

**Schleswig-Holsteinischer Landtag  
Umdruck 16/3396**

**Der Präsident des  
Schleswig-Holsteinischen Landtages**

**Wissenschaftlicher Dienst**

Schleswig-Holsteinischer Landtag ▪ Postfach 7121 ▪ 24171 Kiel

An den  
Vorsitzenden  
der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN  
Herrn Karl-Martin Hentschel, MdL

im Hause

**Ihr Zeichen:**

**Ihre Nachricht vom: 20.05.2008**

**Mein Zeichen: L 201 – 220/16**

**Meine Nachricht vom:**

**Bearbeiter/in:**

**Prof. Dr. Johannes Caspar**

**Telefon (0431) 988-1103**

**Telefax (0431) 988-1250**

**johannes.caspar@landtag.ltsh.de**

**7. Juli 2008**

## **Probebohrungen im Wattenmeer**

Sehr geehrter Herr Hentschel,

zu Ihren Fragen betreffend die Zulässigkeit von Explorationsbohrungen zur näheren Untersuchung von Erdöllagerstätten im Nationalpark Wattenmeer durch die RWE Dea AG sowie zu den Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufsuchungserlaubnis (Erlaubnisfeld Eiderstedt) übersenden wir Ihnen das anliegende Gutachten.

Mit freundlichen Grüßen

gez.

Prof. Dr. Johannes Caspar



## **Gutachten**

**zur Zulässigkeit von Explorationsbohrungen im Wattenmeer  
sowie zu den Voraussetzungen einer Erlaubnis zur Aufsuchung  
von Kohlenwasserstoffen (Erlaubnisfeld Eiderstedt) im Wattenmeer**

## Inhaltsverzeichnis

I.	Zur rechtlichen Zulässigkeit von Explorationsbohrungen .....	4
1.	Das bergrechtliche Zulassungsverfahren und die Berücksichtigung naturschutzrechtlicher Belange .....	4
1.1	Zweistufigkeit des Verfahrens .....	4
1.2	Berücksichtigungsfähigkeit der außerbergrechtlichen Belange des Natur- und Landschaftsschutzes bei der Betriebsplanzulassung .....	5
2.	Die Zulassung von Probebohrungen und das Schutzregime des Nationalparkgesetzes.....	7
3.	Verstoß des Landesrechts gegen die Rohstoffsicherungsklausel in § 48 Abs. 1 S. 2 BBergG? .....	10
4.	Abwägungsvorrang bergrechtlicher Belange nach § 48 Abs. 1 S. 2 BBergG? .....	11
5.	Fazit .....	12
II.	Die Erteilung der Erlaubnis zur Aufsuchung von Kohlenwasserstoffen im Wattenmeer (Erlaubnisfeld Eiderstedt) und die Berücksichtigung naturschutzrechtlicher Regelungen.....	13
1.	Einleitung .....	13
2.	Zur Versagungsnorm des § 11 Nr. 10 BBergG .....	14
3.	Ablauf des Verfahrens betr. das Erlaubnisfeld Eiderstedt .....	15
4.	Zu den Versagungsvoraussetzungen des § 11 Nr. 10 BBergG.....	16
4.1	Gesetzsystematische Gründe für die fehlende Abwägung naturschutzrechtlicher Belange im Konzessionsverfahren.....	16
4.2	Zur Auslegung des Begriffs „ausschließen“ in § 11 Nr. 10 BBergG.....	17
4.3	Zur Formulierung „im gesamten zuzuteilenden Feld“ in § 11 Nr. 10 BBergG...	18
5.	Pflicht zur Durchführung von naturschutzrechtlichen Verträglichkeitsprüfungen vor Erteilung einer Aufsuchungserlaubnis.....	21
5.1	Mögliche Prüfungserfordernisse nach Maßgabe des Natur- und Artenschutzes.....	21
5.1.1	FFH-Verträglichkeitsprüfung .....	21
5.1.2	Strategische Umweltverträglichkeitsprüfung .....	22
5.1.3	Artenschutzrechtliche Prüfung .....	23

5.2	Pflicht zur Durchführung von Verträglichkeitsprüfungen im Konzessionsverfahren nach BBergG? .....	24
6.	Zur Vereinbarkeit der Ausgestaltung des bergrechtlichen Erlaubnisverfahrens mit der FFH-Richtlinie.....	26
6.1	Plan- und Projektbegriff der FFH-Richtlinie .....	26
6.2	Mitgliedstaatliche Vorgaben aus Art. 6 Abs. 3 FFH-Richtlinie und deren Beachtung im nationalen Recht .....	29
7.	Ergebnis .....	33

## **I. Zur rechtlichen Zulässigkeit von Explorationsbohrungen**

Auf Ihre Fragen betreffend die rechtlichen Voraussetzungen für Explorationsbohrungen im Nationalpark Wattenmeer durch die RWE Dea AG verweisen wir zunächst auf unser Gutachten vom 17.6.2008, das wir im Auftrag der SPD-Fraktion erstellt haben (Umdruck 16/3281). Im Hinblick auf die von Ihnen aufgeworfenen weiteren Aspekte der Fragestellung führen wir wie folgt aus:

### **1. Das bergrechtliche Zulassungsverfahren und die Berücksichtigung naturschutzrechtlicher Belange**

#### **1.1 Zweistufigkeit des Verfahrens**

Für die Durchführung von Explorationsbohrungen nach Kohlenwasserstoffen (Erdöl/Erdgas) bedarf es grundsätzlich einer Aufsuchungserlaubnis nach § 7 Bundesberggesetz (BBergG). Diese gewährt ihrem Inhaber das ausschließliche Recht, in einem bestimmten Gebiet - dem Erlaubnisfeld - nach den Vorschriften des Bundesberggesetzes die in der Erlaubnis bezeichneten Bodenschätze aufzusuchen, d.h. alle auf die Entdeckung oder Feststellung der Ausdehnung von Bodenschätzen gerichteten Tätigkeiten auszuüben (vgl. § 4 Abs. 1 BBergG). Ferner gewährt die Aufsuchungserlaubnis das Recht, die im Rahmen der planmäßigen Aufsuchung notwendigerweise zu lösenden oder freizusetzenden Bodenschätze zu gewinnen und das Eigentum an ihnen zu erwerben (§ 7 Abs. 1 Nr. 2 BBergG). Darüber hinaus erwirbt der Inhaber der Erlaubnis nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 BBergG das Recht, die Einrichtungen im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 3 BBergG zu errichten und zu betreiben, die zur Aufsuchung der Bodenschätze und zur Durchführung der damit in Zusammenhang stehenden Tätigkeiten erforderlich sind. Davon umfasst sind alle für die Aufsuchungstätigkeit erforderlichen Betriebsanlagen und Betriebseinrichtungen.

Das bergrechtliche Zulassungsverfahren weist die Besonderheit auf, dass die Bergbauberechtigung (Aufsuchungserlaubnis nach § 7 BBergG, Bewilligung nach § 8 BBergG bzw. Bergwerkseigentum nach § 9) den Inhaber noch nicht zum tatsächlichen Beginn bergbaulicher Betätigungen legitimiert, sondern hierzu grundsätzlich in einer zweiten Verfahrensstufe ein Betriebsplanverfahren (§ 51 BBergG ff.) nachschaltet, aus dem sich die konkreten bergbaulichen betrieblichen Maßnahmen, die der Inhaber zur Ausnutzung der Erlaubnis im Einzelnen ergreifen kann, ergeben.

Die auf der ersten Stufe zu erteilende Konzession betrifft somit die **grundsätzliche Berechtigung** zur Aufsuchung im jeweiligen Gebiet. Das anschließende Betriebsplanverfahren stellt als behördliches Kontrollverfahren sicher, **wie und unter welchen Voraussetzungen** der Inhaber seine Berechtigung ausüben darf (Boldt/Weller, Bundesberggesetz, § 6, Rn. 13).

## 1.2 Berücksichtigungsfähigkeit der außerbergrechtlichen Belange des Natur- und Landschaftsschutzes bei der Betriebsplanzulassung

Obwohl das Bundesberggesetz eine abschließende Regelung des Bergrechts enthält, ist das Aufsuchen, Gewinnen und Aufbereiten bergfreier und grundeigener Bodenschätze nicht generell dem Geltungsbereich außerbergrechtlicher Vorschriften entzogen. Anders als im Bereich der Konzessionserteilung auf der ersten Stufe, die sich für die Aufsuchungserlaubnis nach § 11 BBergG richtet (dazu siehe noch unter II.), gilt für **bergbauliche Tätigkeiten** im Rahmen der Aufsuchung und Gewinnung von Bodenschätzen die **Unberührtheitsklausel** nach § 48 Abs. 1 S. 1 BBergG.

Danach bleiben die außerhalb des Bergrechts bestehenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften grundsätzlich unberührt, soweit sie sich auf **Grundstücke** beziehen, die im Interesse eines öffentlichen Zwecks gewidmet oder geschützt sind. Die Vorschrift ist in einem weiten Sinne zu verstehen. Sie umfasst alle durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes, also durch Rechtsverordnung, Satzung oder durch Verwaltungsakt in irgendeiner Weise einem öffentlichen Zweck gewidmeten oder, wenn eine Widmung fehlt, im Interesse eines öffentlichen Zwecks geschützten Flächen (vgl. Boldt/Weller, Bundesberggesetz, § 48, Rn. 2). Hierzu zählen nicht nur öffentliche Verkehrswege, sondern auch Wasserschutz-, Naturschutz- und Landschaftsschutzgebiete (siehe die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zu § 47 BT-Drs. 8/1315 vom 09.12.1977, S. 104). Damit sind auch die Verbote und Beschränkungen des Naturschutzrechts, vorliegend insbesondere die Vorschriften des **Nationalparkgesetzes**, bei der Ausübung bergrechtlicher Befugnisse zu beachten. Nach Maßgabe der Unberührtheitsklausel bleiben die für den jeweiligen Sachbereich zuständigen Behörden für die Erteilung von Ausnahmen und Befreiungen von Verboten oder Beschränkungen nach den einschlägigen Fachgesetzen zuständig.

Zwar betrifft § 48 BBergG nach der Gesetzssystematik Anordnungen zur Beschränkung oder Untersagung der Gewinnung bzw. Aufsuchung **nach Abschluss** des Betriebsplanzulassungsverfahrens. Es wäre jedoch wenig sinnvoll, zunächst die Prüfung im Rahmen des Zulassungsverfahrens vorzunehmen, um diese dann nachträglich wieder einzuschränken (so zutreffend Ludwig, Auswirkungen der FFH-Richtlinie

auf Vorhaben zum Abbau von Bodenschätzen nach dem BBergG, 2005, S. 77). Die Unberührtheitsklausel gilt demnach gerade auch für die Beachtung landesrechtlicher Bestimmungen im Rahmen der **Betriebsplanzulassung** außerhalb der nach § 55 BBergG von der Bergbehörde zu überprüfenden Voraussetzungen (Hoppe, DVBl. 1987, S. 757, 761; für eine Anwendung des § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG auf die Betriebsplanzulassung BVerwGE 100, 1 ff.).

Bedarf es daher zur Erteilung einer Betriebsplanzulassung (Aufsuchungsbetrieb nach § 51 Abs.1 BBergG) ggf. landesrechtlicher Ausnahmen und Befreiungen, so fallen diese in den Aufgaben- und Zuständigkeitsbereich nicht etwa der Bergbehörde, sondern derjenigen Behörde, der die Einhaltung der Schutznorm i.S. des § 48 Abs. 1 S.1 zugewiesen ist (Fischer-Hüftle, NuR 1989, S. 106, 110; Frenz, Bergrecht und Nachhaltige Entwicklung, 2001, S. 46; vgl. ferner Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 8/1315, S. 104; abweichend für Entscheidungen im Betriebsplanverfahren, sofern das entgegenstehende Verbot oder die entgegenstehende Beschränkung nicht zugleich einen Versagungsgrund in § 55 BBergG darstellen, Boldt/Weller, Bundesberggesetz, § 48, Rn. 2).

Insoweit ist die Bestimmung in § 48 Abs. 1 S. 1 BBergG für die Bergbehörde auch **vor** der Zulassung von Betriebsplänen zu beachten. Danach sind ggf. Ausnahmen von Verboten und Beschränkungen bei den jeweils zuständigen **Fachbehörden** einzuholen. Die Zulassung eines Betriebsplans, der Probebohrungen im Wattenmeer vorsieht, bedarf daher ggf. einer positiven Entscheidung des nach § 7 Abs 1 NPG für die Erteilung von Ausnahmen zuständigen Landesbetriebs für Küstenschutz, Nationalpark und Meeresschutz.

Neben den besonderen Schutzbestimmungen des Nationalparkgesetzes kann die Entscheidung über die im Rahmen einer Betriebsplanzulassung beantragten Probebohrungen ferner eine **FFH-Verträglichkeitsprüfung** nach § 30 LNatSchG erforderlich machen. Dabei ist zu beachten, dass anders als bei den Bestimmungen des Nationalparkgesetzes die FFH-Verträglichkeitsprüfung durch das Landesrecht nicht einer bestimmten Behörde zugewiesen ist. § 30 Abs. 7 LNatSchG bestimmt vielmehr, dass die Verträglichkeit des Projektes und die Ausnahmevoraussetzungen von der Behörde geprüft werden, die nach anderen Rechtsvorschriften für die behördliche Gestattung oder Entgegennahme einer Anzeige zuständig ist. Danach wäre das FFH-Schutzregime vor Zulassung von Betriebsplänen von der Bergbehörde selbst vorzunehmen, wobei offen bleiben kann, ob die Pflicht zur Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung aus § 48 Abs. 1 S. 1 oder aus § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG resultiert

(für Zuständigkeit nach Abs. 2 Ludwig, a.a.O, S. 78, für Abs. 1 wohl Frenz, a.a.O, S. 47).

Für Betriebspläne bzw. Probebohrungen, die Eingriffe in die Flora und Fauna darstellen, gelten ferner die besonderen naturschutzrechtlichen Anforderungen über die besonders geschützten Tier- und Pflanzenarten (§§ 42, 43 BNatSchG) sowie letztlich auch die allgemeine naturschutzrechtliche Eingriffsregelung (vgl. hierzu insbesondere zu letzteren im bergrechtlichen Zulassungsverfahren Kolonko, ZUR 1995, S. 126, 130 ff., ferner Louis, Bundesnaturschutzgesetz Kommentar, 2. Auflage, § 8, Rn. 145).

Je nach Lage, Ausmaß und Intensität der geplanten Explorationsbohrungen sind daher ausdrückliche behördliche Zustimmungserfordernisse nach § 48 Abs. 1 BBergG oder besondere naturschutzfachliche Prüfungsverfahren vor Zulassung eines Aufsuchungsbetriebs und der Durchführung von Probebohrungen erforderlich.

## **2. Die Zulassung von Probebohrungen und das Schutzregime des Nationalparkgesetzes**

Ob und in welcher Weise vor der Zulassung von Probebohrungen sowie weiterer Aufsuchungstätigkeiten durch die RWE Dea AG die Durchführung von FFH- sowie spezielle artenschutzrechtliche Verträglichkeitsprüfungen erforderlich sind, lässt sich mangels konkreter Angaben zu den beantragten Bohrungen, insbesondere über deren Ort sowie Umfang, Intensität und Dauer nicht feststellen (ausführlicher noch zur FFH-Verträglichkeitsprüfung im Zusammenhang mit der Erteilung der bergrechtlichen Aufsuchungserlaubnis unter II.).

Vorliegend kann jedoch die Frage beantwortet werden, ob die konkreten flächenbezogene Schutzbestimmungen des Nationalparkgesetzes (Gesetz zum Schutze des Schleswig-Holsteinischen Wattenmeeres [NPG]), die über § 48 Abs. 1 BBergG bei der Aufsuchungstätigkeit zu beachten sind, Explorationsbohrungen im Wattenmeer entgegenstehen bzw. ob die nach dem Nationalparkgesetz zuständige Fachbehörde gegebenenfalls Ausnahmen von Verboten oder Beschränkungen des NPG (Zustimmungen, Erlaubnisse oder Befreiungen) erteilen kann (zur Zuständigkeit bereits Hoppe, DVBl. 1987, 157, 761, im Hinblick auf die damalige Nationalparkverordnung des niedersächsischen Wattenmeeres). Zur näheren Darstellung der einschlägigen Bestimmungen des Nationalparkgesetzes verweisen wir in diesem Zusammenhang zunächst auf die gutachterliche Stellungnahme des Wissenschaftlichen Dienstes

betreffend die Vereinbarkeit von Explorationsbohrungen mit dem NPG (Umdruck 16/3281), die wir hier wie folgt zusammenfassen:

Soweit die Auffassung vertreten wird, im Wattenmeerschutzbereich seien Erkundungsmaßnahmen zur Aufsuchung von Erdölvorkommen gestattet, wenn glaubhaft gemacht wird, dass die Lagerstätten von einem außerhalb des Schutzgebiets liegenden Standort ausgebeutet werden können (siehe Erklärung von Stade, 1997, Anh. 1, Trilateraler Wattenmeerplan, S. 48 f.), bestehen hiergegen rechtliche Zweifel.

Zum einen ergibt sich bereits aus dem Nationalparkgesetz, dass nach § 6 Abs. 3 Nr. 6 NPG Erdölbohrungen und Erdölförderungen innerhalb des Schutzgebietes **ausschließlich** von der genehmigten Bohr- und Förderinsel Mittelplate A ausgeführt werden sollen. Aus Wortlaut und Systematik wie aus dem gesetzlichen Zweck der Regelung ist ersichtlich, dass weitere, über diesen beschränkten Bestandsschutz hinaus gehende Bohrungen zur Erdölförderung oder zur Aufsuchung von Erdölfeldern im Bereich des Wattenmeeres nicht stattfinden sollen (ausführlich Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes Umdruck 16/3281, S. 5 ff.).

Handelt es sich dagegen um **schutzgebietsexterne** Bohrungen von Land aus, die schräg unterhalb des Gebiets ausgeführt werden, so gilt, dass diese nach der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs zwar nicht von der Bestimmung des § 6 Abs. 3 Nr. 6 NPG ausgeschlossen werden. Die Auslegung trägt dem sich aus der amtlichen Begründung ergebenden Willen des Gesetzgebers Rechnung, der ausdrücklich eine Ausnahme von Bohrungen von Land aus befürwortet (Gesetzesentwurf der Landesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Neufassung des Gesetzes zum Schutze des schleswig-holsteinischen Wattenmeeres, LT-Drs. 14/2159 vom 19.05.1999, S. 21 f.).

**Externe** Bohrungen unterhalb des Meeres in das Gebiet hinein müssen, da sich auch Schrägbohrungen auf das Schutzgebiet auswirken können (*mögliche Störung der dort ansässigen Tierarten, Gefahr von Absenkungen des Meeresbodens sowie des Austritts von Öl*), gleichwohl als mögliche Eingriffe in den vom Nationalpark geschützten Naturraum Wattenmeer angesehen werden. Danach ergibt sich, dass Schrägbohrungen vom Verbot des § 5 Abs. 1 Nr. 1 NPG umfasst sind, die für den Nationalpark zuständige Behörde jedoch nach § 6 Abs. 4 NPG im Einzelfall *Befreiungen* erteilen kann.

Entscheidend für die Möglichkeit, eine Befreiung für Bohrtätigkeiten, die außerhalb des Schutzgebiets ansetzen und unter dem Wattenmeer verlaufen, zu erteilen, ist

dass nach § 6 Abs. 4 NPG von einer Ausnahme vom Verbot keine **negativen Beeinträchtigungen** i.S. des § 5 Abs. 1 Satz 1 NPG für das Schutzgut Wattenmeer ausgehen. Das OVG Schleswig legt diesen unbestimmten Rechtsbegriff, der die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung vom Verbot nach § 5 Abs. 1 Satz 1 NPG ausschließt, im Lichte des nach § 2 Abs. 1 Satz 1 NPG zum Ausdruck kommenden Optimierungsgebots aus. Danach sind zwar nicht nachhaltige, d.h. unwesentliche und vereinzelte Störungen des Schutzgebiets aus dem Schutzkonzept des Gesetzes ausgeklammert. Hingegen wird durch die Formulierung zum Ausdruck gebracht, dass der Schutz des Ablaufs von Naturvorgängen möglichst vollständig erfolgen soll und nur und erst dann zurückzutreten hat, „wenn gleich- oder höherwertige Belange entgegenstehen“ (OVG Schleswig, NordÖR 2004, 450, 452).

Ohne Kenntnisse über die Art und Intensität der beantragten Probebohrungen lässt sich nicht beurteilen, ob die Voraussetzungen für eine Befreiung vom Verbot des § 5 Abs. 1 Nr. 1 NPG nach § 6 Abs. 4 NPG vorliegend gegeben sind. Es ist jedoch zu bedenken, dass Probebohrungen, die von Land aus außerhalb des Schutzgebiets erfolgen und unter dem Wattenmeer verlaufen, mit seismischen Messungen im Bereich des Nationalparks einhergehen. Dies kann insbesondere für gefährdete Arten besondere Belastungen darstellen, die mit den Schutzgebietszielen nicht vereinbar sind. Hier gilt es, gerade auch das Vorkommen des in Anhang IV der FFH-Richtlinie aufgeführten **Schweinswals**, für den die Unterwasserverlärnung durch Ölbohrinseln eine erhebliche Störung darstellt, zu beachten. Anhang IV der FFH-Richtlinie enthält eine Aufzählung **besonders streng zu schützender** Tier- und Pflanzenarten; dieser Schutz gilt auch außerhalb der FFH-Gebiete. Auf die besondere Schutzbedürftigkeit des Schweinswals im Wattenmeer wurde bereits im Gesetzentwurf der Landesregierung zur Neufassung des Gesetzes zum Schutze des schleswig-holsteinischen Wattenmeeres ausdrücklich hingewiesen (LT-Drs. 10/2159, S. 14).

Zusammenfassend kann daher festgestellt werden: Bohrtätigkeiten außerhalb der Bohrinsel Mittelplate, die aber **innerhalb** des Nationalparks ausgeführt werden, sind nach § 6 Abs. 3 Nr. 6 NPG nicht zulässig. Eine Befreiung von den einschlägigen Schutzbestimmungen des Wattenmeers für Bohrtätigkeiten zur Aufsuchung von Erdöl kommt nach dem NPG jedoch von für **außerhalb** des Gebiets ausgeführte Bohrungen in Betracht.

### 3. Verstoß des Landesrechts gegen die Rohstoffsicherungsklausel in § 48 Abs. 1 S. 2 BBergG?

Soweit vorliegend das Nationalparkgesetz Erdölbohrungen im Gebiet des Wattmeeres ausschließt, stellt sich die Frage, ob dies mit den einschlägigen Bestimmungen des Bergrechts vereinbar ist. Wie bereits angesprochen, gilt nach § 48 Abs. 1 S. 1 BBergG die Unberührtheitsklausel, wonach die landesrechtlichen Gebietsschutzregelungen ausdrücklich vom Bergrecht unberücksichtigt bleiben.

Dennoch wird von einer früheren Rechtsauffassung die Geltung von landesrechtlichen Gebietsschutzverordnungen mit Blick auf die **Rohstoffsicherungsklausel** in § 48 Abs. 1 S. 2 BBergG in Zweifel gezogen. Darin ist bestimmt, dass bei Anwendung der außerbergrechtlichen Vorschriften nach Maßgabe der Unberührtheitsklausel im Sinne von § 48 Abs. 1 S. 1 BBergG dafür Sorge zu tragen ist, dass die Aufsuchung und Gewinnung **so wenig wie möglich** beeinträchtigt wird. Die Klausel in S. 2, so wird geltend gemacht, enthalte zur Durchsetzung der Sicherheit der Energie- und Rohstoffversorgung eine **gesetzliche Priorität** für den Bergbau, so dass bei der Anwendung der außerbergrechtlichen Bestimmungen das aus Gründen der Rohstoffsicherung verankerte Gebot einer möglichst geringen Beeinträchtigung der Aufsuchung und Gewinnung von Bodenschätzen in den Abwägungsprozess mit **Vorrang** für den Bergbau einbezogen werden müsse (Hoppe, DVBl. 1987, S. 758, 761; Boldt/Weller, Bundesberggesetz, Kommentar, 1984, § 48, Rn. 4).

Diese Forderung ist nicht allein auf die Rechtsanwendung beschränkt: Im Rahmen seines Gutachten zur Einschränkung bergbaulicher Berechtigungen durch die Nationalparkverordnung „Niedersächsisches Wattenmeer“ im Auftrag von niedersächsischen Erdgas- und Erdölförderunternehmen macht Hoppe geltend, dass die landesrechtlichen Verbotsvorschriften für den Gebietsnaturschutz im Sinne des § 48 Abs. 1 S. 1 BBergG nach Maßgabe der Rohstoffsicherungsklausel **zwingend** Raum für eine **Abwägungsentscheidung** vorsehen müssten (Hoppe, DVBl. 1987, S. 758, 762). Danach richtet sich die Rohstoffsicherungsklausel **auch** an den **Rechtssetzer**. Dieser darf nur Vorschriften erlassen, die eine Abwägungsmöglichkeit derart vorsehen müssen „dass die Vorrangstellung der Rohstoffsicherung ihrem Gewicht entsprechend eingebracht werden kann“ (Hoppe, DVBl. 1987, S. 757, 762).

Zwar beziehen sich die Ausführungen von Hoppe auf eine Nationalpark**verordnung**, mithin auf kein formelles Gesetz. In der Konsequenz dürfte aber auch die durch das Landesparlament beschlossene Nationalparkregelung, die in § 6 Abs. 3 Nr. 6 NPG über den bisherigen Bestand hinausgehende Erdölbohrungen und -förderungen oh-

ne Genehmigungsoption ausschließt, gegen eine so verstandene bundesrechtlich vorrangige Regelung des Bergrechts (Art. 31 GG) verstoßen.

Die Auffassung, dass die Rohstoffsicherungsklausel auch im Normsetzungsverfahren zu beachten ist, wurde bereits zum damaligen Zeitpunkt mit überzeugenden Argumenten zurückgewiesen (Kühne, DVBl. 1987, S. 1259, 1262 mit direkter Bezugnahme auf Hoppe). Danach richtet sich die Rohstoffsicherungsklausel in § 48 Abs. 1 Satz 2 BBergG nur auf die **Abwägung im Gesetzesvollzug**, nicht hingegen auf die durch den Landesgesetzgeber erlassenen Normen insbesondere des Naturschutzrechts. Das wird auch von der Rechtsprechung so gesehen. So führt das Bundesverwaltungsgericht hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Unberührtheits- und Rohstoffsicherungsklausel in § 48 Abs. 1 S. 1 und § 48 Abs. 1 S. 2 BBergG aus: „§ 48 Abs. 1 Satz 1 BBergG setzt ausdrücklich voraus, dass solche Rechtsvorschriften erlassen werden, und lässt die darin ausgesprochenen Verbote und Beschränkungen unberührt; Satz 2 zieht daraus die Konsequenz und ordnet an, dass die Behörde dem – auch öffentlichen – Interesse an der Aufsuchung und Gewinnung von Bodenschätzen bei Anwendung der Rechtsvorschrift im Einzelfall Rechnung trägt, nämlich bei Konkretisierung darin verwandter unbestimmter Rechtsbegriffe wie ‚öffentliches Interesse oder bei Ausübung von Ermessensermächtigungen‘“ (BVerwG NVwZ RR, 1996, 140 f. mit Verweis auf BVerwG 74, 315, 318). Damit verstößt eine Regelung, die ein absolutes Verbot von Bohrtätigkeiten zum Schutz von besonderen Naturräumen ohne Abwägungsmöglichkeit vorsieht, nicht gegen die Rohstoffsicherungsklausel in § 48 Abs. 1 S. 2 BBergG.

#### 4. **Abwägungsvorrang bergrechtlicher Belange nach § 48 Abs. 1 S. 2 BBergG?**

In diesem Zusammenhang bestehen auch erhebliche Bedenken gegen ein Verständnis der Rohstoffsicherungsklausel als eine den Belang der Rohstoffversorgung sichernde **Abwägungsvorrangsklausel**. Diese ergeben sich vor allem in Zusammenhang mit Abwägungsentscheidungen im Rahmen von Vorschriften, die der zuständigen Fachbehörde eine Befreiungsmöglichkeit von naturschutzrechtlichen Verboten ermöglicht.

So kann § 48 Abs. 1 Satz 2 BBergG keine Priorität des Bergbaus in der Abwägung mit außerbergrechtlichen Interessen begründen. Vielmehr ist in § 48 Abs. 1 Satz 2 BBergG nur die Rede davon, dass die Gewinnung so wenig wie möglich beeinträchtigt werden soll. Hätte der Gesetzgeber dem Bergbau demgegenüber einen **absoluten Vorrang** einräumen wollen, so hätte er dies durch eine entsprechende Formulie-

rung hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht (in diesem Sinne VG Leipzig, NuR 2005, 666 ff.; VGH Baden-Württemberg, VBl. BW 1988, 398; OVG Münster, NuR 1996,98,99; BVerwG, NuR 1983, 274,275; OVG Bautzen, NuR 1999, 346; Kühne, DVBl. 1987, 1259, 1262, zutreffend ferner Kolonko NuR 1995, 127; OVG Mecklenburg, NordÖR 2000, 173 ff.). Eine absolute Vorrangstellung des bergbaulichen Belangs widerspräche zudem der Staatszielbestimmung Umweltschutz in Art. 20 a GG, aus der sich gerade für den Gesetzgeber verfassungsrechtliche Pflichten zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen ergeben. Ein gesetzlicher Abwägungsvorrang, wonach sich im Regelfall die Nutzungsinteressen des Bergbaus gegenüber den Belangen des Umweltschutzes durchsetzen, wäre mit der Wertentscheidung der Verfassung für einen vorsorgenden Umweltschutz sowie dem ökologischen Nachhaltigkeitsprinzip kaum zu vereinbaren (dazu vgl. nur Schulze-Fielitz, in Dreier [Hrsg.], GG, Art. 20 a Rn. 40).

Somit ist davon auszugehen, dass auch das über das Nationalparkgesetz privilegiert geschützte Interesse an einem möglichst weit reichenden Wattenmeerschutzes einer Vorrangstellung des Bergbaus **entgegensteht** (überzeugend Kolonko, ZUR 1995, 126, 129). Folglich kommt es für die Möglichkeit der Erteilung einer Ausnahmeerlaubnis vorliegend auf die konkrete Betroffenheit der im Einzelfall jeweils kollidierenden Belange an. Eine Ermessensreduzierung durch die Rohstoffsicherungsklausel findet nicht statt.

## 5. Fazit

Damit sind die bergbaulichen Interessen im Anwendungsbereich von Normen, die – wie § 6 Abs. 4 NPG – der Behörde ein Befreiungsermessen einräumen, angemessen zu berücksichtigen; ihnen kommt kein Vorrang gegenüber den kollidierenden Belangen des Wattenmeerschutzes bei der Abwägung zu. Sollte sich erweisen, dass eine Befreiung vom Bohrverbot nach dieser Vorschrift keine erhebliche Beeinträchtigung im Sinne des § 5 Abs. 1 S. 1 NPG (Zerstörung, Beschädigung, Veränderung oder nachhaltige Störung des Schutzgebiets oder seiner Bestandteile) nach sich zieht, kommt die Erteilung einer Ausnahmeerlaubnis zur Durchführung von Explorationsbohrungen von Land aus in Betracht.

## II. Die Erteilung der Erlaubnis zur Aufsuchung von Kohlenwasserstoffen im Wattenmeer (Erlaubnisfeld Eiderstedt) und die Berücksichtigung naturschutzrechtlicher Regelungen

### 1. Einleitung

Das Landesamt für Bergbau, Energie und Geologie (LBEG) hat mit Bescheid vom 4.3.2008 der RWE Dea AG eine Aufsuchungserlaubnis für das Erlaubnisfeld Eiderstedt (B07001) zur Aufsuchung von Kohlenwasserstoffen zu gewerblichen Zwecken gem. § 7 BBergG (Az. B 07001 I 2007-05) erteilt. Das Erlaubnisfeld umfasst große Bereiche des Nationalparks Wattenmeer sowie weitere naturschutzrechtlich besonders geschützte Bereiche (etwa das Natura 2000-Gebiet zwischen Helgoland und dem Nationalpark, das Natura 2000-Gebiet Eiderstedt, das Natura 2000-Gebiet Hoo-ge sowie das Natura 2000-Gebiet Nordstrandischmoor).

Im Folgenden soll zunächst die Frage nach den rechtlichen Voraussetzungen für eine Aufsuchungserlaubnis nach dem einschlägigen Bergrecht erörtert werden. Daran anschließend bedarf es einer Prüfung, in welcher Weise umweltrechtliche Belange bei der Entscheidung des LBEG über die Bergbauberechtigung des nationalen Rechts zu berücksichtigen sind. Abschließend wird auf die Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit den Vorgaben der FFH-Richtlinie einzugehen sein.

Das Bergrecht sieht – wie bereits oben festgestellt – ein gestuftes Zulassungsverfahren vor. Auf der **ersten Stufe** wird zunächst über die Berechtigung zum Aufsuchen bzw. über die Bewilligung, künftig die Bodenschätze in einem bestimmten Feld zu gewinnen und das Eigentum daran zu erwerben, entschieden. In diesem Sinne bestimmt § 6 Abs. 1 BBergG, dass derjenige, der bergfreie Bodenschätze aufsuchen will, hierfür einer Erlaubnis bedarf. Die Erteilung von Bergbauberechtigungen stellt ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt dar. Der Antragsteller hat daher über Art. 12 Abs. 1 GG einen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis, sofern keine in den §§ 11 bis 13 BBergG aufgeführten Versagungsgründe entgegenstehen (vgl. Boldt/Weller, BBergG, § 6, Rn. 13).

Auf der **zweiten Verfahrensstufe** wird die nähere Tätigkeit des Aufsuchens bzw. Gewinnens von Bodenschätzen durch einen Betriebsplan zugelassen, der – wie bereits oben gezeigt – auch außerbergrechtliche Belange, insbesondere des Natur- und Umweltschutzes, berücksichtigen muss.

## 2. Zur Versagungsnorm des § 11 Nr. 10 BBergG

Während § 48 Abs. 1 S. 1 BBergG eine Berücksichtigung von außerbergrechtlichen Schutznormen bei der konkreten Ausübung der sich aus der Erlaubnis ergebenden Rechtspositionen durch die jeweiligen Fachbehörden ermöglicht, existiert auf der Stufe der Erteilung der Bergbauberechtigung keine Verweisung auf die einschlägigen Vorschriften des Natur- und Flächenschutzes. Die für die planmäßige Aufsuchung von Bodenschätzen nach § 7 BBergG erforderliche Erlaubnis kann nur versagt werden, wenn einer der im Bundesberggesetz ausdrücklich geregelten Ausschlussgründe in § 11 BBergG vorliegt (mit Hinweis darauf, dass unabhängig von den in § 11 BBergG genannten Gründe die Erteilung einer Erlaubnis dann zu versagen ist, wenn für die beantragten Bodenschätze und das beantragte Feld bereits eine andere Bergbauberechtigung besteht Boldt/Weller, § 11, Rn. 3).

Im Zusammenhang mit der Erteilung einer Aufsuchungserlaubnis und möglicherweise entgegenstehenden naturschutzrechtlichen Belangen kommt als Ausschlussgrund allein § 11 Nr. 10 BBergG in Betracht. Danach ist die Erlaubnis dann zu versagen, wenn „*überwiegende öffentliche Interessen die Aufsuchung im gesamten zuzuteilenden Feld ausschließen*“ (vgl. zu den anderen nicht einschlägigen Alternativen Ludwig, a.a.O, S. 79 f.).

Zu den öffentlichen Interessen im Sinne des § 11 Nr. 10 BBergG gehören laut amtlicher Begründung zum Entwurf eines Bundesberggesetzes vor allem auch die Belange von **Natur und Landschaft**. Darin heißt es, dass je nach Lage des Einzelfalls Erfordernisse des Naturschutzes und der Landschaftspflege, der Raumordnung und der Landesplanung, des Verkehrs und des Gewässerschutzes zu beachten seien (Gesetzesentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Bundesberggesetzes, BT-Drs. 8/1315 vom 09.12.1977, S. 87).

Anders als bei der Unberührtheitsklausel in § 48 Abs. 1 BBergG, bei der die für die Durchführung eines Vorhabens erforderlichen Befreiungen von Verboten oder Beschränkungen von den zuständigen Behörden erteilt werden, liegt die Entscheidung über die bergbauliche Berechtigung im Rahmen des § 11 Nr. 10 BBergG ausschließlich bei der zuständigen Bergbehörde. § 15 BBergG gibt vor der Entscheidung über den Antrag lediglich anderen Behörden Gelegenheit zur Stellungnahme, zu deren Aufgaben die Wahrnehmung öffentlicher Interessen im Sinne des § 11 Nr. 10 BBergG gehört (§ 15 BBergG). Mit § 11 Nr. 10 BBergG bezweckt der Gesetzgeber bereits im Stadium der Verleihung einer Aufsuchungserlaubnis zu verhindern, dass eine Berechtigung begründet wird, die sich im Nachhinein als **substanzlos** erweist

und aus rechtlichen Gründen niemals ausgeübt werden kann (vgl. BVerwG Beschluss vom 15.10.1998, 4 B 94/98, Juris, Rn. 3). Durch die Beteiligung anderer Fachbehörden soll erreicht werden, dass die für die Entscheidung über die Erteilung einer Erlaubnis oder Bewilligung zuständige Behörde rechtzeitig über das Vorhandensein und den Umfang öffentlicher Interessen, die der Erteilung der beantragten Bergbauberechtigung entgegenstehen könnten, unterrichtet wird (mit Bezugnahme auf die amtliche Begründung Boldt/Weller, Bundesberggesetz, § 15, Rn. 2; ferner Kremer/Neuhaus gen. Wever, Bergrecht 2001, S. 31 f.).

Eine Aufsuchungserlaubnis kann demnach ergehen, wenn die Bergbaubehörde das nach § 15 BBergG erforderliche Beteiligungsverfahren durchgeführt hat und öffentliche Interessen nach § 11 Nr. 10 BBergG der Erteilung der Erlaubnis nicht entgegenstehen. Die Behörde hat hierzu ggf. in eine Abwägung zwischen den Belangen des Landschaftsschutzes bzw. des Naturschutzes sowie der volkswirtschaftlichen bergbaulichen Belange einzutreten.

### **3. Ablauf des Verfahrens betr. das Erlaubnisfeld Eiderstedt**

Im Verfahren der Erteilung der Aufsuchungserlaubnis betreffend das Erlaubnisfeld Eiderstedt hat das Landesamt für Bergbau, Energie und Geologie (LBEG) mit Schreiben vom 16.10.2007 das Beteiligungsverfahren eingeleitet und das Ministerium für Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume Gelegenheit um Stellungnahme gebeten, ob Bedenken gegen das beschriebene Vorhaben der RWE Dea AG bestehen.

Das Ministerium hat hierauf sowohl naturschutzrechtliche als auch naturschutzfachliche Bedenken gegen seismische Untersuchungen sowie gegen Explorationsbohrungen im Nationalpark geltend gemacht und auf die Schutzbestimmungen des Nationalparkgesetzes hingewiesen (Schreiben des Ministeriums für Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume vom 18. 12. 2007).

In seiner abschließenden Entscheidung über die Erteilung der Erlaubnis zur Aufsuchung von Kohlenwasserstoffen weist das LBEG auf die Stellungnahme des Ministeriums für Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume hin. In eine Abwägungsentscheidung, ob die in der Stellungnahme des Ministeriums geltend gemachten Interessen des Naturschutzes die Aufsuchung im zuzuteilenden Feld ausschließen, tritt das LBEG nicht ein.

#### 4. Zu den Versagungsvoraussetzungen des § 11 Nr. 10 BBergG

Der Verzicht des LBEG auf eine Abwägung der Belange des Naturschutzes mit den bergbaulichen Interessen im Rahmen der Prüfung des § 11 Nr. 10 BBergG macht einen Blick auf die gesetzliche Regelung und die hierzu vertretenen Auffassungen in Rechtsprechung und Literatur erforderlich.

##### 4.1 Gesetzessystematische Gründe für die fehlende Abwägung naturschutzrechtlicher Belange im Konzessionsverfahren

Die Besonderheit der Zweistufigkeit des Bundesberggesetzes besteht darin, dass die bergrechtliche Konzession ihrem Inhaber ein subjektiv öffentliches Recht gewährt, das jedoch noch nicht das Recht vermittelt, konkret von der Erlaubnis durch Beginn des Aufsuchungs- oder Gewinnungsbetriebs Gebrauch zu machen (dazu siehe bereits oben unter I.). Die Bergbauberechtigung besagt daher noch nichts darüber, in welchem Umfang und unter welchen Voraussetzungen die konkreten Aufsuchungs- oder Gewinnungsmaßnahmen von Bodenschätzen mit den einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften vereinbar sind und in welcher Weise diese durch ihren Inhaber ausgeübt werden dürfen. Erst die im anschließenden Verfahren der Betriebsplanzulassung erforderliche öffentlich-rechtliche Zulassungsentscheidung ermöglicht auf der Durchführungsebene eine nähere Überprüfung von Vorschriften des Natur- und Landschaftsschutzes. Denn auf der Grundlage eines zugelassenen Betriebsplans und ggf. weiterer erforderlicher Parallelgenehmigungen dürfen die Bodenschätze in dem Feld, auf das sich die Bewilligung erstreckt, aufgesucht und gewonnen werden. Nach der **Systematik des Bergrechts** kommt es daher erst auf dieser zweiten Stufe zu einer konkreten Kollision zwischen außerbergrechtlichen und bergbaulichen Interessen (vgl. BVerwG Beschluss vom 15. Juli 1994, [BVerwG 4 B 102/94], BVerwG 4 B 94/98, Juris, Rn. 6 zu Kollisionen zwischen bergbaulichen Belangen und der kommunalen Planungshoheit).

Vor diesem Hintergrund ist das Landesamt für Bergbau, Energie und Geologie offensichtlich der Auffassung, dass es auf der ersten Stufe des bergrechtlichen Zulassungsverfahrens einer näheren Überprüfung der naturschutzrechtlichen Zulässigkeit der erteilten Aufsuchungserlaubnis für das Erlaubnisfeld Eiderstedt wie auch eine Abwägung der öffentlichen Belange nicht bedurfte. So ist das Schreiben des LBEG vom 23.11.2007 an WWF Deutschland, Fachbereiche Meere und Küsten, Wattenmeerbüro zu verstehen, in dem festgestellt wird: „Mit der Erteilung einer Bergbauberechtigung [Erlaubnis, Bewilligung] ist noch keine Genehmigung für einen Aufsuchungs- oder Gewinnungsbetrieb verbunden. Hierfür wäre die Vorlage und Zulas-

sung eines entsprechenden Betriebsplans erforderlich.“, (Schreiben des LBEG vom 23.11.2007 an WWF Deutschland, Fachbereiche Meere und Küsten, Wattenmeerbüro, S. 1).

Ob indes der Hinweis auf die Zweistufigkeit des Verfahrens ausreicht, um eine Abwägung bei der Prüfung des Versagungsgrundes in § 11 Nr. 10 BBergG zu unterlassen, erscheint fraglich. Entscheidend ist in jedem Fall der Wortlaut der gesetzlichen Versagungsregelung. Danach ist die Erlaubnis zu versagen, wenn *überwiegende öffentliche Interessen die Aufsuchung im gesamten zuzuteilenden Feld ausschließen*. Liegen entgegenstehende öffentliche Belange nicht vor, bedarf es keiner Abwägung. Erst soweit öffentliche Belange in Betracht kommen, die gegenüber den Belangen des Bergbaus zurückzustehen, ist die Aufsuchungserlaubnis durch die Behörde - nach einer Abwägung - zu erteilen (gebundene Entscheidung).

#### 4.2 Zur Auslegung des Begriffs „ausschließen“ in § 11 Nr. 10 BBergG

In der Rechtsprechung wie auch in der Literatur wird mit Hinweis auf den Begriff „**ausschließen**“, geltend gemacht, eine Anwendung dieser Vorschrift käme nur in Betracht, wenn die Schutzgebietsbestimmungen für den Bereich eine **absolute Veränderungsperre** vorsähen. Verbote mit **Befreiungsvorbehalten** können dagegen grundsätzlich keine entgegenstehenden öffentlichen Interessen im Sinne des § 11 Nr. 10 BBergG darstellen, da sie keinen zwingenden Ausschluss bergbaulicher Tätigkeiten begründeten (Boldt/Weller, Bundesberggesetz, § 11, Rn. 14; Hoppe, DVBl. 1987, S. 757, 760). Folglich sind die insbesondere in den Nationalparkbestimmungen unter Befreiungsvorbehalt stehenden Verbote – wie etwa § 5 Abs. 1 Nr. 1 NPG – für die Entscheidung über die Erteilung einer Aufsuchungserlaubnis wegen der gesetzlichen Befreiungsoption (§ 6 Abs. 4 NPG) im Rahmen des Versagungsgrundes nach § 11 Nr. 10 BBergG nicht zu berücksichtigen.

Allenfalls mit Blick auf das im Rahmen des § 6 Abs. 3 Nr. 6 NPG bestehende Verbot der Ölbohrstätigkeit außerhalb der Plattform Mittelplate, für das nach der hier vertretenen Auffassung **kein** Befreiungsvorbehalt gilt (s. näher unter I.), dürfte nach dieser Auffassung eine Anwendung des § 11 Nr. 10 BBergG in Betracht kommen.

Gegen die restriktive Auslegung des Begriffs „ausschließen“ wird mit Recht geltend gemacht, der Bundesgesetzgeber habe durch § 11 Nr. 10 BBergG die maßgeblichen Interessenabwägungen in das Konzessionsverfahren vorverlagert. Daher müsse bei Bestehen von Befreiungsmöglichkeiten von naturschutzrechtlichen oder anderen Verboten die Bergbaubehörde durchaus selbst in der Lage sein, eine solche Befrei-

ung im Rahmen des § 11 Nr. 10 BBergG zu überprüfen. Dem wird man so folgen können: Sind danach gesetzliche Befreiungsmöglichkeiten von Verbotsbestimmungen zu bejahen, so können die dem Bergbau entgegenstehenden öffentlichen Interessen ihren Vorrang verlieren, sodass bereits die bestehenden raumbezogenen Schutzvorschriften es zulassen, dass die Belange des Naturschutzes zurücktreten (VG Weimar, ZfB 1995, S. 225, 235; VGH Baden-Württemberg, ZfB 1998, S. 57, 70, vgl. ferner Wilde, DVBl. 1998, S. 1321, 1322 m.w.N.). Damit ist § 11 Nr. 10 BBergG auch auf Vorschriften anwendbar, die Verbote mit Befreiungsvorbehalten bzw. Ausnahmemöglichkeiten enthalten.

#### **4.3 Zur Formulierung „im gesamten zuzuteilenden Feld“ in § 11 Nr. 10 BBergG**

Allerdings kann eine Berücksichtigung der Nationalparkregelungen vorliegend daran scheitern, dass § 11 Nr. 10 BBergG fordert, dass die Erlaubnis nur dann zu versagen ist, wenn die überwiegenden öffentlichen Interessen die Aufsuchung **im gesamten zuzuteilenden Feld** ausschließen.

In der bergrechtlichen Literatur wird diese Formulierung wiederum restriktiv verstanden. Danach kann ein Versagungsgrund nach dieser Vorschrift erst dann bejaht werden, wenn feststeht, dass die öffentlichen Interessen die Aufsuchung im gesamten zuzuteilenden Feld ausschließen, sodass der Versagungsgrund nicht eingreift, wenn nur ein Teil des Feldes außerhalb des Schutzgebiets liegt (Boldt/Weller, Bundesberggesetz, § 11, Rn. 14; Kühne, DVBl. 1987, S. 1259, 1261). Entscheidend ist somit, dass die naturschutzrechtlich besonders geschützte Fläche den **gesamten** Aufsuchungsbereich ausmacht. Reicht dagegen das Erlaubnisfeld über das Schutzgebiet hinaus, kommt § 11 Nr. 10 BBergG nicht mehr in Betracht (VG Weimar, ZfB 1995, S. 225).

Die enge Auslegung der Formulierung „im gesamten zuzuteilenden Feld“ ist nicht unwidersprochen geblieben. So vertritt der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg die Auffassung, dass die Erlaubnis schon dann versagt werden könne, wenn öffentliche Interessen so überwiegen, dass sie die Gewinnung im gesamten Feld ausschließen (VGH Baden-Württemberg, ZfB 1989, S. 57, 68 f.; in diesem Sinne auch Kolonko, ZUR 1995, S. 126, 128; Fischer-Hüftle, Natur und Recht 1989, S. 106, 108). Danach werde nur eine extensive Auslegung Sinn und Zweck des Gesetzes gerecht. Anderenfalls hätten es die Unternehmen in der Hand, die raumbezogenen Versagungsgründe dadurch zu umgehen, indem sie ein Erlaubnisfeld beantragen, das über die gesetzlichen Schutzflächen hinaus reicht. Durch diesen größeren Zu-

schnitt haben jedoch die betroffenen Naturschutzgebiete keineswegs ihren Schutzstatus eingebüßt (VGH BaWü, ZfB a.a.O., S. 69).

Das im vorliegenden Fall zuständige Landesamt für Bergbau, Energie und Geologie folgt offensichtlich der restriktiven Auffassung des § 11 Nr. 10 BBergG. Das LBEG führt in seinem Schreiben an das Ministerium für Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume Schleswig-Holstein vom 16.10.2007, mit dem das Ministerium zur Stellungnahme im Rahmen des § 15 BBergG aufgefordert wurde, aus: „Die jetzige Beteiligung dient lediglich der Feststellung, ob entsprechend § 11 Nr. 10 BBergG überwiegende öffentliche Interessen die Aufsichtung im gesamten zuzuteilenden Feld ausschließen.“ (Unterstreichung im Original, Schreiben vom 16.10.2007, Az. B 070001/2006-001). Da das Erlaubnisfeld Eiderstedt über die Grenzen des Nationalparks Wattenmeer, insbesondere im Bereich des Festlands, hinausreicht, kommen die Bestimmungen des Nationalparkgesetzes bei der Erteilung der Aufsuchungserlaubnis nach der restriktiven Auslegung nicht zum Zuge. Damit konnte bereits mangels entgegenstehender öffentlicher Interessen auf eine Abwägung verzichtet werden.

Bei der Beantwortung der Frage, welcher Auffassung zu folgen ist, ist insbesondere auf den gesetzgeberischen Willen, der § 11 Nr. 10 BBergG zugrunde liegt, abzustellen. Aus der Begründung des Regierungsentwurfs ergibt sich, dass die Bergbehörde bereits im frühen Stadium der Erlaubniserteilung in eine Abwägung zwischen volkswirtschaftlichen und bergbaulichen Belangen und anderen öffentlichen Interessen eintreten sollte, obwohl eine direkte Kollision mit anderen öffentlichen Interessen nicht schon durch das mit der Erteilung der Erlaubnis entstehende Recht, sondern erst durch **dessen Ausübung** eintreten könne (Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 8/1315, S. 87). Deshalb könne es sich vorliegend bei den Versagungskriterien nur um solche handeln, „die

- einen Bezug zu dem in Betracht kommenden Feld selbst haben,
- sich auf das gesamte zuzuteilende Feld erstrecken,
- gegenüber den volkswirtschaftlich bergbaulichen Interessen überwiegen und
- die Aufsichtung ausschließen.“ (Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 8/1315, S. 87).

Durch die Bezugnahme auf öffentliche Interessen, die sich auf das gesamte zuzuteilende Feld erstrecken, liegt dem Regierungsentwurf ersichtlich die Intention zugrunde, auf dieser Stufe der Entscheidung nur solche Ausschlussgründe für die Erteilung von Aufsuchungserlaubnissen zuzulassen, die sich **insgesamt** auf das Aufsuchungsgebiet beziehen. Diese Auslegung entspricht auch dem Zweck der Regelung, solche

Bergbauberechtigungen, die mit Sicherheit nicht ausübbar sind, von vornherein nicht erst zur Entstehung zu bringen (vgl. Kühne DVBl. 1987, 1259, 1261). Denn es ist durchaus denkbar, dass im Rahmen eines größeren Aufsuchungsgebiets von der Erlaubnis nur außerhalb von besonders geschützten Flächen Gebrauch gemacht wird. In diesem Fall ist eine Aufsuchungserlaubnis nicht gänzlich substanzlos, da Probebohrungen zumindest in Teile des Aufsuchungsgebiets **außerhalb** des Schutzgebietes sowie auch Schrägbohrungen in das Schutzgebiet hinein möglich sind. Eine Versagung kommt daher mangels tatbestandlicher Voraussetzungen nach § 11 Abs. 10 BBergG nicht in Betracht.

Aufgrund der Zweistufigkeit des bergrechtlichen Verfahrens führt dieses Ergebnis nicht per se zu einer Ausblendung des Natur- und Flächenschutzes. Denn die Frage, in welcher Weise ein späteres Gebrauchmachen von der Aufsuchungserlaubnis zulässig ist, ergibt sich im Rahmen des anschließenden Betriebsplanverfahrens, in dem über § 48 BBergG auch die außerbergrechtlichen Bestimmungen des Natur- und Landschaftsschutzes berücksichtigt werden müssen.

Damit ist die vom LBEG vertretene Auffassung, wonach in eine Abwägung mit den öffentlichen Belangen im Sinne des § 11 Nr. 10 BBergG nur dann einzutreten ist, wenn die Prüfung ergibt, dass öffentliche Interessen im **gesamten Aufsuchungsgebiet** beeinträchtigt werden könne, zumindest mit dem Wortlaut, aber auch mit Sinn und Zweck sowie dem gesetzgeberischen Willen vereinbar (zu einem Fall, in dem der gesamte Abbaubereich innerhalb einer naturschutzrechtlichen Schutzanordnung, die den Abbau ausschließt, liegt, konsequent OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 21.11.2003, 2 K 341/00).

Da das Erlaubnisfeld Eiderstedt auch Bereiche umfasst, die außerhalb des durch den besonderen Gebietsschutzstatus geschützten Bereichs des NPG liegen, brauchte – nach der sich eng an den Willen des Gesetzgebers anlegenden Auffassung – das LBEG in keine Interessenabwägung nach § 11 Nr. 10 BBergG einzutreten. Die Erteilung einer Aufsuchungserlaubnis für das Erlaubnisfeld Eiderstedt begegnet demnach auch mit Blick auf die Bestimmungen des Nationalparkgesetzes keinen rechtlich durchgreifenden Einwänden.

Vorliegend kann daher zusammengefasst werden: Die Erteilung der Aufsuchungserlaubnis verstößt nicht gegen § 11 Nr. 10 BBergG. Auf die durch das Nationalparkgesetz konkretisierten öffentlichen Interessen war aufgrund des Zuschnitts des Erlaubnisfeldes nicht einzugehen. Da das Aufsuchungsgebiet auch Teile des Festlands umfasst, von denen eine Bohrung zulässigerweise durchgeführt werden kann (senkrecht

oder schräg in das Schutzgebiet hinein), führt die fehlende Abwägung nach § 11 Nr. 10 BBergG nicht zur Rechtswidrigkeit der erteilten Erlaubnis.

## **5. Pflicht zur Durchführung von naturschutzrechtlichen Verträglichkeitsprüfungen vor Erteilung einer Aufsuchungserlaubnis**

Der Aufsuchungserlaubnis könnte jedoch entgegenstehen, dass vor ihrer Erteilung weitere naturschutzfachliche Prüfungen durchzuführen gewesen wären.

### **5.1 Mögliche Prüfungserfordernisse nach Maßgabe des Natur- und Artenschutzrechts**

#### **5.1.1 FFH-Verträglichkeitsprüfung**

Dabei ist zunächst an die nach § 30 LNatSchG durchzuführende Verträglichkeitsprüfung für NATURA-2000-Gebiete nach Maßgabe der FFH-Richtlinie (Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume) sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen und der Vogelschutzrichtlinie (Richtlinie 79/409/EWG des Rates vom 2. April 1979) zu denken.

Aus § 30 LNatSchG ergibt sich, dass Pläne oder Projekte vor ihrer Zulassung oder Durchführung auf ihre Verträglichkeit mit den Erhaltungszielen eines Gebietes von gemeinschaftlicher Bedeutung oder eines europäischen Vogelschutzgebiets zu überprüfen sind. Eine derartige Verträglichkeitsprüfung erfordert die Umsetzung der europäischen NATURA-2000-Vorgaben, die §§ 33 ff BNatSchG für die Länder zwingend vorsieht. § 33 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG erklärt die Auswahl der Gebiete, die nach Art. 4 Abs. 1 FFH-Richtlinie (92/43/EWG) und Art. 4 Abs. 1 und 2 Vogelschutzrichtlinie (Richtlinie 79/409/EWG) der EU Kommission zu benennen sind, zur Aufgabe der Länder.

Wesentliche Bereiche des Aufsuchungsgebiets vor Eiderstedt umfassen entweder Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung nach Maßgabe des Art. 4 Abs. 4 der Richtlinie 92/43/EWG oder die zur Erhaltung besonders gefährdeter bzw. schutzwürdiger Vogelarten erforderlichen Schutzgebiete der europäischen Vogelschutzrichtlinie. Diese wurden entsprechend ihren jeweiligen Erhaltungszielen zu geschützten Teilen von Natur und Landschaft nach dem Landesnaturschutzgesetz erklärt (vgl. § 28 Abs. 1 LNatSchG). Zu dem Erlaubnisfeld gehören neben dem Nationalpark Schleswig-Holsteinisches Wattenmeer insbesondere

- das Naturschutzgebiet Nordfriesisches Wattenmeer (der 150-Meter-Streifen am Deich),
- das Natura 2000-Gebiet zwischen Helgoland und dem Nationalpark,
- das Natura 2000-Gebiet Eiderstedt,
- das Natura 2000-Gebiet Hooge sowie
- das Natura 2000-Gebiet Nordstrandischmoor.

(vgl. dazu Stellungnahme des Ministeriums für Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume des Landes Schleswig-Holstein zur Erteilung einer Aufsuchungserlaubnis für die RWE Dea AG, in dem eine erschöpfende Aufstellung von der Erlaubniserteilung betroffenen Schutzgebiete erfolgt, Schreiben vom 18. Dezember 2007, Anlage, S. 3 f.).

Pläne oder Projekte, die diese Gebiete einzeln oder im Zusammenhang mit anderen Plänen und Projekten erheblich beeinträchtigen können, erfordern nicht zuletzt nach Art. 6 Abs. 3 FFH-Richtlinie eine Prüfung auf Verträglichkeit mit den für diese Gebiete festgelegten Erhaltungszielen.

### 5.1.2 Strategische Umweltverträglichkeitsprüfung

Zudem kommt eine Verpflichtung zur Durchführung einer strategischen Umweltverträglichkeitsprüfung (SUP) nach § 14 c UVP-Gesetz in Betracht. Danach ist eine strategische Umweltprüfung durchzuführen bei Plänen und Programmen, die einer Verträglichkeitsprüfung nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG unterliegen.

Soweit § 35 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG sich auf „sonstige Pläne“, für die nach § 34 BNatSchG eine FFH-Verträglichkeitsprüfung durchzuführen ist, bezieht, kommt der Planbegriff in § 10 Abs. 1 Nr. 12 BNatSchG zur Anwendung, der eine für die sonstigen Pläne nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG bedeutsame Legaldefinition enthält (i.d.S. Meßerschmidt, Bundesnaturschutzgesetz Kommentar, Lose-Blatt-Sammlung, § 35, Rn. 8).

Darunter fallen Pläne und Entscheidungen, die geeignet sind, ein Gebiet von gemeinschaftlicher Bedeutung oder ein europäisches Vogelschutzgebiet erheblich zu beeinträchtigen. Im Sinne der FFH-Richtlinie ist davon auszugehen, dass es sich hierbei um in vielfältiger Form ausgestaltete Planungen bzw. Planungsverfahren der nationalen Rechtsordnung handelt, die auf die Gestaltung des Raumes Einfluss nehmen und durch **die Steuerung nachgelagerter Zulassungsverfahren** in der Lage sind, konkrete Standorte für Projekte festzulegen oder andere konkrete Maßnahme vorzusehen oder zumindest **nachfolgende Verfahren zu beeinflussen** (vgl.

diese Definition bei Lorz/Müller/Stöckel, § 35, Rn. 3, ferner Halama, NVwZ 2001, 506).

Da von einer Erlaubniserteilung zur Aufsuchung von Öl sowie Gas zumindest rechtliche Vorwirkungen für künftig zu realisierende Aufsuchungsmaßnahmen ausgehen (dazu s. noch unten), kommt vorliegend eine SUP-Pflicht im Sinne des § 14 c UVP-Gesetz anlässlich der Konzessionsentscheidung in Betracht. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass für die Aufsuchungserlaubnis bereits eine **FFH- Verträglichkeitsprüfung** (dazu s. unter 6.1.1) durchzuführen ist.

### 5.1.3 Artenschutzrechtliche Prüfung

Art. 12 Abs. 1 FFH-RL verbietet in Bezug auf besonders streng geschützte Tierarten (Anhang IV der FFH-RL) u.a. jede **absichtliche Störung** dieser Arten. Vor Zulassung von Vorhaben muss daher zunächst das Vorkommen von entsprechenden Tierarten im Wirkungsbereich des Vorhabens festgestellt und ggf. weiter geprüft werden, ob diese in tatbestandsmäßiger Weise durch das Vorhaben beeinträchtigt werden können. Weitergehende artenschutzrechtlichen Anforderungen der FFH-Richtlinie sind erst kürzlich nach einem Urteil des EuGH gegen die Bundesrepublik in das BNatSchG aufgenommen worden (Erstes Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes, BGBl. I v. 12.12.2007, BGBl. I, 2007, 2873; kritisch zur europarechtlichen Umsetzung der Novelle Lau/Steeck, NuR 2008, S. 386, 395).

Gem. § 42 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG ist es verboten, wild lebende Tiere der streng geschützten Arten und der europäischen Vogelarten während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Mauser-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten erheblich zu stören. Eine erhebliche Störung liegt vor, wenn sich durch die Störung der Erhaltungszustand der lokalen Population einer Art verschlechtert. Schweinswale sind streng geschützte Tierarten nach Maßgabe des Anhangs 4 der in der FFH-Richtlinie (92/43/EWG).

Mit Blick auf die bestehende Population des **Schweinswals** im Erlaubnisfeld kommt eine artenschutzrechtliche Prüfung für die Erteilung der Aufsuchungserlaubnis in Betracht. Soweit die im Aufsuchungsgebiet durchzuführenden Bohrungen grundsätzlich geeignet sind, die Population der Schweinswale erheblich zu stören, könnte bereits die Entscheidung der Erteilung einer Aufsuchungserlaubnis für ein bestimmtes Gebiet vorab die Prüfung erfordern, ob eine besondere Ausnahme im Rahmen des § 43 Abs. 8 BNatSchG vorliegt. Dies setzt voraus, dass zumutbare Alternativen nicht gegeben sind und sich der Erhaltungszustand der Population der Art nicht verschlech-

tert, soweit nicht Art. 16 Abs. 1 der Richtlinie 92/43/EWG weitergehende Anforderungen enthält.

## 5.2 Pflicht zur Durchführung von Verträglichkeitsprüfungen im Konzessionsverfahren nach BBergG?

Weder die FFH-Verträglichkeitsprüfung noch die anderen oben genannten Prüfungen werden durch die einschlägigen Normen des Bundesberggesetzes auf der ersten Verfahrensstufe – der Erteilung einer bergbaurechtlichen Konzession – angesprochen. Vor dem Hintergrund, dass das Bergrecht die Berücksichtigung **außerbergrechtlicher** Belange im Konzessions- und Zulassungsverfahren abschließend regelt und eine Berücksichtigung von Verträglichkeitsprüfungen bei der Konzessionsvergabe nicht fordert ( vgl. § 11 Nr. 10, § 48 Abs. 1, 2 BBergG), kommt ein direkter Rückgriff auf die Vorschriften nicht in Betracht (vgl. Cossack, NuR 2000, S. 311 ff., der die FFH-Verträglichkeitsprüfung allein im Zusammenhang mit dem Betriebsplanverfahren thematisiert).

Dennoch wird mitunter vertreten, dass im bergbaulichen Konzessionsverfahren der Begriff der „öffentlichen Interessen“ in § 11 Nr. 10 BBergG ein Einfallstor auch für die FFH-Verträglichkeitsprüfung darstelle. Insoweit habe die Bergbehörde bei der Erlaubniserteilung im Wege einer **vorgezogenen und überschlägigen Prüfung** festzustellen, ob der künftige Abbau dem Schutzregime der FFH- bzw. der Vogelschutzrichtlinie widerspreche bzw. eine Ausnahme nach Art. 6 Abs. 4 FFH-Richtlinie erteilt werden könne (Ludwig, a.a.O., S. 81. so wohl auch in der Tendenz Frenz, a.a.O., S. 48).

Diese Auslegung mag den Vorgaben der FFH-Richtlinie im Sinne einer **europarechtskonformen Auslegung** entsprechen ( zur Auswirkung des Gemeinschaftsrechts s. unter 7.), erscheint jedoch unter dem Blickwinkel der einschlägigen **nationalen Rechtsvorschriften** rechtsstaatlich eher fragwürdig, da sie die besonderen Regelungen der FFH-Verträglichkeitsprüfung über den Blankettbegriff der öffentlichen Interessen in das bergrechtliche Verfahren hineinträgt. Mit dem Bestimmtheitsgrundsatz dürfte dies kaum zu vereinbaren sein. Das gilt nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass an der Verfassungsmäßigkeit des § 11 Nr. 10 BBergG im Schrifttum in der Vergangenheit wegen der fehlenden Konkretisierung der öffentlichen Interessen ohnehin Zweifel laut wurden (Kühne, ZfB 121, 60, Schulte, NJW 1981, 90). Eine Auslegung, wonach die Bergbehörde vor Erteilung einer Konzession jedenfalls in eine „überschlägige“ FFH- Verträglichkeitsprüfung einzutreten habe, stellt eine Überdehnung des Tatbestands in § 11 Nr. 10 BBergG dar. Diese Norm ist im Wesentli-

chen als **Auffangtatbestand** konzipiert und für die komplexen Verfahrensvorgaben einer FFH-Verträglichkeitsprüfung zu unspezifisch.

Daher ist mit der behördlichen Praxis davon auszugehen, dass die gegenwärtige **nationale Rechtslage** weitergehende Prüfungen jedenfalls nach der FFH-Richtlinie nicht auf der Konzessionsebene, sondern erst auf der Durchführungsebene im Rahmen der Zulassung eines Betriebsplans über § 48 Abs. 1 Satz 1 BBergG ermöglicht.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass selbst eine vom **Bergrecht** vorgesehene **Umweltverträglichkeitsprüfung** im vorliegenden Fall nicht gefordert war. Die UVP wird für den Bergbau abschließend durch das Bergrecht geregelt. So bestimmt § 18 UVPG, dass bei bergbaulichen Vorhaben die Umweltverträglichkeitsprüfung im Rahmen des Planfeststellungsverfahrens allein nach dem Bundesberggesetz durchgeführt wird. § 57 a BBergG enthält die Einführung des Planfeststellungsverfahrens und daran anknüpfend die Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung. § 57 c BBergG ermächtigt den Gesetzgeber, durch Rechtsverordnung eine abschließende Regelung darüber zu treffen, welche **betriebsplanpflichtigen Vorhaben** einer Umweltverträglichkeitsprüfung bedürfen. Nach der Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfungen bergbaulicher Vorhaben UVPV-Bergbau, (BGBl. I, S. 1420, zuletzt geändert durch Art. 2 der Verordnung vom 24. Januar 2008, [BGBl. I, S. 85]) ist die **Gewinnung** von Erdöl und Erdgas zu gewerblichen Zwecken sowie die **Errichtung und der Betrieb** von Förderplattformen im Bereich der Küstengewässer und des Festlandssockels nach § 1 Nr. 2 UVP-pflichtig. Nicht von der UVP-Pflicht erfasst sind indes die Maßnahmen zur **Aufsuchung** von Erdöl, die in die Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung bergbaulicher Vorhaben nicht aufgenommen wurden. Eine UVP entfällt daher nicht nur im Rahmen der Erteilung der Bergbauberechtigung für die Aufsuchung, sondern auch für Vorhaben, die auf Betätigung der Aufsuchungserlaubnis abzielen.

Demnach kann als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass sich aus den einschlägigen Bestimmungen des Bergrechts keine Verpflichtung der Bergbaubehörde ergibt, im Verfahren der Erteilung einer Bergbauberechtigung die insbesondere nach der FFH-Richtlinie geforderte Verträglichkeitsprüfung vorzunehmen. Gleiches gilt für die Durchführung von Umweltverträglichkeitsprüfungen. Damit begegnet die Entscheidung des LBEG betreffend die Erteilung einer Aufsuchungserlaubnis für das Feld Eiderstedt – jedenfalls nach dem einschlägigen **nationalen Recht** – keinen durchgreifenden Bedenken.

## 6. Zur Vereinbarkeit der Ausgestaltung des bergrechtlichen Erlaubnisverfahrens mit der FFH-Richtlinie

Die mangelnde nationale Verpflichtung zur Durchführung einer FFH-Verträglichkeitsprüfung im Verfahren der bergrechtlichen Konzessionserteilung wirft die weitergehende Frage auf, ob das bergrechtliche Verfahren nach den Bestimmungen des BBergG gegen Art. 6 Abs. 3 FFH-Richtlinie verstößt. Auf die artenschutzrechtlichen Prüfungen (s. unter 6.1.3) wird in diesem Zusammenhang nicht näher eingegangen. Für sie gelten im Grundsatz die vorstehenden Erwägungen mit der Einschränkung, dass Art. 6 Abs. 3 FFH-RL – anders als Art. 12 FFH-RL – eine **ausdrückliche** Verträglichkeitsprüfung vorsieht, während Art. 12 FFH-RL keine selbständigen expliziten Prüfungsanforderungen enthält (zur Pflicht der Mitgliedstaaten, sich die notwendigen Informationen über die in ihrem Gebiet vorkommenden Arten nach Anhang IV FFH-RL zu verschaffen, vgl. EuGH ZUR 2007, 305, Rn. 19 ff.; zum Vergleich zwischen Arten- und Gebietsschutz innerhalb des FFH-Regimes s. Wolf, ZUR 2006, S. 505, 507).

### 6.1 Plan- und Projektbegriff der FFH-Richtlinie

Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat sich nicht allein auf die Vermeidung von Eingriffen zur Sicherung des Status quo der Lebensräume und Habitate beschränkt (vgl. Art. 6 Abs. 1 FFH-RL), sondern in Art. 6 Abs. 3 FFH-RL besondere Anforderungen für mögliche **planungs- und projektbedingte Gebietsbeeinträchtigungen** festgelegt, von deren Ergebnis nur unter den besondern Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 4 FFH-RL abgewichen werden kann.

Nach Art. 6 Abs. 3 FFH-Richtlinie sind Pläne oder Projekte, die ein Schutzgebiet einzeln oder im Zusammenwirken mit anderen Plänen und Projekten erheblich beeinträchtigen könnten, einer Verträglichkeitsprüfung zu unterziehen (ausgenommen hiervon sind lediglich die für die mit der Verwaltung eines Gebiets in Verbindung stehenden oder hierfür notwendigen Aktivitäten, s. Gellermann, NATURA 2000, 2. Auflage, S. 77). Im Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 3 FFH-Richtlinie ist daher eine nähere Bestimmung der Begriffe Plan und Projekt erforderlich, die durch die FFH-Richtlinie nicht näher konkretisiert werden.

Für den Projektbegriff kann auf die Richtlinie 85/337/EWG des Rats vom 27. Juni 1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten (ABl. 175, S. 40) und dem darin enthaltenen Begriff des Projekts abgestellt werden (i.d.S. EuGH, Urteil vom 07.09.2004, C-127/02, Juris, Rn. 24). Darin

sind Anlagen zur **Gewinnung** von Erdöl und Erdgas mit einem bestimmten Förder-  
volumen (Anh. 1 Nr. 14) sowie andere oberirdische Anlagen zur Gewinnung von  
Erdöl und Erdgas (Anh. 2 Nr. 2 e) genannt. Hingegen fällt die **Aufsuchung** von Erdöl  
und Erdgas, anders als die Fördertätigkeit, nicht unter die UVP-Pflicht (dazu s. be-  
reits im Zusammenhang mit den einschlägigen, das Gemeinschaftsrecht umsetzen-  
den Regelungen der bergrechtlichen UVP s.o. unter 6.2)

Dem Projektbegriff vorgelagert ist der Begriff des **Plans** im Sinne der FFH-Richtlinie.  
Die Planung setzt noch vor der Zulassung von Projekten an (i.d.S. Jarass, ZUR  
2000, S. 185). Dem Schutzzweck der FFH-Richtlinie entspricht es, zu verhindern,  
dass die im **Vorfeld der Zulassung getroffenen Entscheidungen in nachgelager-**  
**ten Zulassungsverfahren** nicht mehr rückgängig gemacht werden können, sodass  
auch diejenigen vorbereitenden Akte, die für die konkrete Zulassung schutzrelevan-  
ter Benutzungsmaßnahmen bedeutsam sind und deren nähere Steuerung erst durch  
nachfolgende Zulassungsverfahren erfolgt, bereits vom Begriff des Plans umfasst  
sind (i.d.S. Messerschmidt, Bundesnaturschutzgesetz. Kommentar, § 35, Rn. 8; Gel-  
lermann, NATURA 2000, 2. Auflage, S. 77; Wagner, DVBl. 1990, 566).

Danach spricht vieles dafür, die Erteilung der bergrechtlichen Berechtigung in Gestalt  
einer Aufsuchungserlaubnis bereits vom Planbegriff der FFH-Richtlinie als umfasst  
anzusehen. Dies ergibt sich zunächst aus dem Charakter der Bergbauberechtigung.  
Von der Erteilung einer Aufsuchungserlaubnis nach § 7 BBergG gehen rechtliche  
Wirkungen aus, die über die Konstituierung privater Rechtsbeziehungen hinausrei-  
chen: Die Erlaubnis gewährt ein ausschließliches Recht zur Aufsuchung, sodass nur  
der Rechtsinhaber die Befugnis zur Ausübung der in der Erlaubnis enthaltenen Ein-  
zelrechte erhält (Boldt/Weller, Bundesberggesetz, § 7, Rn. 5). Gleichzeitig stellt sie  
einen Verwaltungsakt dar, der dem Inhaber ein subjektives öffentliches Recht ver-  
schafft, nach § 7 Abs. 1 BBergG im Erlaubnisfeld die in den Erlaubnisbescheid be-  
stimmten bergfreien Bodenschätze aufzusuchen, d.h. alle auf die Entdeckung oder  
Feststellung der Ausdehnung von Bodenschätzen gerichteten Tätigkeiten auszuüben  
(§ 4 Abs.1 BBergG). Ferner gewährt sie das Recht, die notwendigerweise zu lösen-  
den oder freizusetzenden Bodenschätze zu gewinnen und das Eigentum daran zu  
erwerben sowie schließlich die **Einrichtungen** im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 3 BBergG  
zu errichten und zu betreiben, die zur Aufsuchung der Bodenschätze und zur Durch-  
führung der damit nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BBergG im Zusammenhang stehen-  
den Tätigkeiten erforderlich sind.

Eine besondere Verknüpfung der Aufsuchungserlaubnis mit der Art und Weise ihrer  
späteren Ausübung erfolgt im Zusammenhang mit dem nach § 11 Nr. 3 BBergG für

die Erteilung der Erlaubnis vorzulegenden **Arbeitsprogramm**. Durch die Vorlagepflicht soll die Behörde in die Lage versetzt werden zu beurteilen, ob die Aufsuchung hinsichtlich Art, Umfang und Zweck in einem angemessenen Zeitraum durchgeführt wird. In der Stellungnahme zu dieser Regelung hat der Bundesrat im Gesetzgebungsverfahren hervorgehoben, dass angesichts der für die Erteilung der Erlaubnis bestehenden zeitlichen Priorität an die Aufsuchungsverpflichtung strenge Maßstäbe angelegt werden müssten, da sonst durch unsachgemäße oder mangelhafte Aufsuchungsarbeiten die Erschließung von Rohstoffvorkommen blockiert würde. Eine Erlaubnis müsse daher versagt werden, wenn *die Antragsteller in ihrem Arbeitsprogramm nicht in der Lage seien, die für eine sachgerechte Untersuchung des jeweiligen Gebietes notwendigen Arbeiten in einem notwendigen Umfang mit einem entsprechenden Explorationsverfahren in angemessener Zeit durchzuführen* (Stellungnahme des Bundesrats zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 8/1315, S. 175).

Dem Arbeitsprogramm kommt nicht nur für die Erteilung, sondern auch für den Widerruf der Erlaubnis nach § 18 Abs. 1 BBergG eine nicht unerhebliche Bedeutung zu. Danach sind Erlaubnis und Bewilligung zu widerrufen, wenn nachträglich Tatsachen eintreten, die zu ihrer Versagung hätten führen müssen. Faktisch geht daher bereits von einer erteilten Aufsuchungserlaubnis ein rechtlicher Druck auf den Antragsteller aus, das von ihm vorgelegten Arbeitsprogramm – vorbehaltlich einer weiteren Zulassung im Betriebsplanverfahren – möglichst zeitnah durchzuführen.

Mit der Erteilung einer durch ein Arbeitsprogramm konkretisierten Aufsuchungserlaubnis gewinnt der Antragsteller daher bereits eine rechtlich verfestigte **Vertrauensposition** gegenüber der Behörde. Denn diese hat die mit Erteilung der Aufsuchungserlaubnis im Arbeitsprogramm aufgeführten Durchführungsmaßnahmen grundsätzlich gebilligt. Zwar ist damit das Erfordernis eines Betriebsplans zur Errichtung eines Aufsuchungsbetriebs (§ 51 BBergG) noch nicht erfüllt. Es wäre jedoch nicht nur **sinnlos**, sondern auch ein unter rechtsstaatlichen Aspekten bedenkliches **widersprüchliches Verhalten**, würde die Behörde zunächst eine Aufsuchungserlaubnis für ein Gebiet erteilen, um dann die im weiteren Verlauf des Verfahrens die ihr von den Inhabern vorgelegten Betriebspläne aus naturschutzrechtlichen Erwägungen zu blockieren und deren Zulassung grundsätzlich zu verweigern.

Dies gilt gerade auch vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber mit dem Versagungsgrund in § 11 Nr. 10 BBergG einen Ausschlussstatbestand geschaffen hat, der im Grundsatz eine **überschlägige Prüfung** der flächenbezogenen Belange für die behördliche Entscheidung über die Aufsuchungserlaubnis erfordert. Die erteilte Auf-

suchungserlaubnis hat zur Folge, dass sich die Behörde auf Ebene der Betriebsplanzulassung einer Entscheidung, **jegliche Aufsuchungsmaßnahmen** im Erlaubnisgebiet nicht zuzulassen, begeben hat (vgl. Frenz, a.a.O., S. 38 mit Verweis auf den Gesetzentwurf der Bundesregierung, Drs. 8/1315, S. 87). Anderenfalls ließe sich kaum ausschließen, dass mit der Aufsuchungserlaubnis lediglich ein symbolisches Recht verliehen wird, dass sich im Nachhinein als **substanzlos** erweist, da die für dessen tatsächlichen Gebrauch erforderlichen öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen zu keinem Zeitpunkt vorlagen (vgl. BVerwG, UPR 1999, 75). Dies sollte aber nach dem Willen des Gesetzgebers mit Erlass des § 10 Nr. 11 BBergG gerade verhindert werden (Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drs. 8/1315, S. 87, mit dem Hinweis, eine Versagung sei von **gravierenden Voraussetzungen** abhängig zu machen).

Somit kann festgestellt werden, dass die Erteilung einer Erlaubnis zur Aufsuchung von Erdöl für ein bestimmtes Gebiet konstitutiv für die Zulässigkeit von Aufsuchungsmaßnahmen ist. Hierbei handelt es sich um eine im Vorfeld getroffene behördliche Entscheidung zur Realisierung eines im nachgelagerten Zulassungsverfahren im einzelnen näher zu konkretisierenden Plans, dessen **grundsätzliche Rechtmäßigkeit** mit Blick auf besondere raumbezogene Schutzvorschriften - vorbehaltlich einer näheren Steuerung auf der Durchführungsebene zunächst festgestellt wird.

Nach alledem erfüllt die Erteilung einer Erlaubnis zur Aufsuchung von Bodenschätzen in einem bestimmten Erlaubnisfeld die Anforderungen des Planbegriffs im Sinne des Art. 6 Abs. 3 FFH-Richtlinie.

## **6.2 Mitgliedstaatliche Vorgaben aus Art. 6 Abs. 3 FFH-Richtlinie und deren Beachtung im nationalen Recht**

Damit bleibt zu prüfen, ob vor Erteilung der Aufsuchungserlaubnis nach Art. 6 Abs. 3 FFH-Richtlinie eine entsprechende Prüfung erforderlich ist, durch die sich die zuständige Behörde hätte zunächst Gewissheit darüber verschaffen müssen, ob sich das geplante Vorhaben nachteilig auf das betreffende Gebiet als solches auswirkt (vgl. zur Verpflichtung einer angemessenen Prüfungen mit Bezug auf die **Herzmuschelfischerei im niederländischen Wattenmeer**, EuGH, C-127/02 vom 07.09.2004, Juris, Rn. 56).

§ 6 Abs. 3 FFH-Richtlinie sieht eine Verträglichkeitsprüfung für Pläne oder Projekte vor, soweit ein besonders schützenswertes Gebiet einzeln oder im Zusammenwirken mit anderen Plänen und Projekten erheblich beeinträchtigt werden kann. Dabei ist für

das betreffende Gebiet durch die nationalen Behörden eine solche Tätigkeit ohne weitere Prüfung nur dann zu genehmigen, „wenn sie Gewissheit darüber erlangt haben, dass sie sich nicht nachteilig auf dieses Gebiet als solches auswirkt. Dies ist dann der Fall, wenn aus wissenschaftlicher Sicht kein vernünftiger Zweifel daran besteht, dass es keine solchen Auswirkungen gibt“ (EuGH, ständige Rechtsprechung, Rs. C-236/01, Rn. 106, 113; EuGH, C-127/02, Juris, Rn. 106, 113).

Umgekehrt hängt das Erfordernis einer Verträglichkeitsprüfung nach der Rechtsprechung des EuGH davon ab, dass die Wahrscheinlichkeit oder die Gefahr besteht, dass durch die Pläne oder Projekte das betreffende Gebiet erheblich beeinträchtigt wird. Im Lichte des gemeinschaftsrechtlich geltenden Vorsorgeprinzips reicht es bereits aus, wenn anhand objektiver Umstände nicht ausgeschlossen werden kann, dass ein Plan oder ein Projekt das fragliche Gebiet erheblich beeinträchtigt (vgl. EuGH-Urteil 20. Oktober 2005, Rs. C-6/04, Juris, Rn. 54; Rs. C-98/03 vom 10. Januar 2006, Juris, Rn. 39 f.).

Auch wenn es möglich ist, in einem Naturschutzgebiet liegende Bodenschätze dadurch zu gewinnen, dass die Anlage zur Gewinnung dieser Bodenschätze von außerhalb des Naturschutzgebiets die Bodenschätze gewissermaßen nur „abgesaugt“, ohne die **Oberfläche** des geschützten Gebietes zu beeinträchtigen (i.d.S. vgl. Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages zur Vereinbarkeit des deutschen Bergrechts mit dem Gemeinschaftsrecht, S. 3 f., das jedoch auf die in diesem Zusammenhang einschlägige FFH-Richtlinie nicht eingeht), bleibt letztlich nicht auszuschließen, dass davon erhebliche Beeinträchtigungen für das Gebiet ausgehen können. Dabei kann offen bleiben, ob die Bohrung unterhalb des Schutzgebiets eine Bohrung darstellt, die im Schutzgebiet selbst vorgenommen wird. Denn auch wenn man davon ausgeht, dass der Ort der Bohrung außerhalb des besonderen Schutzgebiets nach Art. 6 FFH-Richtlinie liegt, sind Auswirkungen auf das Wattenmeer denkbar. So könnten durch Schrägbohrungen, die unter dem Schutzgebiet verlaufen, Störung der dort ansässigen Tierarten, Gefahr von Absenkungen des Meeresbodens sowie des Austritts von Öl verursacht werden.

Bei der Frage nach der Erforderlichkeit einer Verträglichkeitsprüfung kommt es ohnehin nicht auf den Ort des Eingriffs, sondern auf die von dem Eingriff ausgehenden Auswirkungen auf das Schutzgebiet an. In diesem Sinne hat der Europäische Gerichtshof anlässlich seines Urteil in der Rechtssache C-98/03 festgestellt, dass die Bundesrepublik Deutschland gegen die FFH-Richtlinie 92/41/EWG verstoßen hat, indem sie für bestimmte Projekte **außerhalb besonderer Schutzgebiete** im Sinne von Art. 4 Abs. 1 FFH-Richtlinie, die nach Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-Richtlinie einer

Verträglichkeitsprüfung zu unterziehen sind, der Prüfungspflicht nach Art. 6 Abs. 3 nicht hinreichend nachgekommen ist (Rs. C-98/03 vom 10. Januar 2006, Juris, Rn. 42 ff.). Danach erfordert die FFH-Richtlinie eine Verträglichkeitsprüfung auch für solche Anlagen bzw. Projekte, die außerhalb von besonderen Schutzgebieten liegen, daraufhin, dass das Schutzgebiet als solches von diesen nicht beeinträchtigt wird (EuGH, a.a.O., Rn. 43, vgl. dazu den Gesetzentwurf der Bundesrepublik eines ersten Gesetzes zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes vom 25.04.2007, Drs. 16/5100, S. 8). Dies muss freilich gerade auch für Bohrungen gelten, die von außerhalb kommend unter dem besonderen Schutzgebiet hindurchführen.

Soweit die Ausblendung von raumbezogenen Schutzbestimmungen im Verfahren der Konzessionserteilung mit einer späteren Überprüfung der naturschutzrechtlichen Fragestellungen im Rahmen des Betriebsplanverfahrens kompensiert werden soll, kann dies keine Umgehung der Verpflichtung zur FFH-Prüfung rechtfertigen. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass sich von vornherein absehen lässt, welche konkreten Handlungen zur Ausübung der Aufsuchungserlaubnis erfolgen werden – vorliegend dürften dies Schrägbohrungen von Land aus in das Schutzgebiet hinein sein – (vgl. Fischer-Hüftle, NuR 1989, S. 106, 108), reicht es für den Schutzzweck der einschlägigen FFH-Richtlinie nicht aus, den Gebietsschutz auf die nachrangige Ebene eines Betriebsplans zu verkürzen, in dem Art und Weise der Ausnutzung der jeweiligen Erlaubnisse, nicht aber die grundsätzliche Zulässigkeit einer Gebietsnutzung näher festgelegt wird.

Gerade für die rechtlich konstitutive Zulassung von schutzgebietsrelevanten Nutzungsrechten muss das nationale Recht bereits zu einem möglichst frühen Zeitpunkt eine Verträglichkeitsprüfung vorsehen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die mit der **rechtlichen Entscheidung** verbundenen Aspekte relevante Auswirkungen auf den Erhaltungsstatus von Arten in den jeweiligen Gebieten haben können (vgl. EuGH-Urteil vom 4. Oktober 2007 in der Rs. C-179/06, NuR 2008, S. 408 wonach jedenfalls für eine bloße **Programmvereinbarung** mangels einer Plan- bzw. Projekteigenschaft keine Verträglichkeitsprüfung erforderlich war).

Vorliegend kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Exploration zur Aufsuchung von Kohlenwasserstoffen und die späteren Ölbohrungen innerhalb des Erlaubnisfelds Eiderstedt, das einen großen Teil des ökologisch äußerst sensiblen Bereichs des Wattenmeers ausmacht, auch wenn die Bergbautätigkeiten von angrenzenden Gebieten außerhalb des Wattenmeeres erfolgen, das Gebiet erheblich beeinträchtigen werden. Eine behördliche Entscheidung zur Erteilung einer Berechtigung zur Aufsuchung und zum Abbau von Bodenschätzen, die die Voraussetzung dafür

schaft, dass in diesem Gebiet oder zumindest in unmittelbarem Einzugsbereich dieses Gebiets später Bohrungen nach Öl erfolgen, erfordert daher vorab die Durchführung einer FFH-Verträglichkeitsprüfung. Aus dieser muss zumindest hervorgehen, ob eine auf die Aufsuchungserlaubnis bezogene Bohrtätigkeit zu Explorationszwecken sowie damit einhergehend seismischer Untersuchungen innerhalb des beantragten Erlaubnisfeldes mit den für dieses Gebiet festgelegten Erhaltungszielen grundsätzlich vereinbar sind. Denn von der Erteilung einer Bergbauberechtigung gehen für das weitere Zulassungsverfahren rechtliche Vorwirkungen aus. Die Erlaubnis ist nicht nur konstitutiv für die konkreten Bohrtätigkeiten vor Ort, sondern schafft auch einen Vertrauenstatbestand für deren Inhaber. So hat die Erteilung der Erlaubnis zur Folge, dass die Behörde von der grundsätzlichen Zulässigkeit von Bergbautätigkeiten auch unter raumbezogenen, naturschutzrechtlichen Aspekten im jeweiligen Gebiet ausgeht. Schließlich sind vom Prüfungsprogramm des § 11 Nr. 10 BBergG auch naturschutzrechtliche Belange umfasst, deren Abwägung in Entscheidung über die Erlaubniserteilung einzubeziehen sind (dazu bereits oben unter 4.).

Das Verlagern des FFH-Regimes auf die zweite Stufe der Betriebsplanzulassung führt zu einer Zurücksetzung der Verträglichkeitsprüfung von der Plan- auf die Durchführungsebene und bewirkt, dass die volkswirtschaftlichen Erwägungen zur Rohstoffsicherung von einer vorgängigen naturschutzfachlichen Verträglichkeitsprüfung im Regelfall nicht mehr grundsätzlich in Frage gestellt werden können. Das Zurückdrängen der Gebietsschutzerwägungen zugunsten des bergrechtlichen Zulassungsverfahrens widerspricht denn auch dem von der FFH-Richtlinie geforderten Entscheidungsfindungsmodus für mögliche Beeinträchtigungen von Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung. Die gesetzlichen Bestimmungen über die Aufsuchungserlaubnis blenden weitergehende Aspekte der ökologischen Schutzbedürftigkeit eines Gebiets mit Blick auf die für die künftige Gebietsnutzung wesentlichen Planungsentscheidungen aus. Dies führt dazu, dass durch entsprechende Behördenentscheidung rechtliche Tatsachen geschaffen werden, die auch in nachgelagerten, die konkrete Ausgestaltung des Projekts betreffenden Zulassungsverfahren grundsätzlich nicht mehr rückgängig gemacht werden können.

## 7. Ergebnis

Soweit das Bergrecht im Konzessionsverfahren keinen Raum für die Durchführung einer FFH-Prüfung vorsieht und eine Abwägung von Interessen des Gebietsschutzes nur im engen Rahmen des § 11 Nr. 10 BBergG zulässt, bleiben die nationalen Bestimmungen des Bundesberggesetzes hinter den Vorgaben der FFH-Richtlinie zurück.

Daher besteht hinsichtlich des bergrechtlichen Konzessionsverfahrens **legislativer Handlungsbedarf** seitens des Bundesgesetzgebers. Dieser hat zur Erfüllung seiner mitgliedstaatlichen Umsetzungsverpflichtung die Verträglichkeitsprüfung nach der FFH-Richtlinie in das Bergrecht zu integrieren und sicherzustellen, **dass vor Erteilung** einer Bergbauberechtigung bei Vorliegen der in Art. 6 Abs. 3 FFH-Richtlinie genannten Voraussetzungen eine Verträglichkeitsprüfung durch die zuständigen Behörden durchgeführt werden kann.

Die dargestellten Umsetzungsdefizite im nationalen Recht führen dazu, dass sich die erteilte Aufsuchungserlaubnis für das Erlaubnisfeld Eiderstedt als gemeinschaftswidrig erweist. Denn mangels nationaler Umsetzungs Vorschriften hätte das LBEG die Bestimmung des Art. 6 Abs. 3 RL vorliegend **unmittelbar** anwenden müssen (zu den Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendung von Richtlinien s. nur EuGH NVwZ 1996, S. 369ff ). Von Amts wegen wäre daher vor Erteilung der Aufsuchungserlaubnis eine Überprüfung erforderlich gewesen, ob die künftige Nutzung als Aufsuchungsgebiet für Kohlenwasserstoffe mit den festgelegten ökologischen Erhaltungszielen des zu einem großen Teil im Nationalpark Wattenmeer liegenden Gebiets vereinbar ist.