

Berlin

Hartmut Gaßner
Dr. Klaus-Martin Groth
Wolfgang Siederer
Katrin Jänicke
Angela Zimmermann
Caroline von Bechtolsheim
Dr. Achim Willand
Dr. Jochen Fischer
Dr. Frank Wenzel
Dr. Maren Wittzack
Dr. Gerrit Aschmann
Dr. Georg Buchholz
Jens Kröcher
Dr. Sebastian Schattenfroh
Dr. Jörg Beckmann
Dr. Joachim Wrase
Isabelle-Konstanze Charlier, M.E.S.
Dr. Markus Behnisch
Wiebke Richmann
Annette Sander
Julia Templin
Linus Viezens
Grigori Lagodinsky
Malika Meyer-Schwickerath
Dr. Jasper von Detten
Udo Paschedag
Gabriel Babel
Dr. Franziska Drohsel

Augsburg

Dr. Thomas Reif
Robert Kutschick
Prof. Dr. Valentin Köppert, LL.M.



Rechtsgutachten zu Fragen der Aufsuchung von Erdöl im Nationalpark Wattenmeer

im Auftrag des Ministeriums für Energiewende, Landwirtschaft,
Umwelt und ländliche Räume des Landes Schleswig-Holstein

Rechtsanwalt Hartmut Gaßner
Rechtsanwalt Dr. Georg Buchholz

Berlin, 30.11.2016

Inhaltsverzeichnis

I.	Zusammenfassung	4
II.	Aufgabenstellung	6
III.	Beantwortung der Fragen	8
1.	Gesellschaftliche Einstellung zur Ölförderung.....	8
a)	Gesetz und Gesetzesbegründung.....	9
b)	Rechtsprechung.....	10
c)	Raumbezogene Festlegungen	11
d)	Rohstoff- und energiepolitische Interessen	16
e)	Zwischenfazit.....	20
f)	Gesellschaftliche Einstellungen und Werte	23
2.	Naturschutzrechtliche Befreiungsmöglichkeiten.....	25
3.	Zu betrachtende Fläche.....	28
4.	Blockade von Feldesteilen für andere potenzielle Antragsteller	30
5.	Zulässigkeit einer Teiblehnung.....	33
6.	Verhältnis zwischen Erlaubnis und Betriebsplanzulassung.....	36
7.	Teilbereiche	39
8.	Erkundungsbohrung im Nationalpark.....	40
a)	Grundsätzliches Verbot von Bohrungen	41
b)	Gesetzliche Ausnahme für die Mittelplate A	41
c)	Behördliche Ausnahmen und Befreiungen.....	43
d)	Atypischer Fall.....	45
aa)	Erforderlichkeit eines atypischen Falls.....	45
bb)	Atypische Maßnahme	48
cc)	Atypisches Rohstoffsicherungsinteresse.....	49
dd)	Atypische Schutzwürdigkeit.....	52
ee)	Fazit und Rohstoffsicherungsklausel	54
e)	Behördliche Ausnahmen nach § 6 Abs. 4 Satz 1 NPG.....	55
aa)	Rechtsprechung	55
bb)	Tatbestandsvoraussetzungen.....	56
cc)	Nachhaltige Störung.....	58
dd)	Erforderlichkeit einer Abwägung	61
ee)	Ermessen	63
f)	Behördliche Befreiung aus überwiegendem öffentlichem Interesse	63

g) Behördliche Befreiung wegen übermäßiger Belastung 64

I. Zusammenfassung

1. Eine Erkundungsbohrung im Nationalpark Wattenmeer außerhalb der Mittelplate ist nach dem Nationalparkgesetz nur dann genehmigungsfähig, wenn es sich um einen atypischen Fall handelt. Das gilt nicht nur für eine Befreiung nach § 67 BNatSchG, sondern auch für eine Ausnahme nach § 6 Abs. 4 Satz 1 NPG. Das Vorliegen eines atypischen Falls ist für die derzeit geplanten Bohrungen nicht ersichtlich. Eine Ausnahmeentscheidung würde weiterhin voraussetzen, dass die Bohrung nicht zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Nationalparks führt. Auch das liegt hier eher fern. Insofern wäre eine ergänzende naturschutzfachliche Bewertung hilfreich; sie ist hier aber entbehrlich, weil bereits ein atypischer Fall, der auch Tatbestandsvoraussetzung einer Ausnahmeentscheidung ist, nicht vorliegt.

2. Geänderte gesellschaftliche Einstellungen beeinflussen die erforderliche Abwägung des Aufsuchungs- und Gewinnungsinteresses mit anderen öffentlichen Interessen mittelbar, soweit auf Grund geänderter Einstellungen Gesetze, Rechtsverordnungen, Pläne, Programme oder Konzepte geändert worden sind, durch die das öffentliche Interesse konkretisiert wird. So können namentlich Rechtsänderungen im Zusammenhang mit Energiewende und Klimaschutz das Gewicht des öffentlichen Interesses an der Aufsuchung und Gewinnung von Erdöl verringern. Besonderes Gewicht haben insofern die Vorgaben der Raumordnung, vor allem wenn und soweit die gegenläufigen Belange dort bereits gegeneinander abgewogen worden sind. Im Übrigen kann das Gewicht des öffentlichen Interesses an der Aufsuchung von Bodenschätzen auch von energie- und rohstoffpolitischen Konzepten der jeweiligen Landesregierung abhängen.

3. Nach hiesiger Einschätzung darf die Behörde einen Antrag auf Erteilung oder Verlängerung einer Aufsuchungserlaubnis räumlich bezogen auch teilweise ablehnen. Insofern gilt für Bergbauberechtigungen der allgemeine Grundsatz, dass ein Antrag auf Erlass eines Verwaltungsaktes teilweise abgelehnt werden kann, wenn der Verwaltungsakt teilbar ist und die Voraussetzungen für dessen Erlass nur bezüglich eines Teiles vorliegen. Die Zulässigkeit einer Teilablehnung wird, soweit ersichtlich, zwar überwiegend abgelehnt, weil die Teilablehnung nur für bestimmte Fälle ausdrücklich bergrechtlich geregelt ist. Diese Regelung schließt aber nach hiesiger Auffassung eine Teilablehnung aus anderen Gründen nicht aus.

4. Die Erlaubnis bzw. deren Verlängerung muss versagt werden, wenn feststeht, dass die im Arbeitsprogramm vorgesehenen Maßnahmen nicht genehmigungsfähig sind. Die Erlaubnis muss jedoch erteilt bzw. verlängert werden, wenn auch nur eine geringe Wahrscheinlichkeit besteht, dass die geplanten Maßnahmen genehmigt werden können. Insoweit kommt es nicht nur auf eine der Behörde bekannte konkrete Absicht für ein Betriebsplanverfahren an, sondern auf alle realistischen Varianten der im Arbeitsprogramm vorgesehenen Maßnahmen. Sofern die Zulassung der geplanten Maßnahmen zwar nicht ausgeschlossen, aber unwahrscheinlich ist, sollte im Erlaubnisbescheid darauf hingewiesen werden, um zu verhindern, dass mit der Erlaubnis ein schutzwürdiges Vertrauen in die Zulassungsfähigkeit der Maßnahmen begründet wird.

II. Aufgabenstellung

Das Ministerium für Energiewende, Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume des Landes Schleswig-Holstein hat um Begutachtung der nachfolgend aufgeführten acht Fragen gebeten:

1. Können „überwiegende öffentliche Interessen“ i.S.d. § 11 Nr. 10 BBergG – neben Belangen des Gewässerschutzes, des Fremdenverkehrs, der Energie- und Rohstoffpolitik, des Naturschutzes u. a. – im Einzelfall auch die gesellschaftliche Einstellung bzw. der gesellschaftliche Wertewandel im Zusammenhang mit Ölsuche und Ölförderung sein?
2. Ist der Ausschluss einer Aufsuchung nach § 11 Nr. 10 BBergG auch dann möglich, wenn Ausnahmen oder Befreiungen ein bestehendes Verbot (hier: NPG) grundsätzlich beseitigen können (anders *OVG Bautzen*, Urteil vom 10.06.1998, Az. 1 S 349/96, ZfB 1998, 205)?
3. Kann der Begriff „gesamtes zuzuteilendes Feld“ i. S. d. § 11 Nr. 10 BBergG bei der Prüfung einer Verlängerung der Erlaubnis dahingehend ausgelegt werden, dass dabei nur (noch) die Fläche zu betrachten ist, in der der Antragssteller ein ernsthaftes Interesse an Aufsuchung und Gewinnung (etwa durch einen Antrag für einen Betriebsplan dokumentiert) hat?
4. Ist bei der Bewertung des Tatbestandsmerkmals „überwiegende öffentliche Interessen die Aufsuchung im gesamten zuzuteilenden Feld ausschließen“ nach § 11 Nr. 10 BBergG vor dem Hintergrund des Zweckes des BBergG zu berücksichtigen, dass der Antragsteller in genau dem Teil des Feldes, in dem öffentliche Interessen der Aufsuchung entgegen stehen, Aufsuchungsmaßnahmen durchführen möchte und damit den Rest des Erlaubnisfeldes, in dem möglicherweise keine öffentlichen Interessen einer Aufsuchung entgegenstehen, für andere potentielle Antragsteller blockieren würde?
5. Darf die Behörde einen Antrag auf (Verlängerung der) Aufsuchungserlaubnis räumlich bezogen teilweise ablehnen (NP-Bereich/terrestrischer Bereich)?
6. Ist im bergrechtlichen Erlaubnis- und Genehmigungsverfahren die 1. Stufe (Aufsuchungserlaubnis bzw. Bewilligung) ausnahmslos getrennt von der 2. Stufe

- (Betriebsplanzulassung) zu bewerten und zu entscheiden oder kann bzw. muss im Einzelfall sogar bereits die Erlaubnis(-verlängerung) nach dem BBergG (1. Stufe) versagt werden, wenn feststeht bzw. mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die geplanten Bohrungen gar nicht genehmigungsfähig wären (2. Stufe)? Reicht insofern eine der Behörde bekannte konkrete Absicht für ein Betriebsplanverfahren für die 2. Stufe aus, um schon die in Rede stehende Verlängerung einer Erlaubnis (1. Stufe) abzulehnen, wenn die Behörde diese geplante Absicht für ein konkretes Vorhaben auf der 2. Stufe für nicht genehmigungsfähig hält?
7. Wie wirkt sich in diesem Zusammenhang der Umstand aus, dass in Teilbereichen eines Erlaubnisfeldes grundsätzlich genehmigungsfähige Aufsuchungstätigkeiten erfolgen sollen, in anderen jedoch feststeht bzw. mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass geplante Bohrungen nicht genehmigungsfähig wären?
 8. Ist eine Erkundungsbohrung im Nationalpark (außerhalb der Mittelplate) nach dem Nationalparkgesetz genehmigungsfähig bzw. ausnahme- (§ 6 Abs. 4 Nationalparkgesetz)/befreiungsfähig (§ 67 BNatSchG), wenn es zwar möglich, aber nicht sicher ist, dass erdölführende Schichten angetroffen werden?

III. Beantwortung der Fragen

Die Fragen werden nachfolgend jeweils wiederholt, zusammenfassend beantwortet und die Antwort begründet.

1. Gesellschaftliche Einstellung zur Ölförderung

Frage:

Können „überwiegende öffentliche Interessen“ i. S. d. § 11 Nr. 10 BBergG – neben Belangen des Gewässerschutzes, des Fremdenverkehrs, der Energie- und Rohstoffpolitik, des Naturschutzes u. a. – im Einzelfall auch die gesellschaftliche Einstellung bzw. der gesellschaftliche Wertewandel im Zusammenhang mit Ölsuche und Ölförderung sein?

Antwort:

Die gesellschaftliche Einstellung bzw. der gesellschaftliche Wertewandel im Zusammenhang mit Ölsuche und Ölförderung können für sich allein, also neben und unabhängig von Belangen des Gewässerschutzes, des Fremdenverkehrs, der Energie- und Rohstoffpolitik, des Naturschutzes u.a. kein Interesse sein, mit dem die Ablehnung einer Aufsuchungserlaubnis wegen überwiegender öffentlicher Interessen unmittelbar begründet werden kann. Geänderte gesellschaftliche Einstellungen beeinflussen die erforderliche Abwägung des Aufsuchungs- und Gewinnungsinteresses mit anderen öffentlichen Interessen aber mittelbar, soweit gewählte Vertreter in Parlamenten und Regierungen auf Grund geänderter Einstellungen Gesetze, Rechtsverordnungen, Pläne, Programme oder Konzepte geändert haben, durch die das öffentliche Interesse konkretisiert wird. So können namentlich Rechtsänderungen im Zusammenhang mit der Energiewende und Klimaschutz das Gewicht des öffentlichen Interesses an der Aufsuchung und Gewinnung von Erdöl verringern. Besonderes Gewicht haben insoweit die Vorgaben der Raumordnung, vor allem wenn und soweit die gegenläufigen Belange dort bereits gegeneinander abgewogen worden sind. Im Übrigen kann das Gewicht des öffentlichen Interesses an der Aufsuchung von Bodenschätzen auch von energie- und rohstoffpolitischen Konzepten der jeweiligen Landesregierung abhängen.

Begründung:

Die Anforderungen an das Vorliegen eines überwiegenden öffentlichen Interesses ergeben sich aus der gesetzlichen Regelung und ihrer Begründung [a)] sowie der hierzu ergangenen Rechtsprechung [b)]. Maßgeblich sind in erster Linie die Ergebnisse raumbezogener Abwägungen, die in Gesetzen, Verordnungen und Festsetzungen in raumbezogenen Plänen und Programmen verankert worden sind [c)]. Ergänzend können rohstoff- und energiepolitische Konzepte des Bundes oder des Landes berücksichtigt werden [d)].

a) Gesetz und Gesetzesbegründung

Nach § 11 Nr. 10 BBergG ist die Erlaubnis für die Aufsuchung eines bergfreien Bodenschatzes in einem bestimmten Feld zu versagen, wenn überwiegende öffentliche Interessen die Aufsuchung im gesamten zuzuteilenden Feld ausschließen. Entsprechendes gilt für die Bewilligung der Gewinnung in einem Gewinnungsfeld (§ 12 Abs. 1 Satz 1 BBergG).

Nach der Gesetzesbegründung soll damit bereits im Verfahren der Erteilung von Erlaubnissen und Bewilligungen eine Abwägung zwischen volkswirtschaftlich-bergbaulichen Belangen und anderen öffentlichen Interessen vorgenommen werden, 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 könne. Im Rahmen dieser frühzeitigen Interessenabwägung müsse die Möglichkeit zur Versagung von gravierenden Voraussetzungen abhängig gemacht werden. Deshalb könne es sich bei den Versagungskriterien nur um solche öffentlichen Interessen handeln, die

- einen Bezug zu dem in Betracht kommenden Feld selbst haben,
- sich auf das gesamte zuzuteilende Feld erstrecken,
- gegenüber den volkswirtschaftlich-bergbaulichen Interessen überwiegen und
- die Aufsuchung ausschließen.

Beispiele seien je nach Lage des Einzelfalls Erfordernisse des Naturschutzes und der Landschaftspflege, der Raumordnung und Landesplanung, des Verkehrs und des Gewässerschutzes.¹

b) Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts will der Gesetzgeber mit dieser Regelung verhindern, dass Bergbauberechtigungen verliehen werden, die nicht die Erwartung rechtfertigen, jemals ausgeübt werden zu können. Es soll verhindert werden, dass eine Berechtigung begründet wird, die sich im Nachhinein als substanzlos erweist. Die Regelung steht in einem sachlichen Zusammenhang mit den Voraussetzungen für die Betriebsplanzulassung in § 55 und § 48 BBergG. Nach der sogenannten Rohstoffsicherungsklausel ist bei Anwendung von Vorschriften über grundstücksbezogene Beschränkungen dafür Sorge zu tragen, dass die Aufsuchung und Gewinnung so wenig wie möglich beeinträchtigt werden (§ 48 Abs. 1 Satz 2 BBergG). Auf Grund dieser Regelung ist den bergbaulichen Belangen bei grundstücksbezogenen Regelungen wie städtebaulichen Planungen besonders Rechnung zu tragen. Das bedeutet aber keine absolute Vorrangregelung zugunsten des Bergbaus.²

Als öffentliche Interessen kommen nach der Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte alle von der Rechtsordnung anerkannten öffentlichen Interessen in Betracht, da das Gesetz die öffentlichen Interessen gegenständlich nicht näher einschränkt.³ Die Rechtsprechung meint unter Bezugnahme auf die Gesetzesbegründung ferner, dass es sich um „raumbezogene“ Interessen handeln müsse, da sie sich auf das gesamte Aufsuchungs- bzw. Gewinnungsfeld beziehen müssten.⁴

Nach ständiger Rechtsprechung ist die behördliche Entscheidung nach § 11 Nr. 10 BBergG eine gebundene, also gerichtlich voll überprüfbare Ent-

¹ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 8/1315, S. 87.

² So *BVerwG*, Beschl. v. 15.10.1998, 4 B 94/98, NVwZ 1999, 876; vgl. *Frenz*, Überwiegende öffentliche Interessen gegen Fracking-Berechtigungen?, DÖV 2016, 322, 326, und *Franke*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 11 Rn. 14.

³ *VGH Mannheim*, Urt. v. 09.06.1988, 6 S 2972/84, ZfB 1989, 57, 66 = VBIBW 1988, 398, 400; *OVG Magdeburg*, Urt. v. 04.11.1999, A 1/4 S 170/97, ZfB 2011, 237, 239.

⁴ *VGH Mannheim*, Urt. v. 09.06.1988, 6 S 2972/84, ZfB 1989, 57, 66 = VBIBW 1988, 398, 400; *OVG Magdeburg*, Urt. v. 04.11.1999, A 1/4 S 170/97, ZfB 2011, 237, 239.

scheidung. Die Behörde habe weder einen Ermessensspielraum noch einen planerischen Abwägungsspielraum. Vielmehr soll die Abwägung mit derjenigen über die Zulässigkeit eines privilegierten oder nichtprivilegierten Bauvorhabens im Außenbereich vergleichbar sein (§ 35 Abs. 1 und 2 BauGB).⁵ Insoweit gilt für die nach § 11 Nr. 10 BBergG gebotene Interessenabwägung dasselbe wie für die im Rahmen der späteren Betriebsplanzulassung nach § 48 BBergG erforderliche Gesamtabwägung.⁶

c) Raumbezogene Festlegungen

Die im Rahmen des Bergrechts gebotene Berücksichtigung und Abwägung öffentlicher Interessen verweist primär auf andere Regelungen des öffentlichen Rechts, die raumbezogene Festlegungen über die jeweils zu berücksichtigenden öffentlichen Interessen enthalten.

Insoweit sind zunächst grundstücksbezogene Vorschriften zu beachten, durch die Grundstücke im Interesse eines öffentlichen Zwecks geschützt sind (§ 48 Abs. 1 Satz 1 BBergG). Damit sind unter anderem Schutzgebietsfestsetzungen z.B. des Wasser- und Naturschutzrechts gemeint.⁷ Wie dargestellt ist bei der Anwendung dieser Vorschriften dafür Sorge zu tragen, dass die Aufsuchung und Gewinnung so wenig wie möglich beeinträchtigt werden (Rohstoffsicherungsklausel, § 48 Abs. 1 Satz 2 BBergG).

Im Übrigen kann die zuständige Behörde eine Aufsuchung oder eine Gewinnung beschränken oder untersagen, soweit ihr überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen (§ 48 Abs. 2 BBergG).

⁵ So *VGH Mannheim*, Urt. v. 09.06.1988, 6 S 2972/84, ZfB 1989, 57, 67 = VBIBW 398, 400; *OVG Magdeburg*, Urt. v. 04.11.1999, A 1/4 S 170/97, ZfB 2011, 237, 239; *VG Leipzig*, Urt. v. 19.01.1995, 5 K 23.94, ZfB 1995, 48, 53. Vgl. zur nachvollziehenden Abwägung in § 35 BauGB Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 35 Rn. 70 m.w.N.

⁶ Zur Gesamtabwägung *BVerfG*, Urt. v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08 u.a., BVerfGE 134, 242 ff., Rn. 302 ff., NVwZ 2014, 211, 230 (Garzweiler); *BVerwG*, Urt. v. 29.06.2006, 7 C 11/05, BVerwGE 126, 205, 210 f., Rn. 21, NVwZ 2006, 1173, 1174 (Garzweiler II). Zur Einstufung der Zulassungsentscheidung als gebundene Entscheidung *BVerfG*, Urt. v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08 u.a., BVerfGE 134, 242 ff., Rn. 322, NVwZ 2014, 211, 232 (Garzweiler); *BVerwG*, Beschl. v. 05.07.2016, 7 B 43.15, Rn. 15, BeckRS 2016, 49595; Urt. v. 15.12.2006, 7 C 1.06, BVerwGE 127, 259 Rn. 28 und 7 C 6/06, BVerwGE 127, 272 Rn. 21 (Bergwerk Walsum).

⁷ Vgl. nur *Kühne*, in: Boldt/Weller/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 48 Rn. 12 ff.

Maßgebliche Bedeutung für die danach erforderliche Interessenabwägung haben die Festlegungen des Raumordnungsrechts, soweit sie hinreichend konkretisiert sind.⁸

Bei Entscheidungen über die Zulässigkeit raumbedeutsamer Planungen und Maßnahmen, die der Planfeststellung bedürfen, sind Ziele der Raumordnung zu beachten sowie Grundsätze und Erfordernisse der Raumordnung in Abwägungs- oder Ermessensentscheidungen zu berücksichtigen (§ 4 Abs. 1 Satz 1 ROG).⁹ Tiefbohrungen zur Aufsuchung von Erdöl und Erdgas im Bereich der Küstengewässer und des Festlandsockels sind stets UVP-pflichtig und damit planfeststellungsbedürftig (§ 52 Abs. 2a, § 57 c BBergG i.V.m. § 1 Nr. 2b Alt. 1 UVP-V Bergbau).¹⁰

Dabei sind Ziele der Raumordnung verbindliche Vorgaben in Form von räumlich und sachlich bestimmten oder bestimmbaren, vom Träger der Raumordnung abschließend abgewogenen textlichen oder zeichnerischen Festlegungen in Raumordnungsplänen zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raums (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG). Dementsprechend sind bei der Aufstellung der Raumordnungspläne die öffentlichen und privaten Belange, soweit sie auf der jeweiligen Planungsebene erkennbar und von Bedeutung sind, gegeneinander und untereinander abzuwägen; bei der Festlegung von Zielen der Raumordnung ist abschließend abzuwägen (§ 7 Abs. 2 ROG). Soweit ein Natura 2000-Gebiet in seinen maßgeblichen Bestandteilen erheblich beeinträchtigt werden kann, sind bei der Aufstellung von Raumordnungsplänen die Vorschriften des BNatSchG über die Zulässigkeit und Durchführung von derartigen Eingriffen einschließlich der Einholung der Stellungnahme der Europäischen Kommission anzuwenden (§ 7 Abs. 6 ROG).

⁸ So VG Leipzig, Urt. v. 19.01.1995, 5 K 23.94, ZfB 1995, 48, 56 f.

⁹ Bei sonstigen Entscheidungen öffentlicher Stellen über die Zulässigkeit raumbedeutsamer Planungen und Maßnahmen von Personen des Privatrechts sind die Erfordernisse der Raumordnung nach den für diese Entscheidungen geltenden Vorschriften zu berücksichtigen (§ 4 Abs. 2 ROG). Insoweit erfolgt die Berücksichtigung also unmittelbar über § 11 Nr. 10, § 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG.

¹⁰ Vgl. dazu auch die unionsrechtliche Vorgabe in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2013/30/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juni 2013 über die Sicherheit von Offshore-Erdöl- und -Erdgasaktivitäten und zur Änderung der Richtlinie 2004/35/EG, ABl.EU Nr. L 178 vom 28.6.2013, S. 66 ff.

In Bezug auf bergrechtliche Belange sollen die Raumordnungspläne Festlegungen zur Raumstruktur enthalten, insbesondere zu der anzustrebenden Freiraumstruktur; hierzu können großräumig übergreifende Freiräume und Freiraumschutz ebenso gehören wie Nutzungen im Freiraum, z.B. Standorte für die vorsorgende Sicherung und die geordnete Aufsuchung und Gewinnung von standortgebundenen Rohstoffen (§ 8 Abs. 5 Nr. 2 a) und b) ROG]. Diese Festlegungen können auch Vorrang-, Vorbehalts- und Eignungsgebiete bezeichnen (§ 8 Abs. 7 ROG). Dabei sind Vorranggebiete für bestimmte raumbedeutsame Funktionen oder Nutzungen vorgesehen und schließen andere raumbedeutsame Nutzungen in diesem Gebiet aus, soweit diese mit den vorrangigen Funktionen oder Nutzungen nicht vereinbar sind (§ 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 ROG). In Vorbehaltsgebieten ist bestimmten raumbedeutsamen Funktionen oder Nutzungen bei der Abwägung mit konkurrierenden raumbedeutsamen Nutzungen besonderes Gewicht beizumessen (§ 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 2 ROG). In Eignungsgebieten stehen bestimmten raumbedeutsamen Maßnahmen oder Nutzungen andere raumbedeutsame Belange nicht entgegen, gleichzeitig werden diese Maßnahmen oder Nutzungen an anderer Stelle im Planungsraum ausgeschlossen (§ 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 3 ROG).

Dem entsprechend werden im Rahmen der Raumordnung für bekannte oberflächennahe Lagerstätten regelmäßig die bereits absehbaren Interessen gegeneinander abgewogen. Für Vorhaben, bei denen die bergbaulichen Interessen überwiegen, werden Vorranggebiete festgelegt. Für Lagerstätten, die als Rohstoffreserve für einen künftigen Abbau vorgesehen sind, für die die öffentlichen Interessen aber noch nicht abschließend gegeneinander abgewogen sind, werden Vorbehaltsgebiete festgelegt.¹¹

Für die Nutzung des tiefen Untergrundes zur Aufsuchung von Rohstoffen gibt es dagegen regelmäßig keine entsprechenden raumordnerischen Festlegungen, da es vor einer erfolgreichen Aufsuchung meist an belastbaren Kenntnissen über Rohstoffvorkommen fehlt. Soweit solche Kennt-

¹¹ Vgl. die Ziele und Grundsätze der Raumordnung in Teil B Nr. 3.6.1 und 3.6.2 des Landesentwicklungsplanes Schleswig-Holstein 2010.

nisse vorliegen, können aber entsprechende Festlegungen in Raumordnungspläne aufgenommen werden.¹²

Der Landesentwicklungsplan Schleswig-Holstein 2010 (LEP 2010) bestimmt als Grundsatz der Raumordnung, dass zur Sicherung der Rohstofflagerstätten von wirtschaftlicher Bedeutung auch der Erkundung der Lagerstätten eine besondere Bedeutung zukommt. Die langfristige Sicherstellung der Gewinnbarkeit dieser Rohstoffe aus verbrauchernahen Abbaustellen habe für die heimische Wirtschaft eine besondere Bedeutung. Auch unter ökologischen Aspekten sei bei der Gewinnung von Erdöl die Minimierung von Transportwegen und somit die Sicherstellung von lokalen bzw. regionalen Kreisläufen sinnvoll. Auf der anderen Seite seien jedoch mit dem Abbau von Rohstoffen zumindest temporäre Eingriffe in den Naturhaushalt oder Konflikte mit anderen Flächenansprüchen verbunden. Aus diesen Gründen sollen in den Raumordnungsplänen unter Abwägung mit anderen Nutzungen und Schutzverpflichtungen die Voraussetzungen für eine nachhaltige Rohstoffsicherung geschaffen werden.¹³

In der zugehörigen Begründung heißt es, dass die Förderung von Öl nur noch im genehmigten Offshore-Feld Mittelplate A in der Nordsee bis 2011 (Ende des geschlossenen Gewinnungsvertrages) stattfinde. Das derzeit bedeutendste deutsche Erdölvorkommen innerhalb der 12-Seemeilen-Zone werde von einer künstlich angelegten Bohr- und Förderinsel westlich von Friedrichskoog vor der deutschen Nordseeküste im Nationalpark Schleswig-Holsteinisches Wattenmeer erschlossen, seit 2000 auch vom Festland. Vor dem Hintergrund der bestehenden Genehmigung und der besonderen Bedeutung des Vorhabens Mittelplate A für die Rohstoffsicherung sei dieses in der Hauptkarte als Standort für die Erdölgewinnung ausgewiesen. Der Nationalpark Schleswig-Holsteinisches Wattenmeer sei Vorranggebiet für den Naturschutz. Nach den Schutzbestimmungen des

¹² Vgl. den Grundsatz Nr. 3.2.1 Abs. 2 des Raumordnungsplans für die deutsche ausschließliche Wirtschaftszone in der Nordsee und die zugehörige Begründung in der Anlage zu § 1 der Verordnung über die Raumordnung in der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ NordseeROV). Danach sollen Kenntnisse über Rohstoffvorkommen, insbesondere von Kohlenwasserstoffen, zur langfristigen Sicherung des zukünftigen Bedarfs von den zuständigen Fachbehörden systematisch und dauerhaft dokumentiert und ausgewertet werden. Diese können dann Grundlage für eine spätere Fortschreibung des Raumordnungsplans sein.

¹³ So Teil B I Nr. 3.6 Abs. 2 LEP 2010.

Nationalparkgesetzes dürften Erdölbohrung und -förderung ausschließlich von der genehmigte Bohr- und Förderinsel Mittelplate A aus erfolgen. Aus diesen Gründen würden neben dem Standort zur Erdölgewinnung keine weiteren Rohstoffsicherungs- oder -abbaufächen im Meeresbereich dargestellt. Bei dem Standort handele es sich nicht um ein Vorranggebiet für die Rohstoffsicherung. Für die weitere Erdölgewinnung sei es erforderlich, dass Untersuchungsarbeiten zur Aufsuchung vorhandener Lagerstätten in Verbindung mit der genehmigten Bohr- und Förderinsel Mittelplate A durchgeführt werden können.¹⁴

Mit Runderlass vom 26.02.2014 zur Fortschreibung des Landesentwicklungsplanes Schleswig-Holstein zum Ausschluss von Fracking ist ein Verfahren zur Fortschreibung des LEP gemäß § 5 Abs. 4 Landesplanungsgesetz (LaplaG) eingeleitet worden. Die Ziele und Grundsätze der Raumordnung sollen hinsichtlich der Nutzungen des Untergrundes mit der Fortschreibung des LEP an neue Herausforderungen angepasst und in ihrer Raumbedeutsamkeit für die Energiewende gesteuert werden. Sowohl das Kapitel Energieversorgung als auch das Kapitel Rohstoffsicherheit sollen den veränderten Rahmenbedingungen und Herausforderungen für eine nachhaltige Raumnutzung im Untergrund Rechnung tragen und die konkurrierenden Nutzungsansprüche steuern. Dieser Teil der Fortschreibung des LEP werde im Wesentlichen neue Ansätze und Eckpunkte im Hinblick auf den Vorrang für Untergrundnutzungen, die der Verwirklichung von Zielen und Grundsätzen der Energiewende dienlich sind, und den schrittweisen Umstieg von fossilen Energieträgern auf erneuerbare Energien auch bei der Nutzung des Untergrundes enthalten. Außerdem sollten Aufsuchung und Gewinnung nur mit solchen Methoden erfolgen, bei denen ausgeschlossen werden könne, dass sie Umweltgefahren und insbesondere Schädigungen des Grundwassers verursachen. Deshalb seien Kohlenwasserstoffe nicht unter Einsatz der Fracking-Technologie abzubauen.¹⁵

Das Aufstellungsverfahren läuft, ein Entwurf ist allerdings noch nicht öffentlich bekannt gegeben worden. Nach den Angaben im Energiewendebericht der Landesregierung vom Juli 2016 hat die Landesplanung einen

¹⁴ Teil B I Nr. 3.6 Rohstoffsicherung, Begründung zu 1. bis 6., S. 83 des LEP 2010.

¹⁵ Runderlass des Ministerpräsidenten des Landes Schleswig-Holstein zum Ausschluss von Fracking vom 26.02.2014, Staatskanzlei, StK 336-502.18.

ersten Entwurf erarbeitet, der im Rahmen eines Fachdialogs erörtert werden soll.¹⁶

Solange sich der Raumordnungsplan in Aufstellung befindet, entfalten die geplanten Festlegungen noch keine Rechtswirkungen. Die Raumordnungsbehörde kann jedoch die Entscheidung über die Zulässigkeit von raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen gegenüber der Planfeststellungsbehörde für maximal drei Jahre untersagen, wenn zu befürchten ist, dass die Planung oder Maßnahme die Verwirklichung der vorgesehenen Ziele der Raumordnung unmöglich machen oder wesentlich erschweren würde (§ 14 Abs. 2 ROG).

Der für die Mittelplate geltende Regionalplan für den Planungsraum IV in der Fortschreibung 2006 enthält den Grundsatz, dass der Abbau von Erdöl und Erdgas im Feld „Heide-Mittelplate“ mit den Erfordernissen der Raumordnung übereinstimmt. Ferner muss die Ausgestaltung von Erdöl- und Gasgewinnungsanlagen im Küstenraum neben den wirtschaftlichen Aspekten insbesondere im Hinblick auf den Nationalpark Wattenmeer auch den ökologischen Belangen in besonderem Maße Rechnung tragen.¹⁷

d) Rohstoff- und energiepolitische Interessen

Für die Berücksichtigung des öffentlichen Interesses an der Aufsuchung und Gewinnung von Energierohstoffen ist die überragende Bedeutung der Sicherung der Energieversorgung für das Gemeinwohl durch höchstrichterliche Rechtsprechung geklärt. Die Sicherung der Energieversorgung durch geeignete Maßnahmen ist eine öffentliche Aufgabe von größter Bedeutung, weil die Energieversorgung als Bestandteil der Daseinsvorsorge eine Leistung ist, derer der einzelne zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz unumgänglich bedarf. Die ständige Verfügbarkeit ausreichender Energiemengen ist zudem eine entscheidende Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit der Gesamtwirtschaft.¹⁸

¹⁶ Bericht der Landesregierung „Energiewende und Klimaschutz in Schleswig-Holstein – Ziele, Maßnahmen und Monitoring 2016, LT-Drs. 18/4389 vom 06.07.2016, S. 65.

¹⁷ Nr. G 7.4 Abs. 5 des Regionalplans für den Planungsraum IV, Schleswig-Holstein Süd-West, Kreise Dithmarschen und Steinburg, Fortschreibung 2005.

¹⁸ *BVerfG*, Urt. v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08 u.a., BVerfGE 134, 242 ff., Rn. 287, NVWZ 2014, 211, 128 (Garzweiler) mit weiteren Nachweisen; *OVG Münster*, Urt. v. 21.12.2007, 11 A L 94/02, BeckRS 2008, 31320, A.II.1.a) m.H.a. *BVerwG*, Urt. v. 24.10.2002, 4 C 7.01,

Für ein Überwiegen rohstoff- und energiepolitischer Interessen hat das OVG Münster aus der von § 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG geforderte Gesamtabwägung abgeleitet, dass das beantragte Vorhaben energiepolitisch erforderlich sein müsse. Der Begriff der energiepolitischen Erforderlichkeit verlange ebenso wie die Rechtsprechung zur Planrechtfertigung, dass das beantragte Vorhaben „vernünftigerweise geboten“ sei. Nicht erforderlich sei dagegen, dass es „unabdingbar“ sei. Die energiepolitische Erforderlichkeit könne sich beispielsweise aus landesplanerischen Festlegungen z. B. in einem Braunkohlenplan nach nordrhein-westfälischem Recht ergeben, aber auch aus anderen für die Zulassung herangezogenen Quellen, etwa Berichten über den Energiebedarf und den Beitrag des Vorhabens zur Deckung dieses Energiebedarfs. Im Übrigen sei davon auszugehen, dass bei Prognoseentscheidungen entsprechend der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Energiewirtschaftsrecht ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Prognose-, Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum bestehe.¹⁹

Auch das Bundesverfassungsgericht hat bestätigt, dass es zu allererst eine energiepolitische Entscheidung des Bundes und der Länder ist, mit welchen Energieträgern und in welcher Kombination der verfügbaren Energieträger sie eine zuverlässige Energieversorgung sicherstellen wollen. Hierbei stehe ihnen ein weiter Gestaltungs- und Einschätzungsspielraum zur Verfügung. Diese Entscheidung sei von einer Vielzahl von Faktoren abhängig, wie etwa der Versorgungssicherheit bei Nutzung einer bestimmten Energiequelle, der aus ihrer Verwendung resultierenden Kosten für Wirtschaft und Verbraucher, ihrem Einfluss auf Klima- und Umweltschutz, den Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt oder der gebotenen Rücksichtnahme auf europäische oder internationale Verpflichtungen. Bei der Gewichtung der einzelnen Faktoren hätten Bund und Länder einen erheblichen Einschätzungsspielraum. Auch die Beurteilung des Zusammenspiels der verschiedenen Faktoren hänge wiederum von politischen Wer-

BVerwGE 117, 138, 140 u.a. (Garzweiler); hierzu *Vitzthum/Piensch*, in: *Piensch/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 48 Rn. 16 ff. m.w.N.

¹⁹ *OVG Münster*, Urt. v. 21.12.2007, 11 A L 194/02, BeckRS 2008, 31320, unter A II.1.a) m.H.a. BVerwG, Urt. v. 17.01.1986, 4 C 6.84 und 7.84, BVerwGE 72, 365, 367.

tungen und in erheblichem Umfang von prognostischen Einschätzungen ab.²⁰

Das OVG Münster hat ferner bestätigt, dass der Annahme der energiepolitischen Erforderlichkeit energiepolitische Grundentscheidungen der Landesregierung Nordrhein-Westfalen zugrunde gelegt werden konnten. Im konkreten Fall ging es um Leitentscheidungen der Landesregierung des Landes Nordrhein-Westfalen von 1987 und 1991 zum Tagebau Garzweiler II.²¹

Diese Leitentscheidungen sind keine unmittelbar gesetzlich vorgesehenen Instrumente, sondern eine verwaltungsinterne Praxis der Landesregierungen in Nordrhein-Westfalen, mittels derer die Randbedingungen für die Genehmigung von Braunkohlenplänen festgelegt werden. Braunkohlenpläne sind ein besonderes Instrument der Landesplanung in Nordrhein-Westfalen (§§ 25 ff. Landesplanungsgesetz – LPIG – NRW). Sie werden durch Braunkohlenausschüsse beschlossen (§ 28 LPIG NRW) und bedürfen der Genehmigung der Landesplanungsbehörde im Einvernehmen mit den fachlich zuständigen Landesministerien und im Benehmen mit dem für die Landesplanung zuständigen Ausschuss des Landtages (§ 29 Abs. 1 Satz 1 LPIG NRW). Die Genehmigung der Braunkohlenpläne ist nur zu erteilen, wenn sie den in dem Landesentwicklungsplan festgelegten Erfordernissen der Raumordnung zur Sicherung einer langfristigen Energieversorgung entsprechen und die Erfordernisse der sozialen Belange der vom Braunkohlentagebau Betroffenen und des Umweltschutzes angemessen berücksichtigen (§ 29 Abs. 2 LPIG NRW). Die Leitentscheidungen sind die Grundlage für die Genehmigung der Braunkohlenpläne durch die Landesplanungsbehörde.²² Durch sie werden also die öffentlichen Interessen auf der Ebene der Landesregierung konkretisiert.

Diese Rechtsprechung bezieht sich zwar unmittelbar auf § 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG. Sie kann jedoch auf § 11 Nr. 10 BBergG übertragen werden, da die-

²⁰ *BVerfG*, Urt. v. 10.12.2013, 1 BvR 3139/08, u.a., BVerfGE 134, 242 ff, Rn. 288, NVwZ 2014, 211, 228 (Garzweiler).

²¹ *OVG Münster*, Urt. v. 21.12.2007, 11 A L 194/02, BeckRS 2008, 31320, unter A.I.1.a) bb) (Garzweiler II).

²² Vgl. die Leitentscheidung der Landesregierung von Nordrhein-Westfalen zur Zukunft des Rheinischen Braunkohlereviere / Garzweiler II, „Eine nachhaltige Perspektive für das rheinische Revier“ vom 16.07.2016, im Internet unter www.leitentscheidung-braunkohle.nrw.de.

ser, wie dargestellt, der vorgezogenen Prüfung dient, ob die geplanten Maßnahmen in späteren Betriebsplanverfahren zulassungsfähig sind.

Umgekehrt kann ein Energie- bzw. Rohstoffkonzept der jeweiligen Landesregierung auch als einer Aufsuchung oder Gewinnung von Energierohstoffen entgegenstehendes Konzept rechtlich relevant sein. So lehnte das Landesbergamt Baden-Württemberg auf Weisung des Wirtschaftsministeriums 1983 einen Antrag auf Bewilligung der Gewinnung von Uranerzen in der Grube Menzenschwand unter anderem deshalb ab, weil die Uranvorkommen des Landes nach einem sogenannten „In-Situ-Konzept“ der Landesregierung zunächst nur aufgesucht, jedoch als Sicherheitsreserve im Boden belassen werden sollten, da die Energieversorgungsunternehmen des Landes derzeit ausreichend mit Uran versorgt seien. Diese Argumentation ließ der VGH Mannheim nur deshalb nicht gelten, weil die fragliche Uranerzgrube für eine solche Reservehaltung ungeeignet war. Sie wäre bei einem Aufschub der Gewinnung wahrscheinlich abgesoffen. Deshalb konnte das In-situ-Konzept der Gewinnung im konkreten Fall nicht entgegengehalten werden.²³

In der Literatur ist die Berücksichtigung dieses „In-Situ-Konzepts“ kritisiert worden, weil es letztlich nur auf Vorstellungen der Landesregierung zurückzuführen sei, die diese in einer Antwort auf eine parlamentarische Anfrage formuliert habe. Ein Papier, das den Ausdruck „Konzept“ verdiene, scheine es in diesem Zusammenhang nicht gegeben zu haben. Antworten auf parlamentarische Anfragen derartigen Raum einzuräumen wie der VGH Mannheim erscheine unzulässig.²⁴

Dennoch hielt die Rechtsprechung sowohl für den Braunkohletagebau Garzweiler II als auch für den Uranabbau in Menzenschwand nicht nur Konzepte für berücksichtigungsfähig, die in gesetzlichen Regelungen ausdrücklich vorgesehen und mit näher definierten Rechtswirkungen ausgestattet sind. Vielmehr können die öffentlichen Interessen offenbar auch auf andere Weise durch bloße Leitvorstellungen der Landesregierung konkretisiert werden. Außerdem muss es sich nicht um allgemeine Leitvor-

²³ *VGH Mannheim*, Urt. v. 09.06.1988, 6 S 2972/84, ZfB 1989, 57, 72 ff. = VBIBW 1988, 398, 403 f.

²⁴ So *Schulte*, Anmerkung zum Urteil des VGH BW vom 9.6.1988, ZfB 1989, 82, 85.

stellungen handeln, vielmehr können solche Leitvorstellungen auch erst im Hinblick auf ein konkretes Vorhaben entwickelt werden.

e) Zwischenfazit

Bei der Interessenabwägung im Rahmen des § 11 Nr. 10 BBergG ist somit zu prüfen, ob die vorgesehenen Maßnahmen im gesamten Feld nicht realisiert werden können, weil eine dafür erforderliche Betriebsplanzulassung (z. B. für eine erforderliche Aufsuchungsbohrung) nicht wird erteilt werden können. Der Prüfungsmaßstab des § 11 Nr. 10 BBergG entspricht insofern dem später für das Betriebsplanverfahren geltenden Prüfungsmaßstab des § 48 BBergG.

Wesentlicher Unterschied ist, dass sich die Prüfung im Erlaubnis- oder Bewilligungsverfahren auf das Arbeitsprogramm bezieht, das der Antragsteller mit dem Erlaubnis- oder Bewilligungsantrag vorzulegen hat (§ 11 Nr. 3, § 12 Abs. 1 Satz 1 BBergG). Dieses ist in der Regel wesentlich weniger detailliert als der im Betriebsplanzulassungsverfahren vorzulegende Betriebsplan. Im Erlaubnisverfahren kann deshalb in der Regel keine Detailprüfung erfolgen.

Sofern danach die Möglichkeit besteht, dass etwaigen entgegenstehenden Interessen durch Auswahl eines geeigneten Standorts innerhalb des Feldes oder durch Auflagen oder sonstige Nebenbestimmungen zur Betriebsplanzulassung ausreichend Rechnung getragen werden kann, darf die Erlaubnis nicht versagt werden. Nur wenn schon zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Erlaubnis- oder Bewilligungsantrag feststeht, dass Zulassungshindernisse in einem Betriebsplanzulassungsverfahren nicht ausgeräumt werden können, ist bereits die Erlaubnis zu versagen.

Insofern kann freilich der Inhalt eines Arbeitsprogramms mit dem Inhalt von Betriebsplanzulassungsverfahren weitgehend zusammenfallen, wenn das Arbeitsprogramm selbst – wie im Verlängerungsantrag der DEA Deutsche Erdoel AG für das Erlaubnisfeld Heide-Restfläche vom 26.05.2015 – für die geplanten Maßnahmen nur auf die beantragten Explorationsbohrungen verweist.

Zwiespältig ist die Rechtsprechung zur Frage, ob und inwieweit den zuständigen Behörden im Zusammenhang mit der nach § 11 Nr. 10 BBergG gebotenen Interessenabwägung ein Ermessens-, Beurteilungs- oder Abwägungsspielraum einzuräumen ist. Einerseits wird die Zulassungsentcheidung in ständiger Rechtsprechung als gebundene Entscheidung bezeichnet [siehe oben a)], andererseits wird in der aktuellen, auch höchst-richterlichen Rechtsprechung den Landesregierungen für die Konkretisierung der energie- und rohstoffbezogenen Belange ein weiter, gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Prognose-, Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum eingeräumt [dazu oben d)].

Dieser Konflikt kann theoretisch dahingehend aufgelöst werden, dass Prognose-, Einschätzungs- und Beurteilungsspielräume nur bei Planungs- und Abwägungsprozessen in Schutzgebietsfestsetzungsverfahren, im Rahmen der Raumordnung oder bei der Entwicklung grundlegender Konzepte zum Tragen kommen, wohingegen die Bergbehörde bei der Entscheidung über eine Erlaubnis oder Bewilligung an diese Festlegungen gebunden ist und nicht über eigene Spielräume verfügt.

Diese Abgrenzung wird allerdings sehr theoretisch, wenn die bergrechtliche Entscheidung auf ein energiepolitisches Konzept gestützt wird, das keine rechtlich determinierte Verbindlichkeit aufweist und von dem für die Bergaufsicht zuständigen Ministerium selbst erarbeitet wird. Hier kann dem Energieminister als Vertreter der Landesregierung ein weiter, gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer konzeptioneller Spielraum einzuräumen sein. Zugleich ist er als oberster Dienstherr der obersten Bergbehörde gegenüber der Bergbehörde weisungsbefugt und insoweit an seine eigenen konzeptionellen Leitvorstellungen derart gebunden, dass eine ggf. auf seine Weisung hin getroffene Entscheidung in vollem Umfang daraufhin gerichtlich überprüfbar ist, ob sie mit den öffentlichen Interessen, die auch durch seine eigenen energiepolitischen Leitvorstellungen konkretisiert werden, übereinstimmt.

Insoweit ist ferner ungeklärt, bis zu welcher politischen Ebene gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbare Spielräume bestehen: Müssen solche Konzepte nach dem Kabinettsprinzip von der Landesregierung insgesamt getragen sein oder genügt eine Konkretisierung nach dem Ressortprinzip

durch das zuständige Mitglied der Landesregierung? Ist überhaupt eine Konkretisierung auf Ebene der Landesregierung erforderlich? Kann dem zuständigen Minister ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Spielraum eingeräumt werden, wenn er seine Leitvorstellungen ausschließlich im Rahmen einer Beteiligung im Rahmen des bergrechtlichen Verfahrens konkretisiert? Besteht ein solcher Spielraum schon dann nicht mehr, wenn der zuständige Minister lediglich eine von der zuständigen Bergbehörde unterstellte energie- und rohstoffpolitische Leitvorstellung billigt, diese aber nicht selbst formuliert?

Diese Fragen können im Rahmen dieses Gutachtens nicht abschließend geklärt werden. Die dargestellte Rechtsprechung spricht jedoch dafür, dass jedenfalls der Landesregierung bei der Konkretisierung energie- und rohstoffpolitischer Interessen ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Ermessens- und Entscheidungsspielraum zusteht. Möglicherweise ist auch dem Minister für die Konkretisierung energie- und rohstoffpolitische Interessen ein entsprechender Spielraum einzuräumen, sofern er sich im Rahmen der einschlägigen gesetzlichen Regelungen bewegt.

Insoweit stellt sich die Frage, ob die zuletzt beschlossenen Energiekonzepte der Bundesregierung²⁵ und der Landesregierung²⁶ aus den Jahren 2010 noch aktuell sind. Seither hat der Reaktorunfall von Fukushima zu einer deutlichen Beschleunigung der Energiewende geführt, die sich in mehreren Gesetzesänderungen niedergeschlagen hat.

So enthält das Energiekonzept des Landes Schleswig-Holstein von 2010 die Rechtsauffassung der damaligen Landesregierung, dass Explorationsmaßnahmen vor Dithmarschen in Enklaven, die aus dem UNESCO-Weltnaturerbe Wattenmeer, nicht aber aus dem Nationalpark ausgenommen wurden, „gemäß dem Bestandsschutz“ gemäß NPG genehmi-

²⁵ Energiekonzept der Bundesregierung für eine umweltschonende, zuverlässige und bezahlbare Energieversorgung vom 28.09.2010, BT-Drs. 17/3094. Danach sollen „fokussiert auch Möglichkeiten entwickelt werden, wie (...) Energierohstoffe langfristig (...) in Deutschland und der EU zu angemessenen Preisen gesichert werden können“ (BT-Drs. 17/3049, S. 18).

²⁶ Landesregierung Schleswig-Holstein, Integriertes Energie- und Klimakonzept für Schleswig-Holstein, Oktober 2011, sowie Ministerium für Wissenschaft, Wirtschaft und Verkehr des Landes Schleswig-Holstein, Energiepolitik für Schleswig-Holstein, März 2010.

gungsfähig sein „können“.²⁷ Diese Auffassung wird von der aktuellen Landesregierung vermutlich nicht mehr mitgetragen. Insoweit muss es ihr möglich sein, dies auch außerhalb der Erstellung eines neuen Energiekonzepts so zu verdeutlichen, dass dies im Rahmen der Interessenabwägung der Bergbehörde berücksichtigt werden kann.²⁸

f) Gesellschaftliche Einstellungen und Werte

Die Berücksichtigung gesellschaftlicher Einstellungen oder Werte in Bezug auf die Ölsuche und Ölförderung wäre beispielsweise in dem Sinne denkbar, dass eine Entscheidung über die Erteilung einer Erlaubnis unmittelbar von einer Meinungsumfrage oder einem ähnlichen Instrument zur Ermittlung der gesellschaftlichen Einstellungen oder Werte abhängig gemacht würde.

Ein solches Vorgehen wäre unzulässig. Es widerspräche dem Rechtsstaatsgebot und dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes. Nach dem Rechtsstaatsgebot ist die vollziehende Gewalt an Recht und Gesetz gebunden (Art. 20 Abs. 3 Satz 1 GG). Nach dem Demokratieprinzip geht die Staatsgewalt vom Volke aus; sie wird in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt (Art. 20 Abs. 2 GG).

Danach finden gesellschaftliche Einstellungen und Werte in der repräsentativen Demokratie über die Wahl von Abgeordneten in Parlamente, über deren Gesetzgebungstätigkeit sowie über die von diesen gewählten Regierungen Eingang in staatliches Handeln. Deshalb sind nach der Rechtsprechung nur die im Rahmen der Rechtsordnung anerkannten öffentlichen Interessen maßgeblich.

Aus diesem Grund hat das OVG Schleswig für die durch Abwägung gesteuerte Planung bei der Teilfortschreibung eines Regionalplans festgestellt, dass schlichte Mehrheitsentscheidungen einer Gemeindevertretung

²⁷ Ministerium für Wissenschaft, Wirtschaft und Verkehr des Landes Schleswig-Holstein, Energiepolitik für Schleswig-Holstein, März 2010, S. 24.

²⁸ Der Bericht der Landesregierung „Energiewende und Klimaschutz in Schleswig-Holstein – Ziele, Maßnahmen und Monitoring 2016, LT-Drs. 18/4389 vom 06.07.2016 enthält keine Aussagen zur Förderung und Exploration von Erdöl.

oder eines Bürgerentscheids keine maßgeblichen Belange sind. Das Abwägungserfordernis sei Ausfluss des Rechtsstaatsgebots. Deshalb müssten alle planerischen Festsetzungen auf nachvollziehbaren sachlichen Gründen beruhen. Erst recht dürfe der bloße Gemeindewille nicht das allein maßgebliche Kriterium einer Abwägungsentscheidung über einen Regionalplan sein, denn die damit verbundene Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums bedürfe ebenfalls zwingend einer sachlichen Rechtfertigung. Abwägungserhebliche Belange könnten deshalb nur nachvollziehbare private oder öffentliche Interessen sein, wie sie zum Beispiel in § 2 Abs. 2 ROG als Grundsätze der Raumordnung oder in § 1 Abs. 6 BauGB als Planungsleitsätze für eine Bauleitplanung dargestellt sind.²⁹

Diese zur Raumplanung ergangene Rechtsprechung lässt sich auch auf die im Rahmen des § 11 Nr. 10 BBergG erforderliche Abwägung übertragen. In diesem Rahmen können die Entscheidungsspielräume der Verwaltung nicht größer sein als bei der Raumplanung.

Gesellschaftliche Einstellungen und Werte dürfen danach nicht unmittelbar als eigenständige Interessen in die Entscheidung nach § 11 Nr. 10 BBergG neben anderen öffentlichen Interessen berücksichtigt werden. Sie können aber mittelbar in die nach § 11 Nr. 10 BBergG erforderliche Abwägungsentscheidung einfließen, soweit sie bereits in der Rechtsordnung abgebildet werden oder in rohstoff- und energiepolitische Leitentscheidungen der politisch verantwortlichen Bundes- oder Landesregierung eingeflossen sind, die bei der Abwägung zu berücksichtigen sind.

Insoweit haben die veränderten gesellschaftlichen Einstellungen zur Energieerzeugung aus fossilen oder erneuerbaren Quellen im Rahmen der Energiewende bereits in der Vergangenheit zu einer erheblichen Umgestaltung des energiepolitischen Rahmens und der einschlägigen Gesetzgebung geführt (z.B. EEG, Emissionshandel). Dieser Prozess ist noch nicht abgeschlossen; insbesondere im Verkehrssektor, für den die Versorgung mit Erdöl nach wie vor eine zentrale Rolle spielt, steht die Energiewende erst am Anfang. Diese Entwicklung spiegelt gesellschaftliche Veränderun-

²⁹ *OVG Schleswig*, Urt. v. 20.01.2015, 1 KN 6/13, ZUR 2015, 498, 501 f. m.H.a. *BVerwG*, Urt. v. 12.12.1969, IV C 105.66, BVerwGE 34, 301; *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 1 Rn. 179.

gen, die auch im Rahmen der Abwägung der öffentlichen Interessen im Rahmen des § 11 Nr. 10 BBergG zu berücksichtigen sind.

2. Naturschutzrechtliche Befreiungsmöglichkeiten

Frage:

Ist der Ausschluss einer Aufsuchung nach § 11 Nr. 10 BBergG auch dann möglich, wenn Ausnahmen oder Befreiungen ein bestehendes Verbot (hier: Nationalparkgesetz, NPG) grundsätzlich beseitigen können (anders *OVG Bautzen*, Urteil vom 10.06.1998, Az. 1 S 349/96, ZfB 1998, 205)?

Antwort:

Die Aufsuchung ist auch dann im Sinne § 11 Nr. 10 BBergG ausgeschlossen, wenn Ausnahmen oder Befreiungen ein bestehendes Verbot zwar grundsätzlich beseitigen können, aber im konkreten Fall feststeht, dass die Ausnahmen oder Befreiungen, ohne die die Maßnahmen nicht umgesetzt werden können, nicht erteilt werden.

Begründung:

Dem Gesetz lässt sich nicht entnehmen, wie die öffentlichen Interessen zu bewerten sind, wenn ein Vorhaben naturschutzrechtlich grundsätzlich verboten ist, dieses Verbot aber durch Ausnahmen oder Befreiungen beseitigt werden kann.

Nach einem Urteil des VGH Mannheim hängt die Möglichkeit der Versagung einer Bergbauberechtigung im Falle eines Verstoßes der geplanten Maßnahmen gegen naturschutzrechtliche Verbote davon ab, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Ausnahme oder Befreiung vorliegen. Schon damit sollen die dem Bergbau entgegenstehenden öffentlichen Interessen ihren Vorrang verlieren. Ob die Befreiung dennoch nach pflichtgemäßem Ermessen abgelehnt werden könne sei unerheblich, weil die zu treffende Entscheidung eine gebundene sei.³⁰

³⁰ *VGH Mannheim*, Urt. v. 09.06.1988, 6 S 2972/84, ZfB 1989, 57, 70; VG Weimar, ZfB 1995, 225, 235; vergleiche hierzu *Vitzthum/Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 11, Rn. 21 m.w.N.

In der Literatur soll darüber hinaus teilweise vertreten werden, dass bereits die grundsätzliche Möglichkeit von Ausnahmen oder Befreiungen dazu führten, dass die Bergbauberechtigungen nicht versagt werden dürfe, weil auch die Voraussetzungen einer Befreiung erst im späteren Betriebsplanverfahren zu prüfen sei.³¹

Dem in der Frage zitierten Urteil des OVG Bautzen vom 10.06.1998 lässt sich insoweit nichts entnehmen. Dort heißt es lediglich, dass kein Versagungsgrund vorliege, wenn ein Verbot oder ein sonstiges rechtliches Hindernis durch eine Ausnahme oder eine Befreiung beseitigt werden könne.³² Daraus lässt sich nicht entnehmen, ob bereits eine abstrakte Befreiungsmöglichkeit genügt, ob nur die Tatbestandsvoraussetzungen einer Befreiung vorliegen müssen oder ob es auch auf die Ermessensausübung ankommen soll.

Richtig ist, dass sich die Frage nicht generell beantworten lässt. Entscheidend ist der Grundgedanke des § 11 Nr. 10 BBergG, dass verhindert werden soll, dass eine Berechtigung begründet wird, die sich im Nachhinein als substanzlos erweist [dazu oben III.1.b)].

Danach hängt der Umfang der Prüfung im Erlaubnisverfahren in erster Linie von der Größe und den Besonderheiten des Erlaubnisfelds und der darin geplanten Aufsuchungs- und ggf. Gewinnungsmaßnahmen ab. Sind in einem großen Erlaubnis- oder Bewilligungsfeld bei einer Vielzahl unterschiedlicher naturschutzrechtlicher Verbotstatbestände verschiedene Standorte und Vorhaben denkbar, um die im Arbeitsprogramm vorgesehenen Maßnahmen durchzuführen, würde es den Rahmen des Erlaubnis- oder Bewilligungsverfahrens sprengen, für alle denkbaren Konstellationen die tatbestandlichen Voraussetzungen oder sogar die voraussichtliche Ermessensausübung zu prüfen. In einem solchen Fall kann bereits eine abstrakte Befreiungsmöglichkeit genügen, um die Erteilung der Erlaubnis zu rechtfertigen, ohne dass das Vorliegen der Befreiungsvoraussetzungen im Einzelnen geprüft werden müsste.

Soweit sich die wesentlichen mit einem Vorhaben in Konflikt stehenden öffentlichen Interessen schon frühzeitig absehen und gewichten lassen, entspricht es

³¹ Vgl. *Vitzthum/Piensch*, in: *Piensch/Schulte/Graf Vitzthum*, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 11, Rn. 21 m.H.a. *Boldt/Weller*, BBergG, 1984, § 11, Rn. 14; *Hoppe*, DVBl 1987, 757, 760; *VG Greifswald*, ZfB 2005, 249.

³² *OVG Bautzen*, Ur. v. 10.06.1998, 1 S 349/96, UA. S. 12.

dagegen 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 das Vorhaben nicht realisieren lassen wird, bedarf es keiner weiteren zeitraubender und kostspieliger Verfahrensschritte.³³ Anderenfalls würde mit der Erteilung der Berechtigung zumindest die trügerische Erwartung geweckt, die Berechtigung müsse auch ausgeübt werden können. Denn einem Unternehmer, für den die jeweiligen Verfahrensschritte mit steigenden Investitionen verbunden sind, wird nur schwer zu vermitteln sein, dass im Betriebsplanzulassungsverfahren wegen entgegenstehender öffentlicher Interessen, die bereits im Erlaubnisverfahren erkennbar waren, die Betriebsplanzulassung versagt wird, obwohl ihm die Erlaubnis erteilt wurde.³⁴ Danach präjudiziert eine bestandskräftige Bergbauberechtigung die spätere Betriebsplanzulassung dahingehend, dass diese nicht mehr wegen eines grundsätzlichen Überwiegens naturschutzrechtlicher Interessen versagt werden darf, sondern nur noch wegen besonderer lokaler Verbotstatbestände, die dem Vorhaben ausschließlich an den konkreten Standorten entgegenstehen.³⁵

Dem entsprechend hat das VG Weimar – wohl mit Billigung des OVG Weimar – entschieden, dass die Feststellung in einer bestandskräftigen Bewilligung, dass einem Vorhaben keine überwiegenden öffentlichen Interessen im gesamten Feld entgegenstehen, die Bergbehörde auch im nachfolgenden Rahmenbetriebsplanverfahren binde, so dass sie über diese Fragen nicht erneut entscheiden könne.³⁶

Die Argumentation des VGH Mannheim, im Erlaubnis- oder Bewilligungsverfahren dürften nur die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Befreiung geprüft, nicht aber die voraussichtliche Ermessensausübung zugrunde gelegt werden,

³³ In diesem Sinne auch *VG Leipzig*, Urt. v. 19.01.1995, 5 K 23/94, ZfB 1995, 48, 54 f.

³⁴ So *VG Leipzig*, Urt. v. 19.01.1995, 5 K23/94, ZfB 1995, 48, 55 zur von der Behörde abgelehnten Bewilligung eines Antrags auf Erlaubnis zur Aufsuchung von Kies. Das VG hat den Ablehnungsbescheid aufgehoben und die Behörde zur Neubescheidung nach abschließender Prüfung der öffentlichen Belange des Gewässerschutzes verurteilt

³⁵ *OVG Weimar*, Urt. v. 01.02.2012, 1 KO 49/07, ZfB 2012, 259, 263, Juris, Rn. 33 ff.

³⁶ *VG Weimar*, Urteil vom 22.02.2006, zitiert nach dem Berufungsurteil des *OVG Weimar* vom 01.02.2012, 1 KO 49/07, ZfB 2012, 259, 261. Das Berufungsurteil des OVG Weimar deutet darauf hin, dass es diese Auffassung teilt. Denn dort wird ebenfalls daraufhin gewiesen, dass die Bergbehörde mit der Bewilligung, anders als die Widerspruchsbehörde möglicherweise meint, bestandskräftig festgestellt habe, dass die Bodenschätze in dem Bewilligungsfeld aufgesucht und abgebaut werden dürfen, weil es nach dem Ergebnis ihrer Prüfung keine überwiegenden öffentlichen Interessen gab, die eine Gewinnung im gesamten Feld ausschlossen (*OVG Weimar*, a.a.O. S. 263).

überzeugt nicht. Sie ist lediglich damit begründet, dass die Entscheidung über Erlaubnis oder Bewilligung eine gebundene Entscheidung sei. Das ist jedoch ein Zirkelschluss.

Wie oben dargelegt schließt die Einstufung der Entscheidung über die Bergbauberechtigung als gebundene Entscheidung nach höchstrichterlicher Rechtsprechung auch nicht aus, dass der Exekutive für die Bewertung energiepolitischer Fragen ein weiter Prognose- und Beurteilungsspielraum eingeräumt ist [dazu oben III.1.d) und e)]. Dem entsprechend steht es der Einstufung der Entscheidung der Bergbehörde über die Erteilung der Erlaubnis als gebundene Entscheidung auch nicht entgegen, wenn die Bergbehörde an die Ermessensausübung der Naturschutzbehörde gebunden ist.

Schließlich ist zu beachten, dass der Befreiungstatbestand des überwiegenden öffentlichen Interesses (§ 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG) neben dem Vorliegen eines atypischen Falls bereits im Rahmen der Tatbestandsvoraussetzungen eine Abwägung der Belange des Bergbaus mit den Belangen des Naturschutzes verlangt. Die für die Ermessensentscheidung relevanten Belange sind deshalb regelmäßig bereits im Rahmen dieser Abwägung zu berücksichtigen, so dass für die Ermessensausübung häufig ohnehin allenfalls Ermessensreste verbleiben [dazu unten III.8.f)].

Insofern ist es auch eine Frage des Einzelfalls, ob und inwieweit die für die Ermessensausübung maßgeblichen Sachverhaltsfeststellungen bereits im Erlaubnis- oder Bewilligungsverfahren getroffen werden können. Ergibt sich schon aus dem im Erlaubnisverfahren vorzulegenden Arbeitsprogramm und den geltenden naturschutzrechtlichen Regelungen, dass eine naturschutzrechtliche Ausnahme oder Befreiung nicht erteilt werden wird, weil entweder deren Tatbestandsvoraussetzungen nicht vorliegen oder die ablehnende Ermessensausübung bereits jetzt feststeht, darf die Erlaubnis nicht erteilt werden.

3. Zu betrachtende Fläche

Frage:

Kann der Begriff „gesamtes zuzuteilendes Feld“ i.S.d. § 11 Nr. 10 BBergG bei der Prüfung einer Verlängerung der Erlaubnis dahingehend ausgelegt werden, dass dabei nur (noch) die Fläche zu betrachten ist, in der der Antragsteller ein ernst-

haftes Interesse an Aufsuchung und Gewinnung (etwa durch einen Antrag für einen Betriebsplan dokumentiert) hat?

Antwort:

Der Begriff des gesamten zuzuteilenden Feldes ist so auszulegen, dass dabei jede Fläche zu betrachten ist, für die sich ein ernsthaftes Interesse des Antragstellers an Aufsuchung und Gewinnung aus dem vorgelegten Arbeitsprogramm ergibt. Eine ergänzende Berücksichtigung eines zur Zulassung vorgelegten Betriebsplans ist insbesondere dann zulässig, wenn das Arbeitsprogramm selbst darauf verweist.

Begründung:

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass ein überwiegendes öffentliches Interesse die Versagung der Erlaubnis bereits dann rechtfertigen kann, wenn ein naturschutzrechtliches Verbot nur 80 % eines Feldes erfasst. Dies wurde mit Wortlaut und Regelungszweck des Gesetzes begründet. Der vom ursprünglichen Referentenentwurf abweichende Gesetzeswortlaut lasse die Deutung zu, die Berechtigung müsse schon dann versagt werden, wenn öffentliche Interessen so überwiegen, dass sie die Gewinnung im ganzen Feld ausschließen, auch wenn nicht im gesamten zuzuteilenden Feld öffentliche Interessen die Gewinnung ausschließen würden. Außerdem könne ein Unternehmer anderenfalls durch geringfügige Ausdehnung des beantragten Feldes über den Schutzbereich hinaus raumbezogene Versagungsgründe sehr leicht unbeachtlich machen, obwohl sie dadurch in Wirklichkeit nichts von ihrem Gewicht einbüßten und obwohl er mit einem Teilfeld, das außerhalb des Schutzbereichs liege, allein nichts anfangen könne.³⁷ Auf diese Rechtsprechung soll Sachsen einen Zusammenarbeitserlass gestützt haben, wonach eine Bewilligung im Regelfall zu versagen sei, wenn das Bewilligungsfeld zu mehr als 80 % im Schutzgebiet liege.³⁸

In der Kommentarliteratur wurde diese Rechtsprechung als „qualitatives Verständnis“ im Unterschied zu einem flächenbezogenen Verständnis des Feldesbezuges eingestuft, das nicht dem Regelungskonzept des § 11 BBergG entspreche.³⁹

³⁷ So *VGH Mannheim*, Urt. v. 09.06.1988, 6 S 2972/84, ZfB, 1989, 57, 68 ff.

³⁸ So *Vitzthum/Piens*, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 13. Aufl. 2013, 2. Aufl. 2013, § 11, Rn. 21 m.H.a. den Zusammenarbeitserlass vom 05.04.2000, SächsABL 2001, 19; ZfB 2002, 334.

³⁹ *Franke*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 11, Rn. 17.

Richtig ist, auch hier auf den Grundsatz abzustellen, dass die Verleihung einer Bergbauberechtigung verhindert werden soll, wenn sie nicht die Erwartung rechtfertigt, jemals ausgeübt werden zu können [dazu oben III. 1. b)]. Danach ist es zulässig, sich bei der Interessenabwägung auf diejenigen Flächen zu konzentrieren, bei denen überhaupt objektiv zu erwarten ist, dass die im Arbeitsprogramm vorgesehenen Maßnahmen dort umgesetzt werden könnten. Es ist also zulässig, diejenigen Flächen außer Acht zu lassen, die für den Unternehmer ersichtlich irrelevant sind.

Andererseits wäre es zu eng, allein auf diejenigen Maßnahmen abzustellen, die bereits in einem zur Zulassung beantragten Betriebsplan ausgearbeitet sind. Maßgeblich ist in erster Linie das mit dem Erlaubnis- oder Bewilligungsantrag vorzulegende Arbeitsprogramm. Dieses ist von Rechts wegen Grundlage der Entscheidung über die Erlaubnis oder Bewilligung.

Verweist aber das Arbeitsprogramm selbst auf bereits vorgelegte Betriebspläne (wie im Fall des Verlängerungsantrages der DEA für das Erlaubnisfeld Heide-Restfläche) kann auch für die Entscheidung über die Erteilung der Erlaubnis auf diese verwiesen werden. In Zweifelsfällen kann durch Anhörung des Antragstellers geklärt werden, ob und ggf. welche Aufsuchungsmaßnahmen er jenseits des bereits vorgelegten Betriebsplans durchführen will, wenn dieser Betriebsplan wegen entgegenstehender öffentlicher Interessen nicht genehmigt wird.

4. Blockade von Feldesteilen für andere potenzielle Antragsteller

Frage:

Ist bei der Bewertung des Tatbestandsmerkmals „überwiegende öffentliche Interessen die Aufsuchung im gesamten zuzuteilenden Feld ausschließen“ nach § 11 Nr. 10 BBergG vor dem Hintergrund des Zweckes des BBergG zu berücksichtigen, dass der Antragsteller in genau dem Teil des Feldes, in dem öffentliche Interessen der Aufsuchung entgegenstehen, Aufsuchungsmaßnahmen durchführen möchte und damit den Rest des Erlaubnisfeldes, in dem möglicherweise keine öffentlichen Interessen einer Aufsuchung entgegenstehen, für andere potenzielle Antragsteller blockieren würde?

Antwort:

Beantragt ein Unternehmer eine Bergbauberechtigung auch für Feldesteile, in denen er keine Aufsuchungs- oder Gewinnungsmaßnahmen durchführen möchte, und blockiert er dadurch diese Feldesteile für andere potenzielle Antragsteller, rechtfertigt dies eine Versagung der Erlaubnis, weil der Antragsteller kein ausreichendes Arbeitsprogramm vorgelegt hat (§ 11 Nr. 3 BBergG). Ferner ist im Falle eines Erlaubnisanspruchs ggf. eine räumliche Beschränkung des Feldes erforderlich, um eine Gefährdung der Wettbewerbslage der Aufsuchungsunternehmen abzuwenden oder die Aufsuchung von Lagerstätten zu verbessern (§ 16 Abs. 2 BBergG). Diese spezielleren Vorschriften verdrängen den Anwendungsbereich des § 11 Nr. 10 BBergG und stehen damit einer Berücksichtigung dieser Aspekte im Rahmen des § 11 Nr. 10 BBergG entgegen.

Begründung:

Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn der Antragsteller nicht ein Arbeitsprogramm vorlegt, in dem insbesondere dargelegt ist, dass die vorgesehenen Aufsuchungsarbeiten hinsichtlich Art, Umfang und Zweck ausreichend sind und in einem angemessenen Zeitraum erfolgen (§ 11 Nr. 3 BBergG).

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts soll die Behörde durch diese Angaben beurteilen können, ob die Aufsuchung sinnvoll und planmäßig durchgeführt wird. Nur so wird dem volkswirtschaftlichen Interesse Rechnung getragen, rohstoffhöfliche Gebiete möglichst sachgerecht in angemessener Zeit zu untersuchen. An die beabsichtigte Aufsuchung müssen strenge Maßstäbe angelegt werden, um zu verhindern, dass durch unsachgemäße oder mangelhafte Aufsuchungsarbeiten die Erschließung von Rohstoffvorkommen blockiert und insoweit eine unproduktive Vorratshaltung betrieben wird. Eine Erlaubnis ist daher zu versagen, wenn die nach dem Stand der Untersuchungstechnik und den geologischen Erkenntnissen mögliche und für eine sachgerechte Untersuchung notwendigen Arbeiten nicht in dem notwendigen Umfang mit den entsprechenden Explorationsverfahren in einer angemessenen Zeit vorgenommen werden.⁴⁰

Danach ist ein Erlaubnisanspruch, der sich auf Feldesteile erstreckt, in denen gar keine Aufsuchungsmaßnahmen vorgesehen sind, wegen eines für das bean-

⁴⁰ BVerwG, Urt. v. 03.03.2011, 7 C 4.10, BVerwGE 139, 184, Rn. 13, NVwZ 2011, 1520, 1521.

tragte Feld unzureichenden Arbeitsprogramms (§ 11 Nr. 3 BBergG) ganz oder teilweise abzulehnen (vgl. zur Tei­lablehnung unten 5.).

Ein Erlaubnisfeld kann ferner abweichend vom Antrag festgesetzt werden, soweit dies erforderlich ist, um eine Gefährdung der Wettbewerbslage der Bodenschätze aufsuchenden Unternehmen abzuwenden oder die Aufsuchung von Lagerstätten zu verbessern (§ 16 Abs. 2 BBergG). Hierzu liegt, soweit ersichtlich, bislang keine Rechtsprechung vor.⁴¹ Deshalb ist nicht geklärt, ob die Anwendung dieser Vorschrift eine konkrete Gefährdung der Wettbewerbslage oder eine konkrete Aussicht auf eine verbesserte Aussuchung voraussetzt oder eine abstrakte Möglichkeit genügen lässt. Fraglich ist also, ob eine Beschränkung nur zulässig ist, wenn eine Tei­lablehnung unmittelbar dazu führt, dass für den betreffenden Feldesteil einem Dritten eine Aufsuchungserlaubnis erteilt werden kann.

Diese Frage dürfte so zu beantworten sein, dass eine konkrete Gefährdung bzw. eine konkrete Verbesserung der Aufsuchung zu erwarten sein muss. Dafür sprechen Wortlaut, Regelungszweck und Gesetzssystematik. Denn wenn man wie hier davon ausgeht, dass die Erlaubnis gar nicht erteilt werden darf, soweit im Arbeitsprogramm für einen Feldesteil gar keine planmäßige Aufsuchung vorgesehen ist (§ 11 Nr. 3 BBergG), ist § 16 Abs. 2 BBergG von vornherein nur dann anwendbar, wenn der Antragsteller seinerseits ein konkretes Aufsuchungsziel verfolgt. Eine Beschränkung des Aufsuchungsfeldes könnte deshalb nur dann zur Verbesserung der Aufsuchung führen, wenn insoweit ein konkurrierender Antrag vorliegt, der eine bessere Aufsuchung gewährleistet. Eine Gefährdung der Wettbewerbslage könnte zwar grundsätzlich auch dann entstehen, wenn ein Unternehmen den Markt dominiert und andere Unternehmen noch keinen konkurrierenden Antrag gestellt haben. Hier könnte also die bloße Möglichkeit konkurrierender Anträge ausreichen. Auch hier müsste die Beschränkung jedoch erforderlich sein, um eine Gefährdung der Wettbewerbslage abzuwehren (§ 16 Abs. 2 BBergG).

Da nach alledem das öffentliche Interesse an einer geordneten Aufsuchung von Bodenschätzen bereits durch § 11 Nr. 3 BBergG und ergänzend durch § 16 Abs. 2 BBergG gesichert wird, dürfte eine ergänzende Berücksichtigung dieses Aspekts

⁴¹ Vgl. nur *Vitzthum/Piensch*, in: Piensch/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 16, Rn. 11 und *Kühne*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 16, Rn. 7 ff.

im Rahmen der allgemeinen Regelung des § 11 Nr. 10 BBergG weder zulässig noch erforderlich sein.

5. Zulässigkeit einer Teilablehnung

Frage:

Darf die Behörde einen Antrag auf (Verlängerung der) Aufsuchungserlaubnis räumlich bezogen teilweise ablehnen (NP-Bereich/terrestrischer Bereich)?

Antwort:

Nach hiesiger Einschätzung darf die Behörde einen Antrag auf Erteilung oder Verlängerung einer Aufsuchungserlaubnis räumlich bezogen auch teilweise ablehnen. Insoweit gilt für Bergbauberechtigungen der allgemeine Grundsatz, dass ein Antrag auf Erlass eines Verwaltungsaktes teilweise abgelehnt werden kann, wenn der Verwaltungsakt teilbar ist und die Voraussetzungen für dessen Erlass nur bezüglich eines Teiles vorliegen. Die Zulässigkeit einer Teilablehnung wird, soweit ersichtlich, zwar überwiegend abgelehnt, weil die Teilablehnung nur für bestimmte Fälle ausdrücklich bergrechtlich geregelt ist. Diese Regelung schließt aber nach hiesiger Auffassung eine Teilablehnung aus anderen Gründen nicht aus.

Begründung:

Nach einem Urteil des VGH Mannheim kann die Bergbehörde eine Bergbauberechtigung nicht nur für einen Teil des Feldes erteilen und für einen anderen Teil ablehnen. Das ergebe sich aus der gesetzlichen Regelung des § 16 Abs. 2 BBergG, wonach ein Erlaubnisfeld nur aus bestimmten Gründen abweichend vom Antrag festgesetzt werden könne, nämlich um eine Gefährdung der Wettbewerbslage der Bergbauunternehmen abzuwehren oder die Aufsuchung von Lagerstätten zu verbessern. Bei einem Bewilligungsfeld sei deshalb eine räumliche Beschränkung überhaupt nicht möglich.⁴² In diesem Urteil war diese Frage jedoch nicht entscheidungserheblich, sondern nur im Zusammenhang mit der Frage erörtert worden, inwieweit sich die Ausschlussgründe des § 11 Nr. 10 BBergG auf das gesamte Feld beziehen müssen (dazu oben 3.).

⁴² VGH Mannheim, Urt. v. 09.06.1988, 6 S 2972/84, ZfB 1989, 57, 69; ebenso *Boldt/Weller*, BBergG, 1984, § 11 Rn. 14.

Die Begründung des VGH Mannheim überzeugt nicht. Nach § 16 Abs. 2 BBergG kann ein Erlaubnisfeld abweichend vom Antrag festgesetzt werden, soweit dies erforderlich ist, um eine Gefährdung der Wettbewerbslage der Bodenschätze aufsuchenden Unternehmen abzuwehren oder die Aufsuchung von Lagerstätten zu verbessern. Diese Regelung enthält eine spezialgesetzliche Ermächtigung zur vom Antrag abweichenden Festsetzung eines Erlaubnisfeldes. Sie schließt aber die ohne diese spezialgesetzliche Ermächtigung bestehenden Beschränkungsmöglichkeiten nicht aus.

Schon dem Gesetzeswortlaut lässt sich nicht entnehmen, dass ein Erlaubnisfeld nur in den in § 16 Abs. 2 BBergG geregelten Fällen beschränkt werden dürfe. Für die Zulässigkeit einer Tei ablehnung jedenfalls im Rahmen einer Verlängerungsentscheidung spricht ferner die Regelung, dass eine Erlaubnis (nur) verlängert werden soll, „soweit“ das Erlaubnisfeld trotz planmäßiger Aufsuchung noch nicht ausreichend untersucht wurde (§ 16 Abs. 4 Satz 2 BBergG). Das impliziert die Zulässigkeit einer Tei ablehnung des Verlängerungsantrags, soweit das Erlaubnisfeld aus anderen, vom Bergbauunternehmer zu vertretenden Gründen nicht planmäßig untersucht wurde.

Auch die Gesetzssystematik spricht gegen die Unzulässigkeit einer Tei ablehnung. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass § 16 Abs. 2 BBergG eine abschließende Regelung enthält. Davon kann nicht bereits deshalb ausgegangen werden, weil § 16 Abs. 2 BBergG überhaupt eine Regelung trifft. Denn für die Ausführung des BBergG ist ausdrücklich angeordnet, dass das Verwaltungsverfahrensgesetz anzuwenden ist, soweit im BBergG nichts anderes bestimmt ist (§ 5 BBergG). Diese Regelung enthält nach Maßgabe der Gesetzesbegründung eine Klarstellung, dass auch für das Bergrecht die allgemeine Subsidiaritätsklausel des Verwaltungsverfahrensgesetzes anwendbar ist.⁴³ Danach gilt das Verwaltungsverfahrensgesetz für die Verwaltungstätigkeit der Behörden, soweit nicht Rechtsvorschriften des Bundes inhaltsgleiche oder entgegenstehende Bestimmungen enthalten (§ 1 Abs. 2 Satz 1 VwVfG).

Danach muss jeweils im Wege der Auslegung ermittelt werden, ob eine spezialgesetzliche Vorschrift allgemeine verfahrensrechtliche Regelungen verdrängt oder nur ergänzt.⁴⁴

⁴³ Vgl. die Gesetzesbegründung des BBergG in BT-Drs. 8/1315, S. 83.

⁴⁴ Vgl. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 16. Aufl. 2015, § 1, Rn. 35 ff.

Die Frage, inwieweit verfahrensbezogene Regelungen des BBergG die allgemeinen Regelungen des VwVfG verdrängen, ist bereits zu unterschiedlichen Regelungen aufgeworfen worden. Das Bundesverwaltungsgericht hat für die bergrechtliche Sonderregelung zu den Voraussetzungen für die Verlängerung einer Erlaubnis (§16 Abs. 4 Satz 2 BBergG) entgegen der Vorinstanz festgestellt, dass diese keine abschließende Regelung trifft.⁴⁵ In der Literatur ist die teilweise vertretene Auffassung, dass die berggesetzlichen Widerrufs- und Rücknahmeregelungen (§ 18 BBergG) abschließende Regelungen trafen, zu Recht abgelehnt worden, weil eine zweckentsprechende Auslegung der bergrechtlichen Sonderregelungen bestrebt sein muss, die Abweichung vom allgemeinen Verwaltungsrecht nicht über den sonderrechtlich gesteckten Rahmen hinaus auszudehnen.⁴⁶

Für das allgemeine Verwaltungsverfahrensrecht ist anerkannt, dass die Teilablehnung eines beantragten Verwaltungsaktes verfahrensrechtlich zulässig ist, wenn der Antragsgegenstand teilbar ist. Anderenfalls kann der Antrag nur insgesamt abgelehnt werden.⁴⁷ Auch im Verwaltungsprozessrecht ist anerkannt, dass ein Verwaltungsakt nur teilweise aufzuheben ist, wenn er sich als nur teilweise rechtswidrig erweist. Auch dort kommt dieser Grundsatz im Gesetzeswortlaut dadurch zum Ausdruck, dass das Gericht den Verwaltungsakt aufhebt, „soweit“ er rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Auch hier kommt es darauf an, ob der Verwaltungsakt teilbar ist.⁴⁸

Schließlich ist zu bedenken, dass die Bergbehörde im Falle der Unzulässigkeit einer räumlichen Teilablehnung einen Erlaubnisantrag vollständig ablehnen müsste, wenn die Erteilungsvoraussetzungen nur für einen Teil des Feldes vorliegen. Es widerspräche dem Grundsatz, das Verwaltungsverfahren einfach, zweckmäßig und zügig durchzuführen (§ 10 Satz 2 VwVfG), wenn eines oder mehrere erneute Verwaltungsverfahren nur deshalb durchgeführt werden müssten, weil die Behörde eine von der Sache her unproblematische Teilablehnung für unzulässig hält. § 16 Abs. 2 BBergG und dessen Begründung lässt sich

⁴⁵ *BVerwG*, Urt. v. 03.03.2011, 7 C 4.10, BVerwGE 139, 184, Rn. 25 und 29 ff, insoweit entgegen der Vorinstanz, vgl. Rn. 33.

⁴⁶ So *Kühne*, DVBl. 1987, 1259 f., gegen *Hoppe*, DVBl. 1987, 757, 759.

⁴⁷ So *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 16. Aufl. 2015, § 22, Rn. 38; vgl. zur grundsätzlichen Zulässigkeit der Teilversagung eines Antrags im Arzneimittelrecht und der Auslegung einer Auflage als Teilversagung *OVG Münster*, Beschl. v. 11.05.2009, 13 A 678/08, BeckRS 2009, 34583.

⁴⁸ Vgl. dazu *Gerhardt*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 31. EL Juni 2016, § 113, Rn. 31.

kein Anhaltspunkt dafür entnehmen, dass und weshalb ein derart umständliches Verfahren einer Tei ablehnung vorzuziehen sei.

Freilich mag es je nach dem Umfang der Tei ablehnung in Einzelfällen zweifelhaft sein, ob ein Erlaubnisfeld derart teilbar ist, dass eine planmäßige Aufsuchung aus Sicht des Unternehmens auf dem verliehenen Teilfeld noch möglich ist. Das lässt sich jedoch im Rahmen einer Anhörung des Unternehmens klären.

Schließlich ist im Falle einer räumlichen Tei ablehnung zu beachten, dass das Berechtigungsfeld ein von gerade Linien an der Oberfläche und von lotrechten Ebenen nach der Tiefe begrenztes Feld sein muss, soweit nicht die Landesgrenzen einen anderen Verlauf erfordern (§ 4 Abs. 7 BBergG). Auch diese Anforderung kann bei der Bestimmung der Feldesgrenzen im Falle einer Tei ablehnung ohne weiteres berücksichtigt werden.

Aus dieser Regelung ergibt sich auch, dass es in der Regel nicht erforderlich und zweckmäßig ist, einzelne Natur- oder Wasserschutzgebiete aus einem größeren Erlaubnis- oder Bewilligungsfeld auszunehmen. Etwas anderes kann aber gelten, wenn ein Erlaubnis- oder Bewilligungsfeld und ein Natur- oder Wasserschutzgebiet, in dem die im Arbeitsprogramm vorgesehenen Maßnahmen nicht umgesetzt werden können, sich derart überschneiden, dass die Außengrenzen des Erlaubnis- oder Bewilligungsfeldes „abgeschnitten“ werden können, ohne dass dadurch eine unzweckmäßig kleinteilige Feldesbegrenzung entsteht.

6. Verhältnis zwischen Erlaubnis und Betriebsplanzulassung

Frage:

Ist im bergrechtlichen Erlaubnis- und Genehmigungsverfahren die 1. Stufe (Aufsuchungserlaubnis bzw. Bewilligung) ausnahmslos getrennt von der 2. Stufe (Betriebsplanzulassung) zu bewerten und zu entscheiden oder kann bzw. muss im Einzelfall sogar bereits die Erlaubnis(verlängerung) nach dem BBergG (1. Stufe) versagt werden, wenn feststeht bzw. mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die geplanten Bohrungen gar nicht genehmigungsfähig wären (2. Stufe)? Reicht insofern eine der Behörde bekannte konkrete Absicht für ein Betriebsplanverfahren für die 2. Stufe aus, um schon die in Rede stehende Verlängerung einer Erlaubnis (1. Stufe) abzulehnen, wenn die Behörde diese geplan-

te Absicht für ein konkretes Vorhaben auf der 2. Stufe für nicht genehmigungsfähig hält?

Antwort:

Die Erlaubnis bzw. deren Verlängerung muss versagt werden, wenn feststeht, dass die im Arbeitsprogramm vorgesehenen Maßnahmen nicht genehmigungsfähig sind. Die Erlaubnis muss jedoch erteilt bzw. verlängert werden, wenn auch nur eine geringe Wahrscheinlichkeit besteht, dass die geplanten Maßnahmen genehmigt werden können. Insoweit kommt es nicht nur auf eine der Behörde bekannte konkrete Absicht für ein Betriebsplanverfahren an, sondern auf alle realistischen Varianten der im Arbeitsprogramm vorgesehenen Maßnahmen. Sofern die Zulassung der geplanten Maßnahmen zwar nicht ausgeschlossen, aber unwahrscheinlich ist, sollte im Erlaubnisbescheid darauf hingewiesen werden, um zu verhindern, dass mit der Erlaubnis ein schutzwürdiges Vertrauen in die Zulassungsfähigkeit der Maßnahmen begründet wird.

Begründung:

Wie oben ausführlich dargelegt muss gerade die Erlaubnisvoraussetzung des § 11 Nr. 10 BBergG explizit mit Blick auf etwaige Zulassungshindernisse in späteren Betriebsplanzulassungsverfahren geprüft und beurteilt werden [oben III. 1. a), b) und e)]. Es ist gerade Sinn und Zweck dieser Erlaubnisvoraussetzung, auf Basis der zum Zeitpunkt des Erlaubnisverfahrens verfügbaren Erkenntnisse zu beurteilen, ob die im Arbeitsprogramm vorgesehenen Maßnahmen überhaupt zulassungsfähig sind.

Das gilt nicht nur bei der erstmaligen Erteilung, sondern auch bei der Verlängerung einer Erlaubnis. Zwar ist die Verlängerung in § 16 Abs. 4 Satz 2 BBergG dahingehend gesondert geregelt, dass eine Erlaubnis um jeweils drei Jahre verlängert werden soll, soweit das Erlaubnisfeld trotz planmäßiger, mit der zuständigen Behörde abgestimmter Aufsuchung noch nicht ausreichend untersucht werden konnte (§ 16 Abs. 4 Satz 2 BBergG). Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sind damit die Voraussetzungen für die Verlängerung einer Erlaubnis indes nicht abschließend geregelt. Sie enthebe allein von der Beachtung der für die Ersterteilung geltenden Vorschriften, soweit es um die Bewältigung von Konkurrenzsituationen geht (§ 14 Abs. 2 BBergG).

Daneben sei jedenfalls ein Teil der Versagungsgründe des § 11 BBergG bei der Prüfung eines Verlängerungsantrages weiterhin zu beachten. Das gelte jedenfalls für die Versagungsgründe, die zusammen mit der Befristung der Erlaubnis und der damit verbundenen periodischen Kontrolle des Erlaubnisunternehmers eine zügige und intensive Aufsuchungstätigkeit sichern sollen. Deswegen seien namentlich die Anforderungen an das Arbeitsprogramm (§ 11 Nr. 3 BBergG) und die Finanzierung (§ 11 Nr. 7 BBergG) auch bei der Verlängerungsentscheidung zu beachten.⁴⁹

Entsprechendes gilt auch für § 11 Nr. 10 BBergG. Denn dessen Intention, die Erteilung einer Erlaubnis zu verhindern, die sich im Nachhinein als substanzlos erweist, gilt auch für die Verlängerung einer bestehenden Erlaubnis.

Da dem Unternehmer im Falle der Versagung der Erlaubnis von vornherein jede Möglichkeit genommen wird, die Zulässigkeit seines Vorhabens im Rahmen eines Betriebsplanverfahrens im Detail nachzuweisen, müssen an die Wahrscheinlichkeit der Ablehnung einer späteren Betriebsplanzulassung hohe Anforderungen gestellt werden. Deshalb darf eine Erlaubnis nicht bereits dann abgelehnt werden, wenn eine spätere Betriebsplanzulassung nur unwahrscheinlich erscheint. Vielmehr darf dem Unternehmer dann nicht die Möglichkeit genommen werden, die Möglichkeit und rechtliche Zulässigkeit seiner Maßnahmen in einem späteren Betriebsplanverfahren unter Beweis zu stellen.

Aus diesem Grund darf die Behörde auch nicht nur auf die ihr bekannte konkrete Absicht für ein Betriebsplanverfahren abstellen, wenn sie nur dieses in seiner konkreten Form für unzulässig hält. Maßgeblich ist allein, ob sich die im Arbeitsprogramm vorgesehenen Maßnahmen durch einen rechtskonformen Betriebsplan realisieren lassen, auch wenn dieser von dem konkret beabsichtigten Betriebsplanverfahren notwendigerweise abweichen müsste. Verweist der Unternehmer in seinem mit dem Erlaubnisantrag vorgelegten Arbeitsprogramm selbst auf bereits vorgelegte Betriebspläne, kann er sich im Rahmen einer Anhörung zu einer beabsichtigten Versagung dazu äußern, ob und inwieweit er für den Fall der Ablehnung der Betriebsplanzulassung alternative und zulassungsfähige Aufsuchungsmaßnahmen durchführen will.

⁴⁹ BVerwG, Urt. v. 03.03.2011, 7 C 4/4.10, BVerwGE 139, 184 ff., Rn. 25 f., NVwZ 2011, 1520, 1522.

Soweit für die Behörde erkennbar ist, dass die Realisierung der im Arbeitsprogramm vorgesehenen Maßnahmen zwar nicht ausgeschlossen, aber doch unwahrscheinlich ist oder dass ein konkret beabsichtigtes Betriebsplanverfahren aussichtslos ist, empfiehlt es sich, in die dann zu erteilende Erlaubnis entsprechende Hinweise aufzunehmen. So kann verhindert werden, dass sich der Erlaubnisinhaber im späteren Betriebsplanverfahren darauf beruft, dass sich aus der Erlaubnis ein schutzwürdiges Vertrauen auf die grundsätzliche Zulässigkeit der von ihm geplanten Maßnahmen ableiten lässt (vgl. dazu die unter 2. dargestellte Rechtsprechung des VG und des OVG Weimar).⁵⁰

7. Teilbereiche

Frage:

Wie wirkt sich in diesem Zusammenhang der Umstand aus, dass in Teilbereichen eines Erlaubnisfeldes grundsätzlich genehmigungsfähige Aufsuchungstätigkeiten erfolgen sollen, in anderen jedoch feststeht bzw. mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass geplante Bohrungen nicht genehmigungsfähig wären?

Antwort:

Wenn in Teilbereichen eines Erlaubnisfeldes grundsätzlich genehmigungsfähige Aufsuchungstätigkeiten erfolgen sollen, in anderen jedoch feststeht, dass geplante Bohrungen nicht genehmigungsfähig wären, ist die Erlaubnis nur für die zuerst genannten Teilbereiche zu erteilen und für die zuletzt genannten Teilbereiche zu versagen, wenn in diesen Bereichen außer den geplanten Bohrungen keine Aufsuchungstätigkeiten geplant sind.

Begründung:

Soweit feststeht, dass die geplanten Maßnahmen in Teilbereichen des Feldes nicht genehmigungsfähig sind, können in diesen Teilbereichen keine ausreichenden Aufsuchungsarbeiten in einem angemessenen Zeitraum erfolgen. Insoweit liegen die Voraussetzungen des § 10 Nr. 3 BbergG nicht vor (dazu oben 4.). Soweit in einem Teilfeld genehmigungsfähige Maßnahmen geplant sind, ist die Erlaubnis zu erteilen. Insoweit ist eine Teiblehnung zulässig und gegenüber einer Ablehnung des Erlaubnisanspruchs insgesamt vorzuziehen (dazu oben

⁵⁰ OVG Weimar, Urt. v. 01.02.2012, 1 KO 49/07, ZfB 2012, 259 ff., juris Rn. 33.

5.). Sofern die Zulassung der Maßnahmen in einem Teilbereich nicht ausgeschlossen, aber unwahrscheinlich ist, ist die Erlaubnis auch für diesen Teilbereich zu erteilen. Es sollte aber darauf hingewiesen werden, dass die Zulassung der Maßnahmen unwahrscheinlich ist, um zu verhindern, dass mit der Erlaubnis ein schutzwürdiges Vertrauen in die Zulassungsfähigkeit der Maßnahmen begründet wird (dazu oben 6.).

8. Erkundungsbohrung im Nationalpark

Frage:

Ist eine Erkundungsbohrung im Nationalpark (außerhalb der Mittelplate) nach dem Nationalparkgesetz genehmigungsfähig bzw. ausnahme- (§ 6 Abs. 4 Nationalparkgesetz)/befreiungsfähig (§ 67 BNatSchG), wenn es zwar möglich, aber nicht sicher ist, dass erdölführende Schichten angetroffen werden?

Antwort:

Eine Erkundungsbohrung im Nationalpark Wattenmeer außerhalb der Mittelplate ist nach dem Nationalparkgesetz nur dann genehmigungsfähig, wenn es sich um einen atypischen Fall handelt. Das gilt vorliegend nicht nur für eine Befreiung nach § 67 BNatSchG, sondern auch für eine Ausnahme nach § 6 Abs. 4 Satz 1 NPG. Das Vorliegen eines atypischen Falls ist für die derzeit geplanten Bohrungen nicht ersichtlich. Eine Ausnahmeentscheidung würde weiterhin voraussetzen, dass die Bohrung nicht zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Nationalparks führt. Insoweit wäre eine naturschutzfachliche Bewertung erforderlich; sie ist hier aber entbehrlich, weil bereits ein atypischer Fall, der auch Tatbestandsvoraussetzung einer Ausnahmeentscheidung ist, nicht vorliegt.

Begründung:

Im Nationalpark Wattenmeer sind außerhalb der Mittelplate Bohrungen jeglicher Art grundsätzlich verboten [a)]. Eine gesetzliche Ausnahme gilt nur für die Erdölbohrung und -förderung von der genehmigten Bohr- und Förderplattform Mittelplate A [b)]. Behördliche Ausnahmen oder Befreiungen von diesem Verbot sind zulässig, wenn ein atypischer Fall vorliegt und die jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind [c)]. Die geplanten Erkundungsbohrungen sind, soweit ersichtlich, kein atypischer Fall, der eine Abweichung von der gesetzlichen Wertung des NPG rechtfertigt [d)]. Darüber hinaus liegen nach vorläufiger

Einschätzung auch die Tatbestandsvoraussetzungen für die Erteilung einer behördlichen Ausnahme nicht vor, weil nahe liegt, dass die geplanten Bohrungen zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Nationalparks führen würden [e)]. Eine Befreiung aus überwiegendem öffentlichem Interesse kommt mangels Vorliegen eines atypischen Falles nicht in Betracht [f)]. Schließlich bestehen keine Anhaltspunkte für das Vorliegen der Voraussetzungen einer Befreiung wegen übermäßiger Belastung [g)].

a) Grundsätzliches Verbot von Bohrungen

Nach dem Nationalparkgesetz (NPG)⁵¹ sind im Nationalpark Schleswig-Holsteinisches Wattenmeer über die ausdrücklich zugelassenen Maßnahmen und Nutzungen hinaus alle Handlungen unzulässig, die zu einer Zerstörung, Beschädigung, Veränderung oder nachhaltigen Störung des Schutzgebietes oder seiner Bestandteile führen können (§ 5 Abs. 1 Satz 1 NPG). Insbesondere ist es nicht zulässig, Bohrungen vorzunehmen (§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Alt. 3 NPG).

Eine Erkundungsbohrung unterfällt diesem grundsätzlichen Verbot, Bohrungen vorzunehmen.

Dafür kommt es auf deren Zweck (Aufsuchung und/oder Gewinnung von Erdöl, wissenschaftliche Zwecke) nicht an. Auch die Aussicht, erdölführende Schichten anzutreffen, ist nach dem klaren Wortlaut der Regelung unerheblich.

Unerwünscht und deshalb verboten ist schon die Bohrung als solche.

b) Gesetzliche Ausnahme für die Mittelplate A

Kraft Gesetzes zulässige Ausnahme ist in der Schutzzone 2 die Erdölbohrung und -förderung ausschließlich von der genehmigten Bohr- und Förderinsel Mittelplate A im Benehmen mit der für den Nationalpark zuständigen Behörde (§ 6 Abs. 3 Nr. 6 NPG).

⁵¹ Gesetz zum Schutz des schleswig-holsteinischen Wattenmeeres (Nationalparkgesetz – NPG) vom 17.12.1999, GVOBl. 1999, 518, zuletzt geändert durch Verordnung vom 04.04.2013, GVOBl. S. 143.

Der Nationalpark ist in die zwei Schutzzonen 1 und 2 eingeteilt. Die Schutzzone 1 beinhaltet ein nutzungsfreies Gebiet. Die übrigen Flächen sind Schutzzone 2 (§ 4 Satz 1, 2 und 6 NPG).

In der Gesetzesbegründung zur Ausnahme für die Mittelplate heißt es, dass eine Erdölförderung und -bohrung nach allgemeiner Auffassung nicht mit dem Schutzzweck des Nationalparks zu vereinbaren sei. Bei der Bohrinselform Mittelplate A handele es sich um eine Nutzung, die teilweise auf Rechts- und Verwaltungsverhältnissen vor Inkrafttreten des Bundesberggesetzes beruhe und Bestandsschutz genieße. Die Erdölförderung sei allein auf die bestehende Bohrinselform Mittelplate A beschränkt. Weitere Bohrinseln oder -plattformen im Nationalpark seien ausgeschlossen. Die bestehenden Rechte blieben unberührt. Bohrungen von Land aus stünden dem Schutzzweck nach § 2 Abs. 3 NPG nicht entgegen, diese würden vielmehr ausdrücklich begrüßt.⁵²

Mit dieser Regelung des NPG 1999 wurde die früher geltende Regelung des NPG 1985 verschärft. Danach war die Erdölförderung nicht nur von der genehmigten Bohr- und Förderinsel Mittelplate A aus, sondern „im Gebiet der Mittelplate“ zulässig (§ 6 Abs. 4 Nr. 2 NPG 1985). In der zugehörigen Begründung heißt es, dass die Zulässigkeit von Ausnahmen für die Erdölförderung regional auf die derzeit bekannte Lagerstätte im Gebiet der Mittelplate begrenzt und darüber hinaus von einer Genehmigung des Ministers abhängig gemacht werde. Dadurch werde einerseits die Möglichkeit gegeben, die wirtschaftlich bedeutenden Ölvorkommen in diesem Bereich zu fördern, andererseits im Interesse des Naturhaushalts ausgeschlossen, dass künftig in weiteren Bereichen des Nationalparks u. U. vorhandene Ölvorkommen ausgebeutet werden können.⁵³

Von der aktuellen gesetzlichen Ausnahme werden danach Bohrungen im Nationalpark außerhalb der Mittelplate nicht erfasst. Die gesetzliche Ausnahmeregelung findet deshalb auf solche Bohrungen keine Anwendung.

⁵² Gesetzentwurf der Landesregierung, LT-Drs. 14/2159, S. 21 und 34 f.

⁵³ Gesetzentwurf der Landesregierung, LT-Drs. 10/907, S. 22.

Das gilt ebenfalls unabhängig vom Zweck der Bohrung (Aufsuchung und/oder Gewinnung von Erdöl, wissenschaftliche Zwecke) und von der Aussicht, erdölführende Schichten anzutreffen.

c) Behördliche Ausnahmen und Befreiungen

Von der Bestimmung, dass Bohrungen unzulässig sind, kann die für den Nationalpark zuständige Behörde Ausnahmen zulassen, wenn damit keine erhebliche Beeinträchtigung verbunden ist, die zu einer Zerstörung, Beschädigung, Veränderung oder nachhaltigen Störung des Schutzgebietes oder seiner Bestandteile führen kann (§ 6 Abs. 4 Satz 1 i. V. m. § 5 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1 NPG).

Daneben gelten die Regelungen über Ausnahmen und Befreiungen des § 54 LNatSchG 1993 sinngemäß (§ 6 Abs. 4 Satz 3 NPG). Diese Regelungen des LNatSchG 1993 sind inzwischen durch Neuregelungen zu Ausnahmen (§ 51 LNatSchG 2010) und Befreiungen (§ 67 BNatSchG i. V. m. § 1 Abs. 1 LNatSchG 2010) ersetzt.

Davon trifft die Regelung über Ausnahmen nur ergänzende Regelungen für den Fall, dass die Voraussetzungen für die Erteilung nicht näher festgelegt sind (§ 51 LNatSchG 2010). Diese Regelung ist nicht anwendbar, da die Voraussetzungen für Ausnahmen in § 6 Abs. 4 Satz 1 NPG gesetzlich geregelt sind.

Anwendbar ist dagegen die Regelung über Befreiungen in § 67 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG. Danach kann von Geboten und Verboten nach dem Naturschutzrecht der Länder auf Antrag Befreiung gewährt werden, wenn

- dies aus Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Art, notwendig ist oder
- die Durchführung der Vorschriften im Einzelfall zu einer unzumutbaren Belastung führen würde und die Abweichung mit den Belangen von Naturschutz und Landschaftspflege vereinbar ist.

Diese Regelung ermöglicht sowohl unmittelbar als auch über die Verweisung in § 6 Abs. 4 Satz 3 NPG die Befreiung von Verboten des NPG.

Nach der Gesetzesbegründung handelt es sich bei der Regelung des § 6 Abs. 4 NPG insgesamt um die übliche Ausnahmegesetzgebung für unabsehbare Einzelfälle.⁵⁴

Ausnahmen und Befreiungen unterscheiden sich in der Regel dadurch, dass Ausnahmen – wie im Baurecht (§ 31 BauGB) – einen bestimmten vom Gesetz- oder Verordnungsgeber vorgesehenen Sachverhalt zum Gegenstand haben, während die Befreiung unvorhergesehene Situationen betrifft.⁵⁵ Dem entsprechend enthält das Naturschutzrecht des Bundes eine übergreifende Regelung nur für Befreiungen (§ 67 BNatSchG),⁵⁶ während für Ausnahmen jeweils spezielle Tatbestände geregelt sind oder in untergesetzlichen Regelungen geregelt werden sollen.⁵⁷

Abweichend davon enthält § 6 Abs. 4 Satz 1 NPG eine allgemeine Ausnahmeregelung, die nicht für bestimmte näher bezeichnete Tatbestände gilt. Sie unterscheidet sich von Befreiungsregelungen nur noch durch die allgemeine Tatbestandsvoraussetzung, dass mit der Ausnahme keine erhebliche Beeinträchtigung des Schutzgebietes verbunden ist. Anders als Ausnahmen mit spezifischen Tatbestandsvoraussetzungen und ausweislich der Gesetzesbegründung gilt die Ausnahmegesetzgebung des § 6 Abs. 4 Satz 1 NPG damit ebenso wie die Befreiungsregelung in § 67 BNatSchG für unvorhergesehene Einzelfälle.

Danach setzen sowohl eine behördliche Ausnahme nach § 6 Abs. 4 Satz 1 NPG als auch eine Befreiung nach § 67 BNatSchG zunächst voraus, ein atypischer Fall vorliegt [dazu d)]. Nur dann sind die weiteren Vorausset-

⁵⁴ Gesetzesbegründung der Landesregierung, LT-Drs. 10/907, S. 22, zum damaligen § 6 Abs. 5 des Entwurfes.

⁵⁵ Vgl. *Lau*, in: Frenz/Müggendorf, BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 67, Rn. 2; Lorz/Müller/Stöckel, NaturschutzR, 2. Aufl. 2003, § 62, Rn. 3; *Schmidt-Räntsch*, in: Gassner/Bendomin-Kahlo/Schmidt-Räntsch, BNatSchG, 1996, § 31, Rn. 9. Nach dem BauGB können nur solche Ausnahmen zugelassen werden, die im Bebauungsplan nach Art und Umfang ausdrücklich vorgesehen sind (§ 31 Abs. 1 BauGB), während Befreiungen allein auf eine allgemeine gesetzliche Befreiungsermächtigung gestützt werden können (§ 31 Abs. 2 BauGB).

⁵⁶ Ebenso bereits § 31 BNatSchG 1976 und 1987 sowie § 62 BNatSchG 2002.

⁵⁷ Vgl. nur die Regelungen über Ausnahmen in Schutzgebieten (§§ 32 ff. BNatSchG) und von artenschutzrechtlichen Vorschriften (§ 45 BNatSchG).

zungen einer behördlichen Ausnahme nach § 6 Abs. 4 Satz 1 NPG [e]) und einer behördlichen Befreiung nach § 67 BNatSchG [f) und g]) zu prüfen.

d) Atypischer Fall

Die nicht unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut erkennbare Tatbestandsvoraussetzung des atypischen Falls ist in der Rechtsprechung für Befreiungen nach § 67 BNatSchG anerkannt; sie gilt auch für die allgemeine Ausnahmeregelung in § 6 Abs. 4 Satz 1 NPG [dazu aa)].

Insoweit bestehen weder Anhaltspunkte für das Vorliegen einer atypischen Maßnahme [bb]), eines atypischen Rohstoffsicherungsinteresses [cc]) noch einer atypischen Schutzwürdigkeit [dd]). Deshalb ist nichts dafür ersichtlich, dass die Voraussetzungen einer Ausnahme oder Befreiung vorliegen. Ob die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen gegeben sind, kann dahinstehen. Für eine Ermessensausübung bleibt kein Raum [ee)].

aa) Erforderlichkeit eines atypischen Falls

Eine Befreiung aus überwiegenden öffentlichen Interessen (§ 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG) setzt nach der Rechtsprechung neben den gesetzlich geregelten Tatbestandsvoraussetzungen als Befreiungssituation einen so nicht vorgesehenen und deshalb singulären Einzelfall voraus, der sich vom gesetzlich geregelten Tatbestand durch das Merkmal der Atypik abhebt. Nur wenn diesem Erfordernis genügt ist, bedarf es zusätzlich einer Abwägungsentscheidung der Behörde.⁵⁸

Auch für eine Befreiung wegen übermäßiger Belastungen (§ 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BNatSchG) ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass sie einen atypischen Fall voraussetzt. Sie soll ebenso wie andere Befreiungsvorschriften einer rechtlichen Unausgewogenheit begegnen, die sich ergeben kann, wenn aufgrund der besonderen Umstände des jeweiligen Einzelfalls Anwendungsbereich und materielle

⁵⁸ So *OVG Berlin*, Beschl. v. 28.09.2012, 11 S 61.12, NuR 2012, 852 (853), juris, Rn. 5 m.H.a. *OVG Berlin*, Urtr. v. 22.06.2006, 11 B 7.05, juris, Rn. 38; *VGH Mannheim*, Urtr. v. 14.03.2011, 5 S 644/09, juris, Rn. 45 und 48 und zur naturschutzrechtlichen Abwägung im Rahmen der Fachplanung *BVerwG*, Urtr. v. 17.01.2007, 9 C 1/06, juris, Rn. 22 f. und *OVG Sachsen*, Urtr. v. 15.12.2011, 5 A 195/09, juris, Rn. 408; vgl. ferner *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 67 Rn. 2 und 4.

Zielrichtung einer Vorschrift nicht miteinander übereinstimmen. Fehlt es bereits an einem die Anwendbarkeit der Befreiungsvorschrift eröffnenden Sonderfall, so ist eine konkrete Abwägung der widerstreitenden Interessen nicht mehr erforderlich.⁵⁹

Während der Gesetzgeber für typischerweise bei Normerlass bekannte bzw. voraussehbare Fallgruppen Ausnahmetatbestände regelt, für die die generelle Regelung nicht gelten soll, geht es bei Befreiungstatbeständen um nicht vorhersehbare atypische Sonderfälle, denen im Einzelfall Rechnung getragen werden soll.⁶⁰

Insoweit kann für naturschutzrechtliche Befreiungen auf die Rechtsprechung zu Befreiungen im Baurecht nach Maßgabe des § 31 BauGB zurückgegriffen werden: Danach ist eine allgemeine Abwägung unterschiedlicher Gemeinwohlbelange nicht angezeigt. Diese Abwägung hat bereits der Regelungsgeber getroffen. Vielmehr muss ein besonderes, bei der Abwägung des Regelungsgebers in dieser konkreten Stärke nicht berücksichtigtes und auch nicht abschätzbares Gemeinwohlinteresse eine Art Randkorrektur der Regelung, von der abgewichen wird, erfordern.⁶¹

Für einen allgemeinen Ausnahmetatbestand, der wie § 6 Abs. 4 Satz 1 NPG die Ausnahmesituation nicht näher bestimmt, muss entsprechendes gelten. Das ergibt sich aus der Gesetzessystematik, die mit derjenigen bei Befreiungen identisch ist.

Das wird dadurch bestätigt, dass der Gesetzgeber des NPG selbst die Regelungen des § 6 Abs. 4 NPG, also sowohl die Regelungen über Ausnahmen als auch diejenigen über Befreiungen, als „die übliche Ausnahmegesetzgebung für unabsehbare Einzelfälle“ bezeichnet hat.⁶²

⁵⁹ *BVerwG*, Beschl. v. 14.09.1992, 7 B 130/92, NVwZ 1993, 583, 584, zu § 31 Abs. 1 Nr. 1 a) BNatSchG 1976, im Anschluss an *BVerwGE* 40, 268, 271 f., und *BVerwGE* 48, 123, 127 ff. = NJW 1975, 2083; vgl. nur *Lau*, in *Frenz/Mügggenborg*, BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 67 Rn. 2 und 4.

⁶⁰ *VGH Mannheim*, Urt. v. 14.03.2011, 5 S 644/09, juris, Rn. 45 m.w.N.; *BVerwG*, Urt. v. 26.03.1998, 4 A 7.97, UPR 1998, 382, zu § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BNatSchG 1987.

⁶¹ So *VGH München*, Urt. v. 08.08.1996, 22 B 94.2465, NuR 1997, 291, 293, zu einer (abgelehnten) Befreiung für einen Kalksteinabbau im Landschaftsschutzgebiet m.H.a. *BVerwGE* 56, 71, 74 zu § 31 BBauG. Vgl. zur aktuellen Fassung des § 31 BauGB *Reidt*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 31 Rn. 26.

⁶² Gesetzesbegründung der Landesregierung, LT-Drs. 10/907, zum damaligen § 6 Abs. 5 des Entwurfes.

Die Rechtsprechung des OVG Schleswig hat sich dazu bisher nicht geäußert. Im Fall der Aussetzung von Miesmuscheln wird ausschließlich das Vorliegen einer Befreiung geprüft.⁶³ Im Urteil zum Jagdverbot hat es lediglich die Ausnahmeregelungen herangezogen.⁶⁴ In keinem Fall hat es das Erfordernis eines atypischen Falles angesprochen. Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass es das Vorliegen eines atypischen Falles nicht für erforderlich hält.

Eine Ausnahmegenehmigung nach § 6 Abs. 4 Satz 1 NPG kommt danach ebenso wie eine Befreiung nach § 67 BNatSchG nur in einem atypischen Fall in Betracht

Ob ein atypischer Fall vorliegt, hängt in erster Linie davon ab, ob und inwieweit der konkrete Fall bereits von der betreffenden naturschutzrechtlichen Regelung berücksichtigt worden ist. Ein atypischer Fall kann umso eher angenommen werden, je allgemeiner die betreffende naturschutzrechtliche Regelung gefasst ist.⁶⁵

Im Anwendungsbereich des NPG darf insbesondere die Grundentscheidung des Landesgesetzgebers, dass Erdölbohrungen ausschließlich von der Genehmigung der Bohr- und Förderinsel Mittelplate A und Bohrungen im Übrigen generell nicht zulässig sind (§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, § 6 Abs. 3 Nr. 6 NPG), nicht durch eine großzügige Handhabung von Ausnahme- oder Befreiungsregelungen unterlaufen werden.

Mit dieser Regelung hat der Landesgesetzgeber das Rohstoffsicherungs- und das Naturschutzinteresse dahingehend gegeneinander abgewogen, dass mit der Ausnahme für die Förderung von der Mittelplate aus dem Rohstoffinteresse der Vorrang gegeben wurde, während im übrigen Bereich des Wattenmeers der Naturschutz Vor-

⁶³ *OVG Schleswig*, Urt. v. 15.12.2011, 1 LB 19/10, BeckRS 2012, 49886, Rn. 21.

⁶⁴ *OVG Schleswig*, Urt. v. 24.11.2003, 1 LB 46/03, NordÖR 2004, 450. Soweit dort eine Befreiung angesprochen wird (S. 451) handelt es sich um eine terminologische Ungenauigkeit. Der im gleichen Satz enthaltene Verweis auf die Ausnahmeregelung in § 54 Abs. 1 LNatSchG 1993/2003 zeigt, dass eine Ausnahme gemeint ist.

⁶⁵ So *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 67 Rn. 4 m.H.a. *VG München*, Beschl. v. 03.06.2014, 2 S 14.2216, juris, Rn. 62, bestätigt durch *VGH München*, Beschl. v. 19.08.2014, 8 CS 14.1300, NuR 2015, 278.

rang hat. Wie die Gesetzesbegründung des NPG 1985 zeigt, hat der Gesetzgeber damit im Interesse des Naturschutzes nicht nur in Kauf genommen, dass in weiteren Bereichen des Nationalparks unter Umständen vorhandene Ölvorkommen künftig nicht ausgebeutet werden können, sondern die Ausbeutung solcher von der Mittelplate aus nicht erreichbaren Ölvorkommen ausdrücklich ausgeschlossen.⁶⁶

bb) Atypische Maßnahme

Bei den hier geplanten Erkundungsbohrungen handelt es sich allenfalls insoweit um atypische Erdölaufsuchungsbohrungen, als die Bohrungen lediglich zur Feststellung des Vorhandenseins einer Lagerstätte abgeteuft werden sollen, eine spätere Gewinnung mit Hilfe dieser oder anderer Bohrungen im Wattenmeer aber nicht geplant ist. Es sollen nicht einmal Fördertests durchgeführt werden. Die Gewinnung soll ausschließlich vom Land oder von der Mittelplate aus erfolgen.

Insofern mag es sich bei den geplanten Bohrungen zwar um atypische Erdölaufsuchungsbohrungen handeln. Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 NPG sind aber nicht nur Erdölaufsuchungsbohrungen, sondern Bohrungen jeglicher Art unzulässig. Damit fallen ohne weiteres auch andere Bohrungen, etwa Tiefbohrungen zu wissenschaftlichen Zwecken oder oberflächennahe Bohrungen, unter dieses Verbot. Uns sind keine Anhaltspunkte dafür bekannt, dass das Niederbringen der geplanten Aufsuchungsbohrungen mit geringeren Auswirkungen verbunden wäre als das Niederbringen einer typischen Bohrung zu beliebigen Zwecken.

Danach handelt es sich bei den geplanten Bohrungen nicht um atypische Maßnahmen, die eine Ausnahme oder Befreiung vom Bohrungsverbot rechtfertigen würden.

⁶⁶ LT-Drs. 10/907, S. 22; dazu bereits oben III.8.b).

cc) Atypisches Rohstoffsicherungsinteresse

Im Rahmen der Abwägung des Rohstoffsicherungsinteresses mit Naturschutzinteressen kann auch der objektive Bedarf an einem bestimmten Rohstoff das Gewicht der für ein Vorhaben sprechenden Interessen nach den jeweiligen Umständen des Falles beeinflussen.⁶⁷

Eine Befreiung käme dann in Betracht, wenn das private und öffentliche Interesse an der Aufsuchung und Gewinnung von Kohlenwasserstoffen als Energierohstoffe, insbesondere das nationale Interesse an einer Eigenversorgung durch heimische Rohstoffe gegenüber der beim Erlass des NPG zu Grunde gelegten Abwägung ein atypisch großes Gewicht erlangt hätte.

Insoweit ist zwar die überragende Bedeutung der Sicherung der Energieversorgung für das Gemeinwohl in der Rechtsprechung anerkannt [dazu oben III. 1. b)]. Dieses Interesse hat der Gesetzgeber im NPG indes erkennbar berücksichtigt. Im Wattenmeer außerhalb der Mittelplate hat der Gesetzgeber dem Naturschutz ersichtlich Vorrang eingeräumt. Er hat dabei bewusst in Kauf genommen, dass dadurch Lagerstätten unterhalb des Wattenmeers nicht aufgefunden und deshalb auch nicht erschlossen werden können (dazu bereits oben III.8.b)].

Es ist nicht erkennbar, dass die geplanten Bohrungen einen Zweck oder ein Ziel verfolgen würden, das über das übliche mit einer Aufsuchungsbohrung verbundene Ziel der Erschließung neuer Lagerstätten hinausginge und dem deshalb ein besonderes, beim Erlass des NPG nicht vorhergesehenes Gewicht beizumessen wäre.

Es bestehen auch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass heute ein größeres Interesse an der Erschließung weiterer Lagerstätten durch Aufsuchungsbohrungen im Wattenmeer bestehen würde als zum Zeitpunkt des Erlasses des NPG. Im Gegenteil spricht mehr für eine stetige Verringerung des Gewichts des Interesses an einer baldigen

⁶⁷ So im Rahmen einer FFH-Verträglichkeitsprüfung einer immissionsschutzrechtlich zu genehmigenden Erweiterung eines Kalksteinbruchs *VGH Mannheim*, Beschl. v. 24.03.2014, 10 S 216/13, ZUR 2014, 369, 370.

Erschließung weiterer Ölvorkommen im Wattenmeer gegenüber dem Zeitpunkt des erstmaligen Erlasses des NPG 1985 und dessen Neufassung 1999. Das folgt zum einen aus den verstärkten Klimaschutzbemühungen und den dazu ergriffenen gesetzlichen Maßnahmen von der Förderung erneuerbarer Energien bis zur Einführung des Emissionshandels. Zum anderen gibt es derzeit und auf absehbare Zeit weltweit eher ein Überangebot an Erdöl. Schließlich haben sich die internationalen Wirtschaftsbeziehungen eher vertieft, so dass es derzeit keine Anzeichen dafür gibt, dass die Deckung des nationalen Erdölbedarfs in größerem Umfang als zum Zeitpunkt des Erlasses des NPG von der Erschließung weiterer Erdölvorkommen im Wattenmeer abhinge.

Diese Einschätzung war auch Grundlage für die Erhöhung der Förderabgabe auf Erdöl und Erdgas durch die Landesverordnung vom 03.12.2014.⁶⁸ Nach deren Begründung soll die Anhebung des Förderzinses für neue Bewilligungsfelder gewährleisten, dass die Ressourcen erst bei ernsthafter Verknappung und damit bei hohen Erdöl- und Erdgaspreisen gefördert werden und damit langfristig zur Verfügung stehen.⁶⁹

Diese Aspekte sprechen vielmehr eher dafür, dass dem öffentlichen Interesse an der Rohstoffsicherung besser gedient wäre, wenn etwaige weitere Lagerstätten vorerst nicht erschlossen und ausgebeutet, sondern als Notreserve für etwaige veränderte globale Marktsituationen in der Erde belassen werden.

Denkbar wäre, dass ein öffentliches Interesse an der kurz- oder mittelfristigen Sicherung des Bestandes der Mittelplate und deren Nutzbarkeit zur Erdölgewinnung die Erschließung weiterer Lagerstätten rechtfertigen könnte. Das Betreiberunternehmens DEA geht von wirtschaftlich gewinnbaren Reserven von ca. 20 Mio. t aus.⁷⁰ Danach könnte die aktuelle Förderrate von ca. 1,3 Mio. t/a noch ca. 15

⁶⁸ GVOBl. 2014, S. 496.

⁶⁹ So der uns vorliegende interne Entwurf der Kabinettsvorlage zur Änderung der Landesverordnung über die Feldes- und Förderabgabe, ohne Datum (laut Dateiname vom 10.11.2014). Vgl. dazu auch die Pressemitteilung des MELUR vom 02.12.2014.

⁷⁰ Vgl. DEA, Umweltgerecht Öl fördern, 2016, S. 23, veröffentlicht unter <http://dea-group.com/de/projekte/mittelplate>.

Jahre aufrecht erhalten werden. Bei einer Reduzierung der Förderrate auf ein Niveau wie vor 1998 und damit vor Inkrafttreten des NPG 1999 von ca. 200 bis 500 t/a könnte der Betrieb noch 40 bis 100 Jahre aufrecht erhalten werden. Danach ist nicht ersichtlich, dass die Erschließung neuer Ölvorkommen für die mittelfristige Aufrechterhaltung des Betriebs der Mittelplate erforderlich wäre.

Im Übrigen spricht die Begründung der Ausnahme des § 6 Abs. 3 Nr. 6 NPG für die Mittelplate ohnehin eher dafür, dass deren Bestand und Nutzbarkeit nicht auf Dauer, sondern lediglich für eine Übergangszeit bis zur Erschöpfung der bekannten und der unmittelbar über die Mittelplate selbst erschließbaren Lagerstätten geschützt werden soll. Das zeigt die Aussage, dass die Erdölförderung nicht mit dem Zweck des Nationalparks vereinbar ist, der Hinweis auf den Bestandsschutz der Mittelplate und darauf, dass bestehende Rechte unberührt bleiben und dass Bohrungen von Land aus zulässig bleiben und begrüßt werden.⁷¹

Hätte der Gesetzgeber eine längerfristige Nutzung der Plattform gewollt, hätte es nahegelegen, die Ausnahme damit zu begründen, dass die nationale Bedeutung der Förderplattform trotz ihrer Unvereinbarkeit mit dem Nationalpark eine (dann dauerhafte) Ausnahme rechtfertige. Der bloße Hinweis auf den Bestandsschutz und den Fortbestand bestehender Rechte spricht gegen die Absicht, die Rechtsposition länger als aus Gründen des Bestandsschutzes notwendig zu verlängern. Schließlich deutet der Hinweis auf Bohrungen von Land aus darauf hin, dass der Gesetzgeber ein längerfristiges Nutzungspotenzial nur durch solche Bohrungen eröffnen will. Das entspricht auch der (unverbindlichen) Empfehlung im Landschaftsprogramm 1999, die Ölförderung im Wattenmeer nach Ablauf der rechtlich gesicherten Ansprüche einzustellen [dazu sogleich unter ee)].⁷²

Daher spräche auch eine absehbare Erschöpfung der Lagerstätte mit der Konsequenz der Stilllegung der Förderplattform nicht für das

⁷¹ Gesetzesbegründung, LT-Drs. 14/2159, S. 21 f.

⁷² S. 117 des Landschaftsprogramms 1999.

Vorliegen eines atypischen Falles. Im Gegenteil sprechen das NPG und dessen Begründung eher dafür, dass eine solche Stilllegung der Plattform nach Erschöpfung der von dort aus erschließbaren Lagerstätten dem gesetzgeberischen Regelungsziel entspricht.

Technische Weiterentwicklungen, die die Erschließung von weiter entfernt liegenden Lagerstätten von der Mittelplate aus durch Horizontalbohrungen ermöglichen, verleihen dem öffentlichen Interesse an der Rohstoffsicherung kein größeres Gewicht. Die im Hinblick auf solche Fördermöglichkeiten geplanten vertikalen Explorationsbohrungen im Wattenmeer mögen zwar kostengünstiger sein als entsprechende horizontale Explorationsbohrungen mit ungewissem Aufsuchungserfolg von der Mittelplate oder vom Land aus. Die so erzielbaren Kostensenkungen gingen aber einerseits auf Kosten des Naturschutzes, andererseits wären sie kaum geeignet, zu einer relevanten und im Hinblick auf die Erfordernisse des Klimaschutzes ohnehin eher unerwünschten Absenkung des Ölpreises auf den globalen Märkten beizutragen.

Darüber hinaus ermöglicht der technische Fortschritt zunehmend auch die Aufsuchung und Erschließung von Kohlenwasserstoffen im Offshore-Bereich außerhalb des Nationalparks. Auch das spricht gegen ein atypisch gestiegenes Gewicht des Interesses an einer baldigen Erschließung weiterer Ölvorkommen im Wattenmeer.

dd) Atypische Schutzwürdigkeit

Eine Befreiung käme ferner in Betracht, wenn das öffentliche Interesse am Schutz der Natur in den jeweils betroffenen Gebieten ein atypisch geringes Gewicht hätte oder wenn sich das Gewicht dieser Belange gegenüber demjenigen zum Zeitpunkt des Erlasses des NPG verringert hätte.

Die maßgeblichen Naturschutzbelange ergeben sich in erster Linie aus dem NPG. Insoweit ist vor allem das grundsätzliche Verbot nachhaltiger Störungen durch Bohrungen zu beachten [dazu oben III.8.a) sowie unten e) cc)].

Der Einstufung im NPG entsprechend ist der Nationalpark nach dem LEP als Vorranggebiet für den Naturschutz dargestellt. Darin hat der Schutz der Natur in ihrer Gesamtheit oder in einzelnen Teilen Vorrang vor allen anderen Nutzungen, soweit das Nationalparkgesetz keine Ausnahmen gestattet [Nr. 5.2.1 LEP 2010; vgl. zur Bedeutung der Ausweisung von Vorranggebieten oben III.1.c)].

Ferner ist die Konkretisierung der Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege für den jeweiligen Planungsraum und die Erfordernisse und Maßnahmen zur Verwirklichung dieser Ziele durch die Landschaftsplanung zu berücksichtigen (vgl. § 9 BNatSchG). Die konkretisierten Ziele und der Erfordernisse und Maßnahmen werden im Landschaftsprogramm und im Landschaftsrahmenplan dargestellt und begründet (§ 9 Abs. 2 BNatSchG, §§ 5 ff. LNatSchG).

Das Landschaftsprogramm Schleswig-Holstein von 1999 und der maßgebliche Landschaftsrahmenplan von 2005⁷³ enthalten insoweit keine über die Regelungen des NPG hinausgehenden Konkretisierungen von Zielen, Erfordernissen oder Maßnahmen. Nur in unverbindlichen Hinweisen und Empfehlungen, die sich auch an die Zivilgesellschaft richten und eher Appellcharakter haben⁷⁴ heißt es, dass die Ölförderung im Wattenmeer nach Ablauf der rechtlich gesicherten Ansprüche einzustellen sei.⁷⁵ Im Landschaftsrahmenplan heißt es, dass die Erdölförderung im Nationalpark nicht mit dessen Schutzziele vereinbar sei. Weitere Bohrinseln oder -plattformen in Nationalpark seien ausgeschlossen. Bohrungen vom Land aus stünden dem Schutzzweck des Nationalparks dagegen nicht entgegen und würden ausdrücklich unterstützt.⁷⁶

Insoweit kann sich ein atypisch geringes Gewicht von Naturschutzbelangen ergeben, wenn sich die geplanten Standorte in einem

⁷³ Landschaftsrahmenplan für den Planungsraum IV – Kreise Dithmarschen und Steinburg, Gesamtfortschreibung Jan. 2005.

⁷⁴ Vgl. S. 103 des Landschaftsprogramms 1999 und S. 102 des Landschaftsrahmenplans für den Planungsraum IV 2005.

⁷⁵ S. 117 des Landschaftsprogramms 1999.

⁷⁶ S. 116 des Landschaftsrahmenplans für den Planungsraum IV – Kreise Dithmarschen und Steinburg, Gesamtfortschreibung Jan. 2005.

räumlichen Bereich des Nationalparks befinden, in dem die Naturschutzbelange ein atypisch geringes Gewicht haben. Denkbar ist dies beispielsweise in Randlagen des Nationalparks, wenn sie eher als Pufferzonen in das Gebiet einbezogen wurden, aber gleichwohl eine Exploration von außerhalb des Nationalparks nicht in Betracht kommt. Ob und inwieweit solche weniger schutzbedürftigen räumlichen Bereiche existieren, die Explorationsbohrungen in diesen Bereichen geplant oder möglich sind, können wir nicht beurteilen; dies müsste fachlich geprüft werden. Sofern dies von nicht bekannten Standortfestlegungen oder standortbezogenen Untersuchungen abhängt, müsste die Erlaubnis erteilt bzw. verlängert und das Ergebnis der im Rahmen von Betriebsplanzulassungsverfahren durchzuführenden Untersuchungen abgewartet werden.

Für eine Reduzierung des Gewichts der Naturschutzbelange infolge des Zeitablaufs seit Erlass des NPG bestehen keine Anhaltspunkte.

ee) Fazit und Rohstoffsicherungsklausel

Im Ergebnis sind danach keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass hier ein atypischer Fall vorläge, der ein Abweichen von der durch den Landesgesetzgeber getroffenen Abwägungen der Naturschutz- und Rohstoffsicherungsinteressen im Sinne der Erteilung einer Ausnahme oder Befreiung rechtfertigen würde.

Nach der einschlägigen Rechtsprechung zu Befreiungen [dazu oben aa)] scheidet die Erteilung einer Ausnahme oder Befreiung schon aus diesem Grund aus, ohne dass eine Abwägung der gegenläufigen Belange oder eine Ermessensausübung erforderlich wäre.

Dem steht auch die Rohstoffsicherungsklausel nicht entgegen. Diese verlangt, bei der Anwendung schutzgebietsbezogener Vorschriften dafür Sorge zu tragen, dass die Aufsuchung und Gewinnung so wenig wie möglich beeinträchtigt werden (§ 48 Abs. 1 Satz 2 BBergG).

Diese Regelung gilt für die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe, wenn diese eine planerische oder nachvollziehende Abwä-

gung erfordern,⁷⁷ sowie bei der Ausübung von Ermessensermächtigungen.⁷⁸ Sie gilt aber nach ihrem eindeutigen Wortlaut nicht für den Gesetzgeber,⁷⁹ etwa beim Erlass des NPG. Der Gesetzgeber hat das Rohstoffsicherungsinteresse zwar bei der Gesetzgebung ebenfalls zu berücksichtigen,⁸⁰ er muss ihm aber keinen Vorrang einräumen. Insoweit zeigen das NPG und dessen Begründung, dass der Landesgesetzgeber sowohl die Interessen an der Förderung der von der Mittelplate aus erreichbaren Ölvorkommen als auch das Interesse an der Erschließung etwaiger weiterer Ölvorkommen im Nationalpark berücksichtigt und gegeneinander abgewogen hat.

Diese Abwägung des Landesgesetzgebers darf durch die Rohstoffsicherungsklausel auch bei der Anwendung der Ausnahme- und Befreiungsregelungen nicht unterlaufen werden. Nur wenn ein atypischer Fall vorliegt und deshalb Raum für eine Abwägungs- oder Ermessensentscheidung besteht, kann auch die Rohstoffsicherungsklausel zur Anwendung kommen.

e) Behördliche Ausnahmen nach § 6 Abs. 4 Satz 1 NPG

Die Erteilung einer Ausnahme setzt neben einem atypischen Fall voraus, dass damit keine erhebliche Beeinträchtigung verbunden ist, die zu einer Zerstörung, Beschädigung, Veränderung oder nachhaltigen Störung des Schutzgebietes oder seiner Bestandteile führen kann (§ 6 Abs. 4 Satz 1 i. V. m. § 5 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1 NPG).

aa) Rechtsprechung

In der Rechtsprechung des OVG Schleswig ist anerkannt, dass eine Ausnahme von einem Verbot des NPG nur zugelassen werden darf, wenn mit der Zulassung keine erhebliche Beeinträchtigung im Sinne einer nachhaltigen Störung des Schutzgebietes oder seiner Bestandteile vorhanden ist. Dabei ist insbesondere der Schutzzweck des Nationalparks zu berücksichtigen. Ist eine nachhaltige Störung festzu-

⁷⁷ So *Kühne*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 48 Rn. 28 m.w.N.

⁷⁸ So *BVerwG*, Beschl. v. 25.08.1995, 4 B 191/95, NVwZ-RR 1996, 140 f. m.H.a. BVerwGE 74, 315, 318 = NJW 1987, 1713.

⁷⁹ So *Kühne*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 48 Rn. 26 m.w.N..

⁸⁰ So *Kühne*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 48 Rn. 26 m.w.N..

stellen, so dass die Voraussetzung einer Ausnahme ausscheidet, bedarf es keiner weiteren Ermessensentscheidung.⁸¹

Der unbestimmte Rechtsbegriff der nachhaltigen Störung unterliegt hinsichtlich seines Inhalts und seiner Anwendung auf den Einzelfall der vollständigen richtigen Nachprüfung. Er enthält Prognoseelemente. Wie die Gesetzesformulierung zeigt („führen können“, § 5 Abs. 1 Satz 1 NPG), ist die vorzunehmende Prognose nicht darauf auszurichten, ob der künftige Eintritt negativer Auswirkungen sicher feststeht. Es genügt, wenn nach den tatsächlichen Gegebenheiten im Schutzgebiet eine hinreichende Wahrscheinlichkeit solcher Auswirkungen anzunehmen ist.⁸²

Sofern Zweifel am Vorliegen einer nachhaltigen Störung vorliegen, sei ergänzend auf die Schutzzweckbestimmung des § 2 NPG abzustellen. Dessen Schutzziel, einen möglichst ungestörten Ablauf der Naturvorgänge zu gewährleisten (§ 2 Abs. 1 Satz 2 NPG) enthalte ein Optimierungsgebot. Danach würden einerseits nicht nachhaltige, unwesentliche und vereinzelte Störungen aus dem Schutzkonzept des Gesetzes ausgeklammert. Die Formulierung bringe aber auch zum Ausdruck, dass der Schutz des Ablaufs von Naturvorgängen möglichst vollständig erfolgen solle und nur und erst dann zurückzutreten habe, wenn gleich- oder höherwertige Belange entgegenstünden. Dies sei im Rahmen der nach § 2 Abs. 3 Satz 2 NPG gebotenen Abwägung zu entscheiden.⁸³

bb) Tatbestandsvoraussetzungen

Tatbestandliche Voraussetzung einer behördlichen Ausnahme ist damit, dass mit der Bohrung keine erhebliche Beeinträchtigung verbunden ist, die zu einer Zerstörung, Beschädigung, Veränderung oder nachhaltigen Störung des Schutzgebietes oder seiner Bestand-

⁸¹ *OVG Schleswig*, Urt. v. 24.11.2003, 1 LB 46/03, NordÖR 2004, 450, 451, zur Ablehnung der Erteilung einer Ausnahme vom Jagdverbot.

⁸² *OVG Schleswig*, Urt. v. 24.11.2003, 1 LB 46/03, NordÖR 2004, 450, 451.

⁸³ *OVG Schleswig*, NordÖR 2004, 450, 452.

teile führen kann (§ 6 Abs. 4 Satz 1 i. V. m. § 5 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1 NPG).

Für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen dieser Ausnahmegvorschrift kommt es danach allein auf die Auswirkungen der Erkundungsbohrung auf das Schutzgebiet und seine Bestandteile an. Dafür ist unerheblich, mit welcher Wahrscheinlichkeit erdölführende Schichten angetroffen werden können. Zu prüfen sind allein die Auswirkungen auf den Schutzzweck.

Nach der gesetzlichen Schutzzweckbestimmung dient der Nationalpark dem Schutz und der natürlichen Entwicklung des schleswig-holsteinischen Wattenmeeres und der Bewahrung seiner besonderen Eigenart, Schönheit und Ursprünglichkeit. Es ist ein möglichst ungestörter Ablauf der Naturvorgänge zu gewährleisten. Der Nationalpark ist als Lebensstätte der dort natürlich vorkommenden Tier- und Pflanzenarten und der zwischen diesen Arten und den Lebensstätten bestehenden Lebensbeziehungen zu erhalten. Die Gesamtheit der Natur in ihrer natürlichen Entwicklung mit allen Pflanzen, Tieren und Ökosystemen besitzt einen zu schützenden Eigenwert (§ 2 Abs. 1 NPG).

Nach der Regelung des Bundesnaturschutzgesetzes sind Nationalparke allgemein unter Berücksichtigung ihres besonderen Schutzzwecks sowie der durch die Großräumigkeit und Besiedlung gebotenen Ausnahmen wie Naturschutzgebiete zu schützen (§ 24 Abs. 3 BNatSchG). In Naturschutzgebieten ist ein besonderer Schutz von Natur und Landschaft in ihrer Ganzheit oder in einzelnen Teilen erforderlich (§ 23 Abs. 1 BNatSchG). Alle Handlungen, die zu einer Zerstörung, Beschädigung oder Veränderung des Naturschutzgebietes oder seiner Bestandteile oder zu einer nachhaltigen Störung führen können, sind nach Maßgabe näherer Bestimmungen verboten (§ 23 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG).

Ein Nationalpark vermittelt damit ebenso wie ein Naturschutzgebiet den höchsten Schutzstatus des Naturschutzrechts.⁸⁴

cc) Nachhaltige Störung

Als Handlung, die zu einer nachhaltigen Störung eines Nationalparks führen kann, hat das OVG Schleswig die zeitlich auf drei Monate oder den „Morgenstrich“ beschränkte Jagdausübung in der Randlage eines Jagdgebietes, die im Nationalpark liegt, angesehen. Insoweit habe die rechtliche Beurteilung der Nachhaltigkeit der Störungen nicht primär an den Störungsimpulsen (Zahl der Jagden, der Jäger, Tragweite von Schussgeräuschen etc.) anzusetzen, sondern an den davon ausgehenden Wirkungen auf das Verhalten der Tiere. Das Gericht fand die Bewertung der Nationalparkbehörde überzeugend, dass die von den Störimpulsen bewirkten Verhaltensänderungen über Wochen und Monate andauerten und es zu einem Kumulationseffekt in dem Sinne komme, dass auch Wanderer von den Vögeln als Bedrohung wahrgenommen würden.⁸⁵

Das Bundesverwaltungsgericht hat bereits längere Öffnungszeiten einer Gaststätte in einem Nationalpark als unzulässige nachhaltige Störung angesehen. Diese sei geeignet, die Verweildauer von Touristen zu verlängern und die Begleiterscheinungen zeitlich auszudehnen, namentlich die Geräusentwicklung, die mit einem Verlassen des Nationalparks verbunden ist.⁸⁶

Für die HGÜ-Stromleitung NordLink hat das Amt für Planfeststellung Energie des MELUR festgestellt, dass dieses Vorhaben mit erheblichen Beeinträchtigungen im Sinne des NPG verbunden sei. Es komme während der Bauzeit von ca. 4 Monaten im Nationalpark zu Eingriffen und Zerstörungen von gesetzlich geschützten Biotopen, zu unvermeidbaren Schädigungen von Benthosorganismen, zu unvermeidbaren Störungen und Beunruhigungen durch Lärm, insbeson-

⁸⁴ *OVG Weimar*, Urt. v. 02.07.2003, 1 KO 389/02, ZUR 2004, 241, 242; *Appel*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 23 Rn. 1.

⁸⁵ *OVG Schleswig*, Urt. v. 24.11.2003, 1 LB 46/03, NordÖR 2004, 450, 452.

⁸⁶ *BVerwG*, Beschl. v. 23.07.2003, 4 BN 40/03, NVwZ 2003, 1518 f.

dere von Vögeln, Fischen und Meeressäugern. Temporär würden Lebens- und Zufluchtsstätten der Tiere, insbesondere von Meeressäugern und mausernden Eiderenten beeinträchtigt. Eine Ausnahme komme deshalb nicht in Betracht. Allerdings wurde dort wegen überwiegender öffentlicher Interessen des Klimaschutzes durch Umstellung der Stromerzeugung auf Erneuerbare Energien eine Befreiung nach § 67 BNatSchG erteilt.⁸⁷

Vor diesem Hintergrund drängt es sich auf, das Niederbringen einer Tiefbohrung und die Durchführung von Aufsuchungsmaßnahmen unabhängig von etwaigen Fördertests oder einer etwaigen späteren Gewinnung als erhebliche Beeinträchtigung des möglichst ungestörten Ablaufs der Naturvorgänge (§ 2 Abs. 1 Satz 2 NPG) einzustufen.

Dafür spricht schon die zwingende UVP-Pflicht von Explorationsbohrungen zur Aufsuchung von Erdöl im Bereich der Küstengewässer und des Festlandssockels (§ 1 Nr. 2b Alt. 1 UVP-V Bergbau).⁸⁸ Nach der zugehörigen Begründung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie wird mit der Aufnahme einer UVP-Pflicht der besonderen Gefahrenlage, insbesondere im Hinblick auf die leichte Verbreitung von Kohlenwasserstoffen im Fall von Leckagen im Meerwasser Rechnung getragen. Das bezieht sich im Offshore-Bereich ausdrücklich auch bereits auf Explorationsbohrungen.⁸⁹

Dem entsprechend heißt es auch in der Gesetzesbegründung zu § 6 Abs. 3 Nr. 6 NPG, dass eine Erdölbohrung nach allgemeiner Auffassung nicht mit dem Schutzzweck des Nationalparks zu vereinbaren sei.⁹⁰

⁸⁷ Vgl. S. 143 ff. des Planfeststellungsbeschlusses für den Neubau eines NORD.LINK 500 kV-HGÜ Interkonnektor Tonstad – Wilster, Abschnitt 12-Seemeilen-Grenze bis Umspannwerk Wilster, vom 30.06.2014, Az. AfPE L-663.48-2-1.

⁸⁸ Vgl. dazu auch die unionsrechtliche Vorgabe in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2013/30/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juni 2013 über die Sicherheit von Offshore-Erdöl- und -Erdgasaktivitäten und zur Änderung der Richtlinie 2004/35/EG, ABl.EU Nr. L 178 vom 28.6.2013, S. 66 ff.

⁸⁹ BR-Drs. 274/16, S. 141.

⁹⁰ Gesetzentwurf der Landesregierung, LT-Drs. 14/2159, S. 21 und 34 f.

Abgesehen von den möglichen erheblichen Schäden im Falle von Leckagen kann das Niederbringen einer Bohrung schon im bestimmungsgemäßen Betrieb in einem lokal begrenzten Umfang (am Ort der Bohrung) zu einer Zerstörung und Beschädigung von Bestandteilen des Naturparks führen. Sie führt zumindest zu einer temporären Veränderung. Man wird sie auch als (allerdings zeitlich und räumlich begrenzte) nachhaltige Störung einzustufen haben. Das Niederbringen, der Betrieb und der ordnungsgemäße Verschluss einer Bohrung verlangt zwangsläufig den Einsatz schweren Geräts über einige Monate, möglicherweise sogar Jahre. Lärm und Erschütterungen sind unvermeidbar. Ferner ergeben sich Störungen durch die Untersuchungsmaßnahmen zumindest auf Grund des damit zwangsläufig verbundenen Verkehrs von und zu der Bohranlage. Darüber hinaus können mehr oder weniger gravierende Betriebsstörungen nicht ausgeschlossen werden. Fehlgeschlagene Bohrungen können zu einer unvorhergesehenen Verlängerung der Maßnahmen führen.

Für die Beurteilung der Schutzgebietsbeeinträchtigung ist ferner zu berücksichtigen, inwieweit ein Vorhaben als Einzelvorhaben singulär bleiben oder weitere vergleichbare Vorhaben nach sich ziehen wird und ob und inwieweit sich solche Folgemaßnahmen begrenzen lassen. Die Situation ist insoweit vergleichbar mit derjenigen im Baurecht, wonach eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange insbesondere vorliegt, wenn ein Vorhaben im Außenbereich die Entstehung einer Splittersiedlung befürchten lässt (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 BauGB). Dazu ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass schon bei der Beurteilung einer erstmaligen Genehmigung die potenzielle Vorbildwirkung des Vorhabens zu berücksichtigen ist.⁹¹

Bei Aufsuchungsbohrungen ist schon von ihrem Zweck her mit Folgevorhaben zu rechnen. Sind sie erfolgreich, muss damit gerechnet werden, dass das Interesse an solchen Bohrungen auch andernorts im Wattenmeer entstehen kann, um Kohlenwasserstoffe nicht nur an den bestehenden Standorten der Mittelplate und der zugehörigen Landstation Dieksand, sondern eventuell auch von neu zu er-

⁹¹ Vergleiche nur Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 35 Rn. 94 mit Hinweis auf BVerwG, Beschl. v. 08.04.2014, 4 B 5/14, ZfBR 2014, 494.

richtenden Förderbohrungen von Land aus zu fördern. Dazu wäre eine systematische Erkundung des gesamten Wattenmeers denkbar, soweit eine Förderung von Land aus möglich erscheint. Bleiben die bisher geplanten 3 Erkundungsbohrungen dagegen erfolglos, muss ebenfalls damit gerechnet werden, dass weitere Erkundungsbohrungen an anderen Standorten durchgeführt werden sollen, um wenigstens die Förderung in der Mittelplate langfristig erhalten bzw. erweitern zu können.

Soweit der Antrag nicht bereits deshalb abgelehnt wird, weil kein atypischer Fall vorliegt, sind die Auswirkungen der im Arbeitsprogramm vorgesehenen Maßnahmen auf den Schutzzweck des Nationalparks naturschutzfachlich näher zu bewerten. Soll der Antrag abgelehnt werden, ist der Antragsteller dazu anzuhören. Die Gründe der Ablehnung einer Ausnahme sind im Einzelnen darzulegen. Dabei sind u.a. zu berücksichtigen:

- die in Frage kommenden Standorte von Erkundungsbohrungen und die Schutzwürdigkeit der jeweiligen Bereiche des Wattenmeeres [vgl. dazu bereits oben III.8.d)dd)],
- konkret betroffene naturschutzfachliche Belange und
- mögliche und ggf. vom Antragsteller vorgesehener Schutzvorkehrungen zur Reduzierung von Auswirkungen.

Im Ergebnis spricht danach – vorbehaltlich einer genaueren naturschutzfachlichen Prüfung – bereits die mit einer Tiefbohrung zwangsläufig verbundene Störung eines Gebietes, in dem der Ablauf der Naturvorgänge möglichst nicht gestört werden soll, gegen das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Ausnahme gem. § 6 Abs. 4 Satz 1 NPG.

dd) Erforderlichkeit einer Abwägung

Nach der allgemeinen Zweckbestimmung des NPG sind jegliche Nutzungsinteressen mit dem Schutzzweck im Allgemeinen und im Einzelfall gerecht abzuwägen (§ 2 Abs. 3 Satz 2 NPG). Dieses Abwä-

gungsgebot gilt nach Maßgabe der Gesetzesbegründung insbesondere für Entscheidungen über zulässige Maßnahmen nach § 6 NPG.⁹²

Nach der Rechtsprechung des OVG Schleswig ist eine Abwägung des auf einen möglichst ungestörten Ablauf der Naturvorgänge zielen- den Optimierungsgebotes (§ 2 Abs. 1 Satz 2 NPG) mit anderen Nut- zungsinteressen (§ 2 Abs. 3 Satz 2 NPG) erforderlich, wenn am Maß der Beeinträchtigung des Schutzzwecks noch Zweifel bestehen. Im Rahmen dieser Abwägung hat der Schutz des Ablaufs von Naturvor- gängen nur und erst dann zurückzutreten, wenn gleich- oder hö- herwertige Belange entgegenstehen.⁹³ Im Rahmen einer solchen Abwägung wäre dann auch die Rohstoffsicherungsklausel des § 48 Abs. 1 Satz 2 BBergG zu berücksichtigen [dazu oben III.8.d)ee)].⁹⁴

Nach der Rechtsprechung des OVG Schleswig ist eine Abwägung bei der Ausnahmeregelung in § 6 Abs. 4 Satz 1 NPG nur dann erforder- lich, wenn Zweifel daran verbleiben, ob eine nachhaltige Störung vorliegt.⁹⁵

Der Abwägungsklausel in § 6 Abs. 3 Satz 2 NPG lässt sich diese Ein- schränkung zwar nicht entnehmen. Deshalb könnte eine Abwägung auch dann erforderlich sein, wenn das Vorliegen einer nachhaltigen Störung feststeht.

Allerdings wäre dann eine Abgrenzung zwischen Ausnahmen und Befreiungen kaum mehr möglich. Die in § 6 Abs. 4 Satz 1 NPG gere- gelten Tatbestandsvoraussetzungen einer Ausnahme würden mit denjenigen einer Befreiung aus überwiegenden öffentlichen Interes- sen verschwimmen, wenn es schon für die Ausnahmevorschrift letztlich nur darauf ankäme, ob andere öffentliche Interessen die In- teressen des Naturschutzes überwiegen. Diese Interessenabwägung muss deshalb jedenfalls dann, wenn eine nachhaltige Störung fest-

⁹² Gesetzesbegründung zu § 2 Abs. 2 NPG 1985, LT-Drs. 10/907, S. 17, vgl. zur Fortgeltung der Gesetzentwurf des NPG 1999, LT- Drs. 14/2159, S. 10.

⁹³ *OVG Schleswig*, NordÖR 2004, 450, 452.

⁹⁴ Vgl. VG Leipzig, Urt. v. 19.01.1995, 5 K 23.94, ZfB 1995, 48, 53, das insofern von absoluten und relativen Einschränkungen spricht.

⁹⁵ *OVG Schleswig*, Urt. v. 24.11.2003, 1 LB 46/03, NordÖR 2004, 450, 452.

steht, der eigens dafür vorgesehenen Befreiungsregelung des § 67 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG vorbehalten bleiben [dazu unten III.8.f)].

ee) Ermessen

Geht man wie hier davon aus, dass kein atypischer Fall vorliegt und die geplanten Erkundungsbohrungen mit einer nachhaltigen Störung des Schutzzwecks des Nationalparks verbunden wären, ist die Erteilung einer Ausnahme schon mangels Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen abzulehnen. Für eine Ermessensbetätigung ist dann kein Raum.⁹⁶

f) Behördliche Befreiung aus überwiegendem öffentlichem Interesse

Von Geboten und Verboten des NPG kann auf Antrag Befreiung gewährt werden, wenn dies aus Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Art, notwendig ist (§ 67 Abs. 1 Satz 1 Nr 1 BNatSchG).

Dazu müssen nach der Rechtsprechung zwei Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sein: Zum einen setzt die Befreiungssituation einen so nicht vorgesehenen und deshalb singulären Einzelfall voraus, der sich vom gesetzlich geregelten Tatbestand durch das Merkmal der Atypik abhebt [dazu oben III.8.d)]. Ist diesem Erfordernis genügt, so bedarf es zusätzlich einer Abwägungsentscheidung der Behörde im Sinne einer bilanzierenden Gegenüberstellung der jeweils zu erwartenden Eingriffe und Folgen. Diese nur eingeschränkter gerichtlicher Kontrolle unterliegende Abwägung setze eine sorgfältige Ermittlung und Gewichtung der gegenläufigen Belange voraus.⁹⁷

Liegt dagegen – wie hier – kein atypischer Fall vor [dazu oben III.8.d)bb) bis ee)], bedarf es nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auch keiner weiteren Abwägung. Denn dann fehlt es bereits an einem die

⁹⁶ *OVG Schleswig*, Urt. v. 24.11.2003, 1 LB 46/03, NordÖR 2004, 450.

⁹⁷ So *OVG Berlin*, Beschl. v. 28.09.2012, 11 S 61.12, NuR 2012, 852 (853), juris, Rn. 5 m.H.a. *OVG Berlin*, Urt. v. 22.06.2006, 11 B 7.05, juris, Rn. 38; *VGH Mannheim*, Urt. v. 14.03.2011, 5 S 644/09, juris, Rn. 45 und 48 und zur naturschutzrechtlichen Abwägung im Rahmen der Fachplanung *BVerwG*, Urt. v. 17.01.2007, 9 C 1/06, juris, Rn. 22 f. und *OVG Sachsen*, Urt. v. 15.12.2011, 5 A 195/09, juris, Rn. 408; vgl. ferner *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 67 Rn. 2 und 4.

Anwendbarkeit der Befreiungsvorschrift eröffnenden Sonderfall, so dass eine konkrete Abwägung der widerstreitenden Interessen nicht mehr erforderlich ist.⁹⁸ Für den typischen und gesetzlich geregelten Fall hat der Gesetzgeber die widerstreitenden Interessen abschließend abgewogen, so dass für eine abweichende Abwägung im Gesetzesvollzug kein Raum bleibt [dazu oben III.8.d)aa)]. Damit bleibt auch für die Anwendung der Rohstoffsicherungsklausel kein Raum, wenn der Gesetzgeber die Interessen an der Rohstoffsicherung bereits abschließend mit den Naturschutzinteressen abgewogen hat [vgl. dazu oben III.8.e)dd)].

Die Erteilung einer Befreiung nach § 67 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG steht im Ermessen der Behörde.⁹⁹ Hierzu wird zu Recht darauf hingewiesen, dass die entscheidungsrelevanten Aspekte meist schon im Rahmen der Abwägung auf der Ebene des Tatbestandes zu berücksichtigen sind. Gleichwohl können jedoch – je nach Sachlage – Ermessenreste verbleiben, die trotz Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen zu einer fehlerfreien Versagung der Befreiung berechtigen.¹⁰⁰

Darauf kommt es vorliegend jedoch nicht an, da schon gar kein atypischer Fall ersichtlich ist, der eine Abweichung von der im NPG durch den Landesgesetzgeber getroffenen grundsätzlichen Vorrangentscheidung zugunsten des Naturschutzes berechtigen würde.

g) Behördliche Befreiung wegen übermäßiger Belastung

Von Geboten und Verboten nach dem Naturschutzrecht der Länder kann schließlich auf Antrag Befreiung gewährt werden, wenn die Durchführung der Vorschriften im Einzelfall zu einer unzumutbaren Belastung führen würde und die Abweichung mit den Belangen von Naturschutz und Landschaftspflege vereinbar ist (§ 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BNatSchG)

⁹⁸ BVerwG, Beschl. v. 14.09.1992, 7 B 130/92, NVwZ 1993, 583, 584, zu § 31 Abs. 1 Nr. 1 a) BNatSchG 1976, im Anschluss an BVerwGE 40, 268, 271 f., und BVerwGE 48, 123, 127 ff. = NJW 1975, 2083; vgl. nur *Lau*, in Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 67 Rn. 2 und 4.

⁹⁹ VGH Mannheim, Beschl. v. 24.03.2014, 10 S 216/13, ZUR 2014, 369, 371; BVerwG, Urt. v. 21.06.2006, 9 A 28/05, BVerwGE 126, 166, Rn. 47 ff., zu § 62 Abs. 1 BNatSchG 2002.

¹⁰⁰ So *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 80 EL Mai 2016, BNatSchG, § 67 Rn. 24.

Mit diesem Befreiungstatbestand will der Gesetzgeber den verfassungsgerichtlichen Vorgaben zum Schutz des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG) gerecht werden. Danach sind bei Eigentumseingriffen in erster Linie Vorkehrungen zu treffen, die eine unverhältnismäßige Belastung des Eigentümers real vermeiden und die Privatnützigkeit des Eigentums soweit wie möglich erhalten, was eine Befreiungsregelung im privaten Interesse neben bzw. vorrangig zu Ausgleichs- und Entschädigungsregelungen geboten erscheinen lässt.¹⁰¹ Eine unzumutbare Belastung liegt vor diesem Hintergrund dann vor, wenn der betreffende Eingriff im Rahmen einer Abwägung der betroffenen (Grund-)Rechtspositionen mit den öffentlichen Interessen, die mit dem jeweiligen naturschutzrechtlichen Gebot oder Verbot verfolgt werden, wegen der Besonderheit der Situation und der Schwere des Eingriffs unangemessen bzw. unbillig erscheint.¹⁰² Dem Betroffenen muss durch das Gebot oder Verbot, von dem eine Befreiung gewährt werden soll, gleichsam ein Sonderopfer abverlangt werden.¹⁰³

Für eine derartige unzumutbare Belastung sind hier keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich. Die mit der Errichtung und dem Betrieb der Bohrplattform verbundenen Investitionen von ca. 1,5 Mrd. € dürften sich mit der bereits geförderten Menge von ca. 32 Mio. Tonnen Öl und den weiter über die Mittelplate förderbaren 25 Mio. Tonnen Öl¹⁰⁴ mehr als amortisiert haben. Damit wird die Privatnützigkeit der eigentumsrechtlich geschützten Rechtspositionen des Betreibers nicht in Frage gestellt. Die im Baurecht nach früherer Rechtsprechung anerkannte, inzwischen aber aufgegebenen Rechtsprechung zum überwirkenden Bestandschutzes kann auf Bergbautätigkeiten schon deswegen nicht angewandt werden, weil Bergbauberechtigungen anders als Baugenehmigungen stets nur auf Zeit vergeben werden und keine dauerhaften Ansprüche begründen können.¹⁰⁵

Eine Befreiung wegen übermäßiger Belastungen kommt danach nicht in Betracht.

¹⁰¹ So Lau, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 67 Rn. 6 m.H.a. BT-Drs. 16/12247, S. 76 ff. und Verweis auf BVerfG, Beschl. v. 02.03.1999, 1 BvL 7/91, NJW 1999, 2877, 2879.

¹⁰² Lau, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 67 Rn. 6 m.H.a. VG Halle, Urt. v. 19.08.2010, 4 A9/10, Juris Rn. 56.

¹⁰³ Lau, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 67 Rn. 6 m.H.a. VG Minden, Urt. v. 22.10.2014, 11 K 3865/13, Juris Rn. 65.

¹⁰⁴ Siehe DEA, Umweltgerecht Öl fördern, 2016, veröffentlicht unter <http://dea-group.com/de/projekte/mittelplate>.

¹⁰⁵ Vergleiche zum Baurecht Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 36 Rn. 186.