

# Will Nature Conservation Spell the End of Opencast Mining at Hambach?

Nature protection has now moved onto the agenda for Hambach lignite mine. Environmentalists have set up a camp on the site and the Berlin-based German Federation for Environment and Nature

Conservation (BUND) has petitioned for legal protection as an environmental organisation. Can habitat and species protection as part of EU legislation stop lignite mining in its tracks?

## Scheitert der Tagebau Hambach am Naturschutz?

Der Naturschutz ist für den Braunkohlentagebau Hambach ins Blickfeld geraten. Umweltschützer haben dort ein Camp errichtet, der Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland e.V. (BUND),

Berlin, hat als Umweltverband um Rechtsschutz ersucht. Können der Habitat- und der Artenschutz als unionsrechtliche Vorgaben den Braunkohlentagebau stoppen?

### 1 Current situation

Glückauf Hambach!? The main operating plan 2018 to 2020, which provides for the continued extraction of lignite at Hambach opencast mine (Figure 1), has been approved by the District Government of Arnsherg. This plan forms the basis for the continuing operation of the lignite mine from 1st April 2018 to 31st December 2020. And yet it can still be opposed by the nature conservation movement. The Berlin-based German Federation for Environment and Nature Conservation (BUND) has already appealed to the Higher Administrative Court (OVG) in Münster. The framework operating plan, like its predecessor for the current main operating plan, were approved by the Administrative Court (VG) in Cologne in a ruling of 24th November 2017 (14 K 1282/15), whose grounds have only just been published. Is the continuation of Hambach mine therefore assured?

### 2 Uncertainty about habitat protection areas?

The OVG Münster (in a ruling dated 28.11.2017, 11 B 1362/17) has already provisionally halted logging operations in the Hambach forest and has made it clear that the existence of a habitat protection area needs to be verified. Yet this position may well have something to do with the fact that Germany had in the first place not registered enough habitat protection areas for the European Commission to earmark as part of its Europe-wide Natura 2000 network. And in any case, in order to ensure that sufficient land would be available for consideration all areas that satisfied the criteria laid down in the Habitats Directive and its annexes, and which the member states could therefore have declared to the Commission as habitat protection areas, were being viewed as potential habitat sites. Hambach forest could also have fallen

### 1 Aktuelle Verfahrenslage

Glückauf Tagebau Hambach!? Der Hauptbetriebsplan 2018 bis 2020 zum Fortgang des Braunkohlenabbaus im Tagebau Hambach (Bild 1) ist von der dafür zuständigen Bezirksregierung Arnsherg zugelassen worden. Dieser Hauptbetriebsplan bildet die Grundlage für den Weiterbetrieb des Braunkohlentagebaus vom 1. April 2018 bis zum 31. Dezember 2020. Ihm kann der Naturschutz entgegenstehen. Der Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland e.V. (BUND), Berlin, hat bereits das Oberverwaltungsgericht (OVG) Münster angerufen. Der Rahmenbetriebsplan wie auch der dem jetzigen Hauptbetriebsplan vorgehende wurden vom Verwaltungsgericht (VG) Köln in einem Urteil vom 24. November 2017 (14 K 1282/15), dessen Gründe erst jetzt veröffentlicht wurden, gebilligt. Ist damit der Fortgang des Tagebaus Hambach gesichert?

### 2 Unklarheit über Habitatschutzgebiet?

Das OVG Münster (Beschl. v. 28.11.2017, 11 B 1362/17) hat bereits die Rodungsarbeiten im Hambacher Forst vorläufig gestoppt. Es verwies darauf, dass die Existenz eines potentiellen Habitatschutzgebiets geprüft werden müsse. Diese Figur wurde allerdings im Hinblick darauf entwickelt, dass Deutschland zunächst nicht genügend Habitatschutzgebiete gemeldet hat, welche die EU-Kommission für das europaweite Netz Natura 2000 ausweisen konnte. Um dann auf jeden Fall zu gewährleisten, dass ein ausreichendes Maß an Flächen zur Verfügung steht, wurden alle Gebiete als potentielle Habitatschutzgebiete betrachtet, welche die Kriterien nach der FFH-Richtlinie und ihrer Anhänge erfüllten und daher von den Mitgliedstaaten als Habitatschutzgebiete der Kommission gemeldet werden konnten. In diesen Kreis hätte auch



Fig. 1. Hambach opencast mine. // Bild 1. Tagebau Hambach.  
Source/Quelle: <https://commons.wikimedia.org/wiki/File:TagebauHambach.jpg>

into this category as according to the currently held information based on an expert report commissioned by the mine operator RWE Power AG, Essen/Germany, from the Kiel Institute of Landscape Ecology the area is home to two average-sized nursery colonies of Bechstein's bat, one of the species listed in Annex II of the Habitats Directive, along with a pair of the habitat types also listed in Annex I, namely two specific hornbeam forests. The BUND is therefore objecting to the omission of Hambach forest from the European Natura 2000 network.

Meanwhile Germany has now registered a sufficient number of such sites and the Commission has also specified these as habitat protection areas. This also applies to hornbeam forests and habitats for the Bechstein's bat. In fact, Germany is not obliged to nominate all potential habitat protection zones as areas of Community importance but could legitimately make its own selection. This was also not disputed by the Commission; in fact, the latter called a halt to an infringement case that had been brought because of inadequate notifications of the Bechstein's bat and of a hornbeam forest habitat. The basis for this characterisation as a habitat protection area therefore no longer exists. In any case, in the expert opinion of the Kiel Institute of Landscape Ecology there is no pressing need for any amendments to be made because of functional deficiencies. The VG Cologne in its ruling of 24th November 2017 (14 K 1282/15) also rejected the retrospective inclusion of Hambach Forest into the Natura 2000 network. The BUND subsequently opposed this with an application to allow the appeal against this decision. It was then up to the OVG Münster to decide on the matter.

At most this is all really about moving the boundaries of already recognised habitat protection areas. This would then allow

der Hambacher Forst fallen können, beherbergt er doch nach aktuellem Kenntnisstand entsprechend der vom Tagebaubetreiber, der RWE Power AG, Essen, beim Kieler Institut für Landschaftsökologie eingeholten fachgutachterlichen Stellungnahme zwei Wochenstubenkolonien mittlerer Größe der Bechsteinfledermaus, einer in Anhang II der FFH-Richtlinie gelisteten Art, sowie zwei Lebensraumtypen des Anhangs I der FFH-Richtlinie, nämlich zwei spezifische Hainbuchenwälder. Der BUND beanstandet denn auch die unterbliebene Einbeziehung des Hambacher Forsts in das europäische Netz Natura 2000.

Indes hat Deutschland mittlerweile eine ausreichende Zahl an Gebieten gemeldet und die Kommission diese auch als Habitatschutzgebiete ausgewiesen. Das gilt gerade auch für Hainbuchenwälder und Lebensräume der Bechsteinfledermaus. Dabei musste Deutschland nicht alle potentiellen Habitatschutzgebiete als Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung benennen, sondern konnte zulässigerweise eine Auswahl treffen. Diese wurde von der Kommission auch nicht beanstandet; vielmehr hat sie ein wegen defizitärer Meldungen auch der Bechsteinfledermaus und eines Hainbuchenwald-Lebensraumtyps eingeleitetes Vertragsverletzungsverfahren eingestellt. Damit ist die Grundlage für diese Figur der potentiellen Habitatschutzgebiete entfallen. Etwaige sich aufdrängende Ergänzungen wegen funktionaler Defizite werden jedenfalls nach dem Gutachten des Kieler Instituts für Landschaftsökologie nicht gesehen. Das VG Köln hat ebenfalls in seinem Urteil vom 24. November 2017 (14 K 1282/15) die nachträgliche Aufnahme des Hambacher Forsts in das Gebietsnetz Natura 2000 verneint. Der BUND wandte sich dagegen mit einem Antrag, die Berufung gegen dieses Urteil zuzulassen. Dann müsste das OVG Münster entscheiden.

an area that was not originally acknowledged as a habitat protection zone to become one. The extent to which such a dynamic concept applies is however a matter of some controversy. After all, delineated area boundaries have already been specified. An error correction can therefore only apply in exceptional circumstances, such as when the assumption that the original area delimitation was correct can be challenged with sufficient certainty following the conclusion of the selection procedure (Fed. Admin. Court ruling of 14.02.2010 – 9 A 5.08, BVerwGE 136, 291, recital 39; for more see Frenz, in: Frenz/Müggenborg, Fed. Nature Conservation Act, 2nd edition 2016, § 31 recital 30 ff.). In any case, the basis for any extension of the area boundary is that areas that have not been formally recognised have some connection with an established habitat protection zone and meet the relevant protection criteria. One approach could be that the Bechstein's bat is protected in the Norvenich Forest, which is some 7 km away from Hambach, and that the creatures have now transferred their foraging activities into the Hambach woodland. However, this would require more detailed evidence in order to impose an extension of the protection area (Fed. Admin. Court ruling of 28.04.2016 – 9 A 9.15, BVerwGE 155, 91, recital 99 – Elbe crossing A 20).

### 3 Species conservation

Irrespective of this, species protection can still come into play. For such an intervention to take place it only requires one of the priority species listed by the member states in accordance with Annex I of the Habitats Directive to be present. Such wildlife species must not be caught or killed nor must they be seriously disturbed during the breeding, rearing, moulting, hibernation or migration seasons. Their breeding and resting sites must also not be damaged or destroyed, no more than the habitats of wild plants. Quite a few motorway and wind farm projects have already been thwarted by these stipulations. The Arnsberg District Government has set up a species-specific monitoring programme under the heading "Preserving the natural occurrence of bats at Hambach mine and its environs" and this has been running since 2004. The survey's findings are documented in regular monitoring reports.

From this it is therefore not yet clear exactly how Hambach mine will proceed. The decisive factor will be the extent to which species protection will prove to be sufficient given the protected species that are now present on site. While the "grandfather clause" is indeed recognised at European level, it has not yet been successfully invoked against habitat or even species protection regulations. Even centuries-old practices such as the pot fisheries of the Steinhuder Lake have fallen victim to the habitat protectionists. This applied even though the otters that were threatened by these activities did not become established until after the site had been designated a protected area. The scope of the protection then had to be extended accordingly (OVG Lüneburg, ruling of 03.03.2015 – 4 LC 39/13 and 4 A 5418/12).

Nevertheless, the framework operating plan for Hambach mine has in fact been confirmed by court decision. Even the European Court of Justice (ECJ) has stressed the importance of final adjudications that must not be questioned further (ECJ, ruling of 16.03.2006 – C-234/04, recital 20 f.; for more details see Frenz, DVBl. 2018, forthcoming edition, and on OVG decision above).

In der Sache geht es also höchstens noch darum, dass sich Gebietsgrenzen bereits ausgewiesener Habitatschutzgebiete verschieben. Dadurch können Bereiche, die ursprünglich nicht als Habitatschutzgebiet ausgewiesen wurden, noch zum Habitatschutzgebiet werden. Inwieweit eine solche dynamische Konzeption besteht, ist allerdings strittig. Immerhin wurden feste Gebietsgrenzen ausgewiesen. Daher kann nur eine Fehlerkorrektur in außergewöhnlichen Fällen eintreten, wenn nämlich die Vermutung der ursprünglich richtigen Gebietsabgrenzung nach Abschluss des Auswahlprozesses substantiiert erschüttert werden kann (BVerwG, Urt. v. 14.02.2010 – 9 A 5.08, BVerwGE 136, 291, Rn. 39; zum Ganzen näher Frenz, in: ders./Müggenborg, BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 31 Rn. 30 ff.). Basis für eine etwaige Erweiterung der Gebietsgrenze ist jedenfalls, dass die nicht formal erfassten Bereiche zu einem ausgewiesenen Habitatschutzgebiet in Zusammenhang stehen und dessen Schutzkriterien erfüllen. Ein Ansatz dafür kann sein, dass die Bechsteinfledermaus im etwa 7 km vom Hambacher Forst entfernten Nörvenicher Wald geschützt ist und nunmehr etwa ihre Nahrungs- und Brutversorgungsflüge in den Hambacher Forst verlagert hat. Dafür müssten aber nähere Anhaltspunkte bestehen, die eine Gebietserweiterung zwingend aufdrängen (BVerwG, Urt. v. 28.04.2016 – 9 A 9.15, BVerwGE 155, 91, Rn. 99 – Elbquerung A 20).

### 3 Artenschutz

Unabhängig davon kann der Artenschutz zum Zug kommen. Für dessen Eingreifen genügt es, wenn eine der nach Anhang IV der FFH-Richtlinie von den Mitgliedstaaten gelisteten prioritären Arten vertreten ist. Solche wild lebenden Tiere dürfen weder gefangen oder getötet noch in ihren Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Mauser-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten erheblich gestört werden. Zudem dürfen die Fortpflanzungs- oder Ruhestätten nicht beschädigt oder zerstört werden, ebenso wenig die Standorte wild lebender Pflanzen. Daran sind schon manche Fernstraßen wie auch Windenergieanlagen gescheitert. Die Bezirksregierung Arnsberg hat eigens ein artspezifisches Monitoring „Bewahrung der Vorkommen von Fledermäusen im Bereich des Tagebaus Hambach und seinem Umfeld“ erarbeitet und führt dieses seit dem Jahr 2004 durch. Die Ergebnisse werden in regelmäßigen Monitoringberichten dokumentiert.

Von daher ist es noch nicht ausgemacht, wie der Tagebau Hambach weitergehen wird. Entscheidend dürfte sein, inwieweit der Artenschutz aufgrund von nunmehr vorhandenen geschützten Arten reicht. Der Bestandsschutz ist zwar auch auf europäischer Ebene anerkannt, konnte aber bislang gegen den Habitat- oder auch den Artenschutz nicht erfolgreich ins Feld geführt werden. Selbst jahrhundertlang praktizierte Bewirtschaftungsmethoden wie die Reusenfischerei im Steinhuder Meer fielen dem Habitatschutz zum Opfer. Das galt, obwohl sich die davon bedrohten Fischotter erst nach Ausweisung eines Schutzgebiets ansiedelten. Insoweit musste der Schutz dann erweitert werden (OVG Lüneburg, Urt. v. 03.03.2015 – 4 LC 39/13 u. 4 A 5418/12).

Immerhin besteht aber für den Tagebau Hambach ein gerichtlich bestätigter Rahmenbetriebsplan. Auch der Europäische Gerichtshof (EuGH) betonte die Bedeutung rechtskräftiger Entscheidungen, die nicht mehr in Frage gestellt werden müssen (EuGH, Urt. v. 16.03.2006 – C-234/04, Rn. 20 f.; näher zu diesem

However, the complete disregard for EU regulations and their implementation is a violation of the principle of effectiveness. In this respect reasonable justification cannot even be claimed by reference to the principle of legal certainty, as the ECJ ruled in respect of the ban on state aid in the Klausner-Holz case (ruling of 11.11.2015 – C-515/14, recital 45 f.). But provided that species protection has been adequately assessed as part of the approval process for the framework operating plan, as the VG Cologne affirms, and this is deemed to be final, then this factor has been sufficiently and appropriately taken account of. This then becomes binding for the main operating plan. Having said that, a continuous programme of observations must be put in place to ensure effective species protection. The Arnsberg District Government has specifically set up an ongoing monitoring regime for this purpose and there must be no deterioration in the conditions that have been prescribed. If any shortcomings occur in this respect there will be no avoiding a revision of the operating plan.

#### 4 Outlook

Circumstances would therefore seem to suggest that ongoing operations at Hambach are secure. However, there is always the possibility of a surprise in store, particularly when it comes to the species protection issue. Yet species protection too has its pitfalls. For the OVG Münster, in presenting a submission to the ECJ, first instigated the claim brought by the environmental organisation – and this made it possible for the group to bring an action against Hambach opencast mine based on habitat and species legislation, though this does not confer subjective or individual rights. But as the old saying goes: in court and on the high seas a man's fate lies in God's hands. And so the suspense continues for Hambach mine.

In any case one thing is fundamentally clear: mining law no longer wins over constitutional law, as it used to do, and in fact habitat and species protection as an EU requirement now wins over Germany's nationally geared mining legislation, which also includes the EIA ecotest provisions. This could only be avoided if mining legislation were also to be organised uniformly throughout the EU. However, could that lead to greater leeway for the mining companies?

**Author / Autor** Prof. Dr. jur. Walter Frenz, Lehr- und Forschungsgebiet Berg-, Umwelt- und Europarecht, Rheinisch-Westfälische Technische Hochschule (RWTH) Aachen, Aachen

Aspekt Frenz, DVBl. 2018, im Erscheinen, auch für das Vorherige). Indes verstößt die gänzliche Außerachtlassung von EU-Vorschriften und ihrer Durchsetzung gegen den Effektivitätsgrundsatz. Insoweit besteht eine angemessene Rechtfertigung auch nicht durch den Grundsatz der Rechtssicherheit, wie der EuGH für das Beihilfenverbot im Fall Klausner-Holz entschied (Urt. v. 11.11.2015 – C-515/14, Rn. 45 f.). Soweit aber der Artenschutz in der Rahmenbetriebsplanzulassung hinreichend geprüft wurde, wie es das VG Köln bejaht, und diese bestandskräftig ist, wurde er hinreichend beachtet. Das ist dann für den Hauptbetriebsplan verbindlich. Allerdings muss für einen effektiven Artenschutz eine fortlaufende Beobachtung erfolgen. Die Bezirksregierung Arnsberg hat eigens ein fortlaufendes Monitoring eingerichtet. Die dadurch sicherzustellenden Bedingungen dürfen sich nicht verschlechtern. Treten insoweit Defizite auf, wird man nicht umhinkommen, im Hauptbetriebsplan nachzujustieren.

#### 4 Ausblick

Damit ist nach den ersichtlichen Umständen die Fortführung des Tagebaus Hambach gesichert. Es ist indes nicht auszuschließen, dass doch noch vor allem im Hinblick auf den Artenschutz eine Überraschung kommt. Aber auch der Habitatschutz hat seine Untiefen. Und das OVG Münster war das dem EuGH vorlegende Gericht, das so die Umweltverbandsklage anstieß – welche nunmehr erst die Klage gegen den Tagebau Hambach durch einen Umweltverband auf der Basis des keine subjektiven Rechte verleihenden Habitat- und Artenschutzes ermöglicht hat. Wie heißt es doch: Vor Gericht und auf hoher See befindet man sich in Gottes Hand. Es bleibt damit spannend im Hinblick auf den Tagebau Hambach.

Jedenfalls wurde grundsätzlich deutlich: Es schlägt nicht mehr das Bergrecht das Grundgesetz, wie früher gesagt wurde, sondern Habitat- und Artenschutz schlagen als EU-Vorgaben das – immer noch bis auf die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) national geprägte – Bergrecht. Dies könnte nur vermieden werden, wenn auch das Bergrecht unionsweit einheitlich geordnet würde. Aber ob das zu größeren Spielräumen für die Bergbaufirmen führt?