

Dr. Cornelia Ziehm | Steinstr. 26 | 10119 Berlin

An das
Landesamt für Bergbau,
Geologie und Rohstoffe
des Landes Brandenburg
Inselstraße 26
03046 Cottbus

21. August 2019
Aktenzeichen: VR/23/2019/cz

**Antrag auf Festsetzung von Sicherheitsleistungen nach § 56
Abs. 2 BBergG zur Absicherung der Folgekosten des
Braunkohlentagebaus Welzow-Süd**

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit zeige ich Ihnen an, dass mich der Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland (BUND) Landesverband Brandenburg e.V., Mauerstr. 1, 14469 Potsdam, vertreten durch die Geschäftsführung, in o.g. Angelegenheit mit seiner Vertretung beauftragt hat. Eine beglaubigte Abschrift einer auf mich lautenden Vollmacht füge ich bei.

Namens und in Vollmacht des BUND Landesverband Brandenburg e.V. beantrage ich,

gegenüber der Lausitz Energie Bergbau AG für den Braunkohlentagebau Welzow-Süd im Wege der nachträglichen Anordnung zum Zulassungsbescheid für den Rahmenbetriebsplan vom 28. Dezember 1993 (Gz.: w40-1.2-1-1) in der Fassung der durch Bescheid vom 20. März 2000 zugelassenen Abänderung/Ergänzung Nr. 01/98 (Gz.: w40-1.2-1-2) sowie zum Zulassungsbescheid für die Zulassung des Hauptbetriebsplans 2017-2019 vom 23. Dezember 2016 (Gz.: w40-1.1-8-89) Sicherheitsleistungen gemäß § 56 Abs. 2 BBergG derart und in solcher Höhe festzusetzen, dass auf Grundlage gegenwärtiger Kostenschätzungen zuzüglich eines angemessenen Risikozuschlags die Erfüllung insbesondere der bergrechtlichen Pflichten aus § 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 und Nr. 9 BBergG bis zur Beendigung der Bergaufsicht gewährleistet ist.

1. Antragsbefugnis

a) Der Antragsteller ist als klageberechtigter Umweltverband in Brandenburg anerkannt. Er ist satzungsmäßig maßgeblich auch im Bereich des Klima-, Natur- und Gewässerschutzes aktiv. Eine Kopie des Anerkennungsbescheids ist als

Anlage 1

beigefügt.

b) Die Antragsbefugnis folgt aus der Klagebefugnis:

Gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UmwRG kann ein nach § 3 UmwRG anerkannter Umweltverband, ohne eine Verletzung in eigenen Rechten geltend machen zu müssen, Rechtsbehelfe nach Maßgabe der Verwaltungsgerichtsordnung gegen eine Entscheidung nach § 1 Abs. 1 S. 1 UmwRG oder deren Unterlassen einlegen, wenn er geltend macht,

dass eine Entscheidung nach § 1 Abs. 1 S. 1 UmwRG oder deren Unterlassen Rechtsvorschriften, die für die Entscheidung von Bedeutung sein können, widerspricht. Das Umweltrechtsbehelfsgesetz findet mithin gerade auch dann Anwendung, wenn entgegen geltenden Rechtsvorschriften keine Entscheidung durch die zuständige Vollzugsbehörde getroffen worden ist (vgl. § 1 Abs. 1 S. 2 UmwRG).

c) Gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 UmwRG können dabei ausdrücklich auch Verwaltungsakte über Überwachungs- oder Aufsichtsmaßnahmen bzw. das Unterlassen solcher Überwachungs- oder Aufsichtsmaßnahmen im Hinblick auf die Umsetzung oder Durchführung unter anderem von Zulassungsentscheidungen nach § 1 Abs. 1 S. 1 UmwRG zur Überprüfung gestellt werden. Das ist hier der Fall:

Jedenfalls der bergrechtliche Rahmenbetriebsplan ist eine Zulassungsentscheidung im Sinne von § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UmwRG.

Um Überwachungs- und Aufsichtsmaßnahmen handelt es sich immer dann, wenn die Sicherstellung der Erfüllung von Betreiberpflichten in Rede steht. Der Begriff der Überwachungs- und Aufsichtsmaßnahmen in § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 UmwRG umfasst mithin den Erlass gesetzlich vorgesehener nachträglicher Anordnungen als typische Überwachungs- und Aufsichtsinstrumente der Verwaltung.

§ 56 Abs. 1 BBergG regelt ausdrücklich die Möglichkeit der nachträglichen Aufnahme, Änderung oder Ergänzung von Auflagen zum Betriebsplan. Nachträgliche Anordnungen von Sicherheitsleistungen sind danach zulässig. Sie dienen der künftigen Sicherstellung der Erfüllung bergrechtlicher Betreiberpflichten und sind bei einer Änderung der Sachlage angezeigt, und zwar insbesondere dann, wenn – wie hier – erkennbar wird, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Betreibers gesunken ist oder wenn ein weniger zahlungskräftiger Gesamtrechtsnachfolger in die Position des ursprünglichen Betreibers eingetreten ist (siehe dazu ausführlich unten Ziffer 2.).

d) Darüber hinaus folgt die Antragsbefugnis auch unmittelbar aus Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention. Art. 9 Abs. 3 AK lautet:

„Zusätzlich und unbeschadet der in den Absätzen 1 und 2 genannten Überprüfungsverfahren stellt jede Vertragspartei sicher, dass Mitglieder der Öffentlichkeit, sofern sie etwaige in ihrem innerstaatlichen Recht festgelegte Kriterien erfüllen, Zugang zu verwaltungsgerichtlichen oder gerichtlichen Verfahren haben, um die von ... Behörden vorgenommenen Handlungen und begangenen Unterlassungen anzufechten, die gegen umweltbezogene Bestimmungen ihres innerstaatlichen Rechts verstoßen.“

Sinn und Zweck von Art. 9 Abs. 3 AK ist es, sicherzustellen, dass Vorschriften mit Umweltbezug in der Praxis auch umgesetzt werden, mithin den gerade auch im Bereich des Umweltschutzes vorhandenen Vollzugsdefiziten überhaupt und nicht lediglich partiell in ausgewählten Bereichen entgegenzuwirken.

e) Der EuGH hat dies mit seiner Protect-Entscheidung (Urteil vom 20. Dezember 2017 – Rs. C-664/15) deutlich gemacht und den Rechtsschutz im Umweltrecht (erneut) gestärkt:

In einer ausdrücklichen Weiterentwicklung seiner bisherigen Rechtsprechung leitet der EuGH aus der Bestimmung des Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention die Begründung von Klagerechten im Umweltrecht in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten ab. Solche Klagerechte sollen – über die Braunbär-Entscheidung des EuGH hinausgehend - auch dort zu begründen sein, wo sich dies mit den Mitteln der bloßen unionsrechtskonformen Auslegung nationalen Rechts nicht mehr erreichen lässt. Bestimmungen des nationalen Rechts, die der Zuerkennung von Klagerechten entgegenstehen, müssen daher im

Interesse der vollen Wirksamkeit der anzuwendenden materiellen Umweltschutzvorschriften unangewendet bleiben.

Die Reichweite und Durchschlagskraft dieser vermittelten unmittelbaren Wirkung des Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention definiert der EuGH uneingeschränkt. Sie unterscheidet sich in nichts von der Reichweite und Durchschlagskraft der allgemeinen unmittelbaren Wirkung des Unionsrechts (siehe auch *Wegener*, ZUR 2018, 217 ff.).

Der EuGH verweist vielmehr und konsequent auf seine ältere „Simmenthal“-Rechtsprechung. Danach ist das nationale Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Unionsrechts anzuwenden hat, gehalten, für deren volle Wirksamkeit zu sorgen, indem es erforderlichenfalls jede entgegenstehende nationale Rechtsvorschrift aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet lässt, ohne dass es die vorherige Beseitigung dieser Vorschrift auf gesetzgeberischem Weg oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren beantragen oder abwarten müsste (EuGH, Urteil vom 20. Dezember 2017 (Protect) – Rs. C-664/15, Rn. 56 f. unter Hinweis auf EuGH, Urteil vom 9. März 1978 (Simmenthal) – Rs. 106/77).

Konsequenz (spätestens) der Protect-Entscheidung ist eine unmittelbare Anwendung von Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention im innerstaatlichen Recht, die durch die Vermittlung dieser Wirkung über Art. 47 GRCh in der Sache nicht beschränkt wird. Das bedeutet, dass von den Mitgliedstaaten grundsätzlicher Rechtsschutz gegen „von Behörden vorgenommene Handlungen und begangene Unterlassungen, die gegen umweltbezogene Bestimmungen verstoßen“, zu gewähren ist.

f) Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention umfasst dabei das gesamte innerstaatliche umweltbezogene Recht, also nicht nur solches, das seine Grundlage im Unionsrecht hat, sondern auch und gerade „sonstiges“ innerstaatliche Umweltrecht.

Entscheidend ist allein der Umweltbezug der Vorschrift, gegen die

möglicherweise verstoßen wird. Es kommt nicht darauf an, ob sich die entsprechende Bestimmung im originären Umweltrecht findet.

Vielmehr sind beispielsweise auch originäre Vorschriften des Baurechts, des Planungsrechts, des Seerechts oder des Verkehrsrechts umfasst (siehe The Aarhus Convention – An Implementation Guide, Second Edition 2014, S.197 unter Bezugnahme auf die Fälle ACCC/C/2005/11 (Belgien) und ACCC/C/2011/58 (Bulgarien)).

Es ist mithin bereits ausreichend, wenn die Anwendung einer Regelung in Frage steht, die jedenfalls auch dem Umweltschutz dient. So liegt es hier:

Der Umweltbezug von § 56 Abs. 2 BBergG i.V.m. §§ 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 und Nr. 9 BBergG ist offensichtlich. Die Vorschriften dienen der Sicherstellung der Durchführung insbesondere auch der Renaturierungsmaßnahmen sowie der Kompensation der durch die bergbauliche Tätigkeit verursachten schädlichen Einwirkungen unter anderem auf den Wasserhaushalt oder die Wasserqualität.

2. Begründetheit

Das Landesamt für Bergbau, Geologie und Rohstoffe (im Folgenden: LBGR) hat am 1. Juli 2019 in Vertretung für das Land Brandenburg mit der Lausitz Energie Bergbau AG (im Folgenden: LE-B) als Betreiberin unter anderem des Braunkohlentagebaus Welzow-Süd in Brandenburg eine „Vorsorgevereinbarung Welzow-Süd/Jänschwalde“ geschlossen.

In § 8.3 dieser „Vorsorgevereinbarung“ wird klargestellt, dass die gesetzlichen Vorgaben durch die bilaterale Vereinbarung nicht außer Kraft gesetzt werden können:

„Unabhängig von dieser Vereinbarung hat das LBGR das Recht, bergrechtliche Sicherheitsleistungen für die Tagebaue Welzow-Süd und Jänschwalde zu verlangen, um die erforderliche Vorsorge zur Wiedernutzbarmachung in dem nach den

Umständen gebotenen Ausmaß (§ 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 BBergG) zu sichern. Dabei wird das LGBR die Interessen der LE-B angemessen berücksichtigen. § 56 Abs. 2 BBergG bleibt auch im Übrigen unberührt.“

§ 56 Abs. 2 S. 1 BBergG lautet:

„Die zuständige Behörde kann die Zulassung von der Leistung einer Sicherheit abhängig machen, soweit diese erforderlich ist, um die Erfüllung der in § 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 bis 13 und Abs. 2 genannten Voraussetzungen zu sichern.“

Diese Voraussetzungen liegen mit Blick auf den Braunkohlentagebau Welzow-Süd vor. Die Festsetzung von Sicherheitsleistungen ist erforderlich. Das Ermessen des LBGR zur Festsetzung von Sicherheitsleistungen ist auf eine Handlungspflicht hin reduziert. Die „Vorsorgevereinbarung“ vom 1. Juli 2019 ändert daran nichts, sie ist ungeeignet, die notwendige Absicherung zu gewährleisten und den Sicherungszweck zu erfüllen.

Im Einzelnen:

a) Zweck der Anordnung von Sicherheitsleistungen nach § 56 Abs. 2 S. 1 BBergG

aa) Die LE-B betreibt den Braunkohlentagebau Welzow-Süd in Brandenburg. Die Folgekosten des dortigen Kohleabbaus muss nach dem Bundesberggesetz der Unternehmer, also die LE-B, tragen (siehe auch Abschlussbericht Kommission „Wachstum, Strukturwandel und Beschäftigung“, Beschluss vom 26. Januar 2019, S. 83). Der LE-B obliegt die Erfüllung der bergrechtlichen Pflichten aus § 55 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BBergG.

Das heißt, die LE-B ist insbesondere zur „erforderlichen Vorsorge zur

Wiedernutzbarmachung der Oberfläche“ sowie zur Vermeidung und Beseitigung „gemeinschädlicher Einwirkungen“ verpflichtet (§ 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 und Nr. 9 BBergG).

Erstere umfasst unter anderem Renaturierungs- und Rekultivierungsmaßnahmen für die in Anspruch genommenen Flächen.

Letzteres umfasst die Kompensation der durch die bergbauliche Tätigkeit verursachten schädlichen Einwirkungen insbesondere auch auf den Wasserhaushalt oder die Wasserqualität betroffener Gewässersysteme (siehe BVerwG, Urt. v. 9. November 1995, 4 C 25/94, BVerwGE 100, 31, 35 (Rammelsberg); BVerwG, Urt. v. 18. Dezember 2014, 7 C 22/12, ZfB 2015, 29 (Meggen); *von Mäßenhausen*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 55 Rn. 103, 145 sowie *Ziehm*, Sicherstellung der Finanzierung von Nachsorgepflichten im Lausitzer Revier, Gutachten im Auftrag von Greenpeace e.V., Oktober 2018).

Nach den Empfehlungen der Kommission „Wachstum, Strukturwandel und Beschäftigung“ ist dementsprechend ausdrücklich auch das Wassermanagement insbesondere für die Spree abzusichern (Abschlussbericht, S. 83).

bb) § 56 Abs. 2 S. 1 BBergG dient dazu, die Erfüllung der Betreiberpflichten eines Bergunternehmers aus § 55 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BBergG insgesamt zu gewährleisten (vgl. *von Hammerstein*, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 56 Rn. 32; *Frenz*, Umweltschutz durch Sicherheitsleistungen, NuR 2018, 526, 527).

Zweck der Vorschrift ist es, Anforderungen zu sichern, die erst in Zukunft zu erfüllen sind und deren Erfüllung deshalb zweifelhaft ist. Durch Sicherheitsleistungen sollen Nachsorgepflichten eines Betreibers präventiv durchgesetzt werden. Es soll sichergestellt werden, dass nicht die öffentliche Hand im Falle mangelnder Leistungsfähigkeit oder -willigkeit des Betreibers Sicherungs-, Sanierungs- und Entsorgungskosten, mit anderen Worten die zum Teil erheblichen Kosten einer Ersatzvornahme tragen muss (BVerwG, Urt. v. 13. März 2008, 7 C

44.07, BVerwGE 131, 11, Rn 27; *Giesberts*, in: BeckOK Umweltrecht, 46. Ed. 1. April 2018, BImSchG § 12 Rn. 19; *Mann*, in: Landmann/Rohmer Umweltrecht, 85. EL Dez. 2017, BImSchG, § 12 Rn. 78; *von Hammerstein*, a.a.O., § 56 Rn. 34; *Keienburg*, Bergrechtliche Sicherheitsleistungen gemäß § 56 Abs. 2 BBergG – Voraussetzungen und Inhalt, ZfB 2013, 243, 244).

b) Erforderlichkeit der Festsetzung von Sicherheitsleistungen

Die Festsetzung von Sicherheitsleistungen für den Braunkohlentagebau Welzow-Süd ist erforderlich im Sinne von § 56 Abs. 2 S. 1 BBergG:

Das - oben dargestellte - Ziel von Sicherheitsleistungen kann, so das Bundesverwaltungsgericht, nur erreicht werden, wenn bereits das allgemeine Liquiditätsrisiko ausreicht, um eine Sicherheitsleistung verlangen zu können. Denn die Nachsorgepflichten, deren Erfüllung durch die Anordnung einer Sicherheitsleistung gewährleistet werden soll, entstehen zu einem erheblichen Teil erst nach der - gleich aus welchem Grund erfolgenden - Betriebseinstellung. Ob in diesem künftigen Zeitpunkt der Betreiber noch liquide sein wird, ist im Allgemeinen nicht absehbar.

Etwas anderes gilt nur für Betreiber, bei denen eine Insolvenz von vornherein ausgeschlossen ist, etwa wenn eine Körperschaft des öffentlichen Rechts eine Anlage betreibt (BVerwG, Urt. v. 13. März 2008, 7 C 44.07, BVerwGE 131, 11 Rn. 28).

Bei privaten Betreibern reicht mithin das allgemeine, latent vorhandene Liquiditätsrisiko aus, um eine Sicherheitsleistung zu verlangen. Eines konkreten Anlasses für die Forderung einer Sicherheit bedarf es nicht. Setzte die Anordnung einer Sicherheitsleistung begründete Zweifel an der Liquidität des Betreibers voraus, erwiesen sich die Vorschriften über die Festsetzungen von Sicherheitsleistungen vielmehr als „stumpfes Schwert“. Denn könnte eine Sicherheitsleistung erst verlangt werden,

wenn konkrete Anhaltspunkte für eine Liquiditätsschwäche des Betreibers bestünden, könnte die Anordnung regelmäßig erst ergehen, wenn der Betreiber im Hinblick auf seine angespannte wirtschaftliche Lage nicht mehr kreditwürdig und daher außerstande wäre, die Sicherheitsleistung zu erbringen (BVerwG, Urt. v. 13. März 2008, 7 C 44.07, BVerwGE 131, 11 Rn. 29 ff.; OVG Lüneburg, Urt. v. 16. November 2009, 12 LB 344/07, BeckRS 2009, 41872).

- Nach der Rechtsprechung bedarf also die Festsetzung einer Sicherheitsleistung, und zwar ausdrücklich auch dann, wenn ihre Anordnung – wie bei § 56 Abs. 2 BBergG - im Ermessen der Behörde steht, keiner Anhaltspunkte für eine Unzuverlässigkeit des Betreibers oder einer drohenden Insolvenz (*Mann*, a.a.O., § 12 Rn. 79). Es genügt, wenn die Umstände, etwa die Höhe der möglichen Kosten, eine Sicherheitsleistung nahelegen (*Storost*, in: Ule/Laubinger/Repkewitz, BImSchG, Stand Juni 2017, § 12 Rn. F1).

Für die Erforderlichkeit entscheidend sind Kriterien wie Ausfallwahrscheinlichkeit des Unternehmers, Interesse der Öffentlichkeit, in diesem Fall nicht die Kosten für die erforderlichen Maßnahmen übernehmen zu müssen, sowie die Kosten des Unternehmers für die Stellung der Sicherheit. Eine Sicherheitsleistung kann dabei – siehe soeben - nicht nur verlangt werden, wenn konkrete Zweifel an der Seriosität oder Wirtschaftskraft des Unternehmers bestehen. Schon der Gesetzgeber ging davon aus, dass sich die Erforderlichkeit einer Sicherheitsleistung auch aus allgemeinen Erfahrungen, aus der wirtschaftlichen Gesamtsituation und aus anderen Gesichtspunkten ergeben kann (vgl. BT-Drs. 8/1315, S. 112). Schließlich können bei keinem Unternehmer zukünftige Liquiditätsprobleme vollständig ausgeschlossen werden. Auch gegenwärtige Leistungsfähigkeit ist kein Garant für zukünftige Leistungsfähigkeit (*von Hammerstein*, a.a.O., § 56 Rn. 34).

Es ist deshalb zwar nicht erforderlich im Sinne von § 56 Abs. 2 S. 1 BBergG, einem Bergbautreibenden eine Sicherheitsleistung für die

Wiedernutzbarmachung aufzuerlegen, wenn deren Kosten im Verhältnis zur Finanzkraft des Unternehmens gering sind. Insbesondere bei einem diversifizierten, das heißt nicht von einem bestimmten Bergwerk oder einem Bergbausektor abhängigen Unternehmen muss geprüft werden, ob es tatsächlich ein Sicherheitsbedürfnis gibt (*von Hammerstein*, a.a.O., § 56 Rn. 34).

— So liegt es im Falle des Braunkohlentagebaus Welzow-Süd und der Betreiberin LE-B aber gerade nicht.

— Aus dem Vorstehenden folgt vielmehr: Selbst wenn man im Hinblick auf Vattenfall Europe Mining noch eine Absicherung durch den schwedischen Staat hätte annehmen wollen, so ist spätestens 2016 mit der Veräußerung der Braunkohlesparte von Vattenfall an EPH/PPF eine grundlegend andere Situation eingetreten. Bei der LE-B handelt es sich um eine ausschließlich private Betreiberin. Sie unterliegt dem allgemein vorhandenen Liquiditätsrisiko und wird schon nach ihren eigenen Angaben für die Wiedernutzbarmachung der Oberfläche (§ 55 Abs. 1 Nr. 7 BBergG) ganz erhebliche Beträge in Milliardenhöhe aufbringen müssen. Die für die Vermeidung bzw. Kompensation von Gemeinschaften (§ 55 Abs. 1 Nr. 9 BBergG) insbesondere am Gewässersystem der Spree sowie – in der Folge – mit Blick auf die Trinkwasserversorgung in Brandenburg und Berlin notwendigen Beträge sind zudem bislang noch in keiner Weise beziffert und berücksichtigt.

Die Möglichkeit der Durchgriffshaftung von EPH/PPF gegenüber Vattenfall aus dem Unternehmenskaufvertrag läuft zudem im September 2019 aus, so dass auch der LE-B ihrerseits keine Rückgriffsmöglichkeit mehr auf Vattenfall zur Verfügung steht.

Nach den von der Rechtsprechung entwickelten Maßstäben war und ist mithin bereits deshalb die Anordnung einer Sicherheitsleistung gegenüber der LE-B „erforderlich“ im Sinne von § 56 Abs. 2 S. 1 BBergG zur Absicherung der Folgekosten des Braunkohlentagebaus Welzow-Süd.

Im Hinblick auf die LE-B ist die Anordnung einer Sicherheitsleistung zudem bzw. erst recht in Anbetracht ihrer konkreten finanziellen Situation erforderlich. So ist die Eigenkapitalquote der Tagebausparte von Vattenfall Europe Mining von 42 Prozent im Jahr 2014 auf 31 Prozent im Jahr 2016 zurückgegangen (vgl. *Greenpeace e.V.*, Schwarzbuch EPH – Bilanz nach 100 Tagen LEAG, update 18. Januar 2017, S. 8). 1,7 Milliarden Euro Barmittel, die Vattenfall im Rahmen des Verkaufs zur Gewährleistung der Wiedernutzbarmachung gezahlt hatte, sind möglicherweise nicht mehr bei der EPH/PPF bzw. LE-B vorhanden. Unmittelbar nach der Übernahme von Vattenfall sind jedenfalls Milliardenbeiträge an Gesellschafter der EPH ausgeschüttet worden (vgl. *Greenpeace e.V.*, a.a.O.). Die LEAG verfügt lediglich über 14 Millionen Stammkapital, eine Patronatserklärung seitens EPH oder eine sonstige Haftung seitens EPH gibt es nicht.

c) Ermessensreduktion

Das LBGR ist auch zum Handeln verpflichtet:

Das Land Brandenburg verfügt offenbar über keine Handlungsanweisungen für die Verwaltung zur Anwendung von § 56 BBergG, jedenfalls sind solche nicht öffentlich zugänglich.

Nach der „Hausverfügung zur Erhebung und Verwertung von Sicherheitsleistungen gem. § 56 Abs. 2 BBergG“ des Landesamtes für Geologie und Bergwesen von Sachsen-Anhalt soll aber beispielsweise bereits „in der Regel von der Erhebung einer Sicherheitsleistung Gebrauch und nur in atypischen Ausnahmefällen davon abgesehen werden“ (vgl. Landesamt für Geologie und Bergwesen von Sachsen-Anhalt, Hausverfügung zur Erhebung und Verwertung von Sicherheitsleistungen gem. § 56 Abs. 2 BBergG, S. 4).

Sofern Zweifel bestehen, ob der Betreiber seinen Verpflichtungen auch tatsächlich nachkommen kann, ist das Verlangen nach einer Sicherheitsleistung stets angezeigt (*Storost*, a.a.O., § 8a Rn. D3; *Mann*,

a.a.O., § 8a Rn. 106). Bei umfassenden Pflichten, die von einem finanziell nicht besonders gut ausgestatteten Unternehmen zu erfüllen sind, ist regelmäßig eine Ermessensreduzierung auf null gegeben und eine Sicherheitsleistung zu verlangen (ausdrücklich *Frenz*, a.a.O., S. 530).

Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

Hinzukommt das Folgende: Im Zulassungsbescheid für den Tagebau Jänschwalde vom 21. Dezember 2018 für den Hauptbetriebsplan 2019 wird ausdrücklich festgestellt, dass auf Grund geänderter Randbedingungen gegenüber den Vorjahren und da die LE-B nach Auslauf der derzeit betriebenen Braunkohlentagebaue bisher keine Anschlussinvestitionen in weitere Tagebaue vorgesehen habe, ein gestiegenes Sicherheitsbedürfnis für das Land Brandenburg in Bezug auf die Finanzierung der durchzuführenden Wiedernutzbarmachungsleistungen bestehe (vgl. S. 7 ff. des Zulassungsbescheids, Gz.: j10-1.1-15-122). Diese Erwägungen des LBGR gelten gleichermaßen mit Blick auf den ebenfalls von der LE-B betriebenen Tagebau Welzow-Süd.

Das Sächsische Oberbergamt nimmt in Bezug auf den weiter von der LE-B betriebenen Tagebau Nochten in Sachsen entsprechend an, dass nach „pflichtgemäßen Ermessen dem Grunde nach eine Sicherheit im Sinne von § 56 Abs. 2 BBergG zu fordern“ sei. (vgl. *Sächsisches Oberbergamt*, Durchsetzung BBergG, Lausitz Energie Bergbau AG, Tagebau Nochten, Zulassungsbescheid für den Hauptbetriebsplan 2018/2019 vom 27. Dezember 2017, S. 18).

Zur Begründung führt das Oberbergamt aus, es sei nunmehr ein Sicherheitsbedürfnis in stärkerem Maße gegeben, als dies in den Vorjahren der Fall gewesen sei. Im Wesentlichen beruhe diese Einschätzung darauf, dass die LE-B nach Auslauf der derzeit betriebenen Braunkohlentagebaue keine Anschlussinvestitionen in andere Geschäftsfelder vorgesehen habe, die zu Erlösen aus dem laufenden Geschäftsbetrieb für den langen Zeitraum der bergmännischen Wiedernutzbarmachungs- und Nachsorgeleistungen führen könnten.

Weiterhin hätten sich in den letzten Jahren die energiewirtschaftlichen Randbedingungen auf dem Strommarkt durch „politische Eingriffe“ mit einem Preisrückgang für die Erzeuger konventioneller Energie stark verändert.

d) „Vorsorgevereinbarung“ ungeeignet zur Erfüllung des Sicherungszwecks

Die „Vorsorgevereinbarung“ steht der Festsetzung von Sicherheitsleistungen nicht nur nicht entgegen (siehe oben sowie § 8.3 der „Vorsorgevereinbarung“). Sie ist auch zur Erfüllung des Sicherungszwecks ungeeignet:

aa) Nach der „Vorsorgevereinbarung“ vom 1. Juli 2019 soll durch die LE-B eine Zweckgesellschaft mit einem Sondervermögen gegründet werden. Zur Errichtung dieses Sondervermögens sollen von der LE-B „bestimmte Vermögensgegenstände“ übertragen werden (vgl. § 2 der „Vorsorgevereinbarung“). Die Vermögenswerte können in Form „liquider Mittel oder geeigneter Sachwerte als Sockelbetrag“ in die Zweckgesellschaft eingebracht werden, für die Folgejahre sollen jährlich „weitere Vermögenswerte“ zugeführt werden (§ 3.1, 3.2 der „Vorsorgevereinbarung“).

Diese jährlichen Zuführungen sollen aus „Liquidität aus dem laufenden Cashflow der LE-B“ oder „anderen geeigneten Vermögenswerten der LE-B“ sowie „Erträgen des Sondervermögens“ bestehen (vgl. § 3.3 der „Vorsorgevereinbarung“).

Welche Vermögensgegenstände konkret eingebracht werden sollen, ist ebenso unbekannt wie das weitere Ansparkonzept. Die insoweit maßgebliche Anlage 3 zur „Vorsorgevereinbarung“ ist nicht öffentlich zugänglich.

Bekannt ist allerdings nunmehr der vereinbarte „Sockelbetrag“. Dieser soll einer Pressemitteilung der LEAG vom 9. August 2019 zufolge für die Tagebaue Jänschwalde und Welzow-Süd zusammen 102,9 Millionen

betragen. Das Brandenburgische Wirtschaftsministerium schätzt die Rekultivierungskosten für das Lausitzer Braunkohlerevier (möglicherweise aber auch nur für den Braunkohlentagebau Welzow Süd) demgegenüber selbst bereits auf drei Milliarden Euro, wobei zum einen unklar ist, ob davon bereits Maßnahmen für den neuen Tagebau Welzow Süd II umfasst (vgl. Antwort der Brandenburgischen Landesregierung auf die Kleine Anfrage Nr. 2498, LT-Drs. 6/630 sowie LT-Drs. 6/8076 (Antwort der LReg auf die Kleine Anfrage Nr. 3211) und zum anderen in diesem Betrag jedenfalls keine Kostenschätzungen für die Absicherung der Vermeidung von Gemeinschaften insbesondere am Gewässersystem der Spree enthalten sind.

Der „Sockelbetrag“ macht danach allenfalls einen Bruchteil der erforderlichen Finanzmittel aus. Er reicht zur Absicherung keinesfalls aus, es wären vielmehr sehr hohe weitere jährliche Zuführungen erforderlich, damit der in der (diesseits unbekannt) Anlage 3 für das Jahr 2033 genannte „Endbestand“ erreicht werden kann (vgl. § 3.3 der „Vorsorgevereinbarung“).

bb) Nicht öffentlich zugänglich ist auch die Anlagerichtlinie (Anlage 4 der „Vorsorgevereinbarung“). Es ist folglich weder bekannt, ob hochriskante Anlegeformen ausgeschlossen sind, noch, ob Investitionen in Zusammenhang etwa mit Kohleabbau- und –verstromungsaktivitäten erlaubt sind.

Im Übrigen ist die zu gründende Zweckgesellschaft der LE-B noch nicht einmal an die (diesseits unbekannt) Anlagerichtlinie gebunden. Die LE-B soll vielmehr lediglich „im Rahmen des rechtlich Zulässigen und Möglichen darauf hinwirken, dass die Zweckgesellschaft die Vorgaben der Anlagerichtlinie enthält“ (vgl. § 4.3 der „Vorsorgevereinbarung“).

Sanktionen bei Nichteinhaltung gibt es ebenso wenig wie staatliche Aufsichtsmöglichkeiten über die Anlegepraxis.

Es fehlt mithin bereits an jeglicher Sicherheit dahingehend, dass der „Sockelbetrag“ über Jahrzehnte oder gar unbegrenzt erhalten und verfügbar bleibt. Es fehlt zudem an jeglicher Absicherung, dass Erträge

aus dem Geschäftsbetrieb der LE-B überhaupt und in ausreichender Höhe generiert und dem Sondervermögen in Gestalt der Zweckgesellschaft der LE-B zugeführt und dort erhalten werden. Ebenso wenig gibt es eine Sicherheit dafür, dass sodann Erträge überhaupt und in ausreichender Höhe allein aus dem Sondervermögen erzielt und erhalten werden (siehe demgegenüber beispielsweise die detaillierten und strengen Vorgaben in §§ 66, 72, 77a Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) zum Erhalt und zur Aufsicht eines internen Sicherungsvermögens bei Versicherungen).

cc) Das Sondervermögen mit Übertragung des „Sockelbetrags“ soll überdies erst nach Auslaufen der Cash-lock-up-Klausel aus dem Unternehmenskaufvertrag mit Vattenfall Europe Mining (siehe oben) erfolgen. Der gesamte „Sockelbetrag“ soll sogar erst bis 30. Juni 2021 in die Zweckgesellschaft eingebracht werden (vgl. § 3.2 der „Vorsorgevereinbarung“).

dd) Entscheidend ist darüber hinaus das Folgende:

Die seitens des LBGR geschlossene „Vorsorgevereinbarung“ mit Gründung einer Zweckgesellschaft und Ansparung eines Sondervermögens aus dem „laufenden positiven Cashflow“ der LE-B entspricht offensichtlich keiner der durch den Gesetzgeber in § 232 BGB, § 56 Abs. 2 S. 2 BBergG konkret zugelassenen Arten einer Sicherheitsleistung.

Die „Vorsorgevereinbarung“ ist auch nicht etwa eine diesen gesetzlich vorgesehenen Sicherheiten gleichwertige Sicherheit. Gleichwertige Sicherheiten in diesem Sinne müssen nämlich geeignet sein, den Sicherungszweck auch tatsächlich erfüllen zu können (siehe auch *Landesamt für Geologie und Bergwesen von Sachsen-Anhalt*, Hausverfügung zur Erhebung und Verwertung von Sicherheitsleistungen gem. § 56 Abs. 2 BBergG, S. 7, sowie grdsl. zu den hohen Maßstäben für die Erhebung von Sicherheitsleistungen nach § 56 BBergG: *Sächsisches Oberbergamt*, Merkblatt zur Erhebung und Verwertung von Sicherheitsleistungen gem. § 56 Abs. 2 BBergG, Stand 11/2010).

Das bedeutet, dass eine den in § 232 BGB, § 56 Abs. 2 S. 2 BBergG genannten Arten von Sicherheitsleistungen gleichwertige Sicherheitsleistung im Hinblick auf die Effektivität und den Zweck beispielsweise einer Hinterlegung von Bargeld oder der Verpfändung von Sparbüchern im Ergebnis gleichzusetzen hat (VG Halle, Urt. v. 1. Oktober 2009, 3 A 29/08, ZfB 2010, 33, 42).

Bei Bestellung von Bürgschaften haben sich Bürgen und Kreditinstitute unwiderruflich und unbefristet gegenüber der zuständigen Behörde zu verpflichten, auf deren erstes Anfordern den festgesetzten Betrag zu zahlen (Vgl. OVG Magdeburg, Urt. v. 17.5.2017, 2 L 126/15). Die zuständige Behörde kann verlangen, die Tauglichkeit eines Bürgen nachzuweisen (VG Halle, Urt. v. 1. Oktober 2009, 3 A 29/08, ZfB 2010, 33, 38; *Kaster*, in: BeckOK Umweltrecht, 46. Ed. 1. April 2018, KrWG § 43 Rn. 10; das OVG Weimar, Urt. v. 8. Juni 2011, 1 KO 704/07, ZfB 2011, 247, hat für die Sicherung der Wiedernutzbarmachung eines Kiessandtagebaus eine immerhin auf 51 Jahre befristete Bürgschaft verlangt).

Vergleichbares wird mit der „Vorsorgevereinbarung“ vom 1. Juli 2019 nicht einmal ansatzweise gewährleistet.

Hinzukommt: Einerseits sollen die jährlichen Mittelzuführungen zum Sondervermögen aus dem „laufenden Cashflow“ der LE-B erfolgen. Zugleich wird das Sicherheitsbedürfnis aber gerade damit begründet, dass sich in den letzten Jahren die energiewirtschaftlichen Randbedingungen auf dem Strommarkt für die Erzeuger konventioneller Energien stark verändert haben. Das bleibt zwangsläufig nicht ohne Auswirkungen auf den Cashflow.

Anders ausgedrückt: Das, was als Grund gerade für ein (erhöhtes) Sicherheitsbedürfnis angeführt wird, soll zugleich die Grundlage einer (vermeintlichen) Absicherung sein. Das ist ein Zirkelschluss.

Die „Vorsorgevereinbarung“ und die in ihrer Folge geplante Schaffung eines Sondervermögens sind auch nicht insolvenzfest. Das folgt bereits daraus, dass es bei Insolvenz der LE-B keine weiteren Mittelzuführungen

an das Sondervermögen gibt und eine Insolvenz der LE-B mithin direkt auf die Zweckgesellschaft und somit auf die (vermeintliche) Sicherheit durchschlägt.

Das Vorstehende gilt noch einmal in besonderer Weise in Anbetracht der unklaren allgemeinen Kapitalmarktbedingungen. Und es gilt in Anbetracht der konkreten Entwicklungen im Bereich der Braunkohleverstromung. In Anbetracht des Ausbaus der Erneuerbaren Energien und der Reform des Europäischen Emissionshandelssystem werden künftig mit Braunkohlentagebauen nicht die heute erzielten und durch die Bergbautreibenden prognostizierten Gewinne erwirtschaftet werden.

Der Braunkohlentagebau Jänschwalde soll zudem - unabhängig von einem Ausstieg aus der Kohleverstromung - 2023 geschlossen werden. Wird jedoch kein operatives Geschäft mehr durchgeführt, können keine Erträge mehr erwirtschaftet werden.

Im Hinblick auf andere Tagebaue der LE-B und damit auf ihr operatives Geschäft insgesamt, wird sich die Vorverlegung des bislang angenommenen Endes der Braunkohleverstromung im Jahr 2049 durch Umsetzung der Empfehlungen der Kommission „Wachstum, Strukturwandel und Beschäftigung“ mindestens auf 2038, aus Klimaschutzgründen möglicherweise auf ein früheres Datum, auswirken und zusätzlich zu veränderten wirtschaftlichen Rahmenbedingungen die „Ansparzeit“ verkürzen.

Die „Vorsorgevereinbarung“ vom 1. Juli 2019 legt indes ohne jede Begründung und ohne Auseinandersetzung mit den mit einem Kohleausstieg bis spätestens 2038 - bzw. früher auf Grund klimaschutzfachlicher Notwendigkeiten – verbundenen Auswirkungen auf das unternehmerische Konzept von LE-B die Annahme zugrunde, dass „das unternehmerische Vorsorgekonzept der LE-B auch nach Realisierung der im Abschlussbericht empfohlenen Maßnahmen belastbar“ bleibe und weiter umgesetzt werden könne. Dies gelte vor allem auch hinsichtlich der von der LE-B in den Vorsorgekonzepten Jänschwalde und Welzow-Süd angenommenen Laufzeiten der Tagebaue

Jänschwalde bis zum 31. Dezember 2023 und Welzow-Süd bis zum 31. Dezember 2033 und die Beurteilung der Finanzkraft der LE-B bis 2042 (vgl. Präambel der „Vorsorgevereinbarung“, S. 4).

Mit dem vereinbarten Kohleausstieg gibt es allerdings tatsächlich eine andere Ausgangslage. Spätestens nach dem Abschlussbericht der Kommission „Wachstum, Strukturwandel und Beschäftigung“ sind die „alten“ Annahmen von LBGR und LE-B zur Überprüfung zu stellen. In welcher Höhe und ob überhaupt gegebenenfalls Entschädigungen für die Einstellung des Betriebs von Braunkohlentagebauen der LE-B gezahlt werden, ist im Übrigen gegenwärtig mindestens offen.

Eine aktuelle Fortführungsprognose, also eine begründete Aussage darüber, ob und wie lange die LE-B nachhaltig in der Lage ist, ihre geschäftlichen Aktivitäten unter den bereits jetzt grob absehbaren neuen Randbedingungen unter Einhaltung ihrer Zahlungsverpflichtungen fort führen und darüber hinaus Gewinne erzielen zu können, gibt es nicht. Jedenfalls ist eine solche nicht bekannt.

Die „Vorsorgevereinbarung“ setzt nach alledem ein Finanzierungsrisiko fort, statt es abzusichern. Sie ersetzt nicht die Anordnung von Sicherheitsleistungen nach § 56 Abs. 2 S. 1 BBergG.

e) Nachträgliche Anordnung von Sicherheitsleistungen

Die Erforderlichkeit der Festsetzung einer Sicherheitsleistung nach § 56 Abs. 2 BBergG ist bei jeder Zulassung und gemäß § 56 Abs. 3 BBergG auch bei jeder Verlängerung, Ergänzung oder Änderung eines Betriebsplanes von der zuständigen Behörde zu prüfen.

§ 56 Abs. 1 BBergG regelt zudem ausdrücklich die Möglichkeit der nachträglichen Aufnahme, Änderung oder Ergänzung von Auflagen zum Betriebsplan. Die Behörde kann den Zulassungsbescheid auch nachträglich mit einer entsprechenden Nebenbestimmung über die Festsetzung einer Sicherheitsleistung versehen, hierbei kommen zudem alle Betriebsplanarten infrage (von Hammerstein, a.a.O., § 56 Rn. 29; zur

nachträglichen Anordnung von Sicherheitsleistungen siehe auch OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 23. Mai 2017, 11 S 78.16, BeckRS 2017, 112964 und OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 1. März 2017, 11 S 4.17, BeckRS 2017, 105092).

Das LBGR kann bzw. muss die Zulassungsbescheide zum Rahmenbetriebsplan und zum Hauptbetriebsplan zu diesem Zweck also auch jetzt mit einer entsprechenden Nebenbestimmung über die Festsetzung einer Sicherheitsleistung versehen (vgl. von *Hammerstein*, a.a.O., § 56 Rn. 29; zur nachträglichen Anordnung von Sicherheitsleistungen siehe auch OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 23. Mai 2017, 11 S 78.16, BeckRS 2017, 112964 und OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 1. März 2017, 11 S 4.17, BeckRS 2017, 105092).

Die nachträgliche Anordnung einer Sicherheitsleistung kommt bei einer Änderung der Sachlage insbesondere dann in Betracht, wenn – wie hier – erkennbar wird, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Betreibers gesunken ist oder wenn ein weniger zahlungskräftiger Gesamtrechtsnachfolger in die Position des ursprünglichen Betreibers eingetreten ist (siehe für Sicherheitsleistungen im Immissionsschutzrecht etwa *Storost*, a.a.O., § 8a Rn. D3; *Mann*, a.a.O., § 8a Rn. 106; *Scheuing/Wirths*, in: GK-BImSchG § 8a Rn. 84).

Die gegenüber LE-B bereits erfolgten Zulassungen von Betriebsplänen für den Braunkohlentagebau Welzow-Süd entbinden das LBGR nach alledem nicht von seiner Handlungspflicht, nunmehr Sicherheitsleistungen anzuordnen.

f) Höhe der Sicherheitsleistung

Die Höhe der Sicherheitsleistung nach § 56 Abs. 2 BBergG bemisst sich danach, dass mit ihr die voraussichtlichen Kosten für die Durchführung der während des Betriebs und nach einer Betriebseinstellung notwendigen Maßnahmen zur Sicherstellung der Pflichten nach § 55 Abs.

1 S. 1 Nr. 3 bis 13, Abs. 2 BBergG abgedeckt werden können (siehe OVG Magdeburg, Urt. v. 25. Oktober 2012, 2 L 87/11, ZUR 2013, 284, 285; OVG Münster, Beschl. v. 2. Februar 2011, 8 B 1675/10, ZUR 2011, 264).

Die Höhe der anzuordnenden Sicherheitsleistung muss folglich dem absehbaren finanziellen Aufwand für die Erfüllung der maßgeblichen aktuellen Betreiber- und der Nachsorgepflichten entsprechen, mithin an den dafür voraussichtlichen Aufwendungen ausgerichtet sein (siehe auch *Jarass*, BImSchG, 12. Aufl. 2017, § 12 Rn. 22; *Mann*, a.a.O., § 8a Rn. 108, § 12 Rn. 81; *Dietlein*, in: BeckOK Umweltrecht, 46. Ed. 1. April 2018, BBodSchG § 10 Rn. 11).

Auch langfristige Entwicklungen müssen finanziell abgesichert sein. Das Bundesverwaltungsgericht hat beispielsweise den Hochwasserschutz in die Betriebsplanvoraussetzung nach § 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BBergG einbezogen und dabei einen Betrachtungszeitraum von Jahrzehnten zugrunde gelegt (BVerwG, Urt. v. 29. April 2010, 7 C 18.09, UPR 2010, 389 (Bergwerk West); siehe auch *Frenz*, a.a.O., S. 527). Das wiederum wird auch einen angemessenen Risikozuschlag notwendig machen.

Dem BUND Landesverband Brandenburg e.V. sind bislang keine nachvollziehbaren Kostenschätzungen für die Folgekosten des Braunkohlentagebaus Welzow-Süd zugänglich gemacht worden. Im Rahmen dieses Antrags kann er, wie soeben geschehen, mithin nur die grundsätzlichen Maßstäbe, darlegen.

Für den weiteren Vortrag bitte ich daher um Übersendung aktueller Kostenschätzungen im Hinblick auf die Folgekosten des Braunkohlentagebaus Welzow-Süd, um Übersendung der Anlagen 3 und 4 zur „Vorsorgevereinbarung“ vom 1. Juli 2019 sowie um die Prüfberichte der Landesregierung im Hinblick auf Absicherung der Folgekosten des Braunkohlentagebaus Welzow-Süd durch die LE-B.

Rein vorsorglich bitte ich um Übersendung auf Grundlage des Umweltinformationsgesetzes des Landes Brandenburg (BgBUIG).

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Cornelia Ziehm
Rechtsanwältin