

**Geschäftsstelle**

Kommission  
Lagerung hoch radioaktiver Abfallstoffe  
gemäß § 3 Standortauswahlgesetz

Arbeitsgruppe 2  
Evaluierung

---

**Stellungnahme von RAn Dr. Bettina Keienburg**

zur Anhörung „Bergrecht“ der Arbeitsgruppe 2 am 13. April 2015

---

<p><b>Kommission</b> <b>Lagerung hoch radioaktiver Abfallstoffe</b> <b>K-Drs. /AG2-13</b></p>
---

**Sitzung der Arbeitsgruppe 2 der Kommission Lagerung hoch radioaktiver Abfallstoffe  
am 13.04.2015 zum Thema Bergrecht/Veränderungssperre**

**Kurzstellungnahme zu den von der Arbeitsgruppe gestellten Fragen**

**1. Welche rechtlichen Möglichkeiten werden gesehen, unter Verzicht auf eine atomrechtliche Veränderungssperre die Sicherung des Standortes Gorleben mit gleicher Wirkung und in gleichem Umfang zu gewährleisten und diesen damit effektiv gegen Veränderungen zu schützen?**

Da Endlagerstandorte zur Lagerung radioaktiver Abfälle bei der derzeitigen Konzeption der Endlagerung in tiefen geologischen Formationen intakt sein müssen, d.h. ein Barrierewirkung entfaltendes Wirtsgestein erfordern, müssen Eingriffe Dritter in das Wirtsgestein verhindert werden. Dies war Gegenstand eines Rechtsstreits, betreffend den Standort Gorleben. Dort war von einer Gesellschaft die bergrechtliche Zulassung für Aufsuchungs- und Gewinnungsmaßnahmen im Bereich des Salzstocks Gorleben beantragt worden, woraus Folgewirkungen für den erkundeten Endlagerbereich resultiert hätten. Das OVG Lüneburg entschied mit Urteil vom 17.07.2008, 7 LC 53/05, dass die beantragten Aufsuchungs- und Gewinnungstätigkeiten im Salzstock Gorleben mit potentiellen Folgewirkungen für den Erkundungshorizont bergrechtlich aufgrund entgegenstehender überwiegender öffentlicher Interessen i.S.d. § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG nicht zulassungsfähig waren. Streitig war im Verfahren vor dem OVG Gorleben u.a., ob Bergbauvorhaben über § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG nur solche öffentlichen Interessen entgegenstehen können, die in expliziten öffentlich-rechtlichen Verbotsnormen manifestiert sind, oder auch sonstige in öffentlich-rechtlichen Normen konkretisierte aber nicht mit expliziten Verboten belegte Interessen. Das OVG Lüneburg bejahte dem Aufsuchungs- und Gewinnungsvorhaben entgegenstehende überwiegende öffentliche Interessen unabhängig von ausdrücklichen Verbotsnormen aufgrund des in §§ 1 Nr. 2, 9a Abs. 3 S. 1, 9g AtG und § 126 Abs. 3 BBergG zum Ausdruck kommenden öffentlichen Interesses an der Findung eines Standorts zur Endlagerung wärmeentwickelnder radioaktiver Abfälle; darüber hinaus bejahte das OVG Lüneburg zudem die Existenz einer ausdrücklichen Verbotsnorm in § 2 Abs. 1 Gorleben-Veränderungssperren-Verordnung (GVSpV), die der beantragten Aufsuchung und Gewinnung von Salz im Salzstock Gorleben aufgrund der damit einhergehenden, die Standorterkundung erheblich erschwerenden, Veränderung entgegen stand (OVG Lüneburg, ZfB 2008, 257, 265 ff.).

Welche öffentlichen Interessen über § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG zu beachten sind, ist höchst-richterlich nicht abschließend entschieden. In der Garzweiler-Entscheidung vom 14.12.1990, 7 C 18/90, hat das BVerwG ausgeführt, dass § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG die Befugnisse der Bergbehörden auf außerbergrechtliche Vorschriften erweitere, „aber nur insoweit, als sie Verbote oder Beschränkungen für das Vorhaben aussprechen“ (BVerwG ZfB 1991, 140, 144); eine ähnlich restriktive Formulierung findet sich in der Gorleben-Entscheidung des

BVerwG vom 02.11.1995, 4 C 14/94, mit dem Verweis auf öffentlich-rechtliche Vorschriften, die „Tätigkeiten verbieten oder beschränken“ (BVerwG, BVerwGE 100, 1, 16). In anderen Entscheidungen hat das BVerwG dagegen im Rahmen des § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG öffentlich-rechtliche Vorschriften herangezogen, die keine ausdrücklichen Verbote beinhalten, aber öffentliche Interessen normativ regeln. So sind § 22 BImSchG (BVerwGE 74, 315, 322 und ZfB 1991, 140, 142), das Bauplanungsrecht (BVerwG, ZfB 1989, 210, 215), der Eigentumschutz aus Art. 14 Abs. 1 GG (BVerwGE 81, 329, 345 f. und BVerwGE 126, 205 Rn. 19 f.), die abfallrechtlichen Grundpflichten und Anforderungen des Bodenschutzes (BVerwGE 123, 247, 254), die Ziele der Raumordnung (BVerwGE 126, 205 Rn. 21), das kommunale Selbstverwaltungsrecht (BVerwGE 127, 259 Rn. 30), der Hochwasserschutz (BVerwGE 127, 272 Rn. 40) und die naturschutzrechtlichen Belange (ZfB 2012, 236, 237) vom BVerwG als öffentliche Interessen, die im Rahmen des § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG Beachtung finden, entschieden worden. Aus dieser Rechtsprechung des BVerwG lässt sich ableiten, dass nicht nur ausdrückliche Verbotsnormen zu beachten sind, sondern auch sonstige normierte öffentliche Interessen. Welche das aber sind, ergibt sich aus der Rechtsprechung des BVerwG nicht verallgemeinerungsfähig, sondern nur anhand der Einzelfallkasuistik der bislang vorliegenden Entscheidungen.

Dass ein entsprechendes, im Rahmen des § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG zu beachtendes, überwiegendes öffentliches Interesse an der Findung eines Standorts zur Endlagerung wärmeentwickelnder radioaktiver Abfälle besteht, ist höchstrichterlich noch nicht positiv entschieden. Das BVerwG, das im Nachgang zur Entscheidung des OVG Lüneburg vom 17.07.2008 darüber zu befinden hatte, ob eine Revision zuzulassen war, hat die Frage, ob überwiegende öffentliche Interessen i.S.d. § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG nur solche sind, die sich in expliziten öffentlich-rechtlichen Verbotsnormen manifestieren, im Beschluss vom 23.03.2009, 7 B 54/08, ausdrücklich offen gelassen (BVerwG, NVwZ 2009, 778 Rn. 13 f.). Damit existiert keine höchstrichterliche Entscheidung, aus der sich definitiv ergibt, dass das in §§ 1 Nr. 2, 9a Abs. 3 S. 1, 9g AtG und § 126 Abs. 3 BBergG sowie zwischenzeitlich im Standortauswahlgesetz, dort u.a. § 12 Abs. 2 S. 3, zum Ausdruck kommende öffentliche Interesse an der Findung eines Standorts zur Endlagerung wärmeentwickelnder radioaktiver Abfälle unabhängig von ausdrücklichen Verboten und Beschränkungen ausreicht, um mit diesem Interesse kollidierende Aufsuchungs- und Gewinnungsvorhaben zu untersagen. Bereits insoweit stellt eine Veränderungssperre das rechtssichere Instrumentarium zur Verhinderung nachteiliger Veränderungen dar.

Hinzu kommt, dass über § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG – ganz unabhängig von der vorbehandelten Frage ausdrücklicher Verbotsnormen – nur Aufsuchungs- und Gewinnungstätigkeiten untersagt werden können, die nach Maßgabe des Bundesberggesetzes zulassungspflichtig sind. Vorhaben, die keiner Zulassung nach Bundesberggesetz bedürfen, können auch nicht über § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG verboten und verhindert werden. Das Bundesberggesetz erfasst aber nicht sämtliche Maßnahmen mit Einwirkungen auf den bzw. im Untergrund. So erfordert zum einen der Abbau von Bodenschätzen, die nicht von der enumerativen Auflistung bergfreier und grundeigener Bodenschätze in § 3 Abs. 3 u. 4 BBergG erfasst sind, keine bergrechtliche Zulassung. Nicht vom Bundesberggesetz erfasst ist damit der Abbau sog. Grundeigentümerbodenschätze, die im Eigentum des Grundeigentümers stehen und deren Abbau abhängig vom jeweiligen Landesrecht ggf. einer Genehmigung nach Baurecht oder

Abgrabungsrecht erfordert; dazu gehören etwa Kiese und Sande, soweit sie sich nicht für die Feuerfestindustrie eignen, und Ton, soweit er sich nicht für die Feuerfestindustrie oder zur Herstellung von Aluminium eignet. Zum anderen nimmt das Bundesberggesetz in § 4 Abs. 2 2. Halbsatz bestimmte Tätigkeiten aus der Gewinnungsbegrifflichkeit und damit ebenfalls aus dem Geltungsbereich des Gesetzes und den berggesetzlichen Zulassungspflichten aus. Das gilt für das Lösen und Freisetzen jedweder Bodenschätze – also auch bergfreier und grundeigener Bodenschätze i.S.d. § 3 Abs. 3 u. 4 BBergG – in einem Grundstück aus Anlass oder im Zusammenhang mit dessen baulicher oder sonstiger städtebaulicher Nutzung und in oder an einem Gewässer als Voraussetzung für dessen Ausbau oder Unterhaltung. Deshalb ist etwa das Ausheben von Baugruben für Gebäude aber auch das Ausschachten von Tunneln bergrechtlich nicht zulassungspflichtig. Ebenso ist die Gewinnung von Erdwärme für die bauliche Nutzung eines Grundstücks bergrechtlich jedenfalls bei Bohrungen mit einer Länge von nicht mehr als 100 m zulassungsfrei. Auch derartige Maßnahmen und Tätigkeiten können im Bereich eines potentiellen Endlagerhorizonts nachteilige Veränderungen bewirken, ohne dass dies über § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG verhinderbar wäre.

Damit bietet das Bergrecht keinen ausreichenden und keinen den Inhalten der Gorleben-Veränderungssperren-Verordnung entsprechenden Schutz vor Veränderungen.

## **2. Welche rechtlichen Möglichkeiten einschließlich des Bergrechts werden unter dem Gesichtspunkt der Standortsicherung für Handlungsoptionen zur Erreichung einer (möglichst frühzeitigen) Gleichbehandlung des durch eine Veränderungssperre oder eine andere gleichwirksame Sicherung belegenen Standortes Gorleben mit anderen möglichen Standorten gesehen?**

Gem. § 29 Abs. 1 S. 1 u. 2 StandAG wird der Salzstock Gorleben wie jeder andere in Betracht kommende Standort gemäß den nach dem Standortauswahlgesetz festgelegten Kriterien und Anforderungen in das Standortauswahlverfahren einbezogen und kann lediglich im Rahmen der Verfahrensabschnitte gem. §§ 13 – 20 StandAG ausgeschlossen werden. Das Erkundungsbergwerk wird gem. § 29 Abs. 2 S. 2 StandAG bis zu einem eventuellen Ausschluss aus dem Verfahren unter Gewährleistung aller rechtlichen Erfordernisse offen gehalten.

Es liegt insoweit ein notwendiger Unterschied des Salzstocks Gorleben zu anderen Standorten vor, als der Standort Gorleben bekannt ist, während andere Standorte noch nicht bekannt sind. Dieser Unterschied darf nicht zu Lasten anderer in das Auswahlverfahren einzubeziehender Standorte gehen; das regelt § 29 Abs. 1 S. 3 u. 4 StandAG. Der Unterschied darf aber auch nicht zu Lasten des Standorts Gorleben gehen. Deshalb ist das existente Erkundungsbergwerk offen zu halten, was eine Sicherung vor nachteiligen Veränderungen bedingt. Dafür ist die Veränderungssperre aus § 9g Abs. 1 S. 1 u. 2 AtG das geeignete Mittel.

Dementsprechend ist auch in der amtlichen Begründung des Standortauswahlgesetzes ausgeführt, dass das Erkundungsbergwerk solange, wie der Standort nicht nach dem Standortauswahlgesetz ausgeschlossen wurde, unter Gewährung aller rechtlichen Erfordernisse offen gehalten wird; die Verlängerung der Gorleben-Veränderungssperre ist als Instrumentari-

um beispielhaft angesprochen (BT-Drs. 17/13833 mit Verweis auf BT-Drs. 17/13471, dort S. 30).

Einer Verlängerung der Gorleben-Veränderungssperre steht auch nicht entgegen, dass dies eine aktuelle Erkundung des Standorts Gorleben implizierte. Eine Veränderungssperre und auch deren Verlängerung ist gem. § 9g Abs. 1 S. 1 AtG nicht nur zur Durchführung von Erkundungsmaßnahmen, sondern auch zur Sicherung der Standorterkundung und damit auch zur Sicherung der Möglichkeit zukünftiger Erkundungsmaßnahmen zulässig, was auch der Beschluss der Gorleben-Veränderungssperre im Jahre 2005 während des Moratoriums und damit während der damaligen Unterbrechung der Erkundung des Salzstocks erhellt. Da der Standort Gorleben vorbehaltlich seines Ausschlusses im Standortauswahlverfahren in die Standortauswahl einbezogen und damit nach Maßgabe des Standortauswahlgesetzes zu erkunden ist, dient die Veränderungssperre der Sicherstellung der Erkundung des Standorts Gorleben nach Maßgabe des Standortauswahlgesetzes.

### **3. Welche rechtlichen Möglichkeiten werden gesehen für eine einheitliche, alle potentiellen Standorte (inklusive des Standortes Gorleben) betreffende Sicherungsregelung?**

Die Veränderungssperre steht im Standortauswahlverfahren gem. § 12 Abs. 2 S. 4 StandAG für „die Erkundung nach diesem Gesetz und die jeweiligen Standortentscheidungen“ zur Verfügung. Unter Erkundung versteht das Gesetz nicht die Festlegung von Kriterien für die Endlagersuche gem. § 4 Abs. 5 StandAG durch Gesetz im Nachgang zu der Tätigkeit der Endlagerkommission. Die Festlegung der Kriterien ist Voraussetzung der Erkundung und Vorbereitung der Erkundung aber nicht selbst Erkundung. Aus den Kriterien als solchen ergeben sich vor der Ermittlung in Betracht kommender Standortregionen durch den Vorhabenträger, das Bundesamt für Strahlenschutz, unter Anwendung der Kriterien keine hinreichend konkretisierten Regionen. Erst mit dem Vorschlag des Vorhabenträgers für die in Betracht kommenden Standortregionen gem. § 13 Abs. 3 StandAG konkretisieren sich die Standorte. Frühestens ab diesem Zeitpunkt dürfte ein Planungsstand vorliegen, anhand dessen sich das Planungsgebiet bzw. die Planungsgebiete festlegen lässt/lassen, was zwingende Voraussetzung für eine Veränderungssperre ist. Aufgrund der mit einer Veränderungssperre verbundenen Eigentumsbetroffenheiten muss sich die räumliche Reichweite eines Planungsgebiets im Rahmen des Erforderlichen halten, woraus sich ergibt, dass die zu sichernde Planung räumlich konkretisierbar sein muss.

Es könnte überlegt werden, eine zu dem Vorschlag des Vorhabenträgers über die zu untersuchenden Standortregionen akzessorische Veränderungssperre gesetzlich zu regeln, d.h. ähnlich der Regelung in § 9a Abs. 1 FStrG zu normieren, dass kraft gesetzlicher Regelung ab Unterbreitung des Vorschlags gem. § 13 Abs. 3 StandAG auf den zu erkundenden Flächen oder in deren Untergrund wesentlich wertsteigernde oder das Vorhaben der Standorterkundung erheblich erschwerende Veränderungen nicht vorgenommen werden dürfen. Voraussetzung dafür wäre – ebenso wie für eine Veränderungssperre nach § 9g Abs. 1 AtG – dass die betroffenen Flächen bereits mit dem Vorschlag des Vorhabenträgers hinreichend bestimmt, d.h. parzellenscharf dargestellt werden.

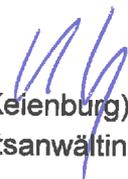
Die gesetzliche Festlegung der zunächst übertägig und sodann untertägig zu erkundenden Standorte gem. §§ 14 Abs. 2 S. 5, 17 Abs. 2 S. 5 StandAG dürfte trotz der Bindungswirkung von Gesetzen – ohne entsprechende gesetzliche Festlegung – nicht ausreichen, kollidierende Vorhaben Dritter zu verhindern. Denn es ist auf Grundlage des StandAG nicht ersichtlich, dass sich aus den Standortauswahlgesetzen weitergehende Regelungen als eine Festlegung, welche Bereiche zu erkunden sind, ergeben sollen. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass mit den Gesetzen zugleich Verbote von Veränderungen geregelt werden sollen, zumal dafür in § 12 Abs. 2 S. 4 StandAG ausdrücklich das Instrumentarium der Veränderungssperre gem. § 9g AtG in Bezug genommen ist. Auch dies könnte etwa durch eine zu den Gesetzen akzessorische Veränderungssperre anders geregelt werden, wenn nicht bereits eine Veränderungssperre mit dem Vorschlag des Vorhabenträgers verbunden wird.

Überlegt werden könnte zudem, dem Bund die Befugnis einzuräumen, Raumordnungspläne für das Bundesgebiet mit Festlegungen zu untertägigen Nutzungen zum Zwecke der länderübergreifenden Entsorgung hoch radioaktiver Abfallstoffe aufzustellen. Auch bei einer derartigen Befugnis des Bundes würden entsprechende raumordnerische Festlegungen des Bundes aber zunächst eine Konkretisierung der zu untersuchenden Standorte erfordern. Zudem ergäbe sich aus raumordnerischen Vorgaben des Bundes eine Bindungswirkung nach Maßgabe des § 4 Abs. 1 S. 1 u. 2 ROG allein für raumbedeutsame Maßnahmen und Planungen öffentlicher Stellen sowie für raumbedeutsame Maßnahmen und Planungen von Personen des Privatrechts, die einer Planfeststellung oder einer Genehmigung mit den Rechtswirkungen der Planfeststellung bedürfen, und von Personen des Privatrechts, die raumbedeutsame Maßnahmen und Planungen in Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durchführen, wenn öffentliche Stellen an den Personen mehrheitlich beteiligt sind oder die Planungen und Maßnahmen überwiegend mit öffentlichen Mitteln finanziert werden. Eine weitergehende Bindung auch gegenüber sonstigen Planungen Privater könnte sich nur aus Raumordnungsklauseln in Fachgesetzen, wie etwa in § 35 Abs. 3 S. 2 BauGB und auch in § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG enthalten, ergeben. Damit könnte über eine Befugnis des Bundes zur untertägigen Raumordnung zu Zwecken der Entsorgung hochradioaktiver Abfälle keine einer Veränderungssperre entsprechende umfassende Sicherung vor Veränderungen aufgrund kollidierender Vorhaben Dritter erreicht werden.

Im Verhältnis zu konkurrierenden Landes- und Ortsplanungen ist zu überlegen, ob sich bereits aus der Festlegung der zunächst übertägig und sodann untertägig zu erkundenden Standorte durch Bundesgesetz gem. §§ 14 Abs. 2 S. 5, 17 Abs. 2 S. 5 StandAG sowie aus der abschließenden Festlegung des Standorts durch Bundesgesetz gem. § 20 Abs. 2 S. 1 StandAG aufgrund des Vorrangs des Gesetzes eine Vorrangwirkung vor entgegenstehenden Landesplanungen ergibt. Eine entsprechende Vorrangregelung könnte auch ausdrücklich im StandAG normiert werden. Entsprechende Regelungen finden sich in § 16 Abs. 3 S. 3 FStrG und in § 15 Abs. 1 S. 2 NABEG für die – nicht durch Gesetz geregelte – Linienbestimmung der Bundesfernstraßen und die Bundesfachplanung, die allerdings auf vorherigen vertieften Prüfungen, insbesondere einer strategischen Umweltprüfung, beruhen. Konflikte zwischen der Bindungswirkung der Ziele der Raumordnung nach § 4 ROG und raumbedeutsamen Planungen öffentlicher Stellen des Bundes, und damit etwa des Bundesamts für Strahlenschutz, können regelmäßig über § 5 ROG gelöst werden. Gem. § 5 Abs. 1 ROG gilt die Bindungswirkung der Ziele der Raumordnung gegenüber raumbedeutsamen Planungen öffentli-

cher Stellen des Bundes nur, wenn die zuständige Stelle bei der Aufstellung des Raumordnungsplans nach § 10 ROG beteiligt wurde und sie innerhalb einer Frist von zwei Monaten nach Mitteilung des rechtsverbindlichen Ziels nicht widersprochen hat. Ein Widerspruch lässt die Bindungswirkung des Ziels der Raumordnung gegenüber der widersprechenden Stelle gem. § 5 Abs. 2 ROG nicht entstehen, wenn entweder das ihre Belange berührende Ziel der Raumordnung auf einer fehlerhaften Abwägung beruht oder sie ihre raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen nicht auf anderen geeigneten Flächen durchführen kann als auf denen, für die ein entgegenstehendes Ziel im Raumordnungsplan festgelegt wurde. Im Fall einer nachträglichen Veränderung der Sachlage – etwa einer erst nach Erlass eines Raumordnungsplans erfolgenden Festlegung von Erkundungsstandorten – mit der Folge des Erfordernisses eines Abweichens von den Zielen der Raumordnung kann die Stelle gem. § 5 Abs. 3 ROG innerhalb angemessener Frist, spätestens sechs Monate ab Kenntnis der veränderten Sachlage, unter den Voraussetzungen von § 5 Abs. 2 ROG nachträglich widersprechen.

Essen, den 12.04.2015

  
(Dr. Keienburg)  
Rechtsanwältin

**KÜMMERLEIN**  
RECHTSANWÄLTE & NOTARE

Messeallee 2 \* 45131 Essen  
Telefon (0201) 17 56 600 \* Telefax (0201) 17 56 666