



Wissenschaftliche Dienste

Abteilung II

Wissenschaftlicher Dienst, Parlamentsdienst und Informationsdienste

Aktenzeichen WD 3-1/52-1598

••• Juli 20•••

Bergrechtliche und baurechtliche Voraussetzungen und Ermessensspielräume für die Genehmigung, Genehmigung mit Auflagen oder Nichtgenehmigung von Erkundungsbohrungen und Bohrungen zur Errichtung von Geothermie-Anlagen

A. Auftrag

Die Fraktion der CDU hat den Wissenschaftlichen Dienst um eine gutachtliche Stellungnahme zu den berg- und baurechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen für Erkundungsbohrungen und Bohrungen zur Errichtung von Geothermie-Anlagen gebeten. In diesem Zusammenhang sollen die behördlichen Möglichkeiten der Genehmigung, der Genehmigung mit Auflagenerteilung und der Nichtgenehmigung im Vordergrund stehen.

B. Stellungnahme

I. Vorüberlegungen für die rechtliche Bewertung geothermischer Vorhaben

1. Sachliche Differenzierung: Das Recht der geothermischen Anlagen als Querschnittsmaterie – Anwendungsbereich und Zusammenspiel der fachgesetzlichen Regelungen

Die vorliegende Stellungnahme bleibt auftragsgemäß auf eine berg- und baurechtliche Begutachtung der Rechtsfragen beschränkt. Dennoch soll eingangs ein kurzer Überblick über die verschiedenen Rechtsvorschriften gegeben werden, denen geothermische Vorhaben im Einzelfall entsprechen müssen. Dies geschieht vor dem Hintergrund, dass

- sich die verschiedenen Genehmigungsverfahren einander ausschließen können („formelle Konzentrationswirkung“)¹,
- einzelnen Rechtsmaterien hinsichtlich der zu begutachtenden Fragen eine Vorrangstellung zukommen kann² und

¹ Zu §§ 75 Abs. 1 Satz 1 VwVfG siehe S. 8, 34; zu § 13 BImSchG siehe S. 5.

- andere fachgesetzliche Regelungen in das berg- und baurechtliche Verwaltungsverfahren implementiert werden können.³

In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, inwieweit die Genehmigungsverfahren bei verschiedenen Fachbehörden angesiedelt sind oder von einer Behörde zentral koordiniert⁴ oder gar selbst durchgeführt⁵ werden.

a) Umweltspezifische und umweltrelevante Vorschriften

Im Rahmen der Genehmigung geothermischer Vorhaben können das Bundesberggesetz (BBergG)⁶ als umweltrelevante Rechtsmaterie sowie das Wasserhaushaltsgesetz (WHG)⁷ und das Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG)⁸ als umweltspezifisches Recht Geltung beanspruchen. In wenigen Einzelfällen können auch Vorschriften über die Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung im Rahmen eines Planfeststellungsverfahrens Anwendung finden.

aa) Das Bundesberggesetz als Kerngesetz

(1) Das BBergG kann im Zusammenhang mit geothermischen Vorhaben als Kerngesetz bezeichnet werden, da von ihm die wesentlichen Genehmigungsanforderungen ausgehen. Der sachliche Geltungsbereich des Gesetzes bezieht sich auf das Aufsuchen, Gewinnen und Aufbereiten von sogenannten bergfreien Bodenschätzen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 BBergG), zu denen der Bundesgesetzgeber ausdrücklich die Erdwärme und die im Zusammenhang mit ihrer Gewinnung auftretenden anderen Energien (§ 3 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 b BBergG) fingiert. Die Gleichstellung der Erdwärme mit den gängigen festen oder gasförmigen Bodenschätzen war nach Ansicht des Bundesgesetzgebers notwendig, da das Aufsuchen und Gewinnen der Erdwärme mit sonstigen bergbaulichen Tätigkeiten vergleichbar ist und nach seiner Vorstellung nur so gewährleistet werden konnte, dass die öffentlichen Interessen, die zwangsläufig

² Zur Subsidiarität des § 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG im Betriebsplanverfahren siehe S. 24.

³ Zur Bedeutung des § 22 Abs. 1 BImSchG im bergrechtlichen Betriebsplan- und Baugenehmigungsverfahren siehe S. 5, 9, 24, 39.

⁴ Zum sogenannten baurechtlichen Sternverfahren gemäß § 65 Abs. 5 Satz 1 LBauO siehe S. 8 f.

⁵ Zur Erteilung der wasserrechtlichen Erlaubnis durch die Bergbehörde gemäß § 19 Abs. 2 WHG siehe S. 3.

⁶ Bundesberggesetz vom 13. August 1980 (BGBl. I S. 1310), zuletzt geändert durch Gesetz vom 31. Juli 2009 (BGBl. I S. 2585).

⁷ Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz) vom 31. Juli 2009 (BGBl. I S. 2585).

⁸ Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. September 2002 (BGBl. I S. 3830), zuletzt geändert durch Gesetz vom 11. August 2009 (BGBl. I S. 2723).

durch die Nutzung der Erdwärme berührt werden, in einem frühen Stadium gewahrt werden können.⁹ Durch die gesetzliche Fiktion sollte es den zuständigen Behörden ermöglicht werden, eine geordnete Nutzung der geothermischen Energie im Rahmen der Entscheidung über die Erteilung von Bergbauberechtigungen (§§ 6 ff. BBergG)¹⁰ und die Zulassung von Betriebsplänen (§§ 51 ff. BBergG)¹¹ durchzusetzen.

(2) Von der grundsätzlichen Anwendbarkeit des BBergG hat der Bundesgesetzgeber eine wesentliche Ausnahme angeordnet, die oberflächennahe Anlagen mit einer Bohrtiefe bis zu 100 Meter betrifft, bei denen die Erdwärme zu Heiz- oder Kühlzwecken eines Gebäudes genutzt wird.

§ 4 Abs. 2 Nr. 1 BBergG bestimmt, dass bei dem Lösen oder Freisetzen von Erdwärme auf einem Grundstück aus Anlass oder im Zusammenhang mit dessen baulicher Nutzung kein „Gewinnen“ im Sinne des Gesetzes vorliegt. Das BBergG findet unter diesen Umständen keine Anwendung. Entscheidend ist, dass die Erdwärme ausschließlich für das konkrete Grundstück genutzt wird und nicht etwa für die Errichtung einer zentralen Heizungsanlage, da es andernfalls bei der grundsätzlichen Anwendbarkeit des BBergG bleibt.¹² Eine Rückausnahme von § 4 Abs. 2 Nr. 1 BBergG ordnet wiederum § 127 BBergG für Bohrungen über 100 Meter an. Hier findet das BBergG in modifizierter Form Anwendung. Für derartige geothermische Vorhaben bestimmt § 127 Abs. 1 Nr. 2 BBergG etwa, dass eine Betriebsplanpflicht nur dann besteht, wenn die zuständige Bergbehörde diese für erforderlich erklärt.

(3) Für die Erteilung von Bergbauberechtigungen und die Zulassung von Betriebsplänen ist in Rheinland-Pfalz das Landesamt für Geologie und Bergbau zuständig (§ 1 Abs. 1 der Landesverordnung über Zuständigkeiten auf dem Gebiet des Bergrechts¹³). Die bergrechtlichen Verfahren einerseits und die in anderen Rechtsmaterien beschriebenen Genehmigungs-, Erlaubnis- und Bewilligungsverfahren andererseits schließen sich einander grundsätzlich nicht aus und sind von den verschiedenen Fachbehörden parallel durchzuführen. Sieht ein bergrechtlicher Betriebsplan jedoch die Benutzung des Grundwassers vor, so entscheidet die Berg- und nicht die Wasserbehörde über die Erteilung der wasserrechtlichen Erlaubnis (§ 19 Abs. 2 WHG). Die Entscheidung der Bergbehörde ist verwaltungsintern im Einvernehmen mit der Wasserbehörde zu treffen (§ 19 Abs. 3 WHG).

⁹ Vgl. BT-Drs. 8/1315, S. 173.

¹⁰ S. 12 ff. (Aufsuchung der Erdwärme), S. 28 ff. (Erdwärmegewinnung).

¹¹ S. 19 ff. (Aufsuchung der Erdwärme), S. 32 f. (Erdwärmegewinnung).

¹² Piens/Schulte/Vitzthum, Bundesberggesetz (BBergG), 1983, § 4, Rn. 15.

¹³ GVBl. 2007, S. 322, BS 75-3.

Wird ein obligatorisches Rahmenbetriebsplan-Planfeststellungsverfahren gemäß § 52 Abs. 2 a BBergG durchgeführt, bedarf es wegen dessen horizontaler Konzentrationswirkung (§§ 72 Abs. 1, 75 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)¹⁴ i.V.m. § 1 Abs. 1 Landesverwaltungsverfahrensgesetz (LVwVfG)¹⁵) keiner anderweitigen behördlichen Genehmigungen, Erlaubnisse oder Bewilligungen.¹⁶ Für eine solche geothermische Anlage ist dann insbesondere keine Baugenehmigung und wasserrechtliche Erlaubnis bzw. Bewilligung (dazu sogleich) erforderlich. Obligatorische Rahmenbetriebspläne (§ 52 Abs. 2 a BBergG) werden abweichend vom Regelfall des Hauptbetriebsplans (§ 52 Abs. 1 BBergG) jedoch nur dann verlangt, wenn das Vorhaben die Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung erfordert. Bei geothermischen Vorhaben ist dies selten der Fall.¹⁷

bb) Das Wasserhaushaltsgesetz

Seit dem 1. März 2010 existiert mit dem neuen WHG eine einheitliche Vollregelung des Wasserrechts im gesamten Bundesgebiet. Dem Bund steht nach der Föderalismusreform 2006 die konkurrierende Gesetzgebung über die Materie zu.¹⁸ Das bisherige WHG als Rahmengesetz existiert nicht mehr.

Geothermische Anlagen können dem WHG unterfallen, selbst wenn sie nicht unmittelbar auf das Grundwasser als Wärmeträger zugreifen, sondern mit Hilfe von Erdwärmesonden bzw. Erdreichkollektoren im Boden arbeiten. Denn auch in diesen Fällen kann es etwa bei der Durchbohrung der verschiedenen Grundwasserstockwerke zu Verunreinigungen und damit zu schädlichen Veränderungen der Wasserbeschaffenheit kommen. Gleiches gilt, wenn zum Wärmetransport wassergefährdende Stoffe eingesetzt werden. Häufig wird daher von einer wasserrechtlichen Benutzung im Sinne des § 9 Abs. 1 Nr. 5 WHG („Entnehmen, Zutageleiten

¹⁴ Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102), zuletzt geändert durch Gesetz vom 14. August 2009 (BGBl. I S. 2827).

¹⁵ Landesverwaltungsverfahrensgesetz (LVwVfG) vom 23. Dezember 1976 (GVBl. S. 308), BS 2010-3, zuletzt geändert durch Gesetz vom 17.11.1995 (GVBl. S. 463). Die gegenüber den Verfahrensregeln des BBergG subsidiäre Anwendbarkeit des VwVfG ergibt sich aus § 1 Abs. 1 LVwVfG und nicht aus § 5 BBergG (Einzelheiten bei *Piensch/Schulte/Vitzthum*, a.a.O., § 5, Rn. 5 ff.).

¹⁶ Vgl. *Kremer/Neuhaus*, Bergrecht, 2001, Rn. 173, 284 f.; zu den Einzelheiten der horizontalen und vertikalen Reichweite der Konzentrationswirkung der bergrechtlichen Planfeststellung siehe *Gaentzsch*, in: *Franßen/Redeker/Schlichter/Wilke*, Festschrift für Horst Sandler, Bürger-Richter-Staat, 1991, S. 414.; *Kloepfer*, Umweltrecht, 2. Auflage 1998, § 10, Rn. 105.

¹⁷ Siehe S. 6.

¹⁸ Siehe Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG. Dennoch können die Länder gemäß Art. 72 Abs. 1 GG eigene Regelungen treffen, soweit der Bund keine bzw. keine abschließenden Regelungen getroffen hat. Gemäß Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 GG besteht ferner die Möglichkeit, in gewissem Umfang vom WHG abweichende Regelungen zu treffen (sogenannte „Abweichungskompetenz“). Bis zu seiner Novellierung gilt das Wassergesetz für das Land Rheinland-Pfalz (Landeswassergesetz) in der Fassung vom 22. Januar

und Ableiten von Grundwasser“) bzw. im Sinne des § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG („Maßnahmen, die geeignet sind, dauernd oder in einem nicht nur unerheblichen Ausmaß nachteilige Veränderungen der Wasserbeschaffenheit herbeizuführen“) auszugehen sein, so dass vor der Verwirklichung des geothermischen Vorhabens ein Erlaubnis- bzw. Bewilligungsverfahren¹⁹ nach den §§ 8 ff. WHG durchzuführen ist.²⁰

cc) Dass Bundes-Immissionsschutzgesetz

Anlagen des Bergwesens bedürfen einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung nur dann, soweit sie über Tage errichtet und betrieben werden (§ 4 Abs. 2 Satz 1 BImSchG) und soweit sie in der Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen (4. BImSchV)²¹ aufgeführt sind (§ 4 Abs. 1 Satz 3 BImSchG). Da im Anhang der 4. BImSchV keine geothermischen Anlagen beschrieben werden, erfordern diese keine immissionsschutzrechtliche Genehmigung. Die fehlende Genehmigungsbedürftigkeit hat ferner zur Konsequenz, dass die Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG, wonach andere behördliche Genehmigungen von der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung eingeschlossen werden, nicht eintritt.

Dennoch stellt das Immissionsschutzrecht Anforderungen an die Errichtung und den Betrieb einer geothermischen Anlage. Den Betreiber treffen die Pflichten des § 22 BImSchG, die durch Verwaltungsvorschriften (Technische Anweisung) konkretisiert werden.²² Danach hat der Betreiber einer geothermischen Anlage schädliche Umwelteinwirkungen (§ 3 Abs. 1 BImSchG) zu verhindern, soweit sie nach dem Stand der Technik vermeidbar sind. Andern-

2004 (GVBl. S. 53), BS 75-50, zuletzt geändert durch Gesetz vom 27.10.2009 (GVBl. S. 358), nur noch in beschränktem Umfang fort (zum Ganzen *Faßbender*, ZUR 2010, 181).

¹⁹ Während die Erlaubnis als Regelfall der wasserrechtlichen Genehmigung eine öffentlich-rechtliche Benutzungsbefugnis begründet und damit grundsätzlich nur die Zulässigkeit einer Benutzung im Rahmen des öffentlichen Rechts bewirkt, verleiht die Bewilligung ein subjektiv-öffentliches Recht, dem gegenüber Dritten privatrechtsgestaltende Wirkung zukommt (dazu *Kloepfer*, a.a.O., § 13, Rn. 76 ff.). Eine Zwischenstellung nimmt die gehobene Erlaubnis (§ 15 WHG) ein (siehe *Fassbender*, ZUR 2010, 181, 185).

²⁰ Umstritten ist, ob eine wasserrechtliche Genehmigung für eine oberflächennahe geothermische Anlage erforderlich ist, die der Beheizung eines Gebäudes dient. Teile der Literatur gehen von einer erlaubnisfreien Benutzung des Grundwassers (§ 46 Abs. 1 N. 1 WHG neue Fassung/§ 33 Abs. 1 Nr. 1 WHG alte Fassung) aus, da die Grundwasserentnahme „für den Haushalt“ erfolge und in jedem Fall die Rückführung des benutzten Grundwassers erlaubnispflichtig sei. Nach anderer Ansicht wird lediglich die Wasserversorgung eines Einzelanwesens vom Befreiungstatbestand erfasst, so dass die Erlaubnispflicht für die Grundwasserentnahme bestehen bleibt (zum Meinungsstreit siehe *Große*, NVwZ 2004, 809, 812; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, 10. Auflage 2010, § 46, Rn. 13 m.w.N.).

²¹ Vierte Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen - 4. BImSchV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. März 1997 (BGBl. I S. 504), zuletzt geändert durch Gesetz vom 11. August 2009 (BGBl. I S. 2723).

²² Siehe dazu § 48 BImSchG. Soweit von geothermischen Anlagen Lärm ausgeht, findet die Technische Anleitung zum Schutz vor Lärm („TA Lärm“) als sogenannte normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift Anwendung.

falls hat er diese auf ein Mindestmaß zu beschränken (§ 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 BImSchG). Für geothermische Bohrungen bedeutet dies, dass zur Einhaltung der Lärmgrenzwerte nach Nr. 6.1 der TA Lärm besondere technische Maßnahmen zur Lärminderung erfolgen müssen. In der Praxis kommen etwa Schallschutzkapseln zum Einsatz.²³

dd) Vorschriften über die Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung

Die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) ist ein unselbständiger Teil eines verwaltungsbehördlichen Verfahrens, das der Entscheidung über die Zulässigkeit eines Vorhabens dient.²⁴ Am Ende der UVP wird eine Bewertung der Umweltauswirkungen vorgenommen. Die Bewertung findet dann bei der eigentlichen Entscheidung über die Zulässigkeit des Vorhabens Berücksichtigung.²⁵ Bei geothermischen Vorhaben ist dies die Entscheidung über die Zulassung des obligatorischen Rahmenbetriebsplans, die in einem Planfeststellungsverfahren getroffen wird (§ 52 Abs. 2 a BBergG).

Für Bohrungen zum Aufsuchen als auch zum Gewinnen der Erdwärme ist eine UVP dann durchzuführen, wenn das Vorhaben gemäß § 57 c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BBergG in der UVP-Verordnung Bergbau (UVP-V Bergbau)²⁶ aufgeführt wird.

Nach § 1 Nr. 8 UVP-V Bergbau sind betriebsplanpflichtige Tiefbohrungen zur Gewinnung von Erdwärme nur dann UVP-pflichtig, wenn diese in eine Tiefe über 1000 Meter reichen und in ausgewiesenen Naturschutzgebieten, Vogelschutzgebieten (Richtlinie 79/409/EWG) oder FFH-Gebieten (Richtlinie 92/43/EWG) durchgeführt werden.²⁷ Danach werden oberflächennahe geothermische Bohrungen, die ausschließlich einzelne Gebäude mit Wärme versorgen, gänzlich von der UVP-Pflicht ausgenommen. Betriebsplanpflichtige Tiefenbohrungen über 1000 Meter Tiefe, die regelmäßig der Beheizung von Wohnvierteln und der Elektrizitätsversorgung dienen, sind nur dann UVP-pflichtig, wenn sie in den zuvor genannten Gebieten vorgenommen werden. Vor diesem Hintergrund ist die praktische Bedeutung der UVP im Rahmen der Genehmigung geothermischer Vorhaben sehr gering.²⁸

²³ So *Herzog*, Die Geothermiebohrung „RWTH-1“, Dissertation der Ingenieurwissenschaften, 2005, S. 72 ff. (abrufbar unter: <http://darwin.bth.rwth-aachen.de>).

²⁴ Vgl. § 2 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. Februar 2010 (BGBl. I S. 94).

²⁵ Dazu *Weber*, NJW 1990, 1625, 1630 f.

²⁶ Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung bergbaulicher Vorhaben (UVP-V Bergbau) vom 13. Juli 1990 (BGBl. I S. 1420), zuletzt geändert durch Verordnung vom 24. Januar 2008 (BGBl. I S. 85).

²⁷ Subsidiär kann auch § 1 Nr. 9 UVP-V Bergbau als Auffangtatbestand Relevanz erlangen.

²⁸ Zur Notwendigkeit der Durchführung einer UVP siehe die gutachterliche Äußerung „Rechtshemmnisse für die Genehmigung tiefengeothermischer Anlagen“ von *Altrock/Große/Lehnert* im Auftrag des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, 2009, S. 24 ff. (abrufbar unter: www.erneuerbare-energien.de). Der rheinland-pfälzische Ministerrat hat einer Bundesratsinitiative zur

b) Zum Anwendungsbereich des Bauplanungs- und Bauordnungsrechts

Das öffentliche Baurecht ist in das Bauplanungs- und Bauordnungsrecht unterteilt. Während das Bauplanungsrecht des Baugesetzbuchs (BauGB)²⁹ eine geordnete Nutzung des Mediums Boden bezweckt, ist die Aufgabe des Bauordnungsrechts der Landesbauordnung (LBauO)³⁰ in der Gefahrenabwehr zu sehen.

Beide Rechtsmaterien nehmen auf den zentralen Rechtsbegriff der „baulichen Anlage“ Bezug, der über die jeweilige Anwendbarkeit der Gesetze entscheidet (§ 29 Abs. 1 BauGB, §§ 2 Abs. 1, 61 LBauO). Auf Grund der differierenden Regelungszwecke und Gesetzgebungskompetenzen sind die Begriffe voneinander isoliert zu bestimmen.

aa) Die bauliche Anlage im bauplanungsrechtlichen Sinn

Eine bauliche Anlage im bauplanungsrechtlichen Sinn ist durch die Elemente des Bauens und der bodenrechtlichen Relevanz gekennzeichnet. Das Merkmal des Bauens verlangt, dass die Anlage in einer auf Dauer gedachten Weise künstlich mit dem Erdboden verbunden ist. Die bodenrechtliche Relevanz ist gegeben, wenn das Vorhaben die in § 1 Abs. 5 und 6 BauGB genannten Belange in einer Weise berührt oder berühren kann, die das Bedürfnis nach einer ihre Zulässigkeit regelnden verbindlichen Bauleitplanung hervorrufen.³¹

Isoliert betrachtet unterfällt daher eine geothermische Bohrung nicht dem Anwendungsbereich des BauGB, weil durch sie keine derartige bauliche Anlage entsteht. Mobile Bohranlagen stellen keine bauliche Anlage im bauplanungsrechtlichen Sinn dar, weil die künstliche Verbundenheit mit dem Erdboden kurzweilig und nicht auf Dauer gedacht ist. Etwas anderes kann aber gelten, wenn ein Bohrturm ortsfest errichtet wird, um Bohrungen über mehrere Monate vorzunehmen.

Häufig wird daher allein die geothermische Anlage, die der Gewinnung geothermischer Energie dient, den bauplanungsrechtlichen Anlagenbegriff im Sinne des § 29 Abs. 1 BauGB erfüllen, weil sowohl das Kriterium des Bauens als auch der bodenrechtlichen Relevanz vorliegt. Im Zusammenhang mit der Errichtung geothermischer Anlagen gelangen daher die §§ 29 ff. BauGB über die Zulässigkeit von Vorhaben zur Anwendung.

Änderung der UVP-V Bergbau zugestimmt, wonach Bohrungen ab 1000 Meter Tiefe generell der UVP-Pflicht unterliegen sollen (siehe Staatszeitung Nr. 24 vom 12. Juli 2010, S. 2).

²⁹ Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. September 2004 (BGBl. I S. 2414), zuletzt geändert durch Gesetz vom 31. Juli 2009 (BGBl. I S. 2585).

³⁰ Landesbauordnung Rheinland-Pfalz vom 24. November 1998 (GVBl. S. 365), BS 213-1, zuletzt geändert durch Gesetz vom 27.10.2009 (GVBl. S. 358).

³¹ Siehe *Löhr*, in: *Battis/Krautzberger/ders.*, *BauGB*, 11. Auflage 2009, § 29, Rn. 9 ff.; *BVerwGE* 44, 59, 61 f.

bb) Die bauliche Anlage im bauordnungsrechtlichen Sinn

Der bauordnungsrechtliche Begriff der baulichen Anlage erschöpft sich im Wesentlichen auf das Merkmal des Bauens und damit auf die Bautätigkeit des Menschen, die die Verwendung von Bauprodukten bedingt. Die Legaldefinition in § 2 Abs. 1 Satz 1 LBauO nennt in diesem Sinn als Kriterien (1.) die Verbindung mit dem Boden, (2.) die Verwendung von Bauprodukten (Baustoffe und Bauteile) und (3.) die Herstellung aus diesen Materialien.³² Die Verwendung von mobilen Bohrwerkzeugen zur Auffindung oder Gewinnung von Erdwärme erfüllt diese Kriterien nicht. Auch im Bauordnungsrecht ist der Anlagenbegriff, der über die Anwendung der LBauO und die Baugenehmigungsbedürftigkeit entscheidet, häufig nur bei geothermischen Anlagen in der sogenannten Gewinnungsphase (dazu sogleich) erfüllt. Gleiches gilt für die Errichtung von Bohrtürmen, wenn diese über eine gewisse Dauer ortsfest betrieben werden sollen.

Eine Ausnahme vom eröffneten Anwendungsbereich der LBauO nennt § 1 Abs. 2 Nr. 2 LBauO für Anlagen, die der Bergaufsicht (§ 69 Abs. 1 BBergG) unterliegen. Dies ist bei geothermischen Anlagen grundsätzlich der Fall.³³ Für oberirdische Gebäude gilt diese Ausnahme allerdings ausdrücklich nicht. Für den oberirdischen Teil geothermischer Anlagen bleibt es bei der sachlichen Anwendbarkeit der LBauO. Das bauordnungsrechtliche Genehmigungsverfahren und das bergrechtliche Betriebsplanverfahren sind dann parallel durchzuführen. Anderes gilt nur, wenn das bergrechtliche Betriebsplanverfahren als Planfeststellungsverfahren mit UVP durchgeführt wird. Der Planfeststellung kommt dann gemäß §§ 72 Abs. 1, 75 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 LVwVfG die bereits zuvor beschriebene Konzentrationswirkung zu.³⁴

Die LBauO gilt ferner nicht für Rohrleitungen außerhalb der Anlage, soweit diese der öffentlichen Versorgung mit Wärme dienen (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 LBauO).³⁵

cc) Zur umfassenden Kontroll- und Koordinierungsverpflichtung der Bauaufsichtsbehörde

In Rheinland-Pfalz kommt den Bauaufsichtsbehörden eine umfassende Kontroll- und Koordinierungsfunktion hinsichtlich der Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften zu. Gemäß § 70 Abs. 1 Satz 1 LBauO ist die Baugenehmigung zu erteilen, wenn dem „Vorhaben keine

³² Siehe *Jeromin*, in: ders. (Hrsg.), LBauO Rh-Pf, 2. Auflage 2008, § 2, Rn. 3 ff.

³³ Siehe S. 2 f.

³⁴ Siehe S. 4.

³⁵ Dazu *Jeromin*, a.a.O., § 2, Rn. 19.

baurechtlichen oder sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften³⁶ entgegenstehen“. Um letzteres sicherzustellen, hat die Bauaufsichtsbehörde die Pflicht, von den Fachbehörden die erforderlichen Genehmigungen parallel einzuholen (sogenanntes Sternverfahren, § 65 Abs. 5 Satz 1 LBauO) und die einzelnen Entscheidungen zusammen mit ihrer Entscheidung über die Erteilung der Baugenehmigung einheitlich bekanntzugeben (§ 65 Abs. 5 Satz 4 LBauO).³⁷ Die Baugenehmigung für eine geothermische Anlage stellt damit den „Schlusspunkt“ bei der Erteilung mehrerer für ein Vorhaben notwendiger berg- und wasserrechtlicher Erlaubnisse, Bewilligungen oder Zulassungen dar.³⁸

Fallen die Prüfungen positiv aus, teilt die Bauaufsichtsbehörde die parallel ergangenen Genehmigungen zusammen mit der Baugenehmigung dem Bauherrn mit; lehnt eine beteiligte Fachbehörde umgekehrt die von ihr begehrte Genehmigung ab, so hat die Bauaufsichtsbehörde auch dies dem Bauherrn mitzuteilen, und zwar zusammen mit der ablehnenden Entscheidung über den Bauantrag. Denn dem Vorhaben steht in diesem Fall eine sonstige öffentlich-rechtliche Vorschrift im Sinne des § 70 Abs. 1 Satz 1 LBauO entgegen.³⁹

Im Unterschied dazu ist die Bauaufsichtsbehörde gemäß §§ 70, 65 Abs. 1 Satz 1 LBauO zu einer eigenständigen Prüfung darüber verpflichtet, ob das Vorhaben den Anforderungen des § 22 BImSchG über die Errichtung und den Betrieb immissionsschutzrechtlich nicht genehmigungsbedürftiger Anlagen entspricht, soweit die Immissionen in Verbindung mit der Errichtung und Nutzung der baulichen Anlage stehen.⁴⁰ Dabei hat der Bauherr den Nachweis für die Einhaltung der immissionsschutzrechtlichen Vorgaben zu erbringen.⁴¹

c) Sonstige Rechtsgebiete

Weitere Rechtsmaterien, die bei geothermischen Vorhaben Bedeutung erlangen können (etwa das Raumordnungsrecht oder das Umweltinformations- bzw. Informationsfreiheits-

³⁶ Darunter sind alle Vorschriften zu fassen, die materiell-rechtliche Anforderungen an das Bauvorhaben stellen (siehe *Jeromin*, a.a.O., § 70, Rn. 26). Die Bestimmungen über die Durchführung einer UVP fallen nicht darunter, da sie allein verfahrensrechtlichen Charakter haben (siehe dazu S. 6).

³⁷ Die Koordinierungsfunktion dient der Verwaltungsvereinfachung, indem der Bauherr davon entlastet wird, die Erlaubnisse einzuholen, die für sein Vorhaben zusätzlich zur Baugenehmigung noch notwendig sind (so die Gesetzesbegründung, siehe LT-Drucks 4/186 zu § 78).

³⁸ Zur sogenannten Schlusspunkttheorie siehe OVG Rheinland-Pfalz, ZfBR 2008, 194; *Jeromin*, a.a.O., § 70, Rn. 46.

³⁹ So OVG Rheinland-Pfalz, ZfBR 2008, 194, 195.

⁴⁰ Haben die Immissionen einen stärkeren Bezug zu einer bergrechtlich relevanten Tätigkeit (etwa im Verladen und Befördern von Bodenschätzen), so entscheidet die zuständige Bergbehörde (im Rahmen des Betriebsplanzulassung) und nicht die Bauaufsichtsbehörde über die Einhaltung des § 22 BImSchG (siehe BVerwGE 74, 315, 324 f.). Siehe dazu S. 24.

⁴¹ Siehe *Jarass*, in: ders., BImSchG, 8. Auflage 2010, § 22, Rn. 68; *Jeromin*, a.a.O., § 70, Rn. 27.

recht), können unerörtert bleiben, da sie keinen unmittelbaren Bezug zum Untersuchungsgegenstand aufweisen.⁴²

2. Zeitliche Differenzierung: Die Aufsuchungs- und Gewinnungsphase

Die vorstehenden Ausführungen haben bereits gezeigt, dass die verschiedenen behördlichen Entscheidungen in unterschiedlichen zeitlichen Phasen, die geothermische Vorhaben regelmäßig durchlaufen, Bedeutung erlangen können. Das BBergG als Kernmaterie des Rechts geothermischer Anlage bringt diese zeitliche Unterscheidung deutlich zum Ausdruck. Gemäß § 6 Satz 1 BBergG bedarf derjenige, der bergfreie Bodenschätze (also gemäß § 3 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 b) BBergG auch Erdwärme) *aufsuchen* will, der Erlaubnis. Wer bergfreie Bodenschätze *gewinnen* will, bedarf der Bewilligung oder des Bergwerkseigentums. Hinsichtlich der bergrechtlichen Betriebsplanpflicht nimmt auch § 51 Abs. 1 Satz 1 BBergG auf sogenannte Aufsuchungs- und Gewinnungsbetriebe Bezug. Im Folgenden soll daher zwischen der Aufsuchungs- und Gewinnungsphase unterschieden werden.

Ergänzend sei angemerkt, dass die dritte Zeitphase (die sogenannte Nutzungs-/Aufbereitungsphase, vgl. § 51 Abs. 1 Satz 1 BBergG) nicht von der Themenstellung erfasst wird und im Zusammenhang mit geothermischen Aktivitäten auch keine rechtliche Bedeutung erlangt. Gemäß § 4 Abs. 3 Satz 2 Hs. 1 BBergG liegt eine Aufbereitung nicht vor, wenn mit einer Aufbereitungstätigkeit gleichzeitig die Weiterverarbeitung eines Bodenschatzes oder die Herstellung eines anderen Erzeugnisses einhergeht und das Schwergewicht der Tätigkeit nicht bei der Aufbereitung liegt. Die Nutzung von Erdwärme wird gemäß § 4 Abs. 3 Satz 2 Hs. 2 BBergG der Weiterverarbeitung ausdrücklich gleichgestellt. Sie hat aus diesem Grund keine bergrechtliche Relevanz.⁴³

3. Anlagenbezogene Differenzierung: Oberflächennahe geothermische und tiefergeothermische Systeme

In Hinblick auf den begrenzten Anwendungsbereich des BBergG in der Gewinnungsphase (§§ 4 Abs. 2 Nr. 1, 127 Abs. 1 BBergG)⁴⁴ ist des Weiteren für die vorzunehmende rechtliche Bewertung eine Unterscheidung zwischen den verschiedenen Arten geothermischer Anlagen erforderlich.

⁴² Zum Raumordnungsverfahren bei geothermischen Vorhaben vgl. *Große*, NVwZ 2004, 809, 813. Näheres zur Bedeutung des Umweltinformations- und Informationsfreiheitsrechts bei *Altrock/Große/Lehnert*, a.a.O., S. 29 ff.

⁴³ Siehe *Kremer/Neuhaus*, a.a.O., Rn. 65.

⁴⁴ Siehe S. 3.

In der Geothermie wird allgemein zwischen oberflächennahen und tiefengeothermischen Systemen unterschieden. Anlagen, die Erdwärme bis in eine Tiefe von etwa 400 Metern nutzen, werden zur oberflächennahen Geothermie gezählt; Anlagen mit tieferen Bohrungen gehören zur tiefen Geothermie. Die Tiefengrenze ist das Ergebnis einer willkürlichen Festlegung und folgt insbesondere nicht dem BBergG, dessen Differenzierungskriterium eine Bohrtiefe von 100 Meter ist (§ 127 Abs. 1 BBergG).⁴⁵

Die oberflächennahe Geothermie eignet sich wegen des geringen Temperaturniveaus von bis zu 20 Grad Celsius ausschließlich zum Beheizen und zum Kühlen von Gebäuden und zur Warmwasserbereitstellung. Die energetische Nutzung der Geothermie kann einerseits durch das Zugetagefördern des erwärmten Grundwassers erfolgen, wobei dieses nach dem Wärmeentzug wieder im Boden versickert. Die Erdwärme lässt sich andererseits auch durch Erdwärmesonden bzw. Erdreichkollektoren im Boden aufnehmen und ableiten.⁴⁶

Die tiefe Geothermie taugt wegen ihres höheren energetischen Potentials nicht nur zur Wärme-, sondern auch zur Stromerzeugung. Die Elektrizität wird von sogenannten hydrothermalen und petrophysikalischen Anlagen gewonnen. Bei hydrothermalen Systemen werden wasserführende Schichten (Aquifere) in Tiefen bis 4000 Meter genutzt. Dadurch können in Deutschland Temperaturen bis 140 Grad Celsius erreicht werden. Bei petrophysikalischen Systemen, die bis zu einer Bohrtiefe von 7000 Metern eingesetzt werden, wird zunächst Wasser in Gesteinsschichten gepresst und dann im erhitzten Zustand an die Oberfläche gepumpt. Sodann lässt man das erhitzte Wasser verdunsten, wodurch eine Turbine angetrieben wird (sogenanntes Hot-Dry-Rock-Verfahren).⁴⁷

II. Erkundungsbohrungen in der Aufsuchungsphase

1. Bergrechtliche Entscheidungen: Erlaubniserteilung und Betriebsplanzulassung

Fraglich ist, ob die Differenzierung zwischen oberflächennahen und tiefengeothermischen Vorhaben und insbesondere die 100 Meter Tiefengrenze (§ 127 Abs. 1 BBergG) bereits in der Aufsuchungsphase bedeutsam ist, wenn die Erdwärme später auf einem Grundstück im Zusammenhang mit dessen baulicher Nutzung gewonnen werden soll (§ 4 Abs. 2 Nr. 1 BBergG). Dagegen spricht der Wortlaut des § 4 Abs. 2 BBergG, der ausschließlich eine Definition für die Gewinnung von Bodenschätzen aufstellt. Aus gesetzessystematischer Sicht wird

⁴⁵ Große, ZUR 2009, 535, 536.

⁴⁶ Ausführliche Informationen zum Einsatz von Erdwärmesonden enthält der „Leitfaden zur Nutzung von Erdwärme mit Erdwärmesonden“ des Landes Rheinland-Pfalz (abrufbar unter: www.mufv.rlp.de) bzw. Baden-Württemberg (abrufbar unter: www.uvm.baden-wuerttemberg.de).

⁴⁷ Große, NVwZ 2004, 809 f.; ZUR 2009, 535, 536.

dieses Ergebnis auch dadurch gestützt, dass eine dem § 4 Abs. 2 Nr. 1 BBergG entsprechende Regelung in § 4 Abs. 1 BBergG, der das Aufsuchen von Bodenschätzen beschreibt, fehlt. Auch auf Grundlage einer gesetzesteologischen Betrachtung scheint es nicht vertretbar zu sein, die Nutzung geothermischer Energie auf einem Grundstück zum Zwecke dessen baulicher Nutzung gänzlich vom Regime des BBergG herauszunehmen, da eine solche Freistellung dem Gesetzeszweck einer geordneten Erdwärmenutzung zuwiderliefe.

§ 4 Abs. 2 Nr. 1 und § 127 Abs. 1 BBergG, die den Anwendungsbereich des BBergG festlegen, erlangen daher im Zusammenhang mit dem Aufsuchen der Erdwärme keine Relevanz.⁴⁸

Die nachstehenden bergrechtlichen Ausführungen gelten daher uneingeschränkt sowohl für oberflächennahe als auch für tiefengeothermische Vorhaben in der Aufsuchungsphase.

a) Die bergrechtliche Erlaubnis

Gemäß § 6 BBergG bedarf derjenige, der bergfreie Bodenschätze aufsuchen will, der Erlaubnis i.S.d. § 7 BBergG.

aa) Zum Erlaubnisinhalt

Die bergrechtliche Erlaubnis gewährt gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BBergG das ausschließliche Recht, in einem bestimmten Feld (Erlaubnisfeld)⁴⁹ nach den Vorschriften des BBergG die in der Erlaubnis bezeichneten Bodenschätze aufzusuchen, d.h. alle auf die Entdeckung oder Feststellung der Ausdehnung von Bodenschätzen gerichteten Tätigkeiten auszuüben (§ 4 Abs. 1 BBergG). Wegen des ausschließenden Charakters der Erlaubnis ist Dritten das Aufsuchen von Erdwärme in demselben Erlaubnisfeld untersagt.⁵⁰ Gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BBergG umfasst die Erlaubnis auch das Recht zur Errichtung von Anlagen zum Zwecke des Aufsuchens der Erdwärme.

Die Erteilung der Erlaubnis hat bereits Vorwirkungen für die spätere Gewinnungsphase: Der Antrag auf Erteilung einer Bewilligung durch den Erlaubnisinhaber hat nach Maßgabe des

⁴⁸ Im Ergebnis so auch *Große*, ZUR 2009, 535, 536 f.

⁴⁹ Erlaubnis- und Bewilligungsfelder werden durch vertikale Linien begrenzt (siehe § 4 Abs. 7 BBergG). Dies ist insofern misslich, da Bodenschätze auf unterschiedlichen Stockwerken aufgesucht und gewonnen werden können, ohne dass es zu einer gegenseitigen Beeinträchtigung kommt. Die gegenwärtige rechtspolitische Diskussion befasst sich daher mit der Einführung horizontaler Erlaubnis- und Bewilligungsfelder (siehe etwa *Becker/Büttner/Held*, a.a.O., S. 20 f.).

⁵⁰ Zu den Ausnahmen vgl. § 4 Abs. 2 BBergG.

§ 14 Abs. 1 Satz 2 BBergG Vorrang gegenüber Anträgen Dritter, die auf die Gewinnung desselben Bodenschatzes gerichtet sind. Insoweit besteht ein gewisser Konkurrenzschutz.⁵¹

Mit der Formulierung „nach den Vorschriften dieses Gesetzes“ verdeutlicht § 7 BBergG, dass dem Vorhabenträger das Aufsuchen der Erdwärme nicht allein auf Grund der Erlaubnis gestattet ist. Die Erlaubnis schafft lediglich einen Rechtstitel⁵², dessen Ausübung wiederum unter dem Vorbehalt anderer bergrechtlicher Bestimmungen steht.⁵³ Aus den §§ 51 ff. BBergG ergibt sich die Notwendigkeit, über die Einholung der Erlaubnis einen Betriebsplan zu erstellen, der von der Bergbehörde zugelassen werden muss.⁵⁴

bb) Voraussetzungen und Versagungsgründe für die Erteilung der Erlaubnis

Das gesamte bergrechtliche Konzessionssystem (§§ 6 ff. BBergG) ist als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet, da der Bundesgesetzgeber bergrechtliche Tätigkeiten grundsätzlich als erwünscht ansieht und diese mit Blick auf die in § 1 BBergG genannten Belange lediglich einer vorbeugenden Kontrolle unterstellen wollte. Auf die Erteilung der Erlaubnis besteht ein Rechtsanspruch, wenn nicht einer der in § 11 Nr. 1 bis 10 BBergG genannten Versagungsgründe vorliegt. Die Erlaubnis ergeht als sogenannter gebundener Verwaltungsakt, d.h. die zuständige Behörde verfügt über kein Ermessen.⁵⁵

Die Versagungsgründe des § 11 BBergG lassen sich wie folgt einteilen:⁵⁶

- formelle Ordnungsvorschriften (Nr. 1 und 2)

Danach hat der Antragsteller die Bodenschätze, die aufgesucht werden sollen, genau zu bezeichnen und eine Karte vorzulegen, die den Anforderungen der Bergverordnung über vermessungstechnische und sicherheitliche Unterlagen (Unterlagen-BergV)⁵⁷ entspricht.

⁵¹ Siehe *Große*, ZUR 2009, 535, 537.

⁵² Dessen Zuordnung zum Privatrecht oder öffentlichen Recht ist umstritten. Zum Meinungsstreit siehe *Pienschulte/Vitzthum*, a.a.O., § 6, Rn. 3 ff.

⁵³ Siehe BT-Drs. 8/1315, S. 85. Die an das Wasserrecht angelehnte Terminologie der Erlaubnis und Bewilligung (siehe § 8 WHG) ist missverständlich, da der materielle Gehalt der Berechtigungen nicht gleichartig ist (vgl. Fn. 19).

⁵⁴ Vgl. BT-Drs. 8/1315, S. 85; siehe auch *Kremer/Neuhaus*, a.a.O., Rn. 82.

⁵⁵ Vgl. *Pienschulte/Vitzthum*, a.a.O., § 6, Rn. 1; *Weller/Kullmann*, Das Deutsche Bundesrecht, BBergG, Loseblattsammlung, Stand: Oktober 2008, § 6, Rn. 1; *Kremer/Neuhaus*, a.a.O., Rn. 113.

⁵⁶ Die Unterscheidung folgt *Pienschulte/Vitzthum*, a.a.O., § 11, Rn. 5; *Kremer/Neuhaus*, a.a.O., Rn. 115.

⁵⁷ Bergverordnung über vermessungstechnische und sicherheitliche Unterlagen (UnterlagenBergV) vom 11. November 1982 (BGBl. I S. 1553), zuletzt geändert durch Verordnung vom 10. August 2005 (BGBl. I S. 2452).

- Vorschriften zur Transparenz der bergbaulichen Aufsuchungstätigkeit gegenüber der Behörde (Nr. 3, 4, 5)

Der Antragsteller hat danach ein Arbeitsprogramm vorzulegen, in dem insbesondere dargelegt wird, dass die vorgesehenen Aufsuchungsarbeiten hinsichtlich Art, Umfang und Zweck ausreichend sind und in einem angemessenen Zeitraum erfolgen. Die Bestimmung dient dem volkswirtschaftlichen Interesse an einer sinnvollen und planmäßigen Aufsuchung der Bodenschätze und ihrer schnellen Verfügbarkeit für die Öffentlichkeit. Die inhaltlichen Anforderungen an das Arbeitsprogramm sind daher streng. Dem Unternehmen sind bei der Ausführung des Arbeitsprogramms nur unwesentliche Abweichungen gestattet, die sich mit der jeder Prognose immanenten Ungewissheit erklären lassen.⁵⁸

Der Unternehmer muss sich ferner verpflichten, das Ergebnis der Aufsuchungstätigkeit gegenüber der Bergbehörde auf Verlangen zu offenbaren. Schließlich hat er eine Verpflichtungserklärung abzugeben, die es der Bergbehörde ermöglicht, bestimmte Berechtigte an der Aufsuchung teilnehmen zu lassen.

- Vorschriften über die Solidität des Bergbauunternehmens (Zuverlässigkeit (Nr. 6) und Kapitalnachweis (Nr. 7))

Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn konkrete Tatsachen auf die Unzuverlässigkeit des Antragstellers bzw. der vertretungsberechtigten Personen eines Unternehmens schließen lassen und die für die Aufsuchung erforderliche Kapitalausstattung nicht glaubhaft gemacht wurde.

- Vorschriften zum Schutz des besonderen öffentlichen Interesses (Nr. 8, 9, 10)

Der Antrag auf Erlaubniserteilung ist schließlich zu versagen, wenn eine sinnvolle und planmäßige Aufsuchung und Gewinnung anderer Bodenschätze gefährdet würde oder Bodenschätze beeinträchtigt würden, deren Schutz im öffentlichen Interesse liegt. Ferner dürfen überwiegende öffentliche Interessen die Aufsuchung im Erlaubnisfeld nicht ausschließen.

Soweit in der Vergangenheit Anträge auf Erteilung einer Erlaubnis für ein geothermisches Vorhaben abgelehnt wurden, begründete die zuständige Bergbehörde ihre Entscheidung meist damit, dass das Unternehmen die Finanzierung der Aufsuchung nicht hinreichend glaubhaft gemacht habe (§ 11 Nr. 7 BBergG).⁵⁹

⁵⁸ VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 15.04.2010, Az.: 6 S 1939/09 (abrufbar unter: www.juris.de).

Mit der stetigen Zunahme geothermischer Aktivitäten in dörflichen und städtischen Gebieten und der teilweise beobachteten negativen Auswirkungen auf die Umgebungsbebauung des Vorhabens durch seismische Ereignisse oder der Hebung/Senkung der Erdoberfläche könnte auch der Versagungsgrund nach § 11 Nr. 10 BBergG an Bedeutung gewinnen. Danach ist die Erlaubnis zu versagen, wenn „überwiegende öffentliche Interessen die Aufsuchung im gesamten zuzuteilenden Feld ausschließen“.

Die Vorschrift ermöglicht der Bergbehörde eine Abwägung zwischen dem volkswirtschaftlichen Interesse an der Realisierung des geothermischen Vorhabens und anderen widerstreitenden öffentlichen Interessen. Der Versagungsgrund erscheint dabei nicht ohne weiteres systemstimmig, da allein die Erlaubnis dem Vorhabenträger nicht gestattet, Erkundungsbohrungen vorzunehmen. Geothermische Aufsuchungstätigkeiten sind – wie dargelegt – dem Unternehmen einzig in Verbindung mit der behördlichen Zulassung des (Haupt-)Betriebsplans erlaubt. Streng genommen kann es daher allein durch die Erlaubniserteilung nicht zu einer Beeinträchtigung öffentlicher Belange kommen. Nachvollziehbarer wäre es, die widerstreitenden öffentlichen Belange erst im Rahmen der Entscheidung über die Zulassung des Betriebsplans zu berücksichtigen.

Der Bundesgesetzgeber war sich dieses Widerspruchs bewusst. Auch nach seiner Einschätzung kann die Erlaubnis ihrem Wesen nach zu keiner „echten Kollision“ mit öffentlichen Interessen führen. Die frühzeitige Berücksichtigung öffentlicher Interessen im Verwaltungsverfahren sieht er jedoch vor dem Hintergrund als legitim an, dass § 11 Nr. 10 BBergG restriktiv ausgelegt werden müsse und daher von „gravierenden Voraussetzungen“ abhängig zu machen sei.⁶⁰

Dieser gesetzgeberische Wille kommt auch deutlich im Wortlaut des § 11 Nr. 10 BBergG zum Ausdruck. Erforderlich ist, dass die widerstreitenden öffentlichen Interessen „überwiegen“. Als weitere Voraussetzung muss ein solch öffentliches Interesse die bergbauliche Tätigkeit „ausschließen“. Eine Beeinträchtigung oder ein Entgegenstehen ist insofern für die Versagung der Erlaubnis unzureichend. Speziell bei geothermischen Vorhaben kommt erschwerend hinzu, dass die Nutzung der Erdwärme zum Zwecke der Energiegewinnung selbst dem bedeutenden öffentlichen Interesse des Klimaschutzes dient.⁶¹ Vor dem Hintergrund des Umweltschutzes stellt die Förderung der geothermischen Energiegewinnung ein erklärtes Ziel des Bundesgesetzgebers dar (§ 1 des Gesetzes über den Vorrang Erneuerbarer

⁵⁹ Quelle: *Große*, ZUR 2009, 535, 537. Der Autor weist daraufhin, dass die weit überwiegende Anzahl der Anträge positiv verbeschieden würde.

⁶⁰ Vgl. BT-Drs. 8/1315, S. 87.

⁶¹ *Große*, NVwZ 2004, 809, 812.

Energien).⁶² Schließlich müssen die überwiegenden öffentlichen Interessen die Aufsuchung „im gesamten zuzuteilenden Feld“ ausschließen. Nach einer im Vordringen befindlichen Auffassung müssen sich die schützenswerten öffentlichen Belange zwar nicht auf jeden Quadratmeter des Erlaubnisfeldes erstrecken. Gefordert wird jedoch ein zumindest punktueller Interesse, das sich auf das gesamte Bergbaufeld auswirken kann.⁶³

Öffentliche Interessen können ausweislich der Gesetzesbegründung Erfordernisse des Naturschutzes, der Landschaftspflege, der Raumordnung, der Landesplanung, des Verkehrs und des Gewässerschutzes sein.⁶⁴ Die Aufzählung in den Gesetzesmaterialien ist allerdings nicht abschließend. Mit dem Begriff des „öffentlichen Interesses“ hat sich der Gesetzgeber bewusst für eine offene Formulierung entschieden, die wertausfüllungsbedürftig ist (sogenannter unbestimmter Rechtsbegriff). Dahinter steht die Intention, das Verwaltungshandeln zu flexibilisieren, um im Sinne der erstrebten Einzelfallgerechtigkeit auf die Vielgestaltigkeit der Lebenssachverhalte reagieren zu können. Unbestimmte Rechtsbegriffe dienen als Einfallstor derjenigen Grundrechte, die individuell betroffen sein können (sogenannte „norminterne Grundrechtswirkung“⁶⁵).

Soweit auf Grund einer gesicherten Tatsachenbasis zu befürchten ist, dass eine Erkundungsbohrung zu massiven Schäden in der Umgebungsbebauung führt, können die Schutzdirektiven der Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG) den Ausschlag dafür geben, dass der vorzunehmende Abwägungsvorgang im Rahmen des § 11 Nr. 10 BBergG für die Versagung der Erlaubnis spricht. In diesem Zusammenhang trifft die Bergbehörde zumindest bei konkreten Anhaltspunkten die Pflicht von Amts wegen zu ermitteln (§§ 24, 26 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 LVwVfG), inwieweit Schäden an Gebäuden zu befürchten sind, wenn etwa Grundwasser in gipshaltige Erdschichten eintritt und der sich ausdehnende Gips zu einer Anhebung der Erdoberfläche führt.⁶⁶

⁶² Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (EEG) vom 29. März 2000 (BGBl. I S. 305), zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. Dezember 2009 (BGBl. I S. 3950).

⁶³ Vgl. *Kloepfer*, a.a.O., § 10, Rn. 96 m.w.N.

⁶⁴ Vgl. BT-Drs. 8/1315, S. 87. Die Bergbehörde hat vor einer Entscheidung nach § 11 Nr. 10 BBergG der Fachbehörde, zu deren Aufgabe die Wahrnehmung des konkreten öffentlichen Interesses gehört, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (§ 15 BBergG).

⁶⁵ Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz, 56. Ergänzungslieferung 2009, Art. 19 Abs. 4, Rn. 123.

⁶⁶ Zu derartigen Vorkommnissen siehe *Lubbadeh*, „Eine Stadt zerreißt“, Artikel bei Spiegel-Online Wissenschaft vom 15.11.2008 (abrufbar unter: www.spiegel.de).

cc) Die Erteilung der Erlaubnis mit Nebenbestimmungen

Für die Bergbehörde besteht unter gewissen Voraussetzungen die Möglichkeit, den Erlaubnisinhalt einschränkend festzulegen (Inhaltsbestimmung) und die Erlaubnis im Erteilungszeitpunkt oder nachträglich mit Nebenbestimmungen zu versehen.

(1) Gemäß § 16 Abs. 2 BBergG kann das Erlaubnisfeld (§ 4 Abs. 7 BBergG) 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. Eine derartige Begrenzung ist dann zulässig, wenn andernfalls die Gefahr von Monopolstellungen und damit eine Beeinträchtigung der Wettbewerbslage der aufsuchenden Unternehmen droht oder wenn durch die Begrenzung des Erlaubnisfeldes eine Verbesserung der Lagerstättenprospektion erreicht wird.⁶⁷

Rechtstechnisch betrachtet handelt es sich bei der Entscheidung nach § 16 Abs. 2 BBergG um keine echte Auflage, sondern um eine Inhaltsbestimmung des Verwaltungsaktes, da die behördliche Festlegung des Erlaubnisfeldes ein essentieller Bestandteil jeder Erlaubnis ist (§ 7 Abs. 1 BBergG). Die Rechtsprechung hat in der Vergangenheit für derartige Inhaltsbestimmungen, die quantitativ oder qualitativ vom Antrag abweichen, die missverständliche Terminologie „modifizierende Auflage“ gewählt.⁶⁸

(2) Der Erlass von Nebenbestimmungen *im Zeitpunkt der Erlaubniserteilung* richtet sich nach § 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 LVwVfG. § 36 Abs. 1 VwVfG findet Anwendung, weil auf die Erteilung der Erlaubnis ein Rechtsanspruch besteht.⁶⁹ Die Erlaubnis darf danach nur insoweit mit Nebenbestimmung versehen werden, als durch sie sichergestellt werden soll, dass die in § 11 BBergG aufgeführten Erteilungsvoraussetzungen erfüllt werden. Die Bergbehörde verfügt hinsichtlich der Frage, ob und wie die Erlaubnis mit einer Nebenbestimmung versehen wird, über Ermessen i.S.d. § 40 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 LVwVfG (sogenanntes Entschließungs- und Auswahlermessen).⁷⁰ Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit kommt dem Erlass von Nebenbestimmungen grundsätzlich eine Vorrangstellung gegenüber der Versagung der Erlaubnis zu.⁷¹

⁶⁷ Vgl. BT-Drs. 8/1315, S. 89.

⁶⁸ Dazu Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Auflage 2009, § 12, Rn. 16; Stelkens, in: ders./Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 7. Auflage 2008, Rn. 96 ff.

⁶⁹ Siehe dazu S. 13.

⁷⁰ Vgl. Stelkens, a.a.O., § 36, Rn. 120; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 11. Auflage 2010, § 36, Rn. 46a.

⁷¹ Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., § 36, Rn. 49; Piens/Schulte/Vitzthum, a.a.O., § 16, Rn. 13.

Nach folgenden Maßgaben kann die Erlaubnis zur Vornahme geothermischer Erkundungsbohrungen mit Nebenbestimmungen versehen werden:

- Befristung i.S.d. § 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG: Hierunter ist eine Bestimmung zu verstehen, nach der die begünstigende Wirkung der Erlaubnis zu einem gewissen Zeitpunkt beginnt, endet oder für einen bestimmten Zeitpunkt gilt. Da die zeitliche Begrenztheit der Bergbauberechtigung deren Wesensmerkmal ist (§ 16 Abs. 4 und 5 BBergG), sind Befristungen in Form von Nebenbestimmung unzulässig.⁷² Soweit die Bergbehörde lediglich die kraft Gesetzes vorgesehene Geltungsdauer der Erlaubnis nach § 16 Abs. 4 BBergG festlegt, handelt es sich nicht um eine Neben-, sondern um eine Inhaltsbestimmung.⁷³

- Bedingung i.S.d. § 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG: Darunter sind Bestimmungen zu fassen, nach denen der Eintritt oder der Wegfall der begünstigenden Wirkung der Erlaubnis von dem ungewissen Eintritt eines zukünftigen Ereignisses abhängig gemacht wird. Bedingungen sind nur in Ausnahmefällen zulässig, da der Zweck der Erlaubnis gerade darin gesehen werden muss, eine solide Rechtsposition zu verleihen, die unternehmerische Planungssicherheit ermöglicht.

- Widerrufsvorbehalt i.S.d. § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG: Der Bergbehörde steht ferner die Befugnis zu, die Erlaubnis gemäß § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwVfG zu widerrufen und damit ihre Wirksamkeit zu beenden, wenn bestimmte Umstände eintreten, die im Rahmen der Erlaubniserteilung näher bezeichnet wurden. § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwVfG ist neben § 18 BBergG anwendbar, soweit darin keine Sonderregelungen aufgestellt werden.⁷⁴

- Auflagen i.S.d. § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG: Darunter sind Bestimmungen zu verstehen, durch die dem begünstigten Unternehmen ein Tun, Dulden oder Unterlassen vorgeschrieben wird. Im Gegensatz zur Bedingung zwingt die Auflage ihren Adressaten, ohne die Erlaubnis zu suspendieren. Als Inhalt einer Auflage könnte die Bergbehörde etwa festlegen, dass der Bohrvorgang einzustellen ist, sobald der Bohrkern auf das Vorhandensein wasserführender und gipshaltiger Stockwerke oder geologischer Anomalien schließen lässt.

⁷² Piens/Schulte/Vitzthum, a.a.O., § 16, Rn. 6.

⁷³ Vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., § 36, Rn. 16.

⁷⁴ Weller/Kullmann, a.a.O., § 18, Rn. 1; Piens/Schulte/Vitzthum, a.a.O., § 18, Rn. 13 ff.

- Auflagenvorbehalt i.S.d. § 36 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG: Dem Vorbehalt nachträglicher Auflagen im Zeitpunkt der Erlaubniserteilung ist keine Bedeutung beizumessen, da § 16 Abs. 3 BBergG die gesetzlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen für nachträgliche Auflagen festlegt.⁷⁵

(3) Die Aufnahme, Änderung und Ergänzung von Auflagen *nach Erteilung einer Erlaubnis* richtet sich ausschließlich nach § 16 Abs. 3 BBergG. Die Bergbehörde hat drei Voraussetzungen zu beachten, die kumulativ vorliegen müssen und damit die Möglichkeit der nachträglichen Auflagenerteilung wesentlich einschränken: Die Auflagen müssen (1.) für den Unternehmer und für Einrichtungen der von ihm betriebenen Art wirtschaftlich *vertretbar*, (2.) nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik *erfüllbar* und (3.) zu Wahrung der in § 11 bezeichneten Rechtsgüter *erforderlich* sein.⁷⁶ Andere Nebenbestimmungen als Auflagen können nachträglich nicht erlassen werden.

b) Die Zulassung des Betriebsplans

Betriebspläne stellen die eigentliche Grundlage für die Errichtung, Führung und Einstellung von Aufsuchungsbetrieben dar. Während die Erlaubnis lediglich private Aneignungs- und Tätigkeitsrechte begründet, gestattet der zugelassene Betriebsplan die öffentlich-rechtliche Ausübung dieser Rechte.⁷⁷

Betriebspläne sind von den Unternehmen zu erstellen und bedürfen der Zulassung durch die Bergbehörde (§ 51 Abs. 1 Satz 1 BBergG). Mit der Einreichung des Betriebsplans bei der Bergbehörde stellt der Vorhabenträger quasi einen Antrag auf Durchführung des bergrechtlichen Verwaltungsverfahrens.

Die Betriebsplanpflicht besteht neben der Anzeigepflicht gemäß § 50 BBergG. Die Anzeigepflicht entfällt erst, wenn ein Betriebsplan eingereicht wurde.⁷⁸

aa) Die verschiedenen Betriebspläne

Das BBergG unterscheidet fünf verschiedene Typen von Betriebsplänen. Zu nennen ist der Hauptbetriebsplan, der Rahmenbetriebsplan, der Sonderbetriebsplan, der Abschlussbetriebsplan und der gemeinschaftliche Betriebsplan. Für geothermische Aufsuchungsbetriebe kommt dem Hauptbetriebsplan (§ 52 Abs. 1 BBergG) und dem (fakultative) Rahmenbetriebsplan (§ 52 Abs. 2 BBergG) praktische Bedeutung zu.

⁷⁵ Zu den verschiedenen Nebenbestimmungen siehe *Piens/Schulte/Vitzthum*, a.a.O., § 16, Rn. 12.

⁷⁶ Vgl. *Piens/Schulte/Vitzthum*, a.a.O., § 16, Rn. 22 ff.

⁷⁷ *Große*, NVwZ 2004, 809, 812.

Für die Errichtung und Führung des Betriebs ist gemäß § 52 Abs. 1 Satz 1 BBergG zunächst ein Hauptbetriebsplan aufzustellen. Das Unternehmen hat in ihm die geplanten Arbeiten und Maßnahmen darzustellen. Da der Hauptbetriebsplan lediglich eine Geltungsdauer von zwei Jahren hat, können Unternehmen ferner einen fakultativen Rahmenbetriebsplan aufstellen, für den ein längerer Zeitraum zugrunde gelegt werden kann und der allgemeine Angaben über das jeweils beabsichtigte Vorhaben, über dessen technische Durchführung und dessen voraussichtlichen zeitlichen Ablauf beinhaltet. Diese ergänzende Möglichkeit besteht, auch wenn der Wortlaut des § 52 Abs. 2 BBergG („die zuständige Behörde kann verlangen“) für eine andere Handhabung spricht.⁷⁹

Obligatorische Rahmenbetriebspläne gemäß § 52 Abs. 2a BBergG haben im Zusammenhang mit geothermischen Vorhaben keine praktische Bedeutung erlangt, da sie die seltene UVP-Pflicht voraussetzen.⁸⁰

Bei Betrieben von geringer Gefährlichkeit und Bedeutung kann die Bergbehörde das Unternehmen von der Betriebsplanpflicht befreien (§ 51 Abs. 3 Satz 1 BBergG). Die Befreiungsmöglichkeit gilt jedoch gemäß § 51 Abs. 3 Satz 2 BBergG ausschließlich für das Führen und nicht für das Errichten des Betriebs. In der Aufsuchungsphase, die das Erstgenehmigungsverfahren darstellt, besteht die Befreiungsmöglichkeit folglich nicht.

bb) Voraussetzungen für die Zulassung des Betriebsplans

Die grundlegenden Zulassungsvoraussetzungen werden von § 55 BBergG aufgestellt, der mit den Versagungsgründen aus §§ 11, 12 BBergG vergleichbar ist. Falls die in § 55 BBergG genannten Zulassungsvoraussetzungen erfüllt sind, hat der Unternehmer einen Rechtsanspruch auf Betriebsplanzulassung (sogenannte gebundene Erlaubnis). Über Ermessen verfügt die Bergbehörde nicht.⁸¹

(1) Bei geothermischen Vorhaben sind die Zulassungsvoraussetzungen in § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 9 BBergG prinzipiell anwendbar, wobei folgenden Bestimmungen besondere Bedeutung zukommen kann:

- Gemäß § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BBergG hat das Unternehmen die erforderliche Bergberechtigung (in der Aufsuchungsphase die Erlaubnis) durch Vorlage der amtlichen Urkunde

⁷⁸ Piens/Schulte/Vitzthum, a.a.O., § 50, Rn. 13.

⁷⁹ Siehe Große, ZUR 2009, 535, 538.

⁸⁰ Siehe S. 6.

nachzuweisen. Die Bergbehörde prüft hier ausnahmsweise die privatrechtliche Rechtsstellung des Unternehmens.⁸² Anerkannt ist, dass bei der Entscheidung über die Zulassung eines Rahmenbetriebsplans noch kein vollständiger Nachweis der Berechtigung erbracht werden muss. Die Zulassung erfolgt dann aufschiebend bedingt.⁸³

- § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BBergG sieht vor, dass der Unternehmer bzw. bei juristischen Personen und Personenhandelsgesellschaften die vertretungsberechtigten sowie die zur Leitung oder Beaufsichtigung bestellten natürlichen Personen in Hinblick auf *Zuverlässigkeit, Fachkunde* und *körperliche Eignung* ausreichend qualifiziert sein müssen. Mit der Vorschrift verbindet der Bundesgesetzgeber allerdings keine umfassende Prüfung durch die Bergbehörde. Der Prüfauftrag bleibt auf die Feststellung beschränkt, ob auf Grund vorhandenen Tatsachenmaterials ausreichende Anhaltspunkte für die Unzuverlässigkeit, die fehlende Fachkunde oder körperliche Eignung gegeben sind. Erst wenn das vorhandene Tatsachenmaterial diese Annahme rechtfertigt, darf die Bergbehörde die Zulassung des Betriebsplans versagen.⁸⁴

Die Zulassungsvorschrift gilt gemäß § 55 Abs. 1 Satz 2 BBergG nicht für den Rahmenbetriebsplan, weil in diesem noch nicht die Grundlage für die Durchführung des konkreten Vorhabens aufgezeigt wird.⁸⁵ Bei geothermischen Erkundungsbohrungen übernimmt diese Funktion der Hauptbetriebsplan.

- Bei geothermischen Erkundungsbohrungen könnte ferner § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BBergG relevant werden, der die zentralen Zulassungsvoraussetzungen des Arbeitsschutzes und der Betriebssicherheit aufstellt. Die Bergbehörde hat danach im Betriebsplanverfahren zu prüfen, ob der Unternehmer die nach den Umständen des Einzelfalls erforderliche Vorsorge gegen Gefahren für Leben, Gesundheit und Sachgüter getroffen hat.⁸⁶ Die Vorschrift bezweckt nicht erst die Vermeidung eines Schadenseintritts, sondern bereits die Verhinderung der Gefahrenlagen. Durch diese Vorverlagerung soll der Schutzgedanke effektiv zur Geltung kommen.⁸⁷ Ihm entspricht das Unternehmen regelmäßig, wenn die allgemeinen Regeln der

⁸¹ Siehe BT-Drs. 8/3965, S. 138, BVerwGE 81, 329, 332; 100, 1, 10.

⁸² Piens/Schulte/Vitzthum, a.a.O., § 55, Rn. 11.

⁸³ Vgl. Kremer/Neuhaus, a.a.O., Rn. 226.

⁸⁴ Siehe BT-Drs. 8/1315, S. 110; vgl. Piens/Schulte/Vitzthum, a.a.O., § 55, Rn. 19.

⁸⁵ Piens/Schulte/Vitzthum, a.a.O., § 55, Rn. 20; Kremer/Neuhaus, a.a.O., Rn. 227.

⁸⁶ Kremer/Neuhaus, a.a.O., Rn. 228.

⁸⁷ Piens/Schulte/Vitzthum, a.a.O., § 55, Rn. 26.

Sicherheitstechnik (z.B. DIN-Normen) sowie Arbeitsschutz- und Unfallverhütungsvorschriften Beachtung finden.⁸⁸

Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) und der herrschenden Lehre ist die Vorschrift drittschützend, d.h. sie verleiht einem konkreten Personenkreis die Rechtsmacht zu ihrer Durchsetzung im Widerspruchs- oder verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren. Die genaue Festlegung des geschützten Personenkreises, der sich hinreichend von der Allgemeinheit unterscheidet, ist jedoch zwischen Rechtsprechung und Lehre umstritten.

Teile der Literatur interpretieren § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BBergG restriktiv als reine Arbeitsschutz- und Betriebssicherheitsvorschrift, deren Schutzgehalt auf Leben, Gesundheit und Sachgüter der „Beschäftigten und Dritten *im Betrieb*“ beschränkt bleibt.⁸⁹ Danach könnte die Zulassung des Haupt- und Rahmenbetriebsplans auf Grundlage des § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BBergG nicht versagt werden, wenn zu befürchten ist, dass geothermische Erkundungsbohrungen Schäden an der Umgebungsbebauung hervorrufen.

Das BVerwG plädiert dagegen für eine extensive Auslegung des § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BBergG, wonach die Norm zumindest den Schutz von Leben und Gesundheit Dritter sowohl innerhalb als auch außerhalb des Betriebs gewährt. Ob die Norm aber auch den Schutz desjenigen Personenkreises bezweckt, der außerhalb des Betriebes steht und dessen Sacheigentum gefährdet wird, hat das Gericht offen gelassen.⁹⁰ Einer derart weiten Auslegung steht zwar nicht der Wortlaut der Vorschrift entgegen, den das BVerwG zu Recht als mehrdeutig beschrieben hat. Mit dem Gebot einer verfassungskonformen Auslegung bergrechtlicher Vorschriften zum Schutze des von Art. 14 Abs. 1 GG erfassten Oberflächeneigentums ist auch die Ansicht unvereinbar, der Sachgüterschutz sei nicht Gegenstand des Verfahrens über die Betriebsplanzulassung, sondern vollziehe sich erst nachrangig über die Bergschadenshaftung in den §§ 114 ff. BBergG.⁹¹ Dies gilt jedenfalls, soweit Einwirkungen auf das Sacheigentum vermeidbar sind bzw. Eigentumspositionen in ihrer Substanz betroffen werden. Gegen die Einbeziehung eines außerbetrieblichen Sachgüterschutzes in § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BBergG spricht jedoch aus gesetzessystematischer Sicht entscheidend, dass § 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG (dazu sogleich) den zentralen Auffangtatbestand des Betriebs-

⁸⁸ Näheres dazu bei *Piens/Schulte/Vitzthum*, a.a.O., § 55, Rn. 37 ff.; *Kremer/Neuhaus*, a.a.O., Rn. 228.

⁸⁹ So *Weller/Kullmann*, a.a.O., § 55, Rn. 3; *Piens/Schulte/Vitzthum*, a.a.O., § 55, Rn. 31 ff.; vgl. auch *Kremer/Neuhaus*, a.a.O., Rn. 229, die wegen der Mehrdeutigkeit des § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BBergG den Gesetzgeber zu einer Neuregelung auffordern.

⁹⁰ Vgl. BVerwGE 89, 246, 248 f. Dafür spricht auch § 1 Nr. 3 BBergG, der den Gesetzeszweck unter anderem in der Vorsorge gegen Gefahren für das Sacheigentum Dritter sieht. Den außerbetrieblichen Sachgüterschutz noch eindeutig ablehnend BVerwGE 81, 329, 336.

planverfahrens darstellt, der Raum für eine umfassende Abwägung und angemessene Berücksichtigung der widerstreitenden Interessen (Realisierung des geothermischen Vorhabens einerseits und Schutz des Oberflächeneigentums andererseits) ermöglicht. Aus der Eigentumsfreiheit des Art. 14 Abs. 1 GG kann daher nicht die Direktive abgeleitet werden, dass gerade § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BBergG auf der Ebene des einfachen Rechts außerbetrieblichen Sachgüterschutz gewähren muss.

- Praktische Bedeutung könnte ferner § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 BBergG erlangen, wonach die Zulassung des Betriebsplans davon abhängt, dass keine gemeinschädlichen Einwirkungen der Aufsuchung (oder Gewinnung) zu erwarten sind. Da die Vorschrift allein das objektive Gemeinwohlinteresse im Auge hat, vermittelt sie keinen Drittschutz.⁹²

Ein Gemein Schaden soll nach der Intention des Gesetzgebers nicht schon dann vorliegen, wenn ein einzelner geschädigt wird. Vielmehr muss ein Schaden von solchem Umfang drohen, der Auswirkungen auf das Allgemeinwohl zeitigt.⁹³ Der Gesetzgeber führt beispielhaft den Wasserentzug für Ortschaften oder – und dies kann bei geothermischen Vorhaben bedeutsam werden – gefährliche Bodenabsenkungen in dicht besiedelten Gebieten an.⁹⁴ Gleiches muss auch gelten, wenn sich die Erdoberfläche anhebt oder seismische Aktivitäten durch geothermische Bohrungen befürchtet werden müssen.⁹⁵

(2) Im Verfahren der Betriebsplanzulassung hat die zuständige Bergbehörde gemäß § 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG auch außerbergrechtliche Belange zu beachten. Danach kann unbeschadet anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften die Aufsuchung (oder Gewinnung) von Bodenschätzen beschränkt oder untersagt werden, soweit ihr überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen.

Nach Ansicht des BVerwG ist § 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG eine die Befugnisse der Bergbehörde im Betriebsplanverfahren erweiternde Norm, die nicht nur eine eigenständige, dem Betriebsplan neben- und nachgeordnete Anordnungsbefugnis der Bergbehörde begründet, sondern § 55 Abs. 1 BBergG ergänzt.⁹⁶

⁹¹ So auch BVerwGE 89, 246, 249; anders *Piens/Schulte/Vitzthum*, a.a.O., § 55, Rn. 34.

⁹² So BVerwGE 81, 329, 337; VG Saarland, Beschluss vom 28.03.2007, Az.: 5 F 22/06, Rn. 26 (abrufbar unter: www.iuris.de).

⁹³ Vgl. BVerwGE 74, 315, 321; 123, 247, 253.

⁹⁴ Vgl. BT-Drs. 8/1315, S. 111.

⁹⁵ Weitere Beispiele finden sich bei *Piens/Schulte/Vitzthum*, a.a.O., § 55, Rn. 112 ff.

⁹⁶ BVerwGE 74, 315, 321; 100, 1, 16.

Bei der Anwendung des § 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG hat die Bergbehörde folgende Aspekte besonders zu berücksichtigen:

- Subsidiäre Schutzwirkung: Die Befugnis zur Beschränkung oder Versagung der Betriebsplanzulassung besteht nur „unbeschadet anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften“. Durch den Passus wird die Subsidiarität des § 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG klargestellt. Auf den Auffangtatbestand darf die Bergbehörde nur zurückgreifen, soweit der Schutz der öffentlichen Interessen nicht bereits auf Grund anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften in einem speziellen Genehmigungs- oder Zulassungsverfahren gewährleistet wird. Soweit ein Vorhaben baugenehmigungsbedürftig ist, entscheidet folglich die Bauaufsichts- und nicht die Bergbehörde über die Einhaltung der §§ 29 ff. BauGB, obwohl in den bauplanungsrechtlichen Vorschriften auch öffentliche Interessen i.S.d. § 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG zum Ausdruck kommen. Gleiches gilt für wasserrechtliche Belange, deren Berücksichtigung vorrangig im Erlaubnis- und Bewilligungsverfahren nach den §§ 8 ff. WHG sicherzustellen ist.

- Abgrenzung zum Baugenehmigungsverfahren: Aufgezeigt wurde, dass § 22 BImSchG bei Anlagen zur Aufsuchung und Gewinnung geothermischer Energie Anwendung findet, da diese nicht der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungspflicht unterliegen.⁹⁷ Da zu den „öffentlichen Interessen“ i.S.d. § 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG die Umweltpflichten des § 22 Abs. 1 BImSchG gezählt werden⁹⁸ und die Norm auch eine „sonstige öffentlich-rechtliche Vorschrift“ i.S.d. § 70 Abs. 1 Satz 1 LBauO darstellt⁹⁹, erhebt sich die Frage, ob die Bergbehörde im Betriebsplanzulassungsverfahren oder die Bauaufsichtsbehörde im Baugenehmigungsverfahren über die Einhaltung des § 22 BImSchG zu entscheiden hat.

Das BVerwG hat in diesem Zusammenhang eine Abgrenzung vorgenommen, nach der die zuständige Behörde durch Auslegung der jeweils fachgesetzlichen Zuständigkeitsregelungen vorzunehmen ist. Als entscheidend sah es das Gericht an, ob die Immissionen einen stärkeren Bezug zur Errichtung und Nutzung der baulichen Anlage aufweisen oder diese eher bergbaulichen Tätigkeiten wie dem Verladen und Befördern der Bodenschätze zugeordnet werden kann.¹⁰⁰ Geht von dem Betrieb einer Grundwasser-Wärmepumpenanlage Lärm hervor, so spricht die Rechtsauffassung des BVerwG dafür, dass die Bergbehörde im Betriebsplanzulassungsverfahren die Einhaltung des § 22 Abs. 1 BImSchG sicherzustellen hat.

⁹⁷ Siehe S. 5.

⁹⁸ Vgl. *Große*, NVwZ 2004, 809, 813.

⁹⁹ Vgl. *Jeromin*, a.a.O., § 70, Rn. 27.

¹⁰⁰ Vgl. BVerwGE 74, 315, 324 f.; 123, 247, 254.

- Abwägung: Ebenso wie bei den Gründen für die Versagung der Erlaubnis (§ 11 Nr. 10 BBergG) müssen die öffentlichen Interessen (1.) überwiegen und (2.) der Aufsuchung (oder Gewinnung) entgegenstehen. Auch hier genügt eine Beeinträchtigung nicht.¹⁰¹ Die nach § 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG gebotene Abwägung unterliegt nicht den Grundsätzen planerischer Gestaltungsfreiheit. Sie entspricht der gerichtlich voll überprüfbaren Abwägung im Rahmen eines unbestimmten Tatbestandsmerkmals.¹⁰²

- Kein behördliches Ermessen bei der Betriebsplanzulassung: Der Wortlaut des § 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG („kann“) legt nahe, dass die Behörde über die Zulassung des Betriebsplans nach Ermessens Gesichtspunkten (§ 40 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 LVwVfG) entscheiden kann.¹⁰³ Nach Ansicht des BVerwG wird durch die „Kann“-Vorschrift jedoch einzig deren Charakter als Befugnisnorm ausgedrückt.¹⁰⁴ Demnach erfährt das Zulassungsverfahren durch § 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG keine Modifikation. Es bleibt dabei, dass die Entscheidung über die Zulassung des Betriebsplans als gebundene Entscheidung ergeht.¹⁰⁵ Gleichsam wie die Erteilung der Bergbauberechtigungen ist die Betriebsplanzulassung durchweg als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt einzustufen.

- Nachbarschützende Wirkung: § 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG vermittelt nach Ansicht des BVerwG Nachbarschutz. Ein Dritter kann daher im Verwaltungsverfahren oder im Verwaltungsprozess die Einhaltung der subjektiv-rechtlichen Vorschrift verlangen. In diesem Zusammenhang hat das BVerwG klargestellt, dass der Dritte eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung seines Oberflächeneigentums nicht erdulden müsse und nicht vorrangig auf die Liquidierung des Schadens durch das Bergschadensrecht (§§ 114 ff. BBergG) verwiesen werden dürfe.¹⁰⁶ Das Gericht erachtete es mit Art. 14 Abs. 1 GG unvereinbar, den sogenannten „Vorrang des Bergbaus“, der aus dem gesamtwirtschaftlichen Interesse an der Rohstoffsi- cherung (§§ 1 Nr. 1, 48 Abs. 1 Satz 2 BBergG) abgeleitet wird, derart weit zu fassen, dass der Eigentumsschutz in jedem Einzelfall auf eine bloße Wertgarantie in Gestalt des Ersatzes für Bergschäden reduziert werde.¹⁰⁷

¹⁰¹ Vgl. die Ausführungen zu § 11 Nr. 10 BBergG auf S. 15 f.

¹⁰² BVerwG, ZUR 2007, 90, 92.

¹⁰³ So Piens/Schulte/Vitzthum, a.a.O., § 48, Rn. 18.

¹⁰⁴ BVerwGE 74, 315, 323; 123, 247, 254.

¹⁰⁵ Siehe BVerwGE 100, 1, 10.

¹⁰⁶ Vgl. BVerwGE 81, 329, 346.

¹⁰⁷ So BVerwGE 81, 329, 342.

cc) Nebenbestimmungen in der Zulassung des Betriebsplans

Die Entscheidung über die Zulassung des Betriebsplans ergeht als Verwaltungsakt, dem die Bergbehörde nach folgenden Maßgaben Nebenbestimmungen beifügen kann.

(1) Der Erlass von Nebenbestimmungen *im Zeitpunkt der Zulassungsentscheidung* bestimmt sich nach § 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 LVwVfG, weil auf die Zulassung des Betriebsplans ein Rechtsanspruch besteht. Nebenbestimmungen dürfen demnach nur erlassen werden, soweit diese die Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen der Betriebsplanzulassung sicherstellen sollen. Falls die Bergbehörde die Zulassung unter Auflagen erteilt, haben sich diese strikt am Entscheidungsprogramm der §§ 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1-9 und 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG auszurichten. Nach Maßgabe des § 56 Abs. 2 BBergG i.V.m. §§ 36 Abs. 1 Alt. 1 VwVfG, 1 Abs. 1 LVwVfG kann die Zulassung auch von der Leistung einer Sicherheit abhängig gemacht werden. Aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folgt ebenso wie bei den Bergbauberechtigungen, dass die Bergbehörde erst dann eine ablehnende Entscheidung erlassen darf, wenn durch Nebenbestimmungen die gesetzlichen Voraussetzungen nicht sichergestellt werden können. Hinsichtlich der Frage, ob der Zulassung eine Nebenbestimmung beigefügt wird, welche Art von Nebenbestimmung (vgl. § 36 Abs. 2 Nr. 1-5 VwVfG) gewählt wird und welchen Inhalt diese hat, steht der Bergbehörde Ermessen zu, das sich primär am Verhältnismäßigkeitsgebot zu orientieren hat. In jedem Fall darf der Inhalt der Nebenbestimmung nicht der Zulassung zuwiderlaufen (§ 36 Abs. 3 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 LVwVfG).¹⁰⁸

Im Zusammenhang mit bergbaulichen Tätigkeiten, die Erderschütterungen und Bodenabsenkungen hervorrufen können, wurden seitens der Rechtsprechung Messpflichten (etwa die Installation von Seismographen) als zulässiger Gegenstand von Auflagen angesehen. Eine spezielle Ermächtigungsgrundlage hierfür bietet § 125 Abs. 2 BBergG, wonach von Unternehmen Messungen für Gebiete verlangt werden können, in denen „Beeinträchtigungen der Oberfläche durch Bergbaubetriebe mit Auswirkungen auf bauliche Anlagen eingetreten oder zu erwarten sind, wenn die Messungen zur Verhütung von Gefahren für Leben, Gesundheit oder bedeutende Sachgüter von Bedeutung sein können“. Bei der Ausübung des Ermessens ist die Behörde an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden, da das Unternehmen die Messkosten zu tragen hat (§ 125 Abs. 1 BBergG).¹⁰⁹

¹⁰⁸ Zum Ganzen *Piens/Schulte/Vitzthum*, a.a.O., § 56, Rn. 42 ff.

¹⁰⁹ Siehe auch BT-Drs. 8/1315, S. 149 f.

Als weiterer zulässiger Inhalt von Auflagen hat die Verwaltungsgerichtsbarkeit die regelmäßige Inaugenscheinnahme der Bebauung, das Einleiten frühzeitiger schadensmindernder Maßnahmen im Einvernehmen mit dem Objekteigentümer sowie Berichts- und Dokumentationspflichten gegenüber der Bergbehörde betrachtet.¹¹⁰

(2) § 56 Abs. 1 Satz 2 BBergG, der mit § 16 Abs. 3 BBergG vergleichbar ist, bestimmt, dass *nach der Zulassung des Betriebsplans* Auflagen erlassen werden können. Andere Arten von Nebenbestimmungen scheiden aus. Voraussetzung ist (1.) die wirtschaftliche *Vertretbarkeit*, (2.) die technische *Erfüllbarkeit* und (3.) die *Erforderlichkeit* zur Sicherstellung der Voraussetzungen des § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 bis 13 und § 56 Abs. 2 BBergG. Die Bergbehörde kann auch in dieser Konstellation nach Ermessen entscheiden¹¹¹, wobei dieser Kompetenz wegen des Tatbestandsmerkmals der Erforderlichkeit keine wesentliche Bedeutung mehr zukommt.

(3) Von dem Erlass einer Nebenbestimmung ist die Beschränkung der Aufsuchung (und Gewinnung) in der Zulassung gemäß § 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG zu unterscheiden. Aus rechtsdogmatischer Sicht handelt es sich hierbei um eine Inhaltsbestimmung, da eine quantitative bzw. qualitative Abweichung vom eingereichten Betriebsplan vorliegt.

2. Die Erteilung der Baugenehmigung

Aufgezeigt wurde, dass die Bedeutung des Bauplanungs- und Bauordnungsrechts in der Aufsuchungsphase als relativ gering bewertet werden muss.¹¹² Für die wenigen Fällen, in denen eine bauliche Anlage i.S.d. BauGB bzw. der LBauO vorliegt (etwa die Errichtung eines Bohrturms auf Dauer), wird auf die nachstehenden baurechtlichen Ausführungen zur Gewinnungsphase verwiesen.¹¹³

III. Die Errichtung geothermischer Anlagen in der Gewinnungsphase

1. Bergrechtliche Entscheidungen: Erteilung der Bewilligung, Verleihung von Bergwerkseigentums und Zulassung des Betriebsplans

Gemäß § 6 Satz 1 BBergG bedarf derjenige, der Erdwärme gewinnen will, der Bewilligung oder des Bergwerkseigentums. Daneben bedarf es der Zulassung des Betriebsplans durch die Bergbehörde.

¹¹⁰ Vgl. VG Saarland, Beschluss vom 28.03.2007, Az.: 5 F 22/06 (abrufbar unter: www.iuris.de).

¹¹¹ Piens/Schulte/Vitzthum, a.a.O., § 56, Rn. 110.

¹¹² Siehe S. 7 f.

Die Erteilung einer Bergbauberechtigung und die Zulassung eines Betriebsplans sind hingegen nicht erforderlich, wenn der Ausnahmetatbestand für oberflächennahe und grundstücksbezogene Geothermieanlage vorliegt (§ 4 Abs. 2 Nr. 1 BBergG).¹¹⁴ Soweit eine solche Gewinnungsbohrung jedoch mehr als 100 Meter in den Boden eindringt, kann die Bergbehörde die Betriebsplanpflicht (§ 51 Abs. 1 Satz 1 BBergG) wieder aufleben lassen, wenn sie diese zum Schutz der Beschäftigten oder Dritter oder hinsichtlich der Bedeutung des Betriebs für erforderlich erklärt (§ 127 Abs. 1 Nr. 2 BBergG).¹¹⁵

a) Die Bewilligung

aa) Zum Inhalt der Bewilligung

Die Bewilligung gewährt gemäß § 8 Abs. 1 BBergG das ausschließliche Recht, nach den Vorschriften des BBergG in einem bestimmten Feld (Bewilligungsfeld) die in der Bewilligung bezeichneten Bodenschätze aufzusuchen, zu gewinnen und andere Bodenschätze mitzugewinnen sowie das Eigentum an den Bodenschätzen zu erwerben. Ferner gestattet die Bewilligung, sich die bei der Anlegung von Hilfsbauten (§ 44 BBergG) gewonnenen Bodenschätze anzueignen, die erforderlichen Einrichtungen i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 3 BBergG zu errichten und zu betreiben und eine Grundabtretung gemäß § 77 BBergG zu verlangen. Zur Wahrung des Ausschließlichkeitscharakters der Bewilligung stehen dem Inhaber die Rechte eines Eigentümers zu. § 6 Abs. 2 BBergG stellt dies durch einen partiellen Rechtsfolgenverweis auf die Eigentumsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs¹¹⁶ (§§ 985-1007 BGB) sicher. Wie bei der Erlaubnis gilt auch hier, dass die Ausübung des Rechts generell unter dem Vorbehalt der Zulassung des Betriebsplans steht.¹¹⁷

bb) Voraussetzungen und Versagungsgründe für die Erteilung der Bewilligung

Die Bewilligung ist zu erteilen, soweit keine Versagungsgründe nach § 12 Abs. 1 BBergG vorliegen. Hierbei handelt es sich um eine gebundene Entscheidung. Die Bergbehörde verfügt über kein Ermessen.

Die Versagungsgründe der Bewilligung sind mit denjenigen der Erlaubnis überwiegend identisch. § 12 Abs. 1 Satz 1 BBergG erklärt die Versagungsgründe für die Erlaubnis in § 11 Nr. 1

¹¹³ Siehe S. 34 ff.

¹¹⁴ Siehe S. 3.

¹¹⁵ Siehe S. 32 f.

¹¹⁶ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch Gesetz vom 28. September 2009 (BGBl. I S. 3161).

und 6 bis 10 BBergG für entsprechend anwendbar. Danach gelten insbesondere die Erlaubnisvorschriften über die Solidität des Bergbauunternehmens (Zuverlässigkeit) und des Kapitalnachweises sowie die Bestimmungen zum Schutz des besonderen öffentlichen Interesses. Zusätzlich ist die Bewilligung gemäß § 12 Satz 2 BBergG zu versagen, wenn in den Antragsunterlagen nicht die genaue Fundstelle der Erdwärme nach Lage und Tiefe angegeben (Nr. 1) und das Gewinnungsfeld nicht in einem Lagerriss eingetragen ist (Nr. 2). Die Bewilligung ist auch zwingend zu versagen, wenn die technische Gewinnbarkeit der Erdwärme nicht nachgewiesen wird (Nr. 3) und der Antragsteller kein Arbeitsprogramm vorlegt, aus dem insbesondere hervorgeht, dass die technische Durchführung der Gewinnung und die danach erforderlichen Einrichtungen unter und über Tage ausreichend sind und die Gewinnung in einer angemessenen Zeit erfolgt (Nr. 4).

cc) Die Erteilung der Bewilligung mit Nebenbestimmungen

Hinsichtlich des Erlasses von Nebenbestimmungen *zeitgleich* und *nachträglich* zur Erteilung der Bewilligung kann auf die Ausführungen zur Erlaubnis verwiesen werden, da auch hier die Voraussetzungen von § 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 LVwVfG bzw. § 16 Abs. 3 BBergG aufgestellt werden.¹¹⁸

b) Das Bergwerkseigentum

aa) Zum Inhalt der Bewilligung

Das Bergwerkseigentum stellt ein Rechtsinstitut dar, das auf der Bewilligung aufbaut und diese aus wirtschaftspolitischen Motiven um die Eintragungs- und Beleihungsfähigkeit ergänzt. Durch die Verleihung des Bergwerkseigentums wird die Bewilligung in ein grundstücksgleiches Recht überführt.¹¹⁹ Mit der entsprechenden Anwendbarkeit der grundstücksbezogenen Vorschriften des BGB (§ 9 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 BBergG) wollte der Gesetzgeber sicherstellen, dass das Bergwerkseigentum wie ein dingliches Recht eintragungs- und beleihungsfähig ist. In der Praxis wird das Bergwerkseigentum mit Grundpfandrechten (Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld) belastet, um die Kreditwürdigkeit des Unternehmens zu erhöhen.¹²⁰ Ferner kann das Bergwerkseigentum mit Genehmigung der Bergbehörde rechtsge-

¹¹⁷ BT-Drs. 8/1315, S. 86.

¹¹⁸ Siehe S. 17 ff.

¹¹⁹ Vgl. BT-Drs. 8/1315, S. 86.

¹²⁰ Siehe *Piensch/Schulte/Vitzthum*, a.a.O., § 9, Rn. 6.

schäftlich veräußert werden (§ 23 Abs. 1 BBergG). Der Inhalt des Bergwerkseigentums entspricht im Übrigen vollumfänglich demjenigen der Bewilligung.

bb) Voraussetzungen und Versagungsgründe für die Verleihung von Bergwerkseigentum

Das Bergwerkseigentum ist zwingend zu verleihen, soweit keine Versagungsgründe gemäß § 13 Nr. 1 bis 4 BBergG vorliegen.

Nach Nr. 1 kann lediglich der Inhaber einer Bewilligung die Verleihung des Bergwerkseigentums beantragen. Die Bodenschätze und das Bergwerksfeld von Bewilligung und beantragtem Bergwerkseigentum müssen dabei identisch sein. Die Voraussetzungen der Bewilligung werden im Verfahren über die Verleihung des Bergwerkseigentums nicht erneut geprüft.¹²¹

Der Antragsteller hat ferner gemäß Nr. 2 glaubhaft zu machen, dass in Zukunft mit einer wirtschaftlichen Gewinnung der Erdwärme im gesamten Feld zu rechnen ist. Er hat der Bergbehörde überprüfbare Fakten vorzulegen, die eine verlässliche Bewertung der betriebswirtschaftlichen Rentabilität ermöglichen.¹²²

Nach Nr. 3 darf das Feld, in dem die Erdwärme gewonnen werden soll, nicht größer als 25 Quadratkilometer sein.

Nr. 4 stellt Anforderungen an den Inhalt der Antragsunterlagen auf. Besondere Bedeutung erlangt der Lagerriss des Bergwerksfeldes, der von einem anerkannten Markscheider (§ 64 BBergG) oder einem öffentlich bestellten Vermessungsingenieur angefertigt werden muss.¹²³

cc) Die Verleihung von Bergwerkseigentum mit Nebenbestimmungen

(1) Die Verleihung des Bergwerkseigentums kann *zeitgleich* mit dem Erlass von Nebenbestimmungen erfolgen. Auf die Ausführungen zu § 36 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 LVwVfG kann verwiesen werden.¹²⁴ Es gelten wiederum zwei Ausnahmen, die sich aus dem Rechtscharakter aller Bergbauberechtigungen ergeben. Eine Befristung in der Form der Nebenbestimmung ist unzulässig, weil die zeitliche Begrenztheit des Bergwerkseigentums bereits dessen Wesensmerkmal ist (§ 16 Abs. 5 BBergG).¹²⁵ Aus § 925 Abs. 2 BGB (i.V.m. § 9 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 BBergG) lässt sich ferner ableiten, dass die Verleihung des Bergwerkseigentums gleichsam wie die Auflassung bedingungsfeindlich ist. Dieses Ergebnis ist auch vor

¹²¹ Weller/Kullmann, a.a.O., § 13, Rn. 1.

¹²² Siehe Piens/Schulte/Vitzthum, a.a.O., § 13, Rn. 9.

¹²³ Weller/Kullmann, a.a.O., § 13, Rn. 2.

¹²⁴ Siehe S. 17 ff.

¹²⁵ Piens/Schulte/Vitzthum, a.a.O., § 16, Rn. 6.

dem Hintergrund, dass das Bergwerkseigentum ein verlässliches Beleihungsobjekt darstellen soll, gesetzesteleologisch stimmig.¹²⁶

(2) Inwieweit *nach* der behördlichen Verleihung Nebenbestimmungen erlassen, geändert oder ergänzt werden können, ist – soweit ersichtlich – weder durch die Rechtsprechung noch durch die Lehre eindeutig geklärt. Als unstrittig kann nur gelten, dass § 36 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 LVwVfG für den Erlass nachträglicher Auflagen allein keine Rechtsgrundlage bietet.

§ 16 Abs. 3 BBergG differenziert nicht zwischen den drei verschiedenen Arten von Bergbauberechtigungen. Daher könnte aus grammatikalischer Sicht der Schluss nahe liegen, dass die Vorschrift auch eine Ermächtigungsgrundlage für den nachträglichen Erlass von Nebenbestimmungen zum Bergwerkseigentum darstellt.¹²⁷ Andererseits bezieht sich der Gesetzgeber in seiner Begründung zu § 16 Abs. 3 BBergG ausschließlich auf die Erlaubnis und die Bewilligung.¹²⁸ Dies erscheint insoweit konsequent, als § 16 Abs. 3 BBergG einzig auf die §§ 11 und 12 Abs. 1 BBergG verweist und damit die Gründe für die Versagung der Erlaubnis und Bewilligung zur Tatbestandsvoraussetzung erklärt. § 16 Abs. 3 BBergG bezieht sich hingegen nicht auf § 13 BBergG, der Gründe für die Versagung des Bergwerkseigentums normiert. Auch ein weiterer Gesichtspunkt spricht entscheidend dagegen, dass § 16 Abs. 3 BBergG beim Bergwerkseigentum Anwendung findet. Die Verleihung des Bergwerkseigentums setzt primär voraus, dass der Antragsteller Inhaber einer Bewilligung ist (§ 13 Nr. 1 BBergG). Im Verwaltungsverfahren über die Verleihung des Bergwerkseigentums werden daher die Voraussetzungen des § 12 BBergG nicht erneut geprüft.¹²⁹ Der erforderliche Schutz der Rechtsgüter des § 12 BBergG ist jedoch gerade Zulässigkeitsvoraussetzung für den Erlass nachträglicher Auflagen nach § 16 Abs. 3 BBergG.

Nachträgliche Auflagen zum Bergwerkseigentum wird man aber als partielle Aufhebung der Verleihung des Bergwerkseigentums ansehen müssen, die sich nach § 49 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 LVwVfG richtet, wobei kumulativ auch die Anforderungen des § 36 VwVfG vorliegen müssen.¹³⁰ § 49 VwVfG wird nicht von § 18 BBergG verdrängt, da letztere Vorschrift lediglich

¹²⁶ Piens/Schulte/Vitzthum, a.a.O., § 16, Rn. 29.

¹²⁷ So ohne Begründung Kremer/Neuhaus, a.a.O., Rn. 117.

¹²⁸ Vgl. BT-Drs. 8/1315, S. 89 f.

¹²⁹ Weller/Kullmann, a.a.O., § 13, Rn. 1.

¹³⁰ Allgemein zur kumulativen Anwendung des § 49 und § 36 VwVfG für die nachträgliche Beifügung von Nebenbestimmungen ohne fachgesetzliche Regelung Stelkens, in: ders./Bonk/Sachs, a.a.O., § 36, Rn. 41; vgl. auch Kopp/Ramsauer, a.a.O., § 36, Rn. 50 ff.

eine eng begrenzte Sachverhaltskonstellation regelt, in der nach dem Willen des Gesetzgebers ein zwingender Widerruf erfolgen soll.¹³¹

Vor diesem Hintergrund kann die zuständige Bergbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen (vor allem unter Berücksichtigung des Gebots der Verhältnismäßigkeit) dann nachträgliche Auflagen erlassen, ergänzen oder ändern,

- wenn mit der Verleihung des Bergwerkseigentums eine Auflage verbunden ist und der Begünstigte diese nicht oder nicht innerhalb einer ihm gesetzten Frist erfüllt hat (§ 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 VwVfG),

- wenn sie auf Grund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, die Verleihung des Bergwerkseigentums zu versagen (§ 13 BBergG), und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde (§ 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwVfG),

- wenn sie auf Grund einer geänderten Rechtsvorschrift berechtigt wäre, die Verleihung des Bergwerkseigentums zu versagen (§ 13 BBergG), soweit der Begünstigte von der Vergünstigung noch keinen Gebrauch gemacht oder auf Grund des Verwaltungsaktes noch keine Leistungen empfangen hat, und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde (§ 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwVfG),

- um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen (§ 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 VwVfG).¹³²

c) Die Zulassung des Betriebsplans

Das Betriebsplanverfahren stellt sich bei Aufsuchungs- und Gewinnungsbetrieben grundsätzlich identisch dar. Die Zulassungsvoraussetzungen des § 55 Abs. 1 und § 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG differenzieren nicht zwischen den beiden Betriebstypen. Auf die vorherigen Ausführungen über die Zulassung des Betriebsplans und die Möglichkeiten des Erlasses von Nebenbestimmungen kann daher verwiesen werden.¹³³ Soweit bei geothermischen Anlagen eine Ausnahme vom sachlichen Anwendungsbereich i.S.d. § 4 Abs. 2 Nr. 1 BBergG vorliegt

¹³¹ So auch *Pienschulte/Vitzthum*, a.a.O., § 18, Rn. 13 f.

¹³² Zu den Widerrufsgründen des § 49 Abs. 2 Satz 1 VwVfG siehe *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/ders.*, a.a.O., § 49, Rn. 28-87; *Kopp/Ramsauer*, a.a.O., § 49, Rn. 25-61.

¹³³ Siehe S. 19 ff.

(grundstücksbezogene Nutzung der Erdwärme)¹³⁴, kann bei geothermischen Gewinnungsbohrungen, die über 100 Meter in den Erdboden eindringen, dennoch eine Betriebsplanpflicht (§ 51 Abs. 1 BBergG) begründet werden, wenn die Bergbehörde die Einhaltung der Betriebsplanpflicht im Einzelfall mit Rücksicht auf den Schutz Beschäftigter oder Dritter oder die Bedeutung des Betriebes für erforderlich erklärt (§ 127 Abs. 1 Nr. 2 BBergG).¹³⁵ Diese Entscheidung steht im pflichtgemäßen Ermessen der Bergbehörde (§ 40 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 LVwVfG). Soweit konkrete Anhaltspunkte für eine potentielle Gefährdung Beschäftigter oder Dritter sprechen, wird der behördliche Ermessensspielraum auf Grund der Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 GG deutlich reduziert sein oder im Einzelfall – je bedeutender die Rechtsgüter sind und je konkreter sich die Gefahrenlage darstellt – gar gegen Null gehen (sogenannte Ermessensreduzierung auf Null).

Fraglich ist in einem solchen Fall, ob in dem Betriebsplanverfahren neben den Versagungsgründen des § 55 Abs. 1 BBergG auch § 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG Anwendung findet, auf den § 127 BBergG nicht verweist. Dies ist zu bejahen, weil die Bergbehörde andernfalls den Betriebsplan zulassen müsste, auch wenn der Geothermiegewinnung außerbergrechtliche Belange, die nicht in § 55 Abs. 1 BBergG aufgeführt werden, evident entgegenstünden. Erst nachträglich könnte die Bergbehörde Anordnungen nach Maßgabe des § 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG treffen, der auch hierfür eine Ermächtigungsgrundlage darstellt. Auch aus gesetzes-systematischer Sicht macht es keinen Sinn, wenn die Bergbehörde die Betriebsplanpflicht zum Schutz Dritter für erforderlich erklären kann, im Betriebsplanverfahren dann aber keine außerbergrechtlichen Belange i.S.d. § 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG prüfen dürfte. Zu bedenken ist schließlich, dass § 127 BBergG wohl immer noch den überkommenen Rechtsstandpunkt wiedergibt, dass § 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG lediglich eine dem Betriebsplan neben- und nachgeordnete Anordnungsbefugnis der Bergbehörde begründet. Erst durch die Rechtsprechung des BVerwG konnte der Anwendungsbereich des § 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG dergestalt klar definiert werden, dass die Vorschrift § 55 Abs. 1 BBergG um außerbergrechtliche Belange ergänzt und die Kompetenzen der Bergbehörde auch im Betriebsplanverfahren selbst erweitert.¹³⁶ Es obliegt dem Bundesgesetzgeber im Interesse der Rechtsklarheit, § 127 Abs. 1 BBergG dieser mittlerweile ganz herrschenden Meinung anzupassen.

¹³⁴ Siehe S. 3.

¹³⁵ Siehe S. 28. Ohne weiteren behördlichen Vollzugsakt trifft den Vorhabenträger vor Durchführung einer Gewinnungsbohrung über 100 Meter Tiefe die bergrechtliche Anzeigepflicht nach § 127 Abs. 1 Nr. 1 BBergG, auch wenn die Geothermienutzung lediglich grundstücksbezogen i.S.d. § 4 Abs. 2 Nr. 1 BBergG erfolgen soll.

2. Die Erteilung der Baugenehmigung

aa) Umfang der Baugenehmigungspflicht

Der oberirdische Gebäudeteil einer geothermischen Anlage, die der Bergaufsicht unterliegt, wird mit Ausnahme der öffentlichen Wärme- und Elektrizitätsversorgung dienenden Rohrleitungen vom sachlichen Anwendungsbereich der LBauO erfasst (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 und 3 LBauO).¹³⁷ Soweit kein obligatorisches Betriebsplan-Planfeststellungsverfahren (§ 52 Abs. 2a BBergG) durchgeführt wird und davon die beschriebene Konzentrationswirkung (§§ 72 Abs. 1, 75 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 LVwVfG) ausgeht¹³⁸, ist die Errichtung dieses Teils der Geothermieanlage baugenehmigungsbedürftig, soweit in den §§ 62, 67 und 84 BauGB nichts anderes bestimmt ist (§ 61 LBauO). Bei geothermischen Anlagen kann in dieser Hinsicht § 62 LBauO relevant werden, der eine Vielzahl baulicher Vorhaben für genehmigungsfrei erklärt.

Bei geothermischen Anlagen kann § 62 Abs. 1 Nr. 2 c LBauO einschlägig sein, wonach für die Errichtung einer Wärmepumpe keine Baugenehmigung erforderlich ist. Gleiches gilt für Anlagen zur Verteilung von Wärme für Wasserheizungsanlagen (§ 62 Abs. 1 Nr. 3 d LBauO) und für Energieleitungen in Gebäuden und auf Grundstücken (§ 62 Abs. 1 Nr. 3 f LBauO). Diese Ausnahmen können sowohl bei oberflächennahen als auch bei tiefegeothermischen Systemen bedeutsam sein.

Besteht ein einheitliches geothermisches Vorhaben aus einem genehmigungspflichtigen und einem genehmigungsfreien Teil, so findet kein „Splitting“ zwischen den Einzelteilen statt. Vielmehr ist dann das gesamte Vorhaben als baugenehmigungsbedürftig zu qualifizieren.¹³⁹ Daher muss nicht nur für das Gebäude, das im Zusammenhang mit der geothermischen Anlage errichtet werden soll, eine Baugenehmigung beantragt werden.

bb) Voraussetzungen für die Erteilung der Baugenehmigung

Gemäß § 70 Abs. 1 Satz 1 LBauO ist die Baugenehmigung zu erteilen, wenn dem Vorhaben keine baurechtlichen oder sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen.¹⁴⁰

¹³⁶ BVerwGE 74, 315, 321; 100, 1, 16.

¹³⁷ Siehe S. 8.

¹³⁸ Siehe S. 3 f.

¹³⁹ Dazu *Jeromin*, a.a.O., § 62, Rn. 13.

¹⁴⁰ Die nachstehenden bauplanungsrechtlichen Ausführungen konzentrieren sich auf die Zulässigkeit geothermischer Anlagen „nach ihrer Art“. Die Anforderungen an das Maß der baulichen Nutzung, die

Die Bauaufsichtsbehörde verfügt bei ihrer Entscheidung über kein Ermessen. Der Bauherr hat einen Anspruch, dass die Baugenehmigung – grundsätzlich auch unbelastet von Nebenbestimmungen – erteilt wird.

Soweit die Geothermieanlage nur im Wege der Ausnahme (§ 31 Abs. 1 BauGB) oder der Befreiung (Dispens) von bauplanungs- und bauordnungsrechtlichen Bestimmungen (§§ 31 Abs. 2 BauGB, 69 Abs. 1 LBauO) genehmigungsfähig ist, hat der Bauherr lediglich einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über seinen Bauantrag.¹⁴¹ Die Ermessensausübung hat sich maßgeblich an dem Gesichtspunkt zu orientieren, dass die Konzeption des Planungsgebers nicht konterkariert werden darf oder die Befreiung unter dem Aspekt der Gefahrenabwehr und nachbarlicher Rücksichtnahme vertretbar ist.¹⁴²

(1) Oberflächennahe geothermische Anlagen, die der Beheizung oder Kühlung eines oder mehrerer Gebäude dienen, werfen regelmäßig keine besonderen bauplanungs- und bauordnungsrechtlichen Probleme auf.

In der Praxis sollen derartige kleinere Anlagen unmittelbar in Siedlungsgebieten und daher häufig im Geltungsbereich eines qualifizierten (§ 30 Abs. 1 BauGB) oder einfachen Bebauungsplans (§ 30 Abs. 3 BauGB) oder im unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB) realisiert werden.

Soweit ein Bebauungsplan vorliegt und darin Baugebiete der Baunutzungsverordnung¹⁴³ (§ 1 Abs. 2 BauNVO) festgesetzt sind, bestimmt sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung grundsätzlich nach den §§ 2-14 BauNVO, die Bestandteil des Bebauungsplans werden (§ 1 Abs. 3 Satz 2 BauNVO).

Die grundstücksbezogene oberflächennahe Geothermienutzung ist in reinen und allgemeinen Wohngebieten (§§ 3, 4 BauNVO), in Dorf-, Misch- und Kerngebieten (§§ 4, 5 BauNVO) sowie in Gewerbe- und Industriegebieten (§§ 8, 9 BauNVO) genehmigungsfähig. Denn gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 BauNVO sind außer den in den §§ 2 bis 13 BauNVO genannten Anlagen auch untergeordnete Nebenanlagen und Einrichtungen zulässig, die dem Nutzungszweck der in dem Baugebiet gelegenen Grundstücke oder des Baugebiets selbst dienen und die seiner Eigenart nicht widersprechen. Oberflächennahe geothermische Anlagen erfüllen

überbaubaren Grundstücksflächen oder die Erschließung weisen bei geothermischen Anlagen im Vergleich zu sonstigen Gebäuden keine Besonderheiten auf.

¹⁴¹ *Finkelburg/Ortloff/Otto*, Öffentliches Baurecht, Band II, 6. Auflage 2010, S. 127; *Löhr*, in: *Battis/Krautzberger/ders.*, a.a.O., § 31, Rn. 4, 43; *Jeromin*, a.a.O., § 70, Rn. 80.

¹⁴² Vgl. *Siegmund*, in: *Spannowsky/Uechtritz* (Hrsg.), Baugesetzbuch, 2009, § 31, Rn. 25; *Schmidt*, in: *Jeromin*, a.a.O., § 69, Rn. 32 ff.

¹⁴³ Verordnung über die bauliche Nutzung der Grundstücke (Baunutzungsverordnung) in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 1990 (BGBl. I S. 132), zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. April 1993 (BGBl. I S. 466).

diese Voraussetzung, wenn sie von untergeordneter sachlicher Bedeutung wegen ihres geringen räumlichen Umfangs sind, sie in einem funktionellen Abhängigkeitsverhältnis zur Hauptanlage (etwa einem Wohngebäude) stehen und sich schließlich in die tatsächlich vorhandene Bebauung spannungsfrei integrieren lassen. Subsidiär findet auch § 14 Abs. 2 BauNVO Anwendung, wonach Anlagen im Bereich der erneuerbaren Energien in den Baugebieten ausnahmsweise zugelassen werden können, auch soweit für sie im Bebauungsplan keine besonderen Flächen festgesetzt sind.

Ob eine oberflächennahe Anlage im unbeplanten Innenbereich¹⁴⁴ zulässig ist, bestimmt sich maßgeblich danach, ob sich der Gebäudeteil in die Eigenart der näheren Umgebung „einfügt“ (§ 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB). Die Vorschrift ist Ausdruck des Gebots der Rücksichtnahme und erfordert, dass sich das Bauvorhaben in jeder Hinsicht innerhalb des aus seiner Umgebung hervorgehenden Rahmens hält. Ein Vorhaben, das neue bewältigungsbedürftige Spannungen begründet oder erhöht, zu einer Verschlechterung, Störung oder Belastung der Umwelt führt und damit „Unruhe“ stiftet, fügt sich nicht in die nähere Umgebung ein und bedarf einer planerischen Konfliktbewältigung.¹⁴⁵

Soweit die Eigenart der näheren Umgebung einem Baugebiet der BauNVO entspricht, beurteilt sich die Zulässigkeit des Vorhabens nach seiner Art allein danach, ob es nach der BauNVO allgemein zulässig wäre (§ 34 Abs. 2 BauGB). Kann ein derartiges faktisches Baugebiet festgestellt werden, so geht § 34 Abs. 2 BauGB dem Abs. 1 hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung als speziellere Vorschrift vor. Eine oberflächennahe geothermische Anlage, die ein Wohnhaus oder Wohnkomplex mit Wärme versorgt, ist dann im Einzelfall gemäß § 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. § 14 BauNVO der Art nach bauplanungsrechtlich genehmigungsfähig.

Auch das Bauordnungsrecht stellt unter dem Gesetzestitel der Gefahrenabwehr keine besonderen Anforderungen an den oberirdischen Teil einer oberflächennahen Geothermieanlage. Beispielhaft kann aufgeführt werden, dass vor den Außenwänden der Anlage gemäß § 8 LBauO Abstandsflächen freizuhalten sind. Unterirdisch verlegte Erdwärmekollektoren müssen jedoch – unabhängig von der Frage, ob sie überhaupt vom sachlichen Anwendungsbereich der LBauO erfasst werden – keine Abstandsflächen wahren.¹⁴⁶ Nach § 39 Abs. 2

¹⁴⁴ Ein Grundstück gehört dem Innenbereich an, wenn es in einem Bebauungszusammenhang liegt, der einem Ortsteil angehört. Als Ortsteil gilt jeder Bebauungskomplex im Gebiet einer Gemeinde, der nach der Zahl der vorhandenen Bauten ein gewisses Gewicht besitzt und Ausdruck einer organischen Siedlungsstruktur ist (siehe BVerwGE 31, 22, 26; *Krautzberger*, in: *Battis/ders./Löhr*, a.a.O., § 34, Rn. 2 ff.).

¹⁴⁵ Vgl. BVerwGE 55, 369, 387; *Krautzberger*, in: *Battis/ders./Löhr*, a.a.O., § 34, Rn. 18.

¹⁴⁶ VG Saarland, Urteil vom 24.02.2010, Az.: 5 K 325/09 (abrufbar unter: www.juris.de).

i.V.m. Abs. 1 Satz 2 LBauO muss ferner die Weiterleitung von Schall in fremde Räume ausreichend gedämmt sein.

(2) Tiefengeothermische Anlagen, die sowohl der Wärme- als auch der Elektrizitätsversorgung dienen, sind grundsätzlich in Misch- und Gewerbegebieten bauplanungsrechtlich zulässig, wenn sie keine störenden oder belästigenden Auswirkungen zeitigen (§§ 6 Abs. 2 Nr. 4, 8 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO). Derartige Anlagen können gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO auch in Industriegebieten errichtet werden. Den Gemeinden steht es im Rahmen ihrer Planungskompetenz frei, Sondergebiete festsetzen, in denen speziell erneuerbare Energien genutzt werden sollen (§ 11 Abs. 2 BauNVO).

Im unbeplanten Innenbereich kommt es wie bei den oberflächennahen Anlagentypen entscheidend darauf an, dass sich das Vorhaben in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt (§ 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB) bzw. die Eigenart der näheren Umgebung einem der zuvor genannten Baugebiete (Misch-, Gewerbe-, Industriegebiete) in tatsächlicher Hinsicht entspricht (§ 34 Abs. 2 BauGB).

Problematisch ist die Genehmigungsfähigkeit einer tiefengeothermischen Anlage dann, wenn sie im Außenbereich (§ 35 BauGB) errichtet werden soll. Zum Außenbereich zählen alle Gebiete, die weder innerhalb des räumlichen Geltungsbereichs einen Bebauungsplans (§ 30 BauGB) noch innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile (§ 34 BauGB) liegen.¹⁴⁷

§ 35 BauGB bringt das Gebot größtmöglicher Schonung des Außenbereichs zum Ausdruck. Der Außenbereich soll grundsätzlich von einer Bebauung freigehalten werden, wobei die Vorschrift zwischen privilegierten (Abs. 1) und sonstigen, nicht privilegierten Vorhaben (Abs. 2) unterscheidet. Die Genehmigung für ein privilegiertes Vorhaben ist erst dann zu versagen, wenn dessen Realisierung öffentliche Belange nach § 35 Abs. 3 BauGB „entgegenstehen“, während der Bauantrag für ein nicht privilegiertes Vorhaben bereits abzulehnen ist, wenn öffentliche Belange lediglich „beeinträchtigt“ werden.¹⁴⁸ Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines tiefengeothermischen Kraftwerks im Außenbereich hängt vor diesem Hintergrund entscheidend davon ab, ob es sich um ein privilegiertes oder nicht privilegiertes Vorhaben handelt.

Gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB werden Vorhaben privilegiert, die der öffentlichen Versorgung mit Elektrizität, Gas, Telekommunikationsdienstleistungen, Wärme und Wasser, der Abwasserwirtschaft oder einem ortsgebundenen gewerblichen Betrieb dienen. Über den

¹⁴⁷ Krautzberger, in: Battis/ders./Löhr, a.a.O., § 35, Rn. 2.

¹⁴⁸ Ferner, in: ders./Kröninger/Aschke (Hrsg.), Baugesetzbuch, 2. Auflage 2008, § 35, Rn. 3 ff. Weitere Voraussetzung der Genehmigungsfähigkeit ist in beiden Fällen noch eine (ausreichend) gesicherte Erschließung.

Wortlaut der Norm hinaus hat das BVerwG festgestellt, dass das Erfordernis der Ortsgebundenheit nicht nur für gewerbliche Betriebe, sondern auch für öffentliche Versorgungsanlagen gelte. Diese teleologische Reduktion begründet das Gericht mit der Erwägung, dass keine Anhaltspunkte dafür vorhanden seien, dass der Gesetzgeber den Außenbereich allgemein für Anlagen der öffentlichen Versorgung habe öffnen wollen. Kraftwerke und sonstige Anlagen der Energieerzeugung gehörten nach der Gesetzeskonzeption nicht typischerweise zum Erscheinungsbild des Außenbereichs. Mit dem Gebot der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs, das auch für privilegierte Vorhaben des § 35 Abs. 1 BauGB gilt¹⁴⁹, sei es unvereinbar, Anlagen der öffentlichen Versorgung im Außenbereich zu errichten, auch wenn dies zur Zweckverwirklichung nicht zwingend geboten ist.¹⁵⁰

Vor dem Hintergrund dieser Gesetzesauslegung stellt sich die Frage, ob tiefengeothermische Anlagen das Merkmal der Ortsgebundenheit erfüllen. Ortsgebunden ist ein Vorhaben, wenn es nach seinem Gegenstand und seinem Wesen ausschließlich an der fraglichen Stelle betrieben werden kann. Hierfür genügt es nicht, dass sich der Standort aus Gründen der Rentabilität anbietet oder gar aufdrängt. Erforderlich ist vielmehr, dass die Anlage auf die geographische oder die geologische Eigenart der Stelle angewiesen ist, weil sie an einem anderen Ort den Zweck verfehlen würde.¹⁵¹ Nach der Rechtsprechung des BVerwG sind diese Voraussetzungen bei Betrieben, die Kies oder Gestein abbauen, durchweg unproblematisch erfüllt.¹⁵²

An dem Erfordernis der Ortsgebundenheit fehlt es regelmäßig bei geothermischen Kraftwerken. Denn die tiefengeothermische Bohrung muss nicht zwangsläufig in vertikaler Richtung im Außenbereich vorgenommen werden. Der Bohrlochverlauf kann heutzutage mittels sogenannter Richtbohrsysteme gesteuert werden. Technisch realisierbar sind daher auch abgelenkte Tiefenbohrungen, so dass der bauliche Teil der Geothermieanlage nicht im Außen-, sondern im Innenbereich errichtet werden kann. Geothermische Anlage dürften daher nicht dem Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB unterfallen.¹⁵³

Auch § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB ist nicht auf Geothermieanlagen anwendbar, da darin lediglich die Nutzung der Wind- und Wasserenergie angeführt wird. Die Vorschrift erweist sich als nicht analogiefähig, da es mit dem Normzweck der größtmöglichen Außenbereichsschonung unvereinbar ist, sämtliche Formen erneuerbarer Energien unter § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB zu

¹⁴⁹ *Krautzberger*, in: *Battis/ders./Löhr*, a.a.O., § 35, Rn. 28.

¹⁵⁰ BVerwGE 96, 95, 98 ff.; gegen das Erfordernis der Ortsgebundenheit bei Versorgungsanlagen etwa *Dolde*, NJW 1983, 792 ff.

¹⁵¹ BVerwGE 96, 95, 98.

¹⁵² BVerwG, NVwZ 1984, 303 m.w.N.

¹⁵³ So auch *Große*, ZUR 2009, 535, 540; *Becker/Büttner/Held*, a.a.O., S. 28 f.

fassen. Aus rechtspolitischer Sicht wird die Ergänzung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB um die Alternative der Erdwärmenutzung diskutiert.¹⁵⁴

Geothermische Kraftwerke unterfallen daher als sonstige, nicht privilegierte Vorhaben dem § 35 Abs. 2 BauGB. Da ab einer gewissen Anlagengröße zwangsläufig öffentlicher Belange beeinträchtigt werden, ist davon auszugehen, dass nach der gegenwärtigen Gesetzeslage Geothermiekraftwerke im Außenbereich meist nicht genehmigungsfähig sind.¹⁵⁵

Aus bauordnungsrechtlicher Sicht unterliegen tiefengeothermische Anlagen hinsichtlich ihres oberirdischen Gebäudeteils etwa den Regeln über die Einhaltung von Abstandsflächen (§ 8 LBauO), des Brandschutzes (§ 15, 39 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 LBauO) und des Wärme-, Schall- und Erschütterungsschutzes (§ 16 LBauO). Die Anforderungen variieren je nach Dimensionierung der Anlage.

(3) Als „sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften“ i.S.d. § 70 Abs. 1 Satz 1 LBauO haben sowohl oberflächennahe als auch tiefengeothermische Anlagen die Anforderungen des § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 BImSchG zu beachten. Danach sind die Anlagen dergestalt zu errichten und zu betreiben, dass schädliche Umwelteinwirkungen (§ 3 Abs. 3 BImSchG) soweit wie möglich vermieden und andernfalls auf ein Mindestmaß beschränkt werden.¹⁵⁶

cc) Die Erteilung der Baugenehmigung mit Nebenbestimmungen

Baugenehmigungen werden regelmäßig mit einer Vielzahl von Nebenbestimmungen erteilt. Ein Grund dafür ist das Gebot verhältnismäßigen Verwaltungshandelns. Die Bauaufsichtsbehörde hat vorrangig den Erlass von Nebenbestimmungen in Betracht zu ziehen, bevor sie die Baugenehmigung ablehnen darf.¹⁵⁷

(1) Der Erlass von Nebenbestimmungen *zeitgleich* zur Erteilung der Baugenehmigung richtet sich nach § 36 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 LVwVfG, da die Baugenehmigung als gebundene Entscheidung ergeht. Nach § 36 Abs. 1 Alt. 1 VwVfG sind Nebenbestimmungen zulässig, wenn sie in Rechtsvorschriften zugelassen werden. Eine solche Bestimmung stellt § 70 Abs. 2 Satz 1 LBauO dar, wonach bauliche Anlagen widerruflich oder befristet genehmigt

¹⁵⁴ Becker/Büttner/Held, a.a.O., S. 29; Große, ZUR 2009, 535, 540.

¹⁵⁵ Zu einer anderen Einschätzung gelangt der Bericht der Bundesregierung über ein Konzept zur Förderung, Entwicklung und Markteinführung von geothermischer Stromerzeugung und Wärmenutzung, Abschnitt 7.2 (abrufbar unter: www.erneuerbare-energien.de).

¹⁵⁶ Zu § 22 Abs. 1 BImSchG im Baugenehmigungsverfahren siehe S. 9, 24.

¹⁵⁷ Finkelnburg/Ortloff/Otto, a.a.O., S. 138.

werden können. Der Vorschrift kommt bei der Genehmigung geothermischer Anlagen keine Bedeutung zu, da sie nur für Bauten gilt, die zeitlich begrenzt errichtet werden sollen. Vorstellbar ist aber, dass die Vorschrift bei der Genehmigung eines auf gewisse Dauer errichteten Bohrturms Anwendung erlangt.¹⁵⁸

Gemäß § 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG können der Baugenehmigung Nebenbestimmungen beigelegt werden, wenn diese sicherstellen sollen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des § 70 Abs. 1 LBauO erfüllt werden. Die Bauaufsichtsbehörde hat etwa den Erlass von Schallschutzaufgaben zu erwägen, wenn eine geothermische Anlage nicht dem baurechtlichen Gebot der Rücksichtnahme entsprechen würde. Das Gebot der Rücksichtnahme kommt in verschiedenen baurechtlichen Bestimmungen zum Ausdruck, die das Ergebnis der legislativen Abwägung zwischen den widerstreitenden Bodennutzungsinteressen sind. Beispielhaft kann in dieser Hinsicht § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB genannt werden, nach dem sich die bauliche Anlage in die nähere Umgebung „einfügen“ muss.¹⁵⁹

Soweit ein geothermisches Vorhaben zu einer qualifizierten und individualisierten Betroffenheit der Nachbarschaft führen würde, weist das Gebot der Rücksichtnahme nicht nur einen objektiv-, sondern gar subjektiv-rechtlichen Charakter auf.¹⁶⁰ Der Nachbar hat einen Anspruch darauf, dass die Geothermieanlage Rücksicht auf seine Umgebung nimmt, so dass der grundsätzlich vorhandene Ermessensspielraum der Bauaufsichtsbehörde hinsichtlich der Erteilung von Nebenbestimmung im Einzelfall gegen Null reduziert ist.

Kann die Baugenehmigung nur im Wege der Ausnahme oder Befreiung (Dispens) von bauplanungs- oder bauordnungsrechtlichen Bestimmungen erteilt werden, richtet sich der Erlass von Nebenbestimmungen nach § 36 Abs. 2 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 LVwVfG, da die Genehmigungserteilung dann im Ermessen der Bauaufsichtsbehörde steht. Nebenbestimmungen können in diesen Fällen nach pflichtgemäßem Ermessen erlassen werden, wobei der behördliche Entscheidungsspielraum weit gefasst ist. Von einem Ermessensfehler kann ausgegangen werden, wenn die Verwaltung

- das ihr zukommende Ermessen tatsächlich nicht betätigt und keine entsprechenden Überlegungen angestellt hat (Ermessensnichtgebrauch),
- die für die Ermessensausübung notwendigen Tatsachen nicht umfassend ermittelt oder sachfremde Erwägungen angestellt hat (Ermessensdefizit) oder

¹⁵⁸ Siehe S. 7 f.

¹⁵⁹ Vgl. *Krautzberger*, in: *Battis/ders./Löhr*, a.a.O., § 34, Rn. 17.

¹⁶⁰ Dazu *Finkelburg/Ortloff/Otto*, a.a.O., S. 219 f.

- unverhältnismäßig bzw. gleichheitswidrig das Ermessen ausgeübt hat (Ermessenüberschreitung).¹⁶¹

(2) Für die *nachträgliche* Beifügung von Nebenbestimmungen zur Baugenehmigung fehlt es wie beim Bergwerkseigentum an einer fachgesetzlichen Regelung. Die Rechtsgrundlage hierfür kann auch hier in den Rücknahme- bzw. Widerrufsvorschriften der §§ 48 ff. VwVfG gesehen werden kann, da der nachträgliche Erlass von Nebenbestimmungen einer partiellen Aufhebung der Baugenehmigung gleichkommt. Kumulativ müssen zudem die Anforderungen des § 36 VwVfG vorliegen.¹⁶²

Die nachträgliche Beifügung von Nebenbestimmungen zur Baugenehmigung für eine geothermischen Anlage wird nur in eng begrenzten Fällen (etwa zur Verhütung schwerer Nachteile für das Gemeinwohl, § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 VwVfG) möglich sein. Soweit dies der Fall sein sollte, steht dem Anlagenbetreiber unter den Voraussetzungen des § 48 Abs. 3 Satz 2 bzw. § 49 Abs. 6 Satz 1 VwVfG ein Entschädigungsanspruch für einen etwaig erlittenen Vermögensnachteil zu.

IV. Zusammenfassung

Besonders tiefengeothermische Vorhaben unterliegen einer Vielzahl bergrechtlicher Genehmigungsanforderungen. Diese Komplexität ergibt sich im Wesentlichen aus zwei Multiplikatoren, die im BBergG angelegt sind. Regelmäßig hat das Unternehmen sowohl für die Aufsuchung als auch für die Gewinnung der Erdwärme ein bergrechtliches Konzessionsverfahren zu durchlaufen. Das jeweilige Genehmigungsverfahren ist dann wiederum zweigeteilt, da für die Verwirklichung der Aufsuchung bzw. der Gewinnung nicht nur eine Bergbauberechtigung, sondern auch ein zugelassener Betriebsplan notwendig ist.

Das bergrechtliche Konzessionssystem und das Betriebsplanverfahren sind durchweg als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet. Der Vorhabenträger hat einen Rechtsanspruch auf die jeweilige Bergbauberechtigung und die Zulassung seines Betriebsplans, ohne dass die Bergbehörde nach Ermessensgesichtspunkten entscheiden könnte. Dennoch erweist sich das BBergG insbesondere durch eine grundrechtskonforme Lesart als hinreichend flexibel, um auf jüngste Erscheinungen, die im Zusammenhang mit der energetischen Nutzung der Erdwärme stehen (seismische Aktivitäten, Anhebung der Erdoberfläche), effektiv reagieren zu können. Die Bergbehörde kann nach Ermessen der konkreten Berg-

¹⁶¹ Zur Ermessensfehlerlehre siehe *Kopp/Ramsauer*, a.a.O., § 40, Rn. 58 ff.; *Maurer*, a.a.O., § 7, Rn. 19 ff.

¹⁶² Siehe *Stelkens*, in: *ders./Bonk/Sachs*, a.a.O., § 36, Rn. 41; vgl. auch *Kopp/Ramsauer*, a.a.O., § 36, Rn. 50 ff.

bauberechtigung und dem Betriebsplan auch noch nachträglich Nebenbestimmungen beifügen, die das volkswirtschaftliche Interesse an der Realisierung des Vorhabens einerseits und das Interesse der Öffentlichkeit an der Gefahrenvorsorge und -abwehr andererseits angemessen berücksichtigen. Erst wenn die Beifügung von Nebenbestimmungen unzureichend ist, hat die Bergbehörde die Erteilung der Bergbauberechtigung oder die Zulassung des Betriebsplans zwingend zu versagen.

Oberflächennahe geothermische Anlagen werden hinsichtlich des Aufsuchens der Erdwärme in vergleichbarer Weise mit den Anforderungen des BBergG konfrontiert. Für die Gewinnung der Erdwärme auf einem Grundstück zu dessen baulicher Nutzung bedarf es hingegen keiner Bergbauberechtigung oder der Zulassung eines Betriebsplans, wenn eine Bohrtiefe von 100 Meter nicht überschritten wird.

Mit baurechtlichen Anforderungen wird eine geothermische Anlage nur hinsichtlich ihres oberirdischen Gebäudeteils konfrontiert. Ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Baugenehmigung besteht für eine oberflächennahe Anlage regelmäßig dann, wenn sie als Nebenanlage eines Gebäudes in einem reinen oder allgemeinen Wohn-, Dorf-, Misch- oder Kerngebiet bzw. in einem Gewerbe- oder Industriegebiet errichtet werden soll. Tiefengeothermische Kraftwerksanlagen sind aus bauplanungsrechtlicher Sicht grundsätzlich in Misch-, Gewerbe- oder entsprechend von den Gemeinden festgesetzten Sondergebieten zulässig. Im unbeplanten Innenbereich stellt sich häufig die Frage, ob die Anlage dem baurechtlichen Gebot der Rücksichtnahme entspricht. Zum Schutz nachbarlicher Interessen kann die Bauaufsichtsbehörde Nebenbestimmungen (etwa Schallschutzaufgaben) erlassen. Bei tiefengeothermischen Anlagen stellt sich das Problem, ob diese als privilegiertes Vorhaben im Außenbereich genehmigungsfähig sind. Dies ist abzulehnen, da geothermische Kraftwerke das Merkmal der Ortsgebundenheit nicht erfüllen und daher dem Grundsatz der größtmöglichen Außenbereichsschonung nicht entsprechen.