (*EGMR* (V. Sektion), Urteil v. 19.1.2017, 32377/12 – Werra Naturstein GmbH & Co KG/Deutschland = NVwZ 2017, S. 1273). Er machte die Entschädigungspflichtigkeit davon abhängig, inwiefern der Berechtigte von der künftigen Einschränkung seiner Berechtigung wusste oder hätte wissen müssen. So musste der Entzug einer schwedischen Bergbauberechtigung nicht entschädigt werden, weil ihre erneute Überprüfung schon in der Bewilligung

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dieses Ergebnis beeinflusst auch den Ausgang der Gesamtabwägung, da die Bergbauberechtigungen ohne verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz, wenn überhaupt, so nicht mit demselben Gewicht berücksichtigt werden können.

4. Zwischenergebnis

Das ressourcenethische Defizit – eine Grundausrichtung der Verteilungsentscheidung über die Rechtsposition am Bodenschatz zugunsten des Bergbaus – lässt sich schon nach derzeitiger Rechtslage aufheben. Es hat sich gezeigt, dass insbesondere die Annahme, dass die Bergbauberechtigungen unter dem Schutz des Art. 14 I GG stünden, nicht trägt. Auch sprechen gewichtige Gründe für die Annahme eines Ermessensspielraums, sowie dem Einbezug aller öffentlichen Interessen unter § 11 Nr. 10 BBergG. Nur die dem Bergbau entgegenstehenden privaten Interessen können nicht als Zulassungsvoraussetzung einbezogen werden. Ob dies ein ressourcenethisches Defizit darstellt, ist von der Reichweite der Entscheidung über die Bergbauberechtigungen abhängig.

III. Zusammenfassung

Die im BBergG angelegte Verteilungsentscheidung über die Rechtsposition am bergfreien Bodenschatz ist ressourcenethisch zu kritisieren. Das BBergG gewährt den Bergbauinteressenten einen Anspruch auf ein Allgemeingut, welches als von Art. 14 I GG geschützte Eigentumsposition erstarkt, ohne durch eine umfassende Prüfung zu gewährleisten, dass eben dieser Übergang der Rechtsposition an einen Privaten auch im öffentlichen Interesse liegt. Mit dieser gesetzlichen Grundentscheidung kann nur ein Minimalschutz an der Grenze der Belastbarkeit der Ressource unter Ausschöpfung der Nutzungskapazität realisiert werden.[1152] Ein behördliches

ausdrücklich festgelegt wurde (S. 1275, Rn. 52, mit Verweis). Bei dieser Einschätzung des EGMR ist – neben der Einordnung der Bewilligung als Eigentum i.S.v. Art. 1 Zusatzprotokoll zur EMRK – fraglich, ob die Bewilligung tatsächlich schon die Entscheidung enthält, dass und in welchem Umfang ein Abbau tatsächlich auch stattfinden wird. Hierzu *v. Weschpfennig*, Strukturen des Bergrechts, S. 139 ff., 157 ff.

1152 So die Worte des BVerfG bezüglich des Ressource Wasser: „Das präventive Erlaubnisverfahren mit Verbotsvorbehalt würde den Gewässern nur einen Minimal-

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ermessen wäre für „eine auf die Zukunft ausgerichtete ordnungsgemäße Steuerung“[1153] unumgänglich. Auch der Gesetzgeber des BBergG hat erkannt, dass der Staat ohne „materielle Gestaltungsmöglichkeiten“ nicht „den Anforderungen einer modernen Wirtschaftsordnung“ gerecht werden kann.[1154]

Daneben stellt sich die Frage, wie der Prüfungsumfang mit den Wirkungen der Bergbauberechtigungen in Einklang zu bringen ist. Ein geringer Prüfungsumfang und eine erstarkte Rechtsposition, wie derzeit dem BBergG entnommen wird, sind jedenfalls nicht passfähig.

Die Auslegung des § 11 ist offen für eine ressourcenethisch vorzugswürdigere Verteilungsentscheidung. Nach der hier vertretenen Auffassung besteht kein Rechtsanspruch des Unternehmers auf die Erteilung der Bergbauberechtigung. Auch ist die einschränkende Auslegung des § 11 Nr. 10 insgesamt abzulehnen, sodass nun alle dem Bergbau entgegenstehenden öffentlichen Interessen zu beachten sind. Dies verändert den Charakter des Verteilungskriteriums erheblich. Es findet keine grundsätzliche Aussprache für den Bergbau (mehr) statt. Damit muss die Behörde offen über die Wünschbarkeit des Bergbaus entscheiden und dabei unvoreingenommen die öffentlichen bergbaulichen Interessen gegen alle entgegenstehenden öffentlichen Interessen im Rahmen des § 11 Nr. 10 BBergG abwägen. Angelehnt an die Worte des BVerfG[1155] kann hier gesagt werden, dass sich der § 11 BBergG durch die veränderte Auslegung zu einer Regelung entwickelt, die potentiell eine optimale Nutzung der verfügbaren Ressourcen gewährt und auch den Spielraum für die Befriedigung künftigen Bedarfs offenhalten kann.

Auch konnte die unbegründete Auffassung, dass die Bergbauberechtigungen von Art. 14 I GG geschützt seien, ausgeräumt werden, was den rechtlichen und politischen Handlungskorridor in der Ressourcenpolitik erheblich erweitern wird. So kann die Ressourcenpolitik, jenseits von Enteignungsfragen, den Anforderungen der sich verschärfenden Ressourcenproblematik begegnen. Ganz konkret spielt sich diese rechtliche Frage in der Gestaltung des Kohleausstiegs wieder.

---

schutz gewähren, der einsetzt, wenn die Grenze ihrer Belastbarkeit erreicht ist.“ (Beschluss v. 15.07.1981, 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300 (347) – Nassauskiesungsbeschluss).

1153 So wiederum das BVerfG bezüglich der Ressource Wasser: Beschluss v. 15.07.1981, 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300 (347) – Nassauskiesungsbeschluss.

1154 BT-Drs. 8/1315, S. 84 f.

1155 BVerfG, Beschluss v. 15.07.1981, 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300 (347) – Nassauskiesungsbeschluss.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die privaten Interessen der Oberflächennutzer können nach der derzeitigen Gesetzeslage nicht im Rahmen des § 11 BBergG berücksichtigt werden. Dies ist ressourcenethisch dann unproblematisch, wenn den Bergbauberechtigungen nur die Wirkung der Auswahl zwischen mehreren Bewerbern, nicht aber weitergehende Wirkungen (wie etwa einer Vorfestlegung) zugeschrieben wird.

B. Wie nimmt das Bergrecht die Verteilung des Guts ‚Recht an der Bodennutzung' vor?

In der Entscheidung über die Rechtsposition am Bodenschatz, d.h. in der Erteilung der Bergbauberechtigung, wird nicht über die Nutzung des sog. Oberflächeneigentums, d.h. nicht über das Recht an der Bodennutzung entschieden und damit auch nicht über die Frage, ob das Bergbauvorhaben tatsächlich realisiert wird oder nicht. Um von seiner Bergbauberechtigung auch Gebrauch zu machen, muss dem Bergbauberechtigten auch das Recht an der Bodennutzung zugewiesen werden. Auch für den Bergbauinteressenten, der sich um die Gewinnung grundeigener Bodenschätze bemühen möchte, kommt es auf die Erlangung des Rechts an der Bodennutzung an.

Bei der Frage nach der Verteilung des Guts ‚Recht an der Bodennutzung' geht es um die vertikale Verteilung, d.h. die Verteilung zwischen ungleichartigen Nutzungen: Welcher Nutzung soll ein bestimmtes Gebiet zugeführt werden? Oder wohl eher: Soll das Recht der Bodennutzung auf das Bergbauunternehmen übergehen? Diese Frage spitzt sich in dem Konflikt zwischen Grundeigentümer und Bergbaubetreiber zu. Das vom BBergG bereitgehaltene System zur Lösung dieses Konfliktes ist juristisch und auch ressourcenethisch besonders bedeutsam. Dies liegt daran, dass es zumeist dieser Konflikt ist, der eine gerichtliche Überprüfung überhaupt auslöst und dessen, in historischer Tradition stehende, unzureichende gesetzliche Regelung die umfassende richterliche Rechtsfortbildung, die ihren vorläufigen Schlussstein in der Garzweiler Entscheidung des BVerfG gefunden hat, herbeiführte. Dies und die Tatsache, dass mit der Frage um die Zuteilung des Rechts an der Bodennutzung zwischen Grundeigentümer und Bergbauberechtigen auch über das Wohl und Wehe des Bergbauprojektes mit all seinen teils weitreichenden (Umwelt-)Konsequenzen entschieden wird, macht die Lösung dieses Konflikts auch ressourcenethisch besonders bedeutsam. Aus diesen Gründen soll die Betrachtung dieses Konfliktes auch ins Zentrum der nachfolgenden Überlegungen rücken. Weil mit der

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

Frage über die Zuordnung des Rechts an der Bodennutzung auch über den Erfolg des Bergbauvorhabens abschließend entschieden wird, es sich hier um eine Letztentscheidung für oder gegen das Bergbauprojekt handelt, wird diese Entscheidung auch umfassend zu bewerten sein – deshalb mag es nicht verwundern, wenn schon hier Nachhaltigkeitsgesichtspunkte und Fragen über die gerechte Lastenverteilung eine Rolle spielen.

Der ressourcenethischen Analyse schließt sich auch hier die Überlegung an, wie gefundene Defizite mit den Mitteln der Auslegung behoben werden könnten.

I. Ressourcenethische Analyse der derzeitigen Gesetzesauslegung

1. Welches ist die Verteilungsentscheidung?

Es bleibt zu untersuchen, auf welcher Ebene es sich konkret entscheidet, ob der Grundeigentümer das Gut ‚Recht an der Bodennutzung' behält oder ob es dem Bergbauunternehmer (unter Umständen auch nur teilweise) zugeteilt wird.

Die Benutzung des Bodens ist nicht bei allen Bergbautätigkeiten im selben Maße gegeben. Der Boden wird beispielsweise bei dem großräumigen Abbau von Braunkohle in Anspruch genommen, aber auch bei dem Aufstellen von obertägigen Bergbauanlagen. Ist der Bergbauberechtigte nicht von vornherein Eigentümer des Grundstücks oder kann es sich dies durch freihändigen Erwerb nicht beschaffen, so steht ihm das Grundabtretungsverfahren des §§ 77 ff. BBergG zur Verfügung. Die im öffentlich-rechtlichen Konzessionssystem (Trennung von Eigentum an dem Grundstück und dem Eigentum an den Bodenschätzen) angelegte Konfliktlage zwischen dem Bergbauberechtigten und dem Oberflächeneigentümer,[1156] hat der Gesetzgeber durch die Vorschriften über die Grundabtretung gelöst, um die Realisierung des Bergbauvorhabens und damit die Rohstoffversorgung des Marktes nicht von der Zustimmung der Grundstückseigentümer abhängig werden zu lassen.[1157] Durch die Grundabtretung können das Eigentum am Grundstück und die anderen Rechte des § 78 BBergG entzogen, übertragen,

1156 *Greinacher* in: Boldt et al., BBergG, Vorbem. § 77-106, Rn. 1.
1157 Vgl. *Dapprich/Franke*, Leitfaden des Bergrechts, S. 75.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

geändert und belastet werden. Sie ist eine Enteignung[1158] und darf nur zum Wohl der Allgemeinheit erfolgen (§ 79 I BBergG).

Somit liegt es zunächst nahe, die Grundabtretung als Verteilungsentscheidung über das Recht an der Bodennutzung zu qualifizieren. Dies entsprach auch bis zur Garzweiler Entscheidung des BVerwG im Jahr 2006 der allgemeinen Auffassung. Zumindest für die Vorhaben, die komplexe Großvorhaben sind und in denen ein Rahmenbetriebsplan mit positiver Grundentscheidung über die Zulässigkeit der Anlage ergeht,[1159] stellt sich jedoch seit den höchstrichterlichen Garzweiler Entscheidungen die Frage, in welchem Verfahrensschritt endgültig über das „Ob" des Bergbauvorhabens entschieden wird. Für diese Vorhaben ist es fraglich, ob die Verteilungsentscheidung in diesen Fällen nicht erst im Grundabtretungsverfahren, sondern schon mit der Zulassung des Rahmenbetriebsplans gefällt wird. Die Untersuchung in Kapitel 2 F. hat gezeigt, dass die Frage, ob in der Zulassung des Rahmenbetriebsplans schon die endgültige Entscheidung über den Erfolg des Bergbauvorhabens und damit über die Verteilung des Gutes Gebiet liegt, nicht auf Grundlage der derzeitigen Gesetzeslage beantwortet werden kann. Genauer konnte keine verfassungsgemäße Ausgestaltung der Verfahrensschritte zueinander gefunden werden. Deshalb gehen die weiteren Untersuchungen von der gesetzlichen Einführung einer enteignungsrechtlichen Vorwirkung aus, die der Gesetzgeber treffen müsste, um die derzeitige Rechtsauffassung auf verfassungsgemäßen Boden zurückzuführen.

Mit einer enteignungsrechtlichen Vorwirkung des Rahmenbetriebsplans ist das „Ob" der Entscheidung schon gefallen. Der einzelne Oberflächeneigentümer könnte sich nur noch mit der im Grundabtretungsverfahren zu

1158 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (289 Rn. 162 f.) – Garzweiler; *Kremer/Neuhaus gen. Wever*, Bergrecht, Rn. 418.

1159 Vorhaben, die eine Rahmenbetriebsplanzulassung beinhalten bzw. in einem der Betriebspläne eine Gesamtabwägung durchgeführt wird oder als komplexes Großvorhaben bezeichnet werden können. Der § 48 II S. 1 BBergG, welchem die Gesamtabwägung entnommen wird, ist auch eine Zulassungsvoraussetzung für die anderen Betriebspläne. Inwiefern innerhalb dieser eine Gesamtabwägung durchzuführen wäre, ist noch nicht geklärt. Ungeklärt ist auch, ob diesen Gesamtabwägungen dann eine positive Grundentscheidung zur Zulassungsfähigkeit des Betriebs zu entnehmen sei (das BVerwG stützt sich in seiner Begründung auch auf den Charakter des Rahmenbetriebsplans (Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 (209 f., Rn. 18 ff.) – Garzweiler)). Das BVerfG benutzt auch den Begriff der „komplexen Großvorhaben". Fraglich ist, ob dies nun ein ungeschriebener Tatbestand ist, und nur für diese Vorhaben die beschriebene Rechtslage Anwendung findet.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

klärenden Frage verteidigen, ob das konkrete Grundstück auch tatsächlich für den Bergbau erforderlich sei. Diese Frage ist aber in der Regel keine erheblichen Bedenken ausgesetzt. Deswegen erscheint es plausibel, die Verteilungsentscheidung über das Grundstück im Falle der Einführung der enteignungsrechtlichen Vorwirkung in der Zulassung des Rahmenbetriebsplans zu sehen.

Für alle anderen Vorhaben, die insbesondere keine Rahmenbetriebsplanzulassung einschließen, ist es nach wie vor zutreffend, die Grundabtretung als Verteilungsentscheidung zu markieren.

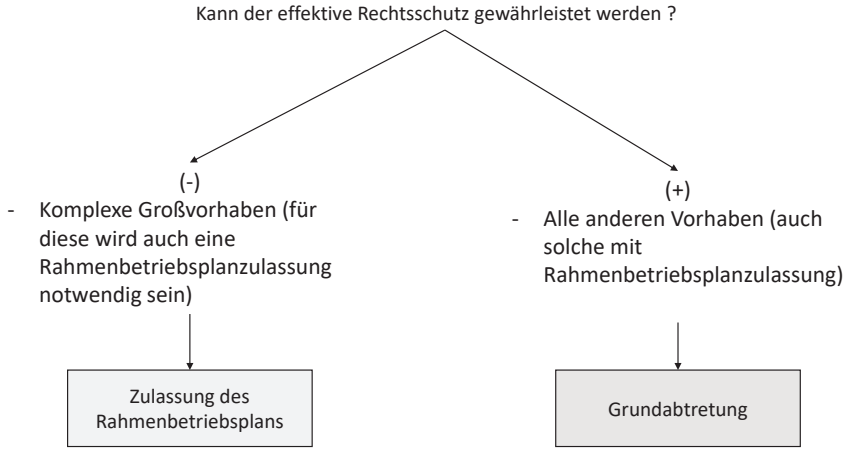

Abbildung 24: Welches ist die Verteilungsentscheidung über das Recht an der Bodennutzung? (eigene Erstellung)

2. Kapazitätsfestlegungen durch die Raumordnung

Das Gebiet muss in Einklang mit den Zielen der Raumordnung gem. § 48 II S. 2 BBergG grundsätzlich für den Bergbau zur Verfügung stehen. In der Zielentscheidung der Raumplanung Gebiete von vornherein von einer bergbaulichen Nutzung auszunehmen, liegt eine Kapazitätsfestlegung: Von dem nach den natürlichen Gegebenheiten für den Bergbau geeigneten Gebieten werden Abstriche gemacht.[1160] Dadurch kann aus der Reserve

1160 Diese Entscheidungen wirken sich auch indirekt als Kapazitätsfestlegungen für die Verteilung des Guts ‚Rechtsposition an Bodenschätzen' aus.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ein spekulativer, d.h. ein derzeit nicht abbaubarer Bestand an Rohstoffen werden.

Die Nutzung des Grundstücks zur Bodenschätzegewinnung kann durch die Festlegungen der Raumordnung aber auch besonders gefördert werden. Beide Regelungswirkungen zeigen, dass schon auf der, dem Genehmigungskomplex vorgelagerten Ebene, entscheidende Weichenstellungen stattfinden können.

3. Wer trifft die Verteilungsentscheidung?

Auch hier stellt sich die Frage, ob die zuständige Behörde eine Entscheidung mit der Zulassung des Rahmenbetriebsplans und der Grundabtretung trifft oder ob sie die vorgegebene Entscheidung des Gesetzgebers bloß aus dem Gesetzestext erkennen muss und insofern die Verteilungsentscheidung eher beim Gesetzgeber angesiedelt wäre.

Die Zulassung des Rahmenbetriebsplans ergeht nach der herrschenden Meinung als gebundene Entscheidung.[1161] Die Gesamtabwägung soll dabei als nachvollziehende Abwägung getroffen werden.[1162] Der Behörde steht bei der Anwendung des § 55 I BBergG damit kein Ermessen zu. Auch die nachvollziehende Abwägung ist gerade dadurch charakterisiert, dass die Behörde lediglich die gesetzlichen Wertungen auf den Einzelfall anwendet, ihr selbst aber kein planerischer Spielraum zur Verfügung steht.[1163] Deswegen ist die nachvollziehende Abwägung auch voll gerichtlich überprüfbar[1164]

1161 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; *Hoppe*, DVBl. 1987, S. 761. Zur prinzipiellen Unterscheidung von gebundenen Erlaubnissen und Planungsentscheidungen: *Kühling*, Fachplanungsrecht 1988, Rn. 33 ff.

1162 BVerwG, Urteil v. 15.12.2006, 7 C 1/06, BVerwGE 127, 259 (263 f., Rn. 28) = NVwZ 2007, S. 700 – Walsum; BVerwG, Urteil v. 30.3.2017 - 7 C 17/15, NVwZ-RR 2017, S. 685 (S. 689, Rn. 36); *Kühne*, in: Boldt et. al., BBergG, § 48, Rn. 49 (m.w.N.).

1163 *Weyreuther*, BauR 1977, S. 297, Anmerkung 28; *ders.*, Bauen im Außenbereich, S. 19 (auf ihn ist die Terminologie zurückzuführen); *Kment*, ZUR 2016, S. 333.

1164 *Kment*, ZUR 2016, S. 333.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und durch eine Abwägung im Gerichtsverfahren ersetzbar[1165]. Auch die Grundabtretung wird im Rahmen einer gebundenen Entscheidung vorgenommen und enthält eine nachvollziehende Abwägung.[1166]

Insofern hat in beiden Verfahrensentscheidungen die zuständige Behörde nur die Funktion, die Wertungen des Gesetzes auf den Einzelfall anzuwenden, nicht aber mit eigenen Konzepten gestalterisch hervorzutreten. Auch wenn der Subsumptionsvorgang mehr ist als ein maschineller Prozess,[1167] zeigt gerade die volle gerichtliche Überprüfbarkeit, dass die Verteilungsentscheidung nicht bei der Behörde, sondern beim Gesetzgeber selbst liegt.

4. Ressourcenethische Bewertung der Verteilungskriterien

Welche Kriterien und Wertungen gibt nun das BBergG vor, welche im konkreten Anwendungsfall von der Behörde angewendet und zu einer abschließenden Entscheidung verarbeitet werden sollen? Die Beantwortung dieser Frage setzt den Grundstein für die sich anschließende interdisziplinäre Betrachtung. Unter der Annahme, dass eine enteignungsrechtliche Vorwirkung der Zulassung des Rahmenbetriebsplans bezogen auf das Grundabtretungsverfahren im BBergG festgeschrieben wird, steht die Zulassung des Rahmenbetriebsplan für komplexe Großvorhaben als Verteilungsentscheidung fest (da andernfalls gar keine Entscheidung auf der Grundlage eines verfassungsgemäßen Gesetzes getroffen werden könnte). Für alle anderen Vorhaben bleibt die Grundabtretung die Verteilungsentscheidung. Diese behördlichen Entscheidungen sind nach ihren Verteilungskriterien zu befragen.

In einem zweiten Schritt werden die erarbeiteten Verteilungskriterien des BBergG mit den Kriterien bestehender Theorien der Verteilungsgerechtigkeit abgeglichen, um dies dann im letzten Schritt zu bewerten.

1165 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (352 Rn. 321) – Garzweiler.

1166 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (316 Rn. 233) – Garzweiler; *Greinacher*, in Boldt et. al., BBergG, Vorbem. § 77-106, Rn. 15; *Dammert*, ZfB 2014, S. 13.

1167 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 682.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

a. Verteilungskriterien des BBergG bei der Zulassung des Rahmenbetriebsplans

Den Ausgangspunkt bei der Ermittlung der Verteilungskriterien einer Entscheidung müssen die gesetzlich vorgegebenen Voraussetzungen ausmachen. Materiell rechtlich richtet sich die Zulassung des Rahmenbetriebsplans nach § 55 I und dem, diesen durch analoge Anwendung ergänzenden § 48 II BBergG. Der § 55 I ist keine Norm, die auf die Lösung eines Interessenkonflikts angelegt wäre. Er trifft keine Gewichtung der sich gegenüberstehenden Interessen, geschweige denn, dass diese entgegenstehenden Interessen überhaupt thematisiert werden. Dies liegt wiederum in der Gesetzeshistorie begründet. Nach der ursprünglichen Idee des Gesetzgebers sollte es bei der Prüfung der Zulassung des Rahmenbetriebsplans um eine rein bergrechtliche Prüfung gehen, die alle weiteren Rechtsgebiete ausspart. Nimmt man damit allein den § 55 I BBergG zur Kenntnis, so scheint dieser wie selbstverständlich davon auszugehen, dass Bergbau zu erfolgen habe. Die Erfüllung der meisten aufgezählten Voraussetzungen liegt größtenteils in der Hand des Unternehmers. So etwa, wenn beispielsweise die Zuverlässigkeit des Unternehmers (Nr. 2), Schutzvorkehrungen jeglicher Art (Nr. 3, 4, 5, 7, 8) und eine ordnungsgemäße Abfallentsorgung (Nr. 6) gefordert wird. Nur[1168] § 55 I S. 1 Nr. 4 und 9 BBergG stellen Hürden auf, deren Überwindung von den äußeren Umständen abhängt. Dies sind mit der Nr. 4 das Vorhandensein von Bodenschätzen, deren Schutz im öffentlichen Interesse liegt[1169] und mit der Nr. 9 die geologische Beschaffenheit, die das Entstehen von Gemeinschäden[1170] nicht erwarten lässt. Beide Voraussetzungen haben aber einen (für die hier zu treffende Wertung) vernachlässigbar kleinen Anwendungsbereich. § 55 I S. 1 Nr. 1 BBergG bindet die Zulassung des Rahmenbetriebsplans bei bergfreien Bodenschätzen an

1168 Außer Betracht bleiben die Zulassungsvoraussetzungen des § 55 I S. 1 Nr. 10-13 BBergG für den Betrieb im Bereich des Festlandsockels oder der Küstengewässer.

1169 Bei dem in Nr. 4 festgelegten Lagerstättenschutz, kommt es einerseits darauf an, dass kein Raubbau betrieben wird und andererseits, dass der wirtschaftliche Abbau anderer Rohstoffe geschützt wird (*Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 55 Rn. 64 ff.). Ersteres, den Raubbau, zu vermeiden, liegt dem Bergbauwilligen selbst in der Hand.

1170 Dies ist ein unbestimmter und umstrittener Rechtsbegriff. Welche Fälle im Einzelnen hierunterfallen, kann hier außenvorgelassen werden. Alle Fälle haben gemein, dass zumindest eine ganz erhebliche Gefahrenschwelle überschritten worden sein muss oder dies erwartet wird (*Hoppe*, DVBl. 1987, S. 761).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eine Bergbauberechtigung.[1171] Damit werden die dort genannten Voraussetzungen auch zu Bedingungen für die Zulassung des Rahmenbetriebsplans.

Nur den § 55 I BBergG in den Blick nehmend müsste dem BBergG ein Abbauauftrag entnommen werden. Die Verteilungsentscheidung wäre derart vorgezeichnet, dass die Bergbauinteressen sich grundsätzlich durchsetzen. Nur in einigen wenigen Ausnahmefällen wäre von dem Abbau der Bodenschätze abzusehen. Gemäß der höchstrichterlichen Rechtsprechung soll nun über den § 48 II BBergG in analoger Anwendung die Gesamtabwägung alle öffentlichen und privaten Interessen, die für und gegen den Bergbau sprechen unter- und gegeneinander abgewogen werden. Die Gesamtabwägung zeigt an, dass eine Konfliktlage vorliegt, weil diese ein Mittel der Konfliktlösung ist. Die Gesamtabwägung suggeriert nicht, dass die bergrechtlichen Interessen von vornherein überwiegen werden. Alle öffentlichen und privaten Interessen in den Blick nehmend, soll das gewichtigere Interesse obsiegen. Das Gebiet wird demnach der Nutzung zugeordnet, die die höchste Wichtigkeit nach der Bewertung der Behörde[1172] für sich beanspruchen kann. Zugleich wird versucht nicht nur das gewichtigere Interesse zu ermitteln, sondern es soll die Lösung ermittelt werden, die auch die unterliegenden Interessen möglichst schonend behandelt. Das Verteilungskriterium, welches der Gesamtabwägung inhärent ist, ist somit das Kriterium nach der Gewichtigkeit der Interessen. Für die nähere Untersuchung des Kriteriums der Gewichtigkeit als Verteilungskriteriums muss untersucht werden, was überhaupt unter einem Interesse verstanden werden kann und mit welcher Gewichtung die jeweiligen Interessen in die Abwägung einfließen.

aa. Was sind Interessen?

Das, was in einer Abwägung gewichtet werden soll, wird als Belang, als Interesse oder Gut bezeichnet.[1173] Was ist also ein Belang/ein Interesse/ein Gut? *Larenz* führt aus, dass es sich um „ein Begehren oder auch den Gegenstand des Begehrens, das, woran jemand ‚Interesse nimmt', das er zu

1171 *Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 55 Rn. 11 f.

1172 Diesen Aspekt betont *J. Dreier* sehr eindringlich: „Der jeweilige Grad der Wertschätzung durch die Planungsbehörde bildet das ‚Gewicht' der betroffenen Belange." (Steuerung der planerischen Abwägung, S. 76).

1173 *Larenz*, in FS Klingmüller, S. 236.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

besitzen, zu gebrauchen, zu erlangen oder auch nur zu erkennen wünscht" handelt.[1174] Es sei subjektiv und beruhe auf den eigenen persönlichen Neigungen, Geschmacksrichtungen, Lebenseinstellungen und den sich hieraus entwickelnden Wertschätzungen.[1175]

Die Abwägungssituation einer behördlichen Gesamtabwägung, auf die es hier ankommt, zeichnet sich dadurch aus, dass sie den Boden für eine Entscheidung der Behörde für eine Handlungsoption ebnen soll und ist insofern per se zukunftsgerichtet: Diese Entscheidung soll sich an der Wünschbarkeit der zukünftigen Folgen der Handlung messen lassen. Die Belange, die in die Abwägung eingestellt werden, sind danach die Interessen einer Person an dem Eintreten/oder Nichteintreten eines zukünftigen Zustandes.[1176] Das heißt die Person stellt sich einen zukünftigen Zustand vor, bewertet diesen als wünschenswert und nimmt ihn so bejahend in ihr Streben auf oder für das Subjekt wird von Dritten ein zukünftiger Zustand als wünschenswert bewertet.[1177]

bb. Kriterium: Gewichtigkeit

Dieses Interesse nehmen und Interessen verfolgen ist immer dann unproblematisch, sofern es zu keinen Interessenkonflikten (mit sich oder anderen Entitäten) kommt. Treten Interessenkonflikte auf, lassen sich diese – neben anderen Lösungsmechanismen – durch eine Abwägung lösen. Dasjenige Interesse soll sich durchsetzen können, welches am meisten Gewicht hat. Die Gewichtigkeit eines Belangs ist nur im übertragenen Sinne ein Gewicht.[1178] Das Wort ‚abwägen' geht etymologisch auf die Bedeutung ‚auf die Waage legen und das Gewicht bestimmen' und ‚in Bewegung setzen, (sich)

1174 *Larenz*, in FS Klingmüller, S. 236 f.
1175 *Larenz*, in FS Klingmüller, S. 237.
1176 Der positive zukünftige Zustand kann natürlich auch in einem Fortdauern des gegenwärtigen Zustandes bestehen oder auch, wenn nur negativere Abweichungen vom jetzigen Zustand als zukünftige Zustände zu erwarten sind, in dem am wenigsten negativen. Auch der Begriff der Person ist weit zu fassen.
1177 Das „Bewerten" des Zustandes ist auch nicht als konstitutives Kriterium anzusehen im Sinne einer kognitiven Evaluation. Für Subjekte, die nur eingeschränkt bewerten können oder ihre Bewertung nur eingeschränkt kommunizieren können (beispielsweise Säuglinge oder auch bestimmte Tiere), kann aus begründeten Annahmen heraus auf die Wünschbarkeit von verschiedenen Zuständen für das Individuum geschlossen werden.
1178 *Larenz*, in FS Klingmüller, S. 237.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bewegen' zurück.[1179] Und tatsächlich ist auch die Idee von der Gerechtigkeit schon seit dem alten Ägypten (21. Jhdt. v. Chr.) mit dem Bild einer Waage verknüpft.[1180] Das Wort Waage lässt sich auf das Bewegen zurückführen, so ist die Waage 'das sich Bewegende (hin und her, auf und ab)'.[1181] Das Gewicht eines Belangs ist damit immer im Vergleich zu einem anderen Belang zu sehen. Er ist relational. Es lässt sich nicht mathematisch genau bestimmen.[1182]

In der Abwägung werden also die möglichen Zukunftszustände, die von den verschiedenen Subjekten als konkurrierend wünschenswert bewertet werde, miteinander verglichen und die Vorzugswürdigkeit des einen Zukunftsszenarios gegenüber des anderen evaluiert. Komplex wird der Vergleich deswegen, weil nicht nur die Wertigkeit eines Zukunftsszenarios bezogen auf nur eine Handlung (oder ihre Unterlassung) mit ihren Auswirkungen auf ein Gut evaluiert werden muss, sondern diverse Maßnahmenpakte zur Disposition stehen, die auf Güterbündel treffen.[1183] Wie kann jedoch das eine Streben des einen Subjektes als wertvoller/gewichtiger gegenüber dem Streben eines anderen Subjektes evaluiert werden? Um das Streben der Subjekte vergleichen zu können, muss ihr Streben mit einer festgelegten Werteskala abgeglichen werden. Nur wenn ihrem Streben nach einem festgelegten Wertesystem Wert vermittelt werden kann, können sie miteinander überhaupt ins Verhältnis gesetzt werden. In der Abwägung wird also dem Zukunftszustand mehr Gewicht zugesprochen, welcher einen Wert eines Wertesystems vollständiger erreicht, welcher den höheren Wert eines Wertesystems verwirklicht oder welcher mehrere Werte zugleich realisieren kann. Er ist wegen seines größeren Teilhaben an einem Wert/an dem Guten vorzuziehen.

Larenz führt aus, dass die Gewichtigkeit nur der jeweilige Grad der Wertschätzung ist, desjenigen, der zu bewerten hat.[1184] Dies trifft insofern

1179 Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache, Stichwort: ‚abwägen', im Internet abrufbar unter: <https://www.dwds.de/wb/abw%C3%A4gen> (zuletzt abgerufen im Januar 2024).

1180 *Heidenreich*, Theorien der Gerechtigkeit, S.18.

1181 Duden, Stichwort: ‚Waage'; Digitale Wörterbuch der deutschen Sprache, Stichwort: ‚Waage', im Internet abrufbar unter: <https://www.dwds.de/wb/Waage> (zuletzt abgerufen im Januar 2024).

1182 So aber *Hubmann*, in FS Schnorr v. Carolsfeld, S. 179.

1183 *Hofmann*, Abwägung im Recht, S. 266.

1184 *Larenz* geht in seinem Beitrag von der Interessenabwägung und Güterabwägung aus, nicht aber von der planerischen Abwägung (in FS Klingmüller, S. 237). *J. Drei-*

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

zu, als dass der Grad der Wertschätzung für private Entscheidungen sich aus dem individuellen Wertesystem ergibt. Die behördliche Entscheidung muss jedoch als Wertesystem zuvörderst auf die Rechtsordnung rekurrieren. An der Spitze der Rechtsordnung steht das Grundgesetz, welches gerade mit seinen Grundrechten ein Wertesystem geschaffen hat, welches bei der Bewertung von der Vorzugswürdigkeit von dem entgegengesetzten Streben verschiedener Individuen zu befragen ist. Das individuelle Streben von Privaten erfährt durch die Grundrechte eine rechtliche Anerkennung und Berücksichtigungspflicht, weil die Grundrechte die Freiheit des Einzelnen, sein individuelles Streben, als Wert anerkennen. (Der Wert, dem ein Streben von Individuen zukommt, kann sich aber auch aus dem Recht vorgelagerten Werten ergeben.[1185]) Wenn also von dem „objektiven Gewicht eines Belangs" [1186] gesprochen wird, dann steht dahinter das unterschiedliche Teilhaben des subjektiven Strebens an dem Wertesystem des Grundgesetzes. Dieser Aspekt der Gewichtung kann auch als normatives Gewicht bezeichnet werden.

Weiterhin kommt es nach der allgemeinen Regel nicht nur auf die Bedeutung des Belangs (normatives Gewicht), sondern auch auf das Ausmaß der Betroffenheit des Belangs an (tatsächliches Gewicht).[1187] Je größer die Bedeutung des Belangs ist und je intensiver er durch die Verwirklichung der entgegengesetzten Belange betroffen ist, desto höher ist sein Gewicht

---

er bezieht diese Definition ausdrücklich auf die planerische Abwägung (Steuerung der planerischen Abwägung, S. 76).

1185 Als Hinweise, dass das Grundgesetz selbst von der Rechtsordnung vorbefindlichen Werten ausgeht, kann angeführt werden, dass gem. Art. 20 III GG die Rechtsprechung an Gesetz und Recht gebunden ist. Damit scheint das Recht noch etwas anderes zu sein als nur die Gesamtheit der positiven formellen Gesetze. Als weiterer Hinweis kann prominent Art. 1 I GG dienen: Wenn die Menschenwürde unantastbar ist, so kann sie durch die staatlichen Gewalten gar nicht angegriffen werden. Sie muss daher eine dem staatlichen Zugriff, und damit auch dem Zugriff des Gesetzgebers, entzogene, d.h. unabhängige und vorgelagerte, Existenz führen. Zuletzt wäre neben der Präambel, die eine Verantwortung vor Gott ausspricht und damit an eine das Recht übersteigende Macht referiert, auch an das Widerstandsrecht des Art. 20 IV GG zu denken. Art. 20 IV GG berechtigt, auch gegen bestehende formelle Gesetze zu verstoßen. Dies ließe sich durch eine rechtspositivistische Position nicht erklären.

1186 Das BVerwG stellt diesbezüglich besonders deutlich fest, dass es nicht auf Bewertung der Behörde ankomme, sondern allein um das objektive Gewicht eines Belangs (BVerwG, Urteil v. 5.12.1986, 4 C 13.85, BVerwGE 75, 214 (254); BVerwG, Beschluss v. 9.7.2003 - 9 VR 1/03, BeckRS 2003, 2349). *Hofmann*, Abwägung im Recht, S. 263.

1187 *Dreier, J.*, Steuerung der planerischen Abwägung, S. 77.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zu veranschlagen. Die Bedeutung eines Belangs kann dadurch gesteigert sein, dass der Belang Seltenheitswert besitzt, ein großer Bedarf nach der Befriedigung des Belangs besteht, der Belang ein großes Ausmaß umfasst oder der Belang standortgebunden ist.[1188] Die Betroffenheit ist umso höher, je intensiver in ein Rechtsgut eingegriffen wird, wie langanhaltend und nachhaltig die Schädigung ist und ob mehrere Personen zugleich gleichartig beeinträchtigt werden.[1189]

Zusammenfassend kann gesagt werden: Es geht bei der Gewichtung darum zu erkennen, welche individuelle Strebung als von unserer Rechtsordnung als wertvoller erkannt wird/beziehungsweise welcher zukünftige Zustand die Werte unserer Rechtsordnung am ehesten verwirklicht.

cc. Grundausrichtung zugunsten Bergbau

Die Gesamtabwägung wird von der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Lehre als nachvollziehende Abwägung im Rahmen einer gebundenen Entscheidung des § 55 I BBergG verstanden. Das heißt, dass sich die Berücksichtigung der entgegenstehenden Interessen als innertatbestandliches Merkmal einer umfassenden nachvollziehenden Gesamtabwägung vollzieht,[1190] deren Ergebnis dann in ein schlichtes „Ja oder Nein"[1191] mündet. Wie schon die Erteilung der Bergbauberechtigung ist auch die Entscheidung über die Zulassung des Rahmenbetriebsplans zugunsten des Bergbaus ausgerichtet.

Dies zeigt sich auch in der Zulässigkeit von Nebenbestimmungen, wie es eine Auflage ist. Nach § 36 I Alt. 2 VwVfG sind nur die Nebenbestimmungen zulässig, die die Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes absichern.[1192] Ist das Ergebnis der Gesamtabwägung aber gerade ein Unterliegen der öffentlichen (oder privaten) Interessen, so stehen diese der Zulässigkeit des Vorhabens gerade nicht mehr entgegen. Folglich wäre es der Behörde verschlossen, Auflagen festzulegen, die eine schonendere Inanspruchnahme der öffentlichen (und auch privaten) Inter-

1188 *Dreier, J.*, Steuerung der planerischen Abwägung, S. 81 f.
1189 *Dreier, J.*, Steuerung der planerischen Abwägung, S. 83 f.
1190 Von *Durner* treffend als tatbestandsimmanente Gesamtabwägung bezeichnet (in: Kment, ROG, § 4, Rn. 131).
1191 *Hoppe*, in: Hüffer (Hrsg.), Oberflächeneigentum und Bergbau, S. 38 f.
1192 *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, § 36 VwVfG, Rn. 41; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 12, Rn. 20.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

essen vorsehen (sofern die öffentlichen Interessen sich nicht aus dem Einbezug anderer Rechtsvorschriften ergeben, die als Ermessensvorschriften ausgestaltet sind und auf die sich die Konzentrationswirkung des Planfeststellungsbeschlusses erstreckt).[1193] Das heißt: Würden nach der Gesamtabwägung die bergbaulichen öffentlichen Interessen überwiegen, so wären die entgegenstehenden öffentlichen Interessen nicht weiter zu berücksichtigen und der Rahmenbetriebsplan in der vom Unternehmer beantragten Form zuzulassen.[1194] Dieses Ergebnis verstößt gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip, welches dem Abwägungsgebot zugrunde liegt.[1195]

Würden hingegen nach der Gesamtabwägung die entgegenstehenden öffentlichen Interessen überwiegen, so könnte die Behörde Nebenbestimmungen vorsehen, insofern diese dazu führen, dass die öffentlichen Interessen in der Gesamtabwägung unterliegen und damit die Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen (kein Überwiegen der öffentlichen Interessen) absichern. Andernfalls wäre der Plan in seiner vom Unternehmer eingereichten Form abzulehnen.

Differenzierende Lösungen oder Alternativen können so vielleicht schon im Rahmen einer nachvollziehenden Abwägung gar nicht angedacht werden, zumindest sich im Ergebnis aber nicht durchschlagen. Auch dies ist ressourcenethisch problematisch.

dd. Normative Gewichtungsvorgabe zugunsten des Bergbaus

Zunächst kommt allen Belangen, d.h. bevor in die Abwägung im konkreten einzutreten ist und der Einzelfall angeschaut wird, abstrakt das gleiche Gewicht zu.[1196] Diese Gleichwertigkeit kann der Gesetzgeber in dieser Allgemeinheit zugunsten eines bestimmten Belangs aufheben. Die Verteilungsentscheidung wird anders ausfallen, sollte man in der Abwägung den bergbaulichen Interessen grundsätzlich besonderes (absolutes oder relatives) Gewicht zukommen lassen. Insofern ist die Frage nach der Gewichtung der bergbaulichen Interessen auch eine Frage nach den Verteilungskriterien.

1193 Siehe hierzu auch *Keienburg*, in: Boldt et al., BBergG, § 57a, Rn. 31.

1194 So *Boldt/Weller:* „Stehen dem Bergbauvorhaben keine "überwiegenden" öffentlichen Interessen entgegen, kommt § 48 Abs. 2 dagegen im Zulassungsverfahren nicht zum Zuge." (BBergG Komm. Ergänzungsband (Vorauflage), § 57a Rn. 65 und 71).

1195 *Durner*, Konflikte räumlicher Planungen, S. 301.

1196 *Dreier, J.*, Steuerung der planerischen Abwägung, S. 89.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

Ob nun in der Zielbestimmung des Gesetzes in § 1 Nr. 1 BBergG, oder in der sogenannten Rohstoffsicherungsklausel des § 48 I S. 2 BBergG[1197] oder in beiden zusammen, eine Abwägungsdirektive zu sehen ist oder das BBergG selbst gar keine Abwägungsdirektive enthält, ist umstritten. Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Lehre sieht wohl eine normative Gewichtungsvorgabe[1198] zugunsten des Bergbaus vor, hat dies bisher jedoch nicht (oder nur spärlich) begründet.[1199] Dies lässt sich auch daran ablesen, dass zumeist allgemein auf das höhere Gewicht des Bergbaus verwiesen wird, ohne aber zugleich die genaue Rechtswirkung zu charakterisieren. Für die Untersuchung der ressourcenethischen Analyse reicht es

1197 BVerwG, Urteil v. 16.3.1989, 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (339) – Moers-Kapellen; *Vitzthum/Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 48 Rn. 14; *Hoppe*, DVBl. 1987, S. 760.

1198 Diese Terminologie ist ‚Die normative Steuerung der planerischen Abwägung' von *J. Dreier* entnommen. Zur Feststellung ähnlicher Begründungsdefizite im Naturschutz- und Wasserrecht siehe *Dreier, J.*, Steuerung der planerischen Abwägung, S. 179.

1199 Für eine besondere Gewichtung der bergbaulichen Belange: Das BVerwG bestätigt zunächst einen bestimmten Vorrang, um dann in derselben Entscheidung sich von dieser klaren Positionierung wieder zu distanzieren (BVerwG, Urteil v. 4.7.1986 - 4 C 31.84, BVerwGE 74, 315 (318, 326) – Altenberg). Im Rahmen von städtebaulichen Planungen lehnt das BVerwG einen absoluten Vorrang explizit ab. Zugleich leitet es aus § 48 I S. 2 BBergG her, dass den bergbaulichen Belangen „besonders Rechnung zu tragen" sei (Beschluss vom 15. 10. 1998, 4 B 94–98 = NVwZ 1999, S. 876); BVerwG, 20.11.2008, 7 C 10/08, BVerwGE 132, 261 (275 Rn. 56); VGH München, Urteil v. 21.07.2020 – 9 N 17.781, BeckRS 2020, 30471, Rn. 19; VGH Mannheim, Urteil v. 9.6.1988 - 6 S 2972/84, NuR 1989, S. 134; OVG Greifswald, Urteil v. 24.11.1999, 2 L 30/98, BeckRS 2000, 20030, Rn. 34 f. Das OVG Sachsen-Anhalt schließt explizit einen absoluten und einen generellen Vorrang der Bergbaubelange, der aus § 48 I S. 2 BBergG abzuleiten wäre, aus. Als Konsequenz dessen sieht das OVG Sachsen-Anhalt die Abwägung eröffnet. Es ist insofern unklar, wie das OVG Sachsen-Anhalt den generellen Vorrang versteht (Urteil v. 21.11.2003 - 2 K 341/00, BeckRS 2003, 18294, Rn. 59 f.). Ebenso OVG Magdeburg, Entscheidung v. 20.4.2000, C 2 S 67/98 = BeckRS 2008, 30916; *Vitzthum/Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 1 Rn. 14; *Kühne*, in: Boldt et.al., BBergG, § 48, Rn. 28 f. *Frenz* verneint einen Vorrang des Bergbaus basierend auf ökonomischen Gesichtspunkten (Bergrecht & Nachhaltige Entwicklung, S. 20); *ders.*, DVBl. 2016, S. 680, *ders.*, in: Frenz (Hrsg.), BBergG, § 1 Rn. 15, 20 ff., *ders.*, NuR 2022, S. 318; kritisch *Kaiser*, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 188, 257 f. Interessant in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen des OVG Greifswald, wonach die Rohstoffsicherungsklausel nur die öffentlichen Aufsuchungsinteressen nicht aber die privaten aufwertet (Urteil v. 6.7.2021 – 5 K 372/15, BeckRS 2021, 43051, Rn. 172).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hier aus, die wohl überwiegende Meinung von einer normativ höheren Gewichtung der bergbaulichen Belange zugrunde zu legen.[1200]

ee. Zusammenfassung

Kernstück bei der Entscheidung über die Zulassung des Rahmenbetriebsplans ist die Durchführung der (nachvollziehenden) Gesamtabwägung. Das Verteilungskriterium der Gesamtabwägung ist die Gewichtigkeit eines Belangs. Ein (normatives) Gewicht erhält ein Belang bezogen auf einen anderen Belang durch seinen Bezug zum Wertesystem der Rechtsordnung. Je stärker der Bezug ausgestaltet ist, desto gewichtiger ist der Belang. Relevant ist weiterhin in welchem Maße der Belang auch tatsächlich betroffen ist (tatsächliches Gewicht). Nach der umstrittenen herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum werden die bergbaulichen Belange in der Abwägung normativ höher gewichtet. Die Grundausrichtung zugunsten des Bergbaus ergibt sich auch aus dem Charakter der gebundenen Entscheidung und der innertatbestandlichen Einbindung der Gesamtabwägung. Dieses Ergebnis soll nun ressourcenethisch bewertet werden.

b. Ressourcenethische Bewertung der Gesamtabwägung als Verteilungsmechanismus

aa. Vergleich mit dem utilitaristischen Verteilungskriterium

Die Gesamtabwägung ähnelt äußerlich dem Vorgang des Utilitarismus. Nach dem klassischen Utilitarismus ist die Verteilung mit der größten Nutzenwertsumme zu bevorzugen. Dabei sind in den verschiedenen Handlungsszenarien das Wohlbefinden und das Unwohlbefinden aller moralischen Entitäten zu prognostizieren und gegenüberzustellen. Jene Handlung ist zu wählen, die am meisten Wohlbefinden hervorruft. Auch die Gesamtabwägung ist eine alles einbeziehende und vergleichende, d.h. bilanzierende Betrachtung. Auch in der Gesamtabwägung geht es darum zu prognostizieren, wie sich Handlungen auf bestimmte Güter auswirken werden, um dann die verschiedenen Zukunftsszenarien zu evaluieren.

1200 Eine dezidierte Auseinandersetzung um den Meinungsstand findet unter II. 2. statt.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Es ist aber fraglich, ob das, was in beiden Verteilungsentscheidungen gegenüberzustellen ist, sich auch ähnelt. Der klassische Utilitarismus erkennt nur Wohlbefinden/Unwohlbefinden als Wert an sich an. Alle weiteren Werte können sich nur aus ihrem Bezug zum Wohlsein ergeben. Bei der Gesamtabwägung erhalten die Interessen ihre Wertigkeit jedoch nicht aus ihrem Bezug zum Wohlsein/Unwohlsein, sondern aus ihrem Bezug zum Wertesystem der Rechtsordnung. Die deutsche Rechtsordnung, mit dem Grundgesetz als oberste wertsätzende Instanz, erkennt neben dem Wohlsein auch andere Werte als genuin werthaft an. Das Wohlsein spielt natürlich auch eine Rolle, insofern es sich in rechtlichen Wertungen niederschlägt. Das Unwohlsein des Grundeigentümers bei einer Enteignung, hat in die Gesamtabwägung als zu berücksichtigende Rechtsposition des Art. 14 I GG einzufließen. Auch ist die Schutzwürdigkeit der Rechtsposition von der individuellen Nutzung abhängig und damit schlägt sich i.d.R. auch die Schmerzlichkeit des Verlustes der Rechtsausübung nieder. Weitere Belange wie Denkmalschutz und die Schönheit von Natur und Landschaft, die für die bergbauliche Gesamtabwägung relevant sind, können auch in Bezug zum Wohlsein der Menschen verstanden werden; so kann der Denkmalschutz für die kulturhistorische Auseinandersetzung der Gesellschaft und des Einzelnen von Bedeutung sein und damit Identität und Erkenntnisse stiften, was zum Wohlsein führen kann. Ebenso kann die Schönheit von Natur und Landschaft zur Erholung der Menschen ihren Beitrag leisten und damit zum Wohlsein. Das Wohlsein/Unwohlsein der Menschen fließt also auch in erheblichem Maße in die Gesamtabwägung ein, jedoch nur unter der Firmierung einer staatlichen Wertzuschreibung (und sei es die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG). Und so steht auch nicht das Glücksgefühl des Einzelnen an der Spitze der Werteordnung, sondern die Würde des Menschen (Art. 1 I GG)[1201]. Werte wie Freiheit, Gerechtigkeit oder das Leben erkennt das Grundgesetz als intrinsische Werte an, die aus sich heraus erstrebenswert sind. Darum müssen die unter die öffentlichen und privaten Interessen zu subsumierenden Belange in einer Gesamtabwägung nicht jeweils auf ihr konkretes Wohlsein oder Unwohlsein der Menschen zurückgeführt werden. So zielt Art. 14 GG nicht darauf ab, das Wohlsein des Einzelnen, welches er in der Haltung und Nutzung von Eigentum empfindet, zu schützen. Art. 14 I GG soll dem Grundrechtsträger

1201 BVerfG, Urteil v. 15.01.1958 - 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 (205) – Lüth („Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, […].").

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich gewähren, welche ihm eine eigenverantwortliche Lebensgestaltung ermöglicht: Art. 14 I GG zielt auf die Freiheit ab.[1202] Und die Freiheit wird nicht wegen dem Wohlbefinden, das der Mensch im freien Handeln empfindet, geschützt, sondern um der Werthaftigkeit der Freiheit und einer freiheitlichen Gesellschaft an sich. Hierin liegt ein kapitaler Unterschied zwischen der Wertordnung des Grundgesetzes und der utilitaristischen Theorie. Die utilitaristische Theorie erkennt Werte wie Freiheit, Gerechtigkeit, Wahrheit oder das Leben nicht per se an, sondern sie kommen nur dann als Faktor in Betracht, wenn sie eben dieses subjektive Empfinden zu steigern vermögen.[1203]

Die Unterschiede der Gesamtabwägung und der Nutzsummenwertermittlung der utilitaristischen Theorie sollen hier am Beispiel der staatlichen Verteilungsfrage über das Recht an der Bodennutzung zwischen Grundeigentümer und Bergbauunternehmer zum Zwecke des Braunkohleabbaus vereinfachend illustriert werden. Hier ergeben sich zwei Zukunftsszenarien: in dem einen ist das Eigentum der sog. Oberflächeneigentümer gewahrt, der Bergbau findet nicht statt, Braunkohle kann nicht am Markt feilgeboten und zur Energiegewinnung eingesetzt werden und die nachteiligen Umweltveränderungen bleiben aus (Szenario A). In dem anderen Szenario findet der Braunkohlebergbau statt, die Eigentümer wurden enteignet, die Umwelt wird nachteilig verändert, Braunkohle wird zur Energiegewinnung genutzt (Szenario B). Die Gesamtabwägung muss den für unser Wertesystem wertvolleren Zukunftszustand herausarbeiten. Dem Eigentumsrecht der Grundeigentümer wird mit Art. 14 I GG Wert zugeschrieben. Aus der Beurteilung der konkreten Situation muss sich ergeben, wie stark der freiheitliche Aspekt berührt ist (dies ergibt sich aus einem Vergleich mit verschiedenen Grundrechtseingriffen verschiedener Schwere und Richtung, auch beachtlich ist die gesteigerte Sozialbindung gerade des Bodeneigentums[1204]). Auf der anderen Seite muss die zuständige Behörde feststellen, welchen Wert die Rohstoffsicherung und Energieversorgung im Vergleich zu den Freiheitsrechten der Eigentümer zukommt. Alle weiteren Aspekte

1202 BVerfG, Urteil v. 18.12.1968 – 1 BvR 638 u.a., BVerfGE 24, 367 (389) – Hamburgisches Deichordnungsgesetz; BVerfG, Beschluss v. 22.05.2001 – 1 BvR 1512, 1677/97, BVerfGE 104, 1 (8 f.); BVerfG, Beschluss v. 16.02.2000 – 1 BvR 242/91, 315/99, BVerfGE 102, 1 (15), st. Rspr.

1203 *Birnbacher* bezeichnet diese objektiven als extrinsische Werte (Analytische Einführung in die Ethik, S. 218).

1204 BVerfG, Beschluss v. 12.01.1967 - 1 BvR 169/63, BVerfGE 21, 73 (82 f.); BVerfG, Beschluss v. 22.05.2001 - 1 BvR 1512, 1677/97, BVerfGE 104, 1 (12).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

müssen in den Wertigkeitsvergleich einfließen.[1205] Würde das Wohlsein die zentrale Rolle spielen, müsste sich der Abwägende eine ganz andere Frage stellen: Wieviel Wohlsein und Leid entsteht im Szenario A und im Szenario B?

Nicht unerwähnt in dem Vergleich zwischen Nutzsummenwertermittlung des Utilitarismus und Gesamtabwägung des BBergG soll folgender Aspekt bleiben. So können in der Gesamtabwägung nur die Interessen von Menschen direkt berücksichtigt werden. Die Berücksichtigung der Interessen von Tieren kann –nach gängiger ganz herrschender Meinung–[1206] nur vermittelt im Rahmen von Artenschutz und Biodiversitätsfragen in der Gesamtabwägung eine Rolle spielen. Nach dem Utilitarismus ist eine moralische Entität hingegen diejenige, die Wohlsein oder Unwohlsein empfinden kann. Die Interessen der Tiere mit Schmerzempfinden können damit ohne weiteres direkt in die utilitaristische Bilanz einfließen und stehen den menschlichen Interessen gleichgeordnet gegenüber. Eine solche direkte Beachtung des subjektiven Tierwohls im Rahmen von planerischen Abwägungsentscheidungen kennt die deutsche Rechtsordnung nicht,[1207] und erst recht keine abstrakte Gleichrangigkeit der Interessen. Hier geht der Utilitarismus deutlich über die Gesamtabwägung hinaus.

Es bleibt festzuhalten, dass sich die Gesamtabwägung und die Nutzsummenwertbestimmung rein von dem formalen äußerlichen Prozedere ähneln (umfassende Erfassung von Belangen, Zukunftsszenarien gegenüberstellen), sie sich jedoch stark in ihrer Wertbasis/in ihrem Wertesystem unterscheiden.

1205 Zur Beurteilung der Gesamtabwägung müssen natürlich auch Alternativszenarios berücksichtigt werden. So ist die Bedeutung des Abbaus von Kohle auch vor dem Hintergrund des Ausbaus von erneuerbaren Energien zur Energiegewinnung zu spiegeln.

1206 Siehe *Ziehm*, die die Rechtspersönlichkeit von (Wirbel-)Tieren bejaht (EurUP 2020, S. 105 ff.).

1207 Obwohl das Tierschutzgesetz nach § 1 auch an die Leidfähigkeit von Tieren ansetzt und den Menschen für das Leben und Wohlbefinden des Tieres als dessen Mitgeschöpf mitverantwortlich zeichnet.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb. Vergleich mit egalitaristischen Verteilungskriterien

Nach *Aristoteles* ist eine gerechte Verteilung eine gleiche Verteilung. Gleiches soll gleich und ungleiches ungleich behandelt werden.[1208] Diese gleiche Behandlung von gleichen Sachverhalten wird schon durch das Vorhandensein einer allgemeinen Regel gewährleistet. Als solche allgemeinen Regeln erweisen sich Rechtsnormen qua Natur der Sache.[1209] Allein die Tatsache, dass es solche bergrechtlichen Normen gibt, sichert schon die Einhaltung dieser ersten formalen Gerechtigkeit. Hier enden die Anforderungen des Egalitarismus nicht. Vielmehr müssten die allgemeinen Regeln inhaltlich eine gleiche Verteilung vorsehen, entweder nach der arithmetischen oder nach der proportionalen Gleichheit. Es ist zu untersuchen, ob die Gesamtabwägung eine Verteilung in diesem Sinne vorsieht.

Die arithmetische Gleichheit, wonach jeder Empfänger den mathematisch gleichen Anteil erhält, schließt sich für den bergrechtlichen Sachverhalt aus: Das potenzielle Bergbaugebiet müsste in gleiche Hälften aufgeteilt werden und jeder Grundeigentümer, Bergbauwillige und sonstige Beteiligte bekämen gleiche Stücke, was ihren Interessen aber nicht gerecht würde. Legt man die proportionale Gleichheit an, dann müsste ein Kriterium bestimmt werden, welches dann abhängig von seiner Erfüllung zu einer gerechten und gleichen, aber uneinheitlichen Verteilung des Gutes führt. Als Kriterium, an dem sich die proportionale Verteilung auszurichten hat, kommt (nach dem unter dem hier ermittelten Verteilungskriterium der Gewichtigkeit) die Werthaftigkeit der Bodennutzung nach dem Wertesystem der Rechtsordnung in Betracht. Die Verteilung entfiele dann proportional zu dieser Wertgröße: Je nachdem welcher anteilige Wert der Bodenbenutzung zugeschrieben werden kann, dieser entsprechende Anteil müsste auch der Interessensinhaber zugeschrieben bekommen.

Im Tagebau ist es jedoch offensichtlich, dass die verschiedenen Bodennutzungen einander ausschließen und eine vollständige Gebietszuweisung benötigen. Auch für die Errichtung von überirdischen Anlagen für den Untertagebau kann es für diese Fläche (die alleine zur Verteilung ansteht) keine Aufteilung der Nutzungen geben. Das proportional auch nur leichte

1208 *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Buch V, Kapitel 6, 1131 a (Übersetzung Dirlmeier). Nach *Mazouz*, in: Düwell/Hübenthal/Werner (Hrsg.), Handbuch Ethik, S. 372 f.; siehe auch *Czarnecki*, Verteilungsgerechtigkeit im Umweltvölkerrecht, S. 70 f.

1209 *Czarnecki*, Verteilungsgerechtigkeit im Umweltvölkerrecht, S. 70 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Überwiegen in der Bedürftigkeit führt zu einem vollständigen Zuschlag. Es entsteht ein ‚winner-takes-it-all' Ergebnis, in dem sich die Proportionalität der Bedürftigkeit oder der Werthaftigkeit gerade nicht widerspiegelt.[1210] Fraglich ist, ob sich daraus gleich das Urteil der ungleichen und deswegen ungerechten Verteilung aus egalitaristischer Sicht ergeben muss. Wenn die Unteilbarkeit eines Guts in der Natur der Sache liegt, müssten alle diese Güter nur ungerecht verteilt werden können. Vielleicht kann hier in den Blick genommen werden, dass eine Kompensation des Eigentümers im Rahmen der Entschädigung des Art. 14 III S. 2 GG erfolgt. Die Kompensation könnte gemessen an der Proportionalität des Kriteriums ausfallen. Dies hieße, dass im ersten Schritt die Anteile an der Wertigkeit der Bodennutzung zu bestimmen sind. In dem Schema der egalitaristischen Verteilung könnte beispielsweise das Bergbauvorhaben, gemessen an dem Wertesystem unserer Rechtsordnung, die entgegenstehenden Interessen 4 zu 1 überwiegen. Damit wird das gesamte (benötigte) Gebiet dem Bergbau zugeschlagen. Die unterliegenden Interessen müssten jedoch im Verhältnis zu 1/5 kompensiert werden. Bemerkenswert ist, dass Art. 14 III S. 3 GG auch ausdrücklich bestimmt, dass die Entschädigung unter gerechter Abwägung zwischen den Allgemeinwohlinteressen und den Interessen der Beteiligten zu bestimmen sei.

Der Vergleich mit dem egalitaristischen Gerechtigkeitsansatz hat das Augenmerk bei Sachen, die qua der Natur der Sache nicht aufgeteilt werden können, auf die gerechte Kompensation gelegt, in den dann die Ergebnisse der egalitaristischen Theorie einfließen könnten.

cc. Vergleich mit der Gerechtigkeitstheorie von John Rawls

Wenn man mit Rawls die Frage danach stellen wollte, ob das BBergG gerechte Entscheidungen träfe, dann müsste zunächst die Grundstruktur der Gesellschaft untersucht werden. Dass diese Fragestellung die vorliegende Arbeit sprengen würde, ist offensichtlich.

1210 Mit weiteren Beispielen *Heidenreich*, Theorien der Gerechtigkeit, S. 38.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(1) Nach der allokativen Gerechtigkeit bzgl. nicht hervorgebrachter Güter

Ein Bezug zur Frage nach der Verteilung von dem Gebiet ließe sich vielleicht insofern herstellen, als das Rawls' Unterscheidung von Gütern, die durch gemeinsame Herstellung in die Welt kommen und sonstigen aufgegriffen wird. Das Gebiet und die hierauf abzielende Bodennutzung sind nicht durch die Zusammenarbeit der Gesellschaft entstanden. Für die Verteilung dieser Güter lässt es Rawls bei der allokativen Gerechtigkeit bewenden, die nach Bedürfnissen und Wünschen verteilt. Das Prinzip der Gleichheit könne dabei zum Zuge kommen oder, wenn das nicht ginge, das Prinzip der Effizienz, wonach die Nutzensumme zu maximieren sei.[1211] Hier lässt Rawls den Utilitarismus offenbar ausdrücklich gelten.[1212] Es wären also die Bedürfnisse/Wünsche des Bergbaubetreibers und des Oberflächeneigentümers zu ermitteln. Dies kann gleichgesetzt werden mit der Interessensermittlung im Zuge der Gesamtabwägung.[1213]

Eine gleiche Verteilung abhängig von den Bedürfnissen/Wünschen ist ausgeschlossen.[1214] Bliebe demnach das Kriterium der Effizienz. Rawls führt hierzu die Pareto-Optimalität als Effizienzkriterium ein.[1215] Nach dieser ist eine Güterverteilung (aber auch eine Ressourcennutzung) dann als effizient anzusehen, wenn es keine Alternative mehr gibt, nach der eine Person bessergestellt werden kann, ohne dass eine andere schlechter gestellt wird. Ineffizient ist sie dann, wenn „man mindestens einen Menschen besserstellen kann, ohne irgendjemand schlechter zu stellen."[1216]

Inwiefern kann das Pareto-Kriterium auf die Verteilungsentscheidung der Bodennutzung im Bergbau angewendet werden? Stellen wir uns eine Verteilung der Bodennutzung für oberirdische bergbauliche Anlagen vor, wonach der Bergbauunternehmer das Grundstück des Oberflächeneigentümers vollständig zugesprochen bekommt. Diese Verteilung wäre dann ineffizient, wenn der Bergbaubetreibende zum ordnungsgemäßen Betrieb nicht die gesamte Fläche in Anspruch nehmen müsste. Würde man dem

1211 *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, § 14, S. 109.
1212 *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, § 14, S. 109.
1213 Wobei bei einer Enteignungsabwägung die Interessen des Bergbauberechtigten nicht ins Gewicht fallen. Stattdessen müsste man auf die Interessen der Allgemeinheit an der Durchführung des Bergbaus bezüglich der Sicherung der Rohstoffversorgung abstellen. (Näheres unten unter II. 3.).
1214 Siehe hierzu schon oben unter bb.
1215 *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, § 11, S. 87 f.
1216 *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, § 11, S. 88.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

Oberflächeneigentümer die zum ordnungsgemäßen Betrieb nicht benötigten Grundstücksteile zuweisen, dann wäre der Bergbaubetreibende insofern nicht schlechter gestellt, als dass es für den Betrieb seines Bergbaus keinen Unterschied macht. (Es ist dabei vorausgesetzt, dass die für den Oberflächeneigentümer verbleibenden Grundstücksteile dann noch von Interesse für ihn sind). Effizient wäre damit genau die Verteilung, die dem Bergbaubetreibenden so viel Bodennutzung zuspricht, wie es ohne Abstriche für eine ordnungsgemäße Betriebsführung, möglich ist. Genau diese Einschränkung stimmt mit § 77 I, II BBergG überein, der als Grundabtretungsvoraussetzung vorsieht, dass die Grundstücksbenutzung notwendig sein muss. Sie ist es nach der Legaldefinition des Absatzes 2 dann, wenn das geplante Bergbauvorhaben technisch und wirtschaftlich einer sachgemäßen Betriebsplanung und Betriebsführung entspreche und, zweitens, wenn sich die Benutzung eines Grundstücks des Unternehmers ausschließt. Diese Enteignungsvoraussetzungen müssen schon innerhalb der Zulassung des Rahmenbetriebsplans geprüft werden[1217] und damit im Rahmen der Verteilungsentscheidung über das Gebiet.

Stellen wir uns die Verteilung entgegengesetzt vor, so dass dem Oberflächeneigentümer die gesamte Bodennutzung zusteht, so wäre dies eine effiziente Entscheidung, weil jede Reduzierung seiner Bodennutzung ihn schlechter dastehen lässt. Das Pareto-Kriterium kann also keine Entscheidungshilfe dafür bieten, ob der Bergbau überhaupt durchgeführt werden soll oder nicht. Das Kriterium engt lediglich den möglichen Zuschlag an den Unternehmer auf das notwendige Maß ein. Dies lässt sich auch an der Verteilung von Bodennutzungen ausmachen, die für den Tagebau infrage kommen. Hier wird zumeist eine vollständige Inanspruchnahme notwendig sein. Entweder der Bergbauunternehmer erhält den Zugriff auf das gesamte Grundstück oder es verbleibt insgesamt beim Oberflächeneigentümer. Beide Entscheidungen genügen dem Effizienzkriterium; eine effizientere kann nicht ausgemacht werden. Das Pareto-Kriterium allein reicht nicht aus um die grundlegende Verteilungsentscheidung zu treffen. Die von Rawls grob skizzierten Entscheidungsvorgaben für die Verteilung von Gütern, die sich nicht aus der gemeinsamen Herstellung ergeben, sind nicht ausreichend um handlungsleitend für die Entscheidung über die Zuteilung der Bodennutzung zu sein.

1217 Siehe hierzu oben unter Kapitel 2 D. I. 1. a.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(2) Nach dem Differenzprinzip

Das von Rawls entwickelte Differenzprinzip könnte für die Entscheidung über die Zuteilung der Bodennutzung fruchtbar gemacht und mit dem Kriterium der Gewichtigkeit der Gesamtabwägung verglichen werden. Nach diesem kann eine ungleiche Verteilung dann gerechtfertigt werden, wenn die am stärksten Benachteiligten im Zustand der ungleichen Verteilung gegenüber dem Zustand, in dem die Ungleichheit nicht existiert, besser dastehen.

Die Umverteilung der Bodennutzung von den bisherigen Grundeigentümern an die Bergbauunternehmen ist eine Änderung der Güterzuordnung von einem ungleichen Zustand (die Verteilung von Rechten an der Bodennutzung ist ungleich verteilt) in einen anderen ungleichen Zustand. Abgesehen von der Frage, ob die vorbefindliche Verteilung von Grundeigentum in Deutschland nach dem Differenzprinzip rechtfertigungsfähig ist, aktualisiert sich die Frage bei dem erneuten staatlichen Zuordnungsakt, der in der Rahmenbetriebsplanzulassung mit eigentumsrechtlicher Vorwirkung läge. Das Differenzprinzip führt als Kriterium der Verteilung, welches eine ungleiche Zuteilung rechtfertigt, die Frage danach ein, ob die am schlechtesten Gestellten von einem konkreten Bergbauvorhaben bessergestellt werden, als wenn die ungleiche Zuteilung nicht bestünde. Auch hier können die Interessen mehrerer Personengruppen, wie die Menschen mit geringen Finanzmitteln in Deutschland, die künftigen Generationen aber auch die zu enteignenden Grundeigentümer und die anderen vom Bergbau negativ Betroffenen, entscheidungsrelevant sein. Dieses Verteilungskriterium des Differenzprinzips ist nun mit den Entscheidungsvorgaben der Gesamtabwägung aus § 48 II S. 1 BBergG zu vergleichen.

Die Gesamtabwägung hat alle öffentlichen und privaten Interessen gegen- und untereinander abzuwägen. Die genannten Interessen der am schlechtesten gestellten müssten unter die Begriffe „öffentliches" oder „privates Interesse" subsumiert werden können, um im Rahmen der Gesamtabwägung Berücksichtigung zu finden. Dies gelingt unterschiedlich. Der Einbezug der Interessen der zu enteignenden Grundeigentümer ist unbedingt zu gewährleisten, war dies doch gerade der Anstoß für die Entwicklung der Gesamtabwägungslehre. An sich müssten auch die Interessen aller vom Bergbau negativ Betroffenen, wie die den Bergschäden ausgesetzten, unter den Begriff der zu berücksichtigenden privaten Interessen fallen. Hiergegen spräche die Einschränkung auf nur bestimmte zu berücksichtigende Inter-

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

essen, die im § 48 II S. 3 BBergG zum Ausdruck kommt („Soweit die öffentlichen Interessen zugleich den Schutz von Rechten Dritter umfassen […]") und die der Gesetzgeber in ausdrücklicher Anlehnung an die Moers-Kapellen-Rechtsprechung eingefügt hat.[1218] Nach einem solch eingeschränkten Verständnis wären nur die Dritten zu berücksichtigen, die mit schweren Bergschäden zu rechnen hätten.

Die Interessen der künftigen Generationen werden nach der derzeitigen Rechtspraxis nicht als solche explizit ermittelt und in die Gesamtabwägung eingestellt.[1219] Auch die vom Differenzprinzip geforderte Besserstellung der Menschen mit geringen Finanzmitteln in Deutschland wird von der Gesamtabwägung als solche nicht explizit aufgegriffen. Jedoch müssen die positiven Auswirkungen des Bergbaus für die Rohstoffversorgung als öffentliches Interesse ermittelt werden. Von der Rohstoffversorgung durch das konkrete Vorhaben könnten auch Menschen mit geringen Finanzmitteln profitieren, in dem Sinne, dass sie von den stofflichen Dienstleistungen direkt profitieren (beispielsweise der aus dem Rohstoff von Sanden und Kies geschaffene soziale Wohnungsbau) oder das ihnen auf indirektem Wege ein allgemeiner guter Zustand der Wirtschaft mit Wachstumsraten und hoher Beschäftigungsquote zugute käme. Im Unterschied zum Differenzprinzip käme es der Gesamtabwägung aber nicht darauf an, dass gerade die Situation der Menschen mit geringen Finanzmitteln in Deutschland durch das Bergbauvorhaben verbessert werden würde. Schon das „Wohlergehen der Wirtschaft an sich" bzw. genauer die Nachfrage am Markt für die abgebauten Rohstoffe würde unter den Begriff des öffentlichen Interesses fallen und potentiell den Bergbau zu rechtfertigen vermögen. Aus dem Blickwinkel des Differenzprinzips und der damit einhergehenden Rechtfertigungsbedürftigkeit des Bergbaus, die sich auch aus der Eigentumsposition der Grundeigentümer und den Grundsätzen des Ressourcenschutzes ergibt, kann dahinter ein Fragezeichen gesetzt werden. Mit anderen Worten: Ist es ausreichend, den bloßen Marktbedarf an Rohstoffen durch die Wirtschaft schon als öffentliches Interesse per se zu markieren? Kann das dahinterstehende befürwortete Wirtschaftswachstum mit dem Ressourcenschutz, der auf schonenden und sparsamen Verbrauch angelegt ist, zusammengehen? Geht es beispielsweise um eine Verengung des öffentlichen Interesses auf

1218 Soweit öffentliche Interessen im Einzelfall auch den Schutz von Rechten Dritter umfassen (vgl. u. a. BVerwG, 4 c 36.85 vom 16. Oktober 1989), […]" BT-Drs. 11/5601, S. 16. (Siehe hierzu auch Kapitel 2 H. I. 3.).

1219 Hierzu und zu einer möglichen erweiterten Auslegung siehe Kapitel 5 B. II.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Förderung von „grünem Wachstum"[1220]? Oder geht es gar um eine im öffentlichen Interesse liegende und von den planetaren Grenzen der Erde geforderte Transformation hin zu einer sog. Postwachstumsgesellschaft[1221]? Die Annahme, dass Wirtschaftswachstum per se im öffentlichen Interesse liege, scheint vor dem Hintergrund der multiplen, globalen und sich potenzierenden mit eben jenem Wirtschaftswachstum einhergehenden Umweltkrisen wohl mehr als fraglich.[1222] Die Frage, ob die Lösung nun in einem grünen Wachstum, einem „degrowth" oder in einer Postwachstumsgesellschaft liegt, kann hier nur aufgezeigt werden. Für diese Untersuchung ist die ressourcenethische Erkenntnis wichtig, dass eine unhinterfragte Kopplung der öffentlichen Interessen an den Marktbedarf an Rohstoffen der Wirtschaft/an das Wohlergehen der Wirtschaft/an das Wirtschafswachstum im Rahmen der Gesamtabwägung den Abbau des begrenzten Allgemeingutes Bodenschatz wohl nicht ressourcenethisch zu rechtfertigen vermag.

In dieser Gegenüberstellung wird deutlich, dass die Gesamtabwägung einige Aspekte des Differenzprinzips abdecken kann. Schlussendlich zeigt sich aber, dass sie eine andere Ausrichtung – und damit Vorstellung von Gerechtigkeit – hat. Das Kredo der Gesamtabwägung ist es, dass in der Gegenüberstellung aller Vor- und Nachteile die Vorteile überwiegen müssen. Diese Vorteile müssen sich aber nicht gerade hinsichtlich der besonders Benachteiligten einer Gesellschaft ergeben, sondern können auch für andere Interessensgruppen positive Effekte verzeichnen. Ganz besonders

1220 Ökonomisches Konzept, auch bekannt unter „Green Growth". Diese Strategie der sozial-ökologischen Transformation geht davon aus, dass Wirtschaftswachstum auch umweltgerecht erfolgen könne. Einige Ansätze gehen sogar noch darüber hinaus und meinen, dass gerade eine ökologische Ausrichtung zu einer Steigerung des Wachstumspotentials führen könne (sog. Starke Green-Growth-Ansätze) (eine Übersicht bietet UBA, Ansätze zur Ressourcenschonung im Kontext von Postwachstumskonzepten, S. 60 f.).

1221 „Degrowth" und „Postwachstumsansätze" kritisieren den gemeinhin angenommenen engen Zusammenhang von Wirtschaftswachstum (Steigerung des Bruttoinlandprodukts) und dem gesellschaftlichen Wohlergehen/dem guten Leben. Die Strategie „Degrowth" sieht Wirtschaftswachstum mit einer ökologischen und gerechten Entwicklung nicht vereinbar. Die Strategie Postwachstum steht unentschieden zu der Frage, ob nachhaltige, umweltgerechte Entwicklung mit Wirtschaftswachstum vereinbar sei oder nicht. Ihr geht es um eine politische und gesellschaftliche Wachstumsunabhängigkeit zur Herstellung eines globalen guten Lebensstandards (eine Übersicht bietet UBA, Ansätze zur Ressourcenschonung im Kontext von Postwachstumskonzepten, S. 45 ff.).

1222 *Meadows/Meadows/Randers*, Die neuen Grenzen des Wachstums, Kapitel 1, S. 27 ff., ausführlicher noch Kapitel 3.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auffällig wird dies in Hinblick auf die Berücksichtigung der Interessen der Bergbauunternehmer. Im Gegensatz zu dem Differenzprinzip käme es bei der Entscheidung über das Recht an der Bodennutzung auch auf die Interessen des Bergbauberechtigten an der Ausübung seiner Bergbauberechtigung und damit auf sein privatwirtschaftliches Interesse an. Dies umso mehr, wenn mit der wohl herrschenden Meinung von einer normativen Gewichtungsvorgabe zugunsten des Bergbaus ausgegangen wird. Die ungleiche Verteilung der Bodennutzung an den Bergbauunternehmer ließe sich aber mit dem Differenzprinzip nicht mit Verweis auf die positiven Effekte für den Bergbauunternehmer rechtfertigen. Eine Verteilung des Gutes der Bodennutzung nach dem Differenzprinzip würde die Vorteile des Bergbaus schärfer begutachten. Es verengt den Blick auf nur wenige Interessen, die den Bergbau zu rechtfertigen vermögen. Damit wäre der Rechtfertigungsdruck auf die Zuordnung zugunsten des Bergbauvorhabens per se höher, was sich günstig auf den Ressourcenschutz auswirken würde.

Die Gesamtabwägung hingegen geht bestenfalls unvoreingenommen, schlechtestenfalls voreingenommen bezüglich der Bergbaubelange (Stichwort: normative Gewichtungsvorgabe) in die Frage des Abbaus hinein. Geht man von einer normativen Gewichtungsvorgabe zugunsten des Bergbaus aus, dann wäre der Rechtfertigungsdruck zulasten des Bergbauvorhabens höher. Bei einer Gesamtabwägung wären außerdem alle Interessen relevant, auch die Interessen des Bergbauunternehmers. Gerade dies scheint vor dem Hintergrund der nicht originären Verteilung problematisch.

dd. Problematik der nicht originären Verteilung

Problematisch könnte sein, dass es sich bei der Verteilung des Rechts an der Bodennutzung nicht um eine originäre Verteilung handelt,[1223] sondern die Verteilung wird in einer Situation getroffen, in der einer Partei (dem Grundeigentümer) das Nutzungsrecht schon zusteht. Hier ist es fraglich, ob die vorgesehene Gesamtabwägung als Entscheidungsgrundlage mit der besonderen Berücksichtigung der bergbaulichen Interessen eine gerechte Verteilung vorsehen kann.

Das grundsätzlich offene und unvoreingenommene Herangehen der Gesamtabwägung, alle öffentlichen und privaten Interessen in den Blick zu

1223 *Gosepath* weist daraufhin, dass tatsächlich fast alle Güter schon verteilt sind (Gleiche Gerechtigkeit, S. 220).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nehmen, sollte den Blick nicht darauf verstellen, dass die Entziehung des Rechts an der Bodennutzung (die Enteignung) unter einem anderen Rechtfertigungsdruck steht.

Daher verwundert es, warum die Interessen des Bergbauunternehmers bezüglich der Ausübung seiner Bergbauberechtigung Berücksichtigung finden sollten. Wenn den Bergbauberechtigungen, wofür vieles spricht, kein Eigentumsschutz zuerkannt wird, so handelt es sich lediglich um eine behördliche Entscheidung, die zwischen den Bergbauinteressierten einen ausgesucht hat, ohne ihm die tatsächliche Ausübung des Rechts auch zuzusichern.[1224] Es wird also kein Vertrauenstatbestand geschaffen, dem seine Interessen nach privatwirtschaftlicher Betätigung rechtlichen Gehalt verschaffen würden. Auch Art. 12 I GG schützt mit der Berufsfreiheit die Freiheit, einen bestimmten Beruf auszuüben,[1225] nicht aber dies auch auf dem konkreten Grundstück des Grundeigentümers tatsächlich zu vollziehen. Die privatwirtschaftlichen Gewinnstrebungen des Bergbaubetreibers können daher sachgerechterweise nicht im Rahmen der Abwägung über die Zuteilung des primär verteilten Gutes beachtet werden.

Zum zweiten ist es fraglich, warum den bergbaulichen Interessen ein normativ höheres Gewicht beigemessen werden sollte. Die offene Gesamtabwägung geht damit eher in die Richtung, die Entscheidung gegen den Bergbau als rechtfertigungsbedürftig anzusehen, als die Entscheidung für den Bergbau (wie es unter dem Blickwinkel der Enteignung eigentlich gerechtfertigt wäre). Diese Verschiebung der Beurteilung kann nicht in einer schlichten Präferenz des Gesetzgebers der einen Interessen gegenüber den anderen Interessen liegen, sondern muss sachgerecht begründet werden können. Auch hier gilt als einzig denkbare Begründung, dass der Gesetzgeber (bzw. die gängige Auslegung des Gesetzeswortlauts) von der Vermutung ausging, der Abbau von Bodenschätzen würde grundsätzlich das Wohl der Allgemeinheit fördern und sei im Stande zu Wirtschaftswachstum und Wohlstand beizutragen.[1226] Wie gezeigt, kann diese Vermutung in Zeiten

1224 Selbst wenn der Bergbauberechtigung der Eigentumsschutz nach Art. 14 I GG zugesprochen werden würde, so wäre zu kritisieren, warum in einem vorgelagerten Verfahren ohne Beteiligung oder Berücksichtigung der Interessen der Grundeigentümer ein dieses in seiner Ausübung ausschließendes Eigentumsrecht geschaffen wurde, um ihm dieses im zweiten Verfahrensschritt als konkurrierend entgegenzuhalten. Zur Diskussion um die eigentumsrechtliche Einordnung der Bergbauberechtigung siehe: Kapitel 4 A. II. 3.

1225 *Scholz*, in: Maunz/Düring, Losebl. (Stand: Mai 2023), Art. 12 GG, Rn. 7.

1226 BT-Drs. 8/1315, S. 67; hierzu schon oben unter Kapitel 4 A. I. 4. b.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Ressourcenübernutzung nicht mehr greifen. Vor diesem Hintergrund ist es aber mehr als bedenklich, die Argumentationslast zulasten der Grundeigentümer zu verschieben.

c. Ressourcenethische Bewertung der Verteilung im Grundabtretungsverfahren

Die Grundabtretung hat sich ganz klar an dem Kriterium des Allgemeinwohls abzuarbeiten. Der Gesetzgeber selbst muss bestimmen, welche alleinigen Allgemeinwohlgründe dabei ins Auge zu fassen sind. Die Begründungslast liegt damit zugunsten der Grundeigentümer, was ihrer Position als ursprüngliche Inhaber der Rechtsposition auch entspricht. Auch die privaten Interessen der Bergbaubetreibenden am Abbau können von vornherein nicht berücksichtigt werden, weil sie nicht unter den Begriff des „Allgemeinwohls" fallen.

Das Kriterium „Allgemeinwohl" korrespondiert mit Rawls' Differenzprinzip.[1227] Die Verteilung des Rechts an der Bodennutzung zugunsten des Bergbauunternehmers kann nach Rawls' Differenzprinzip dann gerechtfertigt werden, wenn auch die am stärksten Benachteiligten von der Ungleichheit profitieren würden. Hier gerät als (jedenfalls von der konkreten Verteilungsentscheidung) Benachteiligter der Grundeigentümer in den Blick. Ihm wird die Entscheidung zugunsten des Bergbaus jedenfalls dann nicht zugutekommen, wenn die gewonnenen Bodenschätze in der Produktion für „Wegwerfprodukte" eingesetzt werden oder wenn die Bodenschätze auch durch Recyclingprozesse gewonnen werden hätten können. Es muss also nicht nur um eine Versorgung des Marktes mit Rohstoffen gehen (wie der Allgemeinwohlgrund alleine vorschreibt), sondern der Wirtschaftsprozess an dessen Anfang die Gewinnung des Bodenschatzes steht, muss dem Wohle der Allgemeinheit dienen. Dies ist natürlich ein ambitionierter Maßstab, führt aber auf die Eckpunkte der Ressourcenethik (wie die Ressourcenschonung, Ressourceneffizienz usw.) zurück. So profitiert der Grundeigentümer von dem Abbau des Bodenschatzes, der nur im Bergbau und nicht etwa durch Recyclingprozesse gewonnen werde können, und in einer für die Gesellschaft essentiellen Weise verwendet wird.

1227 Siehe schon oben: Kapitel 4. A. I. 4. b.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

Mit diesem ambitionierten Maßstab geht für die Bergbaubehörde eine Pflicht einher, das Bergbauinteresse näher zu bestimmen. Und hierzu gehört auch, dass die Verwendung des Rohstoffes abgeschätzt wird. *Ziehm* verweist darauf, dass die Bewertung der Rohstofflage auch dem Wandel der Zeit unterlegen ist.[1228] Auch dies muss in die Beurteilung einfließen. Auch die politischen Weichenstellungen in Positionspapieren von unterschiedlicher rechtlicher Qualität können an dieser Stelle die Bewertung der Rohstofflage beeinflussen. Dies gilt auch bezüglich der internationalen Verpflichtungen, wie zum Beispiel zum Klimaschutz – zuletzt verschärft durch das Pariser Übereinkommen vom 12.12.2015 und konkretisiert im Kohleausstiegsgesetz und durch das Klimaschutzgesetz. Diese sind in den Blick zu nehmen, wenn es um die Sicherung der Rohstoff- bzw. Energieversorgung durch den Abbau von Braunkohle geht.

An sich ist das Kriterium nach dem Allgemeinwohl für die Verteilung der Rechtsposition an der Bodennutzung ein gerechtes Kriterium. Mit dem Differenzprinzip kann das Kriterium ‚Allgemeinwohl' noch mehr Schärfe gewinnen, was zu einem ambitionierteren Ressourcenschutz führt.

d. Zusammenfassung

Die Zulassung des Rahmenbetriebsplans wird nach dem Verteilungskriterium der Gewichtigkeit von Belangen im Rahmen einer Gesamtabwägung getroffen. Die Grundabtretung hingegen, sieht eine Verteilung nach dem Kriterium des Allgemeinwohls vor. Letzteres ist ein sachgerechtes Kriterium, welches zu gerechten Ergebnissen führen kann.

Die Gesamtabwägung ähnelt rein äußerlich der Nutzsummenwertermittlung des Utilitarismus. Von dem für die inhaltliche Bewertung abhängigen Wertesystem unterscheiden sich die beiden Verteilungskriterien aber erheblich. Die Gesamtabwägung knüpft an das Wertesystem der deutschen Rechtsordnung, an dessen Spitze die Menschenwürde steht, an. Der Utilitarismus bezieht sich alleine auf das Glücksgefühl/das Wohlbefinden oder Leid und Unwohlsein. Der utilitaristische Ansatz macht aber zugleich eine große Leerstelle der Gesamtabwägung sichtbar, wenn es nämlich um die direkte Berücksichtigung nichtmenschlicher Interessen geht. Hierin könnte eine größere Berücksichtigung von Umwelt- und Tierinteressen liegen.

1228 *Ziehm*, ZUR 2014, S. 459 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Weiterhin hat die Untersuchung ergeben, dass die Gesamtabwägung unter die egalitaristische Formel gebracht werden kann. Die Verteilung von der Bodennutzung ist mit der egalitaristischen Verteilungstheorie dann als gerecht zu bezeichnen, wenn die Bodennutzung den Zuschlag erteilt, die den höheren Anteil an der Werthaftigkeit aufweisen konnte. Hierin liegt zugleich eine strikte Begrenzung der Bodennutzung auf die benötigte Fläche. Das in der Entscheidung unterliegende Interesse ist gemessen an der anteilhaften Werthaftigkeit seiner Bodennutzung zu entschädigen. Die eventuell anstehende Entschädigungszahlung ist als Bestandteil der ursprünglichen Verteilungsfrage zu verstehen und insofern aufzuwerten.

Auch Rawls' Verweis auf das Effizienzprinzip beinhaltet die strikte Beschränkung der Bodennutzung auf ihr notwendiges Maß. Ein weiterer wichtiger Hinweis ist Rawls zu entnehmen, der als Voraussetzung für eine gerechte Verteilung die gerechte Gesellschaftsordnung anmahnt. Freilich kann dieser Hinweis hier nur als Anregung dienen, den Blick über die konkrete Verteilungssituation hinaus auf die Gesamtsituation zu weiten, in welche die konkrete Verteilungsfrage eingebettet ist. An diesem weiten Maßstab kann sich die vorliegende Arbeit aber nicht abarbeiten.

Der Vergleich von Rawls' Differenzprinzip mit dem Kriterium der Gewichtigkeit der Belange betont die Rechtfertigungsbedürftigkeit des Abbaus von Bodenschätzen. Dieser lasse sich nicht mit den privaten Interessen des Bergbauunternehmers rechtfertigen, wie es aber im Rahmen der Gesamtabwägung möglich wäre. Auch hinsichtlich der öffentlichen Interessen verengt das Differenzprinzip den Blick auf nur wenige relevante Interessen. Für die Gesamtabwägung stellt sich die Frage, ob sie die Marktnachfrage nach Rohstoffen durch die Wirtschaft per se als öffentliches Interesse qualifiziert oder ob sie den Forderungen der sozial-ökologischen Transformation („green growth"/"degrowth" oder Postwachstum) folgend nur einen mit diesem kompatiblen Abbau von Bodenschätzen als den Bergbau rechtfertigendes öffentliches Interesse begreift.

Es kann der Schluss gezogen werden, dass die Gesamtabwägung an sich in der Lage wäre, mit ihrem Kriterium der Gewichtigkeit mit dem Bezug zur freiheitlichen Grundordnung der deutschen Rechtsordnung gerechte Verteilungsentscheidungen im Rahmen der Bodennutzung zu stützen. In der konkreten Ausgestaltung, das heißt in der Berücksichtigung auch der privaten Interessen der Bergbaubetreibenden, der Gleichsetzung der öffentlichen bergbaulichen Interessen mit der Marktnachfrage, in der Einfassung der Gesamtabwägung in eine gebundene Entscheidung und in dem normativen Gewicht zugunsten des Bergbaus wird die an sich

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

offene Gesamtabwägung in Richtung eines Abbauauftrags verschoben. Die zuständige Behörde, die den so zugrunde gelegten gesetzgeberischen Willen auf den Einzelfall anwenden muss (nachvollziehende Abwägung) und sich dabei einer gebundenen Entscheidung gegenübersieht, auf welche das Bergbauunternehmen bei Vorliegen der Voraussetzungen einen Anspruch hat, wird eher zugunsten des Bergbaus entscheiden müssen. Der Rechtfertigungsdruck ist in dieser gesetzlichen Ausgestaltung dann größer, sollte die Behörde sich gegen das Bergbauvorhaben entscheiden. Und dies, obwohl das zu verteilende Gut – das Recht an der Bodennutzung – schon auf Seiten der Grundeigentümer liegt und daher der Rechtfertigungsdruck eigentlich entgegengesetzt wirken müsste (natürlich auch von Seiten des Ressourcenschutzes). Ein Verteilungskriterium, welches unsachgemäß kategorisch einseitig die Interessen bestimmter Gruppen begünstigt, ist ungerecht – keine Theorie der Verteilungsgerechtigkeit sieht dies vor.

5. Fazit der ressourcenschutzethischen Analyse der derzeitigen Gesetzeslage

Als Verteilungsentscheidung über das Gut ‚Recht an der Bodennutzung' ist für Vorhaben, die eine Rahmenbetriebsplanzulassung durchlaufen (und nach Einführung der enteignungsrechtlichen Vorwirkung durch den Gesetzgeber)[1229] die Rahmenbetriebsplanzulassung die Verteilungsentscheidung. Für alle anderen Vorhaben wird die Zuordnung in der Grundabtretung getroffen.

1229 Flankiert von dem Erfordernis, dass eine enteignungsrechtliche Vorwirkung gesetzlich vorgesehen werden muss und dem Erfordernis, dass die Behörde sich nicht widersprüchlich verhalten darf, konnte keine verfassungskonforme Auslegung gefunden werden. Als Minimalumsetzung muss der Gesetzgeber die enteignungsrechtliche Vorwirkung in dem Rahmenbetriebsplan vorsehen, was für komplexe bergrechtliche Großvorhaben auch der gängigen Auslegung nach Rechtsprechung und Schrifttum entspricht. Diese Gesetzesänderung wurde zur Grundlage für die ressourcenethischen Bewertungen gemacht. Ausführlich hier unter Kapitel 2 F.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

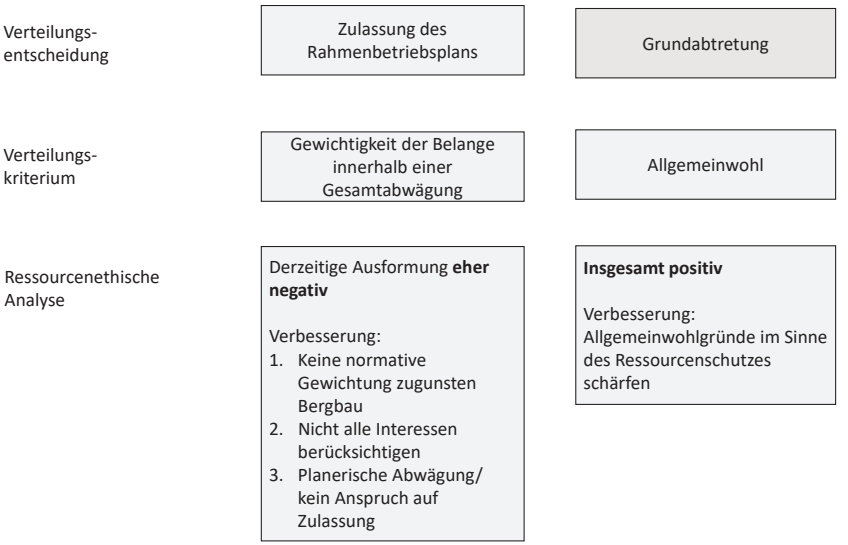

Abbildung 25: Ergebnis der ressourcenethischen Analyse der Verteilung über das Recht an der Bodennutzung (eigene Erstellung)

Die Zulassung des Rahmenbetriebsplans als Entscheidung über die Zuordnung von Rechten an der Bodennutzung bezogen auf komplexe Großvorhaben enthält als Kriterium die Gewichtung der Interessen mit der gesetzlichen Vermutung des erhöhten Gewichts bezüglich der bergbaulichen Interessen. Ist die Gesamtabwägung an sich offen dafür, gerechte Entscheidungen leisten zu können, so ist es die konkrete Ausgestaltung nicht, die ganz im Sinne eines „Abbauauftrags" operationalisiert werden kann. Aus ressourcenethischer Sicht ist die Gewichtungsvorgabe zugunsten des Bergbaus zu kritisieren (zum Auslegungsspielraum hinsichtlich der Gewichtungsvorgabe siehe unter II. 2.). Es stellt sich aber auch die Frage, inwiefern im Rahmen einer „nur" nachvollziehenden Abwägung tatsächlich ein gerechter Ausgleich der Interessen getroffen werden könne. Und inwiefern eine solche Entscheidung sachgerecht in einen Entscheidungskontext eingebunden werden kann, der nur ein abschließendes „ja" oder „nein" vorsieht (hierzu unter II. 1.). Zuletzt ist die Beachtung aller Interessen, die für den Abbau sprechen, namentlich auch die privaten Interessen der Bergbauberechtigten, nicht sachgerecht (zum Auslegungsspielraum diesbezüglich siehe unter II. 3.). Der Rechtfertigungsdruck auf die Entscheidung zugunsten des Bergbauvorhabens müsste insofern erhöht werden. Hierzu

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

könnte auch beitragen, dass die Gesamtabwägung von vornherein durch die Ideen des Ressourcenschutzes geleitet wird.

Evident kommt es auch auf die Einzelfallanwendung durch die Behörde an. Hier kann schon das Bewusstsein über die verteilungsethische Dimension der Rahmenbetriebsplanzulassung zu überlegteren und vielleicht auch gerechteren Verteilungsentscheidungen beitragen. Diese ressourcenethische Sensibilisierung zum Ressourcenschutz müsste durch entsprechende Leitideen des Gesetzgebers forciert werden.

Die Grundabtretung, welche sich das Allgemeinwohl ganz klar auf die Fahne schreibt, ist zu begrüßen. Hier stehen aber die einzelnen gesetzlichen Ausformungen der Allgemeinwohlgründe auf dem Prüfstand. Insbesondere die Konkretisierung der „Versorgung des Marktes mit Rohstoffen" könnte auf den Ressourcenschutz zugeschnitten werden (beispielsweise durch das Erfordernis einer „nachhaltigen Versorgung").

II. Die derzeitigen Auslegungsspielräume zur Behebung ressourcenethischer Defizite nutzen

Die ressourcenethische Analyse an der, vom Richterrecht überformten Rechtslage hat verschiedene Defizite an dem Verteilungskriterium der Gewichtigkeit von Belangen innerhalb der Gesamtabwägung aufgedeckt:

1. Die fehlende Gestaltung der Gesamtabwägung als nachvollziehende Abwägung im Kontext einer gebundenen Entscheidung.
2. Eine Verschiebung der Gesamtabwägung durch eine normative Gewichtungsvorgabe zugunsten des Bergbaus.
3. Die Gesamtabwägung nimmt die Interessen des Bergbauunternehmers in den Blick. Auch werden die öffentlichen bergbaulichen Interessen mit der Marktnachfrage gleichgesetzt.

Es soll überprüft werden, ob diese Defizite mittels Zuhilfenahme des Auslegungsspielraums schon de lege lata überwunden werden können und ob sich eine andere Auslegung vielmehr aufdrängt.

1. Die Frage nach der Gestaltungsfreiheit der Behörde

Die ressourcenethische Analyse hat in Frage gestellt, ob die komplexe Entscheidung im Rahmen einer nachvollziehenden Abwägung, die in einer

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gebundenen Entscheidung auf ein „ja“ oder „nein“ begrenzt ist, richtig aufgehoben ist.[1230]

Es ist grundsätzlich zu klären, ob und inwiefern der Behörde bei der Ausübung der Gesamtabwägung Ermessen bzw. Gestaltungsfreiheit zusteht, ob es sich damit um eine nachvollziehende oder um eine planerische Abwägung handelt und welche Abwägungsart der Idee der Gesamtabwägung gerecht wird. So geht die herrschende Meinung von der Zulassung eines Rahmenbetriebsplans als gebundener Entscheidung aus,[1231] die auf Grundlage einer nachvollziehenden Abwägung getroffen wird.[1232] Fraglich ist, ob diese Kombination von gebundener Entscheidung und verfassungsrechtlich geforderter Gesamtabwägung zusammengehen kann.

Die Abwägung ist eine gedankliche Operation, die zu einer Entscheidung führt.[1233] Ihr besonderer Prozess bei der Entscheidungsfindung liegt darin, Gründe und Gegengründe gegenüberzustellen.[1234] Diese Methode gehört nicht nur zum Repertoire jeder Einzelperson zur Bewältigung von Alltagsproblemen, sondern auch jedes Juristen.[1235] Es wird zwischen der planerischen/gestaltenden und der nachvollziehenden Abwägung unterschieden.[1236] Nur erstere bietet der Behörde einen planerischen Gestaltungsspielraum, das heißt dass das Abwägungsergebnis dabei nicht vollständig festgeschrieben wäre.[1237] Mit anderen Worten ist ein Gestaltungsspielraum

1230 Kritisch schon *Kaiser*: „Eine angemessene Würdigung und Abstimmung von Umweltbelangen, die schon auf vorgelagerten Planungsebenen vielfach ausbleibt, ist in diesem Entscheidungsmodus kaum sicherzustellen, wodurch wiederum die Erreichung eines hohen Umweltschutzniveaus […] gefährdet werden kann.“ (Umweltverträgliches Bergrecht, S. 189).

1231 OVG Saarlouis, Urteil v. 24.5.2018, 2 A 551/17 = BeckRS 2018, 13000, Rn. 29; *Hoppe*, DVBl. 1987, S. 761. Zur prinzipiellen Unterscheidung von gebundenen Erlaubnissen und Planungsentscheidungen: *Kühling*, Fachplanungsrecht 1988, Rn. 33 ff.

1232 BVerwG, Urteil v. 15.12.2006 - 7 C 1/06, BVerwGE 127, 259 (263 f. Rn. 28) = NVwZ 2007, S. 700 – Walsum; BVerwG, Urteil v. 30.3.2017 - 7 C 17/15, NVwZ-RR 2017, S. 685 (S. 689, Rn. 36); OVG Saarlouis, Urteil v. 24.5.2018, 2 A 551/17 = BeckRS 2018, 13000, Rn. 29; OVG Magdeburg, Urteil v. 7.12.2016, 2 L 21/14 = BeckRS 2016, 117812, Rn. 58; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 10.3.2008 - OVG 11 N 59.05, BeckRS 2008, 35987; *Kaiser*, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 21, 57, 189; *Beckmann*, DVBl. 2023, 455; *Kühne*, in: Boldt et. al., BBergG, § 48, Rn. 49 (m.w.N.).

1233 *Hofmann*, Abwägung im Recht, S. 112.

1234 *Kment*, ZUR 2016, S. 332; *Hoppe*, DVBl. 1992, S. 853.

1235 So auch *Weyreuther*, der „Abwägen“ als Bestandteil der juristischen Alltagsterminologie bezeichnet (BauR 1977, S. 297); *Kment*, ZUR 2016, S. 332.

1236 *Kühling*, Fachplanungsrecht 1988, Rn. 31.

1237 *Hofmann*, Abwägung im Recht, S. 107.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die DNA einer solchen Abwägungsentscheidung.[1238] Entscheidungssituationen, die eine planerische Abwägung erfordern, sind dadurch geprägt, dass sie nicht eindimensional sind, eine hohe Anzahl von unterschiedlichsten öffentlichen und privaten Interessen zu berücksichtigen haben und deshalb hoch komplex sind.[1239] Es ist fraglich, ob eine Gesamtabwägung einer Entscheidung mit Gestaltungsspielraum, die versucht die unterschiedlichsten Belange in einem komplexen Entscheidungsvorgang zu gewichten und miteinander ins Verhältnis zu setzen, schließlich nur zu einer schlichten Ablehnung oder Befürwortung führen soll[1240] und nicht zu einer differenzierteren, der aus dem Abwägungsvorgang gewonnenen Überzeugung gerecht werdenden Lösung.

Die Figur der „nachvollziehenden Abwägung" hingegen eröffnet der Behörde keinen Gestaltungsspielraum.[1241] Darum wird die Bezeichnung als

1238 Vgl. *Kment* der davon spricht, dass der Abwägung zwingend ein Gestaltungsspielraum innewohnt (ZUR 2016, S. 332).

1239 *Kment*, ZUR 2016, S. 332; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7, Rn. 64.

1240 So schon *Hoppe*, der eine gesetzliche Klärung der Frage um die behördliche Gestaltungsfreiheit fordert und dabei davor warnt, dass ein umfassender Interessenausgleich stattzufinden habe, aber ohne schöpferische Gestaltungsfreiheit der Behörde – es soll beim bloßen Ja oder Nein bleiben (in: Hüffer (Hrsg.), Oberflächeneigentum und Bergbau, S. 38 f.).

1241 Diese Fragestellung trifft mit der Problematik um die „nachvollziehende Abwägung" eines vom Unternehmer aufgestellten Plans zusammen. Diese Abwägung wird ungünstigerweise auch als nachvollziehende Abwägung benannt, obwohl der Behörde ein Gestaltungsspielraum zusteht. (Daher sei der Terminus „planerische Abwägungsentscheidung bei unternehmerischer Planung" vorgeschlagen.) Sie ist nachvollziehend in dem Sinne, als dass sie die originäre Abwägung des Vorhabenträgers nachvollziehe. Dabei ist ihre Abwägungsentscheidung aber gerade nicht gebunden, etwa an die Feststellungen oder Gewichtungen des Vorhabenträgers, sondern sie muss eine eigene Abwägung durchführen. Ob diese eigenständige Abwägung nun völlig frei stattfindet (so *Kühling*, Fachplanungsrecht 1988, Rn. 13 ff.) oder beschränkt wird, ist strittig. Als Beschränkung wird angeführt, dass der planerische Gestaltungsspielraum nicht soweit gehe, dass die Behörde die Erwägungen des Vorhabenträgers einfach ersetzen könne (*Ziekow* in: Ziekow, Fachplanungsrecht, § 6 Rn. 3 f.). Andere verneinen ein Versagungsermessen (OVG Koblenz, Urteil v. 6. 2. 2013 – 8 C 10943/12, NVwZ-RR 2013, S. 631). *Durner* geht noch einen Schritt weiter und gesteht dem Unternehmer einen „Anspruch auf die Abwägung nachvollziehende Genehmigung" zu, bei gleichzeitiger Bejahung der planerischen Gestaltungsfreiheit (Konflikte räumlicher Planungen, S. 312 ff. und zusammen mit *Karrenstein*, DVBl. 2014, S. 184). Die h.M. geht hingegen von der Unvereinbarkeit von einem Anspruch auf Zulassung und einer planerischen Gestaltungsfreiheit aus: u.a. *Kühling*, Fachplanungsrecht 1988, Rn. 35). Dieser Anspruch ist zu unterscheiden von dem unstrittigen Anspruch des Unternehmers

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

irreführend oder zumindest wenig geglückt wahrgenommen.[1242] Sie ist voll gerichtlich überprüfbar[1243] und kann sogar im Gerichtsverfahren „heilend" nachgeholt werden[1244]. Abwägungsfehlerlehre und Abwägungsgebot greifen bei der nachvollziehenden Abwägung nicht.[1245] Auch greift das drittschützende Recht auf gerechte Abwägung der eigenen abwägungserheblichen Belange nur bei der planerischen, nicht aber bei der nachvollziehenden Abwägung.[1246] Bei der nachvollziehenden Abwägung sollen die gegenüberstehenden Positionen miteinander verglichen werden und dabei die Gewichtigkeit der Belange aus den gesetzlichen Vorgaben entnommen werden.[1247] Man könnte sagen, das Ergebnis der Abwägung ist im Normenkörper schon enthalten und muss von der Behörde nur noch nachvollzogen werden. Eine gebundene Entscheidung in Kombination mit einer nachvollziehenden Abwägung ist daher (dogmatisch betrachtet) unproblematisch.

(und weiterer Beteiligter) auf die fehlerfreie Ausübung des Planungsermessens (hierzu das BVerwG, welches den Anspruch auf einen Planfeststellungsbeschluss ablehnt und den Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung bejaht (Urteil vom 24.11.1994 - 7 C 25/93, NVwZ 1995, S. 600; vgl. auch BVerwG, Urteil vom 17.01.1986 - 4 C 6, 7/84, NVwZ 1986, S. 471).

1242 *Kment*, ZUR 2016, S. 333.
Als Kern dieser gedanklichen Operation muss das vergleichende Gegenüberstellen von zwei Positionen verstanden werden; eben das Legen der unterschiedlichen Belange auf die jeweilige Waagschale (übereinstimmend mit der etymologischen Herkunft des Wortes: Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache, Stichwort: ‚abwägen', im Internet abrufbar unter: <https://www.dwds.de/wb/abw%C3%A4gen> (zuletzt abgerufen im Januar 2024)). Damit soll herausgefunden werden, welche Seite die gewichtigere ist. Ein Gestaltungsspielraum und variable Ergebnisse sind nicht in dem Begriff angelegt. Eine Waage wird immer zu dem gleichen Ergebnis kommen. Variabel ist allein, die Anzahl der Gewichte, die in eine Waagschale gelegt werden, d.h. die jeweils zu berücksichtigenden Belange. Irreführend als Bezeichnung ist die nachvollziehende Abwägung daher nur insofern, als dass in der juristischen Auseinandersetzung unter dem Begriff „Abwägung" die planerische Abwägung (mit Gestaltungsfreiheit der Behörde) im Vordergrund steht mit der entwickelten Abwägungsfehlerlehre und dem Abwägungsgebot.

1243 *Kment*, ZUR 2016, S. 333.

1244 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (352 Rn. 321) – Garzweiler.

1245 BVerwG, Urteil v. 15.12.2006 - 7 C 1.06, NVwZ 2007, S. 700 (S. 701, Rn. 28) und BVerwG, Urteil v. 15.12.2006 -7 C 6.06, NVwZ 200, S. 704 f. (Rn. 21) – Walsum.

1246 BVerwG, Beschluss v. 5.3.2019 - 7 B 3.18, BeckRS 2019, 4527, Rn. 27; bzgl. der planerischen Abwägung: BVerwG, Urteil v. 14.02.1975 - 4 C 21.74, BVerwGE 48, 56 (66).

1247 *Weyreuther*, Bauen im Außenbereich, S. 18 f. (auf ihn ist die Terminologie zurückzuführen); *Kment*, ZUR 2016, S. 333.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Es stellen sich daher die Fragen, ob *erstens* der § 55 I tatsächlich eine gebundene Entscheidung vorsieht und ob *zweitens* die Gesamtabwägung eine planerische oder eine nachvollziehende Abwägung ist.

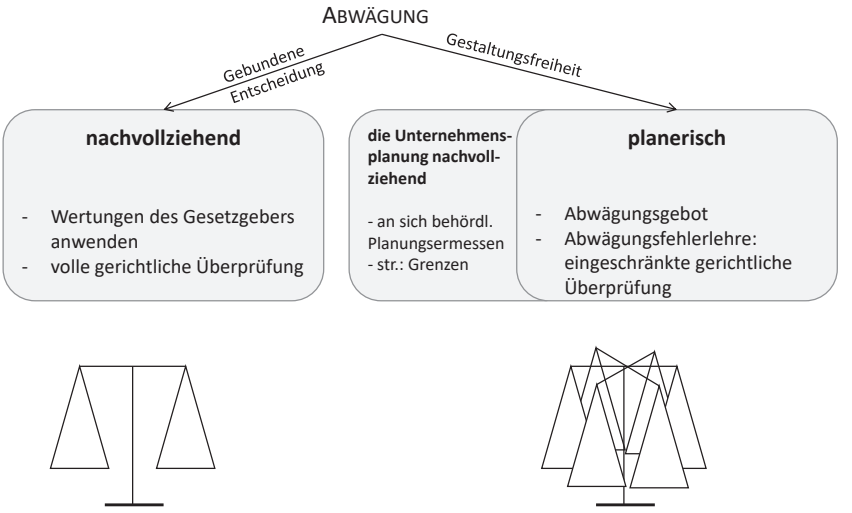

Abbildung 26: Die unterschiedlichen Abwägungsarten im Überblick (eigene Erstellung)

a. Enthält § 55 I tatsächlich eine gebundene Entscheidung?

Das BVerwG hat ausgeführt, dass es keine Planungsentscheidungen qua Natur der Sache gebe.[1248] Die Frage, ob es sich um eine Planungsentscheidung handele, richte sich nur nach der gesetzlichen Ausgestaltung. Wenn der alleinig ausschlaggebende Faktor, bei der Frage nach einem Gestaltungsspielraum der Verwaltung, der Gesetzeswille sein soll,[1249] so müssen die Überlegungen sich auch allein hierauf beziehen.[1250] Hat der Gesetzge-

1248 BVerwG, Urteil v. 14.12.1990 - 7 C 18/90, NVwZ 1991, S. 992 (S. 993). Ebenso: *Schmidt-Aßmann/Groß*, NVwZ 1993, S. 621.

1249 BVerwG, Urteil v. 14.12.1990 - 7 C 18/90, NVwZ 1991, S. 992 (993). Ebenso: *Schmidt-Aßmann/Groß*, NVwZ 1993, S. 621.

1250 Obwohl die Überzeugung, dass allein der Gesetzeswille ausschlaggebend sein soll, weithin geteilt wird, ist es doch erstaunlich, dass vielfach Argumente vorgebracht werden, die sich gerade nicht auf den Gesetzeswillen beziehen, sondern grundle-

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ber der Verwaltung normativ keine Entscheidungsspielräume eröffnet, so bleibt es bei der Grundregel der umfassenden Gesetzesbindung der Verwaltung und damit bei der umfassenden gerichtlichen Kontrolle. Letztere wird schon als Grundregel durch Art. 19 IV GG eingefordert.[1251]

aa. Historische Auslegung

Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Lehre geht davon aus, dass der Gesetzgeber im § 55 I BBergG eine gebundene Entscheidung gewollt habe.[1252] Auch das Einbringen von öffentlichen Interessen über den § 48 II S. 1 BBergG ändere nichts an dieser Ausrichtung.[1253] Die im § 48 II S. 1 BBergG durchzuführende Abwägung sei daher als nachvollziehende Abwägung zu beurteilen.[1254] *Durner* hingegen lehnt – noch vor der Gesamtabwägungslehre – schon von vornherein die Zulassung von Betriebsplänen als gebundene Entscheidung ab und klassifiziert die Zulassungsentscheidung als Planungsentscheidung.[1255] Damit einhergehend soll das

gender Natur sind. Vgl. hierzu *Kühne* in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 49; *Kühne,* DVBl 2006, S. 665.

1251 Hierzu *Schmidt-Aßmann/Groß*, NVwZ 1993, S. 617.

1252 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) und BVerwG, Urteil v. 15.12.2006, 7 C 6/06, NVwZ 2007, 704 f. (Rn. 21) –Walsum; 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; *Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 110. *Neumann, W.* bezieht sich v.a. darauf, dass auch die Einführung des Planfeststellungsverfahrens nichts an der materiellen Ausgestaltung der Zulassungsvoraussetzungen geändert habe (in: Kühne/Ehricke, S. 41 f).

1253 BVerwG, Urteil v. 14.12.1990 - 7 C 18/90, NVwZ 1991, S. 992 (S. 993) (hier noch vor der Annahme einer Gesamtabwägung, aber nach der Moers-Kapellen-Entscheidung, die einen Drittschutz aus § 48 II herleitet); VGH Kassel, Urteil v. 12.9.2000 - 2 UE 924/99, NVwZ-RR 2001, S. 301.

1254 *Kühne* in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 47 ff.

1255 *Durner*, Konflikte räumlicher Planungen, S. 371 ff., 376 f.; diese Ansicht vertreten ebenso: *Stüer*, DVBl. 2009, S. 1433 f. Den Planungscharakter bestätigt: *Ronellenfitsch*, Einführung in das Planungsrecht, S. 200.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

Abwägungsgebot und die Abwägungsfehlerlehre angewendet werden.[1256] Argumentativ führt er an, dass die gesetzliche Codierung im § 55 I BBergG als „ist"-Formel keine Vorfestlegung des Gesetzgebers in der Entscheidung über die Frage nach der behördlichen Gebundenheit oder Gestaltungsfreiheit sei.[1257] Auch andere Planungsentscheidungen beruhen auf derartigen Formulierungen, beispielhaft verweist er auf § 18 WaStrG a.F. (nun § 14b I Nr. 6 WaStrG) oder § 32 Abs.1 KrW-/AbfG a.F. (nun § 36 KrWG).[1258] Die Formulierung des Gesetzestexts lässt damit keine eindeutigen und einheitlich angewendeten Rückschlüsse zu.

Die Befürworter der gebundenen Entscheidung verweisen (zumeist ohne weitere Ausführungen) auf die Gesetzesmaterialien. In dem zitierten Gesetzesentwurf führt die Bundesregierung im Kontext der Frage nach der Beteiligung anderer Behörden im Zulassungsverfahren aus, dass es sich nicht um ein Planfeststellungsverfahren handeln solle und die behördlichen Zuständigkeiten daher weiterhin bestehen bleiben.[1259] Begründet wird dies damit, dass sich schon aus der Natur der Sache der sich wiederholenden Betriebsplanzulassung keine Verfahrenskonzentration ergeben könne.[1260] Ungeachtet der Schlüssigkeit des angeführten Arguments, nimmt der Entwurf zu der Frage Stellung, ob eine Konzentrationswirkung von den Betriebsplänen ausgeht, was verneint wird. Hieraus kann für die behördliche Gestaltungsfreiheit nur geschlossen werden, dass es sich nur um keine Planungsfreiheit im Rahmen eines Planfeststellungsverfahrens handeln solle, nicht aber, dass sich der Gesetzgeber hier grundsätzlich für eine gebundene Entscheidung ausgesprochen hätte.

Aus einer weiteren Textstelle geht hervor, dass der Zulassungskatalog abschließend sei und nur einige bestimmte öffentliche Interessen berücksichtige: Es wird festgelegt, „daß ein Betriebsplan nur dann zuzulassen ist, wenn die in Form von Voraussetzungen abschließend normierten Erforder-

1256 *Durner*, Konflikte räumlicher Planungen, S. 371 ff.
1257 *Durner*, Konflikte räumlicher Planungen, S. 373. So auch schon *Kühne*, der den Gesetzesentwurf dahingehend kritisiert, dass er hinsichtlich der Statuierung eines Rechtsanspruchs nicht eindeutig ist und deswegen fordert durch die Einfügung des Wortes „nur" Klarheit zu verschaffen. (Der Gesetzeswortlaut nach *Kühnes* Vorschlag würde dann folgendermaßen lauten: „Die Erlaubnis ist *nur* zu versagen, wenn …" (ZfB 1980, S. 59 f.)).
1258 *Durner*, Konflikte räumlicher Planungen, S. 373.
1259 BT-Drs. 8/1315, S. 109.
1260 BT-Drs. 8/1315, S. 109.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

nisse und Belange sichergestellt sind."[1261] Auch dies ist keine eineindeutige Festlegung für eine gebundene Entscheidung. Es lässt sich auch so lesen, dass die Behörde in jedem Fall die Berücksichtigung der genannten Interessen zu gewährleisten habe und keinesfalls (sozusagen als negative Grenze) ein Betriebsplan zuzulassen sei, der den Interessen nicht Rechnung trägt, im Übrigen aber der Behörde ein Einschätzungsspielraum zusteht.

Auch wenn zuzugeben ist, dass die Lesart, nach der die Begründung von einer gebundenen Genehmigungsentscheidung ausgeht, näher liegt, so sind doch beide Aspekte letztendlich als von der Rechtsentwicklung überholt anzusehen, so dass sie in dieser Streitfrage keinen Ausschlag mehr geben können. Zum ersten Aspekt ist zu sagen, dass eine Planfeststellung durch die Bergrechtsnovelle 1990 in das BBergG Einzug gefunden hat und zum zweiten Aspekt, dass die abschließende Aufzählung des § 55 I BBergG durch die Anwendung des § 48 II S. 1 BBergG als Zulassungsvoraussetzung ergänzt und damit aufgehoben wurde. Letztere, durch die Rechtsprechung angestoßene Rechtsentwicklung, hat sich der Gesetzgeber auch zu Eigen gemacht.[1262]

Das Augenmerk muss nun, da der Gesetzeswille nicht (mehr) aus den Dokumenten des ursprünglichen Erlasses hervorgeht, auf die Äußerungen des Gesetzgebers hinsichtlich der Bergrechtsnovelle 1989/1990 gelegt werden. Drei Hauptanliegen hatte der Gesetzgeber. Zum ersten wollte er eine Betriebsplanzulassung mit Konzentrationswirkung ausstatten, so dass andere außerbergrechtlich erforderliche Genehmigungen von der bergrechtlichen Zulassung mitumfasst seien. Zum zweiten sollte die Beteiligung der Öffentlichkeit gewährleistet und drittens die europäische UVP-Richtlinie auch für die Bergbauvorhaben umgesetzt werden.[1263] Der Gesetzgeber hat hier – um ‚drei Fliegen mit einer Klappe zu schlagen' – das Planfeststellungsverfahren mit seiner Öffentlichkeitsbeteiligung für UVP-pflichtige Vorhaben im Rahmen des nun obligatorischen Rahmenbetriebsplans eingeführt. Ausdrücklich hat der Gesetzgeber davon abgesehen ein eigenständiges Instrument zu entwickeln[1264] und spricht in diesem Zusammen-

1261 BT-Drs. 8/1315, S. 109; Der § 54 BBergG aus dem Gesetzesentwurf ist als § 55 BBergG in Kraft getreten.

1262 BT-Drs. 11/5601, S. 15 f.

1263 Bundesregierung, Gesetzesentwurf zur Änderung des BBergG vom 16.02.1989, BT-Drs.11/4015, S. 2.

1264 „Damit soll nach dem Vorbild anderer Gesetze auch in das Bergrecht ein Verfahren mit Konzentrationswirkung Eingang finden, in dem sämtliche durch ein Vorhaben berührten Belange in einem einheitlichen Verfahren und mit der notwen-

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hang auch von einer ‚uneingeschränkten Anwendung' der Normen des Verwaltungsverfahrensrechts über die Planfeststellung.[1265] Das Planfeststellungsverfahren sollte lediglich den bergbaurechtlichen Spezifitäten angepasst werden.[1266] Das Planfeststellungsverfahren ist das zentrale Werkzeug der Fachplanung. Die Fachplanung ist eine raumbedeutsame Planung, die (im Gegensatz zu der allgemeinen Raumplanung) an der Planung eines konkreten Vorhabens ansetzt, wie z.B. der Planung von Straßen, Flughäfen oder Abfalldeponien. Die Planfeststellung ist untrennbar mit einer planenden Tätigkeit der Behörde und damit mit einem behördlichen Gestaltungsspielraum verknüpft.[1267] Das heißt: Ohne behördlichen Gestal-

digen Öffentlichkeitsbeteiligung umfassend geprüft werden können, ohne daß es notwendig wäre, im Bundesberggesetz ein eigenständiges von dem in den Verwaltungsverfahrensgesetzen zur Verfügung gestellten Instrumentarium abweichendes Verfahren zu entwickeln." (BT-Drs.11/4015, S. 7).

1265 BT-Drs.11/4015, S. 9. Hierauf verweist insb. *Durner*, dem es äußert unschlüssig ist, wieso bei einer uneingeschränkten Anwendung der Planfeststellungsvorschriften gerade das Abwägungsgebot als Kernstück der Planfeststellung nicht eingeführt werden sollte (Konflikte räumlicher Planungen, S. 373).

1266 BT-Drs.11/4015, S. 1.

1267 So das BVerwG: „[D]ie Befugnis zur Planung [schließt] – hier wie anderweit – einen mehr oder weniger ausgedehnten Spielraum an Gestaltungsfreiheit ein[] […], weil Planung ohne Gestaltungsfreiheit ein Widerspruch in sich wäre." BVerwG, Urteil v. 12.12.1969 - 4 C 105.66, BVerwGE 34, 301 (304); BVerwG, Urteil v. 17.02.1971 - BVerwG IV C 96.68, Rn. 18, VerwRspr 1972, 24 (29). So auch *Kirchberg*: „Das Planfeststellungsverfahren ist ohne den behördlichen Gestaltungsspielraum zu dem Ob und Wie der Realisierung eines raumbezogenen Vorhabens undenkbar. […] Eine Planung ohne Gestaltungsrecht der zur Entscheidung aufgerufenen Behörde wäre ein Widerspruch in sich." (in: Ziekow, Fachplanungsrecht, § 1, Rn. 8). Vgl. auch *Ronellenfitsch*, der wie selbstverständlich die Fachplanung mit einer planerischen Entscheidung und damit mit einer Abwägungsentscheidung verknüpft (NVwZ 1999, S. 584). *Gaentzsch* ist der Auffassung, dass die Festlegung für ein Planfeststellungsverfahren noch keine Festlegung für eine planerische Gestaltungsfreiheit sei. Vielmehr sei die Frage nach der planerischen Gestaltungsfreiheit mit Blick auf die materielle Grundlage zu klären (in: Kühne/Gaentzsch (Hrsg.), Wandel und Beharren im Bergrecht, S. 18 f.) Dem ist zuzustimmen, insofern, als dass sich die Frage nach der planerischen Gestaltungsfreiheit aus den materiellen Vorschriften ergeben soll. Betont werden muss jedoch, dass ein Planfeststellungsverfahren nur mit einer planerischen Gestaltungsfreiheit einhergehen kann. Für den Erlass einer gebundenen Erlaubnis ist das Planfeststellungsverfahren das falsche Verfahren: Wenn eine gebundene Entscheidung zwingende Genehmigungsvoraussetzungen vorsieht, dann bedarf es keines „Plans", wie die Voraussetzungen zu erfüllen sind. Die Frage, die sich im Genehmigungsverfahren stellt, ist, ob die Voraussetzungen erfüllt sind oder nicht. Dies kann die Beantwortung von schwierigen Sachverhaltsfragen oder auch die Auslegung unbestimmter

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tungsspielraum, kein Planfeststellungsverfahren.[1268] Dem Bergrecht wird aber nach der vorherrschenden Auffassung gerade dieses Ding der Unmöglichkeit entnommen, was dann als atypische oder bergrechtliche Planfeststellung firmiert.[1269] Und dies, obwohl der Gesetzgeber ausdrücklich kein eigenständiges Instrument schaffen wollte. Ein Planfeststellungsverfahren ohne Gestaltungsspielraum ist aber kein atypisches Planfeststellungsverfahren, sondern es ist schlicht kein Planfeststellungsverfahren (auch unechtes Planfeststellungsverfahren genannt)[1270], weshalb dieses Konstrukt neben der Planfeststellung auch ein eigenständiges Instrument abgeben würde. Für die Annahme einer gebundenen Entscheidung wird meist vorgebracht, dass es dem Gesetzgeber freistehe auch eine atypische Planfeststellung zu schaffen, wie es eine solche schon mit § 9b AtG gäbe.[1271] Dies mag richtig

---

Rechtsbegriffe zum Gegenstand haben. Trotzdem reicht die Variabilität nicht an die Qualität einer Planerstellung heran. Ein Plan ist auf ein Ziel hin ausgerichtet, in seiner konkreten Mittelwahl aber zunächst offen. Nimmt man die gesetzlich vorgesehenen Verfahrensabläufe – beispielsweise die Öffentlichkeitsbeteiligung im Anhörungsverfahren (§ 73 VwVfG) – in Betracht, so zeigt sich, dass diese nicht auf eine gebundene Entscheidung passen. So könnte eine Öffentlichkeitsbeteiligung bei einer gebundenen Entscheidung nur den Zweck verfolgen die Frage zu klären, ob die Genehmigungsvoraussetzungen vorliegen. Wenn § 73 IV S. 1 VwVfG jedoch von Einwendungen spricht, die gegen den Plan von Betroffenen erhoben werden können, scheint die Vorschrift auf etwas anders abzuzielen. Auch und gerade die Präklusionsvorschriften machen vor dem Hintergrund einer bloßen Sachverhaltsermittlung keinen Sinn.

1268 Daher hat der Antragssteller auch keinen Anspruch auf Vorhabengenehmigung, sondern einen Anspruch auf eine sachgerechte Entscheidung (*Kirchberg* in: Ziekow, Fachplanungsrecht, § 1, Rn. 7).

1269 *Kühne* vertritt diese Auffassung, bezeichnet diese Auslegung aber auch als aus Sicht des Planfeststellungsrechts überraschend und dogmatisch begründungsbedürftig (DVBl. 2007, S. 832); diese Rezeption bestätigt *Stüer* (DVBl. 2009, S. 1433 f).

1270 *Gierke/Paul*, in: Danner/Theobald, Energierecht, 109. EL Januar 2021, § 9b AtG, Rn. 49.

1271 *Kühne* in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 49; *Neumann, W.* in: Kühne/Ehricke, S. 41 f. Zum Atomrecht: Auch hier ist die Konstruktion des Planfeststellungsverfahrens ohne behördliche Gestaltungsfreiheit umstritten. Dieses sog. unechte Planfeststellungsverfahren haben das Niedersächsische OVG (Urteil vom 8.3.2006, 7 KS 128/02, DVBl. 2006, S. 1044 ff.) und das BVerwG (Beschluss vom 26.3.2007, 7 B 72/06, NVwZ 2007, S. 841 ff. – Schacht Konrad) in ihren Entscheidungen zum Schacht Konrad angenommen. Die Begründung des BVerwG fällt recht schmal aus. So verweist er nur auf das strikt einzuhaltende atomrechtliche Prüfprogramm, das kein Raum für eine Abwägung lasse und auf die bergrechtliche Planfeststellung (NVwZ 2007, S. 842 f., Rn. 21). *Ramsauer* führt demgegenüber überzeugend aus,

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sein,[1272] steht aber in diesem Fall dem eindeutig geäußerten Willen des Gesetzgebers entgegen.[1273] Außerdem müsste der Gesetzgeber diese ungewöhnliche Konstruktion mehr als deutlich hervorheben.[1274] Als Grundsatz kann nämlich mit der Festlegung eines Planfeststellungsverfahrens auch davon ausgegangen werden, dass der Behörde eine Gestaltungsfreiheit zusteht.[1275] Und so lässt sich nur eine Stelle in den Gesetzesmaterialien ausfindig machen, die auf den ersten Blick in die Richtung einer gebundenen Entscheidung deuten könnte.[1276] Der Gesetzgeber führt nämlich aus, dass die Novellierung nicht zu einer Änderung der Rechtsposition des Unternehmers führen sollte.[1277] Die Konzentrationswirkung führe in diesem Sinne, so der Gesetzgeber, nicht zu einer Erweiterung des Prüfungsmaßstabes oder zu einem über das geltende Recht hinausgehenden zusätzlichen Entscheidungsspielraum.[1278] Die Begrifflichkeit „zusätzlich" bedeutet jedoch, dass etwas zu etwas bereits Vorhandenem hinzukommt. Zu sagen, dass et-

---

dass es darauf ankomme, ob der Gesetzgeber mit § 9b eine abschließende Regelung treffen wollte, was er im Ergebnis verneint (NVwZ 2008, S. 948 ff.).

1272 *Ramsauer* weist daraufhin, dass es dem Gesetzgeber freistehe den Entscheidungsspielraum der Verwaltung einzuschränken, auch wenn dies systematisch nicht korrekt ist und er eine Planfeststellung ohne behördliche Gestaltungsfreiheit als Missgriff bezeichnet (NVwZ 2008, S. 947, 949). Ausdrücklich scheint dies wohl der sächische Gesetzgeber im Rahmen der hochwasserschutzrechtlichen Planfeststellung gem. § 83 Abs. 1 Nr. 7 SächsWG festgeschrieben zu haben.

1273 Auch *Hoppe* geht davon aus, dass der Gesetzgeber mit der Einführung des Planfeststellungsverfahrens der Behörde auch planerische Gestaltungsfreiheit einräumen und eine Abwägungsermächtigung erteilen wollte (in: Hüffer (Hrsg.), Oberflächeneigentum und Bergbau, S. 37).

1274 So auch *Ramsauer*, NVwZ 2008, S. 944 ff. Aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber nicht auch die Einräumung eines Planungsfreiraums als Ziel ausdrücklich artikuliert hat, meint *Kühne* schließen zu können, dass eben ein solcher Planungsfreiraum vom Gesetzgeber nicht gewünscht war (DVBl 2006, S. 665). *Kühne* dreht die Argumentation hier um, und fordert eine Ausdrücklichkeit des Gesetzgebers zu Selbstverständlichkeiten. Aus dem vermeintlichen Schweigen zu Selbstverständlichkeiten, werden Rückschlüsse gezogen. Näher liegt aber die Annahme, dass der Gesetzgeber von dem Vorfinden eines Planungsfreiraums schon nach der damaligen Rechtslage ausging.

1275 *Ramsauer*, NVwZ 2008, S. 947.

1276 So *Kühne,* DVBl 2006, S. 665.

1277 Ausgenommen ist die materielle Ergänzung des § 48 II BBergG durch die Berücksichtigung von nichtverrechtlichten Umweltschutzbelangen (§ 52 IIa S. 3 BBergG) (BT-Drs.11/4015, S. 12).

1278 „Diese Regelung bedeutet weiter, […] daß der planfeststellenden Behörde bei ihrer Entscheidung ein über das geltende Recht hinausgehender zusätzlicher Entscheidungsspielraum nicht zusteht." (BT-Drs.11/4015, S. 12).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

was (der Entscheidungsspielraum) nicht zusätzlich hinzukommt, suggeriert damit, dass etwas (ein Entscheidungsspielraum) aber schon da sei. Damit spricht diese Stelle sogar für das Vorhandensein eines Gesetzeswillens, der auf einen behördlichen Gestaltungsspielraum abzielt.

Dass der Gesetzgeber von einem Gestaltungsspielraum ausging, macht er auch dadurch unmissverständlich deutlich, dass er im Zusammenhang mit dem Erlass von Rahmenbetriebsplänen von einer planenden Tätigkeit spricht: Der Gesetzgeber führt aus, dass der Rahmenbetriebsplan vor allem in planerischer Hinsicht Bedeutung habe und sich deswegen als Anknüpfungspunkt für das Planfeststellungsverfahren eigne.[1279] Außerdem stellt der Gesetzgeber fest, dass „der bergrechtliche Rahmenbetriebsplan schon heute in der Praxis häufig zu einer sehr eingehenden Prüfung mit Planungscharakter benutzt wird."[1280] Es bleibt festzuhalten, dass der Gesetzgeber bezogen auf die Zulassung des obligatorischen Rahmenbetriebsplans einen behördlichen Gestaltungsspielraum gewollt hat.[1281]

Damit ist es nur noch fraglich, ob dies auch für die fakultativen Rahmenbetriebspläne gilt.[1282] Wenn der Gesetzgeber auf eine bestehende Praxis des (fakultativen) Rahmenbetriebsplans als Prüfung mit Planungscharakter referiert[1283], diese dann aber nicht ausdrücklich ablehnt, sondern für seine Begründung nutzt, warum er gerade den Rahmenbetriebsplan mit dem Planfeststellungsverfahren verknüpfen will, so kann hieraus nur geschlossen werden, dass er eben diese Praxis auch billige. Insofern spricht die historische Auslegung sowohl für die Anerkennung eines Planungsspielraums bei dem Erlass des obligatorischen wie auch des fakultativen Rahmenbetriebsplans.

1279 BT-Drs.11/4015, S. 7.

1280 BT-Drs.11/4015, S. 9.

1281 Einige Stimmen der Literatur gingen auch anfänglich von dieser Annahme aus: *Wahl/Dreier*, NVwZ 1999, S. 608; *Bohne*, in: Tettinger (Hrsg.), Umweltverträglichkeitsprüfung bei Projekten des Bergbaus und der Energiewirtschaft, S. 37; *Sparwasser/Engel/Voßkuhle*, Umweltrecht, § 9 Rn. 322 Fn. 381.

1282 Die Gesamtabwägung mit der hieran angeknüpften Feststellung der grundsätzlichen Zulässigkeit, die hier zur Untersuchung steht, wird nur im Rahmenbetriebsplan geprüft, nicht in den anderen Betriebsplanarten. Ob die andere Betriebsplanarten mit gebundenen Entscheidungen operieren oder nicht, kann an dieser Stelle offengelassen werden.

1283 BT-Drs.11/4015, S. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb. Teleologische Auslegung

Dieses Auslegungsergebnis der historischen Auslegung, wonach ein planerischer Gestaltungsspielraum im Rahmen der Zulassung der Rahmenbetriebspläne besteht, könnte mit der Überlegung weiter abgestützt werden, ob es sich nicht sowieso bei den Rahmenbetriebsplänen um Planungsentscheidungen qua Natur der Sache handelt. Bei der Betrachtung der Diskussion um die Statuierung einer gebundenen Entscheidung um den § 55 I BBergG drängt sich die Frage auf, ob es nicht doch aus der Natur der Sache Entscheidungen mit behördlichem Entscheidungsspielraum gäbe.[1284] *Durner* führt aus, dass einhellig und selbstverständlich bei ähnlichen komplexen räumlichen Entscheidungen von einer Planungsentscheidung ausgegangen wurde. Die Berücksichtigung der vom Bergbau berührten Interessen und die Abstimmung mit anderen Planungen mache einen schlichten Gesetzesvollzug unmöglich. Die Fragen der Bertriebsplanzulassung haben einen offensichtlich planerischen Charakter.[1285] Wenn aber ein Gesetzesvollzug unmöglich ist, so kann ihn auch ein Gesetzgeber nicht anordnen. Wenn die Komplexität der zu regelnden Materie derart hoch ist, dass sie sich nicht für die regelhafte Erfassung eignet, so muss der durch fehlende Regeln offene Freiraum anderweitig ausgefüllt werden.[1286] Exemplarisch kann für das Vorhandensein derart komplexer Entscheidungen die BVerfG-Entscheidung zur Überprüfung der Bewertung eines juristischen Staatsexamens herangezogen werden.[1287] Hierzu hat das BVerfG ausgeführt, dass die Bewertung einer Prüfungsarbeit eine *komplexe Entscheidung* ist,

1284 Ablehnend: BVerwG, NVwZ 1991, S. 993; *Schmidt-Aßmann/Groß*, NVwZ 1993, S. 621.

1285 *Durner*, Konflikte räumlicher Planungen, S. 372.

1286 So schon *Durner*: „Wenn und soweit der Gesetzgeber jedoch nicht in der Lage ist, durch eine hinreichend detaillierte Ausgestaltung des Zulassungstatbestandes die verfassungsrechtlich gebotene Abwägung der betroffenen Belange in abstrakter Weise selbst vorzunehmen, bedarf es auf der nachgelagerten administrativen Ebene einer streitschlichtenden Verwaltungsentscheidung, die den erforderlichen Ausgleich der verfassungsrechtlichen Positionen gewährleistet.[…] Besteht ein solches Bedürfnis nach planerischer Abwägung, so ist die planerische Berücksichtigung im Zulassungstatbestand nicht vollständig abgedeckter Verfassungsbelange und damit das Abwägungsgebot tatsächlich rechtsstaatlich vorgegeben." (Konflikte räumlicher Planungen, S. 321 f).

1287 BVerfG, Beschluss v. 17.04.1991 - 1 BvR 419/81 und 213/83, BVerfGE 84, 34 (52) – Juristische Staatsprüfung.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die sich nicht regelhaft erfassen lässt; vielmehr stellt sie auf die langjährige Erfahrung des jeweiligen Prüfers ab.[1288]

Auch bzw. gerade Planungsentscheidungen können höchst komplexe Entscheidungen sein, die nicht regelhaft erfasst werden können.[1289] Ihnen werden gesetzliche Zielvorgaben gemacht (finale Struktur). Als Indiz darf hierfür auch gewertet werden, dass die Rechtsprechung wie selbstverständlich (sogar bei „ist"-Formulierungen) von dem Vorhandensein eines Gestaltungsspielraums ausging.[1290] Und so ist es schlicht undenkbar, wie eine gesetzliche Regelung auszusehen hätte, die ohne Planungsfreiheit der Gemeinde den Erlass eines Bebauungsplans vorschriebe.

Für die gestaltende Normsetzung ist der Gesetzgeber zuständig. Verschließt sich ihm die Materie der Regelung, so muss eine andere Instanz seine Aufgabe der Normsetzung übernehmen. Ob nun aber der Freiraum, der in der Normsetzung vom Gesetzgeber nicht geschlossen werden kann, von der Exekutive oder von der Justiz ausgefüllt wird, ist letztendlich eine Frage der Gewaltenteilung. Grundsätzlich fordert Art. 19 IV S. 1 GG (Rechtsweggarantie) die volle gerichtliche Überprüfung.[1291] Jedoch braucht die Justiz Maßstäbe, das sind gesetzliche Vorgaben, anhand derer sie ihre Kontrolle ausübt: wo kein Maßstab, da keine Kontrolle.[1292] Der (planerische) Gestaltungsspielraum der Behörde eröffnet einen klar umgrenzten Bereich für eine behördliche Letztentscheidung.[1293] Ihre Planung, die in kleinem Umfang eine Rechtssetzung ist, ist gesetzesgeleitet.[1294] Und die Einhaltung dieser gesetzlichen Leitung überwachen die Gerichte.[1295] Die eingeschränkte gerichtliche Kontrolle ist die Kehrseite von der Einräumung

1288 BVerfG, Beschluss v. 17.04.1991 - 1 BvR 419/81 und 213/83, BVerfGE 84, 34 (51 f.) – Juristische Staatsprüfung.

1289 *Durner* spricht davon, dass die Aufgabe komplizierte Konflikte zwischen der Bodennutzung und öffentlichen Belangen zu lösen, der Sache nach eine Planungsentscheidung sein könne. Dieser Charakter als Planungsentscheidung sei in der Natur der Sache begründet (Konflikte räumlicher Planungen, S. 317).

1290 So *Durner*, Konflikte räumlicher Planungen, S. 373, 276 f.

1291 BVerfG, Beschluss v. 17.04.1991 - 1 BvR 419/81 und 213/83, BVerfGE 84, 34 (49) – Juristische Staatsprüfung, m.w.N.

1292 *Schmidt-Aßmann/Groß*, NVwZ 1993, S. 620.

1293 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7, Rn. 64; *Schmidt-Aßmann/Groß*, NVwZ 1993, S. 620 f.

1294 *Brohm*, NVwZ 1988, S. 797.

1295 Natürlich nur im Falle einer Klage; denn wo kein Kläger, da auch kein Richter (Nullo actore, nullus iudex). Allerdings entfaltet auch das Wissen um eine mögliche gerichtliche Kontrolle schon im Verwaltungsverfahren Vorwirkungen.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

behördlicher Gestaltungsspielräume.[1296] Das Gericht überprüft beispielsweise, ob die gewählte Alternative rechtmäßig ist oder Abwägungsfehler stattgefunden haben. Zu diesen zählt auch die Nichtberücksichtigung von Alternativen, oder die eklatante falsche Gewichtung von Belangen zuungunsten eindeutig vorzugswürdigerer Alternativen. Hier trifft das Gericht in der Regel keine eigene Sachentscheidung, wie die Planung rechtmäßigerweise auszugehen habe, sondern verweist zurück.

Hinzu kommt, dass es bei diesen Planungsentscheidungen mehrere mögliche rechtmäßige Endbewertungen gibt. Das Planungsverfahren hat dabei die Aufgabe, die Begründung gerade für die Entscheidung zugunsten einer dieser rechtmäßigen Alternativen zu liefern und damit die Akzeptanz der Entscheidung bei den Beteiligten und Betroffenen erst zu schaffen. Diese Aufgabe des Verwaltungsverfahrens kann so im Gerichtsprozess nicht erfüllt werden. Die Verwaltung ist auch aufgrund der höheren demokratischen Legitimation gegenüber den Gerichten,[1297] der vorzugswürdigere Planer.

Zusammenfassend folgt aus der Einsicht, dass es nicht regelhaft erfassbare Entscheidungslagen gibt und die Verwaltung der geeignetere Kandidat ist, die gesetzliche Regelungslücke gesetzesgeleitet auszufüllen, dass Planungsentscheidungen qua Natur der Sache anzuerkennen sind.

Ob die Rahmenbetriebspläne solche Planungsentscheidung qua Natur der Sache sind, kommt darauf an, ob die Entscheidung über die Zulassung des Rahmenbetriebsplans regelhaft erfasst werden kann.[1298] Dies allein ist der Prüfstein. Weiterhin weist *Durner* darauf hin, dass sich die Frage nach der Regelungsfähigkeit einer Entscheidung nur vor dem Hintergrund der Kollision von Verfassungsbelangen stellt. Als solche führt er prominent die Grundrechte, aber auch die gemeindliche Planungshoheit an.[1299]

In der bergrechtlichen Diskussion wird von den Vertretern der Zulassungsentscheidung als gebundene Entscheidung allgemein angeführt, dass der Bergbau gegenüber anderen Planungsverfahren besonders standortge-

1296 *Kment*, ZUR 2016, S. 332.

1297 So ist die Regierung gegenüber den Behörden weisungsberechtigt und die Regierung wiederum dem Parlament direkt verantwortlich (*Brohm*, NVwZ 1988, S. 797). *Schmidt-Aßmann* und *Groß* sprechen von der Stellung der Exekutiven als „eigenständig legitimierte[n] Gewalt", der es „um eine organisationsadäquate Verteilung von Entscheidungskompetenzen geht." (NVwZ 1993, S. 620).

1298 *Durner*, Konflikte räumlicher Planungen, S. 319 ff.

1299 *Durner*, Konflikte räumlicher Planungen, S. 319 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bunden sei.[1300] Weiterhin trete mit der Erteilung des Betriebsplans die einzige mögliche Verwirklichungsart der - grundrechtlich über Art. 14 I GG geschützten – Bergbauberechtigung ein.[1301] Ebenso stehe der Rechtsanspruch des Bergbauberechtigten einem Gestaltungsspielraum der Behörde entgegen.[1302] Diese Argumente betreffen nicht die Regelungsfähigkeit der Entscheidung und fruchten damit nicht. Sie könnten lediglich einen vorhandenen Gesetzeswillen abstützen, der sich auf eine gebundene Entscheidung richtet (was hier nicht der Fall ist). Für die Frage nach einer Planungsentscheidung qua Natur der Sache ist allein die Regelungsfähigkeit und die damit zusammenhängende Komplexität der Entscheidung ausschlaggebend.

An die Entscheidung über die Rahmenbetriebsplanzulassung werden jedoch unterschiedliche Anforderungen gestellt, je nachdem, ob eine Enteignung mit dem Bergbauvorhaben einhergehen muss und/oder es sich um komplexe Großvorhaben handelt. In diesen Fällen hat eine Gesamtabwägung zu erfolgen, die alle privaten und öffentlichen Interessen berücksichtigt und miteinander und gegeneinander abwiegt.[1303] Hier ist die Frage danach, ob der Rahmenbetriebsplan auch eine Planungsentscheidung qua Natur der Sache ist, mit der Frage verknüpft, ob sich das Ergebnis der Gesamtabwägung regelhaft erfassen lasse – mit anderen Worten: ob es eine nachvollziehende Abwägung ist. Diese Überlegungen führen daher zur zweiten Untersuchungsfrage, ob die Gesamtabwägung eine planerische oder nachvollziehende Abwägung ist.

1300 *Kühne* in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 49; *ders.*, DVBl. 2007, S. 832. In der Sache ist das Argument abzulehnen. ‚Standortgebunden' ist kein steigerungsfähiger Begriff. Entweder etwas ist standortgebunden oder es ist nicht standortgebunden. Vgl. auch *Durner*, Konflikte räumlicher Planungen, S. 374.

1301 *Kühne* in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 49; *Kühne,* DVBl 2006, S. 665; *Kühne*, DVBl. 2007, S. 832.

1302 *Kühne* in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 49. Gegen dieses Argument wendet sich *Durner*. Er führt aus, dass auch eine planerische behördliche Gestaltungsfreiheit grundsätzlich mit einem Unternehmensanspruch auf Feststellung des Plans nach einer behördlichen Abwägung vereinbar sei. In den meisten Fällen der Planfeststellungen sei der Planungsträger sowieso der Unternehmer (Konflikte räumlicher Planungen, S. 374 f.). Zur Rechtsfigur der „nachvollziehenden Abwägung" auf der Grundlage unternehmerischer Planung siehe Fn. 1241.

1303 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (308, Rn. 214) – Garzweiler. Siehe Kapitel 2 C. II. 4. b. zur Herleitung der Gesamtabwägung aus § 48 II BBergG.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Planerische oder nachvollziehende Gesamtabwägung?

Die herrschende Meinung geht davon aus, dass es sich im § 48 II BBergG um eine nachvollziehende Abwägung handelt.[1304] Sie bleibt aber eine Begründung schuldig. Der Frage soll durch das Vergleichen der Abwägung im § 48 II BBergG mit einer anerkannten nachvollziehenden Abwägung, quasi wie das Auflegen einer Schablone, nachgegangen werden. Als Prototyp einer nachvollziehenden Abwägung ist der § 35 BauGB zu nennen[1305] und daher als ‚Schablone' heranzuziehen. Die Regelung des § 35 BauGB geht von dem Grundsatz aus, dass der Außenbereich von Bebauungen freigehalten werden und bauliche Entwicklungen auf einer planenden Leitung der Bebauungspläne beruhen sollen.[1306] Für privilegierte Vorhaben, die in § 35 I BauGB aufgezählt sind, gilt jedoch, dass sie auf Grundlage des § 35 I BauGB zugelassen werden können. Hierzu muss die Baubehörde eine nachvollziehende Abwägung durchführen, bei der einerseits der Zweck des Bauvorhabens und andererseits die berührten öffentlichen Belange gegeneinander ins Verhältnis gesetzt werden.[1307] Relevant sind dabei folgende Gesichtspunkte: die Art des Vorhabens, welche öffentlichen Belange in welcher Intensität berührt sind und die besondere Gewichtung der privilegierten Vorhaben, d.h. ihr gesteigertes Durchsetzungsvermögen.[1308] Die öffentlichen Belange sind insbesondere in § 35 III BauGB aufgezählt. Hierzu

1304 Die Walsum-Urteile des BVerwG gehen von einer nachvollziehenden Abwägung im Rahmen des § 48 II BBergG aus, allerdings ohne Begründung oder fachliche Auseinandersetzung (Urteil v. 15.12.2006, 7 C 1.06, NVwZ 2007, S. 700 (701, Rn. 28) und BVerwG, Urteil v. 15.12 2006 - 7 C 6.06, NVwZ 2007, S. 704 f. (Rn. 21)). Ebenso schon das Wyen-Urteil (BVerwG, Urteil vom 14.12.1990 - 7 C 18.90, NVwZ 1991, S. 992 (S. 993)). Genauso BVerwG, Urteil v. 29.6.2006, 7 C 11.05, BVerwGE 126, 205 (213, Rn. 27) – Garzweiler. Ebenso das BVerfG, das von einer nachvollziehenden Abwägung im Rahmen der Zulassung des Rahmenbetriebsplans und von der Nachholbarkeit der Gesamtabwägung noch im Gerichtsverfahren ausgeht. Außerdem spricht es von einer naturgemäß gleichen Gesamtabwägung im Zulassungs- und im Grundabtretungsverfahren (Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (351 Rn. 318) – Garzweiler). Ebenso: VG Magdeburg, Urteil v. 28.2.2018 - 3 A 244/16, BeckRS 2018, 13124, Rn. 19 f.; *Boldt/Weller*, BBergG Komm. Ergänzungsband (Vorauflage), § 57a Rn. 65; A.A.: *Durner/Karrenstein*, DVBl. 2014, 184; *Kühling*, Fachplanungsrecht 1988, Rn. 69.

1305 *Weyreuther*, BauR 1977, S. 297, Anmerkung 29; *ders.*, Bauen im Außenbereich, S. 19; *Kment*, ZUR 2016, S. 333.

1306 *Söfker* in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 35, Rn. 13.

1307 *Söfker* in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 35, Rn. 13, 60.

1308 *Söfker* in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 35, Rn. 60.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zählen beispielhaft die Darstellungen des Flächennutzungsplans (Nr. 1), der Naturschutz und die Landschaftspflege (Nr. 5), die Wasserwirtschaft und der Hochwasserschutz (Nr. 6). Darüber hinaus können weitere öffentliche Belange relevant sein, die sich auch aus den Wertungen des § 1 VI BauGB ergeben können.[1309]

Der Gesetzgeber hat damit mehrere Wertungen getroffen, die als Grundsatz- und Ausnahmeregime ineinandergreifen: Grundsätzlich ist keine Bebauung im unbeplanten Außenbereich erwünscht. Ausnahmsweise dürfen und sollen privilegierte Vorhaben zugelassen werden, soweit ihre Durchführung als gewichtiger gegenüber den entgegenstehenden öffentlichen Belangen anzusehen ist. Ein solches Wertungssystem, welches die Entscheidung der Verwaltung leitet (wenn auch zum Teil mit unbestimmten Rechtsbegriffen), befindet sich nicht im § 48 II BBergG. Die Frage, ob ein Bergbaubetrieb zuzulassen ist, trifft auf eine völlig offene Entscheidungslage. Ein Grundsatz, dass der Bergbaubetrieb grundsätzlich zu gestatten ist, und nur ausnahmsweise versagt werden kann, findet sich nicht im BBergG.[1310] Auch die Rohstoffsicherungsklausel des § 48 I S. 2 BBergG oder der § 1 I BBergG sind nicht in diese Richtung zu deuten. Wenn überhaupt wird diskutiert, ob sie den Bergbaubelangen in der Abwägung größeres Gewicht verleihen,[1311] nicht aber, ob sie von vornherein den Bergbau im Grundsatz durchzusetzen vermögen. Fraglich ist auch, ob eine solche Regelung möglich wäre. Der Grundsatz, im Außenbereich grundsätzlich keine Bebauung ohne qualifizierte Planung zuzulassen, ist eine Regelung negativen Inhalts: Etwas soll nicht geschehen. Der Grundsatz, das Bergbauvorhaben i.d.R. zuzulassen, ist demgegenüber eine Regelung mit positivem/gestaltendem Charakter. Etwas soll sich gegenüber dem Jetzt-Zustand verändern. Problematisch wäre eine solche Regelung deshalb, weil das Vorhaben nicht auf eine freie/offene Fläche trifft, sondern auf schon vorhandene Nutzungen und Eigentumsla-

1309 *Söfker* in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 35, Rn. 60.

1310 Dies wäre noch am ehesten dann anzunehmen, wenn man mit der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Lehre von einer gebundenen Entscheidung im Rahmen der Betriebsplanzulassungen gem. § 55 I ausginge, auf die der Unternehmer einen Anspruch hätte. Wie jedoch gezeigt, kann sich diese Überzeugung weder auf den Gesetzeswortlaut noch auf den in den Gesetzesmaterialien geäußerten Wille des Gesetzgebers berufen. Ausführlich siehe oben unter a.

1311 BVerwG, Urteil v. 16.3.1989, 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (339) – Moers-Kapellen; OVG Saarlouis, Urteil v. 24.5.2018, 2 A 551/17 = BeckRS 2018, 13000, Rn. 39; *Vitzthum/Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 48 Rn. 14; *Hoppe*, DVBl. 1987, S. 760. Abschlägig hierzu siehe unten unter 2.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gen. Die Zulassung kann deshalb immer nur in abwägende Konkurrenz mit dem Vorhandenen treten, nicht aber grundsätzliche Vorfahrt genießen. Die Belange dabei in Ausgleich zu bringen, kennzeichnet eine Planungsentscheidung.[1312]

Des Weiteren sind die zu berücksichtigenden Belange im § 48 II nicht aufgezählt und auch die Belange zueinander nicht gewichtet. Der Behördenauftrag lautete nur, dass eine Gesamtabwägung durchgeführt werden soll, nicht aber wie diese im konkreten auszugestalten sei. Auch wenn man von einer besonderen Gewichtung der Bergbaubelange ausginge,[1313] so wäre diese Vorgabe zu dürftig, um hieraus einen konkreten Vollzugsauftrag abzuleiten. Eine nachvollziehende Abwägung soll die Wertungen des Gesetzgebers nachvollziehen. Wenn der Gesetzgeber keine Wertungen getroffen hat, so können diese auch nicht nachvollzogen werden. Das Ergebnis der Abwägung ist gerade nicht schon in den gesetzlichen Vorgaben enthalten. Gerade aus dem Vergleich mit § 35 BauGB zeigt sich, dass der § 48 II BBergG keine Ankerpunkte für eine nachvollziehende Abwägung bietet.

Selbst wenn der Gesetzgeber aber Vorgaben für die Abwägung (beispielhafte Aufzählung der Belange und Gewichtung der Belange) schaffen würde, wäre die Entscheidung hierdurch nicht in dem Sinne vollständig determiniert, als das sich nur eine Entscheidung als einzig richtige hervortuen könnte. Dies liegt auch an der Fülle des zu bewältigenden Abwägungsmaterials. Beispielhaft lässt sich das Abwägungsmaterial der Garzweiler Entscheidung anführen. Hier waren u.a. folgende Belange zu berücksichtigen: die energiepolitische Erforderlichkeit des Braunkohlenabbaus aus dem Tagebau Garzweiler, die Beeinträchtigungen der Bewohner durch Umsiedlungsmaßnahmen, die Umgestaltung der Landschaft, die Belange des Naturschutzes (die Beeinträchtigungen von Fauna-Flora-Habitat-Gebieten, naturschutzrechtliche Eingriffsregelung, Waldschutz), der Bodenschutz und landesplanerische Anforderungen.[1314] Eine Entscheidung über ein derart verwobenes Interessengeflecht ist dadurch geprägt, dass ein vollständiger Ausgleich der Interessen nicht stattfinden kann, und in-

1312 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7, Rn. 64.

1313 BVerwG, Urteil v. 16.3.1989, 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (339) – Moers-Kapellen; BVerwG, Urteil v. 04.07.1986 - 4 C 31.84, BVerwGE 74, 315 (318 f.) – Altenberg; *Boldt/Weller*, BBergG Komm. Ergänzungsband (Vorauflage), § 57a Rn. 65; *Hoppe*, DVBl. 1987, S. 761. Ausführliche Stellungnahme unter Kapitel 4 B. II. 2.

1314 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (316 f. Rn. 235) – Garzweiler; OVG Münster, Urteil v. 21.12.2007 - 11 A 3051/06, BeckRS 2008, 31321, Rn. 32 = DÖV 2008, S. 521 (Ls).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sofern nicht nur eine einzig ‚richtige' Entscheidung möglich ist, die dem Gesetz zu entnehmen wäre. Die Legitimation der getroffenen Entscheidung gegenüber anderen möglichen legitimen Entscheidungen ergibt sich aus dem Verfahrensablauf und der hierin gewonnenen Erkenntnis der Behörde. Eine Auswahl unter mehreren Entscheidungen zu treffen ist ein Entscheidungsspielraum. Und ein Entscheidungsspielraum ist eine planerische Gestaltungsfreiheit, wenn die möglichen weiteren legitimen Entscheidungen nicht enumerativ und von vornherein feststehen (und nicht feststehen können).[1315] Seitdem der Rahmenbetriebsplan nicht mehr nur bergrechtliche Belange in den Blick nimmt, sondern umfassend die Zulassungsfähigkeit des Bergbauvorhabens überprüft und dabei alle Belange umfassend prüfen soll, kann ein Interessenausgleich im konkreten Fall nicht generalisiert festgeschrieben werden. Der Gesetzgeber kann sich hier nur darauf beschränken Zielvorgaben zu machen. Dies aber ist genau das Charakteristikum einer Planungsentscheidung.

Es konnte gezeigt werden, dass die Gesamtabwägung schon keine nachvollziehende Abwägung sein kann, weil ihr die gesetzgeberischen Vorgaben fehlen, anhand derer eine Entscheidung nachvollzogen werden könnte. Die Gesamtabwägung ist nach ihrem Gehalt und nach ihrer Funktion eine originär planerische Abwägung.[1316]

c. Fazit

Entgegen der vorherrschenden Ansicht ist die Zulassung eines Rahmenbetriebsplans keine gebundene Entscheidung, es besteht kein Unternehmensanspruch auf Zulassung, sondern die Behörde entscheidet mit planerischer Gestaltungsfreiheit. Dies ergibt sich schon aus dem in den einschlägigen Gesetzesmaterialien geäußerten Gesetzeswillen. Außerdem stellt die Zulassung der Rahmenbetriebspläne eine Planungsentscheidung qua Natur der Sache dar. Sie ist nämlich von ihrem Gehalt her eine Abwägung, die an sich aufgrund ihrer Komplexität der regelhaften Erfassung nicht zugänglich ist. Die Gesamtabwägung bereitet sich gewissermaßen selbst den Nährboden einer behördlichen Gestaltungsfreiheit, von welcher sie selbst abhängt.

Das ressourcenethische Defizit der fehlenden Übertragbarkeit der umfassenden Interessenberücksichtigung auf daraus resultierende differenzier-

1315 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 16, Rn. 14.
1316 Im Ergebnis so auch *v. Weschpfennig*, Strukturen des Bergrechts, S. 249 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

te Lösungen konnte ausgeräumt werden. Damit erhält die Behörde einen Entscheidungsspielraum, um auch hier eine Entscheidungsdynamik zu verhindern, die die Bodenschätze an den Rand der Nutzungskapazität verfügbar macht. Zuletzt sei noch erwähnt, dass damit auch die Grundsätze der Raumordnung, insbesondere § 2 II Nr. 1 S. 2 ROG, welcher den nachhaltigen Ressourcenschutz einfordert, Berücksichtigung finden müssen.[1317]

2. Enthält das BBergG tatsächlich eine normative Gewichtungsvorgabe zugunsten des Bergbaus?

Die ressourcenethische Bewertung hat ergeben, dass eine normative Gewichtung zugunsten des Bergbaus zu kritisieren ist. Es stellt sich die Frage, ob das BBergG tatsächlich eine solche normative Gewichtung zugunsten des Bergbaus enthält, welche dann auch die Gesamtabwägung leitet und damit die Verteilungsentscheidung beeinflusst.

Nur der Gesetzgeber kann die Ausgangslage, wonach alle Belange grundsätzlich gleiches Gewicht haben, zugunsten eines bestimmten Belanges verschieben und damit den Ermessens- oder planerischen Gestaltungsspielraum der Behörde einengen.[1318] Auch wurden verschiedene normative Gewichtungsvorgaben erarbeitet, ohne diese jedoch dogmatisch klar voneinander zu unterscheiden. Zu klären bleibt damit die Frage, ob sich dem BBergG eine Gewichtungsvorgabe entnehmen lässt und wenn ja, welche Wirkung diese entfaltet. Ausschlaggebend ist dabei nur der spezifische Regelungsgehalt der in Rede stehenden Normen.[1319] Als mögliche Normen stehen dabei die Zielbestimmung des Gesetzes in § 1 Nr. 1 BBergG, die sogenannte Rohstoffsicherungsklausel des § 48 I S. 2 BBergG oder die Wertung aus der Zusammenschau beider zusammen oder die Grundausrichtung des BBergG in Rede.[1320] In einem ersten Schritt wird zunächst der Meinungsstand um die normativen Gewichtungsvorgaben und ihre Rechtswirkungen vorgestellt. Um dann die Normen § 1 Nr. 1 BBergG und § 48 I S. 2 BBergG

1317 A.A. UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 222; *von Mäßenhausen*, in: Boldt et al., BBergG, Anh. § 48, Rn. 118.

1318 *Dreier, J.*, Steuerung der planerischen Abwägung, S. 91 f.

1319 *Dreier, J.*, Steuerung der planerischen Abwägung, S. 95.

1320 BVerwG, Urteil v. 16.3.1989, 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (339) – Moers-Kapellen; OVG Saarlouis, Urteil v. 24.5.2018, 2 A 551/17 = BeckRS 2018, 13000, Rn. 39; *Vitzthum/Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 48 Rn. 14; *Hoppe*, DVBl. 1987, S. 760.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auf ihre mögliche Einordnung in eine bestimmte Kategorie der normativen Gewichtungsvorgabe zu befragen.

a. Mögliche normative Gewichtungsvorgaben: Abwägungsdirektive, Optimierungsgebot, relativer und absoluter Vorrang

Die Dogmatik der normativen Gewichtungsvorgabe einer Abwägung ist noch nicht abgeschlossen und wird in der Literatur nicht einheitlich betrachtet.[1321] Erschwerend tritt die uneinheitliche Begriffsverwendung hinzu und die geänderte Benutzung derselben Begrifflichkeit für unterschiedliche Rechtsphänomene.[1322] Als Rechtsfiguren der normativen Gewichtungsvorgabe stehen die Begriffe Optimierungsgebot, Abwägungsdirektive und die relative und absolute Vorrangregel zur Diskussion.[1323]

Die Figur des absoluten Vorrangs solle die Gewichtung des Belangs derart hoch ansetzen, dass sich dieser Belang im Ergebnis immer durchzusetzen vermag. Gerade aus diesem Grund wird eine Norm, die diesen absoluten Vorrang vorsieht, gar nicht mehr als Abwägungsdirektive behandelt, sondern als strikte Norm, als feststehende Grenze der Abwägung.[1324] Ein absoluter Vorrang würde im Bergrecht bedeuten, dass entgegenstehende Belange die Rohstoffinteressen in keinem denkbaren Fall überwiegen könnten.[1325] In der bergrechtlichen Diskussion kann die Ansicht, die den bergbaulichen Belangen diesen absoluten Vorrang einräumt, als veraltet

1321 *Hofmann*, Abwägung im Recht, S. 268, m.w.N.; Siehe am Beispiel des § 50 BImSchG: *Schoen*, in: Beckmann et. al., Kommentar Landmann/Rohmer Umweltrecht, 102. EL September 2023, § 50 BImSchG, Rn. 32 ff., Rn. 44; *Grüner* zur Änderung des Topos „Optimierungsgebot" zu „Abwägungsdirektive" durch das BVerwG (UPR 2011, S. 55); *Köck*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, § 36, Rn. 119, 127 ff.

1322 So wohl für den Begriff Planungsleitsatz im Bereich des Fachplanungsrechts (eingehend *Dreier, J.*, Steuerung der planerischen Abwägung, S. 109 ff.) als auch für die Ersetzung des Begriffs Optimierungsgebots durch den Begriff Abwägungsdirektive durch das BVerwG (hierzu *Grüner,* UPR 2011, S. 55). Vgl. auch *Hoppe* mit weiteren Beispielen für die Vielzahl der begrifflichen „Verwirrungen" (so auch der Titel: UPR 1995, 201).

1323 *Wahl/Dreier*, *J.*, NVwZ 1999, S. 617.

1324 *Hoppe*, DVBl. 1992, S. 858. Ebenso *Dreier, J.*, der neben der Unterscheidung zwischen relativem und absolutem Vorrang auch die Unterscheidung zwischen dem situationsgebundenen und dem generellen Vorrang einführt (Steuerung der planerischen Abwägung, S. 116 f.).

1325 *Frenz*, DVBl. 2016, S. 680.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

angesehen werden:[1326] Diese Meinung wird *Hoppe*[1327] und *W. Peters*[1328] zugeschrieben.[1329] Dabei scheinen sie ihrerseits missverstanden worden zu sein. Beide sprechen explizit von der „möglichst optimalen Erforschung und Nutzung einheimischer Lagerstätten"[1330] bzw. davon, die Bergbauinteressen „so wenig wie möglich zu beeinträchtigen"[1331]. Genau dies ist gerade nicht der Ausdruck eines absoluten Vorrangs.[1332]

1326 So auch *Vitzthum/Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 48 Rn. 14. Für einen relativen Vorrang: *von Hammerstein*, der diesen auch nicht aus § 1 Nr. 1 sondern aus § 48 I S. 2 BBergG schließt (in: Boldt et al., BBergG, § 1 Rn. 4). Einen absoluten Vorrang explizit ablehnend: *BVerwG*, Beschluss v. 15. 10. 1998, 4 B 94–98 = NVwZ 1999, S. 876; OVG Sachsen-Anhalt, Urteil v. 21.11.2003 - 2 K 341/00, BeckRS 2003, 18294, Rn. 58 und 3. Leitsatz.

1327 DVBl. 1987, S. 756 ff.

1328 DVBl. 1988, S. 227 ff.

1329 *Vitzthum/Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 48 Rn. 14; *Kühne*, in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 29.

1330 *Hoppe*, DVBl. 1987, S. 761.

1331 *Peters, W.*, DVBl. 1988, S. 228.

1332 Ihre Ausführungen gehen in eine andere Richtung. Sie schließen aus § 48 I S. 2 BBergG, dass Schutzgebietsfestlegungen zwingend eine Abwägungsvorschrift vorsehen müssen, in der dann das Bergbauinteresse möglichst optimal berücksichtigt werden kann. Fehlt eine solche Abwägungsvorschrift (auch eine Befreiungsvorschrift, die entgegenstehende Interessen als Voraussetzung vorsieht, soll diesem Anspruch nicht genügen), so wäre die Schutzgebietsvorschrift wegen Verletzung des höherrangigen § 48 I S. 2 BBergG rechtswidrig. Interessant ist, dass auf der anderen Seite, eine Schutzgebietsfestlegung, die keine absolute Veränderungssperre vorsieht, sondern Befreiungsmöglichkeiten zulässt, gerade deswegen kein ausreichend gewichtiges Interesse im Sinne des § 11 Nr. 10 BBergG sein soll. So verstanden führt die anscheinend von § 48 I S. 2 BBergG geforderte Abwägungsvorschrift zu einer Nichtbeachtung des geschützten öffentlichen Interesses im Rahmen des § 11 Nr. 10 BBergG und damit zu dem ‚automatischen', d.h. durch Rechtsanspruch abgesicherten und ohne Ermessen der Behörde ausgestalteten, Entstehen einer durch Art. 14 I GG geschützten Eigentumsposition an den Bodenschätzen. Diese wiederum führt nun dazu, dass die Naturschutzgebietsverordnung sich als Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Art. 14 I GG verstehen lassen muss. Hoppe meint, dass durch die fehlende Berücksichtigung der bergbaulichen Interessen das Gebot gerechter Abwägung, das Übermaßverbot und das Gebot des gestuften Eingriffspotentials verletzt sei. Er betont, dass die Bergbauunternehmen, sofern sie Bodenschätze auffinden konnten, sie sich dann auch darauf verlassen können müssen, diese auch abbauen zu dürfen. Andernfalls wäre eine Bergbauwirtschaft nicht denkbar (*Hoppe*, DVBl. 1987, S. 764). Dergestalt entstünde tatsächlich ein Automatismus, der einem absoluten Vorrang der bergrechtlichen Interessen gleichzusetzen ist. Zunächst entsteht eine Rechtsposition, bei dessen Erteilung die Berücksichtigung der öffentlichen Interessen ausgehebelt wird. Die Rechtsposition fordere aber ihre Verwirklichung ein.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Blieben noch die Rechtsfiguren des relativen Vorrangs und des Optimierungsgebots bzw. der Abwägungsdirektive. Hierbei ist umstritten, ob sich diese beiden (jedenfalls in der praktischen Anwendung) überhaupt unterscheiden lassen – sie damit ein und dieselben sind –[1333] oder ob sie unterschiedliche Rechtswirkung entfalten, wobei wiederum umstritten ist welche Rechtswirkungen dies sein könnten.

Die Rechtsfigur des Optimierungsgebots geht auf die Rechtsprechung des BVerwG zurück.[1334] Nach diesem verlangt das Optimierungsgebot, dass die vom Gesetzgeber mit einem besonderen normativen Gewicht ausgestatteten Belange möglichst weitgehende Beachtung finden und sich grundsätzlich auch im Abwägungsergebnis widerspiegeln sollten. Den in dem Optimierungsgebot impliziten Zielvorgaben sei ein besonderes Gewicht zuzumessen und die planerische Gestaltungsfreiheit sei insoweit einzuschränken.[1335] Als Beispiel nennt das BVerwG § 1 II BNatSchG 1976[1336] und § 50 BImSchG[1337]. Weiterhin stehen die § 17 I S. 2 FStrG, die Bodenschutzklausel

1333 So *Dreier, J.*, Steuerung der planerischen Abwägung, S. 122 f.

1334 Hierzu die grundlegende Entscheidung zu den Optimierungsgeboten in Abgrenzung zu Planungsleitsätzen: BVerwG, Urteil v. 22.3.1985, 4 C 73/82, BVerwGE 71, 163 ff. = NJW 1986, S. 82 f.; *Wahl/Dreier, J.*, NVwZ 1999, S. 617; *Hoppe*, DVBl. 1992, S. 853, 858.

1335 BVerwG, Urteil v. 22.3.1985, 4 C 73/82, BVerwGE 71, 163 (165) = NJW 1986, S. 82 f.

1336 Vgl. hierzu den § 1 I, II BImSchG in der Fassung vom 20.12.1976, wie er dem Urteil des BVerwG vom 22.3.1985, 4 C 73/82 zugrunde lag: „(I) Natur und Landschaft sind im besiedelten und unbesiedelten Bereich so zu schützen, zu pflegen und zu entwickeln, daß 1. die Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts, 2. die Nutzungsfähigkeit der Naturgüter, 3. die Pflanzen- und Tierwelt sowie 4. die Vielfalt, Eigenart und Schönheit von Natur und Landschaft als Lebensgrundlage des Menschen und als Voraussetzung für seine Erholung in Natur und Landschaft nachhaltig gesichert sind. (2) Die sich aus Absatz 1 ergebenden Anforderungen sind untereinander und gegen die sonstigen Anforderungen der Allgemeinheit an Natur und Landschaft abzuwägen."

1337 Der für die Frage des Optimierungsgebots entscheidende Inhalt der Norm ist insoweit unverändert: „Bei raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen sind die für eine bestimmte Nutzung vorgesehenen Flächen einander so zuzuordnen, daß schädliche Umwelteinwirkungen auf die ausschließlich oder überwiegend dem Wohnen dienenden Gebiete sowie auf sonstige schutzbedürftige Gebiete, soweit wie möglich vermieden werden" (§ 50 BImSchG in der Fassung vom 15.3.1974). Hierzu kritisch *Koch*, Immissionsschutz durch Baurecht, S. 65 f. *Grüner* bezeichnet § 50 BImschG als ‚Prototyp' des Optimierungsgebots (UPR 2011, S. 50, 52).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

des § 1a II S. 1 BauGB[1338] und die Schutzgebietsverordnungen in der Diskussion als Optimierungsgebote im Vordergrund.[1339]

Strittig ist, in welche Phase der Abwägung das Optimierungsgebot eingreift. Die Abwägung unterteilt sich in vier Phasen.[1340] Nachdem die Behörde, alle abwägungsrelevanten[1341] Belange ermittelt (1. Phase), in die Abwägung eingestellt (2. Phase) und gewichtet hat (3. Phase), soll sie diese Belange in Ausgleich zueinander bringen (4. Phase). Normalerweise trifft sie diesen Ausgleich in freiem Ermessen und ist nur an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden. Hierin besteht die eigentliche Planungsentscheidung der Behörde.[1342] Es wird vorgebracht, dass das Optimierungsgebot in die dritte Stufe eingreift, und so die Gewichtung der optimierten Belange erhöht[1343] und/oder dass sie (erst) in der vierten und letzten Stufe eingreift und von der Behörde einen anderen Ausgleich einfordert, sodass ihre Gestaltungsfreiheit eingeengt wird.[1344] Die Behörde soll dann nicht mehr irgendeine verhältnismäßige Lösung produzieren, sondern eine, die dem favorisierten Belang zur größtmöglichen Verwirklichung verhilft und dies auf Kosten der anderen „einfachen" Belange.[1345] Die privilegierten Belange würden sich in einer Abwägung möglichst weitgehend durchsetzen und nur in besonders triftig begründeten Ausnahmefällen würden diese Belange zurückstehen. Diese möglichst vollständige Verwirklichung der privilegierten Belange wird auch als Maximierung bezeichnet.[1346] Die relative Vorrangregel wäre demgegenüber schwächer und legt nur ein besonderes Gewicht

1338 *Grüner*, UPR 2011, S. 52, Fn. 29.

1339 Hierzu in seiner grundlegenden Entscheidung zu den Optimierungsgeboten in Abgrenzung zu Planungsleitsätzen: BVerwG, Urteil v. 22.3.1985, 4 C 73/82, BVerwGE 71, 163 (165) = NJW 1986, S. 82 f.; *Wahl/Dreier*, J., NVwZ 1999, S. 617; *Hoppe*, DVBl. 1992, S. 858.

1340 *Hoppe*, DVBl. 1992, S. 856. Auch von 3 Phasen ist die Rede; hier wird die Ermittlung und Einstellung der Belange in die Abwägung als eine Stufe angesehen (*Grüner*, UPR 2011, S. 51). Ebenso wohl *Stüer*, Handbuch Bau- und Fachplanungsrecht, Rn. 1638.

1341 Hierbei muss die Behörde die abwägungsrelevanten Belange von den zwingend verbindlichen und nicht der Abwägung offenstehenden sog. Planungsleitsätzen unterscheiden (Allgemeines zu den Planungsleitsätzen: *Stüer*, Handbuch Bau- und Fachplanungsrecht, Rn. 1449).

1342 *Hoppe*, DVBl. 1992, S. 856 f.; *Grüner*, UPR 2011, S. 52.

1343 *Erbguth* verweist diesbezüglich auf eine Einzelfallbetrachtung (Bauplanungsrecht, 1989, Rn. 79).

1344 So *Funke*, DVBl. 1987, S. 516; *Hoppe*, DVBl. 1992, S. 859 f.

1345 *Hoppe*, DVBl. 1992, S. 859 f.

1346 *Grüner*, UPR 2011, S. 53.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auf die bestimmten Belange (als Beispiel sei der § 29b I S. 2 LuftVG (hier die Formulierung: „in besonderem Maße") genannt).[1347] Es müsste in der 3. Abwägungsstufe eingreifen und die Gewichtigkeit des Belangs an sich erhöhen. Diese von *Hoppe* herausgearbeitete Unterscheidung von normativen Gewichtungsvorgaben in relative Vorrangregelungen einerseits (für die er selbst die Terminologie der ersten Vorrangstufe vorsieht)[1348] und in Optimierungsgebote andererseits (bzw. Vorrangregelungen zweiter Stufe), scheint die einzig mögliche dogmatisch trennscharfe Unterscheidung zu sein. Das BVerwG hat nun ab 1999 die Topoi Optimierungsgebot und Abwägungsdirektive für den § 50 BImSchG ausgetauscht.[1349] Auch diese Wendung wird unterschiedlich interpretiert.[1350]

Namentlich *Dreier* lehnt die Unterteilung der Abwägung in mehr als zwei Abwägungsstufen ab und erachtet eine Unterscheidung zwischen Optimierungsgebot und relativen Vorrang als nicht praktikabel. Es würden Abgrenzungsprobleme zwischen den Figuren entstehen, die einem praktischen Bedürfnis entgegenstehen.[1351] Auch solle aus dem Wort ‚Optimierung' nicht allzu viel abgeleitet werden. Er geht damit nur von einer einheitlichen Abwägungsdirektive aus, die er als Optimierungsgebot bezeichnet.[1352]

1347 *Wahl/Dreier, J.*, NVwZ 1999, S. 617; Ebenso *Hoppe*, der aber den begrifflichen Zusatz „relativ" als überflüssig bewertet und stattdessen vorschlägt von Vorrangregelung der 1. Stufe zu sprechen (in Abgrenzung zum Optimierungsgebot als zweite Vorrangstufe) (UPR 1995, S. 203). Zum § 29b I S. 2 LuftVG: Diese Vorschrift bezeichnet das BVerwG als Gewichtungsvorgabe (BVerwG, Urteil v. 16.3.2006 - 4 A 1075/04, BVerwGE 125, 116 (199 f. Rn. 269) = NVwZ-Beil. 2006, S. 1); *Kloepfer*, Umweltrecht, § 15, Rn. 763.

1348 *Hoppe*, UPR 1995, 203.

1349 Erstmals BVerwG, Urteil v. 28.1.1999, 4 CN 5.98, BVerwGE 108, 248 (256) = NVwZ 1999, S. 1222; siehe auch BVerwG, Urteil v. 16.3.2006, 4 A 1075.04, BVerwGE 125, 116 (172 Rn. 164) = NVwZ-Beilage 2006, S. 13. Die Änderung eingehend wiedergegeben und bewertend: *Grüner*, UPR 2011, S. 55 f.

1350 So sieht *Schoen* durch die Änderung der Terminologie durch das BVerwG keine inhaltliche Neuausrichtung (in: Beckmann et. al., Kommentar Landmann/Rohmer Umweltrecht, 102. EL September 2023, § 50 BImSchG, Rn. 32), wohingegen *Grüner* die Haltung des BVerwG als geklärt betrachtet. Nach ihm hat das BVerwG sich mit dem Begriff Abwägungsdirektive von der Diskussion um das Optimierungsgebot abgewandt. Diese ging dem BVerwG zu weit und das BVerwG hatte im Übrigen auch schon in dem ersten Urteil von 1985 den nun verfolgten Umfang (des relativen Vorrangs) im Blick (UPR 2011, S. 56).

1351 So *Dreier, J.*, Steuerung der planerischen Abwägung, S. 122 f. Ebenso *Grüner*, UPR 2011, S. 54.

1352 So *Dreier, J.*, Steuerung der planerischen Abwägung, S. 122 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Alle Stimmen sind sich jedoch in dem Punkt einig, dass mit der Gewichtungserhöhung zumindest zugleich die Argumentationslast erhöht wird, sollte die Behörde sich gegen den optimierten Belang entscheiden. Einige Stimmen sehen die Wirkung einer Gewichtungserhöhung jedoch schon darin erschöpft.[1353] Entscheidend ist auch, dass die mit einer normativen Gewichtungsvorgabe unterstützten Belange in der Abwägung unterliegen können und dass dies eine Entscheidung des Einzelfalls sei.[1354]

Bei der aufgeführten Diskussion könnte es hilfreich sein, zwei Ebenen voneinander zu unterscheiden. Zum einen geht es grundsätzlich um die dogmatische Frage, ob der Raum zwischen den strikten Normen und dem freien Abwägungsgebot nur durch eine Art der normativen Gewichtungsvorgabe ausgefüllt werden kann, oder ob sich mehrere Arten dogmatisch sauber klassifizieren lassen. Hier bieten sich als mögliche Rechtsfiguren die relative Vorrangregel bzw. die Abwägungsdirektive (wie sie nach der Rechtsprechung des BVerwG nun bezeichnet wird und welche die Gewichtung des Belangs erhöht) und das Optimierungsgebot (wie es von *Hoppe* entwickelt wurde und welches als „qualifiziertes Berücksichtigungsgebot" die weitgehende Berücksichtigung der unterstützten Belange verlange[1355]) an.[1356] Und zum zweiten ginge es dann um die spezifischere Frage, welche konkrete Norm welcher Art zuzuordnen ist, mit dem möglichen Ergebnis, dass bisher nur eine Art der normativen Gewichtungsvorgabe (nämlich erstere) von dem Gesetzgeber gewählt wurde (bzw. sich nur eine Art aus den Gesetzestext gewinnen lässt).

1353 *Wahl/Dreier*, *J.*, NVwZ 1999, S. 617; *Koch* spricht insofern von einer Vermutung der Vorrangigkeit, die nur mit spezifischer Argumentationslast zu überwinden sei (Immissionsschutz durch Baurecht, S. 64). Ebenso im Ergebnis *Grüner*, UPR 2011, S. 53 f. Dies sieht *Hoppe* jedoch nur als Folge an, nicht als die vordergründig bezweckte Wirkung eines Optimierungsgebots (DVBl. 1992, S. 860).

1354 So hebt es das BVerwG hervor (Urteil v. 16.3.2006, 4 A 1075.04, BVerwGE 125, 116 (172 Rn. 164) = NVwZ-Beilage 2006, S. 13).

1355 BVerwG, Urteil v. 16.3.2006, 4 A 1075.04, BVerwGE 125, 116 (172 Rn. 164) = NVwZ-Beilage 2006, S. 13.

1356 Die hier zu verwendende Terminologie ist damit der Rechtsprechung des BVerwG entnommen. Wobei sich nach dem allgemeinen Sprachgebrauch der Terminus Abwägungsdirektive eher als Überbegriff für alle normativen Gewichtungsvorgaben eignen würde (wenn es denn mehrere geben sollte). (Vgl. demgegenüber *J. Dreier*, der den Begriff Optimierungsgebot als Synonym für die normativen Gewichtungsvorgaben, die eine Gewichterhöhung herbeiführen, verwendet (Steuerung der planerischen Abwägung, S. 121, 123). Dies trägt zur Verwirrung bei).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Für die vorliegende Arbeit werden nun die konkreten Normen in den Blick genommen, um die Diskussion –wenn nötig– auf der Ebene des Bergrechts fortzusetzen.

b. Abwägungsvorgabe durch den § 1 BBergG

Enthält nun also der § 1 BBergG als Zielbestimmung des Gesetzes eine normative Gewichtungsvorgabe? Eine Zielbestimmung hat an sich auf die nachfolgenden Vorschriften Ausstrahlungswirkung und muss als „Richtschnur“[1357] zur Auslegung herangezogen werden.[1358] Nicht nur über die Auslegung des Gesetzestextes entfaltet eine Gesetzeszielbestimmung seine Wirkung, sondern auch über die Ermessens- und Abwägungsleitung,[1359] die hier im Folgenden in Frage steht. So hat die Behörde, die dazu berufen ist, eine nicht vollständig gesetzlich determinierte Entscheidung zu treffen, das Gesetzesziel zu berücksichtigen. Es stellt sich die Frage, ob – über die beschriebene Wirkung hinaus – aus dem § 1 Nr. 1 BBergG tatsächlich eine generell stärkere Gewichtung der Bergbauinteressen im Rahmen einer Abwägung zuzusprechen ist, sodass sich die bergbaulichen Interessen im Ergebnis eher durchzusetzen vermögen. Zunächst ist festzuhalten, dass sich dies aus dem Wortlaut der Norm nicht explizit ergibt. So geht § 1 Nr. 1 BBergG gar nicht auf die Abwägungssituation ein oder stellt auch nicht explizit ein Verhältnis von bergbaulichen Belangen zu sonstigen her. Die Gewichtungsvorgabe müsste der Norm durch Auslegung entnommen werden – entscheidend ist der spezifische Regelungsgehalt.[1360]

Der Bodenschatzabbau soll durch das BBergG nicht nur gewährleistet, sondern gefördert werden (im Rahmen des übergeordneten Ziels der Sicherung der Rohstoffversorgung). Gefördert wäre der Bergbau ohne weiteres, wenn er sich in der Abwägung verstärkt durch eine höhere Gewichtung seiner Belange durchzusetzen vermag. Fraglich ist aber, ob der Gesetzeszweck diese normative Gewichtung zugunsten des Bergbaus auch einfordert. Vielmehr könnte eine Förderung des Bergbaus zur Sicherung der Rohstoffversorgung auch in anderen Normbereichen zu Tage treten, sei

1357 *Boldt/Weller*, BBergG, 1984, § 1 Rn. 1.
1358 *Von Hammerstein* in: Boldt et al., BBergG, § 1 Rn. 1.
1359 *Frenz*, Bergrecht & Nachhaltige Entwicklung, S. 14; *Von Hammerstein* in: Boldt et al., BBergG, § 1 Rn. 1.
1360 *Dreier, J.*, Steuerung der planerischen Abwägung, S. 95.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

es in der Möglichkeit der Beleihung des Bergwerkseigentums oder in den Haftungsregelungen und Kausalitätsnachweisen im Bergschadensrecht. Aus dieser Wortwahl des „Förderns" lässt sich lediglich schließen, dass der Bodenschatzabbau dem Gesetzgeber ein wichtiges Anliegen ist, die öffentlichen bergbaulichen Interessen damit gewichtige Belange sind. Damit wird aber noch keine Aussage darüber getroffen, wie der (wichtige) Belang sich zu anderen Belangen verhält, ob er etwa gewichtiger ist als andere und dies in einer Abwägung zu berücksichtigen wäre.[1361]

Dieser Befund wird durch den Blick in die Gesetzesmaterialien unterstützt: hier findet sich kein Hinweis auf eine beabsichtigte höhere Gewichtung der Bergbauinteressen gegenüber anderen Interessen.[1362] Vielmehr hat der Gesetzgeber den Ausgleich mit anderen außerbergrechtlichen Belangen nicht schaffen wollen, sondern dies den anderen Fachgesetzen überlassen.[1363] Gerade von diesem „umfassenden Regelungsverzicht"[1364] als Selbstverständnis des BBergG ausgehend, kann dann nicht aus dem Wortlaut des § 1 BBergG auf eine normative Abwägungsgewichtungsvorgabe zum Nachteil anderer Belange geschlossen werden.[1365] Weiterhin muss ins Feld geführt werden, dass auch die Gesamtabwägung erst durch die (begriffswidrige)[1366] richterrechtliche Rechtsfortbildung nachträglich in das Gesetz hineingelesen wurde. Schon allein aus diesem Grund kann nicht davon gesprochen werden, dass es dem Gesetzeswillen entsprach diese Abwägung nun in so starkem Maße leiten zu wollen.

Die amtliche Überschrift kennzeichnet § 1 Nr. 1 BBergG darüber hinaus als Gesetzeszweckbestimmung. Es ist eher unüblich[1367] aus den allgemeinen Gesetzeszielbestimmungen eine konkrete Abwägungsvorgabe herzuleiten. Gerade wegen des hohen Abstraktionsgrads des formulierten Ziels bieten sie sich nicht als Ankerpunkt für eine Abwägungsvorgabe an.[1368] *J. Drei-*

1361 Nicht aber folgt diese Gewichtung allein aus der Tatsache, dass Bodenschätze standortgebunden sind (vgl. auch *Durner*, Konflikte räumlicher Planungen, S. 374).

1362 BT-Drs. 8/1315, S. 74.

1363 Wirtschaftsausschuss, Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, BT-Drs. 8/3965 vom 30.04.1980, S. 130.

1364 So *Vitzthum/Piens* in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum (Hrsg.), BBergG, § 48 Rn. 4.

1365 Eher dann schon im innerbergrechtlichen Interessenausgleich.

1366 Zur Kritik siehe Kapitel 2 H. I.

1367 *J. Dreier* untersucht in diesem Zusammenhang die diskutierten § 1 a WHG a.F. und § 1 I BNatSchG und lehnt nachvollziehbar eine aus diesen §§ abgeleitete Gewichtungsvorgabe ab (Steuerung der planerischen Abwägung, S. 179 ff.).

1368 *Dreier, J.*, Steuerung der planerischen Abwägung, S. 182.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

er klassifiziert derartige Vorschriften mit abstrakten Oberzielen, die i.d.R. den Gesetzen vorangestellt sind und in der amtlichen Überschrift als „Gesetzeszwecke" oder „Ziele" bezeichnet werden, als generellen Planungsleitbegriff.[1369] Die Normen wirken nur derart, dass sie den Planungsauftrag umreißen und insofern die Verwaltung daran hindern andere Ziele zu verfolgen, die diese generellen Planungsleitbegriffe nicht vorsehen. Sie haben vor allem rechtspolitische Bedeutung und steuern nicht die Gewichtung.[1370] Sollten tatsächlich sämtlichen generellen Planungsleitbegriffen, die einseitig einen Belang hervorheben leichtfertig eine Gewichtungsfunktion entnommen werden, so ist zu vermuten, dass sich die allgemeine Hervorhebung im Ergebnis wieder nivelliert. Auch ist es dem Gesetzgeber ohne Schwierigkeiten möglich, konkrete Abwägungsvorgaben zu schaffen, die im Zusammenhang mit dem Erfordernis der Abwägung und der Einhaltung des Abwägungsgebotes stehen. Wenn den einleitenden Zweckbestimmungen trotzdem derart weitreichende Folgen entnommen werden sollten, so wären die Grenzen der Auslegung erreicht.

Es ist festzuhalten: Weder aus dem Wortlaut noch aus der historischen und teleologischen Auslegung lässt sich aus dem § 1 Nr. 1 BBergG eine normative Gewichtungsvorgabe (weder in Form der Optimierungsklausel noch in Form des relativen Vorrangs) gewinnen.[1371] Der Bergbau erlangt in der Abwägung gegenüber anderen Belangen durch § 1 Nr. 1 BBergG kein erhöhtes Gewicht.

c. Abwägungsvorgabe durch die Rohstoffsicherungsklausel (§ 48 I S. 2 BBergG)

Strittig ist, ob sich die sog. Rohstoffsicherungsklausel (§ 48 I S. 2 BBergG) auf die Gesamtabwägung (aus § 48 II S. 1 BBergG) als normative Gewich-

1369 *Dreier, J.*, Steuerung der planerischen Abwägung, S. 167.

1370 *Dreier, J.*, Steuerung der planerischen Abwägung, S. 184.

1371 So auch *Frenz*, DVBl. 2016, S. 680. *Frenz* lehnt eine relative bergrechtliche Vorrangstellung ab. Argumentativ führt er an, dass in § 1 Nr. 1 BBergG die ökologischen und ökonomischen Elemente gleichrangig zu berücksichtigen sind und dass dies Art. 20a GG ebenso vorsehe. Darüber hinaus können die mittels Unionsrecht geschützten Umweltbelange nicht durch das Bergrecht zu nachrangigen Belangen abgewertet werden. Auch auf nationaler Ebene würden die Umweltgesetze keine Ausnahme für das Bergrecht vorsehen und insofern auch für bergrechtliche Vorhaben gelten.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tungsvorgabe auswirkt.[1372] Hierzu muss zunächst der Regelungskontext der sog. Rohstoffsicherungsklausel dargestellt werden.

aa. Die inhaltlichen Aussagen der sog. Rohstoffsicherungsklausel, § 48 I S. 2 BBergG

Der § 48 I S. 2 BBergG steht im Regelungszusammenhang mit § 48 I S. 1 BBergG. § 48 I BBergG soll das Verhältnis von unterschiedlichen Rechtsbereichen zum Bergrecht regeln.[1373] Hier geht es um das Verhältnis der Verbote von bergrechtlichen Vorhaben durch das BBergG zu den Verboten aus außerbergrechtlichen grundstücksbezogenen Vorschriften. Nach Satz 1 bleiben letztere durch Regelungen des BBergG unberührt. Als Grundstücke, die in besonderer Weise einem öffentlichen Zweck gewidmet sind, der bergbauliche Tätigkeiten verbieten oder beschränken könnte, listet die Gesetzesbegründung beispielhaft die öffentlichen Verkehrswege, Wasserschutz-, Naturschutz-, Landschaftsschutzgebiete, Wasserstraßen und militärische Schutzbereiche auf.[1374]

Der Gesetzgeber führt hierzu aus, dass er an einem bis dahin üblichen grundstücksbezogenen bergrechtlichen Aufsuchungsverbot nicht festhalte, weil „ein solches bergrechtliches Verbot zu einer kaum aufzulösenden Kollision mit den vielfältigen, zum Teil mehrstufigen Schutznormen in anderen Gesetzen führen"[1375] würde. Dies kann nur so verstanden werden, dass der Gesetzgeber eine Verdrängung der außerbergrechtlichen Verbote im Rahmen des lex specialis Grundsatz befürchtet hat und durch den § 48 S. 1 BBergG klarstellend verhindert. Für die Anwendung von Kollisionsnormen und die Regelung des Anwendungsvorrangs ist es aber eine notwendige Voraussetzung, dass sich die Normenbereiche überschneiden (und unter-

1372 *Frenz*, Bergrecht & Nachhaltige Entwicklung, S. 75. Für eine größere Durchsetzungsfähigkeit der bergrechtlichen Interessen: BVerwG, Urteil v. 04.07.1986 - 4 C 31.84, BVerwGE 74, 315 (318) – Altenberg; OVG Bautzen, Urteil v. 17.08.2018, 1 A 320/17, BeckRS 2018, 37972, Rn. 78; OVG Magdeburg, Urteil v. 7.12.2016, 2 L 21/14, BeckRS 2016, 117812, Rn. 54; *Kühne* in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 27; *Vitzthum/Piens* in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 48 Rn. 15 (m.w.N. in Rn. 14).

1373 *Kühne* in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 6 ff.

1374 BT-Drs. 8/1315, S. 104.

1375 BT-Drs. 8/1315, S. 104.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schiedliche Rechtsfolgen anordnen).[1376] *Rasel* weist zutreffend daraufhin, dass sich die Normenbereiche nicht überschneiden,[1377] es somit also gar kein Raum wäre für die Anwendung einer Kollisionsregelung.

Bei der Anwendung dieser außerbergrechtlichen Vorschriften soll nun gem. S. 2 dafür Sorge getragen werden, dass die Aufsuchung und Gewinnung so wenig wie möglich beeinträchtigt werden.[1378] Wenn demnach das außerbergrechtliche Fachgesetz ein Verbot bergbaulicher Tätigkeit in das Ermessen der Behörde stellt, so hat sich diese dabei von § 48 I S. 2 BBergG leiten zu lassen. Dieser wird in diesem Zusammenhang auch als ein Optimierungsgebot bezeichnet.[1379] Eine Anwendung findet § 48 I S. 2 BBergG dann nicht, wenn die Behörde erst gar nicht in eine Abwägung eintreten muss.[1380]

bb. § 48 I S. 2 BBergG als normative Gewichtungsvorgabe

Die Anwendung von § 48 I S. 2 BBergG auf den Absatz 2 wird meist nicht weiter problematisiert.[1381] Und dies, obwohl sich der Anwendungsbereich des § 48 II BBergG ausdrücklich nicht auf Fälle des § 48 I BBergG, und damit auch nicht auf die Rohstoffsicherungsklausel, bezieht.[1382] (Im Übrigen genießt der § 48 I BBergG Anwendungsvorrang vor dem Absatz 2.)[1383]

1376 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 770.

1377 Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 178 f.; So auch Kühne, der von einer rein deklaratorischen Bedeutung spricht (in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 7).

1378 Diese sog. Rohstoffsicherungsklausel geht auf einen Vorschlag des Wirtschaftsausschusses zurück. Er begründet dies damit, dass „eine der Bedeutung der Rohstoffsicherung, d. h. der möglichst optimalen Erforschung und Nutzung heimischer Lagerstätten angemessene Abwägung zwischen den divergierenden Interessen notwendig ist […]" (BT-Drs. 8/3965, S. 31, 136 f.).

1379 *Kloepfer*, Umweltrecht, § 11 Rn. 514; siehe auch *Vitzthum/Piens* in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 48 Rn. 14 m.w.N.

1380 *Vitzthum/Piens* in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 48 Rn. 13; *Kühne* in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 26.

1381 Kritisch zur extensiven Anwendung der sog. Rohstoffsicherungsklausel: *Kaiser*, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 257 f.; *v. Weschpfennig*, Strukturen des Bergrechts, S. 232 f.

1382 *Kühne* in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 28.

1383 „In anderen Fällen als denen des Absatzes 1 […]" § 48 II S. 1 BBergG; *Vitzthum/Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 48 Rn. 3. Zur Norm des § 48 I BBergG vgl. die Ausführungen oben Kapitel 2 H. II. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Damit ist eine direkte Anwendung des § 48 I S. 2 BBergG als normative Gewichtungsvorgabe der Gesamtabwägung des Absatzes 2 ausgeschlossen. Es bliebe daher nur die Möglichkeit § 48 I S. 2 BBergG auf die Gesamtabwägung analog anzuwenden. Die Voraussetzungen der Analogie sind eine bestehende planwidrige Regelungslücke einer Norm und eine Norm mit ähnlicher Interessenlage, die aber für den in Frage stehenden Sachverhalt nicht (direkt) anwendbar ist.[1384]

Die planwidrige Regelungslücke besteht dann, wenn der Gesetzgeber den bestimmten Sachverhalt übersehen und somit auch nicht geregelt hat (so nach der subjektiven Auslegungstheorie). Nach der objektiven Auslegungstheorie soll es hingegen unabhängig vom Willen des Gesetzgebers, auf die Wertungswidersprüche ankommen, die das Gesetz aufwirft, die sich nicht mittels der Auslegung überwinden lassen und die folglich eine Analogie erforderlich machen (aus Gründen des Gleichheitsgebotes des Art. 3 I GG).[1385]

Der Tatbestand der Gewichtungsvorgabe, wie er sich aus § 48 I S. 2 BBergG ergeben solle, müsste demnach vom Gesetzgeber planwidrig nicht auch für die Gesamtabwägung geregelt worden sein (subjektive Auslegungstheorie) oder aber aus der Gewichtungsvorgabe im Rahmen des § 48 I BBergG und der fehlenden Gewichtungsvorgabe im Rahmen des § 48 II BBergG müsste sich ein Wertungswiderspruch ergeben (objektive Auslegungstheorie). Von ersterem kann nicht ausgegangen werden. Schon allein die Tatsache, dass der Gesetzgeber selbst die Gesamtabwägung nicht geregelt hat und sie erst durch (begriffswidrige)[1386] richterliche Rechtsfortbildung ins bergrechtliche Verfahren Eingang gefunden hat, macht die Annahme, dass er die bergrechtliche Gewichtungsvorgabe (i.S. einer Abwägungsdirektive oder eines Optimierungsgebotes) übersehen hätte, schlichtweg unmöglich. Demnach ist das Gesetz auf Wertungswidersprüche hin zu untersuchen. Im Rahmen des § 48 I geht es um die Leitung des Ermessens bei Anwendung von den Bergbau verbietenden außerbergrechtlichen Normen mit Grundstücksbezug. Erst wenn das Bergbauvorhaben nicht schon an einem solchen außerbergrechtlichen Verbot scheitert, ist der Weg für eine Gesamtabwägung frei. Dabei geht es darum, dass ein Eingriff in Rechtsgüter Dritter, vor allem im Rahmen einer Enteignung, nur dann zulässig ist, wenn das Vorhaben insgesamt wünschenswert ist. In die Rechte

1384 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 889.
1385 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 796 f.
1386 Zur umfassenden Kritik der Gesamtabwägungslehre siehe unter Kapitel 2 H.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dritter darf nicht zugunsten der Verwirklichung eines Vorhabens eingegriffen werden, dem überwiegende Interessen entgegenstehen. Dies ist aber eine ganz andere Rechtsfrage als die punktuelle Prüfung einer außerbergrechtlichen Verbotsnorm. Deswegen kann aus dem Vergleich einer bergbaulichen Begünstigung in der einen Norm und der fehlenden bergbaulichen Begünstigung in der anderen Norm auf keinen Wertungswiderspruch geschlossen werden. Es bleibt der Entscheidung des Gesetzgebers vorbehalten, ob er eine normative Gewichtungsvorgabe für die Verwaltung schaffen möchte, die sich zugunsten des Bergbaus auswirken wird. Eine analoge Anwendung des § 48 I S. 2 BBergG ist nicht zulässig und würde die Grenze der richterlichen Rechtsfortbildung überschreiten.

d. Abwägungsvorgabe durch die Zusammenschau der Normen oder die Grundausrichtung des BBergG

Zum Schluss kann überlegt werden, ob sich aus der Grundausrichtung des BBergG eine normative Gewichtungsvorgabe ableiten lässt. So sollen die Wertungen der Normen des § 1 Nr. 1 BBergG, des § 48 I S. 2 und sonstiger, den Bergbau privilegierender Vorschriften ergeben, dass der Bergbau in einer Gesamtabwägung erhöhtes Gewicht erhalte. Sollte damit gemeint sein, dass die bergbaulichen (öffentlichen) Interessen besonders sorgfältig und vollständig zu ermitteln sind, kann dies bekräftigt werden. Dies wäre mit *J. Dreier* wichtig, um die interne Gewichtigkeit des bergbaulichen Belangs festzustellen. Hier ginge es um die sachgerechte Ermittlung des Gewichts des Vorhabens bezogen auf Bergbauvorhaben im Allgemeinen.[1387] So würde eine Behörde das interne Gewicht falsch ermitteln, sollte sie bei einem Abbauvorhaben nicht die Seltenheit des spezifischen Rohstoffvorkommens berücksichtigen oder seine Standortgebundenheit. Dies wäre der Fall, wenn sie etwa ein Vorhaben, das Sand abbaut nicht anders bewerten würde als eines, das seltene Erden abbaut. Diesbezüglich könnte man von einer Hinweisfunktion sprechen.[1388] (Im Übrigen sind natürlich auch die Interessen, die gegen den Bergbau sprechen vollständig und sorgfältig zu ermitteln.)

1387 *Dreier, J.*, Steuerung der planerischen Abwägung, S. 78.

1388 Eingehend zur Hinweisfunktion: *Dreier, J.*, Steuerung der planerischen Abwägung, S. 196 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hier geht es aber um den zu schaffenden Ausgleich mit anderen Belangen. Das Verhältnis des Belangs Bergbau gegenüber entgegenstehenden Belangen kann nicht aus einer Grundhaltung des BBergG abgelesen werden. Auch hier kann wiederum auf das Selbstverständnis des historischen Gesetzgebers hingewiesen werden, der den Bergbau gerade isoliert regeln wollte und das Berggesetz von dem Ausgleich mit anderen Belangen freihielt. Darüber sind die dem Bergbau zugrundeliegenden rechtspolitischen Bewertungen dem Wandel der Zeit unterworfen.[1389] Gerade in Hinblick auf die begrenzte Schadstoffaufnahmekapazität der Erde und das Bewusstsein um die Endlichkeit der Ressourcen, mutet es verfehlt an, aus einzelnen Normen einen Geist des BBergG zu beschwören, der sich dann in der konkreten Abwägungsentscheidung im Ausgleich der Interessen niederschlagen soll. Auch ist die ermittelte positive Grundhaltung des BBergG gegenüber den Bergbaubelangen zu allgemein und abstrakt, um hieraus die weitreichende und spezifische Rechtsfolge der Gewichtungsvorgabe herbeizuführen. Der Gesetzgeber hätte dies ausdrücklich regeln müssen.

Der Schluss von einer Grundhaltung des BBergG auf eine normative Gewichtungsvorgabe der Gesamtabwägung führt zu weit.

e. Fazit

Dem BBergG kann damit weder aus den Einzelnormen des § 1 Nr. 1 BBergG und des § 48 I S. 2 BBergG noch aus einer Gesamtschau der bergbaubegünstigenden Normen auf eine normative Gewichtungsvorgabe geschlossen werden. Die Gesamtabwägung im Rahmen des Rahmenbetriebsplans ist damit in dieser Hinsicht nicht von dem Gesetzgeber bergbaufreundlich geleitet. Das Verteilungskriterium der Gewichtigkeit wird damit nicht durch eine normative Gewichtungsvorgabe zugunsten des Bergbaus verändert.

3. Beachtung aller privaten und öffentlichen Interessen innerhalb der Gesamtabwägung?

Im Folgenden muss untersucht werden, ob die Gesamtabwägung im § 48 II S. 1 BBergG tatsächlich *alle* öffentlichen und privaten Belange, die für und

1389 *Ziehm*, ZUR 2014, S. 459 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gegen das Vorhaben sprechen, unter und gegeneinander abgewogen werden sollen,[1390] was zumindest hinsichtlich der Berücksichtigung der privaten Interessen des Bergbauunternehmers ressourcenethisch zu kritisieren wäre. Die Rechtsprechung berücksichtigt auch alle öffentlichen Belange, die für den Bergbau sprechen („die berechtigten Belange[] des Bergbaus").[1391] Fraglich ist, ob die ursprüngliche Herleitung der Abwägung auch eine Gesamtabwägung im eigentlichen Sinne stützt oder ob nur bestimmte Belange des Bergbaus berücksichtigt werden können.

Die Argumentation der Herleitung stützt sich auf die (fehlerhafte)[1392] Schlussfolgerung, dass es im öffentlichen Interesse nach § 48 II S. 1 BBergG läge, private Rechte nicht unrechtmäßig zu verletzen. Wenn demnach vorhersehbar wäre, dass das Bergbauvorhaben nur mit einer unrechtmäßigen Enteignung auszuführen wäre, so stünden öffentliche Interessen entgegen und es könne schon gar nicht zugelassen werden.[1393] Es habe somit eine umfassende Prognose der Enteignungsfähigkeit stattzufinden.[1394] Weil die Prüfung einer Enteignung aber auch eine Abwägung beinhaltet (hier Enteignungsabwägung genannt), konnte nach dieser Logik eine solche aus der Grundabtretungsprüfung auch für § 48 II S. 1 BBergG übertragen werden (vgl.).[1395] Das heißt aber zugleich, dass die Abwägung des § 48 II BBergG nun vom Umfang her nicht über die Enteignungsabwägung hinausgehen kann. Auch das BVerfG und das OVG Münster (Vorinstanz)

1390 Davon geht *Frenz* aus (DVBl. 2016, S. 680).

1391 BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwG 126, 205 ff. (210; Rn. 20) – Garzweiler. So fasst auch das BVerfG die Auslegung des § 48 II durch das BVerwG auf: BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (349 f. Rn. 313, 315) – Garzweiler.

1392 Hierzu unter Kapitel 2 H. I.

1393 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. und H.

1394 In der Zulassung des Rahmenbetriebsplans muss keine Prognose der Enteignungsfähigkeit erfolgen, sondern muss die Enteignungsfähigkeit selbst bindend festgestellt werden (so nach der enteignungsrechtlichen Vorwirkung, die vom Gesetzgeber bei einer Minimalanpassung des BBergG einzuführen wäre). Folgt man nicht dieser Ansicht, so müsste nach der Auffassung der herrschenden Meinung trotzdem eine umfassende Prognose der Enteignungsfähigkeit stattfinden.

1395 BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 (209 f., Rn. 19 f.) – Garzweiler.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gingen davon aus, dass die Abwägungen der Enteignung und der Zulassung inhaltlich (weitgehend) identisch seien, sie würden sich naturgemäß nicht voneinander unterscheiden.[1396] Das BVerfG führt nur die Möglichkeit an, dass sich Unterschiede hinsichtlich der geringeren Konkretisierung in der Zulassungsentscheidung ergeben könnten.[1397] Das OVG NRW geht noch einen Schritt weiter und vertritt die Meinung, dass die Frage des Allgemeinwohlerfordernisses des § 79 I BBergG in der Gesamtabwägung zu § 48 II BBergG vollständig aufgehe.[1398]

Es ist damit zu untersuchen, ob die Enteignungsabwägung tatsächlich eine Gesamtabwägung ist, wie das BVerwG[1399] und auch das BVerfG[1400] annehmen oder ob die Abwägung nur bestimmte Belange berücksichtigt. Im letzteren Fall würde sich eine *Gesamt*abwägung des § 48 II nicht mehr auf die vorgebrachte Herleitung stützen können und hätte schlicht keine Verankerung mehr im Gesetzestext und damit keine Grundlage.

Im Folgenden wird der Kontext der Enteignungsabwägung dargestellt, um dann im zweiten Schritt auf den Inhalt der Abwägung zu sprechen zu kommen.

a. Kontext der Enteignungsabwägung

Art. 14 III S. 1 GG gestattet eine Enteignung nur, wenn sie dem Wohl der Allgemeinheit dient. Sie ist der Grund für die Enteignung, aber auch ihre Grenze.[1401] Dieser unbestimmte Rechtsbegriff des Allgemeinwohls

1396 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (310, 351 (Rn. 218 und 318)) – Garzweiler; OVG Münster, Urteil v. 21.12.2007 - 11 A 3051/06, BeckRS 2008, 31321, Rn. 41 = DÖV 2008, S. 521 (Ls).

1397 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (351 Rn. 318) – Garzweiler.

1398 OVG Münster, Urteil v. 21.12.2007 - 11 A 3051/06, BeckRS 2008, 31321, Rn. 41 = DÖV 2008, S. 521 (Ls).

1399 Das BVerwG benutzt nicht die Terminologie, führt aber aus, dass in der Abwägung des § 48 II BBergG sich nun die berechtigten Belange des Bergbaus und umfassend die davon berührten öffentlichen und privaten Interessen gegenüberstünden (Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 ff. (209, Rn. 20) – Garzweiler).

1400 So benennt das BVerfG die Abwägung als Gesamtabwägung: Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242, Leitsätze 3 und 6, sowie u.a. Rn. 159, 166, 188 – Garzweiler.

1401 Mit den Worten des BVerfG: „Das in Art. 14 III S. 1 GG verlangte Gemeinwohlziel ist die vom Grundgesetz geforderte zentrale materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung einer jeden Enteignung. Ungeachtet aller anderen Anforderungen ist die

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

muss vom einfachen Gesetzgeber im Enteignungsgesetz näher bestimmt werden. Dabei darf er nicht auf jedwedes öffentliche Interesse zurückgreifen, sondern es muss sich um ein besonders gewichtiges und dringendes öffentliches Interesse handeln.[1402] Dies sind nach § 79 I BBergG (nach derzeitiger Rechtslage)[1403] die öffentlichen Interessen an der Versorgung des Marktes mit Rohstoffen und die öffentlichen Interessen an dem Erhalt von Arbeitsplätzen.[1404] Zum Allgemeinwohlerfordernis gehört aber nicht allein, dass das Vorhaben ein legitimes, bzw. ein besonders gewichtiges öffentliches Interesse verfolgt, sondern auch, dass das Vorhaben insgesamt verhältnismäßig ist.[1405] Ein Vorhaben, zu dessen Gunsten enteignet wird, dem aber überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen, kann sich gerade nicht auf das Allgemeinwohl berufen, auch wenn sich ein vereinzelter oder mehrere Allgemeinwohlbelange für es auszusprechen vermögen.[1406] Es muss in seiner Gesamtheit wünschenswert sein. Darum ist neben dem legitimen Ziel, welches der Gesetzgeber als so gewichtig im Enteignungsgesetz herausgegriffen hat, auch die Geeignetheit, die Erforderlichkeit und die Angemessenheit zu prüfen. Hinsichtlich der Erforderlichkeit und der Angemessenheit liegt aber die Besonderheit einer Doppelprüfung vor. So muss, erstens, die Erforderlichkeit der Enteignung für das bergbauliche Vorhaben untersucht werden. Es darf kein milderes Mittel geben, welches gleich geeignet wäre um das Vorhaben auch ohne Enteignung durchzuführen. Die

---

Enteignung nur dann, nur insoweit und nur solange verfassungsgemäß, als sie zum Wohl der Allgemeinheit erfolgt." (Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (292 Rn. 170) – Garzweiler. *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 27, Rn. 58.

1402 BVerfG, Urteil v. 24.03.1987 - 1 BvR 1046/85, BVerfGE 74, 264 (288 f.) – Boxberg; *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Düring, Losebl. (Stand: Mai 2023), Art. 14 GG, Rn. 680; *Kempny,* in: Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Dreier GG, Art. 14, Rn. 148; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 27, Rn. 58. *Frenzel* stellt den Erkenntniswert dieser Formel infrage (Das öffentliche Interesse als Voraussetzung der Enteignung, S. 99 f.).

1403 Unter Berücksichtigung der einschränkenden Auslegung des BVerfG (Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (301, 303 f. (Rn. 196, 200, 203)) – Garzweiler); ausführlich unter Kapitel 2 D. I. 1. b.

1404 Beide stehen in der Kritik: *Leisner*, DBVl. 1988, S. 560 f.; *Hoppe/Beckmann*, Grundeigentumsschutz, S. 43 f.; *Ziehm*, ZUR 2014, S. 459.

1405 *Kempny,* in: Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Dreier GG, Art. 14, Rn. 173; *Jarass*, DVBl. 2006, S. 1333; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 27, Rn. 59.

1406 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (298 f. Rn. 188) – Garzweiler.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Enteignung muss in diesem Sinne unverzichtbar sein.[1407] Zweitens muss das Vorhaben an sich aber auch für das Allgemeinwohl erforderlich sein. In dieser zweiten Erforderlichkeitsprüfung ist ein schwächerer Maßstab anzulegen, es kommt nicht auf die Unverzichtbarkeit an, sondern darauf, ob das Vorhaben vernünftigerweise geboten ist, und das ist es dann, wenn es einen substantiellen Beitrag zur Erreichung des Gemeinwohlziels zu leisten vermag.[1408]

Spiegelbildlich hat die doppelte Angemessenheitsprüfung zu erfolgen. Die Enteignungsmaßnahme muss angemessen sein, d.h. dass der Eingriff in Art. 14 I GG nicht außer Verhältnis zum Beitrag steht, den die Enteignung zur Verfolgung des Gemeinwohlziels leistet.[1409] Und auch die **Angemessenheit des Vorhabens** an sich muss geprüft werden. Es ist dann angemessen, wenn die Bedeutung des Vorhabens für das Allgemeinwohlziel im angemessenen Verhältnis zu den durch das Vorhaben beeinträchtigten Belangen steht. Es geht damit um die Frage „ob und inwieweit das jeweilige Vorhaben das Gemeinwohlziel zu fördern in der Lage ist"[1410] bei gleichzeitiger Berücksichtigung aller nachteilig betroffenen öffentlichen und privaten Belange. Und dieser Aspekt ist nun der Prüfungspunkt, der aus der Grundabtretungsprüfung in § 48 II S. 1 BBergG als Gesamtabwägung übertragen wird.[1411]

b. Umfang der Enteignungsabwägung

Fraglich ist nun, ob auch alle für den Bergbau sprechenden Belange berücksichtigt werden müssen oder nur die Allgemeinwohlbelange, die der Gesetzgeber ausdrücklich in § 79 I BBergG als solche kenntlich machen musste.[1412] Das BVerfG äußert sich zu dieser Frage nicht eindeutig. Für

1407 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (296 f. Rn. 183) – Garzweiler. Das BVerfG prüft diese Voraussetzung unter Rn. 226.

1408 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (297 Rn. 184) – Garzweiler. Das BVerfG prüft diese Voraussetzung unter Rn. 227.

1409 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (298 Rn. 187) – Garzweiler.

1410 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (298 f. Rn. 188) – Garzweiler.

1411 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (298 f. Rn. 188, 318) – Garzweiler.

1412 Bezogen auf die Gesamtabwägung der Grundabtretung: BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (290 Rn. 166) – Garzwei-

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Berücksichtigung aller Belange spricht, dass das BVerfG auch diese Abwägung als Gesamtabwägung benennt[1413] und von einer mit der Gesamtabwägung der Rahmenbetriebsplanzulassung identischen Prüfung ausgeht.[1414] Dahingegen spricht das BVerfG wiederholt auch davon, dass die für das Vorhaben sprechenden *Gemeinwohl*belange gegen die entgegenstehenden öffentlichen und privaten Interessen abzuwägen sind.[1415] Hieraus könnte geschlossen werden, dass bei der Abwägung der Grundabtretung auf die Seite der Belange, die für den Bergbau sprechen, nur die Belange gelegt werden, die von dem gesetzlich formulierten Allgemeinwohlbelang gedeckt sind. Es wäre damit zwischen beachtenswerten bergbaulichen Allgemeinwohlbelangen gem. § 79 I BBergG und unbeachtlichen sonstigen öffentlichen bergbaulichen Interessen zu unterscheiden. Als Beispiel kann das öffentliche Interesse an der Förderung der Arbeitsplätze im Bergbau genannt werden, vorausgesetzt die Auffassung ist zutreffend, wonach die gesetzliche Ausformung des § 79 I BBergG in dieser Hinsicht als zu unbestimmt bewertet wird.[1416] Das private Interesse des Bergbauberechtigten an der Ausübung

---

ler. Bezogen auf die Gesamtabwägung der Rahmenbetriebsplanzulassung: ebd. Rn. 313, 315 f.; BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwG 126, 205 ff. (210, Rn. 20) – Garzweiler; *Jarass* spricht sich dafür aus, dass die privaten Interessen, die für den Bergbau sprechen, von vornherein unbeachtlich sind (DVBl. 2006, S. 1333).

1413 Die Benennung durch das BVerfG als Gesamtabwägung: Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242, Leitsätze 3 und 6, sowie u.a. Rn. 159, 166, 188 – Garzweiler.

1414 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (310, 351 (Rn. 218, 318)) – Garzweiler.

1415 So beispielsweise folgende Formulierung: „[…] weil sie es an der gemäß Art. 14 Abs. 3 GG erforderlichen Gesamtabwägung **zwischen verfolgtem Gemeinwohlziel** und entgegenstehenden öffentlichen und privaten Belangen fehlen lassen" (BVerfG, vom 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08, Rn. 159 – Garzweiler, Hervorhebung N.L.). Oder auch: „Ob dies der Fall ist, muss anhand einer Gesamtabwägung zwischen den für das Vorhaben sprechenden Gemeinwohlbelangen einerseits und den durch seine Verwirklichung beeinträchtigten öffentlichen und privaten Belangen andererseits entschieden werden." (a.a.O., Rn. 188). Und: „In welchem Ausmaß Enteignungen zum Zwecke der Gewinnung von Rohstoffen für die Versorgung des konkreten Marktes gerechtfertigt sein können, ist nach deren Bedeutung für das Gemeinwohl und nach der Gesamtabwägung […] zwischen der Gemeinwohldienlichkeit eines konkreten Gewinnungsvorhabens und den dadurch beeinträchtigten öffentlichen und privaten Belangen zu entscheiden" (a.a.O., Rn. 202; vgl. auch Rn. 211).

1416 Zur Kritik dieses Allgemeinwohlerfordernisses: *Leisner*, DBVl. 1988, S. 561.; *Ziehm*, ZUR 2014, S. 459. *Karpen* weist daraufhin, dass die Ausfüllung der wirtschafspolitischen Rechtsbegriffe nicht Sache der Bergbehörden sei (AöR 1981, S. 32 f.). Be-

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

seiner Bergbauberechtigung wäre von vornherein nicht als Allgemeinwohlbelang zu qualifizieren.[1417]

Um bewerten zu können, ob zugunsten des Bergbaus alle öffentlichen Interessen oder nur die Gemeinwohlbelange in der Abwägung der Grundabtretung zu berücksichtigen sind, muss darauf abgestellt werden, in welchem Kontext die Auslegung stattfindet und welche Auslegung Art. 14 III S. 1 GG einfordert. Die Abwägung ist in die Fragestellung eingegliedert, ob die konkret verfolgten Allgemeinwohlbelange, welche mit dem Bergbauvorhaben verwirklicht werden, in einem angemessenen Verhältnis zu den durch das Vorhaben hervorgerufenen Beeinträchtigungen stehen.[1418] Sollten in der Prüfung auf diese Frage, dann wiederum weitere öffentliche Bergbaubelange einfließen, so würde die Frage nach dem Verhältnis von Gemeinwohlbelang zu den Nachteilen gerade nicht beantwortet. Art. 14 III S. 1 GG stellt weiterhin unmissverständlich klar, dass eine Enteignung nur dann hinzunehmen sei, wenn sie dem Gemeinwohl dient.[1419] Hierzu stelle man sich die Fallkonstellation vor, in welcher der Allgemeinwohlbelang allein nicht ausreicht, um die entgegenstehenden öffentlichen und privaten Interessen zu überwiegen und nur mit dem Hinzutreten der einfachen weiteren bergbaulichen Interessen ein Überwiegen erreicht werden könnte (vgl. Abbildung 27). Hier würde sich die Enteignung nicht allein aus Gründen des Allgemeinwohls rechtfertigen lassen.[1420] Der Gesetzgeber hätte demnach einerseits die öffentlichen Belange zu sichten, einige als derart schwerwiegend und gewichtig zu erkennen, um diese als enteignungswürdig zu kennzeichnen, um dann aber letzten Endes diese Wertung zugunsten einer Gesamtbetrachtung beiseite gestellt zu sehen. Am offensichtlichsten wird dies bei der Frage, ob auch die privaten Interessen des Bergbauunternehmers berücksichtigt werden. Könnten diese zuletzt den Ausschlag zugunsten des Bergbaus geben, so wäre das Maß der Allgemeinwohlförderung nicht der entscheidende Faktor. Der Bergbau müsste vielmehr u.a. auch

züglich der Erfüllung des Bestimmtheitsgrundsatzes eines solcher Allgemeinwohlbestimmung hat das BVerfG grundsätzlich Zweifel angemeldet: BVerfG, Urteil v. 24.03.1987 - 1 BvR 1046/85, BVerfGE 74, 264 (287) – Boxberg.

1417 So auch *Jarass*, DVBl. 2006, S. 1333.

1418 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (298 f. Rn. 188) – Garzweiler.

1419 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (298 f. Rn. 188) – Garzweiler.

1420 Unmissverständlich hierzu auch *Jarass*: „Zur Rechtfertigung einer Enteignung genügt nicht jedes öffentliche Interesse" (DVBl. 2006, S. 1333).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Allgemeinwohlgründe für sich beanspruchen können. Es wäre dabei aber nicht entscheidend, in welchem Maße die Allgemeinwohlgründe betroffen sind. Dieser Befund ist mit der Wesentlichkeitstheorie, wonach der Gesetzgeber alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu entscheiden hat,[1421] und mit Art. 14 III S. 1 GG nicht vereinbar.

Zuletzt scheinen sich die Abwägungen darin zu unterscheiden, welches Ergebnis jeweils zu einer Ablehnung des Bergbauvorhabens führt. Bei der Zulassung des Rahmenbetriebsplans müssten die entgegenstehenden öffentlichen Interessen, in dessen Rahmen die Gesamtabwägung durchzuführen ist, überwiegen. Das hieße, dass bei einer Gleichgewichtigkeit, das Bergbauvorhaben noch zuzulassen wäre. Dahingegen soll bei einer Enteignung das Allgemeinwohl besonders gewichtig betroffen sein, um ausnahmsweise einen Rechtsentzug zu gestatten. Dies scheint ein Überwiegen der bergbaulichen Belange mit einigem Abstand zu fordern, jedenfalls würde eine Gleichgewichtung hier nicht reichen.

Es geht damit nicht um eine *Gesamt*abwägung im strengen Sinne, weil die bergbaulichen Interessen, die nicht zum Allgemeinwohlziel durch den Gesetzgeber geadelt wurden, in der Abwägung der Grundabtretung unbeachtlich sind. Die Durchführung einer vollumfassenden Gesamtabwägung kann sich damit nicht auf die Herleitung stützen und hat auch keine Verankerung im Gesetzestext. Dies scheint von den Gerichten nicht gesehen worden zu sein. Vielmehr war das Bedürfnis vorherrschend, komplexe Bergbauvorhaben nicht ohne eine vorläufige umfassende Gesamtabwägung aller für und gegen das Vorhaben sprechenden Belange zuzulassen, um den Anforderungen des Verfassungsrechts zu genügen.[1422]

Mit diesem Befund müsste die Zulassungsentscheidung eine Prognose der Enteignungsfähigkeit beinhalten, welche dann die Enteignungsabwägung durchführt, nicht aber eine Gesamtabwägung.

Zusätzlich muss auch die Rechtsnatur der Abwägung in den Blick geraten. So wird die Gesamtabwägung im Rahmen des Grundabtretungsverfahrens im Rahmen einer gebundenen Entscheidung vorgenommen und ist deshalb eine nachvollziehende und kann deshalb auch erst im Gerichtsverfahren nachgeholt werden.[1423] Die Gesamtabwägung im Rahmen der Zulassung ist, nach der soeben dargelegten vorzugswürdigeren Auslegung,

1421 BVerfG, Beschluss v. 8.08.1978 – 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89 (94) – Kalkar I.

1422 Vgl. BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (350 f. Rn. 315 ff.) – Garzweiler.

1423 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (316 Rn. 233) – Garzweiler.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

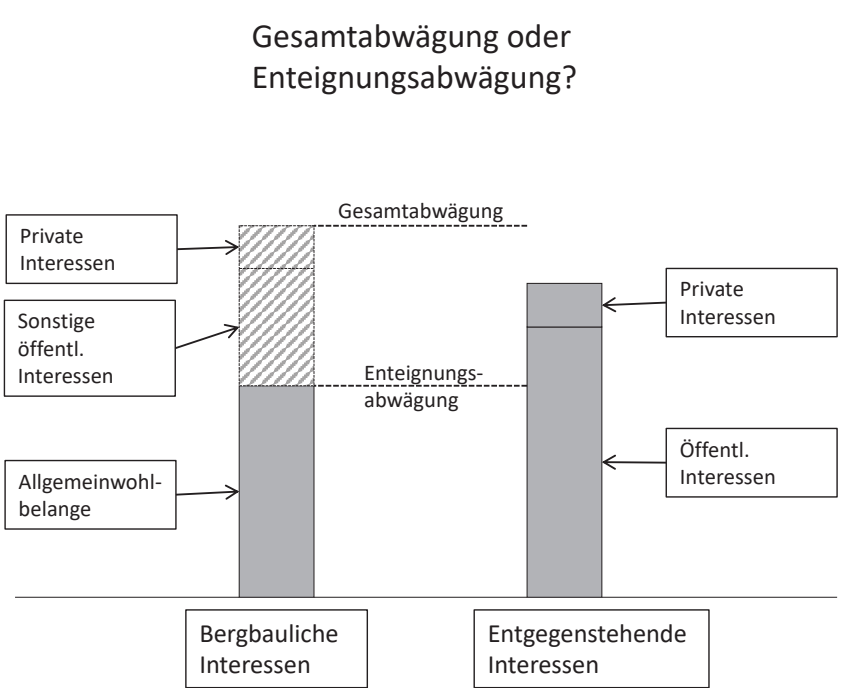

Abbildung 27: Der mögliche unterschiedliche Ausgang einer Gesamtabwägung verglichen mit der einer Enteignungsabwägung (eigene Erstellung)

eine planerische Abwägung (siehe unter II. 1.). Wenn der Rechtsanwender die Herleitung der Abwägung im Rahmen des § 48 II S. 1 BBergG ernst nimmt, so kann sich die Rechtsnatur der Abwägung durch das Verschieben der Prüfung auf einen früheren Zeitpunkt nicht ändern. Auch dies spricht wiederum gegen die Gesamtabwägungslehre.

c. Zwischenfazit

Die Enteignungsabwägung ist keine Gesamtabwägung, da sie für die bergbaulichen Belange nur die öffentlichen Belange einstellt, die unter das vom Gesetzgeber bestimmte Allgemeinwohl subsumiert werden können. Die Herleitung einer Gesamtabwägung in § 48 II BBergG aus der Prognose der Enteignungsfähigkeit trägt damit nicht und ist abzulehnen.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Gesamtabwägungslehre bleibt auch eine Antwort auf die Frage schuldig, ob eine Gesamtabwägung auch dann durchzuführen ist, wenn gar keine Enteignung droht (zum Beispiel in Fällen des freihändigen Verkaufs), es sich aber gleichwohl um komplexe Vorhaben handelt. Wenn gar keine Enteignung drohe, dann müsse die Rechtmäßigkeit der Enteignung, in dessen Prüfprogramm die vermeintliche Gesamtabwägung angesiedelt ist, auch eigentlich nicht geprüft werden. Nach der Rechtsprechung des BVerfG fordert die Verfassung es aber ein, dass ein komplexes Vorhaben nicht ohne Durchführung einer Gesamtabwägung gestattet wird.[1424] Hier zeigt sich nur eine weitere Baustelle der unzureichenden Rechtsentwicklung.

d. Kriterium: Allgemeinwohl

Die so eingeschränkte Berücksichtigung der bergbaulichen Interessen im Rahmen der Herleitung der vermeintlichen Gesamtabwägung verändert aber auch das Verteilungskriterium. Der Gesamtabwägung konnte das Kriterium der Gewichtigkeit der Belange entnommen werden. Nun steht aber mit der Anbindung an das Allgemeinwohlerfordernis als Verteilungskriterium das Allgemeinwohl als Kriterium im Vordergrund. Dies entspricht einer Veränderung der Begründungslast zulasten des Bergbauvorhabens. Auch stimmen damit die Verteilungskriterien für die Rechtspositionen an der Bodennutzung hinsichtlich der komplexen Großvorhaben, die im Rahmen der Zulassung des Rahmenbetriebsplans erfolgen, und aller anderen kleineren Vorhaben überein. Diese Veränderung des Verteilungskriteriums wird dem Ressourcenschutz und dem Aspekt, dass es sich mit dem Recht an der Bodennutzung schon um ein verteiltes Gut handelt, eher gerecht und ist insofern ressourcenethisch zu begrüßen.

Es konnte somit gezeigt werden, dass die ressourcenethisch zu kritisierende Berücksichtigung von privaten Interessen im Rahmen der Entschei-

1424 So ausdrücklich das BVerfG: „Eine solche Gesamtabwägung aller erheblichen Belange ist für die hier in Frage stehende Zulassung eines Rahmenbetriebsplans von der Verfassung geboten. Jedenfalls bei komplexen Vorhaben wie den Braunkohlentagebauen ist auch von Verfassungs wegen eine Ausgestaltung der Entscheidungsfindung erforderlich, welche die Zulassung des Vorhabens nur auf der Grundlage einer Gesamtabwägung aller für und gegen das Vorhaben sprechenden Belange gestattet. Diese Gesamtabwägung muss als grundsätzlich einheitliche Entscheidung vorgesehen sein, in aller Regel vor Beginn des Abbaubetriebs erfolgen und auch von den Eigentumsbetroffenen rechtzeitig angreifbar sein." (Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (350, Rn. 315 f.) – Garzweiler).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dung über die Verteilung des Gutes ‚Recht an der Bodennutzung' sich nicht aus der Herleitung der Gesamtabwägung ergibt und insofern abzulehnen ist.

4. Ergebnis

Es konnte gezeigt werden, dass die Rechtslage auch in der Frage über die Verteilung des ‚Rechts an der Bodennutzung' offen für eine ressourcenethisch vorzugswürdigere Auslegung ist. Die Herleitung der Gesamtabwägung hat gezeigt, dass nur die Allgemeinwohlbelange und nicht jedwedes öffentliche Interesse, das für den Bergbau spricht, und erst recht nicht die privaten Interessen, für die Abwägungsentscheidung erheblich sind. Damit hat sich das Verteilungskriterium von dem Kriterium der Gesamtabwägung hin zum Kriterium des Allgemeinwohls entwickelt. Diese Ausrichtung stärkt den Rechtfertigungsdruck auf die Zulassung von Bergbauvorhaben im Sinne des Ressourcenschutzes. Der Rechtfertigungsdruck wird auch daraus erzeugt, dass einem Unternehmensanspruch auf Zulassung des Rahmenbetriebsplans eine Absage erteilt wurde und die Abwägung im Rahmen des § 48 II BBergG nun in planerischer Abwägung erfolgt. Zuletzt konnte nachgewiesen werden, dass schon de lege lata das BBergG keine normative Gewichtungsvorgabe zugunsten des Bergbaus enthält.

Es wäre wünschenswert, wenn der Gesetzgeber durch eine Gesetzesänderung die Rechtslage vereinfacht und Klarheit bezüglich der gefundenen Auslegungsergebnisse schafft. Insbesondere müsste die Abwägung im Rahmen des § 48 II BBergG als zentrale Zulassungsvoraussetzung ausgestaltet sein, für welche der Gesetzgeber auch inhaltliche Vorgaben im Sinne des Ressourcenschutzes trifft.

C. Wie nimmt das Bergrecht die Verteilung der Lasten vor?

Die Aktivitäten des Bergbaus bringen Lasten für bestimmte Personengruppen mit sich. Die Lasten des Bergbaus sind die Folgen der negativen Umweltauswirkungen, zu denen sich auch die klassischen Bergschäden zuordnen lassen, und die Risiken.[1425] Die Frage, wie diese Berglasten verteilt werden, mag zunächst irritieren. Es findet, anders als bei der Zuteilung

1425 Siehe hierzu unter Kapitel 3 A. I.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

des Gebiets oder des Rechtsguts am Bodenschatz, gerade keine behördliche Entscheidung in diesem konkreten Sinne statt.[1426]

Die Lasten, die mit der bergbaulichen Aktivität einhergehen, können zum einen hinsichtlich ihres Wirkungskreises und hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Schadens unterschieden werden. Der Wirkungskreis kann auf die unmittelbare Nachbarschaft begrenzt sein, wie es bei Erdsenkungen, Zerrungen, Pressungen, Erdrutschen und seismologisch induzierten Ereignissen der Fall ist.[1427] Dies kann Menschen töten, an Körper oder Gesundheit verletzen oder Sachen, insbesondere Gebäude, beschädigen. Dies sind die sog. Bergschäden nach § 114 I BBergG. Auch die Abgabe von Schadstoffen durch die Bergbauaktivität ist meist in seinem Wirkungskreis auf die lokale Nachbarschaft begrenzt. So liegen die Schadstoffe in besonders hohen Konzentrationen in der unmittelbaren Umwelt des Bergbaus vor. Im Übrigen können sie aber auch mobil sein und in großräumige Verteilungspfade eintreten. Dies ist beispielsweise bei Quecksilberemissionen aus dem Braunkohleabbau der Fall.[1428] Auch die negativen Folgewirkungen der Schadstoffexposition können einen Bergschaden begründen; für die allerdings eine bestimmte Duldungsgrenze gem. § 114 II S. 3 BBergG i.V.m. § 906 BGB überschritten werden muss.[1429] Ein unbegrenzter Wirkungskreis kann demgegenüber in der Emittierung von Treibhausgasen gesehen werden, dessen Klimawandelfolgewirkungen global eintreten.

1426 Beispielhaft sei die Partikelverteilung in der Luft angeführt, die nicht steuerbar und insofern auch nicht verteilbar ist. Als das zu verteilende Gut die Atmosphäre betreffend, hat *Czarnecki* darum die erlaubten Schadstoffemissionen ausfindig gemacht und die dahinterstehenden Reduktionspflichten sowie die damit einhergehenden Kosten. (Verteilungsgerechtigkeit im Umweltvölkerrecht, S. 147 f., 155). *Czarnecki* untersucht den Einfluss der Verteilungsgerechtigkeit auf das Umweltvölkerrecht (S. 72). Für den Bereich des Klimaschutzes konnte er die Verteilungskriterien des (negativen) Verdienstes und der Leistungsfähigkeit des Staates herausarbeiten. Für die sog. Entwicklungsländer soll außerdem die wirtschaftliche Entwicklung höhere Priorität haben als die Einhaltung der Reduktionsverpflichtungen (S. 157 f.). Seine Ausführungen beziehen sich auf die völkerrechtlichen Vertragstexte der Klimarahmenkonvention und des Kyoto-Protokolls.

1427 *Kremer/Neuhaus gen. Wever*, Bergrecht, Rn. 462.

1428 Nach Greenpeace ist Quecksilber ein mobiles Element, welches sich in allen Medien ablagern kann, aber sich auch wieder zur Mobilisierung in der Luft verfügbar machen kann. Auffällig ist, dass bundesweit die höchste Quecksilberkonzentration in den ost- und westdeutschen Braunkohlerevieren vorliegt (Quecksilber, S. 7).

1429 *Schubert*, in: Boldt et al., BBergG, § 114, Rn. 73 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Auch hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Schadens lässt sich eine weite Spannbreite markieren. Die Kausalkette, an deren Ende ein eingetretener Bergschaden steht, kann äußerst unwahrscheinlich sein oder als regelmäßige Folge der Bergbautätigkeit erscheinen. Die Kausalkette der Klimaschäden, die durch die Emittierung von Treibhausgasen infolge von Bergbauaktivität in Gang gesetzt wird, ist außerdem äußerst vielschichtig.

Die Einschätzung der Wahrscheinlichkeit des Eintritts von Schäden ist auch von dem Kenntnisstand der Wissenschaft und Forschung abhängig. So kann der Eintritt von Schäden und deren Ausmaß bei der Anwendung neuer Technologien noch weniger abschätzbar sein, als es bei dem Eintritt der typischen Bergschäden der Fall ist. Aber auch bei diesen haben bereits Fehleinschätzungen dramatische Folgen nach sich gezogen.

Ein Schaden ist wohl das Ergebnis mehrerer Ereignisse, die sich in einer Kausalkette ungünstig verbunden haben. Das Risiko ist die Möglichkeit dieser negativen Kausalkette/die Möglichkeit des Schadenseintritts. Die behördliche Entscheidung, die in diesem Sinne nicht den Schaden (oder das Risiko) festlegt, steht aber mit ihrer Entscheidung, ob der Bergbau realisiert werden kann, am Anfang der Kausalkette. Die behördliche Grundentscheidung, wo welche Bodenschätze abgebaut werden dürfen, führt dazu, die Verteilungsempfänger der Lasten festzulegen; es wird damit bestimmt welche Nachbarn (oder weitere Lastenempfänger) zunächst das Risiko und eventuell auch den Schaden tragen müssen. Hierbei kommt es auch auf die Kapazitätsfestlegung der Last an: Welches Risiko/welcher Schaden ist zumutbar? Welche Präventionsmaßnahmen müssen vorgesehen werden, um die Wahrscheinlichkeit des Risikoeintritts einzuengen und damit die „verteilte" Last. Untersucht man folglich die Verteilungsgerechtigkeit der Lasten, stellt sich zuvörderst die Frage, ob die Entscheidung, die die Kausalkette in Gang setzt, an deren Ende Lasten für bestimmte Lastenempfänger entstehen, auch die Interessen der Lastenempfänger in ausreichender Weise in den Blick nimmt (unter I.).

Die Bergschadensregelungen sind in die vorrangigen Präventionsmaßnahmen und die ausgleichenden Schadensersatzansprüche zu unterteilen. Die Präventionsmaßnahmen können die Wahrscheinlichkeit des eintretenden Schadens (Risiko) oder dessen Ausmaß vermindern oder begrenzen. Welche Präventionsmaßnahmen das BBergG diesbezüglich vorsieht ist demnach auch für die Frage nach der Verteilungsgerechtigkeit im Bergrecht relevant (hierzu unter II.). Sekundär kann dann der Schadensersatzanspruch bei der Beurteilung der Verteilung der Lasten relevant sein (hierzu

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

unter III.). Den Schadensersatzansprüchen liegt die Gerechtigkeitsvorstellung zugrunde, dass wenn schon ein Schaden eingetreten ist, dieser zumindest auch finanziell ausgeglichen werden soll. In diesem Zusammenhang ist auch die Zuweisung der Beweislasten von erheblicher Bedeutung für die Ausgestaltung der gerechten Lastenverteilung.

I. Berücksichtigung der Interessen der potenziellen Lastenträger in der Letztentscheidung über den Bergbau

Mit der Verteilungsgerechtigkeit stellt sich die Frage, ob die Interessen der Lastenempfänger in der Entscheidung, die die Kausalkette in Gang setzt, an deren Ende Lasten für bestimmte Lastenempfänger stehen, berücksichtigt und ausreichend berücksichtigt werden.

Als mögliche Lastenempfänger treten folgende Gruppen auf: diejenigen, die von den klassischen Bergschäden (potenziell) betroffen sind, diejenigen, die den Schadstoffen des Bergbaus ausgesetzt sind, diejenigen, die den Risiken der neuen Technologien (Fracking, tiefer Geothermie, Tiefseebergbau, Endlagersuche) ausgesetzt sind und diejenigen, die von Klimawandelfolgen negativ betroffen sind. Die künftigen Generationen zählen auch zu den potenziellen Lastenempfängern, sie werden aber separat unter Kapitel 5 betrachtet. (Die Tiere und die Ökosysteme als solche (je nach umweltethischer Positionierung) sind auch potenzielle Lastenempfänger, die aber im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter berücksichtigt werden.)

Tabelle 3: Potenzielle Lastenempfänger

– diejenigen, die von den klassischen Bergschäden (potenziell) betroffen sind
– diejenigen, die den Schadstoffen des Bergbaus ausgesetzt sind
– diejenigen, die den Risiken der neuen Technologien (Fracking, tiefer Geothermie, Tiefseebergbau, Endlagersuche) ausgesetzt sind
– diejenigen, die von Klimawandelfolgen negativ betroffen sind.
– Zukünftige Generationen (hierzu Kapitel 5)
– Tiere und Ökosysteme (nicht weiter problematisiert)

Je nachdem um welches Vorhaben es sich handelt, fällt die Letztentscheidung für oder gegen den Bergbau in unterschiedlichen Verfahrensstufen, die unterschiedliche Verteilungskriterien voraussetzen (ausführlich hierzu unter Kapitel 2 F., vgl. Abbildung 28).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

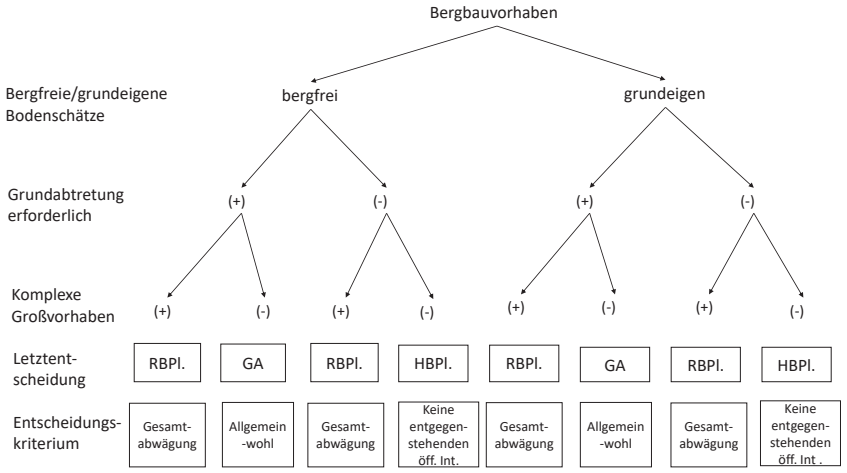

Abbildung 28: Entscheidungskriterium der verschiedenen Letztentscheidungen (eigene Erstellung)

1. Ob der Berücksichtigung

Es stellt sich somit die Frage, ob die Interessensgruppen der möglichen Lastenempfänger in den jeweiligen Letztentscheidungen Berücksichtigung finden. Historisch wurden die vom Bergbau Geschädigten auf den Grundsatz des „Dulde und liquidiere" verwiesen.[1430] Dieser (verfassungswidrige) Grundsatz konnte sich erstaunlich lange im Bergrecht halten. Auch ist es fraglich, ob er nun zur Gänze aufgehoben ist.[1431] Problematisch ist, dass hinsichtlich der Letztentscheidungen innerhalb der Betriebspläne, die umfängliche Berücksichtigung der privaten Interessen nicht festgeschrieben ist.[1432] Die Bemühungen der Rechtsprechung des BVerwG gingen auch zunächst dahin, nur sehr eingeschränkt private Interessen unter § 48 II S. 1 BBergG zu fassen. Fraglich ist, inwiefern diese Auslegungslinie durch die Einführung der Gesamtabwägung aufgehoben wurde und welchen Anwendungsbereich die Gesamtabwägungslehre hat.

Eindeutig berücksichtigt werden, seit dem Moers-Kapellen Urteil des BVerwG von 1989 (und der gesetzlichen Bestätigung von 1990 durch die

1430 *Ludwig*, VerwArch 2017, S. 567 ff.
1431 *Ludwig*, VerwArch 2017, S. 581.
1432 Ausführlich zur richterlichen Rechtsentwicklung: Kapitel 2 C. II. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Einfügung der Sätze 2-5 (nunmehr S. 3-6) in § 48 II BBergG), die Eigentumsbeeinträchtigungen an der Oberfläche, sofern sie von einigem Gewicht sind und mit ihnen schon im Zeitpunkt der Betriebsplanzulassung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu rechnen ist.[1433] Außerdem werden die Interessen der Nachbarn, die den Einwirkungen der bergbaulichen Immissionen ausgesetzt sind nach dem Altenberg-Urteil des BVerwG gem. § 22 BImSchG i.V.m. § 48 II S. 1 BBergG als öffentliches Interesse berücksichtigt. Diese Norm ist drittschützend.[1434]

Das Interesse der Privaten an dem Schutz ihres Lebens und ihrer Gesundheit wird unter § 55 I S. 1 Nr. 3 BBergG subsumiert (auf einen Rückgriff auf § 48 II BBergG kommt es hier von vornherein nicht an.)[1435]

a. Leichte bis mittlere Bergschäden am Eigentum

Fraglich ist, ob diejenigen, die leichte bis mittlere Bergschäden am Eigentum zu erwarten hätten, nach der geltenden Auslegung des Bergrechts in die Zulassungsentscheidung einbezogen werden[1436] oder ob diese Gruppe der Lastenträger weiterhin auf ein „dulde und liquidiere" zu verweisen wäre.[1437] Dem Gesetzeswortlaut des § 48 II S. 3 BBergG ist zu entnehmen, dass nicht alle privaten Interessen unter die öffentlichen Interessen zu subsumieren sind („*Soweit* die öffentlichen Interessen zugleich den Schutz von Rechten Dritter umfassen […]", Hervorhebung N.L.). In den Gesetzesmaterialien findet sich hierzu ein ausdrücklicher Verweis auf die Moers-Kapellen-Rechtsprechung.[1438] Es stellt sich die Frage, ob die Berücksichtigung der von geringen bis mittleren Bergschäden Bedrohten durch die Einführung der Gesamtabwägung nun stattfinden kann.

1433 BVerwG, Urteil v. 16.03.1989 - 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (2. Leitspruch und 345 f.) – Moers-Kapellen.

1434 BVerwG, Urteil v. 4.7.1986 - 4 C 31.84, BVerwGE 74, 315 (324 ff., 327) – Altenberg.

1435 BVerwG, Urteil v. 13.12.1991, 7 C 25.30, BVerwGE 89, 246 (1. Leitspruch und S. 248 f.) – Gasspeicher; BVerwG, Urteil v. 29.4.2010 - 7 C 18/09, ZfB 2010, 129 (132, Rn. 20); *von Mäßenhausen*, in: Boldt et al., BBergG, § 55, Rn. 24.

1436 So *Papier/Shirvani*, die lediglich auf die Garzweiler-Entscheidung des BVerwG verweisen (in: Maunz/Düring, Losebl. (Stand: Mai 2023), Art. 14 GG, Rn. 541).

1437 BVerwG, Urteil v. 16.3.1989 - 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (335, 344 f.) – Moers-Kapellen. So weiterhin: OVG Saarlouis, Urteil v. 20.06.2023 – 2 C 251/21, BeckRS 2023, 17124, Rn. 102.

1438 „Soweit öffentliche Interessen im Einzelfall auch den Schutz von Rechten Dritter umfassen (vgl. u. a. BVerwG 4 c 36.85 vom 16. Oktober 1989), […]" BT-Drs. 11/5601, S. 16; Siehe hierzu auch unten Kapitel 2 H. I. 3.).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Richtig ist, dass die Gesamtabwägung alle öffentlichen und privaten Interessen gegen- und untereinander abwägt (zur eingeschränkten Berücksichtigung der für den Bergbau sprechenden Interessen siehe unter Kapitel 4 B. II. 3.). Jedoch hat die Rechtsprechung um die Gesamtabwägung ihre dogmatische Herleitung in der Berücksichtigung der Interessen der von einer Enteignung Betroffenen. Sofern abzusehen ist, dass eine rechtmäßige Enteignung nicht erfolgen könne, so läge das Vorhaben an sich schon nicht im öffentlichen Interesse.[1439] Da diese Enteignungsprognose eine Gesamtabwägung beinhalte, würde diese als „tatbestandsimmanente Gesamtabwägung"[1440] eben auch im Rahmen des Betriebsplans geprüft.[1441] Das heißt aber auch, sofern überhaupt keine Enteignung drohe, so hat auch keine Gesamtabwägung stattzufinden und insofern auch keine Berücksichtigung der privaten Interessen, die „nur" von leichten bis mittleren Bergschäden am Eigentum betroffen sein könnten oder deren Beeinträchtigung nicht mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit vorhergesagt werden könne. Letzteres kann gerade bei dem Einsatz von neuen Technologien eine problematische Einschränkung darstellen. Auch für den Fall, dass eine Enteignung drohe, wird man wohl aus dieser tatbestandsimmanenten Gesamtabwägung nicht einen Drittschutz für die von kleinen bis mittleren Bergschäden am Eigentum Bedrohten herleiten können. Nach der Schutznormtheorie müsste es der implizierten Gesamtabwägung gerade auch um den Schutz der privaten Interessen dieser Lastempfänger gehen. Hinzu kommt, dass die Gesamtabwägung gemeinhin als nachvollziehende Abwägung verstanden wird. Das drittschützende Recht auf gerechte Abwägung der eigenen abwägungserheblichen Belange greift aber nur bei der planerischen, nicht aber bei der nachvollziehenden Abwägung.[1442]

Nimmt man insofern die entwickelte Systematik um den § 48 II BBergG ernst, müsste man die Berücksichtigung der Interessen der von kleineren bis mittleren Bergschäden am Oberflächeneigentum Betroffenen als subjektive Rechte verneinen.

1439 BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 (209 f., Rn. 19) – Garzweiler.

1440 *Durner*, in: Kment, ROG, § 4, Rn. 131.

1441 *Durner*, in: Kment, ROG, § 4, Rn. 132.

1442 BVerwG, Beschluss v. 5.3.2019 - 7 B 3.18, BeckRS 2019, 4527, Rn. 27; bzgl. der planerischen Abwägung: BVerwG, Urteil v. 14.02.1975 - 4 C 21.74, BVerwGE 48, 56 (66); VG Cottbus, Urteil v. 21.12.2016, 3 K 77/15; zustimmend VG Magdeburg, Urteil v. 28.2.2018, 3 A 244/16, BeckRS 2018, 13124, Rn. 19 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Negative Auswirkungen des Klimawandels

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die von negativen Klimafolgen Betroffenen, deren negative Auswirkungen (auch) auf bergbauliche Aktivitäten zurückgehen, Berücksichtigung finden. Zunächst ist festzuhalten, dass der Klimaschutz als öffentlicher Belang im Rahmen des § 48 II S. 1 BBergG Beachtung finden muss. Darüber hinaus stellen sich die Fragen, erstens, ob klimaschützende Normen auch Drittschutz vermitteln können und insofern diese Betroffenen als Rechtssubjekte im Bergbauverfahren zu berücksichtigen sind, und zweitens, ob die privaten Interessen der Betroffenen am Schutz ihres Lebens, ihrer Gesundheit und ihres Eigentums auch über § 55 I S. 1 Nr. 3 BBergG bzw. § 48 II S. 1 BBergG Beachtung finden können. Dieser individualrechtliche Ansatz stand bei der Zulassung von Bergbaubetrieben wohl bisher nicht im Fokus der rechtlichen Aufmerksamkeit. Dies sind somit offene Rechtsfragen. Mit den zunehmenden sog. Klimaklagen könnte es auf diesem Gebiet aber zu neuen ressourcenschützenden Rechtsentwicklungen kommen.[1443] Beachtet werden muss auch, dass die rechtliche Beurteilung sich dabei mit fortschreitender Klimakrise wandelt.[1444]

c. Zwischenfazit

Die Lastenempfänger werden nicht einheitlich berücksichtigt (siehe Abbildung 29). Es kann festgehalten werden, dass die Hilfskonstruktion des § 48 II BBergG, auch hinsichtlich der Verteilung der Lasten, als dogmatisch

1443 BVerfG, Beschluss vom 24. März 2021 - 1 BvR 2656/18 – Klimaschutz; eine Übersicht unterschiedlicher Klimaklagen liefert *Meyer*, *S.*, NJW 2020, S. 894.

1444 So schon das BVerfG: „Verhaltensweisen, die direkt oder indirekt mit CO2-Emissionen verbunden sind, wären also verfassungsrechtlich nur noch hinnehmbar, soweit sich die dahinterstehenden grundrechtlichen Freiheiten in der erforderlichen Abwägung durchsetzen könnten, wobei das relative Gewicht einer nicht klimaneutralen Freiheitsbetätigung in der Abwägung *bei fortschreitendem Klimawandel* weiter abnimmt." BVerfG, Beschluss vom 24. März 2021 - 1 BvR 2656/18, Rn. 120 – Klimaschutz, Hervorhebung N.L. Ebenso stellt das VG Aachen fest, dass „*zumindest zum heutigen Zeitpunkt* […] noch keine Verdichtung des Klimaschutzgebots sowie des Gebots intertemporalen Freiheitsschutzes hin zu einem verfassungsrechtlich zwingenden Gebot einer unmittelbaren […] Beendigung gerade des Braunkohleabbaus bzw. der Braunkohleverstromung [sich] extrapolieren [lasse]." (Beschluss v. 7.10.2021 – 6 L 418/21, BeckRS 2021, 29346, Rn. 56, Hervorhebung N.L.).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

unzureichend bewertet werden kann. So hat die Untersuchung gezeigt, dass diejenigen, die von leichten bis mittleren Bergschäden betroffen sein könnten, nach der derzeitigen entwickelten Dogmatik um den § 48 II S. 1 BBergG von vornherein nicht berücksichtigt werden. Sie werden damit weiterhin auf den Grundsatz des „dulde und liquidiere" verwiesen. Offen ist, ob die Interessen der vom Klimawandel negativ Betroffenen im Rahmen des § 55 I S. 1 Nr. 3 BBergG bzw. § 48 II S. 1 BBergG individualrechtlich berücksichtigt werden.

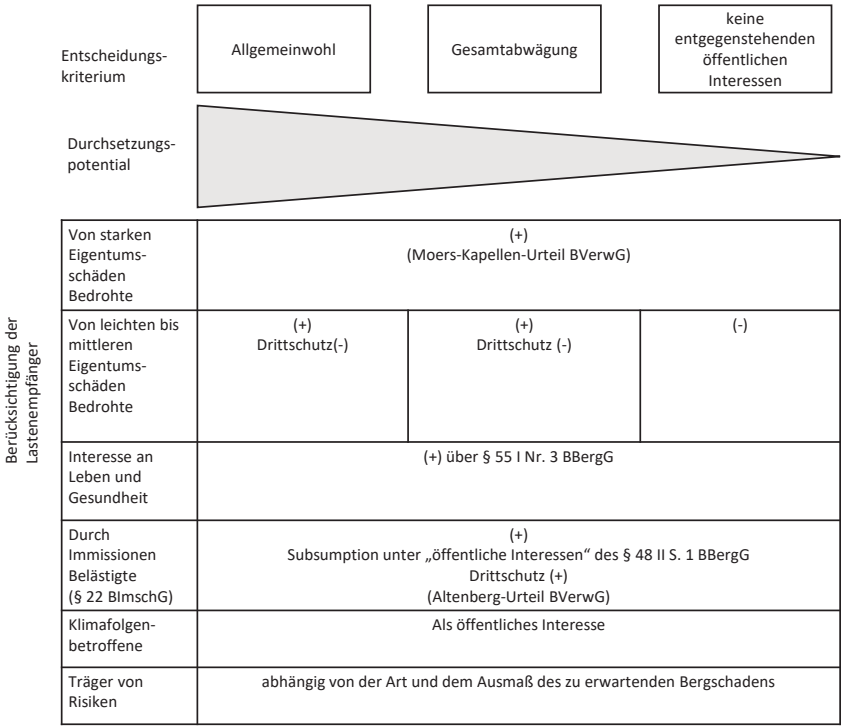

Abbildung 29: Berücksichtigung der verschiedenen Lastenempfänger in den verschiedenen Letztentscheidungen (eigene Erstellung)

d. Ressourcenethische Bewertung

Es stellt sich die Frage, wie die Berücksichtigung der Lastenempfänger in den Letztentscheidungen über den Bergbau durch die Theorien der Vertei-

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

lungsgerechtigkeit zu bewerten ist – ob es mit anderen Worten ressourcenethisch vertretbar ist, bestimmte Lastenempfänger von vornherein in der Entscheidung über die Lasten nicht zu berücksichtigen (und die ihnen zukommenden Lasten nicht weiter zu problematisieren). Die Positionen der verschiedenen Verteilungsgerechtigkeitstheorien zu dieser Frage seien hier im Folgenden kurz skizziert.

Der klassische Utilitarismus würde bei der Lastenentscheidung die Einbeziehung aller empfindungsfähigen Wesen fordern. Dies gilt auch bezüglich der multikausalen negativen Folgen des Klimawandels. Rawls' Differenzprinzip zeichnet sich dadurch aus, dass seine Rechtfertigung der Ungleichheit gerade auf die Besserstellung der am meisten Benachteiligten abhebt. Der Blick richtet sich damit von vornherein auf die Benachteiligten einer Gesellschaft (mögliche Auslegung: auch der Weltgemeinschaft). Einige Gruppen, die zu diesen Benachteiligten zu rechnen sind, von vornherein aus Verteilungsentscheidungen auszuklammern, dies widerspräche dem Differenzprinzip. Die Forderung des Egalitarismus bestünde darin, die Lasten gleich zu verteilen. Dieser Grundsatz ist generell und bedürfte der Spezifikation im Einzelfall. Was ihm aber schon vor der Ausbuchstabierung auf konkrete Verteilungssituationen entgegenstünde, wäre eine Handhabung, die bestimmte Gruppen von möglichen Lastenempfängern von vornherein aus dieser Verteilungsentscheidung unberücksichtigt lässt. Der Libertarismus schließlich, dem es um den weitreichenden Schutz des Eigentums geht, könnte auch nicht mit einer Verteilungsentscheidung in Ausgleich gebracht werden, die bestimmte Eigentumsgüter von einem umfassenden Eigentumsschutz ausnimmt.

Dieses kurze Schlaglicht hat gezeigt, dass die Theorien der Verteilungsgerechtigkeit einhellig einfordern, dass die Interessen der Träger von Lasten in der abschließenden Entscheidung zu berücksichtigen sind. Die unzureichende Berücksichtigung derjenigen, die von leichten und mittleren Bergschäden am Oberflächeneigentum bedroht sind, ist nicht mit der Verteilungsgerechtigkeit in Einklang zu bringen. Dieses Diktum würde sich auch ergeben, sollten die von den negativen Auswirkungen des Klimawandels Betroffenen nicht ausreichende Berücksichtigung finden. Ob eine Berücksichtigung des Klimaschutzes als öffentliches Interesse ohne individualrechtlichen Schutz für eine gerechte Verteilung der Lasten ausreichen würde, ist fraglich.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

e. Auslegungsspielraum zur Überwindung des ressourcenethischen Defizits

Im Folgenden soll untersucht werden, ob sich eine Berücksichtigung derjenigen, die von kleineren und mittleren Bergschäden betroffen sind, und derjenigen, die vom Klimawandel negativ betroffen sind, schon aus der derzeitigen Gesetzeslage ableiten lässt.

aa. Von kleineren und mittleren Bergschäden Betroffenen

Es ist zu überprüfen, ob § 48 II S. 1, S. 3 BBergG auch für die Berücksichtigung derjenigen, die von kleineren und mittleren Bergschäden bedroht sind, offen ist. Der Wortlaut und die historische Auslegung sprechen dagegen.[1445] Jedoch könnte die verfassungskonforme Auslegung dafürsprechen, diese im Wortlaut durch das Wort „soweit" anklingende Differenzierung von privaten Rechten, die unter die öffentliche Interessen subsumiert werden (bei drohenden schwerwiegenden Bergschäden) und solchen die nicht unter den Begriff zu fassen sind, insgesamt fallen zu lassen. Es bedarf der Überprüfung, ob die Unterscheidung zwischen wahrscheinlichen schweren und relevanten Schäden und kleineren und mittleren und damit irrelevanten Schäden nicht nur verteilungsungerecht, sondern auch verfassungswidrig ist. Daraus könnte sich ergeben, dass diese Unterscheidung auch in rechtlicher Hinsicht nicht aufrecht zu erhalten ist.

Das BVerwG hat in seiner Moers-Kapellen-Entscheidung hierzu ausgeführt, dass die gesetzlichen Bestimmungen, die vorsehen, dass Grundeigentümer schädigende, durch Bergbau ausgelöste Einwirkungen hinzunehmen hätten, Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums seien.[1446] Diese Inhalts- und Schrankenbestimmungen müssen aber ihrerseits verfassungskonform seien. Verfassungswidrig wären sie dann, wenn dem Eigentum keine Bestandsgarantie gewährt wird und es so zu einer bloßen

1445 Nach dem Wortlaut („*Soweit* die öffentlichen Interessen zugleich den Schutz von Rechten Dritter umfassen […]"(Hervorhebung N.L.)) finden nicht alle privaten Rechte Berücksichtigung unter dem Begriff des öffentlichen Interesses. Die Gesetzesmaterialien verweisen an dieser Stelle auf das Moers-Kapellen-Urteil, welches die Unterscheidung in kleiner/mittlere Bergschäden und große Bergschäden vorsieht.

1446 BVerwG, Urteil v. 16.3.1989 - 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (340) – Moers-Kapellen.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wertgarantie verkommt.[1447] Das BVerwG differenziert hier und hält die Duldungspflicht mit der Substanzgarantie und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dann vereinbar, wenn sie sich ausschließlich auf die Grundeigentümer bezieht, die kleinere und mittlere Schäden zu erwarten hätten, nicht aber bezogen auf die Grundeigentümer, für die schwerwiegende Einwirkungen ausstehen könnten.[1448] Diese Rechtsprechung hat mit der vorangehenden Vorstellung gebrochen, dass das Grundeigentum von vornherein keinen Abwehranspruch gegen bergbauliche Tätigkeiten beinhaltet.[1449] Diese Duldungspflicht wurde zuvor als eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Art. 14 I GG angesehen.[1450] In Konsequenz dessen, waren Beeinträchtigungen des Grundeigentums von Seiten des Bergbaus stets als verfassungsrechtlich unbedenklich anzusehen. Die Bergschadensregelungen mussten so, als eine freiwillige gesetzliche Regelung zur Akzeptanzförderung des Bergbaus, jedenfalls aber nicht als ein verfassungsrechtlich zwingend geforderter Ausgleich von (zulässigen) Beeinträchtigungen grundrechtlich geschützter Eigentumspositionen erscheinen.[1451] Der Ausgleich mit den Grundeigentümerinteressen wird jedoch durch das BVerwG im Moers-Kapellen-Urteil explizit auf Art. 14 I GG und seine Substanzgarantie zurückgeführt.[1452] Damit erkennt das BVerwG implizit an, dass auch die Abwehr vor bergbaulichen Beeinträchtigungen zum Inhalt des Grundeigentums nach Art. 14 I GG gehört. Eine Differenzierung, die zum Inhalt von Art. 14 I GG nur Abwehransprüche gegen schwere Beeinträchtigungen vorsieht und im Übrigen eine Duldungspflicht als Inhalts- und Schrankenbestimmung verankert, ist dogmatisch nicht sinnvoll denkbar.

1447 BVerfG, Beschluss v. 22.05.1979 - 1 BvL 9/75, BVerfGE 51, 193 (218); BVerfG, Beschluss v. 15.07.1981, 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300 (323) – Nassauskiesungsbeschluss; BVerfG, Beschluss v. 8.01.1985 - 1 BvR 792, 501/83, BVerfGE 68, 361 (374); BVerwG, Urteil v. 16.3.1989 - 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (342) – Moers-Kapellen.

1448 BVerwG, Urteil v. 16.3.1989 - 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (344) – Moers-Kapellen.

1449 Hiervon noch ausgehend: OVG Münster, Urteil v. 19.08.1987 - 12 B 1589/87, NWVBL 1987, S. 78 (79 f.). Wiedergebend (und ablehnend) *Hoppe/Beckmann*, DÖV 1988, S. 894 und *Hoppe*, in: Hüffer (Hrsg.), Oberflächeneigentum und Bergbau, S. 26; *Hoppe/Beckmann*, Grundeigentumsschutz, S. 60 ff.

1450 Historisch geht der Grundsatz des „dulde und liquidiere" auf ein partnerschaftliches Verhältnis von Bergbauunternehmer und Grundeigentümer zurück; so hat der Grundeigentümer für die Überlassung seines Bodens wirtschaftliche Vorteile von dem Bergbauunternehmer erlangt (*Keienburg*, Öffentlichkeitsbeteiligung im Bergrecht, S. 35; *Hoppe*, in: Hüffer (Hrsg.), Oberflächeneigentum und Bergbau, S. 21).

1451 Insoweit uneindeutig: BT-Drs. 8/1315, S. 69.

1452 BVerwG, Urteil v. 16.3.1989 - 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (344) – Moers-Kapellen.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Eine Duldungspflicht gegenüber bergbaulichen Beeinträchtigungen als implizite Grenze des Grundeigentümerschutzes wurde damit zu Recht höchstrichterlich abgelehnt.

Freilich schließt sich hieran die Frage an, warum der verfassungsrechtliche Eigentumsschutz von Grundeigentümern, die voraussichtlich nur von kleineren und mittleren Bergschäden betroffen sein werden, dann nicht auch die Substanzgarantie beinhalten soll. Die Beantwortung dieser Frage bleibt das BVerwG schuldig.[1453] Vielleicht wirkt hier die schon vom Gesetzgeber geteilte Befürchtung fort, dass der Bergbau nicht möglich wäre, wenn Grundeigentümer wegen der zu befürchtenden Beeinträchtigungen der Oberfläche den Bergbau verhindern könnten.[1454] Richtig ist, dass Bergbau nicht möglich ist, ohne in gewissem Umfang auch die Oberfläche zu beeinträchtigen.[1455] Ob diese Beeinträchtigungen jedoch den Bergbau vollständig verhindern können – oder welche Anpassungsmaßnahmen durch den Bergbau geleistet werden müssen, gerade dies ist eine Frage der konkreten Abwägung im Einzelfall.[1456] Diese verfassungsrechtlich geforderte Einzelfallprüfung kann auch nicht mit Hinweis auf die vom Gesetzgeber anerkannte grundsätzliche Zulässigkeit des Bergbaus fallen gelassen werden.[1457] Erhellend ist auch der Blick auf andere konfliktreiche raumbedeut-

1453 Das BVerwG stellt hierzu allein fest: „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 Betriebsplänen 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 nach §§ 114 ff. BBergG verwiesen; die Betriebsplanzulassung verletzt sie allein deshalb noch nicht in ihrem Eigentumsrecht." (Urteil v. 16.3.1989 - 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (344 f.) – Moers-Kapellen. *Keienburg* stimmt dieser Rechtsprechung zu und führt feststellend an, dass kleinere bis mittlere Bergschäden das Eigentum nicht in seiner grundrechtlich geschützten Substanz berühren können (Öffentlichkeitsbeteiligung im Bergrecht, S. 43).

1454 BT-Drs. 8/1315, S. 137.

1455 So BT-Drs. 8/1315, S. 111.

1456 Zum Erfordernis einer Einzelfallabwägung ebenso *Schenke*, Bergbau contra Oberflächeneigentum und kommunale Selbstverwaltung?, S. 33. *Schenke* weist zu Recht daraufhin, dass die Fragen nach dem Vorhandensein eines Rechtseingriffs nicht mit der anknüpfenden Frage nach einer Rechtsverletzung verwechselt werden dürfen. Die pauschale Zurückweisung von Grundeigentümerinteressen, die voraussichtlich nur geringe bis mittlere Oberflächenauswirkungen zu erwarten haben, verwische diese dogmatische Unterscheidung (ebenda, S. 31).

1457 So aber OVG Saarlouis, Beschl. v. 22.11.2007, 2 B 181/07, BeckRS 2008, 30842, Rn. 2.2.3.1

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

same Planungen. Für diese ist es selbstverständlich, dass eine Auseinandersetzung mit *allen* Grundeigentümerbelangen zu erfolgen hat und dass sich die raumbedeutsamen Planungen durchzusetzen vermögen.[1458] Und so wird auch die Einbeziehung der Interessen von Grundeigentümern, die mit leichten bis mittleren Schäden zu rechnen haben, den Bergbau in Deutschland nicht unmöglich machen.[1459] Einem Teil der Grundeigentümer aber von vornherein diese Auseinandersetzung zu verweigern und damit die Substanzgarantie ihres Eigentums abzuschneiden, dies überzeugt nicht. Die Verhältnismäßigkeit fordert es, dass die Grundeigentümer einen schonenderen Abbau verlangen dürfen müssen, wenn dieser ohne weiteres möglich wäre.[1460] Darüber hinaus enthält Art. 14 I GG auch eine Verfahrensgarantie, wonach Grundrechtsschutz auch verfahrensrechtlich abgesichert sein muss.[1461] Die Nichtberücksichtigung der Grundeigentümer, die nur mit mittleren bis leichten Bergschäden zu rechnen haben, ist verfassungswidrig.[1462]

Nach der verfassungskonformen Auslegung des § 48 II S. 1, S. 3 BBergG ist die Differenzierung nach dem Schweregrad der drohenden Bergschäden fallen zu lassen. Die Interessen derjenigen, die von möglichen Bergschäden Betroffenen sein könnten, sind vollständig zu berücksichtigen. Damit geht einher, dass sich auch alle Betroffenen am Betriebsplanverfahren beteiligen können.

bb. Vom Klimawandel negativ Betroffene

Zum erweiterten Verständnis der bergrechtlichen Normen könnte der jüngst ergangene Beschluss des BVerfG zum Klimaschutz beitragen. In diesem hat es festgestellt, dass sich aus den Grundrechten des Art. 2 II 1 GG und Art. 14 I GG auch Schutzpflichten des Staates vor den Gefahren

1458 *Hoppe/Beckmann*, DÖV 1988, S. 898.
1459 Ebenso *Hoppe/Beckmann*, DÖV 1988, S. 898 (noch zu der Rechtslage vor dem Moers-Kapellen-Urteil).
1460 *Schenke*, Bergbau contra Oberflächeneigentum und kommunale Selbstverwaltung?, S. 32 f.; *Hoppe/Beckmann*, DÖV 1988, S. 900 f.
1461 Ausführlich zu diesem Aspekt *Hoppe/Beckmann*, Grundeigentumsschutz, S. 81 ff.
1462 Ebenso *Hoppe*, in: Hüffer (Hrsg.), Oberflächeneigentum und Bergbau, S. 31.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

des Klimawandels ergeben.[1463] Dabei ist es „prinzipiell denkbar", dass auch im Ausland lebende, vom Klimawandel Betroffene diese grundrechtlichen Schutzpflichten für sich in Anspruch nehmen können.[1464] Auch sei es für die Beschwerdebefugnis unerheblich, dass potentiell eine „sehr große Zahl von Personen betroffen ist", es komme vielmehr allein auf die individuelle Grundrechtsbetroffenheit an.[1465] Diese vom BVerfG geäußerten Grundannahmen könnten für eine Auslegung der bergrechtlichen Normen sprechen, die die Verteilung der Lasten auch bezüglich der negativ vom Klimawandel Betroffenen in den Blick nimmt.

2. Wie der Berücksichtigung

Die Lasten müssten auch gerecht verteilt werden. Für die Beantwortung der Frage, ob der für die Letztentscheidung vorgesehene Bewertungsmaßstab ein im Sinne der Verteilungsgerechtigkeit gerechter Maßstab ist, ist auf die Ausführungen oben zu verweisen (unter Kapitel 4 B. I. 4.). Hier ist nur anzumerken, dass die verschiedenen Entscheidungskriterien – nach dem Allgemeinwohl, der Gewichtigkeit der Belange im Rahmen einer Gesamtabwägung und das Fehlen der entgegenstehenden überwiegenden öffentlichen Interessen – unterschiedlich prädestiniert sind, die Interessen der Lastenempfänger zur Geltung zu bringen (schematisch dargestellt unter dem Begriff „Durchsetzungspotential" in Abbildung 29). Am wenigsten Gewicht können sie in der Frage nach den entgegenstehenden Interessen entfalten. Jedes einzelne Interesse der Lastenempfänger würde einzeln danach bewertet werden, ob es die Bergbaubelange überwiegt. Eine zusammenfassende Bewertung aller entgegenstehenden Interessen, die mit den für den Bergbau sprechenden Belangen gegen- und untereinander abgewogen werden sollen, bietet die Gesamtabwägung. Hier können sich die Interessen der Lastenempfänger kumulieren und so mehr Durchsetzungskraft in der „Ob"-Frage entfalten. Am stärksten ist eine Durchsetzung der Interessen

1463 BVerfG, Beschluss v. 24.3.2021 - 1 BvR 2656/18, BVerfGE 157, 30 (zur Schutzpflicht aus Art. 2 II 1 GG: Leitsatz 1 und Rn. 145 ff.; zur Schutzpflicht aus Art. 14 I GG: Rn. 171) – Klimaschutz.

1464 BVerfG, Beschluss v. 24.3.2021 - 1 BvR 2656/18, BVerfGE 157, 30, (124, Rn. 174 ff.) – Klimaschutz. Im konkreten Fall handelte es sich um Beschwerdeführer aus Nepal und Bangladesch. Das BVerfG hat im Ergebnis jedenfalls eine Verletzung der möglichen Schutzpflicht verneint (BVerfGE 157, 128 f., Rn. 180).

1465 BVerfG, Beschluss v. 24.3.2021 - 1 BvR 2656/18, BVerfGE 157, 30 (94, Rn. 110) – Klimaschutz.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Lastenempfänger mit dem Allgemeinwohlkriterium zu erwarten, weil hier nicht alle für den Bergbau sprechenden Belange den Interessen der Lastenempfänger entgegengesetzt werden können.

3. Zwischenbewertung

Die Berücksichtigung derjenigen, die negativ vom Bergbau betroffen sind, stand nicht im Fokus der gesetzgeberischen Bemühungen. Dies ist wohl auf die Rechtstradition im Bergrecht zurückzuführen, die prominent den Grundsatz des „dulde und liquidiere" bereithielt und davon ausging, dass auch die Betroffenen letztendlich von dem Bergbau profitieren.

Die ressourcenethische Analyse hat die mangelnde Berücksichtigung derjenigen, die von kleineren bis mittleren Bergschäden betroffen sein könnten als defizitär gekennzeichnet. Die verfassungskonforme Auslegung fordert jedoch einen Einbezug auch dieser Interessenträger. Weiterhin ist die Rechtsfrage darüber offen, ob die Gruppe der vom Klimawandel negativ Betroffenen individualrechtlich berücksichtigt wird. Nicht zuletzt aus dem Klimaschutz-Beschluss des BVerfG ergeben sich wichtige Argumente, die für eine Berücksichtigung sprechen.

Der Gesetzgeber ist aufgefordert, eine klare einheitliche Norm zu schaffen, die die Berücksichtigung der privaten Interessen von vornherein vorsieht. Die Abwägung auch mit den privaten, dem Bergbau entgegenstehenden Interessen soll auch gesetzessystematisch als zentrale Zulassungsfrage durch den Gesetzgeber platziert werden. Auch bezüglich der individualrechtlichen Berücksichtigung der vom Klimawandel Betroffenen wäre eine positive gesetzgeberische Klarstellung aus Ressourcenschutzsicht zu begrüßen.

II. Präventionsmaßnahmen

Die Präventionsmaßnahmen sind – neben der Frage, ob die Lasten durch die Gestattung des Bergbaus überhaupt auferlegt werden – unter dem Aspekt der Verteilung der Lasten als eine wichtige Stellschraube anzusehen. Mit ihnen kann die Wahrscheinlichkeit des Eintretens von Schaden (die Last „Risiko") minimiert werden. Das BBergG trifft in diesem Bereich explizit Regelungen zum Ausgleich mit den Eigentümerinteressen. Mit den Instrumenten Anpassungspflicht (§ 110 BBergG), Sicherungsmaßnahmen (§ 111 BBergG) und der Bauwarnung (§ 113 BBergG) sollen bei der Errich-

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tung, 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. Eine tiefergehende ressourcenethische Analyse dieser Präventionsmaßnahmen kann im Rahmen dieser Arbeit nicht geleistet werden.

Andere Maßnahmen, die sich aus der Berücksichtigung der Interessen der Lastenempfänger ergeben, die Lasten der Lastenempfänger verringern und vom Antrag auf Betriebszulassung abweichen, können durch die Ausgestaltung der Betriebsplanzulassung als gebundenen Entscheidung grundsätzlich nicht behördlicherseits festgelegt werden. Hier sei an ein vielfältiges Bündel an Maßnahmen gedacht, das die privaten Interessen zu schonen im Stande ist; beispielsweise indem bestimmte Immissionen verringert werden sollen[1466] oder indem die zeitliche Planung des Abbaus die Interessen der Lastenempfänger berücksichtigt.

Sollten die entgegenstehenden Interessen die bergbaulichen Belange nicht überwiegen, so wären Nebenbestimmungen gem. § 36 I Alt. 2 VwVfG unzulässig. Es bliebe bei der Feststellung, dass öffentliche/bzw. private Interessen die bergbaulichen Interessen nicht überwiegen und insofern die Zulassung uneingeschränkt zu erteilen wäre.[1467] Dies gilt für alle Maßnahmen, die im Rahmen von Nebenbestimmungen ergehen könnten und die sich nicht auf anwendbare außerbergrechtliche Ermessensvorschriften stützen können. (Als eine solche außerbergrechtliche Ermessensvorschrift könnte beispielsweise der § 24 BImSchG zur Absicherung der Betreiberpflichten von nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen (§ 22 BImSchG) in Betracht kommen.[1468] Fraglich ist aber, ob diese Ermessensvorschrift zum Treffen von Einzelfallanordnungen den hier geforderten Interessenausgleich, wie er sich aus der Berücksichtigung der Interessen innerhalb einer Gesamtabwägung ergibt, leisten kann.)

Diese Ausgestaltung der Entscheidung befördert damit eine Lastenverteilung, die nicht hinterfragt, ob ein weniger an Lastenzuweisung möglich

1466 Hier ist jedoch auf die Möglichkeit der immissionsschutzrechtlichen Ermessensvorschrift (so z. B. § 24 BImSchG) hinzuweisen.

1467 Ausführlich hierzu siehe oben unter Kapitel 4 B. I. 4. a. cc.

1468 Die Anwendbarkeit der Vorschriften über nichtgenehmigungsbedürftige Anlagen richtet sich nach dem Anlagenbegriff des § 3 V BImSchG. Eine Genehmigungspflicht und die Anwendbarkeit der hieraus resultierenden gesetzlichen Anforderungen richtet sich nach § 4 II BImSchG und der 4. BImSchVO (ausführlich hierzu *Rausch*, Umwelt- und Planungsrecht beim Bergbau, S. 87 ff., 99 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wäre, sondern nur bemisst, ob die Lasten generell zu hoch sind, um das Gesamtvorhaben daran scheitern zu lassen. Dies ist unter Gesichtspunkten der Verteilungsgerechtigkeit zu kritisieren. Wenn schon unbeteiligten Dritten Lasten auferlegt werden müssen, dann sollte das Bestreben in die Richtung gehen, entstehende Lasten zu mindern, d.h. die zu tragende Last insgesamt zu minimieren. Dies, und nicht eine Vorfestlegung zugunsten der bergbaulichen Belange, wäre das Ergebnis einer gerechten Interessensabwägung. Die Untersuchung (in Kapitel 4 B., II., 1.) konnte zeigen, dass zumindest die Zulassung des Rahmenbetriebsplans mit einer planerischen Gestaltungsfreiheit der Behörde einhergeht und somit das diesbezüglich auch in der Lastenverteilung auftretende Defizit schon de lege lata abgeschwächt werden kann.

III. Bergschadensersatzanspruch

Als letztes Mittel die Konflikte des „vertikalen Nachbarschaftsverhältnisses“[1469] von Privaten und Bergbauunternehmer zum Zweck der Wiedergutmachung zu lösen, stellt das BBergG mit den §§ 114 i.V.m. 115 I bzw. 116 I BBergG Schadensersatzansprüche zur Verfügung.[1470] Diese Bergschadenshaftung ist eine Gefährdungshaftung.[1471] Das heißt, dass unabhängig von Fragen des Verschuldens, auch erlaubte Handlungen, denen eine gewisse Gefährlichkeit innewohnt, eine Haftung auslösen können. Grund hierfür ist, dass eine Person aus einer gefährlichen Tätigkeit einen Nutzen zieht[1472] – im Umweltrecht ist dies eine Ausformung des Verursacher- bzw. polluter-pays-Prinzips.[1473] Dieses Verursacherprinzip hat gerade die Aufgabe die gerechte Verteilung von Lasten herbeizuführen.[1474] Die Verteilungsgerechtigkeit der Lasten ist sozusagen der immanente Grund der Bergschadenshaftung.

In der Gefährdungshaftung tritt anstelle des Nachweises eines Verschuldens das Erfordernis eines Gefährdungs- oder Zurechnungszusammen-

1469 *Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 251.
1470 *Dapprich/Franke*, Leitfaden des Bergrechts, S. 80.
1471 *Frenz*, in: Frenz (Hrsg.), BBergG, § 114, Rn. 1.
1472 *Lorenz*, JuS 2021, 307. Zur Gefährlichkeit des Bergbaus siehe *Frenz*, in: Frenz (Hrsg.), BBergG, § 114, Rn. 96.
1473 *Frenz*, in: Frenz (Hrsg.), BBergG, § 114, Rn. 2.
1474 So ausdrücklich *Kloepfer/Durner*, Umweltschutzrecht, § 3, Rn. 18.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hangs.[1475] Damit ist an die Verwirklichung gerade der bergbauspezifischen Gefahr angeknüpft („[…] infolge […]" § 114 I BBergG). Hier greift der § 120 BBergG ein, welcher eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität von bergbaulicher Aktivität und Schaden vorsieht. Er soll insofern zur „Waffengleichheit"[1476] beitragen; hat doch der Bergbaubetreiber sowohl den Einblick in die betrieblichen Aktivitäten als auch das größere bergrechtliche Fachwissen.[1477] Diese Beweislastumkehr gilt aber nicht uneingeschränkt,[1478] sondern soll sich lediglich auf typische Erscheinungsformen des untertägigen Abbaus erstrecken.[1479] Explizit ausgenommen sind weiterhin die Fälle des § 120 I S. 2 BBergG. Die bergbauliche Gefährdungshaftung – ist wie andere Gefährdungshaftungen auch[1480] - in der Höhe gem. § 117 I BBergG beschränkt, was sie versicherbar machen lässt.[1481]

Es ist festzuhalten, dass gerade der Bergschadensersatzanspruch aufs engste mit der Frage nach einer gerechten Verteilung der Lasten verbunden ist und insofern starke Bezüge zur Ressourcenethik aufweist. Inwiefern die Ausgestaltung des Bergschadensersatzanspruches den Anforderungen der Verteilungsgerechtigkeit gerecht wird und ob ein Verbesserungsbedarf besteht, dies bedürfte einer eingehenden Untersuchung, die diese Arbeit nach der vorgenommenen Schwerpunktsetzung nicht zu leisten vermag.

D. Fazit

Das BBergG nach der derzeitigen Auslegung weist in Bezug auf Fragen der Verteilungsgerechtigkeit Defizite auf. So kommt die Verteilung der Rechtsposition am Bodenschatz im Ergebnis einem Abbauauftrag gleich. Das öffentliche Gut des Bodenschatzes wird ohne weiteres in die Hände Privater gelegt. Auch die Verteilung des Rechts an der Bodennutzung findet auf der Basis einer konfusen und letztendlich verfassungswidrigen Rechtsgrundlage statt. Die Gesamtabwägung, die durch richterrechtliche Rechtsentwicklung dem § 48 II S. 1 BBergG entnommen wird, könnte mit

1475 *Lorenz*, JuS 2021, 307.
1476 *Kremer/Neuhaus gen. Wever*, Bergrecht, Rn. 484.
1477 BT-Drs. 8/1315, S. 144 = Zydek, Materialien BBergG, S. 446.
1478 Kritisch hierzu: *Kremer/Neuhaus*, Bergrecht, Rn. 488.
1479 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). Siehe auch BT-Drs. 8/1315, S. 144.
1480 Beispiele hierzu bei *Lorenz*, JuS 2021, 307.
1481 *Schulte*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 117, Rn. 29.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dem Verteilungskriterium der Gewichtigkeit eines Belangs an sich gerechte Ergebnisse produzieren. In ihrer konkreten Ausgestaltung nach der derzeitigen Auslegung – als nachvollziehbare Abwägung im Rahmen einer gebundenen Entscheidung, die eine normative Gewichtungsvorgabe zugunsten der bergbaulichen Belange enthält – wird ihr dies jedoch nicht gelingen, sondern auch hier ist der Entscheidungsmechanismus für einen Abbau von Bodenschätzen voreingenommen.

Diese Defizite konnten teilweise durch eine vorzugswürdigere Auslegung behoben werden. So konnte beispielsweise gezeigt werden, dass die Gesamtabwägung als Enteignungsabwägung nun mehr dem Kriterium des Allgemeinwohls folgt. Dies ist vor allem mit den Ideen des Differenzprinzips zu begrüßen. Ob nun mittels dieser Auslegung gerechte Verteilungsentscheidungen auf Grundlage des BBergG getroffen werden, ist nun vor allem auch davon abhängig, wie konkret die bergbaulichen Belange ermittelt werden und wie ambitioniert das Allgemeinwohlerfordernis vor dem Hintergrund der Ressourcenübernutzung im Lichte des Art. 20a GG verstanden wird.

Die Kritik an der Gesamtabwägungslehre hat gezeigt, dass die Rechtslage verfassungswidrig ist und der Gesetzgeber damit nicht umhinkommt, selbst tätig zu werden. Zumindest muss der Gesetzgeber die Gesamtabwägung und die enteignungsrechtliche Vorwirkung einführen. Im Lichte der Verteilungsgerechtigkeit wären auch Klarstellungen, die die ressourcengerechte Auslegung stützen, dringend anzuraten (näheres hierzu dann in Kapitel 7).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kapitel 5: Nachhaltigkeit im Bergrecht

Wird das Bergrecht den Anforderungen des Nachhaltigkeitsgrundsatzes gerecht? Der Nachhaltigkeitsgrundsatz kann wohl als Herzstück der Ressourcenethik bezeichnet werden. Umso relevanter stellt sich die Frage, ob das BBergG als Ressourcennutzungsgesetz sich selbst die Nachhaltigkeit auch zum Ziel setzt (A). Konkreter muss dann ermittelt werden, ob und in welchem Umfang die Interessen der künftigen Generationen in den behördlichen Entscheidungen berücksichtigt werden müssen: Werden die Güter des Bergrechts auch künftige Generationen in den Blick nehmend gerecht verteilt? Zu diesen Fragen des materiellen Rechts kommen auch die Fragen des Verfahrensrechts hinzu: Wird eine Berücksichtigungspflicht auch verfahrenstechnisch abgesichert? Sind die bergrechtlichen Verfahren für die künftigen Generationen verfahrensgerecht? Diese werden im Kapitel 6 abgearbeitet.

Als Regelungen mit großem Zukunftsbezug sind dabei die Regelungen zur Zulassung zu identifizieren (B). Diese stehen im Fokus der folgenden Untersuchung. Auch die Regelungen zum Ende des Bergbaus (Stichwort Ewigkeitsschäden) tangieren die Interessen der künftigen Generationen in besonderem Maße. Ressourcenethisch interessant sind dabei die Fragen, wieweit die Nachsorgepflicht reicht[1482] und aus ressourcenethischer Sicht reichen sollte,[1483] welche ressourcenethischen Konzepte der Wiedernutzbarmachung zugrunde liegen und ob die Interessen der künftigen Generationen ausreichend in die behördlichen Entscheidungen (v.a. im Abschlussbetriebsplan) integriert werden. Diese Fragestellungen können aber im Rahmen dieser Arbeit nicht auf ihre Kompatibilität mit dem Nachhaltigkeitsgrundsatz untersucht werden. Positiv in diesem Kontext ist lediglich hervorzuheben, dass die Frage der Bergbaufolgenutzung bereits Gegenstand des Zulassungsverfahrens ist und damit sehr früh in den Blick genommen wird.

1482 Zur Nachsorgepflicht: BVerwG, Urteil v. 18.12.2014 - 7 C 22/12, NVwZ 2015, S. 742; *Spieth/Laitenberger*, BB 1996, S. 1893; ausführlich *Kaiser*, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 171 ff.

1483 *Frenz* sieht den Nachhaltigkeitsgrundsatz im Rahmen der Nachsorgepflicht als erfüllt an (DVBl. 2016, S. 682 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Frage nach der gerechten Verteilung von Gütern und Lasten gegenüber den nachrückenden Generationen stellte sich schon innerhalb der Fragen zur Verteilungsgerechtigkeit im Kapitel 4 (beispielsweise wenn es um die Berücksichtigung der vom Klimawandel Betroffenen geht) und wird deswegen in diesem Untersuchungsrahmen zur Nachhaltigkeit nicht noch einmal aufgegriffen.

A. Nachhaltigkeit als Ziel des BBergG

I. Ressourcenethische Analyse

Zunächst ist festzuhalten, dass § 1 BBergG nicht ausdrücklich die Nachhaltigkeit als Zieldimension aufgreift.[1484] Das Ziel des § 1 Nr. 1 BBergG ist die Sicherung der Rohstoffversorgung und hierzu ordnet und fördert das Gesetz den Abbau von Bodenschätzen.[1485] Das Gesetz bezweckt damit nach allgemeiner Auffassung die Förderung der Wirtschaft.[1486] Das BBergG bezweckt hingegen keinen umfassenden Umweltschutz, wie beispielsweise das BImSchG, und auch keinen umfassenden Schutz der nachrückenden und künftigen Generationen.[1487] Als einzige ökologische Komponente findet der Bodenschutz in der Zielbestimmung Beachtung.[1488] Diese Eingrenzung auf das Schutzgut Boden wurde schon im Gesetzgebungsprozess kritisiert.[1489]

1484 Siehe auch *Kaiser*, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 236.

1485 Hierzu bereits unter Kapitel 2 A.

1486 *Frenz*, Bergrecht & Nachhaltige Entwicklung, S. 15; Frenz, UPR 2017, S. 175; *von Hammerstein* in: Boldt et al., BBergG, § 1 Rn. 3 f.; *Vitzthum/Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 1 Rn. 13.

1487 Eine Ausweitung des Gesetzeszweck auf den Schutz der Umwelt wird gefordert von: *Wasielewski*, ZUR 2014, S. 386; UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 37 f. Ablehnend: *Von Hammerstein* in: Boldt et al., BBergG, § 1 Rn. 12.

1488 *Frenz*, Bergrecht & Nachhaltige Entwicklung, S. 19; *Frenz* scheint diesen Einbezug „ökologische[r] Elemente" als dem Nachhaltigkeitsgrundsatz entsprechend und dem Umweltschutz genügend anzusehen (DVBl. 2016, S. 679). So auch *von Hammerstein*, in: Boldt et al., BBergG, § 1 Rn. 12.

1489 Der Umweltausschuss des Bundestags kritisierte die Verengung der Umweltbelange auf den Boden als unzureichend und zählt als weitere wesentliche Schutzgüter das Wasser, Tiere und Pflanzen auf. Dem § 1 Nr. 1 schlug er erfolglos folgenden Einschub vor, wonach Ziel des BBergG die Sicherung der Rohstoffversorgung „unter Beachtung der Auswirkungen auf die Umwelt und nach Abwägung mit der Schutzbedürftigkeit anderer standortgebundener Naturgüter" sei (Empfehlung, BT-Drs. 399-1-88, S. 2 f.). *Frenz* sieht durch § 1 Nr. 1 BBergG im Übrigen lediglich

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vielfach wird diese Einführung als (ansatzweise) Implementierung des Nachhaltigkeitsgrundsatzes in das BBergG bewertet.[1490]

Es stellt sich somit die Frage, ob das Gebot des Bodenschutzes in § 1 Nr. 1 BBergG tatsächlich auch auf den Nachhaltigkeitsgrundsatz zurückzuführen ist. Bei der Verfolgung der Ordnung und Förderung des Abbaus von Bodenschätzen ist gem. § 1 Nr. 1 BBergG mit dem Grund und Boden sparsam und schonend umzugehen. Diese Einfügung ging als vordringliche Maßnahme aus dem Katalog der Bodenschutzmaßnahmen hervor.[1491] Ausgangspunkt war dabei, dass eine langfristige Sicherung der Rohstoffversorgung als Aufgabe des Bodenschutzes identifiziert wurde. Der Bodenschutz fordert weiterhin, dass Eingriffe „so gering wie möglich zu halten" sind und er soll einen Maßstab für die Lösung der Flächennutzungskonflikte vorgeben.[1492] Vor diesem Hintergrund bezweckte der Gesetzgeber, dass der Bodenschutz des § 1 Nr. 1 BBergG „die gleiche Bedeutung für die Konzeption des Bundesberggesetzes wie de[m] bisherige[n] Inhalt der Zweckbestimmung"[1493] zukommen soll.

Fraglich ist, ob sich in der Bodenschutzklausel nicht eher der Vorsorgegrundsatz, als der Nachhaltigkeitsgrundsatz niedergeschlagen hat. Das Vorsorgeprinzip zielt darauf ab, dass Risiken von vornherein, d.h. präventiv, minimiert werden.[1494] Auch soll dem Vorsorgeprinzip das Gebot nach Ressourcenschonung zu entnehmen sein, so dass sich durch die schonende Ressourcennutzung Freiräume für spätere Nutzungen offenhalten lassen.[1495] Gerade in diesem Sinne lässt sich der Bodenschutz in § 1

---

die ökonomische und soziale Komponente der Nachhaltigkeit verwirklicht (Bergrecht und Nachhaltige Entwicklung, S. 100).

1490 So *Frenz*, der sich auf das 3-Säulen Modell der Nachhaltigkeit stützt und dieses „ansatzweise" in § 1 BBergG verwirklicht sieht (Bergrecht & Nachhaltige Entwicklung, S. 19); *Frenz*, DVBl. 2016, S. 679; *Frenz*, NuR 2022, S. 318; *Vitzthum/Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 1 Rn. 19; siehe auch *Rehbinder*, in AKUR (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, Kapitel 4, Rn. 63.

1491 Bundesregierung, Maßnahmenkatalog des Bodenschutzes vom 12.01.1988, BT-Drs. 11/1625, S. 13. So auch die Gesetzesbegründung zur Erweiterung des § 1 Nr. 1 BBergG um den Bodenschutz, BT-Drs. 399/88, S. 14.

1492 Bodenschutzkonzeption der Bundesregierung vom 06.02.1985, BT-Drs. 10/2977, S. 6. (Diese Bodenschutzkonzeption enthält einen Arbeitsauftrag, welcher in dem Katalog der „Maßnahmen zum Bodenschutz" mündet (BT-Drs. 11/1625, S. 5)).

1493 So die Begründung des Gesetzesentwurfs, BT-Drs. 11/4015, S. 9; *Graf Vietzthum* und *Piens* legen dies als Gleichberechtigung mit dem Lagerstättenschutz aus (in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 1 Rn. 17).

1494 *Kloepfer/Durner*, Umweltschutzrecht, § 3, Rn. 5.

1495 *Kloepfer/Durner*, Umweltschutzrecht, § 3, Rn. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nr. 1 BBergG interpretieren. Die Grenze zwischen Vorsorgeprinzip und Nachhaltigkeitsgrundsatz ist freilich fließend. Der Vorsorgegrundsatz gebietet ein Handeln im Jetzt zugunsten zukünftiger Zustände – genauso wie der Nachhaltigkeitsgrundsatz. Die Prinzipien können sich auch darin überschneiden, dass unter ihrer Anwendung dieselben Handlungen für das Jetzt vorgegeben werden und trotzdem sind die Prinzipien nicht deckungsgleich.[1496] Die Berücksichtigung der Interessen von nachrückenden und künftigen Generationen als Kern des Nachhaltigkeitsgrundsatzes findet sich im Vorsorgeprinzip nicht wieder. Auch visiert die nachhaltige Entwicklung einen Zustand an, der, unabhängig von den bereitstehenden Vorsorgemaßnahmen, einen dauerhaften Erhalt von menschlichen, guten Leben (in Erfüllung der Bedürfnisse künftiger Generationen) sichert.

Der Gesetzgeber bezieht sich nicht explizit auf den Nachhaltigkeitsgrundsatz als er das Schutzgut Boden in § 1 Nr. 1 BBergG im Jahr 1990 einführte. Der Maßnahmenkatalog des Bodenschutzes, durch den die bergrechtliche Gesetzesänderung angestoßen wurde, spricht davon, dass „Bodenschätze […] sparsam zu gebrauchen [sind] unter Ausnutzung von Ersatzstoffen und Wiedergewinnungsmöglichkeiten aus Abfällen und Reststoffen."[1497] Diese Forderungen des Vorsorgeprinzips sind auch die Minimalanforderungen des Nachhaltigkeitsgrundsatzes bezogen auf den Abbau von nicht-erneuerbaren Rohstoffen.[1498] Hier stimmen also die Forderungen des Vorsorgeprinzips und des Nachhaltigkeitsprinzips überein. Ob die darüber hinaus reichende Forderung nach einer nachhaltigen Entwicklung schon in der Forderung nach Bodenschutz enthalten ist, scheint wohl eher nicht der Fall zu sein.

Ein Entscheid muss hier jedoch nicht geführt werden. Selbst wenn von der teilweisen Implementierung des Nachhaltigkeitsgrundsatzes in § 1 Nr. 1 BBergG durch die Bodenschutzklausel ausgegangen würde, liegt die unzureichende Etablierung des Nachhaltigkeitsgrundsatzes auf der Hand. Zum einen ist die Gesetzeszielbestimmung in Hinblick auf die verschiede-

1496 Zum Verhältnis von Vorsorgeprinzip und Nachhaltigkeitsprinzip siehe *Rehbinder*, in AKUR (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, Kapitel 4, Rn. 65 f.

1497 Bundesregierung, Maßnahmenkatalog des Bodenschutzes vom 12.01.1988, BT-Drs. 11/1625, S. 8.

1498 Den sparsamen Gebrauch ordnet die Bundesregierung explizit den Vorsorgeprinzip zu, was dem vorhergehenden Satz zu entnehmen ist: „Die für die Rohstoffgewinnung geeigneten Flächen sind auch unter Vorsorgegesichtspunkten planerisch auszuweisen." (Maßnahmenkatalog des Bodenschutzes vom 12.01.1988, BT-Drs. 11/1625, S. 8). Zu den Anforderungen des Nachhaltigkeitsgrundsatzes siehe auch unter Kapitel 3 B. III. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

nen Schutzgüter, die neben dem Boden berührt sein können, mangelhaft. Zum anderen ist der Bodenschutz als nebengeordnetes Prinzip zu schwach ausgestaltet, um in der Rezeption des BBergG als effektives Rohstoffgewinnungsrechts einen Gegenakzent zu setzen. Insofern ist das BBergG ressourcenethisch zu kritisieren.

II. Die derzeitigen Auslegungsspielräume zur Überwindung des ressourcenethischen Defizits nutzen

Im Folgenden stellt sich die Frage, ob sich die ressourcenethischen Defizite mittels Zuhilfenahme des Auslegungsspielraums schon de lege lata überwunden werden kann. Die Zielbestimmung ist insofern zu kritisieren, als dass sie nicht (oder zumindest nicht ausreichend) den Nachhaltigkeitsgrundsatz zum Ausdruck bringt, sondern ihr vielmehr noch die Förderung des Bergbaus entnommen wird.[1499]

Es stellt sich somit die Frage, ob das BBergG tatsächlich die Förderung des Bergbaus bezweckt. Bei der Untersuchung, ob der Nachhaltigkeitsgrundsatz im § 1 BBergG enthalten ist, müssen zwei Aspekte des Nachhaltigkeitsgrundsatzes unterschieden werden. Zum einen fordert der Nachhaltigkeitsgrundsatz eine gerechte Verteilung der Güter, aber auch eine gerechte Verteilung der Lasten zwischen den heutigen und den künftigen Generationen. Diese beiden Aspekte könnten in § 1 BBergG enthalten sein.

1. Förderung des Bergbaus als Zielbestimmung des § 1 Nr. 1 BBergG

§ 1 Nr. 1 BBergG trifft die Aussage, dass „das Aufsuchen, Gewinnen und Aufbereiten von Bodenschätzen […] zu fördern" sei. Damit könnte das BBergG einen Abbauauftrag ausgesprochen haben. Etwas anderes könnte sich aus dem Kontext ergeben, in dem diese Aussage in § 1 Nr. 1 BBergG eingebettet ist.

Eine Zielaussage enthält Informationen und trifft Wertungen.[1500] Die Zielaussage kann einerseits auf die Richtigkeit ihrer Informationen hin überprüft werden (wahre oder falsche Informationen) und andererseits können die Wertaussagen nachvollzogen werden. Der Informationsgehalt

1499 *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.

1500 *Krems*, Grundfragen der Gesetzgebungslehre, S. 120, 124.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

des § 1 Nr. 1 BBergG erstreckt sich auf folgende Aussagen: Es besteht ein Bedürfnis nach Rohstoffen (irgendjemand muss mit Rohstoffen versorgt werden) (1). Um als Rohstoff zur Verfügung zu stehen, müssen Bodenschätze aufgesucht, gewonnen und aufbereitet werden (2). Ein Mittel um die Rohstoffversorgung zu sichern, ist die Bereitstellung eines gesetzlichen Rahmens, der die Aufsuchung/Gewinnung/Aufbereitung von Rohstoffen ordnet und fördert (3). § 1 Nr. 1 trifft zwei Wertungen. Zum einen wird die Sicherung der Rohstoffversorgung, zum zweiten wird das Schutzgut Grund und Boden als wichtig erkannt. Dem zu Sichernden wird ein Wert zugeschrieben. Das ergibt sich daraus, dass es sinnlos ist etwas Wertloses sichern zu wollen.

Entscheidend ist dabei, dass der Förderung von Bodenschätzen an sich kein Wert zugeschrieben wird. Bodenschätze zu fördern ist nur dann in dem Maße von Wert, in dem es den Zweck der Sicherung der Rohstoffversorgung erfüllt.[1501] Bodenschätze werden nicht um ihrer selbst willen gefördert oder um Arbeitsplätze zu halten oder um zur volkswirtschaftlichen Wertschöpfung beizutragen.[1502] § 1 Nr. 1 BBergG stellt eine Zielhierarchie auf. Das Ziel der Ordnung und Förderung des Abbaus ist an das übergeordnete Ziel gebunden, die Rohstoffversorgung zu sichern und nur hierdurch erlangt es seine Wertigkeit. Für die Frage, ob § 1 Nr. 1 BBergG einen Abbauauftrag ausspricht, kommt es folglich auf das Verständnis der Begrifflichkeit „Sicherung der Rohstoffversorgung" an (hierzu sogleich).

2. Gerechte Güterverteilung zwischen den heutigen und den künftigen Generationen

Das Hauptziel des § 1 Nr. 1 BBergG ist die Sicherung der Rohstoffversorgung. Hierin könnte die Forderung der Nachhaltigkeit nach einer gerechte Güterverteilung zwischen den heutigen und den künftigen Generationen enthalten sein und damit wäre der Nachhaltigkeitsgrundsatz über die Terminologie der ‚Sicherung der Rohstoffversorgung' teilweise implementiert.

Nicht die erörterte Rohstoffversorgung allein ist das übergeordnete Ziel, sondern die *Sicherung* der Rohstoffversorgung. Die Wirtschaft soll nicht (nur) mit Rohstoffen versorgt werden, sondern diese Versorgung der Wirtschaft soll vor allem gesichert werden. Die leicht unterschiedliche Ausrich-

1501 So auch *von Hammerstein* in: Boldt et al., BBergG, § 1 Rn. 2.
1502 Vgl. *von Hammerstein* in: Boldt et al., BBergG, § 1 Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tung der beiden Zieldimensionen liegt in der zeitlichen Bewirtschaftungsperspektive begründet. Soll eine Versorgung erreicht werden, dann genügt eine kurzfristige Sichtweise, der es genügen würde, so viele Bodenschätze wie möglich an den Markt zu bringen. Die Sicherung der Versorgung jedoch muss eine langfristige Bewirtschaftungsperspektive in den Blick nehmen. Sie muss sich fragen, wann welche Rohstoffe abgebaut werden sollen und welche Bodenschätze für einen späteren Bedarf aufzusparen sind. Dabei muss sie die tatsächlich förderbaren Vorkommen abschätzen und mit dem jetzigen und späteren Bedarf („zeitlich gestaffelten Nachfrageabschätzung"[1503]) ins Verhältnis setzen. Offen bleibt dabei zunächst, welcher Zeitraum hier anzusetzen ist[1504] und ob über einen sehr weiten Zeitraum die Interessen künftiger Generationen Berücksichtigung finden im Sinne des Nachhaltigkeitsgrundsatzes.[1505]

Der Begriff „Sicherung der Rohstoffversorgung" ist ein unbestimmter Rechtsbegriff und bedarf der Auslegung. Gegen ein weites Verständnis könnte sprechen, dass der Gesetzgeber bei Erlass der Vorschrift nicht an die künftigen Generationen gedacht hat. Er hebte vor allem die volkswirtschaftliche Relevanz des Rohstoffabbaus hervor.[1506] Nach diesem ursprünglichen Verständnis käme es für den Zukunftshorizont der Versorgung nur auf die Versorgung der derzeit lebenden Generation an. Damit wäre natürlich schon der Nachhaltigkeitsgrundsatz in der Berücksichtigung der nachrückenden Generationen umfasst. Die Rohstoffversorgung müsste derart für die Lebenserwartung der gerade Geborenen, also in etwa einen Zeitraum von 100 Jahren, gesichert werden.

1503 *Frenz*, UPR 2017, S. 176 f.

1504 Ebenso *Frenz*, der den § 1 Nr. 1 BBergG als temporal offen bezeichnet, aber den übrigen bergrechtlichen Ausgestaltungen eine begrenzte zeitliche Dimension entnimmt. Als Beispiel nennt er § 107 I S. 2 BBergG, der auf 15 Jahre abzielt (UPR 2017, S. 176).

1505 Offen ist dabei auch, welcher Markt in den Bick zu nehmen ist, der mit Rohstoffen versorgt werden soll. So könnte das deutsche BBergG sich allein für die Versorgung des deutschen Marktes mit Rohstoffen verantwortlich zeichnen (So *von Hammerstein* in: Boldt et al., BBergG, § 1 Rn. 2). In Kontext der europäischen Union wäre aber auch der europäische Markt in Betracht zu ziehen oder gar der internationale Markt. (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); ausführlich auch *Frenz*, UPR 2017, S. 175).

1506 Bundesregierung, Gesetzesentwurf zum BBergG vom 09.12.1977, BT-Drs. 8/1315, S. 74.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Entscheidend kommt es aber auf eine Auslegung im Lichte der Verfassung an. Nach Art. 20a GG hat der Staat das Ziel, auch in Verantwortung für künftige Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen. Auch die abiotischen Rohstoffe zählen zu den natürlichen Lebensgrundlagen, die der Staat auch zugunsten künftiger Generationen schützt.[1507] Das heißt, dass bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen von Ressourcennutzungsgesetzen die staatliche Verantwortung für künftige Generationen in den Blick zu nehmen ist. Für § 1 Nr. 1 BBergG kann dies nur heißen, dass unter der „Sicherung der Versorgung" die Verantwortung des Staates für künftige Generationen des Art. 20a GG durchscheint und ihre Interessen auch in den Blick geraten. Natürlich können sich gerade mit Blick auf die endlichen Ressourcen starke Nutzungskonflikte zwischen den Interessen der heutigen Generation und der künftigen Generation ergeben, gerade wenn es darum geht abiotische Rohstoffe für künftige Generationen aufzusparen. Im Rahmen des § 1 Nr. 1 BBergG geht es aber erstmal darum die Interessen der künftigen Generationen überhaupt als relevant zu kategorisieren, ohne die Nutzungskonflikte bereits zu lösen. Art. 20a GG verlangt den Zukunftshorizont der Sicherung der Rohstoffversorgung weit auszulegen und so die Interessen der künftigen Generationen schon bei dem heutigen Abbau von Rohstoffen in den Blick zu nehmen. Dies kann nur zu einem schonenden und sparsamen Abbau von Rohstoffen führen. Mit anderen Worten sind nur die Bodenschätze abzubauen, die auch unbedingt notwendig sind.

Auch die Begrifflichkeit, wonach der Abbau von Bodenschätzen zu ordnen ist, könnte für Nachhaltigkeitsüberlegungen offen sein. Dass der Abbau von Bodenschätzen geordnet werden soll, kann zum einen so verstanden werden, dass das Gesetz bezweckt den Themenbereich Bergbau angemessen zu regeln – diese Absicht ist den Gesetzen immer immanent.[1508] Mehr Tragweite könnte dem Begriff „ordnen" dann abgewonnen werden, wenn ordnen als Systematisieren nach bestimmten Gesichtspunkten/Überlegun-

1507 *Jarass*, in Jarass/Pieroth GG Komm., Art. 20a GG, Rn. 3; *Murswiek*, in: Sachs, GG, zu Art. 20a, Rn. 30a; *Heselhaus*, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Umweltschutzes, in: Rehbinder/Schink (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, Rn. 27; a.A. *Köck*, in: Köck/Markus/Reese, Zukunftfähiges Umweltrecht I, S. 73, Fn. 19. Auch *Kaiser* sieht den Auftrag zur Rohstoffsicherung nicht von Art. 20a GG umfasst an (Umweltverträgliches Bergrecht, S. 39 f.).

1508 Siehe unter Kapitel 2 A.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gen/Vorstellungen verstanden wird.[1509] Die Rohstoffversorgung soll demnach gesichert werden, in dem der Bodenschatzabbau nach bestimmten Gesichtspunkten systematisiert wird. Dies bedeutet, dass alle Bergbauvorhaben nach bestimmten Maßgaben bewertet werden, und sie dadurch zueinander ins Verhältnis gesetzt werden. Es entsteht so eine Rangordnung der Bergbauvorhaben: die Bergbauvorhaben, die die Maßgaben besonders erfüllen bis hinunter zu denen, die die Maßgaben nicht erfüllen. Eine solche Ranganordnung kann zu der Bewertung führen, dass die Bergbauvorhaben in den oberen Rangordnungsplätzen priorisiert zu verfolgen sind, die Bergbauvorhaben auf den untersten Rangordnungsplätzen nicht zu realisieren sind. Für dieses Verständnis spricht, dass auch in dem Maßnahmenkatalog zum Bodenschutz für den Abbau von Rohstoffen eine „Bestandsaufnahme der Bodenschätze" und eine „rohstoffwirtschaftliche Bewertung nach länderübergreifenden Kriterien" gefordert wird.[1510]

Die Ordnungsgesichtspunkte bzw. die länderübergreifenden Kriterien wären zu ermitteln. Hier stellt sich insbesondere die Frage, ob und in welchem Maße die Bewertung offen ist für Belange des Umwelt- und Klimaschutzes und den Belangen von künftigen Generationen. Zum Beispiel ließe sich die Rohstoffnutzung nach der stofflichen Dienstleistung priorisieren, die mit dem Rohstoff einhergeht. Beispielsweise könnten die der Lebenserhaltung der Menschen dienende Rohstoffgewinnung vor einer sonstigen zu priorisieren sein. Diese Bewertung könnte eine Basis für den Interessensausgleich zwischen den heutigen und den künftigen Generationen bilden. Jedenfalls stände dem so verstandenen Zielaspekt eines geordneten Bodenschätzeabbaus eine Praxis entgegen, die nach dem Windhundprinzip Abbauvorhaben ohne planerische Steuerung zulässt gemäß eines Abbauauftrags des BBergG.[1511]

Im Konkreten lassen sich bestimmte Fälle beleuchten, die nach dem bisher Gesagten nicht mehr das Ziel des § 1 Nr. 1 BBergG für sich beanspruchen können. Wenn beispielsweise die Förderung eines Bodenschatzes zur Diskussion steht, der auf einen gesättigten Markt drängen soll, so ist diese Förderung vom Gesetz im § 1 Nr. 1 BBergG nicht bezweckt. Es

1509 Im Sprachgebrauch findet sich hier zum Beispiel der Ausdruck „seinen Verstand ordnen" (Duden, Stichwort: ‚ordnen').

1510 Bundesregierung, Maßnahmenkatalog zum Bodenschutz vom 12.01.1988, BT-Drs. 11/1625, S. 15.

1511 Im Ergebnis ebenso *Frenz*, UPR 2017, S. 177. Nach *v. Weschpfennig* überlässt das BBergG die Rohstoffversorgung in großem Maße der Steuerung durch den wirtschaftlichen Wettbewerb (Strukturen des Bergrechts, S. 23 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ist zweifelhaft, ob das Vorhaben überhaupt den Zweck der Rohstoffversorgung erfüllen kann, ganz sicher aber nicht den Zweck der Sicherung der Rohstoffversorgung. Vielmehr würde dieses Vorhaben der Sicherung der Rohstoffversorgung sogar entgegenstehen, weil die heute nicht benötigten aber geförderten Rohstoffvorkommen die Sicherstellung der Rohstoffversorgung von Morgen beeinträchtigen würde.[1512] Auch wenn es um die Konkurrenz zweier Vorhaben um das gleiche Abbaugebiet aber bezogen auf unterschiedliche Rohstoffe (oder auf unterschiedliche unterirdische Raumnutzung) geht, dann läge das Vorhaben dem Gesetzesziel näher, welches in der Ordnungsfolge nach der Gewichtigkeit des Rohstoffs gemessen an der der Gesellschaft nutzbringenden Verwendung führt.

3. Gerechte Lastenverteilung zwischen den heutigen und den künftigen Generationen

Der zweite Nachhaltigkeitsaspekt, der eine gerechte Lastenverteilung zwischen den heutigen und den künftigen Generationen anstrebt, könnte durch § 1 Nr. 3 BBergG gefordert sein.[1513] Nach § 1 Nr. 3 bezweckt das BBergG „die Vorsorge gegen Gefahren, die sich aus bergbaulicher Tätigkeit für Leben, Gesundheit und Sachgüter Dritter ergeben, zu verstärken und den Ausgleich unvermeidbarer Schäden zu verbessern." Auch § 1 Nr. 3 BBergG ist im ersten Zugriff klassischerweise ein Vorsorgegrundsatz. Die Frage, ob der Nachhaltigkeitsgrundsatz im § 1 Nr. 3 BBergG impliziert wurde, ist davon abhängig, ob unter „Dritten" auch künftige Generationen zu verstehen sind. Der Begriff „Dritte" ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Herkömmlich werden Dritte als diejenigen angesehen, die den Auswirkungen des Bergwerksbetriebs als Außenstehende gegenüberstehen, also gerade nicht im Bereich des Bergbaus tätig sind (hierzu § 1 Nr. 2 BBergG).[1514] Klassischerweise wird dabei an die Grundeigentümer und andere im Gefahrengebiet befindliche Personen gedacht, die beispielweise bergbauinduzierter

1512 Dies gilt auch dann, wenn diese potenzielle Förderung Arbeitsplätze bereitstellen sollte: Das Berteistellen von Arbeitsplätzen als Wert an sich –sofern es überhaupt ein Wert an sich sein kann– wird in § 1 BBergG nicht aufgegriffen. § 1 Nr. 1 BBergG sieht die Bedeutung des Bergbaus damit nur in seiner Funktion als Rohstofflieferant und nicht in seiner Wichtigkeit hinsichtlich seiner volkswirtschaftlichen Wertschöpfung, der Bereitstellung von Arbeitsplätzen und in seinem Beitrag zu staatlichen Einnahmen und zur positiven Außenhandelsbilanz (so aber *von Hammerstein* in: Boldt et al., BBergG, § 1 Rn. 3).

1513 Ähnlich schon *Frenz*, DVBl. 2016, S. 679.

1514 *Von Hammerstein* in: Boldt et al., BBergG, § 1 Rn. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

seismologischer Aktivität ausgesetzt sein können. Sind darüber hinaus auch die ökologischen Auswirkungen als Gefahr im Sinne des § 1 Nr. 3 BBergG zu verstehen?

Hierfür soll im Folgenden beispielhaft untersucht werden, ob der Klimawandel als Gefahr im Sinne von § 1 Nr. 3 gelten kann. (Aber natürlich kann die Umwelt auch hinsichtlich der weiträumigen Umformung von Natur und Landschaft, von Biodiversitätsverlusten und weiteren sog. Ewigkeitslasten des Bergbaus betroffen sein und diese ökologischen Auswirkungen stehen ebenso in Rede, wenn es um Gefahren im Sinne des § 1 Nr. 3 BBergG geht.[1515]) Eine Gefahr liegt vor, wenn bei ungehindertem Fortgang der Ereignisse, d.h. bei gleichbleibend hohem oder sogar steigendem Ausstoß von Treibhausgasen, die auf den Abbau der fossilen Energieträger zurückgehen, mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden eintritt. Ein Schaden ist dabei jede erhebliche Beeinträchtigung eines Rechtsgutes.[1516] § 1 Nr. 3 BBergG nennt als Schutzgut das Leben, die Gesundheit und die Sachgüter der Dritten. Der Klimawandel hat nach wissenschaftlichen Erkenntnissen massive Auswirkungen auf die Bewohnbarkeit von weiten Teilen der Erde für den Menschen. Naturkatastrophen werden sich häufen und heftiger werden, daneben kann der Klimawandel auch direkt die Gesundheit von Menschen beeinträchtigen, gar bis zum Tod führen.[1517] Die Schutzgüter Leben, Gesundheit und Sachgüter sind durch den Klimawandel betroffen. Diese Klimawandelfolgen treffen auch nicht erst die künftigen, sondern schon in besonderem Maße die nachrückenden Generationen, d.h. die schon Gezeugten, die heute lebenden Kinder und Jugendliche. Die Frage ist natürlich, ob im Einzelfall die hinreichende Wahrscheinlichkeit gegeben ist, gerade durch den additiven Beitrag dieses konkreten Projektes einen Schaden zu beobachten – dies ist aber keine Frage danach, ob die Gefahr potentiell auch dem Bergbau zuzurechnen ist und damit berücksichtigungsfähig im Rahmen des § 1 Nr. 3 BBergG sein muss (nichts anderes gilt auch für die seismologischen Erschütterungen). An sich ließen sich damit auch die negativen Auswirkungen des Klimawandels unter den Gefahrenbegriff subsumieren.

Gegen die Erstreckung des Gefahrenbegriffs auf negative ökologische Auswirkungen auf nachrückende und künftige Generationen könnte die

1515 Ein Überblick zu den ökologischen Auswirkungen unter Kapitel 1 C.

1516 *Thiel* in: Beckmann et. al., Kommentar Landmann/Rohmer Umweltrecht, 102. EL September 2023, § 3 BImSchG, Rn. 34.

1517 Einen kurzen Überblick vermittelt: SRU, Kohleausstieg jetzt einleiten, S. 6 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Engführung durch den Gesetzgeber auf die typische „bergspezifische" Gefahrenlage sprechen.[1518] Dieser Gesetzeswille scheint jedoch überholt. Zum einen ging der damalige Gesetzesentwurf noch davon aus, dass das BBergG von anderen Belangen freigehalten werden könne. Die Dramatik und Wichtigkeit der Menschheitskrise „Klimawandel" hat in der öffentlichen Wahrnehmung im Vergleich zu 1977 erheblich zugenommen. Auch die Dringlichkeit des Handelns hat sich im Vergleich zu 1977 verschärft. Daneben ist aber letztendlich die verfassungskonforme Auslegung entscheidend. Art. 20a GG postuliert seit 1994, dass es das Ziel des Staates ist, auch in Verantwortung für künftige Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen. Bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen wirkt sich Art. 20a GG derart aus, dass er die für die Schutzgüter des Art. 20a GG begünstigende Auslegung befürwortet. Der Wortlaut des § 1 Nr. 3 BBergG lässt die Berücksichtigung von nachrückenden und künftigen Generationen zu, die vor den Gefahren der ökologischen Auswirkungen zu schützen sind. Diese Auslegung begünstigt die Wirkung des Art. 20a GG. Insofern fordert Art. 20a GG diese mit dem Staatsziel übereinstimmende Lesart ein.

Es ist festzuhalten, dass auch § 1 Nr. 3 BBergG aufgrund verfassungskonformer Auslegung den Nachhaltigkeitsgrundsatz beinhaltet. Es ist damit Ziel des BBergG die heute lebende nachrückende Generation und die künftigen Generationen vor den Gefahren der bergbaulichen Tätigkeit durch Vorsorge im Sinne des § 1 Nr. 3 BBergG zu schützen.

III. Zusammenfassung

Ein nachhaltiger Umgang mit den Bodenschätzen war nicht der genuin vom Gesetzgeber 1977 vorgesehene Gesetzeszweck und ist deswegen auch nicht explizit vorgesehen. Durch eine verfassungskonforme Auslegung im Lichte des Art. 20a GG kann aber dem geänderten Bewusstsein um die Umweltrelevanz und die inter- und intragenerationellen Gerechtigkeitsdimension Rechnung getragen werden. Nach § 1 Nr. 1 BBergG wird vom BBergG damit nicht nur die Sicherung der Versorgung mit Rohstoffen für die handelnde jetzige Generation bezweckt, sondern auch die Sicherung der Rohstoffversorgung für nachrückende und künftige Generationen. Von

1518 Bundesregierung, Gesetzesentwurf zum BBergG vom 09.12.1977, BT-Drs. 8/1315, S. 74. Von der bergbauspezifischen Gefahrenabwehr, die in § 1 Nr. 2 und 3 BBergG zum Tragen komme, geht auch das BVerwG aus (Urteil v. 30.3.2017 - 7 C 17/15, NVwZ-RR 2017, S. 685 (687, Rn. 18)).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einem Abbauauftrag des BBergG kann nach dieser Lesart nicht (mehr) gesprochen werden. Flankiert wird die Nachhaltigkeitsimplikation durch die Vorgabe, dass der Bodenschatzabbau geordnet, will heißen rohstoffwirtschaftlich bewertet werden soll. Nicht allein die Bereitschaft des Bergbauunternehmers zum Abbau des Bodenschatzes reicht (mehr) aus, um davon ausgehen zu können, dass gerade dieser Abbau auch langfristig die Sicherung der Rohstoffversorgung auch für künftige Generationen herstellt. Essenziell ist dabei eine rohstoffwirtschaftliche Bewertung, die auch den Zweck der Verwendung des Rohstoffes in den Blick nimmt. So kann nicht für jeden beliebigen wirtschaftlichen Zweck der Rohstoffabbau legitimiert werden. Hier sind v.a. der Rohstoffabbau für Wegwerfprodukte, Produkte mit schlechtem Ökodesign oder die schlichte Vernichtung der Rohstoffe zur Energiegewinnung bei bestehenden Alternativen in den Blick zu nehmen.

Außerdem konnte ebenso aus einer verfassungskonformen Auslegung des § 1 Nr. 3 BBergG geschlossen werden, dass das BBergG bezweckt, gegen Gefahren vorzusorgen, die sich für das Leben, die Gesundheit und die Sachgüter nachrückender und künftiger Generationen aus den nachteiligen ökologischen Auswirkungen des Bergbaus ergeben. Damit zielt das BBergG auf eine Verteilung von positiven und von negativen Gütern hin, die auch nachrückende und künftige Generationen in den Blick nehmen muss.

Der Nachhaltigkeitsgrundsatz ist damit vollumfänglich in der Gesetzeszielbestimmung enthalten. Natürlich wäre es wünschenswert, wenn sich die Grundausrichtung des BBergG an der Nachhaltigkeit auch explizit aus dem Gesetzestext ergeben würde.

B. Nachhaltigkeit im Zulassungsverfahren

Spielen die Interessen der künftigen Generationen im Rahmen der Zulassung von Bergbaubetrieben eine Rolle? Hier kommt zum einen eine Berücksichtigung der Interessen im Rahmen der Erteilung der Bergbauberechtigungen nach § 11 Nr. 10 BBergG in Betracht. Zum anderen können die Interessen auch in die im Rahmen einer durch den Gesetzgeber zu implementierenden Gesamtabwägung in dem Rahmenbetriebsplan mit enteignungsrechtlicher Vorwirkung einfließen. Beide Aspekte sind zu untersuchen.

Zunächst sei jedoch festgehalten, dass die in Kapitel 4 festgestellten Defizite, wonach das BBergG in seinen Grundentscheidungen den Abbau von Rohstoffen begünstigt, dem Ressourcenschutz und damit auch dem Nach-

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

haltigkeitsgrundsatz entgegensteht. Auf die Ausführungen in Kapitel 4 und die mögliche Überwindung dieser Defizite sei an dieser Stelle verwiesen.

I. Berücksichtigung von Interessen künftiger Generationen bei der Erteilung der Bergbauberechtigungen

1. Ressourcenethische Analyse

Eine Berücksichtigung von Interessen künftiger Generationen ist dem Zulassungskatalog des § 11 BBergG nicht explizit zu entnehmen. Die Interessen Künftiger könnte allerdings unter den Begriff der „öffentliche[n] Interessen" nach § 11 Nr. 10 BBergG subsumiert werden.

Die Berücksichtigung von Interessen der künftigen Generationen wird im Rahmen des § 11 Nr. 10 BBergG bisher nicht diskutiert. Dies mag der engen Auslegung des § 11 Nr. 10 BBergG geschuldet sein, nach welcher nur öffentliche Interessen mit Raumbezug und Interessen, die die Aufsuchung im gesamten zuzuteilenden Feld ausschließen, berücksichtigt werden sollen.[1519] Nach dieser Auslegung des § 11 Nr. 10 BBergG blieben Nachhaltigkeitsaspekte unberücksichtigt.

Für die ressourcenethische Bewertung dieser Nichtberücksichtigung kommt es auch hier entscheidend darauf an, welche Wirkungen die Bergbauberechtigungen entfalten. Orientiert man sich wiederum an der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Lehre, dann birgt die Bergbauberechtigung weitreichende faktische und rechtliche Wirkungen. So wird der Rechtstitel Bergbauberechtigung als Eigentumsposition grundrechtlich geschützt.[1520] Der grundrechtlich geschützte Belang ist dann in einer Gesamtabwägung zu berücksichtigen. Die nachfolgenden behördlichen Entscheidungen werden durch die Erteilung der Bergbauberechtigung damit erheblich beeinflusst. Auch die Entscheidungssituation, wonach sich die Behörde schon einmal positiv für das Vorhaben ausgesprochen hat (wenn

1519 Differenzierend: *Frenz*, DÖV 2016, S. 326.

1520 BVerfG, Urteil v. 20.10.1987, 1 BvR 1048/87, BVerfGE 77, 130 (136) = NJW 1988, S. 1076 (1077) – Cappenberg; BVerfG, Urteil v. 13.7.2007, 1 BvR 284/05 = BeckRS 2007, 23970 = ZfB 2008, S. 85 (Leitsätze); BVerwG, Urteil v. 3.3.2011 - 7 C 4/10, NVwZ 2011, S. 1520 ff., Rn. 32; BGH, Urteil v. 23.11.2000 - III ZR 342/99, BGHZ 146, 98 (104); BVerwG, Urteil v. 25.10.2018, 4 C 9/17, NVwZ 2019, S. 882 (883, Rn. 23 ff.); *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Düring, Losebl. (Stand: Mai 2023), Art. 14 GG, Rn. 324; *Wörheide*, Bergbauberechtigungen, S. 375, m.w.N.; *Frenz*, DÖV 2016, S. 324; kritische Erörterung unter: Kapitel 4, A., II., 3.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auch unter reduziertem Prüfprogramm), wird tendenziell den Abbau der Bodenschätze begünstigen. Es ist insofern kritisch, dass die Erteilung der Bergbauberechtigung, das heißt die Überführung der Bodenschätze aus dem Allgemeingut heraus zum Besitzstand einer Privatperson, nicht Prüfungen der Nachhaltigkeit unterzogen werden.

2. Die derzeitigen Auslegungsspielräume zur Behebung des ressourcenethischen Defizits nutzen

Es muss untersucht werden, ob die mangelnde Nachhaltigkeitsdimension im Rahmen der Erteilung der Bergbauberechtigung durch eine vorzugswürdigere Auslegung überwunden werden kann. Hierfür ist durch Auslegung zu ermitteln, ob die Interessen der künftigen Personen auch „öffentliche Interessen" im Sinne des § 11 Nr. 10 BBergG darstellen. Zunächst ist hierfür zu klären, was unter den öffentlichen Interessen zu verstehen ist.

a. Was sind öffentliche Interessen?

Der Begriff „öffentliche Interessen" ist ein unbestimmter Rechtsbegriff[1521] und findet sich als terminus technicus in vielen Gesetzen wieder.[1522] Die öffentlichen Interessen sind die Interessen des Gemeinwesens; es sind keine Interessen einer Privatperson (Individualinteressen).[1523] Sie unterliegen dem Wandel der Zeit. Richtschnur für die Frage, welche Interessen öffentliche Interessen sind, ist dabei das Grundgesetz.[1524] Die weitere Bestimmung der öffentlichen Interessen oder gar die Entwicklung von handfesten Kriterien bereitet erhebliche Schwierigkeiten. Hinzu kommt, dass die Begrifflichkeiten „die öffentlichen Interessen", „das öffentliche Interesse",

1521 Zur frühen Auseinandersetzung, ob der Begriff „öffentliche Interesse" überhaupt ein Rechtsbegriff ist siehe *Dürig*, JZ 1953, S. 536; *Krawietz*, Der Staat 1972, S. 349.

1522 Der Begriff wird beispielsweise in § 153 I S. 1 StPO, § 80 II Nr. 4 VwGO, § 1 VII BauGB verwendet. Auch auf verwandte Begriffe sei hingewiesen wie der ‚öffentliche Belange' beispielsweise aus § 35 I,II BauGB, das ‚Wohle der Allgemeinheit' beispielsweise in Art. 14 III S. 1 und die ‚Interessen der Allgemeinheit' beispielsweise in Art. 14 III S. 3 GG. Zu den Variationen *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse, S. 23.

1523 *Weber* in: Weber (Hrsg), Creifelds Rechtswörterbuch, Stichwort: öffentliches Interesse.

1524 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 1, Rn. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„das Gemeinwohlinteresse", die „Belange des Allgemeinwohls" u.ä. nicht einheitlich verwendet werden und sich Abgrenzungsfragen auftun. Mit *Uerpmann* kann gesagt werden, dass es dabei vor allem wichtig ist, sauber zwischen den einzelnen Interessen, die vorliegen, wie beispielsweise ein ganz konkreter Belang des Umweltschutzes, und dem Ergebnis einer Synthese aller relevanten Interessen zu unterscheiden.[1525] Das Ergebnis der Synthese antwortet auf die Frage, was in „dem" öffentlichen Interesse/im Gemeinwohl liegt. Dies ist stets einzelfallbezogen und aus einer Abwägung mehrerer Interessen zu ermitteln. Bei der Frage, ob die Interessen der künftigen und nachrückenden Generationen öffentliche Interessen im Sinne des § 11 Nr. 10 BBergG sind, geht es darum zu ermitteln, ob die Interessen Künftiger/Nachrückender überhaupt als Belang in eine Synthese einfließen dürfen, d.h. ob sie berücksichtigungsfähig sind. Was macht also ein Interesse zu einem öffentlichen Interesse? Öffentliche Interessen entstehen nicht dadurch, dass sich eine Mehrheit privater Einzelinteressen zu einem Interesse zusammenfassen ließe.[1526] Natürlich können private Einzelinteressen derart betroffen sein, dass unter Umständen ein Tätigwerden des Staates gefordert ist; das heißt, dass der Staat sich etwas zur öffentlichen Aufgabe machen muss (grundrechtliche Schutzpflichten des Staates)[1527]. Gerade dieses ins Auge fassen des Staates macht ein Interesse zu einem öffentlichen Interesse: Wenn der Staat ein Interesse wahrnimmt, dann ist es ein öffentliches Interesse.[1528] Hierbei ist zu beachten, dass der Staat sich nicht jedwedes Ziel setzen darf, sondern auch hierbei höherrangiges Recht beachten muss.[1529]

b. Die Interessen Künftiger als öffentliche Interessen

Ob die Interessen Künftiger als öffentliche Interessen gelten dürfen, führt zu der Frage, erstens, ob der Staat die Interessen Künftiger wahrnimmt und ob er, zweitens, die Interessen wahrnehmen darf. Art. 20a GG bejaht die staatliche Verantwortung für künftige Generationen. Ihre Interessen sind

1525 So *Uerpmann* eindrücklich: „Das öffentliche oder private Einzelinteresse, das in einen Interessenausgleich einzustellen ist, und das Ergebnis des Interessenausgleichs befinden sich auf verschiedenen Ebenen und sind insoweit unvergleichbar." (Das öffentliche Interesse, S. 36, siehe auch S. 38).
1526 *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse, S. 35.
1527 *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Rn. 150 ff.
1528 *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse, S. 133.
1529 *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse, S. 133.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

im Rahmen des Schutzes der natürlichen Lebensgrundlagen zu berücksichtigen. *Uerpmann* stellt fest, dass „[ü]berall, wo staatliche Verantwortung ausgesprochen ist, […] es um die Wahrnehmung öffentlicher Interessen [geht]."[1530] Mit Art. 20a GG werden die Interessen künftiger Generationen an einer intakten, menschenfreundlichen Umwelt auf höchster Verfassungsebene anerkannt und zum Staatsziel deklariert. Der Verfassungsgeber macht sich die Interessen Künftiger zu Eigen und lässt sie so zu öffentlichen Interessen erstarken. Als öffentliche Interessen fließen sie dann im Rahmen der Ermittlung des Gemeinwohls ein mit einer durch die Verfassung gestärkten Gewichtung. Unter den künftigen Generationen, für die der Staat in Art. 20a GG seine Verantwortung anerkennt, sind die gegenwärtig noch nicht Gezeugten, also (noch) nicht Existenten zu verstehen.[1531] Die Interessen der nachrückenden Generationen an einer intakten Umwelt sind in den allgemeinen öffentlichen Interessen am Umweltschutz, wie er auch durch Art. 20a GG angestrebt wird, mitgedacht. Es kann aber lohnend sein, auch im Rahmen des Umweltschutzes die Interessen der nachrückenden Generationen besonders zu ermitteln und hervorzuheben.

Es bleibt die Frage, ob der Staat die Interessen Künftiger ins Auge fassen darf. Zugespitzt formuliert könnte ein entsprechender Zweifel lauten: Ist es zulässig, die Interessen von Nichtexistenten zu berücksichtigen? Die künftigen Generationen leben heute noch nicht. Wenn die Interessenträger noch nicht vorhanden sind, so scheinen die Interessen auch noch nicht vorhanden zu sein. Der Einwand könnte so formuliert werden, dass der Staat nicht berechtigt sei, nichtexistente Interessen zu seinem Leitziel zu machen. Die Anerkennung der Interessen Künftiger ist auf der Verfassungsebene geschehen. Es müsste sich also mit der Berücksichtigung Nichtexistenter um verfassungswidriges Verfassungsrecht handeln. Zu der Kategorie des verfassungswidrigen Verfassungsrechts führt das BVerfG aus, dass es grundsätzlich denkbar sei. Für die Überprüfung der in Rede stehenden Verfassungsnorm kommt aber keine zweite übergeordnete Verfassungsnorm in Betracht, sondern mit der Radbruch'schen Formel die Gerechtigkeit.[1532] Grundsätzlich haben auch ungerechte und unzweckmäßige Gesetze Geltung, für sie spricht das Gut der Rechtssicherheit. Allein wenn das positive

1530 *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse, S. 34.

1531 *Gärditz*, in: Beckmann et. al., Kommentar Landmann/Rohmer Umweltrecht, 102. EL September 2023, Art. 20a GG, Rn. 14.

1532 „Das GG kann nur als Einheit begriffen werden." BVerfG, Urteil vom 18. 12. 1953 - 1 BvL 106/53, BVerfGE 3, 225 (231) = NJW 1954, S. 65.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Recht – wie auch eine Norm des Verfassungsrechts in Rede stehen kann – in einem äußerst unerträglichen Widerspruch zur Gerechtigkeit stünde, dann wäre es unrichtiges Recht und ohne Gültigkeit.[1533] Der Vorwurf der äußersten Verletzung der Gerechtigkeit liegt nicht in dem Einwand gegen die Berücksichtigung der Künftigen – vielmehr fordern weite Teile der Zukunftsethik gerade aus Gründen der Gerechtigkeit die Berücksichtigung der Interessen Künftiger. Im Raum steht eher ein Widerspruch zur Logik. Dieser vermeintliche Widerspruch fußt aber in dem verworfenen Ansatz, dass ein öffentliches Interesse dasjenige sei, welches die Mehrheit der privaten Einzelinteressen abbilde. Wenn es diese privaten Einzelinteressen de facto (jetzt noch) nicht gibt, so können sie auch nicht als Summe als ein öffentliches Interesse erscheinen. Hiervon ist der Staat in seiner Zielsetzung frei. Es genügt, dass die Annahmen plausibel sind, dass es künftige Menschen geben werde, die ein Interesse an den menschlichen Lebensgrundlagen haben und dass das die künftigen Menschen von dem Tun und Handeln der jetzigen Generation betroffen sein könnten. Dies ist der Fall. Der Staat durfte sich die Interessen künftiger Generationen damit zu Eigen machen.

Aus Art. 20a GG muss geschlossen werden, dass auch die Interessen künftiger Generationen an einer intakten Umwelt (genauer an ihren Lebensgrundlagen) grundsätzlich als öffentliche Interessen gelten.

c. Einschränkungen des § 11 Nr. 10 BBergG

Grundsätzlich kommen unter den öffentlichen Interessen des § 11 Nr. 10 BBergG alle öffentlichen Interessen in Betracht, die von der Rechtsordnung anerkannt sind[1534] – mithin auch die Interessen der nachrückenden und künftigen Generationen an einer intakten Umwelt. Es konnte bereits gezeigt werden, dass die vierfache Einschränkung des § 11 Nr. 10 BBergG nicht trägt.[1535] Hier kommt argumentativ noch die ermittelte Ausrichtung des § 1 Nr. 1 und 3 BBergG an dem Nachhaltigkeitsgrundsatz, wie er über Art. 20a GG einfließt, hinzu. Da die unbestimmten Rechtsbegriffe im Lichte der Zielsetzungen des Gesetzes und im Lichte der Verfassung auszulegen sind, liegt die Auslegung von „öffentlichen Interessen" nahe, die die Interessen von nachrückenden und künftigen Generationen einschließt. Dies ist je-

1533 *Radbruch*, in: Dreier, R./Paulson, Gustav Radbruch Rechtsphilosophie, S. 215 ff.
1534 *Franke*, in: Boldt et al., BBergG, § 11, Rn. 15.
1535 Siehe Kapitel 4 A. II 2.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

denfalls dann gefordert, wenn man den Bergbauberechtigungen eine starke, eigentumsrechtlich gesicherte Rechtsposition zuschreibt. Dies wurde hier verneint (näheres Kapitel 4 A. II. 3.). Wird die Erteilung der Bergbauberechtigung konsequent nur als Entscheidung zwischen zwei Bergbaubetreibern gewertet ohne jegliche Auswirkung auf spätere Verfahrensabläufe, dann scheint auch keine Abwägung notwendig, die das gesamte Für und Wider des Bergbaus betrachtet. Eine Abwägung müsste dann den Umfang haben, der für die Auswahl zwischen Konkurrenten notwendig ist. Folgt man dieser Ansicht, dann wäre es sicherlich wünschenswert den Rechtstitel „Bergbauberechtigung" umzubenennen, um erst gar keinen Anschein der Vorabentscheidung oder der Eigentumsposition aufkommen zu lassen. Folgt man dem nicht, dann wäre § 11 Nr. 10 BBergG so auszulegen, dass auch die Interessen der künftigen Generationen unter die öffentlichen Interessen zu fassen sind, sodass der Nachhaltigkeitsgrundsatz auch die Erteilung der Bergbauberechtigung zu steuern vermag.

3. Fazit

Es hat sich gezeigt, dass nach bisheriger Auslegung die Erteilung der Bergbauberechtigungen nicht von Nachhaltigkeitsaspekten beeinflusst werden. Dies ist dann ressourcenethisch defizitär, wenn mit der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Lehre den Bergbauberechtigungen weitreichende rechtliche und faktische Wirkungen zugeschrieben werden. Die Auslegungsspielräume des unbestimmten Rechtsbegriffs „öffentliche Interesse" haben jedoch gezeigt, dass der Wortlaut an sich offen ist, die Interessen der nachrückenden und künftigen Generationen zu berücksichtigen. Mit Blick auf die doppelte Nachhaltigkeitsausrichtung des BBergG in § 1 Nr. 1 und 3 und mit Blick auf Art. 20a GG wären die Aspekte der Nachhaltigkeit schon im § 11 Nr. 10 BBergG einzubeziehen.

Das ressourcenethische Defizit ließe sich auch dadurch überwinden, dass die Wirkungen der Bergbauberechtigung als weniger weitreichend verstanden werden. In jedem Fall wäre eine gesetzgeberische Klarstellung auch für diese Frage zu begrüßen.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Berücksichtigung von Interessen künftiger Generationen bei der Zulassung des Rahmenbetriebsplans

Für die Beachtung des Nachhaltigkeitsgrundsatzes kommt es entscheidend darauf an, dass die Interessen der künftigen Generationen an einer gerechten Güter- und Lastenverteilung auch in der Letztendscheidung über das Bergbauvorhaben Eingang finden. Hier sollen sich die Ausführungen der einfachheitshalber auf die Ausführungen zum Rahmenbetriebsplan beschränken.

1. Ressourcenethische Analyse

Als zentrale Zulassungsvoraussetzung des Rahmenbetriebsplans wurde die Gesamtabwägung (nach der hier vertretenen Meinung eigentlich eine Enteignungsabwägung)[1536] richterrechtlich entwickelt. Es stellt sich somit die Frage, ob die Interessen der künftigen Generationen in die Gesamtabwägung einzustellen sind.

In einer Gesamtabwägung müssen alle öffentlichen und privaten Belange unter- und gegeneinander abgewogen werden. Als öffentliche Interessen im Rahmen des § 48 II S. 1 BBergG wird allgemein auf die anerkannten Interessen verwiesen.[1537] Von der Rechtsprechung werden die Interessen der Künftigen als öffentliche Interessen bisher nicht anerkannt. Wenn in der Rechtsprechung auf Art. 20a GG im Rahmen von Gesamtabwägungen eingegangen wird, dann nur bezüglich dem allgemeinen Schutz der Natur/der natürlichen Lebensgrundlagen.[1538] Auch die Rechtspraxis um die Gesamtabwägung im Bergrecht bildet da keine (positive) Ausnahme – die Interessen der Künftigen werden demnach auch nicht explizit in die Gesamtabwägung eingespeist.

Fraglich ist, ob es hinsichtlich der Beachtung des Nachhaltigkeitsgrundsatzes ausreicht, wenn Umweltbelange umfänglich als dem Bergbau entgegenstehende Belange berücksichtigt werden. Um dies zu bewerten, muss die konkrete Abwägungsentscheidung angesehen werden: inwiefern gerät gerade die zeitliche Achse der Umweltnutzung in den Blick und führt

1536 Hierzu oben unter Kapitel 4 B. II. 3.

1537 *Kühne* in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 50.

1538 BVerwG, Beschluss v. 15. 10. 2002 - 4 BN 51/02, NVwZ-RR 2003, S. 171; BVerwG, Beschluss v. 31.01.1997 - 4 NB 27/96, BVerwGE 104, 68 (76) = NVwZ 1997, 1213; OVG Schleswig, Beschluss v. 10.11.2009 - 1 LA 41/09, NuR 2010, 420. Siehe hierzu aufschlussreich auch *Tremmel*, ZRP 2004, S. 44 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

u. U. zu einer höheren Gewichtung der Umweltbelange und fließt derart in die Abwägung ein? Es steht zu vermuten, dass eine solche indirekte Einflussnahme von Nachhaltigkeitsaspekten weniger stark die Abwägung zu leiten und lenken in der Lage ist, als wenn die Interessen künftiger Generationen direkt erarbeitet und benannt werden. Mag dies schon für die negativen Umweltbelastungen gelten, so doch erst recht hinsichtlich der Ressourcenschonung (als positiver Schutzauftrag). Dass abiotische Rohstoffe für künftige Generationen verfügbar sein sollen und zu einer direkten Pflicht führt, nur schonend und sparsam Bodenschätze abzubauen, dies findet sich in den klassischen öffentlichen (Umwelt-)Interessen (Belange des Wasserschutzes, des Naturschutzes und der Landschaftsentwicklung, Bodenschutz, Schutzgebietsfestlegungen und weitere) nicht wieder.

Der Nachhaltigkeitsgrundsatz findet demnach im Rahmen der Abwägung, wenn überhaupt, partiell als Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen im Rahmen der Berücksichtigung der Umweltbelange statt. Da sich der Ansatzpunkt der Ressourcenschonung nicht unter die klassischen Belange des Umweltschutzes fügt, die im Rahmen der Abwägung hinsichtlich der öffentlichen Interessen berücksichtigt werden müssten, wird dieser Aspekt in den meisten Behördenentscheidungen, die eine Gesamtabwägung durchführen, ohne Berücksichtigung bleiben. Der Nachhaltigkeitsgrundsatz ist damit nur defizitär und indirekt berücksichtigt.

2. Die derzeitigen Auslegungsspielräume zur Behebung des ressourcenethischen Defizits nutzen

Wie bereits gezeigt, können die Interessen der künftigen und der nachrückenden Generationen an dem Erhalt ihrer Lebensgrundlagen als abwägungsrelevante öffentliche Interessen subsumiert werden (oben unter B. I. 2.). Fraglich ist, wie die Beachtung dieses Abwägungsbelangs im Rahmen der Gesamtabwägung konkret aussähe. Zum einen könnten die Interessen künftiger und nachrückender Generationen direkt ermittelt und in die Abwägung eingestellt werden. Ein zweiter indirekter Ansatzpunkt läge darin, dass die Belange des Umweltschutzes auch durch die Interessen künftiger und nachrückender Generationen aufgewertet werden und so mit erhöhtem Gewicht in die Abwägung eingehen. Problematisch an letzterem Ansatz ist, wie gezeigt, dass die Ansprüche der Künftigen und Nachrückenden an der Teilnahme bei der Verteilung der positiven Güter nicht als Umweltbelang gefasst werden. Nur wenn es um die Verteilung der Lasten ginge,

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

würden die Interessen der Künftigen und Nachrückenden als (potenziell) Geschädigte in den Blick geraten. Eine solche Differenzierung, die die Berücksichtigung der Künftigen/Nachrückenden nur bei der Verteilung der negativen Güter vorsieht, könnte von den Ansätzen der Zukunftsethik getragen sein, die sich auf die Pflicht beschränkt, die künftigen Personen nicht zu schädigen. Hiernach darf der Planet in keinem schlechteren Zustand hinterlassen werden, als wir ihn selbst vorgefunden haben.[1539] Weiter gehende Ansätze der Zukunftsethik, die diese Differenzierung nicht tragen würden, erweitern die Ansprüche der Künftigen darauf, dass sie ein basal gutes Leben führen können oder dass die Ressourcen zwischen den Generationen gerecht verteilt werden.[1540]

Dem Art. 20a GG geht es um den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen. Zu dem Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen gehören auch die abiotischen Rohstoffe.[1541] Insofern bezweckt der Art. 20a GG auch den Schutz der abiotischen Rohstoffe – so wird das Gebot des Ressourcenschutzes auch ausdrücklich aus Art. 20a GG hergeleitet.[1542] Da nun aber die natürlichen Lebensgrundlagen –und damit die abiotischen Ressourcen– auch in Verantwortung für die künftigen Generationen mit Art. 20aGG erfolgen soll, entspricht eine Engführung auf der Ebene der Gesamtabwägung auf die negativen Auswirkungen des Bergbaus nicht den Wertungen des Grundgesetzes. Die verfassungskonforme Auslegung hat gezeigt, dass die Interessen der Künftigen und Nachrückenden an den Rohstoffen selbst, ein berücksichtigungsfähiger Belang im Rahmen von Ressourcennutzungsentscheidungen ist. Dies kann aber nicht im Rahmen der Umweltbelange geschehen und ist insofern als direkter Belang aufzunehmen.

Die Berücksichtigung von Interessen der künftigen und nachrückenden Generationen heißt natürlich nicht, dass sich diese immer durchzusetzen vermögen. Es bringt aber gleichwohl die Anforderungen des Nachhaltigkeitsgrundsatzes zur Geltung. Ein nicht notwendiger Rohstoffabbau wird sich so wohl nicht mehr durchsetzen lassen. Wie streng dabei die Notwendigkeit des Abbaus bewertet wird, wird über die Strenge des Ressourcenschutzes entscheiden.

1539 *Meyer, K.*, Was schulden wir künftigen Generationen?, S. 109 f. (114).
1540 *Meyer, K.*, Was schulden wir künftigen Generationen?, S.115 ff., 124 ff.
1541 *Jarass*, in Jarass/Pieroth GG Komm., Art. 20a GG, Rn. 3.
1542 *Jarass*, in Jarass/Pieroth GG Komm., Art. 20a GG, Rn. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Zwischenfazit

Nach herkömmlicher Auslegung berücksichtigt die Gesamtabwägung die Interessen der künftigen und der nachrückenden Generationen nicht ausdrücklich. Ihre Interessen werden nicht als öffentliche Interessen in die Gesamtabwägung eingespeist. Höchstens kann sich ein Mitschutz der Künftigen und Nachrückenden daraus ergeben, dass Umweltbelange umfassend zu berücksichtigen sind und dies letztendlich auch den künftigen und nachrückenden Generationen zugutekommt. Damit wird das BBergG in der Zulassung des Rahmenbetriebsplans aber nicht den Anforderungen des Nachhaltigkeitsgrundsatzes gerecht.

Es konnte gezeigt werden, dass die Interessen der Künftigen und Nachrückenden als öffentliche Interessen in die Gesamtabwägung direkt einfließen müssen. Auch ihr Interesse, nicht nur vor möglichen Schädigungen, sondern an den Rohstoffen selbst, ist dabei im Sinne von Art. 20a GG zu berücksichtigen.

C. Fazit

Nach der derzeitigen Auslegung des BBergG wird den Nachhaltigkeitsüberlegungen in dem Regelungsbereich der Zielausrichtung, der Erteilung der Bergbauberechtigung und in der Zulassung des Rahmenbetriebsplans wenn überhaupt, so nur wenig Raum zugewiesen. Zum Teil wird der in § 1 Nr. 1 BBergG erwähnte Bodenschutz als Nachhaltigkeitsimplikation gewertet, obwohl es sich hier wohl um eine Ausformung des Vorsorgeprinzips handelt. Nachhaltigkeitsaspekte könnten auch über § 1 ROG als übergeordnete Ebene das Bergbauverfahren leiten. In der konkreten Situation der behördlichen Entscheidung über das Bergbauvorhaben werden aber Nachhaltigkeitsaspekte oder gar die Interessen der künftigen und nachrückenden Generationen weder in § 11 Nr. 10 BBergG noch über § 48 II BBergG in der Gesamtabwägung berücksichtigt.

Die Untersuchungen haben jedoch gezeigt, dass das BBergG Auslegungsspielräume besitzt, die zugunsten der Nachhaltigkeit genutzt werden können und mit Blick auf Art. 20a GG auch genutzt werden müssen. So konnte gezeigt werden, dass das BBergG die nachhaltige Nutzung der Rohstoffe in § 1 Nr. 1 und 3 BBergG bezweckt. Zum einen enthält § 1 Nr. 1 die Bestimmung auch für künftige Generationen die Rohstoffversorgung zu sichern. Zum anderen enthält § 1 Nr. 3 BBergG die Berücksichtigung von den künf-

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tigen Generationen, wenn es um die Verteilung der Lasten des Bergbaus geht, d.h. auch den negativen ökologischen Langzeitauswirkungen des Bergbaus.

Weiterhin konnte gezeigt werden, dass die Interessen der künftigen Generationen öffentliche Interessen sind, die sowohl bei der Erteilung der Bergbauberechtigung als auch bei der Zulassung des Rahmenbetriebsplans in die Abwägung einfließen müssen. Im Rahmen der Erteilung der Bergbauberechtigung kann von einer umfänglichen Abwägung im Rahmen des § 11 Nr. 10 BBergG nur dann abgesehen werden, wenn die rechtliche und faktische Wirkung der Bergbauberechtigung deutlich eingeschränkt wird. In der Gesamtabwägung selbst sollen die Interessen der künftigen und nachrückenden Generationen direkt ermittelt werden und auch als eigenständige Belange in die Abwägung einfließen. Daneben bleibt es die Aufgabe eines gesetzgeberischen Reformvorhabens, Anforderungen des Ressourcenschutzes direkt in materielles Recht zu überführen.

Das so verstandene BBergG, das durch verfassungskonforme Auslegung den Nachhaltigkeitsaspekten mehr Raum verleiht, bedeutet einen grundlegenden Paradigmenwechsel für die bergrechtliche Rechtspraxis. Dem Verständnis des Gesetzes, welches so ausgerichtet war, dass Bergbauprojekte unbedingt zu fördern seien, wird so ein neues Verständnis entgegengesetzt, welches von einer nachhaltigen Nutzung der Bodenschätze getragen ist. Dieser, aus Sicht der Ressourcenethik notwendige Paradigmenwechsel sollte durch den Gesetzgeber ausdrücklich anerkannt und weiter ausgeformt werden.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kapitel 6: Bergrechtliche Verfahren und Verfahrensgerechtigkeit

Das Bergrecht ist im Folgenden an dem Maßstab der Verfahrensgerechtigkeit zu messen. Dass es hierbei zu Problemen kommen könnte, lassen die vielfachen Hinweise auf die Kompliziertheit des Bergrechts vermuten: es sei eine Materie, die nur Spezialisten zugänglich wäre.[1543] Die Garzweiler Entscheidungen von BVerwG und BVerfG haben aufgezeigt, dass die Beteiligung der betroffenen Grundeigentümer nicht dem Recht auf effektiven Rechtsschutz genügte. So wurde der Rechtsschutz von Grundeigentümern vor dem Rahmenbetriebsplan erst durch Entscheidung des BVerwG im Jahr 2006[1544] etabliert. Ob damit die Verfahrensgerechtigkeit als weitgehend im BBergG durchgesetzt gelten darf, ist zu bezweifeln und wird im Folgenden erörtert.

Zunächst sollen ausgewählte Aspekte der behördlichen Verfahren auf ihren Bezug zu den Grundsätzen der Verfahrensgerechtigkeit untersucht werden (A). Daran schließt sich die Frage an, ob der Zugang zu Gericht den Grundsätzen der Verfahrensgerechtigkeit entspricht (B).

A. Behördliche Verfahren und Verfahrensgerechtigkeit

Die ressourcenethische Untersuchung der behördlichen Verfahren bietet viele Anhaltspunkte. Diese Arbeit will schwerpunktmäßig die Betroffenen- und die Öffentlichkeitsbeteiligung untersuchen (I, II). Daneben wird auch die Ausgestaltung der Verfahrenslasten, namentlich die Präklusion von Betroffenen, (III) und die Komplexität der Verfahren (IV) angeprüft.

Auch hier untergliedert sich die Untersuchung der einzelnen Unterpunkte wie folgt: Zunächst wird anhand der derzeitigen Auslegung von Rechtsprechung und Lehre eine ressourcenethische Analyse des spezifischen Verfahrensaspektes vorgenommen. In einem zweiten Schritt soll wiederum

1543 So *Ludwig*, ZUR 2014, S. 457. Kritisch schon: *Schulte*, Raumplanung und Genehmigung bei der Bodenschätzegewinnung, S. 291.

1544 BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 (Leitsatz und Rn. 16); bestätigt durch das BVerfG mit Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (310 ff., Rn. 219 f.) – Garzweiler.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

untersucht werden, inwiefern sich diese Defizite schon de lege lata aufheben oder mildern lassen.

I. Betroffenenbeteiligung

Bei der Beteiligung von Bürgern ist zwischen der Beteiligung von den, durch das Bergbauvorhaben negativ Betroffenen (Betroffenenbeteiligung) und der Beteiligung einer breiten Öffentlichkeit, einschließlich der anerkannten Naturschutzverbände (Öffentlichkeitsbeteiligung), zu unterscheiden.[1545] Erstere dient zuvörderst dem Individualrechtsschutz und wird von Verfassungswegen eingefordert. Letztere ist aus dem Völkerrecht (Aarhus Konvention) und dem europäischen Recht (UVP-RL) an das deutsche Recht herangetragen und soll zu einem höheren Schutzniveau der Umwelt beitragen.[1546]

Die Betroffenen des Bergbauvorhabens sind die von der Enteignung bedrohten Oberflächeneigentümer, die Oberflächeneigentümer, deren Eigentum von Bergschäden bedroht sind und die berechtigten Nutzer (Mieter, Pächter u.ä.) der zu enteignenden oder bedrohten Oberfläche. Ob sie beteiligt werden, diese Frage stellt sich grundsätzlich in allen Verfahrensstufen.

Nach der Ansicht von Rechtsprechung und Lehre findet eine Betroffenenbeteiligung frühestens im Verfahren zur Erstellung der Betriebspläne statt – nicht schon in dem Verfahren zur Erteilung der Bergbauberechtigungen.[1547] Als Begründung wird angeführt, dass die Rechte Dritter durch die Erteilung der Bergbauberechtigung von vornherein nicht berührt werden können. *Kremer* und *Neuhaus* weisen darauf hin, dass § 15 BBergG als eine abschließende Regelung zur Beteiligung angesehen wird, welche den Zugang zu § 13 VwVfG über § 5 BBergG versperrt.[1548]

1545 Häufig wird beides unter den Begriff der Öffentlichkeitsbeteiligung gefasst (so auch *Appel*, NVwZ 2012, S. 1361 ff.; *Keienburg*, Öffentlichkeitsbeteiligung im Bergrecht, S. 32 ff.).

1546 *Kloepfer/Durner*, Umweltschutzrecht, § 4, Rn. 17, 19.

1547 VG Halle, Urteil v. 25.09.2008 - 3 A 210/07, BeckRS 2010, 48888; VG Cottbus, Urteil v. 25.10.2018 - 3 K 960/13, BeckRS 2018, 32785, Rn. 40 f.; zur Ablehnung der Klagebefugnis: OVG Weimar, Urteil v. 15.05.2003 - 1 KO 710/00, ZfB 2004, S. 137 (S. 144 f.); *Franke*, in: Boldt et al., BBergG, § 11, Rn. 19, 21; *Beckmann*, zit. in: Müggeborg, Öffentlichkeitsbeteiligung und Bergrecht, NVwZ 2014, S. 569; *Kremer/Neuhaus gen. Wever*, Bergrecht, Rn. 112.

1548 *Kremer/Neuhaus gen. Wever*, Bergrecht, Rn. 112.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Betroffenenbeteiligung auf der Verfahrensstufe des Erlasses von Betriebsplänen ergibt sich durch richterrechtliche Rechtsprechung in zwei Fällen. Dies betrifft zum einen die Grundeigentümer, die durch das Bergbauvorhaben von schweren Bergschäden bedroht sind und zum zweiten die von einer Enteignung zugunsten komplexer Großvorhaben Betroffenen.

Drohen den Oberflächeneigentümern durch den untertägigen Tagebau Bergschäden in besonders schwerem Maße, sollen ihre Interessen seit dem Moers-Kapellen-Urteil im Betriebsplanverfahren eingebracht werden können.[1549] Dies kann im Rahmen einer Einzelhinzuziehung erfolgen, gem. § 13 I Nr. 4, II S. 2 VwVfG i.V.m. § 5 BBergG. „[Z]ur Vermeidung etwa zu befürchtender Verfahrensfehler" hat der Gesetzgeber das „Auslegeverfahren" nach § 48 II S. 3-6 BBergG bereitgestellt.[1550] Die Interessen der von Bergschäden bedrohten Oberflächeneigentümer werden nun üblicherweise in einem Sonderbetriebsplan „Abbauwirkungen auf das Oberflächeneigentum" bzw. „Anhörung der Oberflächeneigentümer" abgehandelt.[1551]

Oberflächeneigentümer, die nur mit kleineren bis mittleren Schäden[1552] zu rechnen haben, werden nach wie vor auf den Grundsatz des „dulde

1549 BVerwG, Urteil v. 16.3.1989 - 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (344 f.) – Moers-Kapellen. Siehe hierzu die kritische Anmerkung des 7. Senats des BVerwG, wonach die Ausführungen nicht urteilstragend gewesen seien und dieser Drittschutz über § 48 II BBergG zumindest nicht auf Grundstückseigentümer ausgedehnt wird, deren Grundstücke unmittelbar in Anspruch genommen werden: Urteil v. 14.12.1990 - 7 C 18.90, NVwZ 1991, S. 992 ff. – Wyen. Weiterhin siehe auch die angedeutete Auffassung des 7. Senats, wonach Drittschutz für Eigentümer, die nicht dem Betrieb zugeordnet sind, auch durch § 55 I S. 1 Nr. 3 BBergG zu erlangen sei (BVerwG, Urteil v. 13.12.1991 - 7 C 25.90, BVerwGE 89, 246 (249) – Gasspeicher). Diese Auffassung konnte sich nicht durchsetzen (dies schon befürchtend *Hoppe*, in: Hüffer (Hrsg.), Oberflächeneigentum und Bergbau, S. 37). Zur Zusammenfassung der höchstrichterlichen Rechtsprechung siehe *Gaentzsch*, in: Hüffer (Hrsg.), Oberflächeneigentum und Bergbau, S. 41 ff.; ebenso *Keienburg*, Öffentlichkeitsbeteiligung im Bergrecht, S. 35 ff.

1550 Bericht des Abgeordneten *Gerstein* für den Wirtschaftsausschuss in der Bundesberggesetz-Novelle 1990, BT-Drs. 11/5601, S. 16.

1551 *Keienburg*, NVwZ 2013, S. 1126; *Kühne* in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 93. Nach der Gesetzesbegründung durch den Wirtschaftsausschuss sollte die Einzelhinzuziehung nur „ausnahmsweise" durch das Auslegeverfahren ersetzt werden (Bericht des Abgeordneten *Gerstein* für den Wirtschaftsausschuss in der Bundesberggesetz-Novelle 1990, BT-Drs. 11/5601, S. 16).

1552 Die Einordnung von Beeinträchtigungen als schwere oder mittlere/leichte Bergschäden wurde vor allem durch den (nicht verbindlichen) Kriterienkatalog des Länderausschusses Bergbau konkretisiert (ZfB 1995, S. 345 ff.; die Kriterien wiedergebend und kommentierend: *Kühne* in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 67 f.)

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und liquidiere" verwiesen – sie müssen nicht im Betriebsplanverfahren beteiligt werden (hierzu schon unter Kapitel 4 C. I. 1. a. und e. aa.).[1553] Auch sind ihre Interessen nicht zu berücksichtigen, jedenfalls nicht solange der Bergbau keine Enteignung erforderlich macht und so dann eine Gesamtabwägung im Rahmen des obligatorischen Rahmenbetriebsplans oder des Grundabtretungsverfahrens vorsieht.[1554]

Eine Beteiligung im Betriebsplanverfahren von Oberflächeneigentümern, denen ein vollständiger Eigentumsentzug droht, wurde noch bis zur Garzweiler Entscheidung des BVerwG im Jahr 2006 abgelehnt.[1555] Die Garzweiler Entscheidung des BVerfG bestätigt, dass die durch komplexe Großvorhaben von einer Enteignung bedrohten Oberflächeneigentümer verfassungsrechtlich im Rahmenbetriebsplanverfahren berücksichtigt werden müssen – aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes.[1556] Der grundrechtlich geforderte effektive Rechtsschutz hat zum einen auf der prozessualen aber auch auf der verwaltungsrechtlichen Ebene zu erfolgen. In dem Zulassungsverfahren von Rahmenbetriebsplänen komplexer Großvorhaben

1553 OVG NRW, Urteil vom 27.10.2005, 11 A 1751/04, in IBRRS 2006, 0451 unter II., 2., (2), a), bb); VG Saarlouis, Urteil v. 25.04.2018, 5 K 753/16, in BeckRS 2018, 8276, Rn. 37; VG Leipzig, Urteil vom 01.03.2017, 1 K 1142/16, in BeckRS 2017, 117253, Rn. 45; LG Saarbrücken, Urteil vom 25.11.2011, 13 S 117/09, in BeckRS 2011, 29151, unter II., A., 3., a), bb); *Dammert/Brückner*, ZUR 2017, S. 474; *Frenz*, ZUR 2017, S. 697; *ders*., in: Frenz (Hrsg.), BBergG, § 48, Rn. 56; *Keienburg*, NVwZ 2013, S. 1126; *dies*., Öffentlichkeitsbeteiligung im Bergrecht, S. 36 ff.; a.A.: *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Düring, Losebl. (Stand: Mai 2023), Art. 14 GG, Rn. 541; *Weiss*, in: Danner/Theobald, Energierecht, 109. EL Januar 2021, 137. Bergrecht, Rn. 98. Beide verweisen auf das Garzweiler-Urteil des BVerwG aus dem Jahr 2006. In diesem hat sich das BVerwG jedoch lediglich zum Drittschutz von enteignungsbedrohten Grundeigentümern ausgesprochen und nicht zum Drittschutz von Grundeigentümern, die mit Bergschäden zu rechnen hätten (Urteil v. 29.6.2006, 7 C 11.05, BVerwGE 126, 205). Dass das BVerwG an der Moers-Kapellen Rechtsprechung festhält, lässt sich wohl auch der BVerwG Entscheidung vom 15.12.2006, 7 C 6/06 entnehmen. In dieser stellt das BVerwG fest, dass im Rahmen des Betriebsplanverfahrens „unverhältnismäßige Beeinträchtigungen des Oberflächeneigentums" zu einer Beschränkung oder Untersagung des Bergbaus führen können und verweist dabei ausdrücklich auf das Moers-Kapellen-Urteil (Rn. 23).

1554 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (298 Rn. 188 und 350 f. Rn. 315 ff.) – Garzweiler.

1555 Noch ablehnend BVerwG, Urteil v. 14.12.1990, 7 C 18/90, NVwZ 1991, S. 992. Davon explizit abrückend BVerwG, Urteil v. 29.06.2006, 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 (210, Rn. 20).

1556 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (312 f., 319 f. (Rn. 223 f., 239)) – Garzweiler.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

sind damit die Oberflächeneigentümer zu beteiligen.[1557] Komplexe Großvorhaben sind über Jahrzehnte laufende Großvorhaben mit zahlreichen Entscheidungsebenen, bei denen im Laufe der Zeit Festlegungen getroffen werden, deren Korrektur am Ende des Verfahrens unwahrscheinlich/unmöglich ist.[1558] Als gesetzliche Grundlage für die Berücksichtigung der Eigentümerinteressen wird § 48 II S. 1 BBergG herangezogen.[1559]

Handelt es sich nicht um komplexe Großvorhaben, könnte verfassungsrechtlich auch ein Einbringen der Oberflächeneigentümer und ihrer Belange erst im Grundabtretungsverfahren genügen, soweit eine umfassende und ergebnisoffene Prüfung aller Enteignungsvoraussetzungen gesetzlich vorgesehen und realistischerweise auch erwartet werden kann. Das BVerfG lässt dies offen.[1560]

1. Ressourcenethische Analyse der derzeitigen Betroffenenbeteiligung

Die Betroffenenbeteiligung ist auf der Ebene der Erteilung der Bergbauberechtigung nicht möglich. Auf der Ebene der Zulassung der Betriebspläne ist sie für zwei Sonderfälle ausgestaltet. Im Grundabtretungsverfahren, auf das die Betroffenen zuvor alleinig angewiesen waren (sofern überhaupt eine Enteignung im Raum stand), ist eine Beteiligung selbstverständlich.

1557 So auch Bund-Länder-Ausschuss Bergbau, Vollzugsempfehlung Garzweiler, S. 14.

1558 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (312 Rn. 224) – Garzweiler. Zur Diskussion um die Überführung dieses Merkmals in die Praxis vergleiche: Bund-Länder-Ausschuss Bergbau, Vollzugsempfehlung Garzweiler, S. 15. Als Indizien für das Vorliegen eines komplexen Großvorhabens nennt der Bund-Länder-Ausschuss Bergbau stichpunktartig folgende: „mehrfach gestufte Genehmigungsverfahren, tatsächliche Rechtspflicht zur Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens mit UVP, UVP-Pflicht „an sich", d.h. auch bestandsgeschützte Altvorhaben ohne Rechtspflicht zur Durchführung einer UVP, Bergbauvorhaben mit großflächigen Auswirkungen auf das Oberflächeneigentum, lange Zeitachse von der Zulassungsentscheidung bis zur Inanspruchnahme von Grundstücken Dritter, insbesondere die Umsiedlung von Ortschaften bzw. von zahlreichen bewohnten Grundstücken, Vielzahl von Betroffenheiten und sonstigen Folgeproblemen." (Vollzugsempfehlung Garzweiler, S. 15). Gegen diese Differenzierung des Rechtsschutzes für komplexe und nicht-komplexe Vorhaben sprechen sich aus: *Ludwig*, DVBl. 2016, S. 689; *Kühne*, NVwZ 2014, S. 324.

1559 Zunächst ablehnend BVerwG, Urteil v. 14.12.1990 - 7 C 18.90, NVwZ 1991, S. 992 (993) – Wyen, dann aber bestätigend: BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 (210, Rn. 20) – Garzweiler; und BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (333 Rn. 274) – Garzweiler.

1560 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (300 f. Rn. 193 f.) – Garzweiler.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Betroffenenbeteiligung ist damit nur vereinzelt vorgesehen.[1561] Die Rechtslage basiert auch hier wiederum fast ausschließlich auf Richterrecht. Der Betroffene wie auch der Rechtskundige wird die Frage danach, ob Private beteiligt werden müssen oder dürfen, nicht aus dem BBergG selbst erschließen können. Es stellt sich somit die Frage, ob diese Rechtslage den Anforderungen der Verfahrensgerechtigkeit gerecht wird

Ob und unter welchen Voraussetzungen die potenziell von einem Bergbau Betroffenen beteiligt werden, ob der Zugang zu den Verfahren unverhältnismäßig erschwert wird – diese Fragen sind vor allem an der Ausprägung der internen Verfahrensgerechtigkeit zu messen, wonach die Verfahrensteilnehmer als Subjekte zu achten sind, so dass sie in einem dialogbereiten Verfahren mitwirken können und hierin ihre Interessen eigenständig verfolgen. Voraussetzung dessen ist natürlich die grundlegendere Bedingung, dass ihnen die Rolle des Verfahrensteilnehmers überhaupt offensteht und nicht unnötig erschwert wird. Diejenigen, die ein eigenes Interesse haben, das durch das Verfahren nachteilig berührt werden könnte, sollen auch Verfahrensteilnehmer sein können. Ob ein solches beachtenswertes Interesse für die Grundeigentümer im Rahmen der Erteilung der Bergbauberechtigung oder jenseits der bereits bestehenden Beteiligung im Rahmen der Betriebsplanzulassung vorliegt, muss untersucht werden.

a. Beteiligung der Grundeigentümer im Verfahren um die Erteilung der Bergbauberechtigungen

Fraglich ist zunächst, ob die Grundeigentümer ein Interesse haben, das im Verfahren über die Erteilung der Bergbauberechtigung eingebracht werden müsste. Zunächst könnte man dazu neigen, diese Frage schnell mit dem Hinweis abzutun, dass die Rechte des Grundeigentümers durch die Erteilung der Bergbauberechtigung wohl nicht tangiert sind und im Rahmen der Erteilung der Bergbauberechtigung auch nicht letztverbindlich darüber entschieden wird, ob der Bergbau tatsächlich ‚kommt' oder nicht.[1562] Sein Grundeigentum schließt das Eigentum an den bergfreien Bodenschätzen gerade nicht ein.

1561 Kritisch schon *Kaiser*, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 288.

1562 So beispielsweise OVG Weimar, Urteil v. 15.05.2003 - 1 KO 710/00, ZfB 2004, S. 137 (S. 144 f.); VG Halle, Urteil v. 25.09.2008 - 3 A 210/07, BeckRS 2010, 48888; VG Cottbus, Urteil v. 25.10.2018 - 3 K 960/13, BeckRS 2018, 32785, Rn. 40 f.; *Franke*, in: Boldt et al., BBergG, § 11, Rn. 19, 21.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Jedoch könnte diese streng formale Betrachtung der rechtlichen Wirkungen, die mit der Erteilung der Bergbauberechtigung einhergehen und die gleichwohl ein Interesse begründen könnten, zu kurz greifen. Diesen Gedanken greift auch § 13 II S. 1 VwVfG auf, der eine (im Ermessen der Behörden stehende) Verfahrensbeteiligung davon abhängig macht, ob ein rechtliches Interesse durch den Ausgang des Verfahrens nachteilig berührt wird. Dies ist immer dann der Fall, wenn es ernsthaft in Betracht kommt, dass sich die Rechtsposition verbessern oder verschlechtern könnte.[1563]

Als rechtliche Interessen einer Person sind zumindest seine Grundrechtsgüter nach Art. 2 II GG und des Art. 14 GG anzusehen.[1564] Es stellt sich somit die Frage, ob das Eigentumsrecht des Grundeigentümers durch die Erteilung einer Bergbauberechtigung nachteilig berührt werden kann. Eindeutig kann das nachteilige Berührtwerden bei Verwaltungsakten mit belastender Drittwirkung bejaht werden. Die Bergbauberechtigungen sind Verwaltungsakte.[1565] Es ist jedoch fraglich, welche Drittwirkung der Bergbauberechtigung zugeschrieben wird. Der Bergbau kann sich generell in zwei Hinsichten negativ auf den Grundeigentümer auswirken. Zum einen können ihm Bergschäden, zum anderen aber der Entzug seines Eigentums drohen. Beide negativen Auswirkungen sind aber nicht unmittelbar mit der Bergbauberechtigung verbunden: da die Bergbauberechtigung (in der Regel)[1566] nicht zugleich zum Abbau berechtigt, sind die aus dem Abbau resultierenden Bergschäden auch keine unmittelbare Folge der Bergbauberechtigung. Auch wird über die Enteignung nicht im Rahmen der Bergbauberechtigung entschieden.[1567] Diese negativen Auswirkungen sind somit von weiteren Behördenentscheidungen abhängig und begründen insofern in diesem Verfahrensstadium noch keine Beteiligung im Sinne des § 13 II S. 1 VwVfG. Auch bei einer von den Voraussetzungen des § 13 II S. 1 VwVfG losgelösten Betrachtung, gebietet die interne Verfahrensgerechtigkeit nicht, dass der Betroffene sich in jedem Verfahrensschritt einbringen können muss. Leitend bleibt die Frage, nach dem Vorhandensein eines konkreten Interesses am Ausgang des Verfahrens.

Eine Verschlechterung der rechtlichen Position des Grundeigentümers könnte aber in dem Entstehen der Eigentumsposition an den Bodenschät-

1563 *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 13, Rn. 36 f.
1564 *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 13, Rn. 32.
1565 *Vitzthum/Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 6, Rn. 5.
1566 Ausnahme von der Betriebsplanpflicht ist in § 51 II, III BBergG vorgesehen.
1567 Siehe hierzu ausführlich unter Kapitel 2 F. I.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zen gesehen werden. Das Eigentum als absolutes Recht ist mit einem ausschließlichen, geschützten Herrschaftsrecht bezogen auf die Sache von jedermann zu achten. Hieran können sich Unterlassungs- und Duldungsansprüche knüpfen. An sich werden andere Eigentumspositionen durch das Hinzukommen neuer Eigentumspositionen nicht abgewertet. Hier liegt aber der spezielle Fall vor, dass der Konflikt beider Eigentumspositionen geradezu in der Natur der Sache liegt: Beide Eigentumspositionen beziehen sich auf Teile des Erdkörpers und überlagern sich. Die bergfreien Bodenschätze bilden so eine ‚Enklave' im Grundeigentum, welches sonst gem. § 905 S. 1 BGB bis zum Erdmittelpunkt reicht.[1568] Diese erst mit Erteilung der Bergbauberechtigung geschaffene Konkurrenzsituation, die sich durch weitere Behördenentscheidungen zuungunsten des Grundeigentümers auswirken kann, rechtfertigt es, schon in der Erteilung der Bergbauberechtigung eine Verschlechterung der Rechtsposition des Grundeigentümers zu sehen. Hinzu kommt, dass der, von der Rechtsprechung und herrschenden Literaturmeinung angenommene Grundrechtsschutz der Bergbauberechtigung nach Art. 14 I GG dem Grundeigentümer in einer Gesamtabwägung entgegengehalten wird.[1569] Hier wird die spätere Behördenentscheidung in einer Abwägung zu seinen Ungunsten durch das Entstehen der Bergbauberechtigung verschoben – seine Rechtssphäre wird damit schon im Entstehen der konkurrierenden Eigentumsposition tangiert.

Untermauert wird dieser Befund dadurch, dass die Bergbauberechtigung einen (faktischen) Vertrauenstatbestand in die Welt setzt, dass der Bergbau auch tatsächlich einsetzen wird.[1570] An sich wird ausdrücklich betont, dass mit der Bergbauberechtigung noch nicht sicher ist, ob der Bergbau auch tatsächlich erfolgen wird.[1571] Trotzdem ist das Bergwerkseigentum beleihungsfähig. Das heißt, der Bergbauunternehmer kann es ins Grundbuch eintragen lassen und es als Sicherungsmittel benutzen. Aber auch die Bejahung der Entschädigungsfähigkeit der Bergbauberechtigung[1572] zeigen in Richtung einer tendenziellen Vorfestlegung zuungunsten des Grundeigen-

1568 *Lüke*, in: Grziwotz/Lüke/Saller (Hrsg.), Praxishandbuch Nachbarrecht, Kapitel 1 Rn. 5.

1569 *Franke*, in: Boldt et al., BBergG, § 8, Rn. 20 ff. Zu der hier vertretenen abweichenden Auffassung siehe Kapitel 4 A. II. 3.

1570 Hierzu auch *v. Weschpfennig*, Strukturen des Bergrechts, S. 125 f.

1571 *Franke*, in: Boldt et al., BBergG, § 6, Rn. 3.

1572 BVerwG, Urteil v. 25.10.2018 - 4 C 9/17, BVerwGE 163, 294 (300 Rn. 27 ff.) = NVwZ 2019, 882; vorhergehend: OVG Bautzen, Urteil vom 26.05.2015, 4 A 171/11 und VG Leipzig, Urteil vom 15.12.2009, 6 K 1116/06). Zuvor wurde ein Nichtnutzbarwerden von 11 % der potentiellen Bergbaufläche zugunsten von Verkehrsplanung als

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tümers. Sollte die Frage, ob es tatsächlich auch zum Abbau kommt (und damit auch zu den negativen Auswirkungen für den Grundeigentümer) noch vollkommen unentschieden sein, dann würde sich die Frage nach einer Entschädigung des Bergbauunternehmers im Falle eines Versagens der Bergbautätigkeit gar nicht stellen. Etwas anderes müsste dann gelten, wenn die Bergbauberechtigung lediglich als Auswahlentscheidung zwischen mehreren potenziellen Bergbauunternehmern zu gelten hätte – nur dann wären die Interessen des Grundeigentümers nicht tangiert. Schlussendlich könnte der Verkehrswert eines Grundstücks schon mit Erteilung der Bergbauberechtigung sinken. Auch durch diese faktische Wirkung könnte das rechtliche Interesse des Grundeigentümers negativ berührt sein.

Die Erteilung der Bergbauberechtigung berührt mithin das Eigentumsinteresse der Grundeigentümer nachteilig. Insofern soll er auch im Sinne der Verfahrensgerechtigkeit Verfahrensteilnehmer sein können. Nach aktueller Rechtslage ist er dies nicht. Insofern ist das BBergG ressourcenethisch defizitär.

b. Beteiligung der von möglichen kleineren und mittleren Bergschäden Betroffenen

Ob es verfahrensgerecht ist, die Grundeigentümer, denen nur kleinere und mittlere Bergschäden drohen,[1573] nicht im Betriebsplanverfahren zu beteiligen, dies richtet sich danach, ob diese Grundeigentümer ein Interesse haben, dass von dem Ausgang des Verfahrens berührt werden könnte. Der Grundeigentümer hat ein Interesse daran, dass sein Eigentum nicht geschädigt wird – unabhängig von dem Grad der möglichen Schädigung. So schützt Art 14 I GG auch umfassend den Bestand des Eigentums vor Ein-

---

nicht entschädigungspflichtig betrachtet (BVerwG, Urteil v. 26.3.1998 - 4 A 2/97, BVerwGE 106, 290 (292 f.) = NVwZ 1998, S. 1180 f). Der EGMR hat eine Entschädigung für die staatliche Behinderung der Nutzung einer deutschen bergbaulichen Bewilligung zugesprochen (EGMR (V. Sektion), Urteil v. 19.1.2017, 32377/12 – Werra Naturstein GmbH & Co KG/Deutschland = NVwZ 2017, S. 1273).

1573 Die Unterscheidung geht zurück auf: BVerwG, Urteil v. 16.3.1989 - 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (340) – Moers-Kapellen. Befürwortend: OVG Saarlouis, Beschl. v. 22.11.2007, 2 B 181/07, BeckRS 2008, 30842, 6. Leitsatz, sowie Rn. 2.2.3.1.; *Keienburg*, Öffentlichkeitsbeteiligung im Bergrecht, S. 43. Ablehnend: *Schenke*, Bergbau contra Oberflächeneigentum und kommunale Selbstverwaltung?, S. 26 ff.; *Frenz* ist aufgeschlossen gegenüber einer Aufweichung der Kriterien und führt als Argument die Prognoseschwierigkeiten an (NVwZ 2011, S. 89).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

griffen.[1574] Dies ist eine selbstverständliche Grundannahme, die der ganzen Rechtsordnung zugrunde liegt.[1575] Die Schädigung durch den Bergbau ist auch unmittelbar auf die Zulassung durch die Betriebspläne zurückzuführen, die den Abbau gestatten. An sich fordert die Verfahrensgerechtigkeit, allen von möglichen Bergschäden Betroffenen Zugang zum Verfahren zu verschaffen.

Sind Rechtfertigungsgründe im Sinne der Verfahrensgerechtigkeit denkbar, die den Ausschluss von Verfahrenssubjekten zu begründen im Stande sind? Weil es um einen Ausschluss von vornherein geht, müssen hier besonders strenge Anforderungen gestellt werden. Denkbar wären solche Fälle, in denen der Kreis der Betroffenen unübersichtlich hoch ist (bei gleichzeitiger geringer Betroffenheit), so dass die Durchführbarkeit des Verfahrens überhaupt gefährdet wäre. Zunächst müsste allerdings der Beweis erbracht werden, dass eine hohe Teilnehmerzahl tatsächlich den ordnungsgemäßen Ablauf des Verfahrens zu verhindern im Stande ist und die Schwierigkeiten nicht mit rechtlichen Regelungen eingefangen werden können. So können Vertretungsregelungen wie die §§ 17, 18 VwVfG oder auch Ausschlussfristen die Handhabbarkeit wiederherstellen. Der Bergbau kann durch seine potenziell hohe Eingriffsintensität und den raumgreifenden Charakter eine Vielzahl von Menschen betreffen. Dies liegt in der Sache selbst begründet. Wenn aber die Zulassung einer komplexen Technologie in Frage steht, so kann es nicht die behördliche oder unternehmerische Erwartung sein, in einem schlanken und schnellen Verfahren die Prüfungspunkte abzuarbeiten. Gerade der Kreis der potenziell von Bergschäden Betroffenen, lässt sich anhand geologischer Untersuchungen, nach Berechnungen und Modellen bestimmen. Er ist insofern grundsätzlich ermittelbar und kann durch Verfahrensvorschriften wie dem Auslegverfahren und Präklusionen abgestützt werden (wie auch mit § 48 II S. 3-6 BBergG geschehen). Die Beteiligung aller potenziell von Bergschäden Betroffenen führt damit nicht dazu, dass das Verfahren nicht mehr durchführbar wäre.

Es bleibt bei dem Grundsatz der Verfahrensgerechtigkeit, dass auch diesen Betroffenen der Zugang zum Verfahren zu gewähren ist.[1576]

1574 *Jarass*, in: Jarass/Pieroth GG Komm., Art. 14, Rn. 1.

1575 So sind Schadensersatzansprüche im bürgerlichen Recht nicht von einer besonderen Schadensintensität abhängig. Auch das Strafrecht setzt bei dem Delikt des Diebstahls (§ 242 StGB) nicht einen gewissen wirtschaftlichen Wert der fremden Sache voraus (*Bosch*, in Schönke/Schröder, § 242 StGB, Rn. 6).

1576 Eine Neuregelung der Betroffenenbeteiligung fordert auch: *Hoppe*, in: Hüffer (Hrsg.), Oberflächeneigentum und Bergbau, S. 36 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c. Beteiligung der von Enteignung bedrohten Grundeigentümer in nichtkomplexen Großvorhaben

Wie ist es nun nach der Verfahrensgerechtigkeit zu bewerten, wenn in nichtkomplexen Großvorhaben die von einer (möglichen) Enteignung Betroffenen nicht im Betriebsplanverfahren berücksichtigt, sondern auf das Grundabtretungsverfahren verwiesen werden? Als Bedingung dessen nennt das BVerfG, dass eine umfassende und ergebnisoffene Prüfung aller Enteignungsvoraussetzungen gesetzlich vorgesehen und realistischerweise auch erwartet werden kann.[1577] Es ist offen, ob sich die Rechtspraxis dahin entwickelt, dass eine Gesamtabwägung im Rahmenbetriebsplan auch für nichtkomplexe Großvorhaben durchzuführen ist, insofern eine Enteignung droht. Diese Gesamtabwägung (eigentlich Enteignungsabwägung) enthielte dann aber die essenziellen Prüfungspunkte der Enteignungsprüfung – ja, ihre Herleitung resultiert geradezu aus einer Prognose der Enteignungsfähigkeit.[1578] Aus eben diesen Gründen wäre es bedenklich, inwiefern eine geforderte ergebnisoffene Prüfung überhaupt gewährleistet werden kann, wenn dieselbe Behörde sich schon sachlich zu den Prüfungspunkten ins Verhältnis gesetzt und schon eine Entscheidung getroffen hat. Damit hätte der Zuenteignende aber ein Interesse schon in diesem Verfahrensschritt beteiligt zu werden, bevor die Behörde sich zu seinen Ungunsten (zumindest faktisch) vorfestlegt. Der Verfahrensgerechtigkeit steht es entgegen, wenn der Zuenteignende auch in nichtkomplexen Großvorhaben nicht auch auf der Ebene der Betriebspläne berücksichtigt wird, sofern auf dieser Ebene wichtige Vorfestlegungen stattfinden können.

d. Rechtsklarheit

Zuletzt stellt sich die Frage, ob die gesetzlichen Regelungen Rechtsklarheit zu verschaffen vermögen. Ist es den Betroffenen erkennbar, ob und wie sie in welchen Verfahren beteiligt werden können? Die ursprünglich angedachte Zurückhaltung des Gesetzgebers einen materiellen Ausgleich der Interessen im Rahmen des Bergrechts vorzunehmen, wirkt sich auch auf

1577 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (300 f. Rn. 194) – Garzweiler.

1578 BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 ff. (209 f., Rn. 19) – Garzweiler. Siehe hierzu ausführlich unter Kapitel 2. C. II. 4. b.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die verfahrensrechtliche Ausgestaltung der Einbeziehung der Konfliktparteien aus. Eine materielle und verfahrensrechtliche Beteiligung der Betroffenen auf der Ebene des Betriebsplans war nicht vorgesehen. Und so findet sich auch keine allgemeine Regelung, die die Beteiligung von Privaten im (Rahmen-)Betriebsplanverfahren regelt.[1579] Es finden sich lediglich die „Reparaturnormen"[1580] des § 48 II S. 3-6 BBergG. Diese sind durch den Widerspruch in der Begriffslogik[1581] nicht selbsterklärend. Zur Bestimmung des Anwendungsbereichs bedarf es der Kenntnis der Moers-Kappellen-Rechtsprechung des BVerwG. Der Betroffene als juristischer Laie kann sich mithin aus den gesetzlichen Regeln kein eigenes Bild von seinen Rechten auf Beteiligung machen.[1582] Hierzu bedarf er der juristischen Fachberatung.

Die Betroffenenbeteiligung nach der derzeitigen Rechtsauslegung ist aber auch von mehreren Komponenten abhängig: In welcher Art ist der Private betroffen? Drohen ihm mittlere oder schwere Bergschäden oder eine Enteignung? Handelt es sich um ein komplexes Großvorhaben? Findet eine Gesamtabwägung statt? Werden seine Belange im Rahmen eines Sonderbetriebsplans eingefasst oder in einem Rahmenbetriebsplan? Die Rechtslage ist insofern unklar und unübersichtlich. Von der Grundentscheidung, dass die Betroffenen im Betriebsplanverfahren nicht beteiligt werden, haben die Anforderungen des Verfassungsrechts dazu geführt, dass sie unter Umständen in besonderen Konstellationen überwiegend durch Richterrecht doch zu beteiligen sind. Ein dogmatisch plausibles einheitliches Bild fehlt. Diese zersplitterte Rechtslage ist für den Betroffenen äußerst ungünstig. Er wird zunächst einmal Schwierigkeiten haben, von seinen Verfahrensrechten überhaupt Kenntnis zu erhalten. Hier werden die Betroffenen in der Regel zur Geltendmachung ihrer Verfahrensrechte darauf angewiesen sein, dass die Behörde ihren Einbezug rechtmäßig ausgestaltet. Den Betroffenen wird aber schon in diesem Erschweren der Kenntniserlangung der Zugang zum Status der Verfahrenssubjekte unnötig erschwert. Dies entspricht nicht den Forderungen der Verfahrensgerechtigkeit. Gerade in Vorschriften, die die Geltendmachung von Rechten von Rechtslaien regeln, ist ein besonders hohes Maß an Rechtsklarheit zu verlangen.

1579 *Hoppe*, in: Hüffer (Hrsg.), Oberflächeneigentum und Bergbau, S. 37.
1580 *Hoppe*, in: Hüffer (Hrsg.), Oberflächeneigentum und Bergbau, S. 37.
1581 Hierzu ausführlich unter Kapitel 2 H. I.
1582 Kritisch hierzu auch: *Ludwig*, ZUR 2014, S. 453 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Die derzeitigen Auslegungsspielräume zur Behebung ressourcenethischer Defizite nutzen

Es ist zu untersuchen, ob über die gewährte Beteiligung der Betroffenen hinaus nach Auslegung des Gesetzestextes weiteren Betroffenen der Zugang zum Verfahren ermöglicht werden kann und muss.

a. Betroffenenbeteiligung bei der Erteilung der Bergbauberechtigungen

Eine Betroffenenbeteiligung im Rahmen der Erteilung von Bergbauberechtigungen könnte sich aus § 13 VwVfG ergeben. § 13 VwVfG ist über § 5 BBergG anwendbar, wenn das BBergG selbst keine abweichende Regelung trifft. § 15 BBergG wurde als eine abschließende Regelung zur Beteiligung angesehen, welche den Zugang zu § 13 VwVfG über § 5 BBergG versperren würde.[1583] Problematisch an dieser Auffassung ist jedoch, dass § 15 BBergG ausdrücklich nur die Behördenbeteiligung regelt. Aus dem Wortlaut oder der Systematik lässt sich nicht ablesen, dass der Gesetzgeber hier die Frage der Beteiligung abschließend regeln wollte. Auch den Gesetzesmaterialien ist ein solcher Gesetzgebungswille nicht zu entnehmen.[1584] Damit bleibt § 13 VwVfG i.V.m. § 5 BBergG grundsätzlich anwendbar.

Die Grundnorm des § 13 VwVfG zum Beteiligtenstatus sieht vor, dass nach Absatz 1 Nr. 4, Absatz 2 per Entscheidung der Behörde diejenigen beteiligt werden, deren rechtliche Interessen durch den Ausgang des Verfahrens berührt werden können (sog. hinzugezogene oder gekorene Beteiligte[1585]). Diese Entscheidung steht im Ermessen der Behörde (§ 13 II S. 1 VwVfG), es sei denn die Verwaltungsentscheidung kann rechtsgestaltende Wirkung für den Dritten entfalten (die sog. notwendige Hinzuziehung nach § 13 II S. 2 VwVfG).

Wie gezeigt, werden die rechtlichen Interessen des Grundeigentümers durch die Erteilung einer Bergbauberechtigung durchaus tangiert. Zum einen wird die Konkurrenzsituation der Eigentumsrechte zueinander überhaupt erst geschaffen. Zum zweiten fließt nach der Auffassung der herrschenden Meinung das Eigentumsrecht des Bergbauwilligen an den Bodenschätzen in die Gesamtabwägung (zum Teil sogar mit erhöhtem Gewicht)

1583 *Kremer/Neuhaus gen. Wever*, Bergrecht, Rn. 112.
1584 Vgl. BT-Drs. 8/1315, S. 87, 89.
1585 *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 13, Rn. 25.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ein und beeinflusst das Ergebnis zum Nachteil des Grundeigentümers. Auch setzt die Bergbauberechtigung die Vermutung in die Welt, dass der Bergbau auch tatsächlich ergehe, woraus sogar finanzielle Sicherheiten gezogen werden können. Diese Wirkungen berühren sein rechtliches Eigentumsinteresse nachteilig und begründen damit eine Verfahrensbeteiligungsmöglichkeit. Eine Beteiligung der Grundeigentümer ist damit in das Ermessen der Behörden gestellt gem. § 13 II S. 1 VwVfG. Dies hat sie nach § 40 VwVfG auszuüben. Sie übt ihr Ermessen unter anderem dann fehlerhaft aus, wenn sie von dem ihr zustehenden Ermessen von vornherein keinen Gebrauch macht (sog. Ermessensnichtgebrauch).[1586] Die Folgen dieses Verfahrensfehlers richten sich dann nach § 46 VwVfG.[1587]

Sollte an den beschriebenen Wirkungen der Bergbauberechtigung festgehalten werden, so wäre die Möglichkeit einer Betroffenenbeteiligung nach § 13 VwVfG i.V.m. § 5 BBergG gegeben.

b. Betroffenenbeteiligung der von möglichen kleinen und mittleren Bergschäden Betroffenen

Wie bereits unter Kapitel 4 C. 1. e. gezeigt, erfordert die verfassungskonforme Auslegung, die Unterscheidung zwischen der Berücksichtigung von Interessen nach dem Ausmaß des Bergschadens insgesamt fallen zu lassen. Dies muss auch für die Beteiligungsmöglichkeiten im Verfahren gelten. Insofern ist auch den von kleinen und mittleren Bergschäden Betroffenen Zugang zum bergrechtlichen Verfahren zu gewähren.

c. Betroffenenbeteiligung der Zuenteignenden

Von den bisherigen Ergebnissen der Untersuchung ausgehend, müsste (um das derzeitige Rechtsverständnis verfassungsgemäß auszugestalten) eine enteignungsrechtliche Vorwirkung für den Rahmenbetriebsplan festgeschrieben werden (hierzu unter Kapitel 2 F.). Eine solche enteignungsrechtliche Vorwirkung macht aber die Beteiligung aller betroffenen Grundeigentümer notwendig. So werden essenzielle Prüfungspunkte vorweggenommen und verbindlich festgestellt und daher ist es unumgänglich, dass

1586 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7, Rn. 21.
1587 *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 13, Rn. 39.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

die Betroffenen hierzu Gehör finden können. Diese Beteiligung wäre damit nicht (mehr) davon abhängig, ob das Verfahren ein komplexes Großvorhaben ist oder nicht.

3. Ergebnis

Nach der derzeitigen Rechtslage wird die Betroffenenbeteiligung nur dürftig und unübersichtlich gewährt. Obwohl die Interessen der Grundeigentümer schon mit der Erteilung der Bergbauberechtigung berührt werden, werden sie in diesem Verfahrensschritt nicht berücksichtigt. Im Betriebsplanverfahren sind nur zwei Fälle mit Sicherheit anzugeben, in denen eine Beteiligung stattzufinden hat: Zum einen sind die von potenziell großen Bergschäden Bedrohten und die im Rahmen von komplexen Großvorhaben zu Enteignenden im Betriebsplanverfahren zu berücksichtigen. Weil aus dem Gesetzestext selbst nicht hervorgeht, wann eine Betroffenenbeteiligung stattfindet, wird den Betroffenen der Zugang zum Verfahren unnötig erschwert.

Im Rahmen der Ausnutzung des schon jetzt bestehenden Auslegungsspielraums konnte gezeigt werden, dass die Grundeigentümer nach § 13 II S. 1 VwVfG i.V.m. § 5 BBergG im Verfahren um die Erteilung der Bergbauberechtigung zu beteiligen sind, insofern die herrschende Meinung an den weitreichenden Rechtswirkungen der Bergbauberechtigung festhält. Wird die Rechtswirkung nur auf eine Vorfestlegung zwischen zwei konkurrierenden Bergbauunternehmern beschränkt, dann wäre auch kein Interesse der Grundeigentümer gegeben, welches eine Verfahrensbeteiligung begründet. Weiterhin ergab eine verfassungskonforme Auslegung des § 48 II S. 3 BBergG, dass nun mehr auch die von kleineren und mittleren Bergschäden bedrohten Betroffenen im Betriebsplanverfahren zu beteiligen sind.

Die ressourcenethischen Defizite bezüglich der materiellen Rechtslage konnten so abgefangen werden. Trotzdem besteht weiterhin die Dringlichkeit, die Betroffenen durch eine klare umfassende gesetzliche Regelung zur Teilnahme am Verfahren zu ermächtigen. Der Gesetzgeber muss eine umfassende Beteiligung der Privaten im Zuge der Erteilung der Betriebspläne erlassen.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

II. Öffentlichkeitsbeteiligung

Während die Betroffenenbeteiligung dem Individualschutz dient und zum großen Teil von den Grundrechten und ihrer Verfahrensgarantie eingefordert wird, hat die Öffentlichkeitsbeteiligung eine andere Zielsetzung und einen anderen Ursprung.[1588] In der Öffentlichkeitsbeteiligung geht es darum einem weiteren Interessenkreis – vor allem auch den anerkannten Naturschutzverbänden – die Möglichkeit zu geben, sich im Verwaltungsverfahren im Rahmen der Gesetze einzubringen. Hier ist zwischen der Beteiligung der betroffenen Öffentlichkeit (die anders als die Betroffenenbeteiligung nicht an konkreten verrechtlichten Interessen ansetzt) und der Öffentlichkeitsbeteiligung zu unterscheiden, die für jedermann offen steht.[1589] Gerade in den hochkomplexen, kontroversen Bereichen, in denen die materiellen gesetzlichen Vorgaben spärlich sind und daher die gesetzlichen Vorgaben die behördliche Entscheidung kaum zu steuern vermögen, wird die Bedeutung des Verfahrens aufgewertet.[1590] In Rahmen einer solchen Entscheidung wird das Moment der demokratischen Teilhabe durch die Öffentlichkeitsbeteiligung besonders deutlich und sie kann so – richtig durchgeführt – die Legitimität der gefundenen Entscheidung abstützen.[1591] Darüber hinaus soll die Öffentlichkeitsbeteiligung die Akzeptanz und die Transparenz erhöhen, sowie ein Gegengewicht zu der vorherrschenden Stellung des Vorhabenträgers bilden.[1592] Natürlich kann die Öffentlichkeitsbeteiligung auch zur Vervollständigung der Informationsbasis beitragen.[1593] Wenn sie sich in ihrer Ausgestaltung jedoch auf diesen Informationstransfer beschränkt, dann kann nicht erwartet werden, dass sie dann zugleich die Akzeptanz, Transparenz oder demokratische Teilhabe zu fördern in der Lage ist. Die gesetzliche Ausgestaltung entscheidet darüber, ob sich die Bürger als Subjekte im Verfahren geachtet fühlen oder sie sich in der Rolle

1588 Zur Öffentlichkeitsbeteiligung im Rahmen einer UVP: *Kloepfer/Durner*, Umweltschutzrecht, § 4, Rn. 17, 19. Zu den völkerrechtlichen Anforderungen an eine frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung siehe *Fisahn*, ZUR 2004, S. 136.

1589 Eine betroffene Öffentlichkeitsbeteiligung sieht beispielsweise §§ 21 I, 2 IX UVPG und auch § 73 IV S. 1 VwVfG vor. Eine breitere Öffentlichkeitsbeteiligung, in der jedermann berechtigt ist Einwendungen zu erheben, enthält § 10 III S. 4 BImschG.

1590 *Appel*, NVwZ 2012, S. 1361.

1591 *Haug/Schadtle*, NVwZ 2014, S. 272; *Appel*, NVwZ 2012, S. 1362, 1365; *Knauff*, DÖV 2012, S. 2.

1592 Noch weitere Funktionen aufzählend *Appel*, NVwZ 2012, S. 1362.

1593 *Appel*, NVwZ 2012, S. 1362.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Informationslieferanten wiederfinden müssen. Letzteres ist insbesondere dann der Fall, wenn die Behörde selbst keinen Entscheidungsspielraum hat und die Öffentlichkeit auch nur zu dezidierten Punkten der Sach- und Rechtslage Stellung nehmen darf.[1594] Auch hat der Zeitpunkt der Beteiligung erhebliche Auswirkungen auf den potenziellen Einfluss der Öffentlichkeit.[1595]

Für die hier anzustellende Untersuchung aus dem Blickwinkel der Ressourcenethik stellt sich die Frage, inwiefern die Verfahrensgerechtigkeit die Öffentlichkeitsbeteiligung einfordert oder Anforderungen an ihre konkrete Ausgestaltung stellt. Zunächst sei untersucht, in welchem Kontext sie überhaupt stattfindet.

I. Ressourcenethische Analyse der derzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung

Eine Öffentlichkeitsbeteiligung ist im Rahmen der obligatorischen Rahmenbetriebspläne für die UVP-pflichtigen Vorhaben vorgesehen gem. §§ 52 IIa S. 1, 57c BBergG, § 1 UVP-V Bergbau i.V.m. § 4-14 UVPG. Die UVP-Pflichtigkeit von Vorhaben kategorisiert dabei gem. § 1 UVP-V Bergbau nach bestimmten Bodenschätzen, nach der Größe der Flächeninanspruchnahme (vgl. Nr. 3, 4), nach der geförderten Menge (vgl. Nr. 2), oder hebt auf die Überschneidung des Gewinnungsgebietes mit einem Naturschutzgebiet (vgl. Nr. 1 lit. b, lit. aa, Nr. 8) oder mit Nr. 2a und 8a auch auf die Art der Technologie (Fracking) ab. Daneben kann sich die UVP-Pflichtigkeit durch den Verweis in § 1 Nr. 9 UVP-V Bergbau auch aus dem Anhang 1 des UVP-Gesetzes ergeben (Nummer 1 „Wärmeerzeugung, Bergbau und Energie").[1596]

Eine frühe Öffentlichkeitsbeteiligung sieht daneben § 25 III VwVfG vor, der über § 5 BBergG für die bergrechtlichen Vorhaben Anwendung findet.[1597] Voraussetzung dieser frühen Öffentlichkeitsbeteiligung, möglichst noch vor Antragstellung (S. 2), ist gem. § 25 I VwVfG, dass es sich um ein Vorhaben eines Planungsträgers handelt, welches nicht nur unwesentliche

1594 *Appel*, NVwZ 2012, S. 1362.
1595 Hierzu *Fisahn*, ZUR 2004, S. 136 ff.
1596 Zurecht fordern die Autoren des INSTRO-Gutachtens, dass auch die vor 1990 begonnen Vorhaben, die eigentlich UVP-pflichtig wären und im Rahmen von Übergangsregelungen bisher keine UVP durchführen mussten, diese im Rahmen der Zulassung neuer Betriebspläne nun nachzuholen (UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 152 f.).
1597 *Ziekow*, NVwZ 2013, S. 755.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Auswirkungen auf die Belange einer größeren Zahl von Dritten haben könnte.

Diese beiden Öffentlichkeitsbeteiligungen sind im Folgenden zu analysieren. Nicht unerwähnt soll auch bleiben, dass es der Behörde neben diesen Öffentlichkeitsbeteiligungen freisteht, weitere Beteiligungsschritte im Rahmen ihres Verfahrensermessens gem. § 10 VwVfG durchzuführen. Hierzu bedarf sie keiner expliziten Rechtsgrundlage.[1598]

a. Öffentlichkeitsbeteiligung im Rahmen der UVP

aa. Anforderungen der absichernden Verfahrensgerechtigkeit

Inwiefern stellt die absichernde Verfahrensgerechtigkeit an das Ob und das Wie der Durchführung der Öffentlichkeitsbeteiligung Anforderungen? Beleuchtet man die Öffentlichkeitsbeteiligung vor dem Hintergrund der absichernden Verfahrensgerechtigkeit, dann erscheint die Öffentlichkeitsbeteiligung in zweierlei Hinsichten als relevant. Zum einen kann die Öffentlichkeitsbeteiligung dazu beitragen, dass die behördliche Entscheidung der materiell idealen Entscheidung näherkommt, weil sie die Informationsgrundlage anzureichern vermag. Zum zweiten könnte die Beteiligung der Öffentlichkeit auch den Effekt haben, dass die Unvoreingenommenheit des Entscheidungsträgers und die Sachorientierung begünstigt werden oder gar von einer Kontrolle gesprochen werden kann. Ob dieser letztere Effekt in Verwaltungsverfahren eintritt, ist offen und müsste empirisch untersucht werden.

Die vom Bergrecht vorgesehene Öffentlichkeitsbeteiligung führt dazu, dass Einwendungen eingebracht werden können (§ 57a I S. 3 BBergG i.V.m. § 21 I UVPG) und insofern die Informationsgrundlage bereichert. Weitergehende Anforderungen an die Öffentlichkeitsbeteiligung stellt die absichernde Verfahrensgerechtigkeit nicht.

bb. Anforderungen der internen Verfahrensgerechtigkeit

Fraglich ist, ob die Beteiligung der Öffentlichkeit daneben auch der Verwirklichung der internen Verfahrensgerechtigkeit dient. Oder mit anderen

1598 *Ziekow*, NVwZ 2013, S. 756.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Worten: Ist ein Verfahren ungerecht, weil eine Öffentlichkeitsbeteiligung nicht oder nur unzureichend durchgeführt wird? Die interne Verfahrensgerechtigkeit hat vorgegeben, dass diejenigen zu beteiligen sind, deren Interesse durch den Ausgang des Verfahrens nachteilig berührt werden könnten; aus ihrem Interesse erwächst ein Anspruch auf Verfahrensteilnahme. Bezüglich der Öffentlichkeitsbeteiligung ist deswegen zu unterscheiden zwischen dem Einbezug der betroffenen Öffentlichkeit, wie sie §§ 21 I, 2 IX UVPG (aber auch § 73 IV S. 1 VwVfG) vorsieht, und einer breiteren Öffentlichkeitsbeteiligung, in der jedermann berechtigt ist Einwendungen zu erheben (so beispielsweise in § 10 III S. 4 BImSchG)[1599]. Die betroffene Öffentlichkeit bezieht (nur) diejenigen ein, die in ihren Belangen durch die behördliche Entscheidung berührt werden könnten (so § 2 IX UVPG und § 73 IV I VwVfG), sowie die Umwelt- und Naturschutzvereinigungen. Belange sind dabei alle berührten subjektiven Rechtspositionen (wie sie für die Betroffenenbeteiligung notwendig sind), aber darüber hinaus auch alle nicht rechtlich geschützten Interessen, seien sie beispielsweise wirtschaftlicher, ökologischer, sozialer, kultureller oder ideeller Art.[1600] Nicht ausreichend ist es, Belange nicht individuell, sondern nur zum Schutz des Allgemeinwohls wahrnehmen zu wollen.[1601]

Wenn demnach die interne Verfahrensgerechtigkeit vorgibt, dass diejenigen, die die Entscheidung etwas angeht, nicht „vor vollendete Tatsachen"[1602] gestellt werden, dann ist der Einbezug der betroffenen Öffentlichkeit auch von der internen Verfahrensgerechtigkeit gefordert. Die interne Verfahrensgerechtigkeit bleibt aber nicht dabeistehen, dass sie den Zugang zum Verfahren für die Betroffenen einfordert, sondern sie fordert für die Betroffenen ein dialogbereites Verfahren ein, an dem die Betroffenen als Subjekte und nicht lediglich als ‚Informationslieferanten' teilnehmen können.

Zunächst ist festzuhalten, dass das Bergrecht gem. §§ 52 IIa S. 1, 57c BBergG i.V.m. § 1 UVP-V Bergbau schematisch die großen und damit wohl auch umstrittensten Projekte umfasst. Auch die Frackingtechnologie wird vollumfassend nach § 1 Nr. 2a und 8a UVP-V Bergbau einbezogen. Im Rahmen des bergrechtlichen Planfeststellungsverfahrens ist eine Beteiligung der betroffenen Öffentlichkeit durch § 57a I S. 3 BBergG i.V.m. § 21 I UVPG vorgesehen und nicht eine Öffentlichkeitsbeteiligung für jedermann.

1599 *Jarass*, BImSchG, § 10, Rn. 84.
1600 BT-Drs. 15/3441, S. 24; *Appold*, in: Hoppe/Beckmann/Kment, UVPG, § 2, Rn. 144.
1601 *Appold*, in: Hoppe/Beckmann/Kment, UVPG, § 2, Rn. 145.
1602 *Klinsing*, Sachrichtigkeit und Verfahrensgerechtigkeit, S. 18.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Problematisch ist jedoch, dass die Entscheidung über den obligatorischen Rahmenbetriebsplan als gebundene Entscheidung verstanden wird. Daher kann es im Verfahren über die Zulassung des Rahmenbetriebsplans auch nur um die Frage gehen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen der § 55 I BBergG und § 48 II BBergG vorliegen oder nicht. Die Öffentlichkeit kann damit von vornherein nur zur Aufklärung der Sachlage beitragen. Ihre Rolle ist damit auf die Informationslieferung beschränkt. Ein dialogbereites Verfahren, in dem die betroffene Öffentlichkeit als Subjekte mitwirkt, kann daher schon strukturell nicht vorliegen. Dies ist mit der internen Verfahrensgerechtigkeit nicht vereinbar.

Ob darüber hinaus von der internen Verfahrensgerechtigkeit auch eine Öffentlichkeitsbeteiligung gefordert ist, die jedermann die Teilnahme am Verfahren ermöglicht (auch als „echte Öffentlichkeitsbeteiligung" bezeichnet)[1603], ist fraglich. Hier ist das grundlegende Verhältnis von Verwaltung und Bürger angesprochen.[1604] Eigentlich nimmt die Verwaltung die staatlichen/die öffentlichen Interessen als Sachwalter wahr. In den meisten Fällen wird diese Sachwahrerrolle der Verwaltung genügen, um die öffentlichen Interessen umfassend zu repräsentieren, so dass kein Raum bleibt, der zwingend notwendig von Teilen der Öffentlichkeit in Anspruch genommen werden müsste. Die Legitimation der Verwaltung lässt sich zweifach auf die (Bundestags)Wahl der Bürger und damit auf das Staatsouverän, das Volk, zurückführen.[1605] Inhaltlicherseits stützt sie sich auf die parlamentarische Gesetzgebung. Personal-organisatorisch ist die Verwaltung über die entsprechende Verwaltungsorganisation auf das Staatsouverän zurückzuführen (ununterbrochene Legitimationskette).[1606]

Wie sieht es aber für Verwaltungsentscheidungen über Vorhaben aus, die mit massiven Auswirkungen für die Bürger, für künftige Generationen und für Flora und Fauna einhergehen? Hier sind an die komplexen Großvorhaben, aber auch an die Risikotechnologien, deren Anwendung in der Öffentlichkeit hochumstritten ist (z.B. Fracking, CCS), zu denken. Inwiefern haben die interessierten Bürger und die anerkannten (Naturschutz-)Verbände einen Anspruch auf Beteiligung aus Gründen der internen Verfahrensgerechtigkeit? Hier überschneidet sich diese Frage mit der rechtsstaatli-

1603 *Knauff*, DÖV 2012, S. 5.
1604 Ausführlich *Peters, B.*, Legitimation durch Öffentlichkeitsbeteiligung?, S. 6 ff.
1605 *Peters, B.*, Legitimation durch Öffentlichkeitsbeteiligung?, S. 5.
1606 *Wellerdt*, NVwZ 2021, S. 1103; *Klein/Schwarz*, in: Maunz/Düring, Losebl. (Stand: Mai 2023), Art. 38, Rn. 42.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

chen Frage danach, inwiefern die Verwaltung in diesen hochumstrittenen Feldern für sich beanspruchen kann im Namen des Volkes zu sprechen, ohne dabei auch einen Bürgerdialog zu führen. Wenn der Öffentlichkeitsbeteiligung die Funktion zugesprochen wird, dass sie die Legitimität und die Akzeptanz der gefundenen Entscheidungen abstützen soll,[1607] so könnte hierin ein Hinweis dafür liegen, dass die Entscheidung über derartige Großprojekte eben auch der zusätzlichen Legitimation bedürfen und die normale demokratische Repräsentationsabsicherung hier nicht ausreichen könnte. Ist dem so, so käme es entscheidend darauf an, dem Staatssouverän/den Bürgern zumindest die Möglichkeit der Verfahrensbeteiligung zu eröffnen. Im Sinne der internen Verfahrensgerechtigkeit könnte davon gesprochen werden, dass es die Staatsbürger als solche etwas angeht, wie über komplexe Großvorhaben entschieden wird, gerade weil sie sich nur schwächer demokratisch legitimieren lassen könnten. Folgt man dem, so wäre die Zugangsschranke zum Verfahren, wonach ein individueller Belang berührt sein muss, für die Fälle der schwächeren demokratischen Legitimation in komplexen Großvorhaben fallen zu lassen. Gleichwohl bliebe die Entscheidung natürlich in den Händen der Verwaltung.

Die Rückführung einer breiteren Öffentlichkeitsbeteiligung auf die Forderung der internen Verfahrensgerechtigkeit bräuchte der weiteren Abstützung. Die Arbeit konnte den möglichen Zusammenhang hier nur skizzieren.

Im Übrigen läuft die Beteiligung der Öffentlichkeit gem. § 57a I S. 3 BBergG nach den § 18 ff. UVPG ab. Bezüglich der Durchführung der Öffentlichkeitsbeteiligung wurde somit kein bergrechtlicher Sonderweg beschritten. Die Ankündigung der Auslegung, die Vorschriften über die Auslegung und auch die vorgeschriebene öffentlichen Bekanntmachung und Auslegung über Internetportale (gem. § 20 UVPG) fördern die tatsächliche Wahrnehmung der Beteiligungsmöglichkeit durch die Öffentlichkeit und sind insofern vor dem Hintergrund der Verfahrensgerechtigkeit zu begrüßen.

1607 *Appel*, NVwZ 2012, S. 1362, 1365.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

cc. Die derzeitigen Auslegungsspielräume zur Behebung ressourcenethischer Defizite nutzen

Als ressourcenethisches Defizit hat sich die Einbettung der Öffentlichkeitsbeteiligung im Rahmen einer gebundenen Entscheidung ergeben, sodass die in ihren Belangen Betroffenen und auch die Umweltverbände nicht an einem dialogbereiten Verfahren mitwirken, sondern lediglich die Informationsgrundlage für die Subsumption unter die Zulassungstatbestände anreichern können. Die Ausführungen in Kapitel 4 B. II. 3. haben gezeigt, dass nach vorzugswürdigerer Auslegung die bergrechtliche Planfeststellung als echte Planfeststellung mit planerischer Gestaltungsfreiheit zu treffen ist. Dieses Defizit lässt sich somit schon de lege lata beheben.

b. Frühe Öffentlichkeitsbeteiligung

Die frühe Beteiligung der betroffenen Öffentlichkeit wurde 2013 (unter dem Eindruck der Proteste um den Stuttgarter Hauptbahnhof) eingeführt[1608] und soll das „verfahrensbegründete[] Konfliktpotential" mindern, indem die Betroffenen frühzeitig Klarheit über die Planungsabsichten erhalten.[1609] Diese frühzeitige Informiertheit kann erheblich dazu beitragen, dass die Betroffenen als Subjekte in das Verfahren eingebunden werden und sich eingebunden fühlen. Deshalb ist diese Regelung, mit der eine „Änderung der Verfahrenskultur" einhergehen soll, auch ausdrücklich aus Sicht der Verfahrensgerechtigkeit zu begrüßen.[1610]

Ob die Rechtspraxis in den Bergbauvorhaben tatsächlich auch von § 25 III VwVfG Gebrauch macht, ist jedoch zweifelhaft. Um der Idee der frühzeitigen Beteiligung des § 25 III VwVfG gerecht zu werden, könnte eine solche schon im Zuge der Erteilung der Bergbauberechtigung gefordert sein. Ob dies der Rechtspraxis entspricht, kann mehr als bezweifelt werden, da auf dieser Ebene nicht einmal eine Betroffenenbeteiligung erfolgt.[1611] Sollte mit der frühen Öffentlichkeitsbeteiligung bis zu den Verfahren um die Betriebspläne zugewartet werden, dann entstünde genau die Situation, die mit § 25 III VwVfG vermieden werden soll: Die Öffentlichkeit könnte

1608 *Ziekow*, NVwZ 2013, S. 754; *Schmitz/Prell*, NVwZ 2013, S. 745.
1609 *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, § 25, Rn. 29a.
1610 *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, § 25, Rn. 30a.
1611 *Franke*, in: Boldt et al., BBergG, § 11, Rn. 19, 21.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

mit den beginnenden Aufsuchungsarbeiten merken, dass ‚etwas im Busch ist' ohne zugleich von den konkreten Planungsabsichten und deren möglichen negativen Auswirkungen in Kenntnis gesetzt zu werden.[1612] Ob die Behörde danach auf eine (nicht mehr ganz) frühe Öffentlichkeitsbeteiligung im Rahmen der Betriebspläne hinwirkt, ist wiederum von der konkreten Verfahrenskultur der zuständigen Behörde abhängig, da an das Ausbleiben der Öffentlichkeitsbeteiligung keine Sanktion geknüpft ist.[1613]

Inwiefern der von der Verfahrensgerechtigkeit zu befürwortende Ansatz des § 25 III VwVfG sich auch im bergrechtlichen Verfahren niederschlägt, hängt damit essenziell von der gelebten Rechtspraxis ab. Eine beteiligungsfreundliche Verfahrenskultur und eine Verfahrenskultur, die die gelebte Neutralität der Behörde nach außen trägt,[1614] wäre im hohen Grade wünschenswert.

2. Zusammenfassung

Es konnte gezeigt werden, dass die interne Verfahrensgerechtigkeit stärkere Ansprüche an die Durchführung einer Öffentlichkeitsbeteiligung stellt. Die Öffentlichkeitsbeteiligung im Rahmen der UVP konnte diesen gestiegenen Anforderungen, wegen der Einbettung in eine gebundene Entscheidung, nicht gerecht werden. Dieses Defizit ist durch eine vorzugswürdigere Auslegung überwindbar.

Der Frage, ob darüber hinaus eine breitere Öffentlichkeitsbeteiligung für jedermann aus Gründen der internen Verfahrensgerechtigkeit zu fordern ist, müsste weiter nachgegangen werden. Wünschenswert wäre es darüber hinaus, wenn sich die Frage über die UVP-Pflichtigkeit von bergbaulichen Vorhaben leichter aus den Gesetzen entnehmen ließe.

Die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung des § 25 III VwVfG könnte ein wichtiger Impuls für das BBergG sein, eine im Sinne der Verfahrensgerechtigkeit beteiligungsfreundlichere Verfahrenskultur zu implementieren. Es ist jedoch fraglich, ob dieser Impuls die bergrechtliche Rechtspraxis erreicht

1612 Hierzu *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, § 25, Rn. 29a.
1613 *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, § 25, Rn. 30a.; vgl. auch *Schmitz/Prell*, NVwZ 2013, S. 747.
1614 *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, § 25, Rn. 30; *Ziekow*, NVwZ 2013, S. 757.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hat. Hier könnte der Gesetzgeber über die Stärkung der Beteiligungsregelungen weitere wichtige Vorgaben machen.[1615]

III. Verfahrenslasten

In welcher Weise formelle und materielle Präklusionen mit den Forderungen der Verfahrensgerechtigkeit d'accord gehen, muss an der sanktionierenden Verfahrensgerechtigkeit und der Verfahrensbilligkeit gemessen werden. Eine Präklusion im öffentlichen Recht ist der Verlust (wörtlich der Ausschluss) einer Rechtsposition durch Zeitablauf[1616]; es ist ein Rechtsverlust[1617] und damit eine Verfahrenslast. Die materielle Präklusion unterscheidet sich in ihrer Wirkung von der formellen durch die Langzeitwirkung; so sind die Belange des materiell Präkludierten nicht nur im Verwaltungsverfahren, sondern auch im sich ggf. anschließenden Verwaltungsprozess als nicht existent anzusehen.[1618] Zumeist ist dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung nicht zu entnehmen, welcher Typ vorliegt.[1619]

Zunächst wird untersucht an welcher Stelle eine formelle oder materielle Präklusion vorgesehen ist, um diese dann in einem zweiten Schritt ressourcenethisch zu analysieren.

1. Welche Präklusionen befinden sich im bergrechtlichen Verfahren?

Im Anwendungsbereich des Bergrechts finden sich mehrere Präklusionsnormen. Dies ist zum einen die Präklusionsnorm aus § 48 II S. 5 BBergG. Zum anderen ist an die Präklusionsnorm des § 48 II S. 4 i.V.m. § 73 IV S. 3 VwVfG und an dieselbe Präklusionsnorm, die über §§ 52 IIa, 57a I, 5 BBergG i.V.m. § 73 IV S. 3 VwVfG im bergrechtlichen Planfeststellungsverfahren Anwendung finden könnte, zu denken. Des Weiteren ist auf § 57a V BBergG zu verweisen.

1615 Zur stärkeren Sanktionierung siehe *Lippert*, ZUR 2013, S. 209; vgl. auch *Haug/Schadtle*, NVwZ 2014, S. 274 f.
1616 *Stüer/Rieder*, DÖV 2003, S. 475; zur Wortherkunft vgl. Fn. 24.
1617 *Kirchberg* in: Ziekow, Fachplanungsrecht, § 2 Rn. 256.
1618 *Stüer/Rieder*, DÖV 2003, S. 476.
1619 *Stüer/Rieder*, DÖV 2003, S. 476 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

Ob eine Präklusionsvorschrift anwendbar ist, richtet sich nach den diese tragenden Verfahrensvorschriften und deren Anwendbarkeit, welche von Seiten des Unionsrechts durch den EuGH zuletzt eingeschränkt wurde.[1620]

a. Präklusion nach § 48 II S. 5 BBergG

Es bereitet dem Rechtsanwender Schwierigkeiten, die Verfahrensvorschriften des § 48 II S. 3-6 BBergG, in welche die Präklusion eingebettet ist, richtig einzuordnen; es fügt sich nicht ohne weiteres in die übrigen bergrechtlichen Verwaltungsverfahren ein. Soll es ein eigenständiges Verfahren bilden oder wird es als Verfahrensbaustein auf andere Verfahren draufgesattelt? Ausdrücklich hält § 48 II S. 3-6 BBergG nicht fest, dass das Verfahren im Rahmen eines Betriebsplans anzuwenden ist. Auch die systematische Stellung der Verfahrensvorschriften in § 48 BBergG und die damit losgelöste Stellung von den übrigen Verfahrensvorschriften der §§ 54 ff. BBergG, erschwert die Zuordnung und lässt eher auf ein eigenständiges Verfahren schließen. Der § 48 II BBergG ist nach dem gesetzlichen Wortlaut primär eine Ermächtigungsgrundlage zum Einschreiten der Behörde. Im Rahmen einer solchen ist aber eine Betroffenenbeteiligung nicht sinnvoll denkbar. Insofern ist es zutreffend das Verfahren der S. 3-6 auf die Funktion des § 48 II BBergG als Ergänzung der Zulassungsvoraussetzung zu beziehen. Gestützt wird dies auch textlich dadurch, dass es inhaltlich um eine Planauslegung geht und die zuständige Behörde, die für die Zulassung der Betriebspläne zuständige Behörde sein soll. Auch die Gesetzesbegründung spricht insofern von einer „verfahrenstechnische[n] Ergänzung“[1621] und nicht von der Implementierung eines eigenständigen Verfahrens. Eingeführt wurde dieses Verfahren mit der Bergrechtsnovelle von 1990 durch Empfehlung des Wirtschaftsausschusses und unter Bezugnahme auf das Moers-Kapellen-Urteil des BVerwG.[1622] Nach damaliger Ansicht, wurde das Verfahren damit nur angewandt, wenn es um die Ermittlung von Bergschäden von erheblichem Gewicht ging, welche ausnahmsweise einen Drittschutz der

1620 EuGH, Urteil v. 15.10.2015 – Rs. C-137/14, ZUR 2016, S. 33 (S. 39 f., Rn. 75 ff.).
1621 Wirtschaftsausschuss, Beschlussempfehlung und Bericht vom 08.11.89, BT-Drs. 11/5601, S. 15.
1622 Wirtschaftsausschuss, Beschlussempfehlung und Bericht vom 08.11.89, BT-Drs. 11/5601, S. 15 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Oberflächeneigentümer auslösen würden.[1623] Der eigens entwickelte Sonderbetriebsplan, der nur der Frage nach den schweren Bergschäden der betroffenen Oberflächeneigentümern nachging, wurde zum Anwendungsbereich der Verfahrensvorschriften des § 48 II S. 3-6 BBergG.[1624] Fraglich ist, wie nach der Gesamtabwägungslehre nun mit der Unterteilung in beachtenswerte schwere Bergschäden und hinzunehmende mittlere und leichte Bergschäden zu verfahren ist.[1625] Ob ein Sonderbetriebsplan „Oberflächeneigentum"[1626] vor diesem Hintergrund noch sinnhaft ist, kann bezweifelt werden.

Wie setzt sich die Präklusion des § 48 II S. 5 BBergG mit der Präklusion über den Verweis aus § 48 II S. 3 auf § 73 IV S. 3 VwVfG ins Verhältnis? Der Wortlaut ist nahezu identisch, bis auf, dass § 73 IV S. 3 VwVfG solche Einwendungen von der Präklusion ausnimmt, die auf privatrechtlichen Titeln beruhen. Beide Präklusionen werden als materielle Präklusionen ausgelegt.[1627] Insofern deckt sich auch der Anwendungsbereich. Diese Doppelung ist mithin überflüssig und wohl als redaktioneller Fehler anzusehen. Insofern ist als lex specialis die Präklusion aus § 48 II S. 4 BBergG anzuwenden.

b. Erweiterter Anwendungsbereich der Präklusionsnorm des § 48 II S. 5 BBergG

Der ursprüngliche Anwendungsbereich der Präklusionsnorm aus § 48 II S. 5 BBergG ist überschaubar. So sollten im Betriebsplanverfahren überhaupt nur die von schweren Bergschäden Betroffenen beteiligt werden, auf die sich dann auch die Präklusion erstrecken konnte. In der Praxis wurden die Belange der so beteiligten Privaten zumeist in einem Sonderbetriebsplan „Oberflächeneigentum" abgearbeitet. Nach den hiesigen Ausfüh-

1623 BVerwG, Urteil v. 16.3.1989 - 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (2. Leitsatz, 343 ff.) – Moers-Kapellen; *Vitzthum/Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 48 Rn. 67.

1624 *Keienburg*, Öffentlichkeitsbeteiligung im Bergrecht, S. 35 ff.

1625 Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur hält nach wie vor an der differenzierenden Berücksichtigung von Grundstückseigentümern nach der Moers-Kapellen-Rechtsprechung fest. So etwa *Beckmann*, in: Frenz (Hrsg.), Öffentlichkeitsbeteiligung und Bergrecht, S. 19 f.

1626 *Keienburg*, Öffentlichkeitsbeteiligung im Bergrecht, S. 71.

1627 Für das BBergG: BVerwGE 126, 205 ff. (213, Rn. 25). Und für das VwVfG: *Neumann, W./Külpmann* in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 73, Rn. 88.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rungen zur Betroffenenbeteiligung im Rahmen des § 48 II S. 3-6 BBergG erstreckt sich diese in verfassungskonformer Weise auch auf diejenige, denen leichte und mittlere Bergschäden drohen. Die Präklusionswirkung könnte insofern auch diese Betroffenen erfassen.

Fraglich ist nun aber, wie es mit den von einer Enteignung Betroffenen (außerhalb des obligatorischen Rahmenbetriebsplans) aussieht. Die Gesamtabwägungslehre hat dazu geführt, dass auch deren Interessen im Rahmen des § 48 II S. 1 BBergG unter die öffentlichen Interessen zu subsumieren sind. Der Wortlaut des § 48 II S. 3 BBergG wäre somit erfüllt, wonach das Auslegverfahren angewendet werden kann „soweit die öffentlichen Interessen zugleich den Schutz von Rechten Dritter umfassen". Nach der Rechtsprechung des BVerwG kann auch eine materielle Präklusion im Fachplanungsrecht gegenüber einem Eigentümer und seinem sich anschließenden Enteignungsverfahren rechtmäßig sein.[1628] Insofern wäre wohl mit der Gesamtabwägungslehre eine Präklusion der Eigentümer nach § 48 II S. 5 BBergG möglich.

c. Präklusion aus §§ 52 IIa, 57a I, 5 BBergG i.V.m. § 73 IV S. 3 VwVfG

Die Präklusion des § 73 IV S. 3 VwVfG findet im bergrechtlichen Planfeststellungsverfahren über §§ 52 IIa, 57a I, 5 BBergG Anwendung.[1629] Nun ist nach Rechtsprechung des EuGH die Präklusion des § 73 IV S. 3 VwVfG unionsrechtswidrig und damit auf Fälle nicht anwendbar, in denen eine Umweltverträglichkeitsprüfung im Raum steht. Dies sieht nun ausdrücklich § 7 IV UmwRG vor.

Das BVerwG hat hierzu weiterhin betont, dass die Präklusion auch nicht für andere, nicht die Umwelt betreffende Belange aufrechterhalten werden

1628 BVerwG, Beschluss v. 12.02.1996 - 4 A 38/95, NVwZ 1997, S. 171 ff.; BVerwG, Urteil v. 24.05.1996 - 4 A 38/95, NVwZ 1997, S. 489 ff; *Kirchberg* in: Ziekow, Fachplanungsrecht, § 2 Rn. 257; *Stüer/Rieder*, DÖV 2003, S. 478 f.

1629 Zu denken wäre auch daran, dass die Vorschriften des Planfeststellungsverfahrens über die Vorschrift des § 72 I VwVfG Anwendung finden könnten. Dies ist eine Frage danach, ob der § 5 BBergG lex specialis ist und eine abschließende Regelung bzgl. der Anwendung des VwVfG darstellt und damit den § 72 I VwVfG verdrängt oder ob sich die Regelung des § 5 BBergG auch auf den § 72 I VwVfG verweist. Unberührt hiervon steht jedenfalls die Frage nach der Anwendbarkeit der Normen über das Planfeststellungsverfahren.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kann.[1630]
Da das Bergrecht die Anwendung des bergrechtlichen Planfeststellungsverfahrens zwangsläufig von der Frage der UVP-Pflichtigkeit abhängig macht, gibt es im bergrechtlichen Planfeststellungsverfahren keinen Anwendungsbereich des § 73 IV S. 3 VwVfG. Eine materielle Präklusion kommt daher wegen Unionsrechtswidrigkeit im Rahmen des bergrechtlichen Planfeststellungsverfahren nach §§ 52 IIa, 57a I, 5 BBergG i.V.m. § 73 IV S. 3 VwVfG nicht zur Anwendung.

Wenn es nun um die Zulassung eines obligatorischen Rahmenbetriebsplans geht, stellt sich die Frage, ob die Präklusionsnorm des § 48 II S. 4 BBergG trotzdem zur Anwendung kommen kann. Hierfür müsste zunächst das Verfahren des § 48 II S. 3-6 BBergG auch für das bergrechtliche Planfeststellungsverfahren anwendbar sein. An sich können auch im Rahmen der UVP-pflichtigen Vorhaben Private durch potenzielle (schwere) Bergschäden betroffen sein. Der Sinn des Verfahrens des § 48 II S. 3-6 BBergG besteht aber darin, die Beteiligung der von potenziell (schweren) Bergschäden Betroffenen bei mehr als 300 Personen oder bei Unkenntnis des Kreises der Betroffenen zu vereinfachen. Das bergrechtliche Planfeststellungsverfahren hält jedoch bereits eine Öffentlichkeitsbeteiligung, die eine Betroffenenbeteiligung umfasst, bereit und ist insofern lex specialis. Eine Anwendung des § 48 II S. 3-6 BBergG ist somit ausgeschlossen. Insofern kann auch die Präklusionsvorschrift des § 48 II S. 4 BBergG nicht im Rahmen des obligatorischen Rahmenbetriebsplans angewendet werden.

d. Präklusion gem. § 57a V BBergG

Im bergrechtlichen Planfeststellungsverfahren sieht der § 57a V BBergG vor, dass Einwendungen, die gegen den Rahmenbetriebsplan nicht erhoben wurden, dann nicht gegen die folgenden Betriebspläne geltend gemacht werden können. Ungeklärt ist, ob der § 57a V BBergG nach dem Urteil des EuGH als unionsrechtskonform anzusehen ist. Das OVG Bautzen betont, dass sich der Reglungsgehalt des § 57a V BBergG deutlich von der gerügten Präklusionsnorm des §73 IV S. 3 VwVfG unterscheide. Jedoch läge es nicht klar auf der Hand, ob die Kriterien des EuGH-Urteils für den § 57a V

1630 BVerwG, Urteil v. 30.3.2017 - 7 C 17/15, NVwZ-RR 2017, S. 685 (S. 687 f., Rn. 21 ff. und 2. Leitsatz).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

BBergG erfüllt seien, weswegen das OVG ein Vorabentscheidungsersuch nach Art. 267 AEUV anrät, insofern die Frage streitentscheidend sei.[1631]

2. Ressourcenethische Analyse der Präklusionsnorm des § 48 II S. 5 BBergG

Das BBergG hält folglich zwei Präklusionsnormen vor, dies sind zum einen § 48 II S. 5 BBergG und § 57a V BBergG. Im Folgenden soll nur die Präklusionsnorm des § 48 II S. 5 BBergG auf die gerechte Verteilung von Verfahrenslasten im Sinne der Verfahrensgerechtigkeit untersucht werden.

Eine materielle Präklusion kann verfassungsmäßig ausgestaltet sein.[1632] Sie ist getragen von der Überlegung, dass sog. Masseverfahren von Großvorhaben handhabbar bleiben sollen. So ist die Behörde frühzeitig über die berührten Belange der Bürger informiert (Sachverhaltsermittlung)[1633] und kann insofern von Anfang an einen Interessenausgleich im Auge haben. Mit letzterem gehe auch eine erhöhte Wirksamkeit der nicht-präkludierten Belange einher, weil die Behörde diese erörtern und sich mit diesen auseinandersetzen müsse.[1634] Schließlich sichere die Präklusion, durch ihre Konzentrationswirkung und ihr Befördern eines zügigen Verfahrens, die Funktionsfähigkeit der Verwaltung und der Gerichte ab.[1635] Auch die Rechtssicherheit der Planungsentscheidung wird zur Verteidigung der Präklusion ins Feld geführt.[1636]

Auf der anderen Seite wird die Geltendmachung der Rechte von Betroffenen verkürzt, was auch in Hinblick auf die Verfahrensrechte immer mit äußerster Vorsicht zu behandeln ist. Insofern muss die Präklusion besonders „betroffenenfreundlich" ausgestaltet sein. Das Ziel der Präklusion ist es nicht, möglichst viele Belange und Bürger zugunsten eines schlanken Verfahrens zu präkludieren. Die Behörde und die gesetzliche Ausgestaltung darf es nicht auf die Hoffnung anlegen, dass sich möglichst wenige melden werden. Ihr muss es darum gehen, dass sich alle äußern können sollen, die es auch wollen. Ihnen sollen keine übermäßigen Hindernisse dabei in

1631 OVG Bautzen, Urteil v. 17.08.2018 - 1 A 320/17, BeckRS 2018, 37972, Rn. 90 f.
1632 BVerfG, Beschluss v. 08.07.1982 - 2 BvR 1187/80, BVerfGE 61, 82 (109 ff.) – Sasbach.; BVerwG, Beschluss vom 12.02.1996 - 4 A 38/95, NVwZ 1997, S. 172.
1633 BVerfG, Beschluss v. 08.07.1982 - 2 BvR 1187/80, BVerfGE 61, 82 (114 f.) – Sasbach.
1634 BVerfG, Beschluss v. 08.07.1982 - 2 BvR 1187/80, BVerfGE 61, 82 (115 f.) – Sasbach.
1635 BVerfG, Beschluss v. 08.07.1982 - 2 BvR 1187/80, BVerfGE 61, 82 (116) – Sasbach.
1636 BVerwG, Beschluss vom 12.02.1996 - 4 A 38/95, NVwZ 1997, S. 172; BVerwG, Urteil v. 24.05.1996 - 4 A 38/95, NVwZ 1997, S. 489.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den Weg gelegt werden. Die Präklusion zieht ihre Berechtigung nur daraus, dass die Bürger früh Farbe bekennen müssen, ob sie sich an dem Verfahren beteiligen wollen und mit welchem Vorbringen, und dass der Kreis der Verfahrensteilnehmer und der Betroffenen bei Unübersichtlichkeit zu einem bestimmten Verfahrenszeitpunkt festgeschnürt werden kann. Diese Zielausrichtung ist bei der Untersuchung von Auslegmethoden, Fristen, Detaillierungsgrad des Vorbringens u.ä. zu vergegenwärtigen.

a. Fristen

Hinsichtlich der Fristen sieht § 48 II S. 4 i.V.m. § 73 III, IV VwVfG folgenden zeitlichen Ablauf vor: Nachdem der Betriebsplan bei der zuständigen Behörde eingegangen ist, muss die Behörde die nachfolgende Auslegung des Planes öffentlich bekanntmachen (§ 73 V S. 1 VwVfG). Der Plan muss insgesamt einen Monat lang ausgelegt werden (§ 73 III S. 1 VwVfG). Einwendungen gegen den Plan können dann noch bis zwei Wochen nach dem Ablauf der Auslegungsfrist schriftlich oder zur Niederschrift[1637] bei der Anhörungsbehörde vorgebracht werden (§ 73 IV S. 1 VwVfG).

Die Frist von einem Monat und zwei Wochen scheint grundsätzlich ausreichend lang zu sein, dass die Betroffenen innerhalb dieser Frist Gelegenheit der Kenntnisnahme hatten, sich mit den Modalitäten und Anforderungen der Teilnahme vertraut machen, sich inhaltlich mit dem Vorhaben auseinandersetzen, eine persönliche Positionierung finden, um sich dann für oder gegen ein Tätigwerden zu entschließen. In solchen Fällen, wenn der Plan z.B. äußerst komplex ist oder es vielleicht sogar der Fachexpertise bedarf, kann die Frist von einem Monat und zwei Wochen dagegen eher kurz erscheinen. Auch ist die Länge der Frist daran zu messen, welche Anforderungen an das Erheben der Einwendungen zu stellen ist. Je ela-

1637 Die Formvorgabe der Schriftlichkeit bedeutet, dass die Einwendungen gem. § 126 BGB unterschrieben werden (Alt. 1) oder gem. §§ 126 III i.V.m. 126a BGB elektronisch übermittelt und mittels qualifizierter elektronischer Signatur verifiziert werden. Hier kann danach gefragt werden, welchen Sinn die Formvorgabe hier erfüllen soll. Wenn z.B. der Kreis der Betroffenen unsicher war und durch die Auslegung bestimmt werden soll, so kann die Authentifizierung eine wichtige Rolle spielen. Andererseits entgeht derjenige Betroffene, der eine E-Mail ohne Verifizierung sendet trotz ausführlichster glaubhafter Einlassung und Namensnennung nicht der Rechtswirkung der Präklusion. Einerseits ist das Formerfordernis nicht besonders hoch, andererseits kann eine möglicherweise gewünschte Authentifizierung auch von Seiten der Behörde nachträglich eingefordert werden.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

boriertere Stellungnahmen gefordert werden, desto länger muss auch die gesetzte Frist bemessen sein.

b. Geforderte Konkretisierung der Einwendung

Generell soll der Beteiligte seine Einwendung hinreichend konkret vorbringen, so dass die Planfeststellungsbehörde erkennen kann, "in welcher Weise sie bestimmte Belange einer näheren Betrachtung unterziehen soll" bzw. was sie "konkret bedenken soll"[1638]. Hierfür reicht ein thematisieren des Belangs; der Beteiligte solle in groben Zügen darstellen, für welche Rechtsgüter er welche Beeinträchtigung erwartet, ohne diese auch rechtlich einordnen zu müssen.[1639] Dies solle auch für den Eigentümer gelten, welcher schon im Anhörungsverfahren (genauer innerhalb der für das Vorbringen der Einwendung gesetzten Frist) zu erkennen geben soll, in welche Richtung sein Gegenvorbringen gehen wird.[1640] Sollte er sich etwa Bedenken wegen des Verstoßes gegen öffentliches Recht zu Eigen machen, so müsse er genau dies auch thematisch ansprechen, andernfalls wird er damit im Verwaltungsprozess kein Gehör finden.[1641] Diese Auffassung rückt faktisch von dem Grundsatz ab, wonach eine Enteignung nur dann stattfinden darf, wenn das Vorhaben umfassend verhältnismäßig und in jeder Hinsicht rechtmäßig ist. Die eingeschränkte gerichtliche Überprüfung, die sich auf die durch den Eigentümer im Anhörungsverfahren eingebrachten Belange reduziert, gewährleistet nicht mehr, dass eine Enteignung tatsächlich in jeder Hinsicht verhältnismäßig und rechtmäßig sein soll. Vielmehr ist es der Urteilskraft und der juristischen und fachlichen Weitsicht des Eigentümers überlassen, wie stark sein Eigentumsschutz des Art. 14 III GG letztendlich reicht. Hinzukommt, dass ihm diese ‚Bringepflicht' in einem Verfahrensstadium abgefordert wird, indem die empfundene Bedrohung seines Grundstücks noch sehr niederschwellig sein könnte. Schließlich wurde aus seiner Sicht bislang nur ein Plan ausgelegt, worüber er nicht einmal persönlich

1638 BVerwG, Beschluss v. 12.02.1996 - 4 A 38/95, NVwZ 1997, S. 172.

1639 BVerwG, Urteil v. 14.7.2011 - 9 A 14/10, NVwZ 2012, S. 182.

1640 BVerwG, Urteil v. 24.05.1996 - 4 A 38/95, NVwZ 1997, 489 (Leitsatz 1); BVerwG, Urteil v. 14.7.2011 - 9 A 14/10, NVwZ 2012, S. 180 ff., Leitsatz 2; VGH Mannheim, Urteil v. 9.10.2000 - 5 S 1883/99, VBlBW 2001, S. 278 (S. 279).

1641 BVerwG, Urteil v. 14.7.2011 - 9 A 14/10, NVwZ 2012, S. 182; VGH Mannheim, Urteil vom 9.10.2000, 5 S 1883/99, VBlBW 2001, S. 278 (1. Leitsatz und S. 279); dasselbe, Urteil v. 9.10.2000 - 5 S 1885/99, VBlBW 2001, S. 315 (S. 317); *Kirchberg* in: Ziekow, Fachplanungsrecht, § 2 Rn. 266.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

informiert werden musste. Schlimmstenfalls entgeht ihm die öffentliche Bekanntmachung und ihm kommt damit ungewollt jede Möglichkeit der juristischen Auseinandersetzung gegen die Entziehung seines Eigentums abhanden. Dies zeigt, dass die Verfahrenslast der Präklusion im Rahmen des § 48 II S. 5 BBergG die Zuenteignenden unverhältnismäßig hoch trifft. Ressourcenethisch defizitär ist das Verfahren damit zum einen hinsichtlich der fehlenden individuellen Benachrichtigung der Zuenteignenden und zum anderen hinsichtlich der geforderten Konkretisierung der Einwendungen.

c. Öffentliche Bekanntmachung im Internet

Die ortsübliche Bekanntmachung soll nach § 27a VwVfG durch eine Veröffentlichung im Internet ergänzt werden. In Zeiten der Allgegenwärtigkeit der medialen Nutzung ist der schnelle Zugriff auf Informationen die gesellschaftliche Realität. Wenn es im Rahmen der Verfahrensgerechtigkeit darum geht, im Rahmen einer Präklusion möglichst viele Hindernisse für die Geltendmachung von Einwendungen auszuräumen, so ist die Nutzung der elektronischen Mittel ein Muss (wie es auch § 20 UVPG vorsieht). Die Behörde muss aus ressourcenethischer Sicht zur Veröffentlichung der Ankündigung und der Einstellung des Plans im Internet verpflichtet sein. Sie ist hier in der Bringepflicht.

3. Den derzeitigen Auslegungsspielraum zur Behebung ressourcenethischer Defizite nutzen

Ein ressourcenethisches Defizit konnten hinsichtlich der möglichen Präklusion gegenüber Eigentümern ausgemacht werden. Fraglich ist, ob die verfassungskonforme Auslegung auch für eine Erweiterung des Verfahrens des § 48 II S. 3-6 BBergG auf diejenigen, die von einer Enteignung bedroht sind und die im Rahmen der Gesamtabwägung zu berücksichtigen wären, spricht. Hierfür müssten die verfassungsgemäßen Anforderungen an die materielle Präklusion gegenüber dem enteignend Betroffenen erfüllt sein.

Die materielle Präklusion wurde ins Fachplanungsrecht eingeführt, um zur Waffengleichheit von Projektträger und Betroffenen beizutragen.[1642]

1642 *Ronellenfitsch*, NVwZ 1999, S. 587.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

Sie soll auch im Fachplanungsrecht gegenüber einem Eigentümer und seinem sich anschließenden Enteignungsverfahren rechtmäßig sein.[1643] Die materielle Präklusion kann sich im Fachplanungsrecht hinsichtlich der Enteignungsbetroffenen jedoch nicht auf dieselbe Begründung wie im Anlagengenehmigungsrecht stützen. Hier dient sie zwar auch dem Interesse des Unternehmers an einer zügigen Durchführung des Verfahrens, jedoch ist dieses Interesse im Fachplanungsrecht gerade nicht grundrechtlich abgesichert und insofern gegenüber der grundrechtlichen Betroffenheit des Enteignenden rechtlich irrelevant.[1644] Auch zum Einsatz zur Ermittlung des Kreises der Betroffenen kann sie nicht eingesetzt werden, da die zu Enteignenden ohne Weiteres durch die Einsicht in das Grundbuch zu ermitteln sind und eine materielle Präklusion kein verhältnismäßiges Mittel wäre.[1645] Ob darüber hinaus die Frage nach der Intensität der Betroffenheit mit der Androhung einer materiellen Präklusion belegt werden darf ist fraglich.[1646] Fraglich ist auch, in welcher Hinsicht die materielle Präklusion auf die weitere Berücksichtigung des Belangs Eigentum wirken soll. So kann die Präklusion nicht dazu führen, dass der Belang des Eigentums an sich ‚wegpräkludiert' wird, weil die Frage der Betroffenheitsermittlung gerade zu keiner Präklusion rechtfertigt.[1647] Soll also in der Abwägung der Belange lediglich die konkrete Betroffenheit und die besondere Schwere unberücksichtigt (weil präkludiert) bleiben? In der Abwägung geht es aber gerade um ein Gegenüberstellen von konkreten Rechtspositionen und die Schwere ihrer Betroffenheit; eine Abwägung mit abstrakten Belangen als Grundlage einer Planungsentscheidung trägt diese nicht. Soll die Behörde daher nur fiktiv und zum Nachteil des zu Enteignenden ein Mindestmaß an Betroffenheit des Eigentums annehmen? Etwa, das standardisiert von einem Grundstück ausgegangen wird, das nicht bebaut ist oder das nur landwirtschaftlich genutzt wird. Aber auch diese Informationen sind leicht (beispielsweise durch Ortsbegehung) zu beschaffen. Dies wäre auch von

1643 *BVerwG*, Beschluss vom 12.02.1996 - 4 A 38/95 in NVwZ 1997, S. 171 ff.; *BVerwG*, Urteil vom 24.05.1996 - 4 A 38/95 in NVwZ 1997, S. 489 ff; *Kirchberg* in: Ziekow, Fachplanungsrecht, § 2 Rn. 257; *Stüer/Rieder*, DÖV 2003, S. 478 f.

1644 *Solveen*, DVBl. 1997, S. 803.

1645 *Solveen*, DVBl. 1997, S. 805.

1646 So bejahend *Solveen*, DVBl. 1997, S. 805.

1647 *Solveen* spricht in diesem Zusammenhang davon, dass sonst vom Eigentümer eine an sich sachlich überflüssige Einwendung erwartet werden würde, an dessen Ausbleiben der Verlust der Rechtsschutz des Art. 14 III geknüpft würde (DVBl. 1997, S. 805).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einer Untersuchungspflicht der Behörde gem. § 24 I VwVfG (Amtsermittlungsgrundsatz) umfasst, welche sich explizit auch auf die für die Beteiligten günstigen Umstände bezieht (Abs. 2). Eine sanktionierte Bringepflicht der Enteignungsbetroffenen zu statuieren kann sich danach von vornherein nur auf solche „versteckten" Tatsachen beziehen, die einer Behörde, die ordnungsgemäß ihrer Untersuchungspflicht nachgekommen ist (man beachte ihren Ermessenspielraum) nicht bekannt werden konnte. Zu denken ist beispielsweise an einen gesteigerten Wert des Eigentums für den Eigentümer, der sich aus dem sozialen Gefüge und der sozialen Einbindung vor Ort (Stichwort Heimat)[1648] ergibt.

Ganz entscheidend durch Art. 14 III S. 1 GG sind aber zumindest folgende Verfahrensvorschriften gesetzlich vorzusehen und einzuhalten, sollte eine materielle Präklusion sich auf eine Enteignung auswirken: Zunächst sind die Enteignungsbetroffenen individuell zu benachrichtigen und über den Mindestinhalt einer, die materielle Präklusion verhindernden Einwendung und die Rechtsfolgen einer ausbleibenden Einwendung ausdrücklich aufzuklären.[1649] Andernfalls läge eine unzulässige Überraschungsentscheidung vor. Der erzielte Effekt der materiellen Präklusion bei Verfahren gegenüber zu enteignenden Eigentümern wäre nicht mehr nur eine Verfahrenskonzentration und Verfahrensbeschleunigung, sondern die unverhältnismäßige Erschwerung der gerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten und damit ein Verstoß gegen die Verfahrensgarantie des Art. 14 I GG und des Art. 19 IV S. 1 GG. Diese Aufklärungspflichten sieht das Verfahren des § 48 II S. 3-6 BBergG nicht vor. Daher wäre eine verfassungskonforme Ausgestaltung der materiellen Präklusion bezogen auf zu Enteignende vor diesem Hintergrund nicht möglich. Die ressourcenethischen Defizite sind mit der Unanwendbarkeit der Präklusion gegenüber Zuenteignenden beseitigt.

4. Fazit

Als relevante Präklusionen konnten die Präklusion aus § 48 II S. 5 BBergG und die Präklusion aus § 57a V BBergG ermittelt werden. Eine Erweiterung der Anwendung des § 48 II S. 5 im Rahmen der Gesamtabwägungslehre auf die von einer Enteignung Betroffenen verbietet sich vor dem Hinter-

1648 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (355 Rn. 329) – Garzweiler.

1649 Hierzu *Solveen* mit eingehender Begründung zur Herleitung der Voraussetzungen: DVBl. 1997, S. 805-807.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

grund der verfassungsrechtlichen Vorgaben an eine solche Präklusion. Der Anwendungsbereich ist damit auf diejenigen begrenzt, die das Risiko von Bergschäden tragen und deren Belange nach gängiger Praxis in einem Sonderbetriebsplan abgearbeitet werden.

Die Verfahrensgerechtigkeit verlangt es, dass sämtliche Modalitäten so „betroffenenfreundlich" wie möglich ausgestaltet werden. In diesem Sinne ist zu fordern, dass die öffentliche Bekanntmachung im Internet nach § 27a VwVfG als Pflicht der Behörde unumgänglich wird. Auch über das Fallenlassen des Formerfordernisses kann nachgedacht werden. Die Frist scheint im Regelfall angemessen zu sein. Für komplexe Pläne könnte es aber notwendig sein, die Frist zu Gunsten der Betroffenen im Einzelfall auszuweiten. Die Verfahrensgerechtigkeit kann darüber hinaus betroffenenfreundliche Ausgestaltungen der Präklusionen anregen, wenn es etwa um die Möglichkeit und Durchführung von Erörterungsterminen geht. So könnte sich eine Leitung des Erörterungstermin durch externe, geschulte Moderatoren als sachdienlich und betroffenenfreundlich auswirken.

IV. Komplexität des Verfahrens

Die Verfahrensgerechtigkeit stellt die Teilhabe der Beteiligten als Verfahrenssubjekte in den Vordergrund. Die Beteiligten können aber nur dann als Verfahrenssubjekte eigenmächtig ihre Interessen wahrnehmen, wenn ihnen die Möglichkeit offensteht, sich einen Überblick über das Verfahren zu verschaffen. Aus Sicht der Verfahrensgerechtigkeit muss das Verfahren deswegen möglichst einfach und übersichtlich ausgestaltet sein, die Rechtslage soll sich aus dem Gesetz ergeben und der Verfahrensablauf soll transparent sein. Anschaulich urteilte der österreichische Verfassungsgerichtshof, dass eine Norm, die „[n]ur mit subtiler Sachkenntnis, außerordentlichen methodischen Fähigkeiten und einer gewissen Lust zum Lösen von Denksport-Aufgaben"[1650] verstehbar ist, gegen das Gebot der Verständlichkeit von Rechtsnormen verstößt. Mit den Worten von *Schulte* zeigt „[d]as Genehmigungsrecht bei der Gewinnung von Bodenschätzen […] eine nicht überbietbare, kaum erfaßbare Komplexität."[1651] Zu dieser Einschätzung kam *Schulte* wohlgemerkt schon im Jahr 1996 und damit weit vor Herleitung

1650 Österreichischer VfGH, Entscheidung v. 29.06.1990, G81/90 u.a., Slg. 12420.

1651 *Schulte*, Raumplanung und Genehmigung bei der Bodenschätzegewinnung, S. 291. Auch *Ludwig* urteilt, dass „die Rechtslage unübersichtlich und selbst für Experten

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einer Gesamtabwägung im Rahmen des § 48 II BBergG. Die Auslegung des Bergrechts hat sich weitgehend von dem Gesetzestext emanzipiert. Viele Anwendungs- und Abgrenzungsfragen sind offen.[1652] So schon exemplarisch die Bindungswirkungen des obligatorischen Rahmenbetriebsplans bezüglich des Grundabtretungsverfahrens. Das Zusammenspiel der verschiedenen Verfahrensstufen kann so nicht abgestimmt sein. Natürlich ist die Komplexität des Verfahrens abhängig von der Komplexität der Entscheidungsaufgabe.[1653] Umso entscheidender wäre es gerade für komplexe Entscheidungen klare Vorgaben abzufassen. Die Gesamtabwägung als Herzstück jeder Entscheidung verkommt im Bergrecht zu einer innertatbestandlichen Prüfung der Voraussetzung „öffentliches Interesse".

Insgesamt besteht nach der großen Aufgabe der Rechtsvereinheitlichung bei Erlass des BBergG nun die Aufgabe das Bergrecht an das übrige Verwaltungsrecht mit den bekannten dogmatischen Instituten anschlussfähig zu machen.

B. Gerichtliche Überprüfung und Verfahrensgerechtigkeit

Die gerichtliche Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen ist ein essenzieller Baustein der Gewaltenteilung und im Zuge der Rechtsweggarantie des Art. 19 IV GG Kernstück der rechtstaatlichen Ordnung.[1654] Art. 19 IV GG garantiert daneben auch einen effektiven Rechtsschutz und ein faires Verfahren,[1655] wodurch wichtige Aspekte der Verfahrensgerechtigkeit von Verfassungswegen geschützt werden. Dieser Befund muss dieser Arbeit in Hinblick auf die Untersuchung der verfahrensgerechten gerichtlichen Prozesse genügen.

Im Folgenden sollen daher nicht die allgemeinen prozessrechtlichen Verfahrensvorschriften auf ihre Übereinstimmung mit Aspekten der Verfah-

---

schwer durchschaubar [ist]." (ZUR 2012, S. 157). Kritisch auch *v. Weschpfennig*, Strukturen des Bergrechts, S. 275.

1652 So ist beispielsweise das Zusammenspiel der wasserrechtlichen Erlaubnis und dem Hauptbetriebsplan offen (OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 5. Mai 2022 – OVG 11 S 7/22, ZUR 2022, S. 498 f.; a.A. VG Cottbus, Beschluss v. 16.3.2022 – VG 3 L 381/21, BeckRS 2022, 9340).

1653 *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 52.

1654 *Sachs*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 19 GG, Rn. 11; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth GG Komm., Art. 19, Rn. 37.

1655 *Jarass*, in: Jarass/Pieroth GG Komm., Art. 19, Rn. 58, 62.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rensgerechtigkeit hin untersucht werden, sondern es soll der Zugang zu den Gerichten im bergrechtlichen Kontext untersucht werden. Den anerkannten Naturschutz- und Umweltvereinigungen werden seit der Novellierung des Umweltrechtsbehelfsgesetz im Jahr 2017, welche auf völkerrechtliche und europäische Anstöße zurückgeht,[1656] umfassende Klagerechte gewährt. Dies gilt auch für die Klagemöglichkeiten gegenüber bergrechtlichen Vorhaben.[1657] Sie sind daher nicht weiter zu untersuchen.

I. Zugang zu Gericht für die vom Bergbau Betroffenen

In der Frage um den Zugang zu den Gerichten, für die vom Bergbau Betroffenen, steht der Rechtsanwender vor der gleichen unübersichtlichen Rechtslage, die schon in der Frage nach der Berücksichtigung der Interessen innerhalb der Lastenverteilung (Kapitel 4 C. I.) und in der Frage um die Beteiligung am Verwaltungsverfahren (Kapitel 6 A. I.) ausschlaggebend war.

Aufgrund dessen, dass die privaten Interessen nicht im Rahmen der Erteilung der Bergbauberechtigung relevant sind, wird den Privaten auch keine Klagebefugnis gegen die Erteilung der Bergbauberechtigung zugesprochen. Die Klagebefugnis der von der Enteignung betroffenen im Grundabtretungsverfahren hingegen ist selbstverständlich.

Schwierig ist dagegen wiederum die Frage zu beantworten, welche Betroffenen im Betriebsplanzulassungsverfahren klagebefugt sind und ob diese Klagebefugnis gegen einen zeitlich nachfolgenden Betriebsplan wegfällt. Entscheidend ist, ob die bergrechtlichen Normen für die vom Bergbau negativ Betroffenen drittschützend sind – sie somit geltend machen können in eigenen subjektiven Rechten verletzt zu sein.[1658] Drittschutz im Rahmen der Zulassung von Betriebsplänen wurde den § 48 II BBergG und § 55 I S. 1

1656 Richtlinie 2003/35/EG über die Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Ausarbeitung bestimmter umweltbezogener Pläne und Programme und zur Änderung der Richtlinien 85/337/EWG und 96/61/EG in Bezug auf die Öffentlichkeitsbeteiligung und den Zugang zu Gerichten (UVP-Richtlinie) und das Übereinkommen der Wirtschaftskommission für Europa (UNECE) über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten (Aarhus-Konvention).

1657 Hierzu ausführlich UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 246 ff.

1658 BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 (211, Rn. 22 f.) – Garzweiler.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nr. 3 BBergG zugesprochen.[1659] Außerdem vermitteln die drittschützenden außerbergrechtlichen Normen, die im Rahmen des § 48 II BBergG Anwendung finden, auch weiterhin Drittschutz.[1660]

Der § 55 I S. 1 Nr. 3 BBergG vermittelt Drittschutz nur dann, wenn die Rechtsgüter Leben und Gesundheit berührt werden, nicht aber das Eigentum als solches.[1661] Ob der § 48 II BBergG umfassend die Interessen der Privaten an dem Grundeigentum schützt, ist fraglich. Dies wurde in dem Moers-Kapellen-Urteil des BVerwG für die Privaten bejaht, die von größeren Bergschäden betroffen sind.[1662] Und dies wurde für die Privaten bejaht, die zugunsten von komplexen Großvorhaben enteignet werden könnten.[1663] Auch hier ergibt sich aus der richterlichen Rechtsfortbildung somit kein Zugang zum Gericht auf der Ebene der Betriebspläne für die Privaten, die „nur" von leichten bis mittleren Bergschäden betroffen sein könnten und für die Privaten, denen keine Enteignung im Rahmen eines komplexen Großvorhabens droht. Daneben wird vertreten, dass nicht alle Betriebspläne – sondern wohl vielmehr nur der Rahmenbetriebsplan – den Drittschutz des § 48 II BBergG vermitteln könne.[1664]

Die Folgen der Problematik, dass der Gesetzgeber ursprünglich keine Berücksichtigung der privaten Interessen vorgesehen hat und das BBergG insofern auch keine allgemein drittschützende Norm enthält, zeigen sich mithin auch in der Frage nach dem Zugang zum Gericht für die Betroffenen.

Wie auch bei der Bewertung der zureichenden Möglichkeit der Beteiligung am Verwaltungsverfahren, geht es bei der Frage nach dem Zugang

1659 OVG Saarlouis, Urteil v. 24.5.2018 - 2 A 551/17, BeckRS 2018, 13000, Rn. 32.

1660 BVerwG, Urteil v. 4.7.1986 - 4 C 31.84, BVerwGE 74, 315 – Altenberg.

1661 BVerwG, Urteil v. 13.12.1991, 7 C 25.30, BVerwGE 89, 246 (1. Leitspruch und S. 248 f.) – Gasspeicher; BVerwG, Urteil v. 29.4.2010 - 7 C 18/09, ZfB 2010, S. 129 (132, Rn. 20); *von Mäßenhausen*, in: Boldt et al., BBergG, § 55, Rn. 24.

1662 BVerwG, Urteil v. 16.03.1989 - 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (2. Leitspruch und 345 f.) – Moers-Kapellen.

1663 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-Kapellen.

1664 Hier explizit für den Hauptbetriebsplan: 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.); kritisch UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 243. Die Autoren des Gutachtens weisen darauf hin, dass es für diese einschränkende Auslegung keine Anknüpfungspunkte im Gesetz gebe. Auch fordern sie eine sich wiederholende Möglichkeit für die Beteiligung der betroffenen Öffentlichkeit im Rahmen der Betriebsplanerteilungen (ebd., S. 258).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zum Gericht für Betroffene um eine Grundvoraussetzung für die interne Verfahrensgerechtigkeit. Wie auch Art. 19 IV GG, fordert die interne Verfahrensgerechtigkeit, dass denjenigen, deren Rechtspositionen durch das Verwaltungsverfahren nachteilig berührt worden sind, eine gerichtliche Überprüfungsmöglichkeit offensteht und diese nicht unnötig erschwert wird. Die derzeitige Rechtslage, wie sie sich insbesondere durch Richterrecht fortgeschrieben hat, löst die Frage der Beteiligung der Betroffenen nur unzureichend. Denjenigen, die von leichten bis mittleren Bergschäden betroffen sind, dürfte nach der Herleitung des Drittschutzes eigentlich keine Klagebefugnis eingeräumt worden sein. Dieses ressourcenethische Defizit ist durch eine verfassungskonforme Auslegung überwindbar (hierzu siehe unter Kapitel 4 C. 1. e. aa.).

Die Betroffenen, denen eine Enteignung in einem nichtkomplexen Vorhaben droht (bzw. in einem Vorhaben, für das kein Rahmenbetriebsplan vorgesehen ist oder für das keine Gesamtabwägung durchgeführt wird), haben keine Möglichkeit die Betriebsplanzulassung gerichtlich überprüfen zu lassen. Dies könnte sich ungünstig auf die tatsächlichen Erfolgsaussichten ihres Vorbringens auswirken, insofern als dass frühzeitige Vorfestlegungen zu ihren Ungunsten ausfallen könnten. Die Bereitschaft der Behörde ergebnisoffen über die Wünschbarkeit des Vorhabens zu entscheiden, könnte abnehmen. Es bleibt diesbezüglich abzuwarten, ob die Rechtsprechung auch diesen Betroffenen Zugang zu Gericht gewährt.

II. Zugang zu Gericht für die Interessen von künftigen Generationen

Die Interessen der zukünftigen Generationen fließen nach derzeitiger Anwendung der Rechtslage nicht explizit in die Entscheidung über die Betriebsplanzulassung ein. Auch können die Zukünftigen rein tatsächlich natürlich nicht direkt eine gerichtliche Überprüfung der Verwaltungsentscheidung herbeiführen. Hierin liegt ein struktureller Mangel in der Umsetzung des Nachhaltigkeitsgrundsatzes in der Rechtsordnung. Es gibt verschiedene Wege diesen Mangel zu überwinden, um die Interessen der Zukünftigen auch auf gerichtlichem Wege durchsetzungsstark werden zu lassen. Eine Möglichkeit wäre die bekannten Klagerechte der anerkannten Umwelt- und Naturschutzverbände auf Verbände, die dem Schutz der In-

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

teressen künftiger Generationen dienen,[1665] zu erweitern. Weiterhin kann auch über staatlich verankerte Institutionen diskutiert werden - die auch schon im internationalen Vergleich existieren.[1666] Entscheidend ist dabei der Kompetenzzuschnitt der dem Gremium beigemessen wird.[1667] Diese zu schaffenden staatlichen Institutionen zum Schutz der Interessen künftiger Generationen wären dann beispielsweise mit entsprechenden Klagerechten auszustatten.

C. Fazit

Das BBergG weist Schwachstellen bezüglich der verfahrensgerechten Ausgestaltung auf. Das größte Manko stellt dabei die Unübersichtlichkeit des Verfahrens dar. Auch sind z.B. die Verfahrensstufen des obligatorischen Rahmenbetriebsplans zur Grundabtretung nicht klar ins Verhältnis gesetzt. Die Sonderrechtsinstitute des Bergrechts schaffen es hier nicht ein überzeugendes, durchdachtes Konzept zu bilden. Dies geht zulasten der Rechtsschutzmöglichkeiten Betroffener. Der Betroffene wird regelmäßig schon daran scheitern, sich überhaupt einen Überblick über seine Beteiligungsmöglichkeiten aus dem Gesetzestext zu verschaffen. Wohlgemerkt gelingt dies hinsichtlich vieler Rechtsfragen auch dem Fachjuristen nur mit Mühe.[1668]

Die Betroffenenbeteiligung ist nach der derzeitigen Rechtslage ressourcenethisch defizitär. Die Nichtbeteiligung der Privaten, die von leichten bis

1665 Hier stellt sich natürlich die Frage, ob solche Vereine, die sich (auch) dem Schutz der Interessen der künftigen Generationen verschrieben haben, in der Vereinslandschaft schon vorhanden sind. Als aktive Stiftungen sind zum Beispiel die ‚Stiftung für die Rechte zukünftiger Generationen' und die schweizerische ‚Stiftung Zukunftsrat' auszumachen (Homepages abrufbar unter: < https://generationen gerechtigkeit.info/> und <https://www.zukunftsrat.ch/de/home/> (zuletzt abgerufen im Januar 2024)). Hier könnte eine entsprechend gesetzlich ausgestaltete Klagemöglichkeit aber auch einen Impuls in die Zivilgesellschaft zur Gründung eben jener Vereine geben.

1666 Zu nennen sind hier beispielsweise die israelische „Commission for Future Generations", der ungarische „Ombudsmann für zukünftige Generationen" oder der französische „Rat für zukünftige Generationen" (Siehe hierzu *Tremmel*, ZRP 2004, S. 45 f). Ausführlich *Mathis*, Nachhaltige Entwicklung und Generationengerechtigkeit, S. 615 ff.

1667 Seit 2001 gibt es in Deutschland den „Rat für nachhaltige Entwicklung", der die Aufgabe der Politikberatung übernimmt (<https://www.nachhaltigkeitsrat.de/ueber-den-rat/>, zuletzt abgerufen im Januar 2024).

1668 So *Ludwig*, ZUR 2012, S. 157.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mittleren Bergschäden bedroht sind, ist darüber hinaus auch verfassungswidrig. Im Rahmen des Auslegungsspielraums des Gesetzes liegt es aber weitere Beteiligungen auf Ebene der Erteilung der Bergbauberechtigung und auf Ebene des Betriebsplans zuzulassen. Die ressourcenethischen Defizite bezüglich der materiellen Rechtslage werden so abgemildert. Hinsichtlich des Anspruches der Verfahrensgerechtigkeit an einen transparenten und übersichtlichen Verfahrensablauf bleibt das Bergrecht damit aber noch weit zurück. Der Gesetzgeber müsste eine umfassende Beteiligung der Privaten im Zuge der Erteilung der Betriebspläne erlassen.

Die Anforderungen der Verfahrensgerechtigkeit hinsichtlich der Durchführung einer Öffentlichkeitsbeteiligung sind gegenüber der Betroffenenbeteiligung reduziert. Eine Öffentlichkeitsbeteiligung ist innerhalb des obligatorischen Rahmenbetriebsplans durchzuführen. Das ressourcenethische Defizit, der Einbettung der Beteiligung der betroffenen Öffentlichkeit im Rahmen einer gebundenen Entscheidung konnte durch eine vorzugswürdigere Auslegung überwunden werden. Darüber hinaus wurde die Frage aufgeworfen, ob die Beteiligung einer breiteren Öffentlichkeit („für jedermann") für komplexe Vorhaben eine Forderung der Verfahrensgerechtigkeit ist.

Der Gesetzgeber kann sich nicht darauf ausruhen, Reparaturnormen zu erlassen. Er muss die Beteiligung umfangreich regeln. Das Bergrecht muss in Übereinstimmung mit den dogmatischen Ansätzen im übrigen Verwaltungsrecht gebracht werden.[1669] Damit einhergehend sollte eine umfassend drittschützende Norm im Zentrum der Vorhabenzulassung stehen.

1669 So auch UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 258.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kapitel 7: Umwelt- und ressourcenethische Begründung für eine Reform des Bergrechts

Ebenso wie sich die Kritik am BBergG über 30 Jahre angehäuft hat, so haben sich auch die Reformvorschläge kumuliert. Diese reichen von einem Nachjustieren verfahrensrechtlicher und/oder materieller Elemente bis hin zum Aufbrechen der grundlegenden Systematik des BBergG.[1670] Die amtierende Bundesregierung (20. Wahlperiode) hat sich eine Modernisierung des BBergG vorgenommen.[1671] Ob dabei weitreichende Änderungen im Sinne des Ressourcenschutzes angestrebt werden, kann derzeit nicht beurteilt werden.[1672]

Die bisherige Debatte um die Reform der BBergG und die spezifischen Reformvorschläge sollen hier in einem ersten Schritt wiedergegeben werden. Dabei stehen die umweltrechtlichen Aspekte der Reformdiskussion im Mittelpunkt. Danach sollen eigene Reformvorschläge auf der Basis der bisherigen Untersuchungen und unter Einfluss der Maßstäbe der Ressourcenethik (Verteilungsgerechtigkeit, Nachhaltigkeit und Verfahrensgerechtigkeit) vorgestellt und ins Verhältnis zur bisherigen Reformdebatte gesetzt werden.

A. Reformdiskussion

Die Bemühungen um die Reform des BBergG kommen aus verschiedenen Richtungen. Sowohl die gesetzgebenden Kräfte als auch die Literatur haben zahlreiche Änderungsanstöße und -vorschläge unterbreitet. Im Folgenden sollen ausgearbeitete Reformvorschläge beider Seiten wiedergegeben werden.

1670 *Ludwig*, ZUR 2014, S. 454 ff.; *dies.*, VerwArch 2017, S. 573 ff.; *Teßmer*, in: Frenz (Hrsg.), Bergrechtsreform und Fracking, S. 25 ff.; *Herrmann et al.*, ZUR 2012, S. 523 f.; *Roßnagel/Hentschel*, Rechtliche Instrumente des allgemeinen Ressourcenschutzes, S. 99 ff.; sowie die hier ausdrücklich besprochenen.

1671 SPD, Grüne, FDP, Koalitionsvertrag 2021-2025, S. 27.

1672 Auskunft zum derzeitigen Stand aufgrund einer kleinen Anfrage der CDU/CSU-Fraktion vom 12.10.2023, BT-Drs. 20/8812; auch mit Link zu den eingeholten Stellungnahmen.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

I. UGB-KomE

Der 1997 vorgelegte Entwurf zu einem Umweltgesetzbuch durch die unabhängige Sachverständigenkommission beim BMU[1673] (UGB-KomE)[1674] hat im Kapitel zum Bodenschutz einen Abschnitt zum Abbau von Bodenschätzen (§§ 337 ff. UGB-KomE) integriert. Damit sollte es nicht zu einer Ablösung der Reglungen des BBergG kommen, wohl aber zu einer Anreicherung mit umweltrechtlichen Instrumenten durch die Einführung einer Bedarfs-[1675] sowie Standortplanung und der Installierung von Grundpflichten.[1676] Die Bedarfs- und Standortplanung nach § 338 UGB-KomE wird dabei dem Betriebsverfahren vorgeschaltet und kann in Form von Landes- oder Regionalplänen verabschiedet werden. Dabei steht den Ländern eine Planungskompetenz zu, es besteht kein Anspruch auf Erlass seitens der Bergbauwilligen.[1677] Zugleich wird damit gem. § 111 I S. 1 Nr. 4 UGB-KomE die UVP auf diese Ebene überführt, da dieses gerade hinsichtlich der Planungskompetenz zur Berücksichtigung der Ergebnisse der UVP als geeigneter gegenüber dem Rahmenbetriebsplanverfahren erscheint. Die Re-

1673 Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (nun: Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz, , BMUV).

1674 BMU, UGB-KomE.

1675 Als Grundsatz wurde das Erfordernis einer Bedarfsplanung in § 328 VI UGB-KomE ausgeführt: „Bodenschätze und ihre Lagerstätten sollen geschützt und möglichst für die Nutzung auch durch zukünftige Generationen bewahrt werden. Sie sollen nur für einen Bedarf gewonnen werden, der nicht auf andere Weise zu zumutbaren Bedingungen zu decken ist; dabei ist auch zu berücksichtigen, ob Rohstoffe aus wiederverwertbaren Stoffen gewonnen oder durch andere Rohstoffe ersetzt werden können."

1676 Die Grundpflichten werden im § 337 UGB-KomE folgendermaßen ausformuliert: „(1) Wer Bodenschätze gewinnt oder aufbereitet oder unter das Bundesberggesetz fallende Einrichtungen oder Anlagen errichtet oder betreibt, hat dies so zu tun, daß
1. vermeidbare Schäden der Umwelt vermieden und unvermeidbare Schäden so weit wie möglich ausgeglichen werden,
2. Gefahren für den Menschen nicht hervorgerufen werden,
3. Vorsorge gegen Risiken für die Umwelt und den Menschen getroffen wird,
4. nach Abschluß der bergbaulichen Maßnahmen die Fläche rekultiviert und ein Zustand hergestellt wird, der dem ursprünglichen Zustand mindestens gleichwertig ist; die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung (§§ 260 bis 266) bleibt unberührt; bei der Festsetzung von Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen ist die spätere Rekultivierung angemessen zu berücksichtigen. (…)" (BMU, UGB-KomE, S. 1008).

1677 BMU, UGB-KomE, S. 1010.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gelungen zum obligatorischen Rahmenbetriebsplan sind durch §§ 111 I S. 1 Nr. 4, 338 UGB-KomE i.V.m. § 54 II S. 3 BBergG gegenstandlos.[1678] Neben diesem Übergriff in das BBergG, findet auch eine zweite Änderung der Bergrechtsmaterie statt. Die Grundpflichten sind im Betriebsplanverfahren als öffentliche Interessen des § 48 II BBergG und damit als Ergänzung der Zulassungsvoraussetzungen des § 55 BBergG zu beachten. Das Vorsorgeprinzip wäre insb. mit dem Gebot, vermeidbare Schäden der Umwelt zu vermeiden und unvermeidbare Schäden so weit wie möglich auszugleichen gem. § 337 I Nr. 1 UGB-KomE damit explizit im BBergG angekommen.[1679]

II. Anträge auf Gesetzesänderungen aus der 17. Legislaturperiode

In der 17. Legislaturperiode haben die Fraktionen von Bündnis 90/Die Grünen, SPD und die Linke jeweils einen Antrag auf Änderung des BBergG eingereicht. Hierin finden sich Reformansätze von unterschiedlicher Reichweite.

Der Antrag Bündnis 90/Die Grünen und der Antrag der Linken sieht mit der Aufhebung der Unterteilung in grundeigene und bergfreie Bodenschätze, sowie mit der Abschaffung der Erteilung von Bergbauberechtigungen eine grundlegende Systemänderung vor.[1680] Die Fraktion Die Linke will stattdessen die rechtliche Bewertung von Rohstoffen danach unterscheiden, ob der Abbau dazu führt, dass Wohnungen als solche nicht mehr genutzt werden können oder ob Siedlungen nicht betroffen sind. Über erstere soll ein Abbauverbot verhängt werden. Dieses kann nur durch freiwillige Übereinkunft außer Kraft gesetzt werden, oder indem der Nachweis erfolgt, dass der volkswirtschaftliche Bedarf den Abbau zwingend erfordert, um schädliche Auswirkungen auf die Volkswirtschaft abzuwenden und dieser Schaden nicht anders als durch Rohstoffabbau abgewendet werden kann. Aber auch wenn die Siedlungen nicht betroffen sind, soll nach den Vorstellungen der Linken der Abbau von dem Ergebnis einer Bedarfsprüfung abhängig gemacht werden. Die Anforderungen an die Bedarfsprüfung ist dabei von der Schwere der Umweltauswirkungen und der Schwere der Auswirkungen

1678 BMU, UGB-KomE, S. 1010.
1679 Vgl. auch § 337 I Nr. 3 UGB-KomE.
1680 Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 17/8133, S. 3; Antrag der Fraktion Die Linke, BT-Drs. 17/9034, S. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auf Dritte abhängig.[1681] Damit wurde die Idee der Bedarfsplanung nach dem UGB-KomE wieder aufgegriffen, jedoch auf der Ebene der konkreten Vorhabensplanung.

Beide Anträge sehen materiell-rechtlich vor, dass bei einer Interessenabwägung den bergbaulichen Interessen nicht per se größeres Gewicht zuzusprechen ist und es der Bergbehörde freistehen soll eine sog. Nullvariante prüfen zu können.[1682] Die Linke sieht darüber hinaus vor, dass gesetzliche Voraussetzungen nicht im Rahmen einer einfachen Abwägung weggewogen werden können.[1683]

Für das Verfahrensrecht wird von der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vorgeschlagen, die gestaffelte Zulassung von Betriebsplänen durch ein Planfeststellungsverfahren zu ersetzen, in welchem die UVP integriert ist. Die Linke will nur den Rahmenbetriebsplan durch ein Planfeststellungsverfahren absichern.[1684] Nach den Vorstellungen beider Fraktionen soll die Öffentlichkeitsbeteiligung und die Verfahrensrechte Betroffener gestärkt werden.[1685] Die Linke führt dabei insbesondere die Idee an, dass die potentiell betroffenen Eigentümer sowie die Umweltverbände von dem Vorhaben individuell benachrichtigt werden.[1686] Der Antrag der Fraktion der SPD bezieht sich schwerpunktmäßig auf eine Ausweitung der Beteiligungsrechte der Öffentlichkeit, der Betroffenen, der Gemeinden sowie der Umwelt- und Wasserbehörden. Zugleich hält der Antrag jedoch auch ein strafferes Gerichtsverfahren für erforderlich, um das Investitionshindernis der Zeitverzögerung von langandauernden Prozessverfahren abzubauen.[1687] Die SPD regt dazu an, eine unterirdische Raumordnungsplanung einzuführen, um unterirdische Nutzungskonflikte aufzulösen.[1688]

Alle Anträge sehen eine Ausweitung der UVP-Pflicht vor;[1689] die SPD hält dabei auch die Einführung von allgemeinen und standortbezogenen Einzelfallprüfungen für ratsam.[1690]

1681 Antrag der Fraktion Die Linke, BT-Drs. 17/9034, S. 2.
1682 Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 17/8133, S. 3, 6.
1683 Antrag der Fraktion Die Linke, BT-Drs. 17/9034, S. 2.
1684 Antrag der Fraktion Die Linke, BT-Drs. 17/9034, S. 2.
1685 Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 17/8133, S. 4 f.
1686 Antrag der Fraktion Die Linke, BT-Drs. 17/9034, S. 3.
1687 Antrag der Fraktion SPD, BT-Drs. 17/9560, S. 4.
1688 Antrag der Fraktion SPD, BT-Drs. 17/9560, S. 2 ff.
1689 Antrag der Fraktion Die Linke, BT-Drs. 17/9034, S. 3; Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 17/8133, S. 4, 7.
1690 Antrag der Fraktion SPD, BT-Drs. 17/9560, S. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

III. Reformvorschläge aus der Literatur

In der Literatur finden sich vier ausgearbeitete Entwürfe zur Verbesserung des BBergG. Dies ist zum einen das Rechtsgutachten von *Teßmer* aus dem Jahr 2009, welches er im Auftrag der Fraktion Bündnis90/Die Grünen erstellt hat.[1691] Zum Zweiten haben *Sanden*, *Schomerus* und *Schulze* 2011 ein Gutachten für das Umweltbundesamt über die Entwicklung eines Ressourcenschutzrechts mit Vorschlägen auch zur Änderung des BBergG erstellt.[1692] In hohem Grade ausgearbeitete Vorschläge enthält das INSTRO-Gutachten, das im Auftrag des Umweltbundesamtes von 2018 erstellt wurde und an dem auch die Autoren der ersten beiden Gutachten beteiligt waren.[1693] Außerdem hat *Kaiser* in seiner Dissertation von 2022 Reformvorschläge aufgearbeitet.

Darüber hinaus findet sich in der bergrechtlichen Literatur eine Vielzahl an Änderungsvorschlägen zur Verbesserung des Umweltschutzes im Bergrecht.

1. Gutachten von *Teßmer*

Teßmer tritt explizit nicht für eine Aufhebung sondern für eine Novellierung des BBergG und günstigenfalls für eine Überführung des Bergrechts in ein zu schaffendes Umweltgesetzbuch ein.[1694] Anwendbar wären damit die allgemeinen Vorschriften über die integrierte Vorhabengenehmigung, sowie bergbaulichen Sondervorschriften, die in einem separaten Buch „Bergbau" zu regeln seien.[1695] Über die Vorschriften über die integrierte Vorhabengenehmigung treffen den Bergbauunternehmer Grundpflichten, deren Einhaltung als Genehmigungsvoraussetzung fungiert. Diese gehen weiter als noch der Regelungsvorschlag des UGB-KomE und beinhalten beispielsweise die Pflicht zur Benutzung der besten verfügbaren Technik und die Pflicht zum sparsamen Umgang mit Energie, Wasser und Flä-

1691 *Teßmer*, Vorschläge zur Novellierung des deutschen Bergrechts.
1692 *Sanden/Schomerus/Schulze*, Regelungskonzept für ein Ressourcenschutzrecht.
1693 UBA, Recht der Rohstoffgewinnung. INSTRO ist dabei das Akronym für ‚Instrumente zur umweltverträglichen Steuerung der Rohstoffgewinnung'.
1694 *Teßmer*, Rechtsgutachten, Kernthesen, S. 9.
1695 *Teßmer* nimmt den Referentenentwurf zum UGB vom 20.05.2008 zum Ausgangspunkt seiner Ausführungen (Vorschläge zur Novellierung des deutschen Bergrechts, S. 88).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

che.[1696] Die Bergbauberechtigungen sollen abgeschafft werden, sodass das Eigentum an dem Grundeigentum von dem Eigentum an den Bodenschätzen nicht getrennt wird. Die Betriebspläne seien durch die Rahmengenehmigung, welche eine grundsätzliche Genehmigungsfähigkeit feststellt, und durch Teilgenehmigungen, welche erst die gestattende Wirkung herbeiführen, zu ersetzen. Hierdurch wird das Bedürfnis nach einer abschnittsweisen Zulassung gewahrt.[1697] Bei allen Genehmigungsentscheidungen steht den Behörden Ermessen zu.[1698] Die Sicherung der Rohstoffversorgung soll als Zweck der bergbaulichen Vorschriften gestrichen werden; es soll vielmehr nur um die Ordnung des Abbaus von Bodenschätzen gehen. Dabei sei größtmögliche Rücksicht auf die Natur und Umwelt zu nehmen.[1699] Hiermit integriert *Teßmer* das Bergrecht nicht nur in ein zu schaffendes UGB, sondern formt es vom Wirtschaftsrecht zum Umweltrecht um. Zuletzt führt *Teßmer* die Möglichkeit auf, eine Enteignung von Wohnraum zugunsten des Bergbaus grundsätzlich auszuschließen.[1700]

2. *Sanden*, *Schomerus* und *Schulze*

Wie auch der UGB-KomE empfehlen *Sanden*, *Schomerus* und *Schulze* den Abbau von Bodenschätzen von einer vorgelagerten Bedarfsprüfung abhängig zu machen. Die Bedarfsprüfung mündet in eine Flächenausweisung und sieht einen Planungshorizont von fünfzehn Jahren vor. Dieses Konzept wendet sich von der Ausrichtung an der Angebotsseite ab, und ermittelt zunächst die Nachfrage. Im zweiten Schritt, bei der Ermittlung des Bedarfs, kann dann die Ressourcenschonung für künftige Generationen oder auch die Bestimmung der Ressource für den Export bewertet und berücksichtigt werden. Insofern ermöglicht die Bedarfsorientierung eine Verknappungspolitik.[1701] Diese Änderung soll sich im ROG niederschlagen, weil dies im Rahmen einer Einzelfallprüfung nicht geleistet werden kann.[1702] Daneben

1696 *Teßmer*, Vorschläge zur Novellierung des deutschen Bergrechts, S. 91.
1697 *Teßmer*, Vorschläge zur Novellierung des deutschen Bergrechts, S. 100 ff.
1698 *Teßmer*, Vorschläge zur Novellierung des deutschen Bergrechts, S. 89.
1699 *Teßmer*, Vorschläge zur Novellierung des deutschen Bergrechts, S. 105.
1700 *Teßmer*, Vorschläge zur Novellierung des deutschen Bergrechts, S. 105 f.; *Teßmer*, Rechtsgutachten, Kernthesen, S. 8, 11.
1701 *Sanden/Schomerus/Schulze*, Regelungskonzept für ein Ressourcenschutzrecht, S. 514 ff.
1702 Die Formulierung des § 2 II 2 Nr. 4 S. 4 ROG soll folgendermaßen geändert werden: „Es sind die räumlichen Voraussetzungen (…) für die geordnete und am vor-

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

sollen auch die umweltbezogenen Planungsgrundsätze des § 2 II Nr. 6 ROG den Ressourcenschutz stärker aufgreifen.[1703]

Auf der Ebene des BBergG werden verschiedene Ansätze vorgebracht. Es sollen die Grundeigentümerbodenschätze, die (zumindest in den alten Bundesländern) nicht in den Anwendungsbereich des BBergG fallen, als bergfreie Bodenschätze ausgezeichnet werden.[1704] Die Zulassungskataloge des § 11 BBergG und § 55 BBergG sind um Ressourcenschutzaspekte zu erweitern, jedenfalls sollten die Ressourcenschutzaspekte explizit als öffentliches Interesse im Sinne des § 11 Nr. 10 BBergG bzw. § 48 II S. 1 BBergG gelten.[1705] Außerdem sind die gebundenen Entscheidungen ausdrücklich als gebundene bergrechtliche Planfeststellungen zu etablieren, sodass die Bergbehörde auch eine Alternativenprüfung von sich objektiv anbietenden bzw. aufdrängenden Konzepten, Standorten oder technische Ausführungen durchführen kann; ihr wird jedoch nicht ein Bewirtschaftungsermessen zuerkannt, wie dies auch der UGB-KomE nicht vorsieht.[1706]

3. INSTRO-Gutachten

Das INSTRO-Gutachten von 2018 widmet sich umfassend der Frage der Rohstoffbewirtschaftung vor dem Hintergrund des Umwelt- und Ressour-

---

aussichtlichen Bedarf orientierte Aufsuchung und Gewinnung von standortgebundenen Rohstoffen zu schaffen." (*Sanden/Schomerus/Schulze*, Regelungskonzept für ein Ressourcenschutzrecht, S. 514; zur Begründung siehe S. 515).

1703 *Sanden/Schomerus/Schulze*, Regelungskonzept für ein Ressourcenschutzrecht, S. 516.

1704 *Sanden/Schomerus/Schulze*, Regelungskonzept für ein Ressourcenschutzrecht, S. 525.

1705 *Sanden/Schomerus/Schulze*, Regelungskonzept für ein Ressourcenschutzrecht, S. 526 f.

1706 Hierfür werden folgende Formulierungsvorschläge unterbreitet: „§ 11 […] Das Aufsuchen bergfreier Bodenschätze bedarf der Planfeststellung. Der Plan darf nur festgestellt werden, wenn (…)" „§ 55 […] (1) Die Zulassung eines Betriebsplanes im Sinne des § 52 bedarf der Planfeststellung. Der Plan darf nur festgestellt werden, wenn (…)" (*Sanden/Schomerus/Schulze*, Regelungskonzept für ein Ressourcenschutzrecht, S. 527 f). Zum Bewirtschaftungsermessen ist die Forderung nicht eindeutig. So wird einerseits dieses als Maßnahme im Übersichtskasten festgelegt, im Fließtext wird aber davon gesprochen, dass keine Notwendigkeit bestünde, die gebundene bergrechtliche Planfeststellung aufzugeben (*Sanden/Schomerus/Schulze*, Regelungskonzept für ein Ressourcenschutzrecht, S. 524 und 528). Der UGB-KomE sieht eine, der Betriebsplanzulassung vorgelagerte, bergbauliche Bedarfs- und Standortplanung gem. § 338 UGB-KomE vor (BMU, UGB-KomE, S. 1008 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

censchutzes. In seinem Teil 1 beschäftigt es sich dabei mit den wichtigsten rechtlichen Hebeln im Bergrecht, im außerbergrechtlichen Abgrabungsrecht und im Raumordnungsrecht, die zu einem vermehrten Umwelt- und Ressourcenschutz führen könnten.[1707] Im zweiten Teil geht es um die Weiterentwicklung einer Rohstoffbedarfsplanung. Die hierzu unterbreiteten Vorschläge sollen auf planerischer Ebene greifen und zum nachhaltigen Abbau von heimischen Rohstoffen beitragen.[1708] Für diese Arbeit sind besonders die Reformvorschläge zum Bergrecht aus dem ersten Teil des Gutachtens relevant, die hier im Folgenden kurz wiedergegeben werden.

Das Gutachten stellt grundlegenden Reformbedarf für das BBergG fest, insbesondere spiegelt sich im Gesetz die hohe Umweltrelevanz von Abbauvorhaben nicht. Daher werden für das Bergrecht 11 Handlungsfelder identifiziert, in denen Vorschläge zur umweltverträglichen Steuerung der Rohstoffgewinnung und zum Ausgleich von Nutzungskonkurrenzen unterbreitet werden.[1709] Als Kernelement der Empfehlung stellt es eine grundlegende Reform der Betriebsplanzulassung vor.[1710] Die Autoren wollen die gebundene Zulassungsentscheidung hin zu einer offenen entwickeln. In den Vordergrund rückt dabei die erste Zulassungsentscheidung, die über das Bergbauvorhaben ergeht (sei es eine Haupt- oder ein Rahmenbetriebsplan). Dieser soll eine echte Planungsentscheidung darstellen und eine planerische Abwägung enthalten, um so eine Gesamtbetrachtung des Vorhabens sicherzustellen.[1711] Diese Genehmigungsvoraussetzung soll sich im Gesetz zentral wiederfinden und klar formuliert sein.[1712] Innerhalb dieser Entscheidung können dann auch Fragen des Bedarfs adressiert werden.[1713] Diese erste Zulassungsentscheidung enthalte dann ein vorläufiges positives Gesamturteil ohne zugleich eine eigentumsrechtliche Vorwirkung auszulösen. Weiterhin werden die Zulassungsvoraussetzungen um Angaben

1707 UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 17 f.
1708 UBA, Rohstoffbedarfsplanung, S. 14 ff.
1709 UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 17 ff. Die Handlungsfelder sind: Justierung des Gesetzeszwecks des BBergG, Reform des Berechtsamswesens sowie der Feldes- und Förderabgabe, Reform der bergrechtlichen Vorhabengenehmigung (Betriebsplanzulassung), Streichung der Rohstoffsicherungsklausel, UVP-Pflichtigkeit, Grundabtretung, Wiedernutzbarmachung, Außerbergbauliches Abbaurecht, Raumordnung, Beteiligung und Rechtsbehelfe Dritter, Haftung und Entschädigung sowie Sicherheitsleistungen.
1710 UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 19 f., 144 ff.
1711 UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 145 f.
1712 UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 148.
1713 UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 146.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und Nachweise zu Fragen des Bedarfs, zu den Auswirkungen auf Umwelt und Private erweitert[1714] und es soll die Einhaltung von Grundpflichten zur Genehmigungsvoraussetzung gemacht werden.[1715] Auch sieht das Gutachten die Möglichkeit vor, Ausschlussgründe zu formulieren, die besonders schutzbedürftige Gemeinwohlbelange ins Auge fassen.[1716] Zuletzt soll die Durchführung der UVP für alle Vorhaben über der UVP-pflichtigen Schwelle sichergestellt werden.[1717]

Die Bergbauberechtigung sei nicht gänzlich abzuschaffen, soll aber zeitlich mit der Betriebsplanzulassung zusammen ergehen.[1718] Die Feldes- und Förderabgabe soll durch eine bundesrechtliche Rechtsverordnung vereinheitlicht werden. Befreiungen von dieser sollen nur möglich sein, um die Restausbeute aus den Lagerstätten zu fördern. Zugleich soll durch die Erhöhung der Abgabe für fossile Energieträger eine ökologische Lenkung erreicht werden.[1719]

Diese Vorschläge zu den beiden Genehmigungsebenen werden durch eine Vielzahl weiterer Vorschläge ergänzt. So soll der Gesetzeszweck die

1714 UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 146.

1715 Beispielhaft seien hier folgende vorgeschlagene Grundpflichten wiedergegeben: Bergbauvorhaben sollen so durchgeführt werden, dass
„ - schädliche Umweltveränderungen und sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit und die Nachbarschaft nicht hervorgerufen werden können;
Vorsorge gegen schädliche Umweltveränderungen und sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen getroffen wird, insbesondere durch die dem Stand der Technik entsprechenden Maßnahmen
[…]
Energie sparsam und effizient verwendet, insbesondere die entstehende Wärme genutzt wird." (UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 148.)

1716 UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 149.

1717 UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 152.

1718 UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 75 ff.

1719 UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 82 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ökologische Dimension des Rohstoffabbaus angemessen zur Geltung bringen[1720] und die Rohstoffsicherungsklausel gestrichen werden.[1721]

Hinsichtlich der Grundabtretung sollen die Vorgaben des BVerfG umgesetzt werden, insbesondere geht es dabei um eine Streichung der als verfassungswidrig erkannten Allgemeinwohlgründe,[1722] sowie einen klarstellenden Bezug zu den öffentlichen und privaten Belangen, die in die Abwägung einzustellen sind.[1723] Die Autoren sehen auch die Verbesserung der Entschädigung der zu Enteignenden vor, indem die Höhe des Betrags nicht an dem Verkehrswert, sondern an dem zur Beschaffung einer Ersatzimmobilie nötigen Betrag ausgerichtet werden soll.[1724]

Ein Augenmerk legt das Gutachten weiterhin auf die Möglichkeiten des behördlichen Nachjustierens nach der erteilten Bergbauberechtigung und der Betriebsplanzulassung. Insgesamt sollen hier die Möglichkeiten für eine umweltverträglichere Nachsteuerung verbessert werden.[1725]

Einen weiteren Schwerpunkt legt das Gutachten auf die Verfahrensaspekte. Es sieht vor, dass im behördlichen Verfahren der Betriebsplanzulassung die betroffene Öffentlichkeit wiederkehrend zu beteiligen ist und sich im Übrigen nach den allgemeinen Vorschriften des VwVfG ausgestaltet.[1726] Die gerichtliche Kontrolle für Dritte ist davon abhängig, ob die einzelne Behördenentscheidung Rechtswirkung gegen sie entfalte (was für die Erteilung der Bergbauberechtigung abgelehnt wird). Die anerkannten Natur-

1720 Siehe hierzu die vorgeschlagene Neuformulierung des § 1 BBergG: „Zweck dieses Gesetzes ist es,
1. zur Sicherung der nachhaltigen Rohstoffversorgung das Aufsuchen, Gewinnen und Aufbereiten von Bodenschätzen sowie sonstige Tätigkeiten und Einrichtungen im Geltungsbereich dieses Gesetzes unter Berücksichtigung ihrer Standortgebundenheit sowie des Umwelt-, Ressourcen- und Lagerstättenschutzes bei sparsamem und schonendem Umgang mit unterirdischen Räumen, Grund und Boden zu ordnen,
2. die Sicherheit der Betriebe und der Beschäftigten des Bergbaus zu gewährleisten,
3. die Vorsorge gegen Gefahren, die sich aus bergbaulicher Tätigkeit für Menschen, Umwelt und Sachgüter Dritter ergeben, sicherzustellen und unvermeidbare Schäden auszugleichen." (UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 42).

1721 UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 151.

1722 Nach den Autoren des UBA-Gutachtens sind dies die Allgemeinwohlgründe „Sicherung des sinnvollen und planmäßigen Abbaus der Lagerstätte", „Erhaltung der Arbeitsplätze im Bergbau" und „ Bestand oder die Verbesserung der Wirtschaftsstruktur" (UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 159 f.).

1723 UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 158 f.

1724 UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 159.

1725 UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 74 f., 160 f.

1726 UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 258.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und Umweltvereinigungen hätten schon de lege lata umfassende Möglichkeiten der gerichtlichen Kontrolle über § 1 I S. 1 UmwRG.[1727]

4. Dissertationsschrift von *Kaiser*

Auch *Felix Kaiser* widmet in seiner 2022 erschienen Dissertationsschrift „Umweltverträgliches Bergrecht" ein Hauptkapitel der Auseinandersetzung mit und der Erarbeitung von Reformvorschlägen. Zudem bietet er konkrete Formulierungsvorschläge an.[1728] Sein Forschungsinteresse kommt dabei aus dem Umweltrecht und der leitenden Frage, ob der Umweltschutz im aktuellen Bergrecht ausreichend integriert wird – gerade auch vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Schutzprinzipien und der Anforderungen des Art. 20a GG.[1729] Dabei setzt er auf die „Vorzüge des bewährten bergrechtlichen Regelungssystems" und damit auf eine schonende Änderung der Gesetzessystematik, um auch eine große Akzeptanz der Akteure zu erreichen.[1730] Insgesamt stellt *Kaiser* fest, dass das BBergG, in seiner durch die Rechtsentwicklung der Rechtsprechung geformten Ausprägung, formell alle Umweltschutzbelange zu integrieren vermag. Zugleich sei das BBergG aber so gestaltet, dass die Umweltschutzbelange nicht optimal zur Geltung kommen.[1731] Konkret unterbreitet *Kaiser* Reformvorschläge für die drei großen behördlichen Bergbauentscheidungen (Bergbauberechtigung, Betriebsplanzulassung, Grundabtretung), die Zielbestimmung, die Gefahrenabwehr und die planerische Steuerung. Hier seien im Folgenden einige ausgewählte Reformvorschläge wiedergegeben.

Nach *Kaiser* müssten in die Zweckbestimmung die Umweltschutzbelange gleichrangig mit dem Interesse an der Rohstoffsicherung aufgenommen werden. Für die Bergbauberechtigungen sieht *Kaiser* vor, dass § 11 Nr. 10 BBergG neuformuliert werden soll, sodass aus ihm zweifelsfrei hervorgeht, dass keine umfassende Umweltprüfung in diesem Verfahrensstadium erfolgt, aber auch von vornherein aussichtlose Vorhaben ausgeschieden wer-

1727 UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 258 f.
1728 *Kaiser*, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 309 ff.
1729 „Zentrales Anliegen ist die konsequente Verwirklichung eines effektiven, integrierten und vorsorgenden und damit verfassungs- wie unionsrechtlichen Vorgaben entsprechenden Umweltschutzes auf allen Verfahrensebenen." (*Kaiser*, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 308).
1730 *Kaiser*, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 307 f.
1731 *Kaiser*, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 231.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

de können.[1732] Weiterhin setzt er sich für eine Klarstellung der Widerruflichkeit von Bergbauberechtigungen aufgrund einer geänderten Rechtlage ein.[1733]

Für die Betriebsplanzulassung fordert *Kaiser*, dass die richterrechtliche Rechtsentwicklung in das BBergG explizit aufgenommen wird. Dies beinhalte eine Gesamtabwägung in § 55 I BBergG für komplexe Großvorhaben zu verankern und den § 48 II S. 1 und S. 2 BBergG in den § 55 I aufzunehmen. Dabei möchte *Kaiser* die Gesamtabwägung als planerische Abwägung ausgestaltet wissen und fordert auch die Betriebsplanzulassung (zumindest für die Großvorhaben) als echte Planungsentscheidung auszugestalten.[1734] Den § 48 BBergG, insbesondere die problematische sog. Rohstoffsicherungsklausel, sei dann ersatzlos zu streichen.[1735] *Kaiser* macht sich auch dafür stark, die bergrechtliche Betriebsplanzulassung explizit an die Einhaltung außerbergrechtlicher Normen zu knüpfen.[1736] Des Weiteren fordert er die Bindungswirkung der Rahmenbetriebspläne explizit zu normieren.[1737]

Außerdem schlägt *Kaiser* eine Ausweitung der Öffentlichkeitsbeteiligung und des Rechtsschutzes vor.[1738]

B. Reformvorschlag auf Basis der ressourcenschutzethischen Analyse

Die Untersuchung konnte zeigen, dass das BBergG in den untersuchten Regelungsfragen zum großen Teil die ressourcenethischen Anforderungen nicht erfüllt. Gleichzeitig konnte auch gezeigt werden, dass bestehende Auslegungsspielräume schon de lege lata die ressourcenethischen Defizite abzuschwächen vermögen.

Im Folgenden sollen Reformvorschläge gemacht werden, die auf den Erkenntnissen der Untersuchung aufbauen. Dabei sollen die Reformvorschläge in zwei Stufen vorgestellt werden. Zunächst werden die Änderungen unterbreitet, die als minimalinvasive Reform zwingend durchzuführen sind, um das BBergG wieder auf den Boden der Verfassung zu stellen (I.).

1732 *Kaiser*, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 246 ff.
1733 *Kaiser*, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 248.
1734 *Kaiser*, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 254 f., 263 ff.
1735 *Kaiser*, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 258 f.
1736 *Kaiser*, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 259 f.
1737 *Kaiser*, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 268 f.
1738 *Kaiser*, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 288.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

In einem zweiten Schritt soll ambitioniert gedacht werden. Es geht um Vorschläge, die zu einer umfassenden Reform des BBergG führen (II.). Das Ziel dieser umfassenden Reformvorschläge ist dann nicht nur die Verfassungskonformität, sondern ein an den Maßstäben der Verteilungsgerechtigkeit, des Nachhaltigkeitsgrundsatzes und der Verfahrensgerechtigkeit orientierten BBergG.

I. Minimalinvasive Änderung durch den Gesetzgeber zur Herstellung der Verfassungsmäßigkeit

Die Arbeit hat gezeigt, dass das BBergG in einzelnen Punkten verfassungswidrig ist und nicht lediglich „defizitär" wie es das BVerfG festgestellt hat.[1739] Die sog. Enteignungsprognose der Behörde, die sie im Rahmenbetriebsplan zu treffen hat und welche dem Rahmenbetriebsplan seine positive Grundentscheidung zur Zulassungsfähigkeit der Anlage verleiht, hat eine enteignungsrechtliche Vorwirkung. Als solche ist sie nicht im Gesetzestext enthalten und damit verfassungswidrig.[1740] Der Gesetzgeber muss also mindestens die enteignungsrechtliche Vorwirkung der Entscheidung im Rahmenbetriebsplan über den Erfolg einer zukünftigen Enteignung im Grundabtretungsverfahren festschreiben. Dies erfordert aber überhaupt erst einmal die Festschreibung der Entscheidungsvoraussetzungen, die bisher nur in richterrechtlicher Rechtsentwicklung dem § 48 II S. 1 BBergG entnommen werden. Die Grenzen des Gesetzestextes des § 48 II S. 1 BBergG wurden aufgezeigt und damit festgestellt, dass § 48 II S. 1 nicht dazu geeignet ist als Grundlage einer Gesamtabwägung zu gelten. Verfassungsrechtlich ist aber genau diese umfassende Abwägung der Belange von Betroffenen (bei komplexen Großvorhaben) schon im Rahmenbetriebsplan eingefordert.

Die bestehende Praxis der Gesamtabwägung wäre daher in den Gesetzestext zu überführen. Im Sinne der Systematik des Gesetzes sollte die Voraussetzung einer Gesamtabwägung auch im Zusammenhang mit den Zulassungsvoraussetzungen des § 55 BBergG geregelt werden. Hierbei muss der Gesetzgeber auch klären, wann und in welchen Betriebsplänen eine

1739 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08, BVerfGE 134, 242 (288, Rn. 159) – Garzweiler.

1740 Siehe oben Prüfung unter Kapitel 2 F. II. Verfassungsrechtliche Bedenken äußert auch *Kaiser*, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 268.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gesamtabwägung durchzuführen ist:[1741] nur für solche, in denen Grundeigentümer überhaupt von einer Enteignung bedroht sind? Nur für komplexe Großvorhaben? Nur im (obligatorischen) Rahmenbetriebsplan? In allen Hauptbetriebsplänen? Kann diese Gesamtabwägung in einen Sonderbetriebsplan verlagert werden? Diese Fragen sind nach dem derzeitigen Stand der Rechtslage noch unbeantwortet. In diesem Zusammenhang ist es auch wichtig, dass der Gesetzgeber selbst die materiellen Anforderungen an die Durchführung der Gesamtabwägung stellt. Dabei sollte er wichtige Abwägungsbelange benennen. In dem gesetzgeberischen Ermessen steht es Gewichtungsvorgaben zu machen; wünschenswert wäre dabei, dass der Gesetzgeber die strittige Auslegung um die vermeintlich höhere Gewichtung von bergbaulichen Belangen klärt. Zu klären wäre auch die Rechtsnatur der Abwägung – ob es sich um eine planerische oder eine nachvollziehende Abwägung handelt.

Zuletzt ist die nicht umfassende Berücksichtigung derjenigen, die negativ vom Bergbau betroffen sind, von Verfassungswegen zu reformieren und zentral ins BBergG zu integrieren. Zwar lässt die derzeitige Gesetzeslage Auslegungsspielräume zu, die eine verfassungskonforme Auslegung noch ermöglichen. Damit kann aber nicht über das Defizit einer unüberschaubaren, komplexen Rechtslage, die sich nicht mehr aus dem Gesetzestext ablesen lässt, hinweggeholfen werden. Auch eine minimalinvasive Reform des BBergG müsste demnach hier ansetzen.

Zusammenfassend:

1. Gesamtabwägung für die Zulassung des Rahmenbetriebsplans einführen mit materiellen Anforderungen für die Durchführung der Gesamtabwägung
2. Bindungswirkung der Zulassung des Rahmenbetriebsplans eindeutig klären
3. Beteiligung der vom Bergbau negativ Betroffenen zentral, verfassungskonform und übersichtlich ausgestalten

1741 Offene Rechtsfragen sieht ebenso UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 145.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Eckpunkte eines umfassenden Reformvorschlags

Die gesamte Rechtsordnung muss durch die Einsicht durchdrungen sein: „Ökologie ist die Grundlage der Ökonomie und nicht umgekehrt."[1742] Diese Einsicht hat unsere Verfassung schon verinnerlicht, denn eines der Staatsziele ist die Erhaltung der menschlichen Lebensgrundlagen. Zur Erfüllung dieses Staatsziels muss sich das Recht insgesamt ökologisieren.[1743] Diese Neuausrichtung des Rechts begleitet und stößt einen Prozess an, der darauf abzielt, den auf hohen Ressourcenverbrauch angelegten Wirtschafts- und Lebensstil zu beenden.[1744] Grundlegende Fragen stellen sich in diesem Wandel der Gesellschaft und den Individuen: Was bedeutet Wohlstand jenseits von Wirtschaftswachstum? Was hält die Gesellschaft zusammen jenseits der Umverteilung des Überschusses? Wie sieht ein gelungenes Leben aus?[1745] Hoffnung in diesem Zusammenhang macht, dass die Pflicht zur Veränderung einen Wandel zum Besseren anstoßen kann. Der Ausgangspunkt bezüglich der Ökologisierung des Wirtschaftsrechts muss dabei der Gedanke sein, „dass ökologiegerechtes Wirtschaften keineswegs die Beschneidung von (vermeintlichen) Wirtschaftsfreiheiten ist, sondern genau vice versa deren Voraussetzung." [1746]

Ein ressourcenethisches Bergrecht ist dann am wirkungsvollsten, wenn es in den Prozess der Ökologisierung des Rechts eingebunden ist. Das BBergG, welches sich an den Maßstäben der Ressourcenethik orientiert und so auf die drängende Ressourcenproblematik unserer Zeit antwortet, muss es gelingen ein Paradigmenwechsel einzuläuten. Wenn nach derzeiti-

1742 *Bosselmann*, in: Nida-Rümelin/Pfordten, Ökologische Ethik und Rechtstheorie, S. 214.

1743 *Bosselmann* schlägt ein nachhaltiges Leitgesetz vor, dass wirtschaften erlaubt. Er dreht den Spieß um und befürwortet ein ökologisiertes Wirtschaftsrecht und kein spezifisches Umweltrecht (in: Nida-Rümelin/Pfordten, Ökologische Ethik und Rechtstheorie, S. 214). Zur Bedeutung der Verfassung siehe auch *Gassner*, NVwZ 2020, S. 29 ff. Zur Verschärfung des Art. 20a GG zugunsten künftiger und nachrückender Generationen siehe *Tremmel*, ZRP 2004, S. 46.

1744 „Das Staatsziel – soll es in einer Verwirklichungsgemeinschaft auch verwirklicht werden – restringiert die Zivilgesellschaft und die Individuen also in einem Ausmaß, das den bisherigen Wirtschafts- und Lebensstil infrage stellt, einen Stil der auch dadurch gekennzeichnet ist, dass er Umweltkosten externalisiert, insbesondere auch zulasten der Künftigen." (*Gassner*, NVwZ 2020, S. 31).

1745 Hierzu *Rosa*, Resonanz.

1746 *Bosselmann*, in: Nida-Rümelin/Pfordten, Ökologische Ethik und Rechtstheorie, S. 214.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ger Gesetzeslage ein Bergbauvorhaben zugelassen werden soll, dann geht es um die Frage: Was spricht dagegen? Im neuen BBergG soll es aber um die Frage gehen: Was spricht denn dafür? Nur diese veränderte Sichtweise kann der Nachhaltigkeit gerecht werden, die eine auf das absolute Mindestmaß reduzierte Ressourcennutzung von abiotischen, nicht-erneuerbaren Rohstoffen setzt. Diese neue Ausrichtung des BBergG muss sich durch das gesamte Gesetz ziehen. Beispielsweise ist mit der Frage „Was spricht denn dafür?" ein Anspruch des Bergbauwilligen auf Erteilung der Bergbauberechtigung nicht vereinbar. Die Bodenschätze müssen als Güter der Allgemeinheit begriffen werden, deren Nutzung auch im Interesse der künftigen Generationen steht. Ein entsprechendes Gesetzesziel müsste dies deutlich machen. Ziel des ressourcenethischen BBergG wäre es Bodenschätze zur Sicherung der Rohstoffversorgung nur in dem unbedingt notwendigen Maße zu fördern. Dabei sind die Interessen der künftigen Generationen zu beachten. Bei der Bestimmung was unbedingt notwendig ist, müssen Überlegungen zu Alternativen der Nutzung (Erneuerbare Energien vor Braunkohleverstromung; Recyclingprodukte; Bauen mit Holz) und zur Relevanz der Nutzung (Energiespartechnologien und -verhaltensweisen statt hohem Energieverbrauch) umfassend einfließen. Der Bergbau als Rohstoffquelle muss dabei die letzte Option werden.[1747]

Konkret heißt dies für das BBergG folgendes:

Gesetzeszweck

1. Der Gesetzeszweck ist zur Klarstellung im Sinne des Ressourcenschutzes neu zu fassen. Insbesondere das Nachhaltigkeitsprinzip ist hierbei ins Zentrum zu rücken.

Bergbauberechtigung

2. Die Bergbauberechtigung hat nur die Rechtskraft, zwischen mehreren Antragsstellern den zuverlässigsten auszuwählen, sodass nur ein Unternehmer die Untersuchung des Untergrundes auf das Vorhandensein der Bodenschätze durchführen kann. Dieses Verständnis sollte sich auch in dem Begriff der Rechtsposition niederschlagen und den Begriff „Bergbauberechtigung" ersetzen.
3. Es besteht kein Anspruch auf die Erteilung einer Bergbauberechtigung.

1747 So fordert auch die Bodenschutzkonzeption die restriktivere Erteilung von Abbaugenehmigungen (BT-Drs. 11/1625, S. 23).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Die Bergbauberechtigung ist keine Eigentumsposition. Sie kann nicht in die Gesamtabwägung eingestellt werden.
5. § 11 Nr. 10 BBergG soll noch keine umfassende Abwägung enthalten, es muss aber klar sein, dass bestimmte Umweltbelange nicht von vornherein von der Prüfung ausgeschlossen werden.
6. Das Bergwerkseigentum ist abzuschaffen.

Betriebsplan

7. Kein Anspruch des Bergbaubetreibers auf Zulassung des Betriebsplans.
8. Die festgeschriebene Gesamtabwägung ist das Kernstück der Zulassungsentscheidung. Sie ergeht in planerischer Abwägung.
9. Als wichtige Abwägungsbelange sind die Umweltbelange einzustellen. Insbesondere solche Umweltbelange, die sich in Flächenzuschreibungen niedergeschlagen haben (Wasserschutzgebiete, FFH-Gebiete u.ä.). Die Klimaschutzbelange und die Interessen der künftigen Generationen sind als Teil der Abwägung unbedingt zu berücksichtigen.
10. Die bergbaulichen Belange gehen nicht mit erhöhtem Gewicht in die Abwägung ein. Die Umweltbelange und die Interessen künftiger Generationen werden im Lichte des Art. 20a GG angemessen berücksichtigt.
11. Die Interessen künftiger Generationen werde institutionalisiert in die Planungsentscheidungen eingebracht.
12. Die privaten Interessen der Bergbauwilligen fließen hingegen nicht in die Abwägung ein.
13. Die sog. Rohstoffsicherungsklausel ist zu streichen.

Verfahren

14. Die Verfahrensstufen sind übersichtlich und klar zueinander auszugestalten. Es muss unbedingt ersichtlich sein, auf welcher Ebene welche Entscheidung mit welcher Tragweite getroffen wird. Auch die Vorschriften über die UVP sind deutlicher auszugestalten.
15. Die Beteiligung der negativ vom Bergbau Betroffenen ist umfassend zuzulassen. Dies gilt auch für die Beteiligungsmöglichkeit der negativ vom Klimawandel Betroffenen.
16. Das Verfahren ist für Grundeigentümer zu vereinfachen. Sie sind persönlich zu benachrichtigen. Diese Benachrichtigung hat auch Informationen über den Ablauf des Verfahrens und über die Mög-

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lichkeiten der Teilnahme zu enthalten. Nur wenn die persönliche Benachrichtigung fehlgeschlagen ist, kann sie durch eine öffentliche Bekanntmachung ersetzt werden.

17. Sollten die starken rechtlichen Wirkungen der Bergbauberechtigung aufrechterhalten werden, so muss eine Beteiligung der Privaten schon auf dieser Stufe erfolgen. Damit einher müsste eine Klagebefugnis gehen.
18. Durch eine Interessenvertretung sind die Interessen der künftigen Generationen institutionell gesichert im Verwaltungsverfahren einzubringen. Auch eine Klagebefugnis muss diesen Interessenvertretern offenstehen.

Die Reformvorschläge dieser Arbeit, die Reformvorschläge aus der Literatur und die Reformvorschläge aus den parlamentarisch gescheiterten Anträgen auf Gesetzesänderung stimmen im Großen und Ganzen in dem Bestreben überein, das BBergG umweltfreundlicher und ressourcenschützender auszugestalten. Diese Arbeit konnte zeigen, dass sich dieses Bestreben auch ressourcenethisch begründen lässt. Die Ressourcenethik kann den bestehenden und anhaltenden Reformbestrebungen Nachdruck verleihen und die ‚Marschrichtung' vorgeben. Das BBergG muss sich von einem Gesetz, welches den Abbau von Bodenschätzen fördert, hin zu einem Gesetz entwickeln, welches Bodenschätze als Güter der Allgemeinheit nur dann freigibt, sofern es unbedingt nötig ist. Welche gesetzliche Veränderung dann im Detail das BBergG am weitesten auf diesem Weg voranbringt, liegt mal mehr, mal weniger auf der Hand und bedarf der weitergehenden Diskussion. Beispielsweise ist die Umformulierung des Gesetzesziels als Maßnahme zur ressourcenschützenderen Ausgestaltung des BBergG, wie sie das INSTRO-Gutachten[1748] und diese Arbeit fordern, recht unproblematisch. Ebenso ist die normative Gewichtungsvorgabe zugunsten des Bergbaus offensichtlich nicht mit der anvisierten neuen Ausrichtung des BBergG vereinbar. Auch scheint vieles für eine Bedarfsprüfung zu sprechen, wie sie der UGB Entwurf der unabhängigen Sachverständigenkommission beim BMU,[1749] der Gesetzesänderungsantrag der Fraktion Die Linke,[1750] die Reformvorschläge

1748 UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 42.
1749 BMU, UGB-KomE, S. 1008 f.
1750 Antrag der Fraktion Die Linke, BT-Drs. 17/9034, S. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

von *Sanden*, *Schomerus* und *Schulze*[1751] und das INSTRO-Gutachten[1752] fordern.[1753] Diesbezüglich stellt sich nämlich die Frage, ob es dem BBergG überhaupt gelingen kann, sich auf den nur unbedingt notwendigen Abbau von Bodenschätzen zu beschränken, ohne auch eine Bedarfsprüfung durchzuführen.

Andere Reformfragen, ob beispielsweise das Berechtsamswesen abzuschaffen[1754] oder wie es konkret umzugestalten sei[1755], lassen verschiedene Lösungen zu, um das BBergG ressourcenethischer auszugestalten. In diesen Diskussionen spielen natürlich auch Überlegungen zu Zweckmäßigkeit, Effektivität und Rechtssicherheit eine Rolle.

Getreu dem Motto „Viele Wege führen nach Rom" können so die verschiedenen Vorschläge zum Ziel führen. Das Ziel eines auf den Ressourcenschutz zugeschnittenen BBergG, dessen Regelungen sich auch an den Maßstäben der Ressourcenethik orientieren, kann aber nicht mehr ernstlich in Frage gestellt werden.

1751 *Sanden/Schomerus/Schulze*, Regelungskonzept für ein Ressourcenschutzrecht, S. 514 ff.

1752 UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 146.

1753 Aufgeschlossen hierfür zeigt sich auch *Kaiser*, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 305 f.; ablehnend *Frenz*, UPR 2023, 97.

1754 So die Gesetzesanträge der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drs. 17/8133, S. 3) und der Fraktion Die Linke (BT-Drs. 17/9034, S. 3), sowie *Teßmer*, Rechtsgutachten, Kernthesen, S. 6.

1755 Hier sei beispielsweise der Vorschlag des INSTRO-Gutachtens zu nennen, welcher vorsieht, die Erteilung der Bergbauberechtigung zeitlich mit der Zulassung der Betriebspläne zusammen fallen zu lassen (UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 78).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zusammenfassung

Ist nun also das BBergG verteilungsgerecht, verfahrensgerecht und nachhaltig? Dem ist im Großen und Ganzen nicht so. Die Leitlinie des Gesetzgebers von 1980, wonach das BBergG nur isoliert das spezifische Fachrecht regeln solle und von allen anderen Sachverhalten freizuhalten sei, wirkt noch nach.[1756] Mit diesem isolierten Regelungsansatz kollidiert aber gerade eine umfassende und kontextsensible Betrachtung eines ressourcenethischen Ansatzes. Dies lässt sich schon exemplarisch an der Schwierigkeit ausmachen, die Rechte der Grundeigentümer angemessen zu berücksichtigen, sowohl inhaltlich als auch in einem übersichtlichen Verfahren. Wenn es dem Normbestand aber schon Schwierigkeiten bereitet, die Basis für einen gerechten Interessenausgleich der Grundeigentümer mit den bergbaulichen Interessen zu bilden, dann zeigt dies, dass der Normtext die Interessen und Ansprüche künftiger Generationen nur schwerlich unterzubringen vermag. Auch die Programmatik, dass der Bodenschatzabbau an sich gefördert werden solle (und nicht etwa die Förderung *nur* zur Sicherung der Rohstoffversorgung) und das BBergG insofern einen „Abbauauftrag" enthalte, zieht sich wie ein roter Faden durch die Rezeption des Gesetzes.

Defizite hinsichtlich der Verteilungsgerechtigkeit und ihre Überwindung durch eine veränderte Gesetzesauslegung

Sowohl in der Entscheidung über die Verteilung des Gutes ‚Rechtsposition am Bodenschatz' (Erteilung der Bergbauberechtigung) als auch in der Verteilung des Rechts an der Bodennutzung liegen Grundentscheidungen zugunsten des Bergbaus. Diese Entscheidungsvorgabe kann von den Theorien der Verteilungsgerechtigkeit nicht gerechtfertigt werden.

1756 Natürlich war der Erlass des BBergG ein großer Fortschritt hinsichtlich Rechtsklarheit und ist als solcher zu würdigen. Auch ist natürlich das BBergG auch ein ‚Kind seiner Zeit'. 1980 waren die Ressourcenprobleme schon bekannt und drängend, wurden aber als solche von breiten Kreisen der Bevölkerung und der Politik nicht ernst genommen. Ein merklicher Umschwung in der Wahrnehmung der Wichtigkeit und Dringlichkeit der Umweltprobleme hat wohl erst in den letzten Jahren eingesetzt. Auf globaler Bühne steht hierfür wie keine andere Greta Thunberg und die auf ihren Schulstreik zurückgehende Fridays for Future-Bewegung.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hinsichtlich der Entscheidung über die Verteilung des Gutes ‚Rechtsposition am Bodenschatz' ist im konkreten aus Sicht der Verteilungsgerechtigkeit zu kritisieren, dass sie nach der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Lehre als eine gebundene Entscheidung verstanden wird, auf die der Bergbauberechtigte einen Anspruch hätte. Die Bergbauberechtigung beinhalte außerdem starke rechtliche und faktische Wirkungen – so ist die Rechtsposition zum Beispiel durch den Schutz des Art. 14 I GG gestärkt – und dies, obwohl die öffentlichen Interessen bei der Erteilung nur eingeschränkt berücksichtigt werden können und die privaten Interessen gar nicht. Es hat sich gezeigt, dass diese Auslegung der Bergbauberechtigung nicht zwingend ist. Nach vorzugswürdiger Auslegung kann von einem behördlichen Ermessen der zuständigen Behörde ausgegangen werden, so dass sich der Anspruch des Bergbauwilligen nun mehr lediglich auf eine ermessensfehlerfreie Ausübung des Ermessens begrenzt. Es ist nicht haltbar die Bergbauberechtigung als eine Eigentumsposition, die von Art. 14 I GG geschützt wird, anzusehen. Auch ist der § 11 Nr. 10 BBergG dafür offen, grundsätzlich alle öffentlichen Interessen als Zulassungsvoraussetzungen zu fassen. Ob eine umfassende Prüfung auf dieser Verfahrensstufe notwendig ist, ist von den rechtlichen Wirkungen abhängig, die der Bergbauberechtigung nun mehr zuzuschreiben sind. Sollte die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Lehre weiterhin an weiten faktischen und rechtlichen Wirkungen festhalten, so wäre das Defizit aus Hinsicht der Verteilungsgerechtigkeit, wonach die privaten Interessen gar nicht berücksichtigt werden, durch Auslegung nicht überwindbar.

Über die Verteilung des Gutes des ‚Rechts an der Bodennutzung' wird für verschiedene Vorhaben in unterschiedlichen Verfahrensstufen entschieden. Diese Differenzierung tritt aus dem Gesetzestext nicht klar hervor. Darin zeigt sich die vom Richterrecht überformte Rechtslage. Nimmt man sich die Zulassung des Rahmenbetriebsplans als Verteilungsentscheidung über das Recht an der Bodennutzung vor, so ist die Gesamtabwägung als Verteilungskriterium identifiziert. Aus Sicht der Verteilungsgerechtigkeit ist die Ausformung dieser als nachvollziehende Abwägung im Rahmen einer gebundenen Entscheidung zu kritisieren. Ebenso ist eine normative Gewichtung zugunsten des Bergbaus mit der Ressourcenethik nicht vereinbar. Auch die privaten Unternehmensinteressen am Bergbau dürfen nach ressourcenethischer Sicht nicht in die Gesamtabwägung einbezogen werden. Alle diese aufgezählten Defizite lassen sich durch eine vorzugswürdigere Auslegung bereinigen. Was sich nicht bereinigen lässt ist die juristische Kritik an der unzureichenden gesetzlichen Grundlage für die

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Herleitung einer Gesamtabwägung. Hier wurde der Bogen der richterrechtlichen Rechtsentwicklung überspannt. Von Verfassungswegen besteht hier Änderungsbedarf.

Nimmt man die Grundabtretung als Verteilungsentscheidung für bestimmte Vorhaben über das Recht an der Bodennutzung in den Blick, so bereitet diese in Übereinstimmung mit den Theorien der Verteilungsgerechtigkeit eine gerechte Grundlage für Verteilungsentscheidungen. Lediglich die Allgemeinwohlgründe sind ressourcenethisch zu schärfen und voranzubringen.

Hinsichtlich der Gerechtigkeit bezüglich der Verteilung der Lasten hat sich gezeigt, dass die Interessen der verschiedenen Lastenempfänger nur uneinheitlich einbezogen werden. Hier konnte durch eine verfassungskonforme Auslegung zumindest der Einbezug der Interessen derjenigen, die von kleineren bis mittleren Bergschäden betroffen sein könnten, gewährleistet werden. Offen ist, ob auch die Interessen derjenigen, die vom Klimawandel negativ betroffen sind, berücksichtig werden müssen, was im Sinne der Verteilungsgerechtigkeit zu begrüßen wäre.

Daneben ist auch das fehlende Ermessen in den Letztentscheidungen über das Bergbauvorhaben zu kritisieren. Nach diesem Verständnis sind die Festsetzungen von Maßnahmen, die zu einer schonenderen Inanspruchnahme der Lastenempfänger führen, von dem Einbezug außerbergrechtlicher Ermessensvorschriften als Zulassungsvoraussetzungen im bergrechtlichen Verfahren abhängig. Dieses Defizit kann durch eine vorzugswürdigere Auslegung überwunden werden.

Zuletzt stehen die Regelungen zum Bergschadensersatz in engem Zusammenhang mit der Verteilungsgerechtigkeit der Lasten. Ob die getroffenen Regelungen aber den ressourcenethischen Anforderungen genügen, bedarf weitergehenden Untersuchungen.

Defizite hinsichtlich des Nachhaltigkeitsgrundsatzes und ihre Überwindung durch eine veränderte Gesetzesauslegung

Die in dieser Arbeit vorgenommene Untersuchung hat gezeigt, dass das BBergG gegenüber dem Nachhaltigkeitsgrundsatz „blind" ist. Es finden sich so gut wie keine Anhaltspunkte, die die Verteilungsentscheidungen auch explizit hinsichtlich der Interessen der künftigen Generationen öffnen. Die Zielbestimmung bezweckt nach der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Lehre nicht eine umfassende Achtung des Nachhaltigkeitsgebots. Die Grundentscheidungen des Gesetzgebers über die bergrechtliche Güterverteilung zugunsten des Bergbaus sind mit dem Nach-

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

haltigkeitsprinzip unvereinbar. Vielmehr wäre nach dem Nachhaltigkeitsgrundsatz jede Ressourcennutzung rechtfertigungsbedürftig, so dass der Nachweis geführt werden müsste, dass die Gewinnung der Rohstoffe im Bergbau unbedingt notwendig sei im Sinne des Ressourcenschutzes. Hinzukommt, dass nicht einmal die Interessen der künftigen Generationen in den Zulassungsentscheidungen als öffentliches Interesse explizit berücksichtigt werden.

Diese konkreten Kritikpunkte (Zielbestimmung des § 1 BBergG, Beachtung der Interessen künftiger Generationen im Rahmen von § 11 Nr. 10 BBergG und der Gesamtabwägung) konnten mittels der Ausnutzung des Auslegungsspielraums überwunden werden. Was als Defizit bestehen bleibt, ist das Fehlen eines grundsätzlichen Bekenntnisses zum Nachhaltigkeitsgrundsatz. Diesem Defizit sollte abgeholfen werden, indem das BBergG insgesamt von der Idee des Nachhaltigkeitsgrundsatzes bestimmt wird.

Defizite hinsichtlich der Verfahrensgerechtigkeit und ihre Überwindung durch eine veränderte Gesetzesauslegung

Im Rahmen der Verfahrensgerechtigkeit wiederholen sich die Kritikpunkte, die schon hinsichtlich der Verteilungsgerechtigkeit und des Nachhaltigkeitsgrundsatzes hervortraten. Mangelnde Beteiligungsmöglichkeiten im behördlichen Verfahren sind die Folge der fehlenden Berücksichtigung von den Interessen der von behördlichen Entscheidungen Betroffenen. Hier können vereinzelt Beteiligungsmöglichkeiten schon durch eine vorzugswürdigere Auslegung zuerkannt werden.

Ganz entscheidend sind die Komplexität und die Unübersichtlichkeit der Rechtslage als Hindernis für die potenziell am Verfahren Beteiligten zu werten. Hier besteht gesetzgeberischer Handlungsbedarf.

Reformvorschläge

Neben den Reformvorschlägen, die dringend erforderlich sind, um die Rechtslage verfassungsfest zu machen, konnten Reformvorschläge unterbreitet werden, die das Verständnis des BBergG als wichtiges Instrument des Ressourcenschutzes begreifen. Die Reformvorschläge stimmen dabei in vielen Punkten mit den Reformvorschlägen aus der Literatur, namentlich dem INSTRO-Gutachten im Auftrag des Umweltbundesamtes, überein. Insgesamt muss sich das Verständnis des BBergG dahingehend wenden, dass der Rohstoffabbau an sich rechtfertigungsbedürftig ist. Die Entscheidungen zugunsten des Bergbaus müssen unter Rechtfertigungsdruck ste-

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hen. Nur so kann das BBergG einen Beitrag leisten, um dem hohen Ressourcengebrauch mit den damit einhergehenden schwerwiegenden ökologischen Folgen zu begegnen. Es geht darum, ein Ressourcennutzungsniveau zu erreichen, dass mit einer langfristigen, nachhaltigen Entwicklung vereinbar ist. Ein derartiges, am Ressourcenschutz orientiertes BBergG muss im Zusammenspiel mit anderen Ressourcennutzungsgesetzen stehen, die an anderer Stelle der Rohstoffwirtschaft eingreifen und ebenso von dem Gedanken des Ressourcenschutzes durchdrungen sind.

Dieser Transformationsprozess hin zu einer nachhaltigen Bewirtschaftung der Rohstoffe ist eine gewaltige gesamtgesellschaftliche Aufgabe, die nicht allein von rechtlicher Seite gelöst werden kann. Das Recht hat es aber zur Aufgabe, wichtige Voraussetzungen und Weichenstellungen zu treffen. Dass das Recht seinen Teil zum Gelingen des Transformationsprozesses beitragen muss, dies hat zuletzt das BVerfG in seiner wegweisenden Entscheidung zum Klimaschutz deutlich gemacht.[1757]

Diese Arbeit hat gezeigt, dass das Grundverständnis des BBergG sich von einem effektiven Ressourcenförderungsgesetz hin zu einem Gesetz entwickeln muss, dass den Rohstoffabbau im Sinne des Ressourcenschutzes nur für gesellschaftlich notwendige Vorhaben und nur als letztmögliche Option gewähren darf.

1757 Genauer bezüglich des notwendigen Wandels hin zur Klimaneutralität: „Allerdings wäre der Staat weder in der Lage noch ist es allein seine Aufgabe, alle technologischen und sozialen Entwicklungen zur Ersetzung und Vermeidung von treibhausgasintensiven Prozessen und Produkten und den Ausbau hierfür erforderlicher Infrastrukturen selbst zu erbringen. […] Verfassungsrechtlich verpflichtet ist er aber, grundlegende Voraussetzungen und Anreize dafür zu schaffen, dass diese Entwicklungen einsetzen […]“ BVerfG, Beschluss v. 24.3.2021 - 1 BvR 2656/18, BVerfGE 157, 30 (166, Rn. 248) – Klimaschutz.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Literaturverzeichnis

AGEB – Arbeitsgemeinschaft Energiebilanzen e.V., Energieverbrauch in Deutschland im Jahr 2022, Berlin 2022, im Internet abrufbar unter: <https://ag-energiebilanzen.de/wp-content/uploads/2023/06/AGEB_Jahresbericht2022_20230615_dt.pdf> (zuletzt abgerufen im November 2023).

AKUR – Arbeitskreis für Umweltrecht (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, 2. Auflage, 1997 Berlin.

Appel, Ivo, Staat und Bürger in Umweltverwaltungsverfahren, NVwZ 2012, S. 1361-1369.

Arendt, Hannah, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft, Antisemitismus, Imperialismus, totale Herrschaft, 18. Auflage, Frankfurt am Main 2015.

Aristoteles, Nikomachische Ethik, Übersetzung durch Franz Dirlmeier, Stuttgart 2010.

Bardi, Ugo, Der geplünderte Planet, Die Zukunft des Menschen im Zeitalter schwindender Ressourcen, München 2013.

Beckmann, Martin, Öffentlichkeitsbeteiligung in bergrechtlichen Genehmigungsverfahren, in: Walter Frenz (Hrsg.), Öffentlichkeitsbeteiligung und Bergrecht, Clausthal-Zellerfeld 2014, S. 9-27.

Beckmann, Martin, Das BBergG auf dem Sprung zu einem modernen, nachhaltigen und ressourcenökologischen Gesetz zur Gewinnung von Bodenschätzen?, DVBl. 2023, S. 449-456.

Beier, Sabrina, Rechtsschutz gegen Enteignungen in mehrstufigen Planungsverfahren, Aus Anlass des Garzweiler-Urteils des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 2015, S. 309-319.

Bellroth, Dag M., Die Bindungswirkung bergrechtlicher Rahmenbetriebsplanzulassungen, Stuttgart 2021.

BGR – Bundesanstalt für Geowissenschaften und Rohstoffe, Bodenschätze der Bundesrepublik Deutschland 1:1.000.000 (BSK1000), 2007, im Internet abrufbar unter: <https://geoportal.bgr.de/mapapps/resources/apps/geoportal/index.html?lang=de#/datasets/portal/7F12ED28-84DA-4AAE-AEDB-33310962705E > (zuletzt abgerufen im November 2023).

BGR – Bundesanstalt für Geowissenschaften und Rohstoffe, geo.standpunkte – Rohstoffe, Hannover 2005, im Internet abrufbar unter: <http://www.bgr.bund.de/DE/Gemeinsames/Produkte/Downloads/geostandpunkte/rohstoffe.html?nn=1544712> (zuletzt abgerufen im November 2023).

BGR – Bundesanstalt für Geowissenschaften und Rohstoffe, Wo kann CO_2 gespeichert werden?, 2010, im Internet abrufbar unter: <https://www.bgr.bund.de/DE/Themen/Nutzung_tieferer_Untergrund_CO2Speicherung/Downloads/faktenblatt-wo-kann-co2-gespeichert-werden.html> (zuletzt abgerufen im November 2023).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

BGR – Bundesanstalt für Geowissenschaften und Rohstoffe, Abschätzung des Erdgaspotentials aus dichten Tongesteinen (Schiefergas) in Deutschland, Hannover 2012, im Internet abrufbar unter: <http://www.bgr.bund.de/DE/Themen/Energie/Downloads/BGR_Schiefergaspotenzial_in_Deutschland_2012.pdf?__blob=publicationFile> (zuletzt abgerufen im November 2023).

BGR – Bundesanstalt für Geowissenschaften und Rohstoffe, Fracking – was ist das?, 2013, im Internet abrufbar unter: <https://www.bgr.bund.de/DE/Themen/Nutzung_tieferer_Untergrund_CO2Speicherung/Downloads/Fracking.html> (zuletzt abgerufen im November 2023).

BGR – Bundesanstalt für Geowissenschaften und Rohstoffe, Schieferöl und Schiefergas in Deutschland, Potentiale und Umweltaspekte, Hannover 2016, im Internet abrufbar unter: <https://www.bgr.bund.de/DE/Themen/Energie/Downloads/Abschlussbericht_13MB_Schieferoelgaspotenzial_Deutschland_2016.html> (zuletzt abgerufen im November 2023).

BGR – Bundesanstalt für Geowissenschaften und Rohstoffe, Deutschland – Rohstoffsituation 2019, Hannover 2020, im Internet abrufbar unter: <https://www.bgr.bund.de/DE/Themen/Min_rohstoffe/Downloads/rohsit-2019.html> (zuletzt abgerufen im November 2023).

BGR – Bundesanstalt für Geowissenschaften und Rohstoffe, Energiestudie 2019, Daten und Entwicklungen der deutschen und globalen Energieversorgung, Hannover 2020, im Internet abrufbar unter: <https://www.bgr.bund.de/DE/Themen/Energie/Produkte/energiestudie2019_Zusammenfassung.html?nn=1542226> (zuletzt abgerufen im November 2023).

BGR – Bundesanstalt für Geowissenschaften und Rohstoffe,, Deutschland – Rohstoffsituation 2021, Hannover 2022, im Internet abrufbar unter: <https://www.bgr.bund.de/DE/Themen/Min_rohstoffe/Downloads/rohsit-2021.html> (zuletzt abgerufen im November 2023).

Birk, Dieter, „Vorteilsabschöpfung" durch Abgaben, Eine neue Kategorie nichtsteuerlicher Umweltabgaben?, in: Festschrift Ritter 1997, S. 41-52.

Birnbacher, Dieter, Verantwortung für zukünftige Generationen, Stuttgart 1988.

Birnbacher, Dieter, Analytische Einführung in die Ethik, 2. Auflage, Berlin/New York 2007.

Bischoff, Walter/Bramann, Heinz/Dürrer, Friedrich/Moebius, Gerhard/Quadfasel, Heinrich/Schlüter, Wolfgang, Das kleine Bergbaulexikon, 9. Auflage, Essen 2010.

BMU – Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Deutsches Ressourceneffizienzprogramm (ProgRess), Programm zur nachhaltigen Nutzung und zum Schutz der natürlichen Ressourcen, Berlin 2012.

BMUB – Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit, BMBF - Bundesministerium für Bildung und Forschung, UBA - Umweltbundesamt, De-IPCC - Deutsche IPCC Koordinierungsstelle, Fünfter Sachbestandsbericht des IPCC – Teilbericht 3 (Minderung des Klimawandels, 2014, im Internet abrufbar unter: <https://www.bmu.de/download/fuenfter-sachstandsbericht-des-ipcc/> (zuletzt abgerufen im August 2021).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

BMUB – Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit (Hrsg.), Umweltgesetzbuch (UGB-KomE) – Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch beim Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Berlin 1998.

BMUB – Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit, BMBF - Bundesministerium für Bildung und Forschung, UBA - Umweltbundesamt, De-IPCC - Deutsche IPCC Koordinierungsstelle, Fünfter Sachbestandsbericht des IPCC - Synthesebericht, 2014, im Internet abrufbar unter: <https://www.bmu.de/download/fuenfter-sachstandsbericht-des-ipcc/> (zuletzt abgerufen im August 2021).

BMWi – Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Energiedaten: Gesamtausgabe, Stand Oktober 2019; im Internet abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Energiedaten/energiedaten-gesamt-pdf-grafiken.pdf?__blob=publicationFile&v=38> (zuletzt abgerufen im November 2023).

BMWi - Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Rohstoffstrategie der Bundesregierung, Sicherung einer nachhaltigen Rohstoffversorgung Deutschlands mit nicht-energetischen mineralischen Rohstoffen, Berlin 2019, abrufbar im Internet unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Industrie/rohstoffstrategie-der-bundesregierung.html> (zuletzt abgerufen im November 2023).

BMWi - Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Abschlussbericht der Kommission „Wachstum, Strukturwandel und Beschäftigung", 2019; im Internet abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/A/abschlussbericht-kommission-wachstum-strukturwandel-und-beschaeftigung.pdf?__blob=publicationFile&v=4> (zuletzt abgerufen im November 2023).

Bohne, Eberhard, Die Umweltverträglichkeitsprüfung bergbaulicher Vorhaben nach den Gesetzentwürfen der Bundesregierung zur Umsetzung der EG-Richtlinie vom 27.6.1985 (85/337/EWG), in: Peter J. Tettinger (Hrsg.), Umweltverträglichkeitsprüfung bei Projekten des Bergbaus und der Energiewirtschaft, Dokumentation einer Fachtagung des Instituts für Berg- und Energierecht, Stuttgart u.a. l989, S. 13-52.

Bohne, Eberhard, Die Umweltverträglichkeitsprüfung bergbaulicher Vorhaben nach den Gesetzentwürfen der Bundesregierung zur Umsetzung der EG-Richtlinie vom 27.6.1985 (85/337/EWG), ZfB 1989, S. 93-125.

Boldt, Gerhard/Weller, Herbert, Bundesberggesetz Kommentar, 1. Auflage, Berlin 1984.

Boldt, Gerhard/Weller, Herbert, Bundesberggesetz, Ergänzungsband zum Kommentar mit Erläuterung der neuen Vorschriften, Berlin/New York 1992.

Boldt, Gerhard/Weller, Herbert/Kühne, Gunther/ von Mäßenhausen, Hans-Ulrich, Bundesberggesetz Kommentar, 2. Auflage, Berlin 2016.

Bosselmann, Klaus, Nichtanthropozentrische Erweiterung des Umweltverwaltungsrechts?, in: Julian Nida-Rümelin/Dietmar v. d. Pfordten, (Hrsg), Ökologische Ethik und Rechtstheorie, 2. Auflage, Baden-Baden 2002, S. 201-218.

Bovet, Jana, Bodennutzung: Flächensicherung durch Raumordnungs- und Bauleitplanung, in: UBA (Hrsg.), Das Instrument der Bedarfsplanung, Rechtliche Möglichkeiten für und verfahrensrechtliche Anforderungen an ein Instrument für mehr Umweltschutz, Dessau-Roßlau 2017, S. 257-266, im Internet abrufbar unter: <http://www.umweltbundesamt.de/publikationen/das-instrument-der-bedarfsplanung-rechtliche> (zuletzt abgerufen im November 2023).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Brohm, Winfried, Situative Gesetzesanpassung durch die Verwaltung, NVwZ 1988, S. 794-799.

Budnik, Christian, Überlegen und Entscheiden, in: Michael Kühler/Markus Rüther (Hrsg.), Handbuch Handlungstheorie, Grundlagen, Kontexte, Perspektiven, Stuttgart 2016.

BUND – Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Strom und Wärmeerzeugung aus Geothermie – Anforderungen an die Produktionsprozesse aus ökologischer Sicht, 2007, im Internet abrufbar unter: <https://www.bund.net/fileadmin/user_upload_bund/publikationen/bund/position/geothermie_position.pdf> (zuletzt abgerufen im November 2023).

BUND – Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Zukunftsfähige Energiepolitik, 2011, im Internet abrufbar unter: <https://www.bund.net/fileadmin/user_upload_bund/publikationen/bund/position/zukunftsfaehige_energiepolitik_position.pdf> (zuletzt abgerufen im November 2023).

Bundesverband Geothermie e.V., Tiefe Geothermieprojekte in Deutschland, Stand: November 2020, im Internet abrufbar unter: <https://www.geothermie.de/fileadmin/user_upload/Projektliste_Tiefe_Geothermie_2020_KS.pdf> (zuletzt abgrufen im November 2023).

Bund-Länder-Ausschuss Bergbau, Vollzugsempfehlungen zur Umsetzung des Garzweiler-Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 17.12.2013 (1 BvR 3139/08 und 1 BvR 3386/08) in bergrechtlichen Verfahren, 2014; im Internet abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/V/vollzugsempfehlung-bund-laender-ausschuss-bergbau.pdf?__blob=publicationFile&v=1> (zuletzt abgerufen im November 2023).

Campagna, Norbert, Die rechtliche Umsetzung ökologischer Forderungen, in: Julian Nida-Rümelin/Dietmar v. d. Pfordten (Hrsg.), Ökologische Ethik und Rechtstheorie, 2. Auflage, Baden-Baden 2002, S. 149-157.

Copp, David, Introduction, in: Copp (Hrsg.), The Oxford Handbook of Ethical Theory, New York 2006, S. 3-35.

Czarnecki, Ralph, Verteilungsgerechtigkeit im Umweltvölkerrecht, Dogmatik und Umsetzung, Berlin 2008.

Dammert, Bernd, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Grundabtretung und Rahmenbetriebsplanzulassung-Teil 1, ZfB 2014, S. 1-14.

Dammert, Bernd, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Grundabtretung und Rahmenbetriebsplanzulassung-Teil 2, ZfB 2014, S. 105-115.

Dammert, Bernd/Brückner, Götz, Phasenspezifischer Rechtsschutz: Ansätze am Beispiel des Bergrechts, ZUR 2017, S. 469-479.

Dammert, Bernd/Brückner, Götz, Bergwerke und Umweltverträglichkeitsprüfungen, ZUR 2023, S. 30-38.

Danner, Wolfgang/Theobald, Christian (Hrsg.), Energierecht Kommentar, 109. Ergänzungslieferung vom Januar 2021, München.

Dapprich, Gerhard/Franke, Franz-Josef, Leitfaden des Bergrechts, 7. Auflage, Essen 1982.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Degenhart, Christoph, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 36. Auflage, Heidelberg 2020.

Diercke Länderlexikon, Naturraum, Geschichte, Bevölkerung, Wirtschaft, Kultur, Landschaften & Städte, 2. Auflage, Braunschweig 2004.

Dietrich, Frank, Dimensionen der Verteilungsgerechtigkeit, Stuttgart 2000.

Dreier, Johannes, Die normative Steuerung der planerischen Abwägung, Strikte Normen, generelle Planungsleitbegriffe, Planungsleitlinien und Optimierungsgebote, Berlin 1995.

Dreier, Horst (Begründer)/Brosius-Gersdorf, Frauke (Hrsg.), Dreier Grundgesetz Kommentar, Band I, Art. 1-19, 4. Auflage, Tübingen 2023.

Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band II, Art. 20-82, Tübingen 2015.

Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 9. Auflage, Berlin 2019.

Dürig, Günter, „Bedürfnis" und „öffentliches Interesse" als Rechtsbegriffe, JZ 1953, S. 535-537.

Durner, Wolfgang, Konflikte räumlicher Planungen, Tübingen 2005.

Durner, Wolfgang/Karrenstein, Fabian, Anmerkung zum Urteil des BVerfG in der Rechtssache „Garzweiler", DVBl 2014, S. 182-184.

Düwell, Marcus, Bioethik, Stuttgart/Weimar 2008.

Eftekharzadeh, Puya, Was spricht gegen Fracking? – Eine Stellungnahme, NuR 2013, 704-708.

Enquête-Kommission „Wachstum, Wohlstand, Lebensqualität– Wege zu nachhaltigem Wirtschaften und gesellschaftlichem Fortschritt in der Sozialen Marktwirtschaft", Schlussbericht, BT-Drs. 17/13300, abrufbar im Internet unter: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/133/1713300.pdf> (zuletzt abgerufen im November 2023).

Erbguth, Wilfried, Bauplanungsrecht, München 1989.

Ergbguth, Wilfried, Unterirdische Raumordnung – zur raumordnungsrechtlichen Steuerung untertägiger Vorhaben, ZUR 2011, S. 121-126.

Ernst, Werner/Zinkahn, Willy/Bielenberg, Walter/Krautzberger, Michael (Hrsg.), Baugesetzbuch Kommentar, München, 150. Ergänzungslieferung Mai 2023.

Ertinger, Sebastian, Sand wird zur Schmuggelware, Handelsblatt 2013, im Internet abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/energie/raubbau-an-einem-wichtigen-rohstoff-sand-wird-zur-schmuggelware/8301722-all.html> (zuletzt abgerufen im November 2023).

Fenner, Dagmar, Einführung in die Angewandte Ethik, Tübingen 2010.

Fisahn, Andreas, Effektive Beteiligung solange noch alle Optionen offen sind, Öffentlichkeitsbeteiligung nach der Aarhus-Konvention, ZUR 2004, S. 136-141.

Fischer-Hüftle, Peter, Bergbauberechtigungen und naturschutzrechtliche Verordnungen, NuR 1989, S. 106-113.

Forst, Rainer, Die Frage der Verteilungsgerechtigkeit, in: Regina Kreide, Claudia Landwehr, Katrin Toens (Hrsg.), Demokratie und Gerechtigkeit in Verteilungskonflikten, Baden-Baden 2012, S. 21-34.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Frauenhofer-Institut/BGR, Assessment of technologies for CO_2 capture and storage, Summary, Berlin 2006; im Internet abrufbar unter: <http://publica.fraunhofer.de/documents/N-48356.html> (zuletzt abgerufen im November 2023).

Frenz, Walter, Bergrecht und Nachhaltige Entwicklung, Berlin 2001.

Frenz, Walter, Drittschutz im Bergrecht, NVwZ 2011, S. 86-89.

Frenz, Walter, Sonderbetriebsplan als aufschiebende Bedingung, NVwZ 2012, S. 1221-1225.

Frenz, Walter, Nachhaltiges Bergrecht, Garzweiler, Meggen und atomare Konzernnachhaftung als Eckpunkte, DVBl. 2016, S. 679-684.

Frenz, Walter, Überwiegende öffentliche Interessen gegen Fracking-Berechtigungen?, DÖV 2016, S. 322-328.

Frenz, Walter, Das BBergG mit rein nationalem, ausschließlichem Rohstoffversorgungszweck?, UPR 2017, S. 174-179.

Frenz, Walter, Die Übertragung des BBergG auf die Windkraftnutzung, ZUR 2017, S. 690-698.

Frenz, Walter (Hrsg.), Bundesberggesetz Kommentar, Berlin 2019.

Frenz, Walter, Primär- und Sekundärrohstoffwirtschaft nach dem Koalitionsvertrag, NuR 2022, S. 317-320.

Frenz, Walter, Rohstoffe für die Energiewende angesichts des Russland-Ukraine-Kriegs, EnWZ 2022, S. 243-248.

Frenz, Walter, Bergbau in der Raumplanung: Rohsotffbedarfsplanung?, UPR 2023, S, 95-99.

Frenzel, Michael, Das öffentliche Interesse als Voraussetzung der Enteignung, Berlin 1978.

Funke, Hans Friedrich, Die Lenkbarkeit von Abwägungsvorgang und Abwägungsergebnis zugunsten des Umweltschutzes, DVBl. 1987, S. 511-517.

Gaentzsch, Günter, Die bergrechtliche Planfeststellung, in: Everhardt Franßen u.a. (Hrsg): Bürger-Recht-Staat, Festschrift für Horst Sendler, München 1991.

Gaentzsch, Günter, Die Zulassung bergbaulicher Vorhaben im System des Anlagengenehmigungsrechts, in: Gunter Kühne/ Günter Gaentzsch (Hrsg.), Wandel und Beharren im Bergrecht, Baden-Baden 1992, S. 9-44.

Gaentzsch, Günter, Oberflächeneigentum und Bergbau aus der Sicht der höchstrichterlichen Rechtsprechung, in: Uwe Hüffer (Hrsg.), Oberflächeneigentum und Bergbau, Stuttgart u.a. 1994, S. 41-54.

Gaentzsch, Günter, Rechtliche Fragen des Abbaus von Kies und Sand, NVwZ 1998, S. 889-897.

Gärditz, Klaus Ferdinand, Zum transnationalen Mehrwert eines nationalen Kohleausstiegs im Klimaschutzrecht, ZUR 2018, S. 663-671.

Gassner, Erich, Die Überwindungslast bei der Abwägung öffentlicher Interessen durch die Verwaltung, DVBl. 1984, S. 703-709.

Gassner, Erich, Die verfassungsrechtliche Profilierung des Schutzes der natürlichen Lebensgrundlagen, Art. 20a GG im Lichte des Art. 1 I GG, NVwZ 2020, S. 29-32.

Gesang, Bernward, Klimaethik, Berlin 2011.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gethmann, Carl Friedrich, Ethische Probleme der Verteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat, in: Carl F. Gethmann, Michael Kloepfer, Sigrid Reinert, Verteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat, Bonn 1995.

Global Footprint Network, Calculating earth overshoot day 2020: estimates point to August 22nd, 2020, im Internet abrufbar unter: <https://www.overshootday.org/2020-calculation/> (zuletzt abgerufen im November 2023).

Gosepath, Stefan, Gleiche Gerechtigkeit, Frankfurt am Main 2004.

Gosepath, Stefan, Zur Verteidigung der Verteilungsgerechtigkeit, in: Regina Kreide/Claudia Landwehr/Katrin Toens (Hrsg.), Demokratie und Gerechtigkeit in Verteilungskonflikten, Baden-Baden 2012, S. 35-49.

Greeds, Friedrich, Strafrechtspflege und prozessuale Gerechtigkeit, SchlHA 1964, S. 57-66.

Greenpeace, Klimaschutz: Plan B – Nationales Energiekonzept bis 2020 (Langfassung), Hamburg 2007; im Internet abrufbar unter: <https://www.greenpeace.de/presse/publikationen/klimaschutz-plan-b-bis-2020> (zuletzt abgerufen im November 2023).

Greenpeace, False Hope, Why carbon capture and storage won't save the climate, Amsterdam 2008, im Internet abrufbar unter: <https://www.greenpeace.org/usa/research/false-hope-why-carbon-capture/> (zuletzt abgerufen im November 2023).

Greenpeace, Quecksilber: Gift fürs Gehirn, Die gesundheitlichen Folgen der Kohleverstromung, Hamburg 2015; im Internet abrufbar unter: <https://www.greenpeace.de/presse/publikationen/quecksilber-gift-fuers-gehirn> (zuletzt abgerufen im November 2023).

Grefrath, Holger, Der Grundsatz der Normenklarheit in der Fallbearbeitung, JA 2008, S. 710-714.

Grober, Ulrich, Die Entdeckung der Nachhaltigkeit, Kulturgeschichte eines Begriffs, München 2010.

Große, Andreas, Strom und Wärme aus der Tiefe – Zur Genehmigung und Förderung tiefengeothermischer Anlagen, ZUR 2009, S. 535-543.

Grüner, Johannes, Die Einschränkung der planerischen Gestaltungsfreiheit durch Optimierungsgebot und Abwägungsdirektiven, Eine Untersuchung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Wirkung von § 50 S. 1 BImSchG, UPR 2011, S. 50-56.

Grziwotz, Herbert/Lüke, Wolfgang/Saller, Rudolf (Hrsg.), Praxishandbuch Nachbarrecht, 3. Auflage, München 2020.

Haug, Volker/Schadtle, Kai, Der Eigenwert der Öffentlichkeitsbeteiligung im Planungsrecht NVwZ 2014, S. 271-275.

Heidenreich, Felix, Theorien der Gerechtigkeit, Eine Einführung, Opladen 2011.

Heidrich, Martin, Rechtsphilosophische Grundlagen des Ressourcenschutzes, Zu den normativen Ebenen der ökologischen Frage, Berlin 2004.

Henckel, Wolfram, Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen, Göttingen 1966.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Herrmann, Friederike/Sanden, Joachim/Schomerus, Thomas/Schulze, Falk, Ressourcenschutzrecht – Ziele, Herausforderungen, Regelungsvorschläge, ZUR 2012, S. 523-531.

Hinsch, Wilfried, Distributive Gerechtigkeit, in: Anna Goppel/Corinna Mieth/Christian Neuhäuser (Hrsg.), Handbuch Gerechtigkeit, 2016, S. 77-86.

Hinsch, Wilfried, Verfahrensgerechtigkeit, in: Anna Goppel/Corinna Mieth/Christian Neuhäuser (Hrsg.), Handbuch Gerechtigkeit, 2016, S. 138-142.

Hoerster, Norbert, Einleitung, in: Hoerster (Hrsg.), Recht und Moral, Texte zur Rechtsphilosophie, Stuttgart 2002, S. 11-19.

Höffe, Otfried, Das Gerechtigkeitsprinzip, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, Band 2, 7. Auflage, Freiburg 1986, S. 895-898.

Höffe, Otfried, Einführung in Rawls' Theorie der Gerechtigkeit, in: ders. (Hrsg.), John Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Klassiker auslegen, Band 15, 3. Auflage, Berlin 2013, S. 1-23.

Höffe, Otfried, Zur Gerechtigkeit der Verteilung, in: ders. (Hrsg.), John Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Klassiker auslegen, Band 15, 3. Auflage, Berlin 2013, S. 153-169.

Hofmann, Ekkehard, Abwägung im Recht, Tübingen 2007.

Hoffmann, Roland, Verfahrensgerechtigkeit, Studien zu einer Theorie prozeduraler Gerechtigkeit, Diss., Wien/Zürich 1992.

Hollerbach, Alexander, Gerechtigkeit und Recht, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, Band 2, 7. Auflage, Freiburg 1986, S. 898-903.

Hoppe, Werner, Die Einschränkung bergbaulicher Berechtigungen durch eine Nationalparkverordnung – am Beispiel des niedersächsischen Wattenmeeres, DVBl. 1987, S. 757-765.

Hoppe, Werner, Die Bedeutung von Optimierungsgeboten im Planungsrecht, DVBl. 1992, S. 853-862.

Hoppe, Werner, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Verhältnisses von Oberflächeneigentum und Bergbau, in: Uwe Hüffer (Hrsg.), Oberflächeneigentum und Bergbau, Stuttgart u.a. 1994, S. 19-39.

Hoppe, Werner, "Verwirrung" und "Entwirrung" beim Abwägungsgebot (§ 1 Abs. 6 BauGB), UPR 1995, S. 201-203.

Hoppe, Werner/Beckmann, Martin, Zur Vereinbarkeit bergrechtlicher Duldungspflichten mit dem verfassungsgebotenen Grundeigentümerschutz, DÖV 1988, S. 893-901.

Hoppe, Werner/Beckmann, Martin, Grundeigentumsschutz bei heranrückendem Bergbau, Köln u.a. 1988.

Hoppe, Werner/Beckmann, Martin/Kment, Martin (Hrsg.), Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz, Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz, Kommentar, 5. Auflage, Köln 2018.

Hubmann, Heinrich, Die Methode der Abwägung, in: Heinrich Hubmann/Heinz Hübner (Hrsg.), Festschrift für Ludwig Schnorr v. Carolsfeld zum 70. Geburtstag, S. 173-197.

Hügli, Anton/Lübcke, Poul, Philosophielexikon, Personen und Begriffe der abendländischen Philosophie von der Antike bis zur Gegenwart, Hamburg 1991.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

IEA – International Energy Agency, Technology Roadmap – Carbon Capture and Storage, Paris 2013, im Internet abrufbar unter: <https://www.iea.org/reports/technology-roadmap-carbon-capture-and-storage-2013> (zuletzt abgerufen im November 2023).

IPCC – Intergovernmental panel on climate change, Climate Change 2023, Synthesis Report, Summary for Policymakers, Genf 2023; im Internet abrufbar unter: <http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg3/ipcc_wg3_ar5_summary-for-policymakers.pdf> (zuletzt abgerufen im November 2023).

Isensee, Josef, Staatsaufgaben, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts, Band IV, Aufgaben des Staates, 3. Auflage, Heidelberg u.a. 2006, S. 117-160.

Jackson, R. B./ Friedlingstein, P./Andrew, R. M./Canadell, J.G./ Le Quéré, C./Peters G.P., Persistent fossil fuel growth threatens the Paris Agreement and planetary health, Environmental Research Letters, 14 (2019) 121001, S. 1-8, im Internet abrufbar unter: <https://doi.org/10.1088/1748-9326/ab57b3> (zuletzt abgerufen im November 2023).

Jarass, Hans D., Verfassungsrechtliche Grenzen für die Erhebung nichtsteuerlicher Abgaben, DÖV 1989, S. 1013-1022.

Jarass, Hans D., Die enteignungsrechtliche Vorwirkung bei Planfeststellungen, DVBl. 2006, S. 1329-1335.

Jarass, Hans D., Bundesimmissionsschutzgesetz, Kommentar, 14. Auflage, München 2022.

Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo (Begründer), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, beabeitet von Hans D. Jarass und Martin Kment, 17. Auflage, München 2022.

Joerden, Jan C., Logik im Recht, Grundlagen und Anwendungsbeispiele, 2. Auflage, Berlin/Heidelberg 2010.

Johlen, Heribert/Oerder, Michael, Münchener Anwalts Handbuch Verwaltungsrecht, 4. Auflage, München 2017.

Kaiser, Felix, Umweltverträgliches Bergrecht, Tübingen 2022.

Kant, Immanuel, Kritik der reinen Vernunft, Band 2, herausgegeben von Wilhelm Weischedel, 10. Auflage, Frankfurt am Main 2020.

Karpen, Ulrich, Grundeigentum und Bergbaurechte nach dem Bundesberggesetz vom 13.8.1980, AöR 1981, S. 15-41.

Keienburg, Bettina, Die Öffentlichkeitsbeteiligung im Bergrecht, Stuttgart u.a. 2004.

Keienburg, Bettina, Das bergrechtliche Betriebsplanzulassungsverfahren, NVwZ 2013, S. 1123-1128.

Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf, Grundrechte, Staatsrecht II, 38. Auflage, 2022 Heidelberg.

Kisker, Gunter, Der bergrechtliche Förderzins im bundesstaatlichen Finanzausgleich, München 1983.

Kleiber, Michael, Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen, Diss., Tübingen 2014.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Klinsing, Maren, Sachrichtigkeit und Verfahrensgerechtigkeit, Ein Vergleich der Rechtsschutzmöglichkeiten bei fehlerhaftem Verwaltungsverfahren im deutschen und englischen Rechtssystem, Berlin 2019.

Kloepfer, Michael, Umweltrecht, 2. Auflage, München 1998.

Kloepfer, Michael, Umweltgerechtigkeit, Environmental Justice in der deutschen Rechtsordnung, Berlin 2006.

Kloepfer, Michael, Umweltrecht, 4. Auflage, München 2016.

Kloepfer, Michael/Reinert, Sigrid, Zuteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat aus juristischer Sicht, in: Carl F. Gethmann, Michael Kloepfer, Sigrid Reinert, Verteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat, Bonn 1995, S. 46-85.

Kloepfer, Michael/Reinert, Sigrid, Umweltprobleme als Verteilungsprobleme in rechtlichter Sicht, in: Carl F. Gethmann, Michael Kloepfer, Sigrid Reinert, Verteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat, Bonn 1995, S. 23-45.

Kloepfer, Michael/Durner, Wolfgang, Umweltschutzrecht, 3. Auflage, München 2020.

Klostermann, Rudolf, Das allgemeine Berggesetz für die Preußischen Staaten vom 24. Juni 1865; Nebst Einleitung und Kommentar sowie mit vergleichender Berücksichtigung der übrigen deutschen Berggesetze, 4. Auflage, Berlin 1885; im Internet abrufbar unter: <https://digital.staatsbibliothek-berlin.de/werkansicht?PPN=PPN683354485&PHYSID=PHYS_0005&DMDID=&view=overview-toc> (zuletzt abgerufen im November 2023).

Klostermann, Rudolf, Lehrbuch des Preußischen Bergrechtes mit Berücksichtigung der übrigen deutschen Bergrechte, Berlin 1871; im Internet abrufbar unter: <https://digital.staatsbibliothek-berlin.de/werkansicht?PPN=PPN68335650X&PHYSID=PHYS_0005&DMDID=> (zuletzt abgerufen im November 2023).

Kment, Martin, Die Bewältigung von Nichtwissen durch adaptive Abwägung – zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Abwägung, ZUR 2016, S. 331-339.

Kment, Martin (Hrsg.), Raumordnungsgesetz mit Landesplanungsrecht Kommentar, Baden-Baden 2019.

Knauff, Matthias, Öffentlichkeitsbeteiligung im Verwaltungsverfahren, DÖV 2012, S. 1-8.

Knoepffler, Nikolaus, Angewandte Ethik, Köln/Weimar/Wien 2010.

Knopf, Stefan/ May, Franz/ Müller, Christian und Peter, Johannes, Neuberechnung möglicher Kapazitäten zur CO2-Speicherung in tiefen Aquifer-Strukturen, Energiewirtschaftliche Tagesfragen 2010, S. 76-80; im Internet abrufbar unter: <https://www.bgr.bund.de/DE/Themen/Nutzung_tieferer_Untergrund_CO2Speicherung/CO2Speicherung/Speichermoeglichkeiten/CO2-speicherkapazitaet-zahlen-newsletter-2010-02.html> (zuletzt abgerufen im November 2023).

Koch, Hans-Joachim, Immissionsschutz durch Baurecht, Zugleich zum Zusammenspiel baurechtlicher und immissionsschutzrechtlicher Normen, Baden-Baden 1991.

Köck, Wolfgang, Pläne und andere Formen des prospektiven Verwaltungshandelns, in: Andreas Voßkuhle/Martin Eifert/Christoph Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 2, 3. Auflage, München 2022, S. 781-856.

Köck, Wolfgang, Umwelt- und Naturschutzrecht, in: Konrad Ott/Jan Dierks/Lieske Voget-Kleschin (Hrsg.), Handbuch Umweltethik, Stuttgart 2016.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Köck, Wolfgang/Fischer, Henrik, Gesundheitsfördernde Stadtentwicklung und Umweltgerechtigkeit als Problem des Städtebau- und Bauplanungsrechts, DVBl. 2016, S. 1296-1306.

Köck, Wolfgang, Zur Parallelität von Wassernutzungsrechten und Windnutzungsrechten, ZUR 2017, S. 684-690.

Köck, Wolfgang, Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht: Historische Grundlagen – Dogmatik –Hauptanwendungsbereiche - neue Herausforderungen, in: Wolfgang Köck/Till Markus/Moritz Reese (Hrsg.), Zukunftfähiges Umweltrecht I, Baden-Baden 2023.

Kohls, Malte/ Lienemann, Annette/ Warnke, Michaela/ Wittrock, Elith, Umweltvorsorge bei der unterirdischen Speicherung von Kohlendioxid, Ein Beitrag zu den fachlichen und rechtlichen Grundlagen der Umweltvorsorge bei der Potenzialanalyse und bei Zulassungsverfahren nach dem Kohlendioxid-Speicherungsgesetz, ZUR 2015, S. 140-149.

Koller, Peter, Die rechtliche Umsetzung ökologischer Forderungen, in: Julian Nida-Rümelin/Dietmar v. d. Pfordten (Hrsg.), Ökologische Ethik und Rechtstheorie. 2. Auflage, Baden-Baden 2002, S. 127-148.

Kolonko, Britta, Naturschutzrecht und Bergrecht - zwei unvereinbare Materien?, ZUR 1995, S. 126-134.

Kopp, Ferdinand O. (Begründer)/Ramsauer, Ulrich (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 24. Auflage, München 2023.

Krausmann, Fridolin/Lauk, Christian/Haas, Willi/Wiedenhofer, Dominik, From resource extraction to outflows of wastes and emissions, The socioeconomic metabolism of the global economy, 1900–2015, Global Environmental Change 2018, S. 131-140.

Krawietz, Werner, Unbestimmter Rechtsbegriff, Öffentliches Interesse und gesetzliche Gemeinwohlklauseln als juristisches Entscheidungsproblem, Der Staat 1972, S. 349-366.

Krebs, Angelika, Naturethik im Überblick, in: Krebs (Hrsg.), Naturethik, Grundtexte der gegenwärtigen tier- und ökoethischen Diskussion, Frankfurt am Main 2020, S. 337-379.

Krebs, Angelika, Einleitung, Die neue Egalitarismuskritik im Überblick, in: dieselbe (Hrsg.), Gleichheit oder Gerechtigkeit, Texte der neuen Egalitarismuskritik, Frankfurt am Main 2000, S. 7-37.

Kremer, Eduard/ Neuhaus gen. Wever, Peter, Bergrecht, Stuttgart 2001.

Krems, Burkhardt, Grundfragen der Gesetzgebungslehre erörtert anhand neuerer Gesetzgebungsvorhaben insbesondere der Neuregelung des Bergschadensrechts, Berlin 1979.

Krüper, Julian, Grundlagen des Rechts, Baden-Baden 2011.

Kube, Hanno, Buchbesprechung des Buches ‚Ökologische Ethik und Rechtstheorie' hrsg. v. Julian Nida-Rümelin und Dietmar v. d. Pfordten, UPR 2002, S. 436-437.

Kühling, Jürgen, Fachplanungsrecht, Düsseldorf 1988.

Kühne, Gunther, Zulassung und Ausübung des Bergbaus bei Kollisionen mit anderen öffentlichen Interessen, zugleich ein Beitrag zu § 47 RegE BBergG, ZfB 1980, S. 58-72.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kühne, Gunther, Die Bedeutung der Erfordernisse der Raumordnung und Landesplanung bei bergbaulichen Vorhaben, DVBl. 1984, S. 709-716.

Kühne, Gunther, Die Einführung der Umweltverträglichkeitsprüfung im Bergrecht, UPR 1989, S. 326-329.

Kühne, Gunther, Obligatorische Rahmenbetriebsplanzulassung im Bergrecht und ihre Wirkungen, DVBl. 2006, S. 662-672.

Kühne, Gunther, Anmerkung zu BVerwG, Urteile vom 15. 12. 2006, 7 C 1.06 und 7 C 6.06, DVBl. 2007, S. 832-834.

Kühne, Gunther, Bergrecht im Wandel der Wirtschaftsordnungen, RdE 2017, S. 38-42.

Kühne, Gunther, Umweltverträglichkeitsprüfung und Strategische Umweltprüfung: Auswirkungen auf bergrechtliche Zulassungsentscheidungen, in: Heggemann, Bernd (Hrsg.), Bergrechtliche Zulassungsentscheidungen im Kontext mit Umweltprüfungen, Baden-Baden 2009.

Kühne, Gunther, Enteignungsentschädigung bei hoheitlichem Entzug von Bodenschätzen zugunsten öffentlicher Verkehrsanlagen, Zur Eigentumsdogmatik des BGH, DVBl. 2012, S. 661-666.

Kühne, Gunther, Verfassungsrechtliche Fragen der bergrechtlichen Enteignung, NVwZ 2014, S. 321-326.

Kühne, Gunther, Die Stellung des Bergwerkseigentums in der straßenrechtlichen Planfeststellung, NVwZ 2016, S. 1221-1224.

Kühne, Gunther, Bergbau(berechtigungen) und Eigentumsgarantie, Gewichtsverlagerungen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, ZfB 2017, S. 71-84.

Lamont, Julian/Favor, Christi, Distributive Justice, in: Edward N. Zalta (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Stand: Herbst 2017); im Internet abrufbar unter: <https://plato.stanford.edu/entries/justice-distributive/> (zuletzt abgerufen im November 2024).

Landmann/Rohmer, Umweltrecht, hrsg. v. Beckmann, Martin/Durner, Wolfgang/Mann, Thomas/Röckinghausen, Marc, Band I, 102. Ergänzungslieferung, München 2023.

Landmann/Rohmer, Umweltrecht, hrsg. v. Beckmann, Martin/Durner, Wolfgang/Mann, Thomas/Röckinghausen, Marc, Band III, 102. Ergänzungslieferung, München 2023.

Lange, Klaus, Grundabtretung und vorzeitige Besitzeinweisung im bergrechtlichen Betriebsplanverfahren, DÖV 1988, S. 805-813.

Lanzer, Nina, „Erst kommt das Fressen, dann kommt die Moral"?, juristische und tierethische Betrachtungen zum Töten von Tieren nach dem TierSchG, Zugleich eine Besprechung der „Küken-Urteile" des BVerwG, EurUP 2020, S. 410-427.

Larenz, Karl, Methodische Aspekte der ‚Güterabwägung', in: Fritz Hauss/Reimer Schmidt (Hrsg.), Festschrift für Ernst Klingmüller, Karlsruhe 1974.

Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 1995.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

LBEG Niedersachsen – Landesamt für Bergbau, Energie und Geologie Niedersachsen, Erdöl und Erdgas in der Bundesrepublik Deutschland 2019, Hannover 2020; im Internet abrufbar unter: <https://www.lbeg.niedersachsen.de/erdoel-erdgas-jahresbericht/jahresbericht-erdoel-und-erdgas-in-der-bundesrepublik-deutschland-936.html> (zuletzt abgerufen im November 2023).

LBGR- Landesamt für Bergbau, Geologie und Rohstoffe Brandenburg, Merkblatt zum Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis zur Aufsuchung bergfreier Bodenschätze zu gewerblichen Zwecken gemäß § 7 BBergG; abrufbar im Internet unter: <https://lbgr.brandenburg.de/sixcms/media.php/9/Merkblatt%20f%C3%BCr%20einen%20Antrag%20auf%20Erteilung%20einer%20Erlaubnis%20%2821_06_19%29.pdf> (zuletzt abgerufen im November 2023).

LBGR- Landesamt für Bergbau, Geologie und Rohstoffe Brandenburg, Merkblatt zum Antrag auf Erteilung einer Bewilligung zur Gewinnung bergfreier Bodenschätze gemäß § 8 BBergG; abrufbar im Internet unter: <https://lbgr.brandenburg.de/sixcms/media.php/9/Merkblatt%20f%C3%BCr%20einen%20Antrag%20auf%20Erteilung%20einer%20Bewilligung%20%2830_10_13%29.pdf> (zuletzt abgerufen im November 2023).

Leisner, Walter, Bestandsgarantie des Eigentums - vom Bergrecht unterminiert?, DBVl. 1988, S. 555-562.

Locke, John, Zwei Abhandlungen über die Regierung, Übersetzung Hans Jörn Hoffmann, 16. Auflage, Frankfurt am Main 2020.

Lohmann, Dieter, Erdöl und Erdgas "made in Germany", in: Lohmann/Podbregar (Hrsg.), Im Fokus: Bodenschätze - Auf der Suche nach Rohstoffen, 2012, Springer: Berlin/Heidelberg, S. 57-71.

Lorenz, Stephan, Grundwissen – Zivilrecht: Grundlagen der Gefährdungshaftung, JuS 2021, S. 307-310.

Ludwig, Grit, Umweltaspekte in Verfahren nach dem BBergG, ZUR 2012, S. 150-157.

Ludwig, Grit, Gesamtabwägung ins Bundesberggesetz! Konsequenzen aus dem Garzweiler-Urteil des BVerfG vom 17.12.2013, ZUR 2014, S. 451-458.

Ludwig, Grit, Der Schutz des Oberflächeneigentums in der Vorhabenzulassung nach dem BBergG, DVBl. 2016, S. 685-690.

Ludwig, Grit, Keine originäre Bewirtschaftungsplanung für die Bodenschätzegewinnung, in: UBA (Hrsg.), Das Instrument der Bedarfsplanung, Rechtliche Möglichkeiten für und verfahrensrechtliche Anforderungen an ein Instrument für mehr Umweltschutz, Dessau-Roßlau 2017, S. 274-301; im Internet abrufbar unter: <http://www.umweltbundesamt.de/publikationen/das-instrument-der-bedarfsplanung-rechtliche> (zuletzt abgerufen November 2023).

Ludwig, Grit, Modernisierung des BBergG: Kodifizierung des Richterrechts, Behebung weiterer Defizite und Anpassung grundlegender Konzepte, VerwArch 2017, S. 559-583.

Ludwig, Grit/Purkus, Alexandra/Pannicke, Nadine/Gawel, Erik, Bauen mit Holz als Beitrag zum Klima- und Ressourcenschutz, DÖV 2017, S. 985-995.

Luhmann, Niklas, Legitimation durch Verfahren, 9. Auflage, Frankfurt am Main 2013.

Luhmann, Niklas, Die Wirtschaft der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1988.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Maier, Alfred, Deutscher Bergbau und seine Spannungsfelder – eine Außensicht, BHM 2014, Heft 4, S. 154-167.

Markl, Gregor, Minerale und Gesteine – Mineralogie – Petrologie - Geochemie, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 2015.

Mathis, Klaus, Nachhaltige Entwicklung und Generationengerechtigkeit, Eine interdisziplinäre Studie aus rechtlicher, ökonomischer und philosophischer Sicht, Tübingen 2017.

Maunz, Theodor/Dürig, Günter(Begründer)/Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H.(Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar Maunz/Düring, Band I, Art. 1-5, München, 101. Ergänzungslieferung Mai 2023.

Maunz, Theodor/Dürig, Günter(Begründer)/Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H.(Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar Maunz/Düring, Band II, Art. 6-16a, München, 101. Ergänzungslieferung Mai 2023.

Maunz, Theodor/Dürig, Günter(Begründer)/Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H.(Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar Maunz/Düring, Band III, Art. 17-28, München, 101. Ergänzungslieferung Mai 2023.

Maunz, Theodor/Dürig, Günter(Begründer)/Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H.(Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar Maunz/Düring, Band IV, Art. 29-67, München, 101. Ergänzungslieferung Mai 2023.

Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Auflage, München 2020.

Mazouz, Nadia, Gerechtigkeit, in: Marcus Düwell, Christoph Hübenthal, Micha H. Werner (Hrsg.), Handbuch Ethik, 3. Auflage, Stuttgart 2011, S. 371-376.

Meadows, Donella/Meadows, Dennis/Randers, Jørgen, Die neuen Grenzen des Wachstums, 7. Auflage, Stuttgart 1992.

Meyer, Kirsten, Was schulden wir künftigen Generationen?, Herausforderung Zukunftsethik, Stuttgart 2018.

Meyer, Stephan, Grundrechtsschutz in Sachen Klimawandel?, NJW 2020, S. 894-900.

Much, Susanna, Die Rechtsfragen der Ablagerung von CO2 in unterirdischen geologischen Formationen, Diss., Halle a. d. Saale 2009.

Müggeborg, Hans-Jürgen, Öffentlichkeitsbeteiligung und Bergrecht, 14. KBU – Kolloquium zu Wirtschaft und Umweltrecht am 28.1.2014 in Aachen, NVwZ 2014, S. 569-570.

NABU – Naturschutzbund Deutschland, Gewinnung von unkonventionellen Erdgas durch Fracking, Positionspapier, Berlin 2013, im Internet abrufbar unter: <https://www.nabu.de/imperia/md/content/nabude/energie/130122_nabu-position_fracking.pdf> (zuletzt abgerufen im November 2023).

Neumann, Ulfrid, Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren, ZStW 1989, S. 52–74.

Neumann, Werner, Entwicklungstendenzen der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Bergrecht, in: Gunther Kühne/Ulrich Ehricke (Hrsg.), Entwicklungslinien des Bergrechts, Genehmigungsrechtliche Fragen bei Großvorhaben des Kohlenabbaus, Baden-Baden 2008, S. 27-50.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Neutraler Expertenkreis, Risikostudie Fracking – Übersichtfassung der Studie, 2012.

Nida-Rümelin, Julian, Die beiden zentralen Intentionen der Theorie der Gerechtigkeit als Fairneß von John Rawls – Eine kritische Rekonstruktion, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) 1990, S. 457-466.

Nida-Rümelin, Julian/Pfordten, Dietmar v. d., Einführung: Auf dem Weg zu einer Ökologischen Rechtstheorie, in: Nida-Rümelin, Julian/Pfordten, Dietmar v. d. (Hrsg), Ökologische Ethik und Rechtstheorie, 2. Auflage, Baden-Baden 2002, S. 9-12.

Nusser, Julian, Fernstraße vor Bergbau, Konventionsrechtliche Impulse für den Schutz des Eigentums unter dem Grundgesetz?, NVwZ 2017, S. 1244-1251.

Oppenhoff, Theodor Franz, Das Allgemeine Berggesetz für die Preußischen Staaten, unter steter Vergleichung seines Textes mit demjenigen des Braunschweigischen, Meiningenschen, Gothaischen und Bayerischen Berggesetzes, Berlin 1870.

Ott, Konrad/Döring Ralf, Nachhaltigkeitskonzepte, zfwu 2001, S. 315-339.

Ott, Konrad, Umweltethik – Einige vorläufige Positionsbestimmungen, in: Ott, Konrad/Gorke, Martin (Hrsg.), Spektrum der Umweltethik, Marburg 2000.

Siegel, Thorsten, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage, Heidelberg 2022.

Peters, Birgit, Legitimation durch Öffentlichkeitsbeteiligung?, Tübingen 2020.

Peters, W., Nationalpark-Verordnung »Niedersächsisches Wattenmeer« und bergbauliche Berechtigungen, Erwiderung auf Kühne, DVBl. 1988, S. 227-229.

Petersen, Volkert, Umweltethik, Zur Bedeutung eines im Umweltrecht bisher eher vernachlässigten Begriffs, UPR 2003, S. 201-206.

Pfordten, Dietmar von der, Ökologische Ethik, Zur Rechtfertigung menschlichen Verhaltens gegenüber der Natur, Dissertation, Reinbek 1996.

Philipp, Ursula/Kolonko, Britta, Vereinheitlichung des Bergrechts in Deutschland, NJW 1996, S. 2694-2698.

Piekenbrock, Dirk, Gabler Kompakt-Lexikon der Volkswirtschaftslehre, 3. Auflage, Wiesbaden 2009.

Piens, Reinhardt/Schulte, Hans-Wolfgang/Vitzthum, Stephan Graf, Bundesberggesetz Kommentar, 2. Auflage, Stuttgart 2013.

Pohl, Walter L., Mineralische und Energie-Rohstoffe, Eine Einführung zur Entstehung und nachhaltigen Nutzung von Lagerstätten, 5. Auflage, Stuttgart 2005.

Potthast, Thomas, Umweltethik, in: Marcus Düwell, Christoph Hübenthal, Micha H. Werner (Hrsg.), Handbuch Ethik, 3. Auflage, Stuttgart 2011, S. 292-296.

Pufé, Iris, Nachhaltigkeit, 3. Auflage, München 2017.

Puppe, Ingeborg, Kleine Schule des juristischen Denkens, 4. Auflage, Göttingen 2019.

Radbruch, Gustav, Rechtsphilosophie, Studienausgabe herausgegeben von Ralf Dreier und Stanley L. Paulsen nach der Originalausgabe von 1932, 2. Auflage, Heidelberg 2003. Die zitierten Seitenzahlen beziehen sich auf die Originalausgabe von 1932.

Radbruch, Gustav, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, abgedruckt in: Dreier, R./Paulson, Gustav Radbruch Rechtsphilosophie, Anhang 3, S. 211-219.

Ramsauer, Ulrich, Planfeststellung ohne Abwägung?, Die Rechtsprechung zur atomrechtlichen Planfeststellung in der Kritik, NVwZ 2008, S. 944-950.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rasel, Klemens Maria, Umweltrechtliche Implikationen im Bundesberggesetz, Dissertation, Regensburg 1994.

Rath, Theresa/Ekardt, Felix, Energiekrise: Rechtsentwicklung auf EU- und Bundesebene, NVwZ 2023, S. 293-29.

Rausch, Jan-Dirk, Umwelt- und Planungsrecht beim Bergbau, Baden-Baden 1990.

Rawls, John, Gerechtigkeit als Fairneß, ein Neuentwurf, herausgegeben von Erin Kelly nach der Originalausgabe „Justice as Fairness, A Restatment", Frankfurt am Main 2003.

Rawls, John, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Übersetzung der der Originalausgabe von 1971, 20. Auflage, Frankfurt am Main 2017.

Rawls, John, Verteilungsgerechtigkeit, in: Christoph Horn/Nico Scarano (Hrsg.), Philosophie der Gerechtigkeit, Texte von der Antike bis zur Gegenwart, 7. Auflage, Frankfurt am Main 2017, S. 355-386. Das englische Original ist unter dem Titel „Distributive Justice" erschienen in: P. Laslett/W. G. Runciman (Hrsg.), Philosophy, Politics, Society, Oxford, S. 58-82.

Regenbogen, Arnim/Meyer, Uwe (Hrsg.), Wörterbuch der philosophischen Begriffe, Hamburg 2013.

Rehbinder, Eckard, Das deutsche Umweltrecht auf dem Weg zur Nachhaltigkeit, NVwZ 2002, S. 657-666.

Rehbinder, Eckard /Schink, Alexander (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, 5. Auflage, Berlin 2018.

Reichl, Christian/Schatz, Michael, World Mining Data 2023, für das österreichische Bundesministerium Landwirtschaft, Regionen und Tourismus (Hrsg.), Heft 38, Wien 2023, im Internet abrufbar unter: <https://www.world-mining-data.info/wmd/downloads/PDF/WMD2023.pdf> (zuletzt abgerufen im November 2023).

Reinicke, Kurt M., Hydraulische Bohrlochbehandlung (Fracking) aus technologischer Sicht, Niedersächsische Verwaltungsblätter, NdsVBl 2014, S. 177-183.

Rockström, Johan, wiedergegeben durch Benno Keppner, in: BMUB, UBA, DBU (Hrsg.), Outcomes of the International Conference ‚Making the Planetary Boundaries Concept work' 24-25 April 2017 Berlin, S. 18.

Ronellenfitsch, Michael, Einführung in das Planungsrecht, Darmstadt 1986.

Ronellenfitsch, Michael, Rechtsfolgen fehlerhafter Planung, NVwZ 1999, S. 583-590.

Rosa, Hartmut, Resonanz, Eine Soziologie der Weltbeziehung, 2. Auflage, Berlin 2019.

Rösler, Jürgen, Lehrbuch der Mineralogie, 2. Auflage, Leipzig 1981.

Roßnagel, Alexander/Hentschel, Anja, Rechtliche Instrumente des allgemeinen Ressourcenschutzes, UBA-Texte 23/2017, Dessau-Roßlau 2016; im Internet abrufbar unter: <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/rechtliche-instrumente-des-allgemeinen> (zuletzt abgerufen im November 2023).

Rothe, Peter, Schätze der Erde, Die faszinierende Welt der Rohstoffe, Darmstadt 2010.

Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 10. Auflage, München 2018.

Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 9. Auflage, München 2021.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Salewski, Ernst Martin, Die Möglichkeiten markscheiderischer Aussagen über Bodenbewegungen und Lagerstättenverhältnisse als Grundlage für eine bergmännische Planung unter Berücksichtigung der Belange des Landschafts- und Naturschutzes, Dissertation, Clausthal 1991.

Sanden, Joachim/Schomerus, Thomas/Schulze, Falk, Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes – Abschlussbericht, Studie im Auftrag des Umweltbundesamtes, Berlin 2012.

Schenke, Wolf-Rüdiger, Bergbau contra Oberflächeneigentum und kommunale Selbstverwaltung?, Zur Bedeutung der verfassungsrechtlichen Garantie des Eigentums und der gemeindlichen Selbstverwaltung bei der bergrechtlichen Betriebsplanzulassung, Berlin 1994.

Schindler, C., Nievergelt, P., Einführung in Geologie und Petrographie, 2. Aufl., Zürich 1990.

Schink, Alexander/Reidt, Olaf/Mitschang, Stephan (Hrsg.), Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz, Kommentar, München 2018.

Schlacke, Sabine, Umweltrecht, 7. Auflage, Baden-Baden 2019.

Schmidt-Aßmann, Eberhard/Groß, Thomas, Zur verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte nach der Privatgrundschul-Entscheidung des BVerfG, NVwZ 1993, S. 617-625.

Schmitz, Heribert/Prell, Lorenz, Planungsvereinheitlichungsgesetz, Neue Regelungen im Verwaltungsverfahrensgesetz, NVwZ 2013, S. 745-754.

Schneider, Jens-Peter/Theobald, Christian (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 5. Auflage, München 2021.

Schönke, Adolf (Begründer), durch Schröder, Horst fortgeführt; Albin Eser (Gesamtredaktion), Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, 2019 München.

Schroeder, Daniela, Zur Dogmatik der Bindungswirkungen von Verwaltungsakten, DÖV 2009, S. 217-225.

Schröter, Michael W., Mensch, Erde, Recht, Grundfragen ökologischer Rechtstheorie, Baden-Baden 1999.

Schulte, Hans, Das Bundesberggesetz, NJW 1981, S. 88-95.

Schulte, Hans, Raumplanung und Genehmigung bei der Bodenschätzegewinnung, München 1996.

Sendler, Horst, Wer gefährdet wen: Eigentum und Bestandsschutz den Umweltschutz - oder umgekehrt?, UPR 1983, S. 33-46.

Sendler, Horst, Buchbesprechung des Buches ‚Umweltethik und Umweltpolitik' von Martin Flügel, UPR 2002, S. 272.

Seuser, Anna Alexandra, Unkonventionelles Erdgas – Begehrte Ressource mit Unwägbarkeiten, NuR 2012, S. 8-18.

Sinder, Rike/Wiertz, Thilo, Energieversorgungssicherheit, NVwZ 2023, S. 552-557.

Singer, Reinhard, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, München 1993.

Solveen, Dirk, Zur materiellen Präklusion im Fernstraßenplanungsrecht, DVBl. 1997, S. 803-809.

Spannowsky, Willy/Runkel, Peter/Goppel, Konrad (Hrsg.), Raumordnungsgesetz Kommentar, 2. Auflage, München 2018.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Sparwasser, Reinhard/Engel, Rüdiger/Voßkuhle, Andreas, Umweltrecht, Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts, 5. Auflage, Heidelberg 2003.

SPD, Bündnis 90/Die Grüne, FDP, Mehr Fortschritt wagen, Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag 2021-2025, Berlin 2021; im Internet abrufbar unter: <https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf> (zuletzt abgerufen im November 2023).

Spieth, Wolf Friedrich/Laitenberger, Johannes, Umfang und Grenzen der Nachsorgepflicht des Anlagenbetreibers, Zu den Auswirkungen der aktuellen bergrechtlichen Entwicklung auf das Anlagenrecht, BB 1996, S. 1893-1898.

SRU – Der Rat von Sachverständigen für Umweltfragen, Für eine neue Vorreiterrolle, Sondergutachten, Bundestag Drucksache 14/8792 vom 15. 04. 2002; im Internet abrufbar unter: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/14/087/1408792.pdf> (zuletzt abgerufen im November 2023).

SRU – Sachverständigenrat für Umweltfragen, Stellungnahme: Auf dem Weg zur Europäischen Ressourcenstrategie: Orientierung durch ein Konzept für eine stoffbezogene Umweltpolitik, 2005; im Internet abrufbar unter: <https://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/04_Stellungnahmen/2004_2008/2005_Stellung_Europaeische_Ressourcenstrategie.html> (zuletzt abgerufen im November 2023).

SRU – Sachverständigenrat für Umweltfragen, Abscheidung, Transport und Speicherung von Kohlendioxid – Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung im Kontext der Energiedebatte, Stellungnahme, 2009; im Internet abrufbar unter: <https://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/04_Stellungnahmen/2008_2012/2009_05_AS_13_Stellung_Abscheidung_Transport_und_Speicherung_von_Kohlendioxid.html> (zuletzt abgerufen im August 2021).

SRU – Sachverständigenrat für Umweltfragen, Wege zur 100 % erneuerbaren Stromversorgung, Sondergutachten, Berlin 2011; im Internet abrufbar unter: <https://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/02_Sondergutachten/2008_2012/2011_07_SG_Wege_zur_100_Prozent_erneuerbaren_Stromversorgung.html> (zuletzt abgerufen im November 2023).

SRU – Sachverständigenrat für Umweltfragen, Verantwortung in einer begrenzten Welt, Umweltgutachten 2012, BT-Drs. 17/10285 vom 05.07.2012.

SRU– Sachverständigenrat für Umweltfragen, Kohleausstieg jetzt einleiten, Stellungnahme, Berlin 2017; im Internet abrufbar unter: <https://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/04_Stellungnahmen/2016_2020/2017_10_Stellungnahme_Kohleausstieg.html> (zuletzt abgerufen im November 2023).

Steffen, Will/Richardson, Katherine/Rockström, Johan/Cornell, Sarah E/Fetzer, Ingo/Bennett, Elena M./Biggs, Reinette/Carpenter, Stephen R./de Vries, Wim/de Wit, Cynthia A./Folke, Carl/Gerten, Dieter/Heinke, Jens/Mace, Georgina M./Persson, Linn M./Ramanathan, Veerabhadran, Reyers, Belinda/Sörlin, Sverker, Planetary boundaries: Guiding human development on a changing planet, Science 2015, Jahrgang 347, Heft 6223, 1259855; im Internet abrufbar unter: <https://science.sciencemag.org/content/347/6223/1259855> (zuletzt abgerufen im November 2023).

Stelkens, Paul/Bonk, Joachim/Sachs, Michael (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 10. Auflage, München 2023.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Stern, Klaus, Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, in: Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Auflage, Heidelberg 2011.

Stevens, Berthold, Bergrechtliche und umweltrechtliche Genehmigungen für Tagebaue, ZUR 2012, S. 338-347.

Stober, Ingrid/Bucher, Kurt, Geothermie, 2. Auflage, Berlin/Heidelberg 2014.

Strack, Intergenerationelle Gerechtigkeit, Rechtsphilosophische Begründungen mit einer Anwendung auf die bundesdeutsche Staatsverschuldung, Dissertation, Baden-Baden 2015.

Stüer, Bernhard, Die Zukunftsfähigkeit des straßenrechtlichen Planfeststellungsverfahrens, Forschungsseminar des Arbeitsausschusses Straßenrecht und der Universität Bonn, DVBl. 2009, S. 1432-1436.

Stüer, Bernhard, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, Planung – Genehmigung – Rechtsschutz, 5. Auflage, München 2015.

Stüer, Bernhard/Rieder, Markus, Präklusion im Fernstraßenrecht, DÖV 2003, S. 473-482.

Tettinger, Peter J., Fairneß und Waffengleichheit, Rechtsstaatliche Direktiven für Prozeß und Verwaltungsverfahren, München 1984.

Teßmer, Dirk, Vorschläge zur Novellierung des deutschen Bergrechts, in: Walter Frenz (Hrsg.), Bergrechtsreform und Fracking, gemeinsame Tagung des Lehr- und Forschungsgebietes Berg- und Umweltrecht der RWTH Aachen und der GDMB Gesellschaft für Bergbau, Metallurgie, Rohstoff- und Umwelttechnik am 29. Januar 2013 in Aachen, Clausthal-Zellerfeld 2013, S. 25-46.

Teßmer, Dirk, Rechtsgutachten: Vorschläge zur Novellierung des deutschen Bergrechts, 2009.

Teßmer, Dirk, Rechtsgutachten: Novellierungsbedarf des deutschen Bergrechts im Auftrag der Bundestagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen – Kernthesen, 2009; abrufbar im Internet unter: <https://www.kein-tagebau.de/images/_dokumente/_archiv/Kernthesen_Bergrecht.pdf> (zuletzt aufgerufen im November 2023).

Teßmer, Dirk, Bergrechtliche Implikationen eines Ausstiegs aus CO2-intensiver Stromerzeugung?, EnWZ 2017, S. 219-224.

Thommen, Jean-Paul, Lexikon der Betriebswirtschaft, 4. Auflage, Zürich 2008.

Tiess, Günter, Rechtsgrundlagen der Rohstoffpolitik, Ausgewählte Länder Europas, 2009, Springer: Wien/New York.

Towfigh, Emanuel V., „Nur erst, wenn dir die Form ganz klar ist, wird dir der Geist klar werden.", Zum grundgesetzlichen Gebot der Normenklarheit, JA 2015, S. 81-86.

Tremmel, Jörg, Institutionelle Verankerung der Rechte nachrückender Generationen, ZRP 2004, S. 44-46.

Tschentscher, Axel, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, Rationales Entscheiden, Diskursethik und prozedurales Recht, Baden-Baden 2009; im Internet abrufbar unter: <http://www.servat.unibe.ch/jurisprudentia/lit/gerechtigkeit2.pdf> (zuletzt abgerufen im November 2023).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

UBA – Umweltbundesamt (Hrsg), Ressourcenverbrauch von Deutschland – aktuelle Kennzahlen und Begriffsbestimmungen Erstellung eines Glossars zum „Ressourcenbegriff" und Berechnung von fehlenden Kennzahlen des Ressourcenverbrauchs für die weitere politische Analyse, Autoren: Helmut Schütz und Stefan Bringezu, Dessau-Roßlau 2008; im Internet abrufbar unter: <https://www.umweltbundesamt.de/en/publikationen/ressourcenverbrauch-von-deutschland-aktuelle> (zuletzt abgerufen im November 2023).

UBA – Umweltbundesamt, CCS – Rahmenbedingungen des Umweltschutzes für eine sich entwickelnde Technik, Positionspapier, 2009; im Internet abrufbar unter: <http://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/publikation/long/3804.pdf> (zuletzt abgerufen im November 2023).

UBA – Umweltbundesamt (Hrsg), Glossar zum Ressourcenschutz, Autoren: Jan Kosmol, Judit Kanthak, Friederike Herrmann, Michael Golde, Carsten Alsleben, Gertrude Penn-Bressel, Stefan Schmitz, Ulrich Gromke, 2012; im Internet abrufbar unter: <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/glossar-ressourcenschutz> (zuletzt abgerufen im November 2023).

UBA – Umweltbundesamt, Umweltauswirkungen von Fracking bei der Aufsuchung und Gewinnung von Erdgas aus unkonventionellen Lagerstätten, Kurzfassung, Berlin 2012; im Internet abrufbar unter: <http://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/461/publikationen/k4346.pdf> (zuletzt aufgerufen im November 2023).

UBA- Umweltbundesamt, Umweltverträgliche Nutzung des Untergrundes und Ressourcenschonung, Anforderungen an eine Raumordnung unter Tage und ein modernes Bergrecht (Langfassung), Dessau-Roßlau 2014; im Internet abrufbar unter: <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/umweltvertraegliche-nutzung-des-untergrundes> (zuletzt aufgerufen im November 2023).

UBA- Umweltbundesamt, Treibhausgasneutrales Deutschland im Jahr 2050, Dessau-Roßlau, 2014; im Internet abrufbar unter: <http://www.umweltbundesamt.de/publikationen/treibhausgasneutrales-deutschland-im-jahr-2050-0> (zuletzt aufgerufen im November 2023).

UBA – Umweltbundesamt, Landesgesetz zum Kohlendioxid-Speicherungsgesetz erarbeiten - Stellungnahme vom 28. Februar 2013 zum Antrag der Fraktionen DIE LINKE sowie BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Landtag von Sachsen-Anhalt, Dessau-Roßlau 2015, im Internet abrufbar unter: <http://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/376/publikationen/stellungnahme_des_umweltbundesamtes_landesgesetz_zum_kohlendioxid-speicherungsgesetz_erarbeiten.pdf> (zuletzt aufgerufen im November 2023).

UBA – Umweltbundesamt, CO2-Emissionsfaktoren für fossile Brennstoffe, Dessau-Roßlau 2016, im Internet abrufbar unter: <https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/1968/publikationen/co2-emissionsfaktoren_fur_fossile_brennstoffe_korrektur.pdf> (zuletzt aufgerufen im November 2023).

UBA – Umweltbundesamt, Die Nutzung natürlicher Ressourcen, Bericht für Deutschland 2018, Dessau-Roßlau 2018, im Internet abrufbar unter: <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/die-nutzung-natuerlicher-ressourcen-bericht-fuer> (zuletzt abgerufen im November 2023).

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

UBA – Umweltbundesamt (Hrsg.), Recht der Rohstoffgewinnung – Reformbausteine für eine Stärkung des Umwelt- und Ressourcenschutzes im Berg-, Abgrabungs- und Raumordnungsrecht, Instrumente zur umweltverträglichen Steuerung der Rohstoffgewinnung – INSTRO, Abschlussbericht Teil 1, Dessau-Roßlau 2019; im Internet abrufbar unter: <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/recht-der-rohstoffgewinnung-reformbausteine-fuer> (zuletzt abgerufen im November 2023).

UBA, Rohstoffbedarfsplanung, Konzeptionelle Eckpunkte eines Instruments zur ressourcen- und flächensparenden Rohstoffgewinnung, Instrumente zur umweltverträglichen Steuerung der Rohstoffgewinnung – INSTRO, Abschlussbericht Teil 2, Dessau-Roßlau 2019; im Internet abrufbar unter: <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/rohstoffbedarfsplanung-konzeptionelle-eckpunkte> (zuletzt abgerufen im November 2023).

UBA – Umweltbundesamt, Entwicklung der spezifischen Kohlendioxid-Emissionen des deutschen Strommix in den Jahren 1990 bis 2019, Dessau-Roßlau 2020; im Internet abrufbar unter: <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/entwicklung-der-spezifischen-kohlendioxid-6> (zuletzt aufgerufen im November 2023).

UBA – Umweltbundesamt, Ansätze zur Ressourcenschonung im Kontext von Postwachstumskonzepten, Abschlussbericht, Dessau-Roßlau 2020; im Internet abrufbar unter: <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/ansaetze-zur-ressourcenschonung-im-kontext-von> (zuletzt aufgerufen im November 2023).

UBA – Umweltbundesamt, Berichterstattung unter der Klimarahmenkonvention der Vereinten Nationen und dem Kyoto-Protokoll 2022, Nationaler Inventarbericht zum Deutschen Treibhausgasinventar 1990 – 2020, Dessau-Roßlau 2022; im Internet abrufbar unter: <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/berichterstattung-unter-der-klimarahmenkonvention-7> (zuletzt aufgerufen im November 2023).

UBA, Ukraine-Krise und Nachhaltigkeitspolitik, Kurs halten in der Krise - schneller auf den Pfad zur industriellen Dekarbonisierung! Folgen der Ukraine-Krise für die Industrie, Dessau-Roßlau 2022; im Internet abrufbar unter: <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/kurs-halten-in-der-krise-schneller-auf-den-pfad-zur> (zuletzt abgerufen im November 2023).

Uerpmann, Robert, Das öffentliche Interesse, Seine Bedeutung als Tatbestandsmerkmal und als dogmatischer Begriff, Tübingen 1999.

Unnerstall, Herwig, Rechte zukünftiger Generationen, Diss., Würzburg 1999.

Verheyen, Roda, Die Bedeutung des Klimaschutzes bei der Genehmigung von Kohlekraftwerken und bei der Zulassung des Kohleabbaus, ZUR 2010, S. 403-411.

Wachler, Paul, Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten: erläutert aus den Materialien der Rechtswissenschaft und der bisherigen Praxis der Bergverwaltungs-Behörden und Gerichte, unter besonderer Berücksichtigung des französischen, österreichischen und sächsischen Bergrechts, Breslau 1865; im Internet abrufbar unter: <https://digital.staatsbibliothek-berlin.de/werkansicht/?PPN=PPN683215574> (zuletzt abgerufen im November 2023).

Wahl, Rainer/Dreier, Johannes, Entwicklung des Fachplanungsrechts, NVwZ 1999, S. 606-620.

Wasielewski, Andreas, Das Bundesberggesetz – ein Fels in der Brandung, ZUR 2014, S. 385-368.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

WCED – World Commission on Environment and Development, Report: Our Common Future (Brundlandt-Report), 1987; im Internet abrufbar unter: <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf> (zuletzt abgerufen im November 2023).

Weber, Klaus (Hrsg), Creifelds Rechtswörterbuch, 23. Auflage, München 2019.

Wellerdt, Alexander, Es ist Zeit, das Verwaltungsorganisationsrecht wiederzuentdecken, NVwZ 2021, S. 1101-1104.

Wendt, Fabian, Libertäre Gerechtigkeit, in: Anna Goppel/Corinna Mieth/Christian Neuhäuser (Hrsg.), Handbuch Gerechtigkeit, Kapitel 32, S. 205-211.

Wernsmann, Rainer/Bering, Simon, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Vorteilsabschöpfungsabgaben, Am Beispiel der CO_2-Bepreisung nach dem Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG), NVwZ 2020, S. 497-504.

Weschpfennig, Armin von, Die Systematik der UVP-Pflicht im Bergrecht, EurUP 2016, S. 182-198.

Weschpfennig, Armin von, Pfadabhängigkeiten im Bergrecht und nachhaltige Ressourcenbewirtschaftung, DÖV 2017, S. 23-32.

Weschpfennig, Armin von, Strukturen des Bergrechts, 2022 Tübingen.

Weyreuther, Felix, Rechtliche Bindung und gerichtliche Kontrolle planender Verwaltung im Bereich des Bodenrechts BauR 1977, S. 293-309.

Weyreuther, Felix, Bauen im Außenbereich, Ein nach Stichwörtern gegliederter Kommentar zu den mit § 35 BBauGB zusammenhängenden Fragen, Köln u.a. 1979.

Wickel, Martin, Die Abscheidung und Speicherung von Kohlendioxid (Carbon Capture and Storage) – Eine neue Technik als Herausforderung für das Umweltrecht, ZUR 2011, S. 115-120.

Wiegand, Bodo, Das Prinzip Verantwortung und die Präambel des Grundgesetzes, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts 1995, Band 43, S. 31-54.

Willecke, Raimund, Die deutsche Berggesetzgebung, Von den Anfängen bis zur Gegenwart, begründet von: Westhoff/Schlüther, Essen 1977.

Wirtschaftsvereinigung Bergbau, Das Bergbau-Handbuch, 5. Auflage, Essen 1994.

Wörheide, Daniel, Die Bergbauberechtigungen nach dem Bundesberggesetz, Baden-Baden 2014.

Wörheide, Daniel, Funktion und Ausgestaltung des Konzessionierungsverfahrens im Bergrecht, UPR 2015, S. 176-182.

Ziehm, Cornelia, Neue Braunkohlentagebaue und Verfassungsrecht, Konsequenzen aus dem Garzweiler-Urteil des BVerfG vom 17.12.2013, ZUR 2014, S. 458-462.

Ziehm, Cornelia, Tiere als Rechtspersonen – Verfassungsbeschwerde gegen die Zulassung der betäubungslosen Ferkelkastration EurUP 2020, S. 105-117.

Ziekow, Jan, Frühe Öffentlichkeitsbeteiligung, Der Beginn einer neuen Verwaltungskultur, NVwZ 2013, S. 754-760.

Ziekow, Jan (Hrsg.), Handbuch des Fachplanungsrechts, Grundlagen – Praxis – Rechtsschutz, 2. Auflage, München 2014.

Zydek, Hans, Bundesberggesetz mit amtlicher Begründung und anderen amtlichen Materialien, Essen 1980.

https://doi.org/10.5771/9783748917601 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -