

Rechtsanwälte Schwemer, Titz & Tötter  
Gertrudenstr. 3, 20095 Hamburg

Landkreis Rotenburg (Wümme)  
Der Landrat  
Herrn Dr. Lühring  
Herrn Engelhardt  
Hopfengarten 2

27356 Rotenburg (Wümme)

Aktenzeichen: Rechtsanwalt: Sekretariat: Telefon: Telefax: Datum:  
3353 O 14 Prof. Dr. Schwemer Frau Mai 30 30 11 22 30 30 11 11 20.06.2014

## Gutachten

Sehr geehrter Herr Dr. Lühring, sehr geehrter Herr Engelhardt,

wie bereits telefonisch angekündigt, habe ich das Gutachten zu den Handlungsbefugnissen des Landkreises im Zusammenhang mit Eingriffen und Folgen der Suche und Förderung von Erdgas und Öl fertig gestellt. Ich schicke Ihnen den Entwurf des Gutachtens zu. Ich würde mich über Anregungen und Bedenken Ihrerseits freuen und werde gerne entsprechende Erweiterungen vornehmen.

Ich bin zu dem Ergebnis gekommen, dass dem Kreis keine Handlungsbefugnisse zur Verfügung stehen.

Mit freundlichem Gruß



(Prof. Dr. Schwemer)

Rechtsanwälte  
Wirtschaftsprüfer  
Steuerberater

RECHTSANWÄLTE  
**PROF. DR. H. SCHWEMER**  
FA Verwaltungsrecht  
**REINHARD TITZ**  
**RONALD TITZ**  
FA Steuerrecht  
**KARSTEN TÖTTER**  
FA Arbeitsrecht  
FA Insolvenzrecht  
**MICHAEL W. KULEISA**  
**SANDRA BERNERT**  
**DR. GERT FREYDAG**  
**THORSTEN APPEL**  
**JÜRGEN ZENK**  
**MONIKA SEKARA**  
FA in IT-Recht  
**AXEL KARKOWSKI**  
**FRANE ZIVKOVIC**  
**CLAUDIA MENZEL**  
**DR. WOLFRAM KONERTZ**  
**JULIANE TÖTTER**

Gertrudenstraße 3  
20095 Hamburg  
Tel. (040) 30 30 10  
Fax (040) 30 30 11 11  
Gerichtsfach 533

Eisenacher Straße 2  
10777 Berlin  
Tel. (030) 5 16 51 06 0  
Fax (030) 5 16 51 06 26

WIRTSCHAFTSPRÜFER  
**REINHARD SCHACHT**  
Steuerberater  
Michaelisstraße 22  
20459 Hamburg

[www.stt-hh.de](http://www.stt-hh.de)  
[mail@stt-hh.de](mailto:mail@stt-hh.de)

Partnerschaftsgesellschaft  
PR AG Hamburg Nr. 539

**Handlungsbefugnisse des Landkreises zur Gefahrenabwehr  
und zum Umweltschutz gegenüber Eingriffen und Folgen der  
Suche und Förderung von Erdgas und Öl**

Prof. Dr. Holger Schwemer (Juni 2014)

<b>1. Teil: Maßnahmen zur Gefahrenabwehr.....</b>	<b>3</b>
<b>A. Ordnungsverwaltung.....</b>	<b>3</b>
<b>I. Ordnungsverwaltung im Gewässerschutzrecht.....</b>	<b>3</b>
<b>1. Aufgaben der Gewässeraufsicht.....</b>	<b>4</b>
a) Bohrungen und Zementation.....	4
b) Herstellung und Entsorgung des Fluids.....	5
c) Lagerung wassergefährdender Stoffe.....	5
<b>2. Aufgaben der Bergaufsicht.....</b>	<b>5</b>
a) Bergrechtliche Zulassungsentscheidungen des LBEG.....	6
b) Nebeneinander von Zulassungsentscheidungen.....	7
c) Zuständigkeitskonzentration.....	7
<b>3. Reichweite der sonderordnungsbehördlichen         Zuständigkeiten des LBEG.....</b>	<b>8</b>
a) Überwachung der erlaubnispflichtigen Gewäs- serbenutzung.....	8
b) Überwachung der Lagerung wassergefährden- der Stoffe.....	10
c) Dauer der Bergaufsicht.....	11
aa) Entlassung aus der Bergaufsicht.....	12
bb) Nachfolgende Ordnungsverwaltung.....	12
<b>II. Ordnungsverwaltung im Naturschutzrecht.....</b>	<b>12</b>
<b>1. Zuständigkeit des LBEG.....</b>	<b>12</b>
a) Genehmigung von Eingriffen.....	13
b) Illegale Eingriffe.....	14
<b>2. Zuständigkeit des Kreises.....</b>	<b>14</b>
a) Wortlautlösung.....	14
b) Teleologische Sichtweise.....	15
<b>III. Ordnungsverwaltung im Bodenschutzrecht.....</b>	<b>16</b>
<b>1. Überwachungsmaßnahmen.....</b>	<b>16</b>
<b>2. Anwendungsvorrang des BbergG.....</b>	<b>17</b>
<b>IV. Ordnungsverwaltung im Abfallrecht.....</b>	<b>18</b>

<b>V. Ordnungsverwaltung im Immissionsschutzrecht.....</b>	<b>18</b>
1. Ordnungsbehördliches Instrumentarium.....	18
2. Zuständigkeiten im Immissionsrecht.....	19
<b>VI. Bauaufsicht.....</b>	<b>19</b>
1. Gegenständlich beschränkte Bauaufsicht.....	19
2. Zuständigkeit des Kreises.....	20
<b>VII. Gesundheits- und Katastrophenschutz.....</b>	<b>20</b>
1. Öffentlicher Gesundheitsdienst.....	21
2. Katastrophenschutz.....	21
<b>VIII. Abwehr unbenannter Gefahren (allgemeines Ordnungsrecht).....</b>	<b>22</b>
1. Zuständigkeit der Bergbehörde (LBEG).....	22
2. Zuständigkeit der Gemeinden.....	23
<b>B. Eilfälle.....</b>	<b>24</b>
I. Polizeiverwaltung.....	24
II. Eilzuständigkeit des Kreises.....	24
<b>C. Ausblick.....</b>	<b>26</b>
<b>2. Teil: Widerruf des Einvernehmens.....</b>	<b>26</b>
I. Benehmen.....	27
II. Einvernehmen.....	27

## 1. Teil: Maßnahmen zur Gefahrenabwehr

Der Kreis kann nur dann gegen die Erdgas- und Erdölförderungsunternehmen Verfügungen erlassen, wenn er zuständig ist und ihm für etwaige Ge-/Verbotsverfügungen Ermächtigungsgrundlagen zur Verfügung stehen, deren Voraussetzungen im Einzelfall erfüllt sind.

Die Gefahrenabwehr ist grundsätzlich Aufgabe der *Verwaltungsbehörden* (Ordnungsverwaltung, dazu A). In Eilfällen ist die *Polizei* zuständig, vorläufige Maßnahmen zu treffen (§ 1 Abs. 1 und 2 NSOG). Denkbar ist in Eilfällen auch, dass eine Kompetenzerweiterung zu Gunsten anderer Verwaltungsbehörden vorgesehen ist und auf diese Weise der Kreis Zuständigkeiten erlangt (B).

### A. Ordnungsverwaltung

Zuständige Verwaltungsträger zur Abwehr aller Gefahren sind im Zweifel die **Gemeinden** (§ 97 Abs. 1, 1. Halbsatz NSOG). Sie sind Träger der „Allgemeinen Ordnungsbehörden“.

Dies gilt nicht, wenn durch besondere Rechtsvorschrift einzelne Wahrnehmungsberechtigungen zur Gefahrenabwehr anderen *Fachbehörden* zugewiesen sind (§ 97 Abs. 1, 2. Halbsatz). Sie sind dann für den jeweils geregelten Fachbereich „*Sonderordnungsbehörden*“.

Die **Landkreise** sind Träger der Unteren Verwaltungsbehörden in einer Reihe von sonderordnungsrechtlichen Aufgabenbereichen, die durch die Zulassung des Frackings im Kreisgebiet *berührt* werden – etwa im Bereich des Gewässerschutzes, des Bauordnungsrechts, des Abfall- und Bodenschutzrechts, des Naturschutzrechts, des Gesundheitswesens und des Katastrophenschutzes.

Die Zulassung und Überwachung des Aufsuchens und Förderns von Bodenschätzen fällt hingegen in die sonderordnungsrechtliche Wahrnehmungskompetenz des Landesamtes für Bergbau, Energie und Geologie (**LBEG**). Die Beurteilung der Zuständigkeit des Kreises hängt somit entscheidend von der Überprüfung der *Reichweite* der sonderordnungsrechtlichen Wahrnehmungskompetenz des Landesamtes für Bergbau, Energie und Geologie für die Überwachung des Aufsuchens und Förderns von Bodenschätzen ab.

Die Beantwortung der zu begutachtenden Fragen beurteilt sich danach, ob und in welchem Maße die Zuständigkeit des Kreises in den ihm zugewiesenen sonderordnungsrechtlichen Aufgabenbereichen durch etwaige Wahrnehmungsberechtigungen des LBEG verdrängt wird. Dabei sind alle sonderordnungsrechtlichen Gefahrenregelungen und die für sie bestehenden Kompetenzzuweisungen einzeln in den Blick zu nehmen.

Die folgende Darstellung ist deshalb nach **Gefahrenbereichen** differenziert.

### I. Ordnungsverwaltung im Gewässerschutzrecht

Nach § 128 Abs. 1 NWG obliegt den Wasserbehörden die Wahrnehmung der Aufgaben der Gewässeraufsicht. Soweit nichts anderes bestimmt ist, liegen die

Aufgaben bei den unteren Wasserbehörden (§ 129 Abs. 1 Satz 1 NWG) und damit bei den Kreisen (§ 127 Abs. 1 Satz 1 NWG).

Nach der grundsätzlichen Zuständigkeitsverteilung im Gefahrenabwehrrecht wäre der Kreis als Träger der unteren Wasserbehörde zuständig, die Vorschriften des Wasserschutzrechts gegenüber den Explorationsfirmen durchzusetzen (1). Aufgaben des Gewässerschutzrechts, die im Zusammenhang mit dem Aufsuchen und Gewinnen von Bodenschätzen stehen, sind allerdings weit gehend dem LBEG zugewiesen (2). Dies hat die Folge, dass dem Kreis als Träger der unteren Wasserbehörde im Regelfall Wahrnehmungsberechtigungen gegenüber den Unternehmen nicht zur Verfügung stehen (3).

### 1. Aufgaben der Gewässeraufsicht

Im Zusammenhang mit dem Aufsuchen und Gewinnen von Öl und Gas kommt es zu unterschiedlichen Gefährdungen des Zustandes der Gewässer, denen die zuständige Behörde entgegenzuwirken hat. Als Instrumentarien zur Gefahrenabwehr stellen das Wasserhaushaltsgesetz (WHG) und das Niedersächsische Wassergesetz (NWG) der Aufsichtsbehörde für bestimmte Gewässernutzungen als präventives Mittel die Versagung bzw Erteilung einer Erlaubnis unter Nebenbestimmungen zur Verfügung. Darüber hinaus enthält das WHG in § 100 eine generalklauselartige Eingriffsermächtigung für den Fall, dass gewässerschutzrechtliche Vorschriften von den Unternehmen nicht beachtet werden und die Aufsichtsbehörde darauf reagieren muss.

#### § 100 Abs. 1 WHG lautet:

1Aufgabe der Gewässeraufsicht ist es, die Gewässer sowie die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen zu überwachen, die nach oder aufgrund von Vorschriften dieses Gesetzes, nach auf dieses Gesetz gestützten Rechtsverordnungen oder nach landesrechtlichen Vorschriften bestehen. 2Die zuständige Behörde ordnet nach pflichtgemäßem Ermessen die Maßnahmen an, die im Einzelfall notwendig sind, um Beeinträchtigungen des Wasserhaushalts zu vermeiden oder zu beseitigen oder die Erfüllung von Verpflichtungen nach Satz 1 sicherzustellen.

### a) Bohrungen und Zementation

Das Fracking besteht aus dem Einbringen von Stoffen in das Grundwasser durch Bohrer, Bohrspülung, Verrohrung und Zementation. Es handelt sich dabei um erlaubnispflichtige Benutzungen des Grundwassers nach § 9 Abs. 1 Nr. 4 und § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG.

Gassner und Buchholz in ZUR 2013, 143 unter Auswertung des Rechtsteils (B) des Gutachtens des Umweltbundesamts (UBA) „Umweltauswirkungen von Fracking“, August 2012, (UBA). Eine erlaubnispflichtige Benutzung liegt beim „Einbringen und Einleiten von Stoffen in Gewässer“ vor (§ 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG). Treffen die Bohrungen nicht auf Grundwasser, liegt eine „unechte“ – ebenfalls erlaubnisbedürftige – Benutzung nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG vor, der alle Maßnahmen erfasst, die „geeignet sind, ... nachteilige Veränderungen der Wasserbeschaffenheit herbeizuführen“. Eine bloße Anzeige bei Erd-aufschlüssen (§ 49 Abs. 1 Satz 1 WHG) reicht wegen § 49 Abs. 1 Satz 2 WHG nicht aus, weil angesichts des Vorsorgegrundsatzes im Gewässerschutzrecht schon bei der *Besorgnis* von Nachteilen das Erlaubniserfordernis gilt.

## b) Herstellung und Entsorgung des Fluids

In gleicher Weise handelt es sich um eine erlaubnispflichtige Benutzung von Wasser, wenn das Fluid durch Entnahme erheblicher Wassermengen hergestellt wird (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 5 WHG) und anschließend als Flowback entsorgt wird.

Letzteres gilt unabhängig davon, ob das Flowback in den Boden verpresst wird und damit das Grundwasser nachteilig beeinflussen kann (§ 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG) oder ob es als Abwasser in oberirdische Gewässer abgegeben wird (§ 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG). Kommt es nicht zu einer direkten Einleitung in oberirdische Gewässer, sondern zu einer Ableitung des Flowbacks über eine öffentliche Abwasseranlage, ist auch dies genehmigungspflichtig nach § 58 Abs. 1 Satz 1 WHG.

Schink in AbfallR 2013, 36; Eftekharzadeh in NuR 2013, 704, 706; Frenz ZNER 2013, 344/345; Attendorn ZUR 2011, 565, 568/569; Gaßner/Buchholz ZUR 2013, 143, 147 und Reinhardt NVwZ 2012, 1369, 1372 mwN

## c) Lagerung wassergefährdender Stoffe

Die Durchführung des Fracking-Vorhabens ist notwendig mit einer Lagerung wassergefährdender Stoffe im Sinne des § 62 WHG verbunden. Die erforderlichen Additive müssen vor Ort gelagert werden. Während des Einbringens der Flüssigkeit werden die Additive mit Stützmitteln und Wasser in unterschiedlicher Weise vermischt, um die gewünschten Effekte bei Aufschließung des Gesteins zu erzielen.

Damit handelt es sich bei der Lagerung der Additive in Tanks am Einsatzort um eine Anlage zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen iSd § 62 WHG.

UBA Gutachten B 45; Czychowski/Reinhardt WHG § 62 Rn. 17: „Anlagen sind z.B. für eine gewisse Dauer abgestellte Tankfahrzeuge, Aufsetztanks und... Plätze, die (nach dem Willen des Nutzungsberechtigten) nicht nur vorübergehend zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen benutzt werden oder werden sollen.“

Nach § 62 WHG unterliegen sowohl die Anlagen selbst als auch der Umgang mit den gelagerten wassergefährdenden Stoffen besonderen Anforderungen, um frühzeitig nachteiligen Veränderungen des bodennahen Grundwassers entgegenzutreten. Zwar sieht das Gesetz keine besondere wasserrechtliche Erlaubnis zur präventiven Überwachung vor. Anlagen zum Lagern, Abfüllen oder Umschlagen wassergefährdender Stoffe dürfen aber nur genutzt werden, wenn ihre Eignung von der zuständigen Behörde zuvor *festgestellt* worden ist (§ 63 WHG). § 63 Abs. 1 Satz 3 WHG verweist über § 58 Abs. 4 auf §§ 13 Abs. 1, 17 WHG und gestattet es so der zuständigen Gewässeraufsichtsbehörde, durch Nebenbestimmungen und nachträgliche Anordnungen den Umgang mit wassergefährdenden Stoffen im Vorwege zu reglementieren.

## 2. Aufgaben der Bergaufsicht

Die aufgeführten wasserrechtlich relevanten Vorgänge sind im Rahmen des für das Aufsuchen und Fördern erforderlichen Betriebsplans *auch* von der Bergbehörde zu prüfen.

Nach § 142 BBergG bestimmen die Landesregierungen die für die Ausführung des BBergG zuständigen Behörden. Für Niedersachsen liegt die Zuständigkeit im Bergrecht entsprechend den Erlassen der Landesregierung vom 05.12.2001 (VORIS 75100 00 00 027) und vom 20.12.2005 (VORIS 20110) beim Landesamt für Bergbau, Energie und Geologie (LBEG).

Bundes- und Landesgesetzgeber haben eine vorrangige Entscheidungskompetenz der Bergbehörde für alle mit dem Betriebsplan zusammenhängenden wasserrechtlichen Fragen begründet.

#### a) Bergrechtliche Zulassungsentscheidungen des LBEG

Die Durchführung von Aufsuchungs- und Gewinnungsbetrieben einschließlich des Verladens, Beförderns, Abladens und Lagerns von Bodenschätzen und aller dabei anfallender Stoffe ist nur zulässig, soweit dafür eine standortbezogene Genehmigung in Form eines bergamtlichen **Betriebsplans** vorliegt (§ 51 Abs. 1 BBergG). Das gilt nur dann nicht, wenn eine Aufsuchung ohne maschinelle Kraft und ohne Vertiefung der Erdoberfläche durchgeführt werden kann (§ 51 Abs. 2 BBergG), was bei den hier zu beurteilenden Vorhaben nicht zutrifft.

Plens/Schulte/Vitzhum BBergG § 51 Rn. 24:

Keine gesetzliche Befreiung nach § 51 Abs. 2 BBergG besteht, wenn Vertiefungen in der Erdoberfläche z.B. Löcher angelegt werden.

Nach Feststellung des Umweltbundesamtes werden in *Niedersachsen* für Bohrvorhaben Rahmenbetriebspläne und für einzelne Tätigkeiten wie Bohrplatzbau, Bohrungen, Testarbeiten und Verfüllung jeweils Sonderbetriebspläne erteilt. Diese Art der Verfahrensstufung dient dazu, schrittweise jeweils nach dem Stand des Vorhabens die Genehmigungsvoraussetzungen zu überprüfen.

UBA Gutachten „Umweltauswirkungen von Fracking“, August 2012, B7:

„Dabei wird der Inhalt des Rahmen- oder Hauptbetriebsplans so festgelegt, dass er die für den Aufgabenbereich der jeweiligen Behörde erforderlichen Angaben so hinreichend enthält, dass gegebenenfalls erforderliche weitere Konkretisierungen in Haupt- oder Sonderbetriebsplänen ohne erneute Behördenbeteiligung erfolgen können.“

Die Voraussetzungen für die Zulassung des Betriebsplans durch das LBEG sind in § 55 BBergG aufgeführt.

Dazu gehören nach § 55 Abs. 1 Nr. 3 etwa Vorsorge gegen Betriebsgefahren (Arbeitsschutz), der Nachweis ordnungsgemäßer Abfallentsorgung (§ 55 Abs. 1 Nr. 6) sowie der Nachweis, dass *gemeinschädliche Einwirkungen* nicht zu erwarten sind (§ 55 Abs. 1 Nr. 9 BBergG).

Nach § 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG ist das Bergamt zudem befugt, ein Vorhaben zu beschränken oder zu verbieten, soweit *überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen*. Ist der Tatbestand dieser generalklauselartigen Ermächtigung vor Erteilung des Betriebsplans erfüllt, entspricht es der Verfahrensökonomie, dass statt einer dann möglichen Verbotsverfügung nach § 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG präventiv der Betriebsplans versagt bzw mit entsprechenden Auflagen versehen wird.

BVerwG (Urteil vom 29.06.2006 – 7 C 11.05) in BVerwGE 126, 205 Rn. 17



Dies ist der Hintergrund dafür, dass auch die Bergbehörde befugt ist, unter dem Gesichtspunkt der Verhütung „*gemeinschädlicher Einwirkungen*“ und des Schutzes „*überwiegender öffentlicher Interessen*“ alle wasserwirtschaftlichen Gesichtspunkte zu prüfen und davon die Erteilung der Genehmigung – den Betriebsplan – abhängig zu machen.

BVerwG (Urteil vom 09.11.1995 – 4 C 25.94) BVerwGE 100, 31, 36; BVerwG (Urteil vom 14.04.2005 – 7 C 26.03) BVerwGE 123, 247, 253 und Piens/Schulte/Vitzhum BBergG § 55 Rn. 274 ff m.w.N.

### b) Nebeneinander von Zulassungsentscheidungen

Das BBergG bestimmt in § 127 Abs. 2, dass „die Vorschriften des Wasserhaushaltsgesetzes, der Landeswassergesetze und der aufgrund dieser Gesetze erlassenen Rechtsverordnungen“ **unberührt** bleiben.

Das hat die Folge, dass die Zulassung des bergrechtlichen Vorhabens durch Betriebsplan die wasserrechtlichen Erlaubnisse nicht ersetzt, sondern die Durchführung bergbaurechtlicher Vorhaben mit wasserwirtschaftlichen Auswirkungen **beider** Zulassungsentscheidungen bedarf.

BVerwG (Urteil vom 04.07.1986 – 4 C 31.84) BVerwGE 74, 315, 317:  
Das BBergG enthält keine – etwa dem § 13 BImSchG oder dem § 75 VwVfG vergleichbare – Konzentrationsvorschrift derart, dass die Zulassung des Betriebsplans andere Genehmigungen ersetzt oder einschließt. Die Zuständigkeit anderer Behörden, über Genehmigungen, Erlaubnisse usw. zu entscheiden, bleibt folglich unberührt.“

Es kommt damit zu einem Nebeneinander umfassender aufsichtsrechtlicher Instrumentarien (nach Gewässerschutz- und Bergrecht), für die nach der *Grundaussage des Gesetzes* unterschiedliche Behörden (Kreisverwaltung, Bergamt) zuständig sind.

### c) Zuständigkeitskonzentration

Den Komplikationen im Verwaltungsverfahren, die das Erfordernis mehrerer Genehmigungen und der sie flankierenden Überwachungsmaßnahmen nach unterschiedlichen Fachgesetzen mit sich bringt, ist der Gesetzgeber jedoch dadurch *verfahrensrechtlich* entgegengetreten, dass er eine weit gehende, wenn auch nicht umfassende *Zuständigkeitskonzentration bei der Bergbehörde* vorgenommen hat. Das bedeutet, dass der Vorhabenträger sowohl der Zulassung durch Betriebsplan als auch nach Wasserrecht bedarf, dass jedoch über alle Zulassungen ein und dieselbe Behörde – das LBEG – entscheidet.

Nach § 19 Abs. 2 WHG entscheidet die Bergbehörde über die Erteilung wasserrechtlicher Erlaubnisse, wenn ein bergrechtlicher Betriebsplan die Benutzung von Gewässern vorsieht.

#### § 19 Abs. 2 WHG lautet:

Sieht ein bergrechtlicher Betriebsplan die Benutzung von Gewässern vor, so entscheidet die Bergbehörde über die Erteilung der Erlaubnis.

§ 5 Niedersächsische Verordnung über die Zuständigkeiten auf dem Gebiet des Wasserrechts (ZustVO-Wasser) erweitert dies auf die Gewässeraufsicht nach § 100 WHG.



**§ 5 ZustVO-Wasser lautet auszugsweise:**

Das Landesamt für Bergbau, Energie und Geologie ist zuständig für

2. die Gewässeraufsicht nach § 100 WHG in Bezug auf Benutzungen und genehmigungsbedürftige Maßnahmen..., wenn das Landesamt für Bergbau, Energie und Geologie für die Erlaubnis der Benutzung oder die Genehmigung nach § 57 NWG zuständig ist.

In § 105 NWG findet sich schließlich eine wasserrechtliche Zuständigkeit der Bergbehörde für den Vollzug der Anforderungen bei dem Umgang mit wassergefährdenden Stoffen.

Das aber hat für den Kreis als Träger der unteren Wasserbehörde die rechtliche Konsequenz, dass er im Rahmen der bergbehördlichen Zuständigkeitskonzentration seine Wahrnehmungsberechtigung und Eingriffsmöglichkeiten gegenüber den Vorhabenträgern verliert. Seine Mitwirkung ist darauf beschränkt, sich im Innenverhältnis zum Bergamt einzuschalten, im Außenverhältnis fehlt ihm die Handlungskompetenz.

**§ 54 BBergG:**

(2) „Wird durch die in einem Betriebsplan vorgesehenen Maßnahmen der Aufgabenbereich anderer Behörden oder der Gemeinden als Planungsträger berührt, so sind diese vor der Zulassung des Betriebsplanes durch die zuständige Behörde zu beteiligen.“

**3. Reichweite der sonderordnungsbehördlichen Zuständigkeit des LBEG**

Für die aufgeworfene Frage nach den rechtlichen Möglichkeiten des Landkreises, im Wege der Verfügung gegen die Erdgas- und Erdölunternehmen vorzugehen, kommt es entscheidend auf die Reichweite der Zuständigkeitsverlagerung auf das Bergamt an.

Dieser Frage ist nachzugehen, weil die sonderordnungsbehördliche Zuständigkeit des Landesbergamtes auf unterschiedlichen Vorschriften beruht. Derartige Vorschriften können die Wahrnehmungsberechtigungen der an sich zuständigen Wasserbehörde ergänzen, sie können sie aber auch vollen Umfangs verdrängen.

**a) Überwachung der erlaubnispflichtigen Gewässerbenutzung**

Erlaubnispflichtige Benutzungen von Gewässern sind – wie dargestellt – die Beschaffung des Wassers für das Fluid, die Bohrungen einschließlich Zementation, das Einbringen von Stoffen in den Boden sowie die Entsorgung des Flowbacks.

Soweit es um die Erlaubnis zur *Benutzung* von Gewässern geht, folgt die Zuständigkeit des LBEG aus § 19 Abs. 2 WHG. In der Vorschrift heißt es: „*Sieht ein bergrechtlicher Betriebsplan die Benutzung von Gewässern vor, so entscheidet die Bergbehörde über die Erteilung der Erlaubnis.*“ Damit hat der Bundesgesetzgeber mit dem WHG vom 31.07.2009 die Zuständigkeiten beim LBEG konzentriert.

Führen die Länder die Bundesgesetze aus, so *können sie* die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren abweichend vom Bundesrecht regeln (Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG). Das zeitlich später in Kraft gesetzte Landesrecht setzt sich dann gegenüber dem (älteren) Bundesrecht durch (Art. 84 Abs. 1 Satz 4 iVm Art. 72 Abs. 3 Satz 3 GG).

Auf der Grundlage des Niedersächsischen Wassergesetzes vom 19.02.2010 (§ 129 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 NWG) ist am 10.03.2011 die Verordnung über Zuständigkeiten auf dem Gebiet des Wasserrechts (ZustVO-Wasser vom 10.03.2011, GVBl 2011, 70) ergangen. Die Bestimmungen in § 5 ZustVO-Wasser begründen Zuständigkeiten des LBEG.

Diese gegenüber dem Bundesrecht jüngere Vorschrift *erweitert* die Aussagen des § 19 Abs. 2 WHG, *löst sie jedoch nicht ab*.

Ebenso im Ergebnis UBA Gutachten B20, Gaßner/Buchholz ZUR 2013, 143, 149

In § 5 Satz 1 Nr. 2 ZustVO-Wasser heißt es nämlich, dass das LBEG zuständig ist für „die Gewässeraufsicht nach § 100 WHG in Bezug auf Benutzungen ..., wenn das Landesamt für Bergbau, Energie und Geologie für die Erlaubnis der Benutzung ... zuständig ist.“

Damit knüpft der Ordnungsgeber mit dem zweiten Halbsatz (Formulierung: „wenn ...“) an die bundesrechtlich (durch § 19 Abs. 2 WHG) vorgegebene Zuständigkeit der Bergbehörde zur Erteilung der Erlaubnisse zur Gewässerbenutzung iSd § 9 WHG an. Er überlagert die Bestimmung nicht, er setzt ihre Gültigkeit vielmehr weiterhin voraus und knüpft daran *ergänzend* an.

Denn der Ordnungsgeber erweitert die Aussage des § 19 Abs. 2 WHG um die Regelung, dass die (vom Bundesgesetzgeber begründete) Zuständigkeit der Bergbehörde auch die Berechtigung dieser Behörde umfasst, die zur Erteilung der wasserrechtlichen Erlaubnisse flankierenden Aufgaben der Gewässeraufsicht nach § 100 WHG auszuüben.

Nach dem Bundesrecht (§ 19 Abs. 2 WHG) ist die Bergbehörde wasserschutzrechtlich für die Erteilung der Erlaubnisse zur Benutzung von Oberflächengewässern und Grundwasser zur Durchführung des bergbaurechtlichen Vorhabens zuständig. Nach dem Landesrecht (§ 5 Satz 1 Nr. 2 ZustVO-Wasser) wird die Zuständigkeit des LBEG auch auf die damit einhergehenden und flankierenden Maßnahmen der Gewässeraufsicht nach § 100 WHG erweitert.

Gewässeraufsicht bedeutet inhaltlich, dass das LBEG die ordnungsgemäße Durchführung der durch Erlaubnisse zugelassenen Grundwassernutzungen überwacht und damit zugleich zuständig ist für alle laufenden Überprüfungen des Zustandes der betroffenen Gewässer. Kommt es im Zusammenhang mit der erlaubten Nutzung des Grundwassers zu Überschreitungen der Aussagen der Zulassungsbescheide oder zu sonstigen Verstößen gegen die Anforderungen des Gewässerschutzrechts, steht dem LBEG im Rahmen der durch § 5 Satz 1 Nr. 2 ZustVO-Wasser begründeten Gewässeraufsicht ein umfangreiches Überwachungsinstrumentarium zur Verfügung.

Die Bergbehörde kann die wasserrechtlichen Benutzungserlaubnisse nachträglich einschränken, ergänzen und um Anordnungen erweitern. Bei anhaltenden Verstößen kann sie die erteilten Erlaubnisse aufheben. Stellt sie bei ihrer Überwachung weitere Unzuträglichkeiten fest, kann sie – gestützt auf die wasserrechtliche Generalklausel des § 100 WHG – die notwendigen Maßnahmen verfügen.

Zeitlich gesehen stehen der Bergbehörde umfassend diese wasseraufsichtsrechtlichen Befugnisse zu: ab Beginn des Vorhabens bis zu dessen endgültiger Abwicklung und damit bis zur Entlassung aus der Bergaufsicht.

Czychowski/Reinhardt Kommentar WHG § 100 Rn. 17 und Rn. 18; Sieder/Zeitler Kommentar WHG und AbwAG § 100 Rn 11 ff

Damit trägt die Regelung der Grundaussage des § 97 Abs. 2 NSOG für das Ordnungsrecht Rechnung, wonach für die Einhaltung von Vorschriften des Bundes- oder Landesrechts die Behörde Sorge zu tragen hat, „der nach der jeweiligen Rechtsvorschrift die Aufgabenerfüllung im Übrigen obliegt“.

Für die ordnungsrechtlichen Kompetenzen des Kreises als Träger der unteren Wasserbehörde bedeutet dies, dass er im Außenverhältnis keine gewässeraufsichtsrechtlichen Zuständigkeiten im Zusammenhang mit der Benutzung von Oberflächengewässern und Grundwasser durch die Vorhabenträger hat.

Zuständigkeiten von Fachbehörden, die nebeneinander bestehen, sind dem öffentlichen Recht fremd. Anders ist es nur im Verhältnis von Fachbehörde und Vollzugspolizei, doch darum geht es hier nicht.

#### **b) Überwachung der Lagerung wassergefährdender Stoffe**

Bei der Lagerung der Additive in Tanks am Einsatzort sind vom Vorhabenträger gesetzliche Vorgaben nach § 62 WHG einzuhalten. Ein präventives Erlaubniserfordernis nach § 9 WHG begründet das Bundes- oder das Landesrecht jedoch nicht. Damit kann sich die Frage nach einer etwaigen abdrängenden Sonderzuweisung der wasserrechtlichen Zuständigkeit an das LBEG nicht nach der umfassenden Aufgabenzuweisung des § 5 Satz 1 Nr. 2 ZustVO-Wasser i.V.m. § 100 WHG richten.

Anwendbar ist vielmehr § 105 NWG iVm § 5 Satz 1 Nr. 3 ZustVO-Wasser. Trotz ihres restriktiveren Wortlautes begründen auch diese Vorschriften eine umfassende Zuständigkeit des LBEG.

##### **§ 105 NWG:**

„Soweit Anlagen im Sinne des § 62 Abs. 1 WHG im Rahmen eines bergrechtlichen Betriebsplanes errichtet und betrieben werden, ist für die Entscheidung nach § 63 Abs. 1 und § 64 Abs. 2 Nr. 3 WHG sowie nach § 101 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 dieses Gesetzes die Bergbehörde zuständig.“

Nach § 62 WHG unterliegt sowohl die Anlage selbst als auch der Umgang mit den gelagerten wassergefährdenden Stoffen besonderen gesetzlichen Vorsorgepflichten, um durch eine Steuerung des Verhaltens des Betreibers frühzeitig Gefährdungen entgegenzutreten. Anlagen zum Lagern, Abfüllen oder Umschlagen wassergefährdender Stoffe dürfen nur genutzt werden, wenn ihre Eignung von der Behörde zuvor verbindlich *festgestellt* worden ist (§ 63 WHG). Soweit es dabei – wie hier – um Anlagen geht, die im Rahmen eines bergrechtlichen Betriebsplanes in Betrieb genommen werden, ist nach § 105 NWG für diese Feststellung das LBEG und nicht der Kreis als Träger der unteren Wasserbehörde zuständig. § 63 Abs. 1 Satz 3 WHG verweist zudem über § 58 Abs. 4 WHG auf die §§ 13 Abs. 1, 17 WHG und gestattet es damit dem nach § 105 NWG zuständigen LBEG, durch

Nebenbestimmungen und nachträgliche Anordnungen den Umgang mit wassergefährdenden Stoffen bei solchen Anlagen zu reglementieren.

Die Zuständigkeitsverlagerung kann somit wiederum nur in einem umfassenden Sinn verstanden werden, wie dies für das Sonderordnungsrecht durch § 97 Abs. 2 NSOG ohnehin als Zielvorstellung vorgegeben ist. Denn die Ermächtigung des LBEG bezieht sich damit nicht nur auf die verbindliche Feststellung der Unbedenklichkeit einer Anlage zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen (§ 63 Abs. 1 WHG), sondern auch auf **alle** flankierenden Überwachungsmaßnahmen, denen der fortlaufende Betrieb einer derartigen Anlage bis zur endgültigen Beseitigung unterworfen ist.

Das wird auch durch die Verweisung des § 105 NWG auf § 101 Abs. 3 NWG deutlich gemacht. Danach kann das LBEG dem Verantwortlichen beim Umgang mit wassergefährdenden Stoffen dauerhaft Maßnahmen zur Beobachtung der Gewässer und des Bodens auferlegen. Damit stehen dem LBEG Befugnisse zu, die schon weit im Vorfeld einer Grundwassergefahr greifen.

Das LBEG kann die ihm danach zugewiesenen wasserrechtlichen Kompetenzen effektiv nur dann ausüben, wenn ihm die gewässeraufsichtsrechtliche Eingriffsbefugnis nach § 100 WHG ergänzend zusteht.

Wenn etwa das Bergamt nach § 105 NWG iVm § 101 Abs. 3 NWG dem Betreiber der Anlage jederzeit im Vorfeld einer Gefahr Maßnahmen zur Beobachtung der Gewässer und des Bodens aufgeben kann, oder wenn das Bergamt die Feststellung der Eignung der Anlage auch nachträglich noch von Nebenbestimmungen abhängig machen kann (§ 63 Abs. 1 Satz 3 iVm §§ 58 Abs. 4, 13 Abs. 1 WHG), dann ist das damit angestrebte System der Gefahrenvorsorge nur dann in sich funktionsfähig, wenn bei einer sich dabei abzeichnenden Gefährdungslage die Bergbehörde umfassend die Gewässeraufsicht nach § 100 WHG gegenüber dem Anlagebetreiber wahrnehmen und etwaige Gefahrenabwehrverfügungen erlassen kann. Diese Sichtweise findet ihre Bestätigung in der amtlichen Begründung des § 105 NWG, die uneingeschränkt von der Zuständigkeit der Bergbehörde spricht.

**Amtliche Begründung NWG** vom 23.11.2009, Begründung B I unter Nr. 6 zu § 107, Niedersächsischer Landtag, Drucks. 16/1900

Dies gilt auch für den Fall, dass unbeabsichtigt Additive beim Umfüllen freigesetzt werden und in das Erdreich gelangen, zumal die Abwehr gerade solcher Umweltgefahren seit der Neufassung des Wasserhaushaltsgesetzes dem Anwendungsbereich des § 100 WHG unterstellt ist.

**Czychowski/Reinhardt WHG § 100 Rn. 33; BeckOK WHG § 100 Rn. 2; Amtliche Begründung WHG** vom 17.03.2009 BTDrucks. 16/12275 Seite 80;

Der Gewässerschutz liegt für die Dauer des bergbaurechtlichen Vorhabens beim Landesamt für Bergbau, Energie und Geologie.

### **c) Dauer der Bergaufsicht**

Die Bergaufsicht des Landesamtes endet erst nach Vollzug des Abschlussbetriebsplans durch den Vorhabenträger und damit zu einem Zeitpunkt, zu dem nicht

mehr damit zu rechnen ist, dass durch das Vorhaben Gefahren für den Wasserhaushalt eintreten können (§ 69 Abs. 2 BBergG). Aber auch im Anschluss daran liegt die ordnungsrechtliche Aufsicht beim Bergamt:

#### aa) Entlassung aus der Bergaufsicht

§ 5 Satz 1 ZustVO-Wasser weist die Gewässeraufsicht nach § 100 WHG für alle Gewässerbenutzungen dem LBEG zu, die ihrerseits von der Bergbehörde zu genehmigen waren (§ 19 Abs. 2 WHG). Die Gewässeraufsicht umfasst als wasserrechtliche Generalklausel nicht nur die Befugnis der Behörde, eine gegenwärtig ausgeübte Benutzung der Gewässer zu überwachen. Sie begründet vielmehr auch die Zuständigkeit zur nachsorgenden Überwachung.

Czychowski/Reinhardt WHG § 100 Rn. 18; Stürer/Wolff LKV 2003, 1, 4 ff

Aus der Bindung bergrechtlicher Betriebspläne an wasserschutzrechtliche Vorgaben (§ 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG) folgt somit, dass vor Entlassung aus der Bergaufsicht die erforderlichen gewässerschutzrechtlichen Nachsorgemaßnahmen angeordnet und vollzogen sein sollen. Auch dies erfolgt in der Regel durch einen Sonderbetriebsplan, der wasserwirtschaftliche Maßnahmen bis zum Ende der Bergaufsicht vorsehen kann, oder durch den Abschlussbetriebsplan.

Piensch/Schulte/Vitzhum BBergG § 69 Rn. 43 und Piensch in Cottbusser Schriften 2004, 84

#### bb) Nachfolgende Ordnungsverwaltung

Das Landesrecht befasst sich schließlich auch mit den sonderordnungsrechtlichen Kompetenzen nach Entlassung aus der Bergaufsicht. Nach § 6b ZustVO-NGefAG bleiben die Bergbehörden „zuständig für Maßnahmen zur Abwehr von Gefahren aus verlassenem Grubenbauen und Bohrungen, die nicht mehr der Bergaufsicht unterliegen.“ Sonstige Grundwassergefahren dürften dann allerdings in die Zuständigkeit des Kreises als Träger der Wasserbehörde fallen.

Durch diese Zuständigkeitsverteilung hat der Kreis als Träger der unteren Wasserbehörde seine sonderordnungsrechtliche Kompetenz eingebüßt (§ 97 Abs. 2 NSOG). Der Kreis kann keine Maßnahmen zur Gefahrenabwehr gegenüber dem Vorhabenträger erlassen, solange das Vorhaben unter Bergaufsicht steht.

### II. Ordnungsverwaltung im Naturschutzrecht

Das Aufsuchen und die Durchführung der Förderung von Erdöl und Gas sind mit Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft verbunden. Nach § 31 Abs. 1 Satz 1 des Niedersächsischen Ausführungsgesetzes zum Bundesnaturschutzgesetz (NAGBNatSchG) ist im Regelfall der Kreis Träger der Unteren Naturschutzbehörde. Über die Zulassung der mit dem bergbaulichen Vorhaben verbundenen Eingriffe entscheidet jedoch die Bergbehörde (1), während die laufende Überwachung – anders als im Gewässerschutzrecht – zumindest teilweise auch bei der Unteren Naturschutzbehörde liegt (2).

#### 1. Zuständigkeit des LBEG

Im Naturschutzrecht hat der Gesetzgeber in anderer Weise eine Zuständigkeits- und Verfahrenskonzentration geregelt.



### a) Genehmigung von Eingriffen

Naturschutzrechtliche Eingriffsgenehmigungen unterliegen dem „Huckepack“ Prinzip: § 17 Abs. 1 BNatSchG bestimmt, dass Eingriffe in Natur und Landschaft, die (auch) nach anderen Bestimmungen als denen des BNatSchG einem behördlichen Zulassungsverfahren unterworfen sind, in diesem außernaturschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren abzuarbeiten sind.

#### § 17 BNatSchG lautet:

(1) „Bedarf ein Eingriff nach anderen Rechtsvorschriften einer behördlichen Zulassung oder einer Anzeige an eine Behörde ..., so hat diese Behörde zugleich die zur Durchführung des § 15 erforderlichen Entscheidungen und Maßnahmen im Benehmen mit der für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörde zu treffen.“

Kompetenziell hat das die Konsequenz, dass die Behörde über die Zulässigkeit des Eingriffs in Landschaft und Natur dem Vorhabenträger gegenüber verbindlich entscheidet, die für das außernaturschutzrechtliche Genehmigungsverfahren zuständig ist.

Die Entscheidung ist allerdings im „Benehmen“ mit der für den Naturschutz an sich zuständigen Behörde zu treffen.

Es wurde oben dargestellt, dass die für die Zulassung der Explorationen und Förderung von Bodenschätzen erforderlichen bergrechtlichen Betriebspläne unter anderem dann zu versagen sind, wenn gemeinschädliche Einwirkungen zu erwarten sind (§ 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 BBergG) oder wenn überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen (§ 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG). Damit sind die naturschutzrechtlichen Ge- und Verbote, die vor Eingriffen in den Naturhaushalt schützen, Gegenstand der Zulassung des Betriebsplans. Sie fallen damit in die Entscheidungskompetenz der für die Erteilung des Betriebsplans zuständigen Bergbehörde und damit des LBEG.

Anders als im Gewässerschutzrecht ergeht somit nur ein Zulassungsakt, der Betriebsplan, der die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung in seinen Genehmigungstatbestand integriert (§ 17 Abs. 1 BNatSchG). Die Regelung wird bestätigt durch § 127 Abs. 2 BBergG. Dort heißt es, dass die „Vorschriften des Wasserhaushaltsgesetzes und des Landeswassergesetzes“ unberührt blieben. Das BNatSchG wird in dieser Bestimmung hingegen nicht erwähnt. Während der Gewässerschutz im Rahmen eines eigenständigen Erlaubnisverfahrens Berücksichtigung findet, das allerdings im Wege der Zuständigkeitskonzentration bei der Bergbehörde liegt, wird der Naturschutz gleichsam vom bergrechtlichen Genehmigungsverfahren – der Betriebsplanzulassung – als Huckepack mitgenommen.

Lütkes/Ewer BNatSchG § 17 Rn. 4; Gellermann in Landmann/Rohmer BNatSchG § 17 Rn 7; Wolf ZUR 2006, 524/525 mwN.

Über die mit dem bergrechtlichen Vorhaben verbundenen Eingriffe in Natur und Landschaft entscheidet somit nach außen verbindlich allein das LBEG auf der Grundlage des Naturschutzrechts als integraler Bestandteil des bergrechtlichen Genehmigungstatbestandes.

## b) Illegale Eingriffe

„Wird ein Eingriff ohne die erforderliche Zulassung vorgenommen, soll die zuständige Behörde die weitere Durchführung des Eingriffs untersagen“ (§ 17 Abs. 8 Satz 1 BNatSchG). Aus der systematischen Stellung des Abs. 8 in § 17 und damit aus seinem Bezug zu § 17 Abs. 1 BNatSchG folgt, dass damit Eingriffe in Natur und Landschaft gemeint sind, die zum Gegenstand des Genehmigungsverfahrens hätten gemacht werden müssen, aber nicht dazu gemacht worden sind. Werden derartige Eingriffe vorgenommen, sind sie „illegal“. Abweichend von der naturschutzrechtlichen Generalermächtigung des § 3 Abs. 2 BNatSchG, wonach Ordnungsverfügungen bei Gesetzesverstößen im pflichtgemäßen Ermessen stehen, „soll die zuständige Behörde“ die weitere Durchführung des Eingriffs untersagen. Gemeint ist entsprechend der Normsystematik die Behörde iSd Abs. 1 des § 17 BNatSchG und damit – für den Bereich des Bergrechts – das LBEG.

Lütkes/Ewer BNatSchG § 17 Rn. 37; Gellermann aaO BNatSchG § 17 Rn 8

Im Ergebnis bewirkt die vorstehend dargestellte Verfahrenskonzentration des § 17 BNatSchG, dass die im bergrechtlichen Zulassungsverfahren absehbaren Eingriffe in Natur und Landschaft allein in die Zulassungs- und Überwachungskompetenz des LBEG fallen. Der Kreis ist insoweit unzuständig.

## 2. Zuständigkeit des Kreises

Nicht erfasst von der durch § 17 Abs. 1 und § 17 Abs. 8 BNatSchG bewirkten Verfahrenskonzentration sind Eingriffe in Natur und Landschaft, zu denen es erst später bei Durchführung des Projekts kommt.

Eingriffe sind alle beachtlichen Veränderungen der Gestalt oder Nutzung von Grundflächen und damit die Veränderung des äußeren Erscheinungsbildes der Erdoberfläche durch Aufschüttungen, Abgrabungen sowie Einwirkungen auf die charakteristischen Pflanzenbestände. § 14 Abs. 1 BNatSchG erwähnt schließlich auch den mit der belebten Bodenschicht in Verbindung stehenden Grundwasserspiegel, so dass eine Absenkung, die die vorausgesetzte Erheblichkeitsschwelle erreicht, ebenfalls erfasst wird.

Die Verhinderung von Eingriffen, die im weiteren Verlauf eines bergbaurechtlichen Vorhabens – etwa durch Unachtsamkeit, Störfälle oder Havarien – auftreten, ist vom Wortlaut des § 17 BNatSchG nicht erfasst und könnte deshalb in die Wahrnehmungsberechtigung der ohnehin im Regelfall zuständigen Unteren Naturschutzbehörde und damit des Kreises fallen.

## a) Wortlautlösung

Folgt man dem Wortlaut der spezialgesetzlichen Kompetenzregeln, sprechen die besseren Argumente dafür, dass bei später erfolgenden Verstößen des laufenden Förderungsbetriebes gegen das Naturschutzrecht die Auffangzuständigkeit des Kreises als Träger der Unteren Naturschutzbehörde auflebt.

Gaentzsch in NJW 1986, 2787, 2794; Wolf ZUR 2006, 524 („Separationsmodell“)

Dazu ist festzustellen, dass es für die Aufsicht nach dem Naturschutzrecht – anders als beim Gewässerschutz – keine ausdrückliche landesrechtliche Verlage-



zung einer umfassenden Eingriffsbefugnis vergleichbar dem § 100 WHG auf die Bergbehörde gibt. Ausgangspunkt für die Zuständigkeitskonzentration ist vielmehr § 17 Abs. 1 BNatSchG, der auf die Erteilung der Genehmigung (hier: Betriebsplan) zugeschnitten ist und lediglich sicherstellt, dass die naturschutzrechtlichen Belange „im Huckepack“ mit zu berücksichtigen sind, um so eine präventive Kontrolle sicherzustellen. Selbst der Wortlaut von § 17 Abs. 8 BNatSchG zwingt nicht zu der Annahme, dass für die dort genannten Eingriffe die fachfremde Behörde iSd § 17 Abs. 1 BNatSchG in Bezug genommen ist, zumal Abs. 1 von „dieser Behörde“, Abs. 8 von der „zuständigen“ Behörde spricht. Dass das Bergrecht keine umfassende materielle Konzentrationswirkung begründet, folgt schließlich auch aus § 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG, wonach die Bergbehörde „unbeschadet anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften“ die Aufsuchung und Gewinnung von Bodenschätzen beschränken kann. Die Instrumentarien des Bergrechts sollen danach offenbar nicht den Schlusspunkt unter die durch das bergbauliche Vorhaben berührten öffentlich-rechtlichen Belange setzen.

#### **b) Teleologische Sichtweise**

Demgegenüber erscheint eine Zuständigkeitskonzentration beim Landesamt für Bergbau und Energie als die einzig praktikable und damit gangbare Lösung.

Ebenso VGH Kassel (Urteil vom 02.12.2004 – 4 UE 2874/02) in ZfB 2005, 25, zitiert nach Juris Rn 33-37 für eine vergleichbare Rechtslage in Hessen; ähnlich in der Tendenz BVerwG (Urteil vom 04.07.1986 – 4 C 31.84) DVBl 1986, 1273, 1276

Das Bergamt ist zuständig für die Genehmigung des Vorhabens in Form gestufter Betriebspläne. Bei seinen jeweiligen Entscheidungen hat das Landesamt alle denkbaren naturschutzrechtlichen Eingriffe zu berücksichtigen und ihnen nach Maßgabe des Naturschutzrechtes Rechnung zu tragen (§ 17 Abs. 1 BNatSchG). Die Betriebspläne werden deshalb unter zahlreichen Nebenbestimmungen ergehen, die den schonenden Umgang mit Landschaft und Natur sicherstellen. Dies alles entzieht sich der Kompetenz des Kreises.

Kommt es im Verlauf des Vorhabens zu unvorhergesehenen Eingriffen in den Naturhaushalt, ist es der Unteren Naturschutzbehörde kaum möglich, Maßnahmen zur Gefahrenabwehr zu erlassen. Denn die Behörde müsste die Legalisierungswirkung des jeweils geltenden bergrechtlichen Betriebsplanes beachten und sich so mit einer Materie befassen, in die sie nicht eingebunden ist. Denn die untere Naturschutzbehörde ist – wenn man dem Wortlaut der Vorschriften folgt – nur zur Abwehr von Eingriffen in den Naturhaushalt zuständig, die bei Erteilung des Betriebsplans nicht gesehen und deshalb auch nicht geregelt wurden. Zuwiderhandlungen gegen naturschutzrechtliche Aussagen, die Gegenstand des bergrechtlichen Prüfungsverfahrens waren, scheiden hingegen aus. Dies gilt auch dann, wenn die Bergbehörde nur unzureichend sich mit den naturschutzrechtlichen Einwänden auseinandergesetzt hat. Hat sie erst einmal einen Betriebsplan erteilt, so gilt dessen Aussage zwischen den Beteiligten, auch wenn er inhaltlich rechtswidrig ist.

Der Gesetzgeber hat die naturschutzrechtlichen Handlungsbefugnisse insoweit nachrangig ausgestaltet, als er ihre Geltendmachung in fachfremde Genehmi-

gungsverfahren implementiert hat (§ 17 Abs. 1 BNatSchG). Damit ist es Sache der Genehmigungsbehörde, nicht nur bei Erteilung der Genehmigung, sondern auch durch Erlass nachträglicher Anordnungen, Beschränkungen und Verbotsverfügungen flankierend und damit umfassend im zugewiesenen Aufgabenbereich tätig zu werden. Würde der Kreis als Träger der Naturschutzbehörde insoweit gewisse Kompetenzen behalten, unterläge die Bestimmung der Behördenzuständigkeit mehr oder minder zufälligen Anknüpfungspunkten, was eine effektive Gefahrenabwehr erheblich erschwert.

Die Kompetenzordnung muss eindeutig und klar ausgestaltet sein, damit sich das behördliche Einschreiten nicht verzögert. Mit diesen Vorgaben wäre es unvereinbar, wenn man dem Kreis die Funktion zuweisen würde, gleichsam als „Lückenfüller“ einzuspringen für Einzelfälle, die im Betriebsplan nicht bedacht worden. Das liefe darauf hinaus, dass der Kreis die „Oberaufsicht“ übernehmen müsste und für Fehler der im Genehmigungsverfahren zuständigen Bergbehörde aufkommen müsste – ein Ergebnis, das mit der Kompetenzaufteilung zwischen Verwaltungsbehörden nicht vereinbar ist.

Abschließend ist auf § 97 Abs. 2 NSOG hinzuweisen. Danach ist im Zweifel die Behörde zur Gefahrenabwehr zuständig, der nach der jeweiligen Rechtsvorschrift die **Aufgabenerfüllung im Übrigen** obliegt. Bei bergbaurechtlichen Vorhaben ist dies das Landesamt für Bergbau und Energie, das mit seinem gestuften Vorgehen durch aufeinander aufbauende Betriebspläne das Vorhaben begleitet und jederzeit durch nachträgliche Anordnungen den umweltrechtlichen Vorsorgegrundsätzen Rechnung tragen kann.

Damit ist der Landkreis aus kompetenzrechtlichen Gründen nicht befugt, als untere Naturschutzbehörde gegenüber Eingriffen tätig zu werden.

### III. Ordnungsverwaltung im Bodenschutzrecht

Auch die grundsätzliche Zuweisung der Kompetenzen im Bodenschutzrecht kommt nicht zum Tragen, weil die Anwendung des BBodSchG durch das Berggesetz überlagert wird.

Damit stehen dem Kreis als Träger der Bodenschutzbehörden auch im Bodenschutzrecht keine Kompetenzen zu.

#### 1. Überwachungsmaßnahmen

Das im BBodSchG geregelte Bodenschutzrecht ermächtigt die zuständige Ordnungsbehörde, jeder Bodenverunreinigung (§ 4 Abs. 1 BBodSchG) im Wege von Ge-/Verbotsverfügungen entgegenzutreten (§ 10 BBodSchG).

Dazu gehört auch die Befugnis der zuständigen Behörde, Gefährdungsabschätzung und Bodenuntersuchungen zu veranlassen (§ 9 BBodSchG), wenn der Verdacht auf eine schädliche Bodenveränderung besteht. Dies alles ist bei Fracking-Vorhaben bedeutsam, weil es durch den Umgang mit den verschiedenen Stoffen nicht nur zu Einwirkungen auf das Grundwasser, sondern auch auf die Bodenschicht kommen kann.

Dies alles fällt im Regelfall in die Wahrnehmungsberechtigung des Kreises als Träger der unteren Bodenschutzbehörde (§ 9 Abs. 2 NBodSchG).

## 2. Anwendungsvorrang des BBergG

Im Bodenschutzrecht liegt die Ordnungsverwaltung für die Dauer des bergrechtlichen Betriebsplan-Verfahrens bis zur Entlassung des Betriebsgrundstücks aus der Bergaufsicht ausschließlich beim LBEG und damit nicht beim Kreis als Träger der unteren Bodenschutzbehörde.

Das folgt aus § 3 Abs. 1 Nr. 10 BBodSchG. Nach dieser Vorschrift finden die bodenschutzrechtlichen Eingriffsinstrumentarien nur *„Anwendung, soweit Vorschriften des Bundesberggesetzes und der aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen über die Errichtung, Führung oder Einstellung eines Betriebs Einwirkungen auf den Boden nicht regeln.“* Das BBergG enthält jedoch abschließende Überwachungsbefugnisse bei schädlichen Bodenveränderungen. Das hat die Folge, dass das BBodSchG nicht unmittelbar zur Anwendung kommt und damit die auf der Grundlage des BBodSchG begründete Zuständigkeit des Kreises entfällt.

Die Vorschriften des BBergG erfassen alle schädlichen Bodenveränderungen iSd BBodSchG, zu denen es während der Bergaufsicht kommen kann. Das folgt daraus, dass das BBergG die Suche, den Abbau der Bodenschätze sowie die Stilllegung der Förderungsanlagen daran knüpft, dass *„überwiegende öffentliche Interessen“* der Durchführung des Vorhabens nicht entgegenstehen dürfen.

Zu ihnen zählen die materiellen Anforderungen des BBodSchG.

*BVerwG* (Urteil vom 14.04.2005 – 7 C 26./03) in *BVerwGE* 123, 247, zitiert nach *Juris* Rn 24; *OVG Koblenz* (Urteil vom 19.11.2007 – 1 A 10706/05) in *ZfB* 2008, 147-157, zitiert nach *Juris* Rn 44; *Müggenborg* in *NVwZ* 2012, 659, 661

Das bedeutet, dass zwar das bergaufsichtsrechtliche Überwachungsinstrumentarium zur Anwendung kommt und nicht die im BBodSchG geregelten Handlungsbefugnisse; diese aber verknüpft mit den materiellen Vorgaben, die dem Schutz des Bodens dienen. Die bodenrechtlichen Anforderungen finden somit Eingang in die Betriebspläne und ihre Nebenbestimmungen, vor allem auch in den Abschlussbetriebsplan.

Unvorhergesehenen Bodenverunreinigungen kann die Bergbehörde mit der bergordnungsrechtlichen Generalklausel des § 71 BBergG entgegenzutreten.

Findet danach das BBergG mit seinen Eingriffsinstrumentarien Anwendung, materiell verknüpft an die Aussagen des BBodSchG, hat dies die Konsequenz, dass der Schutz der Bodenqualität in die Bergaufsicht und damit in die Zuständigkeit des LBEG fällt.

Die Aufgabenzuständigkeit des Kreises als Träger der unteren Bodenschutzbehörde (§ 9 Abs. 2 NBodSchG) ist damit verdrängt.

#### IV. Ordnungsverwaltung im Abfallrecht

Der Kreis ist Träger der unteren Abfallbehörde nach § 41 Abs. 2 Satz 1 NAbfG. Für die Dauer der Bergaufsicht begründet jedoch § 5 ZustVO-Abfall eine umfassende aufsichtsrechtliche Zuständigkeit beim Landesamt für Bergbau, Energie und Geologie.

Damit ist der Landkreis nicht zuständig, Maßnahmen nach dem KrWG oder dem NAbfG gegenüber den der Bergaufsicht unterfallenden Betrieben zu erlassen. Die aus dem Abfallregime folgenden Umweltstandards des Abfallrechts sind durch das LBEG als zuständige Sonderordnungsbehörde sicherzustellen.

#### V. Ordnungsverwaltung im Immissionsschutzrecht

Aufsuchung und Förderung sind mit erheblichen Emissionen verbunden. Neben den Lärmeinwirkungen müssen vor allem die ausströmenden Kohlendioxide, das Methangas und die Auswirkungen des Abfackelns mit den davon ausgehenden Niederschlägen in den Blick genommen werden.

##### 1. Ordnungsbehördliches Instrumentarium

Anwendbar auf die Überwachung von Immissionen ist das BImSchG.

Es unterscheidet zwischen genehmigungsbedürftigen und nichtgenehmigungsbedürftigen Anlagen. Zum Katalog der genehmigungsbedürftigen Anlagen können – vorbehaltlich der Vorschriften über die Privilegierung von Anlagen unter Tage (§ 4 Abs. 2 BImSchG) – Feuerungsanlagen gehören (Anl. 1.1 i.V.m. § 1 4. BImSchV iVm § 4 Abs. 1 BImSchG). Im Zusammenhang mit dem Fracking werden im großen Umfang Anlagen zum Abfackeln ausströmender Gase betrieben.

Ob diese Anlagen genehmigungsbedürftig sind, hängt allerdings davon ab, ob sie länger als ein Jahr am selben Ort betrieben werden. Ist das nicht der Fall, begründet das BImSchG für die Vorhabenträger keine präventive Überwachungssystematik durch einen Genehmigungsvorbehalt (dazu §§ 4-21 BImSchG). Es ermächtigt aber die zuständige Behörde, bei Drohen einer Gefährdungslage durch Ge-/Verbotsverfügungen sicherzustellen, dass schädliche Umwelteinwirkungen nicht freigesetzt werden (§§ 22-25 BImSchG). Das schließt den Erlass von Beschränkungen und Untersagungsverfügungen ein.

Das BImSchG kommt mit seinen Instrumentarien neben dem BBergG zur Anwendung. Es gibt keine Vorschriften, die einen Anwendungsvorrang des BBergG begründen oder bestimmen, dass bergrechtlicher Betriebspläne die Anlageerlaubnis nach BImSchG ersetzen. Treten bei nichtgenehmigungsbedürftigen Anlagen Immissionen auf, kann die zuständige Behörde die erforderlichen Ordnungsverfügungen erlassen.

**Pienschulte/Vitzhum** BBergG § 56 Anhang Rn. 193 zum Nebeneinander von Anlageerlaubnis und Betriebsplan; Rn 207-217 für die Anwendungskonkurrenz von BBergG und BImSchG bei nach BImSchG nichtgenehmigungsbedürftige Anlagen.

## **2. Zuständigkeiten im Immissionsrecht**

Für die vorliegende Untersuchung kann es offen bleiben, inwieweit es sich bei den Anlagen im Landkreis mit Blick auf ihre Vorrichtung zum Abfackeln von Gasen um nach BImSchG genehmigungsbedürftige Anlagen handelt.

Denn dem Landkreis stehen die zur Überwachung nach BImSchG erforderlichen Wahrnehmungsberechtigungen nicht zu. Nach der ZustVO-Umwelt-Arbeitsschutz sind zum Vollzug des BImSchG grundsätzlich die Staatlichen Gewerbeaufsichtsämter zuständig (§ 1 Abs. 1), soweit nicht in der Anlage zur ZustVO-Umwelt-Arbeitsschutz ausnahmsweise die Aufgaben an andere Behörden übertragen sind.

Der Vollzug des BImSchG ist danach dem Gewerbeaufsichtsamt Lüneburg als Sonderordnungsbehörde zugewiesen. Der Landkreis verfügt insoweit über keine Kompetenzen.

## **VI. Bauaufsicht**

Gebäude, die im Zusammenhang mit Explorations- und Förderanlagen errichtet werden, unterfallen der Bauaufsicht.

### **1. Gegenständlich beschränkte Bauaufsicht**

Die Kreise nehmen in der Regel die Aufgaben der Unteren Bauaufsichtsbehörde wahr (§ 57 Abs. 1 i.V.m. § 58 Abs. 2 NBauO).

Ihre Aufgabe ist es, dafür zu sorgen, dass bauliche Anlagen, Bauprodukte und gleichgestellte Anlagen (§ 1 Abs. 1 NBauO) dem öffentlichen Baurecht entsprechend errichtet und genutzt werden (§ 58 Abs. 1 NBauO). Soweit nach der NBauO – abhängig vom Umfang des Vorhabens und der Gebäudeklasse – ein Baugenehmigungsverfahren erforderlich ist, kommt eine präventive Bauüberwachung in Betracht. Nach § 79 NBauO haben die Kreise im Rahmen der Bauaufsicht die Befugnis, durch Bauordnungsverfügung sicherzustellen, dass bauliche Anlagen nicht dem öffentlichen Baurecht widersprechen.

Durch das bergrechtliche Betriebsplanverfahren wird die Baugenehmigung nicht ersetzt. Aber der Gesetzgeber hat den Anwendungsbereich der Bauordnung mit Rücksicht darauf eingeschränkt, dass das Vorhaben im bergrechtlichen Betriebsplanverfahren notwendig „vorgeprüft“ wird. Deshalb werden Aufschüttungen, Abgrabungen, Hohlräume unter dem Boden, Lagerplätze und ortsfeste Feuerstätten, die nach § 2 Abs. 1 Satz 2 NBauO im Regelfall baulichen Anlagen gleichgestellt sind, für den Bereich des Bergrechts dem Anwendungsbereich der NBauO entzogen: Die auf das Bergrecht abzielende Vorschrift des § 1 Abs. 2 Nr. 2 NBauO stellt ausdrücklich klar, dass die Bauordnung nicht für „Anlagen und Einrichtungen unter der Aufsicht der Bergbehörden, ausgenommen Gebäude“ gilt.

Inhaltlich bezieht sich die Bauaufsicht für die dem Anwendungsbereich der NBauO verbliebenen Gebäude darauf, dass ihre Errichtung und Nutzung dem öffentlichen Baurecht nicht widersprechen. Im Regelfall sind damit öffentlich-



rechtliche Vorschriften, insbes. aus dem Städtebaurecht (§§ 29 ff BauGB) und aus dem bauordnungsrechtlichen Gefahrenabwehrrecht (§§ 3 ff NBauO) als Prüfungsmaßstab heranzuziehen. So können etwa privilegierte Vorhaben im Außenbereich, zu denen die bergbaulich genutzten Anlagen zählen (vgl. § 35 Abs. 1 Nr. 3 und 4 BauGB), daran scheitern, dass die Anlage am konkreten Standort wegen ihrer Umwelteinwirkungen (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB) oder wegen einer Belastung des Landschaftsbildes (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB) öffentliche Belange beeinträchtigen.

Diese Gesichtspunkte werden allerdings auch im bergrechtlichen Betriebsplanverfahren geprüft. Der Betriebsplan ist zu versagen, soweit dem Vorhaben überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen (§ 48 Abs. 2 Satz 1 NBauO). Dazu gehören auch alle bauplanungsrechtlichen und bauordnungsrechtlichen Gesichtspunkte

BVerwG (Urteil vom 16.03.1989 – 4 C 36/85) in BVerwGE 81, 329, 341 und 345;  
BVerwG (Beschluss vom 16.03.2001 – 4 BN 15/01) in NVwZ-RR 2002, 8; Kühne DVBl 1984, 709, 713

Wenn die NBauO mit § 1 Abs. 2 Nr. 2 „Anlagen und Einrichtungen unter der Aufsicht der Bergbehörden, ausgenommen Gebäude“ der Bauaufsicht entzogen hat, dann wird damit deutlich, dass der Landesgesetzgeber damit beabsichtigt hat, die Erteilung des Betriebsplans („für die Anlagen und Einrichtungen unter der Aufsicht der Bergbehörde“) zum **Trägerverfahren** zu machen mit der Folge, dass die im Anwendungsbereich der LBauO verbleibenden „Gebäude“ bauaufsichtsrechtlich auf ihre Sicherheit, jedoch nicht auf ihre sonstige Vereinbarkeit mit öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu überprüfen sind.

Dies schränkt die Prüfungskompetenz der Bauaufsicht ein.

## 2. Zuständigkeit des Kreises

In seiner Funktion als untere Bauaufsichtsbehörde (§ 57 Abs. 1 i.V.m. § 58 Abs. 2 NBauO) hat der Kreis Rotenburg die Kompetenz, über die Errichtung und Nutzung von *Gebäuden* zu entscheiden, die mit den bergrechtlichen Vorhaben einhergehen. In seiner Sachentscheidung muss aber der Kreis die positive Zulassungsentcheidung für das bergbaurechtliche Vorhaben nach Maßgabe des Betriebsplans übernehmen und ist in seiner Prüfung baurechtlicher Vorschriften darauf beschränkt, die sicherheitsrechtlichen Anforderungen an Gebäude einzufordern – mehr nicht.

Weitergehende Zugriffsmöglichkeiten stehen dem Kreis als Träger der Bauaufsicht im Rahmen des bergrechtlich geprägten Betriebsplanverfahrens nicht zu.

## VII. Gesundheits- und Katastrophenschutz

Schließlich eröffnen weder das Niedersächsische Gesetz über den öffentlichen Gesundheitsdienst (NGöGD) noch das Niedersächsische Katastrophenschutzgesetz (NKatSG) die nachgefragten Eingriffsbefugnisse.

## 1. Öffentlicher Gesundheitsdienst

Zu den zuständigen Behörden im öffentlichen Gesundheitsdienst gehören nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 NGöGD die Behörden der Landkreise. Für den Bereich des umweltbezogenen Gesundheitsschutzes begründet das Gesetz allerdings keine Eingriffsbefugnisse. § 6 NGöGD macht es den Landkreisen zur Pflicht, Gesundheitsgefährdungen und Gesundheitsschäden, die auf Umwelteinflüssen beruhen, zu beobachten und auf deren Beseitigung hinzuwirken.

Eingriffsbefugnisse müssen demgegenüber von ihren Voraussetzungen und Rechtsfolgen her eindeutig formuliert sein. Dem trägt das Sonderordnungsrecht Rechnung, indem es für die verschiedenen Fachgebiete bereichsspezifisch Anforderungen zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und damit auch der Gesundheit benennt und in Abhängigkeit von der Nähe, Intensität und Bandbreite der Gefahr den danach zuständigen Behörden Eingriffsinstrumentarien zur Verfügung stellt.

Diese Gesetze wurden unter I-VI behandelt. Wie oben dargestellt, kodifizieren diese Gesetze auch zu Gunsten des Kreises die erforderlichen Eingriffsbefugnisse. Dass dies bei bergrechtlichen Betriebsplanverfahren nicht zur Anwendung kommt, liegt nicht daran, dass dem Kreis keine Befugnisnormen zur Verfügung stehen. Es erklärt sich vielmehr daraus, dass das Bergrecht als Sonderordnungsrecht das bereichsspezifische Ordnungsrecht wie etwa das Gewässerschutz- oder das Bodenschutzrecht verdrängt. Das wiederum hat zur Folge, dass nur die nach dem BBergG zuständige Bergbehörde möglichen Gefahren entgegentreten kann.

Damit erschöpft sich § 6 NGöGD seinem Wortlaut entsprechend in der Verpflichtung der Landkreise, durch schlichtes Verwaltungshandeln gesundheitsgefährdende Entwicklungen zu beobachten, zu untersuchen und zu bewerten. Eine Ermächtigung zum Erlass von Verfügungen gegen die Erdgas- und Erdölunternehmen enthält die Vorschrift nicht.

## 2. Katastrophenschutz

Schließlich obliegt auch der Katastrophenschutz dem Landkreis (§ 2 Abs. 1 NKatSG). Ein Katastrophenfall setzt einen Notstand voraus, bei dem Leben, Gesundheit, die lebenswichtige Versorgung der Bevölkerung, die Umwelt oder erhebliche Sachwerte schwer wiegend gefährdet sind (§ 1 Abs. 2 NKatSG). Kennzeichnend ist eine Gefahrenintensität oder Breitenwirkung der Gefahr, die es erforderlich macht, dass verschiedene Hilfsmöglichkeiten gebündelt werden (z.B. Hochwassergefahren, Flugzeugabsturz, Waldbrand).

Das NKatSG dient dazu, dass sich die Katastrophenschutzbehörden frühzeitig durch organisatorische Vorkehrungen auf Katastrophen einstellen können. Besondere Eingriffsermächtigungen begründet das Katastrophenschutzrecht nicht. Zuständig zur Gefahrenabwehr bleiben die Ordnungsbehörden und die Polizei. Im Wege der erweiterten Amtshilfe kann bei bestimmten Katastrophen auch die Bundeswehr tätig werden.



Zusätzliche Eingriffsmöglichkeiten gegen Unternehmen, die im Gebiet des Landkreises Bodenschätze suchen und ausbeuten, begründet das Katastrophenschutzrecht zu Gunsten der Kreisverwaltung nicht.

### VIII. Abwehr unbenannter Gefahren (allgemeines Ordnungsrecht)

Von unbenannten Gefahren spricht man, wenn Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung bedroht sind, die nicht einem Fachgebiet spezialgesetzlich zugewiesen sind. Eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit liegt vor, wenn die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass Leben, Gesundheit, Sachwerte oder der Staat und seine Einrichtungen bedroht sind (vgl. § 2 Nr. 1 a NSOG). Der Gesetzgeber hat für viele Lebensbereiche das Gefahrenabwehrrecht spezialgesetzlich geregelt, wie hier etwa für den Gewässerschutz, den Bodenschutz und das Abfallbeseitigungsrecht als öffentliche Aufgaben oder das Immissionsschutzrecht, den Schutz der Gesundheit oder vor baulichen Gefahren als Schutz von Individualgütern.

Es können Gefahren auftreten, die spezialgesetzlich nicht erfasst sind. Auch im Zusammenhang mit Frackingvorhaben lässt es sich nicht ausschließen, dass es etwa zu Gesundheitsgefahren kommt, für die spezialgesetzliche Schutzbestimmungen fehlen. Es bestehen durchaus Befugnisnormen zur Abwehr derartiger „allgemeiner“ Gefahren – aber die Wahrnehmungsberechtigung ist dabei nicht den Kreisen zugewiesen.

#### 1. Zuständigkeit der Bergbehörde (LBEG)

Nach § 71 Abs. 1 BBergG kann die für das Bergrecht zuständige Behörde anordnen, welche Maßnahmen zur Durchführung des BBergG und der darauf beruhenden Verordnungen erlassen werden können. Dabei können auch Anordnungen getroffen werden, die über die in den Betriebsplänen getroffenen sicherheitsrechtlichen Anforderungen hinausgehen, „soweit dies zum Schutz von Leben, Gesundheit und Sachgütern Beschäftigter oder Dritter erforderlich ist.“

Nach § 142 BBergG i.V.m. Erlass der Landesregierung vom 05.12.2001 (VORIS 75100 00 00 00 027) und vom 20.12.2005 (VORIS 20110) ist dies das Landesamt für Bergbau, Energie und Geologie (LBEG).

Um unkalkulierbare Risiken zu verhindern, enthalten die Betriebspläne zahlreiche Vorgaben für die Vorhabenträger. Die Bergbehörden sind zuständig, deren Einhaltung durch Anordnungen im Einzelfall nach § 71 Abs. 1 Satz 1 BBergG sicherzustellen. Treten nach Aufnahme eines bergbaurechtlichen Vorhabens Gefahren auf, die nicht rechtzeitig erkannt worden waren, aber im Betriebsplan hätten geregelt werden müssen, ist die Bergbehörde verpflichtet, durch nachträgliche Änderungen des Betriebsplans derartigen Gefahren entgegenzutreten.

Dazu kann die Bergbehörde nachträgliche Anordnungen und damit Ge-/Verbote zur Gefahrenabwehr in den Betriebsplan aufnehmen und ihn jederzeit ergänzen (vgl. §§ 52 Abs. 4 Satz 2, 53 Abs. 1 Satz 2, 56 Abs. 3 BBergG).

BVerwG (Urteil vom 16.03.1989 – 4 C 36/85 in BVerwGE 81, 329, 334/335; BVerwG (Urteil vom 15.12.2006 – 7 C 6.06) BVerwGE 127, 272, 276; OVG Münster (Beschluss vom 31.10.2013 – 11 A 1005/11) in UPR 2014, 80, zitiert nach Juris Rn 16.

Werden Gefahren vom Anwendungsbereich des Betriebsplans und damit seiner späteren Ergänzung nicht erfasst, ist das LBEG nach der Generalklausel des § 71 Abs. 1 Satz 2 BBergG zuständig, Anordnungen unter anderem dann zu treffen, wenn es um die *Abwehr von Gefahren für Leben, Gesundheit und Sachgüter Dritter* erforderlich ist. Das bedeutet, dass alle „unbenannter Gefahren“ der sonderordnungsrechtlichen Wahrnehmungszuständigkeit des LBEG zumindest dann zugewiesen sind, wenn sie typisch für den Vorhabenbetrieb bei Aufsuchung und Gewinnung von Bodenschätzen sind.

Demgegenüber ermächtigt das BBergG als bereichsspezifisches Gesetz die Bergbehörde nicht dazu, nach § 71 Abs. 1 Satz 2 BBergG Anordnungen zu Gunsten solcher Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung zu treffen, deren jeglicher Sachzusammenhang zum Bergrecht fehlt.

BVerwG (Urteil vom 16.03.1989 – 4 C 36/85 in BVerwGE 81, 329, 338; OVG Münster (Beschluss vom 31.10.2013 – 11 A 1005/11) zitiert nach Juris Rn 16

## 2. Zuständigkeit der Gemeinden

Es lässt sich somit nicht ausschließen, dass bei Durchführung der Vorhaben Gefahren auftreten, denen der innere Bezug zum Bergrecht fehlt. Rechtsgrundlagen für die Abwehr derartiger unspezifischer (allgemeiner) Gefahren finden sich im NSOG. Dieses Gesetz hat eine Auffangfunktion im Gefahrenabwehrrecht.

Es findet Anwendung, wenn eine Gefahr in einem Spezialgesetz nicht abschließend erfasst worden ist. Wegen des spezifischen bergrechtlichen Bezugs ist das BBergG nicht abschließend und steht deshalb der Anwendung des NSOG als allgemeinem Gefahrenabwehrgesetz zur Abwehr unbenannter Gefahren nicht entgegen.

Plens/Schulte/Vitzhum BBergG § 71 Rn. 42.

Nach § 11 NSOG können die Verwaltungsbehörden und die Polizei die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine Gefahr abzuwehren, soweit die Gefahrenabwehr nicht abschließend Spezialgesetzen zugewiesen ist. Nach § 97 Abs. 1 NSOG sind „zuständige Verwaltungsbehörden für Aufgaben der Gefahrenabwehr .... die Gemeinden, soweit für diese Aufgaben keine besonderen Zuständigkeitsregelungen bestehen“.

Für „unbenannter Gefahren“ bestehen keine besonderen Regeln und deswegen auch keine abweichenden Zuständigkeitsbestimmungen.

Im Ergebnis bedeutet das: Kommt es zu einer Gefahr, die sich ihrer Art nach weder einem Fachgesetz wie z.B. dem WHG oder dem BBodSchG zuordnen lässt noch im inneren Zusammenhang zum weitgestreckten Anwendungsbereich des BBergG steht, lebt die Auffangzuständigkeit der **Gemeinden** auf. Sie sind Träger der allgemeinen Ordnungsbehörde, nicht der Kreis.

Eine ordnungsbehördliche Zuständigkeit des Landkreises zur Abwehr von Gefahren im Zusammenhang mit der Erkundung und Förderung von Bodenschätzen lässt sich somit unter keinen denkbaren Umständen begründen.

## **B. Eilfälle**

Ist erkennbar, dass eine Ordnungsbehörde – und damit das LBEG, subsidiär der Bürgermeister (siehe oben A) – zur Abwehr einer Gefahr nicht rechtzeitig tätig werden kann, oder ist eine Störung bereits eingetreten, regelt das Gefahrenabwehrrecht eine Kompetenzerweiterungen. In derartigen Eilfällen ist auch die Polizei zur Gefahrenabwehr zuständig (I), denkbar ist darüber hinaus, dass Kompetenzerweiterungen auch zu Gunsten anderer Gefahrenabwehrbehörden und damit zu Gunsten des Kreises eintreten (II).

### **I. Polizeiverwaltung**

Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 NSOG ist die Polizei zur Gefahrenabwehr zuständig, „so weit die Gefahrenabwehr durch die Verwaltungsbehörden nicht oder nicht rechtzeitig möglich erscheint.“ Polizeibehörden sind die örtlichen Polizeidirektionen (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 NSOG) und damit die Polizeidirektion Lüneburg für den Landkreis Rotenburg (§ 90 Abs. 2 Nr. 4 NSOG).

Der Kreis hat keine vollzugspolizeilichen Aufgaben und kann danach nicht im Eilfall tätig werden. Die Eilkompetenz liegt vielmehr bei der uniformierten Vollzugspolizei. Sie trifft die unaufschiebbare Maßnahmen und stützt sich dabei nicht auf die zahlreichen Spezialgesetze, die in die Wahrnehmungsberechtigung der Ordnungsbehörden – hier: des LBEG – fallen, sondern unmittelbar auf die allgemeinen gefahrenabwehrrechtlichen Befugnisnormen der §§ 11 ff NSOG.

### **II. Eilzuständigkeit des Kreises**

Es ist denkbar, dass die Gesetze zur Gefahrenabwehr im Eilfall eine Hilfszuständigkeit anderer Ordnungsbehörden vorsehen. Die Kompetenzordnung kann im öffentlichen Recht nicht außerhalb ausdrücklicher Vorschriften begründet oder durchbrochen werden. Eine außerordentliche Zuständigkeit einer Ordnungsbehörde in einem einer anderen Behörde zugewiesenen Fachgebiet muss deshalb im Gesetz oder in Rechtsverordnungen ausdrücklich geregelt sein.

Eine solche außerordentliche Zuständigkeit der Kreisverwaltung ist in den in Teil A behandelten Spezialgesetzen nicht aufgeführt. Es kommt aber § 102 Abs. 2 NSOG als allgemeine Auffangregelung zur Anwendung. Nach Satz 1 dieser Regelung können *„sachlich nicht zuständige Verwaltungsbehörden ... bei Gefahr im Verzuge einzelne Maßnahmen zur Abwehr einer gegenwärtigen erheblichen Gefahr anstelle und auf Kosten der zuständigen Verwaltungsbehörde treffen.“* Dabei ist die zuständige Verwaltungsbehörde unverzüglich zu unterrichten (Satz 2).

Es müssen drei Voraussetzungen erfüllt sein, damit ausnahmsweise die Kreisverwaltung eigenständige Ge-/Verbotsverfügungen gegenüber den für die Gefahren Verantwortlichen erlassen können:

- Es muss eine **Gefahr im Verzuge** vorliegen. Das ist nach der Legaldefinition des § 2 Nr. 4 NSOG bei einer Sachlage der Fall, bei der ein Schaden eintreten würde, würde nicht anstelle der dazu berufenen Behörde – hier: dem Landesamt für Bergbau, Energie und Geologie – unverzüglich eine andere Behörde tätig werden. Eine Gefahr im Verzug liegt vor allem dann vor, wenn der Schaden bereits eingetreten ist, die Bergbehörde jedoch noch keine Anordnungen treffen konnte. Anders ist es hingegen, wenn das LBEG in Kenntnis des Schadensfalls davon absieht, Entscheidungen zu treffen. Die Verantwortlichkeit liegt dann wieder ausschließlich bei der zuständigen Behörde und damit bei dem LBEG.
- Es muss sich um eine **gegenwärtige Gefahr** handeln. Nach § 2 Nr. 1b) NSOG ist dies eine Gefahr, bei der die Einwirkung des schädigenden Ereignisses bereits begonnen hat oder bei der diese Einwirkung unmittelbar oder in allernächster Zeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bevorsteht. Es werden damit an die zeitliche Nähe und an die Wahrscheinlichkeit des Schadens hohe Anforderungen gestellt, um die außerordentliche Zuständigkeit des Landkreises im Aufgabenbereich des LBEG zu begründen. Die Störung muss entweder bereits andauern oder unmittelbar bevorstehen. Der im Ordnungsrecht sonst geltende Satz, dass an die Schadenswahrscheinlichkeit umso geringere Anforderungen gestellt werden, je bedeutsamer die bedrohten Schutzgüter sind, gilt nicht. Vielmehr fordert das Gesetz, dass mit dem Eintritt des Schadens nach der Einschätzung eines objektiven Beobachters mit nahezu 100-prozentiger Sicherheit gerechnet werden muss.
- Schließlich fordert das Gesetz zur Wahrnehmung der außerordentlichen Zuständigkeit durch den Kreis im Aufgabenbereich der Bergbehörde, dass es sich um eine **erhebliche Gefahr** handelt. Eine erhebliche Gefahr ist eine Gefahr für bedeutsame Rechtsgüter wie etwa für staatliche Einrichtungen, Leben, Gesundheit, Freiheit oder nicht unwesentliche Vermögenswerte sowie andere strafrechtlich geschützte Güter (§ 2 Nr. 1 c) NSOG). Die danach erforderliche Qualifizierung der Gefährdungslage liegt nur vor, wenn Umweltgüter (wie z.B. der Wasserhaushalt als öffentliche Einrichtung, vgl. dazu § 4 WHG) oder die Gesundheit eindeutig und schwerwiegend oder mit einer erheblichen Breitenwirkung bedroht sind.

Ist danach ausnahmsweise eine außerordentliche sachliche Zuständigkeit des Kreises gegeben, dann sind gleichwohl die Eingriffsmöglichkeiten des Kreises durch die gesetzlich gewollte Subsidiarität beschränkt. Der Kreis kann in aller Regel nur vorläufige Maßnahmen treffen. Zugleich muss er dafür Sorge tragen, dass das Bergamt in die Lage versetzt wird, möglichst umgehend die ihm zugewiesene grundsätzliche Aufgabenzuständigkeit auch wahrzunehmen. Der Kreis kann somit – soweit dies nicht bereits durch die Polizei veranlasst worden ist – Absperrungsmaßnahmen treffen. Ge- oder Verbotsverfügungen an den Verantwortlichen wird er der zuständigen Bergbehörde überlassen müssen, die er sofort zu verständigen hat.

Es ist allerdings noch einmal zu betonen, dass die vorstehend aufgeführte außerordentliche Zuständigkeit des Landkreises nicht auflebt, wenn Gefahrenabwehrmaßnahmen allein deshalb unterbleiben, weil das Bergamt in Kenntnis der Vorgänge von einem Einschreiten absieht. Die außerordentliche Zuständigkeit des Kreises greift nur dann und nur insoweit ein, als das Bergamt zur Gefahrenabwehr aus objektiven Gründen nicht in der Lage ist. Die Zuständigkeitserweiterung des § 102 Abs. 2 NSOG dient hingegen nicht dazu, dem Kreis die Möglichkeit zu eröffnen, die Entscheidung der zuständigen Behörde zu korrigieren, zu verbessern oder durch eine eigene Entscheidung zu ersetzen. Sobald die an sich zuständige Behörde in der Lage ist, der sich abzeichnenden Gefahr entgegenzutreten, verliert der Kreis seine außerordentliche sachliche Zuständigkeit.

Der Kreis kann dann die zuständige Bergbehörde informieren, er kann ihr auch Vorschläge machen. Verbindlich nach außen kann er nicht tätig werden, es sei denn, er wird dazu im Wege der Amtshilfe vom LBEG ausdrücklich ersucht.

### C. Ausblick

Die mangelnde Zuständigkeit des Kreises lässt sich nicht beheben. Indem der Gesetzgeber für alle bereichsspezifischen Gefahren stets vorrangig die Zuständigkeit des LBEG begründet hat, hat er eindeutig zu erkennen gegeben, dass die Regelungen – wie dies bei Kompetenzregelungen ohnehin der Fall ist – zwingend ist.

Der Kreis hat keine aufsichtsrechtlichen Möglichkeiten gegenüber dem Landesamt für Bergbau, Energie und Geologie. Außer behördeninternen Hinweisen und Gegenvorstellungen gibt es für den Kreis keine Handlungsmöglichkeiten. Das gilt nicht nur für den Bereich der Gefahrenabwehr, sondern auch für die Feststellung noch ungeklärter Risiken.

Ein Einschreiten zur Aufklärung neuartiger Risiken ist auf der Grundlage des gegenwärtigen Gefahrenabwehrrechts im hier zu untersuchende Bereich ohnehin nicht möglich. Dazu bedarf es vielmehr spezialgesetzlicher Ausformungen einer administrativen Risikoversorge – wie etwa im Atomrecht oder im Bereich der Gentechnik (vgl. z.B. § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtG und § 6 Abs. 2 GenTG).

BVerwG (Urteil vom 03.07.2002 – 6 CN 8.01) in BVerwGE 116, 347, 352

Im Übrigen würde der Landesgesetzgeber entsprechend der grundsätzlichen Systematik des § 97 Abs. 2 NSOG auch die Risikoversorge dem Bergamt als der sachnäheren Behörde zuweisen.

## 2. Teil: Widerruf des Einvernehmens

Das Landesamt für Bergbau, Energie und Geologie ist zuständig, die gewässerschutzrechtlich erforderlichen Erlaubnisse zu erteilen (§§ 19 Abs. 2 WHG). Dazu ist das LBEG auf das *Einvernehmen* der im Gewässerschutz an sich zuständigen Fachbehörde und damit des Kreises angewiesen. Soweit Entscheidungen im Abfallrecht und im Naturschutzrecht zu treffen sind, liegen auch sie bei der Bergbehörde und fließen in das Betriebsplanverfahren mit ein.



§ 54 Abs. 2 BBergG spricht dazu allgemein die Verpflichtung der Bergbehörde aus, vor Zulassung des Betriebsplans die zuständigen Behörden und damit den Landkreis zu beteiligen. §§ 17 Abs. 1 BNatSchG, 5 Abs. 2 ZustVO-Abfall präzisieren die Art der Beteiligung dahin, dass die Entscheidungen nur im *Benehmen* mit der an sich zuständigen Kreisverwaltung getroffen werden dürfen.

### I. Benehmen

Benehmen bedeutet, dass die mitwirkende Behörde – hier: die Kreisverwaltung – ihre Auffassung zu dem Vorhaben vorzutragen berechtigt ist, dass aber die letztentscheidende Behörde – hier: das LBEG – sich über das Ergebnis der Äußerung hinwegsetzen kann.

*Czychowski/Reinhardt, WHG (aF) § 1 b, Rn. 10; BVerwG (Urteil vom 04.11.1960 – VI C 163.58) in BVerwGE 11, 195, 200; BayVGH (Beschl. vom 15.07.1977 – 264 VII 76) in BayVBl 1977, 731 zitiert nach Juris Rn 23*

Damit stellt sich nicht die Frage, ob durch Widerruf des „Benehmens“ die Befugnisse des LBEG infrage gestellt werden können. Kann das Landesamt auch dann eine positive Entscheidung treffen und den Betriebsplan durchsetzen, wenn der Kreis sein Benehmen nicht erteilt hat, dann kommt dem Widerruf nach dem ausdrücklich erklärten Benehmen keine rechtliche Bedeutung zu.

Das „Benehmen“ soll das LBEG veranlassen, nach Anhörung bzw Beratung mit der an sich zuständigen Behörde seine ausschließlich eigenverantwortliche Entscheidung zu treffen.

Der Kreis hat kein Vetorecht. Deshalb wäre ein Widerruf unbeachtlich und ohne rechtliche Wirkung.

### II. Einvernehmen

Die Erteilung der Erlaubnisse zur Benutzung der Gewässer, über die durch die Zuständigkeitskonzentration des § 19 Abs. 2 WHG das Landesamt für Bergbau, Energie und Geologie entscheidet, hängt vom Einvernehmen der zuständigen Wasserbehörde ab (§ 19 Abs. 3 WHG). Einvernehmen bedeutet Zustimmung der Wasserbehörde im Rahmen des ihr gesetzlich vorgeschriebenen Aufgabenbereichs. Ohne Einvernehmen ist der Betriebsplan rechtswidrig.

*Plens/Schulte/Vitzhum BBergG § 56 Anhang Rn 672; Czychowski/Reinhardt WHG § 19 Rn. 23 und Rn. 26*

Das Einvernehmen ist eine intrapersonale Verfahrenshandlung, es ist kein Verwaltungsakt, dessen Aufhebung sich nach §§ 48, 49 VwVfG beurteilen würde.

Ein Verwaltungsakt ist eine verbindliche, auf Außenwirkung gerichtete Teilregelung. Daran fehlt es, wenn im Innenverhältnis des Landes Kreis und Bergamt zusammenwirken und dabei nicht unterschiedliche Prüfungsaufgaben wahrnehmen, sondern kongruente Fragen beurteilen – nämlich ob die geplanten Erlaubnisse zur Benutzung der Gewässer mit den gewässerschutzrechtlichen Voraussetzungen vereinbar sind. Die Erlaubnis ist ein Verwaltungsakt, nicht aber das vorausgehende behördeninterne Einvernehmen.

*Stelkens/Bonk/Sachs VwVfG § 35 Rn. 171 mwN in Fußn. 858 und 859*

Verfahrenshandlungen wie das Einvernehmen müssen vorliegen, wenn der Rechtsakt ergeht, auf den sich das Einvernehmen bezieht. Ob eine Verfahrenshandlung im Anschluss daran wieder zurückgezogen werden kann, beantwortet sich nach dem Sinn und der Funktion des Einvernehmenserfordernisses. Jedenfalls kann das Einvernehmen nicht wie ein Verwaltungsakt aufgehoben werden.

Sächs. OVG (Urteil vom 18.01.2006 – 1 B 444/05) in SächsVBI 2006, 140; zitiert nach Juris Rn 34; Simon/Busse/Geiger BayBO 69 Rn. 12e

Die Regelung des § 19 Abs. 3 WHG verlagert die Letztentscheidung für die mit dem Betriebsplan einhergehenden wasserrechtlichen Erlaubnisse auf die Bergbehörde. Durch diese Zuständigkeitskonzentration soll dem Vorhabenträger unbeschadet der unterschiedlichen Verwaltungsverfahren (Mehrheit von Genehmigungen) nur eine Entscheidungsbehörde gegenübertreten.

Damit strebt das Gesetz die Schaffung eines eindeutigen, für den Vorhabenträger kalkulierbaren Verwaltungsrechtsverhältnisses an. Ein bergrechtliches Vorhaben ist mit erheblichen Investitionen verbunden. Zum anderen müssen im bergrechtlichen Betriebsplanverfahren bzw im Zusammenhang damit zahlreiche öffentliche Belange berücksichtigt werden.

Deshalb ist es Ausdruck einer rechtsstaatlichen Verfahrensgestaltung, wenn durch die Konzentration eindeutige Zuständigkeiten geschaffen werden, ohne dass inhaltlich Abstriche an den zu erfüllenden gesetzlichen Anforderungen gemacht werden.

Bei dieser Sachlage ist es mit dem rechtsstaatlichen Grundsatz des Vertrauens auf ein Verwaltungsverfahren und dessen Beständigkeit nicht vereinbar, wenn das Einvernehmen nach Zulassung des Betriebsplans durch die Wasserbehörde widerrufen werden könnte.

Czychowski/Reinhardt WHG § 19 Rn 23; Piens/Schulte/Vitzthum BBergG § 56 Anhang Rn 673 m.w.N.

Eine rechtsstaatliche Verfahrensgestaltung lässt zudem ein in sich widersprüchliches Verwaltungshandeln nicht zu. Die vom Gesetzgeber angestrebte abschließende Entscheidungskompetenz des Bergamtes und das damit einhergehende Vertrauen des Antragstellers in das bergrechtliche Genehmigungsverfahren verbieten es beteiligten Behörden, von ihrem im Verwaltungsverfahren zunächst eingenommenen Standpunkt später wieder abzurücken.

**Ergebnisse:** Dem Kreis stehen keine Handlungsbefugnisse gegenüber den Bergbauunternehmen zur Verfügung. Er ist an seine behördeninterne Mitwirkung im Betriebsplanverfahren gebunden, behördeninterne Beteiligungen können nicht nachträglich infrage gestellt werden.

(Prof. Dr. Schwemer)