

Ministerium für Wissenschaft, Wirtschaft und Verkehr |
Postfach 71 28 | 24171 Kiel

Staatssekretär

Vorsitzender
des Umwelt- und Agrarausschusses des
Schleswig-Holsteinischen Landtages
Herrn Klaus Klinckhamer, MdL
Landeshaus
24105 Kiel

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 16/4077

Kiel, 6. März 2009

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

im Umweltausschuss ist das Rechtsgutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des
Schleswig-Holsteinischen Landtages:

Prof. Dr. Johannes Caspar
Zulässigkeit von Explorationsbohrungen im Wattenmeer sowie zu den Voraussetzungen einer Erlaubnis zur Aufsuchung von Kohlenwasserstoffen (Erlaubnisfeld Eiderstedt) im Wattenmeer
L 201 - 220/16 vom 7. Juli 2008

erörtert worden.

Ich habe dies im Länderausschuss Bergbau, in dem die für die Durchführung des Bundesberggesetzes zuständigen Behörden von Bund und Ländern zusammenarbeiten, hinsichtlich der darin aufgeworfenen Fragen abschließend bewerten lassen. Dies ist in der 129. Besprechung bergrechtlicher Fragen am 13./14.10.2008 erfolgt.

Im Ergebnis kommt der Ausschuss abschließend zur Feststellung, dass die Auffassung des Wissenschaftlichen Dienstes, dass bereits bei der Erteilung einer Erlaubnis eine FFH-Verträglichkeitsprüfung erforderlich sei, Struktur und Funktion des bergrechtlichen Bergrechtsamswesen überdehnt. Denn gemäß höchstrichterlicher Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist eine solche in anderen ggf. gestuften Genehmigungsverfahren vorgesehene, das gesamte Verfahren vorprägende Rechtsbindung auf Basis eines vorläufigen positiven Gesamturteils nicht vorgesehen. Mithin bedarf es einer frühen, weil vorsorglichen FFH-Verträglichkeitsprüfung nicht. Diese bleibt freilich den nachgelagerten Betriebsplänen vorbehalten.

Das Ministerium für Wissenschaft, Wirtschaft und Verkehr des Landes Schleswig-Holstein macht sich diese Auffassung des Länderausschusses Bergbau - Rechtsfragen - zu Eigen.

Beigeschlossen lege ich Ihnen eine Kopie der rechtlichen Bewertung des Länderausschusses Bergbau zur Information des Umwelt- und Agrarausschusses bei.

Kopie dieses Schreibens erhält auch der Vorsitzende des Wirtschaftsausschusses.

Mit freundlichen Grüßen

Jost de Jager

Anlage



Länderausschuss Bergbau
Obmann für Rechtsfragen

Düsseldorf, 09.02.2009

Rechtsgutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Schleswig-Holsteinischen Landtags (Prof. Dr. Johannes Casper):

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

– L 201 – 220/16 – vom 7. Juli 2008

Die Untersuchung geht der Frage nach, ob und ggf. inwieweit bei der Erteilung von Erlaubnissen zur Aufsuchung von Kohlenwasserstoffen im Wattenmeer naturschutzrechtliche Regelungen berücksichtigt werden können bzw. müssen. Anlass ist eine Aufsuchungserlaubnis für das Erlaubnisfeld Eiderstedt, die das niedersächsische Landesamt für Bergbau, Energie und Geologie (LBEG) mit Bescheid vom 4. März 2008 der RWE Dea AG erteilt hat. Das Erlaubnisfeld umfasst große Bereiche des Nationalparks Wattenmeer¹ und weitere naturschutzrechtlich besonders geschützte Gebiete.

Im Ergebnis fordert die Untersuchung, bei der Erteilung von Erlaubnissen eine FFH-Verträglichkeitsprüfung durchzuführen. Im Bergrecht sei ein gestuftes Zulassungsverfahren zur Genehmigung bergbaulicher Vorhaben angelegt (S. 13). Auf einer ersten Stufe werde über die Bergbauberechtigung entschieden, zunächst zur Aufsuchung, anschließend zur Gewinnung, auf einer zweiten Stufe werde sodann die Tätigkeit des Aufsuchens bzw. Gewinnens bewertet und ggf. auf der Grundlage eines Betriebsplans zugelassen. Auf der ersten Stufe weise die Aufsuchungserlaubnis durchaus Elemente eines Plans i.S.d. der FFH-Richtlinie² auf. Denn sie gewähre ein subjektiv-öffentliches Recht, die in § 7 Abs. 1 BBergG genannten Befugnisse auszuüben

¹ Vgl. das schleswig-holsteinische Nationalparkgesetz – NPG – vom 17.12.1999 (GVOBl. SH S. 518); www.wattenmeer-nationalpark.de.

² Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21.05.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (ABl. EG Nr. L 206, S. 7), geändert durch Richtlinie 97/62/EG des Rates vom 27.10.1997 (ABl. EG Nr. L 305, S. 42).

(S. 27). Diese Ausübung werde insbesondere durch das vorzulegende Arbeitsprogramm (§ 11 Nr. 3 BBergG) vorgeprägt. Mit der Erteilung einer Erlaubnis begeben sich die Bergbehörde der Möglichkeit, später keinerlei Aufsuchungsmaßnahmen zuzulassen, denn andernfalls sei die Erlaubnis substanzlos. Mit der Erlaubnis sei somit über die grundsätzliche Zulassungsfähigkeit von Aufsuchungsmaßnahmen entschieden. Damit entfalte die Erlaubnis eine Steuerungswirkung i.S.e. Plans, der auf der Betriebsplanebene weiter konkretisiert werde (S. 29).

Die Verpflichtung, Pläne einer FFH-Verträglichkeitsprüfung zu unterziehen, ist § 35 BNatSchG³ geregelt, eine Definition hierfür in Frage kommender Pläne findet sich dort jedoch nicht. Ebenso wenig enthält die FFH-Richtlinie, auch wenn sie FFH-Verträglichkeitsprüfungen für Pläne in Art. 6 Abs. 3 grundsätzlich vorsieht, eine geeignete Definition. Ersatzweise soll daher auf den Planbegriff des UVPG⁴ und der zugrunde liegenden SUP-Richtlinie⁵ zurückgegriffen werden⁶, zumal das Gutachten des Schleswig-holsteinischen Landtags im Ansatz ebenso verfährt.

Für Pläne und Programme, die nicht durch ihre ausdrückliche Erwähnung in der Anlage 3 des UVPG SUP-pflichtig sind, kann nach § 14b Abs. 2 UVPG eine SUP-Pflicht bestehen, wenn sie für Entscheidungen über die Zulässigkeit von Vorhaben einen Rahmen setzen⁷. Nach § 14 b Abs. 3 UVPG ist dies der Fall, *wenn sie Festlegungen mit Bedeutung für spätere Zulassungsentscheidungen, insbesondere zum Bedarf, zur Größe, zum Standort, zur Beschaffenheit, zu Betriebsbedingungen von Vorhaben oder zur Inanspruchnahme von Ressourcen, enthalten*. In dieser Formulierung des Gesetzes bildet der Begriff der „Festlegungen mit Bedeutung für spätere Zulassungsentscheidungen“ das zentrale Element, die weiter aufgeführten Kategorien möglicher Plan- und Programminhalte sind lediglich Regelbeispiele, in denen Rah-

³ Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz) vom 25.03.2002 (BGBl. I S. 1193), zuletzt geändert durch Gesetz vom 08.04.2008 (BGBl. I S. 686).

⁴ Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung in der Fassung der Bekanntmachung vom 25.06.2005 (BGBl. I 1757, 2797), zuletzt geändert durch Gesetz vom 23.10.2007 (BGBl. I S. 2470).

⁵ Richtlinie 2001/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Juni 2001 über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme (Abl. L 197 S. 30).

⁶ So geht auch Gassner in Gassner/Bendmir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, BNatSchG, 2. Auflage 2003, § 35 Rdnr. 7a.a.O. vor. Die dortige Rdnr. 8 enthält außerdem eine (beispielhafte) Aufzählung, welche Pläne „sonstige Pläne“ i.S.d. § 35 Satz 1 Nr. 2 sein können. Aus dem Bereich des Bergbaus werden dort nur Rahmenbetriebspläne nach § 52 Abs. 2a BBergG genannt, Haupt-, Sonder- und Abschlussbetriebspläne seien hingegen schon Zulassungen von Projekten.

⁷ Wobei es nicht darauf ankommt, ob das Vorhaben, für das ein Rahmen gesetzt wird, selbst UVP-pflichtig ist oder nicht, vgl. Peters/Balla, UVPG, 3. Auflage 2006, § 14b, Rdnr. 6.

mensetzungen zum Ausdruck kommen können⁸. Ein Rahmen schafft Raum, setzt aber zugleich auch Grenzen, die nicht überschritten werden dürfen⁹. Planungen nehmen demgemäß Einfluss auf die Gestaltung des Raumes und sind durch Steuerung nachgelagerter Zulassungsverfahren in der Lage, Standorte oder andere konkrete Maßnahmen für Projekte vorzusehen oder zumindest Entscheidungen hierüber zu beeinflussen¹⁰. Ob derartige Wirkungen auch bergrechtliche Berechtsame entfalten können, namentlich Aufsuchungserlaubnisse, hängt von ihrer gesetzlich determinierten Struktur und Funktion sowie dem Entscheidungsprogramm ab, das ihnen zugrunde liegt.

In formaler Hinsicht ist zunächst festzuhalten, dass es sich ungeachtet eröffneter Beurteilungsspielräume um eine gebundene Entscheidung handelt¹¹; Planungsentscheidungen sind demgegenüber typischerweise durch ausdrückliche Abwägungsspielräume gekennzeichnet, innerhalb derer die in die Abwägung einzustellenden Belange gerecht gegeneinander und untereinander in Ausgleich zu bringen sind¹². Mangels Abwägungsspielraum fehlt es bei der Erteilung von Aufsuchungserlaubnissen schon an einem geeigneten Ansatzpunkt für die Einbeziehung von Ergebnissen aus Umwelt- oder FFH-Verträglichkeitsprüfungen.

Die wesentliche Funktion einer Bergbauberechtigung besteht darin, dem Inhaber ein ausschließliches Recht zur Aufsuchung oder Gewinnung bergfreier Bodenschätze zu verschaffen (§ 6 Satz 1 i.V.m. § 3 Abs. 2 Satz 2 BBergG) und damit den zivilrechtlichen Grundsatz zu durchbrechen, dass sich das Eigentum an einem Grundstück nicht nur auf dessen Erdoberfläche, sondern auch auf den Erdkörper darunter und den Luftraum darüber erstreckt (§ 905 Satz 1 BGB)¹³. Hiermit wird allerdings lediglich ein Rechtstitel erlangt, der dem Inhaber nur die Befugnis einräumt, die Bodenschätze aufzusuchen und/oder zu gewinnen¹⁴. Wie diese Aufsuchung oder Gewinnung konkret aussehen kann, d.h. ob und unter welchen Voraussetzungen die Bergbaube-

⁸ Peters/Balla, a.a.O., Rdnr. 9; Gassner, UVPg, 2006, § 14b Rdnr. 29.

⁹ So wörtlich Reinhardt, NVwZ 2005, 499 (501).

¹⁰ Lorz/Müller/Stöckel, Naturschutzrecht, 2. Auflage 2003, § 35 BNatSchG Rdnr. 3; Meßerschmidt, Bundesnaturschutzrecht, Stand Oktober 2006, § 35 BNatSchG Rdnr. 8.

¹¹ Boldt/Weller, BBergG, § 11 Rdnr. 11 unter Hinweis auf die Amtl. Begr., BT-Drs. 8/1315 Anlage 1, S. 86; Hoppe, DVBl. 1987, 757 (760).

¹² BVerwG in st. Rspr., vgl. etwa U. v. 12.12.1969 – IV C 105.66 –, BVerwGE 34, 301 (309); U. v. 14.02.1975 – IV C 21.74 –, BVerwGE 48, 56 (63).

¹³ Boldt/Weller, BBergG, § 3 Rdnr. 3.

reichtigung tatsächlich ausgeübt werden darf, ist damit noch keineswegs entschieden¹⁵. Denn diese Ausübung der privatrechtlichen Rechtsmacht ist in vielfältiger Weise durch Rechtsvorschriften eingeschränkt, primär durch solche des Bergrechts, im Rahmen von dortigen Öffnungsklauseln wie § 48 Abs. 2 BBergG aber auch durch Regelungen außerhalb des Bergrechts wie etwa des Planungs- oder des Umwelt- und Naturschutzrechts. Dementsprechend kann der Inhaber einer Bergbauberechtigung von vornherein nicht darauf vertrauen, dass er die von seiner Bergbauberechtigung erfassten Bodenschätze im gesamten zugeteilten Feld oder auch überhaupt aufsuchen und gewinnen kann. Es findet bei der Erteilung von Bergbauberechtigungen auch keine umfassende Prüfung evtl. entgegenstehender öffentlich-rechtlicher Vorschriften statt, denn es wird umgekehrt bei der Erteilung von Bergbauberechtigungen vorausgesetzt, dass die Aufsuchung oder Gewinnung jedenfalls in einem Teilbereich des Feldes an überwiegenden öffentlichen Interessen scheitern kann¹⁶. Allein schon die Größe von Aufsuchungsfeldern, gerade wie im vorliegenden Fall, unterstreicht dies nachdrücklich.

Das Entscheidungsprogramm für die Erteilung von Bergbauberechtigungen ergibt sich im Übrigen aus den Versagungsgründen des § 11 BBergG. Das Gutachten des schleswig-holsteinischen Landtags nimmt an dieser Stelle insbesondere das Arbeitsprogramm (Ziffer 3) in den Blick, durch dessen Billigung im Rahmen der Erteilung der Erlaubnis die spätere Bergbautätigkeit bereits entscheidend vorgeprägt werde. Soweit es hierbei auch umweltrechtlich relevante Aspekte einbezieht, überdehnt es allerdings die Funktion des Arbeitsprogramms. Schon dem Gesetz unmittelbar, erst recht aber seiner Begründung lässt sich deutlich entnehmen, dass das Arbeitsprogramm allein lagerstättenbezogen, d.h. rohstoffpolitisch ausgerichtet ist¹⁷. Die Bewältigung umweltpolitischer oder auch sonstiger Problemlagen im Zusammenhang mit

¹⁴ Das OVG Sachsen-Anhalt, B. v. 22.03.2001 – 1 M 267/00 –, ZfB 143 (2002), 65 (69) spricht gar nur von einer „Chance“.

¹⁵ Vgl. die amtl. Begründung zu § 6 BBergG, BT-Drs. 8/1315, Anlage 1, S. 84; BVerwG, B. v. 15.10.1998 – 4 B 94.98 –, UPR 1999, 75 (76); OVG Rheinland-Pfalz, U. v. 09.10.2008 – 1 A 10231/08 –, Juris, Rdnr. 40.

¹⁶ BVerwG, U. v. 26.03.1998 – 4 A 2.97 –, ZfB 139 (1998), 131 (133); im gleichen Sinne auch OVG Rheinland-Pfalz, U. v. 09.10.2008 – 1 A 10231/08 –, Juris, Rdnr. 44.

¹⁷ Vgl. zu § 11 Ziffer 3 BBergG die Stellungnahme des Bundesrates zum Regierungsentwurf, der sich die Bundesregierung und der Wirtschaftsausschuss des Bundestages anschlossen (BT-Drs. 8/1315, Anlage 2, S. 175), zu § 14 Abs. 2 Satz 1 BBergG die Empfehlung des Wirtschaftsausschusses des Bundestages, BT-Drs. 8/3965, S. 134. Auch setzt sich nach § 14 Abs. 2 Satz 1 BBergG in Fällen von Antragskonkurrenz das Arbeitsprogramm durch, das den Anforderungen einer sinnvollen und planmäßigen Aufsuchung oder Gewinnung am besten Rechnung trägt.

einer Rohstoffgewinnung ist hingegen nicht Aufgabe des Arbeitsprogramms. Seiner Billigung im Rahmen der Erlaubniserteilung kann somit keine Aussage zur grundsätzlichen Rechtmäßigkeit anschließender Aufsuchungsmaßnahmen zugeschrieben werden. Denn das Arbeitsprogramm behandelt viele hierfür bedeutsame Aspekte gar nicht, sondern nur Art und Umfang der Aufsuchungsmaßnahmen in genereller Hinsicht¹⁸.

Dem weiteren denkbaren Ansatzpunkt planerischer Aspekte in den Versagungsgründen des § 11 BBergG, den öffentlichen Interessen in Ziffer 10, erteilt das Gutachten des schleswig-holsteinischen Landtags selbst eine Absage, weil es sich um einen für FFH-Verträglichkeitsprüfungen zu unspezifischen Auffangtatbestand handele. Unabhängig davon ermöglicht § 11 Nr. 10 BBergG eine Versagung der Erlaubnis nur dann, wenn überwiegende öffentliche Interessen die Aufsuchung *im gesamten zuzuteilenden Feld* ausschließen. Dies soll verhindern, dass Erlaubnisse erteilt werden, die aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen niemand ausüben kann¹⁹. Der Regelung kommt daher, auch im Verhältnis zu den anderen Versagungsgründen der Ziffern 1 – 9, in erster Linie die Funktion zu, von vornherein aussichtslose Fälle auszusondern.

Die Charakterisierung der Erlaubnis als Plan im Sinne des UVP-Rechts, für deren Erteilung eine Pflicht zur Durchführung einer SUP oder einer FFH-Verträglichkeitsprüfung bestehen könnte, überdehnt Struktur und Funktion des bergrechtlichen Berechtigtenseins. Durch diesen Ansatz wird die im Bergrecht vorgesehene Abfolge von Bergbauberechtigung als sachenrechtlicher Grundlage von Aufsuchung und Gewinnung bergfreier Bodenschätze und Betriebsplanzulassung als behördlicher Gestattung bergbaulicher Tätigkeiten in die Nähe gestufter Genehmigungsverfahren²⁰ gerückt, in denen eine erste Teilgenehmigung mit einem vorläufigen positiven Gesamturteil über das Gesamtvorhaben verbunden ist und dadurch die weiteren Genehmigungsschritte vorprägt – ein Ansatz, der im Bergrecht keine Stütze findet.

¹⁸ Vgl. Schulte, ZfB 130 (1989), 82 (83).

¹⁹ BVerwG, B. v. 15.10.1998 – 4 B 94/98 –, Juris Rdnr. 3.

²⁰ Ein derartiges Verhältnis besteht nicht einmal zwischen Rahmenbetriebsplan und Hauptbetriebsplan, BVerwG, U. v. 13.12.1991 – 7 C 25.90 –, ZfB 133 (1992), 38 (43).