

RECHTSGUTACHTEN

Voraussetzungen einer bergrechtlichen
Erlaubnis nach § 7 BBergG unter besonderer
Berücksichtigung der Versagungsgründe
des § 11 Nr. 10 BBergG

Prof. Dr. Monika Böhm

Philipps-Universität Marburg

20. März 2013

Im Auftrag des
Hessischen Ministeriums
für Umwelt, Energie, Landwirtschaft und Verbraucherschutz

KURZFASSUNG

Voraussetzungen einer bergrechtlichen Erlaubnis nach § 7 BBergG unter besonderer Berücksichtigung der Versagungsgründe des § 11 Nr. 10 BBergG

Gutachten im Auftrag des
Hessischen Ministeriums für Umwelt, Energie, Landwirtschaft und Verbraucherschutz

erstellt von

Prof. Dr. Monika Böhm
Philipps-Universität Marburg

Für ein als „Adler South“ bezeichnetes 5212 km² großes Gebiet in Nordhessen wurde im Februar 2012 ein Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis zur Aufsuchung von Kohlenwasserstoffen im Wege des sog. Frackingverfahrens gestellt. Die im Rahmen des Erlaubnisverfahrens nach § 15 BBergG beteiligten Behörden und Gemeinden haben gegen das Vorhaben eine Vielzahl von Einwendungen erhoben.

Im Rahmen des Gutachtens war zu untersuchen, ob aufgrund der vorliegenden Einwendungen die Erteilung der Erlaubnis aufgrund § 11 Nr. 10 BBergG zu versagen ist, weil überwiegende öffentliche Interessen die Aufsuchung im gesamten zuzuteilenden Feld ausschließen. Dabei waren mehrere im Jahr 2012 vorgelegte Risikostudien bzw. Gutachten zum Thema „Fracking“ zu berücksichtigen. Das *Hessische Landesamt für Umwelt und Geologie* (HLUG) hat diese Veröffentlichungen im Hinblick auf die geologischen Verhältnisse in Nordhessen ausgewertet.

Grundsätzlich ist das bergrechtliche Verfahren für die Aufsuchung und Gewinnung bergfreier Bodenschätze gestuft, nämlich in das Konzessionsverfahren einerseits und das Betriebsplanverfahren andererseits. Bevor mit der Erkundung und Gewinnung von Bodenschätzen begonnen werden darf, ist zunächst einmal eine (Aufsuchungs-)Erlaubnis nach § 7 BBergG erforderlich. Mit ihr erlangt der Vorhabenträger eine Rechtsposition, durch die er vor konkurrierenden Anträgen für das von der Erlaubnis umfasste Erkundungs- und Gewinnungsfeld

geschützt wird. Die Erlaubnis nach § 7 BBergG wird insoweit auch als Konzession bezeichnet.

Um tatsächlich mit der Aufsuchung beginnen zu können, sind weitere Zulassungen erforderlich: Betriebspläne nach dem BBergG sowie Genehmigungen nach allen betroffenen Fachgesetzen, beispielsweise nach dem Wasserhaushaltsgesetz. Den bergrechtlichen Zulassungen kommt keine Konzentrationswirkung zu.

Das Bundesverwaltungsgericht hat aber darauf hingewiesen, dass keine Bergbauberechtigungen verliehen werden sollen, „die nicht die Erwartung rechtfertigen, jemals ausgeübt werden zu können“; verhindert werden soll, „dass eine Berechtigung begründet wird, die sich im Nachhinein als substanzlos erweist“. An und für sich sind zwar die Betriebspläne und ggfs. erforderliche Parallelgenehmigungen der Ort zur Berücksichtigung von öffentlichen Interessen aller Art, insbesondere auch von Umweltbelangen. Bei Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte hat die Erlaubnisbehörde aber bereits im Rahmen der Aufsuchungserlaubnis die öffentlichen Belange zu berücksichtigen, die einer späteren Aufsuchung und Gewinnung entgegenstehen. Schon auf dieser Stufe ist danach eine Prüfung vorzunehmen, die in Prüfungsintensität und im Prüfungsumfang an sich erst späteren Verfahrensstufen entspricht. Allein dieses Vorgehen entspricht auch dem Grundsatz der Verfahrensökonomie.

Um dieses Ziel zu erreichen, muss zunächst einmal die Aussicht bestehen, dass eine Gewinnung überhaupt möglich ist. Dabei sind auch Fragen der Wirtschaftlichkeit einzubeziehen. Grundsätzlich gehört die Frage der wirtschaftlichen Gewinnung eines Bodenschatzes zwar zum Risikobereich der Antragsteller. Bei fehlenden Gewinnaussichten kann aber die vom BBergG bezweckte Rohstoffförderung nicht erreicht werden. Auch ist es unzulässig, eine Erlaubnis „auf Vorrat“ zu erteilen, die auf absehbare Zeit nicht genutzt werden könnte. Nach einer Studie des *Mannheimer Zentrums für Europäische Wirtschaftsforschung* kann nicht davon ausgegangen werden, dass in Europa und insbesondere in Deutschland derzeit überhaupt eine wirtschaftliche Gewinnung von Erdgas durch Fracking möglich ist.

Außerdem ist nach derzeitigem Stand der Erkenntnisse nicht ersichtlich, dass es überhaupt lohnenswerte Vorkommen im Antragsgebiet gibt. In einer Studie der *Bundesanstalt für Geowissenschaften und Rohstoffe* (BGR) zur Abschätzung entsprechender Vorkommen in Deutschland ist das Antragsgebiet nicht enthalten. Das *HLUG* kommt in seiner ausführlichen Untersuchung der geologischen-hydrogeologischen Situation im beantragten Aufsuchungsfeld „Adler South“ dazu, dass nur in sehr begrenztem Umfang überhaupt Aussicht auf förderfähige Gasvorkommen besteht. Auf fast 84 % der Fläche kommt nach derzeitigem Stand der Erkenntnisse eine Gewinnung nicht in Betracht.

Unabhängig davon ist die Aufsuchungserlaubnis zu versagen, weil überwiegende öffentliche Interessen die Aufsuchung im gesamten zuzuteilenden Feld ausschließen. Grundsätzlich handelt es bei der Erlaubnis nach § 7 BBergG um eine solche gebundener Art. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich allerdings auch, dass durch § 11 Nr. 10 BBergG Abwägungen ermöglicht und damit Entscheidungsspielräumen der für die zu schützenden öffentlichen Belange zuständigen Behörden Rechnung getragen werden sollte.

Die Versagungsgründe müssen sich nicht unmittelbar aus der Aufsuchung selbst ergeben. Unter öffentlichen Interessen sind vielmehr alle in der Verfassung, in Gesetzen, Rechtsverordnungen, Satzungen, Gebietsentwicklungs- und Raumordnungsplänen etc. zum Ausdruck gebrachten und festgelegten öffentlichen Interessen zu verstehen. Der Kreis in Betracht kommender Interessen ist damit weit gefasst. Die in Frage kommenden öffentlichen Interessen sind nicht jeweils gesondert, sondern insgesamt daraufhin zu betrachten, ob sie einen Anspruch im gesamten Feld ausschließen. Gesprochen werden kann insoweit von einem „Summierungseffekt“.

Nach der Rechtsprechung ist von einem Ausschluss im gesamten Feld jedenfalls dann auszugehen, wenn auf 80 % des Antragsfeldes öffentliche Interessen einer Aufsuchung und Gewinnung von Bodenschätzen entgegenstehen. Betont wird, dass insbesondere dem Schutz des Grundwassers vor Verunreinigungen eine alle anderen Belange überragende Bedeutung zukommt. An die Eintrittswahrscheinlichkeit eines Schadens in einem Trinkwasserschutzgebiet werden deshalb nur geringe Anforderungen gestellt. Als entscheidend wird es angesehen, dass von der zuständigen Fachbehörde Gefahren für das Trinkwasser nicht ausgeräumt werden können.

Im Rahmen der Anhörung nach § 15 BBergG haben über 120 Fachbehörden und Kommunen Stellung genommen. Fasst man deren Ergebnisse sowie die Stellungnahme des *HLUG* zusammen, so ist festzuhalten, dass dem Antragsfeld insbesondere für die wasserwirtschaftliche Nutzung eine hohe Wertigkeit zukommt. Soweit eine Förderung überhaupt in Betracht kommt, sind knapp 40 % der Fläche als Wasserschutzgebiete festgesetzt oder aber als Vorranggebiete für Hochwasserschutz, Siedlung und Industrie, Gewerbe sowie Vorhaben des Bundes ausgewiesen. Bezogen auf das Gesamtantragsgebiet sind es knapp 49 %.

Zwar ist davon nur ein relativ kleiner Teil der Trinkwasserschutzgebiete den Zonen I und II zugeordnet. Auch in den sonstigen Gebieten sind Nutzungsmöglichkeiten aber nach derzeitigem Kenntnisstand wenn überhaupt, dann allenfalls ausnahmsweise möglich. Als problematisch wird vom *HLUG* im Anschluss an die vorhandenen Risikostudien insoweit insbesondere die technische Aufbereitung und umweltgerechte Entsorgung des sog. Flowback-

Wassers angesehen. Eine Versenkung wird als indiskutabel angesehen. Weitere Fachbehörden haben ebenfalls auf Probleme beim Wasserschutz hingewiesen.

Rechnet man weitere Vorrang- und Vorbehaltsgebiete, insbesondere für Natur und Landschaft hinzu, so ist bezogen auf das gesamte Antragsgebiet auf ca. 80 % der Fläche eine Nutzung unter Zugrundelegung der Stellungnahmen der angehörten Behörden nicht möglich. Dazu kommen noch erforderliche Abstandsflächen, um Quereinträge von außerhalb der (Wasser-)Schutzgebiete liegenden Bohrmaßnahmen zu verhindern. Zu berücksichtigen sind außerdem weitere öffentliche Interessen beispielsweise die für den Tourismus bedeutsamen Nutzungen insbesondere im Gebiet sowie im Umkreis von Willingen, Bad Wildungen und dem Nationalpark Kellerwald-Edersee.

Berücksichtigt man die in den Stellungnahmen insbesondere des *HLUG* und der Fachbehörden ausführlich belegten öffentlichen Interessen einerseits und die nach derzeitigem Kenntnisstand nur unzureichende Aussicht auf eine wirtschaftliche Gewinnbarkeit von Bodenschätzen durch Fracking andererseits, kommt die Erteilung der beantragten Aufsuchungserlaubnis nicht in Betracht.

GLIEDERUNG

	Seite
A. Gutachtenauftrag und Gang der Untersuchung	1
I. Gutachtenauftrag	1
II. Gang der Untersuchung	2
B. Rechtliche Rahmenbedingungen einer Erlaubniserteilung	3
I. Problemstellung	3
II. Die Erlaubnis im System bergrechtlicher Gestattungen	5
1. Entstehungsgeschichte des BBergG	5
2. Gestuftes Gestattungssystem	6
3. Ausgestaltung und Reichweite der Erlaubnis im Einzelnen	8
4. Wirtschaftliche Gewinnbarkeit	9
III. Verfahrensgang	10
1. Antragstellung	10
2. Beteiligung anderer Behörden nach § 15 BBergG	11
3. Rechtsstellung der zu beteiligenden Behörden.....	13
4. Maßgeblichkeit der Einwendungen im gestuften Gestattungssystem	13
IV. Rechtsanspruch des Antragstellers oder Entscheidungsspielraum der zuständigen Behörde?	15
1. Erlaubnis mit Versagungsvorbehalt	15
2. Unbestimmte Rechtsbegriffe und Einschätzungs- prärogative	16
3. Zuständige Behörde.....	18
4. Ergebnis	18
V. Versagungsgründe im Überblick.....	19
VI. Insbesondere: § 11 Nr. 10 BBergG	19
1. Auslegungsmaßstäbe	19
a. Wortlaut	19
b. Entstehungsgeschichte	19
c. Systematik	20
d. Sinn und Zweck	21
aa. Detail- versus Globalprüfung	21
bb. Beteiligung nach § 15 BBergG	24
cc. Bindungswirkung	26
dd. Sachentscheidungsinteresse.....	26
2. Öffentliche Interessen im Einzelnen.....	27
a. Gesetzliche Vorgaben und vorhandene Nutzungen.....	27
b. Rechtsprechung und Literatur zum bergrechtlichen Begriff der öffentlichen Interessen.....	28
c. Möglicherweise betroffene öffentliche Interessen nach Maßgabe der vorhandenen Risikostudien/Gutachten zum Fracking.....	29
3. Überwiegender Art	30
a. Begriff	30

b. Summierungseffekt.....	31
4. Ausschluss	31
5. Im gesamten Feld	34
VII. Rechte der Antragsteller in weiteren Zulassungs- und Genehmigungsverfahren für den Fall, dass eine Erlaubnis nach § 7 BBergG erteilt würde	36
C. Erlaubnisfähigkeit von Fracking im beantragten Aufsuchungsfeld.....	38
I. Stellenwert der Aussagen des HLUG und der Fachbehörden.....	38
II. Stellungnahme HLUG	38
1. Vorgehen.....	38
2. Geologische und hydrogeologische Eignung des Aufsuchungsfelds.....	40
a. Wirtschaftliche Gewinnbarkeit.....	41
b. Gewinnbarkeit im Aufsuchungsfeld.....	42
III. Stellungnahmen der angehörten Behörden	42
1. Darstellung der Anhörung.....	42
2. Auswertung der Anhörung	43
IV. Entgegenstehende öffentliche Interessen i.S.d. § 11 Nr. 10 BBergG, die die Aufsuchung im gesamten Feld ausschließen	44
1. Wasserwirtschaftliche Nutzung.....	44
2. Sonstige Vorrang- und Vorbehaltsgebiete	46
3. Ergebnis.....	46
V. Abwägung.....	46
VI. Ergebnis.....	47
D. Zusammenfassung der Ergebnisse.....	48

A. Gutachtenauftrag und Gang der Untersuchung

I. Gutachtenauftrag

Für ein als „Adler South“ bezeichnetes 5212 km² großes Gebiet in Nordhessen liegt dem *Regierungspräsidium Darmstadt* als zuständiger Behörde des Landes Hessen ein Antrag auf Erteilung einer (Aufsuchungs-)Erlaubnis nach § 7 Bundesberggesetz (BBergG) zur Aufsuchung von Kohlenwasserstoffen vom Februar 2012 vor. Nach den Darstellungen des Antragstellers im Erlaubnisantrag soll die Aufsuchung des bergfreien Bodenschatzes „Kohlenwasserstoff“ unter anderem durch Probebohrungen mittels hydraulischen Drucks im sog. Frackingverfahren erfolgen. Der Antrag enthält ein auf 5 Jahre angelegtes Arbeitsprogramm für die Erkundung.

Die im Rahmen des Erlaubnisverfahrens nach § 15 BBergG beteiligten Behörden und Gemeinden haben gegen das Vorhaben eine Vielzahl von Einwendungen erhoben.

Ziel des Gutachtens ist die Feststellung, ob aufgrund der vorliegenden Einwendungen die Erteilung der Erlaubnis aufgrund § 11 Nr. 10 BBergG zu versagen ist, weil überwiegende öffentliche Interessen die Aufsuchung im gesamten zuzuteilenden Feld ausschließen. In diesem Rahmen sind Erkenntnisse von drei im Jahr 2012 vorgelegten Risikostudien bzw. Gutachten zum Thema Fracking zu berücksichtigen. Das *Hessische Landesamt für Umwelt und Geologie* (HLUG) hat den Auftrag erhalten, diese Veröffentlichungen im Hinblick auf die geologischen Verhältnisse in Nordhessen auszuwerten.

Bei der Begutachtung soll insbesondere auf folgende Fragen eingegangen werden:

1. Welche der vorliegenden Einwendungen sind öffentliche Interessen im Sinne von § 11 Nr. 10 BBergG? Dabei ist u.a. auch zu betrachten, ob das Tatbestandsmerkmal „im gesamten zuzuteilenden Feld“ erfüllt ist.
2. Ergeben sich unter Einbeziehung der Auswertungen des HLUG Gesichtspunkte, die im Rahmen von § 11 Nr. 10 BBergG zu berücksichtigen sind?

3. Schließen die sich aus der Prüfung von 1. und 2. ergebenden öffentlichen Interessen unter Abwägung mit den bergbaulichen Belangen die Aufsuchung aus?
4. Welche Rechte könnte der Antragsteller in weiteren Zulassungs- und Genehmigungsverfahren geltend machen, wenn eine Erlaubnis nach § 7 BBergG erteilt würde?

II. Gang der Untersuchung

Nachfolgend werden unter B. die rechtlichen Rahmenbedingungen der Erlaubniserteilung herausgearbeitet. Dabei wird zunächst der Charakter der (Aufsuchungs-)Erlaubnis nach § 7 BBergG im System der bergrechtlichen Gestattungen dargestellt. Aufgezeigt wird, dass zwar grundsätzlich ein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Erlaubnis besteht. Allerdings erweitert der in § 11 Nr. 10 BBergG festgelegte Versagungsgrund der öffentlichen Interessen das Feld der maßgeblichen rechtlichen Vorgaben. In diesem Rahmen sind u.a. die Vorgaben des Wasserrechts zu beachten. Ermessens- und Beurteilungsspielräumen der zuständigen Behörden ist Rechnung zu tragen. Das Bestehen eines Anspruchs wird damit erheblich modifiziert.

Die Tatbestandsmerkmale des § 11 Nr. 10 BBergG werden im Einzelnen untersucht. Außerdem werden Rechte der Antragsteller in weiteren Zulassungs- und Genehmigungsverfahren für den Fall, dass eine Erlaubnis nach § 7 BBergG erteilt würde, dargestellt.

Sodann werden unter C. die Stellungnahme des HLUg sowie die erhobenen Einwendungen der nach § 15 BBergG im Erlaubnisverfahren zu beteiligenden Behörden ausgewertet. Es zeigt sich, dass im Ergebnis unter Abwägung der Vielzahl der betroffenen öffentlichen Interessen mit den bergbaulichen Belangen eine Erlaubniserteilung derzeit nicht in Betracht kommt. Unter D. erfolgt eine Zusammenfassung der Ergebnisse.

B. Rechtliche Rahmenbedingungen einer Erlaubniserteilung

I. Problemstellung

Unter Fracking wird die Förderung von Erdgas aus sog. unkonventionellen Lagerstätten mittels des Hydraulic Fracturing-Verfahrens verstanden. Mit den Auswirkungen dieser Methode auf Umwelt und Menschen haben sich im Jahr 2012 drei große Studien befasst.¹ Eine Erlaubnisfähigkeit des Fracking wird dabei zwar nicht ausgeschlossen, es wird aber eine Vielzahl von Risiken aufgezeigt. Dies gilt insbesondere für die bei der Gewinnung des Erdgases eingesetzten Frac-Fluide, die eine Vielzahl als gefährlich eingestufte Stoffe enthalten. Die Fluide verbleiben zum Teil im Untergrund und müssen im Übrigen zusammen mit weiteren Rückständen des Gewinnungsprozesses, dem sog. Flowback, entsorgt werden.²

Mittlerweile werden deutschlandweit mögliche Gefahren des Fracking diskutiert, laufende Verfahrensanträge wurden zurückgezogen oder werden jedenfalls nicht weiter verfolgt. U.a. in Frankreich, Bulgarien, den Niederlanden und in Südafrika wurden Fracking-Verbote ausgesprochen oder zumindest präventive Moratorien erlassen.³ In Schleswig-Holstein hat der Landtag im Dezember 2012 die Erteilung von entsprechenden Genehmigungen abgelehnt.⁴ Für Hessen hat Frau Staatsministerin *Puttrich* darauf hingewiesen, dass es keine konkreten Erkundungsmaßnahmen geben

¹ *Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit/Umweltbundesamt* (Hrsg.), *Umweltauswirkungen von Fracking bei der Aufsuchung und Gewinnung von Erdgas aus unkonventionellen Lagerstätten – Risikobewertung, Handlungsempfehlungen und Evaluierung bestehender rechtlicher Regelungen und Verwaltungsstrukturen*, 2012; *Ministerium für Klimaschutz, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen* (Hrsg.), *Fracking in unkonventionellen Erdgas-Lagerstätten in Nordrhein-Westfalen*, 2012; vgl. auch *Frenz/Kukla/Preuß* (Hrsg.), *Unkonventionelle Gasgewinnung in NRW*, 2012; *Ewen/Borchardt/Richter/Hammerbacher*, *Risikostudie Fracking*, 2012; die Studie wurde von ExxonMobil finanziert und von einem neutralen Expertenkreis erstellt. Aus ihr ist auch die Veröffentlichung von *Roßnagel/Hentschel/Polzer*, *Rechtliche Rahmenbedingungen der unkonventionellen Erdgasförderung mittels Fracking*, 2012 hervorgegangen. Behandelt wurden dabei insbesondere die Auswirkungen der bei Fracking eingesetzten Stoffe.

² Vgl. dazu auch die zusammenfassende Darstellung des *Hessischen Landesamts für Umwelt und Geologie* (HLUG), *Stellungnahme zu vorliegenden Gutachten zum Fracking in Deutschland im Zusammenhang mit dem Aufsuchungsantrag der BNK Deutschland GmbH auf Kohlenwasserstoffe im Erlaubnisfeld „Adler South“*, Langfassung, S. 37 ff.

³ Siehe nur *Bundesanstalt für Geowissenschaften und Rohstoffe* (BGR), *Abschätzung des Erdgaspotenzials aus dichten Tongesteinen (Schiefergas) in Deutschland*, 2012, S. 33.

⁴ Vgl. Landtag Schleswig-Holstein, *Plenarprotokoll 18/13*, S. 906 ff.

wird, bevor nicht die mittlerweile vorliegenden Risikostudien und Gutachten zum Thema Fracking hessenspezifisch ausgewertet worden sind.⁵

Am 01.02.2013 hat der Bundesrat eine Entschließung zum Umgang mit dem Einsatz von Fracking-Technologien mit umwelttoxischen Chemikalien bei der Aufsuchung und Gewinnung von Erdgas aus unkonventionellen Lagerstätten gefasst. In dieser heißt es u.a.:⁶

„Der Bundesrat stellt fest, dass

- der Einsatz von Fracking-Technologien mit umwelttoxischen Chemikalien in Trinkwasserschutzgebieten, Gebieten für die Gewinnung von Trinkwasser oder Mineralwasser, Heilquellenschutzgebieten sowie in Gebieten mit ungünstigen geologisch-hydrogeologischen Verhältnissen auszuschließen ist;
- auf Grund der aktuellen wissenschaftlichen Datenlage es nicht verantwortbar ist, zu diesem Zeitpunkt Vorhaben zur Aufsuchung und Gewinnung von Erdgas aus unkonventionellen Lagerstätten mit dem Einsatz der Fracking-Technologie mit umwelttoxischen Chemikalien zu genehmigen;
- über Anträge auf Genehmigung von Fracking-Maßnahmen mit umwelttoxischen Chemikalien zur Aufsuchung und Gewinnung von Erdgas aus unkonventionellen Lagerstätten erst dann entschieden werden kann, wenn die nötige Datengrundlage zur Bewertung vorhanden ist und zweifelsfrei geklärt ist, dass eine nachteilige Veränderung der Wasserbeschaffenheit nicht zu besorgen ist (Besorgnisgrundsatz des Wasserhaushaltsgesetzes), wobei die im Auftrag des Bundes und des Landes Nordrhein-Westfalen erstellten Gutachten zu dem Ergebnis kommen, dass diese Voraussetzungen zurzeit nicht vorliegen;
- die Entsorgung des Flowback aus Frack-Vorgängen mit Einsatz umwelttoxischer Chemikalien in Versenkbohrungen (Disposalbohrungen) wegen fehlender Erkenntnisse über die damit verbundenen Risiken derzeit nicht verantwortbar ist.“

⁵ *Hessisches Ministerium für Umwelt, Energie, Landwirtschaft und Verbraucherschutz*, Pressemitteilung vom 26.04.2012.

⁶ BR-Drs. 754/12, S. 1 f; siehe auch Ergebnisprotokoll der 79. Umweltministerkonferenz am 15. und 16. November 2012 in Kiel, TOP 41-43, S. 61 ff.

Derzeit wird auch eine Reihe von Änderungsvorschlägen zum BBergG diskutiert, veranlasst insbesondere durch die Fracking-Methode.⁷ Bundesumwelt- und Bundeswirtschaftsministerium haben Ende Februar einen gemeinsamen Regelungsentwurf vorgelegt.⁸ Eine Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP-Pflicht) soll eingeführt, Erkundungs- und Gewinnungsmaßnahmen in Wasserschutzgebieten sollen ausgeschlossen werden.

Im Rahmen dieses Gutachtens werden die Rahmenbedingungen einer Erlaubniserteilung nach Maßgabe des geltenden Rechts im Einzelnen untersucht. Es wird aufgezeigt, dass zwar nach § 7 BBergG grundsätzlich ein Anspruch auf Erteilung einer Aufsuchungserlaubnis besteht. Die Erlaubnis ist aber nach § 11 Nr. 10 BBergG zu versagen, wenn davon auszugehen ist, dass überwiegende öffentliche Interessen die Aufsuchung im gesamten zuzuteilenden Feld ausschließen. Ein Anspruch auf die Erlaubnis besteht insoweit mit der Einschränkung, dass durch Fachgesetze zum Schutz öffentlicher Interessen eingeräumte Entscheidungsspielräume der dafür zuständigen Behörden gewahrt bleiben. Außerdem kommt ein Anspruch nur dann in Betracht, wenn Aussicht auf Gewinnbarkeit von Bodenschätzen besteht.

II. Die Erlaubnis im System bergrechtlicher Gestattungen

1. Entstehungsgeschichte des BBergG

Das BBergG stammt aus dem Jahr 1980.⁹ Durch den Erlass sollte das gesamte Bergrecht vereinheitlicht und neu geordnet werden.¹⁰ Bis dahin war das Bergrecht in der Hauptsache landesrechtlich geregelt und in weit über hundert einzelne Gesetze, Nebengesetze und Verordnungen zersplittert. Überwiegend stammten die Landesberggesetze noch aus dem 19. Jahrhundert.

⁷ Vgl. nur BR-Drs. 754/12; aus der Lit. *Grigo*, Reform des Bergrechts angesichts aktueller Entwicklungen (Fracking), in: Frenz (Hrsg.), *Bergrechtsreform und Fracking*, 2013, S. 73 ff.; *Frenz*, Einbindung einer Bergrechtsreform und des Fracking in europarechtliche Entwicklungen, in: ders. (Hrsg.), a.a.O., S. 97 ff.; *Teßmer*, Vorschläge zur Novellierung des deutschen Bergrechts, in: Frenz (Hrsg.), a.a.O., S. 25 ff.

⁸ Abrufbar unter http://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Wasser_Abfall_Boden/vorschlag_bmu_bmwi_fracking_bf.pdf (Stand 19.03.2013).

⁹ Bundesberggesetz vom 13.08.1980, BGBl. I S. 1310, zuletzt geändert durch Art. 15 a des Gesetzes vom 31.07.2009, BGBl. I S. 2585.

¹⁰ Zur Zielsetzung siehe BT-Drs. 8/1315, S. 1 ff.

Mit dem BBergG sollte den Anforderungen einer modernen Wirtschaftsordnung Rechnung getragen werden. Das Bergrecht enthielt zuvor eine Vielzahl verschiedener Bergbauberechtigungen, zum Teil sogar noch aus dem Mittelalter stammend.¹¹ Gesprochen wird insoweit vom sog. Berechtenswesen.¹² In der Begründung des Gesetzentwurfs werden Belehnungen, Feldesreservationen, Distriktsverleihungen, außerdem unechte und echte Staatsvorbehalte sowie Mischformen angeführt. Die Berechtigungen waren teils privatrechtlich, teils öffentlich-rechtlich ausgestaltet und unterschieden sich erheblich in Voraussetzungen, Form und Rechtswirkungen.

Ursprünglich galt ein System der sog. Bergfreiheit. Dies bedeutet, dass jedermann nach bergfreien Mineralien schürfen durfte. Unter bestimmten Voraussetzungen bestand ein dem Grundstückseigentum gleichgestellter Rechtsanspruch auf Bergwerkseigentum für gefundene Mineralien. Zwar wurde das System der Bergfreiheit mehr und mehr zurückgedrängt. Gleichwohl wird in der Begründung des Gesetzentwurfs zum BBergG das Fehlen „*der erforderlichen Elastizität*“ beklagt.¹³ Damit war gemeint, dass eine Ermessensfreiheit der Behörde nicht bestand und damit keine Möglichkeit materieller Gestaltung durch den Staat. Angestrebt wurde deshalb mit den §§ 6 ff. BBergG insbesondere die „Schaffung eines modernen, *elastischen* Konzessionssystems für besonders wichtige, dem Grundeigentum entzogene Bodenschätze“.¹⁴ Diesem Gesichtspunkt wird bei der Auslegung der einzelnen Vorschriften Rechnung zu tragen sein.

2. Gestuftes Gestattungssystem

Das BBergG unterscheidet zwischen Erlaubnis, Bewilligung und Bergwerkseigentum einerseits sowie Betriebsplänen andererseits.¹⁵ Nach § 6 S. 1 BBergG bedarf der Erlaubnis, wer bergfreie Bodenschätze aufsuchen will und der Bewilligung oder des Bergwerkseigentums, wer bergfreie Bodenschätze gewinnen will.

¹¹ BT-Drs. 8/1315, S. 2, 69.

¹² Vgl. dazu *Reimnitz*, Rechtlicher Inhalt und Bedeutung der Regelung des Berechtenswesens im Regierungsentwurf eines Bundesberggesetzes von 1975, 1976, S. 7 ff.: *Franke*, in: Festschrift Kühne, 2009, S. 508 ff. m.w.Nachw.

¹³ BT-Drs. 8/1315, S. 84, Hervorhebung nicht im Original.

¹⁴ BT-Drs. 8/1315, S. 2, 70, Hervorhebung nicht im Original.

¹⁵ *Erbguth*, *VerwArch* 87 (1996), 258, 262 ff.; siehe auch *Seeliger*, *Wasser und Abfall* 2012, 29 ff.

Im Gegensatz zu grundeigenen Bodenschätzen, die im Eigentum des Grundeigentümers stehen, erstreckt sich das Eigentum an einem Grundstück nach § 3 Abs. 2 BBergG nämlich nicht auf die enumerativ in § 3 Abs. 3 BBergG aufgeführten und damit bergfreien Bodenschätze. Dazu gehört auch das Erdgas als Kohlenwasserstoff.¹⁶

Die eigentliche Aufsuchungs- und Gewinnungstätigkeit setzt neben der Erlaubnis und der Bewilligung jeweils die Durchführung von Betriebsplanverfahren nach §§ 51 ff. BBergG voraus. Ggfs. sind weitere Parallelgenehmigungen erforderlich, beispielsweise nach dem Wasserhaushaltsgesetz (WHG).¹⁷ Den bergrechtlichen Gestattungen kommt nämlich grundsätzlich keine Konzentrationswirkung zu.¹⁸ Das bergrechtliche Verfahren stellt sich also insgesamt als mehrfach gestuftes Gestattungssystem dar.

Bevor mit der Erkundung von Bodenschätzen begonnen werden darf, muss zunächst eine Bergbauberechtigung erlangt werden. Diese Aufgabe erfüllt die (Aufsuchungs-)Erlaubnis nach § 7 BBergG. Mit ihr erlangt der Vorhabenträger eine Rechtsposition, durch die er grundsätzlich vor konkurrierenden Anträgen für das von der Erlaubnis umfasste Erkundungs- und Gewinnungsfeld geschützt wird.¹⁹

Dem Zulassungsverfahren zur eigentlichen Bergbautätigkeit ist also ein Verfahren vorgeschaltet, durch welches die Voraussetzungen für den Erwerb einer Bergbauberechtigung geschaffen werden. Die Erlaubnis nach § 7 BBergG wird insoweit auch als Konzession bezeichnet.²⁰

Zur Zwecksetzung hat das BVerwG ausgeführt:

„Die Trennung des Grundeigentums von diesen Bodenschätzen setzt ein Rechtsinstitut voraus, das eine Aufsuchung und Gewinnung unab-

¹⁶ Das Erdgas unterfällt dem Begriff des Kohlenwasserstoffs, der wegen seiner deutlicheren Abgrenzbarkeit für die zuvor uneinheitlich verwendeten Begriffe „Bitumen, Erdöl, Erdgas oder Erdwachs“ gewählt wurde, siehe *Pienschulte/Graf Vitzthum*, BBergG, § 3 Rn. 16; siehe auch *Elgeti/Dietrich*, NuR 2012, 232, 234.

¹⁷ Siehe nur *Ludwig*, ZUR 2012, 150, 152.

¹⁸ Zu den von der Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG erfassten Entscheidungen *Jarass*, BImSchG, Kommentar, 9. Auflage 2012, § 13 Rn. 3 ff. Zur Reichweite der Konzentrationswirkung einer bergrechtlichen Planfeststellung BVerwG, Urteil vom 15.12.2006 – 7 C 1.06 – ZUR 2007, 198 ff.

¹⁹ *Elgeti/Dietrich*, NuR 2012, 232, 234 m.w.Nachw.

²⁰ BT-Drs. 8/1315, S. 2, 70 ff.; BVerwG, Beschluss vom 15.10.1998 – 4 B 94.98 – UPR 1999, 75, 76; *Ludwig*, ZUR 2012, 150 ff.

hängig vom Willen der jeweiligen Grundeigentümer und ohne Rücksicht auf Eigentumsgrenzen gewährleistet.“²¹

Die in der Erlaubnis enthaltene Bergbauberechtigung sagt aber noch nichts darüber aus, in welchem Umfang Bodenschätze aufgesucht und u.U. auch schon gewonnen werden dürfen und welche öffentlich-rechtlichen Vorschriften dabei einzuhalten sind.²² Dafür ist ein Betriebsplanverfahren nach §§ 51 ff. BBergG durchzuführen. An und für sich sind der Betriebsplan und ggfs. erforderliche Parallelgenehmigungen auch der Ort zur Berücksichtigung von Umweltbelangen.²³ Bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte sind derartige Belange aber bereits vor Erteilung der Aufsuchungserlaubnis zu untersuchen, wie unten im Einzelnen dargestellt wird.

Für die eigentliche Gewinnung bedarf es der Bewilligung nach § 8 BBergG oder des Bergwerkseigentums nach § 9 BBergG sowie wiederum der Durchführung eines Betriebsplanverfahrens.

3. Ausgestaltung und Reichweite der Erlaubnis im Einzelnen

Grundsätzlich schafft die Erlaubnis demnach nur einen Rechtstitel, der zur Aufsuchung von Bodenschätzen berechtigt. Dem Erlaubnisinhaber wird nach § 7 S. 1 BBergG die Befugnis eingeräumt, nach den Vorschriften dieses Gesetzes in einem bestimmten Bereich jede mittelbar oder unmittelbar auf die Entdeckung und Erkundung von Bodenschätzen gerichtete Tätigkeit auszuüben.²⁴ Ihre Reichweite ist damit begrenzt.

Das Recht aus der Erlaubnis ist als „ausschließliches“ Recht ausgestaltet. Das bedeutet, dass das Erlaubnisfeld und die dort vorhandenen Bodenschätze nicht mehr Gegenstand eines Aufsuchungsrechtes von Dritten sein kann.²⁵ Die Erlaubnis beinhaltet außerdem das Recht zur ungehinderten Durchführung von Aufsuchungsarbeiten unter Abwehr von Beeinträchtigungen durch Dritte. Nach § 7 Abs. 1 BBergG wird auch das Recht umfasst,

²¹ BVerwG, Beschluss vom 15.10.1998 – 4 B 94.98 – UPR 1999, 75, 76.

²² BVerwG, Beschluss vom 15.10.1998 – 4 B 94.98 – UPR 1999, 75, 76; OVG Koblenz, Urteil vom 09.10.2008 – 1 A 10231/08 – juris-Rn. 40.

²³ Dazu *Ludwig*, ZUR 2012, 150, 152 f. Zur Stellung des Betriebsplans im Rahmen des bergrechtlichen Zulassungssystems *Franke*, in: Festschrift Kühne, 2009, S. 521 ff.

²⁴ *Boldt/Weller*, Bundesberggesetz, § 7 Rn. 1.

²⁵ *Piens/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, § 7 Rn. 4 ff.

- bei planmäßiger Aufsuchung notwendigerweise zu lösende oder freizusetzende Bodenschätze zu gewinnen und das Eigentum daran zu erwerben,
- sowie die Einrichtungen zu errichten und zu betreiben, die zur Aufsuchung und zu den damit im Zusammenhang stehenden Tätigkeiten erforderlich sind.

Damit erhält der Konzessionsinhaber letztlich ein begrenztes Gewinnungsrecht. Die Ausübung unterliegt einer Reihe von in den §§ 48 und 49 BBergG festgelegten Verboten und Beschränkungen. Die Errichtung und Aufnahme des Aufsuchungsbetriebes unterliegt der Betriebsplanpflicht nach § 51 BBergG, insbesondere der Betriebsplanzulassung nach § 55 BBergG. Daneben sind alle Gesetze zu beachten, deren Anwendungsbereich berührt ist. Bei Bohrungen ist beispielsweise dem Grundwasserschutz nach Maßgabe des WHG Rechnung zu tragen.

Zusammenfassend lässt sich also festhalten, dass die Erlaubnis ein begrenztes (Aufsuchungs-)Recht gewährt, das allerdings nur nach den weiteren Vorgaben des BBergG sowie wegen des Fehlens einer Konzentrationswirkung der bergrechtlichen Gestattungen auch nur nach Maßgabe aller im Übrigen betroffenen Gesetze ausgeübt werden darf.

4. Wirtschaftliche Gewinnbarkeit

In § 1 Nr. 1 BBergG wird die Sicherung der Rohstoffversorgung als vorrangiges Ziel festgeschrieben. Das Gesetz geht von einem Allgemeininteresse an der Aufsuchung, Gewinnung und Aufbereitung von Bodenschätzen aus.²⁶ Ein absoluter Vorrang der Rohstoffsicherung vor allen anderen Belangen besteht aber nicht.²⁷

Um dieses Ziel zu erreichen, muss zunächst einmal die Aussicht bestehen, dass eine Gewinnung überhaupt möglich ist. Dabei sind auch Fragen der Wirtschaftlichkeit einzubeziehen. Grundsätzlich gehört die Frage der wirtschaftlichen Gewinnung eines Bodenschatzes zwar zum Risikobereich der Antragsteller. Allerdings kann bei fehlenden Gewinnaussichten die vom BBergG bezweckte Rohstoffförderung nicht erreicht werden.

²⁶ Vgl. dazu auch BT-Drs. 8/1315, S. 67; zur Sicherstellung der Energieversorgung s. schon BVerfGE 30, 292, 323 f.

²⁷ OVG Magdeburg, Urteil vom 21.11.2003 – 2 K 341/00 – juris-Rn. 58 ff.

Der Gesetzgeber hat beim Erlass des BBergG deshalb gerade auch die Bedeutung volkswirtschaftlich-bergbaulicher Belange betont, die dann mit anderen öffentlichen Interessen abgewogen werden sollten.²⁸ Daran wird deutlich, dass das Gesetz nicht einfach die Nutzungsinteressen Privater schützen will. Vielmehr soll diesen das Recht zum Abbau von Bodenschätzen zum Nutzen der gesamten Volkswirtschaft eingeräumt werden. Wenn sich aber abzeichnet, dass ausreichende Vorkommen gar nicht vorhanden sind, dann scheidet regelmäßig auch eine wirtschaftliche Nutzung aus.

Einem Aufsuchungsantrag kann man deshalb grundsätzlich nur dann Rechnung tragen, wenn überhaupt Anzeichen für eine wirtschaftliche Gewinnbarkeit bestehen. Dies gilt umso mehr, als das BBergG eine bloße Bevorratung von Aufsuchungsrechten verhindern will.²⁹ Wenn eine Erlaubnis erteilt wird, dann soll diese auch tatsächlich genutzt werden. Dies zeigt sich auch an den die Antragstellung flankierenden Bestimmungen des BBergG.

III. Verfahrensgang

1. Antragstellung

Die Erlaubnis wird nach § 10 BBergG nur auf schriftlichen Antrag bei der zuständigen Behörde erteilt. Die Antragsteller haben dabei u.a. ein Arbeitsprogramm vorzulegen, in dem insbesondere darzulegen ist, dass die vorgesehenen Aufsuchungsarbeiten hinsichtlich Art, Umfang und Zweck ausreichend sind und in einem angemessenen Zeitraum erfolgen.³⁰ Fehlt ein solches oder ist es nicht ausreichend differenziert, greift der Versagungsgrund des § 11 Nr. 3 BBergG. Durch diese Regelung soll eine zügige und auf einen überschaubaren Zeitraum begrenzte Aufsuchung von Bodenschätzen gewährleistet werden.³¹ Hintergrund ist, dass der Gesetzgeber keine ewigen Bergbauberechtigungen mehr vergeben wollte. Nach § 16 Abs. 4 BBergG ist die Erlaubnis außerdem auf höchstens 5 Jahre zu befristen. Auch damit sollte eine Bevorratung verhindert werden:

„Jedenfalls muss ausgeschlossen werden, dass durch zu lange Fristen Gebiete auf ‚Vorrat‘ vergeben werden“, wurde als Ziel der Gesetzgebung

²⁸ BT-Drs. 8/1315, S. 87.

²⁹ Vgl. dazu *Franke*, in: Festschrift Kühne, 2009, S. 522.

³⁰ Vgl. dazu *Franke*, in: Festschrift für Kühne, 2009, S. 508 f. und 522.

³¹ S. VGH Mannheim, Urteil vom 15.04.2010 – 6 S 1939/09 – ZNER 2010, 499, 500 f. m.w.Nachw.

formuliert.³² Diese Zielsetzung kommt auch in § 18 Abs. 2 Satz 1 BBergG zum Ausdruck, wonach eine Erlaubnis zu widerrufen ist, wenn aus Gründen, die der Erlaubnisinhaber zu vertreten hat, die Aufsuchung nicht innerhalb eines Jahres nach Erteilung der Erlaubnis aufgenommen oder die planmäßige Aufsuchung länger als ein Jahr unterbrochen worden ist.

2. Beteiligung anderer Behörden nach § 15 BBergG

Nach § 15 BBergG hat die zuständige Behörde vor der Entscheidung über den Antrag, den Behörden Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, zu deren Aufgaben die Wahrnehmung öffentlicher Interessen im Sinne des § 11 Nr. 10 BBergG gehört.

In den Gesetzesmaterialien heißt es dazu:

„Im Interesse einer möglichst umfassenden und lückenlosen Berücksichtigung aller öffentlichen Belange durch die zuständige Behörde ist in § 15 die Anhörung aller übrigen beteiligten Behörden vorgesehen.“³³

Der Begriff der zu beteiligenden Behörde wird dabei in einem funktionalen Sinne verstanden. Behörden sind deshalb nach der Rechtsprechung des BVerwG alle Stellen, die öffentliche Interessen der in § 11 Nr. 10 BBergG bezeichneten Art wahrnehmen. Dazu rechnet das BVerwG neben Fachbehörden auch betroffene Kommunen.³⁴

In der Lit. wird diese Rspr. teilweise nicht zur Kenntnis genommen. So wird beispielsweise von *Weller/Kullmann*³⁵ lediglich auf die Vorinstanz³⁶ verwiesen, die vom Behördenbegriff des § 15 BBergG nur Fachbehörden, nicht aber auch Kommunen umfasst angesehen hat. Nicht erwähnt wird dagegen der diese Entscheidung insoweit aufhebende Beschluss des BVerwG.

Unzutreffend und zudem widersprüchlich ist es auch, wenn *Attendorn* zwar zunächst betont, dass die Beteiligung „niederschwellig“ anzusetzen ist, dann aber davon ausgeht, dass eine Kommune nur dann zu beteiligen ist, wenn sie öffentliche Interessen im gesamten zuzuteilenden Feld vertritt.³⁷

³² BT-Drs. 8/1315, S. 90.

³³ BT-Drs. 8/1315, S. 87.

³⁴ BVerwG, Beschluss vom 15.10.1998 – 4 B 94.98 – UPR 1999, 75 f.

³⁵ *Weller/Kullmann*, in: Kullmann, BBergG, 2012, § 15 Rn. 1.

³⁶ OVG Bautzen, Urteil vom 10.06.1998 – 1 S 349/96 – ZfB 1998, 205 ff., zitiert nach juris-Orientierungssatz 1.

³⁷ *Attendorn*, ZUR 2011, 565, 567.

Dies entspricht weder dem Wortlaut noch der Zwecksetzung des § 15 BBergG und steht zudem im Widerspruch zur Rspr. des BVerwG, die *Attendorf* unerwähnt lässt.

Wenn § 15 BBergG festlegt, dass die zuständige Behörde vor der Entscheidung über den Antrag allen Behörden Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben hat, zu deren Aufgaben die Wahrnehmung öffentlicher Interessen i.S.d. § 11 Nr. 10 BBergG gehört, so kann daraus nicht abgeleitet werden, dass das kommunale Interesse sich auf das gesamte Aufsuchungsgebiet beziehen muss. Zwar darf eine Erlaubnis nach dieser Regelung nur versagt werden, wenn öffentliche Interessen die Aufsuchung im gesamten Feld ausschließen. In der Norm wird aber gerade nicht von einem öffentlichen Interesse gesprochen. Der Begriff wird vielmehr in der Mehrzahl verwendet. Die für die Erlaubniserteilung zuständige Bergbehörde hat deshalb eine Gesamtschau vorzunehmen. Zwar könnte im Einzelfall die tatsächliche Situation so aussehen, dass ein einziges öffentliches Interesse betroffen ist, das sich über das gesamte Feld erstreckt. Ein solcher Fall dürfte allerdings eher nur theoretisch denkbar sein. Regelmäßig werden unterschiedliche öffentliche Interessen betroffen sein, so dass die Bergbehörde letztlich eine Art Kartierung vornehmen muss, um feststellen zu können, wie umfangreich insgesamt die Flächen sind, in denen öffentliche Interessen eine Aufsuchung ausschließen. Gerade für diese Feststellungen ist es aber erforderlich, alle betroffenen Interessen zu erfassen.

Eben diesem Zweck dient – wie dies auch das BVerwG zu Recht betont – die Beteiligungsvorschrift des § 15 BBergG: Alle ggfs. betroffenen Behörden sollen dazu beitragen, etwa berührte Interessen möglichst früh zusammen zu tragen. Ausdrücklich hebt es dabei hervor, dass Gemeinden u.a. deshalb Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist, damit sie Belange des Städtebaus geltend machen können.³⁸ Gerade diese aber sind notwendig örtlich begrenzt und könnten sich regelmäßig gar nicht auf das gesamte Aufsuchungsfeld auswirken.

³⁸ BVerwG, Beschluss vom 15.10.1998 – 4 B 94.98 – UPR 1999, 75 f.

3. Rechtsstellung der zu beteiligenden Behörden

Die Beteiligung nach § 15 BBergG dient also zunächst einmal der Schaffung einer breiten Informationsbasis für die Erlaubnisbehörde.³⁹ Alle öffentlichen Interessen, die relevant sein könnten, sollen in den Entscheidungsprozess einfließen können.

Fraglich ist, ob aus § 15 BBergG auch subjektive Rechte hergeleitet werden können. Das BVerwG geht insoweit davon aus, dass eine Gemeinde, die zu Unrecht nicht beteiligt worden ist, nicht allein wegen dieses Verfahrensfehlers eine Aufhebung der Sachentscheidung verlangen kann.⁴⁰ Soweit allerdings sonstige Rechte wie etwa die durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG geschützte kommunale Planungshoheit betroffen sind, kommt eine Geltendmachung grundsätzlich in Betracht.⁴¹ Durch die Beteiligung nach § 15 BBergG werden aber die insoweit vorhandenen Rechtspositionen nicht erweitert,⁴² die Regelungen stellen vielmehr nur sicher, dass diese auch im bergrechtlichen Erlaubnisverfahren beachtet werden.

Den Rechtsschutzbedarf sieht das BVerwG dabei in der Regel nicht schon im Verfahren der Konzessionserteilung, sondern erst im Rahmen des nachfolgenden Betriebsplanverfahrens und ggfs. zusätzlich erforderlicher Parallelgenehmigungen. Ergeben sich allerdings aus der Beteiligung schon im Stadium des Erlaubnisverfahrens Erkenntnisse, die im weiteren Verlauf zu einer Versagung einer bergrechtlichen Zulassung führen müssten, so dürfen diese schon bei der Aufsuchungserlaubnis nicht unbeachtet bleiben. Andernfalls wäre die Beteiligung nach § 15 BBergG ihrer Funktion beraubt.

4. Maßgeblichkeit der Einwendungen im gestuften Gestattungssystem

Auch wenn etwaige Einwendungen nach § 15 BBergG im Rahmen des Erlaubnisverfahrens keinen Rechtsanspruch auf Berücksichtigung begründen, besteht dem Zweck der Vorschrift entsprechend aber eine objektive

³⁹ BVerwG, Beschluss vom 15.10.1998 – 4 B 94.98 – UPR 1999, 75 f.

⁴⁰ BVerwG, Beschluss vom 15.10.1998 – 4 B 94.98 – UPR 1999, 75, 76; siehe auch VG Leipzig, Urteil vom 19.05.1993 – 3 K 723/92 – ZfB 1994, 149, 151 f. und VG Greifswald, Bescheid vom 12.06.1996 – 4 A 495/95 – ZfB 1997, 198, 201.

⁴¹ BVerwG, Beschluss vom 15.10.1998 – 4 B 94.98 – UPR 1999, 75, 76.

⁴² Siehe auch VG Weimar, Urteil vom 11.11.1998 – K 716/96 – ZfB 1999, 144, 149.

Berücksichtigungspflicht der zuständigen Behörde. Die Regelung flankiert § 11 Nr. 10 BBergG verfahrensmäßig.⁴³

Die Einführung beider Vorschriften war im Gesetzgebungsprozess umstritten. Der Wirtschaftsausschuss hatte ihre Streichung gefordert und hielt eine allgemeine Regelung in § 48 Abs. 2 BBergG für ausreichend.⁴⁴ Nach der Vorschrift kann die für die Zulassung von Betriebsplänen zuständige Behörde eine Aufsuchung oder Gewinnung beschränken oder untersagen, soweit ihr überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen.

Der Bundesrat hielt dies nicht für ausreichend und setzte im Vermittlungsausschuss die Beibehaltung von § 11 Nr. 10 und § 15 BBergG durch. Er hob dabei darauf ab, dass nur so den überwiegenden öffentlichen Interessen Rechnung getragen werde.⁴⁵ Damit wird deutlich, dass der Berücksichtigung öffentlicher Interessen bereits im Stadium der Aufsuchung eine besondere Bedeutung beigemessen wurde, die sowohl inhaltlich als auch verfahrensmäßig abgesichert wurde.

In der Lit. wird davon ausgegangen, dass die Regelung des § 48 Abs. 2 BBergG durch § 11 Nr. 10 und § 15 BBergG letztlich gegenstandslos geworden sei und an sich im Gesetzgebungsverfahren konsequenterweise hätte gestrichen werden müssen.⁴⁶ In der Praxis spielt die Vorschrift allerdings durchaus eine Rolle.⁴⁷

⁴³ BT-Drs. 8/1315, S. 89; *Boldt/Weller*, Bundesberggesetz, § 15 Rn. 1.

⁴⁴ BT-Drs. 8/3965, S. 134; *Boldt/Weller*, Bundesberggesetz, § 15 Rn. 1, § 48 Rn. 8.

⁴⁵ BT-Drs. 8/4420, S. 1.

⁴⁶ *Boldt/Weller*, Bundesberggesetz, § 11 Rn. 13, § 48 Rn. 8.

⁴⁷ Ausführlich zur Berücksichtigung von Umweltaspekten nach § 48 Abs. 2 BBergG im Rahmen der Betriebsplanzulassung *Ludwig*, ZUR 2012, 150, 152 ff. m.w.Nachw.; siehe auch BVerwG, Beschluss vom 06.06.2012 – 7 B 68/11 – juris-Rn. 6 m.w.Nachw.; vgl. auch *Piens/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, § 48 Rn. 14 ff.

IV. Rechtsanspruch des Antragstellers oder Entscheidungsspielraum der zuständigen Behörde?

1. Erlaubnis mit Versagungsvorbehalt

In § 7 BBergG wird zwar der Inhalt einer Erlaubnis zur Aufsuchung von Bodenschätzen beschrieben. Voraussetzungen ihrer Erteilung werden aber nicht festgelegt. Versagungsgründe enthält jedoch § 11 BBergG.

Von der Struktur her ähneln die Regelungen den §§ 8 und 12 WHG, in denen ebenfalls Vorgaben für den Inhalt von Erlaubnis (und Bewilligung) kombiniert mit Versagungsgründen festgelegt werden. Anders als das Bergrecht räumt das Wasserrecht den Behörden allerdings ausdrücklich ein sog. Bewirtschaftungsermessen ein. Nach § 12 Abs. 2 WHG steht nämlich die Erteilung der Erlaubnis und der Bewilligung im Übrigen, also auch bei Nichtvorliegen von Versagungsgründen, im pflichtgemäßen Ermessen der zuständigen Behörde. Ein Genehmigungsanspruch besteht im Wasserrecht insoweit nicht.⁴⁸

Eine entsprechende Regelung gibt es im BBergG nicht. Nach den Gesetzesmaterialien sollte von der Grundstruktur her eine gebundene Erlaubnis geschaffen werden. Nur bei Vorliegen eines der in § 11 BBergG erschöpfend aufgezählten Gründe sollte eine Versagung möglich sein. Ausdrücklich wurde festgestellt:

„Liegt keiner der vorgenannten Versagungsgründe vor, besteht ein Rechtsanspruch auf die Erlaubnis. Dagegen muss versagt werden, wenn auch nur einer dieser Gründe gegeben ist.“⁴⁹

Grundsätzlich sollte damit also ein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Erlaubnis festgeschrieben werden.⁵⁰ Dieser ist aber ebenso wie ein etwaiger Anspruch auf Erteilung einer Bewilligung nicht durch Art. 14 GG geschützt.⁵¹ Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass durch die Festlegung einzelner Tatbestandsmerkmale des § 11 BBergG Abwägungen ermöglicht und damit durchaus Entscheidungsspielräume der zuständigen

⁴⁸ Siehe schon BVerfG, NJW 1982, 745 ff. zur inhaltsgleichen Vorgängerregelung.

⁴⁹ BT-Drs. 8/1315, S. 86 f.

⁵⁰ Vgl. dazu auch *Piens/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, § 11 Rn. 2 m.w.Nachw.

⁵¹ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 13.04.2007, 1 BvR 284/05, juris-Rn. 4.

Behörden geschaffen werden sollten.⁵² Zutreffend wird insoweit auch von einer rechtsdogmatisch wenig fassbaren dritten Möglichkeit zwischen Rechtsanspruch und Ermessenentscheidung gesprochen.⁵³ Besonders deutlich wird dies bezüglich § 11 Nr. 10 BBergG. Letztlich besteht ein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Erlaubnis insoweit nämlich nur mit der Einschränkung, dass die im Rahmen von Fachgesetzen, die die in der Vorschrift maßgeblichen öffentlichen Interessen konkretisieren, enthaltenen behördlichen Entscheidungsspielräume gewahrt bleiben.

2. Unbestimmte Rechtsbegriffe und Einschätzungsprärogative

Aber auch bei den anderen Versagungsgründen des § 11 BBergG können durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe Entscheidungsspielräume bestehen.

Grundsätzlich sind unbestimmte Rechtsbegriffe nach der herrschenden Auffassung in Literatur und Rechtsprechung zwar gerichtlich voll überprüfbar, in vielen Fällen wird der Verwaltung aber eine Einschätzungsprärogative eingeräumt. Auch in der Literatur zum BBergG wird davon ausgegangen, dass die in § 11 BBergG verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe den Behörden einen Beurteilungsspielraum einräumen.⁵⁴ Angeknüpft wird damit daran, dass es sich bei den zu schützenden öffentlichen Interessen in weiten Teilen um solche handeln wird, die dem Umweltrecht unterfallen. Bei den in diesem Rahmen regelmäßig vorzunehmenden Risikobewertungen und zu treffenden Prognoseentscheidungen ist in der Konsequenz die gerichtliche Nachprüfbarkeit der Behördenentscheidung begrenzt.⁵⁵ In der Rechtsprechung wird davon ausgegangen, dass der Spielraum jedenfalls bei § 11 Nr. 10 BBergG den jeweils zuständigen Behörden zusteht, an deren Auslegung die Bergbehörde dann gebunden ist.⁵⁶

Der Bergbehörde soll dagegen bei der im Rahmen von § 11 Nr. 10 BBergG vorzunehmenden Interessenabwägung ein Beurteilungsspielraum nicht zustehen. Begründet wird dies damit, dass die Abwägung nicht Bestandteil

⁵² BT-Drs. 8/1315, S. 87.

⁵³ *Schulte*, NJW 1981, 88, 91.

⁵⁴ *Piensch/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, § 11 Rn. 2 ff.; *Schulte*, NJW 1981, 88, 91 spricht insoweit auch von einer Abwägungs- oder Einschätzungsprärogative.

⁵⁵ Grundlegend BVerwGE 72, 300, 316 f.; 81, 185, 190 ff.; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 7 Rn. 26 m.w.Nachw.

⁵⁶ VGH Mannheim, Urteil vom 09.06.1988 – 6 S 2972/84 – ZfB 1989, 57, 67.

einer Planung, sondern einer gebundenen Entscheidung sei.⁵⁷ Die Bergbehörde selbst habe keine eigenen planerischen Befugnisse und Aufgaben. Angesichts der, wie oben angesprochen, „Zwitterstellung“ der Aufsuchungserlaubnis zwischen Anspruch und Ermessensentscheidung überzeugt dieses Ergebnis nicht, zumal der Gesetzgeber ausdrücklich die Zuerkennung von Bergbauberechtigungen „elastischer“ gestalten und damit flexibilisieren wollte.⁵⁸ Dies setzt aber voraus, dass wertende Entscheidungen der Bergbehörde einfließen können.

Selbst wenn man aber mit der Rspr. insoweit von einer gebundenen Entscheidung der Bergbehörde ausgeht, so ist doch zu beachten, dass die Bindung nicht weiter reichen kann als die Entscheidungszuständigkeit der Bergbehörde. Diese aber ist letztlich auf die bergrechtlichen Anforderungen beschränkt. Im Rahmen von § 11 Nr. 10 BBergG ist deshalb zu differenzieren. Soweit die Bergbehörde für die Abwägung der Interessen an der Aufsuchungserlaubnis und den vorhandenen öffentlichen Interessen zuständig ist, so wäre die zu treffende Entscheidung unter Zugrundelegung der Rspr. als gebundene Entscheidung anzusehen. Soweit allerdings sowohl in § 11 Nr. 9 als auch in Nr. 10 BBergG Bezug auf den Schutz öffentlicher Interessen genommen wird, eröffnet das Gesetz Spielräume. Auch in der Gesetzesbegründung wird davon ausgegangen, dass Abwägungs- und Einschätzungsspielräume bestehen.⁵⁹ Diese kommen allerdings nicht der Bergbehörde, sondern der für die jeweiligen Interessen zuständigen Behörde zu.

Wie schon erwähnt, wird durch § 11 Nr. 10 BBergG die Entscheidungsgrundlage für die Erlaubniserteilung vor allem auf die Fachgesetze ausgeweitet, die öffentliche Interessen i.S. der Vorschrift reglementieren. Entscheidungsspielräume können insoweit durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe aber auch durch die Einräumung von Ermessensspielräumen wie beispielsweise dem wasserrechtlichen Bewirtschaftungsermessens verankert werden. Auf diese Weise wird das Vorhandensein eines Erlaubnisanspruchs im Ergebnis ganz erheblich relativiert.

⁵⁷ VGH Mannheim, Urteil vom 09.06.1988 – 6 S 2972/84 – ZfB 1989, 57, 66 f.; OVG Magdeburg, Urteil vom 04.11.1999 – A 1/4 S 170/97 – juris-Rn. 26.

⁵⁸ BT-Drs. 8/1315, S. 84.

⁵⁹ BT-Drs. 8/1315, S. 87.

3. Zuständige Behörde

Zuständig für die Erlaubniserteilung nach § 7 BBergG ist die Bergbehörde. In Hessen ist dies das Regierungspräsidium Darmstadt.⁶⁰ Soweit öffentliche Interessen im Rahmen von § 11 Nr. 10 BBergG zu berücksichtigen sind, ist die Erlaubnisbehörde grundsätzlich an bereits bestehende Entscheidungen anderer Behörden gebunden. Deren Zuständigkeit bleibt auch im Übrigen bestehen und wird durch die bergbehördliche Prüfung nicht verdrängt.⁶¹ In materieller Hinsicht ist jeweils gesondert nach den Maßstäben des jeweiligen Fachgesetzes zu entscheiden.⁶²

Dies gilt z.B. für die Festsetzung von Naturschutzgebieten. Soweit derartige anderweitige Entscheidungen aber Ausnahmen zulassen oder aber entsprechende Entscheidungen zwar getroffen werden könnten, aber noch nicht getroffen worden sind, hat die Erlaubnisbehörde den Sachverhalt zu prüfen. Die Feststellungen der primär zuständigen Behörden und auch die diesen etwa eingeräumten Ermessensspielräume sind von der Bergbehörde bei ihren Entscheidungen zu Grunde zu legen.

Ein Abweichen davon wird man nur dann als zulässig ansehen können, wenn berechtigte Zweifel an der Einschätzung der an sich zuständigen Behörde bestehen. Die Erlaubnisbehörde kann insbesondere nicht selbst über etwaige Befreiungen entscheiden, sondern lediglich das Vorhandensein einer konkreten Befreiungsmöglichkeit feststellen.⁶³

4. Ergebnis

Grundsätzlich ist die Erlaubnis nach § 7 BBergG als solche gebundener Art zu qualifizieren. Es besteht insoweit bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ein Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis. Über die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und von Öffnungsklauseln zur Berücksichtigung öffentlicher Interessen im Rahmen der Versagungsgründe des § 11 BBergG werden den für diese Interessen nach Maßgabe der Fachge-

⁶⁰ Die Zuständigkeiten sind in der Verordnung über bergrechtliche Zuständigkeiten und Anerkennungsverfahren nach der Markscheider-Bergverordnung vom 16.04.2008 (GVBl. I S. 697), zuletzt geändert durch Verordnung vom 05.10.2011 (GVBl. I S. 661), geregelt.

⁶¹ Franke, in: Festschrift Kühne, 2009, S. 525.

⁶² Sparwasser/Engel/Voßkuhle, Umweltrecht, 5. Auflage, 2003, § 9 Rn. 315; siehe auch BVerwG, Urteil vom 12.04.2001 – 4 C 5/00 – NVwZ 2001, 1048 ff.

⁶³ Schulte, Anm. zu VGH Mannheim, Urteil vom 09.06.1988 – 6 S 2972/84 – ZfB 1989, 82, 83.

setze zuständigen Behörden aber Entscheidungs- und Abwägungsspielräume eingeräumt.

V. Versagungsgründe im Überblick

Die Versagungsgründe sind im Einzelnen in § 11 BBergG festgelegt. Zu prüfen ist danach u.a., ob das Aufsuchungsfeld nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen beschrieben (Nr. 2) und ein ausreichendes Arbeitsprogramm vorgelegt wurde (Nr. 3). Zudem muss der Antragsteller die erforderliche Zuverlässigkeit (Nr. 6) besitzen.

Grundsätzlich ist im Rahmen der Aufsuchungserlaubnis noch keine übermäßige Konkretisierung des bergbaulichen Vorhabens erforderlich. Bei Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte wird jedoch eine weitreichende Prüfung erforderlich, was auch Rückwirkungen auf den Umfang der vorzulegenden Antragsunterlagen haben kann.

VI. Insbesondere: § 11 Nr. 10 BBergG

1. Auslegungsmaßstäbe

a. Wortlaut

Nach dem Wortlaut der Regelung ist die Aufsuchungserlaubnis zu versagen, wenn überwiegende öffentliche Interessen die Aufsuchung im gesamten zuzuteilenden Feld ausschließen. Beim Begriff der öffentlichen Interessen handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Durch ihn sollten der zuständigen Behörde trotz der Ausgestaltung des § 7 BBergG als grundsätzlich gebundene Erlaubnis, Entscheidungsspielräume schon im Stadium der Aufsuchung eingeräumt werden.

b. Entstehungsgeschichte

In den Gesetzmaterialien zu § 11 Nr. 10 BBergG wird dies deutlich zum Ausdruck gebracht. Dort heißt es:

„Mit dem Versagungsgrund ... wird ein gegenüber dem geltenden Recht neuer Weg beschritten, weil damit bereits im Verfahren der Erteilung von Erlaubnissen und Bewilligungen eine Abwägung zwischen

volkswirtschaftlich-bergbaulichen Belangen und anderen öffentlichen Interessen vorzunehmen ist, obwohl eine echte Kollision mit anderen öffentlichen Interessen nicht schon durch das mit der Erteilung der Erlaubnis entstehende Recht, sondern erst durch dessen Ausübung eintreten könnte.“⁶⁴

Ausdrücklich wird darauf hingewiesen, dass sich die bergrechtliche Erlaubnis insoweit wesentlich von anderen öffentlich-rechtlichen Erlaubnissen und Genehmigungen unterscheidet, die entweder nur oder gleichzeitig mit der Einräumung der erforderlichen Befugnis auch deren Ausübung zum Gegenstand haben. Im Gegenzug zu der bereits im Stadium der Erteilung des Rechts greifenden Interessenabwägung wird allerdings die Versagung nur unter „gravierenden Voraussetzungen“ ermöglicht. Nur solche öffentlichen Interessen sollen eine Versagung ermöglichen, 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 Aufsuchung ausschließen.⁶⁵

Darauf, welche öffentlichen Interessen im Einzelfall umfasst sein können, wird noch zurückzukommen sein.

Festzuhalten ist aber, dass mit den öffentlichen Interessen auch die sie reglementierenden Gesetze und die darin enthaltenen Entscheidungsspielräume der zuständigen Behörden in das Verfahren der bergrechtlichen Erlaubnis Einzug halten.

c. Systematik

Systematisch kommt die Einräumung eines Entscheidungsspielraumes auch durch die Regelung des § 15 BBergG zum Ausdruck.

Um sicherzustellen, dass möglicherweise betroffene Interessen auch tatsächlich erkannt werden können, wurde – wie oben beschrieben – eine Behördenbeteiligung schon für das Stadium der Aufsuchung verankert und

⁶⁴ BT-Drs. 8/1315, S. 87.

⁶⁵ BT-Drs. 8/1315, S. 87, die Regelung war in § 11 Nr. 8 BBergG enthalten und entspricht wortgleich dem schließlich verabschiedeten § 11 Nr. 10 BBergG.

die Umsetzung des § 11 Nr. 10 BBergG damit verfahrensmäßig abgesichert. Außerdem ist eine etwaige Bindungswirkung nach Maßgabe des § 12 Abs. 2 BBergG zu beachten. Danach darf eine Bewilligung grundsätzlich nur dann versagt werden, wenn die Tatsachen, die die Versagung rechtfertigen, erst nach der Erteilung der Erlaubnis eingetreten sind.⁶⁶

d. Sinn und Zweck

aa. Detail- versus Globalprüfung

Sinn und Zweck der Einbeziehung öffentlicher Interessen im Rahmen der Aufsuchungserlaubnis wurden – wie unter b. beschrieben – in der Begründung des Gesetzentwurfs zum BBergG benannt. Bevor konkrete Aufsuchungsmaßnahmen ergriffen werden, soll sichergestellt sein, dass ihnen keine grundsätzlichen Hindernisse entgegenstehen.

Das gestufte Verfahren der Erlaubniserteilung soll insoweit mit flankierenden Maßnahmen, wie insbesondere der Betriebsplanzulassung, gerade den besonderen Bedingungen der Aufsuchung von Bodenschätzen gerecht werden. Damit soll der Tatsache Rechnung getragen werden, dass es in der Regel zwar eine mehr oder minder begründete Vermutung zur Auffindung von Bodenschätzen geben wird. Erst mit konkreten Untersuchungen lassen sich jedoch meist erst genauer die Lage, der Umfang und bodenspezifische geologische Umstände feststellen. Typischerweise lassen sich etwaige Gefährdungen öffentlicher Interessen erst im Rahmen konkreter Aufsuchungsmaßnahmen beurteilen. Die Prüfung weiterer Belange wird in der Regel eine Konkretisierung der Vorhabenplanung voraussetzen,⁶⁷ die üblicherweise erst in einem späteren Verfahrensstadium vorgenommen wird. Dies bedeutet aber nicht, dass im Rahmen der Aufsuchungserlaubnis nur Aufsuchungsmaßnahmen geprüft werden können.

Grundsätzlich soll zwar die Erteilung von Bergbauberechtigungen nicht mit Prüfungsgesichtspunkten befrachtet werden, die erst auf einer späteren Entscheidungsstufe bedeutsam werden. Die Aufsuchungserlaubnis ist zunächst einmal rohstoffwirtschaftlich ausgerichtet, sie dient als Abgrenzungsinstrument für private Verfügungsrechte und bestimmt insoweit zunächst einmal das Prüfungsprogramm der zuständigen Bergbehörde.

⁶⁶ Siehe dazu auch unter d.cc.

⁶⁷ Franke, in: Festschrift Kühne, 2009, S. 521 ff., 527.

Das BBergG will allerdings auch sicherstellen, dass tatsächlich vorhandene Erkenntnisse von betroffenen öffentlichen Interessen so früh wie möglich einbezogen und berücksichtigt werden können und enthält gerade deshalb den Versagungsgrund des § 11 Nr. 10 BBergG. Der Gesetzgeber wollte insoweit einen neuen Weg beschreiten und schon im Verfahren der Erlaubnis „eine Abwägung zwischen volkswirtschaftlich-bergbaulichen Belangen und anderen öffentlichen Interessen“ vorschreiben, „obwohl eine echte Kollision mit anderen öffentlichen Interessen nicht schon durch das mit der Erteilung der Erlaubnis entstehende Recht, sondern erst durch dessen Ausübung eintreten kann“.⁶⁸

Denn wenn von Anfang an davon auszugehen ist, dass nicht überwindbare öffentliche Interessen einer Aufsuchung entgegenstehen, dann macht es keinen Sinn, auch noch ein gestuftes Verfahren durchzuführen. Die Reichweite der Erlaubnisentscheidung ist dann zu unterscheiden von der Frage des Prüfungsumfangs und der Prüfungstiefe.

Sind hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte für das Betroffensein öffentlicher Interessen vorhanden bzw. werden solche im Rahmen der Behördenbeteiligung vorgetragen, genügt deshalb eine kursorische Prüfung im Rahmen eines Erlaubnisverfahrens nicht. Vielmehr hat die zuständige Behörde in eine Detailprüfung einzutreten. Auch *Piens/Schulte/Graf Vitzthum* sehen deshalb im Ergebnis in den einschlägigen Fällen eine eingehende Prüfung als erforderlich an und sprechen insoweit von einer „Detailentscheidung mit präjudizierender Wirkung“.⁶⁹

Auch in der Rechtsprechung wird davon ausgegangen, dass bei Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte die Erlaubnisbehörde bereits im Rahmen der Aufsuchungserlaubnis die öffentlichen Belange zu berücksichtigen hat, die einer späteren Gewinnung entgegenstehen. Schon auf dieser Stufe ist danach eine Prüfung vorzunehmen, die in Prüfungsintensität und im Prüfungsumfang der Prüfung auf einer späteren Stufe entspricht.⁷⁰ Das BVerwG hat zutreffend darauf hingewiesen, dass keine Bergbauberechtigungen verliehen werden sollen, „die nicht die Erwartung rechtfertigen, jemals ausgeübt werden zu können“; verhindert werden soll, „dass eine Be-

⁶⁸ BT-Drs. 8/1315, S. 87.

⁶⁹ *Piens/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, § 11 Rn. 21.

⁷⁰ VG Leipzig, Urteil vom 19.01.1995 – 5 K 23/94 – ZfB 1995, 48, 54; von einer Vorverlagerung spricht auch das VG Weimar, Urteil vom 09.01.1995 – K 714/93.We – juris-Rn. 44.

rechti gung begründet wird, die sich im Nachhinein als substanzlos erweist“.⁷¹ Schon bei der Erlaubniserteilung hat deshalb ggfs. eine umfassende Würdigung des Vorhabens im Verhältnis zu den betroffenen öffentlichen Belangen zu erfolgen. Bei Vorliegen entsprechender Anzeichen ist daher nicht nur zu prüfen, ob ein Aufsuchungsbetriebsplan zugelassen werden kann. Ist nämlich erkennbar, dass auch eine Gewinnung nicht in Betracht kommen wird, so macht es ebenfalls keinen Sinn, in die dorthin führenden Verfahrensschritte einzusteigen.

Das VG Leipzig hat hierzu treffend ausgeführt:

„Es entspricht ... dem Grundsatz der Verfahrensökonomie, die Prüfung der Vereinbarkeit des Vorhabens mit den öffentlichen Belangen so früh wie möglich und so umfassend wie nötig abzuklären. Ist schon auf der ersten Verfahrensstufe erkennbar, dass sich eine spätere Gewinnung nicht realisieren lassen wird, bedarf es keiner weiteren zeitraubender und kostspieliger Verfahrensschritte.“⁷²

Das VG Leipzig hatte über eine Erlaubnis zur Aufsuchung von Kies und Kiessanden zu entscheiden. Es ging insoweit davon aus, dass sich im Unterschied zur Gewinnung klassischer Bodenschätze bei einem Kiesabbauvorhaben die in Konflikt stehenden öffentlichen Interessen schon frühzeitig und damit auch ohne detaillierten Betriebsplan absehen und gewichten lassen.⁷³ Aber auch bei anderen Bodenschätzen kann nichts anderes gelten, wenn im Rahmen des Erlaubnisverfahrens Kenntnisse über das Betroffensein öffentlicher Interessen vorliegen und deshalb absehbar ist, dass die Zulassung eines Aufsuchungsbetriebsplans oder eine spätere Gewinnung nicht in Betracht kommen.

Die Bergbehörde muss deshalb das im Rahmen der Behördenbeteiligung nach § 15 BBergG eingebrachte Erkenntnismaterial umfassend auswerten. Falls erforderlich, ist der Antragsteller zu einer Präzisierung seines Antrags aufzufordern.⁷⁴

Aus der Zwecksetzung wird deutlich, dass bei Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte schon im Rahmen des Erlaubnisverfahrens eine umfassen-

⁷¹ BVerwG, Beschluss vom 15.10.1998 – 4 B 94.98 – UPR 1999, 75 f.

⁷² VG Leipzig, Urteil vom 19.01.1995 – 5 K 23/94 – ZfB 1995, 48, 55.

⁷³ VG Leipzig, Urteil vom 19.01.1995 – 5 K 23/94 – ZfB 1995, 48, 54 f.

⁷⁴ VG Leipzig, Urteil vom 19.01.1995 – 5 K 23/94 – ZfB 1995, 48, 55.

de Überprüfung stattzufinden hat. Die Versagungsgründe müssen sich insbesondere nicht unmittelbar aus der Aufsuchung selbst ergeben. In der Lit. wird dies zwar vereinzelt behauptet.⁷⁵ Wenn insoweit eingewendet wird, dass damit Fragen vorweggenommen werden, die in der Phase der Bergbauberechtigungserteilung nichts verloren haben, so wird jedoch der auch vom BVerwG benannte Gehalt der § 11 Nr. 10 und § 15 BBergG verkannt. Zwar ist im Regelfall das gestufte bergrechtliche Verfahren am besten geeignet, die einzelnen Problematiken Schritt für Schritt abzuarbeiten. Wird aber schon frühzeitig deutlich, dass gewichtige Interessen einer Rohstoffgewinnung entgegenstehen, dann will das BBergG gerade sicherstellen, dass dieser Sachverhalt schon so früh wie möglich berücksichtigt werden kann.⁷⁶ Auch die im Gesetzentwurf enthaltene umfassende Aufzählung der im Rahmen von § 11 Nr. 10 BBergG zu beachtenden Interessen unterstützt dieses Ergebnis.⁷⁷

bb. Beteiligung nach § 15 BBergG

Im Rahmen der Beteiligung nach § 15 BBergG gewonnene Erkenntnisse der Fachbehörden sowie der im Aufsuchungsgebiet liegenden Kommunen sind bei der Ermittlung und Gewichtung der öffentlichen Belange umfassend zu berücksichtigen. Die Regelung soll sicherstellen, dass etwaige Ausschlussgründe möglichst frühzeitig erkannt werden. Werden solche angesprochen, wäre es widersinnig, sie bei der Entscheidung „außen vor“ zu lassen.⁷⁸

Nur so kann die Erlaubnisbehörde auch dem ihr obliegenden Untersuchungsgrundsatz nach § 24 HVwVfG Rechnung tragen.⁷⁹ Danach ermittelt die Behörde den Sachverhalt von Amts wegen. Sie ist dabei nicht an das Vorbringen der Beteiligten gebunden und hat von sich aus alle für den Einzelfall bedeutsamen Umstände zu berücksichtigen.

⁷⁵ So *Karrenstein*, ZfB 2012, 227, 231 unter Hinweis auf *Attendorn*, ZUR 2011, 565, 567, der allerdings diese Auffassung auch nicht begründet, aber immerhin einräumt, das „ein ‚Überschwappen‘ von der Gewinnung entgegenstehender Interessen auf die Erteilung einer Aufsuchungserlaubnis denkbar“ sei.

⁷⁶ BVerwG, Beschluss vom 15.10.1998 – 4 B 94.98 – UPR 1999, 75 f.

⁷⁷ Dazu unten bei 2.a.

⁷⁸ So auch *Seeliger*, Wasser und Abfall 2012, 29, 30 m.w.Nachw.

⁷⁹ Zum Untersuchungsgrundsatz vgl. nur *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, Kommentar, 12. Aufl. 2011, § 24 Rn. 6 ff.

Zu Recht betont deshalb auch das BVerwG die Bedeutung der Behördenbeteiligung.⁸⁰ Die dabei gewonnene Informationsbasis soll gewährleisten, dass sämtliche möglicherweise relevanten öffentlichen Interessen in den Entscheidungsprozess einfließen können.

Eine bloße Globalprüfung reicht im Rahmen von § 11 Nr. 10 BBergG dagegen jedenfalls bei Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte nicht aus. Nicht haltbar ist zum einen ein Verweis auf die übrigen Versagungsgründe.⁸¹ Jeder Versagungsgrund in § 11 BBergG ist nämlich eigenständig auszulegen. Selbst wenn man also davon ausgehen könnte, dass bei der Auslegung der anderen Versagungsgründe eine Globalprüfung ausreicht, ließe dies keinen Rückschluss auf § 11 Nr. 10 BBergG zu.

Auch kann nicht darauf abgestellt werden, dass im BBergG eine Regelung fehlt, die die Bindung der beteiligten Behörden an frühere Stellungnahmen festlegt. An bestandskräftige Entscheidungen sind die Behörden nämlich grundsätzlich immer gebunden, solange die Entscheidungen nicht zurückgenommen oder widerrufen werden.⁸² Im Übrigen gilt – wie schon erwähnt – der Untersuchungsgrundsatz, wonach die Behörde alle für den Einzelfall bedeutsamen Umstände zu berücksichtigen hat, § 24 Abs. 2 Hessisches Verwaltungsverfahrensgesetz (HVwVfG). Wenn neuere Erkenntnisse vorliegen, wird eine Einschätzung ggfs. zu revidieren sein. Eine unbegrenzte Bindungswirkung bloßer behördlicher Stellungnahmen besteht insoweit nicht.

Piens/Schulte/Graf Vitzthum gehen deshalb in ihrer Kommentierung im Ergebnis zu Recht davon aus, dass schon im Stadium der Erteilung von Bergbauberechtigungen eine Abwägung der verschiedenen kollidierenden öffentlichen Belange möglich und notwendig ist. Ausdrücklich heißt es dort, dass die Erteilung einer Berechtigung unter Beteiligung anderer Behörden nach § 15 BBergG auf Ergebnisse gerichtet sein muss, die dem Unternehmer in späteren Verfahren die erneute Abwägung seiner Rechtsposition mit

⁸⁰ BVerwG, Beschluss vom 15.10.1998 – 4 B 94.98 – UPR 1999, 75 f.; zustimmend *Franke*, in: Festschrift Kühne, 2009, S. 525; vgl. auch Gutachten des *Wissenschaftlichen Dienstes des Landtages Schleswig-Holstein* zur Zulässigkeit von Explorationsbohrungen im Wattenmeer sowie zu den Voraussetzungen einer Erlaubnis zur Aufsuchung von Kohlenwasserstoffen (Erlaubnisfeld Eiderstedt) im Wattenmeer, 2008, S. 17 f.

⁸¹ Die nachfolgenden Argumente werden kritisch aufgegriffen von *Piens/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, § 11 Rn. 22.

⁸² Zum Wesen der Bestandskraft s. nur *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, Kommentar, 12. Aufl. 2011, § 43 Rn. 29 ff.

entgegenstehenden, überwiegenden öffentlichen Interessen abnimmt. Als entgegenstehende Interessen werden dabei nicht nur solche der Aufsuchung und Gewinnung von Bodenschätzen und Sicherung der Rohstoffversorgung angesehen.⁸³ Verwiesen wird vielmehr zutreffend auch auf andere Spezialgesetze.

Nach der Rechtsprechung soll die Ausfüllung des Begriffs der öffentlichen Interessen in § 11 Nr. 10 BBergG wegen der Ausgestaltung der bergrechtlichen Konzessionsentscheidung als solche gebundener Art gerichtlich voll überprüfbar sein. Allerdings wird auch eingeräumt, dass eine Interessenabwägung Bestandteil der gebundenen Entscheidung sei. Aufgelöst wird dieser scheinbare Widerspruch dadurch, dass die Bergbehörde zwar selbst u.a. keine planerischen Befugnisse und Aufgaben hat, wohl aber die dafür zuständige Behörde. An deren Entscheidungen ist dann auch die im Bergrecht zuständige Genehmigungsbehörde gebunden.⁸⁴ Auch insoweit wird also grundsätzlich von einer Vorverlagerung der einschlägigen Überprüfung in die Phase der Aufsuchungserlaubnis ausgegangen.⁸⁵

cc. Bindungswirkung

Außerdem ist § 12 Abs. 2 BBergG zu beachten. Danach darf eine Bewilligung grundsätzlich nur versagt werden, wenn die Tatsachen, die die Versagung rechtfertigen, erst nach der Erteilung der Erlaubnis eingetreten sind. Würde man deren Prüfung nun auch im Rahmen der Erlaubnis ausschließen, dann wären sie letztlich überhaupt nicht mehr berücksichtigungsfähig.

dd. Sachentscheidungsinteresse

Wie dargelegt soll durch § 11 Nr. 10 BBergG verhindert werden, dass eine Berechtigung zuerkannt wird, die sich im Nachhinein als substanzlos erweist. In der Lit. wird auch davon ausgegangen, dass es dabei letztlich um das Fehlen des Bescheidungsinteresses geht.⁸⁶ Zutreffend wird darauf abgestellt, dass der Antragssteller kein berechtigtes Interesse an der Ertei-

⁸³ *Piens/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, § 11 Rn. 23; zum Verhältnis Landesplanung/Braunkohleplanung *Hoppe*, DVBl. 1982, 101 ff. und *Erbguth*, DVBl. 1982, 1 ff.

⁸⁴ VGH Mannheim, Urteil vom 09.06.1988 – 6 S 2972/84 – ZfB 1989, 57, 67.

⁸⁵ BVerwG, Beschluss vom 15.10.1998 – 4 B 94.98 – UPR 1999, 75 f.; in diesem Sinne auch *Schulte* Anm. zu VGH Mannheim, Urteil vom 09.06.1988 – 6 S 2972/84 – ZfB 1989, 57, 82 ff.

⁸⁶ *Franke*, in: Festschrift Kühne, 2009, S. 525.

lung einer Bergbauberechtigung hat, von der feststeht, dass sie insgesamt nicht ausgeübt werden könnte.

2. Öffentliche Interessen im Einzelnen

a. Gesetzliche Vorgaben und vorhandene Nutzungen

Nach alledem eröffnet also § 11 Nr. 10 BBergG grundsätzlich Entscheidungsspielräume. Nachfolgend ist nunmehr darauf einzugehen, welche öffentlichen Interessen im Einzelnen betroffen sein können und wie weit die jeweiligen Entscheidungsspielräume reichen. Hierbei wird nochmals deutlich, dass die Prüfung nicht auf Versagungsgründe beschränkt ist, die sich unmittelbar aus der Aufsuchung ergeben.⁸⁷

In der Gesetzesbegründung heißt es:

„Je nach Lage des Einzelfalles ist beispielhaft zu verweisen etwa auf Erfordernisse des Naturschutzes und der Landschaftspflege, der Raumordnung und Landesplanung, des Verkehrs und des Gewässerschutzes.“⁸⁸

Zu berücksichtigen sind demnach also insbesondere das Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG), das Wasserhaushaltsgesetz (WHG), aber auch die Raumordnungs- und Planungsgesetze von Bund und Ländern. Insoweit sind jeweils eigenständige Anforderungen festgelegt, die im Rahmen von Verfahren nach Maßgabe des BBergG zu berücksichtigen sind.

Daneben wird durch die Nennung des Verkehrs in der Gesetzesbegründung zum BBergG deutlich, dass auch die tatsächlichen Verhältnisse in einem Aufsuchungsgebiet einzubeziehen sind. Zu berücksichtigen sind etwaige Nutzungen, jedenfalls soweit sie rechtlichem Schutz unterstellt sind. Es wird davon ausgegangen, dass dabei grundsätzlich alle von der Rechtsordnung anerkannten öffentlichen Interessen in Betracht kommen.⁸⁹ Das bedeutet letztlich, dass unter öffentlichen Interessen alle in der Verfassung, in Gesetzen, Rechtsverordnungen, Satzungen, Gebietsentwicklungs- und

⁸⁷ *Karrenstein*, ZfB 2012, 227, 231 ff., der vom Gegenteil ausgeht, setzt sich allerdings weder mit dem Wortlaut der Regelung noch mit den Gesetzgebungsmaterialien auseinander und bezieht insoweit auch die Rechtsprechung des BVerwG nicht ein.

⁸⁸ BT-Drs. 8/1315, S. 87.

⁸⁹ VGH Mannheim, Urteil vom 09.06.1988 – 6 S 2972/84 – ZfB 1989, 57, 66; VG Weimar, Urteil vom 09.01.1995 – 7 K 714/93.We – juris-Rn. 37.

Raumordnungsplänen etc. zum Ausdruck gebrachten und festgelegten öffentlichen Interessen zu verstehen sind.⁹⁰ Ob insoweit eigenständige förmliche Verfahren zur Berücksichtigung dieser Interessen durchzuführen sind, ist dagegen unerheblich. Gestützt und verstärkt wird dieses Ergebnis auch durch die in Art. 20 a GG enthaltene Staatszielbestimmung Umweltschutz.⁹¹

b. Rechtsprechung und Literatur zum bergrechtlichen Begriff der öffentlichen Interessen

Neben Belangen der Raumordnung und der Landesplanung⁹² werden auch der Fremdenverkehr, der Gewässerschutz,⁹³ der Straßenverkehr, der Natur- und Landschaftsschutz,⁹⁴ der Lagerstättenschutz, der Strahlenschutz, die Außenbereichsbebauung sowie die Rohstoff- und Energiepolitik genannt.⁹⁵ Mögliche Waldschäden sind ebenfalls zu berücksichtigen wie etwaige Auswirkungen des Transports der gewonnen Bodenschätze,⁹⁶ außerdem das FFH-Recht.⁹⁷

In der Rspr. und Lit. zum BBergG werden im Einzelnen außerdem folgende öffentliche Interessen i.S.d. § 11 Nr. 10 BBergG angesprochen:

- Vorhandensein eines militärischen Schutzbereichs,⁹⁸
- Vorhandensein eines Naturschutzgebiets,⁹⁹
- Vorhandensein eines Wasserschutzgebietes.¹⁰⁰

⁹⁰ *Dapprich/Römermann*, Bundesberggesetz, § 11 Rn. 10.

⁹¹ Siehe dazu *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, Kommentar, 11. Aufl. 2011, Art. 20a, insbesondere Rn. 3 ff.

⁹² Ausführlich dazu *Erbguth*, *VerwArch* 87 (1996), 258, 264 ff.

⁹³ Zur wasserrechtlichen Zulässigkeit siehe *Seeliger*, *Wasser und Abfall* 2012, 29, 30 ff., zu zwingenden Versagungsgründen aus Sicht des Wasserrechts. Nach § 50 II WHG ist ortsnahe Versorgung sicherzustellen.

⁹⁴ Zu naturschutzrechtlichen Abbauverboten *Kolonko*, *ZUR* 1995, 126, 127 ff. m.w.Nachw.

⁹⁵ BVerwG, Beschluss vom 15.10.1998 – 4 B 94.98 – UPR 1999, 75 f.; siehe auch VG Weimar, Urteil vom 09.01.1995 – 7 K 714/93.We – juris-Rn. 33 ff.; zur Berücksichtigung von bergbaulichen Nutzungs- und Gewinnungsinteressen im Rahmen des Umwelt- und Planungsrechts *Franke*, in: *Festschrift Kühne*, 2009, S. 519 ff.

⁹⁶ VGH Mannheim, Urteil vom 09.06.1988 – 6 S 2972/84 – ZfB 1989, 57, 79.

⁹⁷ Zum insoweit gleichlautenden Begriff in § 48 Abs. 2 BBergG BVerwG, Beschluss vom 06.06.2012 – 7 B 68/11 – juris-Rn. 6; *Ludwig*, *ZUR* 2012, 150, 152 f. m.w.Nachw.; *Caspar*, Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Landtages Schleswig-Holstein zur Zulässigkeit von Explorationsbohrungen im Wattenmeer sowie zu den Voraussetzungen einer Erlaubnis zur Aufsuchung von Kohlenwasserstoffen (Erlaubnisfeld Eiderstedt) im Wattenmeer, 2008, S. 26 ff.

⁹⁸ *Pienschulte/Graf Vitzthum*, BBergG, § 11 Rn. 18.

⁹⁹ *Pienschulte/Graf Vitzthum*, BBergG, § 11 Rn. 18.

Der Kreis in Betracht kommender Interessen ist damit weit gefasst. Das heißt aber noch nicht, dass sich auch jede der genannten Interessen im Rahmen des Erlaubnisverfahrens durchzusetzen und eine Aufsuchungsbe-
rechtigung damit auszuschließen vermag. Dies ist vielmehr erst dann der Fall, wenn die öffentlichen Interessen als solche überwiegender Art die Aufsuchung im gesamten zuzuteilenden Feld ausschließen. Bevor dies im Einzelnen untersucht wird, soll nachfolgend zunächst noch in einem Überblick aufgezeigt werden, welche öffentlichen Interessen bei der beantragten Aufsuchungserlaubnis betroffen sein könnten. Dabei wird insbesondere auf drei im Jahr 2012 vorgelegte Studien eingegangen.

c. Möglicherweise betroffene öffentliche Interessen nach Maßgabe der vorhandenen Risikostudien/Gutachten zum Fracking

In den bislang erschienen Risikostudien und Gutachten zum Fracking werden die folgenden möglicherweise betroffenen Interessen angesprochen:¹⁰¹

- Grundwasserschutz
- Abwasserbeseitigung
- Immissionsschutz
- Naturschutz
- Transportsicherheit
- Raumplanung
- Landschaftsplanung
- Bauleitplanung
- Fachplanung (z.B. Wasser- und Naturschutzgebiete)
- Nationalparke
- FFH-Gebiete
- Chemikalien- und Gefahrstoffrecht

¹⁰⁰ Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 11 Rn. 18.

¹⁰¹ Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit/Umweltbundesamt (Hrsg.), *Umweltauswirkungen von Fracking bei der Aufsuchung und Gewinnung von Erdgas aus unkonventionellen Lagerstätten*, 2012; Ministerium für Klimaschutz, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen (Hrsg.), *Fracking in unkonventionellen Erdgas-Lagerstätten in Nordrhein-Westfalen*, 2012; vgl. auch Frenz/Kukla/Preuße (Hrsg.), *Unkonventionelle Gasgewinnung in NRW*, 2012; Ewen/Borchardt/Richter/Hammerbacher, *Risikostudie Fracking*, 2012, die Studie wurde von ExxonMobil finanziert und von einem neutralen Expertenkreis erstellt. Aus ihr ist auch die Veröffentlichung von Roßnagel/Hentschel/Polzer, *Rechtliche Rahmenbedingungen der unkonventionellen Erdgasförderung mittels Fracking*, 2012 hervorgegangen.

- Strahlenschutzrecht
- Bodenschutzrecht
- Waldrecht
- Besondere bergrechtliche Vorgaben an Sicherheit
- Bergabfallrecht
- Seismische/tektonische Erschütterungen

Welche der genannten Bereiche im Antragsgebiet konkret betroffen sind, wird unter C. dazustellen sein.

3. Überwiegender Art

a. Begriff

In der Verwendung des Begriffs „überwiegender Art“ kommt zum Ausdruck, dass eine Abwägung der an der Aufsuchung von Bodenschätzen bestehenden öffentlichen Interessen und der sonstigen betroffenen öffentlichen Interessen zu erfolgen hat.¹⁰² Wie dargestellt, wird in § 1 Nr. 1 BBergG die Sicherung der Rohstoffversorgung als vorrangiges Ziel festgeschrieben. Das Gesetz geht von einem Allgemeininteresse an der Aufsuchung, Gewinnung und Aufbereitung von Bodenschätzen aus.¹⁰³ Ein absoluter Vorrang der Rohstoffsicherung vor allen anderen Belangen besteht aber nicht.¹⁰⁴

In der Rechtsprechung wird davon ausgegangen, dass ein öffentliches Interesse an der Rohstoffversorgung nicht erst entsteht, wenn ein Versorgungsengpass entstanden ist. Vielmehr hat die Verwaltung durch vorausschauende administrative Maßnahmen bereits im Vorfeld Vorkehrungen zu treffen, damit die Versorgungssicherheit gewährleistet bleibt. Dieser Zweck soll auch bei der Auslegung der einzelnen Regelungen des BBergG berücksichtigt werden.¹⁰⁵ Abgeleitet wird deshalb beispielsweise aus § 11 Nr. 3 BBergG auch die Pflicht des Antragstellers, ein Arbeitsprogramm vorzulegen, in dem dargelegt ist, dass die vorgesehenen Aufsuchungsarbeiten hinsichtlich Art, Umfang und Zweck ausreichend sind und in einem ange-

¹⁰² *Dapprich/Römermann*, Bundesberggesetz, § 11 Rn. 10.

¹⁰³ Vgl. dazu auch BT-Drs. 8/1315, S. 67.

¹⁰⁴ OVG Magdeburg, Urteil vom 21.11.2003 – 24341/00 – juris-Rn. 58 ff.

¹⁰⁵ Vgl. VGH Mannheim, Urteil vom 15.05.2010 – 6 S 1939/0 – ZNER 2010, 499, 500 m.w.Nachw.

messenen Zeitraum erfolgen.¹⁰⁶ Erfordernissen der Raumordnung und Landesplanung ist nur Rechnung zu tragen, soweit diese hinreichend konkretisiert sind.¹⁰⁷

Auch die Rechtsprechung geht davon aus, dass ein absoluter Vorrang der Rohstoffsicherung und -gewinnung im BBergG nicht existiert. Eine Einzelfallabwägung mit anderen Belangen wie etwa dem Natur- und Landschaftsschutz wird als erforderlich angesehen.¹⁰⁸ Im Rahmen dieser Abwägung sind grundsätzlich auch etwaige Befreiungstatbestände zu berücksichtigen.¹⁰⁹ Eine Befreiung von naturschutzrechtlichen Vorgaben kann aber nicht mit der Begründung erteilt werden, dass die Belange des Bergbaus im Hinblick auf das öffentliche Interesse an einer Sicherung der Rohstoffversorgung stets vorrangig seien.¹¹⁰

b. Summierungseffekt

Die in Frage kommenden öffentlichen Interessen sind nicht jeweils gesondert, sondern insgesamt daraufhin zu betrachten, ob sie einen Anspruch im gesamten Feld ausschließen. Gesprochen wird insoweit zu Recht auch von einem „Summierungseffekt“.¹¹¹ Die Regelung des § 11 Nr. 10 BBergG verwendet den Begriff in der Mehrzahl. Nur dies entspricht auch dem Sinn und Zweck der Regelung, wie er in der oben beschriebenen Entstehungsgeschichte des Gesetzes und der dort vorgenommenen Interessenbeschreibung zum Ausdruck kommt.

4. Ausschluss

Das Vorhandensein öffentlicher Interessen im Aufsuchungsgebiet begründet allein noch nicht eine Erlaubnisversagung. Erforderlich ist vielmehr, dass öffentliche Interessen die Aufsuchung ausschließen. Davon wird beispielsweise bei Vorliegen absoluter Veränderungssperren ausgegangen.¹¹² Etwaige Befreiungstatbestände sollen ggfs. zu berücksichtigen und inso-

¹⁰⁶ VGH Mannheim, Urteil vom 15.05.2010 – 6 S 1939/0 – ZNER 2010, 499, 500 m.w.Nachw.; siehe dazu schon unter III.1.

¹⁰⁷ VG Weimar, Beschluss vom 12.07.1994 – 7 E 469/94.We – ZfB 1995, 69 ff. und das Urteil vom 09.01.1995 – 7 K 714.93.We – juris-Rn. 26.

¹⁰⁸ OVG Magdeburg, Urteil vom 21.11.2003 – 2 J 341/00 – juris-Rn. 58 ff.; vgl. auch VG Gera 1. Kammer, Urteil vom 24.01.1996 – 1 K 132/95.Ge –.

¹⁰⁹ VGH Mannheim, Urteil vom 09.06.1988 – 6 S 2972/84 – ZfB 1989, 57, 70.

¹¹⁰ VG Freiburg, Urteil vom 10.10.1984 – 1 K 335/83 –.

¹¹¹ VG Leipzig, Urteil vom 19.01.1995 – 5 K 23/94 – ZfB 1995, 48, 55.

¹¹² *Boldt/Weller*, Bundesberggesetz, § 11 Rn. 14; *Pienschulte/Graf Vitzthum*, BBergG, § 11 Rn. 18.

fern grundsätzlich jeweils eine Einzelfallprüfung erforderlich sein.¹¹³ Lügen diese vor, würden die dem Bergbau entgegenstehenden öffentlichen Interessen ihren Vorrang verlieren.¹¹⁴ Dagegen wird zu Recht eingewandt, dass nicht allein das Vorhandensein einer abstrakten gesetzlichen Befreiungsmöglichkeit das Vorliegen eines öffentlichen Interesses i.S. des § 11 Nr. 10 BBergG auszuschließen vermag.¹¹⁵ Liegen konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung oder Befreiung nicht in Betracht kommt, dann ist auch eine Aufsuchung insoweit ausgeschlossen. Ein solcher Fall liegt insbesondere dann vor, wenn die für den jeweiligen Belang zuständige Fachbehörde entsprechende Einwände vorträgt. Genau zu diesem Zweck wurde, wie aufgezeigt, die Anhörung in § 15 BBergG verankert. Es wäre widersinnig, die Fachbehörden zwar anzuhören, die vorgetragenen Bedenken dann aber bei der Entscheidung über die Aufsuchungserlaubnis nicht zu berücksichtigen. Dies gilt insbesondere für die Interessen des Gewässerschutzes.

Zwar sind in Trinkwasser- und Heilquellenschutzgebieten nach §§ 52 Abs. 1 S. 2, 53 Abs. 5 WHG Befreiungen grundsätzlich möglich. Dies setzt aber voraus, dass der Schutzzweck nicht gefährdet wird oder überwiegende Gründe des Wohles der Allgemeinheit dies erfordern. Insoweit wird in der Lit. davon ausgegangen, dass Frackingmaßnahmen jedenfalls in den Zonen I und II in bestehenden Wasserschutzgebieten nicht in Betracht kommen und in Zone III allenfalls ausnahmsweise.¹¹⁶

Aber auch in den anderen Zonen sowie in Vorranggebieten ist die Zulässigkeit von Ausnahmen und Befreiungen für Frackingmaßnahmen fraglich. Auf die überragende Bedeutung des Grundwasserschutzes hat das Bundesverfassungsgericht wiederholt hingewiesen.¹¹⁷ Bezogen auf den Betrieb einer Erdwärmesonde in der Zone III A eines Wasserschutzgebietes hat der VGH Kassel die damit unter besonderen staatlichen Schutz gestellte sichere Gewährleistung der öffentlichen Wasserversorgung dahingehend

¹¹³ *Piens/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, § 11 Rn. 18.

¹¹⁴ VG Weimar, Urteil vom 09.01.1995 – 7 K 714/93.We – juris-Rn. 44 m.w.Nachw.

¹¹⁵ *Kolonko*, ZUR 1995, 126, 128 bezogen auf § 53 NdsNatG; a.A. *Hoppe*, Nationalpark-Verordnung „Niedersächsisches Wattenmeer“ und bergbauliche Berechtigungen, 1987, S. 45, der einen derartigen charakterisierten Verbotstatbestand dann allerdings wegen Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip als verfassungsrechtlich bedenklich ansieht.

¹¹⁶ *Roßnagel/Hentschel/Polzer*, Rechtliche Rahmenbedingungen der unkonventionellen Erdgasförderung mittels Fracking, 2012, S. 91.

¹¹⁷ Grundlegend BVerfG, Beschluss vom 15.07.1981 – 1 BvL 77/78 – juris-Rn. 152 ff.

konkretisiert, dass dem Schutz des Grundwassers vor Verunreinigungen eine alle anderen Belange überragende Bedeutung zukomme.¹¹⁸ An die Eintrittswahrscheinlichkeit eines Schadens in einem Trinkwasserschutzgebiet werden deshalb nur geringe Anforderungen gestellt. Als entscheidend wird es angesehen, dass von der zuständigen Fachbehörde Gefahren für das Trinkwasser nicht ausgeräumt werden können. Im konkreten Fall war dies jedenfalls nicht durch mit vertretbarem Aufwand durchgeführte Kontrollen möglich. Eine wasserrechtliche Erlaubnis war deshalb zu versagen. Diese Rechtsprechung ist auch beim Fracking zu beachten.

In dem UBA-Gutachten zum Fracking wird gefordert, dass jedenfalls in Trinkwasser- und Heilquellenschutzgebieten ein Einsatz der Technik grundsätzlich ausgeschlossen wird.¹¹⁹ In dem Bundesratsbeschluss vom 01.02.2013 wird ein Ausschluss in Trinkwasserschutzgebieten, Gebieten für die Gewinnung von Trinkwasser oder Mineralwasser, Heilquellenschutzgebieten sowie in Gebieten mit ungünstigen geologisch-hydrogeologischen Verhältnisse als erforderlich angesehen.¹²⁰ Auf Grund der aktuellen wissenschaftlichen Datenlage wird es als nicht verantwortbar angesehen, derzeit Vorhaben zur Aufsuchung und Gewinnung von Erdgas mittels Fracking zu genehmigen.

Der vom *Bundesumwelt- und Bundeswirtschaftsministerium* vorgelegte Gesetzentwurf¹²¹ sieht in §§ 52 Abs. 1, 53 Abs. 5 WGH ein ausdrückliches Verbot von Fracking-Tiefbohrungen vor und begründet dies mit den besonderen Gefahren für Trinkwasser- und Heilquellenschutzgebieten, ausdrückliche Regelungen in einzelnen Schutzgebietsverordnungen werden damit entbehrlich. Unmittelbar angewendet werden kann der Entwurf zwar nicht. Er bezieht sich aber ausdrücklich auf den Stand der gegenwärtigen Erkenntnisse und kann insoweit bei der Bewertung einfließen, ob auf Grundlage des (noch) geltenden Rechts Ausnahme- bzw. Befreiungsregelungen überhaupt in Betracht kommen. Ihm wird insoweit vom zuständigen Minis-

¹¹⁸ VGH Kassel, Beschluss vom 17.08.2011 – 2 B 1484/11 – juris-Rn. 14 ff.

¹¹⁹ *Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit/ Umweltbundesamt* (Hrsg.), *Umweltauswirkungen von Fracking bei der Aufsuchung und Gewinnung von Erdgas aus unkonventionellen Lagerstätten*, 2012, D 16; vgl. auch *Roßnagel/ Hentschel/Polzer*, *Rechtliche Rahmenbedingungen der unkonventionellen Erdgasförderung mittels Fracking*, 2012, S. 25.

¹²⁰ BR-Drs. 754/12, Anlage S. 1.

¹²¹ Abrufbar unter http://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Wasser_Abfall_Boden/vorschlag_bmu_bmwi_fracking_bf.pdf (Stand 06.03.2013).

terium im Wesentlichen klarstellender Charakter zugeschrieben.¹²² Dies gilt im Übrigen auch für Frackingmaßnahmen, die von außen in ein Schutz- oder Vorranggebiet hinein geführt werden. Andernfalls könnte nämlich die Zielsetzung der unter besonderen Schutz gestellten Gebiete nicht gewahrt werden.¹²³ Der Gesetzentwurf sieht deshalb auch in § 52 Abs. 4 S. 2 eine ausdrücklich als Klarstellung bezeichnete Ergänzung vor, dass Bohrungen mit Fracking auch außerhalb von Wasserschutzgebieten beschränkt werden können, da Gefahren für das Trinkwasser auch entstehen können, wenn Bohrungen neue Verbindungen zwischen verschiedenen Erdschichten herstellen und so ermöglichen, dass gefährliche Stoffe in Wasserschutzgebiete gelangen. In der Praxis werden deshalb regelmäßig Abstandsflächen zu geschützten Gebieten einzuhalten sein.¹²⁴

Im Übrigen wird insbesondere die Entsorgung des sog. „Flowbacks“ als problematisch angesehen. Jedenfalls eine Versenkung wird als unzulässig angesehen, weil eine Verschlechterung des Grundwassers sich insoweit nicht ausschließen ließe. Eine solche würde vielmehr zielgerichtet herbeigeführt werden und damit nicht mit § 47 Abs. 1 WHG vereinbar sein.¹²⁵

5. Im gesamten Feld

Wegen des Tatbestandsmerkmals „im gesamten Feld“ wird davon ausgegangen, dass die öffentlichen Interessen raumbezogener Art sein müssen.¹²⁶

Dies heißt aber nicht, dass die Ausschlussgründe das Antragsfeld in vollem Umfang betreffen müssen. Zunächst ist noch einmal darauf zu verweisen, dass die betroffenen öffentlichen Interessen nicht jeweils einzeln, sondern in ihrer Summe zu betrachten sind. Dies bedeutet, dass letztlich ggfs. die vorhandenen öffentlichen Interessen im Aufsuchungsfeld zu kartieren sind, um eine Gesamtschau vornehmen zu können. Maßgeblich ist, ob die betroffenen Interessen insgesamt zu einem Ausschluss der Aufsuchung führen.

¹²² Begleitschreiben Rösler/Altmaier vom 19.03.2013.

¹²³ In diesem Sinne auch *Caspar*, Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Landtages Schleswig-Holstein zur Zulässigkeit von Explorationsbohrungen im Wattenmeer sowie zu den Voraussetzungen einer Erlaubnis zur Aufsuchung von Kohlenwasserstoffen (Erlaubnisfeld Eiderstedt) im Wattenmeer, 2008, S. 8 f.

¹²⁴ *HLUG*, a.a.O., Langfassung, S. 113.

¹²⁵ *Schink*, in: Frenz (Hrsg.), Bergrechtsreform und Fracking, 2013, S. 87 ff.

¹²⁶ VGH Mannheim, Urteil vom 09.06.1988 – 6 S 2972/84 – ZfB 1989, 57, 66.

Nach der Rechtsprechung soll es genügen, wenn 80 % des gesamten Feldes beispielsweise in einem Naturschutzgebiet liegen.¹²⁷

Auch wenn etwa 20 % des angestrebten Aufsuchungsfeldes außerhalb eines geschützten Gebietes liegen, kann danach eine Gewinnung im gesamten Feld ausgeschlossen sein. Abgestellt wird insoweit auf Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Sinn und Zweck des § 11 Nr. 10 BBergG.

Der VGH Mannheim hat insoweit zutreffend darauf hingewiesen, dass der Gesetzeswortlaut nur dann zwingend ein Betroffensein des gesamten Aufsuchungsfeldes voraussetzen würde, wenn die Versagung ausdrücklich daran anknüpfen würde, dass „im gesamten zuzuteilenden Feld öffentliche Interessen die Gewinnung ausschließen.“¹²⁸ Genau diese im ursprünglichen Referentenentwurf zu § 11 Nr. 10 BBergG enthaltene Formulierung sei aber nicht Gesetz geworden. Dieses stellt vielmehr darauf ab, dass die Erlaubnis zu versagen ist, wenn überwiegende öffentliche Interessen die Aufsuchung im gesamten zuzuteilenden Feld ausschließen.

Das Gericht schloss daraus, dass eine Erlaubnis schon dann zu versagen ist, wenn öffentliche Interessen so überwiegen, dass sie eine Gewinnung im gesamten Feld ausschließen. In der Konsequenz greift danach § 11 Nr. 10 BBergG auch dann, wenn ein Teilfeld übrig bleiben würde, mit dem der Antragsteller allein nichts anfangen kann. Nur auf diese Weise könne auch der Zweck der Regelung gewahrt und verhindert werden, dass das Aufsuchungsfeld räumlich von Antragsteller so festgelegt wird, dass es auch außerhalb etwaig zu schützender Flächen liegt. Der VGH Mannheim bezog insoweit ein, dass die Erlaubnisbehörde eine Begrenzung des beantragten Feldes nur nach Maßgabe von § 16 Abs. 2 BBergG verlangen kann und damit nur, soweit dies erforderlich ist, um eine Gefährdung der Wettbewerbslage der Bodenschätze aufsuchenden Unternehmen abzuwehren oder die Aufsuchung von Lagerstätten zu verbessern.¹²⁹

Die vom VGH Mannheim genannten 80 % sind damit keine feststehende Größe. Zu untersuchen ist vielmehr im Einzelfall, ob ggfs. im Restfeld eine

¹²⁷ Urteil vom 09.06.1988 – 6 S 2972/84 – ZfB 1989, 57, 67 ff.; enger wohl *Boldt/Weller*, BBergG, § 11 Rn. 14, die sich allerdings nicht näher mit der Problematik auseinandersetzen.

¹²⁸ VGH Mannheim, Urteil vom 09.06.1988 – 6 S 2972/84 – ZfB 1989, 57, 69 m.w.Nachw.

¹²⁹ VGH Mannheim, Urteil vom 09.06.1988 – 6 S 2972/84 – ZfB 1989, 57, 69.

Aufsuchung überhaupt noch in Betracht kommt. Von den konkreten Umständen hängt es ab, wieweit die Differenz gehen darf.¹³⁰

Caspar dagegen will eine Abwägung ausschließen, wenn nicht das gesamte Feld betroffen ist.¹³¹ Er bezieht sich dabei im Wesentlichen auf die Zweistufigkeit des Verfahrens. Damit wird aber der Rspr. des BVerwG nicht Rechnung getragen, die bei Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte, wie dargelegt, eine umfassende Prüfung als erforderlich ansieht, um zu verhindern, dass Erlaubnisse erteilt werden, die nie ausgenutzt werden können.¹³²

Auch *Erbguth* ist, bezogen auf raumordnerische Gesichtspunkte, der Auffassung, dass kein sachlicher Grund ersichtlich ist, warum ein nur teilweiser Feldbezug zu einem völligen Wegfall der Berücksichtigungsfähigkeit führen soll.¹³³ In der Konsequenz hält er eine Berücksichtigung im Rahmen der einzelfallbezogenen Abwägung der bergbaulichen und der ihnen gegenläufigen Interessen für naheliegender und überzeugender. Er begründet dies zu Recht damit, dass andernfalls die allgemeine Öffnung des Bergrechts zugunsten außerbergrechtlicher Belange gleichsam durch die Hintertür weitgehend wieder eingeschränkt würde.

VII. Rechte der Antragsteller in weiteren Zulassungs- und Genehmigungsverfahren für den Fall, dass eine Erlaubnis nach § 7 BBergG erteilt würde

Grundsätzlich wird durch eine Erlaubnis nur die Konzession erteilt für die spätere Aufsuchung. Die Durchführung der Aufsuchung setzt Betriebspläne nach §§ 51 ff. BBergG voraus. Für die Gewinnung sind eine Bewilligung nach § 8 BBergG sowie ebenfalls Betriebspläne erforderlich. Versagungsgründe für die Bewilligung sind in § 12 BBergG festgelegt, der die entsprechende Anwendung des § 11 Nr. 1 und 6-10 BBergG anordnet. Weitere Versagungsgründe werden genannt. Grundsätzlich besteht bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ein Anspruch auf Erteilung einer bergrechtlichen Bewilligung. Der Anspruch unterfällt jedoch nicht dem Schutz

¹³⁰ VG Leipzig, Urteil vom 19.01.1995 – 5 K 23/94 – ZfB 1995, 48, 53.

¹³¹ *Caspar*, Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Landtages Schleswig-Holstein zur Zulässigkeit von Explorationsbohrungen im Wattenmeer sowie zu den Voraussetzungen einer Erlaubnis zur Aufsuchung von Kohlenwasserstoffen (Erlaubnisfeld Eiderstedt) im Wattenmeer, 2008, S. 18 ff.

¹³² BVerwG, Beschluss vom 15.10.1998 – 4 B 94.98 – UPR 1999, 75, 76.

¹³³ *Erbguth*, VerwArch 87 (1996), 258, 278.

des Eigentums aus Art. 14 GG.¹³⁴ Betroffen sein kann zwar die durch Art. 12 GG geschützte Berufsfreiheit. Ein Anspruch besteht aber auch insoweit nur nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften.

Eine gewisse Bindungswirkung der Aufsuchungserlaubnis kann über § 12 Abs. 2 BBergG entstehen. Nach der Vorschrift darf eine Bewilligung nämlich nur dann versagt werden, wenn die Tatsachen, die die Versagung rechtfertigen, erst nach der Erteilung der Erlaubnis eingetreten sind. Daraus wird in der Kommentarliteratur der Schluss gezogen, dass ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Bewilligung besteht, wenn keine neuen Tatsachen bekannt sind. In diesem Fall soll dann anhand der Prüfung der Aufsuchungserlaubnis auch die Bewilligung erteilt werden. Für den Fall, dass Tatsachen bekanntwerden, die bereits eine Versagung der Erlaubnis gerechtfertigt hätten, soll die Versagungswirkung durch eine erfolgreiche Aufsuchungstätigkeit geheilt sein, so dass die entsprechenden Tatsachen für die Versagung der Bewilligung nicht mehr verwertet werden könnten.¹³⁵ Noch weitergehend wird vertreten, dass bei der Bewilligung keine Tatsachen berücksichtigt werden können, die bei der Entscheidung über die Erlaubnis bereits erkennbar waren oder bei entsprechender Nachforschung hätten erkennbar sein müssen.¹³⁶

Zwar kann die Bindungswirkung einer Aufsuchungserlaubnis grundsätzlich nicht über die in ihr enthaltene Konzessionserteilung hinausgehen. Insbesondere kommt ihr keine Konzentrationswirkung zu. Gleichwohl spricht gerade auch § 12 Abs. 2 BBergG dafür, bei Vorliegen entsprechender Anzeichen bereits im Rahmen der Prüfung einer Aufsuchungserlaubnis in eine detaillierte Prüfung einzusteigen.

Im Übrigen sollte schon jetzt berücksichtigt werden, dass der von Bundeswirtschafts- und Bundesumweltministerium vorgelegte Entwurf zur Änderung des WHG in einer Übergangsbestimmung für Tiefbohrungen vorsieht, dass vor dem Inkrafttreten des Gesetzes bestandskräftig zugelassene Bohrungen dem Verbot des § 52 Abs. 1 WGH nicht unterfallen.¹³⁷ Ist absehbar, dass wasserrechtliche Gestattungen nicht in Betracht kommen, sollten be-

¹³⁴ BVerfG, Beschluss vom 13.04.2007 – 1 BvR 284/05 – juris-Rn. 4.

¹³⁵ Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 12 Rn. 9.

¹³⁶ Boldt/Weller, Bundesberggesetz, § 12 Rn. 9.

¹³⁷ Siehe Entwurf zu § 106a WHG, Abrufbar unter

http://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Wasser_Abfall_Boden/vorschlag_bmu_bmwi_fracking_bf.pdf (Stand 19.03.2013).

standskraftfähige Festlegungen auch aus diesem Grund vermieden werden.

C. Erlaubnisfähigkeit von Fracking im beantragten Aufsuchungsfeld

I. Stellenwert der Aussagen des HLUG und der Fachbehörden

Es ist schon darauf hingewiesen worden, dass nach der Rechtsprechung des VGH Kassel bei der Beurteilung von Gefahren für das Trinkwasser die Einschätzung der zuständigen Fachbehörde maßgeblich ist. Stellungnahmen des *Hessischen Landesamtes für Umwelt und Geologie* wurden dabei besonders hervorgehoben.¹³⁸ Auch im Übrigen kommt bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe amtlichen Auskünften und Gutachten eine besondere Bedeutung zu.¹³⁹ Begründet wird dies nach ständiger Rechtsprechung damit, dass Beurteilungen der zuständigen Fachbehörden, wie beispielsweise dem Wasserwirtschaftsamt, regelmäßig auf jahrelanger Bearbeitung eines bestimmten Gebiets beruhen und nicht nur auf der Auswertung einzelner Aktenvorgänge. Ihnen wird deshalb grundsätzlich auch ein wesentlich größeres Gewicht zugestanden als Expertisen von privaten Fachinstituten.¹⁴⁰ Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn sich der Eindruck aufdrängt, dass derartige amtliche Gutachten unvollständig, widersprüchlich oder aus sonstigen Gründen nicht überzeugend sind.¹⁴¹ Bei der Auswertung der Stellungnahmen wurde diesen Grundsätzen Rechnung getragen.

II. Stellungnahme HLUG

1. Vorgehen

Dem *HLUG* wurde durch das *Hessische Ministerium für Umwelt, Energie, Landwirtschaft und Verbraucherschutz* der Auftrag erteilt, eine Bewertung der drei in Deutschland 2012 vorgelegten Gutachten zu den Risiken der

¹³⁸ VGH Kassel, Beschluss vom 17.08.2011 – 2 B 1484/11 – juris-Rn. 14 ff.

¹³⁹ Dazu ausführlich BayVGH, Beschluss vom 31.08.2011 – 8 ZB 10.1961 – BayVBl. 2012, 245, 246 m.w.Nachw. zum Umfang der behördlichen und gerichtlichen Aufklärungspflicht.

¹⁴⁰ BayVGH, Beschluss vom 31.08.2011 – 8 ZB 10.1961 – BayVBl. 2012, 245, 246 m.w.Nachw.; vgl. auch VGH Kassel, Beschluss vom 17.08.2011 – 2 B 1484/11 – juris-Rn. 20.

¹⁴¹ Zur grundsätzlichen Pflicht eines Gerichts, ggfs. zusätzliche Gutachten einzuholen BVerwG, Urteil vom 06.02.1985 – 8 C 15/84 – NJW 1986, 2268, 2269.

Fracking-Methode im Hinblick auf das beantragte Aufsuchungsfeld „Adler-South“ durchzuführen.¹⁴² Das *HLUG* fasst deren Ergebnisse dahingehend zusammen, dass sie sich im Schwerpunkt mit Umweltrisiken befassen, die primären geologischen Fragen nach Existenz und Verbreitung unkonventioneller Lagerstätten aber nur untergeordnet behandeln. Die rohstoffgeologischen Rahmenbedingungen für eine wirtschaftliche Gewinnbarkeit von Schiefergas kommen nur am Rande vor. Fracking wird danach nicht prinzipiell ausgeschlossen, es werden aber jeweils intensive Voruntersuchungen zu Ressourcen und Risiken als erforderlich angesehen. Praktische Erfahrungen mit Frac-Behandlungen bei Schiefergaslagerstätten wurden demnach bislang in Deutschland erst bei einer einzigen Bohrung gesammelt. Erfahrungen aus den USA könnten wegen vielfältiger und grundsätzlicher Unterschiede nicht einfach übertragen werden. Auch gegenüber anderen deutschen Potenzialfeldern werden grundlegende Unterschiede hervorgehoben.¹⁴³ Auf die Themenfelder Rissausbreitung, Seismizität sowie auf das Gefährdungspotential der eingesetzten Stoffe wird eingegangen. Schon im Vorfeld hat das *HLUG* in einer Stellungnahme zum Aufsuchungsantrag¹⁴⁴ auf Mängel der Antragstellung hingewiesen und die Nachreichung weiterer Unterlagen als erforderlich angesehen. Als unzureichend wurde es insbesondere angesehen, dass sich bis auf ein überregionales strukturgeologisch interpretiertes Seismikprofil alle in Abbildungen veranschaulichten Bohrergebnisse und Mächtigkeitsangaben einzelner Zielhorizonte nicht auf hessisches Gebiet beziehen. Moniert wurden auch fehlende Angaben zu Inhaltsstoffen und Behandlung von Fracking-Fluiden. Es wurde davon ausgegangen, dass das im Antrag verwendete Strukturprofil den Anforderungen an eine Aufsuchungserlaubnis nicht genügt. Eine Genehmigung in Wasser- und Heilquellenschutzgebieten sowie Grundwasservorranggebieten und sensiblen hydrogeologischen Räumen sei aus hydrogeologischer Sicht abzulehnen. Außerdem wurde auf das Risiko von Bodensenkungen und Erdfällen hingewiesen. Ein beabsichtigtes Gespräch zwischen dem *HLUG* und den Vertretern der *BNK Deutschland GmbH* wurde seitens der Antragstellerin mit Verweis auf eine schriftliche Äußerung abgesagt. Eine Ergänzung der Antragsunterlagen fand nicht statt.

¹⁴² *HLUG*, Stellungnahme zu vorliegenden Gutachten zum Fracking in Deutschland im Zusammenhang mit dem Aufsuchungsantrag der *BNK Deutschland GmbH* auf Kohlenwasserstoffe im Erlaubnisfeld „Adler South“, Kurz- und Langfassung vom März 2012; zu den Studien von ExxonMobil, UBA und NRW siehe Fn.1.

¹⁴³ S. im Einzelnen *HLUG*, a.a.O., Kurzfassung, S. 3 ff., zum Vergleich USA Deutschland S. 5.

¹⁴⁴ Vgl. im Einzelnen *HLUG*, Stellungnahme vom 02.04.2012.

2. Geologische und hydrogeologische Eignung des Aufsuchungsfelds

a. Wirtschaftliche Gewinnbarkeit

Wie unter B.II.4. darstellt, kann einem Aufsuchungsantrag grundsätzlich nur dann Rechnung getragen werden, wenn überhaupt Anzeichen für eine (wirtschaftliche) Gewinnbarkeit bestehen. Grundsätzlich gehört die Frage der wirtschaftlichen Gewinnung eines Bodenschatzes zwar zum Risikobereich der Antragsteller. Allerdings kann bei fehlenden Gewinnaussichten die von § 1 BBergG bezweckte Rohstoffförderung nicht erreicht werden, zumal kein absoluter Vorrang für dieses Ziel festgelegt wird.

Ob Gewinnaussichten bestehen, unterliegt grundsätzlichen Zweifeln. Nach einer erst kürzlich vom Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung Mannheim vorgelegten Studie zu den Aussichten für die Förderung konventioneller Gase in Europa ist bei der Ausbeutung von Schiefergas mit der Frackingmethode nach den vorhandenen Gegebenheiten und nach dem jetzigen Erkenntnisstand in Deutschland nicht mit einer wirtschaftlichen Gewinnung zu rechnen.¹⁴⁵ Anders als in den USA würde sich danach in der Europäischen Union das Fracking bei den aktuellen Gaspreisen überhaupt nicht lohnen. Erst wenn der Gaspreis für konventionell gefördertes Erdgas von derzeit 27 Euro/Megawattstunde auf 40-50 Euro/Megawattstunden steigen würde, rechnen 30 % von rund 200 befragten Fachleuten aus der Energiewirtschaft damit, dass sich die Ausbeutung unkonventioneller Gasvorkommen in der EU rechnen würde. 34 % der Befragten gingen von einem Preis von 50-60 Euro/Megawattstunde aus, damit sich die Ausbeutung in größerem Stil lohnen würde. Im Ergebnis wird davon ausgegangen, dass die Förderung von unkonventionellem Erdgas in der EU auf absehbare Zeit unwirtschaftlich ist.

b. Gewinnbarkeit im Aufsuchungsfeld

Dazu kommt, dass nach derzeitigem Stand der Erkenntnisse nicht ersichtlich ist, dass es überhaupt lohnenswerte Vorkommen im Antragsgebiet gibt. Das Antragsgebiet ist schon nicht in einer Studie der *Bundesanstalt für Ge-*

¹⁴⁵ Abrufbar unter <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/zn/schwerpunkte/energiemarkt/Energiemarkt0213.pdf> (Stand 19.03.2013).

owissenschaften und Rohstoffe (BGR) zur Abschätzung entsprechender Vorkommen enthalten.¹⁴⁶

Das *HLUG* kommt in seiner ausführlichen Untersuchung der geologischen-hydrogeologischen Situation im beantragten Aufsuchungsfeld „Adler South“ dazu, dass nur in sehr begrenzten Umfang überhaupt aussichtsreiche Potenzialräume vorhanden sind. Das *HLUG* weist allerdings darauf hin, dass die Daten für eine Bewertung lückenhaft sind. Das Antragsgebiet wurde dazu in sieben Potenzialräume unterteilt, in denen sowohl die Möglichkeit des Vorkommens von Schiefergas als auch das Vorhandensein ausreichender Schutzbarrieren für überlagernde Grundwasserhorizonte untersucht wurde.¹⁴⁷ Lediglich auf einem Flächenanteil von 16,6 % des beantragten Feldes ist dabei ein Vorkommen theoretisch denkbar und das Vorhandensein ausreichender Barrieren ziemlich wahrscheinlich (Gebiet Reinhardswald-Zierenberg-Nethe Schollenkomplex). Das Gebiet wurde deshalb mit der Rangfolge 1 gekennzeichnet. Insgesamt vier Potenzialräume werden auf Rangfolge 2 eingeordnet. Bei ihnen bestehen jeweils deutliche Vorbehalte. Sie werden als nach heutigem Kenntnisstand ungeeignet zur Gewinnung von Schiefergas angesehen (Frankenberger Scholle) oder bieten keine ausreichenden Barrieren (Niederhessische Senke). Bei weiteren Potenzialräumen werden sowohl Vorkommen als auch Vorhandensein ausreichender Barrieren negativ beurteilt (Rheinisches Schiefergebirge, Fuldalauf-Tiefscholle). Diese Potenzialräume werden deshalb auf Rang 3 verortet. Im Bereich Mesozoischer Gräben und Senken, die als tektonische Grenze zwischen den einzelnen Potenzialräumen qualifiziert werden, und in einem Streifen im Osten des Feldes (Osthessische Buntsandsteinscholle), scheidet eine Gewinnung aus.¹⁴⁸

Damit besteht letztlich lediglich in einem relativ begrenzten Bereich überhaupt Aussicht auf förderfähige Vorkommen von Schiefergas. Schon insoweit ist derzeit auf deutlich über 80 % des Antragsfeldes nach derzeitigem Kenntnisstand eine Nutzung wenig aussichtsreich. Außerdem kommt das *HLUG* zu dem Ergebnis, dass in Anbetracht der komplexen Struktur des beantragten Aufsuchungsfeldes Informationen insbesondere zur Integrität des Deckgebiets nur mit außerordentlich hohem Aufwand zu erzielen wä-

¹⁴⁶ Siehe nur *Bundesanstalt für Geowissenschaften und Rohstoffe* (BGR), Abschätzung des Erdgaspotenzials aus dichten Tongesteinen (Schiefergas) in Deutschland, 2012, insbes. S. 11.

¹⁴⁷ Siehe *HLUG*, a.a.O., Kurzfassung, S. 12 ff., Langfassung S. 57 ff., 98 ff.

¹⁴⁸ *HLUG*, a.a.O., Langfassung, S. 73.

ren und deshalb eine Explorationsphase auch entsprechend lange dauern würde, selbst wenn bereits eine Fündigkeit nachgewiesen wäre.¹⁴⁹

III. Stellungnahmen der angehörten Behörden

1. Darstellung der Anhörung

Im Rahmen der Anhörung nach § 15 BBergG haben über 120 Fachbehörden und Kommunen Stellung genommen. Dabei wurden Einwendungen insbesondere hinsichtlich der folgenden Punkte vorgetragen:

- Gewässerschutz

Vorliegen von Wasserschutz- und Vorrang- und Vorbehaltsgebieten sowie von Einzugsgebieten für die Trinkwassergewinnung, außerdem Mineral- und Heilwasservorkommen sowie Überschwemmungsgebiete. Als problematisch wurde außerdem die Entsorgung des Flowback angesehen. Exemplarisch verwiesen sei insoweit nur auf die Stellungnahme des *Regierungspräsidiums Kassel*, das Erkundungsbohrungen nur außerhalb von Schutzgebieten als möglich ansieht und außerdem auf eine Vielzahl von privat und kommerziell genutzten Quellen hinweist.¹⁵⁰

- Naturschutz

Vorliegen von Naturschutzgebieten, dem Nationalpark/Weltnaturerbe Kellerwald/Edersee, Vogelschutzgebieten und FFH-/Natura 2000-Gebieten. Insoweit hat insbesondere der Landkreis Waldeck-Frankenberg, den sich eine große Zahl der gehörten Kommunen zu Eigen gemacht hat, auf die außergewöhnliche Dichte intakter und hochsensibler Lebensräume hingewiesen.¹⁵¹ Die vom Fachdienst Wasser- und Bodenschutz des Landkreises erarbeitete Stellungnahme geht im Ergebnis davon aus, dass die vorgelegten Planunterlagen nicht geeignet sind, die angesprochenen öffentlichen Bedenken zu entkräften, so dass im Ergebnis die Erlaubnis zu versagen sei.

¹⁴⁹ HLOG, a.a.O., Kurzfassung S. 12 f., Langfassung S. 68 ff.

¹⁵⁰ *Regierungspräsidium Kassel*, Schreiben vom 17.04.2012.

¹⁵¹ Siehe Stellungnahme vom 04.04.2012, insbes. S. 5.

- Raumordnung und Landesplanung

Bestehen von Vorranggebieten für Siedlung, Industrie und Gewerbe. Insbesondere das Regierungspräsidium Kassel hat darauf hingewiesen, dass in dem stark besiedelten Raum seines Bezirks zahlreiche Raumnutzungen und –funktionen von existenzieller Bedeutung auf einem intakten und funktionierenden Naturhaushalt basieren. Die Eignung des Raumes wird deshalb für die geplante Schiefergasförderung als unwahrscheinlich angesehen.¹⁵²

- Kommunale Bauleitplanung

Insbesondere Einhaltung von Grenzabständen, eine Reihe von Kommunen haben auch Entschließungen verabschiedet, im Gemeindegebiet keine Bohrungen zuzulassen.

- Sonstige

Angesprochen wurden auch der Immissionsschutz, das Forstrecht, Verkehr, Strahlenschutz (insbes. bzgl. Radonvorkommen), Landwirtschaft, Rohstoff- und Energiepolitik sowie der Tourismus. Außerdem der Geopark Grenzwelten.

2. Auswertung der Anhörung

Die Argumentationstiefe der angehörten Behörden ist ganz unterschiedlich. Insbesondere bezüglich des Gewässerschutzes werden sehr konkrete Bedenken vorgetragen. Manche Einwendungen richten sich dagegen eher allgemein gegen das Fracking. In einer ganzen Reihe von Kommunen wurden Beschlüsse gegen die Durchführung von Frackingmaßnahmen in ihrem Bereich gefasst. Gegen eine Erlaubnis hat sich auch die Regionalversammlung Nordhessen ausgesprochen. Mehrfach geltend gemacht wurde außerdem, dass die Antragsunterlagen unzureichend seien.¹⁵³ Auf Einzelheiten wird nachfolgend eingegangen.

¹⁵² *Regierungspräsidium Kassel*, Regionalplanerische Stellungnahme vom 03.04.2012.

¹⁵³ Darauf stellen u.a. die Stellungnahmen der *Landkreise Waldeck-Frankenberg* vom 04.04.2012 (insbes. S. 8), *Kassel* vom 12.04.2012 (S. 2 f.) und *Hersfeld-Rothenburg* vom 17.04.2012 (insbes. S. 5) ab.

IV. Entgegenstehende öffentliche Interessen i.S.d. § 11 Nr. 10 BBergG, die die Aufsuchung im gesamten Feld ausschließen

1. Wasserwirtschaftliche Nutzung

Die Stellungnahme des *HLUG* kommt zu dem Ergebnis, dass den Potenzialräumen insbesondere für die wasserwirtschaftliche Nutzung eine hohe Wertigkeit zukommt. Im Potenzialraum der Reinhardswald-Zierenberg-Nethe Scholle sind knapp 40 % der Fläche als Wasserschutzgebiete, Vorranggebiete für Hochwasserschutz, Siedlung und Industrie, Gewerbe sowie Vorhaben des Bundes festgesetzt.¹⁵⁴ Bezogen auf das Gesamtantragsgebiet sind es 49 %. Zwar ist davon nur ein relativ kleiner Teil der Trinkwasserschutzgebiete den Zonen I und II zugeordnet. Auch in den sonstigen Gebieten sind Nutzungsmöglichkeiten aber nach derzeitigem Kenntnisstand wenn überhaupt, dann allenfalls ausnahmsweise möglich. Als problematisch wird vom *HLUG* insoweit die technische Aufbereitung und umweltgerechte Entsorgung des Flowback-Wassers angesehen. Insbesondere die Versenkung wird als indiskutabel angesehen. Wegen des erheblichen Gefährdungspotenzials sind danach allerhöchste Anforderungen zu stellen.¹⁵⁵

Vor dem Hintergrund der oben angeführten Entscheidung des VGH Kassel,¹⁵⁶ wonach an die Eintrittswahrscheinlichkeit eines Schadens in einem Trinkwasserschutzgebiet nur geringe Anforderungen zu stellen sind und dem Schutz des Grundwassers gegenüber Verunreinigungen eine alle anderen Belange überragende Bedeutung zukommt sowie der Ergebnisse der wissenschaftlichen Studien, auf die sich auch die Entschließung des Bundesrates und der Gesetzentwurf von Bundeswirtschafts- und Bundesumweltministerium stützen, kommt deshalb eine Nutzung auch außerhalb der Zonen I und II nicht in Betracht.

Schon nach geltender Rechtslage sind an die Eintrittswahrscheinlichkeit eines Schadens in einem Trinkwasserschutzgebiet nur geringe Anforderungen zu stellen. Als entscheidend wird es angesehen, dass von der zustän-

¹⁵⁴ Siehe dazu im Einzelnen *HLUG*, a.a.O., Kurzfassung S. 20 ff., Langfassung S. 79 ff.

¹⁵⁵ *HLUG*, a.a.O., Kurzfassung S. 7 ff.

¹⁵⁶ VGH Kassel, Beschluss vom 17.08.2011 – 2 B 1484/11 – juris-Rn. 14 ff.

digen Fachbehörde Gefahren für das Trinkwasser nicht ausgeräumt werden können.

Insoweit ist von besonderer Bedeutung, dass nicht nur das *HLUG*, sondern auch eine Reihe der angehörten Fachbehörden auf Probleme beim Wasserschutz hingewiesen haben. Die untere Wasserbehörde des Landkreises Kassel hat insoweit dargelegt, dass aus ihrer Sicht Gefährdungen nicht ausgeschlossen werden können.¹⁵⁷ Ab der äußeren Schutzzone III bzw. III A würden in mehr als 50 % der Trinkwasserschutzgebietsverordnungen in ihrem Zuständigkeitsbereich Verbote für das Herstellen von Bohrungen und Erdaufschlüssen mit wesentlicher Minderung der Grundwasserüberdeckung gelten. Ausnahmegenehmigungen bzw. Befreiungen von diesen Verboten werden auf Grundlage der vorliegenden Erkenntnisse als derzeit nicht möglich angesehen.

Auch das Dezernat Grundwasserschutz/Wasserversorgung des *Regierungspräsidiums Gießen* hat auf darauf hingewiesen, dass etwaige Explorationsbohrungen grundsätzlich nur außerhalb von Wasserschutzgebieten und Vorbehaltsgebieten für den Grundwasserschutz liegen dürften. Die Stimulation der Gasvorkommen mittels Fracking sei auszuschließen.¹⁵⁸ Aus der Sicht des vorbeugenden Grundwasserschutzes hat sich das Regierungspräsidium Kassel ebenfalls entsprechend geäußert.¹⁵⁹ Auf das erhebliche Gefährdungspotential für die wasserwirtschaftlich relevanten Gebiete hat schließlich auch der Landkreis Waldeck-Frankenberg hingewiesen.¹⁶⁰ Eine Vielzahl der beteiligten Gemeinden hat sich dieser Stellungnahme angeschlossen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass schon aus öffentlichen wasserwirtschaftlichen Interessen auf knapp 49 % des Gesamtantragsgebiets eine Aufsuchung und spätere Gewinnung aus Sicht der Fachbehörden ausgeschlossen ist.

¹⁵⁷ Stellungnahme vom Januar 2013, S. 4 f.

¹⁵⁸ Stellungnahme vom 02.04.2012, S. 1 f.

¹⁵⁹ Stellungnahme vom 17.04.2012, S. 2 f.

¹⁶⁰ Stellungnahme vom 04.04.2012, S. 2 ff.

2. Sonstige Vorrang- und Vorbehaltsgebiete

Rechnet man weitere Vorrang- und Vorbehaltsgebiete dazu, insbesondere für Natur und Landschaft sowie regionale Grünzüge, den Geopark Grenzwellen und den zum Weltnaturerbe erklärten Nationalpark Kellerwald-Edersee, so sind im Gebiet Reinhardswald-Zierenberg-Nethe Scholle insgesamt schon 65 % der Flächen ausgeschlossen, im gesamten Antragsgebiet wäre auf knapp 80 % eine Nutzung aller Voraussicht nach nicht möglich. Potentielle Befreiungen spielen aus Sicht der Fachbehörden auf Grundlage der gegenwärtigen Erkenntnisse keine Rolle.

In den genannten Zahlen sind noch nicht einmal alle vorhandenen öffentlichen Interessen einbezogen wie etwa Gebiete für die Mineralwassergewinnung sowie für die Land- und Forstwirtschaft und für die Windenergie.¹⁶¹ Außerdem fehlen Abstandsflächen, die wegen etwaiger Auswirkungen von außerhalb von Schutzgebieten vorgenommener Bohrungen auf diese Gebiete erforderlich sind. Auf die entsprechende Klarstellung im gemeinsamen Gesetzentwurf des *Bundeswirtschafts- und des Bundesumweltministeriums* zum WHG wurde bereits hingewiesen. Zu berücksichtigen sind schließlich auch die für den Tourismus bedeutsamen Nutzungen insbesondere im Gebiet sowie im Umkreis von Willingen, Bad Wildungen und dem Nationalpark Kellerwald/Edersee.

3. Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass auf Grundlage der gegenwärtigen Erkenntnisse des HLUg und der angehörten Behörden auf mindestens 80 % des Gesamtantragsgebiets öffentliche Interessen i.S.d. § 11 Nr. 10 BBergG einer Aufsuchung und ggfs. späteren Gewinnung entgegenstehen.

V. Abwägung

In die Abwägung sind zum einen die bergrechtlichen Belange einzustellen, die für die Aufsuchung sprechen, auf der anderen Seite die dagegen sprechenden öffentlichen Interessen. Insoweit ist zunächst einmal zu berücksichtigen, dass die Sicherung der Rohstoffversorgung zwar als vorrangiges Ziel in § 1 Nr. 1 BBergG festgeschrieben wird. Ein absoluter Vorrang vor

¹⁶¹ HLUg, a.a.O., Kurzfassung, insbes. S. 22 f.

anderen Belangen besteht aber nicht. Außerdem hat der Gesetzgeber beim Erlass des BBergG gerade auch die Bedeutung volkswirtschaftlich-bergbaulicher Belange betont. Nutzungsinteressen Privater werden deshalb vor allem zum Nutzen der gesamten Volkswirtschaft geschützt. Steht eine wirtschaftliche Gewinnbarkeit in Frage, wird auch das Ziel der Rohstoffsicherung nicht erreicht werden können. Daneben wäre eine bloße Vorratserlaubnis mit der Zielsetzung des BBergG nicht zu vereinbaren.

Vor diesem Hintergrund ist insbesondere zu berücksichtigen, dass nach den Feststellungen des *HLUG* auf über 83,5 % der gesamten Antragsfläche eine Gewinnung aus geologischen Gründen (Potenzial und/oder Barriere) nach derzeitigem Kenntnisstand nicht in Betracht kommt. Ob im Restfeld eine wirtschaftliche Gewinnung möglich wäre, ist unter Zugrundelegung wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse mehr als zweifelhaft. Damit aber ist auch eine der Gewinnung vorausgehende Aufsuchung ausgeschlossen.

Auf der anderen Seite sind gewichtige öffentliche Interessen in die Abwägung einzustellen, die eine Aufsuchung auf 80 % der Fläche des beantragten Aufsuchungsgebiets ausschließen. Damit wäre selbst bei Bestehen von Gewinnungsaussichten nach der Rechtsprechung der Versagungsgrund des § 11 Nr. 10 BBergG erfüllt. Bezogen auf das allein aussichtsreiche Teilgebiet sind ca. 65 % ausgeschlossen. Besonders betroffen sind Belange des Gewässerschutzes, außerdem Belange des Naturschutzes. In die genannten Zahlen sind noch nicht alle betroffenen öffentlichen Interessen eingeflossen. Weitere Interessen der Landes-, Regional- und Bauleitplanung sind ebenfalls betroffen, ebenso sind Abstandsflächen zu Schutzgebieten einzuhalten. Zusätzlich ist regionalen Besonderheiten wie beispielsweise Tourismusgebieten Rechnung zu tragen.

VI. Ergebnis

Berücksichtigt man die in der Stellungnahme des *HLUG* aus geologischer und hydrogeologischer Sicht nach derzeitigem Kenntnisstand sehr begrenzten Gewinnungsaussichten einerseits und die dort sowie von den angehörten Behörden, insbesondere den zuständigen Fachbehörden, ausführlich belegten öffentlichen Interessen andererseits, kommt die Erteilung der beantragten Aufsuchungserlaubnis nicht in Betracht.

D. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Unter Fracking wird die Förderung von Erdgas aus sog. unkonventionellen Lagerstätten mittels des Hydraulic Fracturing-Verfahrens verstanden. Mit den Auswirkungen dieser Methode auf Umwelt und Menschen haben sich im Jahr 2012 drei große Studien befasst. Eine Erlaubnisfähigkeit des Fracking wird dabei zwar nicht ausgeschlossen, es wird aber eine Vielzahl von Risiken aufgezeigt.

2. Mit dem 1980 geschaffenen BBergG sollte den Anforderungen einer modernen Wirtschaftsordnung Rechnung getragen werden. Das Bergrecht enthielt zuvor eine Vielzahl verschiedener Bergbauberechtigungen, zum Teil sogar noch aus dem Mittelalter stammend.

3. Ursprünglich galt ein System der sog. Bergfreiheit. Dies bedeutet, dass jedermann nach bergfreien Mineralien schürfen durfte, unter bestimmten Voraussetzungen bestand ein dem Grundstückseigentum gleichgestellter Rechtsanspruch auf Bergwerkseigentum für gefundene Mineralien.

4. Angestrebt wurde mit den §§ 6 ff. BBergG insbesondere die „Schaffung eines modernen, elastischen Konzessionssystems für besonders wichtige, dem Grundeigentum entzogene Bodenschätze“.¹⁶² Diesem Gesichtspunkt ist bei der Auslegung der einzelnen Vorschriften Rechnung zu tragen sein.

5. Das bergrechtliche Verfahren stellt sich als mehrfach gestuftes Gestattungssystem dar. Unterschieden wird zwischen Erlaubnis, Bewilligung und Bergwerkseigentum einerseits sowie Betriebsplänen andererseits. Daneben sind weitere Parallelgenehmigungen erforderlich, beispielsweise nach dem WHG. Den bergrechtlichen Gestattungen kommt grundsätzlich keine Konzentrationswirkung zu.

6. Bevor mit der Erkundung von Bodenschätzen begonnen werden darf, muss zunächst einmal eine Bergbauberechtigung erlangt werden. Diese Aufgabe erfüllt die (Aufsuchungs-)Erlaubnis nach § 7 BBergG. Mit ihr erlangt der Vorhabenträger eine Rechtsposition, durch die er grundsätzlich

¹⁶² BT-Drs. 8/1315, S. 2, ebenso S. 70.

vor konkurrierenden Anträgen für das von der Erlaubnis umfasste Erkundungs- und Gewinnungsfeld geschützt wird.

7. Dem Zulassungsverfahren zur eigentlichen Bergbautätigkeit ist also ein Verfahren vorgeschaltet, durch das die Voraussetzungen für den Erwerb einer Bergbauberechtigung geschaffen werden. Die Erlaubnis nach § 7 BBergG wird insoweit auch als Konzession bezeichnet.

8. An und für sich sind der Betriebsplan und ggfs. erforderliche Parallelgenehmigungen der Ort zur Berücksichtigung von Umweltbelangen. Bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte sind derartige Belange aber bereits vor Erteilung der Aufsuchungserlaubnis zu untersuchen.

9. In § 1 Nr. 1 BBergG wird die Sicherung der Rohstoffversorgung als vorrangiges Ziel festgeschrieben. Das Gesetz geht von einem Allgemeininteresse an der Aufsuchung, Gewinnung und Aufbereitung von Bodenschätzen aus. Ein absoluter Vorrang der Rohstoffsicherung vor allen anderen Belangen besteht aber nicht.

10. Um dieses Ziel zu erreichen, muss zunächst einmal die Aussicht bestehen, dass eine Gewinnung überhaupt möglich ist. Dabei sind auch Fragen der Wirtschaftlichkeit einzubeziehen. Grundsätzlich gehört die Frage der wirtschaftlichen Gewinnung eines Bodenschatzes zwar zum Risikobereich der Antragsteller. Allerdings kann bei fehlenden Gewinnaussichten die vom BBergG bezweckte Rohstoffförderung nicht erreicht werden. Eine bloße Bevorratung von Aufsuchungsrechten ist nicht zulässig.

11. Nach § 15 BBergG hat die zuständige Behörde vor der Entscheidung über den Antrag den Behörden Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, zu deren Aufgaben die Wahrnehmung öffentlicher Interessen im Sinne des § 11 Nr. 10 BBergG gehört. Damit soll eine breite Informationsbasis für die Erlaubnisbehörde geschaffen werden.

12. Der Begriff der zu beteiligenden Behörde wird dabei in einem funktionalen Sinne verstanden. Behörden sind deshalb nach der Rechtsprechung des BVerwG alle Stellen, die öffentliche Interessen der in § 11 Nr. 10 BBergG bezeichneten Art wahrnehmen. Dazu rechnet das Bundesverwaltungsgericht neben Fachbehörden auch betroffene Kommunen. Etwaige

kommunale Interessen müssen sich nicht auf das gesamte Aufsuchungsgebiet beziehen.

13. Nach den Gesetzesmaterialien sollte von der Grundstruktur her mit § 7 BBergG eine Erlaubnis gebundener Art geschaffen werden. Nur bei Vorliegen eines der in § 11 BBergG erschöpfend aufgezählten Gründe sollte eine Versagung möglich sein. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich allerdings auch, dass durch die Festlegung einzelner Tatbestandsmerkmale des § 11 BBergG Abwägungen ermöglicht und damit Entscheidungsspielräume der zuständigen Behörden Rechnung getragen werden sollte.

14. Zutreffend wird insoweit von einer rechtsdogmatisch wenig fassbaren dritten Möglichkeit zwischen Rechtsanspruch und Ermessenentscheidung gesprochen.

15. Der Bergbehörde soll dagegen bei der im Rahmen von § 11 Nr. 10 BBergG vorzunehmenden Interessenabwägung ein Beurteilungsspielraum nicht zustehen. Selbst wenn man mit der Rspr. insoweit von einer gebundenen Entscheidung der Bergbehörde ausgeht, so ist doch zu beachten, dass die Bindung nicht weiter reichen kann als die Entscheidungszuständigkeit der Bergbehörde.

16. Im Rahmen von § 11 Nr. 10 BBergG ist deshalb zu differenzieren. Soweit die Bergbehörde für die Abwägung der Interessen an der Aufsuchungserlaubnis und den vorhandenen öffentlichen Interessen zuständig ist, so wäre die zu treffende Entscheidung unter Zugrundelegung der Rspr. als gebundene Entscheidung anzusehen. Soweit allerdings sowohl in § 11 Nr. 9 als auch in Nr. 10 BBergG Bezug auf den Schutz öffentlicher Interessen genommen wird, eröffnet das Gesetz Spielräume. Diese kommen allerdings nicht der Bergbehörde, sondern der für die jeweiligen Interessen zuständigen Behörde zu.

17. Nach § 11 Nr. 10 BBergG ist die Aufsuchungserlaubnis zu versagen, wenn überwiegende öffentliche Interessen die Aufsuchung im gesamten zuzuteilenden Feld ausschließen. Beim Begriff der öffentlichen Interessen handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff.

18. Mit dem Versagungsgrund sollte sichergestellt werden, dass bereits im Verfahren der Erteilung von Erlaubnissen eine Abwägung zwischen volkswirtschaftlich-bergbaulichen Belangen und anderen öffentlichen Interessen vorzunehmen ist, obwohl eine echte Kollision mit anderen öffentlichen Interessen nicht schon durch das mit der Erteilung der Erlaubnis entstehende Recht, sondern erst durch dessen Ausübung eintreten könnte.

19. Nach der Rechtsprechung hat bei Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte die Erlaubnisbehörde bereits im Rahmen der Aufsuchungserlaubnis die öffentlichen Belange zu berücksichtigen, die einer späteren Gewinnung entgegenstehen. Schon auf dieser Stufe ist danach eine Prüfung vorzunehmen, die in Prüfungsintensität und im Prüfungsumfang an sich erst späteren Verfahrensstufen entspricht. Das BVerwG hat zutreffend darauf hingewiesen, dass keine Bergbauberechtigungen verliehen werden sollen, „die nicht die Erwartung rechtfertigen, jemals ausgeübt werden zu können“; verhindert werden soll, „dass eine Berechtigung begründet wird, die sich im Nachhinein als substanzlos erweist“. Allein dieses Vorgehen entspricht auch dem Grundsatz der Verfahrensökonomie.

20. Die Versagungsgründe müssen sich nicht unmittelbar aus der Aufsuchung selbst ergeben. Nach der Gesetzesbegründung zu berücksichtigen sind insbesondere das Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG), das Wasserhaushaltsgesetz (WHG), aber auch die Raumordnungs- und Planungsgesetze von Bund und Ländern. Daneben wird durch die Nennung des Verkehrs in der Gesetzesbegründung zum BBergG deutlich, dass auch die tatsächlichen Verhältnisse in einem Aufsuchungsgebiet einzubeziehen sind.

21. Das bedeutet letztlich, dass unter öffentlichen Interessen alle in der Verfassung, in Gesetzen, Rechtsverordnungen, Satzungen, Gebietsentwicklungs- und Raumordnungsplänen etc. zum Ausdruck gebrachten und festgelegten öffentlichen Interessen zu verstehen sind. Ob insoweit eigenständige förmliche Verfahren zur Berücksichtigung dieser Interessen durchzuführen sind, ist dagegen unerheblich. Gestützt und verstärkt wird dieses Ergebnis auch durch die in Art. 20 a GG enthaltene und Staatszielbestimmung Umweltschutz.

22. Der Kreis in Betracht kommender Interessen ist damit weit gefasst. Das heißt aber noch nicht, dass sich auch jede der genannten Interessen im Rahmen des Erlaubnisverfahrens durchzusetzen und eine Aufsuchungsberechtigung damit auszuschließen vermag. Dies ist vielmehr erst dann der Fall, wenn die öffentlichen Interessen insgesamt als solche überwiegender Art die Aufsuchung im gesamten zuzuteilenden Feld ausschließen.

23. In der Verwendung des Begriffs „überwiegender Art“ kommt zum Ausdruck, dass eine Abwägung der an der Aufsuchung von Bodenschätzen bestehenden öffentlichen Interessen und der sonstigen betroffenen öffentlichen Interessen zu erfolgen hat.

24. Die in Frage kommenden öffentlichen Interessen sind nicht jeweils gesondert, sondern insgesamt daraufhin zu betrachten, ob sie einen Anspruch im gesamten Feld ausschließen. Gesprochen wird insoweit zu Recht auch von einem „Summierungseffekt“.

25. Das Vorhandensein öffentlicher Interessen im Aufsuchungsgebiet begründet allein noch nicht eine Erlaubnisversagung. Erforderlich ist vielmehr, dass öffentliche Interessen die Aufsuchung ausschließen.

26. Davon wird beispielsweise bei Vorliegen absoluter Veränderungssperren ausgegangen. Etwaige Befreiungstatbestände sollen ggfs. zu berücksichtigen und insofern grundsätzlich jeweils eine Einzelfallprüfung erforderlich sein. Dagegen wird zu Recht eingewendet, dass nicht allein das Vorhandensein einer abstrakten gesetzlichen Befreiungsmöglichkeit das Vorliegen eines öffentlichen Interesses i.S. des § 11 Nr. 10 BBergG auszuschließen vermag. Liegen konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung oder Befreiung nicht in Betracht kommt, ist eine Aufsuchung insoweit ausgeschlossen. Ein solcher Fall liegt insbesondere dann vor, wenn die für den jeweiligen Belang zuständige Fachbehörde entsprechende Einwände vorträgt.

27. In der Lit. wird davon ausgegangen, dass jedenfalls die Zonen I und II in bestehenden Wasserschutzgebieten nicht in Betracht kommt und in Zone III allenfalls ausnahmsweise Frackingmaßnahmen durchgeführt werden können.

28. Aber auch in den anderen Zonen sowie in Vorranggebieten ist die Zulässigkeit von Ausnahmen und Befreiungen für Frackingmaßnahmen fraglich. Auf die überragende Bedeutung des Grundwasserschutzes hat das Bundesverfassungsgericht wiederholt hingewiesen. Bezogen auf den Betrieb einer Erdwärmesonde in der Zone III A eines Wasserschutzgebietes hat der VGH Kassel die damit unter besonderen staatlichen Schutz gestellte sichere Gewährleistung der öffentlichen Wasserversorgung dahingehend konkretisiert, dass dem Schutz des Grundwassers vor Verunreinigungen eine alle anderen Belange überragende Bedeutung zukomme. An die Eintrittswahrscheinlichkeit eines Schadens in einem Trinkwasserschutzgebiet werden deshalb nur geringe Anforderungen gestellt. Als entscheidend wird es angesehen, dass von der zuständigen Fachbehörde Gefahren für das Trinkwasser nicht ausgeräumt werden können. Diesen Vorgaben ist auch beim Fracking Rechnung zu tragen.

29. Der Bundesrat hat gestützt auf die mittlerweile vorliegenden Erkenntnisse in einer Vielzahl von Schutzgebieten einen Ausschluss von Frackingmaßnahmen als erforderlich angesehen. Im gemeinsamen Gesetzentwurf von *Bundeswirtschafts-* und *Bundesumweltministerium* werden für Trinkwasser- und Heilquellenschutzgebiete Verbote vorgesehen, denen weitgehend klarstellender Charakter beigemessen wird.

30. Das Tatbestandsmerkmal „im gesamten Feld“ erfordert, dass ggfs. die vorhandenen öffentlichen Interessen im Aufsuchungsfeld zu kartieren sind, um eine Gesamtschau vornehmen zu können. Maßgeblich ist, ob die betroffenen Interessen insgesamt zu einem Ausschluss der Aufsuchung führen.

31. Nach der Rechtsprechung soll es genügen, wenn 80 % des gesamten Feldes beispielsweise in einem Naturschutzgebiet liegen. Die Zahl stellt keine feste Größe dar. Zu untersuchen ist im Einzelfall, ob ggfs. im Restfeld eine Aufsuchung überhaupt noch in Betracht kommt. Von den konkreten Umständen hängt es ab, wie weit die Differenz gehen darf.

32. In seiner Auswertung der vorhandenen Studien kommt das *HLUG* zu dem Ergebnis, dass Fracking nicht prinzipiell ausgeschlossen wird, es werden aber jeweils intensive Voruntersuchungen zu Ressourcen und Risiken

als erforderlich angesehen. Diese werden für das beantragte Aufsuchungsfeld vorgenommen. Außerdem haben im Rahmen der Anhörung nach § 15 BBergG über 120 Fachbehörden und Kommunen Stellung genommen.

33. Nach einer erst kürzlich vom *Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung Mannheim* vorgelegten Studie zu den Aussichten für die Förderung konventioneller Gase in Europa ist bei der Ausbeutung von Schiefergas mit der Frackingmethode nach den vorhandenen Gegebenheiten und nach dem jetzigen Erkenntnisstand in Deutschland nicht mit einer wirtschaftlichen Gewinnung zu rechnen.

34. Nach derzeitigem Stand der Erkenntnisse ist nicht ersichtlich, dass es überhaupt lohnenswerte Vorkommen im Antragsgebiet gibt, das schon nicht in einer Studie der *Bundesanstalt für Geowissenschaften und Rohstoffe* (BGR) zur Abschätzung entsprechender Vorkommen enthalten ist.

35. Auch das *HLUG* kommt in seiner ausführlichen Untersuchung der geologischen-hydrogeologischen Situation im beantragten Aufsuchungsfeld „Adler South“ dazu, dass nur in sehr begrenzten Umfang überhaupt aussichtsreiche Potenzialräume vorhanden sind. Lediglich auf einem Flächenanteil von 16,6 % des beantragten Feldes ist dabei ein Vorkommen theoretisch denkbar und das Vorhandensein ausreichender Barrieren ziemlich wahrscheinlich.

36. Die Stellungnahme des *HLUG* kommt außerdem zu dem Ergebnis, dass den Potenzialräumen insbesondere für die wasserwirtschaftliche Nutzung eine hohe Wertigkeit zukommt. Soweit eine Förderung überhaupt in Betracht kommt, sind knapp 40 % der Fläche als Wasserschutzgebiete festgesetzt oder aber als Vorranggebiete für Hochwasserschutz, Siedlung und Industrie, Gewerbe sowie Vorhaben des Bundes. Bezogen auf das Gesamtantragsgebiet sind es knapp 49 %.

37. Als problematisch wird vom *HLUG* die technische Aufbereitung und umweltgerechte Entsorgung des Flowback-Wassers angesehen. Insbesondere die Versenkung wird als indiskutabel angesehen. Weitere Fachbehörden haben ebenfalls auf Probleme beim Wasserschutz hingewiesen.

38. Rechnet man weitere Vorrang- und Vorbehaltsgebiete dazu, insbesondere für Natur und Landschaft, Regionale Grünzüge, den Geopark Grenzwellen und den Nationalpark Kellerwald-Edersee, so sind im allenfalls nutzbaren Teil des Antragsgebiets insgesamt schon 65 % der Flächen ausgeschlossen, im gesamten Antragsgebiet ist auf knapp 80 % eine Nutzung aller Voraussicht nach nicht möglich.

39. Dabei sind noch nicht einmal alle vorhandenen öffentlichen Interessen einbezogen wie etwa Gebiete für die Mineralwassergewinnung sowie für die Land- und Forstwirtschaft und für die Windenergie. Außerdem fehlen ggfs. erforderliche Abstandflächen, um Quereinträge von außerhalb der Schutzgebiete liegenden Bohrmaßnahmen zu verhindern. Zu berücksichtigen sind schließlich auch die für den Tourismus bedeutsamen Nutzungen insbesondere im Gebiet sowie im Umkreis von Willingen, Bad Wildungen und dem Nationalpark Kellerwald/Edersee.

40. Berücksichtigt man die in den Stellungnahmen insbesondere des *HLUG* und der Fachbehörden ausführlich belegten öffentlichen Interessen einerseits und die nach derzeitigem Kenntnisstand nur unzureichende Aussicht auf eine wirtschaftliche Gewinnbarkeit von Bodenschätzen durch Fracking andererseits, kommt die Erteilung der beantragten Aufsuchungserlaubnis nicht in Betracht.