

# OBERVERWALTUNGSGERICHT DES LANDES SACHSEN-ANHALT

Aktenzeichen: 2 L 126/15

URTEIL vom 17. Mai 2017

wegen

Nebenbestimmung zu einer bergrechtlichen Betriebsplanzulassung  
(Sicherheitsleistung),

---

## Tatbestand

Die Klägerin wendet sich gegen eine Nebenbestimmung in einem ihr erteilten Hauptbetriebsplan für einen Hartsteintagebau hinsichtlich der Leistung einer Sicherheit. Sie wehrt sich dagegen, dass im Fall der Sicherheitsleistung in Form einer Bürgschaft die Zahlung aus der Bürgschaft auf erstes Anfordern zu erfolgen hat.

Die Klägerin betreibt den Hartsteintagebau ... zur Gewinnung von Schotter und Splitt im Porphyrtagebau. Am 29.11.1996 erhielt sie die Zulassung des Rahmenbetriebsplans für das Abbauvorhaben mit Gültigkeit bis 31.12.2018. Mit Bescheid vom 05.10.2000 genehmigte der Beklagte die Vertiefung der Grube unter Einrichtung einer 6. und 7. Sohle. Ein Genehmigungsverfahren zur Erweiterung des Vorhabens in nordöstlicher und westlicher Richtung schloss das Staatliche Amt für Umweltschutz (STAU) mit Genehmigungsbescheid vom 22.10.2001 ab.

Am 21.10.2013 beantragte die Klägerin die Zulassung eines (weiteren) Hauptbetriebsplans. Sie gab hierzu an, sie plane nunmehr im Winter 2014/2015, die stationäre Aufbereitungsanlage aus dem Abbaufeld nach außerhalb zu verlegen und in dem Bereich der bisherigen Aufbereitungsanlage ebenfalls Rohstoffe abzubauen. Mit Bescheid vom 16.12.2013 erteilte der Beklagte ihr die beantragte Zulassung mit einer Laufzeit vom 21.10.2013 bis 31.12.2015. Nach der in Anlage 1 zum Bescheid aufgeführten Nebenbestimmung Nr. 1 erging die Betriebsplanzulassung gemäß § 56 Absatz 2 BBergG mit dem Verlangen nach einer Sicherheitsleistung, die auf 107.000,00 € festgesetzt wurde und bis zum 30.01.2014 zu hinterlegen war. Bei Nichteinhaltung dieser Frist sollte die Zulassung erlöschen. Weiter heißt es dort:

„Für den Fall, dass die Hinterlegung einer Bankbürgschaft vorgesehen ist, muss diese auf erstes Anfordern erteilt werden, unbedingt und unbefristet, unwiderruflich und unter Verzicht auf die Einreden der Anfechtbarkeit, der Aufrechenbarkeit wegen bestrittener oder nicht rechtskräftig festgestellter Forderungen und der Vorausklage gem. §§ 770, 771 BGB erteilt sein. Eine Erhöhung der Sicherheitsleistung infolge Kostensteigerungen bleibt vorbehalten. [...] Damit diese Kriterien erfüllt werden, ist das Muster der beigefügten Bürgschaftsurkunde zu verwenden.“

Nach diesem Muster verbürgt sich der Bürge gegenüber dem Beklagten selbstschuldnerisch – und zwar unter Verzicht auf die Einreden der Anfechtbarkeit, der Aufrechenbarkeit wegen bestrittener oder nicht rechtskräftig festgestellter Forderungen und der Vorausklage gemäß §§ 770, 771 BGB – unbedingt, unbefristet und unwiderruflich zu einem (einzutragenden) Höchstbetrag für die gegenüber dem (einzutragenden) Bergbauunternehmen bestehenden Ansprüche auf Erfüllung der sich aus der Zulassung bergrechtlicher Betriebspläne ergebenden öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen (Sicherheitsleistung gemäß § 56 Absatz 2 BBergG) an das (einzutragende) Vorhaben. Die Bürgschaft soll auf erste Anforderung

zahlbar sein, wenn dem Bürgen schriftlich bestätigt wird, dass die Verpflichtungen des Hauptschuldners bestehen und fällig sind.

Die Nebenbestimmung begründete der Beklagte folgendermaßen: Die Forderung nach einer Sicherheitsleistung erfolge gemäß § 56 Absatz 2 BBergG nach pflichtgemäßem Ermessen und diene der Absicherung der öffentlich-rechtlichen Pflichten, die sich aus der Betriebsplanzulassung ergäben. Aufgrund des Ausmaßes des Gesamtvorhabens und des damit verbundenen Eingriffs mit entsprechend hohen Kosten für die (Wieder-)Herstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sei nicht auszuschließen, dass im Zeitpunkt der Notwendigkeit der Vornahme der diesbezüglichen Maßnahmen die dafür notwendigen Mittel tatsächlich nicht in ausreichendem Maße bereitstünden. Dabei sei für die Beurteilung nicht die gegenwärtige wirtschaftliche Situation der Klägerin von Bedeutung, sondern deren finanzielle Lage in dem Moment, in dem das Bergbauvorhaben beendet werden solle und die Einstellungsarbeiten anstünden. Angesichts der aktuellen Erfahrungen im Zusammenhang mit einer Reihe von außerplanmäßigen Betriebseinstellungen von Bergbauunternehmen, der derzeitigen wirtschaftlichen Gesamtsituation und der internationalen Finanzkrise würden in der Regel alle Betriebsplanzulassungen von der Leistung einer Sicherheit abhängig gemacht, um den Landeshaushalt vor anfallenden Ersatzvornahmekosten im Fall der Nichterfüllung der Pflichten durch den Unternehmer weitgehend freizuhalten. Es lägen keine Anhaltspunkte vor, die hier eine Ausnahme zwingend erforderten. Auch das Interesse des Unternehmens an der Nicht-erhebung wegen der damit verbundenen gravierenden finanziellen und wirtschaftlichen Belastungen führe zu keiner anderen Entscheidung. Der wirtschaftlichen Tragweite Höhe sei ermittelt worden anhand der Unternehmerpflichten und der dafür pro m<sup>2</sup> aufzubringenden Kosten für die einzelnen Aufgaben. Hierzu wurde eine Tabelle erstellt, die zu Gesamtkosten in Höhe von 106.725,00 € gelangte. Um zu gewährleisten, dass die Bürgschaftsurkunde den gestellten Anforderungen entspreche, sei das beigefügte Musterblatt zu verwenden.

Am 16.01.2014 hat die Klägerin Klage erhoben und zur Begründung vorgetragen: Die Nebenbestimmung Nr. 1 sei ermessensfehlerhaft ergangen. Es fehle an konkret auf den Sachverhalt bezogenen Ermessenserwägungen. Die Ausführungen erschöpften sich in einer nahezu wortgleichen Wiederholung von Passagen aus einem Urteil des Thüringer Oberverwaltungsgerichts vom 08.06.2011. Es sei schon nicht auszuschließen, dass bei ordnungsgemäßer Ausübung des Ermessens überhaupt keine Sicherheitsleistung gefordert worden wäre. Der Situation ihres Geschäftsbetriebes und der Lage in Sachsen-Anhalt sei nicht konkret Rechnung getragen worden. Sie bestreite, dass es in den letzten ein bis zwei Jahren zu einer Reihe außerplanmäßiger Betriebseinstellungen gekommen sei. Vielmehr sei ein Bauboom zu verzeichnen gewesen, und eine negative wirtschaftliche Gesamtsituation bestehe nicht mehr. Hinzu komme, dass ihr Unternehmen eine hohe Wirtschaftskraft besitze, was sie seit Jahrzehnten unter Beweis stelle. Sie betreibe nicht nur das Werk in ..., sondern auch den Quarzporphyrtagebau in ... und den Hartsteintagebau „...“ im Harz, ferner eine Vielzahl ergebnisstarker Tagebaue zur Sand- und Kiesgewinnung und deren Weiterverarbeitung. Sie ergründe auch weitere neue Abbaugelände und betreibe Grunderwerbsverfahren sowie die notwendigen Planungsverfahren, was dem Beklagten bekannt sei. Es sei deshalb davon auszugehen, dass sie auch bei Beendigung des Rohstoffabbaus in einer solch guten finanziellen Lage sei, dass die Maßnahmen zur Wiedernutzbarmachung und sonstige Einstellungsarbeiten erbracht werden könnten.

Ermessensfehlerhaft sei in jedem Fall die Entscheidung des Beklagten, von ihr eine Bürgschaft „auf erstes Anfordern“ zu verlangen. Eine solche Bürgschaft sei von

Bankinstituten nur schwer zu erlangen. Die Banken verlangten zur Absicherung der Bürgschaft regelmäßig einen entsprechend hohen positiven Kontosaldo. Es fielen nicht nur die üblichen Avalzinsen an. Für sie bedeute dies bezogen auf alle ihre Bergbauvorhaben eine Kapitalbindung im Umfang von etwa 5 Mio. €. Dies könne nicht im Interesse der Wirtschaftsförderung des Landes liegen. Die Möglichkeit, eine Sicherheit durch Bürgschaft erbringen zu können, solle gerade eine Erleichterung für den Unternehmer darstellen und dazu führen, dass die Kosten aus den laufenden Einnahmen bedient werden können. Die Kapitalbasis des Unternehmens solle geschont werden. Diese Vorteile gingen bei einer Bürgschaft auf erstes Anfordern verloren. Eine solche Bürgschaft komme einer Barsicherheit gleich. Dieses Ergebnis sei vom Bergrecht nicht vorgegeben und gewollt. Der angefochtene Bescheid enthalte keine Begründung dafür, weshalb zwingend eine Bürgschaft auf erstes Anfordern verlangt werde und eine selbstschuldnerische Bürgschaft nicht ausreiche. Angesichts der Langwierigkeit der Rohstoffgewinnung in einem Tagebau und der jahrelang andauernden Maßnahmen zur Wiedernutzbarmachung sei nicht verständlich, weshalb der Beklagte bei Vorliegen von Einwendungen gegen eine Selbstvornahme der Wiedernutzbarmachung nicht zunächst den Ausgang eines etwaigen Rechtsstreites über die Rechtmäßigkeit eines Bürgschaftsbegehrens abwarten könne. Weder die Kosten noch der Verwaltungsaufwand könnten mit der Vorgehensweise des Beklagten verringert werden, weil mögliche Einwendungen des Bürgen oder Hauptschuldners auch im Falle der Gestellung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern zumindest anschließend in dem Rückforderungsrechtsstreit vorgebracht werden könnten. Eine sonst übliche Bürgschaft sichere den Beklagten hinreichend für den Fall einer außerplanmäßigen Betriebseinstellung. Auch der Landeshaushalt werde nicht beeinträchtigt, wenn dieses Kriterium entfalle, weil die Bürgschaft als solche die Kosten sichere.

Die Klägerin hat beantragt,

den Bescheid des Beklagten vom 16.12.2013 zur Zulassung des Hauptbetriebsplans vom 21.10.2013 für den Hartsteintagebau ... hinsichtlich der Nebenbestimmung 1 aufzuheben bzw. dahingehend abzuändern, dass eine Bankbürgschaft zur Sicherheitsleistung über 107.000,00 € nicht mit der Bedingung „auf erstes Anfordern“ verbunden wird.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat u.a. vorgetragen, Sinn und Zweck der Sicherheitsleistung sei es, die Wiedernutzbarmachung zu sichern. Insbesondere solle der Fall der außerplanmäßigen Einstellung des Betriebes während der Betriebsphase, in dem die Abschlussarbeiten noch nicht erbracht seien, durch eine Sicherheitsleistung abgedeckt werden. Maßgeblich sei nicht die derzeitige wirtschaftliche Situation der Klägerin, sondern die Prognose für den Zeitpunkt der Vornahme der Einstellungsarbeiten. Die Feststellung einer Liquiditätsschwäche oder drohenden Insolvenz des Betriebes sei für die Frage der Auferlegung einer Sicherheitsleistung nicht erforderlich. Grundsätzlich sei jede Art der Sicherheitsleistung zuzulassen, wenn sie geeignet sei, den aufgezeigten Zweck zu erfüllen. Er habe die Anforderungen an Bankbürgschaften mit einer Hausverfügung erhöht. Sie seien das Ergebnis einer Ermessensentscheidung im Wege einer Einzelfallprüfung und würden nunmehr zur Begründung der Ermessensentscheidung mitgeteilt. Seit Inkrafttreten der Hausverfügung würden in der Regel nur noch Bürgschaften auf erstes Anfordern akzeptiert. Nur wenn der Zugriff auf die Sicherheitsleistung zum Zeitpunkt der Ersatzvornahme möglich

sei, könne erreicht werden, dass nicht zunächst der Landeshaushalt in Anspruch genommen werden müsse. Durch Bestreiten der Forderungen könne die Auszahlung der Bürgschaft verzögert werden. Sicherheiten müssten so beschaffen sein, dass sie die Kosten vollständig abdecken, hinreichend werthaltig und insolvenzfest seien und dem unmittelbaren Zugriff der Behörde unterlägen. Werde kein Geld oder würden keine Wertpapiere hinterlegt, so dürfe die an deren Stelle tretende Bürgschaft nicht hinter den anderen Arten der Sicherheitsleistung zurückbleiben. Daher sei das Kriterium „auf erstes Anfordern“ wichtig; denn Bürgschaften auf erstes Anfordern zeichneten sich dadurch aus, dass der Bürge zunächst sofort zahlen müsse und etwaige Streitigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art sich in einen Rückforderungsprozess verlagerten. Auch in § 18 Absatz 2 Satz 3 DepV sowie in der Rechtsprechung zu § 6 Absatz 3 ElektroG sei diese Art der Bürgschaft anerkannt. In keinem der acht Fälle, in denen er in der Vergangenheit eine Bürgschaft habe in Anspruch nehmen müssen, sei der Bürgschaftsbetrag unkompliziert ausgezahlt worden. Vielmehr habe es Verweigerungshaltung und Hinhaltetaktiken der Banken bezüglich des Bürgschaftsinhalts, notwendiger Rücksprachen mit dem insolventen Unternehmer, dem Insolvenzverwalter und Nachbürgen gegeben. Sie habe in Vorleistung treten und auf Kosten des Landeshaushaltes im Wege überplanmäßiger Ausgaben das Notwendige veranlassen müssen. Dieses Vorgehen sei auch vom Landesrechnungshof kritisch hinterfragt worden. Eine Bürgschaft auf erstes Anfordern sei zwar für den Bürgen mit Nachteilen verbunden. Diese seien aber noch verhältnismäßig. Die dadurch dem Unternehmen entstehenden Mehrkosten habe es in seiner Kalkulation zu berücksichtigen. Durch eine zügige Wiedernutzbarmachung habe es der Unternehmer in der Hand, die Höhe der Sicherheitsleistung gering zu halten und damit die durch die Bürgschaft verursachte eigene wirtschaftliche Belastung zu verringern. Für einen atypischen Fall, der eine Abweichung von der Hausverfügung rechtfertigen würde, sei nichts vorgetragen oder ersichtlich. Die von der Klägerin vorgetragene Kapitalbindung von etwa 5 Mio. € könne nicht nachvollzogen werden. Es sei lediglich mit einer geringen Steigerung des Avalzinses zu rechnen. Bei einer Vielzahl anderer Betriebsplanzulassungen sei die Bürgschaft auf erstes Anfordern erbracht worden, ohne dass von finanziellen Schwierigkeiten oder der Unmöglichkeit, eine solche Bürgschaft zu erlangen, berichtet worden sei.

Mit dem angefochtenen Urteil hat das Verwaltungsgericht den Bescheid des Beklagten vom 16.12.2013 zur Zulassung des Hauptbetriebsplans hinsichtlich der Nebenbestimmung 1 insoweit aufgehoben, als darin eine Bankbürgschaft zur Sicherheitsleistung über 107.000,00 € mit der Bedingung auf erstes Anfordern verbunden worden ist, und den Beklagten verpflichtet, die Klägerin insoweit unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Die Klage sei als Verpflichtungsklage statthaft. Eine isolierte Aufhebung der Nebenbestimmung Nr. 1 insgesamt oder eine teilweise Aufhebung hinsichtlich der Art der Bürgschaftserbringung scheide aus. Eine übliche selbstschuldnerische Bürgschaft und die selbstschuldnerische Bürgschaft auf erstes Anfordern wiesen qualitativ einen derart großen Unterschied auf, dass von einem Aliudverhältnis auszugehen sei. Für das Klageziel, das nicht auf die Aufhebung der belastenden Nebenbestimmung insgesamt, sondern darauf gerichtet sei, eine weniger belastende Nebenbestimmung zu erreichen, sei die Verpflichtungsklage die richtige Klageart.

Die Forderung des Beklagten an die Klägerin, eine Bürgschaft nur als solche auf erstes Anfordern erbringen zu dürfen, sei rechtswidrig. Die Voraussetzungen des § 56 Absatz 2 Satz 1 BBergG, unter denen die Zulassung eines Hauptbetriebsplans von der Leistung einer

Sicherheit abhängig gemacht werden könne, lägen zwar vor. Die Zugrundelegung allgemeiner Erfahrungen, wie sie der Beklagte in der Vergangenheit im Zusammenhang mit einer Reihe von außerplanmäßigen Betriebseinstellungen von Bergbauunternehmen und der derzeitigen wirtschaftlichen Gesamtsituation, insbesondere der Bauindustrie, gemacht habe, sei grundsätzlich nicht zu beanstanden. Die Klägerin wende sich aber zu Recht dagegen, dass der Beklagte ihr nur die Möglichkeit einräume, die Bürgschaft als eine Bürgschaft auf erstes Anfordern beibringen zu dürfen. Dieses Merkmal der Bürgschaft verlasse den Rahmen der Ermessensentscheidung; es sei nicht "erforderlich" im Sinne von § 56 Absatz 2 Satz 1 BBergG. Dem Erfordernis einer Sicherheitsleistung werde hinreichend Rechnung getragen, wenn sie in Form einer Bürgschaft erbracht werde, die unbedingt, unbefristet, unwiderruflich, nicht ordentlich kündbar und unter Verzicht auf die Einreden der Anfechtbarkeit, der Aufrechenbarkeit wegen bestrittener oder nicht rechtskräftig festgestellter Forderungen und der Vorausklage gemäß §§ 770, 771 BGB geleistet werde. Damit könne der Beklagte die Bürgschaftssumme zur Erfüllung der Wiedernutzbarmachung für hierfür rechtmäßig angeordnete Maßnahmen einsetzen. Dass der Beklagte sich einem Rechtsschutz der Klägerin oder des Bürgen ausgesetzt sehen könne, wenn eine Anordnung für bestimmte Maßnahmen und deren Ersatzvornahme ergehe, habe er hinzunehmen. Ihm bleibe es unbenommen, bei Ausfall der Klägerin die zur Wiedernutzbarmachung gebotenen und erforderlichen Maßnahmen anzuordnen und für die Kosten der notwendig werdenden Ersatzvornahme auch eine Vorausleistung festzusetzen. Ggf. komme die Anordnung des Sofortvollzuges bei unaufschiebbaren Gefahrenabwehrmaßnahmen, insbesondere zur Sicherung der Grube, in Betracht. Für den Zeitraum eines vorläufigen Rechtsschutzverfahrens sei es dem Beklagten zuzumuten, eine Zwischenfinanzierung der Maßnahme vorzunehmen, verbleibe ihm doch bei Rechtmäßigkeit der Maßnahme am Ende der Zugriff auf die Bürgschaftssumme, auch wenn diese nicht schon auf erstes Anfordern in Anspruch genommen werden könne. Für dieses Verständnis spreche auch die Vorschrift des § 56 Absatz 2 Satz 2 BBergG, die den Nachweis des Bestehens einer Versicherung durch den Bergwerksunternehmer ausreichen lasse, ohne dass der Beklagte auf die Versicherung und die Versicherungssumme überhaupt eine direkte Zugriffsmöglichkeit besitze, geschweige denn eine Vorauszahlung verlangen könne. Der Beklagte könne sich nicht auf § 18 Absatz 2 Satz 3 der DepV berufen, der bestimme, dass Bürgen sich unwiderruflich gegenüber der zuständigen Behörde zu verpflichten haben, auf deren erstes Anfordern den festgesetzten Betrag zu zahlen. Im Bergrecht fehle es an einer entsprechenden ausdrücklichen gesetzlichen Regelung; zudem dürfte sich das Gefahrenpotenzial beim Betrieb einer Abfalldeponie, in die typischerweise auch umweltgefährdende Stoffe eingebracht würden, in der Regel deutlich größer darstellen als beim Betrieb eines bergrechtlichen Vorhabens, zumal beim Abbau von Kiesen, Sanden und anderen Gesteinen. Auch wenn eine Hinterlegung von Barmitteln den jederzeitigen Zugriff hierauf ermögliche, stelle die Bürgschaft ohne erstes Anfordern bereits eine ausreichende Sicherung dar und entspreche dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ein Zugriff auf Bürgschaftsmittel setze immer zunächst eine Anordnung zur Vornahme bestimmter, in Betriebsplänen noch nicht geregelter Maßnahmen voraus. Soweit ein Unternehmen in Insolvenz gerate, sei die Forderung gegenüber dem Insolvenzverwalter oder Liquidator geltend zu machen. Insofern löse die Anordnung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern nicht die Problematik, einen Adressaten für die Anordnung zu finden.

Mit Bescheid vom 23.12.2015 ließ der Beklagte auf den Antrag der Klägerin vom 07.09.2015 den Hauptbetriebsplan für den Steintagebau ... bis zum 31.12.2017 zu. In der Nebenbestimmung Nr. 1 wurde wiederum eine Sicherheitsleistung in Höhe von 107.000,00 €

festgelegt, die bis zum 31.03.2016 vorzulegen war. Nach dieser Nebenbestimmung forderte der Beklagte wiederum für den Fall der Hinterlegung einer Bankbürgschaft, dass diese auf erstes Anfordern erteilt werden muss, gestattete der Klägerin aber abweichend hiervon angesichts des noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, eine Bürgschaft zu hinterlegen, die nicht auf erstes Anfordern ausgestellt ist.

Die vom Senat zugelassene Berufung hat der Beklagte wie folgt begründet: Eine Verpflichtung, die Zulassung der Sicherheitsleistung insbesondere auch in Form einer einfachen Bürgschaft herbeizuführen, hätte das Gericht nur aussprechen können, wenn das auch in Bezug auf die Art der Sicherheitsleistung eingeräumte behördliche Ermessen auf Null reduziert wäre. Dies sei aber nicht der Fall. Nach ihrer das Ermessen konkretisierenden Hausverfügung fordere sie für den Fall der Sicherheitsleistung durch Bankbürgschaft, Konzernbürgschaft oder Patronatserklärung ein Zahlungsverprechen auf erstes Anfordern deshalb, weil die Sicherheitsleistung hinreichend werthaltig sowie insolvenzfest sein und dem unmittelbaren Zugriff der Behörde unterliegen müsse. Die Sicherheitsleistung solle u.a. sicherstellen, dass die wirtschaftlichen Lasten, die mit der Durchführung der gemäß § 55 Absatz 1 Satz 1 Nr. 7 BBergG erforderlichen Vorsorge zur Wiedernutzbarmachung der durch die Aufsuchung, Gewinnung und Aufbereitung von Bodenschätzen in Anspruch genommenen Landschaftsfläche sowie mit der durch den Betrieb der beanspruchten Fläche als solcher verbunden sind, nicht von der öffentlichen Hand getragen werden müssen. Um zu gewährleisten, dass die Inanspruchnahme öffentlicher Mittel ausgeschlossen sei, müsse auch eine Bankbürgschaft als Sicherungsmittel im Hinblick auf die Effektivität und ihrem Zweck der Hinterlegung von Bargeld oder etwa der Verpfändung von Spargbüchern oder Wertpapieren gleichstehen. Bei Bürgschaften, die nicht auf erstes Anfordern zahlbar seien, könne der Bürge jedoch Einreden und Einwendungen vorbringen. Der Zweck, öffentliche Kassen vor Ersatzvornahmekosten zu schützen, wäre in diesen Fällen verfehlt. Dass diese Anforderung als sinnvoll und erforderlich angesehen werden könne, bestätige die Regelung in § 18 Absatz 2 Satz 3 DepV, mit der der Verordnungsgeber die vom Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 26.06.2008 (BVerwG 7 C 50.07) aufgestellten Anforderungen habe umsetzen und sicherstellen wollen, dass die Sicherheiten den angestrebten Sicherungszweck erfüllen und der Verfügungsbefugnis der die Sicherheit stellenden Rechtsperson entzogen seien.

Nicht überzeugend sei das Argument des Verwaltungsgerichts, die Rechtsordnung kenne an keiner Stelle den Grundsatz, dass der in Anspruch Genommene in Vorleistung treten müsse, ohne zuvor um (vorläufigen) Rechtsschutz nachsuchen zu können. Denn nicht der Bergbauunternehmer, sondern die bürgende Bank müsse in Vorleistung treten. Der Bergbauunternehmer könne auch im Fall einer Bürgschaft auf erstes Anfordern im Wege des Primärrechtsschutzes seine Rechte geltend machen. Dem Unternehmer stehe der Rechtsweg sowohl gegen die Grundentscheidung über die Sicherheitsleistung als auch gegen die durchzuführende Ersatzvornahme offen. Zudem trete der Sicherungsfall erst dann ein, wenn die Pflichten des verantwortlichen Unternehmens vollstreckbar seien. Bestehe dann aber ggf. nach Ausschöpfung des Primärrechtsschutzes – u.U. im vorläufigen Rechtsschutzverfahren – die Notwendigkeit, vollstreckbare Maßnahmen im Wege der Ersatzvornahme durch die Behörde durchzuführen, sollten die Mittel aus der Sicherheitsleistung – unter Verzicht auf weitere Einwendungsmöglichkeiten des Bürgen – sofort zur Verfügung stehen.

Die Verpflichtung zur Stellung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern sei verhältnismäßig, auch wenn sie den Unternehmer wirtschaftlich stärker belaste als eine Bürgschaft ohne

diesen Zusatz. Die Mehrbelastungen führten zu keinem Eingriff, der außer Verhältnis zum dargestellten Zweck stehe. Die Intensität des Eingriffs könne nur danach bemessen werden, welche monetären Nachteile die Klägerin durch die von ihr geforderte Bürgschaft erfahre. Diese lägen allein in der bei dieser Bürgschaftsart anfallenden höheren Avalzinsen, die sie in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht auf jährlich 1 % der Bürgschaftssumme beziffert habe, während der Zinssatz bei einer üblichen Bankbürgschaft bei 0,7 % der Bürgschaftssumme liege. Die Mehrbelastung der Klägerin betrage damit nur 321,00 € im Jahr. Setze man diesen Betrag ins Verhältnis zu den wirtschaftlichen Eckdaten der Klägerin, die im Jahr 2015 einen Überschuss von über 48 Mio. € erwirtschaftet habe, werde noch deutlicher, dass diese Mehrbelastung zu vernachlässigen sei. Im Übrigen stelle die Möglichkeit, Bankbürgschaften als Sicherheitsleistung zu erbringen, bereits eine Erleichterung für die Klägerin dar, weil sie den Betrag der Sicherheitsleistung nicht sofort (real) vollständig zur Verfügung stellen müsse. Die Interessen der bürgenden Bank würden weder beeinträchtigt, noch seien sie abwägungsrelevant. Aber auch diese sei in ihren Rechtsschutzmöglichkeiten nicht beschränkt. Ihr stehe es frei, Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Verwertung in einem Rückforderungsprozess bei den ordentlichen Gerichten geltend zu machen. Es erfolge lediglich eine Beweislastumkehr von der Behörde hin zum Bürgen.

Den geringen Belastungen der Klägerin stünden die um ein Vielfaches höheren und nicht kalkulierbaren Belastungen der Allgemeinheit gegenüber. Die Erfahrungen aus der eigenen Verwaltungspraxis zeigten, dass Verhandlungen mit Bürgen langwierig und kompliziert sein können. Nur in wenigen Fällen habe die erforderliche Bürgschaftssumme ohne größere zeitliche und massiv personelle Kapazitäten bindende Probleme unkompliziert und zeitnah bereitgestellt werden können. Er habe fast immer wegen Verweigerungshaltung oder Hinhaltenaktik zum Bürgschaftsinhalt oder wegen Zweifeln am Eintritt des Sicherungsfalls oder an der Notwendigkeit von Maßnahmen mit dem Bürgen verhandeln müssen. Dabei würden von den Bürgen oft pauschale Argumente mit wenig Substanz wiederholt, offensichtlich von der Hoffnung getragen, dass die Behörde damit zermürbt werden könne, nicht den Klageweg beschreite oder einen Vergleich bzw. Teilverzicht akzeptiere. Hinzu kämen Verzögerungen durch langwierige Rücksprachen mit dem insolventen Unternehmer, dem Insolvenzverwalter oder einem Nachbürgen. Im Ergebnis habe er immer in Vorleistung treten und auf Kosten des Landeshaushalts Maßnahmen veranlassen müssen. Sei er gezwungen, auf die Stellung von Bürgschaften auf erstes Anfordern zu verzichten, müssten angesichts der Zahl von rund 200 Betrieben alleine im Steine- und Erdenbergbau zukünftig Mittel im Haushalt in einer nur schwer bezifferbaren Größenordnung bereitgehalten werden. Im Braunkohle-, Bohrloch- und Untertagebau seien allein für dringend notwendige Wasserhaltungsmaßnahmen Millionenbeträge zu veranschlagen. In Fällen, in denen Ersatzvornahmekosten sein Budget überstiegen, müssten mit erheblichem personellem Aufwand Gelder aus dem Landeshaushalt beschafft werden.

Der Beklagte beantragt,

das angefochtene Urteil zu ändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

unter Zurückweisung der Berufung festzustellen, dass die Nebenbestimmung 1 zur Hauptbetriebsplanzulassung vom 16.12.2013 rechtswidrig gewesen ist, soweit darin für den Fall der Hinterlegung einer Bürgschaft bestimmt wird, dass diese auf erstes Anfordern erteilt sein muss.

Sie hält die erstinstanzliche Entscheidung für zutreffend, nimmt auf die Urteilsbegründung Bezug und trägt ergänzend vor: Ein Bedürfnis, dass die Sicherheitsleistung unmittelbar im Zeitpunkt des Sicherungsfalles unter Umgehung effektiven Rechtsschutzes zur Verfügung stehen müsse, bestehe nach dem Sinn und Zweck der Sicherheitsleistung nicht und sei daher auch nicht erforderlich im Sinne von § 56 Absatz 2 Satz 1 BBergG. Nicht allen vom Beklagten in der Berufungsbegründung genannten anerkannten Sicherungsmitteln sei eine sofortige Zugriffsmöglichkeit immanent, etwa im Falle der Stellung einer Sicherheit durch Verpfändung von Kontoguthaben. Ebenso sei bei der Hinterlegung von Bargeld ein Zugriff erst möglich, wenn der Hinterlegungsgrund und -zweck feststehe.

Auch das Interesse des Beklagten, Kosten der Ersatzvornahme nicht zwischenfinanzieren zu müssen, sei von § 56 Absatz 2 Satz 1 BBergG nicht gedeckt. Gegenteiliges könne nicht durch den Verweis auf § 18 Absatz 2 DepV hergeleitet werden, da der Gesetzgeber im BBergG keine entsprechende Regelung getroffen habe. Er bestreite, dass die Durchsetzung der Bürgschaften, insbesondere solcher von namhaften Banken und Versicherungsunternehmen, mitunter langwierig und mit zusätzlichem personellem und finanziellem Aufwand verbunden sei. Im Übrigen würde dieser Aufwand auch für den Rückforderungsprozess des Bürgen entstehen. Darüber hinaus würde eine Vorfinanzierung nur in den wenigen (Ausnahme-)Fällen notwendig werden, in denen unaufschiebbare Ersatzmaßnahmen notwendig seien. Es sei nicht ersichtlich, weshalb etwaige Ersatzmaßnahmen zur Wiedernutzbarmachung umgehend und nicht erst nach einer etwaig notwendigen gerichtlichen Durchsetzung der Bürgschaftsforderung vorgenommen werden können. Der Zeitraum vom Beginn des Sicherungsverlangens bis zum Abschluss der Wiedernutzbarmachung könne Jahrzehnte betragen. Angesichts dessen und des Umstandes, dass ein Sicherungsfall für sämtliche Unternehmen des Steine- und Erdenbergbaus ausgeschlossen sei, dürfte eine Zwischenfinanzierung bei einem jährlichen Haushaltsvolumen des Landes von über 10 Mrd. € verschwindend gering sein.

Die Mehrbelastung von ca. 50 % (1,0 % des verbürgten Betrages gegenüber 0,7 % der Bürgschaftssumme) belaste die Bergbauunternehmen unverhältnismäßig. Hierbei sei zu berücksichtigen, dass die vom Beklagten angeführten Zusatzkosten in Höhe von 321,00 € jährlich entstehen und für die Klägerin auch für ihre weiteren Sand- und Kiestagebaue Mehraufwendungen dieser Art anfielen, die der Beklagte auf jährlich ca. 5.000,00 € beziffert habe. Bezogen auf sämtliche vom Beklagten genannten insgesamt knapp 200 Sicherheitsleistungen seien diese Kosten unverhältnismäßig. Unerheblich sei, ob der Bergbauunternehmer in der Lage sei, die zusätzlichen Kosten aufzubringen, oder diese Kosten bei ihm wirtschaftlich ins Gewicht fallen. Während im Fall der wirksamen Inanspruchnahme der Bürgschaft etwaig verauslagte Kosten vollständig erstattet würden und bei Verzögerung der Erfüllung der Bürgschaft der Bürge zudem zur Leistung von Verzugszinsen verpflichtet sei und ebenfalls den öffentlichen Haushalten zufließen, würden die zusätzlichen Kosten der Bergbauunternehmen nicht kompensiert. Diese fielen unabhängig davon an, ob der Sicherungsfall überhaupt eintrete. Unsachlich sei der Einwand des Beklagten, sie habe es in der Hand, durch eine zügige Durchführung der Maßnahmen zur Wiedernutzbarmachung die Sicherheitsleistung in der Höhe und damit auch die eigene wirtschaftliche Belastung gering zu halten. Ihre Vorhaben sowie die Vorhaben der anderen Unternehmen im Steine- und Erdenabbau seien aufgrund ihrer Komplexität und der Nachfrage am Markt langwierig. Gleiches gelte für die Maßnahmen der Wiedernutzbarmachung, die im Falle der Annahme von unbelasteten Fremdmaterialien ebenfalls von dem Angebot am Markt abhängig seien.



Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt der Gerichtsakten und die vom Beklagten vorgelegten Behördenvorgänge Bezug genommen.

## Entscheidungsgründe

A. Die zulässige Berufung des Beklagten ist begründet. Die Klage ist zwar zulässig (dazu I.), aber unbegründet (dazu II.).

I. Die Klage ist nunmehr als Fortsetzungsfeststellungsklage gemäß § 113 Absatz 1 Satz 4 VwGO zulässig.

1. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist die Klage ursprünglich als isolierte Anfechtungsklage gegen die in der Nebenbestimmung Nr. 1 enthaltene Regelung, dass für den Fall der Hinterlegung einer Bankbürgschaft diese auf erstes Anfordern erteilt sein muss, statthaft gewesen. Das von der Klägerin erstrebte Klageziel, lässt sich nicht nur mit einer Verpflichtung des Beklagten zur Neubescheidung mit einer die Klägerin weniger belastenden Nebenbestimmung ohne das Kriterium "auf erstes Anfordern" erreichen.

Nach der inzwischen gefestigten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. Urt. v. 22.11.2000 – BVerwG 11 C 2.00 –, BVerwGE 112, 221 [224], RdNr. 25 in juris, m.w.N.) ist gegen belastende Nebenbestimmungen eines Verwaltungsakts die Anfechtungsklage gegeben. Wird geltend gemacht, eine solche Nebenbestimmung finde im Gesetz keine Grundlage, so kann dies mit der Klage auf Aufhebung der Nebenbestimmung geltend gemacht werden. Ob diese Klage zur isolierten Aufhebung der Nebenbestimmung führen kann, hängt davon ab, ob der begünstigende Verwaltungsakt ohne die Nebenbestimmung sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen bleiben kann; dies ist eine Frage der Begründetheit und nicht der Zulässigkeit des Anfechtungsbegehrens, sofern nicht eine isolierte Aufhebbarkeit offenkundig von vornherein ausscheidet. Ein derartiger Ausnahmefall liegt hier nicht vor. Es ist nicht ersichtlich, dass eine Betriebsplanzulassung ohne das Verlangen, dass im Fall einer Sicherheitsleistung in Form einer Bürgschaft diese nur in Gestalt einer Bürgschaft auf erstes Anfordern erbracht werden kann, sinnvoller- und rechtmäßigerweise keinen Bestand haben kann.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, eine "übliche" selbstschuldnerische Bürgschaft stelle gegenüber der selbstschuldnerischen Bürgschaft auf erstes Anfordern ein Aliud dar. Eine isolierte Aufhebbarkeit dürfte zwar dann ausscheiden, wenn ein Unternehmer mit seiner Klage erreichen will, dass er im Fall der Sicherheitsleistung durch Bürgschaft nicht die in der Nebenbestimmung geforderte unbefristete Bürgschaft beibringen muss, sondern eine auf einen bestimmten Zeitraum befristete Bürgschaft vorlegen darf (vgl. dazu ThürOVG, Urt. v. 08.06.2011 – 1 KO 704/07 –, juris, RdNr. 37). Eine solche vom Unternehmer begehrte Befristung oder Festlegung einer kürzeren Frist kann in der Tat nicht durch die teilweise Aufhebung der Nebenbestimmung, sondern nur durch eine Neubescheidung durch die Behörde erreicht werden. Anders liegt es jedoch hier. Die in Rede stehende Nebenbestimmung Nr. 1 kann ohne weiteres teilweise aufgehoben werden, soweit darin gefordert wird, dass für den Fall der Hinterlegung einer Bankbürgschaft diese auf erstes Anfordern erteilt sein muss. Das Klageziel der Klägerin wäre damit in vollem Umfang erreicht.

Die Zulässigkeit eines Verpflichtungsantrages ist zwar auch dann nicht ausgeschlossen, wenn dieser einen im Vergleich zum Anfechtungsantrag weitergehenden Rechtsschutz

verschafft (BVerwG, Urt. v. 13.12.2000 – BVerwG 6 C 5.00 –, BVerwGE 112, 263 [265], RdNr. 13 in juris). Eine solche Fallkonstellation liegt hier aber nicht vor. Der Klägerin geht es nur noch darum, dass der in der Nebenbestimmung Nr. 1 für den Fall der Sicherheitsleistung durch Bürgschaft aufgenommenen Zusatz "auf erstes Anfordern" beseitigt wird und sie damit auch eine Bürgschaft ohne dieses Kriterium stellen kann. Es ist nicht ersichtlich, inwieweit eine Verpflichtung des Beklagten zur Erteilung einer Betriebsplanzulassung ohne diesen Zusatz der Klägerin einen weitergehenden Rechtsschutz vermitteln könnte.

2. Die in der Zulassung des Hauptbetriebsplans vom 16.12.2013 verfügte Nebenbestimmung, mit der die Sicherheitsleistung gefordert wurde, hat sich jedoch mittlerweile erledigt. Zwar würde allein der Ablauf der Geltungsdauer der Zulassung am 31.12.2015 noch nicht zur Erledigung der Nebenbestimmung führen, wenn diese weiterhin den Rechtsgrund für das Fordern oder Behaltendürfen der Sicherheitsleistung darstellen würde. Dies ist hier aber deshalb nicht der Fall, weil der Beklagte die in der Zulassung vom 16.12.2013 enthaltene Nebenbestimmung Nr. 1 durch die der Betriebsplanzulassung vom 23.12.2015 beigefügte – von der Klägerin nicht angegriffene und damit bestandskräftige – Nebenbestimmung Nr. 1 ersetzt hat, die auch die Sicherheitsleistung neu regelt. Wie die Beteiligten in der mündlichen Verhandlung erklärt haben, hat die Klägerin deshalb die in der ursprünglichen Nebenbestimmung geforderte und von ihr beigebrachte Bürgschaft auf erstes Anfordern nach Ablauf der Geltungsdauer der Hauptbetriebsplanzulassung vom 16.12.2013 vom Beklagten zurückerhalten und auf der Grundlage der neuen, abweichenden Nebenbestimmung fristgemäß eine neue Bürgschaft beigebracht, die nicht auf erstes Anfordern zahlbar ist.

3. Die Klägerin hat ihre Klage in der mündlichen Verhandlung in zulässiger Weise auf eine Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Absatz 1 Satz 4 VwGO umgestellt, was keine Klageänderung im Sinne von § 91 VwGO, sondern nur eine Einschränkung des Klageantrages darstellt (vgl. BVerwG, Urt. v. 04.12.2014 – BVerwG 4 C 23.13 –, juris, RdNr. 11).

Die Klägerin hat das danach erforderliche Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der in der Nebenbestimmung Nr. 1 enthaltenen Regelung, dass für den Fall der Hinterlegung einer Bürgschaft diese auf erstes Anfordern erteilt sein muss. Dieses Fortsetzungsfeststellungsinteresse lässt sich aus einer Wiederholungsgefahr bei künftig zu erwartenden weiteren Betriebsplanzulassungen herleiten. Die Annahme einer Wiederholungsgefahr setzt voraus, dass unter im Wesentlichen unveränderten tatsächlichen oder rechtlichen Umständen erneut ein gleichartiger Verwaltungsakt ergehen wird (vgl. BVerwG, Beschl. v. 16.01.2017 – BVerwG 7 B 1.16 –, juris, RdNr. 29, m.w.N.). Diese Voraussetzungen sind hier in Anbetracht des Umstandes, dass der ursprünglich bis zum 31.12.2018 befristete (fakultative) Rahmenbetriebsplan laut Begründung zum Bescheid vom 23.12.2015 mit Entscheidung vom 22.07.2015 bis zum 31.12.2040 verlängert wurde und daher mit weiteren Hauptbetriebsplanzulassungen – einschließlich einer Nebenbestimmung zur Sicherheitsleistung durch Bürgschaft auf erstes Anfordern – zu rechnen ist, zu bejahen. Zudem muss die Klägerin auch bei anderen künftigen Bergbauvorhaben im Zuständigkeitsbereich des Beklagten damit rechnen, dass dieser eine Bürgschaft nur noch in Gestalt einer Bürgschaft auf erstes Anfordern akzeptiert.

II. Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist aber nicht begründet. Die Nebenbestimmung Nr. 1 in der Anlage 1 zum Bescheid vom 16.12.2013 ist rechtmäßig gewesen. Der Beklagte durfte die Betriebsplanzulassung mit einer Nebenbestimmung erlassen, die verlangt, dass im Fall der Sicherheitsleistung in Form einer Bürgschaft diese auf erstes Anfordern zahlbar sein

muss.

Rechtsgrundlage für die Anordnung der streitigen Sicherheitsleistung ist § 56 Absatz 2 Satz 1 des Bundesberggesetzes vom 13.08.1980 (BGBl I S. 1310) – BBergG. Danach kann die zuständige Behörde die Zulassung eines Betriebsplanes von der Leistung einer Sicherheit abhängig machen, soweit diese erforderlich ist, um die Erfüllung der in § 55 Absatz 1 Satz 1 Nr. 3 bis 13 BBergG und Absatz 2 genannten Voraussetzungen zu sichern.

Die Norm setzt auf der Tatbestandsseite neben einer Betriebsplanzulassung voraus, dass die Sicherheitsleistung zur Erfüllung der in § 55 Absatz 1 Satz 1 Nr. 3 bis 13 und Absatz 2 BBergG genannten Voraussetzungen erforderlich ist. Mit dem Merkmal der Erforderlichkeit wird nicht lediglich ein spezieller Gesetzeszweck normiert, der nur im Rahmen der Ermessensausübung zu beachten wäre (so aber ohne nähere Begründung: ThürOVG, Urt. v. 08.06.2011, a.a.O., RdNr. 43; von Hammerstein, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl., § 56 RdNr. 30). Dies ergibt sich schon aus der Verknüpfung des Merkmals der Erforderlichkeit mit den Voraussetzungen des § 55 Absatz 1 Satz 1 Nr. 3 bis 13 und Absatz 2 BBergG. Auch der in den Gesetzmaterialien zum Ausdruck gekommene Wille des Gesetzgebers spricht für diese Auslegung. Nach der Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 09.12.1977 (BT-Drs. 8/1315, S. 112) kann eine Sicherheitsleistung nur dann und insoweit in Betracht kommen, als sie erforderlich ist, um die Erfüllung der von der zuständigen Behörde im Zusammenhang mit der Zulassung eines Betriebsplans zu beachtenden Voraussetzungen zu sichern, d.h. wenn ohne Sicherheitsleistung die Zulassung des Betriebsplans zu versagen ist. Auch im Anwendungsbereich des § 56 Absatz 1 Satz 2 BBergG, der die nachträgliche Aufnahme, Änderung oder Ergänzung von Auflagen in einen Betriebsplan zulässt, soweit es zur Sicherstellung der Voraussetzungen nach § 55 Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 bis 13 und Absatz 2 BBergG erforderlich ist, ist der Senat in seiner bisherigen Rechtsprechung (vgl. Urt. v. 07.12.2016 – 2 L 17/14 –, juris, RdNr. 97 ff.) davon ausgegangen, dass die Erforderlichkeit einer nachträglichen Anordnung tatbestandliche Voraussetzung ist, damit der vollen gerichtlichen Prüfung unterliegt und nicht nur bei der Ermessensausübung von Bedeutung ist. Dies entspricht auch der Auffassung in Rechtsprechung und Literatur (vgl. SächsOVG, Beschl. v. 31.01.2001 – 1 B 478/99 –, juris, RdNr. 6; von Hammerstein, a.a.O., § 56 RdNr. 22; Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 56 RdNr. 256). Es ist nicht ersichtlich, weshalb dies im Rahmen der vergleichbar strukturierten Vorschrift des § 56 Absatz 2 Satz 1 BBergG anders zu beurteilen sein soll.

1. Die in der angegriffenen Nebenbestimmung Nr. 1 verlangte Sicherheitsleistung ist erforderlich gewesen, um die Erfüllung der in § 55 Absatz 1 Satz 1 Nr. 7 BBergG genannten Voraussetzungen zu sichern. Nach dieser Vorschrift muss für eine Betriebsplanzulassung die erforderliche Vorsorge zur Wiedernutzbarmachung der Oberfläche in dem nach den Umständen gebotenen Ausmaß getroffen sein. Gemäß § 4 Absatz 4 BBergG bedeutet "Wiedernutzbarmachung" die ordnungsgemäße Gestaltung der vom Bergbau in Anspruch genommenen Oberfläche unter Beachtung des öffentlichen Interesses. Eine solche ordnungsgemäße Gestaltung der Oberfläche erfordert nicht unbedingt die Wiederherstellung des vor Abbaubeginn bestehenden Zustands; es sind darunter vielmehr die Vorkehrungen und Maßnahmen zu verstehen, die erforderlich sind, um die für die Zeit nach dem Abbau oder nach Einstellung eines Aufbereitungsbetriebs geplante Nutzung zu gewährleisten (Beschl. d. Senats v. 12.03.2009 – 2 L 104/08 –, juris, RdNr. 6, m.w.N.). Die Wiedernutzbarmachung umfasst Vorkehrungen und Maßnahmen, die erforderlich sind, um

eine künftige geplante Nutzung vorzubereiten und zu ermöglichen; sie ist erreicht, wenn die Fläche ordnungsgemäß so gestaltet ist, dass sie sich für eine weitere sinnvolle Nutzung eignet (Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 55 RdNr. 239, m.w.N.). Zu diesen Vorkehrungen gehören auch Gefahrenabwehrmaßnahmen, wie etwa die Abflachung und Stabilisierung von steilen Böschungen (vgl. Piens, a.a.O., RdNr. 241; Kirchner, UPR 2010, 161 [165]).

Im Übrigen verdeutlicht auch der Verweis des § 56 Absatz 2 BBergG auf § 55 Absatz 1 Satz 1 Nr. 5 und § 55 Absatz 2 Satz 1 Nr. 1 BBergG, dass mit einer Sicherheitsleistung auch die Erfüllung von Maßnahmen zur Gefahrenabwehr gesichert werden soll. Nach § 55 Absatz 1 Satz 1 Nr. 5 BBergG muss in einem zur Zulassung vorgelegten Hauptbetriebsplan für den Schutz der Oberfläche im Interesse der persönlichen Sicherheit Sorge getragen sein. Der Unternehmer hat demgemäß Vorsorge zu treffen, dass durch seinen Aufsuchungs- oder Gewinnungsbetrieb keine Veränderungen der Erdoberfläche eintreten, die Gefahren für Leben und Gesundheit von Personen mit sich bringen. Aus einem Abschlussbetriebsplan müssen gemäß § 55 Absatz 2 Nr. 1 BBergG konkrete Vorkehrungen zum Schutz Dritter vor den durch den Betrieb verursachten Gefahren für Leben und Gesundheit auch noch nach Einstellung des Betriebes hervorgehen. Im Zeitpunkt der Entscheidung über die Stellung einer Sicherheitsleistung ist aber noch nicht hinreichend genau das Ende der Bergaufsicht abzuschätzen. Dies gilt vor allem angesichts des Umstandes, dass Gefahren für Leben und Gesundheit von Personen nach Einstellung des Betriebes sowohl durch betriebsbedingte Veränderungen der Erdoberfläche als auch des Untergrundes sowie durch noch vorhandene Tagesanlagen verursacht werden können, so dass ggf. umfangreiche Untersuchungen des durch den Bergbau in Anspruch genommenen Geländes nach Gefahrenquellen sowie gegebenenfalls Überprüfungen der Gefahrenlage nach erfolgten Gefahrenabwehrmaßnahmen notwendig sind (vgl. zum Ganzen: VG Halle, Urt. v. 01.10.2009 – 3 A 29/08 –, juris, RdNr. 34).

Dem entsprechend rechtfertigt insbesondere auch der im angegriffenen Bescheid genannte Zweck, die "(Wieder-)Herstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung" insbesondere im Fall einer außerplanmäßigen Betriebseinstellung sicherzustellen, die Anforderung einer Sicherheitsleistung dem Grunde nach. Das Verwaltungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass es insoweit nicht darauf ankommt, ob die Klägerin im Zeitpunkt der Betriebsplanzulassung oder der gerichtlichen Entscheidung wirtschaftlich leistungsfähig (gewesen) ist. Denn es ist nicht vorhersehbar, ob die Klägerin diese Leistungsfähigkeit auch dann noch besitzt, wenn die vom Beklagten für erforderlich gehaltenen Maßnahmen durchgeführt werden müssen. Dies greift auch die Klägerin nicht mehr an.

2. Ist eine Sicherheitsleistung nach § 56 Absatz 2 Satz 1 BBergG erforderlich, um die Erfüllung der in § 55 Absatz 1 Satz 1 Nr. 3 bis 13 und Absatz 2 BBergG genannten Voraussetzungen zu sichern, steht der Behörde hinsichtlich der Frage, ob sie die Betriebsplanzulassung von einer Sicherheitsleistung abhängig macht, ein Ermessensspielraum zu. Das gesetzlich eingeräumte Ermessen hat der Beklagte durch seine Hausverfügung aus dem Jahr 2013 abstrakt wahrgenommen und seinen Bediensteten zur Einzelfallentscheidung eine Orientierung gegeben (vgl. zur Ermessenslenkung durch Verwaltungsvorschrift: BVerwG, Beschl. v. 27.12.1990 – BVerwG 1 B 162.90 –, juris, RdNr. 6). Danach soll in der Regel von der Erhebung einer Sicherheitsleistung Gebrauch gemacht werden und nur in atypischen Ausnahmefällen davon abgesehen werden. Ein solcher Fall sei zum Beispiel gegeben, wenn es sich um einen Betrieb handele, der von einer juristischen

Person des öffentlichen Rechts betrieben werde oder betrieben werden solle. Die in der Hausverfügung sowie ergänzend in der Begründung der Betriebsplanzulassung vom 16.12.2013 zur Rechtfertigung der Sicherheitsleistung angegebenen Ermessenserwägungen sind nicht zu beanstanden. Insbesondere ist nichts daran zu erinnern, dass von der Möglichkeit zur Forderung einer Sicherheitsleistung nicht nur dann Gebrauch gemacht werden kann, wenn die Erfüllung der zu schützenden Voraussetzungen im Hinblick auf die Wirtschaftskraft des Unternehmens zweifelhaft erscheint, sondern sich die Notwendigkeit der Erhebung auch aus allgemeinen Erfahrungen, aus der wirtschaftlichen Gesamtsituation oder anderen Gesichtspunkten ergeben kann (vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drs. 8/1315, S. 112). Sachgerecht ist insbesondere auch die Erwägung, dass angesichts der teils langjährigen Vorhaben im Allgemeinen nicht vorhersehbar ist, ob der Unternehmer dann noch liquide sein wird.

3. Auch hinsichtlich der Art der Sicherheitsleistung hat der Beklagte einen Ermessensspielraum (Auswahlermessen). Auch insoweit sind Ermessensfehler nicht zu erkennen.

3.1. Die Nebenbestimmung Nr. 1 der Betriebsplanzulassung vom 16.12.2013 ist hinsichtlich der streitigen Forderung nach einer Bürgschaft auf erstes Anfordern nicht schon deshalb ermessensfehlerhaft, weil der Bescheid in seiner Begründung hierzu keine Ermessenserwägungen enthält.

Gemäß § 1 Absatz 1 VwVfG LSA i.V.m. § 39 Absatz 1 Satz 3 VwVfG muss zwar die Begründung einer Ermessensentscheidung die Gesichtspunkte erkennen lassen, von denen die Behörde bei Ausübung ihres Ermessens ausgegangen ist. Wird das Ermessen entsprechend einer ständigen Übung oder einer Verwaltungsvorschrift ausgeübt, genügt der Hinweis hierauf einschließlich der Darlegung, warum der Fall von der Verwaltungsvorschrift oder der Übung erfasst wird (U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl., § 39 RdNr. 62, m.w.N.). Ist die Begründung eines Bescheides mangelhaft, stellt dies aber nur ein Indiz für das Vorliegen rechtserheblicher Ermessensmängel dar (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 17. Aufl., § 40 RdNr. 58, m.w.N.). Ob die Verwaltung von einer Ermessensermächtigung Gebrauch gemacht hat, ist anhand aller erkennbaren Umstände zu beurteilen, zwar primär aus einer eventuell vorhandenen Entscheidungsbegründung, aber auch aus den sonstigen Umständen, dem Verhalten bei vergleichbaren Umständen und den konkreten Vorstellungen des handelnden Amtswalters (vgl. Wolff, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl., § 114 RdNr. 114b). Vor Annahme eines auf einem Ermessensmangel beruhenden Fehlers der Verwaltungsbehörde bedarf es der Prüfung, ob sich Ermessensüberlegungen der Behörde, auch wenn sie nicht ausdrücklich als solche verlautbart sind, aus den Umständen, insbesondere aus einer Auslegung des angegriffenen Verwaltungsaktes ergeben (BVerwG, Beschl. v. 15.01.1988 – BVerwG 7 B 182.87 –, NVwZ 1988, 525). Eine fehlende Begründung kann die Behörde gemäß § 1 Absatz 1 VwVfG LSA i.V.m. § 45 Absatz 1 Nr. 2, Absatz 2 VwVfG bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachträglich geben.

Im konkreten Fall ergibt sich aus den Umständen der Betriebsplanzulassung vom 16.12.2013, dass der Beklagte den ihm durch § 56 Absatz 2 Satz 1 BBergG auch hinsichtlich der Art der Sicherheitsleistung eingeräumten Ermessensspielraum erkannt und er dieses Ermessen durch die Hausverfügung aus dem Jahr 2013 in der Weise abstrakt ausgeübt hat, dass im Fall der Beibringung einer Bürgschaft diese eine Verpflichtung zur Zahlung auf erstes Anfordern enthalten muss. In der Hausverfügung, die nach der Hausmitteilung Nr.

8/2013 alle Bediensteten des Beklagten bei der Zulassung eines Betriebsplans anzuwenden haben, heißt es in Abschnitt I.2. und Abschnitt II, dass die Behörde einen Ermessensspielraum auch bezüglich der Art der Sicherheitsleistung habe und sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten habe. Bei der Akzeptanz der angebotenen Sicherheit sei die Insolvenzfestigkeit, aber auch deren Zweckmäßigkeit zu berücksichtigen. Die Beibringung der Bürgschaft einer Bank oder im Ausnahmefall eines anderen tauglichen Bürgen könne nur unter bestimmten Bedingungen akzeptiert werden, die Bürgschaftserklärung müsse u.a. eine Verpflichtung zur Zahlung auf erstes Anfordern enthalten. Dass die ermessenslenkende Hausverfügung auch bei der hier in Rede stehenden Betriebsplanzulassung zur Anwendung kam, ergibt sich nicht nur aus dem Umstand, dass der Beklagte gegenüber der Klägerin erstmals eine Bürgschaft auf erstes Anfordern verlangte, sondern insbesondere aus einem Vermerk vom 27.11.2013 über ein Gespräch zwischen dem Geschäftsführer der Klägerin und einer Mitarbeiterin des Beklagten (Anlage B2 zum Schriftsatz des Beklagten vom 10.07.2014), in welchem die Hausverfügung sowie die darin enthaltene Forderung nach einer Bürgschaft auf erstes Anfordern zur Sprache kamen.

Die Begründung des Zulassungsbescheides vom 16.12.2013 enthält zwar weder einen Hinweis auf die Hausverfügung noch Ausführungen dazu, weshalb nunmehr eine Bürgschaft auf erstes Anfordern verlangt werde. Der Beklagte hat diesen Begründungsmangel aber im verwaltungsgerichtlichen Verfahren gemäß § 1 Absatz 1 VwVfG LSA i.V.m. § 45 Absatz 1 Nr. 2, Absatz 2 VwVfG geheilt, indem er auf die Hausverfügung verwiesen hat, nach der aus Zweckmäßigkeitsgründen nur noch Bürgschaften akzeptiert werden, die auf erstes Anfordern zahlbar sind.

Darüber hinaus hat der Beklagte seine Ermessenserwägungen, insbesondere auch auf die Einwände der Klägerin hin, gemäß § 114 Satz 2 VwGO in zulässiger Weise ergänzt. Insoweit kann Bezug genommen werden auf die oben im Tatbestand dargestellten diesbezüglichen Ausführungen des Beklagten in der Klageerwiderung und in der Berufungsbegründung. Die für eine solche Ergänzung erforderliche Voraussetzung, dass bei der behördlichen Entscheidung das Ermessen bereits "in irgend einer Weise" betätigt worden sein muss (vgl. dazu BVerwG, Beschl. v. 14.01.1999 – BVerwG 6 B 133.98 –, juris, RdNr. 10), liegt hier vor. Der Beklagte hat – wie oben dargelegt – sowohl hinsichtlich der Frage, ob eine Sicherheitsleistung angefordert wird, als auch hinsichtlich der Art der Sicherheitsleistung das ihm gesetzlich eingeräumte Ermessen betätigt.

3.2. Die vom Beklagten angestellten Ermessenserwägungen zur Art der Sicherheitsleistung, insbesondere zu der Frage, welche Arten von Bürgschaften als Sicherheiten akzeptiert werden, halten auch einer inhaltlichen Prüfung stand.

Die Behörde kann grundsätzlich jede geeignete Sicherheit zulassen; die sich aus den §§ 232 ff. BGB für das Privatrecht ergebenden Beschränkungen sind nicht anwendbar; in Betracht kommen insbesondere auch Bankbürgschaften (vgl. BT-Drs. 8/1315, S. 112). Sie kann aber auch bestimmte Arten der Sicherheitsleistung ausschließen. Dem der Tatbestandsseite des § 56 Absatz 2 Satz 1 BBergG zuzuordnenden Merkmal der "Erforderlichkeit" kommt in diesem Rahmen keine Bedeutung zu. Die Grenzen des Ermessens ergeben sich vielmehr aus dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung, dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Absatz 1 GG) sowie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

3.2.1. Das Verlangen, dass im Fall der Hinterlegung einer Bürgschaft, diese auf erstes Anfordern erteilt sein muss, ist vom Zweck der gesetzlichen Ermächtigung gedeckt.

Bei einer solchen Bürgschaft verpflichtet sich der Bürge, auf eine Zahlungsanforderung des Gläubigers, die den in der Bürgschaftsurkunde festgelegten formalen Anforderungen genügt, zu zahlen (formeller Bürgschaftsfall), selbst wenn der Gläubiger nach seinem Rechtsverhältnis zum Schuldner kein Recht hat, Zahlung vom Bürgen zu verlangen (materieller Bürgschaftsfall). Bei dieser Bürgschaft sollen dem Begünstigten innerhalb kürzester Zeit liquide Mittel unter Verzicht auf eine Aufrechnung zugeführt werden. Einwendungen gegen die Bürgschaftsverpflichtung aus dem Hauptschuldverhältnis können erst in einem Rückforderungsprozess geltend gemacht werden (vgl. Mertins, Die Bürgschaft auf erstes Anfordern, NJ 2012, 492). Der Gläubiger braucht nicht schlüssig darzulegen, dass die gesicherte Hauptforderung besteht; denn die Bürgschaft auf erstes Anfordern soll dazu dienen, anstelle des früher gebräuchlichen Bardepots dem Gläubiger sofort liquide Mittel zuzuführen. Dieser Zweck wird nur erreicht, wenn alle Streitfragen tatsächlicher und rechtlicher Art, die die Begründetheit der Hauptforderung betreffen, in den Rückforderungsprozess verwiesen werden, sofern nicht ausnahmsweise klar auf der Hand liegt, dass der Gläubiger eine formale Rechtsstellung missbraucht. Um die Funktion dieses zugunsten des Gläubigers stark formalisierten Sicherungsmittels uneingeschränkt zu erhalten, sind im Erstprozess nur solche Beschränkungen des verbürgten Risikos auf einzelne Ansprüche aus dem Vertragsverhältnis zwischen Gläubiger und Hauptschuldner beachtlich, die im Wege der Auslegung dem Inhalt der Urkunde selbst zu entnehmen sind. Sonstige unstreitige oder durch Urkunden belegte Umstände dürfen dabei freilich ergänzend berücksichtigt werden (zum Ganzen: BGH, Urt. v. 14.12.1995 – IX ZR 57/95 –, NJW 1996, 717 [718], RdNr. 19 ff. in juris.). Nur wenn klar erkennbar, d.h. offensichtlich oder liquide beweisbar ist, dass es an einer materiellen Berechtigung des Gläubigers fehlt und dieser infolgedessen seine formale Rechtsstellung als Garantienehmer missbraucht, entfällt die Zahlungspflicht des Bürgen (vgl. BGH, Urt. v. 20.09.2011 – XI ZR 17/11 –, NJW-RR 2012, 178 [179], RdNr. 16 in juris.).

Mit dieser Anforderung an eine Bürgschaft will der Beklagte sicherstellen, dass er im Fall einer außerplanmäßigen Einstellung des Bergbaubetriebes und einem sich daraus ergebenden eigenen Handlungsbedarf (möglichst) sofortigen Zugriff auf die Bürgschaftssumme hat. Nach seiner Hausverfügung und der Begründung des Hauptbetriebsplans soll die geforderte Sicherheitsleistung gewährleisten, dass die Mittel "für die (Wieder-)Herstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung" im Zeitpunkt der Notwendigkeit der Vornahme der diesbezüglichen Maßnahmen in ausreichendem Maß zur Verfügung stehen. Nach den Vorgaben in Abschnitt II der Hausverfügung des Beklagten zur Berechnung der Höhe der Sicherheitsleistung sollen die Kosten abgedeckt werden, die im Fall einer außerplanmäßigen Betriebseinstellung zur Herstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Gefahrenabwehr) zwingend notwendig sind. Darunter sollen sämtliche Sanierungsmaßnahmen fallen, nicht hingegen Wiedernutzbarmachungsmaßnahmen im weiteren Sinne (wie etwa die nicht der Gefahrenabwehr dienende Restverfüllung oder Ersatzpflanzungen).

Dieses Anliegen des Beklagten hält sich im Rahmen des Zwecks des § 56 Absatz 2 Satz 1 i.V.m. § 55 Absatz 1 Satz 1 Nr. 7 BBergG. Mit einer Sicherheitsleistung soll die Behörde auch in die Lage versetzt werden, ohne zeitlichen Verzug die erforderlichen Maßnahmen selbst zu ergreifen (vgl. BVerwG, Urt. v. 26.06.2008 – BVerwG 7 C 50.07 –, BVerwGE 131,

251 [257], RdNr. 17 in Juris). Wie oben bei der Prüfung der Erforderlichkeit bereits dargestellt, umfasst die Wiedernutzbarmachung der Oberfläche im Sinne der §§ 4 Absatz 4, 55 Absatz 1 Satz 1 Nr. 7 BBergG auch Vorkehrungen und Maßnahmen im Zusammenhang mit der Gefahrenabwehr, wie etwa die Abflachung und Stabilisierung von steilen Böschungen. Hat die Bergbehörde bei solchen Maßnahmen sofortigen Zugriff auf die Sicherheitsleistung, kann der Zweck, dass im Falle mangelnder Leistungsfähigkeit oder -willigkeit des Unternehmers nicht die Allgemeinheit die zum Teil erheblichen Kosten der Ersatzvornahme tragen muss, effektiv erfüllt werden, nämlich ohne dass die Allgemeinheit für die Finanzierung der erforderlichen Maßnahmen in Vorleistung treten muss. Es kommt nicht entscheidend darauf an, mit welcher Wahrscheinlichkeit Gefahrenabwehrmaßnahmen überhaupt erforderlich werden.

Der Beklagte überschreitet mit der Forderung nach einer sofortigen Zugriffsmöglichkeit auf die Bürgschaftssumme auch nicht deshalb die Grenzen der gesetzlichen Ermächtigung, weil nach § 56 Absatz 2 Satz 2 BBergG der Nachweis einer entsprechenden Versicherung des Unternehmers mit einem im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb zugelassenen Versicherers von der zuständigen Behörde als Sicherheitsleistung nur abgelehnt werden darf, wenn die Deckungssumme nicht angemessen ist. Diese Vorschrift privilegiert lediglich bestimmte Versicherungen des Unternehmers und legt insoweit Mindestanforderungen fest (vgl. BT-Drs. 8/1315, S. 112). Unabhängig davon werden sich Wiedernutzbarmachungspflichten, deren Erfüllung mit der vom Beklagten hier angeforderten Sicherheitsleistung sichergestellt werden soll, nicht mit verschuldensunabhängigen Haftpflichtversicherungen abdecken lassen (von Hammerstein, a.a.O., § 56 RdNr. 43).

3.2.2. Da die vom Beklagten verlangte Bürgschaft auf erstes Anfordern nach der Hausverfügung von sämtlichen Bergbauunternehmen gefordert wird, ist ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Absatz 1 GG) nicht ersichtlich.

3.2.3. Das Verlangen einer Bürgschaft auf erstes Anfordern verstößt auch nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

3.2.3.1. Für den aufgezeigten Zweck, dass die Behörde bei fehlender Leistungsfähigkeit oder Bereitschaft des Unternehmers, Gefahrenabwehrmaßnahmen ohne zeitlichen Verzug und ohne in Vorleistung treten zu müssen selbst durchführen kann, ist eine Bürgschaft auf erstes Anfordern geeignet (siehe oben unter 3.2.1.). Insoweit ist unerheblich, welcher Verwaltungsaufwand dem Beklagten bei einem Rückforderungsprozess des Bürgen entsteht, in welchem die Behörde – wie im gewöhnlichen Bürgschaftsprozess – die Darlegungs- und Beweislast für das Entstehen und die Fälligkeit der gesicherten Forderung trifft (vgl. BGH, Ur. v. 24.10.2002 – IX ZR 355/00 –, BGHZ 152, 246 [251], RdNr. 15 in juris, m.w.N.). Im Übrigen wird der Bürge einen Rückforderungsprozess ungeachtet der Beweislast der Behörde nur dann anstrengen, wenn hinreichende Erfolgsaussichten bestehen, etwa wenn in einem vom Unternehmer durchgeführten verwaltungsgerichtlichen Verfahren festgestellt worden ist, dass eine von der Behörde vorgenommene Ersatzvornahme rechtswidrig war. Dieser Fall ist nach den Angaben des Beklagten in der mündlichen Verhandlung bislang noch nicht eingetreten.

3.2.3.2. Ein milderer, für den aufgezeigten Zweck (zeitnaher Zugriff auf die Sicherheitsleistung) ebenso geeignetes Mittel ist im Fall der Hinterlegung einer Bürgschaft nicht ersichtlich.



3.2.3.3. Das Verlangen des Beklagten nach einer Bürgschaft auf erstes Anfordern steht auch nicht außer Verhältnis zu dem mit ihr verfolgten Zweck, belastet insbesondere die Klägerin nicht unzumutbar.

a) Dadurch werden insbesondere die Rechtsschutzmöglichkeiten der Klägerin nicht eingeschränkt.

aa) Zwar geht die mit der Bürgschaft auf erstes Anfordern eröffnete Zugriffsmöglichkeit auf die Bürgschaftssumme sogar über die Zugriffsmöglichkeit hinaus, die der Beklagte im Falle einer Sicherheitsleistung durch Hinterlegung von Bargeld oder Wertpapieren hätte.

Nach § 65 Absatz 1 VwVG LSA können Vollstreckungsgläubiger Sicherheiten, die ihnen zur Sicherung einer Geldforderung gestellt sind oder die sie zu diesem Zweck sonst erlangt haben, durch die Vollstreckungsbehörde nach den Vorschriften dieses Teils verwertet werden, wenn die Geldforderung nach diesem Gesetz vollstreckt werden darf. Die Verwertung einer vom Schuldner gestellten Sicherheit setzt also die Vollstreckbarkeit der Geldforderung nach dem VwVG LSA voraus. Nach § 3 Absatz 1 VwVG LSA darf die Vollstreckung erst beginnen, wenn (1.) gegen den Leistungsbescheid oder gegen die Vollstreckungsurkunde gemäß § 2 Absatz 2 kein Rechtsbehelf mit aufschiebender Wirkung eingelegt werden kann, (2.) die Geldforderung fällig ist, (3.) den Vollstreckungsschuldnern die Vollstreckung durch eine Mahnung angedroht worden ist, es sei denn, dass diese nach § 4 nicht erforderlich ist, und (4.) die in der Mahnung bestimmte Zahlungsfrist oder in den Fällen des § 4 Absatz 3 und 4 Nr. 1 drei Tage, gerechnet vom Zeitpunkt der Fälligkeit, verstrichen sind.

Ist hingegen durch rechtsgeschäftliche Verpflichtung eines Dritten Sicherheit in Form einer Bürgschaft geleistet worden, wird der Bürge nicht im Verwaltungsvollstreckungsverfahren, sondern nur nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts in Anspruch genommen, ggf. durch Klage vor dem ordentlichen Gericht; nur auf diese Weise kann eine in Form der Bankbürgschaft beigebrachte Sicherheit "verwertet" werden (vgl. BFH, Urt. v. 19.05.1994 – VII R 99/93, VII R 100/93 –, juris, RdNr. 11). Dem entsprechend kommt es, wenn gemäß § 56 Absatz 2 Satz 1 BBergG Sicherheit durch eine (Bank-)Bürgschaft geleistet werden soll, maßgeblich auf den Inhalt der Bürgschaftsurkunde an. Nach dem vom Beklagten verwendeten Muster ist die Zahlungspflicht aus der Bürgschaft nur an dessen schriftliche Bestätigung geknüpft, dass die sich aus einer Betriebsplanzulassung ergebenden öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen des Hauptschuldners bestehen und fällig sind. Das Vorliegen eines vollziehbaren Verwaltungsakts über die Festsetzung der Kosten der Ersatzvornahme oder über eine Vorauszahlung der Kosten nach § 55 Absatz 2 Satz 1 SOG LSA wird nicht vorausgesetzt.

bb) Durch eine solche ohne Rücksicht auf das Vorliegen eines vollziehbaren Verwaltungsakts bestehende Zugriffsmöglichkeit auf die Sicherheit werden der Klägerin indes keine Rechtsschutzmöglichkeiten genommen.

Ungeachtet der Inanspruchnahme des Bürgen durch den Beklagten kann sich die Klägerin gegen vom Beklagten ihr gegenüber angeordnete Maßnahmen und eine darauf folgende Ersatzvornahme mit den insoweit zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfen (Widerspruch und Klage, ggf. Antrag nach § 80 Absatz 5 VwGO) zur Wehr setzen. Soweit sich in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren herausstellen sollte, dass die Anordnung des Beklagten rechtswidrig ist und der Bürge deshalb materiell zu Unrecht auf Zahlung der Bürgschaftssumme in Anspruch genommen wurde, hat der Bürge einen

Rückforderungsanspruch, den er in einem Rückforderungsprozess gegen den Beklagten geltend machen kann. Gleiches gilt für den Fall, dass der Beklagte den Bürgen in Anspruch nehmen sollte, ohne dass er zuvor gegenüber der Klägerin Maßnahmen angeordnet hat. Hat der Bürge bei der Leistung an den Gläubiger die ihm gegenüber dem Hauptschuldner als Auftraggeber obliegenden Pflichten beachtet, hat er also aus rechtlich vertretbaren Gründen angenommen, dem vom Gläubiger erhobenen Anspruch keine schon im Erstprozess beachtlichen Einwände entgegensetzen zu können, steht ihm zwar auch ein Aufwendungsersatzanspruch (§§ 675, 670 BGB) gegen den Hauptschuldner zu; in diesem Falle kann der Hauptschuldner vom Gläubiger aber die Freistellung von der dem Bürgen gegenüber bestehenden Verbindlichkeit verlangen, wenn der Gläubiger die gewährte Leistung nach materiellem Recht zu Unrecht erhalten hat, was in der Regel durch Rückgewähr der materiell zu Unrecht erhaltenen Bürgschaftssumme vollzogen werden wird (vgl. BGH, Urt. v. 24.10.2002, a.a.O., RdNr. 20 in juris).

b) Die Klägerin wird durch die geforderte Art der Bürgschaft auch nicht in wirtschaftlicher Hinsicht unverhältnismäßig belastet.

Die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung angegeben, dass sie die vom Beklagten in der Betriebsplanzulassung vom 16.12.2013 geforderte Bürgschaft auf erstes Anfordern erhalten habe, und zwar ohne einen Teil der Bürgschaftssumme bei der Bank hinterlegen zu müssen. Die wirtschaftliche Mehrbelastung gegenüber einer Bürgschaft, die nicht auf erstes Anfordern erteilt ist, bestand für die Klägerin allein darin, dass für die Bürgschaft auf erstes Anfordern höhere Avalzinsen anfallen. Wie der Beklagte zutreffend ausgeführt hat, ist die insoweit entstehende Mehrbelastung von jährlich 0,3 % der Bürgschaftssumme insbesondere in Anbetracht der Umsätze und Gewinne der Klägerin vergleichsweise gering. Dies gilt auch in Anbetracht des Einwandes der Klägerin, es seien nicht nur die für das konkrete Bergbauvorhaben anfallenden Zusatzkosten in Höhe von jährlich 321,00 €, sondern auch Mehraufwendungen dieser Art für ihre weiteren Sand- und Kiestagebaue in Höhe von jährlich ca. 5.000,00 € in den Blick zu nehmen. Auch Kosten in dieser Größenordnung erscheinen angesichts des vom Beklagten angegebenen Überschusses der Klägerin (im Jahr 2015 über 48 Mio. €) nicht unverhältnismäßig, auch wenn diese nicht "kompensierbar" sind. Zutreffend weist der Beklagte darauf hin, dass die Klägerin allein durch die Möglichkeit, eine Sicherheit durch Bankbürgschaft erbringen zu dürfen, erheblich entlastet wird, weil sie keine Barmittel aufbringen muss. Diese Mehrbelastung steht nicht außer Verhältnis zu dem vom Beklagten verfolgten Zweck, dass die öffentliche Hand nicht zur Erbringung von Vorleistungen gezwungen sein soll, die erforderlich werden können, wenn ein Bergbauunternehmen seinen Betrieb außerplanmäßig eingestellt hat und Sicherungsmaßnahmen zeitnah ergriffen werden müssen.

Wenn der von der Klägerin in der mündlichen Verhandlung dargestellte Fall eintreten sollte, dass sie bei schlechterer wirtschaftlicher Lage nur noch eine Bürgschaft erhält, wenn sie einen Teil der Bürgschaftssumme beim Bürgen hinterlegt, wird der Beklagte dies bei zukünftigen Betriebsplanzulassungen im Rahmen der Ermessensausübung zu berücksichtigen haben. Dem stünde nicht entgegen, dass nach seiner Hausverfügung die Bürgschaftserklärung eine Verpflichtung zur Zahlung auf erstes Anfordern enthalten "muss". Ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften gelten nur für den Regelfall, sie müssen Spielraum für die Berücksichtigung der Besonderheiten atypischer Fälle lassen und dürfen mithin nicht so weit gehen, dass wesentlichen Besonderheiten des Einzelfalls nicht mehr Rechnung getragen werden kann (BVerwG, Beschl. v. 22.05.2008 – BVerwG 5 B 36.08 –,

juris, RdNr. 4, m.w.N.). Bei der hier in Rede stehenden Betriebsplanzulassung vom 16.12.2013 wurde eine in Zukunft mögliche Hinterlegung eines erheblichen Teils der Bürgschaftssumme aber (noch) nicht von der Bank gefordert.

B. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Absatz 1 VwGO.

C. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.

D. Die Revision wird nicht zugelassen, da die Voraussetzungen des § 132 Absatz 2 VwGO nicht gegeben sind.