



# **Die Vereinbarkeit der rechtlichen Rahmenbedingungen Deutschlands für Fracking mit der Aarhus Konvention**

## **Studie im Auftrag der Aarhus Konvention Initiative**

Falls die englische und deutsche Version voneinander abweichen sollten, gilt die englische Version als verbindlich.

Kontakt Aarhus Konvention Initiative:  
Brigitte Artmann, Am Frauenholz 22,  
95615 Marktredwitz/Germany,  
Telefon: +49 92316282,  
Mobil: +49 1785542868,  
E-Mail: [brigitte-artmann@aarhus-konvention-initiative.de](mailto:brigitte-artmann@aarhus-konvention-initiative.de)  
[www.aarhus-konvention-initiative.de](http://www.aarhus-konvention-initiative.de)

28/05/18

ÖKOBÜRO – Allianz der Umweltbewegung

Summer Kern

ÖKOBÜRO ist die Allianz der Umweltbewegung. Dazu gehören 16 österreichische Umwelt-, Natur- und Tierschutz-Organisationen wie GLOBAL 2000, Greenpeace, Naturschutzbund, VCÖ - Mobilität mit Zukunft, VIER PFOTEN oder der WWF. ÖKOBÜRO arbeitet auf politischer und juristischer Ebene für die Interessen der Umweltbewegung.

## INHALTSVERZEICHNIS

<b>I.</b>	<b>EINLEITUNG</b> .....	1
<b>II.</b>	<b>EXECUTIVE SUMMARY</b> .....	1
<b>III.</b>	<b>PROBLEMUMRISS</b> .....	2
<b>IV.</b>	<b>RECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN</b> .....	3
	A. Einleitende Bemerkungen .....	3
	B. Planungsinstrumente .....	3
	1. Auf Bundesebene.....	3
	2. Auf Ebene der Bundesländer .....	4
	C. Lizenzierungsebene .....	6
	D. Weitere abgestufte Ebenen der Entscheidung.....	9
<b>V.</b>	<b>RECHTLICHE ANALYSE</b> .....	13
	A. Potentiell betroffene Bestimmungen der Aarhus Konvention .....	13
	B. Umstände der potentiellen Nicht-Einhaltung .....	13
	1. Öffentlichkeitsbeteiligung .....	13
	2. Zugang zu Gerichten.....	25
	C. Notwendigkeit von landesweiter/grenzüberschreitender Beteiligung.....	36
<b>VI.</b>	<b>SCHLUSSFOLGERUNGEN UND EMPFEHLUNGEN</b> .....	37

## I. EINLEITUNG

In den Jahren 2016 und 2017 wurden in Deutschland die sogenannten „Fracking Gesetze“<sup>1</sup> beschlossen, welche scheinbar Fracking zumindest für eine gewisse Zeit bestimmte Schranken vorgeben. Es bestehen allerdings Bedenken, dass die Gesetze sowohl bezüglich der Inhalte, als auch der tatsächlichen Auswirkungen nicht angemessen sind. Die Tatsache, dass Möglichkeiten der Öffentlichkeitsbeteiligung sowie der Zugang zu Gerichten im Bereich des Frackings nicht in den Gesetzen berücksichtigt werden, ist ebenfalls bedenklich. Die *Aarhus Konvention Initiative* möchte wissen, ob diese rechtlichen Rahmenbedingungen die Voraussetzungen der Aarhus Konvention erfüllen.

## II. EXECUTIVE SUMMARY

Die vorliegende Studie analysiert die Übereinstimmung der gesetzlichen Regelungen in Deutschland sowie der juristischen Praxis mit den Bestimmungen der Aarhus Konvention, welche die Öffentlichkeitsbeteiligung und den Zugang zu Gerichten regelt. Deutschland ratifizierte die Konvention am 15. Januar 2007 und am 15. April 2007 trat sie schließlich in Kraft. Daher bezieht sich die vorliegende Analyse auf die Geschehnisse von 2007 bis heute, der Fokus liegt primär auf den rechtlichen Rahmenbedingungen nach der Reform zu Beginn des Jahres 2017.<sup>2</sup> Es besteht allerdings die Möglichkeit, dass nicht unbedeutende Veränderungen seit diesem Zeitpunkt bereits stattgefunden haben, was den grundsätzlichen Erkenntnissen dieser Studie trotzdem nicht ihre Bedeutung abspricht.

Unsere Analyse ergibt, dass nicht nur die „Fracking Gesetze“ selbst, sondern insbesondere deren Zustandekommen, sehr wahrscheinlich keine vielversprechende Basis der Kommunikation mit dem Einhaltungsausschuss der Aarhus Konvention (Aarhus Convention Compliance Committee, im Folgenden: ACCC) darstellen, ebenso wenig wie ähnliche Maßnahmen der Kommunikation auf nationaler Ebene.

Instrumente der Bundesraumordnung sollten in den Anwendungsbereich des Artikel 7 fallen und es scheint als bestünden berechtigte Bedenken bezüglich der Übereinstimmung solcher Instrumente und Verfahren (auch bezüglich der Beteiligungsmöglichkeiten der Öffentlichkeit) nicht nur mit dem Artikel 7, sondern auch mit relevanten Bestimmungen des Artikel 6, insbesondere die Absätze 4 und 8, welche an einer Ermöglichung früher und effektiver Öffentlichkeitsbeteiligung sowie an einer

---

<sup>1</sup> Bei dieser Bezeichnung handelt es sich um eine Standardabkürzung. Es besteht nicht nur ein einzelnes Gesetz, sondern es wurden eine Reihe von gesetzlichen Änderungen und Ausdehnungen, wie im Bereich des Wasserrechts (Wasserhaushaltsgesetz), Naturrecht (Bundesnaturschutzgesetz) und für Bergbau (Bundesberggesetz, Allgemeine Bergverordnung, UVP-VO Bergbau) vorgenommen.

<sup>2</sup> Für eine detailreiche Analyse der Voraussetzungen des generellen Zugangs zum Gerichten nach der Aarhus Konvention und der ständigen Rechtsprechung des EUGH, ist auf die erst kürzlich von J&E vorgenommenen Kommentare bezüglich der Kommissionsmitteilung, die den Zugang zum Recht in Umweltfragen behandelte, zu verweisen. Aufrufbar unter:  
[http://www.justiceandenvironment.org/fileadmin/user\\_upload/Publications/2018/JE\\_Comments\\_EC\\_Notice\\_](http://www.justiceandenvironment.org/fileadmin/user_upload/Publications/2018/JE_Comments_EC_Notice_)

Verpflichtung der EntscheidungsträgerInnen die Ergebnisse der Öffentlichkeitsbeteiligung zu berücksichtigen, anknüpfen.

Lizenzen und Abbaugenehmigungen fallen wahrscheinlich direkt in den Anwendungsbereich des Artikel 6, da diese alle relevanten Regelungen des Artikels für solche Verfahren auslösen, auch wenn sich dies noch nicht in dem aktuellen nationalen Rechtsrahmen widerspiegelt. Eine Beteiligung bei späteren Verfahren, welche eindeutig in den Anwendungsbereich des Artikels 6 fallen, wirkt wohl nicht hinreichend genug solchen Defiziten entgegen.

In Bezug auf den Zugang zu Gerichten ergeben sich bei unserer Analyse eine Reihe von Problemen. Zunächst beinhaltet das erst kürzlich erlassene Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz eine Ausnahme bezüglich Raumordnungsplänen für Ressourcennutzung, was problematisch in Hinblick auf Artikel 9 Absatz 3 erscheint. Des Weiteren sind BürgerInnen mit einer Reihe von Hindernissen konfrontiert, was wiederum Artikel 9 Absatz 2 und 3 widerspricht.

Generell können zurzeit Probleme mit den rechtlichen Rahmenbedingungen in Deutschland insgesamt beobachtet werden. Dies betrifft nicht nur Gesetze, sondern auch Judikatur und juristische Praxis, was die Einhaltung von Artikel 3 Absatz 1 fragwürdig erscheinen lässt.

Schließlich qualifiziert sich Fracking als eine der Tätigkeitsformen, für welche Partizipation und Zugang zu Gerichten für eine breite Öffentlichkeit zuerkannt werden soll, möglicherweise auch im grenzüberschreitenden Rahmen. Zusätzlich zu den oben behandelten relevanten Artikeln der Konvention, sind speziell Artikel 2 Absatz 4 bzw. 5 (welche die Öffentlichkeit und die jeweiligen Betroffenen definieren) und Artikel 3 Absatz 9 (bezüglich Diskriminierung) von wesentlicher Bedeutung.

### **III. PROBLEMUMRISS**

Aufgrund der Bedenken bezüglich der wahrgenommenen Mängel der Öffentlichkeitsbeteiligung beim Fracking vor der endgültigen Genehmigung und der Möglichkeiten umfassende juristische Maßnahmen vorzubringen, würde die Aarhus Konvention Initiative gerne wissen:

- In welcher/n Phase/n ist Öffentlichkeitsbeteiligung notwendig in Hinblick auf Fracking in Deutschland und was sind die dabei relevanten Bestimmungen (und sich daraus ableitende Pflichten)?
- Auf welchen Ebenen und in Hinblick auf welche Umstände (Planungsinstrumente, Lizenzen, Genehmigungen, etc.) soll Zugang zu Gerichten bestehen?
- Welche Beschränkungen dieser Rechte gibt es – wenn überhaupt - für einzelne Bürgerinnen (im Gegensatz zu NGOs)?
- Welche Voraussetzungen – wenn überhaupt - bestehen für eine grenzüberschreitende Beteiligung in Fracking Fällen?

#### **IV. RECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN**

Zunächst folgt eine kurze Einleitung zu den relevanten rechtlichen Rahmenbedingungen mit Stand Anfang 2017. Es ist explizit nicht die Absicht, eine detaillierte Analyse der Situation in Deutschland darzustellen, sondern den Leserinnen genug Informationen zu geben, damit diese die Übereinstimmung der rechtlichen Rahmenbedingungen mit der Aarhus Konvention beurteilen können. Dieser Überblick zielt auch darauf ab, potentiell neue Wege für die zukünftige Recherche aufzubereiten und die relevanten faktischen sowie rechtlichen Hintergründe, inklusive der Veränderungen seit 2017 aufzuzeigen.

##### **A. Einleitende Bemerkungen**

Zunächst ist klarzustellen, dass die deutschen rechtlichen Rahmenbedingungen von einer abgestuften Entscheidungsfindung geprägt sind. Dies hat bereits zu erheblicher Kritik geführt, speziell in Hinblick auf mangelnde Transparenz sowie Koordinierung zwischen den verschiedenen Rechtsebenen, unangemessener Berücksichtigung der Raumplanung und des Umweltrechts, der Öffentlichkeitsbeteiligung und des Zugangs zu Gerichten.<sup>3</sup>

##### **B. Planungsinstrumente**

###### **1. Auf Bundesebene**

Deutschland verkündete 2015 einen nationalen Netzentwicklungsplan, für den auch eine strategische Umweltprüfung durchgeführt wurde.

Der Netzentwicklungsplan bezieht sich lediglich auf die Verteilung und den Transport von Energie, aber nicht auf die Energiequellen. Aus diesem Grund wurden Fracking und andere Tätigkeiten von diesem Plan ausgespart und wurden demnach ebenso nicht im Zuge der strategischen Umweltprüfung geprüft, weswegen es diesbezüglich keine Öffentlichkeitsbeteiligung gab. Die Frage, ob es eine strategische Energieplanung ebenso in Bezug auf Energiequellen sowie Energieerzeugung bedarf, ist bereits seit längerem ein umstrittenes Thema. Im Vergleich dazu haben andere Staaten Strategische Umweltprüfungen mit Öffentlichkeitsbeteiligung auf Bundesebene durchgeführt, wo nicht nur Fracking als ein Teil, sondern ausschließlich Fracking behandelt wurde. So hat beispielsweise die niederländische Regierung eine SUP speziell zu Schiefergas-Entwicklungen durchgeführt. Eine zusätzliche SUP wurde für andere unterirdische Abbautätigkeiten durchgeführt. Basierend auf diesen beiden SUPs wurde ein nationaler strategischer Plan für den Abbau im Untergrund im Jahr 2016 fertiggestellt, der auch Schiefergas-Entwicklungen beinhaltet. Nichtsdestotrotz wird diese Ebene der Entscheidungsfindung als nicht sehr relevant für die vorliegenden Ziele erachtet, weshalb es hier nicht weiter im Detail erläutert wird.

---

<sup>3</sup> Es besteht bereits seit längerem Kritik diesbezüglich. Siehe auch das Dokument: Umweltverträgliche Nutzung des Untergrundes und Ressourcenschonung: Anforderung an eine Raumordnung unter Tage und ein modernes Bergrechts, November 2014 (nachfolgend: UBA Positionspapier).

## 2. Auf Ebene der Bundesländer

Der deutsche Rechtsrahmen sieht die Vorbereitung von regionaler Raumplanung, genauer „Landesraumentwicklungsplan“ (LROP) oder „Landesentwicklungsprogramm“ (LEP), in den Ländern vor.<sup>4</sup> Historisch gesehen waren diese Vorbereitungen auf vielen Ebenen zumindest teilweise freiwillig; das Gesetz bestimmt entweder in entscheidenden Zusammenhängen mit Fracking, dass kein Raumordnungsplan benötigt wird, oder die Notwendigkeit dies zu tun wurde in der Praxis schlicht ignoriert.<sup>5</sup> Anfang 2017 gab es einen anhängigen Rechtsstreit, zu der Frage, ob unterirdische Nutzungsplanungen immer zulässig sein sollen. UmweltjuristInnen und AktivistInnen haben deshalb verpflichtende Raumordnungspläne für unterirdische Nutzungen, inklusive SUPs, gefordert.

### Gesetzliche Aufgaben und Effekte

Regionale Raumordnungspläne bilden die landesweiten Konzepte der Regierung für die räumlichen Strukturen und Langzeit-Entwicklungen der Regionen und Gebiete. Auf Basis einer Evaluierung des Zustands der Natur und der Landschaften mit den bestehenden Siedlungsstrukturen entwickeln sie die Prinzipien und Ziele der Raumplanung und Raumentwicklung, insbesondere für die Bereiche Ökologie, Ökonomie, Siedlungen und Industrie.<sup>6</sup> Allerdings bestehen hinsichtlich Braunkohlebergbau in bestimmten Bundesländern (nämlich NRW, Sachsen, Sachsen-Anhalt) Planungsgesetze, welche eine Raumplanung verlangen. Diese Pläne sind ein wichtiger Schritt im Gesamtverfahren, da sie die „Notwendigkeit“ des Bergbaus genauer definieren. Diese Pläne werden mit einer umfassenden strategischen Umweltprüfung entwickelt.

Wie oben angeführt, ist die Situation in anderen Fällen unklarer, da manche Länder Raumordnungspläne nur bei überirdischen Aktivitäten voraussetzen, sodass solche Pläne Fracking gar nicht, bzw. nur minimal adressieren.

### Umweltaspekte

Es geht aus allen anwendbaren Formulierungen sowie erhobenen Aspekten hervor, dass die Pläne bedeutende Umweltaspekte beinhalten. Diese werden in dieser Studie nicht weiterbearbeitet.

### Öffentlichkeitsbeteiligung und Zugang zu Gerichten

Öffentlichkeitsbeteiligung - ob im Zusammenhang mit einer SUP oder anderweitig – wird in frühen strategischen Phasen (wie etwa auf der Bundesebene) nach den deutschen Fracking Gesetzen nicht bedacht. Der nationale Bericht, welcher für die Kommission im Jahr 2015 erarbeitet wurde, ergab, dass weder eine strategische Umweltprüfung, noch eine Form der Öffentlichkeitsbeteiligung bis dato stattgefunden hatte.

SUPs und Öffentlichkeitsbeteiligung auf Planungsebene werden eher, rein grundsätzlich, als rechtliche Rahmenbedingungen im Zuge der Ausfertigung von regionalen Plänen bereitgestellt.

---

<sup>4</sup> Wenn nicht anders angeführt deckt der Begriff Raumplanung sowohl LROPs und LEPs ab.

<sup>5</sup> Studie (nur englisch): Study on the application in relevant Member States of the Commission recommendation on minimum principles for the exploration and production of hydrocarbons (such as shale gas) using high-volume hydraulic fracturing (nachfolgend "2015 Milieu Study).

<sup>6</sup> Siehe bspw. § 3 des L-PIG Sachsen.

Deutschland hat seine Ansichten in einer Antwort an die Europäische Kommission im Jahr 2015 geäußert, dass dies der Mechanismus sei, nachdem es die Öffentlichkeitsbeteiligung auf der strategischen Ebene für Fracking ermöglicht und dass es die Empfehlung der Kommission, eine strategische Umweltplanung inklusive Öffentlichkeitsbeteiligung vor einer Fracking Genehmigung durchzuführen, erfülle.

Gemäß § 10 des Bundes-Raumordnungsgesetzes (ROG)<sup>7</sup> muss die Öffentlichkeit über die Vorbereitungen der Raumordnungspläne informiert werden und die Möglichkeit haben, Stellungnahme zu dem Entwurf zu nehmen. Gemäß § 9 ROG und § 14b und Anhang 3 des deutschen Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG) muss eine strategische Umweltprüfung bei Vorbereitung oder Änderung von Raumordnungsplänen durchgeführt werden; bei geringfügigen Änderung zu bereits vorliegenden Raumordnungsplänen kann eine solche Prüfung unter gewissen Voraussetzungen entfallen.<sup>8</sup> Dort wo im Zuge der Vorbereitungen eines Landesraumordnungsplans (LROG), bzw. eines Landesentwicklungsplans (LEP) eine Umweltprüfung nach § 9 durchzuführen ist, müssen der Planungsentwurf mit Begründung, der Umweltbericht und andere relevante Dokumente für mindestens ein Monat der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werden und diese muss eine Möglichkeit sich zu äußern haben.

Allerdings sind hier zwei faktische Probleme zu verorten.

Erstens, wurde scheinbar in einigen bedeutenden Fällen – nämlich Damme 2 und der 2008 HVHF<sup>9</sup> Brunnenbohrungen bei Damme 3 – kein Raumordnungsplan per se erlassen, weswegen keine SUP (oder sonst eine zusammenhängende Öffentlichkeitsbeteiligung) vor Aufnahme der Tätigkeiten durchgeführt wurde.<sup>10</sup> Im letzteren Fall wurde die Öffentlichkeit auf keiner Ebene eingebunden.<sup>11</sup>

Zweitens wurden in manchen Raumordnungsplänen zwar Vorbereitungen und sogar eine SUP durchgeführt, allerdings wurden Fracking/unterirdische Nutzungen nicht behandelt, mit dem Ergebnis, dass Öffentlichkeitsbeteiligung in der frühen Planungsphase hinsichtlich der Untergrundtätigkeiten nicht erfolgte. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass beispielsweise viele Stellungnahmen zu diesen Tätigkeiten in Bezug auf den niedersächsischen LREP-Änderungsentwurfs außer Acht gelassen wurden; das alleine bedeutet noch keinen Mangel ordnungsgemäßer Öffentlichkeitsbeteiligung, aber es stellt sich die Frage, ob das Vorgehen zulässig war, oder einen Verstoß darstellt.<sup>12</sup>

Das Bundesland Nordrhein-Westfalen hat einen neuen Raumentwicklungsplan, welcher im Januar 2018 in Kraft getreten ist. Dieser Plan wurde seinerseits mit einer SUP durchgeführt. Nach diesem Plan wird sogenanntes unkonventionelles Fracking im Grunde ausgeschlossen; alle anderen Nutzungsarten werden nicht zum Inhalt der Anforderungen für die Öffentlichkeitsbeteiligung oder weitere SUPs gemacht. Darin sind kraft Auswirkungen der Bundesgesetze Schiefergas und Flözgas enthalten. Allerdings sind weder Tight-Gas-Fracking, noch andere Gasbohrungsprojekte gedeckt oder Einschränkungen unterworfen. Nach dem Plan ist scheinbar Fracking in sogenanntes

<sup>7</sup> In Verbindung mit dem anzuwendenden Raumordnungsgesetz des Landes.

<sup>8</sup> § 9 Abs. 2 ROG.

<sup>9</sup> High Volume Hydraulic Fracturing.

<sup>10</sup> 2015 Milieu Study, Seite 11.

<sup>11</sup> Siehe 2015 Milieu Studie.

<sup>12</sup> Art. 6 Abs. 8 der Konvention.

unkonventionellen Lagerstätten gestoppt; <sup>13</sup> sogenanntes konventionelles Fracking darf aber fortgeführt werden. <sup>14</sup>

Das Bundesland Schleswig-Holstein war Anfang 2017 auf dem Weg sämtliches Fracking in einem neuen Raumordnungsgesetz zu untersagen.

KritikerInnen haben die Notwendigkeit einer Fracking-spezifischen strategischen Umweltplanung betont, als der einzig effektive Weg, um Öffentlichkeitsbeteiligung in Bezug auf Frackingangelegenheiten in einer angemessenen frühen Planungsphase sicherzustellen.

### C. Lizenzierungsebene<sup>15</sup>

Als ersten Schritt wird auf dieser Ebene grundsätzlich die Antragstellung einer „Erlaubnis“ gemäß § 7 des Bundesberggesetzes (BBergG) untersucht. Ein Bewilligungsantrag zur Gewinnung von Bodenschätzen gem. § 8 BBergG kann zeitgleich gestellt werden, wenn der Antragsteller oder die Antragstellerin die notwendigen Voraussetzungen erfüllt,<sup>16</sup> oder anschließend nach einer erfolgreichen Aufsuchung. Sowohl die Aufsuchungserlaubnis, als auch die Gewinnungsbewilligung erfordern den zweiten Schritt eines Betriebsplans bevor die Tätigkeit ausgeführt wird. (Allerdings wurde oben bereits angemerkt, dass diese Voraussetzungen in der Praxis oft ignoriert werden).

#### Rechtsfunktion und Auswirkungen

Die Aufsuchungserlaubnis gewährt dem Inhaber/der Inhaberin (dh. eine bestimmte natürliche oder juristische Person) das exklusive Recht oder auch den Titel, bestimmte mineralische Rohstoffe in einem bestimmten Feld aufzusuchen, genauso wie das Recht abzubauen sowie die Beantragung für Eigentum an diesen Ressourcen vorzunehmen, die als Teil der geplanten Tätigkeiten freigelegt oder freigesetzt werden müssen. Sie erlaubt außerdem die Sammlung und Analyse vorhandener Literaturdaten.

Die tatsächliche Ausübung dieser Rechte, also die die Aufsuchungstätigkeit selbst, benötigt einen zweiten Schritt, nämlich die Genehmigung eines Betriebsplans (näheres dazu siehe unten). Aus diesem Grund wird in Deutschland vorwiegend die (Rechts)Meinung vertreten, dass solche Erlaubnisse Tätigkeiten, die eine Auswirkung auf die Umwelt haben könnten, weder ausschließen noch erlauben, weshalb eine Umweltverträglichkeitsprüfung nicht erforderlich ist. Zur selben Zeit wird eine Erlaubnis nicht als „Plan oder Programm“ gesehen und löst deshalb ebenso keine Verpflichtung zur Abhaltung einer SUP aus.

<sup>13</sup> <https://www.wirtschaft.nrw/landesplanung> .

<sup>14</sup> Der Landesentwicklungsplan rechtfertigt diese Ausnahme mit dem Argument, dass sichere Technologien für die Gasförderung bereits seit den 1960er Jahren in Deutschland existieren.

<sup>15</sup> Die Lizenzierungsebene ist der Schlüsselaspekt dieser Analyse. Gemäß den unten dargestellten Gründen sollte dies in Einklang mit der inländischen Fachbezeichnung am ehesten „Erlaubnis“ genannt werden, dennoch können solche Verfahren auch unter Artikel 6 fallen. Hier können die deutschen Formulierungen auch für Verwirrung sorgen. Deswegen wird zwischen „Erlaubnis“ und „Bewilligung“ unterschieden. Aus Gründen der Genauigkeit verwendet diese Analyse durchgehend die Begriffe „Erlaubnis“ (license) und „Bewilligung“ (permission), während die Frage, ob es sich um eine „Genehmigung/Erlaubnis“ oder „Entscheidungen“ gemäß Artikel 6 handelt, der eigentliche Streitgegenstand ist.

<sup>16</sup> Wenn der/die AntragstellerIn bspw. bereits über genügend Informationen verfügt um zu beweisen, dass die konkreten Bodenschätze an dem Standort existieren und tatsächlich gewinnbar sind. Siehe §12 Abs. 1, Z3.



Dennoch ist die Ausstellung einer Aufsuchungserlaubnis oder die Gewährung einer Gewinnungsbewilligung eine rechtsverbindliche Entscheidung und es gewährt dem Nutzer oder der Nutzerin eine Rechtsposition, die auf die anschließende Durchführung von Genehmigungsverfahren ebenso Auswirkungen hat.

Die Auswirkungen dieser Rechtsposition sind zahlreich und kommen in einer Reihe von Verfahren und Phasen im Zuge des mehrstufigen Entscheidungsprozesses zum Ausdruck. Zuallererst, möglicherweise auch am offensichtlichsten, ist es nur denjenigen, die solche Lizenzen innehaben, erlaubt, um eine Bewilligung/einen Betriebsplan nach dem BbergG anzusuchen. Sowohl die Aufsuchungserlaubnis, als auch die Gewinnungsbewilligung sind als verfassungsrechtlich geschützte Eigentumsrechte nach Artikel 14 GG zu sehen. Das bedeutet allerdings auch, dass der Besitz einer solchen Genehmigung ins Gewicht fällt bei der Beurteilung, ob nachfolgende Regulierungsmaßnahmen, die Grenzen vorgeben oder Aufsuchung beziehungsweise Abbau ausschließen, im Verhältnis mit dem verfassungsrechtlich geschützten Grundrecht der Erwerbsfreiheit, zulässig sind. Diese Rechte treten zum verfassungsgesetzlich geschützten Recht auf Ausübung eines Gewerbebetriebes hinzu. Außerdem kommen sie auch beim Interessenausgleich zwischen dem/der NutzerIn und etwaigen betroffenen EigentümerInnen zu tragen, der meist zu Lasten der Letzteren ausgeht, die wenig Erfolgchancen bei Anfechtungsklagen gegen die beabsichtigten Tätigkeiten haben.<sup>17</sup>

Im Hinblick auf die Aufsuchungserlaubnis muss festgehalten werden, dass nicht nur das Aufsuchungsinteresse geschützt wird, sondern auch der zukünftig gewonnene Besitz, der durch den nachfolgenden Abbau gewonnen wurde.<sup>18</sup> Dort wo dem Abbau ein wissenschaftlicher Zweck zugeordnet wird, was der Beantragung einer Aufsuchungserlaubnis nicht entgegensteht, die einen wirtschaftlichen Zweck<sup>19</sup> verfolgt oder der Bewilligung des Abbaus eines partiellen oder gänzlich überschneidenden Gebiets<sup>20</sup>, wird bei der Beurteilung des öffentlichen Interesse in anschließenden Genehmigungsverfahren der wissenschaftliche Zweck positiv berücksichtigt.<sup>21</sup>

Mehr juristische Details diesbezüglich (nach dem BbergG, speziell §§ 11, 12 und 55) werden im Detail nicht ergründet. **Trotzdem, scheint das Hauptproblem zu sein, dass unabhängig vom Resultat einer UVP keine Interessensabwägung stattfindet. Vielmehr bestehen rechtliche Vermutungen, dass der/die LizenzinhaberIn seinen/ihren Betriebsplan genehmigt bekommt, solange alle gesetzlichen Voraussetzungen (wie u.a. Bestimmungen des Wasserrechts, des Naturschutzrechts, etc.) erfüllt sind. Dies erscheint trotz der Ergebnisse der UVP zu bestehen.**

Bezüglich der Genehmigung zum Abbau ist ebenso zu erwähnen, dass die Exklusivität der Abbaurechte gegen Dritte durch Zivilrecht geltend gemacht werden können.<sup>22</sup>

### Umweltaspekte

Die Entscheidungsfindung auf dieser Ebene beinhaltet die Berücksichtigung von Umweltaspekten. §11 Z 10 BbergG gibt vor, dass die Erlaubnis zu versagen ist, wenn "überwiegende öffentliche Interessen die Aufsuchung im gesamten zuzuteilenden Feld ausschließen." Die Feststellung ist

<sup>17</sup> UBA Position Paper.

<sup>18</sup> BBerG Kommentar, p. 118.

<sup>19</sup> Vgl. § 7 Abs. 2.

<sup>20</sup> Vgl. § 8 Abs. 3.

<sup>21</sup> BbergG Kommentar, p. 118.

<sup>22</sup> Vgl. § 8 Abs. 2.

allerdings zu diesem Zeitpunkt durchaus schwierig, da sie auf Basis der Informationen, die durch den/die AntragstellerIn zur Verfügung gestellt werden, die allerdings nicht sehr konkret sein müssen, erfolgt. Im Fall einer Aufsuchungserlaubnis hat das vom/von der AntragsstellerIn übermittelte Arbeitsprogramm lediglich die „Aufsuchungsarbeiten hinsichtlich Art, Umfang und Zweck“ darzulegen und dies in einem angemessenen Zeitraum vorzunehmen.<sup>23</sup> Die zusätzlichen Gründe, nach denen eine Genehmigung gem § 12 abgelehnt werden kann, führen nicht wesentlich dazu, dass der Behörde zusätzliche Informationen zur Verfügung gestellt werden.<sup>24</sup>

Die Gründe für eine Verweigerung müssen eher generell beurteilt werden, auf Grundlage der Kommentare, welche von den jeweiligen Behörden die für einen bestimmten Bereich des öffentlichen Interesses zuständig sind, wie beispielsweise Wasserrecht, Naturschutzrecht, oder eine betroffene Gemeinde, die verantwortlich für lokale Landverwendung ist. Nach §15 BBergG hat die Bergbaubehörde, welche für die Erlaubnis bzw. Bewilligung zuständig ist, Amtssachverständige zur Übermittlung von Kommentaren aufzufordern, die dann bei der Feststellung nach §11 Z 10 BBergG als Ablehnungsgrund in Betracht gezogen werden müssen. Die Amtssachverständigen tragen die Beweislast um ausreichend detailliert darzulegen, dass öffentliche Interessen die Erforschung/ den Abbau in sämtlichen Bereichen des Antrags überwiegen. Die Bergbaubehörde hat somit kein Ermessen die Erlaubnis oder Bewilligung auszustellen, falls die jeweiligen Amtssachverständigen die Beweislast nicht erfüllen konnten.<sup>25</sup> Das führt dazu, dass nach deutschem Recht der Antragsteller oder die Antragstellerin bei der Antragstellung davon ausgehen kann, dass der Antrag tatsächlich auch genehmigt wird.

Angesichts dessen, dass keine besonderen Anforderungen an die Genauigkeit an die in den von dem Antragsteller oder der Antragstellerin übermittelten Plänen gestellt werden und die daraus entstehenden Schwierigkeiten bei der Bewertung der potentiellen Umweltauswirkungen dieser Pläne, vertreten manche ExpertInnen die Meinung, dass die Aufsuchungserlaubnis (und möglicherweise auch die Gewinnungsbewilligung) nicht lediglich der Start einer abgestuften Planungs-Entscheidung sein soll, die im Betriebsplanverfahren nur konkretisiert werden muss. Dennoch hat das UBA festgestellt, dass diese Ebene durchaus direkt zu den nachfolgenden zulassenden Verfahren führt, da das „ob“ und das „wo“ bereits größtenteils auf dieser Ebene entschieden werden und lediglich das „wie“ auf der Ebene des Betriebsplanverfahrens zu bestimmen ist.

#### Öffentlichkeitsbeteiligung und Zugang zu Gerichten

Es besteht keine wie auch immer geartete Form der Öffentlichkeitsbeteiligung auf dieser Ebene, weder für NGOs, noch für Einzelpersonen, wie bspw. NachbarInnen (MieterInnen oder EigentümerInnen des Grundstücks oder andere Personen, die möglicherweise beeinträchtigt werden, u.a. durch verminderte Wasserqualität). Nur die öffentlichen Stellen, darunter betroffene Gemeinden, haben Informationen zu erhalten und ebenso die Möglichkeit, Stellungnahmen abzugeben, wobei auch hier Fälle von Behörden, die nach § 15 angehört werden müssen, aber tatsächlich nur informiert wurden, bekannt sind.<sup>26</sup> Es gibt auch keinen Zugang zu Gerichten auf dieser Ebene.

---

<sup>23</sup> Vgl. § 11, 3S.

<sup>24</sup> Vgl. etwa Greifswald, Urteil vom 16 April 2015 – 5 A 1620/12 –, Rn. 32, juris), in dem nicht einmal dem Verteidigungsministerium das Vorgehen gegen eine Erlaubnis auf Grundlage des §11 gestattet wurde.

<sup>25</sup> BBergG Kommentar, p. 147

<sup>26</sup> Siehe (nur englisch:) Germany: legal aspects of shale gas exploration and extraction, Helmholtz Center for Environmental Research GmbH – UFZ, Leipzig, Germany, March 14, 2012, p. 3 (citing Borschardt, 2011 and OVG Sachsen-Anhalt, 2003, Rn. 68)

#### D. Weitere abgestufte Ebenen der Entscheidung

##### Genehmigung von Betriebsplänen

Die Genehmigung von Betriebsplänen ist die zweite Voraussetzungsebene für die Genehmigung von Bergbautätigkeiten. Deutsche Bergbaugesetze sehen vier Arten von Betriebsplänen vor, welche ein Antragsteller oder eine Antragstellerin der Bergbaubehörde zur Genehmigung vorlegen muss: (1) der Rahmenbetriebsplan (2) der Hauptbetriebsplan (3) der Sonderbetriebsplan, und (4) der Abschlussbetriebsplan für die Schließung des Bergwerks. Lediglich die ersten zwei Arten werden hier im Detail dargestellt, die dritte Art wird kurz erwähnt, da sie vor allem für die Öffentlichkeitsbeteiligung von EigentümerInnen relevant ist.

##### Rechtsfunktion und Rechtswirkung

Der **Rahmenbetriebsplan** beinhaltet einen Überblick über das gesamte Projekt und dient als Grundlage und Rahmen für die individuellen Hauptbetriebspläne. Für den Fall, dass das Projekt Gegenstand einer UVP wird, ist ein Rahmenbetriebsplan notwendig.

Die Novelle der deutschen UVP Regelungen (UVPG und UVP-VO Bergbau) hatten die Wirkung, dass Fracking und ähnliche Tätigkeiten, inklusive Testbohrungen für wissenschaftliche Zwecke, Gegenstände einer verpflichtenden UVP werden. Das führt dazu, dass solche Aktivitäten einen Rahmen für den Betriebsplan benötigen. Dies beinhaltet wiederum, dass die Bergbaubehörde ein **Planfeststellungsverfahren** nach § 57a BBergG durchführen muss, bei dem die Genehmigung des Rahmens für den Betriebsplan stattgefunden hat. In der Tat dient das Feststellungsverfahren des Plans als sogenanntes „Trägerverfahren“, bei dem auch eine UVP vorgenommen werden muss und parallele Entscheidungsfindung, inklusive Entscheidungen auf Grundlage des Umweltrechts, in einem vollkonzentrierten Verfahren zusammengefasst sind.<sup>27</sup>

Die Genehmigung des Rahmenbetriebsplans hat lediglich deklarativen Charakter,<sup>28</sup> was bedeutet, dass die Genehmigung des Hauptbetriebsplans für die tatsächliche Durchführung der Bergbauaktivitäten notwendig ist. Davon abgesehen haben bestimmte Aspekte der Genehmigung des Rahmenbetriebsplans rechtsverbindlichen Charakter für den Haupt- und Sonderbetriebsplan (sowie für den Abschlussbetriebsplan), die für die Implementierung des Rahmenbetriebsplans benötigt werden.<sup>29</sup>

Wie von UBA angemerkt, findet, dass das Planfeststellungsverfahren in einem sehr späteren Abschnitt in der Entscheidungskette der geplanten Aktivitäten statt. Demnach sind die Fragen des **ob** der geplanten Aktivitäten (in Hinblick auf die bereits bestehenden Aufsuchungserlaubnis sowie der Gewinnungsbewilligung in bestimmten Gebieten, zusätzlich zu weiteren Eigentumsrechten, wie Bergwerkseigentum, und den Aktivitäten für Investitionen des Bergbaubetriebs) schwierig zu stellen.

---

<sup>27</sup> Artikel 52. Absatz 2a BBergG iVm Artikel 75, Absatz 1, S 1 Verwaltungsverfahrensgesetz (“VwVfG”).

<sup>28</sup> Vgl. Germany: legal aspects of shale gas exploration and extraction, by Grit Ludwig, March 14, 2012 (nachfolgend “Ludwig”) at, p. 7, available for download at: <http://www.shale-gas-information-platform.org/pl/categories/prawodawstwo/artykuly-ekspertow/germany-legal-aspects-of-shale-gas-exploration-and-extraction/>

<sup>29</sup> Vgl. § 57a Abs. 5 BBergG.

Sogar die Frage, **wo** solche Aktivitäten möglicherweise stattfinden ist durchaus limitiert, besonders im Hinblick auf die Grenzen des Bereichs, der von der Erlaubnis oder Bewilligung umfasst ist. Lediglich die Frage des **wie** die Aktivität durchgeführt wird, bleibt Gegenstand einer seriösen Debatte und sogar hier ist es durchaus unsicher welche bedeutenden Rollen andere Interessen - ob sie der Raumplanung oder anderen öffentlichen Interessen zugeordnet werden - spielen können.<sup>30</sup> Hervorzuheben ist, dass es sich nicht nur um eine Frage der Entscheidungsfindungsebene handelt. Deshalb wird das „ob“ gewöhnlich auf der raumplanungsrechtlichen Verfahrensebene entschieden, wobei sogar in dieser frühen Phase, wie oben bereits geschrieben, wenig bis gar kein Ermessensspielraum besteht um solche Fragen irgendwie zu überprüfen.

Ein Antrag mit Einreichen eines Rahmenbetriebsplan löst möglicherweise ebenso die Notwendigkeit für ein Raumordnungsverfahren bei der Raumordnungsbehörde nach § 15 ROG aus, wonach die Vereinbarkeit von den vom Antragsteller oder der Antragstellerin vorgebrachten Maßnahmen mit den Zielen der Raumordnung darauf untersucht werden müssen, ob das Projekt selbst für wichtig erachtet wird.<sup>31</sup>

Diese Unklarheit (ob so eine Vereinbarkeitsbeurteilung notwendig war) hat eine Auseinandersetzung mit der Thematik durch die deutschen Gerichte bewirkt und ist ein Grund, wieso es Anfang 2017 einige neue gesetzliche Regelungen gegeben hat, vor allem betreffend § 15 ROG und § 48 BBergG.

Eine vorgeschlagene Änderung des § 15<sup>32</sup> sieht vor, dass die Öffentlichkeit mit einer verpflichtenden Möglichkeit ausgestattet werden muss, im Verfahren nach §15 Abs. 3 Z 1 ROG-E mitzuwirken. Außerdem muss eine Prüfung der Alternativen<sup>33</sup> vorgenommen werden (was meines Wissens nicht das Null-Szenario beinhaltet). Dennoch befindet das UBA, dass das raumordnungsrechtliche Verfahren nach § 15 zu spät stattfindet, um raumordnungsrelevante Bedenken wirkungsvoll einzuwenden oder Alternativen entsprechend zu berücksichtigen. Es hat deshalb vorgeschlagen, dass die Notwendigkeit eines solchen Verfahrens bereits bei der Antragstellung für eine Aufsuchungserlaubnis ausgelöst wird. Es kommt hinzu, dass jegliche eventuell neu geschaffenen Öffentlichkeitsrechte im Falle der Umsetzung der vorgeschlagenen Änderungen, ebenfalls zu spät sind um einen wirkungsvollen Einfluss auszuüben. Hierbei sei hervorgehoben, dass die juristische Erklärung des Änderungsvorschlags scheinbar keine wirkliche Veränderung des Status Quo birgt, da es lediglich kodifiziert, was bereits Praxis in den Bundesländern ist. Auch hier ist festzuhalten, dass die Einbeziehung in das § 15 Verfahren nur passiert, wenn das Verfahren selbst stattfindet.

Der **Hauptbetriebsplan** begründet die technische Basis für den Aufbau des Bergbauprojekts und dessen Durchführung. Die Genehmigung eines solchen stellt eine finale Autorisierung der beantragten Aktivität dar. Eine solche ist generell auf eine Zeit von zwei Jahren begrenzt. Für andere Formen eines Bergbauprojekts gibt es möglicherweise einen Bedarf nach mehreren Betriebsplänen. Zurzeit besteht keine neue UVP und deshalb keine Öffentlichkeitsbeteiligung, die an diese Verfahren angehaftet ist.

Der **Sonderbetriebsplan** muss möglicherweise bei der Genehmigungsbehörde bestimmte Aktivitäten adressieren, wie beispielsweise „hydro-fracturing“ oder andere spezifische Aktivitäten, die Sprengstoff verwenden. Es ist anzumerken, dass es eine wichtige Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zu diesem Thema gibt. Es betrifft nicht so sehr Sonderbetriebspläne an

<sup>30</sup> UBA Positionspapier, S 14.

<sup>31</sup> Es können Veränderungen sein, siehe § 48 BBergG und § 15 ROG im Detail. Eine Spezifizierung wäre hilfreich und es kann durchaus sein, dass Gegebenheiten nach dem Jahr 2017 in diesem Punkt geholfen haben.

<sup>32</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Änderung raumordnungsrechtlicher Vorschriften Drucksache 656/16 vom 04.11.16.

<sup>33</sup> unter Außerachtlassung der Null-Alternative.

sich, sondern vielmehr die subjektiven Rechte nach § 48 BBergG generell.<sup>34</sup> Manche haben potentiell anzuerkennende rechtliche Interessen, die möglicherweise gefährdet werden, wie beispielsweise beeinträchtigte EigentümerInnen, und die deshalb ebenso die Möglichkeit haben sollten ihre Bedenken vorzubringen. Das Verfahren um diese Art von Plan auszuwerten kann vor oder parallel zum Hauptbetriebsplan erfolgen.

### Umweltaspekte

Wie bereits oben angeführt, steht die Hauptprüfung der Umweltaspekte bezüglich Bergbauprojekten im Zusammenhang mit dem Genehmigungsverfahren des Rahmenbetriebsplans, was als Trägerverfahren für die behördliche Betriebsplanevaluierung dient. Außerdem ist das die Phase in der eine SUP durchgeführt wird.

Wie oben dargestellt, bestehen allerdings einige Bedenken dahingehend, dass die Evaluierung der Umweltaspekte (genauso wie die Details im Hinblick auf die vorgeschlagenen Aktivitäten und der Beteiligung der Öffentlichkeit sowie von Amtssachverständigen) in einer zu späten Phase erfolgt, um einen echten Einfluss auf den Gesamtprozess zu haben.

Das UBA sagt, dass diese als öffentliche Interessen iSd § 48 Abs. 2 BBergG untersucht werden müssen.

Sie behaupten, dass die Art und Weise wie dieses Interesse in das Bergbaugesetz Eingang gefunden haben, nur einen marginalen Effekt haben und die Interessen der Aufsuchung sowie der Gewinnung diese meist überwiegen. Schlussendlich hat das UBA festgestellt, dass diese Form der Abwägung der öffentlichen Interessen unzureichend ist.

### Öffentlichkeitsbeteiligung und Zugang zu Gerichten

Als Rückschluss der oben dargelegten Inhalte folgt, dass in Hinblick auf Fracking, sowie Öl oder Gas-Abbau generell, Öffentlichkeitsbeteiligung bisher keinen hohen Stellenwert hatte. Diese Aktivitäten waren zumindest bis Anfang 2017 nicht Teil eines speziellen Planungsaktes. In Hinblick auf Braunkohleabbau und Kohlebergbau bestehen allerdings spezielle Pläne, die auf Basis der Landesgesetze beschlossen werden müssen.

Mit der Ausnahme, dass betroffenen NachbarInnen im Zusammenhang mit Betriebsplänen eine Überprüfungsmöglichkeit gegeben wird, ist bezüglich der anderen Betriebspläne, inklusive der Hauptbezugspläne, die wiederum die endgültige Genehmigung sowie die endgültigen technischen Details beinhalten, keine Form der Öffentlichkeitsbeteiligung vorhergesehen.

Beim Zugang zu Gerichten muss zwischen anerkannten Organisationen einerseits und Individuen andererseits, unterschieden werden.

Die ersteren haben die Möglichkeit die UVP-Entscheidungen zu bekämpfen (somit Genehmigungen, Pläne, Verfahren). Bezüglich Individuen haben nur EigentümerInnen eine Rechtsstellung und die Ausübung ihrer Rechte ist weiter eingeschränkt durch die sogenannte Kausalgerichtsbarkeit.<sup>35</sup> Des Weiteren ist zu erwähnen, dass selbst wenn Parteistellung besteht, eine objektive Verletzung des Rechts nur auf Grundlage eines erfolgreichen Antrags bestehen kann, wo diese Verletzung zur selben Zeit die eigenen Rechte der Antragstellerin/des Antragstellers verletzen. Diese letzte Besonderheit

---

<sup>34</sup> BVerwG U.v. 16.03.1989 4 C 36.85.

<sup>35</sup> BVerwG, Urteil vom 10. Oktober 2012 – 9 A 19/11.

des deutschen Rechts (§113 Abs. 1 Z 5, §42 Abs. 2 VwGO) wurde in der EUGH Entscheidung Kommission gegen Deutschland, C-137/14 als EU-rechtskonform erachtet.

Einzelpersonen können im Ergebnis somit keinen Antrag aufgrund von Grundwasser Verschmutzung erheben.<sup>36</sup> Speziell im Bereich des Bergbaus, wie beispielsweise Braunkohlebergbau und Fracking Projekte, aber auch bei konventionellen Öl und Gas Abbau, ist das subjektive Recht eines Individuums nicht beeinträchtigt. Nur, wenn ein Eigentumsrecht nach Artikel 14 StGG verletzt wird, können solche Ansprüche erhoben werden. Bezüglich Letzterem ist die Garzweiler Entscheidung tatsächlich eine Hilfe, nachdem es subjektive Rechte nach §46 BBergG auf EigentümerInnen überträgt. Trotzdem scheint es nicht, als würden alle Bedenken dieser Analyse adressiert werden. Es wird bestätigt, dass geschützte Eigentumsinteressen auf dieser Ebene des Rahmenoperationsplans erhoben werden können und untersucht, sowie abgewogen werden müssen in Hinblick auf Interessen auf der Verfahrensebene. Dennoch wird die tatsächliche Entscheidung, „ob“ die Dekonstruktion stattfinden kann oft zu einem früheren Zeitpunkt getroffen und Rechtsmittel gegen die Umsiedlung betroffener Parteien mit dem Nebenaspekt eines bereits laufenden Bergbaubetriebs hat kaum eine Chance auf Erfolg.<sup>37</sup>

Anfang 2017 gab zwei weitere anhängige Fälle die diesbezüglich möglicherweise interessant sind, beides Braunkohle Planungsakte (Nochten und Welzow Süd), in denen die AntragstellerInnen vorbringen, dass tatsächlich kein Zugang zu Gerichten gegen die Pläne besteht, selbst wenn eine SUP durchgeführt wird. Weder den NGOs noch privaten Individuen werden Rechtsmittel zugesprochen mit der Begründung, dass sie in der Genehmigungsphase Zugang zu Gerichten nach dem BBergG haben (Rahmenbetriebsplan). Die Folgerung ist, dass der Zugang zu Gerichten in dieser späten Phase ausreicht.

#### Vergangene illegal erlaubte Aktivitäten, die nicht Gegenstand von Regelungen einer Öffentlichkeitsbeteiligung waren

Zuletzt sollte festgehalten werden, dass die Übergangsbestimmungen<sup>38</sup> des neuen UVPG beinhalten, dass bereits genehmigte Betriebspläne keine UVP benötigen (und deshalb auch kein Gegenstand einer Öffentlichkeitsbeteiligung sind). Das deckt einen großen Teil an Erlaubnissen/Bewilligungen ab - so sind beispielsweise laut der Milieu Studie NRW von 2015 bereits auf 50% der Fläche des ganzen Bundeslandes Erlaubnisse zuerkannt worden. Des Weiteren gab es in vielen dieser Fälle ein Versagen zumindest eine Überprüfung durchzuführen, was zu einer Verletzung einer UVP Richtlinie führte und deshalb von Anfang an bereits nicht rechtmäßig geschehen ist.

<sup>36</sup> BVerwG, Urteil vom 20.12.2011 – 9A 30/10, NVwz 2012, 573, Rn 19.

<sup>37</sup> Az: 7 C 11.05) von 2006, bestätigt durch das Bundesverfassungsgericht in der Garzweiler Entscheidung von 2013 (Az:1 BvR 3139/08; Az: 1 BvR 3386/08).

<sup>38</sup> Vgl. § 4 UVP-Verordnung, vor allem der neu eingefügte Absatz 5.



## V. RECHTLICHE ANALYSE

### A. Potentiell betroffene Bestimmungen der Aarhus Konvention

**Artikel 3 Absatz 1; Artikel 6 Absätze 2-9; Artikel 7; Artikel 8; Artikel 9 Absätze 2-3**

### B. Umstände der potentiellen Nicht-Einhaltung

#### 1. Öffentlichkeitsbeteiligung

Zuallererst muss festgehalten werden, dass die Aarhus Konvention keine Umweltprüfung vorschreibt, weder auf einer strategischen, noch der Projektebene. Die zweite Säule der Konvention fordert viel eher Öffentlichkeitsbeteiligung für bestimmte Entscheidungen. Das ist nicht identisch und sollte unterschieden werden. Jegliche ACCC Beschwerde („Communication“) sollte diesen Unterschied bewusst berücksichtigen.

Wohl aber hat das ACCC im Prinzip „die Wichtigkeit von Umweltprüfungen“ auf beiden Ebenen „zum Zweck der Qualitätsverbesserung und Effektivität der Öffentlichkeitsbeteiligung“ bestätigt.<sup>39</sup> Weiter hat das ACCC klargestellt, dass auch wenn eine UVP nicht notwendigerweise Teil der Öffentlichkeitsbeteiligung sein muss, umgekehrt Öffentlichkeitsbeteiligung Teil einer UVP sein muss. Anders gesagt: wenn das nationale Recht eine UVP mit Beteiligung vorsieht, muss diese Beteiligung den Kriterien der Aarhus Konvention genügen.<sup>40</sup>

Daraus können zwei Schlüsse gezogen werden, die besonders relevant für diese Untersuchung sind:

Erstens, selbst wenn eine SUP oder UVP nach nationalem Recht vorgesehen ist, bedeutet dies nicht, dass das nationale System Aarhus-konform ist. Es ist durchaus möglich, dass ein Rechtssystem, das sowohl eine SUP als auch eine Umweltverträglichkeitsprüfung speziell für Fracking vorsieht, die Anforderungen an die Öffentlichkeitsbeteiligung im Rahmen des Übereinkommens noch nicht erfüllt.

Zweitens dürfen Argumente, die speziell auf der Konvention beruhen - insbesondere Argumente, die in Form einer Beschwerde an das ACCC gegen Deutschland vorgebracht werden - nicht als spezifische Kritik am Fehlen dieser spezifischen Instrumente (SUP oder UVP) im Zusammenhang mit Fracking formuliert werden. Es kann nur nachgewiesen werden, dass der Rechtsrahmen nicht das erforderliche Maß an Öffentlichkeitsbeteiligung vorsieht und indirekt suggeriert wird, dass ein geeignetes und wahrscheinlich wirksames Mittel zur Erfüllung der Anforderungen an die Öffentlichkeitsbeteiligung im Rahmen einer SUP/UVS wäre.

---

<sup>39</sup> Spain ACCC/C/2008/24; ECE/MP.PP/C.1/2009/8/Add.1, 30 September 2010 (nachfolgend “C-24 (Spain)”), Absatz 83.

<sup>40</sup> ebenda.; vgl. auch Anhang II, Absatz 20 der Konvention.

a. Bestimmung, welche/r Artikel anwendbar ist bzw. sind

Die Konvention legt leicht differenzierte Anforderungen an die Öffentlichkeitsbeteiligung fest, je nachdem, um welche Art von Rechtsakt oder Beschlussfassung es sich handelt, d.h. ob es sich um Beschlüsse über bestimmte Tätigkeiten (Artikel 6), Pläne, Programme und Politiken (Artikel 7) oder Ausführungsbestimmungen und/oder allgemein anwendbare rechtsverbindliche normative Instrumente (Artikel 8) handelt.<sup>41</sup> Die Form der Entscheidungsfindung, um die es hier geht, hat wahrscheinlich auch bedeutende Auswirkungen auf die Anforderungen der Konvention an den Zugang zu Gerichten, wie sie im Folgenden erörtert werden. Daher muss der Ausgangspunkt unserer Analyse darin bestehen, die Art der jeweiligen Entscheidung zu bestimmen.

Wie das ACCC mehrfach festgestellt hat, ist die Bezeichnung im nationalen Recht nicht entscheidend. **Ob eine bestimmte Tätigkeit unter Artikel 6, 7 oder 8 fällt, wird vielmehr durch ihre rechtlichen Funktionen und Wirkungen bestimmt.**<sup>42</sup> Die Tatsache, dass der Gesetzgeber in einem Fall der Entscheidungsträger war und die daraus resultierende Entscheidung als "Gesetz" bezeichnet wurde, hat das ACCC nicht davon überzeugt, dass die fragliche Entscheidung unter Artikel 8 fällt. Die Entscheidung in diesem Fall hatte die Rechtswirkung, ein sehr konkretes Projekt - nämlich Crossrail - zu genehmigen, was nicht nur bedeutete, dass das Gesetzgebungsverfahren, das zu dieser Entscheidung führte, der Konvention unterlag, sondern auch, dass etwaige Pflichten zur Öffentlichkeitsbeteiligung nicht aufgrund von Artikel 8 (der für allgemein geltende rechtsverbindliche Instrumente gilt), sondern vielmehr aufgrund von Artikel 6 (der Entscheidungen über die Genehmigung bestimmter Projekte betrifft) entstanden sind.<sup>43</sup>

Im Gegensatz dazu kam das ACCC zu dem Schluss, dass die "Verkehrsregelungsverordnung" einer Gemeinde, die die rechtliche Funktion und Wirkung hat, "die Richtung für die Organisation des Verkehrs in einem bestimmten Gebiet vorzugeben" und "kein Gesetz ist, das eine bestimmte Tätigkeit erlaubt, sondern für alle Personen gilt, die sich in einer ähnlichen Situation befinden und im Gegensatz zu einem Plan oder Programm verbindliche rechtliche Verpflichtungen schaffen", ein Gesetz im Sinne von **Artikel 8** ist.<sup>44</sup>

Das ACCC hat ferner mehrfach festgestellt, dass es besonders **schwierig ist, eine genaue Grenze zwischen den Entscheidungen nach Artikel 6 und Artikel 7 festzulegen**. In einigen Fällen kann davon ausgegangen werden, dass eine bestimmte Entscheidung (oder eine Reihe von Entscheidungen) sowohl die Merkmale von Artikel 6 als auch von Artikel 7 aufweist.

Um ein besonders relevantes Beispiel zu nennen: Ein "Konzept" für die Erkundung bestimmter Lagerstätten hätte als regionale Entwicklungsstrategie und Sektoralplanung (die unter Artikel 7 des Übereinkommens fallen würde) oder als erste Phase (ausgedrückt als "Absicht") für eine geplante Tätigkeit (in diesem Fall würde sie unter Artikel 6 fallen) betrachtet werden können. Auch in diesem Fall bekräftigte der Ausschuss die Notwendigkeit, über die nationalen Labels hinauszublicken. Aufgrund der vorgelegten Fakten war der Ausschuss jedoch nicht in der Lage, eine endgültige Entscheidung über die ordnungsgemäße Klassifizierung der Entscheidungsfindung in diesem Fall zu treffen. Eine Überprüfung der Rechtsprechung des Compliance-Ausschusses bietet jedoch eine gewisse Orientierungshilfe bei der Unterscheidung zwischen Entscheidungen nach Artikel 6 und Artikel 7.

<sup>41</sup> United Kingdom ACCC/C/2010/53; ECE/MP.PP/C.1/2013/3, 11. Jänner 2013 (nachfolgend "C-53 (UK)"), Absatz 82.

<sup>42</sup> Albania ACCC/C/2005/12; ECE/MP.PP/C.1/2007/4/Add.1, 31. Juli 2007 (nachfolgend "C-12 (Albania)"), Absatz 65.

<sup>43</sup> United Kingdom ACCC/C/2011/61; ECE/MP.PP/C.1/2013/13, 23. Oktober 2013 (nachfolgend "C-61 (UK)"), Absatz 56.

<sup>44</sup> C-53 (UK), Absatz 83.



**Entscheidungsfindung nach Artikel 6** ist durch ein höheres Maß an Spezifität gekennzeichnet - sie sollte die Durchführung einer bestimmten Tätigkeit an einem bestimmten Ort durch oder im Namen eines bestimmten Antragstellers betreffen. Sie sollte spezifischer sein als eine Landnutzungsbezeichnung, wie die Vergabe von Pachtverträgen an einzelne benannte Unternehmen, um ganz bestimmte Aktivitäten durchzuführen, und die Genehmigung eines Projekts, sich an einem bestimmten Standort zu befinden und die grundlegenden Parameter des Projekts festzulegen. Alle diese Entscheidungen werden als in den Anwendungsbereich von Artikel 6 fallend eingestuft, unabhängig davon, ob das nationale Recht das Ergebnis als "Erlass", "Plan" o.ä. bezeichnet.

Auch die Tatsache, dass noch weitere Genehmigungsentscheidungen für die tatsächliche Durchführung der Tätigkeit erforderlich sind, führt nicht zwangsläufig dazu, dass die Entscheidungsfindung aus dem Anwendungsbereich von Artikel 6 herausgenommen wird oder dass sie gemäß Artikel 7 analysiert wird.<sup>45</sup> Nach der konsequenten Rechtsprechung der ACCC zur gestaffelten Entscheidungsfindung, die im Folgenden erörtert wird, kann es eine Reihe von Entscheidungen nach Artikel 6 geben, und es reicht oft nicht aus, die Beteiligung der Öffentlichkeit in Bezug auf nur eine (oder wenige) der Entscheidungen dieser Reihe sicherzustellen.

Der relevanteste Fall, der die Bedeutung und Kraft dieser Schlussfolgerung verdeutlicht, ist C-43 (Armenien).<sup>46</sup> Dort stellte der Ausschuss fest, dass die Erteilung einer Bergbaulizenz unter Artikel 6 fällt, obwohl die betroffene Partei argumentiert, dass eine Bergbaulizenz nach ihrer nationalen Gesetzgebung "nicht das Recht verleiht, Bergbauaktivitäten durchzuführen, sondern nur ein mehrstufiges Verfahren zur Schaffung eines solchen Rechts einleitet".<sup>47</sup> Das ACCC stellte fest, dass die Lizenz rechtliche Auswirkungen hatte, einschließlich einer Auswirkung auf die Betriebsbedingungen für eine Tätigkeit (hinsichtlich der Dauer, da die Lizenz nur für einen bestimmten Zeitraum gültig war) und die Grundlage für einen späteren Konzessionsvertrag bilden konnte, für den das nationale Recht eine Reihe möglicher Betriebsbedingungen vorsah, wie die Möglichkeit einer beschränkten Haftung in Umweltfragen, und stellte fest, dass die Lizenz unter Artikel 6 des Übereinkommens fällt und dass die betroffene Partei die Beteiligung der Öffentlichkeit in Bezug auf das Konzessionsverfahren sicherstellen musste.<sup>48</sup>

Die Maastricht-Empfehlungen sind für sich genommen zwar nicht bindend, bieten jedoch eine besonders nützliche Orientierungshilfe.<sup>49</sup> Sie empfehlen, alle Tätigkeiten zu ermitteln, die möglicherweise Auswirkungen auf die Umwelt haben können (und somit unter Artikel 6 Absatz (1)(b) fallen [...diese Tätigkeiten können...alle Tätigkeiten umfassen, die nach nationalem Recht eine Umweltgenehmigung oder -lizenz erfordern (wie z.B. Lärmgenehmigungen...Fracking-Genehmigungen, Bergbau-Genehmigungen, Explorationsbohrgenehmigungen)]"etc.

Die typischste Form der Beschlussfassung nach Artikel 7 sind Raumordnungspläne, sowohl allgemeine als auch detaillierte,<sup>50</sup> und andere Arten von Raumordnungsaktivitäten, "d.h. eine

<sup>45</sup> C-12 (Albania), Absatz 67.

<sup>46</sup> Armenia ACCC/C/2009/43; ECE/MP.PP/2011/11/Add.1, 12 May 2011 (nachfolgend "C-43 (Armenia)").

<sup>47</sup> Ebenda, Absatz 39.

<sup>48</sup> Ebenda, Absatz 58. Um genau zu sein: Die Erneuerung einer Genehmigung war Gegenstand des Falles, da die ursprüngliche Genehmigung vor Inkrafttreten der Konvention ausgestellt wurde. Daher wurde Artikel 6 Absatz 10, der Überprüfung oder Aktualisierung betrifft, angewandt. Aber es folgt als unausweichliche logische Konsequenz, dass auch jede originale Bewilligung, die solche Rechtswirkungen erzeugen würde, anstatt sie zu verändern.

<sup>49</sup> Vgl. va Absätze 43-47, Hervorhebungen durch ÖKOBÜRO.

<sup>50</sup> Vgl. etwa Bulgaria ACCC/C/2011/58: ECE/MP.PP/C.1/2013/4, 11. Jänner 2013, Absatz 75 (nachfolgend "C-58 (Bulgaria)), Absatz 62.

Entscheidung, die festlegt, dass in einem bestimmten ausgewiesenen Gebiet bestimmte allgemeine Arten von Aktivitäten durchgeführt werden können (und andere Arten nicht)".<sup>51</sup>

Obwohl das für die Art der Entscheidungsfindung zuständige Gremium keineswegs determinativ ist,<sup>52</sup> kann man feststellen, dass strategischere (d.h. Artikel 7) Fragen oft von Gremien verkündet werden, die sich von den für die endgültige Genehmigung zuständigen Gremien unterscheiden (und diesen vielleicht überlegen sind).

Ein letzter Punkt, der Artikel 6 von Artikel 7 unterscheidet, ist kurz erwähnt. Um unter Artikel 6 zu fallen, muss nachgewiesen werden, dass es sich entweder um eine Tätigkeit in Anhang I handelt<sup>53</sup> oder dass erhebliche Auswirkungen wahrscheinlich sind und dass andere Anforderungen erfüllt sind.<sup>54</sup> Artikel 7 ist viel weiter gefasst, da die Prüfung lediglich darin besteht, ob die Entscheidung "umweltbezogen" ist. Es ist jedoch unwahrscheinlich, dass diese Unterscheidung ein Hindernis für den derzeitigen Rechtsrahmen in Deutschland sein wird.<sup>55</sup>

Schließlich gibt es natürlich einige Formen der Entscheidungsfindung, die weder unter Artikel 6, 7 noch 8 fallen. Eine bloße Studie zur Auswahl möglicher Standorte für ein Kernkraftwerk und Vorschläge für den/die bevorzugten Standort(e) ist ein solches Beispiel.<sup>56</sup> Auch ein Beschluss über einen Vertrag mit einem privaten Unternehmen über eine Abfallentsorgungsanlage fiel nicht unter diese Bestimmungen. "Obwohl sie den Umfang der nach den geltenden Plänen zulässigen Optionen einschränkte, hatte sie weder rechtliche Auswirkungen auf die Pläne, noch gab sie das Recht, das Abfallbehandlungszentrum zu errichten oder zu betreiben oder den Standort zu nutzen, noch hatten sie in irgendeiner anderen Hinsicht Rechtswirkungen, die denen der geltenden Planungsinstrumente entsprachen."<sup>57</sup>

Bei der **Anwendung** dieser Leitlinien auf die oben skizzierten rechtlichen Rahmenbedingungen in Deutschland ist zunächst zu beachten, dass es sich bei der Verabschiedung des neuen "**Fracking Gesetzes**" - also der Änderung des UVP-Gesetzes, des WHG usw. - keineswegs um einen Gesetzgeber handelt, der als virtuelle Genehmigungsbehörde ein ganz konkretes Projekt genehmigt, wie es bei Crossrail der Fall war. Daher fallen diese Gesetzgebungsverfahren nicht unter Artikel 6. Sie gilt allgemein für alle Personen, die sich in einer ähnlichen Situation befinden, und schafft verbindliche

<sup>51</sup> C-12 (Albania), Absatz 68; ebenso C-8 (Armenia), Absatz 23 (Entscheidungen über eine allgemeine Art von Tätigkeit (z.B. Herstellung, Landwirtschaft) fallen unter Artikel 7, während Entscheidungen, die spezifische Tätigkeiten (Uhrenfabrik, Bau eines diplomatischen Komplexes) und die Namen von Personen oder Unternehmen, die diese Tätigkeiten ausüben würden, unter Artikel 6 fallen).

<sup>52</sup> Wie oben angemerkt können auch Parlamente Artikel-6-Entscheidungen treffen.

<sup>53</sup> Vgl. Art. 6 Abs. 1 lit a.

<sup>54</sup> Vgl. Art. 6 Abs. 1 lit b. Der genaue Geltungsbereich der letztgenannten Bestimmung ist derzeit eher unklar. Der EuGH hat in C-243/15 und C-664/15 seine eigene Sichtweise dargelegt, und das ACCC wird höchstwahrscheinlich die Dinge in Zukunft erläutern. Ein mögliches Schlüsselement, auf dem beide Stellen bestehen könnten, ist das Vorhandensein mindestens eines Genehmigungsverfahrens bzw. das Vorhandensein einer Umweltgenehmigung.

<sup>55</sup> Denn alle UVP-Fracking-Aktivitäten unterliegen nun einer obligatorischen UVP, die wiederum eine Beteiligung der Öffentlichkeit erfordert. Dies bedeutet, dass Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a in Verbindung mit Anhang I Nummer 20 für alle diese Tätigkeiten gelten sollte. Die eine denkbare Einschränkung könnte für Explorationsbohrungen für wissenschaftliche Zwecke (wie die noch zulässigen 4 Probebohrungen) gemäß Anhang I Nummer 21 sein, der vorsieht, dass die Anwendbarkeit von Artikel 6 für Tätigkeiten, die zu Forschungs- und Entwicklungszwecken durchgeführt werden, weiterhin von einem positiven Screening abhängt. Aber auch diese Einschränkung gilt nur für die Tätigkeiten, die innerhalb von 2 Jahren durchgeführt werden. Natürlich bleibt Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b ein alternativer/zusätzlicher Mechanismus, um Fracking in Artikel 6 aufzunehmen.

<sup>56</sup> Romania ACCC/C/2010/51; ECE/MP.PP/C.1/2014/12, 14. Juli 2014, (nachfolgend "C-51 (Romania)", Absatz 73.

<sup>57</sup> France ACCC/C/2007/22; ECE/MP.PP/C.1/2009/4/Add.1, 8. Februar 2011, (nachfolgend C-22 (France)).

rechtliche Verpflichtungen, die sich von Plänen, Programmen und Richtlinien unterscheiden. Somit **fällt dieses Gesetzgebungsverfahren unter Artikel 8**, nicht unter Artikel 7.<sup>58</sup>

Aus den oben dargelegten Gründen<sup>59</sup> ist die auf Bundesebene durchgeführte NEP für die gegenwärtigen Zwecke wahrscheinlich nicht relevant.

Was die **LROPs und LEPs und die Landesebene betrifft**, so scheinen sie nach einer ersten Prüfung eher klassische Planungsinstrumente zu sein und **sollten daher wahrscheinlich als Entscheidungen nach Artikel 7 eingestuft werden**. Es ist zu beachten, dass es keinen Beweis dafür zu geben scheint, dass die Annahme dieser Pläne die weitere Genehmigung ersetzt, zu einer Umgehung des UVP-Verfahrens führt, die rechtliche Funktion oder Wirkung einer "Genehmigung" der Tätigkeit hat oder in irgendeiner Weise "einer Genehmigung zur tatsächlichen Ausübung der Tätigkeit gleichkommt", wie es die oben genannte Rechtsprechung vorsieht.<sup>60</sup> Sofern nicht überzeugende Fakten vorgelegt werden können, um nachzuweisen, dass diese Pläne rechtlich die Wirkung einer "Aufhebung"<sup>61</sup> dessen, was normalerweise als Entscheidung über bestimmte Projekte verstanden wird, auf eine höhere Ebene der administrativen oder rechtlichen Hierarchie erzielen, werden diese Pläne als in den Anwendungsbereich von Artikel 7 fallend betrachtet. Es ist denkbar, dass angesichts der Tatsache, dass die eigentliche "Wenn"-Frage früher beantwortet wurde, für die es nach dem Wortlaut des BBergG keinen tatsächlichen Planungsspielraum gibt, genau eine solche Aufhebung der Rechtswirkung stattfindet. Wenn man das weiterverfolgen will, muss man deutlich machen, dass diese Pläne so spezifisch sind, dass sie Entscheidungen zulassen. Allerdings scheinen diese Entscheidungsprozesse auf der Grundlage der vorgelegten Fakten unter Artikel 7 zu fallen.

Das bedeutet natürlich nicht, dass der Rechtsrahmen Aarhus-konform ist, weder in Bezug auf die Beteiligung der Öffentlichkeit noch auf den Zugang zur Justiz. Vielmehr muss man genau wissen, um welche Bestimmung(en) es sich tatsächlich handelt.

**Die Sondierungs- und Gewinnungsgenehmigungen scheinen Entscheidungen nach Artikel 6 zu sein.** Wie in der oben zitierten Rechtsprechung - wie auch in den genannten Maastrichter Empfehlungen - betreffen sie nicht allgemeine Arten von Tätigkeiten (wie Landwirtschaft oder sogar Bergbau), sondern spezifischere Tätigkeiten (Exploration und/oder Gewinnung spezifisch aufgezählter Bodenschätze) innerhalb eines bestimmten Bereichs (auch wenn dieser Bereich recht groß sein kann), für einen spezifisch angegebenen Zweck (wissenschaftlich, kommerziell usw.). Sie identifizieren auch die Person oder das Unternehmen, die letztendlich berechtigt ist, diese Tätigkeiten auszuführen. Und wie bei den Lizenzen in C-48 (Armenien) scheinen diese Lizenzen und Genehmigungen echte Rechtswirkungen zu haben, einschließlich der Schaffung eines verfassungsrechtlich geschützten Eigentumsrechts. Und ganz entscheidend, wie in diesem Fall, sollte die Tatsache, dass noch keine tatsächlichen Operationen durchgeführt werden dürfen, kein Hindernis für die Feststellung sein, dass diese Entscheidungen in den Anwendungsbereich von Artikel 6 fallen. Diese beiden Aspekte sind absolut entscheidend und führen zu einer Situation, in der das nationale

<sup>58</sup> An dieser Stelle ist es nützlich, die Konvention und die SUP-Richtlinie (in der Auslegung des EUGH) zu vergleichen. Der EUGH schlussfolgerte nämlich im Fall 2-90/15 Rn. 52-53, dass der Begriff „Pläne und Programme“ Rechtssetzungsakte umfassen kann, die im Gesetzgebungs- oder Verordnungsweg erlassen wurden.

<sup>59</sup> Kurz gesagt: Dispergierung und Transport werden durch diese NEP abgedeckt, nicht durch Quellen, wie sie z.B. durch Fracking gewonnen werden.

<sup>60</sup> Vor allem C-16 (Lithuania), C-58 (Bulgaria), C- 8 (Armenia); Aber auch Belgium ACCC/2005/11; ECE/MP.PP/C.1/2006/4/Add.2, 28. Juli 2006, (nachfolgend "C-11 (Belgium)", vor allem Abs. 26 und 29.

<sup>61</sup> Vgl. Studie (nur englisch) "Effective Justice? Synthesis report of the study on the implementation of Articles 9(3) and (4) of the Aarhus Convention in the Member States of the European Union", by Prof. Jan Darpö (nachfolgend, "Darpö Report"), S 10.

Recht offenbar von den Anforderungen des Übereinkommens, insbesondere in der Auslegung in C-48 (Armenien), abweicht.

Außerdem ist zu beachten, dass die Stelle, die für die endgültige Genehmigung aller Fracking-Aktivitäten zuständig ist (was auch bedeutet, dass sie für alle Genehmigungen zuständig ist, die sich auf das Planfeststellungsverfahren konzentrieren, bei dem die Natur- und Wasserrechtsbehörden lediglich ihre Zustimmung erteilen müssen), genau dieselbe Stelle ist, die für die Erteilung von Explorationslizenzen und Fördergenehmigungen zuständig ist. Die Tatsache, dass dies unter der Ägide einer einzigen Behörde, aber zwischen verschiedenen Organen und/oder in Absprache mit anderen Organen geschieht, kann die Feststellung, dass solche Genehmigungen die Ausübung von Organen umfassen, die unter getrennten Befugnissen handeln, wie es nach deutschem Recht offensichtlich der Fall war, beeinflussen, aber aus völkerrechtlicher Sicht ist dies absolut nicht ausschlaggebend. Besonders in Anbetracht des langjährigen Ansatzes der ACCC bei der mehrstufigen Entscheidungsfindung. Auf jeden Fall, wenn auch nicht so schlüssig wie die rechtlichen Funktionen und Auswirkungen einer solchen Entscheidungsfindung, verleiht diese letztlich einzigartige Identität der zuständigen Behörde der Vorstellung Glauben, dass diese Ebene der Tätigkeit sicher in den Anwendungsbereich von Artikel 6 fällt.

In Gesprächen mit deutschen ExpertInnen wurde gesagt, dass die Genehmigungsverfahren unter die neue Regeln des Umweltrechtbehelfsgesetzes fallen würden. Es wäre sehr interessant zu untersuchen, ob sich dies tatsächlich in der endgültigen Fassung widerspiegelt. Jedenfalls ein Argument zugunsten der Ansicht, dass solche Lizenzen, im Gegensatz zur traditionellen Literatur zu diesem Thema, als rechtlich wirksam anerkannt werden. Eine sehr interessante Forschungsfrage für die Zukunft wäre die Beurteilung, ob dies (im Inland) unter Art 9 Abs. 2 oder 3 fällt - obwohl diese Bezeichnung aus völkerrechtlicher Sicht natürlich nicht ausschlaggebend wäre.

**Insgesamt betrachten wir das Genehmigungsverfahren selbst als umweltrelevant und rechtlich bedeutsam und sollten daher unter Artikel 6 (voraussichtlich 6 Absatz 1 Buchstabe b) fallen. Wenn jedoch bei weiterer Prüfung wirklich festgestellt wird, dass die Bewilligung wirklich leer ist, dass die vorherrschende Position unter den inländischen Analysen richtig ist - was die Autorin angesichts der obigen Argumente eher bezweifelt - dann ist es umso wichtiger, eine angemessene Beteiligung der Öffentlichkeit in Bezug auf jeden Betriebsplan, der mit der Exploration oder Gewinnung zu tun hat, sicherzustellen. Letztlich sind wir der Meinung, dass die Beteiligung der Öffentlichkeit bei beiden Verfahren gerechtfertigt ist.**

**Das Planfeststellungsverfahren, in dem der Rahmenbetriebsplan zur Genehmigung bewertet werden soll (sowie die nachfolgenden Genehmigungsverfahren für die wichtigsten Betriebspläne), ist eindeutig eine Entscheidung nach Artikel 6, und dies scheint in Deutschland unbestritten.** Beachten Sie, dass die Bezeichnung "Planfeststellungsverfahren" irrelevant ist;<sup>62</sup> ebenso wenig ist (wie oben ausführlich diskutiert) die Tatsache, dass weitere Entscheidungen, nämlich die Genehmigung des/der Hauptbetriebspläne(s) des Antragstellers, erforderlich sind, bevor tatsächliche Fracking-Aktivitäten durchgeführt werden können.

Für die Entscheidungsfindung nach Artikel 6 spricht, dass (a) auf dieser Ebene eine UVP (mit Beteiligung der Öffentlichkeit) durchgeführt wird; und dass (b) die Genehmigung des Rahmenplans

<sup>62</sup> Tatsächlich ist diese Nomenklatur sogar etwas irreführend im Hinblick auf das nationale Recht; es ist der Plan des Projektträgers/der Projektträgerin, der im Rahmen dieses Genehmigungsverfahrens bewertet wird. Die Autorin hält es für unwahrscheinlich, dass viele inländische Anwältinnen/Anwälte dies als Teil der strategischen Ebene von Plänen, Programmen oder Politiken betrachten würden, sondern eher automatisch davon ausgehen, dass dies Teil eines spezifischen Genehmigungsverfahrens ist, wenn auch eines komplexen, in dem mehrere Elemente konzentriert sind.

Beschlüsse zu spezifischen Fragen enthält, die für den Haupt- und den Sonderbetriebsplan rechtlich bindend sind, wie z.B. die Art und Weise, wie die Tätigkeit durchzuführen ist, wobei vor allem die letzten technischen Aspekte der Tätigkeit im Zuge der Genehmigung dieser späteren Betriebspläne festzulegen sind. Es ist möglich, dass einige Verfahren, die innerhalb oder im Zusammenhang mit diesem größeren Rahmen durchgeführt werden, Elemente der Beschlussfassung nach Artikel 7 enthalten (insbesondere solche, die sich auf die Bewertung der Übereinstimmung bestimmter Pläne und Maßnahmen mit den Zielen der Raumordnung gemäß § 15 ROG beziehen). Im Großen und Ganzen lässt sich diese Verfahrensebene jedoch am besten dadurch charakterisieren, dass sie die rechtlichen Funktionen und Auswirkungen der Beschlussfassung nach Artikel 6 hat.

**Zwischenergebnisse:**

(1) Das Gesetzgebungsverfahren zur Verabschiedung des neuen "Fracking Gesetzes" (d.h. die Änderungen der UVP-VO, des WHG usw.) fällt unter Artikel 8.

(2) Die bundesstaatlichen Planungsinstrumente wie die LROPs und LEPs fallen unter Artikel 7.

(3) Die Explorationslizenzen und Fördergenehmigungen fallen wahrscheinlich unter Artikel 6, insbesondere Art 6 Abs. 1 lit b, der die Öffentlichkeitsbeteiligung und damit verbundene Rechte nach dem Übereinkommen auslöst, auch wenn sie nicht unter die UVP-RL fallen.

(4) Die im Rahmen/auf der Ebene des Planfeststellungsverfahrens getroffene Entscheidung fällt eindeutig unter Artikel 6 und löst damit verbundene Mitwirkungsrechte aus.

b. Die differenzierten Voraussetzungen für Öffentlichkeitsbeteiligung

Die Anforderungen von Artikel 8 sind etwas vager als die der Artikel 6 und 7, da sie eher auf Anstrengungen als auf Ergebnissen beruhen. Dennoch schreibt die Aarhus Konvention bestimmte Mindestanforderungen<sup>63</sup> vor, und die jüngsten Erkenntnisse in einem Fall, der einen anderen Artikel betrifft, der sich in ähnlicher Weise auf die Bemühungen als auf die Ergebnisse konzentriert, legen nahe, dass das ACCC bereit ist, diesen Bestimmungen Durchsetzungskraft zu verleihen.<sup>64</sup>

Für beide Projekte (Artikel 6) und (durch Gründung) Pläne, Programme und Politiken (Artikel 7) gelten bestimmte inhaltliche Bestimmungen des Artikels 6. In Bezug auf letztere (die unter Artikel 7 fallenden) sind dies insbesondere Artikel 6, Absatz 1. 3 (unter Berücksichtigung angemessener Fristen), Ziff. 4 (die eine frühzeitige und wirksame Beteiligung der Öffentlichkeit vorsieht) und Absatz 8 (die die gebührende Berücksichtigung der Ergebnisse der Öffentlichkeitsbeteiligung vorschreibt). Wie in Abschnitt (d) unten, Artikel 6, Abs. (1), ersichtlich wird, 4 scheint für die Beurteilung der Vereinbarkeit des deutschen Rechtsrahmens mit dem Übereinkommen von besonderer Bedeutung zu sein.<sup>65</sup>

<sup>63</sup> Vgl. C-53 (UK), Absatz 84.

<sup>64</sup> Vgl. Germany ACCC/C/2013/92; ECE/MP.PP/C.1/2017/15, 8. September 2017, bezüglich Art. 3 Abs. 2.

<sup>65</sup> Von möglichem Interesse ist jedoch Art. 6 Abs. 6, der den Zugang der betroffenen Öffentlichkeit zu Informationen, einschließlich der bewerteten Alternativen garantiert. Manche gehen davon aus, dass dies keine Anforderung in dem Kontext von Plänen, Programmen und Politiken ist, da dieser Absatz nicht durch Verweis in Artikel 7 enthalten ist. Andere haben jedoch argumentiert, dass eine zielgerichtete Lektüre der Konvention bevorzugt werden sollte und dies sehr wohl inkludiert. Siehe ACCC/C/2014/100 (UK) und Europäische Union ACCC/C/2014/10; ECE/MP.PP/C.1/2017/18, 8. September 2017. Zum 28.5.2018 liegen jedoch keine Entwürfe für den ersten Fall vor. Für letztere wurden aus Gründen, die für die gegenwärtigen Zwecke irrelevant sind, keine Verstöße festgestellt (Erklärung der EU bei Genehmigung der Konvention).



### c. Anwendung im Kontext von Artikel 8

Auf den ersten Blick auf die Gesetzgebungsverfahren zur Verabschiedung der neuen Fracking-Gesetze dürfte die Öffentlichkeitsbeteiligung den Standards des Übereinkommens entsprechen, da es recht umfangreiche Möglichkeiten zur Stellungnahme einräumt und die nachfolgenden Entwürfe solche Kommentare widerzuspiegeln scheinen.

### d. Abgestufte Entscheidungsfindung im Zusammenhang mit Artikeln 6, bzw. 7

Wie bereits erwähnt, beinhaltet der deutsche Rechtsrahmen im Bereich der Bergbau- und Abbauaktivitäten eine abgestufte Entscheidungsfindung und mehrfache Genehmigungsentscheidungen. Das ACCC hat wichtige Rechtsprechung entwickelt, die sich speziell mit den rechtlichen Fragen befasst, die sich aus dem Übereinkommen in diesem Zusammenhang ergeben.

Im Zentrum dieser Rechtsprechung steht die Forderung nach "frühzeitiger Beteiligung der Öffentlichkeit, wenn alle Optionen offen sind...", die sich insbesondere aus Art 6 Abs. 4 ergibt. Wie in Abschnitt (b) oben erläutert, gilt diese Anforderung sowohl im Rahmen der Beschlussfassung nach Artikel 6 als auch nach Artikel 7. Darüber hinaus ist genau diese Anforderung (und Art 6 Abs. 4) der Schlüssel zur Erklärung der möglichen Defizite des deutschen Rechtsrahmens für die Öffentlichkeitsbeteiligung in Bezug auf Fracking im Sinne der Aarhus-Konvention und sollte wahrscheinlich die Hauptgrundlage oder Erklärung für jede Aarhus-Mitteilung sein, in der die Nichteinhaltung der Konvention behauptet wird.

Diese Forderung nach "frühzeitiger Beteiligung der Öffentlichkeit" bezieht sich auf eine frühzeitige wirksame Beteiligung sowohl an der gesamten Kette der Entscheidungsverfahren als auch an den einzelnen Entscheidungen in dieser Kette.<sup>66</sup> Hier muss gesagt werden, dass der Konvention eindeutig einen innerstaatlichen Rechtsrahmen vorsieht und toleriert, in dem "in jeder Phase der Entscheidungsfindung bestimmte Optionen unter Beteiligung der Öffentlichkeit diskutiert und ausgewählt werden und in jeder nachfolgenden Phase der Entscheidungsfindung nur die Fragen behandelt werden, die in der bereits in der vorhergehenden Phase gewählten Option behandelt werden".<sup>67</sup> In dieser Hinsicht genießen die Vertragsparteien des Übereinkommens einen gewissen Ermessensspielraum.

„Unabhängig davon kann eine spätere Beteiligung der Öffentlichkeit, wenn bestimmte Entscheidungen bereits getroffen wurden, jedoch nicht die fehlende Beteiligung der Öffentlichkeit in einem früheren Stadium, in dem alle Optionen offen waren, korrigieren.“<sup>68</sup> **„Außerdem reicht eine rein formale Möglichkeit, einen Antrag in der letzten Phase einer gestaffelten Beschlussfassung**

---

<sup>66</sup> Vgl. Leitfaden Seite 145.

<sup>67</sup> Vgl. Leitfaden, Seite 145; ebenfalls United Kingdom ACCC/C/2009/38; ECE/MP.PP/C.1/2011/2/Add.10, April 2011, Absatz 81 (nachfolgend "C-38 (UK)").

<sup>68</sup> Vgl. Leitfaden 145, beziehend auf C-12 (Albania).

**abzulehnen, nicht aus, um die Kriterien des Übereinkommens zu erfüllen, wenn dies de facto nie oder kaum geschehen würde.“<sup>69</sup>**

Selbst wenn anschließend eine vollständige Umweltverträglichkeitsprüfung durchgeführt wird, kann ein Versäumnis, eine frühere Öffentlichkeitsbeteiligung vorzusehen, gegen Artikel 6 Absatz 4 verstoßen: „Eine Beteiligung der Öffentlichkeit nur in diesem Stadium (eine UVP) würde den Beitrag der Öffentlichkeit effektiv darauf reduzieren, nur zu kommentieren, wie die Umweltauswirkungen der (Tätigkeit) gemildert werden könnten, aber die Öffentlichkeit daran hindern, sich an der Entscheidung darüber zu beteiligen, ob die (Tätigkeit) überhaupt stattfinden sollte (sollte), da diese Entscheidung bereits getroffen worden wäre.“<sup>70</sup> Daher müssen alle Optionen, auch die "Null-Option", Teil der Öffentlichkeitsbeteiligung sein.

Der Compliance-Ausschuss hat nämlich festgestellt, dass die Zusicherung der Öffentlichkeitsbeteiligung (im Rahmen eines UVP-Verfahrens) erst nach Erteilung einer Bergbaulizenz (die nicht die tatsächliche Durchführung von Bergbauaktivitäten erlaubte, sondern lediglich die Rechtsgrundlage für spätere Genehmigungsentscheidungen bildete) gegen Art 6 Abs. 4 verstößt.<sup>71</sup> Eine solche Öffentlichkeitsbeteiligung "reduzierte erst nach Erteilung der Konzession den Beitrag der Öffentlichkeit auf die Frage, wie die Umweltauswirkungen des Bergbaus gemildert werden könnten, hinderte die Öffentlichkeit jedoch daran, sich an der Entscheidung darüber zu beteiligen, ob die Bergbautätigkeit überhaupt fortgesetzt werden sollte, da diese Entscheidung bereits getroffen worden war. Sobald eine Entscheidung über die Genehmigung einer vorgeschlagenen Tätigkeit ohne Beteiligung der Öffentlichkeit getroffen wurde, kann eine solche Beteiligung in den anderen nachfolgenden Entscheidungsphasen unter keinen Umständen als konform mit dem Übereinkommen angesehen werden (insbesondere Art 6 Abs. 4).<sup>72</sup>

**Die Anwendung des oben Gesagten auf den vorliegenden Fall wirft schwerwiegende potenzielle Compliance-Probleme auf:** Die neu geschaffenen Öffentlichkeitsbeteiligungsrechte im Hinblick auf Fracking, die sich aus der Tatsache ableiten lassen, dass solche Aktivitäten (nur prospektiv) einer obligatorischen UVP unterliegen sollten, können die fehlende Öffentlichkeitsbeteiligung in der früheren Phase der Erteilung einer Lizenz zur Erkundung und/oder Erteilung einer Erlaubnis zur Gewinnung oder auf höheren strategischen Entscheidungsebenen möglicherweise nicht beheben.

Wie Studien des Umweltbundesamtes überzeugend gezeigt haben, sind die Fragen, ob und wo Fracking-Aktivitäten stattfinden sollen, in diesen früheren Genehmigungsphasen (wenn nicht vorher) im Wesentlichen (ohne Beteiligung der Öffentlichkeit) festgelegt worden, wobei nur die mögliche Frage offenbleibt, wie die Aktivitäten stattfinden sollen und einer sinnvollen Beteiligung der Öffentlichkeit unterliegen.

Insbesondere in allen Genehmigungsverfahren, in denen die Antragstellerin/der Antragsteller einen Rechtsanspruch auf Genehmigung seines Antrags hat, wenn alle Rechtsansprüche erfüllt sind, scheint die Nulloption völlig ausgeschlossen zu sein. Ist dies der Fall, hat die betreffende Behörde überhaupt keinen Ermessensspielraum, und die Öffentlichkeitsbeteiligung im Rahmen der UVP hat nur begrenzte oder keine faktischen Auswirkungen. Es sollte jedoch weiter untersucht werden, inwieweit das deutsche BBergG dem oben skizzierten armenischen Genehmigungsbeschluss entspricht;

<sup>69</sup> C-58 (Bulgaria), Hervorhebung durch ÖKOBÜRO; ebenso C-22 France, Absatz 38.

<sup>70</sup> Leitfaden S 145, beziehend auf C-12 (Albania).

<sup>71</sup> C-43 (Armenia), Absatz 76.

<sup>72</sup> ebenda.

insbesondere kann man effektiv argumentieren, dass die Entscheidung darüber, ob der Bergbau überhaupt betrieben werden soll, bereits ohne öffentliche Beteiligung getroffen wurde.

Die Belege deuten darauf hin, dass es aufgrund der früheren Genehmigungen, des bereits in die spätere UVP-Phase investierten erheblichen Kapitals und der verfassungsrechtlich geschützten Eigentumsrechte des Genehmigungsinhabers äußerst unwahrscheinlich ist, dass die zuständige Behörde die Genehmigung für das Projekt verweigern wird.<sup>73</sup> Gerade deshalb verbietet § 13a WHG nun sogenanntes unkonventionelles Fracking.

**Dies scheint gegen Art 6 Abs. 4 zu verstoßen** und führt wahrscheinlich zu weiteren Verstößen.

Die "Neuen Fracking-Gesetze" enthalten keinen klaren Mechanismus, mit dem eine frühzeitige und effektive Beteiligung erreicht, geschweige denn sichergestellt werden kann. Eine Öffentlichkeitsbeteiligung vor oder während des Genehmigungsverfahrens nach dem Bundesberggesetz findet nicht statt. Nur betroffene Gemeinden und Fachbehörden haben die Möglichkeit zur Stellungnahme, und wie bereits erwähnt, weist dieser Prozess einige Mängel auf und wurde in der Praxis in einigen Fällen ignoriert. Dies gilt für alle Entscheidungen zur Ressourcennutzung nach dem BBergG.

Es gibt jedoch vielleicht ein Gegenargument: Dass nach innerstaatlichem Recht alle Optionen "rechtlich" offen sind, wenn ein Antrag auf einen Rahmenbetriebsplan gestellt wird, und dass alle öffentlichen Interessen im Rahmen des § 55 BBergG zu prüfen sind, aber in Anbetracht dessen und insbesondere der Anzahl der zu dieser Frage erstellten Studien und Rechtsprechung und der damit verbundenen De-facto-Situation erscheint dieses Argument in der Tat verwundbar, insbesondere unter Berücksichtigung der oben genannten ACCC-Rechtsprechung (C-58 (Bulgarien) und C-22 (Frankreich)).

Deutschland hat anerkannt, dass die Öffentlichkeitsbeteiligung nicht vor der Erteilung von Genehmigungen und der Erteilung von Genehmigungen nach seinem Bergrecht vorgesehen ist, sondern verweist auf seine Raumordnungsgesetze als Rahmen dafür, nämlich im Rahmen einer SUP im Rahmen des Verfahrens zur Erstellung von Raumplänen.<sup>74</sup> Es scheint jedoch damit mindestens zwei verschiedene Probleme zu geben.

Erstens setzt dies die Erstellung eines Raumplans voraus, ein Prozess, der in einigen Fällen freiwillig ist und ausgelassen werden kann, wie es bei Damme 3 der Fall war. Fehlt das Raumordnungsverfahren, gibt es keine SUP und damit keine Beteiligung der Öffentlichkeit bis zur sehr viel späteren Phase der UVP. Das Raumordnungsgesetz und die vorgeschlagenen Änderungen scheinen dies nicht zu ändern. In der Tat kann dies eine Schlüsselquelle des Problems, bzw. ein Schlüsselpunkt für jeden Angriff sein: Es ist die Planungsebene, auf der politische Entscheidungen getroffen werden, wenn tatsächlich festgestellt wird, dass die Genehmigungsebene bis auf § 7 Z 11 BBergG eher "leer" ist. Zu beachten ist jedoch, dass dieser Umweltaspekt in den Überlegungen des BBergG erhalten bleibt.

Diese Tatsachen legen nahe, dass es einfach keinen Plan, kein Programm oder keine Politik gibt, für die die Beteiligung der Öffentlichkeit verweigert wurde. Ein solcher Plan ist einfach nicht vorhanden. Betrachtet man jedoch erneut die gesamte Kette der Entscheidungsverfahren, so bedeutet dies immer noch, dass die Beteiligung der Öffentlichkeit auf UVP-Ebene zu spät kommt, um wirksam zu

<sup>73</sup> UBA Position Paper.

<sup>74</sup> 2015 Milieu study.



sein. Entweder sollten die Fakten so interpretiert werden, dass es überhaupt keinen Plan, kein Programm oder keine Politik gibt (zumindest in Bezug auf Fracking), oder es gibt solche Pläne, aber die Beteiligung fehlt, weil nicht alle für diese Phase der Entscheidungsfindung relevanten Umweltaspekte berücksichtigt und der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden und/oder diese Aspekte auf eine so späte Phase verschoben werden, dass de facto alle Optionen und eine sinnvolle Beteiligung in Bezug auf diese Aspekte ausgeschlossen werden.

Zunächst zu den Auswirkungen auf Artikel 7: Man könnte argumentieren, dass trotz der Tatsache, dass es Pläne, Programme und Politiken, insbesondere die LROPS oder LEPs, gibt, diese das Thema nur minimal abdecken oder ganz auslassen, was bedeuten würde, dass keine Beteiligung der Öffentlichkeit an diesem Thema erfolgen könnte. Dies scheint ein Verstoß gegen Art 7 in Verbindung mit Art 6 Abs. 4 zu sein - und wahrscheinlich mindestens Art 6 Abs. 8, da es dann keinen Rahmen gäbe, in dem Kommentare zu diesen Fragen vollständig berücksichtigt werden könnten.

Mit anderen Worten: So wie das Übereinkommen weder eine UVP noch eine SUP verlangt, findet die Autorin es unhaltbar, direkt zu argumentieren, dass man einen Plan, ein Programm oder eine Politik haben muss, um der Fracking-Lizenz und der anschließenden Genehmigung voranzugehen. Sie können jedoch vielleicht auf frühere Entscheidungsverfahren verweisen und feststellen, dass an dieser Stelle, auch wenn das Thema nicht explizit behandelt wurde, diese Entscheidungsfindung im Wesentlichen diese wichtigen Aspekte abdeckte, dass also der Punkt, an dem das Thema behandelt wurde, oder zumindest die anschließende Behandlung dieser Frage (und die Beteiligung daran) ausgeschlossen wurde. Wenn diese Argumentationslinie weiterverfolgt werden sollte, müssten Sie feststellen, wie diese anderen Aspekte (Fracking, Untergrundnutzung) für spätere Entscheidungen ausgeschlossen wurden und/oder in gewisser Weise mit der fraglichen Entscheidung zusammenhängen. Es könnte also analog argumentiert werden, dass Fracking-Aktivitäten neben der Realisierung eines bestimmten energiebezogenen Planungsinstruments stehen, ebenso wie die Befüllung eines Feuchtgebietes neben dem Bau einer Fabrik.

Dies könnte letztendlich zu der pragmatischen Schlussfolgerung führen, dass eine Politik, ein Programm oder ein Plan erforderlich ist, die diesen Umweltaspekten angemessen Rechnung trägt und für die eine Beteiligung der Öffentlichkeit erforderlich ist. Beachten Sie jedoch, dass dies ein indirekter Effekt wäre, und weitere Faktenermittlung und Rechtsprechung wären nützlich.

**Eine wichtige Anmerkung:** Auch wenn man diese Strategie, in der Artikel 7 zum Tragen kommt, übernehmen kann<sup>75</sup> und sich dafür entscheidet, sollte man dennoch wahrscheinlich **auch argumentieren, dass - als "reiner" Artikel 6-Fall - die Beteiligung der Öffentlichkeit im Rahmen des speziell für die Erteilung der Bewilligung durchgeführten Entscheidungsverfahrens erforderlich ist.** Andernfalls bestünde die Gefahr, dass selbst wenn man auf der Ebene der Raumordnungsverfahren und damit auf dieser höheren Ebene der strategischen Entscheidungsfindung "gewonnen" hätte und selbst wenn man heute wohl auf der Ebene der Planfeststellungsverfahren/EIA die Beteiligung der Öffentlichkeit "hat", die Beteiligung der Öffentlichkeit an einem möglicherweise wichtigen Zwischenglied in dieser Entscheidungskette immer noch fehlt. Nach der Anwendung des Signifikanztests auf die bekannten Fakten zu diesem Genehmigungsverfahren erscheint auch hier eine Beteiligung der Öffentlichkeit gerechtfertigt und sollte angestrebt werden.

Letztlich hängt die am besten geeignete Wahl (einer Kombination dieser Strategien) von weiteren Fakten ab, die über den Rahmen dieser Studie hinausgehen. Was das oben Gesagte jedoch nahelegt, ist, dass die Sicherstellung der Öffentlichkeitsbeteiligung speziell an Fracking-Aktivitäten und den

---

<sup>75</sup> D.h. wenn die Fakten bezüglich der Planungsverfahren die Theorie unterstützen.

damit verbundenen Umweltauswirkungen zumindest in einer Phase vor der Erteilung einer Explorationslizenz/Erteilung einer Extraktionsgenehmigung nach dem Übereinkommen erforderlich erscheint.<sup>76</sup>

Ein kurzer Überblick über die jüngsten Verfahren, die zur Erstellung oder Änderung von Raumordnungsplänen durchgeführt wurden, lässt darauf schließen, dass diese entweder überhaupt keine oder nur eine geringe Rolle spielen (wie im Falle der NEP), was wiederum die effektive Beteiligung der Öffentlichkeit auf diesen strategischen Ebenen ernsthaft untergräbt oder sogar verneint. Hinsichtlich der letztgenannten Art von Fällen kann man noch einmal auf den Entwurf der Änderung des niedersächsischen LREP verweisen, in dem viele Bemerkungen zu den möglichen Auswirkungen des Fracking in diesem Bundesland als irrelevant vernachlässigt wurden, da der Plan das Fracking nicht behandelt hat, und auf die neue räumliche Entwicklung für Nordrhein-Westfalen, wonach das Tight-Gas-Fracking und andere Projekte mit Gasbohrungen nicht abgedeckt sind, so dass eine effektive Beteiligung der Öffentlichkeit an diesen Aktivitäten nicht möglich war. Auch hier bedeutet die Tatsache, dass diese Stellungnahmen abgelehnt wurden, nicht die Nichteinhaltung von Art 6 (insbesondere dessen Abs. 8), aber wenn diese Entscheidung im Wesentlichen diese Umweltaspekte betraf oder die geeignete oder einzige Phase war, in der Kommentare zu diesen Umweltauswirkungen abgegeben werden konnten, dann besteht die Pflicht, diese Kommentare gebührend zu berücksichtigen. Das bedeutet nicht, dass diese Kommentare akzeptiert oder die Pläne geändert werden müssen, aber irgendwo in der Entscheidungskette hätte es die Möglichkeit geben müssen, zu diesen Umweltaspekten Stellung zu nehmen und sie angemessen zu berücksichtigen.

e. Ein kurzer Hinweis auf die Notwendigkeit ausreichender gesetzlicher Klarheit

Sollte sich letztlich herausstellen, dass der derzeitige Rechtsrahmen - insbesondere im Hinblick auf die Möglichkeiten der Beteiligung der Öffentlichkeit an Raumordnungsverfahren - in der Lage sein könnte, der Konvention zu entsprechen, **kann man auf der Grundlage der bisherigen Erfahrungen und der derzeitigen Praxis argumentieren, dass es noch immer an ausreichender Klarheit mangelt, um eine wirkliche Beteiligung der Öffentlichkeit zu gewährleisten.** Dies wäre im Wesentlichen ein Anspruch, der sich auf Art 3 Abs. 1 gründet, in Verbindung mit Artikel 6 und/oder 7. Insbesondere wenn die Angelegenheit unklar ist oder die rechtliche Entwicklung ungewiss ist, sollte dieses Argument vorgebracht werden. Dies umso mehr, als sich die Rechtslage in Deutschland und der EU im Allgemeinen stark verändert. Aber solche Behauptungen erfordern nachdenkliche und fundierte Beweise - Zitate zu allgemeinen Rechtsvorschriften, Auslegung der Rechtsprechung etc.

**Zwischenergebnisse:**

- (1) Deutschland hat Art 8 des Übereinkommens in Bezug auf die Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Schaffung seiner Fracking-Gesetze mit ziemlicher Sicherheit eingehalten;
- (2) Die Raumordnungsverfahren der Bundesländer können gegen Art 7, insbesondere in

<sup>76</sup> Als kurze Nebenbemerkung: Nach § 25 Abs. 3 des Verwaltungsverfahrensgesetzes und der geltenden Landesgesetze besteht die Möglichkeit einer "frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung für Projekte, die Auswirkungen auf die Belange einer größeren Zahl von Dritten haben können". Dies ist ein Mittel, um bei Großprojekten einen Transfer von Informationen, Interventionen und Anliegen der Öffentlichkeit zu ermöglichen. In der Praxis kommt dies jedoch zu spät...ist nicht obligatorisch...und hat nie ein befriedigendes Mittel zur Beteiligung der Öffentlichkeit im Zusammenhang mit dem Bergbau geschaffen."

Verbindung mit Art 6 Abs. 4 der Konvention verstoßen, da diese Verfahren nicht immer eine angemessene Beteiligung der Öffentlichkeit in Bezug auf unterirdische Nutzungen, einschließlich Fracking, gewährleisten, da solche Aspekte nicht immer einer Bewertung und Beteiligung der Öffentlichkeit auf strategischer Ebene unterliegen;

(3) Deutschland kann ferner gegen Art 6 (höchstwahrscheinlich ausgelöst durch Art 6 Abs. 1 lit b und alle seine materiellen Bestimmungen, insbesondere Art 6 Abs. 4, weil sie vor der Erteilung von Lizenzen (und möglicherweise auch Genehmigungen) für unterirdische Nutzungen wie z.B. Fracking keine ausreichende Beteiligung der Öffentlichkeit gewährleistet.

(4) Schließlich kann der derzeitige Rechtsrahmen in Deutschland nicht klar genug sein, um sicherzustellen, dass die Beteiligung der Öffentlichkeit tatsächlich zum richtigen Zeitpunkt erfolgt.

#### d. Gute Beispiele ("Good Practice")

Zum Vergleich ist wiederholt anzumerken: Die Niederlande berichten, dass sie eine SUP speziell für die Entwicklung von Schiefergas und eine SUP für andere unterirdische Aktivitäten durchgeführt haben. Ein nationaler strategischer Raumordnungsplan für die unterirdischen Aktivitäten, einschließlich der Schiefergasaktivitäten, wurde 2016 auf der Grundlage dieser beiden SUPs erstellt. Diese SEAs beinhalteten eine umfassende Beteiligung der Öffentlichkeit, insbesondere hinsichtlich der möglichen Auswirkungen solcher Fracking-Aktivitäten. Dabei ging es um grenzüberschreitende Öffentlichkeitsbeteiligung. In Großbritannien soll eine SEA durchgeführt werden, bevor Onshore-Lizenzierungsrunden für Öl und Gas gestartet werden. Der letzte Bericht war die vierzehnte Lizenzierungsrunde.<sup>77</sup> Dieser Planungsprozess unterliegt ebenfalls einer öffentlichen Konsultation.

## 2. Zugang zu Gerichten

### a. Feststellen des anwendbaren Artikels

Es gibt Unterschiede zwischen Art 9 Abs. 2 und Abs. 3. Daher ist es auch hier von zentraler Bedeutung, als Schwellenwert zu bestimmen, welche dieser beiden Bestimmungen gilt.

Bei Verstößen gegen den "**reinen Artikel 6**" (d.h. Verstöße im Zusammenhang mit einer bestimmten Aktivität/Projektebene) ist **klar, dass Art 9 Abs. 2 gilt**. Diese Bestimmung besagt ausdrücklich, dass sie den Zugang zu einem Überprüfungsverfahren erfordert, "um die materiell-rechtliche und verfahrensrechtliche Rechtmäßigkeit einer Entscheidung, Handlung oder Unterlassung vorbehaltlich der Bestimmungen von Artikel 6 anzufechten".<sup>78</sup>

Dennoch ist zu beachten, dass Art 9 Abs. 3 ausdrücklich festhält, dass es "zusätzlich und unbeschadet" der anderen Absätze dieses Artikels ist, was bedeutet, dass die Anwendbarkeit von Art 9 Abs. 2 möglicherweise nicht die Möglichkeit berührt, dass Art 9 Abs. 3 auch (gleichzeitig) gilt. Andere Expertinnen/Experten haben jedoch Art 9 Abs. 2 als eine Art *lex specialis* angesehen. Danach gilt Art 9 Abs. 3 nicht, wenn die Voraussetzungen des Art. 2 Abs. 2 erfüllt sind. Auf jeden Fall ist es

<sup>77</sup> <https://www.gov.uk/government/consultations/environmental-report-for-further-onshore-oil-and-gas-licensing>

<sup>78</sup> Vgl. C-8 (Armenia), Absatz 35; C-11 (Belgium), Absätze 26 und 29; und Deutschland ACCC/C/2008/31; ECE.MP.PP/C.1/2014/8, 4 June 2014, (nachfolgend "C-31 (Germany)"), Absatz 82.

ratsam, die Argumentation für den Zugang zu den Rechten unter beiden, möglicherweise entlang einer "in eventu" Linie der Analyse, in Erwägung zu ziehen.<sup>79</sup>

Im Hinblick auf **Art 7** scheint es relativ klar zu sein, dass **Art 9 Abs. 3** die Bestimmung ist, die **vorgesehen oder ausgelegt ist, um den Zugang zu Gerichten zu ermöglichen** (obwohl es hier einen gewissen **Spielraum für eine alternative Auslegung** in einem engeren Zusammenhang gibt). C-58 (Bulgarien) ist der klarste ACCC-Fall, aber es gibt eine zusätzliche Rechtsprechung in diesem Sinne. Die wissenschaftliche Literatur hat ähnliche Beobachtungen gemacht. Im Übrigen heißt es in Art 9 Abs. 2 selbst, nachdem er die unmittelbare und notwendige Verbindung zu Art 6 erläutert hat, "und, soweit dies nach nationalem Recht vorgesehen ist, unbeschadet des nachstehenden Abs. 3, anderer einschlägiger Bestimmungen dieses Übereinkommens". Basierend auf dieser Formulierung in Art 9 Abs. 2 beschreibt der Leitfaden die Anwendung von Art 9 Abs. 2 Überprüfung im Rahmen von Plänen, Programmen und Richtlinien als "opt-in" durch den Betroffenen.

Dies wirft jedoch ein mögliches Interpretationsproblem auf: Was genau macht ein "opt-in" aus? Mit anderen Worten, wie kann man argumentieren, dass eine Partei "so im nationalen Recht vorgesehen" im Sinne dieser Klausel in Artikel 9, Absatz 2? Die Tatsache, dass das EU-Recht als Teil des nationalen Rechts gilt und sich das EU-Recht in diesem Bereich so stark entwickelt hat, macht die Frage nach einem "opt in" noch komplizierter.<sup>80</sup> Es gibt keine Leitfäden zu diesem Thema.

Möglicherweise könnte man daher argumentieren, dass diese Klausel so vage ist, dass eine tatsächliche Anwendung unmöglich ist; daher ist eine gezieltere Auslegung des Übereinkommens erforderlich, insbesondere in den Fällen, in denen Art 6 aufgrund der Aufnahme in Art 7 ausdrücklich in Frage steht. Folglich könnte man versuchen zu argumentieren, dass Art 9 Abs. 2 der anwendbare Beschwerdemechanismus auch für Pläne, Programme und Politiken sein sollte, bei denen Art 6 ins Spiel kommt.<sup>81</sup>

Einige haben bspw. vorgeschlagen, dass die (verfahrensrechtliche) Rechtmäßigkeit von Handlungen und Unterlassungen in den Verfahren bei der Erstellung von Plänen, Programmen und Politiken nach Art. 9 Abs. 2 in Frage gestellt werden können muss.

Diese Argumentation beginnt mit der Feststellung, dass die Rechtsprechung der ACCC zum Anwendungsunterschied zwischen Art 9 Abs. 2 und 3 im Allgemeinen davon abhängt, was als "Entscheidung" bezeichnet wird, und dass dies so eng auszulegen ist, dass eine "Entscheidung", einen Plan, ein Programm oder eine Politik zu verabschieden (ohne das Opt-in einer Partei), ausgeschlossen erscheint. Doch Art. 9 Abs. 2 gilt nicht nur für "Entscheidungen", sondern auch für "Handlungen" und "Unterlassungen". Daher kann diese Rechtsprechung vielleicht nicht so ausgelegt werden, dass sie den Anwendungsbereich von Art 9 Abs. 2 erschöpfend definiert - dies könnte die beiden Wörter "Handlungen" und "Unterlassungen" bedeutungslos machen, was sicherlich im Widerspruch zum rechtlichen Denken und Formulieren steht.

---

<sup>79</sup> Das ist vor allem der Fall betreffend nationale und unionsrechtliche Entwicklungen, in denen klar ist, was unter Art 6 und daher Art. 9 Abs. 2 fällt.

<sup>80</sup> Vgl. C-243/15, C-664/15.

<sup>81</sup> Dennoch sollte das deutsche Rechtssystem v.a. hinsichtlich der EEA kontrolliert werden. Also ob es als „opt-in“ verstanden werden kann, was ein zusätzliches Argument wäre.

Diese Worte müssen den Zweck und die Konsequenz haben, über den Begriff der "Entscheidung über die Zulassung" hinauszugehen, wie er im Sinne von Art 6 erster Satz verwendet wird. So stellt sich die Frage: "Was bedeuten diese beiden Worte"? Diese beiden Wörter können nicht so ausgelegt werden, dass sie zwischen verfahrensrechtlichen und materiellen Aspekten unterscheiden; im Gegenteil, Art. 9 Abs. 2 sieht vor, dass sowohl die verfahrensrechtliche als auch die materielle Rechtmäßigkeit in Bezug auf jede der drei einzelnen Kategorien überprüft werden muss: (1) Entscheidungen; (2) Handlungen; und (3) Unterlassungen.

In Anbetracht der Tatsache, dass die Aufnahme der Elemente des Art 6 in Art 7 innerhalb eines Verfahrensrahmens erfolgt, könnte dies möglicherweise bedeuten, dass (Verfahrens-)Handlungen oder Unterlassungen bei der Erstellung von (d.h. im Rahmen dieses Verfahrens) Plänen, Programmen und Politiken den einschlägigen Anforderungen des Art 6 unterliegen und daher solche Handlungen und/oder Unterlassungen Art. 9 Abs. 2 unterliegen sollten.

Schon der Wortlaut von Art. 9 Abs. 2 könnte eine solche Auslegung nahelegen, da er entscheidend nicht besagt, dass es sich um den Überprüfungsmechanismus für die Genehmigung von Entscheidungen und die Verfahren für eine solche Genehmigung handelt. Vielmehr regelt sie die Voraussetzungen für eine Überprüfung, "um die materielle und verfahrensrechtliche Rechtmäßigkeit einer Entscheidung, Handlung oder Unterlassung vorbehaltlich der Bestimmungen des Art 6 anzufechten". Da sich im Verfahrensrahmen für Pläne und Programme eine Reihe von Handlungen und Unterlassungen ergeben können, die den Bestimmungen des Art 6 unterliegen (d.h. die Notwendigkeit, eine frühzeitige und wirksame Beteiligung der Öffentlichkeit vorzusehen, Bemerkungen gebührend zu berücksichtigen usw.), scheint es aus dem ausdrücklichen Wortlaut dieser Bestimmung hervorzugehen, dass Art. 9 Abs. 2 der geeignete Mechanismus für Rechtsmittel gegen Verstöße in Bezug auf solche Fragen sein könnte.<sup>82</sup>

Diese Theorie ist in der Tat interessant und verdient eine weitere Analyse. Es gibt jedoch mindestens zwei mögliche Bedenken.

Erstens hat Art. 7, wie oben erwähnt, eine viel breitere Anwendung, die eine Beteiligung der Öffentlichkeit nicht nur in Bezug auf Tätigkeiten, die in Anhang I aufgeführt sind, oder für die festgestellt wurde, dass sie erhebliche Auswirkungen haben können, sondern in allen Fällen auch für Pläne, Programme und Politiken, die sich "auf die Umwelt beziehen". Diese breitere Anwendung - und auch diese sehr spezielle Formulierung - scheint sowohl der ausdrücklichen Formulierung von Art. 9 Abs. 3 zu entsprechen, die (im Gegensatz zu Art. 9 Abs. 2) das Erfordernis von Überprüfungsmechanismen für Verstöße gegen nationale Gesetze "in Bezug auf die Umwelt" sowie die Absicht, die sich aus dieser Formulierung ergeben könnte, festlegt. Dies könnte auf Art. 9 Abs. 3 hinweisen und ist wirklich der am besten geeignete Rechtsmittelmehanismus, um sich auf der strategischen Ebene von Plänen, Programmen und Politiken zu engagieren, und zwar nicht nur in

---

<sup>82</sup> Aufmerksame Leserinnen/Leser würden feststellen, dass die gleiche Auslegung des ausdrücklichen Wortlauts von Art. 9 Abs. 2 für "Entscheidungen", die unter Art 6 fallen, aber innerhalb des allgemeinen Verfahrensrahmens von Art 7 getroffen werden, gleichermaßen gelten sollte. Auf den ersten Blick scheint der Wortlaut dieser Bestimmungen nichts zu enthalten, was eine solche Auslegung ausschließen würde. Die ACCC und die wissenschaftliche Literatur scheinen jedoch die Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 9 Abs. 2 im Rahmen von Plan-, Programm- und Politikentscheidungen entschieden negativ beantwortet zu haben. Um die vielversprechendsten Argumentationslinien vorzuschlagen, konzentriert sich die vorliegende Analyse daher nur auf Handlungen und Unterlassungen. Es sollte jedoch gefragt und bewertet werden, ob eine solche Analyse - wenn auch vielversprechend in Bezug auf Handlungen und Versäumnisse in Bezug auf Pläne, Programme und Politiken - nicht zumindest untersucht werden sollte, trotz der gegenteiligen Rechtsprechung des ACCC und akademischer Quellen.



Bezug auf Entscheidungen, die diese betreffen, sondern auch in Bezug auf Handlungen oder Unterlassungen, seien sie verfahrensrechtlicher oder materieller Art.

Darüber hinaus, und das ist für die gegenwärtigen Zwecke am treffendsten, stellt der „Implementation Guide“ fest, dass einige Artikel, darunter Art 7, "den Begriff der "betroffenen Öffentlichkeit" nicht verwenden".<sup>83</sup> Dementsprechend "muss eine Vertragspartei bei der Anwendung von Art. 9 Abs. 2 auf diese Bestimmungen entscheiden, wie sie den Umfang der betroffenen Öffentlichkeit"<sup>84</sup> in diesen Fällen bestimmt. <sup>85</sup> Dies scheint den potenziellen Hauptvorteil der Anwendung von Art. 9 Abs. 2 im Gegensatz zu Abs. 3 zu negieren. Wie unten beschrieben, liegt der Hauptunterschied darin, dass die erstgenannte den Parteien weniger Ermessensspielraum bei der Definition der Stellung einräumt. Sollte dies zutreffen - was eine weitere Prüfung wert wäre - würde dies bedeuten, dass selbst die theoretische Anwendung von Art. 9 Abs. 2 in solchen Zusammenhängen von geringem praktischen Wert wäre.

Letztlich ist es sehr wahrscheinlich, dass die ACCC es ablehnen würde, Art. 9 Abs. 2 im Zusammenhang mit Plänen, Programmen und Politiken auf der Grundlage ihrer früheren Rechtsprechung, insbesondere C-58 (Bulgarien), anzuwenden.<sup>86</sup>

**Anwendung des oben Gesagten:** In Bezug auf das Planfeststellungsverfahren, die UVP, die Genehmigung und die Lizenzierung sollten alle gemäß Art. 9 Abs. 2 anfechtbar sein, da diese Verfahren (und die damit verbundenen Entscheidungen) offenbar die rechtlichen Funktionen und Auswirkungen von Art 6 haben. Nach der zitierten Rechtsprechung wäre Art. 9 Abs. 2 der geeignete (Haupt-)Mechanismus für Rechtsbehelfe. Art. 9 Abs. 3 kann ein alternativer oder zusätzlicher Überprüfungsgrund sein.

Die raumplanerischen Instrumente, wie die LROPs der Bundesländer und die LEPs, scheinen Verfahren nach Art 7 zu sein - wie bereits erwähnt, scheint es schwierig zu sein, aufgrund des rechtlichen Charakters dieser Verfahren zu argumentieren, dass sie wirklich Entscheidungen nach Art 6 beinhalten. Auch wenn es einen gewissen Spielraum für die Argumentation gibt, dass Aspekte, insbesondere im Zusammenhang mit Handlungen und Unterlassungen im Rahmen solcher Verfahren, nach Art. 9 Abs. 2 überprüft werden sollten, ist es weitaus wahrscheinlicher, dass Überprüfungsverfahren auf dieser strategischen Ebene nur nach Art. 9 Abs. 3 anfechtbar sind.

Da unsere Analyse gezeigt hat, dass die "Fracking-Gesetze" selbst nicht das unmittelbare Ziel sind, werden die Mittel zur Anfechtung dieser Rechtsinstrumente nicht weiterverfolgt.

#### **Zwischenergebnisse:**

(1) Entscheidungen, Handlungen und Unterlassungen im Zusammenhang mit dem Planfeststellungsverfahren, der UVP, sowie die Erteilung einer Genehmigung zur Untersuchung bzw. Erteilung einer Genehmigung zur Gewinnung sollten anfechtbar sein, höchstwahrscheinlich nach Art. 9 Abs. 2. Andernfalls oder zusätzlich nach Art. 9 Abs. 3.

(2) Entscheidungen über die Verabschiedung landesweiter Raumordnungsinstrumente wie LROPs

<sup>83</sup> D.h. entweder im Falle eines "opt-in" oder im Falle einer Auslegung, die zumindest Handlungen und Unterlassungen im Rahmen von Plänen, Programmen oder Richtlinien erfordert, wie oben beschrieben.

<sup>84</sup> Wie direkt unten angedeutet, handelt es sich um eine wirklich sinnvolle Unterscheidung, die jeden Nutzen aus der Anwendung von Art. 9 Abs. 2 anstelle von Art. 9 Abs. 3 zunichtemachen könnte.

<sup>85</sup> Leitfaden, S 193.

<sup>86</sup> Vgl. Absatz 63.

oder LEPs sollten nach Art. 9 Abs. 3 anfechtbar sein. Das Gleiche gilt höchstwahrscheinlich für (Verfahrens-)Handlungen und Unterlassungen, die im Rahmen der Verfahren zur Vorbereitung dieser Handlungen vorgenommen werden, wobei in solchen Fällen Art. 9 Abs. 2 als zusätzliche Rechtsgrundlage für die Beschwerde geltend gemacht werden kann. Derzeit gibt es jedoch auch unter dem neuen Umweltrechtsbehelfsgesetz nach meinem Verständnis keine Herausforderung, da bestimmte Ausnahmen für die Ressourcennutzung vorgesehen sind.

#### b. Die differenzierten Anforderungen an den Zugang zu Gericht

Erneut angemerkt: es gibt Unterschiede zwischen Art. 9 Abs. 2 und Abs. 3. Insbesondere kann der erstere einige Vorteile bieten, insbesondere im Hinblick auf den geringeren Ermessensspielraum der Parteien bei der Entscheidung, wer Berufung einlegen kann. Dies ist wertvoll, wenn es um die Möglichkeiten für Einzelpersonen (natürliche Personen) geht, Klage zu erheben.

#### Art. 9 Abs. 2

Hinsichtlich der Frage, **wer** für Nachprüfungsverfahren nach Art. 9 Abs. 2 in Frage kommt, sieht das Übereinkommen vor, dass diese Rechte zumindest für die "betroffene Öffentlichkeit" im Sinne von Art. 2 Abs. 5 zu gewährleisten sind.<sup>87</sup> Entweder mit einem ausreichenden Interesse (Art. 9 Abs. 2 lit a) oder mit der Aufrechterhaltung der Beeinträchtigung eines Rechts (Art. 9 Abs. 2 lit a und b). Obwohl die betroffene Öffentlichkeit eine Teilmenge der breiten Öffentlichkeit ist,<sup>88</sup> ist sie immer noch als eine breite Kategorie zu verstehen.<sup>89</sup> NGOs genießen in diesem Zusammenhang eine besondere Anerkennung - sofern sie die Voraussetzungen des Art. 2 Abs. 5 erfüllen (d.h. sie fördern den Umweltschutz und erfüllen die nationalen Anforderungen), so sind sie als ausreichend interessens- oder schadensfähig anzusehen.<sup>90</sup>

Im Gegensatz dazu haben die Parteien das Ermessen, die Angemessenheit des Interesses oder die Beeinträchtigung eines Rechts für Einzelpersonen zu verlangen.<sup>91</sup> Allerdings ist der Ermessensspielraum der Parteien begrenzt. Wie der Leitfaden („Implementation Guide“) erklärt hat, "muss die Feststellung, was ein ausreichendes Interesse und eine Beeinträchtigung eines Rechts darstellt, im Einklang mit dem Ziel stehen, der betroffenen Öffentlichkeit im Rahmen des Übereinkommens einen breiten Zugang zu Gerichten zu ermöglichen"....sie sollten ihre nationalen Rechtsvorschriften im Lichte der in den Artikeln 1, 3 und 9 festgelegten allgemeinen Verpflichtungen des Übereinkommens auslegen".<sup>92</sup>

Nach Berichten aus Deutschland spiegelt das Umweltrechtsbehelfsgesetz dies nicht wider und sollte daher selbst reklamiert werden.

<sup>87</sup> "Die betroffene Öffentlichkeit" meint die Öffentlichkeit die in ihren Rechten berührt oder wahrscheinlich berührt ist, oder ein bedeutendes Interesse an der umweltrechtlichen Entscheidung hat; für diese Definition haben Umweltschutzorganisationen, die national anerkannt sind jedenfalls ein solches bedeutendes Interesse.

<sup>88</sup> Tschechien ACCC/C/2010/50; ECE/MP.PP/C.2012/11, 2. Oktober 2012 (nachfolgend "C-50 (Czechia)"), Absatz 13

<sup>89</sup> ebenda.

<sup>90</sup> Leitfaden, S 194.

<sup>91</sup> ebenda.

<sup>92</sup> Leitfaden, S 195; ebenso Österreich ACCC/C/2010/48; ECE ACCC/C/2010/48; ECE/MP.PP/C.1/2012/4, 17. April 2012 (nachfolgend "C-48 (Austria)"), Absatz 61.

Dieser Verweis auf Art 1 ist besonders wichtig, da diese Bestimmung den klarsten Ausdruck der auf den Menschenrechten beruhenden Logik der Konvention darstellt;<sup>93</sup> sie beauftragt die Vertragsparteien, Garantien zu geben, **"um zum Schutz des Rechts jeder Person gegenwärtiger und künftiger Generationen auf ein Leben in einer Umwelt beizutragen, die ihrer Gesundheit und ihrem Wohlergehen angemessen ist"**.<sup>94</sup>

Die Präambel der Konvention<sup>95</sup> unterstreicht auch dieses Menschenrechtselement und verbindet diesen Begriff oft spezifisch mit dem Individuum, was bedeutet, dass die Rechte und Pflichten gegenüber der Umwelt nicht nur oder ausschließlich im Sinne eines kollektiven Rechts zu verstehen sind. Die Notwendigkeit einer expansiven Auslegung des Standings wird auch durch die Sofioter Leitlinien in Ziffer 26 unterstützt. In der Präambel dieses Dokuments heißt es weiter in Punkt 8, dass "alle Personen **einzelnd und im Verbund** mit anderen die Pflicht haben, die Umwelt zu schützen und zu erhalten", und in Punkt 9, dass "ein praktikabler Zugang zu den Gerichten und Verwaltungsbeschwerden **für Einzelpersonen und öffentliche Interessengruppen** sicherstellen wird, dass ihre legitimen Interessen geschützt werden und dass vorgeschriebene Umweltmaßnahmen wirksam durchgesetzt und illegale Praktiken unterbunden werden".

Vor diesem Hintergrund scheint es klar zu sein, **dass eine strenge oder enge Auslegung der Kriterien für ein Interesse oder ein Recht, das beeinträchtigt werden kann, mit dem Übereinkommen unvereinbar ist**.<sup>96</sup>

Beispielsweise wäre eine Beschränkung auf Personen mit privaten Eigentumsrechten unvereinbar mit Art. 9, insbesondere in Verbindung mit den Art. 1 und 3. Dies wurde ausdrücklich in einem Fall erklärt, der eine andere Partei betrifft, die traditionell eine restriktive Auslegung der Schutznormtheorie verfolgt.<sup>97</sup> In diesem Fall stellte die ACCC fest, dass die Konvention weitere soziale und ökologische Rechte vorsieht, die ebenfalls beeinträchtigt werden können und daher vor Gericht verteidigt werden sollten. Die ACCC diskutierte die Mieterinnen/Mieter beispielhaft als Personen, deren soziale oder ökologische Rechte durch eine Tätigkeit beeinträchtigt werden können.<sup>98</sup> Das ACCC betonte, dass dies insbesondere bei langfristigen Mietern der Fall sein könnte, bei denen die Interessen der Mieter bis zu einem gewissen Grad "den Interessen der Eigentümer entsprechen" würden.<sup>99</sup> Das ACCC hat jedoch darauf hingewiesen, dass auch kurzfristige Mieterinnen/Mieter betroffen sein können.

Ebenso stellte das ACCC in einem österreichischen Fall mit Besorgnis fest, dass die Definition von "Nachbarinnen/Nachbarn" in der geltenden ständigen Bestimmung die Rechte von Mieterinnen/Mietern oder Personen, die in der Umgebung arbeiten, zu Unrecht ausschließen könnte, es sei denn, sie könnten behaupten, dass sie durch den Bau, den Betrieb oder die Existenz eines Projekts bedroht oder gestört werden könnten.<sup>100</sup>

<sup>93</sup> Ebbesson, J. A Modest Contribution to Environmental Democracy and Justice in Transboundary Contexts: The Combined Impact of the Espoo Convention and Aarhus Convention, 12.2.2012, Blackwell Publishing Limited.

<sup>94</sup> Art 1, Hervorhebungen durch ÖKOBÜRO.

<sup>95</sup> Vgl. die Absätze der Präambel 1, 3, 5, 6, 7, 8 und 18, sowie den Leitfaden.

<sup>96</sup> Leitfaden, S 195.

<sup>97</sup> C-50 (Czechia), Absatz 76.

<sup>98</sup> ebenda, Absatz 67.

<sup>99</sup> ebenda.

<sup>100</sup> C-48 (Austria), Absatz 63.



Die ACCC hat es versäumt, die Partei als nicht konform mit Art. 9 Abs. 2 zu betrachten, da die Kommunikanten es versäumt haben, den notwendigen Beweis für eine strenge Auslegung der Stellung zu erbringen, insbesondere durch einen fehlenden Verweis auf die Rechtsprechung. Die Notwendigkeit, die ACCC mit Rechtsprechung auszustatten, wird auch in C-11 (Belgien) deutlich. Diese Beweislast ist vielleicht nicht überraschend, da es oft den Gerichten überlassen bleibt, von Fall zu Fall zu entscheiden.

Als Nebenbemerkung sei gesagt, dass die ACCC in der Vergangenheit eher bereit war, strenge Auslegungen dieser nationalen Kriterien zu überprüfen als der EuGH, obwohl sich die Haltung des EuGH im Laufe der Jahre 2016-2017 recht bemerkenswert geändert hat.<sup>101</sup>

Hinsichtlich der **Frage des „was“, also des Inhaltes**, hat das **ACCC Versuche, den Umfang der Überprüfung einzuschränken, abgelehnt**. In diesem Zusammenhang hat die ACCC erklärt: "Der Kreis der Personen, die solche Entscheidungen anfechten können, kann von der Vertragspartei nach Art. 2 Abs. 5 und Art. 9 Abs. 2 lit a und b der Konvention festgelegt (bzw. eingeschränkt) werden. Die Vertragspartei darf jedoch durch ihre Rechtsvorschriften oder ihre Praxis keine weiteren Kriterien hinzufügen, die den Zugang zum Überprüfungsverfahren einschränken, beispielsweise indem sie den Umfang der Argumente, mit denen die Antragstellerin/der Antragsteller die Entscheidung anfechten kann, einschränkt".<sup>102</sup>

Diese Schlussfolgerung ist nicht verwunderlich, da Art. 9 Abs. 2 vorsieht, dass "jede Entscheidung, Handlung oder Unterlassung, die den Bestimmungen des Art 6 unterliegt", überprüft werden sollte. Insbesondere beschränkt sich diese Schlussfolgerung nicht auf die Frage, ob prozessuale und inhaltliche Argumente vorgebracht werden können, sondern beseitigt andere Einschränkungen des Anspruchsumfangs, die sich durch eine strikte Auslegung der Schutznormtheorie ergeben können, nach der auch ein Bürger, dem eine Stellung eingeräumt wird, nur Argumente vorbringen darf, die seine individuellen oder subjektiven öffentlichen Rechte betreffen. **So hat die ACCC erklärt, dass, wenn die Gerichte eine allgemeine Haltung einnehmen würden, in der sie sich weigerten, allgemeinere Umweltfragen aufzugreifen, die über die Rechte einer einzelnen Nachbarin/eines einzelnen Nachbarn in Bezug auf Eigentum und Wohlergehen hinausgingen, dies mit Art. 9 Abs. 2 nicht vereinbar wäre.**<sup>103</sup>

**Die obigen Ausführungen zeigen, dass der deutsche Rechtsrahmen in Bezug auf Art. 9 Abs. 2 im Allgemeinen und insbesondere im Bereich des Frackings eindeutig unzureichend ist.** Dies gilt sowohl für die Frage, wer eine Überprüfung beantragen kann, als auch für die Frage, was überprüft werden kann.

Abgesehen von der Frage der NGOs<sup>104</sup> ist die juristische Auslegung der deutschen Fassung der Schutznormtheorie, wonach eine Person nur dann Bestand hat, wenn eine Rechtsvorschrift des öffentlichen Rechts zumindest auch dem Schutz der individuellen Interessen dient, so dass die geschützte Person die Einhaltung des Gesetzes verlangen kann, äußerst streng. So haben z.B. nur Grundstückseigentümer die Möglichkeit, eine "Bewilligung"<sup>105</sup> oder eine

<sup>101</sup> Kontrast der ACCC Rechtsprechung mit EuGH Grüber C-570/13, 16.04.2015; aber wiederum auch C-243/15, C-664/15, sowie Gert Folk, C-529/15.

<sup>102</sup> C-31 (Germany), Absatz 78; auch C-33 (UK).

<sup>103</sup> C-48 (Austria), Absatz 66.

<sup>104</sup> Aspekte der Stellung von NGOs, die nicht bereits in C-31 geklärt wurden, sind Gegenstand des neuen Falles C-137 (Deutschland).

<sup>105</sup> Hier: "Bewilligung" im engen Wortsinn, also die letzte Genehmigung eines Projektes am Ende des eventuell mehrstufigen Prozesses. Untersuchungs- und Entnahmegenehmigungen sind nicht erfasst.

Planfeststellungsverfahrensgenehmigung zu überprüfen, und auch dies wird durch die Rechtsprechung zum sogenannten "Kausalitätsprinzip" weiter eingeschränkt.<sup>106</sup> Im konkreten Kontext von Bergbauprojekten, wie Braunkohletagebau und Fracking, sowie konventionellen Öl- und Gasbohrungen hat das Bundesverwaltungsgericht - abgesehen von möglichen "direkten Auswirkungen" auf die Schutzrechtsinhaber - ausgeschlossen, dass Einzelpersonen in Bezug auf die Grundwasserverschmutzung stehen. Abgesehen von den möglichen direkten Auswirkungen auf die Schutzrechtsinhaber kann eine solche Verschmutzung keine Verletzung der subjektiven Rechte des Einzelnen darstellen und stellt somit eine Grundlage für seine Stellung im nationalen Recht dar.<sup>107</sup>

Die ACCC hat jedoch immer wieder festgestellt, dass dies nicht den notwendigen breiten Zugang zu anderen betroffenen Bevölkerungsgruppen, insbesondere zu den Mietern und denjenigen, die in diesem Gebiet tätig sind und deren soziale und ökologische Rechte ebenfalls beeinträchtigt werden könnten, ermöglicht. Die Einschränkung der Stellung nach Eigentum und anderen dinglichen Rechten ist keine akzeptable Auslegung der nationalen Kriterien. Es sollte klar sein, dass auch Mieter oder Personen, die im Bereich der Grundwasserkontamination oder anderer negativer Umweltauswirkungen, wie z.B. Bodenauf- oder -absenkung oder Staub, betroffen sein können.

Zweitens ist die deutsche Schutznormtheorie viel zu restriktiv, da eine gerichtliche Auslegung der anwendbaren Rechtsvorschriften allgemeine oder objektive Ansprüche bei Verstößen verhindert.<sup>108</sup> Selbst wenn eine Person aufgrund von Verletzungen ihrer individuellen subjektiven öffentlichen Rechte kandidieren würde, könnte sie keine weiteren Ansprüche wegen Gesetzesverstößen geltend machen (§ 113 VwGO). Wieder einmal hat der Ausschuss (anders als vielleicht der EuGH)<sup>109</sup> deutlich gemacht, dass gerade eine solche Konstellation nicht mit Artikel 9 Abs. 2, speziell in C-48 (Österreich), übereinstimmt, und dass dies nicht nur für NGOs, sondern für Einzelpersonen gilt.

Einige verbleibende Fragen verdienen Erwähnung. Erstens scheinen, wie oben erwähnt, die Verfahren für die Explorationslizenzen und Fördergenehmigungen direkt unter Artikel 6 zu fallen. Doch nicht einmal Immobilienbesitzer haben Anspruch auf Überprüfung dieser Entscheidungen. Auch dies erscheint unvereinbar mit Art. 9 Abs. 2; zweitens könnten einige Verfahren und Feststellungen, von denen einige Sachverständige angenommen haben, dass sie nicht in den Anwendungsbereich von Art. 6 fallen, nun auch ohne ein begleitendes UVP-Verfahren, insbesondere mit Wirkung von Art. 6 Abs. 1 lit b<sup>110</sup> unter diese Bestimmung fallen. So können bestimmte Verstöße gegen umweltrechtliche Vorschriften, insbesondere im Bereich des Naturschutzes und des Wasserrechts, eine Überprüfung nach Art. 9 Abs. 2 sowie Art. 9 Abs. 3 erforderlich machen. Schließlich gibt es, wie oben diskutiert, ein Argument, dass Art. 9 Abs. 2 zumindest für einige (Verfahrens-)Verstöße im Zusammenhang mit der Erstellung von Plänen, Programmen und Richtlinien gelten sollte. Auch hier schadet es nicht, die Notwendigkeit einer Überprüfung sowohl nach Art. 9 Abs. 2 als auch nach Art. 9 Abs. 3 geltend zu machen.

Angesichts der Bedeutung, die die ACCC in diesem Zusammenhang der Beweisführung in Form einer gerichtlichen Auslegung beigemessen hat, muss jede Mitteilung, in der die Nichteinhaltung von Art. 9 Abs. 2 behauptet wird, eine umfassende Rechtsprechung enthalten. Ein oder zwei Fälle werden wahrscheinlich nicht ausreichen; der Nachweis einer kohärenten gerichtlichen Auslegung ist erforderlich. Die ACCC war sehr klar und hat sich geweigert, die Nichteinhaltung der Vorschriften festzustellen, wenn ein solcher Nachweis nicht erbracht wurde. Die ACCC ist sogar zunehmend

<sup>106</sup> BVerwG, 10. Oktober 2012 – 9A 19/11.

<sup>107</sup> BVerwG, 20.12.2011 – 9 A 30/10, NVwz 2012, 573, 19.

<sup>108</sup> Vgl. § 113 Abs. 1, Satz 5 und § 42 Absatz 2 VwGO.

<sup>109</sup> Vgl. EuGH Kommission/Deutschland C-137/14; aber auch: EuGH Protect C-664/15.

<sup>110</sup> Vgl. EuGH C-243/15.

geneigt, die Zulässigkeit solcher Fälle, in denen noch nicht einmal in diesem frühen Stadium gesicherte Beweise vorliegen, entschieden abzulehnen.

**Zwischenergebnisse:**

(1) Für die nach Art. 6 getroffenen Entscheidungen, Handlungen und Unterlassungen scheint der deutsche Rechtsrahmen seinen Verpflichtungen nach Art. 9 Abs. 2 hinsichtlich des Zugangs zum Recht nicht nachzukommen. Dies ist besonders bemerkenswert im Hinblick auf die ständigen Beschränkungen für einzelne Kläger (im Gegensatz zu NGOs), die sich auf Ansprüche beschränkt haben, die eine Verletzung ihrer subjektiven Rechte geltend machen, und mit weiteren Hürden wie der Kausalität konfrontiert sind;

(2) Es gibt weitere unzulässige Einschränkungen in Bezug auf Ansprüche, die Einzelpersonen (oder in einigen Fällen sogar NGOs) geltend machen können, d.h. betroffene Grundstückseigentümer können nur Verletzungen ihrer subjektiven Rechte geltend machen, aber nicht gleichzeitig objektive Rechtsverletzungen geltend machen;

(3) Jede Mitteilung an den Compliance-Ausschuss muss durch stichhaltige Beweise untermauert werden, um nicht nur in der Sache Erfolg zu haben, sondern auch um die vorläufige Zulässigkeitsprüfung zu überstehen.

Art. 9 Abs. 3

Wie oben vorgeschlagen, gilt Art. 9 Abs. 3 " für ein breites Spektrum von Handlungen und Unterlassungen", und zwar für alle, die gegen die Bestimmungen des nationalen Rechts "in Bezug auf die Umwelt" verstoßen. Gleichzeitig verleiht diese Bestimmung den Parteien mehr Ermessensspielraum bei der Umsetzung.<sup>111</sup> Dieser Ermessensspielraum bezieht sich im Wesentlichen nur auf die Frage, wer sich zu Wort gemeldet hat, nicht auf die Frage, welche Ansprüche Gegenstand der Überprüfung sind,<sup>112</sup> auch wenn eine Reihe von Parteien diesbezüglich eine andere Haltung eingenommen haben.

Auch bei der Frage, **wer**, wenn überhaupt, die im nationalen Recht festgelegten "Kandidaturkriterien", müssen diese stets mit dem Ziel des Übereinkommens übereinstimmen, einen breiten Zugang zum Recht zu gewährleisten. Die Vertragsparteien sind nicht verpflichtet, eine *actio popularis* zu gründen, dürfen jedoch die Klausel "sofern sie die in ihrem nationalen Recht festgelegten Kriterien erfüllen" nicht als Vorwand nehmen, um so strenge Kriterien einzuführen oder beizubehalten, dass sie alle oder fast alle Mitglieder der Öffentlichkeit, einschließlich Umwelt-NRO, von der Anfechtung von Handlungen oder Unterlassungen, die gegen das nationale Umweltrecht verstoßen, ausschließen.<sup>113</sup> Auch hier sollte der Zugang "die Vermutung und nicht die Ausnahme sein, da Art. 9 Abs. 3 in Verbindung mit den Artikeln 1 und 3 der Konvention und im Lichte des in der Präambel dargelegten Zwecks gelesen werden sollte, dass "wirksame gerichtliche Mechanismen der Öffentlichkeit, einschließlich Organisationen, zugänglich sein sollten, damit ihre legitimen Interessen geschützt und das Recht durchgesetzt wird".<sup>114</sup>

<sup>111</sup> C-31 (Germany), Absatz 92.

<sup>112</sup> Vgl. EU ACCC/C/2008/32 Teil II; ECE/MP.PP/C.1/2017/7, 2. Juni 2017 (nachfolgend "C-32 (EU) Part II"). Dieser Spruch des ACCC wurde nicht von der Vertragsstaatenkonferenz bestätigt.

<sup>113</sup> ebenda.

<sup>114</sup> ebenda, Hervorhebungen durch ÖKOBÜRO; Dänemark ACCC/C/2006/18; ECE/MP.PP/2008/5/Add.4, 29. April 2008 (nachfolgend "C-18 (Denmark)", Absätze 29-30 und C-48 (Austria), Absätze 68-70.

Insbesondere "Artikel 9 Absatz 3 unterscheidet nicht zwischen öffentlichen oder privaten Interessen oder objektiven oder subjektiven Rechten und ist nicht auf solche Kategorien beschränkt. Vielmehr gilt Artikel 9 Absatz 3 für Verstöße gegen nationale Umweltvorschriften. Während das, was als öffentliches oder privates Interesse oder als objektives oder subjektives Recht angesehen wird, zwischen den Vertragsparteien und Gerichtsbarkeiten variieren kann, muss der Zugang zu einem Überprüfungsverfahren für alle Verstöße gegen das nationale Umweltrecht vorgesehen werden.<sup>115</sup> Auch hier gilt: eine strikte Anwendung dieses Grundsatzes (der Schutznormtheorie) in Fragen des Zugangs zu Gerichten nach der Konvention würde die Nichteinhaltung von Art. 9 Abs. 3 der Konvention bedeuten, da viele Verstöße von Behörden und Privatpersonen nicht anfechtbar wären, wenn nicht nachgewiesen werden könnte, dass die Verletzung ein subjektives Recht verletzt.<sup>116</sup>

An dieser Stelle ist es wichtig, die Sprache des ACCC in diesem speziellen Fall zu beachten. Der Ausschuss bemüht sich nämlich immer wieder, bei seiner Analyse der Vereinbarkeit des deutschen Rechtsrahmens mit Art. 9 Abs. 3 die Sprache "Mitglied der Öffentlichkeit, einschließlich Umwelt-NGOs/Vereinigungen" zu verwenden. Dies bedeutet - was lediglich suggeriert oder impliziert -, dass NGOs zwar als Bestandteil dessen verstanden werden, was "ein Mitglied der Öffentlichkeit" im Sinne von Art. 9 Abs. 3 ist, kann nicht das Ganze umfassen. Zu beachten ist, dass das ACCC seine Schlussfolgerung bezüglich der Nichteinhaltung einer solchen Interpretation mit einer Frist - d.h. einem Punkt - beendet hat. Mit anderen Worten, es muss Raum für Individuen innerhalb der Definition von "ein Mitglied der Öffentlichkeit" geben, und die Feststellung der ACCC, dass eine strikte Anwendung der Schutznormtheorie nicht im Einklang mit dieser Bestimmung steht, sollte mit gleicher Kraft für Individuen gelten. Dass sie ihre Besorgnis darüber, dass NGOs die Bedingungen einer solch strengen Auslegung niemals erfüllen könnten, weiter ausführte, darf keinesfalls zu einer gegenteiligen Schlussfolgerung führen. Vielmehr dient diese Beobachtung zwei Zwecken.

Erstens dient dies unter anderem als zwingende Grundlage für die Kritik an strengen Interpretationen der Schutznormtheorie im Allgemeinen, da es der Anerkennung der (ergänzenden oder gar besonderen) Rolle, die NGOs spielen können, durch die Konvention zuwiderläuft.

**Zweitens und für die gegenwärtigen Zwecke noch kritischer sind diese Bemerkung und die diesbezüglichen Feststellungen des ACCC, das speziell im Hinblick auf die Stellung der NGOs begrenzt sind, in der spezifischen Verfahrenshaltung dieses Falles zu verstehen.** Die Kommunikanten in diesem Fall waren NGOs; in ihren Plädoyers beklagten sie, dass die Verletzung der Rechtsdoktrin sie daran hinderte, in einer Reihe von Fällen Klage zu erheben. Das war die Frage, die dem ACCC gestellt wurde, und deshalb haben die Ergebnisse des ACCC diese enge Frage aufgegriffen. Dies kann nicht so ausgelegt werden, dass eine strikte Auslegung Schutznormtheorie im Falle des Ansehens von Individuen akzeptabel ist. Dies gilt insbesondere, wie bereits erwähnt, für die sorgfältige Sprache der ACCC. Beachten Sie auch, dass sie ihre Besorgnis darüber zum Ausdruck brachte, dass NGOs in den meisten Fällen aufgrund einer strengen Auslegung der nationalen Kriterien nicht zugelassen werden könnten, weil sie "sich an Rechtsstreitigkeiten im öffentlichen Interesse beteiligen". Dennoch steht dem Gedanken nichts im Wege, dass auch Einzelpersonen in Rechtsstreitigkeiten von öffentlichem Interesse verwickelt werden können. Dementsprechend gibt es in C-31 (Deutschland) nichts, was eine strikte Anwendung der Schutznormtheorie für den Einzelnen befürwortet. **Dass "Mitglieder der Öffentlichkeit" nicht so verstanden werden können, dass sie nur "NGOs" und nicht auch Einzelpersonen einschließen, insbesondere im Sinne von Art. 9 Abs. 3 Umsetzung, wurde in den jüngsten Erkenntnissen deutlich gemacht.**<sup>117</sup>

<sup>115</sup> ebenda.

<sup>116</sup> ebenda.

<sup>117</sup> C-32 (EU) Teil II, Absätze 85-86.

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass die Parteien bei der Definition von "Mitgliedern der Öffentlichkeit" im Sinne von Art. 9 Abs. 3 mehr Ermessensspielraum haben, als bei der Definition der "betroffenen Öffentlichkeit" im Sinne von Art. 9 Abs. 2, wo die erstgenannte Beschreibung von Natur aus weiter gefasst ist; auch hier ist die betroffene Öffentlichkeit als Teilmenge der Öffentlichkeit zu verstehen. Vor diesem Hintergrund kann man sich fragen: Wie groß ist der Unterschied zwischen den beiden Kategorien wirklich?

Zweck und Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 2 versus Abs. 3 ist hier aussagekräftig. Letzterer scheint vielleicht noch stärker darauf ausgerichtet zu sein, nicht nur ein Mittel zur Überprüfung der Rechteinhabenden zu schaffen, sondern sich auch auf die Bekämpfung von Missständen, nämlich die Verletzung von Umweltgesetzen, zu konzentrieren. Dementsprechend ist die Frage, ob ein Recht speziell einer Person gewährt wurde (oder ob es sich bei Umweltrechten um ein Individualrecht, ein Gruppenrecht oder ein so genanntes Recht der dritten Generation handelt), in diesem Zusammenhang weniger oder wenig relevant. An dieser Stelle sollte jedoch erwähnt werden, dass im Sinne des EU-Rechts sowohl die Verteidigung eines Rechts als auch die Sicherstellung der Einhaltung von Verpflichtungen gleichermaßen gelten. Der deutlichste Ausdruck dafür ist wahrscheinlich der jüngste Fall *Protect*<sup>118</sup> und insbesondere die Meinung von AG Sharpston in diesem Fall.

Schließlich haben die Parteien, wie oben angesprochen, keinen Ermessensspielraum in Bezug auf das, **was** eine Art. 9 Abs. 3 Überprüfung betreffen kann. Dazu gehören unter anderem Planungsgesetze, Umweltsteuern, die Kontrolle von Chemikalien oder Abfällen, die Ausbeutung natürlicher Ressourcen und sogar bestimmte strafrechtliche Bestimmungen zur Behandlung einzelner Tiere.<sup>119</sup>

Mit der Anwendung des oben Gesagten **kommt Deutschland seinen Aarhus-Verpflichtungen erneut nicht nach**. Wie oben beschrieben, haben Einzelpersonen keinen Zugang zu Überprüfungsmechanismen für Handlungen und Unterlassungen, die gegen nationale Umweltgesetze verstoßen. Nur direkt betroffene Immobilieneigentümer haben eingeschränkten Zugang und können zudem nur begrenzte Ansprüche wegen der Verletzung ihrer subjektiven öffentlichen Rechte geltend machen, und zwar erst in einem sehr späten Stadium der prozessualen Entscheidungsfindung. Diese Ansprüche werden durch die oben beschriebene Kausalitätsjurisprudenz weiter eingeschränkt, und es kann ernsthaft bezweifelt werden, ob sie wirksam sein können, da sie sehr spät ausgeübt werden können und das akkumulierte Gewicht zugunsten der Verwirklichung der Tätigkeit durch rechtliche (verfassungsmäßige), politische und wirtschaftliche Kräfte.

Diese Überprüfung schließt auch Verstöße gegen Naturgesetze, Wasserrecht, Bergrecht und eine Vielzahl anderer nationaler Umweltvorschriften vollständig aus. Besonders relevant sind in diesem Zusammenhang Gesetze zum Schutz vor Grundwasserverunreinigungen.

Insbesondere sind auch bestimmte Pläne, Programme und Richtlinien von der gerichtlichen Überprüfung durch Einzelpersonen ausgeschlossen. So ist z.B. ein Betroffener in einem geplanten Gebiet im Sinne des § 47 Abs. 2 VwGO<sup>120</sup> offenbar nicht ausreichend betroffen. Auch die jüngsten Änderungsentwürfe zum UVP schließen Raumpläne zur Ressourcennutzung (z.B. Braunkohle) und

<sup>118</sup> EuGH C-664/15.

<sup>119</sup> Leitfaden 197; sowie Austria ACCC/C/2011/63; ECE ECE/MP.PP/C.1/2014/3, 13. Jänner 2014; C-58 (Bulgaria).

<sup>120</sup> OVG Sachsen, 09.04.2015 – 1 C 26/14 juris; Im Gegensatz dazu hat eine Grundstückseigentümerin/ein Grundstückseigentümer Zugang zum Recht in Bezug auf eine raumplanerische Entscheidung (vorbehaltlich einer SUP), die ihre/seine Möglichkeit zum Bauen blockieren könnte.



zur Windenergieerzeugung sowie die oben diskutierte NEP<sup>121</sup> und damit zusammenhängende Baupläne,<sup>122</sup> also nicht nur für Einzelpersonen, sondern auch für NGOs, vollständig aus. Diese Ausschlüsse erscheinen angesichts von Art. 9 Abs. 3 völlig ungerechtfertigt.

Eine genauere Untersuchung und mehr Rechtsprechung sind hier wahrscheinlich notwendig. Der Nachweis insbesondere der Kausalitätsanforderung und der Beweislast im Hinblick auf die Umwelthaftung könnte ebenfalls von zentraler Bedeutung sein.<sup>123</sup> Generell würde der Nachweis, dass Organisationen, die im Prinzip Klage erheben könnten, angesichts anderer Prioritäten und begrenzter Ressourcen (finanzieller und sonstiger Art) dazu geneigt sind, dem Vorschlag, dass der Zugang zu den Gerichten nicht nur den NGO, sondern auch den Einzelpersonen gewährt werden sollte, starke Glaubwürdigkeit verleihen.

#### **Zwischenergebnisse:**

(1) Auch im Hinblick auf Einzelpersonen gibt es offenbar wieder extreme Einschränkungen sowohl im Hinblick auf die Stellung als auch auf den Umfang der zu überprüfenden Verstöße, die beide nach Art. 9 Abs. 3 problematisch sind.

(2) Auch die neue Abwicklungsanstalt scheint, unabhängig vom Status (NGO oder Einzelperson) des Antragstellers, Raumordnungspläne in Bezug auf Ressourcennutzung und Winderzeugung vollständig aus ihrem Geltungsbereich auszuschließen; dies erscheint in Anbetracht des Art. 9 Abs. 3 nicht gerechtfertigt.

#### **C. Notwendigkeit von landesweiter/grenzüberschreitender Beteiligung**

Kurz gesagt, die stärksten Argumente für landesweite und/oder grenzüberschreitende Fracking-Verfahren basieren auf der Definition der Öffentlichkeit (Art. 2 Abs. 4) und (Art. 2 Abs. 5) in Verbindung mit Art. 3 Abs. 9. Das ACCC hat zunehmend festgestellt, dass diese Definitionen in erster Linie von der Art der fraglichen Tätigkeit abhängen. So würden bestimmte ultragefährliche Tätigkeiten die Beteiligung der Öffentlichkeit über ein großes Gebiet hinweg erfordern, das wahrscheinlich viele nationale Grenzen überschreitet, während eine Gerberei zum Beispiel bedeuten kann, dass die Öffentlichkeit (betroffen) aus mehr lokalen Einheiten und Einzelpersonen besteht.<sup>124</sup>

Fracking scheint eine Aktivität zu sein, die im Prinzip unter diese Definition von "ultragefährlichen" Aktivitäten fallen könnte, wenn man die möglichen Auswirkungen auf das Grundwasser, den Nachweis einer erhöhten seismischen Aktivität in den Vereinigten Staaten usw. berücksichtigt. Hier wären Forschung und Begründung erforderlich.<sup>125</sup>

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der EuGH in einem Fall auch in Bezug auf Explorationsbohrungen ausdrücklich gesagt hat, dass die Frage der kumulativen Effekte nicht durch nationale, regionale oder lokale Grenzen unnatürlich eingeschränkt werden darf. Der EuGH scheint daher ebenfalls sehr bereit zu sein, die Möglichkeit weitreichender Auswirkungen in Bezug auf Fracking-Aktivitäten in Kauf zu nehmen. Dies würde die Schlussfolgerung stützen, dass die

<sup>121</sup> §16 Abs. 4 UVPG.

<sup>122</sup> ebenda, § 1 Abs. 1.

<sup>123</sup> Vgl. bspw. Analyse des Bundesverwaltungsamtes zum Bergrecht, S 3.

<sup>124</sup> Vgl. die ACCC Ausführungen in C-50 (Czechia) und C-71 (Czechia).

<sup>125</sup> in diesem Zusammenhang der Hinweis auf die Ausführungen des ACCC zu ursprünglich zur Erklärung ihrer Doktrin der ultragefährlichen Aktivität, nämlich: Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two (United Nations publication, Sales No. E.04.V.17 (Part 2)), [http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_2001\\_v2\\_p2.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2001_v2_p2.pdf)

(betroffene) Öffentlichkeit breit ausgelegt werden sollte, was wiederum Landesweite und/oder grenzüberschreitende Verfahren oder andere Maßnahmen erforderlich machen würde, um eine solche breite Beteiligung sicherzustellen.

Diese Analyse beschränkt sich auf die einschlägigen Bestimmungen der Aarhus Konvention; natürlich sollten die Espoo Konvention<sup>126</sup> und das Kiewer Protokoll<sup>127</sup> unter Berücksichtigung möglicher grenzüberschreitender Aspekte weiter geprüft und beleuchtet werden.

#### **Zwischenergebnisse:**

Es gibt eine Grundlage in der bestehenden ACCC-Rechtsprechung (insbesondere in dem Maße, in dem Fracking als "ultragefährliche Aktivität" bezeichnet werden kann), dass ein solches Fracking, einschließlich der Pläne, Programme und Politiken, sowie die Ermöglichung von Entscheidungen daher einer grenzüberschreitenden Öffentlichkeitsbeteiligung (mit gleichzeitigem Zugang zu den Rechten der Justiz) unterliegen sollte.

## **VI. SCHLUSSFOLGERUNGEN UND EMPFEHLUNGEN**

Die Untersuchung kommt zu dem Schluss, dass die Verabschiedung des neuen deutschen "Fracking Law" unter Artikel 8 der Konvention fällt. Die Anforderungen dieser Bestimmung scheinen erfüllt und werden daher in dieser Analyse nicht weiter geprüft.

Demgegenüber fallen regionale (Landes-)Raumordnungsinstrumente wie LROPS und LEP unter Art 7. Trotz der Tatsache, dass diese unter voller Beteiligung der Öffentlichkeit entwickelt wurden, gibt es echte Bedenken, dass wesentliche Umweltaspekte im Zusammenhang mit der unterirdischen Nutzung (Fracking) nicht berücksichtigt wurden und dass diese Fragen daher nicht angemessen berücksichtigt wurden und die Öffentlichkeit auf dieser strategischen Ebene auch nicht sinnvoll beteiligt werden konnte. Dies wirft erhebliche Zweifel an der Einhaltung von Art 7, insbesondere in Verbindung mit Art. 6 Abs. 4 und 8, die als Referenz enthalten sind.

Darüber hinaus scheint es, dass das neu verabschiedete Umweltrechtsbehelfsgesetz Raumordnungspläne in Bezug auf Ressourcennutzung und Windkraft vollständig im Anwendungsbereich ausschließt, was es Einzelpersonen oder NGOs unmöglich macht, diese rechtlich anzufechten. Dies scheint zumindest im Widerspruch zu Art. 9 Abs. 3 zu stehen.

Lizenzen und Entnahmegenehmigungen fallen wahrscheinlich unter Art. 6 Abs. 1 lit b, wodurch alle wesentlichen Bestimmungen von Art 6 in Bezug auf solche Verfahren ausgelöst werden. Die Beteiligung der Öffentlichkeit in späteren Genehmigungsphasen (einschließlich erweiterter UVP-Anträge) scheint dieses Problem nicht zu lösen. Die späteren Verfahren, auch auf der Ebene der Planfeststellung, fallen eindeutig unter Art 6. Alle diese Entscheidungen sollten gemäß Art. 9 Abs. 2 (und möglicherweise auch Art. 9 Abs. 3) anfechtbar sein, was jedoch nicht immer der Fall ist: Die Lizenzen sind ein klares Beispiel.

Bei der Analyse wurden weitere Probleme im Zusammenhang mit dem Zugang zur Justiz festgestellt: Die/Der Einzelne ist immer noch mit Einschränkungen konfrontiert, nach denen sie/er in diesem

<sup>126</sup> Betreffend grenzüberschreitende UVPs.

<sup>127</sup> Betreffend grenzüberschreitende SUPs.

Bereich nur "einen Fuß in die Tür bekommen" kann, wo sie/er als Immobilieneigentümer/in die Verletzung eines subjektiven Rechts nachweisen kann, und selbst dort hat sie/er große Hürden hinsichtlich der Kausalität genommen. Ein verwandtes Thema - auch wenn diese einzelnen Klägerinnen und Kläger ihr Ansehen erreichen können, konnten sie nicht gleichzeitig Verstöße gegen objektive Gesetze herbeiführen.

In Bezug auf Art. 9 Abs. 3 scheint es, dass auch das inländische Rechtssystem, das die individuellen Rechte auf die Verteidigung ihrer subjektiven Rechte beschränkt (was erst sehr spät in Betracht gezogen werden kann), daran hindert, eine Reihe von Verstößen im Zusammenhang mit der Umwelt (Wasser, Natur, Bergbau usw.) geltend zu machen und die gleiche Hürde in Bezug auf die Kausalität zu nehmen.

Außerdem ist der gegenwärtige Rechtsrahmen in Deutschland punktuell unklar und uneinheitlich, und gerade in Anbetracht der raschen Entwicklung des EU-Rechts sind mehr Orientierung und klare gesetzgeberische Maßnahmen erforderlich. Dies wirft Überlegungen zu Art. 3 Abs. 1 auf.

Schließlich kann Fracking als eine äußerst gefährliche Tätigkeit angesehen werden und erfordert auf jeden Fall eine grenzüberschreitende Beteiligung und den Zugang zu Gerichten.

Bevor weitere Maßnahmen ergriffen werden, ist empfehlenswert:

- diese Analyse gründlich zu überprüfen und alle Änderungen und Entwicklungen in den Gesetzen oder der Praxis seit der Erstellung zu berücksichtigen;
- weitere Ermittlungen und Fallerhebungen durchzuführen;
- alle verfügbaren Rechtsmittel auszuschöpfen, bevor ein Fall an das Compliance Committee vorgelegt werden soll.