

Kapitel 4: Verteilungsgerechtigkeit im Bergrecht

Im Bereich der Verteilung von Ressourcen im Anwendungsfeld des Bergrechts stehen drei Nutzungskonflikte im Vordergrund. Erstens geht es um die Verteilung der Rechtsposition am Bodenschatz, sei es in Form von der Bergbauberechtigung bei bergfreien Bodenschätzen oder des Grundeigentums bei grundeigenen Bodenschätzen (Teil A). Hier wird zwischen mehreren Bergbauunternehmern, aber auch zwischen der Zuordnung des Rohstoffes als Gut der Allgemeinheit oder als Gut eines Einzelnen unterteilt. Zweitens geht es um den Nutzungskonflikt zwischen Oberflächennutzer und Bergbaubetreiber, der aus den gegensätzlichen Nutzungsinteressen bezogen auf dasselbe Grundstück resultiert (Teil B). Diese Auseinandersetzung steht auch im Fokus der juristischen Aufmerksamkeit und soll auch hier schwerpunktmäßig betrachtet werden. Zuletzt wird die Verteilung der Lasten des Bergbaus in den Blick genommen, also die Nutzungskonflikte zwischen denjenigen, die den Bergbau betreiben und denjenigen, die von dem Bergbau negativ betroffen sind (Teil C). Von den Folgen des Bergbaus können auch die künftigen Generationen nachteilig (und nachhaltig) betroffen sein. Dieser Verteilungskonflikt wird aber gesondert in Kapitel 5 unter dem Stichpunkt Nachhaltigkeit behandelt. Diese Zuordnung soll der Übersichtlichkeit dienen und die spezifischen Probleme der Langzeitdimension zusammenfassend behandeln, obwohl die Fragen der Nachhaltigkeit auch als Verteilungsgerechtigkeitsfragen zu fassen sind.

Die Analyse der einzelnen Nutzungskonflikte ist folgendermaßen strukturiert. Zunächst muss die Verteilungsentscheidung des BBergG über eines der Güter ermittelt werden. Hier kann die Verteilungsentscheidung entweder von dem Gesetzgeber selbst getroffen werden oder aber der Gesetzgeber belässt der Behörde einen Entscheidungsspielraum. Schwierigkeiten können dabei die gestuften Entscheidungen bereiten, sodass sich die Verteilungsentscheidung auf mehrere Entscheidungen aufsplitten kann. Hier muss die Reichweite und Bindungswirkung der einzelnen gestuften Entscheidungen genau untersucht werden. Ist dann geklärt, in welcher gesetzlichen oder behördlichen Entscheidung die Verteilungsentscheidung über das Gut zu sehen ist, so wird im zweiten Schritt ermittelt, welche gesetzlichen Kriterien der Entscheidung zugrunde liegen. Welche Bedingungen sieht das Gesetz vor? Welche Kriterien hat die Behörde zu beachten?

Diese bergrechtlichen Kriterien der Entscheidung werden dann im letzten Schritt mit den Ansätzen der Verteilungsgerechtigkeitstheorien verglichen. Finden sich hier Ansätze der Verteilungsgerechtigkeit, die der bergrechtlichen Auswahl des Kriteriums gleichen? Inwieweit können die gewählten Kriterien einer gerechten Verteilung den Boden bereiten? Verkompliziert wird die ressourcenethische Analyse durch die teilweise unklare und strittige Gesetzesinterpretation. Die Untersuchung legt daher die Auslegung des BBergG nach der derzeitig herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Lehre zugrunde, um dann in einem letzten Schritt eventuell bestehenden ressourcenethischen Defizite des BBergG schon durch ein Ausloten des Auslegungsspielraums zu begegnen.

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

Bei der Frage nach der Verteilung des Guts Rechtsposition am Bodenschatz geht es um die horizontale Verteilung, d.h. die Verteilung zwischen gleichartigen Nutzungen: Wer soll eine Rechtsposition an den Bodenschätzen erhalten? Hier ist zwischen den bergfreien und den grundeigenen Bodenschätzen zu unterscheiden.

Die bergfreien Bodenschätze sind (als herrenlose Sachen) gesetzlich zunächst der Allgemeinheit zugeordnet und bedürfen einer Änderung der Zuordnung durch die Gewährung des Bergbaurechts. Das Berechtsamswesen ist das Rechtsinstrument, das das BBergG für die Zuordnung einer Bergbauberechtigung für bergfreie Bodenschätze bereithält. Die Verteilung des Gutes ‚Rechtsposition am Bodenschatz‘ findet in diesem Fall zwischen dem Privaten und der Allgemeinheit statt.

In dem Kontext der bergbaufreien Bodenschätze stellt sich auch die Verteilungsfrage, wie die Rechtsposition am Bodenschatz zwischen zwei Bergbauinteressenten, die um denselben Bodenschatz auf demselben Gebiet konkurrieren, verteilt wird und verteilt werden sollte. Für diese Konfliktsituation trifft der § 14 BBergG mit Absatz 1 eine Vorrangregel und mit Absatz 2 eine Konfliktregel. Diese Verteilungsentscheidung steht nicht im Fokus der ressourcenethischen Problematik und kann hier ausgeklammert werden.¹⁰⁰²

1002 Für die Konfliktsituation zwei Bergbauwilliger müssen verschiedene Fälle unterschieden werden, die unterschiedliche Modi der Konflikt- und Verteilungslösung

Eine rechtlich eigenständige Rechtsposition am Bodenschatz gibt es hingegen bei den grundeigenen Bodenschätzen nicht. Die grundeigenen Bodenschätze teilen das Schicksal des Grundstückseigentums. Ihre Verteilung muss daher nicht eigenständig untersucht werden. Für die ressourcenethische Bewertung ist hier allein die Frage nach der Verteilung des Rechts an der Bodennutzung ausschlaggebend (siehe unter Kapitel 4 B.).

I. Ressourcenethische Analyse der Verteilungsentscheidung über die bergfreien Bodenschätze

Im Folgenden soll die Verteilungsentscheidung über die Rechtsposition an den bergfreien Bodenschätzen analysiert werden. Diese wird im System des Berechtamswesens getroffen. Die einschlägigen Vorschriften sind hierfür die §§ 6 ff. BBergG.

1. Welches ist die Verteilungsentscheidung?

Die staatliche Verteilungsentscheidung über die Zuteilung des Guts ‚bergfreier Bodenschatz‘ liegt in der Entscheidung über die Erteilung der Bergbauberechtigung – der Erlaubnis und/oder der Bewilligung und/oder des Bergwerkseigentums. Die Erlaubnis muss der Bewilligung vorausgehen. Die Erlaubnis ist so eine Vorbedingung zur Bewilligung, ordnet selbst aber

vorsähen. Wenn bereits eine Erlaubnis erteilt ist und ein zweiter Antrag auf eine Erlaubnis eingeht, oder vice versa bezüglich der Bewilligung, dann ist der zweite Antrag schon aufgrund des ausschließenden Charakters der Einwilligung/Bewilligung nach § 7 I S.1 bzw. § 8 I BBergG abzulehnen (*Franßen*, in: Frenz (Hrsg.), BBergG, § 14, Rn. 3). Für diese Konstellation gilt immer noch der Grundsatz des „wer zuerst kommt mahlt zuerst“. Dies erscheint gerade vor dem Hintergrund, dass keine Ausschreibung oder ähnliches staatlicherseits stattfindet, fragwürdig. Ob ein Vergabeverfahren, in dem inhaltliche Vergabekriterien ausschlaggebend sind (wie es § 14 II BBergG dann vorsieht), der derzeitigen Praxis vorzuziehen ist (auch aus ressourcenethischer Perspektive), dies bleibt offen. Es ist zu vermuten, dass der § 14 II BBergG, der auf das bessere Arbeitsprogramm, das glaubhaftere Verfügungen über die erforderlichen Mittel und die sonstigen bergbaulichen Tätigkeiten der Unternehmer abstellt und insofern inhaltliche am Gesetzeszweck orientierte Vorgaben angibt (*Franßen*, in: Frenz (Hrsg.), BBergG, § 14, Rn. 9 ff.), nicht häufig zur Anwendung kommt. Hierfür dürften nämlich noch keine Erlaubnisse oder Bewilligungen für dasselbe Feld und denselben Rohstoff erteilt worden sein und so mehr oder minder zufällig in diesem Zeitfenster bis ein Antrag zur Entscheidung reif ist, ein zweiter Antrag eingehen.

keine Zueignungsrechte am Bodenschatz zu (von den Nebenprodukten einmal abgesehen). Damit kann die Erlaubnis allein nicht als Verteilungsentscheidung über das Gut ‚Rechtsposition am bergfreien Bodenschatz‘ angesehen werden.

Das durch die Erlaubnis verliehene Aufsuchungsrecht hat jedoch ausschließlichen Charakter.¹⁰⁰³ Damit sind andere Bewerber um dasselbe Gut Bodenschatz schon zu dem Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis ausgeschlossen – diese könnten gar kein Aufsuchungsrecht mehr erlangen. Die Aufsuchung ist aber meist erforderlich, um überhaupt in der Lage zu sein einen Antrag auf Bewilligung stellen zu können (siehe die Voraussetzungen des § 12 II Nr. 1-4 BBergG). Sollte ein Bewilligungsantrag eines Bergbauwilligen bezogen auf denselben Bodenschatz und bezogen auf dasselbe Gebiet, trotzdem mit Erfolgsaussichten mit einem Bewilligungsantrag des Erlaubnisinhabers konkurrieren, dann gewährt § 14 I BBergG dem Erlaubnisinhaber den Vorrang.¹⁰⁰⁴ (Gestärkt wird seine Position ebenso durch § 12 II BBergG).¹⁰⁰⁵ Der Erlaubnisinhaber ist also privilegiert.¹⁰⁰⁶ Die Erlaubnis und die Bewilligung sind somit als eine gestufte Verteilungsentscheidung zu betrachten: Durch die Erlaubnis werden andere Bewerber (grundsätzlich) ausgeschlossen, aber das vollumfängliche Zuordnungsrecht noch nicht erteilt, welches erst mit der Erteilung der Bewilligung nachfolgt. Die Verteilungsentscheidung über das Gut ‚Rechtsposition an bergfreien Bodenschätzen‘ wird mit der Entscheidung über die Erlaubnis und die Bewilligung getroffen.

Als inhaltliches Äquivalent zur Bewilligung fügt das Bergwerkseigentum der ‚Rechtsposition am Bodenschatz‘ nichts mehr hinzu.¹⁰⁰⁷ Auch ist die Bewilligung nach § 13 Nr. 1 BBergG immer Voraussetzung für die Verleihung des Bergwerkseigentums. Damit ist zum Zeitpunkt der Verleihung des Bergwerkseigentums die eigentliche Verteilungsentscheidung schon getrof-

1003 BVerwG, Beschluss v. 15. 10. 1998 - 4 B 94-98, NVwZ 1999, S. 876 f.

1004 Zum Umfang der gerichtlichen Überprüfung: OVG Bautzen, Beschluss v. 22.3.2022 - 1 B 313/21, GewArch 2022, 304.

1005 Franke, in: Boldt et al., BBergG, § 12, Rn. 9.

1006 BGH, Urteil v. 9. 12. 2004 - III ZR 263/04, NJW 2005, S. 748 (750 f.).

1007 Das OVG Bautzen führt Unterschiede zwischen der Bewilligung und dem Bergwerkseigentum auf, weswegen es zu dem Schluss kommt, das Bergwerkseigentum nicht als Unterfall der Bewilligung anzusehen ist (Urteil v. 24.9.2001, 1 B 335/01, ZfB 2002, S. 58 (S. 61)). Als Unterschiede nennt das OVG Bautzen beispielsweise die Regelungen zu Widerruf und Aufhebung von Bewilligung und Bergwerkseigentum und die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen (ebd.). Ebenso dasselbe, Urteil v. 30.5.2018, 1 A 200/17, BeckRS 2018, 27378, Rn. 38 f.).

fen und auch eine Ablehnung der Erteilung des Bergwerkseigentums würde über die Zuordnung des Bodenschatzes durch die Bewilligung nichts mehr ändern.

Es ist festzuhalten, dass die Erlaubnis und die Bewilligung zusammen die Verteilungsentscheidung über das Gut ‚Rechtsposition an bergfreien Bodenschätzen‘ bilden.

2. Wer trifft die Verteilungsentscheidung?

Es muss geklärt werden, wer die Verteilungsentscheidung über die Rechtsposition am bergfreien Bodenschatz trifft. Der Staat ist die „Zuteilungsinstanz“.¹⁰⁰⁸ Spezifischer kann danach gefragt werden, wie die Staatsgewalten in dieser Entscheidung zusammenwirken und welchen Anteil sie an der Entscheidung über die Zuteilung eines konkreten Bodenschatzes haben.

Der Entscheidung am nächsten steht die zuständige Behörde, sie gestattet oder versagt den Antrag auf Erlaubnis oder Bewilligung (§ 10 BBergG). Nach der herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Lehre handelt es sich hier um eine gebundene Entscheidung.¹⁰⁰⁹ Eine gebundene Entscheidung – im Gegensatz zu einer Ermessensentscheidung – zeichnet sich dadurch aus, dass die Behörde keinen Entscheidungsspielraum hat. Die richtige, gerichtlich voll überprüfbare Behördenentscheidung ist allein von der richtigen Anwendung des Gesetzestextes, d.h. von dem richtigen Verständnis der Rechtsnorm(en) und des Sachverhaltes und der richtigen Verknüpfung von Rechtsnorm(en) und Lebenssachverhalt abhängig.¹⁰¹⁰ Fraglich ist, ob dieser Vorgang der reinen Rechtsanwendung als Entscheidung der Behörde im Sinne der Verteilungsgerechtigkeit anzusehen ist.

Eine Entscheidung ist ein Entschluss zwischen Handlungsalternativen, welcher aus dem mentalen Prozess des Überlegens hervorgeht und auf

1008 Kühne, RdE 2017, S. 39.

1009 BVerwG, Beschluss v. 15.10.1998 - 4 B 94–98, NVwZ 1999, 877; Frenz, DVBl. 2016, S. 681; Frenz, DÖV 2016, S. 326; Kremer/Neuhaus gen. Wever, Bergrecht, Rn. 113; Ludwig, ZUR 2012, S. 152; Kühne, ZfB 1980, S. 59; Vitzthum/Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 11 Rn. 2; Franke, in: Boldt et al., BBergG, § 11 Rn. 1; Franßen, in: Frenz (Hrsg.), BBergG, § 11 Rn. 4; so auch v. Weschpfennig, der aber einen eng umgrenzten Beurteilungsspielraum der Bergbehörde bejaht (Strukturen des Bergrechts, S. 112, 117 ff.). Auch die Gesetzesbegründung geht ausdrücklich von „einem Rechtsanspruch auf die Erlaubnis“ aus (BT-Drs. 8/1315, S. 86).

1010 Zur Technik der Rechtsanwendung: Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, S. 82 ff.

eine Handlung abzielt.¹⁰¹¹ Die Entscheidungssituation ergibt sich erst durch die Möglichkeit verschiedener Handlungsalternativen. Mit anderen Worten muss sich ein Akteur nicht der Frage stellen, was er tun soll, wenn er gar keine Möglichkeit hat anders zu handeln.

Die Rechtsanwendung ist ein kognitiver Vorgang, der auch verschiedene Auslegungsergebnisse zulassen kann, die jedoch keine Handlungsalternativen darstellen. Die Lösung einer bestimmten Fallfrage ist nicht mit einer Entscheidung gleichzusetzen, sondern bereitet die Entscheidung vor, den Sachverhalt gesetzesgemäß zu lösen/zu entscheiden. Zu der Entscheidung, die dem Gesetz zu entnehmen ist, ist die Behörde in der gebundenen Entscheidung aber gerade verpflichtet, sodass hier keine Handlungsalternative besteht.¹⁰¹² Hat die Behörde den Sachverhalt und das Gesetz erkannt und den Sachverhalt unter das Gesetz subsumiert, so muss sie ihrer juristischen Lösung gemäß handeln.¹⁰¹³ Die Verteilungsentscheidung über die Rechtsposition am Bodenschatz ist in den gesetzlichen Vorgaben des BBergG mithin schon abstrakt getroffen und muss von der Behörde nur auf den Einzelfall bezogen werden. So sind die verschiedenen Handlungsoptionen (Erlass mit unterschiedlichem Inhalt¹⁰¹⁴ oder auch Nichterlass) gerade beim Gesetzgeber anzutreffen. Die Gerichte wiederum überprüfen lediglich, ob der Behörde bei der Anwendung des Gesetzes Fehler unterlaufen sind; der

1011 Budnik, in: Kühler/Rüther (Hrsg.), Handbuch Handlungstheorie, S. 169 f., 172 f.; Regenbogen/Meyer, U., Wörterbuch der philosophischen Begriffe, Stichwort: „Entscheidung“.

1012 Natürlich kann der einzelne Amtswalter sich auch gesetzeswidrig verhalten und für eine willkürliche Lösung eines Sachverhaltes entscheiden. Hier würde er sich einer Handlungsoption bedienen, die von Gesetzes wegen ausgeschlossen ist und durch mögliche nachfolgende Gerichtsverfahren gerade verhindert werden soll. Die Möglichkeit des gesetzeswidrigen Verhaltens lässt der Behörde aber trotzdem keine genuine Handlungsalternative zukommen. Insofern ist die Handlungsmöglichkeit des gesetzeswidrigen Verhaltens für die Frage nach dem Urheber der Verteilungsentscheidung über die Rechtsposition am Bodenschatz nicht entscheidend.

1013 Dieser „Automatismus“, der sich an die juristische Rechtsanwendung anknüpft, wird in den Gesetzesmaterialien wie folgt ausgeführt: „Liegt somit keiner der vorgenannten Versagungsgründe vor, besteht ein Rechtsanspruch auf die Erlaubnis. Dagegen muß versagt werden, wenn auch nur einer dieser Gründe gegeben ist.“ (BT-Drs. 8/1315, S. 86 f.).

1014 Der Gesetzgeber hätte zum Beispiel auch seine Entscheidungsbefugnis an die Behörde (im Rahmen des Wesentlichkeitsgrundsatzes) weiterreichen können. Hätte sich der Gesetzgeber beispielsweise für ein Ermessen der Behörde entschieden, hätte er tatsächliche Handlungsalternativen an die Behörde weitergegeben, deren gerichtlichen Überprüfung auf die Prüfung von Ermessensfehlern beschränkt gewesen wäre. (Hierzu unter II. 1.).

Maßstab ist auch hier die Erkenntnis der gesetzlichen (Verteilungs-)Entscheidung. Damit haben auch die Gerichte, wie schon die Behörde, keine Handlungsoptionen.

Der Gesetzgeber trifft mithin die grundlegende Verteilungsentscheidung über das Gut ‚Rechtsposition am bergfreien Bodenschatz‘. Der Bergbehörde kommt lediglich die Aufgabe zu diese grundlegende Verteilungsentscheidung für den Einzelfall zu konkretisieren.

3. Verteilungskriterium

Im Folgenden ist zu untersuchen, nach welchem Mechanismus und nach welchen Verteilungskriterien der Gesetzgeber eine Verteilung der bergfreien Bodenschätze aus dem Gut der Allgemeinheit an Private vorsieht. Der § 11 BBergG enthält hierzu einen Katalog, der die Versagungskriterien aufzählt und sich auf alle drei Bergbauberechtigungsarten auswirkt.¹⁰¹⁵

a. Grundausrichtung zugunsten des Bergbaus

Sind die Versagungsgründe des § 11 BBergG nicht erfüllt, so hat der Antragsteller einen Anspruch auf die Erteilung der Bergbauberechtigung,¹⁰¹⁶ die dann als Eigentumsposition im Sinne von Art. 14 I GG geschützt wird.¹⁰¹⁷ Mit diesem Mechanismus entscheidet sich das Gesetz (nach dieser gängigen Auslegung) grundsätzlich zugunsten des Bergbaus: Im Grundsatz ist die Bergbauberechtigung zu erteilen, außer es liegen besondere Versagungsgründe vor. Die Verteilungsentscheidung ist damit dann rechtfertigungsbedürftig, wenn sie die Bergbauberechtigung versagt.

1015 Für die Erlaubnis direkt, für die Bewilligung durch Verweis des § 12 I BBergG und für das Bergwerkseigentum mittelbar dadurch, dass eine gültige Bewilligung nach § 13 Nr. 1 BBergG vorausgesetzt wird (*Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 36 f.; *Rausch*, Umwelt- und Planungsrecht beim Bergbau, S. 30).

1016 BT-Drs. 8/1314, S. 86.

1017 BVerfG, Urteil v. 20.10.1987, 1 BvR 1048/87, BVerfGE 77, 130 (136) = NJW 1988, S. 1076 (1077) – Cappenberg; BVerwG, Urteil v. 23.5.2023 – 4 C 1.22, BeckRS 2023, 24568, Rn. 16, 57; BVerwG, Urteil v. 25.10.2018, 4 C 9/17, NVwZ 2019, S. 882 (883, Rn. 23 ff.). *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Düring, Losebl. (Stand: Mai 2023), Art. 14 GG, Rn. 324; *Wörheide*, Bergbauberechtigungen, S. 375, m.w.N.; *Franke* in: Boldt et al., BBergG, § 8, Rn. 20 ff. m.w.N.; *Vitzthum/Piens* in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 7 Rn. 4. (Ausführlich hierzu siehe unter Kapitel 2 C. I. 3. und zur kritischen Betrachtung im Folgenden unter Kapitel 4 A. II. 3.).

b. Abmilderung durch umfassende Versagungsgründe?

Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die Versagungsgründe des § 11 BBergG sehr umfassend ausgestaltet sind, so dass die Entscheidung zugunsten des Bergbaus unter starken Vorbehalten gestellt wird. Dies ist im nachfolgenden zu untersuchen. Die Zulassungsvoraussetzungen des § 11 Nr. 1-5 BBergG haben lediglich formalen Charakter. Die Nr. 6 und 7 sollen die Zuverlässigkeit und v. a. die Finanzkraft des Bergbauwilligen sicherstellen. Ihre Erfüllung liegt damit ausschließlich in der Hand des Bergbauinteressenten. Die Nr. 8 und 9 sollen dem Lagerstättenschutz dienen, indem sie beispielsweise eine Feldeszersplitterung oder einen Raubbau verhindern.¹⁰¹⁸ Dass Nr. 8 oder 9 einschlägig sind, wird eher selten der Fall sein und führt damit nicht zu einer Umkehr der gesetzlichen Ausrichtung an der grundsätzlichen Verteilung zugunsten des Bergbauwilligen. Bleibt noch der § 11 Nr. 10 BBergG, nach dem eine Erlaubnis oder Bewilligung (§ 12 I i.V.m. § 11 Nr. 10 BBergG) zu versagen ist sofern überwiegende öffentliche Interessen die Aufsuchung und/oder Gewinnung¹⁰¹⁹ im gesamten zuzuteilenden Feld ausschließen. Unter den Begriff des öffentlichen Interesses, welches potentiell einem Bergbauvorhaben entgegensteht, sind prominent die Umweltinteressen zu fassen¹⁰²⁰, aber auch Belange der Raumordnung, der Landesplanung und des Verkehrs.¹⁰²¹

Der Versagungsgrund der Bergbauberechtigung nach § 11 Nr. 10 BBergG wird jedoch – ausgehend von der Gesetzesbegründung¹⁰²² – stark eingeschränkt. Nach Rechtsprechung und Lehre soll der § 11 Nr. 10 nur dann ein-

1018 Franke, in: Boldt et al., BBergG, § 11 Rn. 11; Franßen, in: Frenz (Hrsg.), BBergG, § 11 Rn. 32, 34. Auch dem Lagerstättenschutz wird Relevanz für den Umwelt- und Ressourcenschutz zugesprochen (*Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 39 f.; *Rausch*, Umwelt- und Planungsrecht beim Bergbau, S. 30). Nach *Rasel* können auch die übrigen Versagungstatbestände mittelbar Auswirkungen auf die Umwelt haben (Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 37, Fn. 2). Grundsätzlich zu den Zulassungsvoraussetzungen siehe *Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 34 f.; *Vitzthum/Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 11, Rn. 6 ff.

1019 Nach entsprechender Anwendung gem. § 12 I S. 1 BBergG auf die Bewilligung, welche auch die Gewinnung zum Gegenstand hat.

1020 Beispielhaft sind hier die Belange des Natur- und Landschaftsschutzes, des Gewässerschutzes oder des Bodenschutzes zu nennen.

1021 BT-Drs. 8/1315, S. 87.

1022 BT-Drs. 8/1315, S. 87.

schlägig sein, wenn das öffentliche Interesse einen Raumbezug aufweist,¹⁰²³ das ganze¹⁰²⁴ oder ein Großteil des Feldes¹⁰²⁵ betroffen ist und/oder das öffentliche Interesse den Bergbau unter jeden erdenklichen Gesichtspunkten auszuschließen vermag¹⁰²⁶. Durch diese Auslegung kann beispielsweise der Klimaschutz nicht berücksichtigt werden, da dieser gerade keinen Raumbezug zum Genehmigungsfeld aufweist.¹⁰²⁷ Ebenso findet ein Naturschutzgebiet keine Berücksichtigung, dass sich lediglich zu einem geringen Flächenanteil mit dem Bergbaufeld überschneidet¹⁰²⁸ bzw. sich die Vorgaben nicht derart auswirken, dass sie nicht von vornherein das gesamte Vorhaben auszuschließen vermögen.¹⁰²⁹ Es soll (nach dieser Auslegung) damit gerade keine umfassende Prüfung stattfinden, ob die Vorgaben des Umweltrechts durch das Bergbauvorhaben verletzt werden¹⁰³⁰ und auch keine umfassende Abwägung der bergbaulichen Belange mit den Umweltbelangen und anderen entgegenstehenden öffentlichen Interessen erfolgen.¹⁰³¹ Der Gesetzgeber begründet diese Einengung auf besonders „gravierende

-
- 1023 OVG Magdeburg, Urteil v. 4.11.1999 - A 1/ 4 S 170/97, ZfB 2011, 237 (S. 239); OVG Bautzen, Urteil v. 10.6.1998 - 1 S 349/96, ZfB 1998, 205 (208 f.) = NVwZ 1999, 1015 (Ls); VGH Mannheim, Urteil v. 9.6.1988, 6 S 2972/84, NuR 1988, S. 131; VG Weimar, Urteil v. 17.01.1995 - 7 K 716/93, We, ZfB 1995, S. 225 (S. 230 f.); VG Gera, Urteil v. 24.1.1996 - 1 K 132/95, ZfB 1996, S. 172 (175); Vitzthum/Piense, in: Piense/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 11 Rn. 21; Frenz, Bergrecht & Nachhaltige Entwicklung, S. 34; v. Weschpfennig, Strukturen des Bergrechts, S. 109.
- 1024 So das OVG Magdeburg: „Daß möglicherweise in Teilbereichen des Feldes öffentliche Interessen einer Gewinnung entgegenstanden, ist unerheblich.“ (Urteil v. 4.11.1999 - A 1/ 4 S 170/97, ZfB 2011, 237 (S. 239)). Ebenso OVG Bautzen, Urteil v. 10.6.1998 - 1 S 349/96, ZfB 1998, 205 (210 f.). Weiterhin spricht es davon, dass die Voraussetzungen des § 11 Nr. 10 BBergG „allenfalls nur in atypischen Ausnahmefällen“ vorliegen wird (a.a.O., S. 208). Weiterhin: VG Schleswig, Urteil v. 15.10.2015 - 6 A 94/15, juris, Rn. 60; OVG Weimar, Urteil v. 01.02.2012, 1 KO 49/07, ZfB 2012, S. 259 (S. 263); Franke, in: Boldt et al., BBergG, § 11 Rn. 17.
- 1025 Frenz, Bergrecht & Nachhaltige Entwicklung, S. 35; Kaiser, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 16.
- 1026 Franke, in: Boldt et al., BBergG, § 11 Rn. 18; Ludwig, ZUR 2012, S. 152.
- 1027 Für eine Berücksichtigung im Rahmen der Zulassung der Betriebspläne und für eine dortige, den Belangen des Bergbaus, überwiegende Gewichtung tritt Verheyen ein (ZUR 2010, S. 409).
- 1028 Franzen, in: Frenz (Hrsg.), BBergG, § 11 Rn. 37.
- 1029 Franke, in: Boldt et al., BBergG, § 11 Rn. 18.
- 1030 Franke, in: Boldt et al., BBergG, § 11 Rn. 14, 17.
- 1031 Franzen, in: Frenz (Hrsg.), BBergG, § 11 Rn. 37. Von Weschpfennig stellt demgegenüber allein auf die „verfügbare Tatsachengrundlage“ ab, die begrenzt sein kann. Soweit sie aber vorhanden ist, solle sie auch „umfassend“ berücksichtigt werden (Strukturen des Bergrechts, S. 110 f.).

Voraussetzungen“ damit, dass mit der Erteilung der Bergbauberechtigung noch nicht über die spätere Ausübung entschieden werde und es insofern auch nicht zu einer „echte[n] Kollision mit anderen öffentlichen Interessen“ kommen könne.¹⁰³² Mit dem Versagungsgrund des § 11 Nr. 10 BBergG wird hingegen bezweckt, dass die Entstehung einer substanzlosen Berechtigung vermieden wird. Dies würde geschehen, wenn bereits zum Zeitpunkt der Erteilung der Bergbauberechtigung absehbar ist, dass die spätere Ausübung nicht stattfinden kann.¹⁰³³ Darüber hinaus finden die entgegenstehenden Interessen Privater schon nach dem Gesetzeswortlaut keine Berücksichtigung.

Wie gezeigt, sind die Versagungsgründe des § 11 BBergG nicht als umfassende Prüfung angedacht. Gerade die starke Einschränkung der öffentlichen Interessen im Rahmen des § 11 Nr. 10 BBergG führt nicht dazu, dass die Grundausrichtung des Gesetzgebers zu einer grundsätzlichen Bejahung des Bergbaus aufgehoben wird und an seine Stelle etwa eine offene Abwägungsentscheidung auf Tatbestandsebene tritt.

4. Ressourcenethische Bewertung

Es ist festzuhalten, dass das BBergG in der Verteilung des Gutes ‚Rechtsposition am Bodenschatz‘ eine Verteilung vorsieht, die grundsätzlich dem Bergbauinteressenten das Gut zuteilen muss, es sei denn, es liegen ganz bestimmte Gründe vor. Wie ist diese Grundentscheidung nun vor den Theorien der Verteilungsgerechtigkeit zu bewerten?

a. Bewertung mithilfe des libertaristischen Ansatzes

Diese Grundentscheidung zugunsten des Bergbaus erinnert zunächst an die Ausführungen von *Locke* zur Begründung eines ursprünglichen Aneig-

1032 BT-Drs. 8/1315, S. 87. Ebenso: OVG Bautzen, Urteil v. 10.6.1998 - 1 S 349/96, ZfB 1998, 205 (209).

1033 So explizit das BVerwG: „Mit dieser Regelung will der Gesetzgeber verhindern, daß Bergbauberechtigungen verliehen werden, die nicht die Erwartung rechtfertigen, jemals ausgeübt werden zu können.“ (Beschluss v. 15.10.1998 - 4 B 94/98, NVwZ 1999, S. 876). Noch einmal bekräftigend: „Mit § 11 Nr. 10 BBergG bezweckt der Gesetzgeber, schon im Stadium der Entscheidung über die Verleihung einer Bergbauberechtigung zu verhindern, daß eine Berechtigung begründet wird, die sich im nachhinein als substanzlos erweist.“ (ebenda, S. 877).

nungs- und Ausschlussrechts, die dem Liberalismus zugrunde liegen.¹⁰³⁴ *Locke* stellte sich die Frage, wie ein Mensch Eigentum an Dingen und an Grund und Boden erwerben kann in dem (vorgesellschaftlichen) Naturzustand. Derjenige, der auf eine Sache zugreift, der würde durch eben diesen Akt, Eigentümer,¹⁰³⁵ sofern für andere von derselben Sache noch in gleicher Qualität genügend vorhanden sei.¹⁰³⁶ Ebenso wie es *Locke* skizziert greift der Bergbauunternehmer auf eine vormals herrenlose Sache zu und lässt sie sich auf Antrag von der Behörde als eigen deklarieren, worauf er einen Anspruch hat.¹⁰³⁷ Wenn sich der Gesetzgeber mit dieser Gestaltung eine libertaristische Auffassung zu Eigen gemacht haben sollte, so würde sich die Frage nach einer Rechtfertigung dieser Verteilungsentscheidung erübrigen; der Zugriff der Privaten auf das Allgemeingut wäre in diesem Verständnis nur die Verwirklichung der Freiheit des Einzelnen und die Rücknahme staatlichen Einflusses.

Mit der Statuierung der Feldes- und Förderabgabe zeigt der Gesetzgeber jedoch, dass ihm der Status der bergfreien Bodenschätze als Gemeingut durchaus bewusst war und er für die Gewährung „eine an sich nicht erlaubte Tätigkeit auszuüben und hierbei einige ausschließliche Rechte für

1034 Das Recht, andere vom Gebrauch einer Sache auszuschließen, geht aus dem Recht am eigenen Körper hervor. Wenn mit dem eigenen Körper Arbeit verrichtet wird an einer Sache, so vermischt sich hier die Arbeit mit der Sache und die ursprünglich fremde Sache wird so zur eigenen (*Locke*, Zwei Abhandlungen über die Regierung, Teil II, 5. Kapitel, § 27).

1035 „Wer sich von den Eicheln ernährt, die er unter einer Eiche aufliegt [...] hat sich diese offensichtlich angeeignet. Niemand kann bestreiten, daß diese Nahrung sein ist. Ich frage nun, zu welchem Zeitpunkt wurde sie sein Eigentum? [...] Wenn sie ihm nicht durch das erste Aufsammeln gehörten, dann ist es klar, daß nichts anderes sie ihm zu eigen machen konnte.“ (*Locke*, Zwei Abhandlungen über die Regierung, Teil II, 5. Kapitel, § 28).

1036 In den Worten *Locke's*: „Denn da diese *Arbeit* das unbestreitbare Eigentum des Arbeiters ist, kann niemand außer ihm ein Recht auf etwas haben, was einmal mit seiner Arbeit verbunden ist. Zumindest nicht dort, wo genug und ebenso gutes den anderen gemeinsam verbleibt.“ (Zwei Abhandlungen über die Regierung, Teil II, 5. Kapitel, § 27). Und auch direkt bezüglich der Aneignung von Land: „Auch gereichte diese *Aneignung* irgendeines Stückes *Land*, indem man es bebaute, niemanden zum Schaden, da noch genügend und gleich gutes Land übrigblieb, und zwar mehr, als die noch Unversorgten nutzen konnten. So stellt in Wirklichkeit die Abgrenzung für den eigenen Bedarf keine Benachteiligung für die anderen dar. Denn wenn jemand einem anderen so viel übrig läßt, wie er nutzen kann, handelt er so, als nehme er überhaupt nichts.“ (ebenda, § 33).

1037 Natürlich findet die Erteilung von Erlaubnis und Bewilligung nicht im Naturzustand statt.

sich in Anspruch nehmen zu können“ eine „Gegenleistung“ fordert.¹⁰³⁸ Diese Feld- und Förderabgabe hat als „Vorteilsabschöpfungsabgabe“ den Zweck mit den Worten des BVerwG, dem Staat (und damit der Allgemeinheit) „eine Teilhabe am wirtschaftlichen Erfolg von Förderunternehmen zu verschaffen, die aufgrund öffentlich-rechtlicher Befugnis ein Gut der Allgemeinheit wirtschaftlich verwerten.“¹⁰³⁹ (Die Feldesabgabe setzt sogar schon gem. § 30 BBergG zum Zeitpunkt der Aufsuchung an.) Der Charakter der Güter als vormals der Allgemeinheit zugehörig, wirkt also noch in dem Privateigentum der Unternehmer nach. Dem libertaristischen Ansatz sind solche Ausführungen eher fremd. Vor allem zeigen diese Regelungen aber, dass die Bergbauunternehmer nicht ein originäres Recht auf den Zugriff auf die bergfreien Bodenschätze hätten. Somit stellt sich eindringlich die Frage, womit das Aneignungsrecht der Unternehmer begründet wird.

Legt man die Aneignungstheorie von *Locke* zugrunde, dann ist problematisch, dass zwar der Bodenschatz herrenlos und unverteilt ist, nicht aber der Grund und Boden. Auch erfährt die Einschränkung, wonach von dem Gut noch in ausreichendem Maße für andere vorhanden sein solle (*Locke's Proviso*), gerade mit Blick auf nachrückende und künftige Generationen eine Abfuhr.¹⁰⁴⁰

b. Bewertung mithilfe des Differenzprinzips von Rawls

Es trifft zwar zu, wie *Locke* ausführt, dass ein Gemeingut von keinerlei Nutzen sei, wenn es nicht auch genutzt werden könne.¹⁰⁴¹ Oder auch wie es *K. Meyer* hinsichtlich der Berücksichtigung der künftigen Generationen ausführt: „Eine Gleichverteilung dieser [nicht-regenerativen] Ressourcen [zwischen den lebenden und den kommenden Generationen] würde nämlich darauf hinauslaufen, dass niemand irgendeinen Teil dieser Ressource nutzen kann.“¹⁰⁴² Es geht also nicht darum, die Bodenschätze in jedem Fall im Allgemeingut, und damit ungenutzt im Boden liegen zu lassen. Aber entscheidend ist mit welcher Begründung die Bodenschätze in Privateigentum überführt werden. Daher stellt sich die Frage, mit welcher Be-

1038 BT-Drs. 8/1315, S. 95.

1039 BVerwG, Urteil v. 16.11.2017 - 9 C 16/16, NVwZ-RR 2018, S. 983 (984 f., Rn. 17, 20).

1040 Ausführlich hierzu *Meyer, K.*, Was schulden wir künftigen Generationen?, S. 136 ff.

1041 *Locke*, Zwei Abhandlungen über die Regierung, Teil II, 5. Kapitel, § 28.

1042 *Meyer, K.*, Was schulden wir künftigen Generationen?, S. 133.

gründung der Gesetzgeber die Umwandlung des Bodenschatzes von einem Allgemeingut in ein Privateigentum als Regelfall vorsieht und dies sogar mit einem Anspruch auf Erteilung dem Unternehmer zusichert. Dieser Ansatz mag historisch begründet werden, wonach der Gesetzgeber von der Vermutung ausging, dass der Abbau von Bodenschätzen grundsätzlich das Wohl der Allgemeinheit zu fördern im Stande sei und zu Wachstum und Wohlstand beitrage.¹⁰⁴³

Die Verteilung der Rechtsposition am bergfreien Bodenschatz gemessen am Wohl der Allgemeinheit, könnte also der Kern des gesetzlich vorgesehenen Verteilungskriteriums sein. Wie wäre eine solche Verteilungsentscheidung ressourcenethisch zu bewerten?

Zu dieser Bewertung kann es hilfreich sein, das Kriterium des Wohls der Allgemeinheit mit Rawls' Differenzprinzip zu vergleichen. Nach diesem kann eine ungleiche Verteilung dann gerechtfertigt werden, wenn die am stärksten Benachteiligten im Zustand der ungleichen Verteilung gegenüber dem Zustand, in dem die Ungleichheit nicht existiert, besser dastehen. Hier soll eine Anwendung des Differenzprinzips auf die Verteilung der Rechtsposition am bergfreien Bodenschatz skizziert werden: Die Verteilung des Bodenschatzes an wenige Bergbauunternehmen ist danach ungleich und rechtfertigungsbedürftig. Auslegungsbedürftig ist es, wer die am stärksten Benachteiligten sein könnten. Zu denken ist einmal an die Menschen, die unterhalb der Armutsgrenze in Deutschland leben, die Menschen, die durch Bergbauschäden und -risiken, sowie sonstige Lasten des Bergbaus (beispielsweise durch die Folgen des Klimawandels auch Menschen weltweit) betroffen sind, sowie die künftigen und nachrückenden Generationen, die u. U. nicht mehr auf denselben Rohstoff zugreifen können und die auch von den negativen Auswirkungen des Bergbaus betroffen sein können.

1043 Vgl. hierzu beispielhaft die Ausführungen in der Gesetzesbegründung: „Die besondere gesamtwirtschaftliche Bedeutung des Bergbaus und das Allgemeininteresse an der Aufsuchung, Gewinnung und Aufbereitung von Bodenschätzen auch aus Gründen der Rohstoffversorgung stehen also außer Frage.“ (BT-Drs. 8/1315, S. 67). Ähnlich auch das BVerfG, welches hinsichtlich des Umstandes der Enteignung zugunsten Privater, keine zusätzlichen Sicherungsmaßnahmen vorsah, da der Enteignungszweck/der Allgemeinwohlbelang schon regelmäßig durch die Geschäftstätigkeit des Unternehmers, die gerade darauf angelegt ist die Rohstoffe zu veräußern, erreicht würde (Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (306 f. Rn. 206-209) – Garzweiler). Siehe auch UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 74.

Könnte eine der skizzierten Personengruppen durch den Bergbau im Sinne des Differenzprinzips besser dastehen?

Die gängige Annahme, dass die Wohlfahrt durch Wirtschaftswachstum auch den Armen zugutekomme („Trickle-down-Theorie“), könnte zu einer Befürwortung dahingehend führen, dass die armen Menschen in Deutschland besser durch den Bergbau dastehen. Dies ist wohl auch die gleiche Annahme, die in der Überlegung steckt, dass das Allgemeinwohl durch den Bergbau gesteigert wird. Auch hier reicht meistens ein Verweis auf die prosperierende Wirtschaft aus.¹⁰⁴⁴ Zwar bezieht sich das Allgemeinwohl nicht nur wie das Differenzprinzip auf die Benachteiligten, sondern schließt zunächst einmal alle Gesellschaftsmitglieder ein. Aber auch das Allgemeinwohl wird wohl vermehrt sein Augenmerk auf die Benachteiligten werfen müssen.

Das Kriterium des Allgemeinwohls und die Anwendung des Differenzprinzips nach Rawls stehen sich nach dem hier skizzierten nahe. Auch hat tatsächlich der Bergbau historisch gesehen entscheidend zum wirtschaftlichen/finanziellen Wohlstand der Industrienation Deutschland beigetragen. Es ist jedoch zweifelhaft, ob hierin schon die Steigerung des Allgemeinwohls zu sehen ist. Auch waren die Ressourcenprobleme ausgehend von dem ersten Bericht des Club of Rome ‚Die Grenzen des Wachstums‘ von 1972 der Weltöffentlichkeit schon bekannt – und damit ganze 8 Jahre vor Inkrafttreten des BBergG.¹⁰⁴⁵ Was schon damals fraglich war, kann aber heute nicht mehr überzeugen. Die Vermutung, dass sobald sich nur ein Unternehmer findet, der aus wirtschaftlichen Profitinteresse Bodenschätze heben möchte, dies zugleich im Sinne der Allgemeinheit sei, ist unzutreffend. Dies deckt auch das Differenzprinzip auf, welches wenn es auf andere Gruppen der Benachteiligten abhebt, nicht ohne weiteres bejaht werden kann. So werden die künftigen Generationen durch den fortlaufenden Abbau von Braunkohle eben nicht bessergestellt sein; ebenso wenig die

1044 Vgl. hierzu noch einmal die Einführung zur Gesetzesbegründung: „Bodenschätze gehören mit zu den lebenswichtigen Grundlagen einer Volkswirtschaft. Sie sind als Rohstoff und Betriebsmittel für weite Bereiche unserer wirtschaftlichen Produktion unentbehrlich. Das zeigt — bezogen auf die jüngere Geschichte des Bergbaus — nicht nur der Anfang des technischen Zeitalters vor 1900 und in den ersten Jahrzehnten dieses Jahrhunderts, sondern auch die jüngste Vergangenheit mit ihrem umfangreichen Bedarf an Kohle, Eisen und Tonen, um nur einige wichtige Bodenschätze für den Wiederaufbau großer Teile unserer Industrie und der Städte nach dem Kriege zu nennen.“ (BT-Drs. 8/1315, S. 67).

1045 Hier in der Neuauflage von 1992: *Meadows/Meadows/Randers*, Die neuen Grenzen des Wachstums, Kapitel 1, S. 28 ff., ausführlich Kapitel 3.

Menschen, die den negativen Folgen des Klimawandels schon heute ausgesetzt sind.

Es kann also festgehalten werden, dass das Allgemeinwohl als Kriterium für die Überführung aus dem Allgemeingut in Privateigentum als gerechtfertigt angesehen werden kann. Eine solche Verteilungsentscheidung wäre gerecht. Problematisch in dieser Konstellation ist nur, dass die gesetzgeberische pauschale Vermutung, dass das Allgemeinwohl mit dem effektiven und zügigen Abbau der Bodenschätze erfüllt sein würde, nicht (mehr) zutreffend ist. Insofern ist die Verteilungsentscheidung des BBergG ressourcenethisch zu kritisieren.

II. Die derzeitigen Auslegungsspielräume zur Behebung ressourcenethischer Defizite nutzen

Die ressourcenethische Analyse hat gezeigt, dass die derzeitige Gesetzeslage hinsichtlich folgender Punkte zu kritisieren ist:

1. Der gesetzgeberische Mechanismus sieht vor, dass grundsätzlich eine Erlaubnis/Bewilligung erteilt werden soll; die Behörde hat kein Ermessen und der Unternehmer hat einen Rechtsanspruch auf Erteilung
2. Zugleich wird der Bergbauberechtigung der Schutz von Art. 14 I GG zugeschrieben.
3. Bei der Erteilung werden die öffentlichen Interessen nur sehr eingeschränkt überprüft und private Interessen gar nicht.

Im Folgenden sollen die Auslegungsspielräume des Gesetzestextes ausgelotet werden. Drängt sich unter Umständen eine andere Lesart des Gesetzes schon de lege lata auf?

Hierbei ist zu beachten, dass an zwei Stellschrauben gedreht werden kann. Zum einen können die Voraussetzungen der Erteilung verschärft werden oder die Wirkungen der Bergbauberechtigung werden heruntergefahren. Wenn die Bergbauberechtigungen nur die Wirkung haben zwischen mehreren Bewerbern einen auszusuchen, dann können die Voraussetzungen dementsprechend reduziert sein. Wenn die Bergbauberechtigungen aber als von Art. 14 I GG geschützt angesehen werden, so dass sie nachfolgend den Grundeigentümern entgegengehalten werden können und sich in der Erteilung der Bergbauberechtigung schon (wenn auch vielleicht informell) eine Vorfestlegung zugunsten des Bergbaus manifestiert (hier denke man an die Beleihungsfähigkeit des Bergwerkseigentums) dann müssen die

Voraussetzungen, nach denen die Bergbauberechtigung erteilt wird auch dementsprechend umfassend sein.

1. Erteilung der Bergbauberechtigung im Ermessen der Behörde?

Ist der § 11 BBergG für einen Entscheidungsspielraum der Behörde offen, so dass das Konzept, wonach grundsätzlich die Erteilung zu erfolgen hat, durchbrochen wird? Nach § 11 BBergG „ist [die Erlaubnis bzw. i.V.m. mit § 12 I S. 1 BBergG die Bewilligung] zu versagen wenn“ eines der aufgezählten Tatbestände der folgenden Nummern erfüllt ist. Diese „Ist-Formulierung“ lässt sprachlich sowohl eine gebundene wie auch eine Ermessensentscheidung zu.¹⁰⁴⁶ Für eine eindeutige Zuordnung der Erteilung als gebundene Entscheidung hätte der Gesetzgeber „ist **nur** zu versagen, wenn“/„darf **nur** versagt werden, wenn“ formulieren müssen.¹⁰⁴⁷ Oder wie in anderen Gesetzen mit gebundener Entscheidung (wie § 6 I BImSchG) üblicher: „ist zu erteilen“.¹⁰⁴⁸ Diese Offenheit des Wortlautes lässt sich auch aus dem Vergleich mit der Terminologie des WHG gewinnen, welches mit demselben Wortlaut (§ 12 I S. 1 WHG: „Die Erlaubnis und die Bewilligung sind zu versagen, wenn [...]“) gerade keinen Rechtsanspruch gewährt.¹⁰⁴⁹ An diesem Wortlaut hat sich der Gesetzgeber auch ausdrücklich orientiert, weist aber zugleich einschränkend daraufhin, dass sich aus der dem WHG entlehnten Terminologie nicht auf die materiell rechtliche Qualität der Berechtigungen schließen lasse.¹⁰⁵⁰ Die Abgeschlossenheit der in § 11 BBergG dargelegten Versagungsgründe (die im Übrigen durch den unbestimmten Rechtsbegriff der öffentlichen Interessen in § 11 Nr. 10 BBergG als nicht mehr ganz so abschließend erscheinen) lässt ebenfalls kein Rückschluss auf den Charakter der Entscheidung als gebundene oder als Ermessensentscheidung zu.¹⁰⁵¹ Auch aus § 14 BBergG, der dem Antrag des Inhabers von Bergbauberechtigungen den Vorrang gegenüber externen Antragstellern einräumt, kann kein Rückschluss gezogen werden.¹⁰⁵² Die vorrangige Bearbeitung garan-

1046 *Karpen*, AöR 1981, S. 19; *Wörheide*, UPR 2015, S. 179; v. *Weschpfennig*, Strukturen des Bergrechts, S. 112.

1047 *Schulte*, das Bundesberggesetz, NJW 1981, S. 91 und *Kühne*, ZfB 1980, S. 59 f.

1048 *Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 28.

1049 *Pape*, in: Beckmann et. al., Kommentar Landmann/Rohmer Umweltrecht, 102. EL September 2023, § 12 WHG, Rn. 46.

1050 BT-Drs. 8/1315, S. 85. Kritisch hierzu *Kühne*, ZfB 1980, S. 59.

1051 So aber *Karpen*, AöR 1981, S. 19; *Franke*, in: Boldt et al., § 11 Rn. 1.

1052 So aber *Karpen*, AöR 1981, S. 19.

tiert nur ein Vorrang in der Bearbeitung, nicht aber eine Vorwegnahme der Entscheidung selbst.

Der Wortlaut ist damit offen und auslegungsbedürftig.

a. Historische Auslegung

Der Gesetzgeber spricht sich ausdrücklich für einen Rechtsanspruch des Bergbauwilligen¹⁰⁵³ und damit für eine gebundene Entscheidung aus. Diese Äußerung ist die alleinige Grundlage, auf Grund derer von einem Rechtsanspruch ausgegangen wird.¹⁰⁵⁴

Diese Ausgestaltung der staatlichen Entscheidungsdynamik (gebundener Verwaltungsakt und Anspruch auf Erteilung der Bergbauberechtigung) widerspricht jedoch dem vom Gesetzgeber intendierten Grundverständnis. Der Gesetzgeber hatte das Berechtigtseinswesen als ein öffentlich-rechtliches Aneignungssystem vor Augen, welches in der Tradition des echten Staatsvorbehalts weitreichende staatliche Einflussmöglichkeiten bergen soll, um den Abbau von Bodenschätzen unter die Wahrung der öffentlichen Interessen zu stellen.¹⁰⁵⁵ Nach diesem war kraft Gesetzes das Aneignungsrecht der Bodenschätze dem Staat vorbehalten, welches er in Ausübung seines Ermessens an Private verlieh (siehe hierzu ausführlich oben unter Kapitel 2 B. III.).¹⁰⁵⁶ Das System der Bergbaufreiheit mit dem Institut des Bergwerkseigentums hat der Gesetzgeber als überholt angesehen und wollte explizit nicht an diesem System festhalten.¹⁰⁵⁷ Der Anspruch auf Erteilung der Bergbauberechtigung knüpft jedoch genau an dem eigentlich fallen zu lassenden System der Bergbaufreiheit an; genauer an das Schürfrecht des § 3 PrABG und den Anspruch auf Verleihung von Bergwerkseigentum nach § 22 PrABG.

Die materielle Gestaltungsfreiheit des Staates in der Frage über die Erteilung der Bergbauberechtigungen, welche der Gesetzgeber als unbedingt erforderlich ansah, um den Anforderungen einer modernen Wirtschaftsordnung gerecht zu werden, ist de facto nicht gegeben.

1053 BT-Drs. 8/1315, S. 86.

1054 *Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 33.

1055 BT-Drs. 8/1315, S. 84.

1056 *Franke*, in: Boldt et al., § 6, Rn. 5, 9. *Karpen* bezogen auf das Allgemeine Preussische Berggesetz (ABG): AÖR 1981, S. 19.

1057 BT-Drs. 8/1315, S. 84 f.

Es bleibt festzuhalten, dass der Gesetzgeber sich in den Gesetzesmaterialien hinsichtlich seiner Vorstellung und der konkreten Ausgestaltung widersprüchlich äußerte. Zum einen erklärt er es sich zum Ziel, dieselbe materielle Gestaltungsmöglichkeit zu schaffen, wie sie nach altem Recht für den unechten Staatsvorbehalt bestand; zum anderen sieht er einen Rechtsanspruch auf die Erteilung der Bergbauberechtigungen vor. Diese Diskrepanz kann auch nicht mit Hinweis auf die Lenkungsmöglichkeiten durch das Zugeständnis eines Abwägungsspielraums (v.a. durch die Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs „öffentliche Interessen“ nach § 11 Nr. 10 BBergG) überwunden werden;¹⁰⁵⁸ die ebenfalls in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommenden Einschränkungen der zu berücksichtigenden öffentlichen Interessen¹⁰⁵⁹ verhindert dies von vornherein.

Insofern lässt auch die historische Auslegung Raum dafür, entgegen der geringeren Gestaltungsmöglichkeit, die eine gebundene Entscheidung mit sich führen würde, von einer Ermessensvorschrift auszugehen. Nicht zuletzt findet sich hierin auch ein Argument, die Einschränkungen des § 11 Nr. 10 BBergG abzulehnen.

b. Teleologische Auslegung

Weiterhin ist es fraglich, ob ein knappes öffentliches Gut unter einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt gestellt werden soll und darf. Für das Gut Wasser hat das BVerfG dies in seiner Nassauskiesungsentscheidung gerade abgelehnt.¹⁰⁶⁰ Hier implizierte die dem BVerfG vorgelegte Frage, dass das Grundeigentum nach Art. 14 I GG einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer wasserrechtlichen Zulassung bezogen auf Grundwassernutzungen fordere unter der Voraussetzung, dass Beeinträchtigungen des

1058 Franke, in: Boldt et al., § 6, Rn. 5, 9. Hier sei auf die Lehre vom Beurteilungsspielraum hingewiesen, die eine trennscharfe Kategorisierung zwischen Ermessens- und gebundener Entscheidung insgesamt ablehnt (übersichtlich dargestellt von Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7, Rn. 53 ff.).

1059 Hierzu ablehnend unten unter 2.

1060 BVerfG, Beschluss v. 15.07.1981 - 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300 = NJW 1982, S. 745 – Nassauskiesungsbeschluss.

Wohls der Allgemeinheit ausgeschlossen seien.¹⁰⁶¹ Das BVerfG hat dies entschieden abgelehnt und sogar die gegenteilige Position bezogen. Es hat klargestellt, dass eine solche Regelung (Erlaubnisverfahren mit Verbotsvorbehalt/kein behördliches Ermessen/Rechtsanspruch des Antragenden) für die Bewirtschaftung dieses herausragend lebenswichtigen und knappen Gutes unvertretbar wäre.¹⁰⁶² Ein Erlaubnisverfahren mit Verbotsvorbehalt solle nur die rechtmäßige Grundrechtsausübung absichern. Bei der hier in Frage stehenden Benutzung des Grundwassers handle es sich aber nicht um eine dem Schutzbereich des Art. 14 I GG zugeordnete Tätigkeit.¹⁰⁶³ Eine solche Regelung führe nur zu einem Minimalschutz an der Grenze der Belastbarkeit unter Ausschöpfung der Nutzungskapazität. Eine optimale Nutzung des verfügbaren Wasserangebots kann so nicht erfolgen und auch kein Spielraum für die Befriedigung künftigen Bedarfs offengehalten werden.¹⁰⁶⁴ Zusammenfassend stellt das BVerfG fest, dass eine solche Regelung gemessen an der lebenswichtigen Bedeutung unvertretbar wäre.¹⁰⁶⁵ Es brauche „eine auf die Zukunft ausgerichtete ordnungsgemäße Steuerung der Gewässernutzung“.¹⁰⁶⁶

Das Gut Wasser und das Gut Bodenschatz unterscheiden sich natürlich hinsichtlich ihres Grades der Lebensnotwendigkeit. Ohne das Wasser ist ein menschliches, tierisches und pflanzliches Leben nicht denkbar.¹⁰⁶⁷ Ohne die Bodenschätze ist aber zumindest das menschliche Leben in sei-

1061 BVerfG, Beschluss v. 15.07.1981 - 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300 (346 f.) – Nassauskiesungsbeschluss. Zur Vorlagenfrage: „Die Vorlage betrifft die Frage, ob es mit der Verfassung vereinbar ist, daß das Grundeigentum nicht zu einer Grundwasserbenutzung berechtigt, die nach dem Wasserhaushaltsgesetz eine behördliche Gestattung erfordert.“ (a.a.O., 301; vgl. auch 346 f.). Das BVerfG hat die Vorlagenfrage umgeformt, in die Frage „ob es sich bei den genannten Bestimmungen des Wasserhaushaltsgesetzes um enteignende Normen handelt, die von Verfassungen wegen einer Ergänzung durch eine Entschädigungsregelung bedürfen.“ (a.a.O., S. 320 f.; vgl. auch noch einmal präzisiert in S. 327 f.).

1062 BVerfG, Beschluss v. 15.07.1981 - 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300 (347) – Nassauskiesungsbeschluss.

1063 BVerfG, Beschluss v. 15.07.1981 - 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300 (4. Leitsatz, ausführliche Prüfung unter 332 ff.) – Nassauskiesungsbeschluss.

1064 BVerfG, Beschluss v. 15.07.1981 - 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300 (347) – Nassauskiesungsbeschluss.

1065 BVerfG, Beschluss v. 15.07.1981 - 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300 (347) – Nassauskiesungsbeschluss.

1066 BVerfG, Beschluss v. 15.07.1981 - 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300 (347) – Nassauskiesungsbeschluss.

1067 BVerfG, Beschluss v. 15.07.1981 - 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300 (341) – Nassauskiesungsbeschluss.

ner derzeitigen zivilisatorischen Ausprägung nicht denkbar.¹⁰⁶⁸ Die Bodenschätze sind Allgemeingüter, auf die die Allgemeinheit im besonderen Maße angewiesen ist. Die Energieversorgung wird sogar als absolutes Gemeinschaftsgut angesehen.¹⁰⁶⁹ Dies hat auch der Gesetzgeber erkannt, indem er die wichtigsten Bodenschätze gerade nicht dem Grundeigentum zuordnete, sondern mit dem Institut der bergfreien Bodenschätze sich weitreichende Einflussmöglichkeiten sichern wollte.¹⁰⁷⁰ Geht man nun aber von einem Rechtsanspruch auf Erteilung dieser Eigentumsposition am Bodenschatz aus, so führt dies gerade nicht zu einer größeren Einflussmöglichkeit (gegenüber den grundeigenen Bodenschätzen), sondern zu einem unflexiblen Abarbeiten des Zulassungskatalogs. Auch würde hier ein Erlaubnisverfahren mit Verbotsvorbehalt nicht der Überprüfung der rechtmäßigen Grundrechtsausübung dienen, sondern als Ergebnis des Verfahrens überhaupt erst ein Grundrecht und damit ein verfassungsrechtlich relevantes Interesse des Einzelnen schaffen. Der Bergbauwillige kann im Antragsstadium über die Erteilung der Bergbauberechtigung kein relevantes Interesse für sich geltend machen. Demgegenüber steht aber das hohe öffentliche Interesse auch an einer geordneten und in die Zukunft ausgerichteten Steuerung des Bodenschatzabbaus. Dies verlangt nicht allein der Nachhaltigkeitsaspekt des Art. 20a GG. Ohne Not wird damit die ordnende Bewirtschaftung durch das Zugestehen eines Rechtsanspruchs aus der Hand gegeben. Der Staat kann so nicht mehr planend und ordnend tätig werden.

c. Stellungnahme

Welcher Auslegung ist nun zu folgen? Der Wortlaut lässt die Auslegung offen. Die historische Auslegung führt auch wiederum zu widersprüchlichen Ergebnissen. Die Befürworter einer gebundenen Entscheidung stützen sich aber ausschließlich auf eben diese historische Auslegung. Selbst wenn die

1068 So auch in der Begründung des Gesetzesentwurfs: „Bodenschätze gehören mit zu den lebenswichtigen Grundlagen einer Volkswirtschaft. Sie sind als Rohstoff und Betriebsmittel für weite Bereiche unserer wirtschaftlichen Produktion unentbehrlich.“ (BT-Drs. 8/1315, S. 67).

1069 BVerfG, Beschluss v. 16.03.1971 - 1 BvR 52 u.a., BVerfGE 30, 292 (323 f.) = NJW 1971, 1255 – Erdölbevorratungspflicht. Außerdem bezeichnet das BVerfG die Sicherheit der Energieversorgung als ein Gemeinschaftsinteresse höchsten Ranges (ebd.). Siehe auch *Sinder/Wiertz*, Energieversorgungssicherheit, NVwZ 2023, 552 f.

1070 BT-Drs. 8/1315, S. 70.

widersprüchliche Äußerung des Gesetzgebers beiseitegelassen werden würde und der direkten Aussprache des Gesetzgebers für eine gebundene Entscheidung größeres Gewicht eingeräumt werden würde, so ist der Einfluss der historischen Auslegung auf den Rechtsanwender davon abhängig, ob sich in der Zwischenzeit veränderte Rahmenbedingungen ergeben haben, die den historischen Normzweck verdrängen.¹⁰⁷¹ Dies gilt insbesondere dann, wenn sich die Grundannahmen der Zeit geändert haben. So stand der Gesetzgeber zum Erlass des BBergG unter dem Einfluss der Energiekrise und ging so von dem Vorrang bergbaulicher Vorhaben aus.¹⁰⁷² Auch wirkt wohl noch die Vorstellung des gesetzlichen Instituts der Bergfreiheit fort.¹⁰⁷³ Seitdem hat sich das Bewusstsein um die Rahmenbedingungen der Umwelt geändert. Die planetaren Grenzen, nicht zuletzt mit dem Paradebeispiel des Klimawandels, stehen im Mittelpunkt der globalen¹⁰⁷⁴ und nationalen¹⁰⁷⁵ Aufmerksamkeit. Die Devise, nach der jeder Bodenschatzab-

1071 Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 788. Hierzu auch Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 149 ff.

1072 Vgl. die Gesetzesbegründung: „Die Tatsache, daß Bodenschätze durch menschliche Maßnahmen nicht vermehrbar sind, und die zunehmende Abhängigkeit unserer hochindustrialisierten Wirtschaft im Bereich der Energie- und Rohstoffversorgung, die durch aktuelle Ereignisse nachdrücklich verdeutlicht wird, hat während der letzten Jahre sogar in staatlichen Vorkehrungen zur Versorgungssicherheit, insbesondere bei Erdöl und Erdgas, aber auch in bezug auf eine Reihe anderer mineralischer Rohstoffe ihren Ausdruck gefunden.“ (BT-Drs. 8/1315, S. 67.). So auch Rasel, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 29.

1073 Rasel, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 29. Zum Institut der Bergfreiheit siehe oben Kapitel 2 B. III.

1074 Vgl. das Pariser Übereinkommen vom 12.12.2015, welches von den Vertragsparteien verfasst wurde u.a. „in Anerkennung der Notwendigkeit einer wirksamen und fortschreitenden Reaktion auf die akute Bedrohung durch Klimaänderungen auf der Grundlage der besten verfügbaren wissenschaftlichen Erkenntnisse“ und „in Anbetracht dessen, wie wichtig es ist, die Integrität aller Ökosysteme einschließlich der Meere und den Schutz der biologischen Vielfalt, in manchen Kulturen als Mutter Erde gewürdigt, zu gewährleisten [...]“. Siehe auch den 6. Abschnitt der Präambel der Resolution der UN-Generalversammlung, 70/1. Transformation unserer Welt: die Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung, verabschiedet am 25. September 2015 (die die Grundlage der 17 Sustainable Development Goals ist): „Wir sind entschlossen, den Planeten vor Schädigung zu schützen, unter anderem durch nachhaltigen Konsum und nachhaltige Produktion, die nachhaltige Bewirtschaftung seiner natürlichen Ressourcen und umgehende Maßnahmen gegen den Klimawandel, damit die Erde die Bedürfnisse der heutigen und der kommenden Generationen decken kann.“

1075 Vgl. die Einführung zur deutschen Nachhaltigkeitsstrategie der Bundesregierung von 2018: „Ein gutes Leben für alle im Rahmen der planetaren Grenzen kann

bau, für den sich nur ein Unternehmer findet, schon an sich unbedingt zu befürworten ist, kann nicht mehr gelten. Zum Teil wird genau dies aber dem § 1 Nr. 1 BBergG entnommen.¹⁰⁷⁶

Richtungsweisend muss deswegen die teleologische Auslegung sein. Hier kann angelehnt an die Bewertungen des BVerfG aus der Nassauskiesungsentscheidung davon ausgegangen werden, dass die Ermessensentscheidung dem Charakter der Bodenschätze als Allgemeingüter gerechter wird. Ein solches Ermessen würde die zuständige Behörde in die Lage versetzen, ihre Entscheidung an einer Bewirtschaftungskonzeption auszurichten, wie es beispielsweise im Ressourcennutzungsregime des Wasserrechts üblich ist. Die gebundene Entscheidung hätte hingegen keine Bewirtschaftungsperspektive.

Es ist damit festzuhalten, dass der Behörde in der Erteilung der Erlaubnis und der Bewilligung ein Ermessen zukommt. Damit liegt die Verteilungsentscheidung von der Rechtsposition am bergfreien Bodenschatz nicht allein beim Gesetzgeber, der die Allgemeinwohlförderung pauschal unterstellend, den Bergbauunternehmern grundsätzlich Bergbauberechtigungen gewährt, sondern die Behörde hat auf der gesetzlichen Grundlage nach behördlichem Ermessen über die Voraussetzungen zu entscheiden. Der Bergbauunternehmer hat hiernach „nur noch“ einen Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung, nicht aber auf die Erteilung an sich.

2. Berücksichtigung aller öffentlichen Interessen im Rahmen des § 11 Nr. 10 BBergG?

§ 11 Nr. 10 BBergG statuiert, dass die Bergbauberechtigung dann zu versagen ist, wenn „überwiegende öffentliche Interessen die Aufsuchung im gesamten zuzuteilenden Feld ausschließen.“ Mit der herrschenden Auslegung von Rechtsprechung und Lehre werden damit nicht alle öffentlichen Inter-

es dauerhaft nur dann geben, wenn sich politische Entscheidungen an einer nachhaltigen Entwicklung ausrichten. Daher bekennt sich die Bundesregierung zum Leitprinzip der Nachhaltigkeit. Sie setzt sich ein für eine immer stärkere Berücksichtigung des Prinzips auf allen Ebenen und durch alle Akteure, national wie global.“ (im Internet abrufbar unter: <<https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/publikationen/deutsche-nachhaltigkeitsstrategie-aktualisierung-2018-1559086>> (zuletzt abgerufen im Januar 2024); die aktuelle deutsche Nachhaltigkeitsstrategie wurde im Jahr 2021 weiterentwickelt). Außerdem für den Sektor Klima: das Klimaschutzgesetz vom 12. Dezember 2019.

¹⁰⁷⁶ Von Hammerstein in: Boldt et al., BBergG, § 1 Rn. 3.

essen unter Nr.10 geprüft. Diese, den Versagungsgrund einschränkende Auslegung stützt sich auf die Begründung des Gesetzesentwurfs.¹⁰⁷⁷ Aus diesem ergibt sich eine vierfache Einschränkung. Die dem bergbaulichen Vorhaben entgegenstehenden öffentlichen Interessen müssen einen *Bezug zum Feld* haben, sich *auf das gesamte Feld erstrecken*, die *Aufsuchung ausschließen* und gegenüber dem Bergbauinteresse *überwiegen*.¹⁰⁷⁸ Nach Ansicht des Gesetzgebers sind dies „gravierende Voraussetzungen“ und sie müssen auch gravierend sein, weil keine „echte“ Interessenkollision zwischen den öffentlichen und den bergbaulichen Interessen allein durch die Erteilung der Bergbauberechtigung bestünde. Eine Interessenkollision trete erst mit der Ausübung des Rechts auf.¹⁰⁷⁹

Es ist paradox, eine Interessenabwägung anzuordnen für eine "unechte", das heißt nicht existente Interessenkollision.¹⁰⁸⁰ Der Gesetzgeber kann nur so verstanden werden, dass er die mit der Ausübung des Rechts absehbare Interessenkollision vorwegnehmen möchte. Der Gesetzgeber erkennt aber hier, dass ein Interessenkonflikt immer (auch bei den angeführten Beispielen der Planfeststellung oder anderer öffentlich-rechtlicher Erlaubnisse) erst in der Ausübung des Rechts zutage tritt. Die Rechtsinhaberschaft bedeutet insofern nur die Möglichkeit des Rechtsinhabers von seinem Recht auch tatsächlich Gebrauch zu machen/dieses durchzusetzen; unschädlich ist es dabei, dass die Ausübung des Rechts von weiteren Voraussetzungen (Zulassung des Betriebsplans) abhängig gemacht wird. Die Möglichkeit der Ausübung reicht aus, um andere Interessen berücksichtigen zu können. Dies ist so selbstverständlich, dass rechtlich zwischen einer "echten" und einer unechten/will heißen "hypothetischen" Interessenkollision nicht unterschieden wird. Ob für gestufte Verfahren etwas anderes gilt, d.h. inwieweit die vorläufige positive Grundentscheidung ausreicht, um eine hypothetische Abwägung anzustoßen, kann hier offenbleiben, da die an-

1077 BT-Drs. 8/1315, S. 87.

1078 BT-Drs. 8/1315, S. 87. Der § 11 Nr.10 BBergG ist im Gesetzesentwurf als Nr. 8 geführt. Dieser wurde auf Vorschlag des Wirtschaftsausschusses des Bundestages ersatzlos gestrichen (BT-Drs. 8/3965, S. 134, um dann auf Initiative des Bundesrates wieder – nun als Nr. 10 – aufgenommen zu werden (BR-Drs. 286/80 = *Zydek*, Materialien BBergG, S. 114). Die Streichung wurde damit begründet, dass durch § 47 II (bzw. jetzige § 48 II) BBergG der § 11 Nr. 8 (bzw. 10) überflüssig sei.

1079 BT-Drs. 8/1315, S. 87; zustimmend: *Franke*, in: *Boldt et al.*, BBergG, § 11 Rn. 14; *Zimmer*, in: *Frenz* (Hrsg.), BBergG, § 15, Rn. 9.

1080 So schon *Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 43. Auch *Kolonko* geht selbstverständlich davon aus, dass die Bergbauberechtigungen die Interessen einer eventuell bestehenden Naturschutzverordnung berühren (ZUR 1995, S. 127).

schließende Betriebsplanzulassung keine weitere Stufe in der Erteilung der Rechtsposition an den Bodenschätzen ist. Die Grundentscheidung hierzu wird abschließend mit der Erteilung der Bergbauberechtigung getroffen.¹⁰⁸¹ Natürlich kann der Bergbauberechtigte i.d.R. im Zeitpunkt der Erteilung der Bergbauberechtigung noch nicht mit dem Abbau beginnen, sondern muss die Betriebsplanzulassung, deren Ausgang zum Zeitpunkt der Erteilung der Bergbauberechtigung offen sein soll, abwarten. Dabei liegt es in der Gestaltung des Gesetzgebers die „zwei vollwertigen, eigenständigen Genehmigungsverfahren“¹⁰⁸² so aufeinander zu beziehen, dass Überschneidungen im Prüfkatalog gemeinsam an geeigneter Stelle abzuarbeiten sind. Dies könnte der Gesetzgeber zum Beispiel mit den Anforderungen der Verfahrensökonomie begründen. Die Begründung, dass aber keine „echte Interessenkollision“ schon mit der Verleihung des Rechtstitels vorläge, trägt nicht. Dies wäre nur dann der Fall, wenn der Gesetzgeber sich entschlösse, die Bergbauberechtigung auf den rechtlichen Gehalt herabzustufen, der nur die Auswahl zwischen mehreren Bergbauinteressenten vorsähe. Hierzu müsste er die Bergbauberechtigung ummodellieren, wonach der Unternehmer keine Ansprüche auf Erteilung und Zulassung hätte, die Bergbauberechtigung eindeutig keine Eigentumspositionen im Sinne des Art. 14 I GG verschaffen würde und diese (in Form des Bergwerkseigentums) auch nicht ins Grundbuch eintragungsfähig und damit beleihbar wäre, damit die Frage über die Wünschbarkeit des Abbaus für nachfolgende Verfahren tatsächlich offenbliebe.

Im Übrigen ist auf die Ausnahmen von der Betriebsplanpflicht nach § 51 II, III BBergG zu verweisen.¹⁰⁸³ Für diese Fälle ist nach der Erteilung der Rechtsposition Bergbauberechtigung keine weitere behördliche Entscheidung erforderlich, so dass dann schon mit Erteilung der Bergbauberechtigung – nach der Terminologie der Gesetzesbegründung – ein echter Interessenkonflikt vorliegt.

Es lässt sich somit festhalten, dass sich die Einschränkung der zu berücksichtigenden öffentlichen Interessen nach § 11 Nr. 10 BBergG auf besonders gravierende Voraussetzungen nicht mit dem fehlenden Interessenkonflikt zwischen diesen und den bergbaulichen Interessen im Zeitpunkt der Ertei-

1081 *Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 44.

1082 *Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 43, Fn. 3.

1083 Die Anzeigepflicht ist in § 50 BBergG geregelt.

lung der Bergbauberechtigung begründet werden kann.¹⁰⁸⁴ (Dies dürfte im Übrigen auch für den Interessenkonflikt mit den privaten Interessen, der vom Bergbau negativ Beeinträchtigten, gelten.) Vor diesem Hintergrund sind die einzelnen Einschränkungen der Auslegung der öffentlichen Interessen im Folgenden näher zu untersuchen.

a. Bezug zum Feld

Ein öffentliches Interesse mit Bezug zum Feld, ist ein öffentliches Interesse, welches auf den Raum bezogen sein müsse.¹⁰⁸⁵ Dies wird, neben dem Anführen der Gesetzesbegründung, auf den Wortlaut „gesamten zuzuteilenden Feld“ gestützt.¹⁰⁸⁶ Dem hält *Rasel* entgegen, dass die Wortgruppe „gesamten zuzuteilenden Feld“ sich auf „ausschließen“ bezieht, nicht auf die öffentlichen Interessen. Und der Wortlaut insofern diese einschränkende Auslegung nicht „notwendigerweise“¹⁰⁸⁷ erfordert. Darüber hinaus ist die Abgrenzung von öffentlichen Interessen mit Raumbezug und solchen ohne nicht in jedem Fall eindeutig. Anerkanntermaßen weisen beispielsweise die öffentlichen Interessen des Naturschutzes, wie sie in den Naturschutzgebietsfestlegungen getroffen werden, einen deutlichen Bezug zum Raum auf. Ob andere Naturschutzinteressen, die sich nicht in Gebietsfestlegungen erstrecken, einen Bezug zum Raum aufweisen, ist fraglich. Für die Klimaschutzinteressen kann hingegen sicher gesagt werden, dass sie i.d.R. nicht als Interessen mit Raumbezug angesehen werden können. Die Beeinträchtigungen des Klimas wirken zuvörderst global und der Nachweis der negativen Rückwirkung auf gerade das Erlaubnis-/Bewilligungsfeld ist nahezu unmöglich. Warum gerade der Klimaschutz als – besonders beim Abbau von fossilen Energieträgern – bedeutender entgegenstehender Belang keine Berücksichtigung erfahren soll, bedürfte einer sachlichen Begründung.

Nach dem BVerwG liegt der Sinn des § 11 Nr. 10 BBergG darin, zu verhindern, „daß Bergbauberechtigungen verliehen werden, die nicht die

1084 So für die Einschränkung auf raumbezogene Interessen: *Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 50.

1085 VGH Mannheim, Urteil v. 9.6.1988 - 6 S 2972/84, NuR 1989, S. 132; OVG Bautzen, Urteil v. 10.6.1998 - 1 S 349/96, ZfB 1998, S. 205 (S. 211); OVG Magdeburg, Urteil v. 4.11.1999 - A 1/ 4 S 170/97, ZfB 2011, S. 237 (S. 239); VG Weimar, Urteil v. 17.01.1995 - 7 K 716/93, We, ZfB 1995, S. 225 (S. 230 f.).

1086 *Vitzthum/Piens*, in: *Piens/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, § 11 Rn. 21.

1087 So aber *Vitzthum/Piens*, in: *Piens/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, § 11 Rn. 21.

Erwartung rechtfertigen, jemals ausgeübt werden zu können.“¹⁰⁸⁸ Substanzlose Berechtigungen¹⁰⁸⁹ könnten aber auch dann entstehen, wenn von vornherein ersichtlich ist, dass öffentliche Interessen ohne Raumbezug die bergbaulichen Interessen überwiegen und somit die spätere Ausübung der Bergbauberechtigung von vornherein verhindern.

Eine nachvollziehbare Unterscheidung könnte insofern vom Gesetzgeber getroffen worden sein, als dass er im Rahmen des § 11 Nr. 10 BBergG nur eine überschlägige Prüfung anhand offensichtlicher, schon in Gebietsfestlegungen gegossener Kriterien anstrebte. Damit würde eine schnelle Bearbeitung auf Kosten des Prüfungsumfangs erfolgen. Das dies so angestrebt wurde, geht aber nicht aus den Gesetzesmaterialien und auch nicht aus dem Gesetzeswortlaut hervor. Vielmehr wird dem § 11 Nr. 10 BBergG die Aufgabe zugeschrieben, keine Bergbauberechtigungen entstehen zu lassen, die von vornherein keine Chance auf Umsetzung haben.¹⁰⁹⁰ Dies kann der § 11 Nr. 10 BBergG aber nur unter überschlägiger Prüfung aller relevanten Belange leisten. Ebenso soll durch die Behördenbeteiligung gem. § 15 BBergG eine „möglichst umfassende[] und lückenlose[] Berücksichtigung aller öffentlichen Belange“ gewährleistet werden.¹⁰⁹¹ Auch eine positive Grundentscheidung im gestuften Verwaltungsverfahren, die eine überschlägige Prüfung erfordert, kennt keinen reduzierten Prüfungsumfang. Vielmehr sollen alle entgegenstehenden Belange „abgeklopft“ werden. Der Aussagegehalt von auf wenige Kriterien begrenzten überschlägigen Prüfungen wäre gering und damit die Sinnhaftigkeit des Vorgehens insgesamt fraglich.

Gegen die Berücksichtigung aller öffentlicher Interessen richtet sich der Vorwand, dass ein mangelnder Erkenntnisstand hinsichtlich der Frage des Vorkommens der Rohstoffe besteht und auch hinsichtlich der dann konkret betroffenen öffentlichen Interessen. Hiergegen kann vorgebracht werden, dass auch andere Planungsvorhaben mit Unsicherheiten behaftet sind. Die behördliche Entscheidung ergeht immer auf dem derzeitigen Erkenntnisstand über die Sachlage. Dieser Quelle von Unsicherheiten und möglichen Fehleinschätzungen begegnet das Recht mit besonderen Vorschriften zur Anpassung an den neuen Erkenntnisstand (wie etwa § 49 VwVfG zum Widerruf von Verwaltungsakten). Es mag richtig sein, dass die Einschätzung der Sachlage im Bergbau mit besonders hohen Unsicherheiten verbunden

1088 BVerwG Beschl. v. 15. 10. 1998 - 4 B 94/98, NVwZ 1999, S. 876.

1089 BVerwG Beschl. v. 15. 10. 1998 - 4 B 94/98, NVwZ 1999, S. 877.

1090 BVerwG, Beschluss v. 15.10.1998 - 4 B 94/98, NVwZ 1999, S. 876 f.

1091 BT-Drs. 8/1315, S. 87.

ist. Dies kann aber kein Grund dafür sein, von einer Einschätzung nach dem bisherigen verfügbaren Kenntnisstand generell abzusehen (Verzicht auf Einbeziehung aller öffentlichen Interessen) und so den Erlass von Bergbauberechtigungen voranzutreiben. Die Lesart nach der engsten Auffassung führt sogar dazu, dass fast kein Belang denkbar ist, der die geforderten Kriterien erfüllen könne.¹⁰⁹²

Der Einwand des mangelnden Erkenntnisstandes führt eher zu der Frage zurück, ob eine so weitreichende Entscheidung über die Verteilung des Rechtsguts Bodenschatz tatsächlich schon in der Erteilung der Bergbauberechtigung getroffen werden sollte. Dem gerechtfertigten Bedürfnis der Bergbauinteressenten nach Sicherheiten, die sie für die Übernahme des unternehmerischen Risikos der Exploration brauchen, kann schon in einer Ausschließung weiterer Konkurrenten Rechnung getragen werden. Eine weitergehende Verleihung von Rechtstiteln oder Verschaffung von systemwidrigen Sicherheitsleistungen (Bergwerkseigentum) braucht es dafür nicht. Eine so verstandene „Bergbauberechtigung“ verschafft Klarheit im abgestuften Entscheidungsprozess über den Abbau von Bodenschätzen. Sie würde nicht janusköpfig einerseits statuieren, dass die Frage des Abbaus noch bis zum Erlass der Betriebspläne offen sei, zugleich aber einen Rechtstitel verschaffen, der im Grundbuch eintragungsfähig ist und so als Sicherungsleistung für die Unternehmen dienen kann.

Es liegt somit dem gesetzlichen Einschätzungsspielraum überlassen, entweder tatsächlich schon im frühen Stadium einen Rechtstitel zu vergeben, dann aber unter Abwägung aller entgegenstehenden öffentlichen und auch privaten Interessen, oder aber die „Bergbauberechtigung“ auf eine Konkurrentenauswahl zu beschränken und die Gesamtabwägung auf spätere Verfahrensstufen zu verschieben.

Zur Klarstellung sei darauf hingewiesen, dass die privaten Interessen der Bergbauinteressierten an dem Abbau generell nicht zu berücksichtigen sind. Auch nach dem gegenwärtigen Recht haben sie vor Erteilung der Bergbauberechtigung kein rechtlich geschütztes Interesse auf Überführung eines Allgemeinguts in ihre rechtliche Herrschaftsmacht.

Die Abgrenzung von beachtenswerten öffentlichen Interessen mit Raumbezug und unbeachtlichen Interessen ohne Raumbezug ist damit als

1092 So wenn man den Maßstab des absoluten Verbots von Schutzvorschriften annimmt. Diese werden aber gerade aus Gründen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes äußerst selten, wenn überhaupt anzutreffen sein.

vom Gesetzestext nicht geforderte und als willkürliche Auslegung abzulehnen.¹⁰⁹³

b. Erstreckung auf das gesamte zuzuteilende Feld

Im Mittelpunkt der Auseinandersetzungen um die Einschränkung des § 11 Nr. 10 BBergG stand v.a. das Kriterium, dass sich das öffentliche Interesse auf das gesamte Feld zu erstrecken hätte.¹⁰⁹⁴ Streitpunkt war dabei, ob das Bergbaufeld sich mit der Gebietsfestlegung des sonstigen öffentlichen Interesses überdecken muss, und wenn ja in welchem Grade – vollständig,¹⁰⁹⁵ nur zum großen Teil¹⁰⁹⁶ oder, dass ein punktuell vorliegendes Interesse sich auf das gesamte Bergbaufeld auszuwirken habe.¹⁰⁹⁷

1093 Ebenso *Rasel*, der hingegen dieser Einschränkung keine bedeutende Rolle zuweist (Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 49 ff).

1094 *Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 53 ff.; hierzu auch *Kaiser*, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 241.

1095 So das OVG Magdeburg: „Daß möglicherweise in Teilbereichen des Feldes öffentliche Interessen einer Gewinnung entgegenstanden, ist unerheblich.“ (Urteil v. 4.11.1999 - A 1/ 4 S 170/97, ZfB 2011, 237 (S. 239)). Ebenso OVG Bautzen, Urteil v. 10.6.1998 - 1 S 349/96, ZfB 1998, 205 (210 f.). Weiterhin spricht es davon, dass die Voraussetzungen des § 11 Nr. 10 BBergG „allenfalls nur in atypischen Ausnahmefällen“ vorliegen wird (a.a.O., S. 208). Weiterhin: VG Schleswig, Urteil v. 15.10.2015, 6 A 94/15, juris, Rn. 60; OVG Weimar, Urteil v. 01.02.2012, 1 KO 49/07, ZfB 2012, S. 259 (S. 263); *Franke*, in: *Boldt et al.*, BBergG, § 11 Rn. 17.

1096 *Vitzthum/Piens*, in: *Piens/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, § 11 Rn. 21. Sachsen schlägt beispielsweise eine Grenze von 80 % vor, die sich das Bewilligungsfeld mit dem Naturschutzgebiet überdecken solle. Unterhalb dieser Spanne greift die Vermutung, dass das öffentliche Interesse nicht überwiegen könne; oberhalb dieser Spanne ist das öffentliche Interesse in der Regel zu berücksichtigen (Gemeinsamer Erlass des Sächsischen Staatsministeriums für Wirtschaft und Arbeit und des Sächsischen Staatsministeriums für Umwelt und Landwirtschaft über die Zusammenarbeit der Naturschutz- und Bergbehörden v. 05.04.2000, ZfB 2002, S. 333 (S. 334)).

1097 Das VGH Mannheim lehnt das Kriterium der räumlichen Deckung ab, fordert aber, dass ein punktuell vorliegendes Interesse sich auf das gesamte Bergbaufeld auswirkt. Es formuliert das Erfordernis folgendermaßen um: „[...] Die Bewilligung müsse (schon) dann versagt werden, wenn öffentliche Interessen so überwiegen, daß sie die Gewinnung im gesamten Feld ausschließen.“ (Urteil v. 9.6.1988 - 6 S 2972/84, NuR 1989, S. 132). Zustimmend *Fischer-Hüftle*, NuR 1989, S. 108; *Kolonko*, ZUR 1995, S. 128. Der Tatbestand des (zumindest) punktuell vorliegenden Interesses geht in dem bereits erörterten Kriterium „Bezug zum Feld“ auf und stellt keine zusätzlichen Anforderungen an das sonstige öffentliche Interesse; insofern ist auf die obigen Ausführungen zu verweisen.

Diese Spezifizierung der Eingrenzung der öffentlichen Interessen auf solche mit Raumbezug, kann nach den vorhergehenden Ausführungen abgelehnt werden. Die Frage des Deckungsumfangs der Gebiete eröffnet sich damit nicht. Im Übrigen ist auf die Argumentation des VGH Mannheims zu verweisen, welches anführt, dass andernfalls der Antragssteller durch Ausdehnung des Antragsfeldes ein entgegenstehendes öffentliches Interesse zugunsten der Erteilung der Bergbauberechtigung leicht beseitigen könnte.¹⁰⁹⁸

Es muss festgehalten werden, dass der Wortlaut „im gesamten zuzuteilenden Feld“ damit kein Erfordernis an das öffentliche Interesse oder die Gewichtigkeit des öffentlichen Interesses stellt. Vielmehr ist schlicht besagt, dass die Erlaubnis komplett zu versagen ist, wenn im gesamten Feld kein Bergbau betrieben werden kann. Ist auf Teilflächen eine Erlaubnis möglich, kann die Erlaubnis hierauf beschränkt werden.

c. Ausschließung der Aufsuchung

Auch den Worten „Aufsuchung ausschließen“ wird die Wirkung zugeschrieben, Anforderungen an die in Schutzgebietsfestlegungen niedergelegten öffentlichen Interessen zu stellen. Allgemein wurde angenommen, dass zumindest die in einer absoluten Veränderungssperre eines Schutzgebietes zum Ausdruck kommenden sonstigen öffentlichen Interessen als öffentliche Interessen im Sinne des § 11 Nr. 10 BBergG gelten, da sie die Aufsuchung ausschließen.¹⁰⁹⁹ Wann eine solche absolute Veränderungssperre anzunehmen ist, hat sich zur Streitfrage entwickelt und sich am Beispiel der Naturschutzgebiete, deren Festsetzungen eine Befreiungsmöglichkeit vorsehen, entzündet. Eine solche Befreiungsmöglichkeit ist in der Regel

1098 VGH Mannheim, Urteil v. 9.6.1988 - 6 S 2972/84, NuR 1989, S. 132; *Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 55, *Fischer-Hüftle*, NuR 1989, S. 108; *Kolonko*, ZUR 1995, S. 128.

1099 „Die öffentlichen Interessen des Natur- und Landschaftsschutzes überwiegen die Belange des Bergbaus dann und schließen folglich die Gewinnung von bergfreien Bodenschätzen dann aus, wenn für das Bewilligungsfeld durch Normen des Natur- und Landschaftsschutzes eine absolute Veränderungssperre verhängt wurde.“ VGH Mannheim, Urteil v. 9.6.1988 - 6 S 2972/84, NuR 1989, S. 130 (132). *Franke*, in: *Boldt et al.*, BBergG, § 11 Rn. 16; *Vitzthum/Piens*, in: *Piens/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, § 11 Rn. 21.

in den Schutzgebietsverordnungen vorgesehen,¹¹⁰⁰ was nicht allein auf die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zurückgeht.¹¹⁰¹

Die engste und damit bergbaufreundlichste Auffassung sieht allein die abstrakte Möglichkeit der Befreiung für ausreichend, um den § 11 Nr. 10 BBergG für nicht anwendbar zu erklären. Dabei scheint nicht einmal die Befreiungsmöglichkeit explizit für die bergbauliche Tätigkeit gefordert zu sein.¹¹⁰²

Eine weitere Auffassung macht die Beachtlichkeit der in den Gebietsverordnungen niedergelegten öffentlichen Interessen davon abhängig, ob die Voraussetzungen des Befreiungsvorbehalts vorliegen oder nicht.¹¹⁰³ Dabei sei die Rohstoffsicherungsklausel (§ 48 I S. 2 BBergG) beachtlich, die dazu führe, dass die Bergbauinteressen grundsätzlich den übrigen öffentlichen Interessen vorgehe.¹¹⁰⁴ Sollte ein Befreiungsvorbehalt demnach lediglich den Ausgleich der widerstreitenden Interesse anordnen (wie beispielsweise § 67 I Nr. 1 BNatSchG), so führe dies unter Wertung der Rohstoffsicherungsklausel zu einer Nichtanwendung des § 11 Nr. 10 BBergG und damit zur Unerheblichkeit der entgegenstehenden Belange. Nach dieser Auffassung müsste eine außerbergrechtliche Norm, wie eine Naturschutzgebietsverordnung oder auch Normen der Raumordnung, explizit den Vorrang gegenüber bergbaulichen Interessen anordnen, um im Rahmen des § 11 Nr. 10 BBergG beachtlich zu werden. Dies ist problematisch. Die Frage, ob die Interessen überhaupt beachtet werden, ist von dem Ergebnis der Interessenabwägung abhängig, die verklausuliert innerhalb der Frage geklärt wird, ob ein absolutes Verbot vorliege. Ein, an die Interessenabwägung anschließender Interessenausgleich findet nicht statt, auch wenn dieser von Normen außerhalb des BBergG angeordnet wird. Aus welchen Gründen das BBergG hier den Anwendungsvorrang genießen sollte, ist nicht einsichtig. Gerade da diese Art des Anwendungsvorrangs selbst nicht explizit gesetzgeberisch

1100 Kloepfer, Umweltrecht, § 11 Rn. 502 f.

1101 Wörheide, Bergbauberechtigungen, S. 168.

1102 So die der Untersuchung von Hoppe zugrunde liegende Nationalparkverordnung zum niedersächsischen Wattenmeer (DVBl. 1987, S. 757 f., 760). Ähnlich restriktiv auch Frenz, der vorgibt, dass nach § 11 Nr. 10 BBergG die öffentlichen Interessen „von vornherein und unter jedem erdenklichen Gesichtspunkt eine Betriebsplanzulassung ausschließen“ müssen, um im Verfahren um die Erteilung der Bergbauberechtigungen beachtlich zu sein (DVBl. 2016, S. 681). Vitzthum/Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 11 Rn. 21.

1103 VGH Mannheim, Urteil v. 9.6.1988 - 6 S 2972/84, NuR 1989, S. 130 (133); VG Weimar, Urteil v. 17.01.1995 - 7 K 716/93.We, ZfB 1995, S. 225 (S. 235).

1104 VGH Mannheim, Urteil v. 9.6.1988 - 6 S 2972/84, NuR 1989, S. 130 (133).

festgelegt wurde, sondern allein aus der Formulierung „Aufsuchung [...] ausschließen“ folgt.

Darüber hinaus ist ungeklärt, wie sich dieser Meinungsstreit auf die Berücksichtigung der öffentlichen Interessen auswirkt, die nicht in Gebietsfestlegungen überführt wurden. Die derart nicht verrechtlichten sonstigen öffentlichen Interessen enthalten per se kein absolutes Verbot mit Befreiungsvorbehalt.¹¹⁰⁵ Hieraus könnte geschlossen werden, dass diese Interessen die „Aufsuchung nicht ausschließen“ können und insofern nicht unter § 11 Nr. 10 BBergG fallen. Dies allein aus der Wortgruppe „Aufsuchung ausschließen“ zu schlussfolgern, ist im Wortsinn nicht angelegt und käme einer Reduktion gleich. Oder man nähme den Wertungswiderspruch in Kauf, wonach die als schützenswert erkannten und deswegen in Schutzgebietsvorschriften fixierten öffentlichen Interessen durch die herkömmliche Auslegung sich gerade weniger bis gar nicht gegenüber bergbaulichen Interessen behaupten können als unfixierte.¹¹⁰⁶

Gerade das Verhältnis von verrechtlichten und nicht verrechtlichten Interessen offenbart, dass die Diskussion um die Einschränkung der Beachtlichkeit der in Schutzgebietsverordnungen niedergelegten öffentlichen Interessen fehl geht. Vielmehr enthält der Wortlaut „Aufsuchung ausschließen“ keine weitere Konkretisierung der öffentlichen Interessen: Wird statt „ausschließen“ ein Synonym wie „nicht gestattet“ eingesetzt, so wäre der § 11 Nr. 10 BBergG folgendermaßen zu lesen: „Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn überwiegende öffentliche Interessen die Aufsuchung [...] nicht gestatten.“ Die Einschränkung, die in die Wortgruppe „Aufsuchung ausschließen“ hineingelesen wird, ist folglich im Ganzen fallen zu lassen.

d. Überwiegen des sonstigen öffentlichen Interesses gegenüber dem Bergbauinteresse

Zuletzt müssen gem. § 11 Nr. 10 BBergG die öffentlichen Interessen gegenüber den bergrechtlichen überwiegen („überwiegende Interessen“). Mit anderen Worten hat eine Abwägung stattzufinden. Für den Fall, dass bei Ab-

1105 So Frenz, der dies nicht weiter begründet (Bergrecht & Nachhaltige Entwicklung, S. 36). Eine Verrechtlichung der öffentlichen Interessen fordert das VG Weimar auch für die Interessenabwägung im Rahmen des § 48 II BBergG (Urteil v. 05.06.1996 - 7 K 697/93.We, ZfB 1996, S. 321 (S. 328)).

1106 Kloepfer, Umweltrecht, 2. Auflage, § 10 Rn. 95.

wägung der Interessen die öffentlichen Interessen nicht für das Gesamtfeld die bergbaulichen Interessen überwiege, sondern lediglich für ein Teilfeld, sollen die öffentlichen Interessen als nicht durchschlagend genug gelten und insofern insgesamt unerheblich sein, so dass die Bergbauberechtigung für das gesamte Feld zu erteilen wäre.¹¹⁰⁷ Begründet wird dies damit, dass grundsätzlich nur der Unternehmer das Feld festsetzen könne. Eine Einschränkung des Feldes durch die Behörde sei nicht möglich. Dies ergebe sich aus § 16 II BBergG, welcher die Fälle der behördlichen Eingrenzung des Feldes abschließend regeln solle und den Ausgleich mit anderen öffentlichen Interessen nicht vorsieht.¹¹⁰⁸ In der Gesetzesbegründung zum § 16 II BBergG wird auf einen Grundsatz rekurriert, der besagt, dass die „Erlaubnisfelder – abweichend vom Antrag – größenmäßig nicht zu begrenzen“ sind.¹¹⁰⁹ Erstaunlich ist, dass sich dieser Grundsatz im Gesetzestext selbst so nicht niedergeschlagen hat.

Aus dem Wortlaut des § 16 II BBergG ergibt sich dies nicht zwingend. Die Festsetzung von einem vom Antrag abweichenden Feld wäre eine modifizierende Auflage. Eine modifizierende Auflage ist eine vom Antrag abweichende Genehmigung, sie betrifft den Hauptinhalt des Verwaltungsaktes; wohingegen Nebenbestimmungen den Hauptverwaltungsakt nur ergänzen¹¹¹⁰. Die modifizierende Auflage ist damit nicht an § 36 VwVfG sondern anhand der Normen, die den Inhalt des Verwaltungsakts an sich betreffen zu messen.¹¹¹¹ Für gebundene Entscheidungen ist eine modifizierende Auflage nur dann zulässig, wenn die vom Antrag geforderten Festsetzungen nicht zulässig wären, dieses Hindernis aber durch die Modifizierung des Hauptinhalts ausgeräumt werden kann.¹¹¹² Wenn der Unternehmer folglich das Antragsfeld auf Teile erstreckt, die den Bodenschatz nicht enthalten oder nicht gewinnbar sind (vgl. § 12 I Nr. 3 BBergG), so wäre der Verwaltungsakt rechtmäßig, der das ursprünglich beantragte Feld auf das gestattungsfähige Feld beschränkt. Dies würde auch dem Gesetzesziel, nämlich die Förderung der Rohstoffversorgung, gerecht werden. Die besseren Argumente sprechen damit dafür, den § 16 II BBergG nicht als

1107 VGH Mannheim, Urteil v. 9.6.1988 - 6 S 2972/84, NuR 1989, S. 130 (132); ebenso Franke, in: Boldt et al., BBergG, § 11 Rn. 17.

1108 VGH Mannheim, Urteil v. 9.6.1988 - 6 S 2972/84, NuR 1989, S. 130 (132); ebenso Boldt/Weller, BBergG, 1984, § 11 Rn. 14; Kühne, in: Boldt et al., BBergG, § 16, Rn. 7.

1109 BT-Drs. 8/1315, S. 89.

1110 Stelkens in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 36, Rn. 96 ff.

1111 VG Ansbach, Urteil vom 31.10.2007 - AN 9 K 07.01269, juris, Rn. 25.

1112 VG Ansbach, Urteil vom 31.10.2007 - AN 9 K 07.01269, juris, Rn. 26.

abschließende Regelung anzusehen. Damit ist auch für den Fall, dass ein öffentliches Interesse nur einem Teilbereich des Genehmigungsfeldes entgegensteht in Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, das Feld auf den übrigen Teil zu begrenzen. Daher ist der Wortlaut so zu verstehen, wie er auch im ersten Zugriff verstanden werden müsste, nämlich als reine Anordnung einer Abwägung der widerstreitenden öffentlichen Interessen.

e. Zwischenfazit

Die Einschränkungen der öffentlichen Interessen auf raumbezogene, die sich auf das Gesamtfeld auszuwirken haben und/oder als absolute Verbotsnorm in Schutzgebietsvorschriften ergangen sind, ergeben sich nicht zwingend aus dem Gesetzestext. Sie sind auch nicht sachlich gefordert. Insgesamt stützen sie sich auf eine Gesetzesbegründung, die nicht zu überzeugen vermag. Folglich können alle öffentlichen Belange uneingeschränkt unter § 11 Nr. 10 BBergG subsumiert werden.

Ob ein Einbezug von allen öffentlichen Interessen dringend erforderlich im Sinne des Ressourcenschutzes ist, kommt auf die Rechtswirkungen an, die den Bergbauberechtigungen zugeschrieben werden. Nur für den Fall, dass es sich um eine Vorentscheidung zwischen verschiedenen Bergbauinteressenten handelt, könnte die Vorabprüfung der öffentlichen Interessen auf ein Minimum reduziert werden, so wie es derzeit praktiziert wird. Kommt der Bergbauberechtigung jedoch weitreichende Rechtswirkung zu, wie derzeit angenommen, (Zuordnung der Bodenschätze aus dem Allgemeingut an einen Privaten, grundrechtlicher Eigentumsschutz, sicherungsfähiges Vertrauen in den erfolgenden Abbau), dann ist eine eingeschränkte Berücksichtigung der öffentlichen Interessen nicht haltbar. Auch die fehlende Berücksichtigung der privaten Interessen wäre dann zu kritisieren.¹¹¹³

3. Sind die Bergbauberechtigungen eigentumsrechtliche Positionen im Sinne von Art. 14 I GG?

Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Lehre sieht in den Bergbauberechtigungen eine Eigentumsposition, die unter den Schutz des Art. 14 I GG falle. Zuletzt hat das BVerwG im Mai 2023 bestätigt, dass

1113 Hierzu unter: Kapitel 6 A. I. 2. a.

das Bergwerkseigentum unter dem Schutz des Art. 14 I GG steht und dessen Entzug somit grundsätzlich entschädigungspflichtig sein könne.¹¹¹⁴ Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Bergbauberechtigungen tatsächlich als öffentlich-rechtliche Rechtsposition angesehen werden dürfen, die dem Berechtigten eine Rechtsposition verschafft, die derjenigen eines (bürgerlich-rechtlichen) Eigentümers entspricht¹¹¹⁵ und die so stark ist, dass ihre ersatzlose Entziehung dem rechtsstaatlichen Gehalt des Grundgesetzes widersprechen würde.¹¹¹⁶

Dass die Bergbauberechtigung eine eigentumsrechtliche Position sei, die von Art. 14 I GG geschützt wird, wurde zunächst von dem BVerfG im Rahmen einer einstweiligen Anordnung im Jahr 1987 behauptet.¹¹¹⁷ Von dieser Entscheidung ausgehend, nahm die höchstrichterliche ständige Rechtsprechung ihren Ausgang in den Bergbauberechtigungen eine von Art. 14 I GG geschützte Eigentumsposition zu sehen. Im dem konkreten Fall Cappenberg konnten so die irreversiblen, nicht besonders schwerwiegenden Folgen für die Beeinträchtigung des Grundeigentümers den negativen Folgen der Verzögerung der Ausübung der Eigentumsposition

1114 BVerwG, Urteil v. 23.05.2023 – 4 C 1.22, BeckRS 2023, 24568, Rn. 16, 23, 57. Ebenso: BVerwG, Urteil vom 25.10.2018, 4 C 9/17, NVwZ 2019, S. 882 (883 f., Rn. 23 ff.); OVG Bautzen, Urteil v. 30.5.2018, 1 A 200/17, BeckRS 2018, 27379, Rn. 44; dasselbe, Urteil v. 24.9.2001, 1 B 335/01, ZfB 2002, 58 (S. 63); *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Düring, Losebl. (Stand: Mai 2023), Art. 14 GG, Rn. 324; *Kühne*, NVwZ 2018, S. 215; a.A. *Nusser*, der einen Eigentumsschutz für die bergrechtliche Bewilligung verneint, wohl aber die „Gewinnungsberechtigung“ vom Schutzbereich des Art. 14 I GG erfasst sieht (NVwZ 2017, S. 1247 f.).

1115 BVerfG, Urteil v. 21.7.1955, 1 BvL 33/51, BVerfGE 4, 219 ff. (241); Das BVerfG hat diese Anforderung auch so formuliert, dass die öffentlich-rechtliche Vermögensposition die „konstituierenden Merkmale des Eigentumsbegriffs“ tragen müsse (Beschluss vom 16.10.1968, 1 BvL 7/62, BVerfGE 24, 220 ff. (225 f.)); weiterhin auch BVerfG, Beschluss v. 13.5.1986, 1 BvR 99, 461/85, BVerfGE 72, 176 ff. (193) = NJW 1986, 2561 (ablehnend bzgl. Zinsvergünstigungen).

1116 BVerfG, Urteil v. 7.5.1963, 2 BvR 481/60, BVerfGE 16, 94 ff. (111 f.), st. Rspr., siehe ebenso die Auffassung zusammenfassend BVerfG, Beschluss vom 3.3.1965, 1 BvR 208/59, BVerfGE 18, 392 (397); BVerfG, Beschluss vom 9.6.1975, 1 BvR 2261, 2268/73, BVerfGE 40, 65 (83), m.w.N. Vgl. auch v. *Weschpfennig*, Strukturen des Bergrechts, S. 127 ff.

1117 BVerfG, Urteil v. 20.10.1987, 1 BvR 1048/87, BVerfGE 77, 130 (136) = NJW 1988, S. 1076 – Cappenberg (ohne Ausführungen in der Sache, nur mit allgemeinem Verweis auf die „allgemeine Auffassung“).

Bergbauberechtigung entgegengehalten werden und so obsiegen.¹¹¹⁸ Eine Prüfung und Begründung, warum die Bergbauberechtigungen unter den Schutz des Art. 14 I GG fallen sollen, fehlt vollständig. Das BVerfG begnügt sich mit einem Verweis auf die „allgemeine Auffassung“.¹¹¹⁹ Auch die späteren höchstrichterlichen Rechtsprechungen holten die Begründung nicht nach.¹¹²⁰ Auch von der Literatur wurde diese Position nicht weiter hinterfragt.¹¹²¹

Dies mag erstaunen, da öffentlich-rechtliche Rechtspositionen nicht ohne weiteres unter den Eigentumsschutz fallen¹¹²² – nicht alle subjektiven öffentliche Rechtspositionen sind von Art. 14 I GG geschützt.¹¹²³ Bei den Bergbauberechtigungen handelt es sich aber nicht um ein Bündel von Ansprüchen, die ihren Ursprung dem bürgerlichen Recht verdanken. Sie entstehen auf Grundlage der behördlichen Zuordnung gem. §§ 6 ff. BBergG, selbst wenn diese – wie hier bestritten¹¹²⁴ – von einem Rechtsanspruch getragen werden sollte. Die Bergbauberechtigungen sind damit öffentlich-rechtliche Rechtspositionen. Das BVerfG hat eine Vielzahl an Anforderungen gestellt, die erfüllt sein müssen, wenn die öffentlich-rechtliche Rechts-

1118 BVerfG, Urteil v. 20.10.1987, 1 BvR 1048/87, BVerfGE 77, 130 (136 f.) – Cappenberg. Außerdem wurde die Erhaltung von Arbeitsplätzen als weiterer, dem Grundeigentum entgegenstehender Belang angeführt (S. 137).

1119 BVerfG, Urteil v. 20.10.1987, 1 BvR 1048/87, BVerfGE 77, 130 (136) – Cappenberg.

1120 BVerfG, Urteil v. 13.7.2007, 1 BvR 284/05 = BeckRS 2007, 23970 = ZfB 2008, S. 85 (Leitsätze); BVerwG, Urteil v. 3. 3. 2011, 7 C 4/10 = NVwZ 2011, S. 1520 ff., Rn. 32; BGH, Urteil v. 9.12.2004 - III ZR 263/04, BGHZ 161, 305 (313) = NJW 2005, S. 748. In diesem Zusammenhang ist auch auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte hinzuweisen, welches die bergrechtliche Bewilligung als Eigentum im Sinne von Art. 1 Zusatzprotokoll zur EMRK (Schutz des Eigentums) qualifiziert (EGMR (V. Sektion), Urteil v. 19.1.2017, 32377/12 – Werra Naturstein GmbH & Co KG/Deutschland = NVwZ 2017, S. 1273)). Der EGMR bezog sich in seiner Einschätzung auf die nationale Auslegung, wonach „bergrechtliche Abbaurechte [...] Vermögensrechte sind [...]“ (S. 1274, Rn. 37). Gerade diese Grundannahme wird aber im Folgenden in Frage gestellt.

1121 Vitzthum/Piensch, in: Piensch/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 7 Rn. 4; Franke in: Boldt et al., BBergG, § 8, Rn. 20 ff. m.w.N.

1122 Ursprünglich noch grundsätzlich ablehnend: BVerfG, Urteil v. 30.4.1952, 1 BvR 14, 25, 167/52, BVerfGE 1, 264 (277 f.); ausführlich auch BVerfG, Urteil v. 1.7.1953, 1 BvL 23/51, BVerfGE 2, 380 (399 ff.). In letzterer Entscheidung lässt das BVerfG jedoch noch ausdrücklich offen, ob solche öffentlich-rechtlichen Ansprüche denkbar wären, die so starke privatrechtliche Elemente enthalten, dass sie unter den Schutz des Art. 14 I GG fallen müssten (ebenda, 402).

1123 So eindeutig BVerfG, Urteil v. 21.7.1955, 1 BvL 33/51, BVerfGE 4, 219 (240).

1124 Näheres unter Kapitel 4 A. II. 1.

position unter den Eigentumsschutz des Art. 14 I GG gefasst werden soll. Zunächst muss die subjektive-öffentliche Rechtsposition derjenigen eines (bürgerlich-rechtlichen) Eigentümers entsprechen.¹¹²⁵ Einen Anhaltspunkt liefert bezüglich der Bewilligung § 8 II BBergG, der auf die Anwendung der Vorschriften des BGB verweist und damit dem Bergbauberechtigten Ansprüche aus §§ 985-1007 BGB gewährt¹¹²⁶.

Darüber hinaus muss die subjektive-öffentliche Rechtsposition aber auch so stark sein, dass ihre ersatzlose Entziehung dem rechtsstaatlichen Gehalt des Grundgesetzes widersprechen würde.¹¹²⁷ Ein Indiz kann dabei sein, dass die vermögenswerte öffentlich-rechtliche Rechtsposition für den Bürger ein Äquivalent eigener Leistung bildet und nicht überwiegend auf staatlicher Gewährung beruht.¹¹²⁸ Darüber hinaus sollen öffentlich-rechtliche Rechtspositionen dem Rechtsträger ausschließlich und privatnützig zugeordnet und dessen entstehen nicht von weiteren Gegenebenenheiten, neben dem Zeitablauf und dem Eintritt des auslösenden Ereignisses, abhängig sein.¹¹²⁹ Letzteres wurde gerade für den Erlaubnisinhaber abgelehnt, der

1125 BVerfG, Urteil v. 21.7.1955, 1 BvL 33/51, BVerfGE 4, 219 (241); Das BVerfG hat diese Anforderung auch so formuliert, dass die öffentlich-rechtliche Vermögensposition die „konstituierenden Merkmale des Eigentumsbegriffs“ tragen müsse (Beschluss vom 16.10.1968, 1 BvL 7/62, BVerfGE 24, 220 (225 f.)); weiterhin auch BVerfG, Beschluss v. 13.5.1986, 1 BvR 99, 461/85, BVerfGE 72, 176 (193) = NJW 1986, S. 2561 (ablehnend bzgl. Zinsvergünstigungen).

1126 Franke, in: Boldt et al., BBergG, § 8, Rn. 17.

1127 BVerfG, Urteil v. 7.5.1963, 2 BvR 481/60, BVerfGE 16, 94 (111 f.), st. Rspr., siehe ebenso die Auffassung zusammenfassend BVerfG, Beschluss vom 3.3.1965, 1 BvR 208/59, BVerfGE 18, 392 (397); BVerfG, Beschluss vom 9.6.1975, 1 BvR 2261, 2268/73, BVerfGE 40, 65 (83), m.w.N.

1128 BVerfG, Beschluss v. 11.10.1962, 1 BvL 22/57, BVerfGE 14, 288 (293 f.); BVerfG, Beschluss v. 13.6.2006, 1 BvL 9 u.a., BVerfGE 116, 96 (121) (ablehnend für Rentenanswartschaft aus dem Fremdenrentengesetz); BGH, Urteil v. 9.12.2004 - III ZR 263/04, BGHZ 161, 305 (312 f.) = NJW 2005, S. 748 (750). Diesen Aspekt sieht auch v. Wespjennig, der es aber im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers sieht, auch solche Rechtspositionen unter grundrechtlichen Schutz zu stellen (Strukturen des Bergrechts, S. 132).

1129 So zunächst für sozialversicherungsrechtliche Ansprüche formuliert: BVerfG, Urteil v. 16.7.1985, 1 BvL 5/80 u.a., BVerfGE 69, 272 (300) (in dieser Entscheidung zu den rentenrechtlichen Ansprüchen taucht auch als weiteres Kriterium für sozialversicherungsrechtliche Ansprüche das Kriterium der Existenzsicherung auf (S. 303 f.); BVerfG, Beschluss vom 13.5.1986, 1 BvL 55/83, BVerfGE 72, 141 (153) (hier abgelehnt für eine Geschiedenen-Witwenrente).

sich hinsichtlich seines Anspruchs auf Erteilung der Bewilligung nicht schon in einer von Art. 14 I GG geschützten Position befindet.¹¹³⁰

a. Erlaubnis

Gerade bezüglich der Erlaubnis nach § 7 BBergG sind erhebliche Zweifel angebracht, ob sie tatsächlich den verfassungsgerichtlich aufgestellten Anforderungen genügt. Erst mit der Erlaubnis ist der Bergbauunternehmer berechtigt Bohrungen u.ä. vorzunehmen und hierbei Kapital und Arbeit einzusetzen und insofern Leistungen zu erbringen. Die Erteilung der Erlaubnis setzt damit keine eigene Leistung des Bergbauunternehmers voraus, sondern ermöglicht ihm diese erst. Hiervon scheint auch *Franke* auszugehen, indem er ausführt, dass in dem Maße in dem auf Grundlage der Erlaubnis Investitionen vorgenommen werden, sich der verfassungsrechtliche Rechtsschutz des Eigentums verdichte.¹¹³¹ Wäre damit im Umkehrschluss die Erlaubnis im Zeitpunkt der Erteilung – wenn noch keine Investitionen getätigt wurden –, nicht von Art. 14 I GG geschützt? Den Eigentumsschutz einer Rechtsposition von ihrer Ausübung abhängig zu machen, ist dogmatisch problematisch. Sollen doch auch die subjektiven öffentlich-rechtlichen Rechtspositionen dem Grundrechtsträger „einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich [...] sichern und ihm damit eine eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens [...] ermöglichen.“¹¹³² Es würde den Freiheitsraum erheblich einschränken, wenn schon hinsichtlich der Frage, ob Eigentum überhaupt betroffen ist, das (wirtschaftliche) Ausnutzen der konkreten Eigentumsposition relevant wäre. Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG wird nur der Grad des Schutzbedürfnisses der Eigentumsposition auch von der konkreten Verwendung abhängig gemacht.¹¹³³

1130 BVerfG, Urteil v. 13.7.2007, 1 BvR 284/05 = BeckRS 2007, 23970 ZfB 2008, S. 85 (Leitsätze).

1131 *Franke* in: Boldt et al., BBergG, § 7, Rn. 16. Auch führt *Franke* den Eigentumsschutz der Bewilligung auf den „Einsatz von Kapital und Leistung des Berteilssamsinhabers – insbesondere durch die Aufsuchung“ zurück (in: Boldt et al., BBergG, § 8, Rn. 20).

1132 BVerfG, Urteil v. 16.7.1985, 1 BvL 5/80, 1 BvR 1023, 1052/83 und 1227/84, BVerfGE 69, 272 (300), m.w.N.

1133 BVerfG, Beschluss v. 23.04.1974 - 1 BvR 6/74 und 2270/73, BVerfGE 37, 132 (140); BVerfG, Beschluss v. 12.06.1979 - 1 BvL 19/76, BVerfGE 52, 1 (29 f.); BVerfG, Beschluss v. 14.07.1999 - 1 BvR 995 u.a., BVerfGE 101, 54 (74); *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Rn. 1238.

Die öffentlich-rechtliche Rechtsposition der Bergbauberechtigung kann mit der Rechtsposition eines Subventionsnehmers verglichen werden, dessen Rechtsposition vom BVerfG am Art. 14 I GG geprüft wurde¹¹³⁴. Auch in den Fällen der Gewährung einer Subvention schließt sich die Leistung – der Einsatz der Subvention zum subventionsgemäßen Zweck – erst an die staatliche Gewährung an. Sie geht ihr nicht voraus, sondern ist Teil der Ausübung der erlangten Rechte.¹¹³⁵ Deshalb ist die Rechtsposition des Subventionsnehmers nicht von Art. 14 I GG geschützt, wie das BVerfG ausdrücklich festgestellt hat. Ihr Entzug ist damit keine Frage der Enteignung im Sinne des Art. 14 III GG sondern ausschließlich eine Frage des Vertrauensschutzes.¹¹³⁶

Die Exploration des Feldes schließt sich als „eigene Leistung“ des Bergbauberechtigten erst an die staatliche Gewährung an. Damit beruht die Erteilung der Erlaubnis nur auf einer einseitigen staatlichen Gewährung und erfüllt damit nicht die verfassungsrechtlich geforderten Anforderungen an eine öffentlich-rechtliche von Art. 14 I GG geschützte Rechtsposition. Die Parallelität der Bergbauberechtigung zu der Subventionsgewährung verstärkt sich noch einmal, wenn in der Erteilung der Bergbauberechtigung eine Ermessensentscheidung gesehen wird¹¹³⁷ und dies noch einmal die „Freiwilligkeit“ der staatlichen Zuwendung deutlich macht.¹¹³⁸

1134 BVerfG, Beschluss v. 13.05.1986, 1 BvR 99, 461/85, BVerfGE 72, 176 (195 f.).

1135 So das BVerfG: „Die Rechtsposition der Beschwerdeführer fällt aber auch deshalb nicht unter Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG, weil die Zinsvergünstigung ausschließlich auf einseitiger staatlicher Gewährung und nicht auf Eigenleistungen der Darlehensempfänger beruht. Der Hinweis der Beschwerdeführer auf die von ihnen erbrachten Leistungen geht fehl. [...] Die Subvention wird nicht durch eigene Leistung erlangt, sondern ersetzt eine solche. Der Empfang eines subventionierten Darlehens mindert die Belastung des Vermögens des Bauherrn und ermöglicht oder erleichtert ihm dadurch die Eigentumsbildung.“ (Beschluss v. 13.05.1986, 1 BvR 99, 461/85, BVerfGE 72, 176 (195)).

1136 BVerfG, Beschluss v. 13.05.1986, 1 BvR 99, 461/85, BVerfGE 72, 176 (195 f.). Umso erstaunlicher, dass gerichtlich zutreffend festgestellt wurde, dass der Inhaber der Bergbauberechtigung nicht in den zu erfolgenden Abbau vertrauen dürfe (BVerwG, Urteil v. 26.3.1998, 4 A 2/97, BVerwGE 106, 290 (293) = NVwZ 1998, S. 1180 f.; ebenso BGH, Urteil v. 14.4.2011, III ZR 30/10, BGHZ 189, 231 Rn. 25).

1137 Hierzu vorangehend unter Kapitel 4 A. II. 1.

1138 BVerfG, Beschluss v. 13.05.1986, 1 BvR 99, 461/85, BVerfGE 72, 176 (193 f.).

b. Bewilligung

Auch für die Bewilligung muss die Frage gestellt werden, inwiefern hier die verfassungsrechtlichen Anforderungen erfüllt sind. Der Bewilligung geht zumindest die Leistung des Bergbaubetreibers voraus, der mit der Ausnutzung der Erlaubnis die Exploration der Rohstoffe vornimmt. Jedoch schafft er hiermit nur eine Voraussetzung, um überhaupt erst die Anforderungen der Bewilligungserteilung gem. § 12 II BBergG erfüllen zu können. In der Entscheidung zur Subvention, stellt das BVerfG fest, dass diese staatlichen Zuwendungen gerade „nicht dadurch ‚erworben‘ [werden], dass sie die Förderungsvoraussetzungen erfüllen, zu denen regelmäßig bestimmte Eigenleistungen gehören.“¹¹³⁹ Dies muss auch für die Bewilligung gelten. Es ist außerdem keine Leistung, die an den Staat oder einen Hoheitsträger fließt (wie etwa die Zahlung von Rentenbeiträgen zur Erlangung eines von Art. 14 I GG geschützten Rentenanspruches)¹¹⁴⁰, sondern die in Hoffnung auf eigene wirtschaftliche Gewinnerzielung getätigt wird, und damit dem Bergbauunternehmer selbst zugutekommt.

Die Wertung, die Bergbauberechtigungen als Eigentumsposition einzuordnen, und dies ausschließlich auf die getätigten Investitionen zurückzuführen, müsste konsequenterweise auch dazu führen, andere Nutzungsgestaltungen von Umweltgütern als unter Art. 14 I GG fallend zu diskutieren.¹¹⁴¹ Andere Unternehmer, die beispielsweise in ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit auf das Gut Wasser zugreifen müssen, können durch die erteilte Wasserbenutzung nach § 8 WHG ebenso zu Investitionen verleitet sein, wie der Bergbaubetreibende in Vertrauen auf seine Bergbauberechtigungen Bohrungen vornimmt. Sollte man auch diesbezüglich Eigentumsrechte diskutieren, würde der Staat empfindlich in der Ausgestaltung und Änderung

1139 BVerfG, Beschluss v. 13.05.1986, 1 BvR 99, 461/85, BVerfGE 72, 176 (195).

1140 BVerfG, Urteil v. 28.02.1980, 1 BvL 17/77 u.a., BVerfGE 53, 257 (291 f.); BVerfG, Beschluss v. 08.04.1987, 1 BvR 564 u.a., BVerfGE 75, 78 (96 f.), m.w.N. Hierzu: *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Düring, Losebl. (Stand: Mai 2023), Art. 14 GG, Rn. 247 ff.

1141 Zur Ablehnung des Eigentumsschutz von atomrechtlichen Genehmigungen siehe: BVerfG, Urteil v. 06.12.2016 - 1 BvR 2821/11 u.a., BVerfGE 143, 246 (328 f. Rn. 231 f.) Hier macht das BVerfG deutlich, dass Investitionen einen Eigentumsschutz nicht begründen. Weiterhin: „[Die Genehmigungen] können Vertrauen schaffen, sind aber kein verfassungsrechtliches Eigentum. Art. 14 GG schützt nicht die öffentliche Genehmigung als solche, sondern nur die aufgrund der Genehmigung geschaffenen privaten Vermögenspositionen.“ (ebd.); *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Düring, Losebl. (Stand: Mai 2023), Art. 14 GG, Rn. 242.

der Umweltgesetzgebung beeinträchtigt¹¹⁴² und sähe sich hohen Entschädigungsansprüchen nach Art. 14 III GG ausgesetzt.¹¹⁴³ Gerade im Bereich der Grundwassernutzung hat das BVerfG das Erfordernis einer staatlichen Steuerung der Benutzung eines knappen Umweltgutes herausgestellt und deswegen die Zuordnung des Grundwassers zum Grundeigentümer von Verfassungswegen für unzulässig erklärt.¹¹⁴⁴ Die auf der Grundlage einer behördlichen Genehmigung getätigten Investitionen können damit kein entscheidendes Kriterium in der Frage nach dem Eigentumsschutz sein.¹¹⁴⁵ Die Frage, ob sich hohe Investitionen auszahlen werden und ob die Sach- und Rechtslage zu Gunsten des Unternehmers aufrechterhalten bleibt, dies ist seinem Investitionsrisiko zuzurechnen und führt nicht zu einem Eigentumsschutz. Das im Bergrecht besonders hohe Investitionsrisiko kann keine rechtlich andere Bewertung begründen. Der Befürchtung, dass ohne Eigentumsposition andernfalls gar kein Bergbau betrieben werden würde,¹¹⁴⁶ muss anders beigegeben werden.

Selbst wenn die Bergbauberechtigungen mit der herrschenden Meinung als vom Eigentumsschutz nach Art. 14 I GG umfasst angesehen werden

1142 *Sendler*, UPR 1983, S. 34 f.

1143 Eine Entschädigung wurde abgelehnt im Falle eines, das Abbaug Gebiet teilweise mit einer Verkehrsanlage überplanenden Planfeststellungsbeschluss. Hierzu BVerwG, Urteil v. 26.3.1998 - 4 A 2/97, BVerwGE 106, 290 (292 f.) = NVwZ 1998, S. 1180 f. Im vorliegenden Fall wurden durch die Planung 11% der Fläche der faktischen Ausübung des Bergwerkseigentums entzogen. Ob eine Entschädigung auch abgelehnt werden müsste, wenn das gesamte Abbaug Gebiet nicht mehr nutzbar sei, dies ließ das BVerwG ausdrücklich offen (NVwZ 1998, S. 1181). Weiterhin wurde in der fehlenden Entschädigung für die Realisierung des Vorrangs zulasten des Bergbauvorhabens i.S.v. § 124 III BBergG kein Verstoß gegen Art. 14 I GG erkannt (BVerwG, Gerichtsbescheid v. 30.7.1998 - 4 A 1-98, NVwZ-RR 1999, S. 162 (164)); ablehnend hierzu *Kühne*, DVBl. 2012, 664 f. Ebenso: BGH, Urteil v. 14.04.2011 - III ZR 30/10, BGHZ 189, 231 (236 ff. Rn. 17 ff.); vgl. *Franke* in: Boldt et al., BBergG, § 8, Rn. 23.

1144 BVerfG, Beschluss v. 15.07.1981, 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300 (346 f.) – Nassausschießungsbeschluss.

1145 Das BVerwG veranslagt das Interesse des Erlaubnisnehmers, „bislang getätigte Investitionen nicht abschreiben zu müssen“, in der behördlichen Entscheidung über die Verlängerung einer Erlaubnis nach § 16 IV S. 2 BBergG als eher gering (Urteil v. 03.03. 2011 - 7 C 4/10, NVwZ 2011, S. 1520 ff. (S. 1523, Rn. 32)).

1146 Von dem Erfordernis eines speziellen Schutzes der unternehmerischen Interessen an der Amortisierung der Investitionen, ohne welches „niemand bereit sein, das mit dieser Tätigkeit verbundene erhebliche Risiko zu übernehmen [!]“ geht schon die Gesetzesbegründung ein (BT-Drs. 8/1315, S. 88; dies aufgreifend: BGH, Urteil v. 09.12.2004 - III ZR 263/04, NJW 2005, S. 750; wortgleich OVG Magdeburg, Urteil v. 4.11.1999 - A 1/4 S 170/97, ZfB 2011, 237 (S. 239)).

sollten, so stellt sich doch die Frage, welchen Wesensgehalt der Eigentumschutz vermitteln solle. So sind die Bergbauberechtigungen zum einen zeitlich zu befristen (gem. § 16 IV, V BBergG) und zum zweiten ist der Prüfrahmen eingeschränkt (die öffentlichen Interessen werden nach der herrschenden Meinung nicht vollumfänglich berücksichtigt, die entgegenstehenden privaten Interessen werden gar nicht überprüft und die Prüfung von sonstigen öffentlichen-rechtlichen Vorschriften wird auf den Zeitpunkt der Betriebsplanerteilung verlagert). Durch diesen eingeschränkten Prüfrahmen wurde gerichtlich ausgeführt, dass der Bergbauberechtigte nicht in den Abbau vertrauen dürfe¹¹⁴⁷ – was der stufenweisen Zulassung des Bergbaubetriebs gerecht wird. Die von der Bergbauberechtigung vermittelte Eigentumsposition am Bodenschatz gleicht damit in ihrer Wirkung einem „zahnlosen Tiger“, da sie nicht gleichzeitig auch den Abbau garantieren kann.¹¹⁴⁸ Die Wirkung der Bergbauberechtigung beschränkt sich damit streng genommen darauf, andere Konkurrenten auszuschließen und privatrechtlich den Ausgleich zwischen Dritten und dem Inhaber der Bergbauberechtigung zu eröffnen (§ 8 II BBergG). Ob hierin ein von Art. 14 I GG zu schützender Wesensgehalt erblickt werden kann, ist mehr als zweifelhaft.

Auch der verbreiteten Auffassung muss widersprochen werden, wonach der Eigentumsschutz an der Bergbauberechtigung besonders hoch zu veranschlagen sei. Begründet wird dies damit, dass die Bergbauberechtigung eindimensional sei, und mit dem Ablehnen dieser einzigen Nutzungsmöglichkeit (dem Abbau) die Bergbauberechtigung keiner anderen Nutzung mehr zugeführt werden könne.¹¹⁴⁹ Gerade für den Fall, indem eine Enteignung des Grundeigentümers für die Realisierung des Bergbaus notwendig ist, scheint es irrwitzig zu sein, zunächst dem Bergbaubetreibenden ohne die Berücksichtigung der privaten Interessen eine Eigentumsposition zu verschaffen, um dann in der Abwägung unter Hinweis auf die Eindimensionalität der Bergbauberechtigung diese obsiegen zu lassen. Denn nun

1147 BVerwG, Urteil v. 26.3.1998, 4 A 2/97, BVerwGE 106, 290 (293) = NVwZ 1998, S. 1180 f.; ebenso BGH, Urteil v. 14.4.2011 - III ZR 30/10, BGHZ 189, 231 (238, 240 (Rn. 20, 25)).

1148 Mit der seltenen Ausnahme der Befreiung von der Betriebsplanpflicht nach § 51 III BBergG.

1149 Ausführlich zur Eindimensionalität der Nutzung: BVerwG, Urteil v. 25.10.2018 - 4 C 9/17, BVerwGE 163, 294 (301 f., Rn. 29 ff.); BVerwG, Urteil v. 23.5.2023 - 4 C 1.22, BeckRS 2023, 24568, Rn. 57; Kühne, DVBL. 2006, S. 663; wiedergebend v. Weschpfennig, Strukturen des Bergrechts, S. 137 f.; Franke in: Boldt et al., BBergG, § 8, Rn. 22, m.w.N.

kann der Grundeigentümer sein Grundstück nicht mehr und auch nicht „mehrdimensional“ nutzen.

c. Bergwerkseigentum

Fraglich ist zuletzt, ob das Bergwerkseigentum einen Eigentumsschutz nach Art. 14 I GG gewährt. Der Unterschied zur Bewilligung liegt allein in der zu erfolgenden Eintragung ins Grundbuch und damit in der Beleihungsfähigkeit dieses Rechtstitels. Inhaltlich sind sie äquivalent. Damit ändert sich die rechtliche Bewertung hinsichtlich des Eigentumsschutzes nach Art. 14 I GG nicht durch die bloße formhafte Eintragung.

d. Zusammenfassung

Es kann damit festgehalten werden, dass die Bergbauberechtigungen entgegen der herrschenden Meinung nicht öffentlich-rechtliche Rechtspositionen sind, die von Art. 14 I GG geschützt wären. Die staatliche Hinderung der Ausübung der Berechtigungen richtet sich damit allein nach den Grundsätzen des Vertrauensschutzes (und dürfte bei noch nicht ausgeübten Bergbauberechtigungen nicht greifen, da die Bergbauberechtigung keinen Vertrauenstatbestand hinsichtlich des späteren Abbaus schafft¹¹⁵⁰). Dies betrifft auch Fragen der Entschädigungspflicht.¹¹⁵¹

1150 BVerwG, Urteil v. 26.3.1998, 4 A 2/97, BVerwGE 106, 290 (293) = NVwZ 1998, S. 1180 f.; ebenso BGH, Urteil v. 14.4.2011 - III ZR 30/10, BGHZ 189, 231 (238, 240 (Rn. 20, 25)).

1151 Jüngst hat das BVerwG die Frage bejaht, ob der Bergwerkseigentümer entschädigt werden muss, wenn sich Beschränkungen seines Bergwerkseigentums durch eine Naturschutzgebietsverordnung ergeben (Urteil v. 25.10.2018 - 4 C 9/17, BVerwGE 163, 294 (300 Rn. 27 ff.) = NVwZ 2019, 882); vorhergehend: OVG Bautzen, Urteil vom 26.5.2015, 4 A 171/11 und VG Leipzig, Urteil vom 15.12.2009, 6 K 1116/06. Gerade auch vor dem Hintergrund des Kohleausstiegs kann die Frage nach der Entschädigungspflicht der Bergbaubetreibenden hoch aktuell werden. Der EGMR hat eine Entschädigung für die staatliche Behinderung der Nutzung einer deutschen bergbaulichen Bewilligung zugesprochen (EGMR (V. Sektion), Urteil v. 19.1.2017, 32377/12 – Werra Naturstein GmbH & Co KG/Deutschland = NVwZ 2017, S. 1273). Er machte die Entschädigungspflichtigkeit davon abhängig, inwiefern der Berechtigte von der künftigen Einschränkung seiner Berechtigung wusste oder hätte wissen müssen. So musste der Entzug einer schwedischen Bergbauberechtigung nicht entschädigt werden, weil ihre erneute Überprüfung schon in der Bewilligung

Dieses Ergebnis beeinflusst auch den Ausgang der Gesamtabwägung, da die Bergbauberechtigungen ohne verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz, wenn überhaupt, so nicht mit demselben Gewicht berücksichtigt werden können.

4. Zwischenergebnis

Das ressourcenethische Defizit – eine Grundausrichtung der Verteilungsentscheidung über die Rechtsposition am Bodenschatz zugunsten des Bergbaus – lässt sich schon nach derzeitiger Rechtslage aufheben. Es hat sich gezeigt, dass insbesondere die Annahme, dass die Bergbauberechtigungen unter dem Schutz des Art. 14 I GG stünden, nicht trägt. Auch sprechen gewichtige Gründe für die Annahme eines Ermessensspielraums, sowie dem Einbezug aller öffentlichen Interessen unter § 11 Nr. 10 BBergG. Nur die dem Bergbau entgegenstehenden privaten Interessen können nicht als Zulassungsvoraussetzung einbezogen werden. Ob dies ein ressourcenethisches Defizit darstellt, ist von der Reichweite der Entscheidung über die Bergbauberechtigungen abhängig.

III. Zusammenfassung

Die im BBergG angelegte Verteilungsentscheidung über die Rechtsposition am bergfreien Bodenschatz ist ressourcenethisch zu kritisieren. Das BBergG gewährt den Bergbauinteressenten einen Anspruch auf ein Allgemeingut, welches als von Art. 14 I GG geschützte Eigentumsposition erstarkt, ohne durch eine umfassende Prüfung zu gewährleisten, dass eben dieser Übergang der Rechtsposition an einen Privaten auch im öffentlichen Interesse liegt. Mit dieser gesetzlichen Grundentscheidung kann nur ein Minimalschutz an der Grenze der Belastbarkeit der Ressource unter Ausschöpfung der Nutzungskapazität realisiert werden.¹¹⁵² Ein behördliches

ausdrücklich festgelegt wurde (S. 1275, Rn. 52, mit Verweis). Bei dieser Einschätzung des EGMR ist – neben der Einordnung der Bewilligung als Eigentum i.S.v. Art. 1 Zusatzprotokoll zur EMRK – fraglich, ob die Bewilligung tatsächlich schon die Entscheidung enthält, dass und in welchem Umfang ein Abbau tatsächlich auch stattfinden wird. Hierzu v. *Weschpfennig*, Strukturen des Bergrechts, S. 139 ff., 157 ff.

1152 So die Worte des BVerfG bezüglich des Ressource Wasser: „Das präventive Erlaubnisverfahren mit Verbotsvorbehalt würde den Gewässern nur einen Minimal-

Ermessen wäre für „eine auf die Zukunft ausgerichtete ordnungsgemäße Steuerung“¹¹⁵³ unumgänglich. Auch der Gesetzgeber des BBergG hat erkannt, dass der Staat ohne „materielle Gestaltungsmöglichkeiten“ nicht „den Anforderungen einer modernen Wirtschaftsordnung“ gerecht werden kann.¹¹⁵⁴

Daneben stellt sich die Frage, wie der Prüfungsumfang mit den Wirkungen der Bergbauberechtigungen in Einklang zu bringen ist. Ein geringer Prüfungsumfang und eine erstarkte Rechtsposition, wie derzeit dem BBergG entnommen wird, sind jedenfalls nicht passfähig.

Die Auslegung des § 11 ist offen für eine ressourcenethisch vorzugswürdigere Verteilungsentscheidung. Nach der hier vertretenen Auffassung besteht kein Rechtsanspruch des Unternehmers auf die Erteilung der Bergbauberechtigung. Auch ist die einschränkende Auslegung des § 11 Nr. 10 insgesamt abzulehnen, sodass nun alle dem Bergbau entgegenstehenden öffentlichen Interessen zu beachten sind. Dies verändert den Charakter des Verteilungskriteriums erheblich. Es findet keine grundsätzliche Aussprache für den Bergbau (mehr) statt. Damit muss die Behörde offen über die Wünschbarkeit des Bergbaus entscheiden und dabei unvoreingenommen die öffentlichen bergbaulichen Interessen gegen alle entgegenstehenden öffentlichen Interessen im Rahmen des § 11 Nr. 10 BBergG abwägen. Angelehnt an die Worte des BVerfG¹¹⁵⁵ kann hier gesagt werden, dass sich der § 11 BBergG durch die veränderte Auslegung zu einer Regelung entwickelt, die potentiell eine optimale Nutzung der verfügbaren Ressourcen gewährt und auch den Spielraum für die Befriedigung künftigen Bedarfs offenhalten kann.

Auch konnte die unbegründete Auffassung, dass die Bergbauberechtigungen von Art. 14 I GG geschützt seien, ausgeräumt werden, was den rechtlichen und politischen Handlungskorridor in der Ressourcenpolitik erheblich erweitern wird. So kann die Ressourcenpolitik, jenseits von Enteignungsfragen, den Anforderungen der sich verschärfenden Ressourcenproblematik begegnen. Ganz konkret spielt sich diese rechtliche Frage in der Gestaltung des Kohleausstiegs wieder.

schutz gewähren, der einsetzt, wenn die Grenze ihrer Belastbarkeit erreicht ist.“ (Beschluss v. 15.07.1981, 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300 (347) – Nassauskiesungsbeschluss).

1153 So wiederum das BVerfG bezüglich der Ressource Wasser: Beschluss v. 15.07.1981, 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300 (347) – Nassauskiesungsbeschluss.

1154 BT-Drs. 8/1315, S. 84 f.

1155 BVerfG, Beschluss v. 15.07.1981, 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300 (347) – Nassauskiesungsbeschluss.

Die privaten Interessen der Oberflächennutzer können nach der derzeitigen Gesetzeslage nicht im Rahmen des § 11 BBergG berücksichtigt werden. Dies ist ressourcenethisch dann unproblematisch, wenn den Bergbauberechtigungen nur die Wirkung der Auswahl zwischen mehreren Bewerbern, nicht aber weitergehende Wirkungen (wie etwa einer Vorfestlegung) zugeschrieben wird.

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

In der Entscheidung über die Rechtsposition am Bodenschatz, d.h. in der Erteilung der Bergbauberechtigung, wird nicht über die Nutzung des sog. Oberflächeneigentums, d.h. nicht über das Recht an der Bodennutzung entschieden und damit auch nicht über die Frage, ob das Bergbauvorhaben tatsächlich realisiert wird oder nicht. Um von seiner Bergbauberechtigung auch Gebrauch zu machen, muss dem Bergbauberechtigten auch das Recht an der Bodennutzung zugewiesen werden. Auch für den Bergbauinteressenten, der sich um die Gewinnung grundeigener Bodenschätze bemühen möchte, kommt es auf die Erlangung des Rechts an der Bodennutzung an.

Bei der Frage nach der Verteilung des Guts ‚Recht an der Bodennutzung‘ geht es um die vertikale Verteilung, d.h. die Verteilung zwischen ungleichartigen Nutzungen: Welcher Nutzung soll ein bestimmtes Gebiet zugeführt werden? Oder wohl eher: Soll das Recht der Bodennutzung auf das Bergbauunternehmen übergehen? Diese Frage spitzt sich in dem Konflikt zwischen Grundeigentümer und Bergbaubetreiber zu. Das vom BBergG bereitgehaltene System zur Lösung dieses Konfliktes ist juristisch und auch ressourcenethisch besonders bedeutsam. Dies liegt daran, dass es zumeist dieser Konflikt ist, der eine gerichtliche Überprüfung überhaupt auslöst und dessen, in historischer Tradition stehende, unzureichende gesetzliche Regelung die umfassende richterliche Rechtsfortbildung, die ihren vorläufigen Schlussstein in der Garzweiler Entscheidung des BVerfG gefunden hat, herbeiführte. Dies und die Tatsache, dass mit der Frage um die Zuteilung des Rechts an der Bodennutzung zwischen Grundeigentümer und Bergbauberechtigten auch über das Wohl und Wehe des Bergbauprojektes mit all seinen teils weitreichenden (Umwelt-)Konsequenzen entschieden wird, macht die Lösung dieses Konfliktes auch ressourcenethisch besonders bedeutsam. Aus diesen Gründen soll die Betrachtung dieses Konfliktes auch ins Zentrum der nachfolgenden Überlegungen rücken. Weil mit der

Frage über die Zuordnung des Rechts an der Bodennutzung auch über den Erfolg des Bergbauvorhabens abschließend entschieden wird, es sich hier um eine Letztentscheidung für oder gegen das Bergbauprojekt handelt, wird diese Entscheidung auch umfassend zu bewerten sein – deshalb mag es nicht verwundern, wenn schon hier Nachhaltigkeitsgesichtspunkte und Fragen über die gerechte Lastenverteilung eine Rolle spielen.

Der ressourcenethischen Analyse schließt sich auch hier die Überlegung an, wie gefundene Defizite mit den Mitteln der Auslegung behoben werden könnten.

I. Ressourcenethische Analyse der derzeitigen Gesetzesauslegung

1. Welches ist die Verteilungsentscheidung?

Es bleibt zu untersuchen, auf welcher Ebene es sich konkret entscheidet, ob der Grundeigentümer das Gut ‚Recht an der Bodennutzung‘ behält oder ob es dem Bergbauunternehmer (unter Umständen auch nur teilweise) zugeteilt wird.

Die Benutzung des Bodens ist nicht bei allen Bergbautätigkeiten im selben Maße gegeben. Der Boden wird beispielsweise bei dem großräumigen Abbau von Braunkohle in Anspruch genommen, aber auch bei dem Aufstellen von obertägigen Bergbauanlagen. Ist der Bergbauberechtigte nicht von vornherein Eigentümer des Grundstücks oder kann es sich dies durch freihändigen Erwerb nicht beschaffen, so steht ihm das Grundabtretungsverfahren des §§ 77 ff. BBergG zur Verfügung. Die im öffentlich-rechtlichen Konzessionssystem (Trennung von Eigentum an dem Grundstück und dem Eigentum an den Bodenschätzen) angelegte Konfliktlage zwischen dem Bergbauberechtigten und dem Oberflächeneigentümer,¹¹⁵⁶ hat der Gesetzgeber durch die Vorschriften über die Grundabtretung gelöst, um die Realisierung des Bergbauvorhabens und damit die Rohstoffversorgung des Marktes nicht von der Zustimmung der Grundstückseigentümer abhängig werden zu lassen.¹¹⁵⁷ Durch die Grundabtretung können das Eigentum am Grundstück und die anderen Rechte des § 78 BBergG entzogen, übertragen,

1156 Greinacher in: Boldt et al., BBergG, Vorbem. § 77-106, Rn. 1.

1157 Vgl. Dapprich/Franke, Leitfaden des Bergrechts, S. 75.

geändert und belastet werden. Sie ist eine Enteignung¹¹⁵⁸ und darf nur zum Wohl der Allgemeinheit erfolgen (§ 79 I BBergG).

Somit liegt es zunächst nahe, die Grundabtretung als Verteilungsentscheidung über das Recht an der Bodennutzung zu qualifizieren. Dies entsprach auch bis zur Garzweiler Entscheidung des BVerwG im Jahr 2006 der allgemeinen Auffassung. Zumindest für die Vorhaben, die komplexe Großvorhaben sind und in denen ein Rahmenbetriebsplan mit positiver Grundentscheidung über die Zulässigkeit der Anlage ergeht,¹¹⁵⁹ stellt sich jedoch seit den höchstrichterlichen Garzweiler Entscheidungen die Frage, in welchem Verfahrensschritt endgültig über das „Ob“ des Bergbauvorhabens entschieden wird. Für diese Vorhaben ist es fraglich, ob die Verteilungsentscheidung in diesen Fällen nicht erst im Grundabtretungsverfahren, sondern schon mit der Zulassung des Rahmenbetriebsplans gefällt wird. Die Untersuchung in Kapitel 2 F. hat gezeigt, dass die Frage, ob in der Zulassung des Rahmenbetriebsplans schon die endgültige Entscheidung über den Erfolg des Bergbauvorhabens und damit über die Verteilung des Gutes Gebiet liegt, nicht auf Grundlage der derzeitigen Gesetzeslage beantwortet werden kann. Genauer konnte keine verfassungsgemäße Ausgestaltung der Verfahrensschritte zueinander gefunden werden. Deshalb gehen die weiteren Untersuchungen von der gesetzlichen Einführung einer enteignungsrechtlichen Vorwirkung aus, die der Gesetzgeber treffen müsste, um die derzeitige Rechtsauffassung auf verfassungsgemäßen Boden zurückzuführen.

Mit einer enteignungsrechtlichen Vorwirkung des Rahmenbetriebsplans ist das „Ob“ der Entscheidung schon gefallen. Der einzelne Oberflächeneigentümer könnte sich nur noch mit der im Grundabtretungsverfahren zu

1158 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (289 Rn. 162 f.) – Garzweiler; *Kremer/Neuhaus gen. Wever*, Bergrecht, Rn. 418.

1159 Vorhaben, die eine Rahmenbetriebsplanzulassung beinhalten bzw. in einem der Betriebspläne eine Gesamtabwägung durchgeführt wird oder als komplexes Großvorhaben bezeichnet werden können. Der § 48 II S. 1 BBergG, welchem die Gesamtabwägung entnommen wird, ist auch eine Zulassungsvoraussetzung für die anderen Betriebspläne. Inwiefern innerhalb dieser eine Gesamtabwägung durchzuführen wäre, ist noch nicht geklärt. Ungeklärt ist auch, ob diesen Gesamtabwägungen dann eine positive Grundentscheidung zur Zulassungsfähigkeit des Betriebs zu entnehmen sei (das BVerwG stützt sich in seiner Begründung auch auf den Charakter des Rahmenbetriebsplans (Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 (209 f., Rn. 18 ff.) – Garzweiler)). Das BVerfG benutzt auch den Begriff der „komplexen Großvorhaben“. Fraglich ist, ob dies nun ein ungeschriebener Tatbestand ist, und nur für diese Vorhaben die beschriebene Rechtslage Anwendung findet.

klärenden Frage verteidigen, ob das konkrete Grundstück auch tatsächlich für den Bergbau erforderlich sei. Diese Frage ist aber in der Regel keine erheblichen Bedenken ausgesetzt. Deswegen erscheint es plausibel, die Verteilungsentscheidung über das Grundstück im Falle der Einführung der enteignungsrechtlichen Vorwirkung in der Zulassung des Rahmenbetriebsplans zu sehen.

Für alle anderen Vorhaben, die insbesondere keine Rahmenbetriebsplanzulassung einschließen, ist es nach wie vor zutreffend, die Grundabtretung als Verteilungsentscheidung zu markieren.

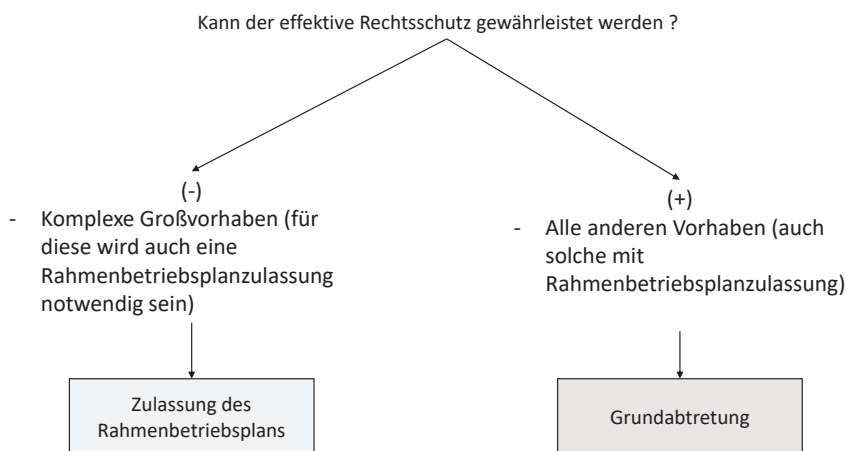


Abbildung 24: Welches ist die Verteilungsentscheidung über das Recht an der Bodennutzung? (eigene Erstellung)

2. Kapazitätsfestlegungen durch die Raumordnung

Das Gebiet muss in Einklang mit den Zielen der Raumordnung gem. § 48 II S.2 BBergG grundsätzlich für den Bergbau zur Verfügung stehen. In der Zielentscheidung der Raumplanung Gebiete von vornherein von einer bergbaulichen Nutzung auszunehmen, liegt eine Kapazitätsfestlegung: Von dem nach den natürlichen Gegebenheiten für den Bergbau geeigneten Gebieten werden Abstriche gemacht.¹¹⁶⁰ Dadurch kann aus der Reserve

¹¹⁶⁰ Diese Entscheidungen wirken sich auch indirekt als Kapazitätsfestlegungen für die Verteilung des Guts ‚Rechtsposition an Bodenschätzen‘ aus.

ein spekulativer, d.h. ein derzeit nicht abbaubarer Bestand an Rohstoffen werden.

Die Nutzung des Grundstücks zur Bodenschätzegewinnung kann durch die Festlegungen der Raumordnung aber auch besonders gefördert werden. Beide Regelungswirkungen zeigen, dass schon auf der, dem Genehmigungs-komplex vorgelagerten Ebene, entscheidende Weichenstellungen stattfinden können.

3. Wer trifft die Verteilungsentscheidung?

Auch hier stellt sich die Frage, ob die zuständige Behörde eine Entscheidung mit der Zulassung des Rahmenbetriebsplans und der Grundabtretung trifft oder ob sie die vorgegebene Entscheidung des Gesetzgebers bloß aus dem Gesetzestext erkennen muss und insofern die Verteilungsentscheidung eher beim Gesetzgeber angesiedelt wäre.

Die Zulassung des Rahmenbetriebsplans ergeht nach der herrschenden Meinung als gebundene Entscheidung.¹¹⁶¹ Die Gesamtabwägung soll dabei als nachvollziehende Abwägung getroffen werden.¹¹⁶² Der Behörde steht bei der Anwendung des § 55 I BBergG damit kein Ermessen zu. Auch die nachvollziehende Abwägung ist gerade dadurch charakterisiert, dass die Behörde lediglich die gesetzlichen Wertungen auf den Einzelfall anwendet, ihr selbst aber kein planerischer Spielraum zur Verfügung steht.¹¹⁶³ Deswegen ist die nachvollziehende Abwägung auch voll gerichtlich überprüfbar¹¹⁶⁴

1161 BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 (213) – Garzweiler; BVerwG, Urteil v. 16.03.1989 - 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (332) – Moers-Kapellen; BVerwG, Urteil v. 14.12.1990 - 7 C 18.90, NVwZ 1991, S. 992 (S. 993) – Wyen; BVerwG, Urteil v. 15.12.2006 - 7 C 1.06, NVwZ 2007, S. 700 (S. 701, Rn. 28); BVerwG, Urteil v. 15.12.2006 - 7 C 6/06, NVwZ 2007, 704 f. (Rn. 21) – Walsum; OVG Saarlouis, Urteil v. 20.6.2023 - 2 C 251/21, BeckRS 2023, 17124, Rn. 75; VG Trier, Urteil v. 11.1.2019 - 9 K 2641/18.TR, BeckRS 2019, 2986, Rn. 35; Hoppe, DVBl. 1987, S. 761. Zur prinzipiellen Unterscheidung von gebundenen Erlaubnissen und Planungsentscheidungen: Kühling, Fachplanungsrecht 1988, Rn. 33 ff.

1162 BVerwG, Urteil v. 15.12.2006, 7 C 1/06, BVerwGE 127, 259 (263 f., Rn. 28) = NVwZ 2007, S. 700 – Walsum; BVerwG, Urteil v. 30.3.2017 - 7 C 17/15, NVwZ-RR 2017, S. 685 (S. 689, Rn. 36); Kühne, in: Boldt et. al., BBergG, § 48, Rn. 49 (m.w.N.).

1163 Weyreuther, BauR 1977, S. 297, Anmerkung 28; ders., Bauen im Außenbereich, S. 19 (auf ihn ist die Terminologie zurückzuführen); Kment, ZUR 2016, S. 333.

1164 Kment, ZUR 2016, S. 333.

und durch eine Abwägung im Gerichtsverfahren ersetzbar¹¹⁶⁵. Auch die Grundabtretung wird im Rahmen einer gebundenen Entscheidung vorgenommen und enthält eine nachvollziehende Abwägung.¹¹⁶⁶

Insofern hat in beiden Verfahrensentscheidungen die zuständige Behörde nur die Funktion, die Wertungen des Gesetzes auf den Einzelfall anzuwenden, nicht aber mit eigenen Konzepten gestalterisch hervortreten. Auch wenn der Subsumptionsvorgang mehr ist als ein maschineller Prozess,¹¹⁶⁷ zeigt gerade die volle gerichtliche Überprüfbarkeit, dass die Verteilungsentscheidung nicht bei der Behörde, sondern beim Gesetzgeber selbst liegt.

4. Ressourcenethische Bewertung der Verteilungskriterien

Welche Kriterien und Wertungen gibt nun das BBergG vor, welche im konkreten Anwendungsfall von der Behörde angewendet und zu einer abschließenden Entscheidung verarbeitet werden sollen? Die Beantwortung dieser Frage setzt den Grundstein für die sich anschließende interdisziplinäre Betrachtung. Unter der Annahme, dass eine enteignungsrechtliche Vorwirkung der Zulassung des Rahmenbetriebsplans bezogen auf das Grundabtretungsverfahren im BBergG festgeschrieben wird, steht die Zulassung des Rahmenbetriebsplan für komplexe Großvorhaben als Verteilungsentscheidung fest (da andernfalls gar keine Entscheidung auf der Grundlage eines verfassungsgemäßen Gesetzes getroffen werden könnte). Für alle anderen Vorhaben bleibt die Grundabtretung die Verteilungsentscheidung. Diese behördlichen Entscheidungen sind nach ihren Verteilungskriterien zu befragen.

In einem zweiten Schritt werden die erarbeiteten Verteilungskriterien des BBergG mit den Kriterien bestehender Theorien der Verteilungsgerechtigkeit abgeglichen, um dies dann im letzten Schritt zu bewerten.

1165 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (352 Rn. 321) – Garzweiler.

1166 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (316 Rn. 233) – Garzweiler; *Greinacher*, in Boldt et. al., BBergG, Vorbem. § 77-106, Rn. 15; *Damert*, ZfB 2014, S. 13.

1167 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 682.

a. Verteilungskriterien des BBergG bei der Zulassung des Rahmenbetriebsplans

Den Ausgangspunkt bei der Ermittlung der Verteilungskriterien einer Entscheidung müssen die gesetzlich vorgegebenen Voraussetzungen ausmachen. Materiell rechtlich richtet sich die Zulassung des Rahmenbetriebsplans nach § 55 I und dem, diesen durch analoge Anwendung ergänzenden § 48 II BBergG. Der § 55 I ist keine Norm, die auf die Lösung eines Interessenkonflikts angelegt wäre. Er trifft keine Gewichtung der sich gegenüberstehenden Interessen, geschweige denn, dass diese entgegenstehenden Interessen überhaupt thematisiert werden. Dies liegt wiederum in der Gesetzeshistorie begründet. Nach der ursprünglichen Idee des Gesetzgebers sollte es bei der Prüfung der Zulassung des Rahmenbetriebsplans um eine rein bergrechtliche Prüfung gehen, die alle weiteren Rechtsgebiete ausspart. Nimmt man damit allein den § 55 I BBergG zur Kenntnis, so scheint dieser wie selbstverständlich davon auszugehen, dass Bergbau zu erfolgen habe. Die Erfüllung der meisten aufgezählten Voraussetzungen liegt größtenteils in der Hand des Unternehmers. So etwa, wenn beispielsweise die Zuverlässigkeit des Unternehmers (Nr. 2), Schutzvorkehrungen jeglicher Art (Nr. 3, 4, 5, 7, 8) und eine ordnungsgemäße Abfallentsorgung (Nr. 6) gefordert wird. Nur¹¹⁶⁸ § 55 I S. 1 Nr. 4 und 9 BBergG stellen Hürden auf, deren Überwindung von den äußeren Umständen abhängt. Dies sind mit der Nr. 4 das Vorhandensein von Bodenschätzen, deren Schutz im öffentlichen Interesse liegt¹¹⁶⁹ und mit der Nr. 9 die geologische Beschaffenheit, die das Entstehen von Gemeinschaftschäden¹¹⁷⁰ nicht erwarten lässt. Beide Voraussetzungen haben aber einen (für die hier zu treffende Wertung) vernachlässigbar kleinen Anwendungsbereich. § 55 I S. 1 Nr. 1 BBergG bindet die Zulassung des Rahmenbetriebsplans bei bergfreien Bodenschätzen an

1168 Außer Betracht bleiben die Zulassungsvoraussetzungen des § 55 I S. 1 Nr. 10-13 BBergG für den Betrieb im Bereich des Festlandssockels oder der Küstengewässer.

1169 Bei dem in Nr. 4 festgelegten Lagerstättenschutz, kommt es einerseits darauf an, dass kein Raubbau betrieben wird und andererseits, dass der wirtschaftliche Abbau anderer Rohstoffe geschützt wird (*Piens*, in: *Piens/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, § 55 Rn. 64 ff.). Ersteres, den Raubbau, zu vermeiden, liegt dem Bergbauwilligen selbst in der Hand.

1170 Dies ist ein unbestimmter und umstrittener Rechtsbegriff. Welche Fälle im Einzelnen hierunterfallen, kann hier außenvorge lassen werden. Alle Fälle haben gemein, dass zumindest eine ganz erhebliche Gefahrenschwelle überschritten worden sein muss oder dies erwartet wird (*Hoppe*, DVBl. 1987, S. 761).

eine Bergbauberechtigung.¹¹⁷¹ Damit werden die dort genannten Voraussetzungen auch zu Bedingungen für die Zulassung des Rahmenbetriebsplans.

Nur den § 55 I BBergG in den Blick nehmend müsste dem BBergG ein Abbauauftrag entnommen werden. Die Verteilungsentscheidung wäre derart vorgezeichnet, dass die Bergbauinteressen sich grundsätzlich durchsetzen. Nur in einigen wenigen Ausnahmefällen wäre von dem Abbau der Bodenschätze abzusehen. Gemäß der höchstrichterlichen Rechtsprechung soll nun über den § 48 II BBergG in analoger Anwendung die Gesamtabwägung alle öffentlichen und privaten Interessen, die für und gegen den Bergbau sprechen unter- und gegeneinander abgewogen werden. Die Gesamtabwägung zeigt an, dass eine Konfliktlage vorliegt, weil diese ein Mittel der Konfliktlösung ist. Die Gesamtabwägung suggeriert nicht, dass die bergrechtlichen Interessen von vornherein überwiegen werden. Alle öffentlichen und privaten Interessen in den Blick nehmend, soll das gewichtigere Interesse obsiegen. Das Gebiet wird demnach der Nutzung zugeordnet, die die höchste Wichtigkeit nach der Bewertung der Behörde¹¹⁷² für sich beanspruchen kann. Zugleich wird versucht nicht nur das gewichtigere Interesse zu ermitteln, sondern es soll die Lösung ermittelt werden, die auch die unterliegenden Interessen möglichst schonend behandelt. Das Verteilungskriterium, welches der Gesamtabwägung inhärent ist, ist somit das Kriterium nach der Gewichtigkeit der Interessen. Für die nähere Untersuchung des Kriteriums der Gewichtigkeit als Verteilungskriteriums muss untersucht werden, was überhaupt unter einem Interesse verstanden werden kann und mit welcher Gewichtung die jeweiligen Interessen in die Abwägung einfließen.

aa. Was sind Interessen?

Das, was in einer Abwägung gewichtet werden soll, wird als Belang, als Interesse oder Gut bezeichnet.¹¹⁷³ Was ist also ein Belang/ein Interesse/ein Gut? *Larenz* führt aus, dass es sich um „ein Begehren oder auch den Gegenstand des Begehrens, das, woran jemand ‚Interesse nimmt‘, das er zu

1171 *Piens*, in: *Piens/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, § 55 Rn. 11 f.

1172 Diesen Aspekt betont *J. Dreier* sehr eindringlich: „Der jeweilige Grad der Wertschätzung durch die Planungsbehörde bildet das ‚Gewicht‘ der betroffenen Belange.“ (*Steuerung der planerischen Abwägung*, S. 76).

1173 *Larenz*, in *FS Klingmüller*, S. 236.

besitzen, zu gebrauchen, zu erlangen oder auch nur zu erkennen wünscht“ handelt.¹¹⁷⁴ Es sei subjektiv und beruhe auf den eigenen persönlichen Neigungen, Geschmacksrichtungen, Lebenseinstellungen und den sich hieraus entwickelnden Wertschätzungen.¹¹⁷⁵

Die Abwägungssituation einer behördlichen Gesamtabwägung, auf die es hier ankommt, zeichnet sich dadurch aus, dass sie den Boden für eine Entscheidung der Behörde für eine Handlungsoption ebnen soll und ist insofern per se zukunftsgerichtet: Diese Entscheidung soll sich an der Wünschbarkeit der zukünftigen Folgen der Handlung messen lassen. Die Belange, die in die Abwägung eingestellt werden, sind danach die Interessen einer Person an dem Eintreten/oder Nichteintreten eines zukünftigen Zustandes.¹¹⁷⁶ Das heißt die Person stellt sich einen zukünftigen Zustand vor, bewertet diesen als wünschenswert und nimmt ihn so bejahend in ihr Streben auf oder für das Subjekt wird von Dritten ein zukünftiger Zustand als wünschenswert bewertet.¹¹⁷⁷

bb. Kriterium: Gewichtigkeit

Dieses Interesse nehmen und Interessen verfolgen ist immer dann unproblematisch, sofern es zu keinen Interessenkonflikten (mit sich oder anderen Entitäten) kommt. Treten Interessenkonflikte auf, lassen sich diese – neben anderen Lösungsmechanismen – durch eine Abwägung lösen. Dasjenige Interesse soll sich durchsetzen können, welches am meisten Gewicht hat. Die Gewichtigkeit eines Belangs ist nur im übertragenen Sinne ein Gewicht.¹¹⁷⁸ Das Wort ‚abwägen‘ geht etymologisch auf die Bedeutung ‚auf die Waage legen und das Gewicht bestimmen‘ und ‚in Bewegung setzen, (sich)

1174 Larenz, in FS Klingmüller, S. 236 f.

1175 Larenz, in FS Klingmüller, S. 237.

1176 Der positive zukünftige Zustand kann natürlich auch in einem Fortdauern des gegenwärtigen Zustandes bestehen oder auch, wenn nur negativere Abweichungen vom jetzigen Zustand als zukünftige Zustände zu erwarten sind, in dem am wenigsten negativen. Auch der Begriff der Person ist weit zu fassen.

1177 Das „Bewerten“ des Zustandes ist auch nicht als konstitutives Kriterium anzusehen im Sinne einer kognitiven Evaluation. Für Subjekte, die nur eingeschränkt bewerten können oder ihre Bewertung nur eingeschränkt kommunizieren können (beispielsweise Säuglinge oder auch bestimmte Tiere), kann aus begründeten Annahmen heraus auf die Wünschbarkeit von verschiedenen Zuständen für das Individuum geschlossen werden.

1178 Larenz, in FS Klingmüller, S. 237.

bewegen‘ zurück.¹¹⁷⁹ Und tatsächlich ist auch die Idee von der Gerechtigkeit schon seit dem alten Ägypten (21. Jhdt. v. Chr.) mit dem Bild einer Waage verknüpft.¹¹⁸⁰ Das Wort Waage lässt sich auf das Bewegen zurückführen, so ist die Waage ‘das sich Bewegende (hin und her, auf und ab)’.¹¹⁸¹ Das Gewicht eines Belangs ist damit immer im Vergleich zu einem anderen Belang zu sehen. Er ist relational. Es lässt sich nicht mathematisch genau bestimmen.¹¹⁸²

In der Abwägung werden also die möglichen Zukunftszustände, die von den verschiedenen Subjekten als konkurrierend wünschenswert bewertet werden, miteinander verglichen und die Vorzugswürdigkeit des einen Zukunftsszenarios gegenüber des anderen evaluiert. Komplex wird der Vergleich deswegen, weil nicht nur die Wertigkeit eines Zukunftsszenarios bezogen auf nur eine Handlung (oder ihre Unterlassung) mit ihren Auswirkungen auf ein Gut evaluiert werden muss, sondern diverse Maßnahmenpakete zur Disposition stehen, die auf Güterbündel treffen.¹¹⁸³ Wie kann jedoch das eine Streben des einen Subjektes als wertvoller/gewichtiger gegenüber dem Streben eines anderen Subjektes evaluiert werden? Um das Streben der Subjekte vergleichen zu können, muss ihr Streben mit einer festgelegten Werteskala abgeglichen werden. Nur wenn ihrem Streben nach einem festgelegten Wertesystem Wert vermittelt werden kann, können sie miteinander überhaupt ins Verhältnis gesetzt werden. In der Abwägung wird also dem Zukunftszustand mehr Gewicht zugesprochen, welcher einen Wert eines Wertesystems vollständiger erreicht, welcher den höheren Wert eines Wertesystems verwirklicht oder welcher mehrere Werte zugleich realisieren kann. Er ist wegen seines größeren Teilhaben an einem Wert/an dem Guten vorzuziehen.

Larenz führt aus, dass die Gewichtigkeit nur der jeweilige Grad der Wertschätzung ist, desjenigen, der zu bewerten hat.¹¹⁸⁴ Dies trifft insofern

1179 Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache, Stichwort: ‚abwägen‘, im Internet abrufbar unter: <<https://www.dwds.de/wb/abw%C3%A4gen>> (zuletzt abgerufen im Januar 2024).

1180 Heidenreich, Theorien der Gerechtigkeit, S.18.

1181 Duden, Stichwort: ‚Waage‘; Digitale Wörterbuch der deutschen Sprache, Stichwort: ‚Waage‘, im Internet abrufbar unter: <<https://www.dwds.de/wb/Waage>> (zuletzt abgerufen im Januar 2024).

1182 So aber Hubmann, in FS Schnorr v. Carolsfeld, S. 179.

1183 Hofmann, Abwägung im Recht, S. 266.

1184 Larenz geht in seinem Beitrag von der Interessenabwägung und Güterabwägung aus, nicht aber von der planerischen Abwägung (in FS Klingmüller, S. 237). J. Drei-

zu, als dass der Grad der Wertschätzung für private Entscheidungen sich aus dem individuellen Wertesystem ergibt. Die behördliche Entscheidung muss jedoch als Wertesystem zuvörderst auf die Rechtsordnung rekurrieren. An der Spitze der Rechtsordnung steht das Grundgesetz, welches gerade mit seinen Grundrechten ein Wertesystem geschaffen hat, welches bei der Bewertung von der Vorzugswürdigkeit von dem entgegengesetzten Streben verschiedener Individuen zu befragen ist. Das individuelle Streben von Privaten erfährt durch die Grundrechte eine rechtliche Anerkennung und Berücksichtigungspflicht, weil die Grundrechte die Freiheit des Einzelnen, sein individuelles Streben, als Wert anerkennen. (Der Wert, dem ein Streben von Individuen zukommt, kann sich aber auch aus dem Recht vorgelagerten Werten ergeben.¹¹⁸⁵) Wenn also von dem „objektiven Gewicht eines Belangs“¹¹⁸⁶ gesprochen wird, dann steht dahinter das unterschiedliche Teilhaben des subjektiven Strebens an dem Wertesystem des Grundgesetzes. Dieser Aspekt der Gewichtung kann auch als normatives Gewicht bezeichnet werden.

Weiterhin kommt es nach der allgemeinen Regel nicht nur auf die Bedeutung des Belangs (normatives Gewicht), sondern auch auf das Ausmaß der Betroffenheit des Belangs an (tatsächliches Gewicht).¹¹⁸⁷ Je größer die Bedeutung des Belangs ist und je intensiver er durch die Verwirklichung der entgegengesetzten Belange betroffen ist, desto höher ist sein Gewicht

er bezieht diese Definition ausdrücklich auf die planerische Abwägung (Steuerung der planerischen Abwägung, S. 76).

1185 Als Hinweise, dass das Grundgesetz selbst von der Rechtsordnung vorbefindlichen Werten ausgeht, kann angeführt werden, dass gem. Art. 20 III GG die Rechtsprechung an Gesetz und Recht gebunden ist. Damit scheint das Recht noch etwas anderes zu sein als nur die Gesamtheit der positiven formellen Gesetze. Als weiterer Hinweis kann prominent Art. 1 I GG dienen: Wenn die Menschenwürde unantastbar ist, so kann sie durch die staatlichen Gewalten gar nicht angegriffen werden. Sie muss daher eine dem staatlichen Zugriff, und damit auch dem Zugriff des Gesetzgebers, entzogene, d.h. unabhängige und vorgelagerte, Existenz führen. Zuletzt wäre neben der Präambel, die eine Verantwortung vor Gott ausspricht und damit an eine das Recht übersteigende Macht referiert, auch an das Widerstandsrecht des Art. 20 IV GG zu denken. Art. 20 IV GG berechtigt, auch gegen bestehende formelle Gesetze zu verstoßen. Dies ließe sich durch eine rechtspositivistische Position nicht erklären.

1186 Das BVerwG stellt diesbezüglich besonders deutlich fest, dass es nicht auf Bewertung der Behörde ankomme, sondern allein um das objektive Gewicht eines Belangs (BVerwG, Urteil v. 5.12.1986, 4 C 13.85, BVerwGE 75, 214 (254); BVerwG, Beschluss v. 9.7.2003 - 9 VR 1/03, BeckRS 2003, 2349). Hofmann, Abwägung im Recht, S. 263.

1187 Dreier, J., Steuerung der planerischen Abwägung, S. 77.

zu veranschlagen. Die Bedeutung eines Belangs kann dadurch gesteigert sein, dass der Belang Seltenheitswert besitzt, ein großer Bedarf nach der Befriedigung des Belangs besteht, der Belang ein großes Ausmaß umfasst oder der Belang standortgebunden ist.¹¹⁸⁸ Die Betroffenheit ist umso höher, je intensiver in ein Rechtsgut eingegriffen wird, wie langanhaltend und nachhaltig die Schädigung ist und ob mehrere Personen zugleich gleichartig beeinträchtigt werden.¹¹⁸⁹

Zusammenfassend kann gesagt werden: Es geht bei der Gewichtung darum zu erkennen, welche individuelle Strebung als von unserer Rechtsordnung als wertvoller erkannt wird/beziehungsweise welcher zukünftige Zustand die Werte unserer Rechtsordnung am ehesten verwirklicht.

cc. Grundausrichtung zugunsten Bergbau

Die Gesamtabwägung wird von der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Lehre als nachvollziehende Abwägung im Rahmen einer gebundenen Entscheidung des § 55 I BBergG verstanden. Das heißt, dass sich die Berücksichtigung der entgegenstehenden Interessen als innertatbestandliches Merkmal einer umfassenden nachvollziehenden Gesamtabwägung vollzieht,¹¹⁹⁰ deren Ergebnis dann in ein schlichtes „Ja oder Nein“¹¹⁹¹ mündet. Wie schon die Erteilung der Bergbauberechtigung ist auch die Entscheidung über die Zulassung des Rahmenbetriebsplans zugunsten des Bergbaus ausgerichtet.

Dies zeigt sich auch in der Zulässigkeit von Nebenbestimmungen, wie es eine Auflage ist. Nach § 36 I Alt. 2 VwVfG sind nur die Nebenbestimmungen zulässig, die die Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes absichern.¹¹⁹² Ist das Ergebnis der Gesamtabwägung aber gerade ein Unterliegen der öffentlichen (oder privaten) Interessen, so stehen diese der Zulässigkeit des Vorhabens gerade nicht mehr entgegen. Folglich wäre es der Behörde verschlossen, Auflagen festzulegen, die eine schonendere Inanspruchnahme der öffentlichen (und auch privaten) Inter-

1188 Dreier, J., Steuerung der planerischen Abwägung, S. 81 f.

1189 Dreier, J., Steuerung der planerischen Abwägung, S. 83 f.

1190 Von Durner treffend als tatbestandsimmanente Gesamtabwägung bezeichnet (in: Kment, ROG, § 4, Rn. 131).

1191 Hoppe, in: Hüffer (Hrsg.), Oberflächeneigentum und Bergbau, S. 38 f.

1192 Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, § 36 VwVfG, Rn. 41; Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 12, Rn. 20.

essen vorsehen (sofern die öffentlichen Interessen sich nicht aus dem Einbezug anderer Rechtsvorschriften ergeben, die als Ermessensvorschriften ausgestaltet sind und auf die sich die Konzentrationswirkung des Planfeststellungsbeschlusses erstreckt).¹¹⁹³ Das heißt: Würden nach der Gesamtabwägung die bergbaulichen öffentlichen Interessen überwiegen, so wären die entgegenstehenden öffentlichen Interessen nicht weiter zu berücksichtigen und der Rahmenbetriebsplan in der vom Unternehmer beantragten Form zuzulassen.¹¹⁹⁴ Dieses Ergebnis verstößt gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip, welches dem Abwägungsgebot zugrunde liegt.¹¹⁹⁵

Würden hingegen nach der Gesamtabwägung die entgegenstehenden öffentlichen Interessen überwiegen, so könnte die Behörde Nebenbestimmungen vorsehen, insofern diese dazu führen, dass die öffentlichen Interessen in der Gesamtabwägung unterliegen und damit die Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen (kein Überwiegen der öffentlichen Interessen) absichern. Andernfalls wäre der Plan in seiner vom Unternehmer eingereichten Form abzulehnen.

Differenzierende Lösungen oder Alternativen können so vielleicht schon im Rahmen einer nachvollziehenden Abwägung gar nicht angedacht werden, zumindest sich im Ergebnis aber nicht durchschlagen. Auch dies ist ressourcenethisch problematisch.

dd. Normative Gewichtungsvorgabe zugunsten des Bergbaus

Zunächst kommt allen Belangen, d.h. bevor in die Abwägung im konkreten einzutreten ist und der Einzelfall angeschaut wird, abstrakt das gleiche Gewicht zu.¹¹⁹⁶ Diese Gleichwertigkeit kann der Gesetzgeber in dieser Allgemeinheit zugunsten eines bestimmten Belangs aufheben. Die Verteilungsentscheidung wird anders ausfallen, sollte man in der Abwägung den bergbaulichen Interessen grundsätzlich besonderes (absolutes oder relatives) Gewicht zukommen lassen. Insofern ist die Frage nach der Gewichtung der bergbaulichen Interessen auch eine Frage nach den Verteilungskriterien.

1193 Siehe hierzu auch *Keienburg*, in: Boldt et al., BBergG, § 57a, Rn. 31.

1194 So *Boldt/Weller*: „Stehen dem Bergbauvorhaben keine „überwiegenden“ öffentlichen Interessen entgegen, kommt § 48 Abs. 2 dagegen im Zulassungsverfahren nicht zum Zuge.“ (BBergG Komm. Ergänzungsband (Vorauslage), § 57a Rn. 65 und 71).

1195 *Durner*, Konflikte räumlicher Planungen, S. 301.

1196 *Dreier, J.*, Steuerung der planerischen Abwägung, S. 89.

Ob nun in der Zielbestimmung des Gesetzes in § 1 Nr. 1 BBergG, oder in der sogenannten Rohstoffsicherungsklausel des § 48 I S. 2 BBergG¹¹⁹⁷ oder in beiden zusammen, eine Abwägungsdirektive zu sehen ist oder das BBergG selbst gar keine Abwägungsdirektive enthält, ist umstritten. Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Lehre sieht wohl eine normative Gewichtungsvorgabe¹¹⁹⁸ zugunsten des Bergbaus vor, hat dies bisher jedoch nicht (oder nur spärlich) begründet.¹¹⁹⁹ Dies lässt sich auch daran ablesen, dass zumeist allgemein auf das höhere Gewicht des Bergbaus verwiesen wird, ohne aber zugleich die genaue Rechtswirkung zu charakterisieren. Für die Untersuchung der ressourcenethischen Analyse reicht es

1197 BVerwG, Urteil v. 16.3.1989, 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (339) – Moers-Kapellen; Vitzthum/Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 48 Rn. 14; Hoppe, DVBl. 1987, S. 760.

1198 Diese Terminologie ist ‚Die normative Steuerung der planerischen Abwägung‘ von J. Dreier entnommen. Zur Feststellung ähnlicher Begründungsdefizite im Naturschutz- und Wasserrecht siehe Dreier, J., Steuerung der planerischen Abwägung, S. 179.

1199 Für eine besondere Gewichtung der bergbaulichen Belange: Das BVerwG bestätigt zunächst einen bestimmten Vorrang, um dann in derselben Entscheidung sich von dieser klaren Positionierung wieder zu distanzieren (BVerwG, Urteil v. 4.7.1986 – 4 C 31.84, BVerwGE 74, 315 (318, 326) – Altenberg). Im Rahmen von städtebaulichen Planungen lehnt das BVerwG einen absoluten Vorrang explizit ab. Zugleich leitet es aus § 48 I S. 2 BBergG her, dass den bergbaulichen Belangen „besonders Rechnung zu tragen“ sei (Beschluss vom 15. 10. 1998, 4 B 94–98 = NVwZ 1999, S. 876); BVerwG, 20.11.2008, 7 C 10/08, BVerwGE 132, 261 (275 Rn. 56); VGH München, Urteil v. 21.07.2020 – 9 N 17.781, BeckRS 2020, 30471, Rn. 19; VGH Mannheim, Urteil v. 9.6.1988 – 6 S 2972/84, NuR 1989, S. 134; OVG Greifswald, Urteil v. 24.11.1999, 2 L 30/98, BeckRS 2000, 20030, Rn. 34 f. Das OVG Sachsen-Anhalt schließt explizit einen absoluten und einen generellen Vorrang der Bergbaubelange, der aus § 48 I S. 2 BBergG abzuleiten wäre, aus. Als Konsequenz dessen sieht das OVG Sachsen-Anhalt die Abwägung eröffnet. Es ist insofern unklar, wie das OVG Sachsen-Anhalt den generellen Vorrang versteht (Urteil v. 21.11.2003 – 2 K 341/00, BeckRS 2003, 18294, Rn. 59 f.). Ebenso OVG Magdeburg, Entscheidung v. 20.4.2000, C 2 S 67/98 = BeckRS 2008, 30916; Vitzthum/Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 1 Rn. 14; Kühne, in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 28 f. Frenz verneint einen Vorrang des Bergbaus basierend auf ökonomischen Gesichtspunkten (Bergrecht & Nachhaltige Entwicklung, S. 20); ders., DVBl. 2016, S. 680, ders., in: Frenz (Hrsg.), BBergG, § 1 Rn. 15, 20 ff., ders., NuR 2022, S. 318; kritisch Kaiser, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 188, 257 f. Interessant in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen des OVG Greifswald, wonach die Rohstoffsicherungsklausel nur die öffentlichen Aufsuchungsinteressen nicht aber die privaten aufwertet (Urteil v. 6.7.2021 – 5 K 372/15, BeckRS 2021, 43051, Rn. 172).

hier aus, die wohl überwiegende Meinung von einer normativ höheren Gewichtung der bergbaulichen Belange zugrunde zu legen.¹²⁰⁰

ee. Zusammenfassung

Kernstück bei der Entscheidung über die Zulassung des Rahmenbetriebsplans ist die Durchführung der (nachvollziehenden) Gesamtabwägung. Das Verteilungskriterium der Gesamtabwägung ist die Gewichtigkeit eines Belangs. Ein (normatives) Gewicht erhält ein Belang bezogen auf einen anderen Belang durch seinen Bezug zum Wertesystem der Rechtsordnung. Je stärker der Bezug ausgestaltet ist, desto gewichtiger ist der Belang. Relevant ist weiterhin in welchem Maße der Belang auch tatsächlich betroffen ist (tatsächliches Gewicht). Nach der umstrittenen herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum werden die bergbaulichen Belange in der Abwägung normativ höher gewichtet. Die Grundausrichtung zugunsten des Bergbaus ergibt sich auch aus dem Charakter der gebundenen Entscheidung und der innertatbestandlichen Einbindung der Gesamtabwägung. Dieses Ergebnis soll nun ressourcenethisch bewertet werden.

b. Ressourcenethische Bewertung der Gesamtabwägung als Verteilungsmechanismus

aa. Vergleich mit dem utilitaristischen Verteilungskriterium

Die Gesamtabwägung ähnelt äußerlich dem Vorgang des Utilitarismus. Nach dem klassischen Utilitarismus ist die Verteilung mit der größten Nutzenwertsumme zu bevorzugen. Dabei sind in den verschiedenen Handlungsszenarien das Wohlbefinden und das Unwohlbefinden aller moralischen Entitäten zu prognostizieren und gegenüberzustellen. Jene Handlung ist zu wählen, die am meisten Wohlbefinden hervorruft. Auch die Gesamtabwägung ist eine alles einbeziehende und vergleichende, d.h. bilanzierende Betrachtung. Auch in der Gesamtabwägung geht es darum zu prognostizieren, wie sich Handlungen auf bestimmte Güter auswirken werden, um dann die verschiedenen Zukunftsszenarien zu evaluieren.

1200 Eine dezidierte Auseinandersetzung um den Meinungsstand findet unter II. 2. statt.

Es ist aber fraglich, ob das, was in beiden Verteilungsentscheidungen gegenüberzustellen ist, sich auch ähnelt. Der klassische Utilitarismus erkennt nur Wohlbefinden/Unwohlbefinden als Wert an sich an. Alle weiteren Werte können sich nur aus ihrem Bezug zum Wohlsein ergeben. Bei der Gesamtabwägung erhalten die Interessen ihre Wertigkeit jedoch nicht aus ihrem Bezug zum Wohlsein/Unwohlsein, sondern aus ihrem Bezug zum Wertesystem der Rechtsordnung. Die deutsche Rechtsordnung, mit dem Grundgesetz als oberste wertsätzende Instanz, erkennt neben dem Wohlsein auch andere Werte als genuin werthaft an. Das Wohlsein spielt natürlich auch eine Rolle, insofern es sich in rechtlichen Wertungen niederschlägt. Das Unwohlsein des Grundeigentümers bei einer Enteignung, hat in die Gesamtabwägung als zu berücksichtigende Rechtsposition des Art. 14 I GG einzufließen. Auch ist die Schutzwürdigkeit der Rechtsposition von der individuellen Nutzung abhängig und damit schlägt sich i.d.R. auch die Schmerzlichkeit des Verlustes der Rechtsausübung nieder. Weitere Belange wie Denkmalschutz und die Schönheit von Natur und Landschaft, die für die bergbauliche Gesamtabwägung relevant sind, können auch in Bezug zum Wohlsein der Menschen verstanden werden; so kann der Denkmalschutz für die kulturhistorische Auseinandersetzung der Gesellschaft und des Einzelnen von Bedeutung sein und damit Identität und Erkenntnisse stiften, was zum Wohlsein führen kann. Ebenso kann die Schönheit von Natur und Landschaft zur Erholung der Menschen ihren Beitrag leisten und damit zum Wohlsein. Das Wohlsein/Unwohlsein der Menschen fließt also auch in erheblichem Maße in die Gesamtabwägung ein, jedoch nur unter der Firmierung einer staatlichen Wertzuschreibung (und sei es die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG). Und so steht auch nicht das Glücksgefühl des Einzelnen an der Spitze der Werteordnung, sondern die Würde des Menschen (Art. 1 I GG)¹²⁰¹. Werte wie Freiheit, Gerechtigkeit oder das Leben erkennt das Grundgesetz als intrinsische Werte an, die aus sich heraus erstrebenswert sind. Darum müssen die unter die öffentlichen und privaten Interessen zu subsumierenden Belange in einer Gesamtabwägung nicht jeweils auf ihr konkretes Wohlsein oder Unwohlsein der Menschen zurückgeführt werden. So zielt Art. 14 GG nicht darauf ab, das Wohlsein des Einzelnen, welches er in der Haltung und Nutzung von Eigentum empfindet, zu schützen. Art. 14 I GG soll dem Grundrechtsträger

1201 BVerfG, Urteil v. 15.01.1958 - 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 (205) – Lüth („Dieses Wertesystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, [...]“).

einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich gewähren, welche ihm eine eigenverantwortliche Lebensgestaltung ermöglicht: Art. 14 I GG zielt auf die Freiheit ab.¹²⁰² Und die Freiheit wird nicht wegen dem Wohlbefinden, das der Mensch im freien Handeln empfindet, geschützt, sondern um der Werthaftigkeit der Freiheit und einer freiheitlichen Gesellschaft an sich. Hierin liegt ein kapitaler Unterschied zwischen der Wertordnung des Grundgesetzes und der utilitaristischen Theorie. Die utilitaristische Theorie erkennt Werte wie Freiheit, Gerechtigkeit, Wahrheit oder das Leben nicht per se an, sondern sie kommen nur dann als Faktor in Betracht, wenn sie eben dieses subjektive Empfinden zu steigern vermögen.¹²⁰³

Die Unterschiede der Gesamtabwägung und der Nutzsummenwertermittlung der utilitaristischen Theorie sollen hier am Beispiel der staatlichen Verteilungsfrage über das Recht an der Bodennutzung zwischen Grundeigentümer und Bergbauunternehmer zum Zwecke des Braunkohleabbaus vereinfachend illustriert werden. Hier ergeben sich zwei Zukunftsszenarien: in dem einen ist das Eigentum der sog. Oberflächeneigentümer gewahrt, der Bergbau findet nicht statt, Braunkohle kann nicht am Markt feilgeboten und zur Energiegewinnung eingesetzt werden und die nachteiligen Umweltveränderungen bleiben aus (Szenario A). In dem anderen Szenario findet der Braunkohlebergbau statt, die Eigentümer wurden enteignet, die Umwelt wird nachteilig verändert, Braunkohle wird zur Energiegewinnung genutzt (Szenario B). Die Gesamtabwägung muss den für unser Wertesystem wertvolleren Zukunftszustand herausarbeiten. Dem Eigentumsrecht der Grundeigentümer wird mit Art. 14 I GG Wert zugeschrieben. Aus der Beurteilung der konkreten Situation muss sich ergeben, wie stark der freiheitliche Aspekt berührt ist (dies ergibt sich aus einem Vergleich mit verschiedenen Grundrechtseingriffen verschiedener Schwere und Richtung, auch beachtlich ist die gesteigerte Sozialbindung gerade des Bodeneigentums¹²⁰⁴). Auf der anderen Seite muss die zuständige Behörde feststellen, welchen Wert die Rohstoffsicherung und Energieversorgung im Vergleich zu den Freiheitsrechten der Eigentümer zukommt. Alle weiteren Aspekte

1202 BVerfG, Urteil v. 18.12.1968 – 1 BvR 638 u.a., BVerfGE 24, 367 (389) – Hamburgisches Deichordnungsgesetz; BVerfG, Beschluss v. 22.05.2001 – 1 BvR 1512, 1677/97, BVerfGE 104, 1 (8 f.); BVerfG, Beschluss v. 16.02.2000 – 1 BvR 242/91, 315/99, BVerfGE 102, 1 (15), st. Rspr.

1203 *Birnbacher* bezeichnet diese objektiven als extrinsische Werte (Analytische Einführung in die Ethik, S. 218).

1204 BVerfG, Beschluss v. 12.01.1967 – 1 BvR 169/63, BVerfGE 21, 73 (82 f.); BVerfG, Beschluss v. 22.05.2001 – 1 BvR 1512, 1677/97, BVerfGE 104, 1 (12).

müssen in den Wertigkeitsvergleich einfließen.¹²⁰⁵ Würde das Wohlsein die zentrale Rolle spielen, müsste sich der Abwägende eine ganz andere Frage stellen: Wieviel Wohlsein und Leid entsteht im Szenario A und im Szenario B?

Nicht unerwähnt in dem Vergleich zwischen Nutzsummenwertermittlung des Utilitarismus und Gesamtabwägung des BBergG soll folgender Aspekt bleiben. So können in der Gesamtabwägung nur die Interessen von Menschen direkt berücksichtigt werden. Die Berücksichtigung der Interessen von Tieren kann –nach gängiger ganz herrschender Meinung–¹²⁰⁶ nur vermittelt im Rahmen von Artenschutz und Biodiversitätsfragen in der Gesamtabwägung eine Rolle spielen. Nach dem Utilitarismus ist eine moralische Entität hingegen diejenige, die Wohlsein oder Unwohlsein empfinden kann. Die Interessen der Tiere mit Schmerzempfinden können damit ohne weiteres direkt in die utilitaristische Bilanz einfließen und stehen den menschlichen Interessen gleichgeordnet gegenüber. Eine solche direkte Beachtung des subjektiven Tierwohls im Rahmen von planerischen Abwägungsentscheidungen kennt die deutsche Rechtsordnung nicht,¹²⁰⁷ und erst recht keine abstrakte Gleichrangigkeit der Interessen. Hier geht der Utilitarismus deutlich über die Gesamtabwägung hinaus.

Es bleibt festzuhalten, dass sich die Gesamtabwägung und die Nutzsummenwertbestimmung rein von dem formalen äußerlichen Prozedere ähneln (umfassende Erfassung von Belangen, Zukunftsszenarien gegenüberstellen), sie sich jedoch stark in ihrer Wertbasis/in ihrem Wertesystem unterscheiden.

1205 Zur Beurteilung der Gesamtabwägung müssen natürlich auch Alternativszenarios berücksichtigt werden. So ist die Bedeutung des Abbaus von Kohle auch vor dem Hintergrund des Ausbaus von erneuerbaren Energien zur Energiegewinnung zu spiegeln.

1206 Siehe *Ziehm*, die die Rechtspersönlichkeit von (Wirbel-)Tieren bejaht (EurUP 2020, S. 105 ff.).

1207 Obwohl das Tierschutzgesetz nach § 1 auch an die Leidfähigkeit von Tieren ansetzt und den Menschen für das Leben und Wohlbefinden des Tieres als dessen Mitgeschöpf mitverantwortlich zeichnet.

bb. Vergleich mit egalitaristischen Verteilungskriterien

Nach *Aristoteles* ist eine gerechte Verteilung eine gleiche Verteilung. Gleiches soll gleich und ungleiches ungleich behandelt werden.¹²⁰⁸ Diese gleiche Behandlung von gleichen Sachverhalten wird schon durch das Vorhandensein einer allgemeinen Regel gewährleistet. Als solche allgemeinen Regeln erweisen sich Rechtsnormen qua Natur der Sache.¹²⁰⁹ Allein die Tatsache, dass es solche bergrechtlichen Normen gibt, sichert schon die Einhaltung dieser ersten formalen Gerechtigkeit. Hier enden die Anforderungen des Egalitarismus nicht. Vielmehr müssten die allgemeinen Regeln inhaltlich eine gleiche Verteilung vorsehen, entweder nach der arithmetischen oder nach der proportionalen Gleichheit. Es ist zu untersuchen, ob die Gesamtabwägung eine Verteilung in diesem Sinne vorsieht.

Die arithmetische Gleichheit, wonach jeder Empfänger den mathematisch gleichen Anteil erhält, schließt sich für den bergrechtlichen Sachverhalt aus: Das potenzielle Bergbaugebiet müsste in gleiche Hälften aufgeteilt werden und jeder Grundeigentümer, Bergbauwillige und sonstige Beteiligte bekämen gleiche Stücke, was ihren Interessen aber nicht gerecht würde. Legt man die proportionale Gleichheit an, dann müsste ein Kriterium bestimmt werden, welches dann abhängig von seiner Erfüllung zu einer gerechten und gleichen, aber uneinheitlichen Verteilung des Gutes führt. Als Kriterium, an dem sich die proportionale Verteilung auszurichten hat, kommt (nach dem unter dem hier ermittelten Verteilungskriterium der Gewichtigkeit) die Werthaftigkeit der Bodennutzung nach dem Wertesystem der Rechtsordnung in Betracht. Die Verteilung entfiel dann proportional zu dieser Wertgröße: Je nachdem welcher anteilige Wert der Bodenbenutzung zugeschrieben werden kann, dieser entsprechende Anteil müsste auch der Interessensinhaber zugeschrieben bekommen.

Im Tagebau ist es jedoch offensichtlich, dass die verschiedenen Bodenutzungen einander ausschließen und eine vollständige Gebietszuweisung benötigen. Auch für die Errichtung von überirdischen Anlagen für den Untertagebau kann es für diese Fläche (die alleine zur Verteilung ansteht) keine Aufteilung der Nutzungen geben. Das proportional auch nur leichte

1208 *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik*, Buch V, Kapitel 6, 1131 a (Übersetzung Dirlmeier). Nach *Mazouz*, in: Düwell/Hübenthal/Werner (Hrsg.), *Handbuch Ethik*, S. 372 f.; siehe auch *Czarnecki*, *Verteilungsgerechtigkeit im Umweltvölkerrecht*, S. 70 f.

1209 *Czarnecki*, *Verteilungsgerechtigkeit im Umweltvölkerrecht*, S. 70 f.

Überwiegen in der Bedürftigkeit führt zu einem vollständigen Zuschlag. Es entsteht ein ‚winner-takes-it-all‘ Ergebnis, in dem sich die Proportionalität der Bedürftigkeit oder der Werthaftigkeit gerade nicht widerspiegelt.¹²¹⁰ Fraglich ist, ob sich daraus gleich das Urteil der ungleichen und deswegen ungerechten Verteilung aus egalitaristischer Sicht ergeben muss. Wenn die Unteilbarkeit eines Guts in der Natur der Sache liegt, müssten alle diese Güter nur ungerecht verteilt werden können. Vielleicht kann hier in den Blick genommen werden, dass eine Kompensation des Eigentümers im Rahmen der Entschädigung des Art. 14 III S. 2 GG erfolgt. Die Kompensation könnte gemessen an der Proportionalität des Kriteriums ausfallen. Dies hieße, dass im ersten Schritt die Anteile an der Wertigkeit der Bodennutzung zu bestimmen sind. In dem Schema der egalitaristischen Verteilung könnte beispielsweise das Bergbauvorhaben, gemessen an dem Wertesystem unserer Rechtsordnung, die entgegenstehenden Interessen 4 zu 1 überwiegen. Damit wird das gesamte (benötigte) Gebiet dem Bergbau zugeschlagen. Die unterliegenden Interessen müssten jedoch im Verhältnis zu 1/5 kompensiert werden. Bemerkenswert ist, dass Art. 14 III S. 3 GG auch ausdrücklich bestimmt, dass die Entschädigung unter gerechter Abwägung zwischen den Allgemeinwohlinteressen und den Interessen der Beteiligten zu bestimmen sei.

Der Vergleich mit dem egalitaristischen Gerechtigkeitsansatz hat das Augenmerk bei Sachen, die qua der Natur der Sache nicht aufgeteilt werden können, auf die gerechte Kompensation gelegt, in den dann die Ergebnisse der egalitaristischen Theorie einfließen könnten.

cc. Vergleich mit der Gerechtigkeitstheorie von John Rawls

Wenn man mit Rawls die Frage danach stellen wollte, ob das BBergG gerechte Entscheidungen träge, dann müsste zunächst die Grundstruktur der Gesellschaft untersucht werden. Dass diese Fragestellung die vorliegende Arbeit sprengen würde, ist offensichtlich.

1210 Mit weiteren Beispielen *Heidenreich*, Theorien der Gerechtigkeit, S. 38.

(1) Nach der allokativen Gerechtigkeit bzgl. nicht hervorgebrachter Güter

Ein Bezug zur Frage nach der Verteilung von dem Gebiet ließe sich vielleicht insofern herstellen, als das Rawls' Unterscheidung von Gütern, die durch gemeinsame Herstellung in die Welt kommen und sonstigen aufgegriffen wird. Das Gebiet und die hierauf abzielende Bodennutzung sind nicht durch die Zusammenarbeit der Gesellschaft entstanden. Für die Verteilung dieser Güter lässt es Rawls bei der allokativen Gerechtigkeit bewenden, die nach Bedürfnissen und Wünschen verteilt. Das Prinzip der Gleichheit könne dabei zum Zuge kommen oder, wenn das nicht ginge, das Prinzip der Effizienz, wonach die Nutzensumme zu maximieren sei.¹²¹¹ Hier lässt Rawls den Utilitarismus offenbar ausdrücklich gelten.¹²¹² Es wären also die Bedürfnisse/Wünsche des Bergbaubetreibers und des Oberflächen-eigentümers zu ermitteln. Dies kann gleichgesetzt werden mit der Interessensermittlung im Zuge der Gesamtabwägung.¹²¹³

Eine gleiche Verteilung abhängig von den Bedürfnissen/Wünschen ist ausgeschlossen.¹²¹⁴ Blicke demnach das Kriterium der Effizienz. Rawls führt hierzu die Pareto-Optimalität als Effizienzkriterium ein.¹²¹⁵ Nach dieser ist eine Güterverteilung (aber auch eine Ressourcennutzung) dann als effizient anzusehen, wenn es keine Alternative mehr gibt, nach der eine Person bessergestellt werden kann, ohne dass eine andere schlechter gestellt wird. Ineffizient ist sie dann, wenn „man mindestens einen Menschen besserstellen kann, ohne irgendjemand schlechter zu stellen.“¹²¹⁶

Inwiefern kann das Pareto-Kriterium auf die Verteilungsentscheidung der Bodennutzung im Bergbau angewendet werden? Stellen wir uns eine Verteilung der Bodennutzung für oberirdische bergbauliche Anlagen vor, wonach der Bergbauunternehmer das Grundstück des Oberflächeneigentümers vollständig zugesprochen bekommt. Diese Verteilung wäre dann ineffizient, wenn der Bergbaubetreibende zum ordnungsgemäßen Betrieb nicht die gesamte Fläche in Anspruch nehmen müsste. Würde man dem

1211 Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, § 14, S. 109.

1212 Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, § 14, S. 109.

1213 Wobei bei einer Enteignungsabwägung die Interessen des Bergbauberechtigten nicht ins Gewicht fallen. Stattdessen müsste man auf die Interessen der Allgemeinheit an der Durchführung des Bergbaus bezüglich der Sicherung der Rohstoffversorgung abstellen. (Näheres unten unter II. 3.).

1214 Siehe hierzu schon oben unter bb.

1215 Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, § 11, S. 87 f.

1216 Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, § 11, S. 88.

Oberflächeneigentümer die zum ordnungsgemäßen Betrieb nicht benötigten Grundstücksteile zuweisen, dann wäre der Bergbaubetreibende insofern nicht schlechter gestellt, als dass es für den Betrieb seines Bergbaus keinen Unterschied macht. (Es ist dabei vorausgesetzt, dass die für den Oberflächeneigentümer verbleibenden Grundstücksteile dann noch von Interesse für ihn sind). Effizient wäre damit genau die Verteilung, die dem Bergbaubetreibenden so viel Bodennutzung zuspricht, wie es ohne Abstriche für eine ordnungsgemäße Betriebsführung, möglich ist. Genau diese Einschränkung stimmt mit § 77 I, II BBergG überein, der als Grundabtretungsvoraussetzung vorsieht, dass die Grundstücksbenutzung notwendig sein muss. Sie ist es nach der Legaldefinition des Absatzes 2 dann, wenn das geplante Bergbauvorhaben technisch und wirtschaftlich einer sachgemäßen Betriebsplanung und Betriebsführung entspreche und, zweitens, wenn sich die Benutzung eines Grundstücks des Unternehmers ausschließt. Diese Enteignungsvoraussetzungen müssen schon innerhalb der Zulassung des Rahmenbetriebsplans geprüft werden¹²¹⁷ und damit im Rahmen der Verteilungsentscheidung über das Gebiet.

Stellen wir uns die Verteilung entgegengesetzt vor, so dass dem Oberflächeneigentümer die gesamte Bodennutzung zusteht, so wäre dies eine effiziente Entscheidung, weil jede Reduzierung seiner Bodennutzung ihn schlechter dastehen lässt. Das Pareto-Kriterium kann also keine Entscheidungshilfe dafür bieten, ob der Bergbau überhaupt durchgeführt werden soll oder nicht. Das Kriterium engt lediglich den möglichen Zuschlag an den Unternehmer auf das notwendige Maß ein. Dies lässt sich auch an der Verteilung von Bodennutzungen ausmachen, die für den Tagebau infrage kommen. Hier wird zumeist eine vollständige Inanspruchnahme notwendig sein. Entweder der Bergbauunternehmer erhält den Zugriff auf das gesamte Grundstück oder es verbleibt insgesamt beim Oberflächeneigentümer. Beide Entscheidungen genügen dem Effizienzkriterium; eine effizientere kann nicht ausgemacht werden. Das Pareto-Kriterium allein reicht nicht aus um die grundlegende Verteilungsentscheidung zu treffen. Die von Rawls grob skizzierten Entscheidungsvorgaben für die Verteilung von Gütern, die sich nicht aus der gemeinsamen Herstellung ergeben, sind nicht ausreichend um handlungsleitend für die Entscheidung über die Zuteilung der Bodennutzung zu sein.

1217 Siehe hierzu oben unter Kapitel 2 D. I. 1. a.

(2) Nach dem Differenzprinzip

Das von Rawls entwickelte Differenzprinzip könnte für die Entscheidung über die Zuteilung der Bodennutzung fruchtbar gemacht und mit dem Kriterium der Gewichtigkeit der Gesamtabwägung verglichen werden. Nach diesem kann eine ungleiche Verteilung dann gerechtfertigt werden, wenn die am stärksten Benachteiligten im Zustand der ungleichen Verteilung gegenüber dem Zustand, in dem die Ungleichheit nicht existiert, besser dastehen.

Die Umverteilung der Bodennutzung von den bisherigen Grundeigentümern an die Bergbauunternehmen ist eine Änderung der Güterzuordnung von einem ungleichen Zustand (die Verteilung von Rechten an der Bodennutzung ist ungleich verteilt) in einen anderen ungleichen Zustand. Abgesehen von der Frage, ob die vorbefindliche Verteilung von Grundeigentum in Deutschland nach dem Differenzprinzip rechtfertigungsfähig ist, aktualisiert sich die Frage bei dem erneuten staatlichen Zuordnungsakt, der in der Rahmenbetriebsplanzulassung mit eigentumsrechtlicher Vorwirkung läge. Das Differenzprinzip führt als Kriterium der Verteilung, welches eine ungleiche Zuteilung rechtfertigt, die Frage danach ein, ob die am schlechtesten Gestellten von einem konkreten Bergbauvorhaben bessergestellt werden, als wenn die ungleiche Zuteilung nicht bestünde. Auch hier können die Interessen mehrerer Personengruppen, wie die Menschen mit geringen Finanzmitteln in Deutschland, die künftigen Generationen aber auch die zu enteignenden Grundeigentümer und die anderen vom Bergbau negativ Betroffenen, entscheidungsrelevant sein. Dieses Verteilungskriterium des Differenzprinzips ist nun mit den Entscheidungsvorgaben der Gesamtabwägung aus § 48 II S. 1 BBergG zu vergleichen.

Die Gesamtabwägung hat alle öffentlichen und privaten Interessen gegen- und untereinander abzuwägen. Die genannten Interessen der am schlechtesten gestellten müssten unter die Begriffe „öffentliches“ oder „privates Interesse“ subsumiert werden können, um im Rahmen der Gesamtabwägung Berücksichtigung zu finden. Dies gelingt unterschiedlich. Der Einbezug der Interessen der zu enteignenden Grundeigentümer ist unbedingt zu gewährleisten, war dies doch gerade der Anstoß für die Entwicklung der Gesamtabwägungslehre. An sich müssten auch die Interessen aller vom Bergbau negativ Betroffenen, wie die den Bergschäden ausgesetzten, unter den Begriff der zu berücksichtigenden privaten Interessen fallen. Hiergegen spräche die Einschränkung auf nur bestimmte zu berücksichtigende Inter-

essen, die im § 48 II S. 3 BBergG zum Ausdruck kommt („Soweit die öffentlichen Interessen zugleich den Schutz von Rechten Dritter umfassen [...]“) und die der Gesetzgeber in ausdrücklicher Anlehnung an die Moers-Kapellen-Rechtsprechung eingefügt hat.¹²¹⁸ Nach einem solch eingeschränkten Verständnis wären nur die Dritten zu berücksichtigen, die mit schweren Bergschäden zu rechnen hätten.

Die Interessen der künftigen Generationen werden nach der derzeitigen Rechtspraxis nicht als solche explizit ermittelt und in die Gesamtabwägung eingestellt.¹²¹⁹ Auch die vom Differenzprinzip geforderte Besserstellung der Menschen mit geringen Finanzmitteln in Deutschland wird von der Gesamtabwägung als solche nicht explizit aufgegriffen. Jedoch müssen die positiven Auswirkungen des Bergbaus für die Rohstoffversorgung als öffentliches Interesse ermittelt werden. Von der Rohstoffversorgung durch das konkrete Vorhaben könnten auch Menschen mit geringen Finanzmitteln profitieren, in dem Sinne, dass sie von den stofflichen Dienstleistungen direkt profitieren (beispielsweise der aus dem Rohstoff von Sanden und Kies geschaffene soziale Wohnungsbau) oder das ihnen auf indirektem Wege ein allgemeiner guter Zustand der Wirtschaft mit Wachstumsraten und hoher Beschäftigungsquote zugute käme. Im Unterschied zum Differenzprinzip käme es der Gesamtabwägung aber nicht darauf an, dass gerade die Situation der Menschen mit geringen Finanzmitteln in Deutschland durch das Bergbauvorhaben verbessert werden würde. Schon das „Wohlergehen der Wirtschaft an sich“ bzw. genauer die Nachfrage am Markt für die abgebauten Rohstoffe würde unter den Begriff des öffentlichen Interesses fallen und potentiell den Bergbau zu rechtfertigen vermögen. Aus dem Blickwinkel des Differenzprinzips und der damit einhergehenden Rechtfertigungsbedürftigkeit des Bergbaus, die sich auch aus der Eigentumsposition der Grundeigentümer und den Grundsätzen des Ressourcenschutzes ergibt, kann dahinter ein Fragezeichen gesetzt werden. Mit anderen Worten: Ist es ausreichend, den bloßen Marktbedarf an Rohstoffen durch die Wirtschaft schon als öffentliches Interesse per se zu markieren? Kann das dahinterstehende befürwortete Wirtschaftswachstum mit dem Ressourcenschutz, der auf schonenden und sparsamen Verbrauch angelegt ist, zusammengehen? Geht es beispielsweise um eine Verengung des öffentlichen Interesses auf

1218 Soweit öffentliche Interessen im Einzelfall auch den Schutz von Rechten Dritter umfassen (vgl. u. a. BVerwG, 4 c 36.85 vom 16. Oktober 1989), [...]“ BT-Drs. 11/5601, S. 16. (Siehe hierzu auch Kapitel 2 H. I. 3.).

1219 Hierzu und zu einer möglichen erweiterten Auslegung siehe Kapitel 5 B. II.

die Förderung von „grünem Wachstum“¹²²⁰? Oder geht es gar um eine im öffentlichen Interesse liegende und von den planetaren Grenzen der Erde geforderte Transformation hin zu einer sog. Postwachstumsgesellschaft¹²²¹? Die Annahme, dass Wirtschaftswachstum per se im öffentlichen Interesse liege, scheint vor dem Hintergrund der multiplen, globalen und sich potenzierenden mit eben jenem Wirtschaftswachstum einhergehenden Umweltkrisen wohl mehr als fraglich.¹²²² Die Frage, ob die Lösung nun in einem grünen Wachstum, einem „degrowth“ oder in einer Postwachstumsgesellschaft liegt, kann hier nur aufgezeigt werden. Für diese Untersuchung ist die ressourcenethische Erkenntnis wichtig, dass eine unhinterfragte Koppelung der öffentlichen Interessen an den Marktbedarf an Rohstoffen der Wirtschaft/an das Wohlergehen der Wirtschaft/an das Wirtschaftswachstum im Rahmen der Gesamtabwägung den Abbau des begrenzten Allgemeingutes Bodenschatz wohl nicht ressourcenethisch zu rechtfertigen vermag.

In dieser Gegenüberstellung wird deutlich, dass die Gesamtabwägung einige Aspekte des Differenzprinzips abdecken kann. Schlussendlich zeigt sich aber, dass sie eine andere Ausrichtung – und damit Vorstellung von Gerechtigkeit – hat. Das Kredo der Gesamtabwägung ist es, dass in der Gegenüberstellung aller Vor- und Nachteile die Vorteile überwiegen müssen. Diese Vorteile müssen sich aber nicht gerade hinsichtlich der besonders Benachteiligten einer Gesellschaft ergeben, sondern können auch für andere Interessensgruppen positive Effekte verzeichnen. Ganz besonders

1220 Ökonomisches Konzept, auch bekannt unter „Green Growth“. Diese Strategie der sozial-ökologischen Transformation geht davon aus, dass Wirtschaftswachstum auch umweltgerecht erfolgen könne. Einige Ansätze gehen sogar noch darüber hinaus und meinen, dass gerade eine ökologische Ausrichtung zu einer Steigerung des Wachstumspotentials führen könne (sog. Starke Green-Growth-Ansätze) (eine Übersicht bietet UBA, Ansätze zur Ressourcenschonung im Kontext von Postwachstumskonzepten, S. 60 f.).

1221 „Degrowth“ und „Postwachstumsansätze“ kritisieren den gemeinhin angenommen engen Zusammenhang von Wirtschaftswachstum (Steigerung des Bruttoinlandsprodukts) und dem gesellschaftlichen Wohlergehen/dem guten Leben. Die Strategie „Degrowth“ sieht Wirtschaftswachstum mit einer ökologischen und gerechten Entwicklung nicht vereinbar. Die Strategie Postwachstum steht unentschieden zu der Frage, ob nachhaltige, umweltgerechte Entwicklung mit Wirtschaftswachstum vereinbar sei oder nicht. Ihr geht es um eine politische und gesellschaftliche Wachstumsunabhängigkeit zur Herstellung eines globalen guten Lebensstandards (eine Übersicht bietet UBA, Ansätze zur Ressourcenschonung im Kontext von Postwachstumskonzepten, S. 45 ff.).

1222 *Meadows/Meadows/Randers*, Die neuen Grenzen des Wachstums, Kapitel 1, S. 27 ff., ausführlicher noch Kapitel 3.

auffällig wird dies in Hinblick auf die Berücksichtigung der Interessen der Bergbauunternehmer. Im Gegensatz zu dem Differenzprinzip käme es bei der Entscheidung über das Recht an der Bodennutzung auch auf die Interessen des Bergbauberechtigten an der Ausübung seiner Bergbauberechtigung und damit auf sein privatwirtschaftliches Interesse an. Dies umso mehr, wenn mit der wohl herrschenden Meinung von einer normativen Gewichtungsvorgabe zugunsten des Bergbaus ausgegangen wird. Die ungleiche Verteilung der Bodennutzung an den Bergbauunternehmer ließe sich aber mit dem Differenzprinzip nicht mit Verweis auf die positiven Effekte für den Bergbauunternehmer rechtfertigen. Eine Verteilung des Gutes der Bodennutzung nach dem Differenzprinzip würde die Vorteile des Bergbaus schärfer begutachten. Es verengt den Blick auf nur wenige Interessen, die den Bergbau zu rechtfertigen vermögen. Damit wäre der Rechtfertigungsdruck auf die Zuordnung zugunsten des Bergbauvorhabens per se höher, was sich günstig auf den Ressourcenschutz auswirken würde.

Die Gesamtabwägung hingegen geht bestenfalls unvoreingenommen, schlechtestenfalls voreingenommen bezüglich der Bergbaubelange (Stichwort: normative Gewichtungsvorgabe) in die Frage des Abbaus hinein. Geht man von einer normativen Gewichtungsvorgabe zugunsten des Bergbaus aus, dann wäre der Rechtfertigungsdruck zulasten des Bergbauvorhabens höher. Bei einer Gesamtabwägung wären außerdem alle Interessen relevant, auch die Interessen des Bergbauunternehmers. Gerade dies scheint vor dem Hintergrund der nicht originären Verteilung problematisch.

dd. Problematik der nicht originären Verteilung

Problematisch könnte sein, dass es sich bei der Verteilung des Rechts an der Bodennutzung nicht um eine originäre Verteilung handelt,¹²²³ sondern die Verteilung wird in einer Situation getroffen, in der einer Partei (dem Grundeigentümer) das Nutzungsrecht schon zusteht. Hier ist es fraglich, ob die vorgesehene Gesamtabwägung als Entscheidungsgrundlage mit der besonderen Berücksichtigung der bergbaulichen Interessen eine gerechte Verteilung vorsehen kann.

Das grundsätzlich offene und unvoreingenommene Herangehen der Gesamtabwägung, alle öffentlichen und privaten Interessen in den Blick zu

1223 Gosepath weist daraufhin, dass tatsächlich fast alle Güter schon verteilt sind (Gleiche Gerechtigkeit, S. 220).

nehmen, sollte den Blick nicht darauf verstellen, dass die Entziehung des Rechts an der Bodennutzung (die Enteignung) unter einem anderen Rechtfertigungsdruck steht.

Daher verwundert es, warum die Interessen des Bergbauunternehmers bezüglich der Ausübung seiner Bergbauberechtigung Berücksichtigung finden sollten. Wenn den Bergbauberechtigungen, wofür vieles spricht, kein Eigentumsschutz zuerkannt wird, so handelt es sich lediglich um eine behördliche Entscheidung, die zwischen den Bergbauinteressierten einen ausgesucht hat, ohne ihm die tatsächliche Ausübung des Rechts auch zuzusichern.¹²²⁴ Es wird also kein Vertrauenstatbestand geschaffen, dem seine Interessen nach privatwirtschaftlicher Betätigung rechtlichen Gehalt verschaffen würden. Auch Art. 12 I GG schützt mit der Berufsfreiheit die Freiheit, einen bestimmten Beruf auszuüben,¹²²⁵ nicht aber dies auch auf dem konkreten Grundstück des Grundeigentümers tatsächlich zu vollziehen. Die privatwirtschaftlichen Gewinnstrebungen des Bergbaubetreibers können daher sachgerechterweise nicht im Rahmen der Abwägung über die Zuteilung des primär verteilten Gutes beachtet werden.

Zum zweiten ist es fraglich, warum den bergbaulichen Interessen ein normativ höheres Gewicht beigemessen werden sollte. Die offene Gesamtabwägung geht damit eher in die Richtung, die Entscheidung gegen den Bergbau als rechtfertigungsbedürftig anzusehen, als die Entscheidung für den Bergbau (wie es unter dem Blickwinkel der Enteignung eigentlich gerechtfertigt wäre). Diese Verschiebung der Beurteilung kann nicht in einer schlichten Präferenz des Gesetzgebers der einen Interessen gegenüber den anderen Interessen liegen, sondern muss sachgerecht begründet werden können. Auch hier gilt als einzig denkbare Begründung, dass der Gesetzgeber (bzw. die gängige Auslegung des Gesetzeswortlauts) von der Vermutung ausging, der Abbau von Bodenschätzen würde grundsätzlich das Wohl der Allgemeinheit fördern und sei im Stande zu Wirtschaftswachstum und Wohlstand beizutragen.¹²²⁶ Wie gezeigt, kann diese Vermutung in Zeiten

1224 Selbst wenn der Bergbauberechtigung der Eigentumsschutz nach Art. 14 I GG zugesprochen werden würde, so wäre zu kritisieren, warum in einem vorgelagerten Verfahren ohne Beteiligung oder Berücksichtigung der Interessen der Grundeigentümer ein dieses in seiner Ausübung ausschließendes Eigentumsrecht geschaffen wurde, um ihm dieses im zweiten Verfahrensschritt als konkurrierend entgegenzuhalten. Zur Diskussion um die eigentumsrechtliche Einordnung der Bergbauberechtigung siehe: Kapitel 4 A. II. 3.

1225 Scholz, in: Maunz/Düring, Losebl. (Stand: Mai 2023), Art. 12 GG, Rn. 7.

1226 BT-Drs. 8/1315, S. 67; hierzu schon oben unter Kapitel 4 A. I. 4. b.

der Ressourcenübernutzung nicht mehr greifen. Vor diesem Hintergrund ist es aber mehr als bedenklich, die Argumentationslast zulasten der Grundeigentümer zu verschieben.

c. Ressourcenethische Bewertung der Verteilung im
Grundabtretungsverfahren

Die Grundabtretung hat sich ganz klar an dem Kriterium des Allgemeinwohls abzuarbeiten. Der Gesetzgeber selbst muss bestimmen, welche alleinigen Allgemeinwohlgründe dabei ins Auge zu fassen sind. Die Begründungslast liegt damit zugunsten der Grundeigentümer, was ihrer Position als ursprüngliche Inhaber der Rechtsposition auch entspricht. Auch die privaten Interessen der Bergbaubetreibenden am Abbau können von vornherein nicht berücksichtigt werden, weil sie nicht unter den Begriff des „Allgemeinwohls“ fallen.

Das Kriterium „Allgemeinwohl“ korrespondiert mit Rawls' Differenzprinzip.¹²²⁷ Die Verteilung des Rechts an der Bodennutzung zugunsten des Bergbauunternehmers kann nach Rawls' Differenzprinzip dann gerechtfertigt werden, wenn auch die am stärksten Benachteiligten von der Ungleichheit profitieren würden. Hier gerät als (jedenfalls von der konkreten Verteilungsentscheidung) Benachteiligter der Grundeigentümer in den Blick. Ihm wird die Entscheidung zugunsten des Bergbaus jedenfalls dann nicht zugutekommen, wenn die gewonnenen Bodenschätze in der Produktion für „Wegwerfprodukte“ eingesetzt werden oder wenn die Bodenschätze auch durch Recyclingprozesse gewonnen werden hätten können. Es muss also nicht nur um eine Versorgung des Marktes mit Rohstoffen gehen (wie der Allgemeinwohlgrund alleine vorschreibt), sondern der Wirtschaftsprozess an dessen Anfang die Gewinnung des Bodenschatzes steht, muss dem Wohle der Allgemeinheit dienen. Dies ist natürlich ein ambitionierter Maßstab, führt aber auf die Eckpunkte der Ressourcenethik (wie die Ressourcenschonung, Ressourceneffizienz usw.) zurück. So profitiert der Grundeigentümer von dem Abbau des Bodenschatzes, der nur im Bergbau und nicht etwa durch Recyclingprozesse gewonnen werden können, und in einer für die Gesellschaft essentiellen Weise verwendet wird.

¹²²⁷ Siehe schon oben: Kapitel 4. A. I. 4. b.

Mit diesem ambitionierten Maßstab geht für die Bergbaubehörde eine Pflicht einher, das Bergbauinteresse näher zu bestimmen. Und hierzu gehört auch, dass die Verwendung des Rohstoffes abgeschätzt wird. *Ziehm* verweist darauf, dass die Bewertung der Rohstofflage auch dem Wandel der Zeit unterlegen ist.¹²²⁸ Auch dies muss in die Beurteilung einfließen. Auch die politischen Weichenstellungen in Positionspapieren von unterschiedlicher rechtlicher Qualität können an dieser Stelle die Bewertung der Rohstofflage beeinflussen. Dies gilt auch bezüglich der internationalen Verpflichtungen, wie zum Beispiel zum Klimaschutz – zuletzt verschärft durch das Pariser Übereinkommen vom 12.12.2015 und konkretisiert im Kohleausstiegsgesetz und durch das Klimaschutzgesetz. Diese sind in den Blick zu nehmen, wenn es um die Sicherung der Rohstoff- bzw. Energieversorgung durch den Abbau von Braunkohle geht.

An sich ist das Kriterium nach dem Allgemeinwohl für die Verteilung der Rechtsposition an der Bodennutzung ein gerechtes Kriterium. Mit dem Differenzprinzip kann das Kriterium ‚Allgemeinwohl‘ noch mehr Schärfe gewinnen, was zu einem ambitionierteren Ressourcenschutz führt.

d. Zusammenfassung

Die Zulassung des Rahmenbetriebsplans wird nach dem Verteilungskriterium der Gewichtigkeit von Belangen im Rahmen einer Gesamtabwägung getroffen. Die Grundabtretung hingegen, sieht eine Verteilung nach dem Kriterium des Allgemeinwohls vor. Letzteres ist ein sachgerechtes Kriterium, welches zu gerechten Ergebnissen führen kann.

Die Gesamtabwägung ähnelt rein äußerlich der Nutzsummenwertermittlung des Utilitarismus. Von dem für die inhaltliche Bewertung abhängigen Wertesystem unterscheiden sich die beiden Verteilungskriterien aber erheblich. Die Gesamtabwägung knüpft an das Wertesystem der deutschen Rechtsordnung, an dessen Spitze die Menschenwürde steht, an. Der Utilitarismus bezieht sich alleine auf das Glücksgefühl/das Wohlbefinden oder Leid und Unwohlsein. Der utilitaristische Ansatz macht aber zugleich eine große Leerstelle der Gesamtabwägung sichtbar, wenn es nämlich um die direkte Berücksichtigung nichtmenschlicher Interessen geht. Hierin könnte eine größere Berücksichtigung von Umwelt- und Tierinteressen liegen.

1228 *Ziehm*, ZUR 2014, S. 459 f.

Weiterhin hat die Untersuchung ergeben, dass die Gesamtabwägung unter die egalitaristische Formel gebracht werden kann. Die Verteilung von der Bodennutzung ist mit der egalitaristischen Verteilungstheorie dann als gerecht zu bezeichnen, wenn die Bodennutzung den Zuschlag erteilt, die den höheren Anteil an der Werthaftigkeit aufweisen konnte. Hierin liegt zugleich eine strikte Begrenzung der Bodennutzung auf die benötigte Fläche. Das in der Entscheidung unterliegende Interesse ist gemessen an der anteilhaften Werthaftigkeit seiner Bodennutzung zu entschädigen. Die eventuell anstehende Entschädigungszahlung ist als Bestandteil der ursprünglichen Verteilungsfrage zu verstehen und insofern aufzuwerten.

Auch Rawls' Verweis auf das Effizienzprinzip beinhaltet die strikte Beschränkung der Bodennutzung auf ihr notwendiges Maß. Ein weiterer wichtiger Hinweis ist Rawls zu entnehmen, der als Voraussetzung für eine gerechte Verteilung die gerechte Gesellschaftsordnung anmahnt. Freilich kann dieser Hinweis hier nur als Anregung dienen, den Blick über die konkrete Verteilungssituation hinaus auf die Gesamtsituation zu weiten, in welche die konkrete Verteilungsfrage eingebettet ist. An diesem weiten Maßstab kann sich die vorliegende Arbeit aber nicht abarbeiten.

Der Vergleich von Rawls' Differenzprinzip mit dem Kriterium der Gewichtigkeit der Belange betont die Rechtfertigungsbedürftigkeit des Abbaus von Bodenschätzen. Dieser lasse sich nicht mit den privaten Interessen des Bergbauunternehmers rechtfertigen, wie es aber im Rahmen der Gesamtabwägung möglich wäre. Auch hinsichtlich der öffentlichen Interessen verengt das Differenzprinzip den Blick auf nur wenige relevante Interessen. Für die Gesamtabwägung stellt sich die Frage, ob sie die Marktnachfrage nach Rohstoffen durch die Wirtschaft per se als öffentliches Interesse qualifiziert oder ob sie den Forderungen der sozial-ökologischen Transformation („green growth“/„degrowth“ oder Postwachstum) folgend nur einen mit diesem kompatiblen Abbau von Bodenschätzen als den Bergbau rechtfertigendes öffentliches Interesse begreift.

Es kann der Schluss gezogen werden, dass die Gesamtabwägung an sich in der Lage wäre, mit ihrem Kriterium der Gewichtigkeit mit dem Bezug zur freiheitlichen Grundordnung der deutschen Rechtsordnung gerechte Verteilungsentscheidungen im Rahmen der Bodennutzung zu stützen. In der konkreten Ausgestaltung, das heißt in der Berücksichtigung auch der privaten Interessen der Bergbaubetreibenden, der Gleichsetzung der öffentlichen bergbaulichen Interessen mit der Marktnachfrage, in der Einfassung der Gesamtabwägung in eine gebundene Entscheidung und in dem normativen Gewicht zugunsten des Bergbaus wird die an sich

offene Gesamtabwägung in Richtung eines Abbauauftrags verschoben. Die zuständige Behörde, die den so zugrunde gelegten gesetzgeberischen Willen auf den Einzelfall anwenden muss (nachvollziehende Abwägung) und sich dabei einer gebundenen Entscheidung gegenübersteht, auf welche das Bergbauunternehmen bei Vorliegen der Voraussetzungen einen Anspruch hat, wird eher zugunsten des Bergbaus entscheiden müssen. Der Rechtfertigungsdruck ist in dieser gesetzlichen Ausgestaltung dann größer, sollte die Behörde sich gegen das Bergbauvorhaben entscheiden. Und dies, obwohl das zu verteilende Gut – das Recht an der Bodennutzung – schon auf Seiten der Grundeigentümer liegt und daher der Rechtfertigungsdruck eigentlich entgegengesetzt wirken müsste (natürlich auch von Seiten des Ressourcenschutzes). Ein Verteilungskriterium, welches unsachgemäß kategorisch einseitig die Interessen bestimmter Gruppen begünstigt, ist ungerecht – keine Theorie der Verteilungsgerechtigkeit sieht dies vor.

5. Fazit der ressourcenschutzethischen Analyse der derzeitigen Gesetzeslage

Als Verteilungsentscheidung über das Gut ‚Recht an der Bodennutzung‘ ist für Vorhaben, die eine Rahmenbetriebsplanzulassung durchlaufen (und nach Einführung der enteignungsrechtlichen Vorwirkung durch den Gesetzgeber)¹²²⁹ die Rahmenbetriebsplanzulassung die Verteilungsentscheidung. Für alle anderen Vorhaben wird die Zuordnung in der Grundabtretung getroffen.

1229 Flankiert von dem Erfordernis, dass eine enteignungsrechtliche Vorwirkung gesetzlich vorgesehen werden muss und dem Erfordernis, dass die Behörde sich nicht widersprüchlich verhalten darf, konnte keine verfassungskonforme Auslegung gefunden werden. Als Minimalumsetzung muss der Gesetzgeber die enteignungsrechtliche Vorwirkung in dem Rahmenbetriebsplan vorsehen, was für komplexe bergrechtliche Großvorhaben auch der gängigen Auslegung nach Rechtsprechung und Schrifttum entspricht. Diese Gesetzesänderung wurde zur Grundlage für die ressourcenethischen Bewertungen gemacht. Ausführlich hier unter Kapitel 2 F.

Verteilungs- entscheidung	Zulassung des Rahmenbetriebsplans	Grundabtretung
Verteilungs- kriterium	Gewichtigkeit der Belange innerhalb einer Gesamtabwägung	Allgemeinwohl
Ressourcenethische Analyse	Derzeitige Ausformung eher negativ Verbesserung: 1. Keine normative Gewichtung zugunsten Bergbau 2. Nicht alle Interessen berücksichtigen 3. Planerische Abwägung/ kein Anspruch auf Zulassung	Insgesamt positiv Verbesserung: Allgemeinwohlgründe im Sinne des Ressourcenschutzes schärfen

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

Die Zulassung des Rahmenbetriebsplans als Entscheidung über die Zuordnung von Rechten an der Bodennutzung bezogen auf komplexe Großvorhaben enthält als Kriterium die Gewichtung der Interessen mit der gesetzlichen Vermutung des erhöhten Gewichts bezüglich der bergbaulichen Interessen. Ist die Gesamtabwägung an sich offen dafür, gerechte Entscheidungen leisten zu können, so ist es die konkrete Ausgestaltung nicht, die ganz im Sinne eines „Abbauauftrags“ operationalisiert werden kann. Aus ressourcenethischer Sicht ist die Gewichtungsvorgabe zugunsten des Bergbaus zu kritisieren (zum Auslegungsspielraum hinsichtlich der Gewichtungsvorgabe siehe unter II. 2.). Es stellt sich aber auch die Frage, inwiefern im Rahmen einer „nur“ nachvollziehenden Abwägung tatsächlich ein gerechter Ausgleich der Interessen getroffen werden könne. Und inwiefern eine solche Entscheidung sachgerecht in einen Entscheidungskontext eingebunden werden kann, der nur ein abschließendes „ja“ oder „nein“ vorsieht (hierzu unter II. 1.). Zuletzt ist die Beachtung aller Interessen, die für den Abbau sprechen, namentlich auch die privaten Interessen der Bergbauberechtigten, nicht sachgerecht (zum Auslegungsspielraum diesbezüglich siehe unter II. 3.). Der Rechtfertigungsdruck auf die Entscheidung zugunsten des Bergbauvorhabens müsste insofern erhöht werden. Hierzu

könnte auch beitragen, dass die Gesamtabwägung von vornherein durch die Ideen des Ressourcenschutzes geleitet wird.

Evident kommt es auch auf die Einzelfallanwendung durch die Behörde an. Hier kann schon das Bewusstsein über die verteilungsethische Dimension der Rahmenbetriebsplanzulassung zu überlegteren und vielleicht auch gerechteren Verteilungsentscheidungen beitragen. Diese ressourcenethische Sensibilisierung zum Ressourcenschutz müsste durch entsprechende Leitideen des Gesetzgebers forciert werden.

Die Grundabtretung, welche sich das Allgemeinwohl ganz klar auf die Fahne schreibt, ist zu begrüßen. Hier stehen aber die einzelnen gesetzlichen Ausformungen der Allgemeinwohlgründe auf dem Prüfstand. Insbesondere die Konkretisierung der „Versorgung des Marktes mit Rohstoffen“ könnte auf den Ressourcenschutz zugeschnitten werden (beispielsweise durch das Erfordernis einer „nachhaltigen Versorgung“).

II. Die derzeitigen Auslegungsspielräume zur Behebung ressourcenethischer Defizite nutzen

Die ressourcenethische Analyse an der, vom Richterrecht überformten Rechtslage hat verschiedene Defizite an dem Verteilungskriterium der Gewichtigkeit von Belangen innerhalb der Gesamtabwägung aufgedeckt:

1. Die fehlende Gestaltung der Gesamtabwägung als nachvollziehende Abwägung im Kontext einer gebundenen Entscheidung.
2. Eine Verschiebung der Gesamtabwägung durch eine normative Gewichtungsvorgabe zugunsten des Bergbaus.
3. Die Gesamtabwägung nimmt die Interessen des Bergbauunternehmers in den Blick. Auch werden die öffentlichen bergbaulichen Interessen mit der Marktnachfrage gleichgesetzt.

Es soll überprüft werden, ob diese Defizite mittels Zuhilfenahme des Auslegungsspielraums schon de lege lata überwunden werden können und ob sich eine andere Auslegung vielmehr aufdrängt.

1. Die Frage nach der Gestaltungsfreiheit der Behörde

Die ressourcenethische Analyse hat in Frage gestellt, ob die komplexe Entscheidung im Rahmen einer nachvollziehenden Abwägung, die in einer

gebundenen Entscheidung auf ein „ja“ oder „nein“ begrenzt ist, richtig aufgehoben ist.¹²³⁰

Es ist grundsätzlich zu klären, ob und inwiefern der Behörde bei der Ausübung der Gesamtabwägung Ermessen bzw. Gestaltungsfreiheit zusteht, ob es sich damit um eine nachvollziehende oder um eine planerische Abwägung handelt und welche Abwägungsart der Idee der Gesamtabwägung gerecht wird. So geht die herrschende Meinung von der Zulassung eines Rahmenbetriebsplans als gebundener Entscheidung aus,¹²³¹ die auf Grundlage einer nachvollziehenden Abwägung getroffen wird.¹²³² Fraglich ist, ob diese Kombination von gebundener Entscheidung und verfassungsrechtlich geforderter Gesamtabwägung zusammengehen kann.

Die Abwägung ist eine gedankliche Operation, die zu einer Entscheidung führt.¹²³³ Ihr besonderer Prozess bei der Entscheidungsfindung liegt darin, Gründe und Gegengründe gegenüberzustellen.¹²³⁴ Diese Methode gehört nicht nur zum Repertoire jeder Einzelperson zur Bewältigung von Alltagsproblemen, sondern auch jedes Juristen.¹²³⁵ Es wird zwischen der planerischen/gestaltenden und der nachvollziehenden Abwägung unterschieden.¹²³⁶ Nur erstere bietet der Behörde einen planerischen Gestaltungsspielraum, das heißt dass das Abwägungsergebnis dabei nicht vollständig festgeschrieben wäre.¹²³⁷ Mit anderen Worten ist ein Gestaltungsspielraum

1230 Kritisch schon *Kaiser*: „Eine angemessene Würdigung und Abstimmung von Umweltbelangen, die schon auf vorgelagerten Planungsebenen vielfach ausbleibt, ist in diesem Entscheidungsmodus kaum sicherzustellen, wodurch wiederum die Erreichung eines hohen Umweltschutzniveaus [...] gefährdet werden kann.“ (Umweltverträgliches Bergrecht, S. 189).

1231 OVG Saarlouis, Urteil v. 24.5.2018, 2 A 551/17 = BeckRS 2018, 13000, Rn. 29; *Hoppe*, DVBl. 1987, S. 761. Zur prinzipiellen Unterscheidung von gebundenen Erlaubnissen und Planungsentscheidungen: *Kühling*, Fachplanungsrecht 1988, Rn. 33 ff.

1232 BVerwG, Urteil v. 15.12.2006 - 7 C 1/06, BVerwGE 127, 259 (263 f. Rn. 28) = NVwZ 2007, S. 700 – Walsum; BVerwG, Urteil v. 30.3.2017 - 7 C 17/15, NVwZ-RR 2017, S. 685 (S. 689, Rn. 36); OVG Saarlouis, Urteil v. 24.5.2018, 2 A 551/17 = BeckRS 2018, 13000, Rn. 29; OVG Magdeburg, Urteil v. 7.12.2016, 2 L 21/14 = BeckRS 2016, 117812, Rn. 58; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 10.3.2008 - OVG 11 N 59.05, BeckRS 2008, 35987; *Kaiser*, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 21, 57, 189; *Beckmann*, DVBl. 2023, 455; *Kühne*, in: Boldt et. al., BBergG, § 48, Rn. 49 (m.w.N.).

1233 *Hofmann*, Abwägung im Recht, S. 112.

1234 *Kment*, ZUR 2016, S. 332; *Hoppe*, DVBl. 1992, S. 853.

1235 So auch *Weyreuther*, der „Abwägen“ als Bestandteil der juristischen Alltagsterminologie bezeichnet (BauR 1977, S. 297); *Kment*, ZUR 2016, S. 332.

1236 *Kühling*, Fachplanungsrecht 1988, Rn. 31.

1237 *Hofmann*, Abwägung im Recht, S. 107.

die DNA einer solchen Abwägungsentscheidung.¹²³⁸ Entscheidungssituationen, die eine planerische Abwägung erfordern, sind dadurch geprägt, dass sie nicht eindimensional sind, eine hohe Anzahl von unterschiedlichsten öffentlichen und privaten Interessen zu berücksichtigen haben und deshalb hoch komplex sind.¹²³⁹ Es ist fraglich, ob eine Gesamtabwägung einer Entscheidung mit Gestaltungsspielraum, die versucht die unterschiedlichsten Belange in einem komplexen Entscheidungsvorgang zu gewichten und miteinander ins Verhältnis zu setzen, schließlich nur zu einer schlichten Ablehnung oder Befürwortung führen soll¹²⁴⁰ und nicht zu einer differenzierteren, der aus dem Abwägungsvorgang gewonnenen Überzeugung gerecht werdenden Lösung.

Die Figur der „nachvollziehenden Abwägung“ hingegen eröffnet der Behörde keinen Gestaltungsspielraum.¹²⁴¹ Darum wird die Bezeichnung als

1238 Vgl. *Kment* der davon spricht, dass der Abwägung zwingend ein Gestaltungsspielraum innewohnt (ZUR 2016, S. 332).

1239 *Kment*, ZUR 2016, S. 332; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7, Rn. 64.

1240 So schon *Hoppe*, der eine gesetzliche Klärung der Frage um die behördliche Gestaltungsfreiheit fordert und dabei davor warnt, dass ein umfassender Interessenausgleich stattzufinden habe, aber ohne schöpferische Gestaltungsfreiheit der Behörde – es soll beim bloßen Ja oder Nein bleiben (in: Hüffer (Hrsg.), *Oberflächeneigentum und Bergbau*, S. 38 f.).

1241 Diese Fragestellung trifft mit der Problematik um die „nachvollziehende Abwägung“ eines vom Unternehmer aufgestellten Plans zusammen. Diese Abwägung wird ungünstigerweise auch als nachvollziehende Abwägung benannt, obwohl der Behörde ein Gestaltungsspielraum zusteht. (Daher sei der Terminus „planerische Abwägungsentscheidung bei unternehmerischer Planung“ vorgeschlagen.) Sie ist nachvollziehend in dem Sinne, als dass sie die originäre Abwägung des Vorhabenträgers nachvollziehe. Dabei ist ihre Abwägungsentscheidung aber gerade nicht gebunden, etwa an die Feststellungen oder Gewichtungen des Vorhabenträgers, sondern sie muss eine eigene Abwägung durchführen. Ob diese eigenständige Abwägung nun völlig frei stattfindet (so *Kühling*, *Fachplanungsrecht* 1988, Rn. 13 ff.) oder beschränkt wird, ist strittig. Als Beschränkung wird angeführt, dass der planerische Gestaltungsspielraum nicht soweit gehe, dass die Behörde die Erwägungen des Vorhabenträgers einfach ersetzen könne (*Ziekow* in: *Ziekow*, *Fachplanungsrecht*, § 6 Rn. 3 f.). Andere verneinen ein Versagungsersinnen (OVG Koblenz, Urteil v. 6. 2. 2013 – 8 C 10943/12, NVwZ-RR 2013, S. 631). *Durner* geht noch einen Schritt weiter und gesteht dem Unternehmer einen „Anspruch auf die Abwägung nachvollziehende Genehmigung“ zu, bei gleichzeitiger Bejahung der planerischen Gestaltungsfreiheit (Konflikte räumlicher Planungen, S. 312 ff. und zusammen mit *Karrenstein*, DVBl. 2014, S. 184). Die h.M. geht hingegen von der Unvereinbarkeit von einem Anspruch auf Zulassung und einer planerischen Gestaltungsfreiheit aus: u.a. *Kühling*, *Fachplanungsrecht* 1988, Rn. 35). Dieser Anspruch ist zu unterscheiden von dem unstrittigen Anspruch des Unternehmers

irreführend oder zumindest wenig geglückt wahrgenommen.¹²⁴² Sie ist voll gerichtlich überprüfbar¹²⁴³ und kann sogar im Gerichtsverfahren „heilend“ nachgeholt werden¹²⁴⁴. Abwägungsfehlerlehre und Abwägungsgebot greifen bei der nachvollziehenden Abwägung nicht.¹²⁴⁵ Auch greift das drittsschützende Recht auf gerechte Abwägung der eigenen abwägungserheblichen Belange nur bei der planerischen, nicht aber bei der nachvollziehenden Abwägung.¹²⁴⁶ Bei der nachvollziehenden Abwägung sollen die gegenüberstehenden Positionen miteinander verglichen werden und dabei die Gewichtigkeit der Belange aus den gesetzlichen Vorgaben entnommen werden.¹²⁴⁷ Man könnte sagen, das Ergebnis der Abwägung ist im Normenkörper schon enthalten und muss von der Behörde nur noch nachvollzogen werden. Eine gebundene Entscheidung in Kombination mit einer nachvollziehenden Abwägung ist daher (dogmatisch betrachtet) unproblematisch.

(und weiterer Beteiligter) auf die fehlerfreie Ausübung des Planungsermessens (hierzu das BVerwG, welches den Anspruch auf einen Planfeststellungsbeschluss ablehnt und den Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung bejaht (Urteil vom 24.11.1994 - 7 C 25/93, NVwZ 1995, S. 600; vgl. auch BVerwG, Urteil vom 17.01.1986 - 4 C 6, 7/84, NVwZ 1986, S. 471).

1242 *Kment*, ZUR 2016, S. 333.

Als Kern dieser gedanklichen Operation muss das vergleichende Gegenüberstellen von zwei Positionen verstanden werden; eben das Legen der unterschiedlichen Belange auf die jeweilige Waagschale (übereinstimmend mit der etymologischen Herkunft des Wortes: Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache, Stichwort: ‚abwägen‘, im Internet abrufbar unter: <<https://www.dwds.de/wb/abw%C3%A4gen>> (zuletzt abgerufen im Januar 2024)). Damit soll herausgefunden werden, welche Seite die gewichtigere ist. Ein Gestaltungsspielraum und variable Ergebnisse sind nicht in dem Begriff angelegt. Eine Waage wird immer zu dem gleichen Ergebnis kommen. Variabel ist allein, die Anzahl der Gewichte, die in eine Waagschale gelegt werden, d.h. die jeweils zu berücksichtigenden Belange. Irreführend als Bezeichnung ist die nachvollziehende Abwägung daher nur insofern, als dass in der juristischen Auseinandersetzung unter dem Begriff „Abwägung“ die planerische Abwägung (mit Gestaltungsfreiheit der Behörde) im Vordergrund steht mit der entwickelten Abwägungsfehlerlehre und dem Abwägungsgebot.

1243 *Kment*, ZUR 2016, S. 333.

1244 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (352 Rn. 321) – Garzweiler.

1245 BVerwG, Urteil v. 15.12.2006 - 7 C 1.06, NVwZ 2007, S. 700 (S. 701, Rn. 28) und BVerwG, Urteil v. 15.12.2006 - 7 C 6.06, NVwZ 200, S. 704 f. (Rn. 21) – Walsum.

1246 BVerwG, Beschluss v. 5.3.2019 - 7 B 3.18, BeckRS 2019, 4527, Rn. 27; bzgl. der planerischen Abwägung: BVerwG, Urteil v. 14.02.1975 - 4 C 21.74, BVerwGE 48, 56 (66).

1247 *Weyreuther*, Bauen im Außenbereich, S. 18 f. (auf ihn ist die Terminologie zurückzuführen); *Kment*, ZUR 2016, S. 333.

Es stellen sich daher die Fragen, ob *erstens* der § 55 I tatsächlich eine gebundene Entscheidung vorsieht und ob *zweitens* die Gesamtabwägung eine planerische oder eine nachvollziehende Abwägung ist.

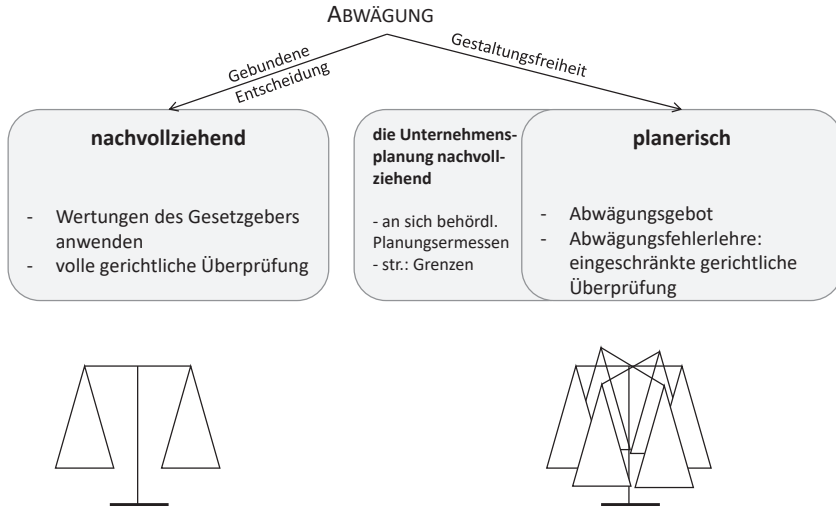


Abbildung 26: Die unterschiedlichen Abwägungsarten im Überblick (eigene Erstellung)

a. Enthält § 55 I tatsächlich eine gebundene Entscheidung?

Das BVerwG hat ausgeführt, dass es keine Planungsentscheidungen qua Natur der Sache gebe.¹²⁴⁸ Die Frage, ob es sich um eine Planungsentscheidung handle, richte sich nur nach der gesetzlichen Ausgestaltung. Wenn der allein ausschlaggebende Faktor, bei der Frage nach einem Gestaltungsspielraum der Verwaltung, der Gesetzeswille sein soll,¹²⁴⁹ so müssen die Überlegungen sich auch allein hierauf beziehen.¹²⁵⁰ Hat der Gesetzge-

1248 BVerwG, Urteil v. 14.12.1990 - 7 C 18/90, NVwZ 1991, S. 992 (S. 993). Ebenso: Schmidt-Aßmann/Groß, NVwZ 1993, S. 621.

1249 BVerwG, Urteil v. 14.12.1990 - 7 C 18/90, NVwZ 1991, S. 992 (993). Ebenso: Schmidt-Aßmann/Groß, NVwZ 1993, S. 621.

1250 Obwohl die Überzeugung, dass allein der Gesetzeswille ausschlaggebend sein soll, weithin geteilt wird, ist es doch erstaunlich, dass vielfach Argumente vorgebracht werden, die sich gerade nicht auf den Gesetzeswillen beziehen, sondern grundle-

ber der Verwaltung normativ keine Entscheidungsspielräume eröffnet, so bleibt es bei der Grundregel der umfassenden Gesetzesbindung der Verwaltung und damit bei der umfassenden gerichtlichen Kontrolle. Letztere wird schon als Grundregel durch Art. 19 IV GG eingefordert.¹²⁵¹

aa. Historische Auslegung

Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Lehre geht davon aus, dass der Gesetzgeber im § 55 I BBergG eine gebundene Entscheidung gewollt habe.¹²⁵² Auch das Einbringen von öffentlichen Interessen über den § 48 II S.1 BBergG ändere nichts an dieser Ausrichtung.¹²⁵³ Die im § 48 II S.1 BBergG durchzuführende Abwägung sei daher als nachvollziehende Abwägung zu beurteilen.¹²⁵⁴ Durner hingegen lehnt – noch vor der Gesamtabwägungslehre – schon von vornherein die Zulassung von Betriebsplänen als gebundene Entscheidung ab und klassifiziert die Zulassungsentscheidung als Planungsentscheidung.¹²⁵⁵ Damit einhergehend soll das

gender Natur sind. Vgl. hierzu Kühne in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 49; Kühne, DVBl 2006, S. 665.

1251 Hierzu Schmidt-Aßmann/Groß, NVwZ 1993, S. 617.

1252 BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 (213) – Garzweiler; BVerwG, Urteil v. 16.03.1989 - 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (332) – Moers-Kapellen; BVerwG, Urteil v. 14.12.1990 - 7 C 18/90, NVwZ 1991, S. 992 (S. 993) – Wyen; BVerwG, Urteil v. 15.12.2006, 7 C 1.06 = NVwZ 2007, S. 700 (S. 701, Rn. 28) und BVerwG, Urteil v. 15.12.2006, 7 C 6/06, NVwZ 2007, 704 f. (Rn. 21) – Walsum; VG Trier, Urteil v. 11.1.2019 - 9 K 2641/18.TR, BeckRS 2019, 2986, Rn. 35; Kühne, in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 47 (mit Verweis auf BT-Drs. 8/1315, S. 109); Kühne, DVBl. 2006, 664 f.; Boldt/Weller, BBergG Komm. Ergänzungsband (Vorauslage), § 57a Rn. 48, 50, 65; Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 55, Rn. 4 und § 48, Rn. 35; Rasel, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 110. Neumann, W. bezieht sich v.a. darauf, dass auch die Einführung des Planfeststellungsverfahrens nichts an der materiellen Ausgestaltung der Zulassungsvoraussetzungen geändert habe (in: Kühne/Ehrcke, S. 41 f.).

1253 BVerwG, Urteil v. 14.12.1990 - 7 C 18/90, NVwZ 1991, S. 992 (S. 993) (hier noch vor der Annahme einer Gesamtabwägung, aber nach der Moers-Kapellen-Entscheidung, die einen Drittschutz aus § 48 II herleitet); VGH Kassel, Urteil v. 12.9.2000 - 2 UE 924/99, NVwZ-RR 2001, S. 301.

1254 Kühne in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 47 ff.

1255 Durner, Konflikte räumlicher Planungen, S. 371 ff., 376 f.; diese Ansicht vertreten ebenso: Stüer, DVBl. 2009, S. 1433 f. Den Planungscharakter bestätigt: Ronellenfitsch, Einführung in das Planungsrecht, S. 200.

Abwägungsgebot und die Abwägungsfehlerlehre angewendet werden.¹²⁵⁶ Argumentativ führt er an, dass die gesetzliche Codierung im § 55 I BBergG als „ist“-Formel keine Vorfestlegung des Gesetzgebers in der Entscheidung über die Frage nach der behördlichen Gebundenheit oder Gestaltungsfreiheit sei.¹²⁵⁷ Auch andere Planungsentscheidungen beruhen auf derartigen Formulierungen, beispielhaft verweist er auf § 18 WaStrG a.F. (nun § 14b I Nr. 6 WaStrG) oder § 32 Abs.1 KrW-/AbfG a.F. (nun § 36 KrWG).¹²⁵⁸ Die Formulierung des Gesetzestexts lässt damit keine eindeutigen und einheitlich angewendeten Rückschlüsse zu.

Die Befürworter der gebundenen Entscheidung verweisen (zumeist ohne weitere Ausführungen) auf die Gesetzesmaterialien. In dem zitierten Gesetzesentwurf führt die Bundesregierung im Kontext der Frage nach der Beteiligung anderer Behörden im Zulassungsverfahren aus, dass es sich nicht um ein Planfeststellungsverfahren handeln solle und die behördlichen Zuständigkeiten daher weiterhin bestehen bleiben.¹²⁵⁹ Begründet wird dies damit, dass sich schon aus der Natur der Sache der sich wiederholenden Betriebsplanzulassung keine Verfahrenskonzentration ergeben könne.¹²⁶⁰ Ungeachtet der Schlüssigkeit des angeführten Arguments, nimmt der Entwurf zu der Frage Stellung, ob eine Konzentrationswirkung von den Betriebsplänen ausgeht, was verneint wird. Hieraus kann für die behördliche Gestaltungsfreiheit nur geschlossen werden, dass es sich nur um keine Planungsfreiheit im Rahmen eines Planfeststellungsverfahrens handeln solle, nicht aber, dass sich der Gesetzgeber hier grundsätzlich für eine gebundene Entscheidung ausgesprochen hätte.

Aus einer weiteren Textstelle geht hervor, dass der Zulassungskatalog abschließend sei und nur einige bestimmte öffentliche Interessen berücksichtige: Es wird festgelegt, „daß ein Betriebsplan nur dann zuzulassen ist, wenn die in Form von Voraussetzungen abschließend normierten Erforder-

1256 Durner, Konflikte räumlicher Planungen, S. 371 ff.

1257 Durner, Konflikte räumlicher Planungen, S. 373. So auch schon Kühne, der den Gesetzesentwurf dahingehend kritisiert, dass er hinsichtlich der Statuierung eines Rechtsanspruchs nicht eindeutig ist und deswegen fordert durch die Einfügung des Wortes „nur“ Klarheit zu verschaffen. (Der Gesetzeswortlaut nach Kühnes Vorschlag würde dann folgendermaßen lauten: „Die Erlaubnis ist *nur* zu versagen, wenn ...“ (ZfB 1980, S. 59 f.)).

1258 Durner, Konflikte räumlicher Planungen, S. 373.

1259 BT-Drs. 8/1315, S. 109.

1260 BT-Drs. 8/1315, S. 109.

nisse und Belange sichergestellt sind.“¹²⁶¹ Auch dies ist keine uneindeutige Festlegung für eine gebundene Entscheidung. Es lässt sich auch so lesen, dass die Behörde in jedem Fall die Berücksichtigung der genannten Interessen zu gewährleisten habe und keinesfalls (sozusagen als negative Grenze) ein Betriebsplan zuzulassen sei, der den Interessen nicht Rechnung trägt, im Übrigen aber der Behörde ein Einschätzungsspielraum zusteht.

Auch wenn zuzugeben ist, dass die Lesart, nach der die Begründung von einer gebundenen Genehmigungsentscheidung ausgeht, näher liegt, so sind doch beide Aspekte letztendlich als von der Rechtsentwicklung überholt anzusehen, so dass sie in dieser Streitfrage keinen Ausschlag mehr geben können. Zum ersten Aspekt ist zu sagen, dass eine Planfeststellung durch die Bergrechtsnovelle 1990 in das BBergG Einzug gefunden hat und zum zweiten Aspekt, dass die abschließende Aufzählung des § 55 I BBergG durch die Anwendung des § 48 II S. 1 BBergG als Zulassungsvoraussetzung ergänzt und damit aufgehoben wurde. Letztere, durch die Rechtsprechung angestoßene Rechtsentwicklung, hat sich der Gesetzgeber auch zu Eigen gemacht.¹²⁶²

Das Augenmerk muss nun, da der Gesetzeswille nicht (mehr) aus den Dokumenten des ursprünglichen Erlasses hervorgeht, auf die Äußerungen des Gesetzgebers hinsichtlich der Bergrechtsnovelle 1989/1990 gelegt werden. Drei Hauptanliegen hatte der Gesetzgeber. Zum ersten wollte er eine Betriebsplanzulassung mit Konzentrationswirkung ausstatten, so dass andere außerbergrechtlich erforderliche Genehmigungen von der bergrechtlichen Zulassung mitumfasst seien. Zum zweiten sollte die Beteiligung der Öffentlichkeit gewährleistet und drittens die europäische UVP-Richtlinie auch für die Bergbauvorhaben umgesetzt werden.¹²⁶³ Der Gesetzgeber hat hier – um ‚drei Fliegen mit einer Klappe zu schlagen‘ – das Planfeststellungsverfahren mit seiner Öffentlichkeitsbeteiligung für UVP-pflichtige Vorhaben im Rahmen des nun obligatorischen Rahmenbetriebsplans eingeführt. Ausdrücklich hat der Gesetzgeber davon abgesehen ein eigenständiges Instrument zu entwickeln¹²⁶⁴ und spricht in diesem Zusammen-

1261 BT-Drs. 8/1315, S. 109; Der § 54 BBergG aus dem Gesetzesentwurf ist als § 55 BBergG in Kraft getreten.

1262 BT-Drs. 11/5601, S. 15 f.

1263 Bundesregierung, Gesetzesentwurf zur Änderung des BBergG vom 16.02.1989, BT-Drs. 11/4015, S. 2.

1264 „Damit soll nach dem Vorbild anderer Gesetze auch in das Bergrecht ein Verfahren mit Konzentrationswirkung Eingang finden, in dem sämtliche durch ein Vorhaben berührten Belange in einem einheitlichen Verfahren und mit der notwen-

hang auch von einer ‚uneingeschränkten Anwendung‘ der Normen des Verwaltungsverfahrenrechts über die Planfeststellung.¹²⁶⁵ Das Planfeststellungsverfahren sollte lediglich den bergbaurechtlichen Spezifitäten angepasst werden.¹²⁶⁶ Das Planfeststellungsverfahren ist das zentrale Werkzeug der Fachplanung. Die Fachplanung ist eine raumbedeutsame Planung, die (im Gegensatz zu der allgemeinen Raumplanung) an der Planung eines konkreten Vorhabens ansetzt, wie z.B. der Planung von Straßen, Flughäfen oder Abfalldeponien. Die Planfeststellung ist untrennbar mit einer planenden Tätigkeit der Behörde und damit mit einem behördlichen Gestaltungsspielraum verknüpft.¹²⁶⁷ Das heißt: Ohne behördlichen Gestal-

digen Öffentlichkeitsbeteiligung umfassend geprüft werden können, ohne daß es notwendig wäre, im Bundesberggesetz ein eigenständiges von dem in den Verwaltungsverfahrensgesetzen zur Verfügung gestellten Instrumentarium abweichendes Verfahren zu entwickeln.“ (BT-Drs.11/4015, S. 7).

1265 BT-Drs.11/4015, S. 9. Hierauf verweist insb. *Durner*, dem es äußert unschlüssig ist, wieso bei einer uneingeschränkten Anwendung der Planfeststellungsvorschriften gerade das Abwägungsgebot als Kernstück der Planfeststellung nicht eingeführt werden sollte (Konflikte räumlicher Planungen, S. 373).

1266 BT-Drs.11/4015, S. 1.

1267 So das BVerwG: „[D]ie Befugnis zur Planung [schließt] – hier wie anderweit – einen mehr oder weniger ausgedehnten Spielraum an Gestaltungsfreiheit ein[.] [...], weil Planung ohne Gestaltungsfreiheit ein Widerspruch in sich wäre.“ BVerwG, Urteil v. 12.12.1969 - 4 C 105.66, BVerwGE 34, 301 (304); BVerwG, Urteil v. 17.02.1971 - BVerwG IV C 96.68, Rn. 18, VerwRspr 1972, 24 (29). So auch *Kirchberg*: „Das Planfeststellungsverfahren ist ohne den behördlichen Gestaltungsspielraum zu dem Ob und Wie der Realisierung eines raumbezogenen Vorhabens undenkbar. [...] Eine Planung ohne Gestaltungsrecht der zur Entscheidung aufgerufenen Behörde wäre ein Widerspruch in sich.“ (in: Ziekow, Fachplanungsrecht, § 1, Rn. 8). Vgl. auch *Ronellenfitsch*, der wie selbstverständlich die Fachplanung mit einer planerischen Entscheidung und damit mit einer Abwägungsentscheidung verknüpft (NVwZ 1999, S. 584). *Gaentzsch* ist der Auffassung, dass die Festlegung für ein Planfeststellungsverfahren noch keine Festlegung für eine planerische Gestaltungsfreiheit sei. Vielmehr sei die Frage nach der planerischen Gestaltungsfreiheit mit Blick auf die materielle Grundlage zu klären (in: Kühne/Gaentzsch (Hrsg.), Wandel und Beharren im Bergrecht, S. 18 f.) Dem ist zuzustimmen, insofern, als dass sich die Frage nach der planerischen Gestaltungsfreiheit aus den materiellen Vorschriften ergeben soll. Betont werden muss jedoch, dass ein Planfeststellungsverfahren nur mit einer planerischen Gestaltungsfreiheit einhergehen kann. Für den Erlass einer gebundenen Erlaubnis ist das Planfeststellungsverfahren das falsche Verfahren: Wenn eine gebundene Entscheidung zwingende Genehmigungsvoraussetzungen vorsieht, dann bedarf es keines „Plans“, wie die Voraussetzungen zu erfüllen sind. Die Frage, die sich im Genehmigungsverfahren stellt, ist, ob die Voraussetzungen erfüllt sind oder nicht. Dies kann die Beantwortung von schwierigen Sachverhaltsfragen oder auch die Auslegung unbestimmter

tungsspielraum, kein Planfeststellungsverfahren.¹²⁶⁸ Dem Bergrecht wird aber nach der vorherrschenden Auffassung gerade dieses Ding der Unmöglichkeit entnommen, was dann als atypische oder bergrechtliche Planfeststellung firmiert.¹²⁶⁹ Und dies, obwohl der Gesetzgeber ausdrücklich kein eigenständiges Instrument schaffen wollte. Ein Planfeststellungsverfahren ohne Gestaltungsspielraum ist aber kein atypisches Planfeststellungsverfahren, sondern es ist schlicht kein Planfeststellungsverfahren (auch unechtes Planfeststellungsverfahren genannt)¹²⁷⁰, weshalb dieses Konstrukt neben der Planfeststellung auch ein eigenständiges Instrument abgeben würde. Für die Annahme einer gebundenen Entscheidung wird meist vorgebracht, dass es dem Gesetzgeber freistehe auch eine atypische Planfeststellung zu schaffen, wie es eine solche schon mit § 9b AtG gäbe.¹²⁷¹ Dies mag richtig

Rechtsbegriffe zum Gegenstand haben. Trotzdem reicht die Variabilität nicht an die Qualität einer Planerstellung heran. Ein Plan ist auf ein Ziel hin ausgerichtet, in seiner konkreten Mittelwahl aber zunächst offen. Nimmt man die gesetzlich vorgesehenen Verfahrensabläufe – beispielsweise die Öffentlichkeitsbeteiligung im Anhörungsverfahren (§ 73 VwVfG) – in Betracht, so zeigt sich, dass diese nicht auf eine gebundene Entscheidung passen. So könnte eine Öffentlichkeitsbeteiligung bei einer gebundenen Entscheidung nur den Zweck verfolgen die Frage zu klären, ob die Genehmigungsvoraussetzungen vorliegen. Wenn § 73 IV S. 1 VwVfG jedoch von Einwendungen spricht, die gegen den Plan von Betroffenen erhoben werden können, scheint die Vorschrift auf etwas anders abzielen. Auch und gerade die Präklusionsvorschriften machen vor dem Hintergrund einer bloßen Sachverhaltsermittlung keinen Sinn.

1268 Daher hat der Antragssteller auch keinen Anspruch auf Vorhabengenehmigung, sondern einen Anspruch auf eine sachgerechte Entscheidung (*Kirchberg* in: Zie-kow, Fachplanungsrecht, § 1, Rn. 7).

1269 *Kühne* vertritt diese Auffassung, bezeichnet diese Auslegung aber auch als aus Sicht des Planfeststellungsrechts überraschend und dogmatisch begründungs-bedürftig (DVBl. 2007, S. 832); diese Rezeption bestätigt *Stüer* (DVBl. 2009, S. 1433 f).

1270 *Gierke/Paul*, in: *Danner/Theobald*, Energierecht, 109. EL Januar 2021, § 9b AtG, Rn. 49.

1271 *Kühne* in: *Boldt et al.*, BBergG, § 48, Rn. 49; *Neumann*, W. in: *Kühne/Ehrlicke*, S. 41 f. Zum Atomrecht: Auch hier ist die Konstruktion des Planfeststellungsverfahrens ohne behördliche Gestaltungsfreiheit umstritten. Dieses sog. unechte Planfeststellungsverfahren haben das Niedersächsische OVG (Urteil vom 8.3.2006, 7 KS 128/02, DVBl. 2006, S. 1044 ff.) und das BVerwG (Beschluss vom 26.3.2007, 7 B 72/06, NVwZ 2007, S. 841 ff. – *Schacht Konrad*) in ihren Entscheidungen zum *Schacht Konrad* angenommen. Die Begründung des BVerwG fällt recht schmal aus. So verweist er nur auf das strikt einzuhaltende atomrechtliche Prüfprogramm, das kein Raum für eine Abwägung lasse und auf die bergrechtliche Planfeststellung (NVwZ 2007, S. 842 f., Rn. 21). *Ramsauer* führt demgegenüber überzeugend aus,

sein,¹²⁷² steht aber in diesem Fall dem eindeutig geäußerten Willen des Gesetzgebers entgegen.¹²⁷³ Außerdem müsste der Gesetzgeber diese ungewöhnliche Konstruktion mehr als deutlich hervorheben.¹²⁷⁴ Als Grundsatz kann nämlich mit der Festlegung eines Planfeststellungsverfahrens auch davon ausgegangen werden, dass der Behörde eine Gestaltungsfreiheit zusteht.¹²⁷⁵ Und so lässt sich nur eine Stelle in den Gesetzesmaterialien ausfindig machen, die auf den ersten Blick in die Richtung einer gebundenen Entscheidung deuten könnte.¹²⁷⁶ Der Gesetzgeber führt nämlich aus, dass die Novellierung nicht zu einer Änderung der Rechtsposition des Unternehmers führen sollte.¹²⁷⁷ Die Konzentrationswirkung führe in diesem Sinne, so der Gesetzgeber, nicht zu einer Erweiterung des Prüfungsmaßstabes oder zu einem über das geltende Recht hinausgehenden zusätzlichen Entscheidungsspielraum.¹²⁷⁸ Die Begrifflichkeit „zusätzlich“ bedeutet jedoch, dass etwas zu etwas bereits Vorhandenem hinzukommt. Zu sagen, dass et-

dass es darauf ankomme, ob der Gesetzgeber mit § 9b eine abschließende Regelung treffen wollte, was er im Ergebnis verneint (NVwZ 2008, S. 948 ff.).

1272 Ramsauer weist daraufhin, dass es dem Gesetzgeber freistehe den Entscheidungsspielraum der Verwaltung einzuschränken, auch wenn dies systematisch nicht korrekt ist und er eine Planfeststellung ohne behördliche Gestaltungsfreiheit als Missgriff bezeichnet (NVwZ 2008, S. 947, 949). Ausdrücklich scheint dies wohl der sächsische Gesetzgeber im Rahmen der hochwasserschutzrechtlichen Planfeststellung gem. § 83 Abs. 1 Nr. 7 SächsWG festgeschrieben zu haben.

1273 Auch Hoppe geht davon aus, dass der Gesetzgeber mit der Einführung des Planfeststellungsverfahrens der Behörde auch planerische Gestaltungsfreiheit einräumen und eine Abwägungsermächtigung erteilen wollte (in: Hüffer (Hrsg.), Oberflächeneigentum und Bergbau, S. 37).

1274 So auch Ramsauer, NVwZ 2008, S. 944 ff. Aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber nicht auch die Einräumung eines Planungsfreiraums als Ziel ausdrücklich artikuliert hat, meint Kühne schließen zu können, dass eben ein solcher Planungsfreiraum vom Gesetzgeber nicht gewünscht war (DVBl 2006, S. 665). Kühne dreht die Argumentation hier um, und fordert eine Ausdrücklichkeit des Gesetzgebers zu Selbstverständlichkeiten. Aus dem vermeintlichen Schweigen zu Selbstverständlichkeiten, werden Rückschlüsse gezogen. Näher liegt aber die Annahme, dass der Gesetzgeber von dem Vorfinden eines Planungsfreiraums schon nach der damaligen Rechtslage ausging.

1275 Ramsauer, NVwZ 2008, S. 947.

1276 So Kühne, DVBl 2006, S. 665.

1277 Ausgenommen ist die materielle Ergänzung des § 48 II BBergG durch die Berücksichtigung von nichtverrechtlichten Umweltschutzbelangen (§ 52 IIa S. 3 BBergG) (BT-Drs.11/4015, S. 12).

1278 „Diese Regelung bedeutet weiter, [...] daß der planfeststellenden Behörde bei ihrer Entscheidung ein über das geltende Recht hinausgehender zusätzlicher Entscheidungsspielraum nicht zusteht.“ (BT-Drs.11/4015, S. 12).

was (der Entscheidungsspielraum) nicht zusätzlich hinzukommt, suggeriert damit, dass etwas (ein Entscheidungsspielraum) aber schon da sei. Damit spricht diese Stelle sogar für das Vorhandensein eines Gesetzeswillens, der auf einen behördlichen Gestaltungsspielraum abzielt.

Dass der Gesetzgeber von einem Gestaltungsspielraum ausging, macht er auch dadurch unmissverständlich deutlich, dass er im Zusammenhang mit dem Erlass von Rahmenbetriebsplänen von einer planenden Tätigkeit spricht: Der Gesetzgeber führt aus, dass der Rahmenbetriebsplan vor allem in planerischer Hinsicht Bedeutung habe und sich deswegen als Anknüpfungspunkt für das Planfeststellungsverfahren eigne.¹²⁷⁹ Außerdem stellt der Gesetzgeber fest, dass „der bergrechtliche Rahmenbetriebsplan schon heute in der Praxis häufig zu einer sehr eingehenden Prüfung mit Planungscharakter benutzt wird.“¹²⁸⁰ Es bleibt festzuhalten, dass der Gesetzgeber bezogen auf die Zulassung des obligatorischen Rahmenbetriebsplans einen behördlichen Gestaltungsspielraum gewollt hat.¹²⁸¹

Damit ist es nur noch fraglich, ob dies auch für die fakultativen Rahmenbetriebspläne gilt.¹²⁸² Wenn der Gesetzgeber auf eine bestehende Praxis des (fakultativen) Rahmenbetriebsplans als Prüfung mit Planungscharakter referiert¹²⁸³, diese dann aber nicht ausdrücklich ablehnt, sondern für seine Begründung nutzt, warum er gerade den Rahmenbetriebsplan mit dem Planfeststellungsverfahren verknüpfen will, so kann hieraus nur geschlossen werden, dass er eben diese Praxis auch billige. Insofern spricht die historische Auslegung sowohl für die Anerkennung eines Planungsspielraums bei dem Erlass des obligatorischen wie auch des fakultativen Rahmenbetriebsplans.

1279 BT-Drs.11/4015, S. 7.

1280 BT-Drs.11/4015, S. 9.

1281 Einige Stimmen der Literatur gingen auch anfänglich von dieser Annahme aus: *Wahl/Dreier*, NVwZ 1999, S. 608; *Bohne*, in: Tettinger (Hrsg.), Umweltverträglichkeitsprüfung bei Projekten des Bergbaus und der Energiewirtschaft, S. 37; *Sparwasser/Engel/Voßkuhle*, Umweltrecht, § 9 Rn. 322 Fn. 381.

1282 Die Gesamtabwägung mit der hieran angeknüpften Feststellung der grundsätzlichen Zulässigkeit, die hier zur Untersuchung steht, wird nur im Rahmenbetriebsplan geprüft, nicht in den anderen Betriebsplanarten. Ob die andere Betriebsplanarten mit gebundenen Entscheidungen operieren oder nicht, kann an dieser Stelle offengelassen werden.

1283 BT-Drs.11/4015, S. 9.

bb. Teleologische Auslegung

Dieses Auslegungsergebnis der historischen Auslegung, wonach ein planerischer Gestaltungsspielraum im Rahmen der Zulassung der Rahmenbetriebspläne besteht, könnte mit der Überlegung weiter abgestützt werden, ob es sich nicht sowieso bei den Rahmenbetriebsplänen um Planungsentscheidungen qua Natur der Sache handelt. Bei der Betrachtung der Diskussion um die Statuierung einer gebundenen Entscheidung um den § 55 I BBergG drängt sich die Frage auf, ob es nicht doch aus der Natur der Sache Entscheidungen mit behördlichem Entscheidungsspielraum gäbe.¹²⁸⁴ Durner führt aus, dass einhellig und selbstverständlich bei ähnlichen komplexen räumlichen Entscheidungen von einer Planungsentscheidung ausgegangen wurde. Die Berücksichtigung der vom Bergbau berührten Interessen und die Abstimmung mit anderen Planungen mache einen schlichten Gesetzesvollzug unmöglich. Die Fragen der Betriebsplanzulassung haben einen offensichtlich planerischen Charakter.¹²⁸⁵ Wenn aber ein Gesetzesvollzug unmöglich ist, so kann ihn auch ein Gesetzgeber nicht anordnen. Wenn die Komplexität der zu regelnden Materie derart hoch ist, dass sie sich nicht für die regelhafte Erfassung eignet, so muss der durch fehlende Regeln offene Freiraum anderweitig ausgefüllt werden.¹²⁸⁶ Exemplarisch kann für das Vorhandensein derart komplexer Entscheidungen die BVerfG-Entscheidung zur Überprüfung der Bewertung eines juristischen Staatsexamens herangezogen werden.¹²⁸⁷ Hierzu hat das BVerfG ausgeführt, dass die Bewertung einer Prüfungsarbeit eine *komplexe Entscheidung* ist,

1284 Ablehnend: BVerwG, NVwZ 1991, S. 993; Schmidt-Aßmann/Groß, NVwZ 1993, S. 621.

1285 Durner, Konflikte räumlicher Planungen, S. 372.

1286 So schon Durner: „Wenn und soweit der Gesetzgeber jedoch nicht in der Lage ist, durch eine hinreichend detaillierte Ausgestaltung des Zulassungstatbestandes die verfassungsrechtlich gebotene Abwägung der betroffenen Belange in abstrakter Weise selbst vorzunehmen, bedarf es auf der nachgelagerten administrativen Ebene einer streitschlichtenden Verwaltungsentscheidung, die den erforderlichen Ausgleich der verfassungsrechtlichen Positionen gewährleistet.[...] Besteht ein solches Bedürfnis nach planerischer Abwägung, so ist die planerische Berücksichtigung im Zulassungstatbestand nicht vollständig abgedeckter Verfassungsbelange und damit das Abwägungsgebot tatsächlich rechtsstaatlich vorgegeben.“ (Konflikte räumlicher Planungen, S. 321 f.).

1287 BVerfG, Beschluss v. 17.04.1991 - 1 BvR 419/81 und 213/83, BVerfGE 84, 34 (52) – Juristische Staatsprüfung.

die sich nicht regelhaft erfassen lässt; vielmehr stellt sie auf die langjährige Erfahrung des jeweiligen Prüfers ab.¹²⁸⁸

Auch bzw. gerade Planungsentscheidungen können höchst komplexe Entscheidungen sein, die nicht regelhaft erfasst werden können.¹²⁸⁹ Ihnen werden gesetzliche Zielvorgaben gemacht (finale Struktur). Als Indiz darf hierfür auch gewertet werden, dass die Rechtsprechung wie selbstverständlich (sogar bei „ist“-Formulierungen) von dem Vorhandensein eines Gestaltungsspielraums ausging.¹²⁹⁰ Und so ist es schlicht undenkbar, wie eine gesetzliche Regelung auszusehen hätte, die ohne Planungsfreiheit der Gemeinde den Erlass eines Bebauungsplans vorschriebe.

Für die gestaltende Normsetzung ist der Gesetzgeber zuständig. Verschießt sich ihm die Materie der Regelung, so muss eine andere Instanz seine Aufgabe der Normsetzung übernehmen. Ob nun aber der Freiraum, der in der Normsetzung vom Gesetzgeber nicht geschlossen werden kann, von der Exekutive oder von der Justiz ausgefüllt wird, ist letztendlich eine Frage der Gewaltenteilung. Grundsätzlich fordert Art. 19 IV S. 1 GG (Rechtsweggarantie) die volle gerichtliche Überprüfung.¹²⁹¹ Jedoch braucht die Justiz Maßstäbe, das sind gesetzliche Vorgaben, anhand derer sie ihre Kontrolle ausübt: wo kein Maßstab, da keine Kontrolle.¹²⁹² Der (planerische) Gestaltungsspielraum der Behörde eröffnet einen klar umgrenzten Bereich für eine behördliche Letztentscheidung.¹²⁹³ Ihre Planung, die in kleinem Umfang eine Rechtssetzung ist, ist gesetzesegeleitet.¹²⁹⁴ Und die Einhaltung dieser gesetzlichen Leitung überwachen die Gerichte.¹²⁹⁵ Die eingeschränkte gerichtliche Kontrolle ist die Kehrseite von der Einräumung

1288 BVerfG, Beschluss v. 17.04.1991 - 1 BvR 419/81 und 213/83, BVerfGE 84, 34 (51 f.) – Juristische Staatsprüfung.

1289 Durner spricht davon, dass die Aufgabe komplizierte Konflikte zwischen der Bodennutzung und öffentlichen Belangen zu lösen, der Sache nach eine Planungsentscheidung sein könne. Dieser Charakter als Planungsentscheidung sei in der Natur der Sache begründet (Konflikte räumlicher Planungen, S. 317).

1290 So Durner, Konflikte räumlicher Planungen, S. 373, 276 f.

1291 BVerfG, Beschluss v. 17.04.1991 - 1 BvR 419/81 und 213/83, BVerfGE 84, 34 (49) – Juristische Staatsprüfung, m.w.N.

1292 Schmidt-Aßmann/Groß, NVwZ 1993, S. 620.

1293 Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7, Rn. 64; Schmidt-Aßmann/Groß, NVwZ 1993, S. 620 f.

1294 Brohm, NVwZ 1988, S. 797.

1295 Natürlich nur im Falle einer Klage; denn wo kein Kläger, da auch kein Richter (Nullo actore, nullus iudex). Allerdings entfaltet auch das Wissen um eine mögliche gerichtliche Kontrolle schon im Verwaltungsverfahren Vorwirkungen.

behördlicher Gestaltungsspielräume.¹²⁹⁶ Das Gericht überprüft beispielsweise, ob die gewählte Alternative rechtmäßig ist oder Abwägungsfehler stattgefunden haben. Zu diesen zählt auch die Nichtberücksichtigung von Alternativen, oder die eklatante falsche Gewichtung von Belangen zuungunsten eindeutig vorzugswürdigerer Alternativen. Hier trifft das Gericht in der Regel keine eigene Sachentscheidung, wie die Planung rechtmäßigerweise auszugehen habe, sondern verweist zurück.

Hinzu kommt, dass es bei diesen Planungsentscheidungen mehrere mögliche rechtmäßige Endbewertungen gibt. Das Planungsverfahren hat dabei die Aufgabe, die Begründung gerade für die Entscheidung zugunsten einer dieser rechtmäßigen Alternativen zu liefern und damit die Akzeptanz der Entscheidung bei den Beteiligten und Betroffenen erst zu schaffen. Diese Aufgabe des Verwaltungsverfahrens kann so im Gerichtsprozess nicht erfüllt werden. Die Verwaltung ist auch aufgrund der höheren demokratischen Legitimation gegenüber den Gerichten,¹²⁹⁷ der vorzugswürdigere Planer.

Zusammenfassend folgt aus der Einsicht, dass es nicht regelhaft erfassbare Entscheidungslagen gibt und die Verwaltung der geeigneteren Kandidat ist, die gesetzliche Regelungslücke gesetzeseleitet auszufüllen, dass Planungsentscheidungen qua Natur der Sache anzuerkennen sind.

Ob die Rahmenbetriebspläne solche Planungsentscheidung qua Natur der Sache sind, kommt darauf an, ob die Entscheidung über die Zulassung des Rahmenbetriebsplans regelhaft erfasst werden kann.¹²⁹⁸ Dies allein ist der Prüfstein. Weiterhin weist *Durner* darauf hin, dass sich die Frage nach der Regelungsfähigkeit einer Entscheidung nur vor dem Hintergrund der Kollision von Verfassungsbelangen stellt. Als solche führt er prominent die Grundrechte, aber auch die gemeindliche Planungshoheit an.¹²⁹⁹

In der bergrechtlichen Diskussion wird von den Vertretern der Zulassungsentscheidung als gebundene Entscheidung allgemein angeführt, dass der Bergbau gegenüber anderen Planungsverfahren besonders standortge-

1296 *Kment*, ZUR 2016, S. 332.

1297 So ist die Regierung gegenüber den Behörden weisungsberechtigt und die Regierung wiederum dem Parlament direkt verantwortlich (*Brohm*, NVwZ 1988, S. 797). *Schmidt-Aßmann* und *Groß* sprechen von der Stellung der Exekutiven als „eigenständig legitimierte[n] Gewalt“, der es „um eine organisationsadäquate Verteilung von Entscheidungskompetenzen geht.“ (NVwZ 1993, S. 620).

1298 *Durner*, Konflikte räumlicher Planungen, S. 319 ff.

1299 *Durner*, Konflikte räumlicher Planungen, S. 319 f.

bunden sei.¹³⁰⁰ Weiterhin trete mit der Erteilung des Betriebsplans die einzige mögliche Verwirklichungsart der - grundrechtlich über Art. 14 I GG geschützten - Bergbauberechtigung ein.¹³⁰¹ Ebenso stehe der Rechtsanspruch des Bergbauberechtigten einem Gestaltungsspielraum der Behörde entgegen.¹³⁰² Diese Argumente betreffen nicht die Regelungsfähigkeit der Entscheidung und fruchten damit nicht. Sie könnten lediglich einen vorhandenen Gesetzeswillen abstützen, der sich auf eine gebundene Entscheidung richtet (was hier nicht der Fall ist). Für die Frage nach einer Planungsentscheidung qua Natur der Sache ist allein die Regelungsfähigkeit und die damit zusammenhängende Komplexität der Entscheidung ausschlaggebend.

An die Entscheidung über die Rahmenbetriebsplanzulassung werden jedoch unterschiedliche Anforderungen gestellt, je nachdem, ob eine Enteignung mit dem Bergbauvorhaben einhergehen muss und/oder es sich um komplexe Großvorhaben handelt. In diesen Fällen hat eine Gesamtabwägung zu erfolgen, die alle privaten und öffentlichen Interessen berücksichtigt und miteinander und gegeneinander abwägt.¹³⁰³ Hier ist die Frage danach, ob der Rahmenbetriebsplan auch eine Planungsentscheidung qua Natur der Sache ist, mit der Frage verknüpft, ob sich das Ergebnis der Gesamtabwägung regelhaft erfassen lasse – mit anderen Worten: ob es eine nachvollziehende Abwägung ist. Diese Überlegungen führen daher zur zweiten Untersuchungsfrage, ob die Gesamtabwägung eine planerische oder nachvollziehende Abwägung ist.

1300 Kühne in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 49; ders., DVBl. 2007, S. 832. In der Sache ist das Argument abzulehnen. ‚Standortgebunden‘ ist kein steigerungsfähiger Begriff. Entweder etwas ist standortgebunden oder es ist nicht standortgebunden. Vgl. auch Durner, Konflikte räumlicher Planungen, S. 374.

1301 Kühne in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 49; Kühne, DVBl. 2006, S. 665; Kühne, DVBl. 2007, S. 832.

1302 Kühne in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 49. Gegen dieses Argument wendet sich Durner. Er führt aus, dass auch eine planerische behördliche Gestaltungsfreiheit grundsätzlich mit einem Unternehmensanspruch auf Feststellung des Plans nach einer behördlichen Abwägung vereinbar sei. In den meisten Fällen der Planfeststellungen sei der Planungsträger sowieso der Unternehmer (Konflikte räumlicher Planungen, S. 374 f.). Zur Rechtsfigur der „nachvollziehenden Abwägung“ auf der Grundlage unternehmerischer Planung siehe Fn. 1241.

1303 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (308, Rn. 214) – Garzweiler. Siehe Kapitel 2 C. II. 4. b. zur Herleitung der Gesamtabwägung aus § 48 II BBergG.

b. Planerische oder nachvollziehende Gesamtabwägung?

Die herrschende Meinung geht davon aus, dass es sich im § 48 II BBergG um eine nachvollziehende Abwägung handelt.¹³⁰⁴ Sie bleibt aber eine Begründung schuldig. Der Frage soll durch das Vergleichen der Abwägung im § 48 II BBergG mit einer anerkannten nachvollziehenden Abwägung, quasi wie das Auflegen einer Schablone, nachgegangen werden. Als Prototyp einer nachvollziehenden Abwägung ist der § 35 BauGB zu nennen¹³⁰⁵ und daher als ‚Schablone‘ heranzuziehen. Die Regelung des § 35 BauGB geht von dem Grundsatz aus, dass der Außenbereich von Bebauungen freigehalten werden und bauliche Entwicklungen auf einer planenden Leitung der Bebauungspläne beruhen sollen.¹³⁰⁶ Für privilegierte Vorhaben, die in § 35 I BauGB aufgezählt sind, gilt jedoch, dass sie auf Grundlage des § 35 I BauGB zugelassen werden können. Hierzu muss die Baubehörde eine nachvollziehende Abwägung durchführen, bei der einerseits der Zweck des Bauvorhabens und andererseits die berührten öffentlichen Belange gegeneinander ins Verhältnis gesetzt werden.¹³⁰⁷ Relevant sind dabei folgende Gesichtspunkte: die Art des Vorhabens, welche öffentlichen Belange in welcher Intensität berührt sind und die besondere Gewichtung der privilegierten Vorhaben, d.h. ihr gesteigertes Durchsetzungsvermögen.¹³⁰⁸ Die öffentlichen Belange sind insbesondere in § 35 III BauGB aufgezählt. Hierzu

1304 Die Walsum-Urteile des BVerwG gehen von einer nachvollziehenden Abwägung im Rahmen des § 48 II BBergG aus, allerdings ohne Begründung oder fachliche Auseinandersetzung (Urteil v. 15.12.2006, 7 C 1.06, NVwZ 2007, S. 700 (701, Rn. 28) und BVerwG, Urteil v. 15.12.2006 - 7 C 6.06, NVwZ 2007, S. 704 f. (Rn. 21)). Ebenso schon das Wyen-Urteil (BVerwG, Urteil vom 14.12.1990 - 7 C 18.90, NVwZ 1991, S. 992 (S. 993)). Genauso BVerwG, Urteil v. 29.6.2006, 7 C 11.05, BVerwGE 126, 205 (213, Rn. 27) – Garzweiler. Ebenso das BVerfG, das von einer nachvollziehenden Abwägung im Rahmen der Zulassung des Rahmenbetriebsplans und von der Nachholbarkeit der Gesamtabwägung noch im Gerichtsverfahren ausgeht. Außerdem spricht es von einer naturgemäß gleichen Gesamtabwägung im Zulassungs- und im Grundabtretungsverfahren (Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (351 Rn. 318) – Garzweiler). Ebenso: VG Magdeburg, Urteil v. 28.2.2018 - 3 A 244/16, BeckRS 2018, 13124, Rn. 19 f.; *Boldt/Weller*, BBergG Komm. Ergänzungsband (Vorauslage), § 57a Rn. 65; A.A.: *Durner/Karrenstein*, DVBl. 2014, 184; *Kühling*, Fachplanungsrecht 1988, Rn. 69.

1305 *Weyreuther*, BauR 1977, S. 297, Anmerkung 29; *ders.*, Bauen im Außenbereich, S. 19; *Kment*, ZUR 2016, S. 333.

1306 *Söfker* in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 35, Rn. 13.

1307 *Söfker* in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 35, Rn. 13, 60.

1308 *Söfker* in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 35, Rn. 60.

zählen beispielhaft die Darstellungen des Flächennutzungsplans (Nr. 1), der Naturschutz und die Landschaftspflege (Nr. 5), die Wasserwirtschaft und der Hochwasserschutz (Nr. 6). Darüber hinaus können weitere öffentliche Belange relevant sein, die sich auch aus den Wertungen des § 1 VI BauGB ergeben können.¹³⁰⁹

Der Gesetzgeber hat damit mehrere Wertungen getroffen, die als Grundsatz- und Ausnahmeregime ineinandergreifen: Grundsätzlich ist keine Bebauung im unbeplanten Außenbereich erwünscht. Ausnahmsweise dürfen und sollen privilegierte Vorhaben zugelassen werden, soweit ihre Durchführung als gewichtiger gegenüber den entgegenstehenden öffentlichen Belangen anzusehen ist. Ein solches Wertungssystem, welches die Entscheidung der Verwaltung leitet (wenn auch zum Teil mit unbestimmten Rechtsbegriffen), befindet sich nicht im § 48 II BBergG. Die Frage, ob ein Bergbaubetrieb zuzulassen ist, trifft auf eine völlig offene Entscheidungslage. Ein Grundsatz, dass der Bergbaubetrieb grundsätzlich zu gestatten ist, und nur ausnahmsweise versagt werden kann, findet sich nicht im BBergG.¹³¹⁰ Auch die Rohstoffsicherungsklausel des § 48 I S. 2 BBergG oder der § 1 I BBergG sind nicht in diese Richtung zu deuten. Wenn überhaupt wird diskutiert, ob sie den Bergbaubelangen in der Abwägung größeres Gewicht verleihen,¹³¹¹ nicht aber, ob sie von vornherein den Bergbau im Grundsatz durchzusetzen vermögen. Fraglich ist auch, ob eine solche Regelung möglich wäre. Der Grundsatz, im Außenbereich grundsätzlich keine Bebauung ohne qualifizierte Planung zuzulassen, ist eine Regelung negativen Inhalts: Etwas soll nicht geschehen. Der Grundsatz, das Bergbauvorhaben i.d.R. zuzulassen, ist demgegenüber eine Regelung mit positivem/gestaltendem Charakter. Etwas soll sich gegenüber dem Jetzt-Zustand verändern. Problematisch wäre eine solche Regelung deshalb, weil das Vorhaben nicht auf eine freie/offene Fläche trifft, sondern auf schon vorhandene Nutzungen und Eigentumsla-

1309 Söfker in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 35, Rn. 60.

1310 Dies wäre noch am ehesten dann anzunehmen, wenn man mit der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Lehre von einer gebundenen Entscheidung im Rahmen der Betriebsplanzulassungen gem. § 55 I ausginge, auf die der Unternehmer einen Anspruch hätte. Wie jedoch gezeigt, kann sich diese Überzeugung weder auf den Gesetzeswortlaut noch auf den in den Gesetzesmaterialien geäußerten Willen des Gesetzgebers berufen. Ausführlich siehe oben unter a.

1311 BVerwG, Urteil v. 16.3.1989, 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (339) – Moers-Kapellen; OVG Saarlouis, Urteil v. 24.5.2018, 2 A 551/17 = BeckRS 2018, 13000, Rn. 39; Vitzthum/Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 48 Rn. 14; Hoppe, DVBl. 1987, S. 760. Abschlägig hierzu siehe unten unter 2.

gen. Die Zulassung kann deshalb immer nur in abwägende Konkurrenz mit dem Vorhandenen treten, nicht aber grundsätzliche Vorfahrt genießen. Die Belange dabei in Ausgleich zu bringen, kennzeichnet eine Planungsentscheidung.¹³¹²

Des Weiteren sind die zu berücksichtigenden Belange im § 48 II nicht aufgezählt und auch die Belange zueinander nicht gewichtet. Der Behördenauftrag lautete nur, dass eine Gesamtabwägung durchgeführt werden soll, nicht aber wie diese im konkreten auszugestalten sei. Auch wenn man von einer besonderen Gewichtung der Bergbaubelange ausginge,¹³¹³ so wäre diese Vorgabe zu dürftig, um hieraus einen konkreten Vollzugauftrag abzuleiten. Eine nachvollziehende Abwägung soll die Wertungen des Gesetzgebers nachvollziehen. Wenn der Gesetzgeber keine Wertungen getroffen hat, so können diese auch nicht nachvollzogen werden. Das Ergebnis der Abwägung ist gerade nicht schon in den gesetzlichen Vorgaben enthalten. Gerade aus dem Vergleich mit § 35 BauGB zeigt sich, dass der § 48 II BBergG keine Ankerpunkte für eine nachvollziehende Abwägung bietet.

Selbst wenn der Gesetzgeber aber Vorgaben für die Abwägung (beispielhafte Aufzählung der Belange und Gewichtung der Belange) schaffen würde, wäre die Entscheidung hierdurch nicht in dem Sinne vollständig determiniert, als das sich nur eine Entscheidung als einzig richtige hervortuen könnte. Dies liegt auch an der Fülle des zu bewältigenden Abwägungsmaterials. Beispielhaft lässt sich das Abwägungsmaterial der Garzweiler Entscheidung anführen. Hier waren u.a. folgende Belange zu berücksichtigen: die energiepolitische Erforderlichkeit des Braunkohlenabbaus aus dem Tagebau Garzweiler, die Beeinträchtigungen der Bewohner durch Umsiedlungsmaßnahmen, die Umgestaltung der Landschaft, die Belange des Naturschutzes (die Beeinträchtigungen von Fauna-Flora-Habitat-Gebieten, naturschutzrechtliche Eingriffsregelung, Waldschutz), der Bodenschutz und landesplanerische Anforderungen.¹³¹⁴ Eine Entscheidung über ein derart verwobenes Interessengeflecht ist dadurch geprägt, dass ein vollständiger Ausgleich der Interessen nicht stattfinden kann, und in-

1312 Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7, Rn. 64.

1313 BVerwG, Urteil v. 16.3.1989, 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (339) – Moers-Kapellen; BVerwG, Urteil v. 04.07.1986 – 4 C 31.84, BVerwGE 74, 315 (318 f.) – Altenberg; Boldt/Weller, BBergG Komm. Ergänzungsband (Vorauslage), § 57a Rn. 65; Hoppe, DVBl. 1987, S. 761. Ausführliche Stellungnahme unter Kapitel 4 B. II. 2.

1314 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (316 f. Rn. 235) – Garzweiler; OVG Münster, Urteil v. 21.12.2007 – II A 3051/06, BeckRS 2008, 31321, Rn. 32 = DÖV 2008, S. 521 (Ls).

sofern nicht nur eine einzig ‚richtige‘ Entscheidung möglich ist, die dem Gesetz zu entnehmen wäre. Die Legitimation der getroffenen Entscheidung gegenüber anderen möglichen legitimen Entscheidungen ergibt sich aus dem Verfahrensablauf und der hierin gewonnenen Erkenntnis der Behörde. Eine Auswahl unter mehreren Entscheidungen zu treffen ist ein Entscheidungsspielraum. Und ein Entscheidungsspielraum ist eine planerische Gestaltungsfreiheit, wenn die möglichen weiteren legitimen Entscheidungen nicht enumerativ und von vornherein feststehen (und nicht feststehen können).¹³¹⁵ Seitdem der Rahmenbetriebsplan nicht mehr nur bergrechtliche Belange in den Blick nimmt, sondern umfassend die Zulassungsfähigkeit des Bergbauvorhabens überprüft und dabei alle Belange umfassend prüfen soll, kann ein Interessenausgleich im konkreten Fall nicht generalisiert festgeschrieben werden. Der Gesetzgeber kann sich hier nur darauf beschränken Zielvorgaben zu machen. Dies aber ist genau das Charakteristikum einer Planungsentscheidung.

Es konnte gezeigt werden, dass die Gesamtabwägung schon keine nachvollziehende Abwägung sein kann, weil ihr die gesetzgeberischen Vorgaben fehlen, anhand derer eine Entscheidung nachvollzogen werden könnte. Die Gesamtabwägung ist nach ihrem Gehalt und nach ihrer Funktion eine originär planerische Abwägung.¹³¹⁶

c. Fazit

Entgegen der vorherrschenden Ansicht ist die Zulassung eines Rahmenbetriebsplans keine gebundene Entscheidung, es besteht kein Unternehmensanspruch auf Zulassung, sondern die Behörde entscheidet mit planerischer Gestaltungsfreiheit. Dies ergibt sich schon aus dem in den einschlägigen Gesetzesmaterialien geäußerten Gesetzeswillen. Außerdem stellt die Zulassung der Rahmenbetriebspläne eine Planungsentscheidung qua Natur der Sache dar. Sie ist nämlich von ihrem Gehalt her eine Abwägung, die an sich aufgrund ihrer Komplexität der regelhaften Erfassung nicht zugänglich ist. Die Gesamtabwägung bereitet sich gewissermaßen selbst den Nährboden einer behördlichen Gestaltungsfreiheit, von welcher sie selbst abhängt.

Das ressourcenethische Defizit der fehlenden Übertragbarkeit der umfassenden Interessenberücksichtigung auf daraus resultierende differenzier-

1315 Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 16, Rn. 14.

1316 Im Ergebnis so auch v. Weschpfennig, Strukturen des Bergrechts, S. 249 ff.

te Lösungen konnte ausgeräumt werden. Damit erhält die Behörde einen Entscheidungsspielraum, um auch hier eine Entscheidungsdynamik zu verhindern, die die Bodenschätze an den Rand der Nutzungskapazität verfügbar macht. Zuletzt sei noch erwähnt, dass damit auch die Grundsätze der Raumordnung, insbesondere § 2 II Nr. 1 S. 2 ROG, welcher den nachhaltigen Ressourcenschutz einfordert, Berücksichtigung finden müssen.¹³¹⁷

2. Enthält das BBergG tatsächlich eine normative Gewichtungsvorgabe zugunsten des Bergbaus?

Die ressourcenethische Bewertung hat ergeben, dass eine normative Gewichtung zugunsten des Bergbaus zu kritisieren ist. Es stellt sich die Frage, ob das BBergG tatsächlich eine solche normative Gewichtung zugunsten des Bergbaus enthält, welche dann auch die Gesamtabwägung leitet und damit die Verteilungsentscheidung beeinflusst.

Nur der Gesetzgeber kann die Ausgangslage, wonach alle Belange grundsätzlich gleiches Gewicht haben, zugunsten eines bestimmten Belanges verschieben und damit den Ermessens- oder planerischen Gestaltungsspielraum der Behörde einengen.¹³¹⁸ Auch wurden verschiedene normative Gewichtungsvorgaben erarbeitet, ohne diese jedoch dogmatisch klar voneinander zu unterscheiden. Zu klären bleibt damit die Frage, ob sich dem BBergG eine Gewichtungsvorgabe entnehmen lässt und wenn ja, welche Wirkung diese entfaltet. Ausschlaggebend ist dabei nur der spezifische Regelungsgehalt der in Rede stehenden Normen.¹³¹⁹ Als mögliche Normen stehen dabei die Zielbestimmung des Gesetzes in § 1 Nr. 1 BBergG, die sogenannte Rohstoffsicherungsklausel des § 48 I S. 2 BBergG oder die Wertung aus der Zusammenschau beider zusammen oder die Grundausrichtung des BBergG in Rede.¹³²⁰ In einem ersten Schritt wird zunächst der Meinungsstand um die normativen Gewichtungsvorgaben und ihre Rechtswirkungen vorgestellt. Um dann die Normen § 1 Nr. 1 BBergG und § 48 I S. 2 BBergG

1317 A.A. UBA, Recht der Rohstoffgewinnung, S. 222; von Mäßenhausen, in: Boldt et al., BBergG, Anh. § 48, Rn. 118.

1318 Dreier, J., Steuerung der planerischen Abwägung, S. 91 f.

1319 Dreier, J., Steuerung der planerischen Abwägung, S. 95.

1320 BVerwG, Urteil v. 16.3.1989, 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (339) – Moers-Kapellen; OVG Saarlouis, Urteil v. 24.5.2018, 2 A 551/17 = BeckRS 2018, 13000, Rn. 39; Vitzthum/Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 48 Rn. 14; Hoppe, DVBl. 1987, S. 760.

auf ihre mögliche Einordnung in eine bestimmte Kategorie der normativen Gewichtungsvorgabe zu befragen.

a. Mögliche normative Gewichtungsvorgaben: Abwägungsdirektive, Optimierungsgebot, relativer und absoluter Vorrang

Die Dogmatik der normativen Gewichtungsvorgabe einer Abwägung ist noch nicht abgeschlossen und wird in der Literatur nicht einheitlich betrachtet.¹³²¹ Erschwerend tritt die uneinheitliche Begriffsverwendung hinzu und die geänderte Benutzung derselben Begrifflichkeit für unterschiedliche Rechtsphänomene.¹³²² Als Rechtsfiguren der normativen Gewichtungsvorgabe stehen die Begriffe Optimierungsgebot, Abwägungsdirektive und die relative und absolute Vorrangregel zur Diskussion.¹³²³

Die Figur des absoluten Vorrangs solle die Gewichtung des Belangs derart hoch ansetzen, dass sich dieser Belang im Ergebnis immer durchzusetzen vermag. Gerade aus diesem Grund wird eine Norm, die diesen absoluten Vorrang vorsieht, gar nicht mehr als Abwägungsdirektive behandelt, sondern als strikte Norm, als feststehende Grenze der Abwägung.¹³²⁴ Ein absoluter Vorrang würde im Bergrecht bedeuten, dass entgegenstehende Belange die Rohstoffinteressen in keinem denkbaren Fall überwiegen könnten.¹³²⁵ In der bergrechtlichen Diskussion kann die Ansicht, die den bergbaulichen Belangen diesen absoluten Vorrang einräumt, als veraltet

1321 Hofmann, Abwägung im Recht, S. 268, m.w.N.; Siehe am Beispiel des § 50 BImSchG: Schoen, in: Beckmann et. al., Kommentar Landmann/Rohmer Umweltrecht, 102. EL September 2023, § 50 BImSchG, Rn. 32 ff., Rn. 44; Grüner zur Änderung des Topos „Optimierungsgebot“ zu „Abwägungsdirektive“ durch das BVerwG (UPR 2011, S. 55); Köck, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, § 36, Rn. 119, 127 ff.

1322 So wohl für den Begriff Planungsleitsatz im Bereich des Fachplanungsrechts (eingehend Dreier, J., Steuerung der planerischen Abwägung, S. 109 ff.) als auch für die Ersetzung des Begriffs Optimierungsgebots durch den Begriff Abwägungsdirektive durch das BVerwG (hierzu Grüner, UPR 2011, S. 55). Vgl. auch Hoppe mit weiteren Beispielen für die Vielzahl der begrifflichen „Verwirrungen“ (so auch der Titel: UPR 1995, 201).

1323 Wahl/Dreier, J., NVwZ 1999, S. 617.

1324 Hoppe, DVBl. 1992, S. 858. Ebenso Dreier, J., der neben der Unterscheidung zwischen relativem und absolutem Vorrang auch die Unterscheidung zwischen dem situationsgebundenen und dem generellen Vorrang einführt (Steuerung der planerischen Abwägung, S. 116 f.).

1325 Frenz, DVBl. 2016, S. 680.

angesehen werden.¹³²⁶ Diese Meinung wird Hoppe¹³²⁷ und W. Peters¹³²⁸ zugeschrieben.¹³²⁹ Dabei scheinen sie ihrerseits missverstanden worden zu sein. Beide sprechen explizit von der „möglichst optimalen Erforschung und Nutzung einheimischer Lagerstätten“¹³³⁰ bzw. davon, die Bergbauinteressen „so wenig wie möglich zu beeinträchtigen“¹³³¹. Genau dies ist gerade nicht der Ausdruck eines absoluten Vorrangs.¹³³²

1326 So auch Vitzthum/Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 48 Rn. 14. Für einen relativen Vorrang: von Hammerstein, der diesen auch nicht aus § 1 Nr. 1 sondern aus § 48 I S. 2 BBergG schließt (in: Boldt et al., BBergG, § 1 Rn. 4). Einen absoluten Vorrang explizit ablehnend: BVerwG, Beschluss v. 15. 10. 1998, 4 B 94–98 = NVwZ 1999, S. 876; OVG Sachsen-Anhalt, Urteil v. 21.11.2003 – 2 K 341/00, BeckRS 2003, 18294, Rn. 58 und 3. Leitsatz.

1327 DVBl. 1987, S. 756 ff.

1328 DVBl. 1988, S. 227 ff.

1329 Vitzthum/Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 48 Rn. 14; Kühne, in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 29.

1330 Hoppe, DVBl. 1987, S. 761.

1331 Peters, W., DVBl. 1988, S. 228.

1332 Ihre Ausführungen gehen in eine andere Richtung. Sie schließen aus § 48 I S. 2 BBergG, dass Schutzgebietsfestlegungen zwingend eine Abwägungsvorschrift vorsehen müssen, in der dann das Bergbauinteresse möglichst optimal berücksichtigt werden kann. Fehlt eine solche Abwägungsvorschrift (auch eine Befreiungsvorschrift, die entgegenstehende Interessen als Voraussetzung vorsieht, soll diesem Anspruch nicht genügen), so wäre die Schutzgebietsvorschrift wegen Verletzung des höherrangigen § 48 I S. 2 BBergG rechtswidrig. Interessant ist, dass auf der anderen Seite, eine Schutzgebietsfestlegung, die keine absolute Veränderungssperre vorsieht, sondern Befreiungsmöglichkeiten zulässt, gerade deswegen kein ausreichend gewichtiges Interesse im Sinne des § 11 Nr. 10 BBergG sein soll. So verstanden führt die anscheinend von § 48 I S. 2 BBergG geforderte Abwägungsvorschrift zu einer Nichtbeachtung des geschützten öffentlichen Interesses im Rahmen des § 11 Nr. 10 BBergG und damit zu dem ‚automatischen‘, d.h. durch Rechtsanspruch abgesicherten und ohne Ermessen der Behörde ausgestalteten, Entstehen einer durch Art. 14 I GG geschützten Eigentumsposition an den Bodenschätzen. Diese wiederum führt nun dazu, dass die Naturschutzgebietsverordnung sich als Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Art. 14 I GG verstehen lassen muss. Hoppe meint, dass durch die fehlende Berücksichtigung der bergbaulichen Interessen das Gebot gerechter Abwägung, das Übermaßverbot und das Gebot des gestuften Eingriffspotentials verletzt sei. Er betont, dass die Bergbauunternehmen, sofern sie Bodenschätze auffinden konnten, sie sich dann auch darauf verlassen können müssen, diese auch abbauen zu dürfen. Andernfalls wäre eine Bergbauwirtschaft nicht denkbar (Hoppe, DVBl. 1987, S. 764). Dergestalt entstünde tatsächlich ein Automatismus, der einem absoluten Vorrang der berechtiglichen Interessen gleichzusetzen ist. Zunächst entsteht eine Rechtsposition, bei dessen Erteilung die Berücksichtigung der öffentlichen Interessen ausgehebelt wird. Die Rechtsposition fordere aber ihre Verwirklichung ein.

Blieben noch die Rechtsfiguren des relativen Vorrangs und des Optimierungsgebots bzw. der Abwägungsdirektive. Hierbei ist umstritten, ob sich diese beiden (jedenfalls in der praktischen Anwendung) überhaupt unterscheiden lassen – sie damit ein und dieselben sind –¹³³³ oder ob sie unterschiedliche Rechtswirkung entfalten, wobei wiederum umstritten ist welche Rechtswirkungen dies sein könnten.

Die Rechtsfigur des Optimierungsgebots geht auf die Rechtsprechung des BVerwG zurück.¹³³⁴ Nach diesem verlangt das Optimierungsgebot, dass die vom Gesetzgeber mit einem besonderen normativen Gewicht ausgestatteten Belange möglichst weitgehende Beachtung finden und sich grundsätzlich auch im Abwägungsergebnis widerspiegeln sollten. Den in dem Optimierungsgebot impliziten Zielvorgaben sei ein besonderes Gewicht zuzumessen und die planerische Gestaltungsfreiheit sei insoweit einzuschränken.¹³³⁵ Als Beispiel nennt das BVerwG § 1 II BNatSchG 1976¹³³⁶ und § 50 BImSchG¹³³⁷. Weiterhin stehen die § 17 I S. 2 FStrG, die Bodenschutzklausel

1333 So Dreier, J., Steuerung der planerischen Abwägung, S. 122 f.

1334 Hierzu die grundlegende Entscheidung zu den Optimierungsgeboten in Abgrenzung zu Planungsleitsätzen: BVerwG, Urteil v. 22.3.1985, 4 C 73/82, BVerwGE 71, 163 ff. = NJW 1986, S. 82 f.; Wahl/Dreier, J., NVwZ 1999, S. 617; Hoppe, DVBl. 1992, S. 853, 858.

1335 BVerwG, Urteil v. 22.3.1985, 4 C 73/82, BVerwGE 71, 163 (165) = NJW 1986, S. 82 f.

1336 Vgl. hierzu den § 1 I, II BImSchG in der Fassung vom 20.12.1976, wie er dem Urteil des BVerwG vom 22.3.1985, 4 C 73/82 zugrunde lag: „(1) Natur und Landschaft sind im besiedelten und unbesiedelten Bereich so zu schützen, zu pflegen und zu entwickeln, daß 1. die Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts, 2. die Nutzungsfähigkeit der Naturgüter, 3. die Pflanzen- und Tierwelt sowie 4. die Vielfalt, Eigenart und Schönheit von Natur und Landschaft als Lebensgrundlage des Menschen und als Voraussetzung für seine Erholung in Natur und Landschaft nachhaltig gesichert sind. (2) Die sich aus Absatz 1 ergebenden Anforderungen sind untereinander und gegen die sonstigen Anforderungen der Allgemeinheit an Natur und Landschaft abzuwägen.“

1337 Der für die Frage des Optimierungsgebots entscheidende Inhalt der Norm ist insoweit unverändert: „Bei raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen sind die für eine bestimmte Nutzung vorgesehenen Flächen einander so zuzuordnen, daß schädliche Umwelteinwirkungen auf die ausschließlich oder überwiegend dem Wohnen dienenden Gebiete sowie auf sonstige schutzbedürftige Gebiete, soweit wie möglich vermieden werden“ (§ 50 BImSchG in der Fassung vom 15.3.1974). Hierzu kritisch Koch, Immissionsschutz durch Baurecht, S. 65 f. Grüner bezeichnet § 50 BImSchG als ‚Prototyp‘ des Optimierungsgebots (UPR 2011, S. 50, 52).

des § 1a II S. 1 BauGB¹³³⁸ und die Schutzgebietsverordnungen in der Diskussion als Optimierungsgebote im Vordergrund.¹³³⁹

Strittig ist, in welche Phase der Abwägung das Optimierungsgebot eingreift. Die Abwägung unterteilt sich in vier Phasen.¹³⁴⁰ Nachdem die Behörde, alle abwägungsrelevanten¹³⁴¹ Belange ermittelt (1. Phase), in die Abwägung eingestellt (2. Phase) und gewichtet hat (3. Phase), soll sie diese Belange in Ausgleich zueinander bringen (4. Phase). Normalerweise trifft sie diesen Ausgleich in freiem Ermessen und ist nur an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden. Hierin besteht die eigentliche Planungsentscheidung der Behörde.¹³⁴² Es wird vorgebracht, dass das Optimierungsgebot in die dritte Stufe eingreift, und so die Gewichtung der optimierten Belange erhöht¹³⁴³ und/oder dass sie (erst) in der vierten und letzten Stufe eingreift und von der Behörde einen anderen Ausgleich einfordert, sodass ihre Gestaltungsfreiheit eingeengt wird.¹³⁴⁴ Die Behörde soll dann nicht mehr irgendeine verhältnismäßige Lösung produzieren, sondern eine, die dem favorisierten Belang zur größtmöglichen Verwirklichung verhilft und dies auf Kosten der anderen „einfachen“ Belange.¹³⁴⁵ Die privilegierten Belange würden sich in einer Abwägung möglichst weitgehend durchsetzen und nur in besonders triftig begründeten Ausnahmefällen würden diese Belange zurückstehen. Diese möglichst vollständige Verwirklichung der privilegierten Belange wird auch als Maximierung bezeichnet.¹³⁴⁶ Die relative Vorrangregel wäre demgegenüber schwächer und legt nur ein besonderes Gewicht

1338 *Grüner*, UPR 2011, S. 52, Fn. 29.

1339 Hierzu in seiner grundlegenden Entscheidung zu den Optimierungsgeboten in Abgrenzung zu Planungsleitsätzen: BVerwG, Urteil v. 22.3.1985, 4 C 73/82, BVerwGE 71, 163 (165) = NJW 1986, S. 82 f.; *Wahl/Dreier*, J., NVwZ 1999, S. 617; *Hoppe*, DVBl. 1992, S. 858.

1340 *Hoppe*, DVBl. 1992, S. 856. Auch von 3 Phasen ist die Rede; hier wird die Ermittlung und Einstellung der Belange in die Abwägung als eine Stufe angesehen (*Grüner*, UPR 2011, S. 51). Ebenso wohl *Stüer*, Handbuch Bau- und Fachplanungsrecht, Rn. 1638.

1341 Hierbei muss die Behörde die abwägungsrelevanten Belange von den zwingend verbindlichen und nicht der Abwägung offenstehenden sog. Planungsleitsätzen unterscheiden (Allgemeines zu den Planungsleitsätzen: *Stüer*, Handbuch Bau- und Fachplanungsrecht, Rn. 1449).

1342 *Hoppe*, DVBl. 1992, S. 856 f.; *Grüner*, UPR 2011, S. 52.

1343 *Erbguth* verweist diesbezüglich auf eine Einzelfallbetrachtung (Bauplanungsrecht, 1989, Rn. 79).

1344 So *Funke*, DVBl. 1987, S. 516; *Hoppe*, DVBl. 1992, S. 859 f.

1345 *Hoppe*, DVBl. 1992, S. 859 f.

1346 *Grüner*, UPR 2011, S. 53.

auf die bestimmten Belange (als Beispiel sei der § 29b I S. 2 LuftVG (hier die Formulierung: „in besonderem Maße“) genannt).¹³⁴⁷ Es müsste in der 3. Abwägungsstufe eingreifen und die Gewichtigkeit des Belangs an sich erhöhen. Diese von *Hoppe* herausgearbeitete Unterscheidung von normativen Gewichtungsvorgaben in relative Vorrangregelungen einerseits (für die er selbst die Terminologie der ersten Vorrangstufe vorsieht)¹³⁴⁸ und in Optimierungsgebote andererseits (bzw. Vorrangregelungen zweiter Stufe), scheint die einzig mögliche dogmatisch trennscharfe Unterscheidung zu sein. Das BVerwG hat nun ab 1999 die Topoi Optimierungsgebot und Abwägungsdirektive für den § 50 BImSchG ausgetauscht.¹³⁴⁹ Auch diese Wendung wird unterschiedlich interpretiert.¹³⁵⁰

Namentlich *Dreier* lehnt die Unterteilung der Abwägung in mehr als zwei Abwägungsstufen ab und erachtet eine Unterscheidung zwischen Optimierungsgebot und relativen Vorrang als nicht praktikabel. Es würden Abgrenzungsprobleme zwischen den Figuren entstehen, die einem praktischen Bedürfnis entgegenstehen.¹³⁵¹ Auch solle aus dem Wort ‚Optimierung‘ nicht allzu viel abgeleitet werden. Er geht damit nur von einer einheitlichen Abwägungsdirektive aus, die er als Optimierungsgebot bezeichnet.¹³⁵²

1347 *Wahl/Dreier*, J., NVwZ 1999, S. 617; Ebenso *Hoppe*, der aber den begrifflichen Zusatz „relativ“ als überflüssig bewertet und stattdessen vorschlägt von Vorrangregelung der 1. Stufe zu sprechen (in Abgrenzung zum Optimierungsgebot als zweite Vorrangstufe) (UPR 1995, S. 203). Zum § 29b I S. 2 LuftVG: Diese Vorschrift bezeichnet das BVerwG als Gewichtungsvorgabe (BVerwG, Urteil v. 16.3.2006 - 4 A 1075/04, BVerwGE 125, 116 (199 f. Rn. 269) = NVwZ-Beil. 2006, S. 1); *Kloepfer*, Umweltrecht, § 15, Rn. 763.

1348 *Hoppe*, UPR 1995, 203.

1349 Erstmals BVerwG, Urteil v. 28.1.1999, 4 CN 5.98, BVerwGE 108, 248 (256) = NVwZ 1999, S. 1222; siehe auch BVerwG, Urteil v. 16.3.2006, 4 A 1075.04, BVerwGE 125, 116 (172 Rn. 164) = NVwZ-Beilage 2006, S. 13. Die Änderung eingehend wiedergegeben und bewertend: *Grüner*, UPR 2011, S. 55 f.

1350 So sieht *Schoen* durch die Änderung der Terminologie durch das BVerwG keine inhaltliche Neuausrichtung (in: Beckmann et. al., Kommentar Landmann/Rohmer Umweltrecht, 102. EL September 2023, § 50 BImSchG, Rn. 32), wohingegen *Grüner* die Haltung des BVerwG als geklärt betrachtet. Nach ihm hat das BVerwG sich mit dem Begriff Abwägungsdirektive von der Diskussion um das Optimierungsgebot abgewandt. Diese ging dem BVerwG zu weit und das BVerwG hatte im Übrigen auch schon in dem ersten Urteil von 1985 den nun verfolgten Umfang (des relativen Vorrangs) im Blick (UPR 2011, S. 56).

1351 So *Dreier*, J., Steuerung der planerischen Abwägung, S. 122 f. Ebenso *Grüner*, UPR 2011, S. 54.

1352 So *Dreier*, J., Steuerung der planerischen Abwägung, S. 122 f.

Alle Stimmen sind sich jedoch in dem Punkt einig, dass mit der Gewichtungserhöhung zumindest zugleich die Argumentationslast erhöht wird, sollte die Behörde sich gegen den optimierten Belang entscheiden. Einige Stimmen sehen die Wirkung einer Gewichtungserhöhung jedoch schon darin erschöpft.¹³⁵³ Entscheidend ist auch, dass die mit einer normativen Gewichtungsvorgabe unterstützten Belange in der Abwägung unterliegen können und dass dies eine Entscheidung des Einzelfalls sei.¹³⁵⁴

Bei der aufgeführten Diskussion könnte es hilfreich sein, zwei Ebenen voneinander zu unterscheiden. Zum einen geht es grundsätzlich um die dogmatische Frage, ob der Raum zwischen den strikten Normen und dem freien Abwägungsgebot nur durch eine Art der normativen Gewichtungsvorgabe ausgefüllt werden kann, oder ob sich mehrere Arten dogmatisch sauber klassifizieren lassen. Hier bieten sich als mögliche Rechtsfiguren die relative Vorrangregel bzw. die Abwägungsdirektive (wie sie nach der Rechtsprechung des BVerwG nun bezeichnet wird und welche die Gewichtung des Belangs erhöht) und das Optimierungsgebot (wie es von *Hoppe* entwickelt wurde und welches als „qualifiziertes Berücksichtigungsgebot“ die weitgehende Berücksichtigung der unterstützten Belange verlange¹³⁵⁵) an.¹³⁵⁶ Und zum zweiten ginge es dann um die spezifischere Frage, welche konkrete Norm welcher Art zuzuordnen ist, mit dem möglichen Ergebnis, dass bisher nur eine Art der normativen Gewichtungsvorgabe (nämlich erstere) von dem Gesetzgeber gewählt wurde (bzw. sich nur eine Art aus den Gesetzestext gewinnen lässt).

1353 *Wahl/Dreier*, J., NVwZ 1999, S. 617; *Koch* spricht insofern von einer Vermutung der Vorrangigkeit, die nur mit spezifischer Argumentationslast zu überwinden sei (Immissionsschutz durch Baurecht, S. 64). Ebenso im Ergebnis *Grüner*, UPR 2011, S. 53 f. Dies sieht *Hoppe* jedoch nur als Folge an, nicht als die vordergründig bezweckte Wirkung eines Optimierungsgebots (DVBl. 1992, S. 860).

1354 So hebt es das BVerwG hervor (Urteil v. 16.3.2006, 4 A 1075.04, BVerwGE 125, 116 (172 Rn. 164) = NVwZ-Beilage 2006, S. 13).

1355 BVerwG, Urteil v. 16.3.2006, 4 A 1075.04, BVerwGE 125, 116 (172 Rn. 164) = NVwZ-Beilage 2006, S. 13.

1356 Die hier zu verwendende Terminologie ist damit der Rechtsprechung des BVerwG entnommen. Wobei sich nach dem allgemeinen Sprachgebrauch der Terminus Abwägungsdirektive eher als Überbegriff für alle normativen Gewichtungsvorgaben eignen würde (wenn es denn mehrere geben sollte). (Vgl. demgegenüber *J. Dreier*, der den Begriff Optimierungsgebot als Synonym für die normativen Gewichtungsvorgaben, die eine Gewichterhöhung herbeiführen, verwendet (Steuerung der planerischen Abwägung, S. 121, 123). Dies trägt zur Verwirrung bei).

Für die vorliegende Arbeit werden nun die konkreten Normen in den Blick genommen, um die Diskussion –wenn nötig– auf der Ebene des Bergrechts fortzusetzen.

b. Abwägungsvorgabe durch den § 1 BBergG

Enthält nun also der § 1 BBergG als Zielbestimmung des Gesetzes eine normative Gewichtungsvorgabe? Eine Zielbestimmung hat an sich auf die nachfolgenden Vorschriften Ausstrahlungswirkung und muss als „Richtschnur“¹³⁵⁷ zur Auslegung herangezogen werden.¹³⁵⁸ Nicht nur über die Auslegung des Gesetzestextes entfaltet eine Gesetzeszielbestimmung seine Wirkung, sondern auch über die Ermessens- und Abwägungsleitung,¹³⁵⁹ die hier im Folgenden in Frage steht. So hat die Behörde, die dazu berufen ist, eine nicht vollständig gesetzlich determinierte Entscheidung zu treffen, das Gesetzesziel zu berücksichtigen. Es stellt sich die Frage, ob – über die beschriebene Wirkung hinaus – aus dem § 1 Nr. 1 BBergG tatsächlich eine generell stärkere Gewichtung der Bergbauinteressen im Rahmen einer Abwägung zuzusprechen ist, sodass sich die bergbaulichen Interessen im Ergebnis eher durchzusetzen vermögen. Zunächst ist festzuhalten, dass sich dies aus dem Wortlaut der Norm nicht explizit ergibt. So geht § 1 Nr. 1 BBergG gar nicht auf die Abwägungssituation ein oder stellt auch nicht explizit ein Verhältnis von bergbaulichen Belangen zu sonstigen her. Die Gewichtungsvorgabe müsste der Norm durch Auslegung entnommen werden – entscheidend ist der spezifische Regelungsgehalt.¹³⁶⁰

Der Bodenschatzabbau soll durch das BBergG nicht nur gewährleistet, sondern gefördert werden (im Rahmen des übergeordneten Ziels der Sicherung der Rohstoffversorgung). Gefördert wäre der Bergbau ohne weiteres, wenn er sich in der Abwägung verstärkt durch eine höhere Gewichtung seiner Belange durchzusetzen vermag. Fraglich ist aber, ob der Gesetzeszweck diese normative Gewichtung zugunsten des Bergbaus auch einfordert. Vielmehr könnte eine Förderung des Bergbaus zur Sicherung der Rohstoffversorgung auch in anderen Normbereichen zu Tage treten, sei

1357 *Boldt/Weller*, BBergG, 1984, § 1 Rn. 1.

1358 *Von Hammerstein* in: *Boldt et al.*, BBergG, § 1 Rn. 1.

1359 *Frenz*, *Bergrecht & Nachhaltige Entwicklung*, S. 14; *Von Hammerstein* in: *Boldt et al.*, BBergG, § 1 Rn. 1.

1360 *Dreier, J.*, *Steuerung der planerischen Abwägung*, S. 95.

es in der Möglichkeit der Beleihung des Bergwerkseigentums oder in den Haftungsregelungen und Kausalitätsnachweisen im Bergschadensrecht. Aus dieser Wortwahl des „Förderns“ lässt sich lediglich schließen, dass der Bodenschatzabbau dem Gesetzgeber ein wichtiges Anliegen ist, die öffentlichen bergbaulichen Interessen damit gewichtige Belange sind. Damit wird aber noch keine Aussage darüber getroffen, wie der (wichtige) Belang sich zu anderen Belangen verhält, ob er etwa gewichtiger ist als andere und dies in einer Abwägung zu berücksichtigen wäre.¹³⁶¹

Dieser Befund wird durch den Blick in die Gesetzesmaterialien unterstützt: hier findet sich kein Hinweis auf eine beabsichtigte höhere Gewichtung der Bergbauinteressen gegenüber anderen Interessen.¹³⁶² Vielmehr hat der Gesetzgeber den Ausgleich mit anderen außerbergrechtlichen Belangen nicht schaffen wollen, sondern dies den anderen Fachgesetzen überlassen.¹³⁶³ Gerade von diesem „umfassenden Regelungsverzicht“¹³⁶⁴ als Selbstverständnis des BBergG ausgehend, kann dann nicht aus dem Wortlaut des § 1 BBergG auf eine normative Abwägungsgewichtungsvorgabe zum Nachteil anderer Belange geschlossen werden.¹³⁶⁵ Weiterhin muss ins Feld geführt werden, dass auch die Gesamtabwägung erst durch die (begriffswidrige)¹³⁶⁶ richterrechtliche Rechtsfortbildung nachträglich in das Gesetz hineingelesen wurde. Schon allein aus diesem Grund kann nicht davon gesprochen werden, dass es dem Gesetzeswillen entsprach diese Abwägung nun in so starkem Maße leiten zu wollen.

Die amtliche Überschrift kennzeichnet § 1 Nr. 1 BBergG darüber hinaus als Gesetzeszweckbestimmung. Es ist eher unüblich¹³⁶⁷ aus den allgemeinen Gesetzeszielbestimmungen eine konkrete Abwägungsvorgabe herzuleiten. Gerade wegen des hohen Abstraktionsgrads des formulierten Ziels bieten sie sich nicht als Ankerpunkt für eine Abwägungsvorgabe an.¹³⁶⁸ J. Drei-

1361 Nicht aber folgt diese Gewichtung allein aus der Tatsache, dass Bodenschätze standortgebunden sind (vgl. auch *Durner*, Konflikte räumlicher Planungen, S. 374).

1362 BT-Drs. 8/1315, S. 74.

1363 Wirtschaftsausschuss, Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, BT-Drs. 8/3965 vom 30.04.1980, S. 130.

1364 So *Vitzthum/Piens* in: *Piens/Schulte/Graf Vitzthum* (Hrsg.), BBergG, § 48 Rn. 4.

1365 Eher dann schon im innerbergrechtlichen Interessenausgleich.

1366 Zur Kritik siehe Kapitel 2 H. I.

1367 J. Dreier untersucht in diesem Zusammenhang die diskutierten § 1 a WHG a.F. und § 1 I BNatSchG und lehnt nachvollziehbar eine aus diesen §§ abgeleitete Gewichtungsvorgabe ab (Steuerung der planerischen Abwägung, S. 179 ff.).

1368 *Dreier, J.*, Steuerung der planerischen Abwägung, S. 182.

er klassifiziert derartige Vorschriften mit abstrakten Oberzielen, die i.d.R. den Gesetzen vorangestellt sind und in der amtlichen Überschrift als „Gesetzeszwecke“ oder „Ziele“ bezeichnet werden, als generellen Planungsleitbegriff.¹³⁶⁹ Die Normen wirken nur derart, dass sie den Planungsauftrag umreißen und insofern die Verwaltung daran hindern andere Ziele zu verfolgen, die diese generellen Planungsleitbegriffe nicht vorsehen. Sie haben vor allem rechtspolitische Bedeutung und steuern nicht die Gewichtung.¹³⁷⁰ Sollten tatsächlich sämtlichen generellen Planungsleitbegriffen, die einseitig einen Belang hervorheben leichtfertig eine Gewichtungsfunktion entnommen werden, so ist zu vermuten, dass sich die allgemeine Hervorhebung im Ergebnis wieder nivelliert. Auch ist es dem Gesetzgeber ohne Schwierigkeiten möglich, konkrete Abwägungsvorgaben zu schaffen, die im Zusammenhang mit dem Erfordernis der Abwägung und der Einhaltung des Abwägungsgebotes stehen. Wenn den einleitenden Zweckbestimmungen trotzdem derart weitreichende Folgen entnommen werden sollten, so wären die Grenzen der Auslegung erreicht.

Es ist festzuhalten: Weder aus dem Wortlaut noch aus der historischen und teleologischen Auslegung lässt sich aus dem § 1 Nr. 1 BBergG eine normative Gewichtungsvorgabe (weder in Form der Optimierungsklausel noch in Form des relativen Vorrangs) gewinnen.¹³⁷¹ Der Bergbau erlangt in der Abwägung gegenüber anderen Belangen durch § 1 Nr. 1 BBergG kein erhöhtes Gewicht.

c. Abwägungsvorgabe durch die Rohstoffsicherungsklausel (§ 48 I S. 2 BBergG)

Strittig ist, ob sich die sog. Rohstoffsicherungsklausel (§ 48 I S. 2 BBergG) auf die Gesamtabwägung (aus § 48 II S. 1 BBergG) als normative Gewich-

1369 Dreier, J., Steuerung der planerischen Abwägung, S. 167.

1370 Dreier, J., Steuerung der planerischen Abwägung, S. 184.

1371 So auch Frenz, DVBl. 2016, S. 680. Frenz lehnt eine relative bergrechtliche Vorrangstellung ab. Argumentativ führt er an, dass in § 1 Nr. 1 BBergG die ökologischen und ökonomischen Elemente gleichrangig zu berücksichtigen sind und dass dies Art. 20a GG ebenso vorsehe. Darüber hinaus können die mittels Unionsrecht geschützten Umweltbelange nicht durch das Bergrecht zu nachrangigen Belangen abgewertet werden. Auch auf nationaler Ebene würden die Umweltgesetze keine Ausnahme für das Bergrecht vorsehen und insofern auch für bergrechtliche Vorhaben gelten.

tungsvorgabe auswirkt.¹³⁷² Hierzu muss zunächst der Regelungskontext der sog. Rohstoffsicherungsklausel dargestellt werden.

aa. Die inhaltlichen Aussagen der sog. Rohstoffsicherungsklausel, § 48 I S. 2 BBergG

Der § 48 I S. 2 BBergG steht im Regelungszusammenhang mit § 48 I S. 1 BBergG. § 48 I BBergG soll das Verhältnis von unterschiedlichen Rechtsbereichen zum Bergrecht regeln.¹³⁷³ Hier geht es um das Verhältnis der Verbote von bergrechtlichen Vorhaben durch das BBergG zu den Verboten aus außerbergrechtlichen grundstücksbezogenen Vorschriften. Nach Satz 1 bleiben letztere durch Regelungen des BBergG unberührt. Als Grundstücke, die in besonderer Weise einem öffentlichen Zweck gewidmet sind, der bergbauliche Tätigkeiten verbieten oder beschränken könnte, listet die Gesetzesbegründung beispielhaft die öffentlichen Verkehrswege, Wasserschutz-, Naturschutz-, Landschaftsschutzgebiete, Wasserstraßen und militärische Schutzbereiche auf.¹³⁷⁴

Der Gesetzgeber führt hierzu aus, dass er an einem bis dahin üblichen grundstücksbezogenen bergrechtlichen Aufsuchungsverbot nicht festhalte, weil „ein solches bergrechtliches Verbot zu einer kaum aufzulösenden Kollision mit den vielfältigen, zum Teil mehrstufigen Schutznormen in anderen Gesetzen führen“¹³⁷⁵ würde. Dies kann nur so verstanden werden, dass der Gesetzgeber eine Verdrängung der außerbergrechtlichen Verbote im Rahmen des *lex specialis* Grundsatz befürchtet hat und durch den § 48 S. 1 BBergG klarstellend verhindert. Für die Anwendung von Kollisionsnormen und die Regelung des Anwendungsvorrangs ist es aber eine notwendige Voraussetzung, dass sich die Normenbereiche überschneiden (und unter-

1372 Frenz, Bergrecht & Nachhaltige Entwicklung, S. 75. Für eine größere Durchsetzungsfähigkeit der bergrechtlichen Interessen: BVerwG, Urteil v. 04.07.1986 - 4 C 31.84, BVerwGE 74, 315 (318) – Altenberg; OVG Bautzen, Urteil v. 17.08.2018, 1 A 320/17, BeckRS 2018, 37972, Rn. 78; OVG Magdeburg, Urteil v. 7.12.2016, 2 L 21/14, BeckRS 2016, 117812, Rn. 54; Kühne in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 27; Vitzthum/Piensch in: Piensch/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 48 Rn. 15 (m.w.N. in Rn. 14).

1373 Kühne in: Boldt et al., BBergG, § 48, Rn. 6 ff.

1374 BT-Drs. 8/1315, S. 104.

1375 BT-Drs. 8/1315, S. 104.

schiedliche Rechtsfolgen anordnen).¹³⁷⁶ *Rasel* weist zutreffend daraufhin, dass sich die Normenbereiche nicht überschneiden,¹³⁷⁷ es somit also gar kein Raum wäre für die Anwendung einer Kollisionsregelung.

Bei der Anwendung dieser außerbergrechtlichen Vorschriften soll nun gem. S. 2 dafür Sorge getragen werden, dass die Aufsuchung und Gewinnung so wenig wie möglich beeinträchtigt werden.¹³⁷⁸ Wenn demnach das außerbergrechtliche Fachgesetz ein Verbot bergbaulicher Tätigkeit in das Ermessen der Behörde stellt, so hat sich diese dabei von § 48 I S. 2 BBergG leiten zu lassen. Dieser wird in diesem Zusammenhang auch als ein Optimierungsgebot bezeichnet.¹³⁷⁹ Eine Anwendung findet § 48 I S. 2 BBergG dann nicht, wenn die Behörde erst gar nicht in eine Abwägung eintreten muss.¹³⁸⁰

bb. § 48 I S. 2 BBergG als normative Gewichtungsvorgabe

Die Anwendung von § 48 I S. 2 BBergG auf den Absatz 2 wird meist nicht weiter problematisiert.¹³⁸¹ Und dies, obwohl sich der Anwendungsbereich des § 48 II BBergG ausdrücklich nicht auf Fälle des § 48 I BBergG, und damit auch nicht auf die Rohstoffsicherungsklausel, bezieht.¹³⁸² (Im Übrigen genießt der § 48 I BBergG Anwendungsvorrang vor dem Absatz 2.)¹³⁸³

1376 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 770.

1377 Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 178 f.; So auch *Kühne*, der von einer rein deklaratorischen Bedeutung spricht (in: *Boldt et al.*, BBergG, § 48, Rn. 7).

1378 Diese sog. Rohstoffsicherungsklausel geht auf einen Vorschlag des Wirtschaftsausschusses zurück. Er begründet dies damit, dass „eine der Bedeutung der Rohstoffsicherung, d. h. der möglichst optimalen Erforschung und Nutzung heimischer Lagerstätten angemessene Abwägung zwischen den divergierenden Interessen notwendig ist [...]“ (BT-Drs. 8/3965, S. 31, 136 f.).

1379 *Kloepfer*, Umweltrecht, § 11 Rn. 514; siehe auch *Vitzthum/Piens* in: *Piens/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, § 48 Rn. 14 m.w.N.

1380 *Vitzthum/Piens* in: *Piens/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, § 48 Rn. 13; *Kühne* in: *Boldt et al.*, BBergG, § 48, Rn. 26.

1381 Kritisch zur extensiven Anwendung der sog. Rohstoffsicherungsklausel: *Kaiser*, Umweltverträgliches Bergrecht, S. 257 f.; v. *Weschpfennig*, Strukturen des Bergrechts, S. 232 f.

1382 *Kühne* in: *Boldt et al.*, BBergG, § 48, Rn. 28.

1383 „In anderen Fällen als denen des Absatzes 1 [...]“ § 48 II S. 1 BBergG; *Vitzthum/Piens*, in: *Piens/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, § 48 Rn. 3. Zur Norm des § 48 I BBergG vgl. die Ausführungen oben Kapitel 2 H. II. 1.

Damit ist eine direkte Anwendung des § 48 I S. 2 BBergG als normative Gewichtungsvorgabe der Gesamtabwägung des Absatzes 2 ausgeschlossen. Es bliebe daher nur die Möglichkeit § 48 I S. 2 BBergG auf die Gesamtabwägung analog anzuwenden. Die Voraussetzungen der Analogie sind eine bestehende planwidrige Regelungslücke einer Norm und eine Norm mit ähnlicher Interessenlage, die aber für den in Frage stehenden Sachverhalt nicht (direkt) anwendbar ist.¹³⁸⁴

Die planwidrige Regelungslücke besteht dann, wenn der Gesetzgeber den bestimmten Sachverhalt übersehen und somit auch nicht geregelt hat (so nach der subjektiven Auslegungstheorie). Nach der objektiven Auslegungstheorie soll es hingegen unabhängig vom Willen des Gesetzgebers, auf die Wertungswidersprüche ankommen, die das Gesetz aufwirft, die sich nicht mittels der Auslegung überwinden lassen und die folglich eine Analogie erforderlich machen (aus Gründen des Gleichheitsgebotes des Art. 3 I GG).¹³⁸⁵

Der Tatbestand der Gewichtungsvorgabe, wie er sich aus § 48 I S. 2 BBergG ergeben solle, müsste demnach vom Gesetzgeber planwidrig nicht auch für die Gesamtabwägung geregelt worden sein (subjektive Auslegungstheorie) oder aber aus der Gewichtungsvorgabe im Rahmen des § 48 I BBergG und der fehlenden Gewichtungsvorgabe im Rahmen des § 48 II BBergG müsste sich ein Wertungswiderspruch ergeben (objektive Auslegungstheorie). Von ersterem kann nicht ausgegangen werden. Schon allein die Tatsache, dass der Gesetzgeber selbst die Gesamtabwägung nicht geregelt hat und sie erst durch (begriffswidrige)¹³⁸⁶ richterliche Rechtsfortbildung ins bergrechtliche Verfahren Eingang gefunden hat, macht die Annahme, dass er die bergrechtliche Gewichtungsvorgabe (i.S. einer Abwägungsdirektive oder eines Optimierungsgebotes) übersehen hätte, schlichtweg unmöglich. Demnach ist das Gesetz auf Wertungswidersprüche hin zu untersuchen. Im Rahmen des § 48 I geht es um die Leitung des Ermessens bei Anwendung von den Bergbau verbietenden außerbergrechtlichen Normen mit Grundstücksbezug. Erst wenn das Bergbauvorhaben nicht schon an einem solchen außerbergrechtlichen Verbot scheitert, ist der Weg für eine Gesamtabwägung frei. Dabei geht es darum, dass ein Eingriff in Rechtsgüter Dritter, vor allem im Rahmen einer Enteignung, nur dann zulässig ist, wenn das Vorhaben insgesamt wünschenswert ist. In die Rechte

1384 Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 889.

1385 Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 796 f.

1386 Zur umfassenden Kritik der Gesamtabwägungslehre siehe unter Kapitel 2 H.

Dritter darf nicht zugunsten der Verwirklichung eines Vorhabens eingegriffen werden, dem überwiegende Interessen entgegenstehen. Dies ist aber eine ganz andere Rechtsfrage als die punktuelle Prüfung einer außerbergrechtlichen Verbotsnorm. Deswegen kann aus dem Vergleich einer bergbaulichen Begünstigung in der einen Norm und der fehlenden bergbaulichen Begünstigung in der anderen Norm auf keinen Wertungswiderspruch geschlossen werden. Es bleibt der Entscheidung des Gesetzgebers vorbehalten, ob er eine normative Gewichtungsvorgabe für die Verwaltung schaffen möchte, die sich zugunsten des Bergbaus auswirken wird. Eine analoge Anwendung des § 48 I S. 2 BBergG ist nicht zulässig und würde die Grenze der richterlichen Rechtsfortbildung überschreiten.

d. Abwägungsvorgabe durch die Zusammenschau der Normen oder die Grundausrichtung des BBergG

Zum Schluss kann überlegt werden, ob sich aus der Grundausrichtung des BBergG eine normative Gewichtungsvorgabe ableiten lässt. So sollen die Wertungen der Normen des § 1 Nr. 1 BBergG, des § 48 I S. 2 und sonstiger, den Bergbau privilegierender Vorschriften ergeben, dass der Bergbau in einer Gesamtabwägung erhöhtes Gewicht erhalte. Sollte damit gemeint sein, dass die bergbaulichen (öffentlichen) Interessen besonders sorgfältig und vollständig zu ermitteln sind, kann dies bekräftigt werden. Dies wäre mit *J. Dreier* wichtig, um die interne Gewichtigkeit des bergbaulichen Belangs festzustellen. Hier ginge es um die sachgerechte Ermittlung des Gewichts des Vorhabens bezogen auf Bergbauvorhaben im Allgemeinen.¹³⁸⁷ So würde eine Behörde das interne Gewicht falsch ermitteln, sollte sie bei einem Abbauvorhaben nicht die Seltenheit des spezifischen Rohstoffvorkommens berücksichtigen oder seine Standortgebundenheit. Dies wäre der Fall, wenn sie etwa ein Vorhaben, das Sand abbaut nicht anders bewerten würde als eines, das seltene Erden abbaut. Diesbezüglich könnte man von einer Hinweisfunktion sprechen.¹³⁸⁸ (Im Übrigen sind natürlich auch die Interessen, die gegen den Bergbau sprechen vollständig und sorgfältig zu ermitteln.)

1387 *Dreier, J.*, Steuerung der planerischen Abwägung, S. 78.

1388 Eingehend zur Hinweisfunktion: *Dreier, J.*, Steuerung der planerischen Abwägung, S. 196 ff.

Hier geht es aber um den zu schaffenden Ausgleich mit anderen Belangen. Das Verhältnis des Belangs Bergbau gegenüber entgegenstehenden Belangen kann nicht aus einer Grundhaltung des BBergG abgelesen werden. Auch hier kann wiederum auf das Selbstverständnis des historischen Gesetzgebers hingewiesen werden, der den Bergbau gerade isoliert regeln wollte und das Berggesetz von dem Ausgleich mit anderen Belangen freihielt. Darüber sind die dem Bergbau zugrundeliegenden rechtspolitischen Bewertungen dem Wandel der Zeit unterworfen.¹³⁸⁹ Gerade in Hinblick auf die begrenzte Schadstoffaufnahmekapazität der Erde und das Bewusstsein um die Endlichkeit der Ressourcen, mutet es verfehlt an, aus einzelnen Normen einen Geist des BBergG zu beschwören, der sich dann in der konkreten Abwägungsentscheidung im Ausgleich der Interessen niederschlagen soll. Auch ist die ermittelte positive Grundhaltung des BBergG gegenüber den Bergbaubelangen zu allgemein und abstrakt, um hieraus die weitreichende und spezifische Rechtsfolge der Gewichtungsvorgabe herbeizuführen. Der Gesetzgeber hätte dies ausdrücklich regeln müssen.

Der Schluss von einer Grundhaltung des BBergG auf eine normative Gewichtungsvorgabe der Gesamtabwägung führt zu weit.

e. Fazit

Dem BBergG kann damit weder aus den Einzelnormen des §1 Nr.1 BBergG und des § 48 I S.2 BBergG noch aus einer Gesamtschau der bergbaubegünstigenden Normen auf eine normative Gewichtungsvorgabe geschlossen werden. Die Gesamtabwägung im Rahmen des Rahmenbetriebsplans ist damit in dieser Hinsicht nicht von dem Gesetzgeber bergbaufreundlich geleitet. Das Verteilungskriterium der Gewichtigkeit wird damit nicht durch eine normative Gewichtungsvorgabe zugunsten des Bergbaus verändert.

3. Beachtung aller privaten und öffentlichen Interessen innerhalb der Gesamtabwägung?

Im Folgenden muss untersucht werden, ob die Gesamtabwägung im § 48 II S.1 BBergG tatsächlich *alle* öffentlichen und privaten Belange, die für und

¹³⁸⁹ Ziehm, ZUR 2014, S. 459 f.

gegen das Vorhaben sprechen, unter und gegeneinander abgewogen werden sollen,¹³⁹⁰ was zumindest hinsichtlich der Berücksichtigung der privaten Interessen des Bergbauunternehmers ressourcenethisch zu kritisieren wäre. Die Rechtsprechung berücksichtigt auch alle öffentlichen Belange, die für den Bergbau sprechen („die berechtigten Belange[] des Bergbaus“).¹³⁹¹ Fraglich ist, ob die ursprüngliche Herleitung der Abwägung auch eine Gesamtabwägung im eigentlichen Sinne stützt oder ob nur bestimmte Belange des Bergbaus berücksichtigt werden können.

Die Argumentation der Herleitung stützt sich auf die (fehlerhafte)¹³⁹² Schlussfolgerung, dass es im öffentlichen Interesse nach § 48 II S. 1 BBergG läge, private Rechte nicht unrechtmäßig zu verletzen. Wenn demnach vorhersehbar wäre, dass das Bergbauvorhaben nur mit einer unrechtmäßigen Enteignung auszuführen wäre, so stünden öffentliche Interessen entgegen und es könne schon gar nicht zugelassen werden.¹³⁹³ Es habe somit eine umfassende Prognose der Enteignungsfähigkeit stattzufinden.¹³⁹⁴ Weil die Prüfung einer Enteignung aber auch eine Abwägung beinhaltet (hier Enteignungsabwägung genannt), konnte nach dieser Logik eine solche aus der Grundabtretungsprüfung auch für § 48 II S. 1 BBergG übertragen werden (vgl.).¹³⁹⁵ Das heißt aber zugleich, dass die Abwägung des § 48 II BBergG nun vom Umfang her nicht über die Enteignungsabwägung hinausgehen kann. Auch das BVerfG und das OVG Münster (Vorinstanz)

1390 Davon geht *Frenz* aus (DVBl. 2016, S. 680).

1391 BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwG 126, 205 ff. (210; Rn. 20) – Garzweiler. So fasst auch das BVerfG die Auslegung des § 48 II durch das BVerwG auf: BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (349 f. Rn. 313, 315) – Garzweiler.

1392 Hierzu unter Kapitel 2 H. I.

1393 Oder mit den Worten des BVerwG: „Ein Tagebauvorhaben widerspricht dem öffentlichen Interesse i.S.d. § 48 Abs. 2 BBergG, wenn bereits bei der Zulassung des Rahmenbetriebsplans erkennbar ist, dass die Verwirklichung des Vorhabens daran scheitern muss, dass die erforderliche Inanspruchnahme des Eigentums privater Dritter nicht durch Belange des Allgemeinwohls gerechtfertigt ist.“ (BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 ff. (209 f., Rn. 19) – Garzweiler); zur detaillierten Besprechung der Herleitung siehe Kapitel 2 C. II. 4. b. und H.

1394 In der Zulassung des Rahmenbetriebsplans muss keine Prognose der Enteignungsfähigkeit erfolgen, sondern muss die Enteignungsfähigkeit selbst bindend festgestellt werden (so nach der enteignungsrechtlichen Vorwirkung, die vom Gesetzgeber bei einer Minimalanpassung des BBergG einzuführen wäre). Folgt man nicht dieser Ansicht, so müsste nach der Auffassung der herrschenden Meinung trotzdem eine umfassende Prognose der Enteignungsfähigkeit stattfinden.

1395 BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 (209 f., Rn. 19 f.) – Garzweiler.

gingen davon aus, dass die Abwägungen der Enteignung und der Zulassung inhaltlich (weitgehend) identisch seien, sie würden sich naturgemäß nicht voneinander unterscheiden.¹³⁹⁶ Das BVerfG führt nur die Möglichkeit an, dass sich Unterschiede hinsichtlich der geringeren Konkretisierung in der Zulassungsentscheidung ergeben könnten.¹³⁹⁷ Das OVG NRW geht noch einen Schritt weiter und vertritt die Meinung, dass die Frage des Allgemeinwohlerfordernisses des § 79 I BBergG in der Gesamtabwägung zu § 48 II BBergG vollständig aufgehe.¹³⁹⁸

Es ist damit zu untersuchen, ob die Enteignungsabwägung tatsächlich eine Gesamtabwägung ist, wie das BVerwG¹³⁹⁹ und auch das BVerfG¹⁴⁰⁰ annehmen oder ob die Abwägung nur bestimmte Belange berücksichtigt. Im letzteren Fall würde sich eine Gesamtabwägung des § 48 II nicht mehr auf die vorgebrachte Herleitung stützen können und hätte schlicht keine Verankerung mehr im Gesetzestext und damit keine Grundlage.

Im Folgenden wird der Kontext der Enteignungsabwägung dargestellt, um dann im zweiten Schritt auf den Inhalt der Abwägung zu sprechen zu kommen.

a. Kontext der Enteignungsabwägung

Art. 14 III S. 1 GG gestattet eine Enteignung nur, wenn sie dem Wohl der Allgemeinheit dient. Sie ist der Grund für die Enteignung, aber auch ihre Grenze.¹⁴⁰¹ Dieser unbestimmte Rechtsbegriff des Allgemeinwohls

1396 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (310, 351 (Rn. 218 und 318)) – Garzweiler; OVG Münster, Urteil v. 21.12.2007 - II A 3051/06, BeckRS 2008, 31321, Rn. 41 = DÖV 2008, S. 521 (Ls).

1397 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (351 Rn. 318) – Garzweiler.

1398 OVG Münster, Urteil v. 21.12.2007 - II A 3051/06, BeckRS 2008, 31321, Rn. 41 = DÖV 2008, S. 521 (Ls).

1399 Das BVerwG benutzt nicht die Terminologie, führt aber aus, dass in der Abwägung des § 48 II BBergG sich nun die berechtigten Belange des Bergbaus und umfassend die davon berührten öffentlichen und privaten Interessen gegenüberstünden (Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 ff. (209, Rn. 20) – Garzweiler).

1400 So benennt das BVerfG die Abwägung als Gesamtabwägung: Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242, Leitsätze 3 und 6, sowie u.a. Rn. 159, 166, 188 – Garzweiler.

1401 Mit den Worten des BVerfG: „Das in Art. 14 III S. 1 GG verlangte Gemeinwohlziel ist die vom Grundgesetz geforderte zentrale materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung einer jeden Enteignung. Ungeachtet aller anderen Anforderungen ist die

muss vom einfachen Gesetzgeber im Enteignungsgesetz näher bestimmt werden. Dabei darf er nicht auf jedwedes öffentliche Interesse zurückgreifen, sondern es muss sich um ein besonders gewichtiges und dringendes öffentliches Interesse handeln.¹⁴⁰² Dies sind nach § 79 I BBergG (nach derzeitiger Rechtslage)¹⁴⁰³ die öffentlichen Interessen an der Versorgung des Marktes mit Rohstoffen und die öffentlichen Interessen an dem Erhalt von Arbeitsplätzen.¹⁴⁰⁴ Zum Allgemeinwohlerfordernis gehört aber nicht allein, dass das Vorhaben ein legitimes, bzw. ein besonders gewichtiges öffentliches Interesse verfolgt, sondern auch, dass das Vorhaben insgesamt verhältnismäßig ist.¹⁴⁰⁵ Ein Vorhaben, zu dessen Gunsten enteignet wird, dem aber überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen, kann sich gerade nicht auf das Allgemeinwohl berufen, auch wenn sich ein einzelner oder mehrere Allgemeinwohlbelange für es auszusprechen vermögen.¹⁴⁰⁶ Es muss in seiner Gesamtheit wünschenswert sein. Darum ist neben dem legitimen Ziel, welches der Gesetzgeber als so gewichtig im Enteignungsgesetz herausgegriffen hat, auch die Geeignetheit, die Erforderlichkeit und die Angemessenheit zu prüfen. Hinsichtlich der Erforderlichkeit und der Angemessenheit liegt aber die Besonderheit einer Doppelpflicht vor. So muss, erstens, die Erforderlichkeit der Enteignung für das bergbauliche Vorhaben untersucht werden. Es darf kein milderes Mittel geben, welches gleich geeignet wäre um das Vorhaben auch ohne Enteignung durchzuführen. Die

Enteignung nur dann, nur insoweit und nur solange verfassungsgemäß, als sie zum Wohl der Allgemeinheit erfolgt.“ (Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (292 Rn. 170) – Garzweiler. *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 27, Rn. 58.

1402 BVerfG, Urteil v. 24.03.1987 - 1 BvR 1046/85, BVerfGE 74, 264 (288 f.) – Boxberg; *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Düring, Losebl. (Stand: Mai 2023), Art. 14 GG, Rn. 680; *Kempny*, in: Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Dreier GG, Art. 14, Rn. 148; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 27, Rn. 58. *Frenzel* stellt den Erkenntniswert dieser Formel infrage (Das öffentliche Interesse als Voraussetzung der Enteignung, S. 99 f.).

1403 Unter Berücksichtigung der einschränkenden Auslegung des BVerfG (Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (301, 303 f. (Rn. 196, 200, 203)) – Garzweiler); ausführlich unter Kapitel 2 D. I. 1. b.

1404 Beide stehen in der Kritik: *Leisner*, DBVl. 1988, S. 560 f.; *Hoppe/Beckmann*, Grundeigentumsschutz, S. 43 f.; *Ziehm*, ZUR 2014, S. 459.

1405 *Kempny*, in: Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Dreier GG, Art. 14, Rn. 173; *Jarass*, DVBl. 2006, S. 1333; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 27, Rn. 59.

1406 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (298 f. Rn. 188) – Garzweiler.

Enteignung muss in diesem Sinne unverzichtbar sein.¹⁴⁰⁷ Zweitens muss das Vorhaben an sich aber auch für das Allgemeinwohl erforderlich sein. In dieser zweiten Erforderlichkeitsprüfung ist ein schwächerer Maßstab anzulegen, es kommt nicht auf die Unverzichtbarkeit an, sondern darauf, ob das Vorhaben vernünftigerweise geboten ist, und das ist es dann, wenn es einen substantiellen Beitrag zur Erreichung des Gemeinwohlziels zu leisten vermag.¹⁴⁰⁸

Spiegelbildlich hat die doppelte Angemessenheitsprüfung zu erfolgen. Die Enteignungsmaßnahme muss angemessen sein, d.h. dass der Eingriff in Art. 14 I GG nicht außer Verhältnis zum Beitrag steht, den die Enteignung zur Verfolgung des Gemeinwohlziels leistet.¹⁴⁰⁹ Und auch die **Angemessenheit des Vorhabens** an sich muss geprüft werden. Es ist dann angemessen, wenn die Bedeutung des Vorhabens für das Allgemeinwohlziel im angemessenen Verhältnis zu den durch das Vorhaben beeinträchtigten Belangen steht. Es geht damit um die Frage „ob und inwieweit das jeweilige Vorhaben das Gemeinwohlziel zu fördern in der Lage ist“¹⁴¹⁰ bei gleichzeitiger Berücksichtigung aller nachteilig betroffenen öffentlichen und privaten Belange. Und dieser Aspekt ist nun der Prüfungspunkt, der aus der Grundabtretungsprüfung in § 48 II S.1 BBergG als Gesamtabwägung übertragen wird.¹⁴¹¹

b. Umfang der Enteignungsabwägung

Fraglich ist nun, ob auch alle für den Bergbau sprechenden Belange berücksichtigt werden müssen oder nur die Allgemeinwohlbelange, die der Gesetzgeber ausdrücklich in § 79 I BBergG als solche kenntlich machen musste.¹⁴¹² Das BVerfG äußert sich zu dieser Frage nicht eindeutig. Für

1407 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (296 f. Rn. 183) – Garzweiler. Das BVerfG prüft diese Voraussetzung unter Rn. 226.

1408 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (297 Rn. 184) – Garzweiler. Das BVerfG prüft diese Voraussetzung unter Rn. 227.

1409 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (298 Rn. 187) – Garzweiler.

1410 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (298 f. Rn. 188) – Garzweiler.

1411 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (298 f. Rn. 188, 318) – Garzweiler.

1412 Bezogen auf die Gesamtabwägung der Grundabtretung: BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (290 Rn. 166) – Garzwei-

die Berücksichtigung aller Belange spricht, dass das BVerfG auch diese Abwägung als Gesamtabwägung benennt¹⁴¹³ und von einer mit der Gesamtabwägung der Rahmenbetriebsplanzulassung identischen Prüfung ausgeht.¹⁴¹⁴ Dahingegen spricht das BVerfG wiederholt auch davon, dass die für das Vorhaben sprechenden *Gemeinwohl*belange gegen die entgegenstehenden öffentlichen und privaten Interessen abzuwägen sind.¹⁴¹⁵ Hieraus könnte geschlossen werden, dass bei der Abwägung der Grundabtretung auf die Seite der Belange, die für den Bergbau sprechen, nur die Belange gelegt werden, die von dem gesetzlich formulierten Allgemeinwohlbelang gedeckt sind. Es wäre damit zwischen beachtenswerten bergbaulichen Allgemeinwohlbelangen gem. § 79 I BBergG und unbeachtlichen sonstigen öffentlichen bergbaulichen Interessen zu unterscheiden. Als Beispiel kann das öffentliche Interesse an der Förderung der Arbeitsplätze im Bergbau genannt werden, vorausgesetzt die Auffassung ist zutreffend, wonach die gesetzliche Ausformung des § 79 I BBergG in dieser Hinsicht als zu unbestimmt bewertet wird.¹⁴¹⁶ Das private Interesse des Bergbauberechtigten an der Ausübung

ler. Bezogen auf die Gesamtabwägung der Rahmenbetriebsplanzulassung: ebd. Rn. 313, 315 f.; BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwG 126, 205 ff. (210, Rn. 20) – Garzweiler; *Jarass* spricht sich dafür aus, dass die privaten Interessen, die für den Bergbau sprechen, von vornherein unbeachtlich sind (DVBl. 2006, S. 1333).

1413 Die Benennung durch das BVerfG als Gesamtabwägung: Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242, Leitsätze 3 und 6, sowie u.a. Rn. 159, 166, 188 – Garzweiler.

1414 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (310, 351 (Rn. 218, 318)) – Garzweiler.

1415 So beispielsweise folgende Formulierung: „[...] weil sie es an der gemäß Art. 14 Abs. 3 GG erforderlichen Gesamtabwägung **zwischen verfolgtem Gemeinwohlziel** und entgegenstehenden öffentlichen und privaten Belangen fehlen lassen“ (BVerfG, vom 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08, Rn. 159 – Garzweiler, Hervorhebung N.L.). Oder auch: „Ob dies der Fall ist, muss anhand einer Gesamtabwägung zwischen den für das Vorhaben sprechenden Gemeinwohlbelangen einerseits und den durch seine Verwirklichung beeinträchtigten öffentlichen und privaten Belangen andererseits entschieden werden.“ (a.a.O., Rn. 188). Und: „In welchem Ausmaß Enteignungen zum Zwecke der Gewinnung von Rohstoffen für die Versorgung des konkreten Marktes gerechtfertigt sein können, ist nach deren Bedeutung für das Gemeinwohl und nach der Gesamtabwägung [...] zwischen der Gemeinwohldienlichkeit eines konkreten Gewinnungsvorhabens und den dadurch beeinträchtigten öffentlichen und privaten Belangen zu entscheiden“ (a.a.O., Rn. 202; vgl. auch Rn. 211).

1416 Zur Kritik dieses Allgemeinwohlerfordernisses: *Leisner*, DBVl. 1988, S. 561.; *Ziehm*, ZUR 2014, S. 459. *Karpen* weist daraufhin, dass die Ausfüllung der wirtschaftspolitischen Rechtsbegriffe nicht Sache der Bergbehörden sei (AÖR 1981, S. 32 f.). Be-

seiner Bergbauberechtigung wäre von vornherein nicht als Allgemeinwohlbelang zu qualifizieren.¹⁴¹⁷

Um bewerten zu können, ob zugunsten des Bergbaus alle öffentlichen Interessen oder nur die Gemeinwohlbelange in der Abwägung der Grundabtretung zu berücksichtigen sind, muss darauf abgestellt werden, in welchem Kontext die Auslegung stattfindet und welche Auslegung Art. 14 III S.1 GG einfordert. Die Abwägung ist in die Fragestellung eingegliedert, ob die konkret verfolgten Allgemeinwohlbelange, welche mit dem Bergbauvorhaben verwirklicht werden, in einem angemessenen Verhältnis zu den durch das Vorhaben hervorgerufenen Beeinträchtigungen stehen.¹⁴¹⁸ Sollten in der Prüfung auf diese Frage, dann wiederum weitere öffentliche Bergbaubelange einfließen, so würde die Frage nach dem Verhältnis von Gemeinwohlbelang zu den Nachteilen gerade nicht beantwortet. Art. 14 III S.1 GG stellt weiterhin unmissverständlich klar, dass eine Enteignung nur dann hinzunehmen sei, wenn sie dem Gemeinwohl dient.¹⁴¹⁹ Hierzu stelle man sich die Fallkonstellation vor, in welcher der Allgemeinwohlbelang allein nicht ausreicht, um die entgegenstehenden öffentlichen und privaten Interessen zu überwiegen und nur mit dem Hinzutreten der einfachen weiteren bergbaulichen Interessen ein Überwiegen erreicht werden könnte (vgl. Abbildung 27). Hier würde sich die Enteignung nicht allein aus Gründen des Allgemeinwohls rechtfertigen lassen.¹⁴²⁰ Der Gesetzgeber hätte demnach einerseits die öffentlichen Belange zu sichten, einige als derart schwerwiegend und gewichtig zu erkennen, um diese als enteignungswürdig zu kennzeichnen, um dann aber letzten Endes diese Wertung zugunsten einer Gesamtbetrachtung beiseite gestellt zu sehen. Am offensichtlichsten wird dies bei der Frage, ob auch die privaten Interessen des Bergbauunternehmers berücksichtigt werden. Könnten diese zuletzt den Ausschlag zugunsten des Bergbaus geben, so wäre das Maß der Allgemeinwohlförderung nicht der entscheidende Faktor. Der Bergbau müsste vielmehr u.a. auch

züglich der Erfüllung des Bestimmtheitsgrundsatzes eines solcher Allgemeinwohlbestimmung hat das BVerfG grundsätzlich Zweifel angemeldet: BVerfG, Urteil v. 24.03.1987 - 1 BvR 1046/85, BVerfGE 74, 264 (287) – Boxberg.

1417 So auch *Jarass*, DVBl. 2006, S. 1333.

1418 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (298 f. Rn. 188) – Garzweiler.

1419 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (298 f. Rn. 188) – Garzweiler.

1420 Unmissverständlich hierzu auch *Jarass*: „Zur Rechtfertigung einer Enteignung genügt nicht jedes öffentliche Interesse“ (DVBl. 2006, S. 1333).

Allgemeinwohlgründe für sich beanspruchen können. Es wäre dabei aber nicht entscheidend, in welchem Maße die Allgemeinwohlgründe betroffen sind. Dieser Befund ist mit der Wesentlichkeitstheorie, wonach der Gesetzgeber alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu entscheiden hat,¹⁴²¹ und mit Art. 14 III S. 1 GG nicht vereinbar.

Zuletzt scheinen sich die Abwägungen darin zu unterscheiden, welches Ergebnis jeweils zu einer Ablehnung des Bergbauvorhabens führt. Bei der Zulassung des Rahmenbetriebsplans müssten die entgegenstehenden öffentlichen Interessen, in dessen Rahmen die Gesamtabwägung durchzuführen ist, überwiegen. Das hieße, dass bei einer Gleichgewichtigkeit, das Bergbauvorhaben noch zuzulassen wäre. Dahingegen soll bei einer Enteignung das Allgemeinwohl besonders gewichtig betroffen sein, um ausnahmsweise einen Rechtsentzug zu gestatten. Dies scheint ein Überwiegen der bergbaulichen Belange mit einigem Abstand zu fordern, jedenfalls würde eine Gleichgewichtung hier nicht reichen.

Es geht damit nicht um eine *Gesamtabwägung* im strengen Sinne, weil die bergbaulichen Interessen, die nicht zum Allgemeinwohlziel durch den Gesetzgeber geädelt wurden, in der Abwägung der Grundabtretung unbeachtlich sind. Die Durchführung einer vollumfassenden Gesamtabwägung kann sich damit nicht auf die Herleitung stützen und hat auch keine Verankerung im Gesetzestext. Dies scheint von den Gerichten nicht gesehen worden zu sein. Vielmehr war das Bedürfnis vorherrschend, komplexe Bergbauvorhaben nicht ohne eine vorläufige umfassende Gesamtabwägung aller für und gegen das Vorhaben sprechenden Belange zuzulassen, um den Anforderungen des Verfassungsrechts zu genügen.¹⁴²²

Mit diesem Befund müsste die Zulassungsentscheidung eine Prognose der Enteignungsfähigkeit beinhalten, welche dann die Enteignungsabwägung durchführt, nicht aber eine Gesamtabwägung.

Zusätzlich muss auch die Rechtsnatur der Abwägung in den Blick geraten. So wird die Gesamtabwägung im Rahmen des Grundabtretungsverfahrens im Rahmen einer gebundenen Entscheidung vorgenommen und ist deshalb eine nachvollziehende und kann deshalb auch erst im Gerichtsverfahren nachgeholt werden.¹⁴²³ Die Gesamtabwägung im Rahmen der Zulassung ist, nach der soeben dargelegten vorzugswürdigeren Auslegung,

1421 BVerfG, Beschluss v. 8.08.1978 – 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89 (94) – Kalkar I.

1422 Vgl. BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (350 f. Rn. 315 ff.) – Garzweiler.

1423 BVerfG, Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (316 Rn. 233) – Garzweiler.

Gesamtabwägung oder Enteignungsabwägung?

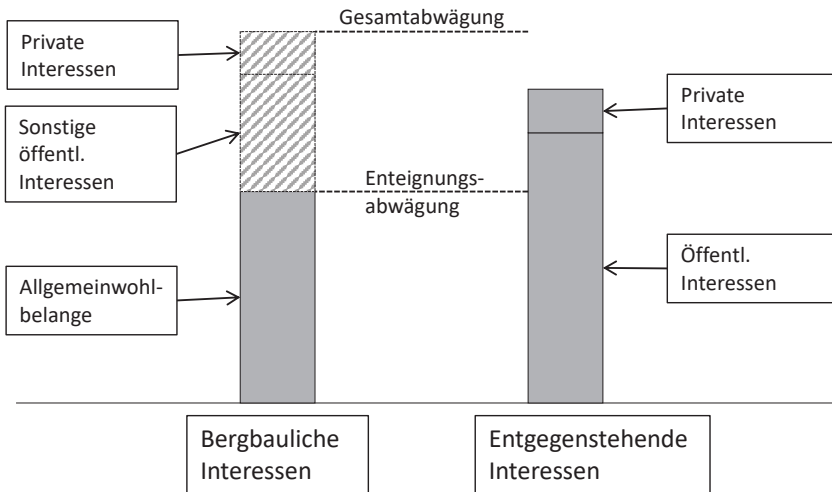


Abbildung 27: Der mögliche unterschiedliche Ausgang einer Gesamtabwägung verglichen mit der einer Enteignungsabwägung (eigene Erstellung)

eine planerische Abwägung (siehe unter II. 1.). Wenn der Rechtsanwender die Herleitung der Abwägung im Rahmen des § 48 II S.1 BBergG ernst nimmt, so kann sich die Rechtsnatur der Abwägung durch das Verschieben der Prüfung auf einen früheren Zeitpunkt nicht ändern. Auch dies spricht wiederum gegen die Gesamtabwägungslehre.

c. Zwischenfazit

Die Enteignungsabwägung ist keine Gesamtabwägung, da sie für die bergbaulichen Belange nur die öffentlichen Belange einstellt, die unter das vom Gesetzgeber bestimmte Allgemeinwohl subsumiert werden können. Die Herleitung einer Gesamtabwägung in § 48 II BBergG aus der Prognose der Enteignungsfähigkeit trägt damit nicht und ist abzulehnen.

Die Gesamtabwägungslehre bleibt auch eine Antwort auf die Frage schuldig, ob eine Gesamtabwägung auch dann durchzuführen ist, wenn gar keine Enteignung droht (zum Beispiel in Fällen des freihändigen Verkaufs), es sich aber gleichwohl um komplexe Vorhaben handelt. Wenn gar keine Enteignung drohe, dann müsse die Rechtmäßigkeit der Enteignung, in dessen Prüfprogramm die vermeintliche Gesamtabwägung angesiedelt ist, auch eigentlich nicht geprüft werden. Nach der Rechtsprechung des BVerfG fordert die Verfassung es aber ein, dass ein komplexes Vorhaben nicht ohne Durchführung einer Gesamtabwägung gestattet wird.¹⁴²⁴ Hier zeigt sich nur eine weitere Baustelle der unzureichenden Rechtsentwicklung.

d. Kriterium: Allgemeinwohl

Die so eingeschränkte Berücksichtigung der bergbaulichen Interessen im Rahmen der Herleitung der vermeintlichen Gesamtabwägung verändert aber auch das Verteilungskriterium. Der Gesamtabwägung konnte das Kriterium der Gewichtigkeit der Belange entnommen werden. Nun steht aber mit der Anbindung an das Allgemeinwohlerfordernis als Verteilungskriterium das Allgemeinwohl als Kriterium im Vordergrund. Dies entspricht einer Veränderung der Begründungslast zulasten des Bergbauvorhabens. Auch stimmen damit die Verteilungskriterien für die Rechtspositionen an der Bodennutzung hinsichtlich der komplexen Großvorhaben, die im Rahmen der Zulassung des Rahmenbetriebsplans erfolgen, und aller anderen kleineren Vorhaben überein. Diese Veränderung des Verteilungskriteriums wird dem Ressourcenschutz und dem Aspekt, dass es sich mit dem Recht an der Bodennutzung schon um ein verteiltes Gut handelt, eher gerecht und ist insofern ressourcenethisch zu begrüßen.

Es konnte somit gezeigt werden, dass die ressourcenethisch zu kritisierende Berücksichtigung von privaten Interessen im Rahmen der Entschei-

1424 So ausdrücklich das BVerfG: „Eine solche Gesamtabwägung aller erheblichen Belange ist für die hier in Frage stehende Zulassung eines Rahmenbetriebsplans von der Verfassung geboten. Jedenfalls bei komplexen Vorhaben wie den Braunkohlentagebauen ist auch von Verfassungen wegen eine Ausgestaltung der Entscheidungsfindung erforderlich, welche die Zulassung des Vorhabens nur auf der Grundlage einer Gesamtabwägung aller für und gegen das Vorhaben sprechenden Belange gestattet. Diese Gesamtabwägung muss als grundsätzlich einheitliche Entscheidung vorgesehen sein, in aller Regel vor Beginn des Abbaubetriebs erfolgen und auch von den Eigentumsbetroffenen rechtzeitig angreifbar sein.“ (Urteil v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 3386/08, BVerfGE 134, 242 (350, Rn. 315 f.) – Garzweiler).

dung über die Verteilung des Gutes ‚Recht an der Bodennutzung‘ sich nicht aus der Herleitung der Gesamtabwägung ergibt und insofern abzulehnen ist.

4. Ergebnis

Es konnte gezeigt werden, dass die Rechtslage auch in der Frage über die Verteilung des ‚Rechts an der Bodennutzung‘ offen für eine ressourcethisch vorzugswürdigere Auslegung ist. Die Herleitung der Gesamtabwägung hat gezeigt, dass nur die Allgemeinwohlbelange und nicht jedwedes öffentliche Interesse, das für den Bergbau spricht, und erst recht nicht die privaten Interessen, für die Abwägungsentscheidung erheblich sind. Damit hat sich das Verteilungskriterium von dem Kriterium der Gesamtabwägung hin zum Kriterium des Allgemeinwohls entwickelt. Diese Ausrichtung stärkt den Rechtfertigungsdruck auf die Zulassung von Bergbauvorhaben im Sinne des Ressourcenschutzes. Der Rechtfertigungsdruck wird auch daraus erzeugt, dass einem Unternehmensanspruch auf Zulassung des Rahmenbetriebsplans eine Absage erteilt wurde und die Abwägung im Rahmen des § 48 II BBergG nun in planerischer Abwägung erfolgt. Zuletzt konnte nachgewiesen werden, dass schon *de lege lata* das BBergG keine normative Gewichtungsvorgabe zugunsten des Bergbaus enthält.

Es wäre wünschenswert, wenn der Gesetzgeber durch eine Gesetzesänderung die Rechtslage vereinfacht und Klarheit bezüglich der gefundenen Auslegungsergebnisse schafft. Insbesondere müsste die Abwägung im Rahmen des § 48 II BBergG als zentrale Zulassungsvoraussetzung ausgestaltet sein, für welche der Gesetzgeber auch inhaltliche Vorgaben im Sinne des Ressourcenschutzes trifft.

C. Wie nimmt das Bergrecht die Verteilung der Lasten vor?

Die Aktivitäten des Bergbaus bringen Lasten für bestimmte Personengruppen mit sich. Die Lasten des Bergbaus sind die Folgen der negativen Umweltauswirkungen, zu denen sich auch die klassischen Bergschäden zuordnen lassen, und die Risiken.¹⁴²⁵ Die Frage, wie diese Berglasten verteilt werden, mag zunächst irritieren. Es findet, anders als bei der Zuteilung

¹⁴²⁵ Siehe hierzu unter Kapitel 3 A. I.

des Gebiets oder des Rechtsguts am Bodenschatz, gerade keine behördliche Entscheidung in diesem konkreten Sinne statt.¹⁴²⁶

Die Lasten, die mit der bergbaulichen Aktivität einhergehen, können zum einen hinsichtlich ihres Wirkungskreises und hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Schadens unterschieden werden. Der Wirkungskreis kann auf die unmittelbare Nachbarschaft begrenzt sein, wie es bei Erdsenkungen, Zerrungen, Pressungen, Erdbeben und seismologisch induzierten Ereignissen der Fall ist.¹⁴²⁷ Dies kann Menschen töten, an Körper oder Gesundheit verletzen oder Sachen, insbesondere Gebäude, beschädigen. Dies sind die sog. Bergschäden nach § 114 I BBergG. Auch die Abgabe von Schadstoffen durch die Bergbauaktivität ist meist in seinem Wirkungskreis auf die lokale Nachbarschaft begrenzt. So liegen die Schadstoffe in besonders hohen Konzentrationen in der unmittelbaren Umwelt des Bergbaus vor. Im Übrigen können sie aber auch mobil sein und in großräumige Verteilungspfade eintreten. Dies ist beispielsweise bei Quecksilberemissionen aus dem Braunkohleabbau der Fall.¹⁴²⁸ Auch die negativen Folgewirkungen der Schadstoffexposition können einen Bergschaden begründen; für die allerdings eine bestimmte Duldungsgrenze gem. § 114 II S. 3 BBergG i.V.m. § 906 BGB überschritten werden muss.¹⁴²⁹ Ein unbegrenzter Wirkungskreis kann demgegenüber in der Emittierung von Treibhausgasen gesehen werden, dessen Klimawandelfolgewirkungen global eintreten.

1426 Beispielhaft sei die Partikelverteilung in der Luft angeführt, die nicht steuerbar und insofern auch nicht verteilbar ist. Als das zu verteilende Gut die Atmosphäre betreffend, hat *Czarnecki* darum die erlaubten Schadstoffemissionen ausfindig gemacht und die dahinterstehenden Reduktionspflichten sowie die damit einhergehenden Kosten. (Verteilungsgerechtigkeit im Umweltvölkerrecht, S. 147 f., 155). *Czarnecki* untersucht den Einfluss der Verteilungsgerechtigkeit auf das Umweltvölkerrecht (S. 72). Für den Bereich des Klimaschutzes konnte er die Verteilungskriterien des (negativen) Verdienstes und der Leistungsfähigkeit des Staates herausarbeiten. Für die sog. Entwicklungsländer soll außerdem die wirtschaftliche Entwicklung höhere Priorität haben als die Einhaltung der Reduktionsverpflichtungen (S. 157 f.). Seine Ausführungen beziehen sich auf die völkerrechtlichen Vertragstexte der Klimarahmenkonvention und des Kyoto-Protokolls.

1427 *Kremer/Neuhaus gen. Wever*, Bergrecht, Rn. 462.

1428 Nach Greenpeace ist Quecksilber ein mobiles Element, welches sich in allen Medien ablagern kann, aber sich auch wieder zur Mobilisierung in der Luft verfügbar machen kann. Auffällig ist, dass bundesweit die höchste Quecksilberkonzentration in den ost- und westdeutschen Braunkohlerevieren vorliegt (Quecksilber, S. 7).

1429 *Schubert*, in: Boldt et al., BBergG, § 114, Rn. 73 ff.

Auch hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Schadens lässt sich eine weite Spannbreite markieren. Die Kausalkette, an deren Ende ein eingetretener Bergschaden steht, kann äußerst unwahrscheinlich sein oder als regelmäßige Folge der Bergbautätigkeit erscheinen. Die Kausalkette der Klimaschäden, die durch die Emittierung von Treibhausgasen infolge von Bergbauaktivität in Gang gesetzt wird, ist außerdem äußerst vielschichtig.

Die Einschätzung der Wahrscheinlichkeit des Eintritts von Schäden ist auch von dem Kenntnisstand der Wissenschaft und Forschung abhängig. So kann der Eintritt von Schäden und deren Ausmaß bei der Anwendung neuer Technologien noch weniger abschätzbar sein, als es bei dem Eintritt der typischen Bergschäden der Fall ist. Aber auch bei diesen haben bereits Fehleinschätzungen dramatische Folgen nach sich gezogen.

Ein Schaden ist wohl das Ergebnis mehrerer Ereignisse, die sich in einer Kausalkette ungünstig verbunden haben. Das Risiko ist die Möglichkeit dieser negativen Kausalkette/die Möglichkeit des Schadenseintritts. Die behördliche Entscheidung, die in diesem Sinne nicht den Schaden (oder das Risiko) festlegt, steht aber mit ihrer Entscheidung, ob der Bergbau realisiert werden kann, am Anfang der Kausalkette. Die behördliche Grundentscheidung, wo welche Bodenschätze abgebaut werden dürfen, führt dazu, die Verteilungsempfänger der Lasten festzulegen; es wird damit bestimmt welche Nachbarn (oder weitere Lastenempfänger) zunächst das Risiko und eventuell auch den Schaden tragen müssen. Hierbei kommt es auch auf die Kapazitätsfestlegung der Last an: Welches Risiko/welcher Schaden ist zumutbar? Welche Präventionsmaßnahmen müssen vorgesehen werden, um die Wahrscheinlichkeit des Risikoeintritts einzuengen und damit die „verteilte“ Last. Untersucht man folglich die Verteilungsgerechtigkeit der Lasten, stellt sich zuvörderst die Frage, ob die Entscheidung, die die Kausalkette in Gang setzt, an deren Ende Lasten für bestimmte Lastenempfänger entstehen, auch die Interessen der Lastenempfänger in ausreichender Weise in den Blick nimmt (unter I.).

Die Bergschadensregelungen sind in die vorrangigen Präventionsmaßnahmen und die ausgleichenden Schadensersatzansprüche zu unterteilen. Die Präventionsmaßnahmen können die Wahrscheinlichkeit des eintretenden Schadens (Risiko) oder dessen Ausmaß vermindern oder begrenzen. Welche Präventionsmaßnahmen das BBergG diesbezüglich vorsieht ist demnach auch für die Frage nach der Verteilungsgerechtigkeit im Bergrecht relevant (hierzu unter II.). Sekundär kann dann der Schadensersatzanspruch bei der Beurteilung der Verteilung der Lasten relevant sein (hierzu

unter III.). Den Schadensersatzansprüchen liegt die Gerechtigkeitsvorstellung zugrunde, dass wenn schon ein Schaden eingetreten ist, dieser zumindest auch finanziell ausgeglichen werden soll. In diesem Zusammenhang ist auch die Zuweisung der Beweislasten von erheblicher Bedeutung für die Ausgestaltung der gerechten Lastenverteilung.

I. Berücksichtigung der Interessen der potenziellen Lastenträger in der Letztentscheidung über den Bergbau

Mit der Verteilungsgerechtigkeit stellt sich die Frage, ob die Interessen der Lastenempfänger in der Entscheidung, die die Kausalkette in Gang setzt, an deren Ende Lasten für bestimmte Lastenempfänger stehen, berücksichtigt und ausreichend berücksichtigt werden.

Als mögliche Lastenempfänger treten folgende Gruppen auf: diejenigen, die von den klassischen Bergschäden (potenziell) betroffen sind, diejenigen, die den Schadstoffen des Bergbaus ausgesetzt sind, diejenigen, die den Risiken der neuen Technologien (Fracking, tiefer Geothermie, Tiefseebergbau, Endlagersuche) ausgesetzt sind und diejenigen, die von Klimawandelfolgen negativ betroffen sind. Die künftigen Generationen zählen auch zu den potenziellen Lastenempfängern, sie werden aber separat unter Kapitel 5 betrachtet. (Die Tiere und die Ökosysteme als solche (je nach umweltethischer Positionierung) sind auch potenzielle Lastenempfänger, die aber im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter berücksichtigt werden.)

Tabelle 3: Potenzielle Lastenempfänger

- | |
|--|
| <ul style="list-style-type: none">– diejenigen, die von den klassischen Bergschäden (potenziell) betroffen sind– diejenigen, die den Schadstoffen des Bergbaus ausgesetzt sind– diejenigen, die den Risiken der neuen Technologien (Fracking, tiefer Geothermie, Tiefseebergbau, Endlagersuche) ausgesetzt sind– diejenigen, die von Klimawandelfolgen negativ betroffen sind.– Zukünftige Generationen (hierzu Kapitel 5)– Tiere und Ökosysteme (nicht weiter problematisiert) |
|--|

Je nachdem um welches Vorhaben es sich handelt, fällt die Letztentscheidung für oder gegen den Bergbau in unterschiedlichen Verfahrensstufen, die unterschiedliche Verteilungskriterien voraussetzen (ausführlich hierzu unter Kapitel 2 F., vgl. Abbildung 28).

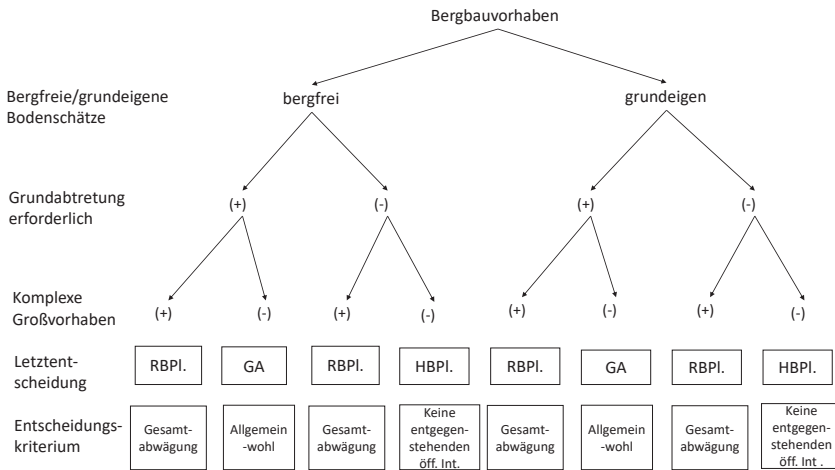


Abbildung 28: Entscheidungskriterium der verschiedenen Letztentscheidungen (eigene Erstellung)

1. Ob der Berücksichtigung

Es stellt sich somit die Frage, ob die Interessensgruppen der möglichen Lastenempfänger in den jeweiligen Letztentscheidungen Berücksichtigung finden. Historisch wurden die vom Bergbau Geschädigten auf den Grundsatz des „Dulde und liquidiere“ verwiesen.¹⁴³⁰ Dieser (verfassungswidrige) Grundsatz konnte sich erstaunlich lange im Bergrecht halten. Auch ist es fraglich, ob er nun zur Gänze aufgehoben ist.¹⁴³¹ Problematisch ist, dass hinsichtlich der Letztentscheidungen innerhalb der Betriebspläne, die umfangliche Berücksichtigung der privaten Interessen nicht festgeschrieben ist.¹⁴³² Die Bemühungen der Rechtsprechung des BVerwG gingen auch zunächst dahin, nur sehr eingeschränkt private Interessen unter § 48 II S. 1 BBergG zu fassen. Fraglich ist, inwiefern diese Auslegungslinie durch die Einführung der Gesamtabwägung aufgehoben wurde und welchen Anwendungsbereich die Gesamtabwägungslehre hat.

Eindeutig berücksichtigt werden, seit dem Moers-Kapellen Urteil des BVerwG von 1989 (und der gesetzlichen Bestätigung von 1990 durch die

¹⁴³⁰ Ludwig, VerwArch 2017, S. 567 ff.

¹⁴³¹ Ludwig, VerwArch 2017, S. 581.

¹⁴³² Ausführlich zur richterlichen Rechtsentwicklung: Kapitel 2 C. II. 4.

Einfügung der Sätze 2-5 (nunmehr S. 3-6) in § 48 II BBergG), die Eigentumsbeeinträchtigungen an der Oberfläche, sofern sie von einigem Gewicht sind und mit ihnen schon im Zeitpunkt der Betriebsplanzulassung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu rechnen ist.¹⁴³³ Außerdem werden die Interessen der Nachbarn, die den Einwirkungen der bergbaulichen Immissionen ausgesetzt sind nach dem Altenberg-Urteil des BVerwG gem. § 22 BImSchG i.V.m. § 48 II S. 1 BBergG als öffentliches Interesse berücksichtigt. Diese Norm ist drittschützend.¹⁴³⁴

Das Interesse der Privaten an dem Schutz ihres Lebens und ihrer Gesundheit wird unter § 55 I S. 1 Nr. 3 BBergG subsumiert (auf einen Rückgriff auf § 48 II BBergG kommt es hier von vornherein nicht an.)¹⁴³⁵

a. Leichte bis mittlere Bergschäden am Eigentum

Fraglich ist, ob diejenigen, die leichte bis mittlere Bergschäden am Eigentum zu erwarten hätten, nach der geltenden Auslegung des Bergrechts in die Zulassungsentscheidung einbezogen werden¹⁴³⁶ oder ob diese Gruppe der Lastenträger weiterhin auf ein „dulde und liquidiere“ zu verweisen wäre.¹⁴³⁷ Dem Gesetzeswortlaut des § 48 II S. 3 BBergG ist zu entnehmen, dass nicht alle privaten Interessen unter die öffentlichen Interessen zu subsumieren sind („Soweit die öffentlichen Interessen zugleich den Schutz von Rechten Dritter umfassen [...]“, Hervorhebung N.L.). In den Gesetzesmaterialien findet sich hierzu ein ausdrücklicher Verweis auf die Moers-Kapellen-Rechtsprechung.¹⁴³⁸ Es stellt sich die Frage, ob die Berücksichtigung der von geringen bis mittleren Bergschäden Bedrohten durch die Einführung der Gesamtabwägung nun stattfinden kann.

1433 BVerwG, Urteil v. 16.03.1989 - 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (2. Leitspruch und 345 f.) – Moers-Kapellen.

1434 BVerwG, Urteil v. 4.7.1986 - 4 C 31.84, BVerwGE 74, 315 (324 ff., 327) – Altenberg.

1435 BVerwG, Urteil v. 13.12.1991, 7 C 25.30, BVerwGE 89, 246 (1. Leitspruch und S. 248 f.) – Gasspeicher; BVerwG, Urteil v. 29.4.2010 - 7 C 18/09, ZfB 2010, 129 (132, Rn. 20); von Mäßenhausen, in: Boldt et al., BBergG, § 55, Rn. 24.

1436 So *Papier/Shirvani*, die lediglich auf die Garzweiler-Entscheidung des BVerwG verweisen (in: Maunz/Düring, Losebl. (Stand: Mai 2023), Art. 14 GG, Rn. 541).

1437 BVerwG, Urteil v. 16.3.1989 - 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (335, 344 f.) – Moers-Kapellen. So weiterhin: OVG Saarlouis, Urteil v. 20.06.2023 – 2 C 251/21, BeckRS 2023, 17124, Rn. 102.

1438 „Soweit öffentliche Interessen im Einzelfall auch den Schutz von Rechten Dritter umfassen (vgl. u. a. BVerwG 4 c 36.85 vom 16. Oktober 1989), [...]“ BT-Drs. 11/5601, S. 16; Siehe hierzu auch unten Kapitel 2 H. I. 3.).

Richtig ist, dass die Gesamtabwägung alle öffentlichen und privaten Interessen gegen- und untereinander abwägt (zur eingeschränkten Berücksichtigung der für den Bergbau sprechenden Interessen siehe unter Kapitel 4 B. II. 3.). Jedoch hat die Rechtsprechung um die Gesamtabwägung ihre dogmatische Herleitung in der Berücksichtigung der Interessen der von einer Enteignung Betroffenen. Sofern abzusehen ist, dass eine rechtmäßige Enteignung nicht erfolgen könne, so läge das Vorhaben an sich schon nicht im öffentlichen Interesse.¹⁴³⁹ Da diese Enteignungsprognose eine Gesamtabwägung beinhalte, würde diese als „tatbestandsimmanente Gesamtabwägung“¹⁴⁴⁰ eben auch im Rahmen des Betriebsplans geprüft.¹⁴⁴¹ Das heißt aber auch, sofern überhaupt keine Enteignung drohe, so hat auch keine Gesamtabwägung stattzufinden und insofern auch keine Berücksichtigung der privaten Interessen, die „nur“ von leichten bis mittleren Bergschäden am Eigentum betroffen sein könnten oder deren Beeinträchtigung nicht mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit vorhergesagt werden könne. Letzteres kann gerade bei dem Einsatz von neuen Technologien eine problematische Einschränkung darstellen. Auch für den Fall, dass eine Enteignung drohe, wird man wohl aus dieser tatbestandsimmanenten Gesamtabwägung nicht einen Drittschutz für die von kleinen bis mittleren Bergschäden am Eigentum Bedrohten herleiten können. Nach der Schutznormtheorie müsste es der implizierten Gesamtabwägung gerade auch um den Schutz der privaten Interessen dieser Lastempfänger gehen. Hinzu kommt, dass die Gesamtabwägung gemeinhin als nachvollziehende Abwägung verstanden wird. Das drittschützende Recht auf gerechte Abwägung der eigenen abwägungserheblichen Belange greift aber nur bei der planerischen, nicht aber bei der nachvollziehenden Abwägung.¹⁴⁴²

Nimmt man insofern die entwickelte Systematik um den § 48 II BBergG ernst, müsste man die Berücksichtigung der Interessen der von kleineren bis mittleren Bergschäden am Oberflächeneigentum Betroffenen als subjektive Rechte verneinen.

1439 BVerwG, Urteil v. 29.6.2006 - 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205 (209 f., Rn. 19) – Garzweiler.

1440 Durner, in: Kment, ROG, § 4, Rn. 131.

1441 Durner, in: Kment, ROG, § 4, Rn. 132.

1442 BVerwG, Beschluss v. 5.3.2019 - 7 B 3.18, BeckRS 2019, 4527, Rn. 27; bzgl. der planerischen Abwägung: BVerwG, Urteil v. 14.02.1975 - 4 C 21.74, BVerwGE 48, 56 (66); VG Cottbus, Urteil v. 21.12.2016, 3 K 77/15; zustimmend VG Magdeburg, Urteil v. 28.2.2018, 3 A 244/16, BeckRS 2018, 13124, Rn. 19 f.

b. Negative Auswirkungen des Klimawandels

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die von negativen Klimafolgen Betroffenen, deren negative Auswirkungen (auch) auf bergbauliche Aktivitäten zurückgehen, Berücksichtigung finden. Zunächst ist festzuhalten, dass der Klimaschutz als öffentlicher Belang im Rahmen des § 48 II S.1 BBergG Beachtung finden muss. Darüber hinaus stellen sich die Fragen, erstens, ob klimaschützende Normen auch Drittschutz vermitteln können und insofern diese Betroffenen als Rechtssubjekte im Bergbauverfahren zu berücksichtigen sind, und zweitens, ob die privaten Interessen der Betroffenen am Schutz ihres Lebens, ihrer Gesundheit und ihres Eigentums auch über § 55 I S.1 Nr.3 BBergG bzw. § 48 II S.1 BBergG Beachtung finden können. Dieser individualrechtliche Ansatz stand bei der Zulassung von Bergbaubetrieben wohl bisher nicht im Fokus der rechtlichen Aufmerksamkeit. Dies sind somit offene Rechtsfragen. Mit den zunehmenden sog. Klimaklagen könnte es auf diesem Gebiet aber zu neuen ressourcenschützenden Rechtsentwicklungen kommen.¹⁴⁴³ Beachtet werden muss auch, dass die rechtliche Beurteilung sich dabei mit fortschreitender Klimakrise wandelt.¹⁴⁴⁴

c. Zwischenfazit

Die Lastenempfänger werden nicht einheitlich berücksichtigt (siehe Abbildung 29). Es kann festgehalten werden, dass die Hilfskonstruktion des § 48 II BBergG, auch hinsichtlich der Verteilung der Lasten, als dogmatisch

1443 BVerfG, Beschluss vom 24. März 2021 - 1 BvR 2656/18 – Klimaschutz; eine Übersicht unterschiedlicher Klimaklagen liefert Meyer, S., NJW 2020, S. 894.

1444 So schon das BVerfG: „Verhaltensweisen, die direkt oder indirekt mit CO₂-Emissionen verbunden sind, wären also verfassungsrechtlich nur noch hinnehmbar, soweit sich die dahinterstehenden grundrechtlichen Freiheiten in der erforderlichen Abwägung durchsetzen könnten, wobei das relative Gewicht einer nicht klimaneutralen Freiheitsbetätigung in der Abwägung *bei fortschreitendem Klimawandel* weiter abnimmt.“ BVerfG, Beschluss vom 24. März 2021 - 1 BvR 2656/18, Rn. 120 – Klimaschutz, Hervorhebung N.L. Ebenso stellt das VG Aachen fest, dass „*zumindest zum heutigen Zeitpunkt* [...] noch keine Verdichtung des Klimaschutzbots sowie des Gebots intertemporalen Freiheitsschutzes hin zu einem verfassungsrechtlich zwingenden Gebot einer unmittelbaren [...] Beendigung gerade des Braunkohleabbaus bzw. der Braunkohleverstromung [sich] extrapolieren [lasse].“ (Beschluss v. 7.10.2021 – 6 L 418/21, BeckRS 2021, 29346, Rn. 56, Hervorhebung N.L.).

unzureichend bewertet werden kann. So hat die Untersuchung gezeigt, dass diejenigen, die von leichten bis mittleren Bergschäden betroffen sein könnten, nach der derzeitigen entwickelten Dogmatik um den § 48 II S. 1 BBergG von vornherein nicht berücksichtigt werden. Sie werden damit weiterhin auf den Grundsatz des „dulde und liquidiere“ verwiesen. Offen ist, ob die Interessen der vom Klimawandel negativ Betroffenen im Rahmen des § 55 I S. 1 Nr. 3 BBergG bzw. § 48 II S. 1 BBergG individualrechtlich berücksichtigt werden.

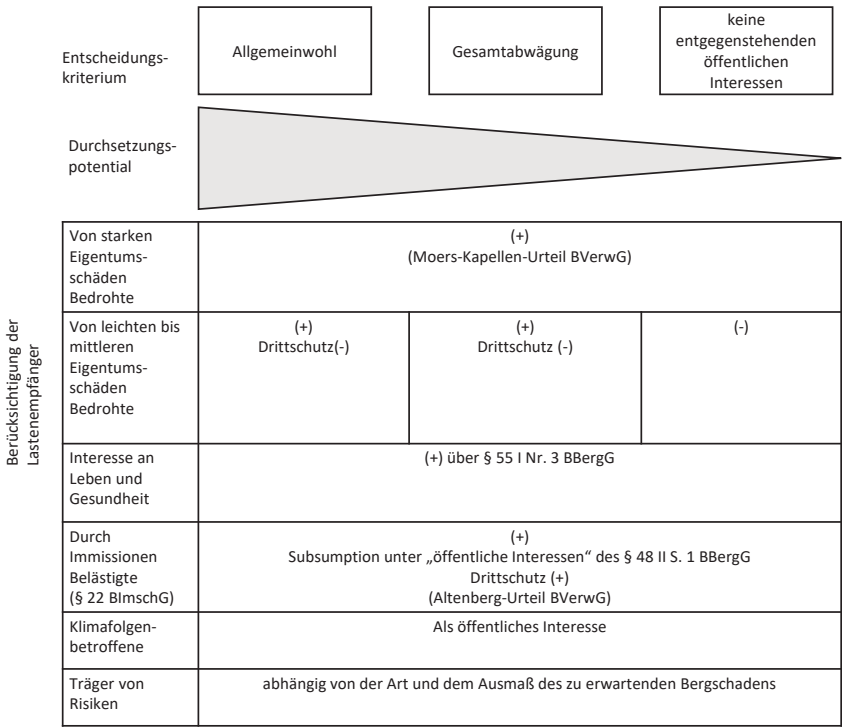


Abbildung 29: Berücksichtigung der verschiedenen Lastenempfänger in den verschiedenen Letztentscheidungen (eigene Erstellung)

d. Ressourcenethische Bewertung

Es stellt sich die Frage, wie die Berücksichtigung der Lastenempfänger in den Letztentscheidungen über den Bergbau durch die Theorien der Vertei-

lungsgerechtigkeit zu bewerten ist – ob es mit anderen Worten ressourcen-ethisch vertretbar ist, bestimmte Lastenempfänger von vornherein in der Entscheidung über die Lasten nicht zu berücksichtigen (und die ihnen zukommenden Lasten nicht weiter zu problematisieren). Die Positionen der verschiedenen Verteilungsgerechtigkeitstheorien zu dieser Frage seien hier im Folgenden kurz skizziert.

Der klassische Utilitarismus würde bei der Lastenentscheidung die Einbeziehung aller empfindungsfähigen Wesen fordern. Dies gilt auch bezüglich der multikausalen negativen Folgen des Klimawandels. Rawls' Differenzprinzip zeichnet sich dadurch aus, dass seine Rechtfertigung der Ungleichheit gerade auf die Besserstellung der am meisten Benachteiligten abhebt. Der Blick richtet sich damit von vornherein auf die Benachteiligten einer Gesellschaft (mögliche Auslegung: auch der Weltgemeinschaft). Einige Gruppen, die zu diesen Benachteiligten zu rechnen sind, von vornherein aus Verteilungsentscheidungen auszuklammern, dies widerspräche dem Differenzprinzip. Die Forderung des Egalitarismus bestünde darin, die Lasten gleich zu verteilen. Dieser Grundsatz ist generell und bedürfte der Spezifikation im Einzelfall. Was ihm aber schon vor der Ausbuchstabierung auf konkrete Verteilungssituationen entgegenstünde, wäre eine Handhabung, die bestimmte Gruppen von möglichen Lastenempfängern von vornherein aus dieser Verteilungsentscheidung unberücksichtigt lässt. Der Libertarismus schließlich, dem es um den weitreichenden Schutz des Eigentums geht, könnte auch nicht mit einer Verteilungsentscheidung in Ausgleich gebracht werden, die bestimmte Eigentumsüter von einem umfassenden Eigentumsschutz ausnimmt.

Dieses kurze Schlaglicht hat gezeigt, dass die Theorien der Verteilungsgerechtigkeit einhellig einfordern, dass die Interessen der Träger von Lasten in der abschließenden Entscheidung zu berücksichtigen sind. Die unzureichende Berücksichtigung derjenigen, die von leichten und mittleren Bergschäden am Oberflächeneigentum bedroht sind, ist nicht mit der Verteilungsgerechtigkeit in Einklang zu bringen. Dieses Diktum würde sich auch ergeben, sollten die von den negativen Auswirkungen des Klimawandels Betroffenen nicht ausreichende Berücksichtigung finden. Ob eine Berücksichtigung des Klimaschutzes als öffentliches Interesse ohne individualrechtlichen Schutz für eine gerechte Verteilung der Lasten ausreichen würde, ist fraglich.

e. Auslegungsspielraum zur Überwindung des ressourcenethischen Defizits

Im Folgenden soll untersucht werden, ob sich eine Berücksichtigung derjenigen, die von kleineren und mittleren Bergschäden betroffen sind, und derjenigen, die vom Klimawandel negativ betroffen sind, schon aus der derzeitigen Gesetzeslage ableiten lässt.

aa. Von kleineren und mittleren Bergschäden Betroffenen

Es ist zu überprüfen, ob § 48 II S. 1, S. 3 BBergG auch für die Berücksichtigung derjenigen, die von kleineren und mittleren Bergschäden bedroht sind, offen ist. Der Wortlaut und die historische Auslegung sprechen dagegen.¹⁴⁴⁵ Jedoch könnte die verfassungskonforme Auslegung dafürsprechen, diese im Wortlaut durch das Wort „soweit“ anklingende Differenzierung von privaten Rechten, die unter die öffentliche Interessen subsumiert werden (bei drohenden schwerwiegenden Bergschäden) und solchen die nicht unter den Begriff zu fassen sind, insgesamt fallen zu lassen. Es bedarf der Überprüfung, ob die Unterscheidung zwischen wahrscheinlichen schweren und relevanten Schäden und kleineren und mittleren und damit irrelevanten Schäden nicht nur verteilungsungerecht, sondern auch verfassungswidrig ist. Daraus könnte sich ergeben, dass diese Unterscheidung auch in rechtlicher Hinsicht nicht aufrecht zu erhalten ist.

Das BVerwG hat in seiner Moers-Kapellen-Entscheidung hierzu ausgeführt, dass die gesetzlichen Bestimmungen, die vorsehen, dass Grundeigentümer schädigende, durch Bergbau ausgelöste Einwirkungen hinzunehmen hätten, Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums seien.¹⁴⁴⁶ Diese Inhalts- und Schrankenbestimmungen müssen aber ihrerseits verfassungskonform sein. Verfassungswidrig wären sie dann, wenn dem Eigentum keine Bestandsgarantie gewährt wird und es so zu einer bloßen

1445 Nach dem Wortlaut („Soweit die öffentlichen Interessen zugleich den Schutz von Rechten Dritter umfassen [...]“ (Hervorhebung N.L.)) finden nicht alle privaten Rechte Berücksichtigung unter dem Begriff des öffentlichen Interesses. Die Gesetzesmaterialien verweisen an dieser Stelle auf das Moers-Kapellen-Urteil, welches die Unterscheidung in kleiner/mittlere Bergschäden und große Bergschäden vorsieht.

1446 BVerwG, Urteil v. 16.3.1989 - 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (340) – Moers-Kapellen.

Wertgarantie verkommt.¹⁴⁴⁷ Das BVerwG differenziert hier und hält die Duldungspflicht mit der Substanzgarantie und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dann vereinbar, wenn sie sich ausschließlich auf die Grundeigentümer bezieht, die kleinere und mittlere Schäden zu erwarten hätten, nicht aber bezogen auf die Grundeigentümer, für die schwerwiegende Einwirkungen ausstehen könnten.¹⁴⁴⁸ Diese Rechtsprechung hat mit der vorangehenden Vorstellung gebrochen, dass das Grundeigentum von vornherein keinen Abwehranspruch gegen bergbauliche Tätigkeiten beinhaltet.¹⁴⁴⁹ Diese Duldungspflicht wurde zuvor als eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Art. 14 I GG angesehen.¹⁴⁵⁰ In Konsequenz dessen, waren Beeinträchtigungen des Grundeigentums von Seiten des Bergbaus stets als verfassungsrechtlich unbedenklich anzusehen. Die Bergschadensregelungen mussten so, als eine freiwillige gesetzliche Regelung zur Akzeptanzförderung des Bergbaus, jedenfalls aber nicht als ein verfassungsrechtlich zwingend geforderter Ausgleich von (zulässigen) Beeinträchtigungen grundrechtlich geschützter Eigentumspositionen erscheinen.¹⁴⁵¹ Der Ausgleich mit den Grundeigentümerinteressen wird jedoch durch das BVerwG im Moers-Kapellen-Urteil explizit auf Art. 14 I GG und seine Substanzgarantie zurückgeführt.¹⁴⁵² Damit erkennt das BVerwG implizit an, dass auch die Abwehr vor bergbaulichen Beeinträchtigungen zum Inhalt des Grundeigentums nach Art. 14 I GG gehört. Eine Differenzierung, die zum Inhalt von Art. 14 I GG nur Abwehransprüche gegen schwere Beeinträchtigungen vorsieht und im Übrigen eine Duldungspflicht als Inhalts- und Schrankenbestimmung verankert, ist dogmatisch nicht sinnvoll denkbar.

1447 BVerfG, Beschluss v. 22.05.1979 - 1 BvL 9/75, BVerfGE 51, 193 (218); BVerfG, Beschluss v. 15.07.1981, 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300 (323) – Nassauskiesungsbeschluss; BVerfG, Beschluss v. 8.01.1985 - 1 BvR 792, 501/83, BVerfGE 68, 361 (374); BVerwG, Urteil v. 16.3.1989 - 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (342) – Moers-Kapellen.

1448 BVerwG, Urteil v. 16.3.1989 - 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (344) – Moers-Kapellen.

1449 Hiervon noch ausgehend: OVG Münster, Urteil v. 19.08.1987 - 12 B 1589/87, NWBL 1987, S. 78 (79 f.). Wiedergebend (und ablehnend) Hoppe/Beckmann, DÖV 1988, S. 894 und Hoppe, in: Hüffer (Hrsg.), Oberflächeneigentum und Bergbau, S. 26; Hoppe/Beckmann, Grundeigentumsschutz, S. 60 ff.

1450 Historisch geht der Grundsatz des „dulde und liquidiere“ auf ein partnerschaftliches Verhältnis von Bergbauunternehmer und Grundeigentümer zurück; so hat der Grundeigentümer für die Überlassung seines Bodens wirtschaftliche Vorteile von dem Bergbauunternehmer erlangt (Keienburg, Öffentlichkeitsbeteiligung im Bergrecht, S. 35; Hoppe, in: Hüffer (Hrsg.), Oberflächeneigentum und Bergbau, S. 21).

1451 Insoweit uneindeutig: BT-Drs. 8/1315, S. 69.

1452 BVerwG, Urteil v. 16.3.1989 - 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (344) – Moers-Kapellen.

Eine Duldungspflicht gegenüber bergbaulichen Beeinträchtigungen als implizite Grenze des Grundeigentümerschutzes wurde damit zu Recht höchst-richterlich abgelehnt.

Freilich schließt sich hieran die Frage an, warum der verfassungsrechtliche Eigentumsschutz von Grundeigentümern, die voraussichtlich nur von kleineren und mittleren Bergschäden betroffen sein werden, dann nicht auch die Substanzgarantie beinhalten soll. Die Beantwortung dieser Frage bleibt das BVerwG schuldig.¹⁴⁵³ Vielleicht wirkt hier die schon vom Gesetzgeber geteilte Befürchtung fort, dass der Bergbau nicht möglich wäre, wenn Grundeigentümer wegen der zu befürchtenden Beeinträchtigungen der Oberfläche den Bergbau verhindern könnten.¹⁴⁵⁴ Richtig ist, dass Bergbau nicht möglich ist, ohne in gewissem Umfang auch die Oberfläche zu beeinträchtigen.¹⁴⁵⁵ Ob diese Beeinträchtigungen jedoch den Bergbau vollständig verhindern können – oder welche Anpassungsmaßnahmen durch den Bergbau geleistet werden müssen, gerade dies ist eine Frage der konkreten Abwägung im Einzelfall.¹⁴⁵⁶ Diese verfassungsrechtlich geforderte Einzelfallprüfung kann auch nicht mit Hinweis auf die vom Gesetzgeber anerkannte grundsätzliche Zulässigkeit des Bergbaus fallen gelassen werden.¹⁴⁵⁷ Erhellend ist auch der Blick auf andere konfliktreiche raumbedeut-

1453 Das BVerwG stellt hierzu allein fest: „Klarstellend sei insoweit bemerkt, daß etwa bei einem umfangreichen Bergbauvorhaben nicht notwendig in jedem einzelnen Betriebsplanzulassungsverfahren jeder möglicherweise betroffene Eigentümer zu beteiligen ist. Treten bei der Ausführung von Betriebsplänen trotz ihrer vorherigen behördlichen Prüfung kleinere und mittlere Schäden im üblichen Umfang auf, so sind die davon Betroffenen verfassungsrechtlich unbedenklich insoweit allein auf die Bergschadensregulierung nach §§ 114 ff. BBergG verwiesen; die Betriebsplanzulassung verletzt sie allein deshalb noch nicht in ihrem Eigentumsrecht.“ (Urteil v. 16.3.1989 - 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 (344 f.) – Moers-Kapellen. *Keienburg* stimmt dieser Rechtsprechung zu und führt feststellend an, dass kleinere bis mittlere Bergschäden das Eigentum nicht in seiner grundrechtlich geschützten Substanz berühren können (Öffentlichkeitsbeteiligung im Bergrecht, S. 43).

1454 BT-Drs. 8/1315, S. 137.

1455 So BT-Drs. 8/1315, S. 111.

1456 Zum Erfordernis einer Einzelfallabwägung ebenso *Schenke*, Bergbau contra Oberflächeneigentum und kommunale Selbstverwaltung?, S. 33. *Schenke* weist zu Recht daraufhin, dass die Fragen nach dem Vorhandensein eines Rechtseingriffs nicht mit der anknüpfenden Frage nach einer Rechtsverletzung verwechselt werden dürfen. Die pauschale Zurückweisung von Grundeigentümerinteressen, die voraussichtlich nur geringe bis mittlere Oberflächenauswirkungen zu erwarten haben, verwische diese dogmatische Unterscheidung (ebenda, S. 31).

1457 So aber OVG Saarlouis, Beschl. v. 22.11.2007, 2 B 181/07, BeckRS 2008, 30842, Rn. 2.2.3.1

same Planungen. Für diese ist es selbstverständlich, dass eine Auseinandersetzung mit *allen* Grundeigentümerbelangen zu erfolgen hat und dass sich die raumbedeutsamen Planungen durchzusetzen vermögen.¹⁴⁵⁸ Und so wird auch die Einbeziehung der Interessen von Grundeigentümern, die mit leichten bis mittleren Schäden zu rechnen haben, den Bergbau in Deutschland nicht unmöglich machen.¹⁴⁵⁹ Einem Teil der Grundeigentümer aber von vornherein diese Auseinandersetzung zu verweigern und damit die Substanzgarantie ihres Eigentums abzuschneiden, dies überzeugt nicht. Die Verhältnismäßigkeit fordert es, dass die Grundeigentümer einen schonenderen Abbau verlangen dürfen müssen, wenn dieser ohne weiteres möglich wäre.¹⁴⁶⁰ Darüber hinaus enthält Art. 14 I GG auch eine Verfahrensgarantie, wonach Grundrechtsschutz auch verfahrensrechtlich abgesichert sein muss.¹⁴⁶¹ Die Nichtberücksichtigung der Grundeigentümer, die nur mit mittleren bis leichten Bergschäden zu rechnen haben, ist verfassungswidrig.¹⁴⁶²

Nach der verfassungskonformen Auslegung des § 48 II S. 1, S. 3 BBergG ist die Differenzierung nach dem Schweregrad der drohenden Bergschäden fallen zu lassen. Die Interessen derjenigen, die von möglichen Bergschäden Betroffenen sein könnten, sind vollständig zu berücksichtigen. Damit geht einher, dass sich auch alle Betroffenen am Betriebsplanverfahren beteiligen können.

bb. Vom Klimawandel negativ Betroffene

Zum erweiterten Verständnis der bergrechtlichen Normen könnte der jüngst ergangene Beschluss des BVerfG zum Klimaschutz beitragen. In diesem hat es festgestellt, dass sich aus den Grundrechten des Art. 2 II 1 GG und Art. 14 I GG auch Schutzpflichten des Staates vor den Gefahren

1458 Hoppe/Beckmann, DÖV 1988, S. 898.

1459 Ebenso Hoppe/Beckmann, DÖV 1988, S. 898 (noch zu der Rechtslage vor dem Moers-Kapellen-Urteil).

1460 Schenke, Bergbau contra Oberflächeneigentum und kommunale Selbstverwaltung?, S. 32 f.; Hoppe/Beckmann, DÖV 1988, S. 900 f.

1461 Ausführlich zu diesem Aspekt Hoppe/Beckmann, Grundeigentumsschutz, S. 81 ff.

1462 Ebenso Hoppe, in: Hüffer (Hrsg.), Oberflächeneigentum und Bergbau, S. 31.

des Klimawandels ergeben.¹⁴⁶³ Dabei ist es „prinzipiell denkbar“, dass auch im Ausland lebende, vom Klimawandel Betroffene diese grundrechtlichen Schutzpflichten für sich in Anspruch nehmen können.¹⁴⁶⁴ Auch sei es für die Beschwerdebefugnis unerheblich, dass potentiell eine „sehr große Zahl von Personen betroffen ist“, es komme vielmehr allein auf die individuelle Grundrechtsbetroffenheit an.¹⁴⁶⁵ Diese vom BVerfG geäußerten Grundannahmen könnten für eine Auslegung der bergrechtlichen Normen sprechen, die die Verteilung der Lasten auch bezüglich der negativ vom Klimawandel Betroffenen in den Blick nimmt.

2. Wie der Berücksichtigung

Die Lasten müssten auch gerecht verteilt werden. Für die Beantwortung der Frage, ob der für die Letztentscheidung vorgesehene Bewertungsmaßstab ein im Sinne der Verteilungsgerechtigkeit gerechter Maßstab ist, ist auf die Ausführungen oben zu verweisen (unter Kapitel 4 B. I. 4.). Hier ist nur anzumerken, dass die verschiedenen Entscheidungskriterien – nach dem Allgemeinwohl, der Gewichtigkeit der Belange im Rahmen einer Gesamtabwägung und das Fehlen der entgegenstehenden überwiegenden öffentlichen Interessen – unterschiedlich prädestiniert sind, die Interessen der Lastenempfänger zur Geltung zu bringen (schematisch dargestellt unter dem Begriff „Durchsetzungspotential“ in Abbildung 29). Am wenigsten Gewicht können sie in der Frage nach den entgegenstehenden Interessen entfalten. Jedes einzelne Interesse der Lastenempfänger würde einzeln danach bewertet werden, ob es die Bergbaubelange überwiegt. Eine zusammenfassende Bewertung aller entgegenstehenden Interessen, die mit den für den Bergbau sprechenden Belangen gegen- und untereinander abgewogen werden sollen, bietet die Gesamtabwägung. Hier können sich die Interessen der Lastenempfänger kumulieren und so mehr Durchsetzungskraft in der „Ob“-Frage entfalten. Am stärksten ist eine Durchsetzung der Interessen

1463 BVerfG, Beschluss v. 24.3.2021 - 1 BvR 2656/18, BVerfGE 157, 30 (zur Schutzpflicht aus Art. 2 II 1 GG: Leitsatz 1 und Rn. 145 ff.; zur Schutzpflicht aus Art. 14 I GG: Rn. 171) – Klimaschutz.

1464 BVerfG, Beschluss v. 24.3.2021 - 1 BvR 2656/18, BVerfGE 157, 30, (124, Rn. 174 ff.) – Klimaschutz. Im konkreten Fall handelte es sich um Beschwerdeführer aus Nepal und Bangladesch. Das BVerfG hat im Ergebnis jedenfalls eine Verletzung der möglichen Schutzpflicht verneint (BVerfGE 157, 128 f., Rn. 180).

1465 BVerfG, Beschluss v. 24.3.2021 - 1 BvR 2656/18, BVerfGE 157, 30 (94, Rn. 110) – Klimaschutz.

der Lastenempfänger mit dem Allgemeinwohlkriterium zu erwarten, weil hier nicht alle für den Bergbau sprechenden Belange den Interessen der Lastenempfänger entgegengesetzt werden können.

3. Zwischenbewertung

Die Berücksichtigung derjenigen, die negativ vom Bergbau betroffen sind, stand nicht im Fokus der gesetzgeberischen Bemühungen. Dies ist wohl auf die Rechtstradition im Bergrecht zurückzuführen, die prominent den Grundsatz des „dulde und liquidiere“ bereithielt und davon ausging, dass auch die Betroffenen letztendlich von dem Bergbau profitieren.

Die ressourcenethische Analyse hat die mangelnde Berücksichtigung derjenigen, die von kleineren bis mittleren Bergschäden betroffen sein könnten als defizitär gekennzeichnet. Die verfassungskonforme Auslegung fordert jedoch einen Einbezug auch dieser Interessenträger. Weiterhin ist die Rechtsfrage darüber offen, ob die Gruppe der vom Klimawandel negativ Betroffenen individualrechtlich berücksichtigt wird. Nicht zuletzt aus dem Klimaschutz-Beschluss des BVerfG ergeben sich wichtige Argumente, die für eine Berücksichtigung sprechen.

Der Gesetzgeber ist aufgefordert, eine klare einheitliche Norm zu schaffen, die die Berücksichtigung der privaten Interessen von vornherein vorsieht. Die Abwägung auch mit den privaten, dem Bergbau entgegenstehenden Interessen soll auch gesetzessystematisch als zentrale Zulassungsfrage durch den Gesetzgeber platziert werden. Auch bezüglich der individualrechtlichen Berücksichtigung der vom Klimawandel Betroffenen wäre eine positive gesetzgeberische Klarstellung aus Ressourcenschutzsicht zu begrüßen.

II. Präventionsmaßnahmen

Die Präventionsmaßnahmen sind – neben der Frage, ob die Lasten durch die Gestattung des Bergbaus überhaupt auferlegt werden – unter dem Aspekt der Verteilung der Lasten als eine wichtige Stellschraube anzusehen. Mit ihnen kann die Wahrscheinlichkeit des Eintretens von Schaden (die Last „Risiko“) minimiert werden. Das BBergG trifft in diesem Bereich explizit Regelungen zum Ausgleich mit den Eigentümerinteressen. Mit den Instrumenten Anpassungspflicht (§ 110 BBergG), Sicherungsmaßnahmen (§ 111 BBergG) und der Bauwarnung (§ 113 BBergG) sollen bei der Errich-

tung, Erweiterung oder wesentlichen Änderung von baulichen Anlagen diese vor Schäden durch den Bergbau bewahrt werden. Diese Präventionsmaßnahmen sind als feines Netz von gegenseitigen Pflichten oder Obliegenheiten von Unternehmer und Bauherr ausgestaltet. Eine tiefergehende ressourcenethische Analyse dieser Präventionsmaßnahmen kann im Rahmen dieser Arbeit nicht geleistet werden.

Andere Maßnahmen, die sich aus der Berücksichtigung der Interessen der Lastenempfänger ergeben, die Lasten der Lastenempfänger verringern und vom Antrag auf Betriebszulassung abweichen, können durch die Ausgestaltung der Betriebsplanzulassung als gebundenen Entscheidung grundsätzlich nicht behördlicherseits festgelegt werden. Hier sei an ein vielfältiges Bündel an Maßnahmen gedacht, das die privaten Interessen zu schonen im Stande ist; beispielsweise indem bestimmte Immissionen verringert werden sollen¹⁴⁶⁶ oder indem die zeitliche Planung des Abbaus die Interessen der Lastenempfänger berücksichtigt.

Sollten die entgegenstehenden Interessen die bergbaulichen Belange nicht überwiegen, so wären Nebenbestimmungen gem. § 36 I Alt. 2 VwVfG unzulässig. Es bliebe bei der Feststellung, dass öffentliche/bzw. private Interessen die bergbaulichen Interessen nicht überwiegen und insofern die Zulassung uneingeschränkt zu erteilen wäre.¹⁴⁶⁷ Dies gilt für alle Maßnahmen, die im Rahmen von Nebenbestimmungen ergehen könnten und die sich nicht auf anwendbare außerbergrechtliche Ermessensvorschriften stützen können. (Als eine solche außerbergrechtliche Ermessensvorschrift könnte beispielsweise der § 24 BImSchG zur Absicherung der Betreiberpflichten von nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen (§ 22 BImSchG) in Betracht kommen.¹⁴⁶⁸ Fraglich ist aber, ob diese Ermessensvorschrift zum Treffen von Einzelfallanordnungen den hier geforderten Interessenausgleich, wie er sich aus der Berücksichtigung der Interessen innerhalb einer Gesamtabwägung ergibt, leisten kann.)

Diese Ausgestaltung der Entscheidung befördert damit eine Lastenverteilung, die nicht hinterfragt, ob ein weniger an Lastenzuweisung möglich

1466 Hier ist jedoch auf die Möglichkeit der immissionsschutzrechtlichen Ermessensvorschrift (so z. B. § 24 BImSchG) hinzuweisen.

1467 Ausführlich hierzu siehe oben unter Kapitel 4 B. I. 4. a. cc.

1468 Die Anwendbarkeit der Vorschriften über nichtgenehmigungsbedürftige Anlagen richtet sich nach dem Anlagenbegriff des § 3 V BImSchG. Eine Genehmigungspflicht und die Anwendbarkeit der hieraus resultierenden gesetzlichen Anforderungen richtet sich nach § 4 II BImSchG und der 4. BImSchVO (ausführlich hierzu Rausch, Umwelt- und Planungsrecht beim Bergbau, S. 87 ff., 99 f.).

wäre, sondern nur bemisst, ob die Lasten generell zu hoch sind, um das Gesamtvorhaben daran scheitern zu lassen. Dies ist unter Gesichtspunkten der Verteilungsgerechtigkeit zu kritisieren. Wenn schon unbeteiligten Dritten Lasten auferlegt werden müssen, dann sollte das Bestreben in die Richtung gehen, entstehende Lasten zu mindern, d.h. die zu tragende Last insgesamt zu minimieren. Dies, und nicht eine Vorfestlegung zugunsten der bergbaulichen Belange, wäre das Ergebnis einer gerechten Interessensabwägung. Die Untersuchung (in Kapitel 4 B., II., 1.) konnte zeigen, dass zumindest die Zulassung des Rahmenbetriebsplans mit einer planerischen Gestaltungsfreiheit der Behörde einhergeht und somit das diesbezüglich auch in der Lastenverteilung auftretende Defizit schon *de lege lata* abgeschwächt werden kann.

III. Bergschadensersatzanspruch

Als letztes Mittel die Konflikte des „vertikalen Nachbarschaftsverhältnisses“¹⁴⁶⁹ von Privaten und Bergbauunternehmer zum Zweck der Wiedergutmachung zu lösen, stellt das BBergG mit den §§ 114 i.V.m. 115 I bzw. 116 I BBergG Schadensersatzansprüche zur Verfügung.¹⁴⁷⁰ Diese Bergschadenshaftung ist eine Gefährdungshaftung.¹⁴⁷¹ Das heißt, dass unabhängig von Fragen des Verschuldens, auch erlaubte Handlungen, denen eine gewisse Gefährlichkeit innewohnt, eine Haftung auslösen können. Grund hierfür ist, dass eine Person aus einer gefährlichen Tätigkeit einen Nutzen zieht¹⁴⁷² – im Umweltrecht ist dies eine Ausformung des Verursacher- bzw. polluter-pays-Prinzips.¹⁴⁷³ Dieses Verursacherprinzip hat gerade die Aufgabe die gerechte Verteilung von Lasten herbeizuführen.¹⁴⁷⁴ Die Verteilungsgerechtigkeit der Lasten ist sozusagen der immanente Grund der Bergschadenshaftung.

In der Gefährdungshaftung tritt anstelle des Nachweises eines Verschuldens das Erfordernis eines Gefährdungs- oder Zurechnungszusammen-

1469 *Rasel*, Umweltrechtliche Implikationen im BBergG, S. 251.

1470 *Dapprich/Franke*, Leitfaden des Bergrechts, S. 80.

1471 *Frenz*, in: *Frenz* (Hrsg.), BBergG, § 114, Rn. 1.

1472 *Lorenz*, JuS 2021, 307. Zur Gefährlichkeit des Bergbaus siehe *Frenz*, in: *Frenz* (Hrsg.), BBergG, § 114, Rn. 96.

1473 *Frenz*, in: *Frenz* (Hrsg.), BBergG, § 114, Rn. 2.

1474 So ausdrücklich *Kloepfer/Durner*, Umweltschutzrecht, § 3, Rn. 18.

hangs.¹⁴⁷⁵ Damit ist an die Verwirklichung gerade der bergbauspezifischen Gefahr angeknüpft („[...] infolge [...]“ § 114 I BBergG). Hier greift der § 120 BBergG ein, welcher eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität von bergbaulicher Aktivität und Schaden vorsieht. Er soll insofern zur „Waffengleichheit“¹⁴⁷⁶ beitragen; hat doch der Bergbaubetreiber sowohl den Einblick in die betrieblichen Aktivitäten als auch das größere bergrechtliche Fachwissen.¹⁴⁷⁷ Diese Beweislastumkehr gilt aber nicht uneingeschränkt,¹⁴⁷⁸ sondern soll sich lediglich auf typische Erscheinungsformen des untertägigen Abbaus erstrecken.¹⁴⁷⁹ Explizit ausgenommen sind weiterhin die Fälle des § 120 I S. 2 BBergG. Die bergbauliche Gefährdungshaftung – ist wie andere Gefährdungshaftungen auch¹⁴⁸⁰ – in der Höhe gem. § 117 I BBergG beschränkt, was sie versicherbar machen lässt.¹⁴⁸¹

Es ist festzuhalten, dass gerade der Bergschadensersatzanspruch aufs engste mit der Frage nach einer gerechten Verteilung der Lasten verbunden ist und insofern starke Bezüge zur Ressourcenethik aufweist. Inwiefern die Ausgestaltung des Bergschadensersatzanspruches den Anforderungen der Verteilungsgerechtigkeit gerecht wird und ob ein Verbesserungsbedarf besteht, dies bedürfte einer eingehenden Untersuchung, die diese Arbeit nach der vorgenommenen Schwerpunktsetzung nicht zu leisten vermag.

D. Fazit

Das BBergG nach der derzeitigen Auslegung weist in Bezug auf Fragen der Verteilungsgerechtigkeit Defizite auf. So kommt die Verteilung der Rechtsposition am Bodenschatz im Ergebnis einem Abbauauftrag gleich. Das öffentliche Gut des Bodenschatzes wird ohne weiteres in die Hände Privater gelegt. Auch die Verteilung des Rechts an der Bodennutzung findet auf der Basis einer konfusen und letztendlich verfassungswidrigen Rechtsgrundlage statt. Die Gesamtabwägung, die durch richterrechtliche Rechtsentwicklung dem § 48 II S. 1 BBergG entnommen wird, könnte mit

1475 Lorenz, JuS 2021, 307.

1476 Kremer/Neuhaus gen. Wever, Bergrecht, Rn. 484.

1477 BT-Drs. 8/1315, S. 144 = Zydek, Materialien BBergG, S. 446.

1478 Kritisch hierzu: Kremer/Neuhaus, Bergrecht, Rn. 488.

1479 Eine Beweislastumkehr auch bei der bergbaulichen Aktivität am Tagebau wurde abgelehnt, weil hier keine typisierenden Schäden aufgestellt werden können (BT-Drs. 8/3965, S. 143). Siehe auch BT-Drs. 8/1315, S. 144.

1480 Beispiele hierzu bei Lorenz, JuS 2021, 307.

1481 Schulte, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 117, Rn. 29.

dem Verteilungskriterium der Gewichtigkeit eines Belangs an sich gerechte Ergebnisse produzieren. In ihrer konkreten Ausgestaltung nach der derzeitigen Auslegung – als nachvollziehbare Abwägung im Rahmen einer gebundenen Entscheidung, die eine normative Gewichtungsvorgabe zugunsten der bergbaulichen Belange enthält – wird ihr dies jedoch nicht gelingen, sondern auch hier ist der Entscheidungsmechanismus für einen Abbau von Bodenschätzen voreingenommen.

Diese Defizite konnten teilweise durch eine vorzugswürdigere Auslegung behoben werden. So konnte beispielsweise gezeigt werden, dass die Gesamtabwägung als Enteignungsabwägung nun mehr dem Kriterium des Allgemeinwohls folgt. Dies ist vor allem mit den Ideen des Differenzprinzips zu begrüßen. Ob nun mittels dieser Auslegung gerechte Verteilungsentscheidungen auf Grundlage des BBergG getroffen werden, ist nun vor allem auch davon abhängig, wie konkret die bergbaulichen Belange ermittelt werden und wie ambitioniert das Allgemeinwohlerfordernis vor dem Hintergrund der Ressourcenübernutzung im Lichte des Art. 20a GG verstanden wird.

Die Kritik an der Gesamtabwägungslehre hat gezeigt, dass die Rechtslage verfassungswidrig ist und der Gesetzgeber damit nicht umhinkommt, selbst tätig zu werden. Zumindest muss der Gesetzgeber die Gesamtabwägung und die enteignungsrechtliche Vorwirkung einführen. Im Lichte der Verteilungsgerechtigkeit wären auch Klarstellungen, die die ressourcengerechte Auslegung stützen, dringend anzuraten (näheres hierzu dann in Kapitel 7).