

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 genügt. So wurde der Rechtsschutz von Grundeigentümern vor dem Rahmenbetriebsplan erst durch Entscheidung des BVerwG im Jahr 2006¹⁵⁴⁴ 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.

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 Betroffenheitsbeteiligung 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.

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 Schäden¹⁵⁵² 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.)

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, II 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.

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.

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 grundlegende 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.

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.

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 Bergbauberechtigung¹⁵⁷² zeigen in Richtung einer tendenziellen Vorfestlegung zuungunsten des Grundeigen-

1568 Lücke, in: Grziwotz/Lücke/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

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).

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.

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 Zuteignende 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 Zuteignende 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.

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 Begriffslogik¹⁵⁸¹ 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.

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 Beteiligte¹⁵⁸⁵). 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.

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 Zuateignenden

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.

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 Bergbauunternehmen 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.

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 BlmschG.

1590 *Appel*, NVwZ 2012, S. 1361.

1591 *Haug/Schadtke*, 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.

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.

1. 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.

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.

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.

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 Sachwalterrolle 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.

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 begründen.

1607 Appel, NVwZ 2012, S. 1362, 1365.

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) eingeführt¹⁶⁰⁸ 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.

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.

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 Zeitablauf¹⁶¹⁶; es ist ein Rechtsverlust¹⁶¹⁷ 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.

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 draufgesetzt? 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.

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 sinnvoll 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 Ausführungen

1623 BVerwG, Urteil v. 16.3.1989 - 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (2. Leitsatz, 343 ff.) – Moers-Kapellen; Vitzthum/Piensch, in: Piensch/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.

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.

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 Planfeststellungsverfahrens 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 Regelungsgehalt des § 57a V BBergG deutlich von der gerügten Präklusionsnorm des § 73 IV S. 3 VwVfG unterscheidet. 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).

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.

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 Auslegungsmethoden, 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 Niederschrift¹⁶³⁷ 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.

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 Urteilkraft 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 (I. 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.

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 Ronellenfitch, NVwZ 1999, S. 587.

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).

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 Ermessensspielraum) 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 Zuteilnehmenden 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.

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* wohlgermerkt 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

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 II 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.

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.

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).

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 Überprüfungsöglichkeit 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. I. 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-

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://generationengerechtigkeit.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.

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 Anspruchs 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.

