

39. Umweltrechtliche Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht

Von Rechtsanwalt und Notar *Prof. Dr. Bernhard Stüer*, Richter am BGH-Anwaltssenat, Münster/Osnabrück, und Dipl.-Jur. *Dirk Buchsteiner*, Berlin/Osnabrück*

Seit dem Jahre 1976 versammeln sich die Umweltrechtler Deutschlands einmal im Jahr zunächst an der Berliner Hardenbergstraße 31 und seit dem Umzug des BVerwG im Jahre 2002 in turnusmäßigem Wechsel auch am Leipziger Simsonplatz 1. So konnte der Vorsitzende der Gesellschaft für Umweltrecht *Prof. Dr. Wolfgang Ewer* (Kiel) zur 39. Umweltrechtlichen Fachtagung, die in der Zeit vom 12. bis 14.11.2015 in der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften stattfand, mehr als 250 Teilnehmer aus allen Bereichen von Universitäten, Ministerien, Behörden, Richterschaft und Anwaltschaft begrüßen. Die Teilnehmer hatten sich unweit des von Stadtbaumeister *Karl Friedrich Schinkel* konzipierten Gendarmenmarktes im Herzen der Bundeshauptstadt viel vorgenommen. Das europäische Schutzsystem „Natura 2000“, das Fracking sowie bereits am Vortag der Plenarberatungen im Plenarsaal des OVG Berlin/Brandenburg und ehemaligen BVerwG das Bodenschutzrecht und das EEG 2014 standen auf dem dichtgedrängten Programm.

1. Die europäischen Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung

Mehr als 20 Jahre nach Erlass der FFH-RL 1992 und mehr als 35 Jahre nach Erlass der Vogelschutz-RL 1979 sollten eigentlich alle wichtigen rechtlichen und fachlichen Fragen des europäischen Gebietsschutzes geklärt sein, sollte man meinen. Denn das in diesen beiden RL grundlegende Verbundsystem „Natura 2000“ ist inzwischen durch zahlreiche Gerichtsentscheidungen ausgeleuchtet worden und erstrahlt aus dieser Sicht geradezu in hellem Glanz.

Die Meldung für das Netz Natura 2000 in Deutschland ist seit 2007 abgeschlossen. Es hat mit der atlantischen, kontinentalen und alpinen Region Anteil an 3 von insgesamt 9 biogeografischen Regionen in Europa. Insgesamt hat Deutschland 4.606 FFH-Gebiete und damit 9,3 % der Landesfläche gemeldet, davon liegen 518 Gebiete mit 5,4 % der Landesfläche in NRW, erläuterte *Dr. Georg Verbücheln*

vom Landesamt für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz NRW (Recklinghausen).

Die fachlich geeignetsten FFH-Gebiete müssen der EU-Kommission gemeldet werden. Diese nimmt die Gebiete in eine Kommissionsliste auf. Hierdurch werden sie dem FFH-Schutzsystem unterstellt (Art. 4, 6 FFH-RL). Die Schutzgebiete sind zu erhalten und unterliegen einem Verschlechterungs- und Störungsverbot. Pläne und Projekte sind auf ihre Verträglichkeit zu prüfen. Dabei ist ein strenger Maßstab anzulegen. Die Darlegungs- und Beweislast liegt beim Vorhabenträger und der Behörde (BVerwG, Urteil vom 17.01.2007 – 9 A 20.05 – BVerwGE 128, 1 = DVBl 2007, 706, m. Anm. *Stüer*, DVBl 2007, 1147 – Halle Westumfahrung). Unverträgliche Eingriffe sind erst zulässig, wenn sie durch zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses gerechtfertigt sind, keine zumutbaren Alternativen zur Verfügung stehen und die erforderlichen Kohärenzmaßnahmen getroffen werden (BVerwG, Urteil vom 12.03.2008 – 9 A 3.06 – BVerwGE 130, 299 = DVBl 2008, 1199 – A 44 VKE 20 Hessisch Lichtenau II). Werden prioritäre (besonders geschützte) Arten oder Lebensraumtypen der FFH-RL in Mitleidenschaft gezogen, ist zunächst eine Stellungnahme der Brüsseler EU-Kommission einzuholen. Faktische Vogelschutzgebiete, die nicht durch nationale Schutzmaßnahmen ausgewiesen sind, unterliegen einem besonders strengen Schutz (BVerwG, Urteil vom 01.04.2004 – 4 C 2.03 – BVerwGE 120, 276 = DVBl 2004, 1115 – Hochmoselbrücke).

Das alles ist vom Grundsatz her klar. Aber es gibt durchaus noch dunkle Nischen in dem weitverzweigten Gebäude und auch zahlreiche juristische Baustellen, über die *RA Dr. Marcus Lau* (Leipzig) berichtete: Die Reichweite der erforderlichen Erhaltungsmaßnahmen (Art. 6 Abs. 1 FFH-RL) etwa, des Verschlechterungsverbotes und der Schutzmaßnahmen (Art. 6 Abs. 2 FFH-RL), der FFH-Verträglichkeitsprüfung (Art. 6 Abs. 3 FFH-RL) sowie der Abweichungsentscheidung (Art. 6 Abs. 4 FFH-RL). So gilt das Verschlechterungsverbot des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL auch dann, wenn der Eingriff selbst vor Ablauf der Umsetzungsfristen der FFH-RL zugelassen worden ist und daher den Anforderungen an die Verträglichkeitsprüfung des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL nicht unterliegt. Auch hier kann es zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen geboten sein, das Schutzsystem der Verträglichkeits- und Abweichungsprüfung (analog) anzuwenden. Bei der Verträglichkeitsprüfung können auch Vermeidungsmaßnahmen eingriffsmindernd eingestellt werden. Reine Ausgleichsmaßnahmen sind demgegenüber auf dieser Stufe noch nicht zu berücksichtigen, sondern gehen erst als Kompensationsmaßnahmen im Rahmen der Abweichungsprüfung in die Beurteilung ein. Noch nicht abschließend geklärt ist die Rechtslage, wenn ein Projekt bei seiner Zulassung den damals geltenden europarechtlichen Anforderungen nicht entsprach, inzwischen aber verwirklicht worden ist, erläuterte *Lau*. Soll dann der Bestands- und Vertrauensschutz gelten oder gegen die inzwischen entstandenen Fakten der formale Verstoß gegen die europarechtlichen Anforderungen die Oberhand

* Der Beitrag von Wolfgang Ewer zum deutschen und europäischen Umweltrecht (DVBl 2016, #) sowie der Rechtsprechungsbericht von OVG-Präsident Joachim Buchheister (Berlin/Brandenburg) (DVBl 2016, #) sind in diesem Heft abgedruckt. Zu den Tagungen der Vorjahre *Stüer*, DVBl 1990, 197; DVBl 1991, 101; DVBl 1991, 1355; DVBl 1992, 1585; DVBl 1993, 1345; DVBl 1995, 27; DVBl 1996, 93; DVBl 1996, 1418; *Stüer/Rude*, DVBl 1998, 176; DVBl 1999, 154; DVBl 2000, 250; DVBl 2001, 36; DVBl 2002, 27; *Stüer/Stengelhofen*, DVBl 2003, 32; *Stüer*, DVBl 2004, 27; DVBl 2004, 1531; DVBl 2005, 1566; DVBl 2006, 1570; DVBl 2007, 1544; *Stüer/Buchsteiner*, DVBl 2010, 13; DVBl 2011, 84; DVBl 2012, 92; DVBl 2013, 92; *Stüer*, DVBl 2014, 425; *Stüer/Buchsteiner*, DVBl 2015, 227. Über den Verlauf der Tagung gibt auch der im 1. Halbjahr 2016 erscheinende Tagungsband Auskunft: www.gesellschaft-fuer-umweltrecht.de.

gewinnen (Generalanwältin *Juliane Kokott*, Schlussanträge vom 03.09.2015 – C 346/14 – Kraftwerk an der Schwarzen Sulm; Generalanwältin *Eleanor Sharpston*, Schlussanträge vom 24.09.2015 – C-399/14 – Dresdener Waldschlösschenbrücke)?

Auch die aktuelle Praxis der FFH-Verträglichkeitsprüfung ist nach den Worten von Verbücheln alles andere als klar. Die sog. charakteristischen Arten sind unklar definiert; die Einwirkungen potenzieller stofflicher Immissionen etwa von Stickstoff sind nicht abschließend untersucht und auch projektbedingte stoffliche Einwirkungen sind in ihrer Summation noch nicht ausreichend geklärt. Die naturschutzfachliche Beurteilung kann hier mit Leitfäden und fachlichen Empfehlungen durchaus wichtige Hilfen leisten, erläuterte Verbücheln die Bedeutung der Naturschutzverwaltung.

Auch in der lebhaften Diskussion, die von *Prof. Dr. Sabine Schlacke* (Universität Münster) mit eleganter Hand geleitet wurde, war der Grundtenor, dass die Rechtsfragen des europäischen Gebietsschutzes noch keinesfalls als geklärt angesehen werden. Das gilt nicht nur für das Verhältnis der unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Pflichten, die sich aus der Listung eines FFH-Gebietes durch die EU-Kommission oder der nationalen Ausweisung eines Vogelschutzgebietes ergeben. Bei den Erhaltungspflichten (Art. 6 Abs. 1 FFH-RL) sowie bei den Verschlechterungs- sowie Störungsverboten (Art. 6 Abs. 2 FFH-RL) hat der Mitgliedstaat offenbar ein erhebliches Mitspracherecht durch Spielräume in der fachlichen Beurteilung aber auch durch ein Bewirtschaftungsermessen etwa bei den Managementplänen. Ob dabei allerdings im Hinblick auf den Erhaltungszustand auf den großen Bereich einer biogeografischen Region und in erster Linie auf prioritäre „Flaggschiffarten“ oder Lebensraumtypen abgestellt werden darf, ist wohl ebenfalls noch nicht abschließend geklärt. Jedenfalls darf die Gebietskulisse nicht verschoben werden. Auch die Bedeutung des Standarddatenbogens als „robuste Auslegungshilfe“ könnte vielleicht noch nicht ausreichend klare Konturen aufweisen, hatte *Schlacke* bereits zu Beginn der Debatte zu Bedenken gegeben.

Hat eine Art das europäische Schutzgebiet einfach ohne zu fragen verlassen, eröffnen sich schwierige Fragen. Denn vor allem, wenn das tatsächliche Leben vom Akteninhalt abweicht, kann es kaum lösbare Probleme geben, wissen wir aus Vergleichsbeispielen. Der Versuch, die Arten einfach zur Rückkehr zu zwingen, wie man es dem Vernehmen nach bei dem Großvogel A 380 und der Erweiterung des Airbusgeländes in das Mühlenberger Loch hinein (*Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2015, Rn. 3390) durch Aufstellen von Umleitungsschildern „Fliegen Sie zu den Hahnhöfer Sanden“ versucht hat, blieb wenig erfolgreich, wie wir aus der mündlichen Verhandlung zur Elbevertiefung und der anschließenden Entscheidung wissen (BVerwG, Beschluss vom 02.10.2014 – 7 A 14.12 – DVBl 2015, 95 m. Anm. *Stüer* 101). Die 1.275 Löffelenten hatten sich im Gegensatz zu den 3.000 Krickenten und den 1.500 Brandgänsen einfach nicht nach den Umleitungshinweisen in das Süßwasserwatt auf der Elbinsel gerichtet, sondern im alten Hamburger Holzhafen sich ein aus ihrer Sicht auskömmliches Ausweichquartier häuslich eingerichtet. Das kam natürlich wieder der weiteren Elbevertiefung in die Quere (zur Weservertiefung BVerwG; Urteil vom 11.07.2013 – 7 A 20.11 – DVBl 2013, 552; EuGH, Urteil

vom 01.07.2015 – C 462/13 – DVBl 2015, 1044 m. Anm. *Stüer* 1053). Ganz so einfach könne man sich eben nicht aus der Verantwortung stellen, wurde der Freien und Hansestadt Hamburg vom Naturschutzverein BUND vorgehalten.

Gelingt die Umsetzung des ursprünglich in Aussicht genommenen Naturschutzkonzepts nicht, müssen die Akten wohl mehr oder weniger zähneknirschend der Wirklichkeit angepasst werden, wurde in der Diskussion weitgehend unwiderleglich vermutet. Denn die Vögel einfach mit dem Kescher einzufangen, ist in der Umsetzung wohl schwieriger, als dies durch bestandskräftigen Verwaltungsakt anzuordnen. Eine wichtige Beurteilungsgrundlage kann durch entsprechende Fachinformationssysteme geschaffen werden, die in weitere fachliche und rechtliche Einzelfallbetrachtungen eingehen.

Im Rahmen der Verträglichkeitsprüfung schieben sich mehr und mehr Summationsbetrachtungen und kumulierende Wirkungen in den Vordergrund des rechtlichen Interesses (*Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2015, Rn. 3433). Beide Begriffe sind nicht identisch, hatte bereits *Schlacke* hervorgehoben. Anhand des Prioritätsgrundsatzes hatte das OVG Münster im Lünen-Trianel-Urteil (OVG Münster, Urteil vom 01.12.2011 - 8 D 58/08.AK – DVBl 2012, 244 m. Anm. *Stüer/Stüer*, 245) in Anlehnung an das Immissionsschutzrecht auf eine hinreichende Projektverfestigung abgestellt. Diese könne durch die Einreichung prüffähiger Unterlagen mit entsprechenden Bindungswirkungen für andere Zulassungen erreicht werden. Das BVerwG stellt bei diesem „Windhundrennen“ wohl eher auf den Zeitpunkt der Zulassungsentscheidung ab. Wer dort der erste ist, entscheidet für sich das Spiel, hatte RiBVerwG *Dr. Renate Philipp* die Rechtsprechung ihres Hauses sinngemäß zusammengefasst (BVerwG, Beschluss vom 05.09.2012 – 7 B 24.12 – DVBl 2012, 1568 – m. Anm. *Stüer/Stüer*, 1569 – Lünen-Trianel). Auf frühere Zeitpunkte abzustellen, könne eher zu Unklarheiten führen, wurde auch in der Diskussion hervorgehoben. Vielleicht könne eine Betrachtung anteiliger Auswirkungen weiterhelfen, wurde von *Prof. Dr. Eckart Rehbinder* (Universität Frankfurt) mit Hinweis auf den Luftschadstoffeintrag überlegt.

Vorbelastungen könnten hinzunehmen sein, wenn sie von Plänen oder Projekten ausgehen, die bereits bei Ablauf der Umsetzungsfristen der FFH-RL im Jahre 2004 zugelassen waren. Mit dieser scheinbar richtigen Erkenntnis nahm die Diskussion allerdings erst so richtig Fahrt auf. Ein umfassender Bestands- oder Vertrauensschutz sei mit dieser Erkenntnis allerdings nicht verbunden, wurde unter Hinweis auf das EuGH-Urteil zur Emsvertiefung (EuGH, Urteil vom 14.01.2010 - C-226/08 - DVBl 2010, 242 – 7,30-Beschluss m. Anm. *Stüer*, DVBl 2010, 244 und *Gärditz*, DVBl 2010, 247) dargelegt. Der EuGH habe in dieser Grundsatzentscheidung Zulassungen, die vor Ablauf der FFH-Umsetzungen getroffen worden seien, auch hinsichtlich ihrer fortdauernden Auswirkungen nicht der Verträglichkeitsprüfung nach Art. 6 Abs. 3 FFH-RL unterworfen. Würden allerdings auf der Grundlage der damaligen Zulassungsentscheidung weiterhin Eingriffe in die Ems durch neue Baggermaßnahmen durchgeführt, so greife das Verschlechterungs- und Störungsverbot des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL. Das könne auf diesem Umweg doch dazu führen, dass die Anforderungen an eine Verträglichkeits- und Abweichungsprüfung erfüllt werden müssten und das FFH-Schutzsystem für Pläne und Projekte sozusagen durch

die Hintertür wieder in den europäischen Gebietsschutz hereinkomme.

Offen ist auch, ob bei Erneuerungsmaßnahmen wie etwa der Leverkusener Rheinbrücke (Köln/Leverkusen) oder der Schiersteiner Brücke (Mainz-Wiesbaden), die jeweils an bisherigen Stelle neugebaut werden, die Verträglichkeits- und Abweichungsprüfung wieder ganz von vorn beginnen müsse. Am Ende sei überhaupt fraglich, ob die Auswirkungen eines „Altprojektes“ nicht auch hinsichtlich seiner in die Zeit des europäischen Gebietsschutzes hineinragender Auswirkungen ebenfalls dem Verschlechterungsverbot des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL genügen müsse. Ein derartiges In Fragestellen von in der Vergangenheit getroffenen bestandskräftigen Entscheidungen und eine durchgängige Aufgabe des Vertrauensschutzgedankens entspreche jedenfalls nicht der gefestigten deutschen Rechtstradition (zur Begrenzung des Bestandsschutzes auch EuGH, Urteil vom 15.10.2015 – C-147/14 – DVBl 2015, # m. Anm. *Stüer*).

2. Fracking

Auf einer Postkarte sind zwei Personen im Bett abgebildet. Er sagt zu ihr: „Was hältst Du eigentlich vom Fracking?“ Sie zu ihm: „Heute nicht, ich habe Migräne“, brachte *Ewer* bereits in seiner Begrüßungsansprache die mangelnde Aufklärung der Bevölkerung über die Begrifflichkeit der Gasgewinnung durch Einwirkungen auf tiefe Gesteinsschichten auf den Punkt.

Beim Fracking (Hydraulic Fracturing) werden durch das Einpressen einer Flüssigkeit (Frac-Fluid) in tiefe Gesteinsschichten Risse erzeugt oder vorhandene Risse und Öffnungen erweitert, durch die Gas austreten und gewonnen werden kann. Das Fracking-Verfahren wird zur Gewinnung von Kohlenwasserstoffen sowie zur Erschließung der Tiefengeothermie eingesetzt. Wegen möglicher Auswirkungen auf die Umwelt ist das Verfahren allerdings umstritten. Auf diesen kurzen Nenner brachte Bernd Kirschbaum vom Umweltbundesamt (Berlin) die Grundlagen der fachlich und politisch kontrovers geführten Diskussion.

Frac-Fluid sind Gemische, bestehend aus einem Trägermedium wie Wasser oder Chemikalien und einem sog. Stützmittel wie Sand, die in ihrer Anwendung durchaus problematische Auswirkungen auf Menschen und Umwelt haben können, beschrieb Kirschbaum die Ausgangslage. Dabei sei die Erschließung von unkonventionellen Erdgasvorkommen in dichten Tongesteinen (Schiefergas), Kohleflözen (Kohleflözgas) und dichten Sand- und Kalksteinen (Tighgas) nicht unproblematisch. Schiefergasvorkommen werden in Deutschland zwischen 1.050 m und 5.000 m Tiefe vermutet.

Das Umweltbundesamt habe sich vor allem wegen der Gefährdung des oberflächennahen Grundwassers und damit hinsichtlich der Trinkwassergewinnung in mehreren Stellungnahmen skeptisch gezeigt. Eine kommerzielle Gewinnung von Schiefergas in Deutschland solle daher vor allem wegen der bislang bestehenden Kenntnislücken derzeit nicht erfolgen. Zu viele Fragen seien gegenwärtig noch offen. Sollten Frackingmaßnahmen in Deutschland durchgeführt werden, sind ökologische Leitplanken erforderlich, um Risiken für Umwelt und Gesundheit zu minimieren, fügte Kirschbaum hinzu.

Für *Prof. Dr. Walter Frenz* (TU Aachen) reichen die geltend gemachten fachlichen Bedenken nicht aus, um das Fracking generell zu verbieten. Auch das aktuelle faktische Moratorium hat aus seiner Sicht keine ausreichende gesetzliche Grundlage. Die Gewinnung von unkonventionellem Gas unterfällt dem BBergG, weil es sich um einen bergfreien Bodenschatz handelt und nimmt daher vom Ausgangspunkt an dem Vorrang der Hebung von Bodenschätzen teil.

Hintergrund seiner Kritik war der Fracking-Gesetzentwurf der Bundesregierung (Entwurf eines Gesetzes zur Änderung wasser- und naturschutzrechtlicher Vorschriften zur Untersagung und zur Risikominimierung bei den Verfahren der Fracking-Technologie, v. 23.04.2015, Drs. 18/4713), der im Bundestag allerdings nicht wie geplant am 03.07.2015 verabschiedet worden ist. Ob es noch zu einem Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens kommt, musste im Zeitpunkt der Berliner Beratungen als offen bezeichnet werden.

Abschließende Erkenntnisse können nach Auffassung des Aachener Bergrechtlers nur aufgrund weiterer Untersuchungen gewonnen werden, zu denen durch die Gewährung von Experimentiermöglichkeiten die rechtliche Grundlage geschaffen werden muss. Ein generelles Verbot des Fracking sei damit nicht vereinbar. Auch die nach dem Gesetzentwurf vorgesehene Einsetzung einer Expertenkommission, deren Aufgabe es sei, ganze Bereiche der Bundesrepublik Deutschland wegen der Gesteinsformationen generell vom Fracking auszuschließen, sei nicht hinnehmbar – dies schon deshalb, weil die Expertenkommission nicht demokratisch legitimiert sei.

Es müssten zwar bestimmte Umweltstandards eingehalten werden. Und auch eine Umweltverträglichkeitsprüfung sei – ebenso wie die Wahrung des Trinkwasserschutzes, der abfallrechtlichen Entsorgung und des Naturschutzes – im Ergebnis wohl unverzichtbar. Ebenso seien auch vor dem Hintergrund des EuGH-Urteils zum Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland (EuGH, Urteil vom 15.10.2015 – C-147/14 – DVBl 2015, # m. Anm. *Stüer*) die Klagemöglichkeiten der anerkannten Verbände durchaus vorzeigbar. Das alles dürfe allerdings nicht dazu führen, dass dem Fracking in Deutschland als einem bergrechtlichen Gewinnungsvorhaben trotz des generellen gesetzlichen Rückenwindes der Rohstoffförderung keine Chance mehr eingeräumt werde.

Die von *Prof. Dr. Monika Böhm* (Universität Marburg) mit ebenfalls äußerst geschickter Hand moderierte Diskussion drehte sich im Kern vor allem um die Frage, ob und in welchem Umfang die Zulassung des Fracking einer gesetzlichen Grundlage bedürfe und wie dieselbe denn am Ende aussehen solle. Im Gewirr rechtlicher Überlegungen leuchteten immer wieder naturwissenschaftliche Erkenntnisse und nicht zuletzt auch politische Einschätzungen auf.

Als umstritten erwies sich bereits, ob das Fracking die vorhandenen gesetzlichen Hürden vor allem des Bergrechts und des Wasserrechts nehmen kann. Wegen der erheblichen Gefahren und ungelösten technischen Probleme ist Fracking gegenwärtig unzulässig, wurde mehrfach erhebliche Skepsis gegenüber dieser neuen, bisher nicht ausreichend erprobten Technologie geäußert. Auch auf erhebliche Widerstände in der Bevölkerung wurde dabei verwiesen.

Die Landesregierung von Schleswig-Holstein hat dies inzwischen aufgegriffen und landesweit Suchräume abgeprüft, die aber letztlich aus unterschiedlichen Gründen für Fracking nicht in Betracht kommen, erläuterte *Dr. Andreas Wasielewski* vom Ministerium für Energiewende, Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume (Kiel) das Konzept im nördlichsten Bundesland. Auch Nordrhein-Westfalen strebt durch entsprechende Ziele der Landesplanung einen generellen Ausschluss von Fracking an.

Bedenken gegen ein solches Vorgehen ließ der ehemalige NRW Umwelt-Staatssekretär *RA Prof. Dr. Alexander Schink* (Neuss) nicht gelten. Das Konzept einer unzulässigen „Verhinderungsplanung“ hat das BVerwG auf der Grundlage von (BVerwG, Urteil vom 22.05.1987 – 4 C 57.84 – BVerwGE 77, 300 = DVBl 1987, 1008 – Kölner Auskiesungskonzentrationszone) für an sich privilegierte Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB entwickelt (zur Windkraft BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 – 4 CN 1.11, 2.11 – DVBl 2013, 507, m. Anm. *Stüer*, 509). Das heute in § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB geregelte Darstellungsprivileg lässt es zu, diese Nutzungen, denen substanzieller Raum im jeweiligen Planungsgebiet zu schaffen ist, auf bestimmte Bereiche zu konzentrieren, während sie nach dem Willen des Plangebers in anderen Bereichen des Plangebietes ausgeschlossen sein sollen (*Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2015, Rn. 3015).

Die Anforderungen an ein solches „Steuerungskonzept“ entfallen allerdings, wenn der Gesetzgeber wie beim Fracking die bodenrechtlichen Nutzungen überhaupt nicht privilegiert hat. Dann sei der Plangeber auch nicht gehindert, die Vorhaben generell auszuschließen, zumal wenn dies nur für ein bestimmtes Bundesland, nicht aber für die gesamte Bundesrepublik gelte.

Gegenüber der These von *Frenz*, das gegenwärtige Moratorium sei verfassungswidrig, lief die Diskussion zu beachtlicher Form auf. Nicht nur die Zulassung des Fracking, sondern das gesamte Bergrecht sei verfassungswidrig und jedenfalls nicht mehr zeitgemäß. Es bedürfe einer grundsätzlichen Neuorientierung mit dem Ziel, die tradierten Grundsätze „vor der Hacke ist es duster“ und „dulde und liquidiere“ (BVerwG, Ur. v. 16.3.1989 – 4 C 36.85 – BVerwGE 81, 329 = RzB Rn. 1269 – Moers-Kapellen) durch rechtsstaatliche Prüfverfahren und die Beachtung der Eigentumsgarantie, der Planungshoheit der Gemeinden, naturschutzrechtlicher Anforderungen und angemessener Rechtsschutzmöglichkeiten für die betroffene Öffentlichkeit und anerkannte Verbände zu ersetzen (BVerfG, Urteil vom 17.12.2013 – 1 BvR 3139/08 – BVerfGE 134, 242 = DVBl 2014, 175). Es hätte wohl nicht viel gefehlt, um auch die handelnden Akteure selbst als verfassungswidrig zu titulieren. Das gegenseitige Säbelrasseln von Bergbaubefürwortern und Bergbaugegnern hat auch heute noch offenbar Konjunktur.

Das Handeln der Bergbehörden dürfe nicht weiter ausschließlich an bergbaulichen Interessen nach der *Maxime* „Glückauf Herr Bergassessor“ ausgerichtet sein, wurde auch am Rande der Beratungen unterstrichen. Irgendwelche Sonderrechte könne das Fracking jedenfalls nicht für sich beanspruchen. Es könne nicht angehen, dass die Bergbehörden heute erst auf einem Stand angekommen sind, den die Gewerbeaufsichts- und Umweltämter bereits vor 30

Jahren erreicht haben. Es sei allerdings auch nicht ganz einfach, einen so großen Tanker einfach umzudrehen, wurden aus der Sicht des Leiters einer obersten Bergbehörde fast schon entschuldigend die Schwierigkeiten beschrieben, die mit einer solchen Neuorientierung verbunden sind.

Wer noch vor 1980 unter Geltung des Allgemeinen Berggesetzes und einem daraus abgeleiteten absoluten Vorrang des Bergrechts auch gegenüber dem Verfassungsrecht groß geworden ist, für den stellt sich die Einführung eines Planfeststellungsverfahrens und von Rechtsschutzmöglichkeiten, wie sie im Zuge des BBergG in der Folgezeit entwickelt wurden, schon fast als bergrechtliche Palastrevolution dar, wurde in den Wandelgängen des Leibnitz-Plenarsaals vermutet. Folgerichtig geriet in der Diskussion auch die Frage auf den Prüfstand, ob es sich denn überhaupt noch um eine gebundene Entscheidung handele oder ob dieser nicht eine Abwägung zugrunde liegen müsse. Vielleicht nicht ganz zu Unrecht trat dabei auch das wasserrechtliche Bewirtschaftungsermessens auf den Plan.

Ob im Rahmen der Novellierung eine Expertenkommission eingesetzt wird und welche Aufgaben sie wahrnehmen kann, geriet da schon fast in den Hintergrund. Klar, dass die Gegner des Fracking hier keinerlei rechtsstaatliche Probleme sahen – vor allem, wenn die Expertenkommission schon einmal kräftig den Rotstift an Fracking-Vorhaben anlegen und ganze Gesteinsformationen als ungeeignet bezeichneten. Die von der Kommissionsentscheidung ausgehende Ausschlusswirkung sei daher sehr zu begrüßen, wurde erwartungsgemäß von den Gegnern des Fracking hinzugefügt.

Auch ein Blick über den Atlantik durfte in der Diskussion nicht fehlen. Amerika ist eben ein großes Land und es ist daher nicht verwunderlich, dass die USA auch das unkonventionelle Fracking zugelassen hat. Das liegt wohl nicht allein an den Gepflogenheiten im „Wilden Westen“. Nein – auch die geologischen Gesteinsformationen in Texas sind eben anders als in Deutschland. In Frankreich ist das Fracking inzwischen vollständig verboten, berichtete die *Pascale Kromarek* (Paris) über eine gegenläufige Tendenz. Ein Gesetz habe zwar zunächst eine Grundlage für die Einrichtung einer Expertenkommission enthalten, zugleich aber an anderer Stelle das Fracking verboten. Das sei inzwischen auch durch den Verfassungsrat in Frankreich bestätigt worden, erläuterte die Umweltrechtlerin.

Und am Ende der Beratungen stand die an das absurde Theater von Samuel Beckett in seinem doppelten Einakter „Warten auf Godot“ erinnernde Frage: „Kommt das Gesetz nun oder kommt es doch nicht?“

3. Bodenschutzrecht auf dem Weg zur Nachhaltigkeit

Bereits am Vortage der Plenarveranstaltungen wurden unter Leitung von *VRiVG Michaela Ecker* (Freiburg) im inzwischen traditionellen GfU-Forum das Bodenschutzrecht und das EEG 2014 aufgerufen.

Die Generalversammlung der Vereinten Nationen hat das vergangene Jahr 2015 zum ersten internationalen Jahr des Bodens erklärt. Die Rio+20-Konferenz hatte bereits im Jahre 2012 ein ambitioniertes Ziel verabschiedet: Die landdegradationsneutrale Welt (land degradation neutral world) sollte bis zum Jahre 2030 erreicht sein. Das ist offenbar nicht

so richtig gelungen, erläuterte *Dr. Kirstin Gröhn* (Hamburg) die aktuelle Lage. Denn der Landverbrauch schreitet weiter voran und auch die Stoffeinträge tragen dazu bei, dass mit Grund und Boden auch in Deutschland keinesfalls sparsam und schonend umgegangen wird. Der Flächenverbrauch in Deutschland sinkt zwar, in den letzten Jahren allerdings nur noch geringfügig. 71 ha/Tag waren es noch 2013 nach 78 ha/Tag im Jahre 2009 und 95 ha/Tag im Jahre 2008.

Die Rechtsinstrumente zur Steuerung eines weiter eingeschränkten Flächenverbrauchs im Sinne einer nachhaltigen Entwicklung sind zwar in der Raumordnung und in der Bauleitplanung in Ansätzen vorhanden, werden aber noch nicht effektiv genug genutzt, erläuterte die Hamburger Rechtsanwältin.

Vor allem muss der ganzheitliche Ansatz mehr als bisher Bedeutung haben, wozu soziale, ökonomische und ökologische Aspekte zu harmonisieren sind. Das BBodSchG spielt da wohl nur eine Auffangrolle, weil es gegenüber Spezialregelungen zurücktritt. Bereits die Raumordnung könnte entsprechende Ziele festsetzen, jedenfalls aber die örtliche Planung. Auch durch die Ausweisung von Bodenschutzgebieten könnte hierzu ein wirksamer Beitrag geleistet werden. Auch die Regelungen in den Landesbodenschutzgesetzen weisen hier noch Optimierungsmöglichkeiten auf. Entscheidend ist der politische Wille, gegen andere Interessen einen nachhaltigen Bodenschutz zu betreiben. Das muss allerdings gewollt sein, brachte die Umweltpreisträgerin des Jahres 2014 den Interessenkonflikt auf den Punkt.

In der Diskussion zum Bodenschutzrecht stand zunächst das ehrgeizige Ziel einer Begrenzung des Flächenverbrauchs auf 30 ha/Tag im Vordergrund. Neben die traditionellen Bodenverbraucher wie Gewerbe und Wohnen seien die Photovoltaik und die Windkraft hinzugetreten. Ob Raumordnung und Landesplanung in der Lage seien, einen wirksamen Beitrag zu einer Begrenzung des Landverbrauches zu leisten, wurde unterschiedlich beurteilt. Es dürfe jedenfalls nicht zu einer Verhinderungsplanung kommen. Ein genereller Ausschluss von Nutzungen etwa des Braunkohletagebaus oder des Fracking sei vor dem Hintergrund verfassungsrechtlicher Garantien und der Gesetzeslage nicht unproblematisch. Im Bereich der Bauleitplanung habe die Bodenschutzklausel ihre begrenzende Wirkung wohl nicht optimal entfaltet. Vielleicht könne da schon eher ein Entsiegelungsbonus weiterhelfen, durch den die Entsiegelung von Flächen entsprechend belohnt werde.

4. Das EEG 2014 im Lichte der Europäisierung - Erneuerbare Energien

Das Recht der erneuerbaren Energien wird in erheblichem Umfang von Europa bestimmt, beschrieb *Dr. James Kröger LL.M* die aktuelle Lage. Das EEG trägt diesen Anforderungen vor allem durch erneut angepasste Fördergrundsätze Rechnung (*Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2015 Rn. 143). Die marktprämiengeförderte Direktvermarktung wird zum Regelfall. Eine feste Einspeisevergütung kann nur noch von kleinen EE-Anlagen oder als sog. Ausfallvergütung im Falle des Ausfalls des Direktvermarkters beansprucht werden. Auch wird ein Ausschreibungsmodell gem. § 55 EEG 2014 zunächst anhand von PV-Freiflächenanlagen als Pilotprojekt eingeführt. Einzelheiten sind in der

Freiflächenausschreibungsverordnung geregelt. 5 % sollen europaweit ausgeschrieben werden (§ 2 Abs. 6 EEG 2014).

In ihren Mitteilungen „Erneuerbare Energien: ein wichtiger Faktor auf dem Europäischen Binnenmarkt“ und „Ein funktionierender Energiebinnenmarkt“ aus dem Jahre 2012 tritt die Kommission für eine Reform der mitgliedstaatlichen Förderregelungen ein und spricht sich für eine größere Kohärenz der nationalen Förderansätze im Interesse einer Binnenmarktintegration erneuerbarer Energien aus. Die neuen Leitlinien der EU-Kommission über staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020 bewirken als zentraler Europäisierungsmechanismus die geforderte Konvergenz nationaler Fördersysteme. Die Beihilferichtlinien können auch bei künftigen Regelungen für den Unionsgesetzgeber faktische Bindungswirkungen entfalten. Mit diesen weitreichenden Inhalten erscheinen die Kommissionsvorgaben doch etwas bedenklich, brachte *Kröger* seine Vorbehalte gegenüber den unionsrechtlichen Vorgaben zum Ausdruck. Zugleich zeigte er allerdings Verständnis dafür, dass die EU die Angleichung der Förderrahmenbedingungen sekundärrechtlich voranbringe.

Unterstützung erhielt die Referentin in ihrer Annahme, dass die europarechtlichen Bindungen erhebliche Gestaltungsspielräume des nationalen Gesetzgebers belassen. Insbesondere das europäische Beihilferecht sei nicht einschlägig, wie Ewer unter Hinweis auf die Preußen-Elektra-Entscheidung (EuGH, Urteil vom 07.05.2005 – C-17/03 – DVBl 2005, 991) darlegte.

5. Von Berlin nach Leipzig

Das nächste Treffen der Umweltrechtler findet am 10. bis 12.11.2016 wieder in Leipzig statt. *Ewer* verband die Einladung mit der Feststellung, dass die Gesellschaft für Umweltrecht jünger und weiblicher geworden ist. Und die Beratungen haben wohl auch etwas dazu beigetragen, dass die Teilnehmer und selbst die Debütanten unter „Fracking“ nicht mehr die Aufforderung verstehen, zu den jährlichen Treffen der Gesellschaft, die früher im Berliner Operncafé Unter den Linden ihren gesellschaftlichen Höhepunkt fanden, in einem Frack und ihre Begleitung in einem langschweifenden Opernballkleid zu erscheinen.