

Schleswig-Holsteinischer Landtag ▪ Postfach 7121 ▪ 24171 Kiel

An den
Vorsitzenden
des Umwelt- und Agrarausschusses
Herrn Hauke Götsch, MdL

– im Hause –

Ihre Nachricht vom: 5.3.2014

Mein Zeichen: L 201– 124/18

Bearbeiter:
Frank Platthoff

Telefon (0431) 988-1103
Telefax (0431) 988-1250
frank.platthoff@landtag.ltsh.de

6. Oktober 2014

Entwurf eines Gesetzes zum Schutz des Wassers vor Gefahren des Fracking-Verfahrens – Rechtliche Stellungnahme zu der Frage der Landeskompetenzen

Sehr geehrter Herr Götsch,

der Umwelt- und Agrarausschuss hat den Wissenschaftlichen Dienst gebeten, eine rechtliche Stellungnahme zu der Frage der Landeskompetenzen im Zusammenhang mit dem Gesetzentwurf der Fraktion der Piraten (Drs. 18/1565) abzugeben. Die Begründung zum Gesetzentwurf stützt die Gesetzgebungskompetenz des Landes auf Art. 72 Abs. 3 Nr. 5 GG, die sogenannte Abweichungsgesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des Wasserhaushalts.

Der Entwurf eines Gesetzes zum Schutz des Wassers vor Gefahren des Fracking-Verfahrens ist als Artikelgesetz konzipiert und umfasst Änderungen des Landeswassergesetzes (LWG)¹, des Landes-UVP-Gesetzes² und des Landesverwaltungsgesetzes³. Es stellt sich die Frage, ob der Landesgesetzgeber für die vorgesehenen Änderungen die erforderliche Gesetzgebungskompetenz besitzt.⁴

¹ Wassergesetz des Landes Schleswig-Holstein (Landeswassergesetz - LWG) in der Fassung vom 11. Februar 2008, GVOBl. S. 91, zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 7. Oktober 2013, GVOBl. S. 387.

² Landesgesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (Landes-UVP-Gesetz - LUVPG) vom 13. Mai 2003, GVOBl. S. 246, zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes vom 19. Januar 2012, GVOBl. S. 89, 94.

³ Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein (Landesverwaltungsgesetz – LVwG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Juni 1992, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 21. Juni 2013, GVOBl. S. 254

⁴ Nicht Gegenstand des Auftrages waren materielle Rechtsfragen.

I. Änderung des Landeswassergesetzes

Artikel 1 des Gesetzentwurfes sieht Änderungen im Landeswassergesetz vor.

1. Wasserrechtliche Erlaubnisvorbehalte gemäß § 7 Abs. 2 LWG-E

Mit der in Artikel 1 Ziffer 1 des Gesetzentwurfes vorgesehenen Ergänzung des § 7 LWG um einen neuen Absatz 2 sollen drei Erlaubnisvorbehalte zu Gunsten der unteren Wasserbehörde eingeführt werden. Hiernach ist zukünftig eine Erlaubnis erforderlich, wenn zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdgas, Erdöl oder Erdwärme Gesteine unter hydraulischem Druck aufgebrochen werden sollen (§ 7 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 LWG-E), wenn bei solchen Tätigkeiten anfallende flüssige Abfälle untertägig abgelagert werden sollen (§ 7 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 LWG-E) oder wenn Bohrungen in den Grundwasserleiter eindringen oder diesen durchstoßen sollen (§ 7 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 LWG-E).⁵

a. Zuordnung zu einem Kompetenzbereich

Zunächst stellt sich die Frage, welchem Kompetenztitel die Regelungen des Gesetzentwurfes zuzurechnen sind. In Ansehung des Wortlauts der Erlaubnistatbestände ist neben dem Kompetenztitel „Wasserhaushalt“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG) insbesondere auch an die Kompetenztitel „Bergbau“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) oder „Abfallwirtschaft“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG) zu denken.⁶ Die genannten Bereiche sind Gegenstände der konkurrierenden Gesetzgebung. Im Bereich des Wasserhaushalts besteht zudem eine abweichende Gesetzgebungskompetenz zugunsten der Länder gemäß Art. 72 Abs. 3 Nr. 5 GG. Eine Abgrenzung der genannten Kompetenztitel kann sich im Einzelfall als durchaus schwierig erweisen.⁷

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erfolgt die Zuordnung einer bestimmten Regelung zu einer Kompetenznorm anhand von unmittelbarem Rege-

⁵ Die vorgeschlagene Ergänzung materieller Erlaubnisvorbehalte kann auch zu einer Veränderung im Zuständigkeitsgefüge führen. Der Gesetzentwurf sieht in diesem Zusammenhang eine Erlaubnis der unteren Wasserbehörde vor, während nach § 19 Abs. 2 WHG die Bergbehörde über die Erteilung der Erlaubnis entscheidet, wenn ein bergrechtlicher Betriebsplan die Benutzung von Gewässern vorsieht. Sofern hierin eine landesgesetzliche Abweichung von den bundesrechtlich angeordneten Behördenzuständigkeiten liegen sollte, ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 84 Abs. 1 GG die Länder – wenn sie die Bundesgesetze als eigene Angelegenheiten ausführen – die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren regeln. Wenn Bundesgesetze etwas anderes bestimmen, können die Länder davon abweichende Regelungen treffen.

⁶ Denkbar aber weniger naheliegend erscheinen hingegen die Kompetenztitel „Bodenrecht“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG) und – mit Blick auf etwaige toxische Frack-Fluide – das „Recht der Gifte“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG).

⁷ Vgl. bspw. das Arbeitspapier der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Bodenschutz und der Länderarbeitsgemeinschaft Wasser aus September 2000 zur „Abgrenzung zwischen Bundes-Bodenschutzgesetz und Wasserrecht“ sowie den Beschluss der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Bodenschutz vom 11./12. September 2000 und der Zustimmung des Länderausschusses Bergbau vom 15. Dezember 2000 zur „Abgrenzung zwischen Bundes-Bodenschutzgesetz und Bundesberggesetz“.

lungsgegenstand, Normzweck, Wirkung und Adressat der zuzuordnenden Norm sowie der Verfassungstradition. Bei der Zuordnung einzelner Teilregelungen eines umfassenden Regelungskomplexes zu einem Kompetenzbereich dürfen die Teilregelungen nicht aus ihrem Regelungszusammenhang gelöst und für sich betrachtet werden. Kommt ihre Zugehörigkeit zu verschiedenen Kompetenzbereichen in Betracht, so ist aus dem Regelungszusammenhang zu erschließen, wo sie ihren Schwerpunkt haben. Dabei fällt insbesondere ins Gewicht, wie eng die fragliche Teilregelung mit dem Gegenstand der Gesamtregelung verbunden ist. Eine enge Verzahnung und ein dementsprechend geringer eigenständiger Regelungsgehalt der Teilregelung sprechen regelmäßig für ihre Zugehörigkeit zum Kompetenzbereich der Gesamtregelung.⁸

Zur Abgrenzung zieht das Bundesverfassungsgericht im Übrigen heran, ob das Kompetenzthema nach Inhalt und Zweck unmittelbarer und nicht nur mittelbarer Regelungsgegenstand ist,⁹ welches der Haupt- bzw. ein Nebenzweck des Gesetzes ist¹⁰ und ob das Kompetenzthema „ausschließlich“, „als solches“, „im Kern“, „spezifisch“ oder „speziell“ geregelt wird und nicht nur als Reflex¹¹. In Zweifelsfällen sind darüber hinaus der „Schwerpunkt“ einer Regelung sowie ihr „überwiegender Sachzusammenhang“ von Bedeutung.

(1) Abfallwirtschaft

Der Sachbereich der „Abfallwirtschaft“ soll eine sachlich lückenlose Regelung über die Beseitigung des gesamten umweltschädlichen Abfalls ermöglichen und deckt darüber hinaus die Kompetenz zur Regelung der Abfallverwertung¹² und auch der Abfallvermeidung¹³ ab. Umfasst sind alle hiermit im Zusammenhang stehenden Tätigkeiten und Maßnahmen, insbesondere das Einsammeln, Lagern, Behandeln und Befördern von Abfällen.¹⁴

Einfachgesetzlich gilt eine Besonderheit für Abfälle, die unmittelbar beim Aufsuchen, Gewinnen und Aufbereiten sowie bei der damit zusammenhängenden Lagerung von Bodenschätzen in Betrieben anfallen, die der Bergaufsicht unterstehen. Derartige Ab-

⁸ BVerfGE 121, 30 (47) m.w.N.

⁹ Vgl. Scholz in: Starck, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976, S. 252, 267 m.w.N.; Heintzen in: Bonner Kommentar Grundgesetz, Art. 70 Rn. 132 m.w.N.

¹⁰ Vgl. Schröder, Kriterien der Gesetzgebungskompetenz kraft Sachzusammenhangs nach dem Grundgesetz, 2007, S. 88 ff. m.w.N.

¹¹ Vgl. Scholz in: Starck, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976, S. 267 m.w.N.; Heintzen in: Bonner Kommentar, Art. 70 Rn. 132 m.w.N.

¹² BVerfGE 110, 370 (384 f.).

¹³ Sannwald in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 74 Rn. 318.

¹⁴ Sannwald in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 74 Rn. 318.

fälle sind nicht nach dem Kreislaufwirtschaftsgesetz¹⁵ sondern nach bergrechtlichen Rechtsvorschriften unter Bergaufsicht zu entsorgen (§ 2 Abs. 2 Nr. 7 KrWG).

Für eine Zuordnung des § 7 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 LWG-E zum Kompetenztitel Abfallwirtschaft könnte sprechen, dass nach dem Wortlaut der Vorschrift ein Erlaubnisvorbehalt für den Fall vorgesehen ist, dass die beim Fracking anfallende flüssige *Abfälle* untertägig abgelagert werden sollen.

(2) Bergbau

Unter Bergbau im engeren Sinne versteht man das Aufsuchen und Gewinnen von Mineralien im Unter- und Übertagebau. Zu den Mineralien zählen insbesondere auch Erdöl und Erdgas. Im weiteren Sinne zählt zum Bergbau auch das Aufsuchen und Gewinnen von Gesteinen.¹⁶ In Anbetracht der geschichtlichen Begriffsentwicklung wird man zur weiteren Konkretisierung des Begriffs „Bergbau“ an die (einfach-) gesetzliche Definition des Bundesberggesetzes in § 2 BBergG¹⁷ anknüpfen können. Hiernach umfasst der „Bergbau“ über das Aufsuchen und Gewinnen von Bodenschätzen hinaus insbesondere auch deren Aufbereitung¹⁸ und die Weiterverarbeitung von im Bergbau gewonnenen Stoffen sowie den Betrieb der hierzu dienenden Anlagen¹⁹. Hierbei ist im Blick zu behalten, dass sich die Gesetzesmaterie „Bergbau“ als Teil des Kompetenztitels „Recht der Wirtschaft“ darstellt.

Für eine Zuordnung der Erlaubnistatbestände zum Kompetenztitel Bergbau könnte sprechen, dass alle Regelungen in einem Zusammenhang mit *bergbaulichen Maßnahmen* stehen. So gilt der Erlaubnisvorbehalt des § 7 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 LWG-E für die Anwendung der bergbaulichen *Fracking-Technologie* zur Aufsuchung oder Gewinnung bestimmter Bodenschätze. § 7 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 LWG-E stellt bestimmte *bergbauliche Bohrungen* unter Erlaubnisvorbehalt. Darüber hinaus soll mit § 7 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 LWG-E die *untertägige (bergbauliche) Ablagerung* der beim Fracking anfallenden „flüssigen Abfälle“ unter Erlaubnisvorbehalt gestellt werden. Hingegen stellt lediglich § 7 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 LWG-E, wonach eine Erlaubnis für Bohrungen erforderlich ist, die in den *Grundwasserleiter* eindringen oder diesen durchstoßen, in sei-

¹⁵ Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Bewirtschaftung von Abfällen (Kreislaufwirtschaftsgesetz - KrWG) vom 24. Februar 2012, BGBl. I S. 212, zuletzt geändert durch § 44 Absatz 4 des Gesetzes vom 22. Mai 2013, BGBl. I S. 1324.

¹⁶ *Rengeling/Szczekalla* in: Bonner Kommentar Grundgesetz, Art. 74 Rn. 113.

¹⁷ Bundesberggesetz (BbergG) vom 13. August 1980, BGBl. I S. 1310, zuletzt geändert durch Artikel 4 Absatz 71 des Gesetzes vom 7. August 2013, BGBl. I S. 3154.

¹⁸ *Rengeling/Szczekalla* in: Bonner Kommentar Grundgesetz, Art. 74 Rn. 115.

¹⁹ *Kunig* in: von Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar, Band 3, 5. Aufl. 2003, Art. 74 Rn. 46.

nen Tatbestandsvoraussetzungen einen unmittelbaren Bezug zum Grundwasser (und damit ggf. zur Gewässerbewirtschaftung) her.

Ausweislich der allgemeinen Begründung des Gesetzentwurfes sei „ein flächendeckendes, ausdrückliches gesetzliches Fracking-Verbot wünschenswert“.²⁰ Auch insofern stellt sich die Frage, ob als primärer Normzweck ein landesweites Verbot des unerwünschten bergrechtlichen „Fracking-Verfahrens“ verfolgt wird und – mangels landesgesetzlicher Regelungskompetenz für den Bergbau – das Wasserrecht (lediglich) als gesetzgeberisches „Vehikel“ eingesetzt wird, um die genannte gesetzgeberische Intention möglichst weitreichend zu verwirklichen.

(3) Wasserhaushalt

„Wasserhaushalt“ im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG umfasst nicht das gesamte Wasserrecht, sondern das Recht der Wasserbewirtschaftung. Hierunter werden Regelungen für die geordnete, haushälterische Bewirtschaftung des Oberflächen- und des Grundwassers nach Menge und Güte verstanden. Unter die Kompetenznorm fallen insbesondere Vorschriften zu Nutzungsrechten, Fragen der Einleitung und zum Schutz vor Verschmutzungen.²¹ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts können – gestützt auf den Kompetenztitel „Wasserhaushalt“ – „(...) die menschlichen Einwirkungen auf Oberflächen- und Grundwasser einer allgemein verbindlichen Normierung unterworfen werden.“²²

Für eine Zuordnung der Erlaubnisvorbehalte zum Kompetenztitel Wasserhaushalt könnte sprechen, dass sich ein Bezug zur Gewässerbewirtschaftung unmittelbar aus dem Wortlaut des § 7 Abs. 2 Satz 2 LWG-E ergibt, wonach die Erlaubnis zu versagen ist, wenn eine Verunreinigung oder bestimmte Veränderung von Gewässern nicht auszuschließen ist. Die Erlaubnistatbestände dienen demnach der Bewirtschaftung der Gewässer nach Menge und Güte sowie dem Schutz derselben vor Verschmutzungen. Diese Interpretation wird durch die Gesetzesbegründung gestützt, wonach die „(...) vorgesehenen Neuregelungen (...) dem Schutz des Grundwassers und der Trinkwasserversorgung vor den möglichen Risiken, die insbesondere mit solchen Tiefbohrungen verbunden sind, bei denen zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erd-

²⁰ Drs. 18/1565.

²¹ Degenhart in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 74 Rn. 124; BVerfGE 15, 1 (14 f.).

²² BVerfGE 15, 1 (14 f.).

gas, Erdöl oder Erdwärme Gesteine unter hydraulischem Druck aufgebrochen werden (...)“, dienen.²³

Da sich die Anforderungen an die Versagung der Erlaubnis als eher gering darstellen („Verunreinigung oder ... Veränderung von Gewässern nicht auszuschließen“), stellt sich jedoch die Frage, ob die Vorschrift durch eine Art „Beweislastumkehr“ einem gesetzlichen Fracking-Verbot gleichkommt und ggf. aus diesem Grund eher dem Kompetenztitel Bergrecht zuzuordnen wäre. Daneben bleibt mit Blick auf den Wortlaut unklar, welche Rechtsfolgen eintreten sollen, wenn die Erlaubnis nicht nach § 7 Abs. 2 Satz 2 LWG-E zu versagen ist. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll es in diesem Fall wohl beim Bewirtschaftungsermessen der zuständigen Behörde verbleiben.

Gegen eine so begründete bergrechtliche Zuordnung spricht hingegen die Klarstellung in der Gesetzesbegründung, dass die Kompetenz des Landesgesetzgebers auf den Wasserschutz beschränkt sei. Deswegen könne ein landesrechtliches Verbot nur erfolgen, wo eine Verunreinigung oder nachteilige quantitative Veränderung von Gewässern drohe.²⁴ Diese Möglichkeit zur Gesetzgebung solle ausgeschöpft werden.

Darüber hinaus ist festzustellen, dass auch die bestehenden Vorschriften im Wasserhaushaltsgesetz²⁵ durchaus unterschiedlich hohe Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts für die Gewässer stellen. Die Erlaubnis nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 WHG ist nach dem Wortlaut der Vorschrift beispielsweise zu versagen, wenn schädliche Gewässerveränderungen zu erwarten sind. Nach der Rechtsprechung sind an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts umso geringere Anforderungen zu stellen sind, je größer und folgenschwerer der möglicherweise eintretende Schaden ist.²⁶ Der Begriff „zu erwarten“ im Sinne des § 12 Abs. 1 Nr. 1 WHG ist deshalb dahingehend zu verstehen, dass je stärker das Wohl der Allgemeinheit beeinträchtigt werden kann, desto geringer der Grad der Wahrscheinlichkeit sein kann.²⁷

Die Begründung des Gesetzentwurfes verweist ferner auf den im Wasserhaushaltsgesetz verankerten Besorgnisgrundsatz. Bezogen auf das Grundwasser ist der Besorg-

²³ Drs. 18/1565.

²⁴ Insofern ist allerdings eine gewisse Diskrepanz zwischen der Begründung des Gesetzentwurfes und dem Wortlaut der Vorschriften zu erkennen.

²⁵ Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz - WHG) vom 31. Juli 2009, BGBl. I S. 2585, zuletzt geändert durch Artikel 4 Absatz 76 des Gesetzes vom 7. August 2013, BGBl. I S. 3154.

²⁶ VG Würzburg, Urteil vom 20. März 2012, Az. W 4 K 11.492, BeckRS 2012, 49347 m.w.N.

²⁷ VG Würzburg, Urteil vom 20. März 2012, Az. W 4 K 11.492, BeckRS 2012, 49347 unter Hinweis auf Czychowski/Reinhardt, WHG, 10. Aufl. 2010, § 12 Rn. 25.

nisgrundsatz in § 48 Abs. 1 Satz 1 WHG angelegt. Hiernach darf eine Erlaubnis für das Einbringen und Einleiten von Stoffen in das Grundwasser nur dann erteilt werden, wenn eine nachteilige Veränderung der Wasserbeschaffenheit nicht zu besorgen ist. Der Besorgnisgrundsatz ist eine materielle Grundentscheidung des Wasserrechts, die auch dann gilt, wenn gar keine Benutzung vorliegt.²⁸ Mit dem Besorgnisgrundsatz will der Gesetzgeber jede Art von Schäden, Gefahren und Risiken für das Grundwasser in Betracht genommen wissen. Die (noch hinzunehmende) Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Grundwassers muss so gering wie möglich sein, und zwar umso geringer, je schwerwiegender ihre Art und Folgen sein können. Das Wasserhaushaltsgesetz legt die Exekutive normativ auf den Grundsatz der bestmöglichen Gefahrenabwehr und Risikovorsorge fest. Auch entfernte Wahrscheinlichkeiten, dass es zu einer Beeinträchtigung von Grundwasser kommen kann, sind auszuschließen. Wegen der hohen Bedeutung des Grundwassers für das Wohl der Allgemeinheit dürfen die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Schadens an diesem Rechtsgut insofern nicht überspannt werden.²⁹ Festzustellen ist, dass der Gesetzentwurf gegenüber dem Wasserhaushaltsgesetz neue, möglicherweise weitergehende Begrifflichkeiten verwendet („nicht auszuschließen“ statt „zu besorgen“). Darüber hinaus bezieht sich der Gesetzentwurf insofern nicht lediglich auf das Grundwasser, sondern auf die Gewässer insgesamt (vgl. § 2 Abs. 1 WHG).

Hinsichtlich der vorgeschlagenen konkreten Erlaubnistatbestände nimmt die Entwurfsbegründung eine Gefahrenprognose in Bezug auf die Gewässer vorweg („Da nach aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnissen eine Gefährdung des Grundwassers nicht auszuschließen ist, (...)“, vgl. die Begründung des Gesetzentwurfes, Drs. 18/1565). Nach hiesiger Auffassung ist unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen nicht feststellbar, dass die mit dem Gesetzentwurf vorgeschlagene Vorgehensweise über den im wasserhaushalterischen Kompetenzbereich zulässigen Regelungsrahmen evident hinausgehen würde. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass das Gefahrenpotential der Fracking-Technologie in der Wissenschaft durchaus als umstritten anzusehen ist.³⁰ Dieser Frage wäre nach Einschätzung des Wissenschaftlichen Dienstes jedoch nicht im Rahmen der Gesetzgebungskompetenz, sondern im Zu-

²⁸ *Gaßner/Buchholz*, Rechtsfragen des Erdgas-Fracking – Grundwasserschutz und UVP, ZUR 2013, S. 143 (144).

²⁹ *Czychowski/Reinhardt*, WHG, 10. Aufl. 2010, § 48 Rn. 13, 26.

³⁰ Vgl. bspw. Spiegel-Online vom 4. September 2014, „Bundesregierung deutet Fracking-Studie um“. Der Artikel bezieht sich auf die Studie „Umweltauswirkungen von Fracking bei der Aufsuchung und Gewinnung von Erdgas insbesondere aus Schiefergaslagerstätten“, im Internet verfügbar (Stand 19. September 2014) unter: <http://www.umweltbundesamt.de/publikationen>.

sammenhang mit der vom Gutachtenauftrag nicht umfassten materiellen Verfassungsmäßigkeit der einzuführenden Erlaubnisvorbehalte nachzugehen.³¹

(4) Zwischenergebnis

Wie bereits festgestellt wurde, können nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – gestützt auf den Kompetenztitel „Wasserhaushalt“ – „(...) die menschlichen Einwirkungen auf Oberflächen- und Grundwasser einer allgemein verbindlichen Normierung unterworfen werden.“³² Nach Einschätzung des Wissenschaftlichen Dienstes sind die vorgeschlagenen Regelungen nach Abwägung der dargestellten Argumente eher dem Gebiet des Wasserhaushalts als dem des Bergbaus oder der Abfallwirtschaft zuzurechnen.³³

b. Gegenstand der konkurrierende Gesetzgebung

Im hier einschlägigen Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung (nur), solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat (Art. 72 Abs. 1 GG). Deshalb ist zu prüfen, ob die Regelungen des Bundes im Wasserhaushaltsgesetz der Befugnis des Landes zur Gesetzgebung im Sinne des Art. 72 Abs. 1 GG entgegenstehen.³⁴

³¹ Vgl. *Reinhardt*, Wasserrechtliche Vorgaben für die Gasgewinnung durch Fracking-Bohrungen, NVwZ 2012, S. 1369 (1372), der – ausgehend vom rechtlichen Istzustand – die Zulässigkeit der zur Verfügung stehenden „... weitreichende[n] Palette zur wasserwirtschaftlichen Bewältigung der Risiken des Fracking bis hin zu örtlichen Totalverboten der Gasgewinnung...“ mit „... Blick auf den Grundrechtsschutz des Energieunternehmens im Einzelfall...“ als ebenso rechtfertigungsbedürftig ansieht, „... wie umgekehrt die Zulassung des Verfahrens unter Hin- nahme von Einschränkungen des Gewässerschutzes.“ In diesem Zusammenhang wären möglicherweise auch die Grundsätze zu berücksichtigen, die das Bundesverfassungsgericht mit Blick auf die gesetzgeberische Abschätzung der Risikodimension bei der Einführung neuer Techniken (im Urteilsfall ging es um die rechtliche Zulässigkeit der friedlichen Nutzung der Kernenergie) entwickelt hat, *BVerfGE* 49, 89 (142 ff.). Vgl. hierzu: *Roßnagel/Hentschel/Polzer*, Rechtliche Rahmenbedingungen der unkonventionellen Erdgasförderung mittels Fracking, S. 151 ff., im Internet verfügbar (Stand 19. September 2014) unter: www.upress.uni-kassel.de/katalog/abstract.php?978-3-86219-350-9.

³² *BVerfGE* 15, 1 (14 f.).

³³ Ausweislich der Eckpunkte, die das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit als „Überblick über die geplante ‘Fracking’-Regelung“ bekanntgemacht hat (Stand: 4. Juli 2014), plant auch die Bundesregierung, bestimmte Fracking-Vorhaben durch *wasserrechtliche Verbotsnormen* im Wasserhaushaltsgesetz zu unterbinden. Das Eckpunktepapier ist im Internet abrufbar (Stand: 19. September 2014) unter: <http://www.bmub.bund.de/themen/wasser-abfall-boden/binnengewasser/fracking-regelung/>. Vgl. in diesem Sinne bereits den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Wasserhaushaltsgesetzes des BMU vom 30. April 2013, Az. WA I 2 - 21111/8, online abrufbar (Stand: 24. September 2014) unter: <https://www.tagesschau.de/inland/fracking-gesetzesentwurf100.pdf>. Hiernach ist vorgesehen, dem § 9 Abs. 2 WHG folgenden Satz anzufügen: „Zu den Maßnahmen nach Satz 1 Nummer 2 gehören auch Tiefbohrungen, bei denen zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdgas, Erdöl oder Erdwärme Gesteine unter hydraulischem Druck aufgebrochen werden, sowie die untertägige Ablagerung von Stoffen, die bei solchen Tiefbohrungen anfallen.“

³⁴ Vgl. *Uhle* in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Stand Mai 2013, Art. 72 Rn. 103 ff.; *Reinhardt*, Neuere Tendenzen im Wasserrecht, NVwZ 2014, S. 484 (485).

§ 49 Abs. 1 WHG sieht als spezielle Bewirtschaftungsvorschrift für das Grundwasser vor, dass Arbeiten, die so tief in den Boden eindringen, dass sie sich unmittelbar oder mittelbar auf die Bewegung, die Höhe oder die Beschaffenheit des Grundwassers auswirken können (Erdaufschlüsse), der zuständigen Behörde anzuzeigen sind. Werden bei diesen Arbeiten (feste) Stoffe in das Grundwasser eingebracht (z. B. Erdwärmesonden), ist abweichend von § 8 Absatz 1 in Verbindung mit § 9 Absatz 1 Nummer 4 WHG anstelle der Anzeige eine Erlaubnis nur erforderlich, wenn sich das Einbringen nachteilig auf die Grundwasserbeschaffenheit auswirken kann. § 49 Abs. 4 WHG sieht vor, dass durch Landesrecht abweichende Regelungen getroffen werden können.

Nach § 8 WHG ist eine Erlaubnis erforderlich, wenn ein Gewässer (wie bspw. das Grundwasser, § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WHG) benutzt wird. Was sich als „Benutzung“ eines Gewässers darstellt, bestimmt § 9 WHG. Zur sogenannten „echten“ Gewässerbenutzung zählt das Einbringen und Einleiten von Stoffen in Gewässer (§ 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG). Als sogenannte „unechte“ Gewässerbenutzung ist eine Erlaubnis auch für solche Maßnahmen erforderlich, die geeignet sind, dauernd oder in einem nicht nur unerheblichen Ausmaß nachteilige Veränderungen der Wasserbeschaffenheit herbeizuführen (§ 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG).

Die mit dem Gesetzentwurf vorgeschlagenen Erlaubnistatbestände gehen über die Anforderungen der §§ 8, 9 und 49 WHG hinaus. Sie knüpfen hinsichtlich der Erlaubnispflichtigkeit nicht – wie §§ 8, 9 WHG – an eine Benutzung der Gewässer an, sondern stellen die oben beschriebenen Tatbestände hiervon losgelöst unter Erlaubnisvorbehalt. Darüber hinaus ist nach dem Entwurf die erforderliche Erlaubnis bereits dann zu versagen, wenn eine Verunreinigung oder nachteilige quantitative Veränderung von Gewässern nicht auszuschließen ist. Im Gegensatz dazu ist die Erlaubnis (ebenso wie die Bewilligung, vgl. § 10 Abs. 1 WHG) nach dem Wasserhaushaltsgesetz (nur dann) zu versagen, wenn schädliche, auch durch Nebenbestimmungen nicht vermeidbare oder nicht ausgleichbare Gewässerveränderungen zu erwarten sind oder andere Anforderungen nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften nicht erfüllt werden (§ 12 Abs. 1 WHG). Im Übrigen steht die Erteilung der Erlaubnis (und der Bewilligung) im pflichtgemäßen Ermessen der zuständigen Behörde (sog. Bewirtschaftungsermessen, § 12 Abs. 2 WHG).

Die bundesgesetzlichen Regelungen des Wasserhaushaltsgesetzes könnten den beabsichtigten Erlaubnisvorbehalten im Landeswassergesetz insofern entgegenstehen.

c. Hier: Vorbehalt oder Ermächtigung zugunsten des Landesgesetzgebers durch einfaches Bundesgesetz?

Systematisch ordnet der Gesetzentwurf die neu einzuführenden Erlaubnisvorbehalte den Regelungen über die Erdaufschlüsse zu. Geändert werden soll § 7 LWG, der die Überschrift „Erdaufschlüsse“ trägt und § 49 Abs. 1 Satz 1 WHG ausführt.³⁵ Insofern ist zu prüfen, ob sich die erforderliche Gesetzgebungskompetenz des Landes möglicherweise aus § 49 Abs. 4 WHG i. V. m. Art. 72 GG ergibt, wonach im Zusammenhang mit Erdaufschlüssen abweichende Regelungen durch Landesrecht getroffen werden können.³⁶

Erdaufschlüsse im Sinne der Vorschrift entstehen durch Erdarbeiten. Unter Erdarbeiten sind in diesem Zusammenhang Arbeiten zu verstehen, die über eine bestimmte Tiefe hinaus in den Boden eindringen.³⁷ Zweifelhaft könnte bereits sein, ob alle hier in Rede stehenden Erlaubnisvorbehalte – insbesondere das untertägige Ablagern flüssiger Abfälle – *Erdarbeiten* im Sinne des § 49 WHG zum Gegenstand haben.³⁸ Vom Tatbestand des § 49 WHG umfasst sind beispielsweise das Anlegen von Bau-, Sand- und Kiesgruben, Schächten, Tunneln, Stollen, Einschnitte oder Anschnitte beim Straßen- und Eisenbahnbau und bei sonstigen Hoch- und Tiefbaumaßnahmen.³⁹ Einer abschließenden Klärung dieser Frage bedarf es jedoch nicht.

§ 49 WHG schützt nämlich (ausschließlich) das *Grundwasser* gegenüber Einwirkungen, die seine Beschaffenheit, Höhe oder Bewegung beeinträchtigen können.⁴⁰ Hingegen betreffen die mit dem Gesetzentwurf vorgeschlagenen Erlaubnisvorbehalte die Verunreinigung oder Veränderung von Gewässern insgesamt. Hierzu zählen nach § 2 Abs. 1 WHG neben dem Grundwasser auch die oberirdischen Gewässer und die Küstengewässer. Insofern werden die im Gesetzentwurf genannten Erlaubnisvorbehalte nicht von einer etwaigen landesrechtlichen Regelungskompetenz gemäß § 49 Abs. 4 WHG gedeckt, die sich lediglich auf die Auswirkungen der Erdaufschlüsse auf das Grundwasser bezieht.

³⁵ § 49 WHG trägt ebenfalls die Überschrift „Erdaufschlüsse“.

³⁶ Vgl. zum Vorbehalt bzw. zur Ermächtigung zugunsten der Landesgesetzgebung *Sannwald* in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 72 Rn. 39 f.

³⁷ *Czychowski/Reinhardt*, WHG, 10. Aufl. 2010, § 49 Rn. 2.

³⁸ Ausweislich des Wortlauts der Vorschrift und der Begründung des Gesetzentwurfes ist nach § 7 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 LWG-E beispielsweise nicht die Bohrung genehmigungspflichtig, sondern das Aufbrechen der Gesteine. Dies stelle sicher, dass auch die Nutzung vorhandener Bohrlöcher erfasst werde (Drs. 18/1565).

³⁹ *Czychowski/Reinhardt*, WHG, 10. Aufl. 2010, § 49 Rn. 4.

⁴⁰ *Posser* in: Giesberts/Reinhardt, Beck'scher Online-Kommentar Umweltrecht, § 49 WHG vor Rn. 1.

d. Abweichungsgesetzgebungskompetenz

Allerdings können die Länder auf dem Gebiet des Wasserhaushalts, wenn der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch gemacht hat, nach Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 GG durch Gesetz hiervon abweichende Regelungen treffen.⁴¹ Nach Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 i. V. m. Art. 125b Abs. 1 Satz 3 GG⁴² ist der Landesgesetzgeber zu vom Bundesrecht abweichenden Regelungen jedoch nur dann befugt, wenn der Regelungsgegenstand nicht dem sog. „abweichungsfesten Kern“⁴³ des Wasserhaushaltrechts zuzurechnen ist. Zu diesem abweichungsfesten Kern zählen stoff- oder anlagenbezogene Regelungen.

Bezugspunkt des „abweichungsfesten Kerns“ ist das *Bundesrecht*. Demnach dürfen die Länder nicht durch Gesetz von stoff- oder anlagenbezogenen Regelungen des Bundes abweichen.⁴⁴ Allein der Umstand, dass sich die beabsichtigten landesrechtlichen Vorschriften möglicherweise ihrerseits als stoff- oder anlagenbezogen darstellen,⁴⁵ lässt hingegen keinen Rückschluss auf die Gesetzgebungskompetenz des Landes zu. Denn stoff- oder anlagenbezogene landesrechtliche Benutzungsregelungen bleiben nach in der Literatur vertretener Auffassung beispielsweise dann möglich, wenn sie Verhaltensweisen, deren Gestattungspflichtigkeit nicht bundesrechtlich geregelt ist, einem Zulassungsvorbehalt unterstellen.⁴⁶

Insofern bedarf es zunächst einer genaueren Betrachtung, von welchen bundesrechtlichen Vorschriften die vorgesehenen landesgesetzlichen Erlaubnisvorbehalte abweichen (1). Anschließend ist zu klären, ob es sich bei dem betroffenen Bundesrecht gegebenenfalls um stoff- oder anlagenbezogene Regelungen handelt (2).

(1) Landesgesetzliche Abweichung von der Erlaubnispflicht nach WHG

Nach geltendem (Bundes-)Recht ist eine wasserrechtliche Erlaubnis gemäß § 8 Abs. 1 WHG für die Benutzung eines Gewässers erforderlich. Nach § 9 Abs. 2 Nr. 2

⁴¹ Auf diese Kompetenznorm stellt die Begründung des Gesetzentwurfes ab (Drs. 18/1565, II. Gesetzgebungskompetenz).

⁴² In zeitlicher Hinsicht sind nach Art. 125b Abs. 1 Satz 3 GG abweichende Regelungen der Länder zum Wasserhaushalt spätestens ab dem 1. Januar 2010 möglich.

⁴³ BT-Drs. 16/813, S. 11.

⁴⁴ Foerst, Die Abweichungskompetenz der Länder gemäß Art. 72 III GG im Bereich des Wasserhaushaltsrechts, S. 124 f.; Reinhardt, Gesetzgebungskompetenz im Wasserrecht, AöR 2010, S. 459 (486 f.); Czychowski/Reinhardt, WHG, 10. Aufl. 2010, § 9 Rn. 107; Kotulla, Wasserhaushaltsgesetz, 2. Aufl. 2011, Einf. Rn. 34; Kotulla, Umweltschutzgesetzgebungskompetenz und „Föderalismusreform“, NVwZ 2007, S. 489 (493).

⁴⁵ Vorliegend kann aus Sicht des Wissenschaftlichen Dienstes nicht sicher ausgeschlossen werden, dass die einzuführenden Erlaubnistatbestände zumindest teilweise als stoff- oder anlagenbezogene Regelungen zu qualifizieren wären.

⁴⁶ Czychowski/Reinhardt, WHG, 10. Aufl. 2010, § 9 Rn. 107.

WHG gelten als Benutzungen auch Maßnahmen, die geeignet sind, dauernd oder in einem nicht nur unerheblichen Ausmaß nachteilige Veränderungen der Wasserbeschaffenheit herbeizuführen. Die Erlaubnis ist nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 WHG zu versagen, wenn schädliche, auch durch Nebenbestimmungen nicht vermeidbare oder nicht ausgleichbare Gewässerveränderungen zu erwarten sind. Im Übrigen steht die Erteilung der Erlaubnis im pflichtgemäßen Ermessen (Bewirtschaftungsermessen) der zuständigen Behörde (§ 12 Abs. 2 WHG).

Ausweislich der Begründung des vorliegenden Gesetzentwurfes soll mit den einzuführenden Regelungen klargestellt werden, „(...) dass Bohrungen durch Grundwasser, der Einsatz des Fracking-Verfahrens und auch die Ablagerung der dabei anfallenden Giftstoffe nicht ohne wasserrechtliche Genehmigung erfolgen dürfen (...).“⁴⁷ Die mit dem Gesetzentwurf beabsichtigten Tatbestände sollen demnach dafür Sorge tragen, dass die genannten Sachverhalte auch dann unter wasserrechtlichem Erlaubnisvorbehalt stehen, wenn sie weder von den spezifischen Benutzungstatbeständen des § 9 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 WHG noch von dem für alle Gewässer geltenden Auffangtatbestand einer unechten Gewässerbenutzung (§ 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG)⁴⁸ erfasst werden. Wie dargelegt wurde, gehen die vorgeschlagenen Erlaubnisvorbehalte in ihrer (einzelfallbezogenen) Reichweite sowohl über die bislang im Wasserhaushaltsgesetz enthaltenen Anforderungen an die Erlaubnispflichtigkeit (§§ 8 und 9 WHG), als auch über den Maßstab für eine Versagung der erforderlichen Erlaubnis (§ 12 WHG) hinaus.

§ 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG ist als Auffangtatbestand grundsätzlich auf Gewässereinwirkungen anwendbar, die keinen anderen Benutzungstatbestand im Sinne des § 9 WHG erfüllen.⁴⁹ Die Konzeption des vorliegenden Gesetzentwurfes geht davon aus, dass im Zusammenhang mit der Fracking-Technologie Sachverhalte vorstellbar sind, die nach dem geltenden Wasserhaushaltsrecht ggf. zu erlauben wären oder der geltenden wasserrechtlichen Erlaubnispflicht nicht unterfielen, obwohl nicht auszuschließen ist, dass von ihnen eine (nach der Intention des Gesetzentwurfes unerwünschte) Verunreinigung oder nachteilige quantitative Veränderung von Gewässern ausgeht oder ausgehen kann. Indem für diese Sachverhalte mit dem Gesetzentwurf landesrechtliche Erlaubnisvorbehalte eingeführt werden sollen, werden die Erlaubnisanforderun-

⁴⁷ Drs. 18/1565.

⁴⁸ Vgl. hinsichtlich der Auffangfunktion des § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG: *Czychowski/Reinhardt*, WHG, 10. Aufl. 2010, § 9 Rn. 82; *Kotulla*, Wasserhaushaltsgesetz, 2. Aufl. 2011, § 9 Rn. 49.

⁴⁹ *Czychowski/Reinhardt*, WHG, 10. Aufl. 2010, § 9 Rn. 82.

gen gegenüber dem Wasserhaushaltsgesetz verschärft. Insofern wird von dem wasserrechtlichen Auffangtatbestand des § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG abgewichen.

(2) Abweichungsfester Kern betroffen?

Es stellt sich die Frage, ob es sich bei den Regelungen der Erlaubnispflichtigkeit und der Erlaubnisfähigkeit gemäß §§ 8 Abs. 1, 9 Abs. 2 Nr. 2, 12 Abs. 1 Nr. 1 WHG um ein stoff- oder anlagenbezogenes Regelungsregime handelt, von dem aufgrund der Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 GG nicht durch Landesgesetz abgewichen werden dürfte.

(a) Anlagenbezogene Regelungen?

Auf Anlagen „bezogen“ sind Regelungen, deren Gegenstand von Anlagen ausgehende Einwirkungen auf den Wasserhaushalt betreffen.⁵⁰ Zunächst ist festzuhalten, dass weder das Wasserrecht noch das Naturschutzrecht einen einheitlichen oder legaldefinierten Anlagenbegriff kennt.⁵¹ Andererseits benennt das Wasserhaushaltsgesetz in verschiedenen Regelungen unterschiedliche Anlagentypen (bspw. § 34 WHG – Stauanlagen, § 36 WHG – Anlagen in, an, über und unter Gewässern, § 50 Abs. 4 WHG – Wassergewinnungsanlagen, §§ 58 bis 60 WHG – Abwasseranlagen, § 62 WHG – Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen). Darüber hinaus finden sich (ausdrücklich) anlagenbezogene Regelungen in den §§ 8 Abs. 3 Nr. 2, 9 Abs. 2 Nr. 1, 20, 38 Abs. 4 Nr. 3, 40, 53, 94 und 102 WHG.

Demgegenüber beschränkt sich der Begriff der „anlagenbezogenen Regelung“ nach einem – in der Literatur verbreiteten – weiten Begriffsverständnis nicht auf die im Wasserhaushaltsgesetz geregelten Anlagentypen, sondern hat auch alle Vorschriften zum Gegenstand, die Einwirkungen von sonstigen Anlagen auf die Gewässer betreffen.⁵² Teilweise wird in diesem Zusammenhang auf den immissionsschutzrechtlichen Anlagenbegriff im Sinne des § 3 Abs. 5 Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) verwiesen.⁵³ Anlagen sind hiernach Betriebsstätten und sonstige ortsfeste Einrichtungen.

⁵⁰ BT-Drs. 16/813, S. 11; *Kotulla*, Umweltschutzgesetzgebungskompetenz und „Föderalismusreform“, NVwZ 2007, S. 489 (493 f.).

⁵¹ *Reinhardt*, Gesetzgebungskompetenz im Wasserrecht, AöR 2010, S. 459 (488 f.); *Ginzky/Rechenberg*, Der Gewässerschutz in der Föderalismusreform, ZUR 2006, S. 344 (346); *Grünwald*, Die Abweichungsgesetzgebung der Bundesländer, 2010, S. 121; *Foerst*, Die Abweichungskompetenz der Länder gemäß Art. 72 III GG im Bereich des Wasserhaushaltsrechts, S. 169.

⁵² *Ginzky/Rechenberg*, Der Gewässerschutz in der Föderalismusreform, ZUR 2006, S. 344 (347).

⁵³ *Grünwald*, Die Abweichungsgesetzgebung der Bundesländer, 2010, S. 121. Nach *Foerst*, Die Abweichungskompetenz der Länder gemäß Art. 72 III GG im Bereich des Wasserhaushaltsrechts, S. 181 ff. (184 f.), verdient für die Auslegung des Anlagenbegriffs im Sinne des Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 GG der Anlagenbegriff des WHG a. F. den Vorrang vor dem Anlagenbegriff des BImSchG.

gen (§ 3 Abs. 5 Nr. 1 BImSchG), Maschinen, Geräte und sonstige ortsveränderliche technische Einrichtungen sowie (unter bestimmten Voraussetzungen) Fahrzeuge (§ 3 Abs. 5 Nr. 2 BImSchG) und bestimmte Grundstücke (§ 3 Abs. 5 Nr. 3 BImSchG). Ähnlich wie im Immissionsschutzrecht müsse – nach einem weiten Begriffsverständnis – der Anlagenbegriff vor dem Hintergrund des Zwecks des jeweiligen Fachgesetzes beurteilt werden, nachteilige Einwirkungen auf die zu schützenden Rechtsgüter zu vermeiden. Damit wären als Anlagen im wasserrechtlichen Sinn alle technischen Einrichtungen zu verstehen, die geeignet sind, nachteilige Einwirkungen auf die Gewässer zu verursachen. „Anlagenbezogene Regelungen sind damit solche, die von Anlagen ausgehende Einwirkungen zum Gegenstand haben.“⁵⁴

Mit Blick hierauf wird teilweise vertreten, dass § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG eine anlagenbezogene Regelung sei. Nach dieser Auffassung sei entscheidend, dass „Maßnahmen, die geeignet sind, dauernd oder in einem nicht nur unerheblichen Ausmaß nachteilige Veränderungen der Wasserbeschaffenheit herbeizuführen“ fast immer im Zusammenhang mit Anlagen erfolgten. § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG sei deshalb als abweichungsfeste anlagenbezogene Regelung zu qualifizieren.⁵⁵

(b) Stoffbezogene Regelungen?

Auf Stoffe „bezogen“ sind alle Regelungen, deren Gegenstand stoffliche Einwirkungen auf den Wasserhaushalt betreffen, z. B. das Einbringen und Einleiten von Stoffen.⁵⁶ Der Stoffbegriff umfasst grundsätzlich alle chemischen Elemente und ihre Verbindungen. Hierzu zählen auch Gemische, Gemenge und Lösungen unabhängig von ihrem jeweiligen Aggregatzustand. Unbeachtlich ist, ob sie aus der Natur gewonnen oder künstlich hergestellt werden. Die Stoffbezogenheit von Regelungen bezieht sich im Zusammenhang mit dem Schutz der Gewässer auf die von den Stoffen möglicherweise ausgehenden nachteiligen Veränderungen der Wasserbeschaffenheit (z. B. Verschmutzung, Erwärmung, Strahlenbelastung). Es geht um die bei direktem Kontakt mit den Stoffen nicht auszuschließenden negativen Auswirkungen auf die Wassereigenschaft, wobei unerheblich ist, auf welche Weise die Berührung mit dem Wasser stattfindet bzw. stattfinden kann, sofern dies nur durch menschliches Verhalten geschieht. Der Stoffbezogenheit immanent ist der vor den nachteiligen Folgen der Stoffe zu bewahrende qualitative Zustand der Gewässer. Deshalb soll auch die Statuierung

⁵⁴ *Grünwald*, Die Abweichungsgesetzgebung der Bundesländer, 2010, S. 121 f.

⁵⁵ *Foerst*, Die Abweichungskompetenz der Länder gemäß Art. 72 III GG im Bereich des Wasserhaushaltsrechts, S. 224.

⁵⁶ BT-Drs. 16/813, S. 11; *Kotulla*, Umweltschutzgesetzgebungskompetenz und „Föderalismusreform“, NVwZ 2007, S. 489 (493 f.).

zu erhaltender bzw. zu erreichender bestimmter Qualitätsziele, mit denen eine zulässige Höchstgrenze für die stoffliche Belastbarkeit eines Gewässers verankert wird, eine stoffbezogene Regelung sein.⁵⁷

Indem § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG auf die Eignung zur „nachteiligen Veränderung der Wasserbeschaffenheit“ abstellt, könnte sich – bei einem entsprechend weitem Begriffsverständnis – eine mittelbare Stoffbezogenheit der Vorschrift herleiten lassen. Die Wasserbeschaffenheit steht nach der Begriffsbestimmung in § 3 Nr. 9 WHG für die physikalische, chemische oder biologische Beschaffenheit des Wassers eines oberirdischen Gewässers oder Küstengewässers sowie des Grundwassers. Eine Veränderung insbesondere der chemischen Beschaffenheit des Wassers tritt ein, wenn auf die stoffliche Zusammensetzung des Wassers eingewirkt wird. Hiervon ist insbesondere dann auszugehen, wenn dem Wasser (chemische) Stoffe zugeführt oder entzogen werden. Insofern könnte man vertreten, dass eine Veränderung der Wasserbeschaffenheit regelmäßig durch stoffbedingte Einwirkungen ausgelöst wird. Die vom Tatbestand des § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG geforderten „Maßnahmen, die geeignet sind (...) nachteilige Veränderungen der Wasserbeschaffenheit herbeizuführen“ stünden nach dieser Argumentation insofern in einem stofflichen Ursachenzusammenhang.

Insofern wird in der Literatur teilweise vertreten, dass § 9 Abs. 2 Nr. 2 eine stoffbezogene Regelung sei. Die Stoffbezogenheit einer Regelung sei vor dem Hintergrund des intendierten Schutzes der Gewässer vor von den Stoffen möglicherweise ausgehenden nachteiligen Veränderungen der Wasserbeschaffenheit zu begreifen. Hierunter falle auch die Statuierung zu erhaltender bzw. zu erreichender bestimmter Qualitätsziele, mit denen zugleich eine Höchstgrenze für die stoffliche Belastbarkeit eines Gewässers fixiert werde. „Mit den hier thematisch in Betracht kommenden Regelungen sind insbes. gemeint die die Wasserbeschaffenheit beeinflussenden Benutzungen i. S. d. § 9 nebst dem dazu gehörigen Gestattungsregime von Erlaubnis und Bewilligung (§§ 8 ff.) ...“⁵⁸

(c) Rechtliche Würdigung und Zwischenfazit

Ausgehend vom Wortlaut des § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG ist festzustellen, dass die Vorschrift zunächst jedenfalls keinen ausdrücklichen unmittelbar stoff- oder anlagenspezifischen Bezug herstellt.

⁵⁷ *Kotulla*, Umweltschutzgesetzgebungskompetenz und „Föderalismusreform“, NVwZ 2007, S. 489 (493 f.).

⁵⁸ *Kotulla*, Wasserhaushaltsgesetz, 2. Aufl. 2011, Einf. Rn. 41.

Insofern gibt es Stimmen in der Literatur, die § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG weder als stoff- noch als anlagenbezogene Regelung verstehen.⁵⁹ Eine Abweichungskompetenz der Länder im Regelungsbereich des § 9 WHG sei zu bejahen, da Benutzungen einerseits verhaltensbezogen (also eben nicht anlagenbezogen) seien, „...und weil § 9 das Vorliegen einer Benutzung gerade nicht von dem Einsatz bestimmter Stoffe, sondern von dem, dem jeweiligen Verfahren innewohnenden, Wirkungspotential abhängig macht“.⁶⁰

Allerdings ist einzuräumen, dass das Verständnis der unechten Gewässerbenutzung gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG als *Auffangtatbestand* der wasserrechtlichen Benutzungstatbestände darauf hindeutet, dass in den Anwendungsbereich der Norm zumindest auch stoff- oder anlagenbezogene Maßnahmen fallen können.

In der Rechtsprechung ist die Frage, welche Anforderungen an den Konkretisierungsgrad stoff- oder anlagenbezogener Regelungen im Sinne des Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 GG zu stellen sind, bislang noch nicht abschließend geklärt.⁶¹ Insofern lässt sich nicht hinreichend sicher prognostizieren, ob die Rechtsprechung eine landesgesetzliche Abweichung von den Erlaubnisvoraussetzungen im Sinne der §§ 8 Abs. 1, 9 Abs. 2 Nr. 2 und 12 Abs. 1 Nr. 1 WHG als durch die Abweichungskompetenz des Landesgesetzgebers gemäß Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 GG gedeckt ansehen würde. Wie dargestellt wurde, ist zudem in der Literatur umstritten, ob die unechte Gewässerbenutzung im Sinne des § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG zu den stoff- oder anlagenbezogenen Regelungen zu zählen ist.⁶² Insofern besteht zumindest ein Risiko, dass die mit dem Gesetzentwurf beabsichtigten Erlaubnisvorbehalte von der Rechtsprechung bereits aus formalen Gründen als verfassungsrechtlich unzulässig angesehen werden könnten.

Sofern eine abweichende Gesetzgebungskompetenz des Landes für zulässig gehalten wird, ist darauf hinzuweisen, dass nach in der Literatur herrschender Auffassung

⁵⁹ Pape in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 71. Lieferung 2014, § 9 WHG Rn. 96; in diesem Sinne wohl auch: Czychowski/Reinhardt, WHG, 10. Aufl. 2010, § 9 Rn. 107; nicht eindeutig: Reinhardt, Gesetzgebungskompetenz im Wasserrecht, AöR 2010, S. 459 (487 ff.).

⁶⁰ Pape in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 71. Lieferung 2014, § 9 WHG Rn. 96.

⁶¹ Vgl. Umdruck 18/2749, S. 4.

⁶² Vgl. Pape in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 71. Lieferung 2014, § 9 WHG Rn. 96; Czychowski/Reinhardt, WHG, 10. Aufl. 2010, § 9 Rn. 107; Foerst, Die Abweichungskompetenz der Länder gemäß Art. 72 III GG im Bereich des Wasserhaushaltsrechts, S. 211; Reinhardt, Gesetzgebungskompetenz im Wasserrecht, AöR 2010, S. 459 (487); Knopp in: Sieder/Zeitler, WHG - AbwAG, 46. Lieferung 2013, § 9 WHG Rn. 21 f.; Kotulla, Wasserhaushaltsgesetz, 2. Aufl. 2011, Einf. Rn. 41.

aus dem Rechtsstaatsprinzip ein Zitiergebot für die Länder in dem Sinne abzuleiten ist, dass die bundesstaatliche Norm, von der abgewichen wird, zu bezeichnen ist.⁶³

Jedenfalls wenn der Bundesgesetzgeber eine Änderung des Wasserhaushaltsgesetzes im Sinne des Eckpunktepapiers des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit zur Regelung des Fracking⁶⁴ beschließen sollte, könnte dies Auswirkungen auf (vorgesehene oder bereits beschlossene) landesgesetzliche Regelungen haben. Zu diesem Zeitpunkt bestehende landesrechtliche Regelungen würden ggf. verdrängt, beabsichtigte aber noch nicht beschlossene landesrechtliche Regelungen könnten sich ggf. verbieten, sofern die bundesgesetzlichen Fracking-Regelungen als stoff- oder anlagenbezogen zu qualifizieren wären.

2. Rechtsverordnung zur Gewässerbewirtschaftung gemäß § 7 Abs. 4 LWG-E

Mit der in Artikel 1 Ziffer 1 des Gesetzentwurfes vorgesehenen Ergänzung des § 7 LWG um einen neuen Absatz 4 sollen vier beispielhafte Anwendungsfälle eingeführt werden, die zulässige Inhalte von Rechtsverordnungen nach § 23 Abs. 3 WHG beschreiben. Nach § 23 Abs. 3 WHG sind die Landesregierungen ermächtigt, durch Rechtsverordnung entsprechende⁶⁵ Vorschriften zu erlassen, solange und soweit die Bundesregierung von der Ermächtigung nach § 23 Abs. 1 WHG keinen Gebrauch gemacht hat. § 23 Abs. 1 WHG ermächtigt die Bundesregierung, durch Rechtsverordnung bestimmte Vorschriften zum Schutz und zur Bewirtschaftung der Gewässer zu erlassen. Fraglich ist, ob dem Land für die vorgeschlagene Regelung die erforderliche Gesetzgebungskompetenz zusteht.

a. Keine Gesetzgebungszuständigkeit gemäß Art. 80 Abs. 4 GG

Eine Gesetzgebungszuständigkeit des Landes ergibt sich nicht bereits aus Art. 80 Abs. 4 GG. Nach dieser Vorschrift sind die Länder zu einer Regelung (auch) durch Gesetz befugt, soweit durch Bundesgesetz oder auf Grund von Bundesgesetzen Landesregierungen ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen.

Der in Art. 80 Abs. 4 GG geregelte Fall bezieht sich allein auf die bundesgesetzlich definierte Verordnungsermächtigung. Gegenstände, die eine Landesregierung auf-

⁶³ Vgl. hierzu: *Foerst*, Die Abweichungskompetenz der Länder gemäß Art. 72 III GG im Bereich des Wasserhaushaltsrechts, 2012, S. 83 f.; v. *Stackelberg*, Die Abweichungsgesetzgebung der Länder im Naturschutzrecht, 2012, S. 41 f.; *Degenhart*, in: DÖV 2010, S. 422, 427; a. A. *Schulze Harling*, Das materielle Abweichungsrecht der Länder, 2011, S. 120.

⁶⁴ Vgl. Fn. 33.

⁶⁵ Bezogen auf § 23 Abs. 1 WHG.

grund bundesgesetzlicher Ermächtigung durch Verordnung regeln darf, kann der Landesgesetzgeber auch durch Gesetz regeln. Die Vorschrift erfasst hingegen nicht den – hier einschlägigen – Fall, dass der Landesgesetzgeber den Inhalt der Verordnungsermächtigung selbst (ergänzend) beschreiben möchte. Eine Gesetzgebungszuständigkeit nach Art. 80 Abs. 4 GG kommt demnach nicht in Betracht.

b. Kompetenzbereich

Vielmehr stellt sich auch in diesem Zusammenhang zunächst die Frage, ob die vorgesehene Regelung dem Kompetenztitel „Wasserhaushalt“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG) zuzurechnen ist. Fraglich könnte insofern sein, ob die in § 7 Abs. 4 LWG-E vorgeschlagenen beispielhaften Anwendungsfälle den erforderlichen konkreten Bezug zu wasserrechtlichen Schutzgütern wie Bewirtschaftung und Schutz des Wasserhaushalts aufweisen, oder ob sich die Regelungen eher als bergrechtliche Vorschriften ohne Bezug zum Gewässerschutz darstellen.⁶⁶

Konkret sieht der Gesetzentwurf vor, dass durch Rechtsverordnung nach § 23 Abs. 3 WHG insbesondere auch Regelungen getroffen werden können über die zu beachtenden Anforderungen bei Bohrungen, der Herstellung einer geothermischen Anlage oder Erdarbeiten, die tiefer als zehn Meter in den Boden eindringen (§ 7 Abs. 4 Nr. 1 LWG-E), die Überwachung von Bohrungen, geothermischer Anlagen oder Erdarbeiten, die tiefer als zehn Meter in den Boden eindringen (§ 7 Abs. 4 Nr. 2 LWG-E), einen Versicherungsschutz für Veränderungen und Schäden nach § 7 Abs. 3 LWG-E (§ 7 Abs. 4 Nr. 3 LWG-E) sowie die Zulassung von Sachverständigen (§ 7 Abs. 4 Nr. 4 LWG-E).

Isoliert betrachtet könnte ein wasserrechtlicher Bezug der Beispielfälle in Ansehung des Wortlauts zweifelhaft sein. Allerdings gilt es zu beachten, dass der erforderliche wasserrechtliche Bezug mittelbar dadurch hergestellt wird, dass sich § 23 Abs. 3 WHG, auf den die landesrechtliche Vorschrift verweist, seinerseits auf § 23 Abs. 1 WHG bezieht, wonach „(...) durch Rechtsverordnung (...) Vorschriften zum Schutz und zur Bewirtschaftung der Gewässer (...) erlassen (...)“ werden können. Die abstrakt generelle Beschreibung von Inhalt, Zweck und Ausmaß der Verordnungsermächtigung im Bundesrecht stellt insofern auch für die vorgesehene landesrechtliche Vorschrift den notwendigen Bezug zum Kompetenztitel „Wasserhaushalt“ her. Die Rege-

⁶⁶ In diesem Sinne offenbar die gemeinsame Stellungnahme des Bundeswirtschafts- und des Bundesumweltministeriums, Umdruck 18/2871, S. 1 f.

lungsmaterie ist demnach der konkurrierenden Gesetzgebung auf dem Gebiet des Wasserhaushalts zuzurechnen.

c. Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung

Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung (nur), solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat.

Vorliegend hat der Bund mit § 23 Abs. 1 WHG im Rahmen seiner Kompetenz auf dem Gebiet des Wasserhaushalts und gestützt auf Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG eine Verordnungsermächtigung zugunsten der Bundesregierung sowie nachrangig⁶⁷ gemäß § 23 Abs. 3 WHG zugunsten der Landesregierungen geschaffen. Seiner verfassungsrechtlichen Pflicht gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz zu bestimmen, ist der Bundesgesetzgeber durch die abstrakte Umschreibung der tatbestandlichen Voraussetzungen in § 23 Abs. 1 WHG sowie ergänzend durch die dort aufgeführten – nicht abschließenden⁶⁸ – Beispielsfälle (§ 23 Abs. 1 Nr. 1 bis 12 WHG) nachgekommen.⁶⁹ Der Bundesgesetzgeber hat in dem beschriebenen Umfang von seiner (konkurrierenden) Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch gemacht. Nach dem Grundtatbestand des § 23 Abs. 1 WHG reicht die Verordnungsermächtigung sehr weit („... wird ermächtigt, ... durch Rechtsverordnung ... Vorschriften zum Schutz und zur Bewirtschaftung der Gewässer ... zu erlassen, insbesondere nähere Regelungen über...“). Die bundesgesetzlichen Beispielsfälle in § 23 Abs. 1 WHG tragen nicht zu einer Reichweitenbeschränkung der Verordnungsermächtigung bei, da sie ausdrücklich nur exemplarischen Charakter besitzen.⁷⁰

Fraglich ist, ob das Land in dieser Konstellation befugt ist, durch Landesgesetz ergänzende Anwendungsbeispiele einzuführen. Hierbei geht der zu begutachtende Gesetzentwurf nach Wortlaut und Systematik davon aus, dass die ergänzend einzuführenden Beispielsfälle den abstrakt-generellen Vorgaben zu Inhalt, Zweck und Ausmaß der bundesrechtlichen Verordnungsermächtigung entsprechen („Durch Rechtsverordnung nach § 23 Absatz 3 WHG können insbesondere auch Regelungen getroffen werden

⁶⁷ Solange und soweit die Bundesregierung von ihrer Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen keinen Gebrauch gemacht hat.

⁶⁸ Czychowski/Reinhardt, WHG, 10. Aufl. 2010, § 23 Rn. 27.

⁶⁹ Vgl. zu Bedenken in der Literatur hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit der Norm Czychowski/Reinhardt, WHG, 10. Aufl. 2010, § 23 Rn. 8.

⁷⁰ Czychowski/Reinhardt, WHG, 10. Aufl. 2010, § 23 Rn. 8.

über...“).⁷¹ Insofern ist die Landesregierung bereits nach geltendem Bundesrecht grundsätzlich befugt, gestützt auf § 23 Abs. 3 WHG Rechtsverordnungen mit den im Gesetzentwurf vorgesehenen Inhalten zu erlassen. Um eine vom Bundesrecht *abweichende* Regelung handelt es sich nach hier vertretener Auffassung in diesem Fall nicht.⁷²

d. Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG

Es stellt sich zunächst die Frage, ob einer derartigen Regelung im Landesrecht die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG entgegensteht.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und ganz überwiegender Auffassung in der Literatur werden durch die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG nicht nur solche landesrechtlichen Regelungen ausgeschlossen, die der bundesrechtlichen Vorschrift widersprechen. Ausgeschlossen sind auch solche Landesvorschriften, die das Bundesrecht ergänzen oder inhaltlich mit dem Bundesrecht übereinstimmen.⁷³ Bund und Länder sind – abgesehen vom Fall einer abweichenden Landesgesetzgebung gemäß Art. 72 Abs. 3 GG – grundsätzlich nur alternativ und nicht parallel zur Gesetzgebung befugt.⁷⁴

Es handelt sich bei der hier zu beurteilenden Konstellation auch nicht (lediglich) um einen Fall der wortgleichen Wiederholung und Nennung bundesrechtlicher Vorschriften. In einem solchen Fall soll es sich nach der Rechtsprechung um eine rein deklaratorische, schlichte „Gesetzeswiederholung“ und nicht um eine dem Bundesrecht widersprechende oder es ergänzende „Regelung“ handeln, da in diesem Fall eine ver-

⁷¹ Vgl. in anderem Zusammenhang bei: *Schneider*, Gesetzgebung, 2. Aufl. 1991, Rn. 362: „Die Aufzählung ist nicht abschließend gemeint, andererseits ist der abstrakt beschriebene Tatbestand stets erfüllt, wenn einer der hernach durch das `insbesondere` konkretisierten Fälle vorliegt.“

⁷² Wann sich eine landesgesetzliche Regelung als „abweichende Regelung“ darstellt, ist umstritten (vgl. Überblick über den Meinungsstand bei *Frhr. v. Stackelberg*, Die Abweichungsgesetzgebung der Länder im Naturschutz, 2012, S. 44 ff. Sollten die vorgeschlagenen zusätzlichen Beispielsfälle materiell-rechtlich hingegen nicht von der abstrakt-generellen Ermächtigungsnorm in § 23 Abs. 1, 3 WHG gedeckt sein, wäre der Verweis auf die bundesgesetzliche Vorschrift bereits aus diesem Grund unzulässig und ggf. eine eigene landesgesetzliche Ermächtigungsnorm erforderlich.

⁷³ *BVerfG*, Beschluss vom 7. Mai 1974, Az. 2 BvL 17/73, Rn. 30 ff.; *Jarass*, Regelungsspielräume des Landesgesetzgebers im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung und in anderen Bereichen, NVwZ 1996, S. 1041 (1043) mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen; *Sannwald* in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, 12. Aufl. 2011, Art. 72 Rn. 31; *Kunig* in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band 3, 5. Aufl. 2003, Art. 72 Rn. 10; *Oeter* in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 2, 5. Aufl. 2005, Art. 72 Rn. 81 f.; *Degenhart* in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 72 Rn. 38; *Pieroth* in: Jarass/Pieroth, GG, 12. Aufl. 2012, Art. 72 Rn. 11; *Stettner* in: Dreier, GG, Band 2, 2. Aufl. 2007, Supplementum 2007, Art. 72 Rn. 45; *Seiler* in: Beck'scher Online-Kommentar GG, Stand Juni 2014, Art. 72 Rn. 3.

⁷⁴ *Seiler* in: Beck'scher Online-Kommentar GG, Stand Juni 2014, Art. 72 Rn. 5.

bindliche, originäre Rechtsfolgenanordnung fehle.⁷⁵ Vorliegend geht es hingegen um die landesgesetzliche Schaffung neuer, im Bundesrecht bislang nicht ausdrücklich vorgesehener Beispiele für zulässige Inhalte von Verordnungen nach § 23 Abs. 3 WHG. Beispielhaften Aufzählungen in Gesetzen kommt – auch in Bezug auf abstrakt-generelle Verordnungsermächtigungen – eine konkretisierende Wirkung⁷⁶ und damit ein gewisser Regelungsgehalt zu.

Die so beschriebene Sperrwirkung tritt jedoch nur dann ein, wenn die erforderlichen Voraussetzungen vorliegen. Voraussetzung für den Eintritt der Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG ist, dass der Bundesgesetzgeber die betreffende Materie erschöpfend geregelt hat.⁷⁷ Entscheidend hierfür ist, ob der Bundesgesetzgeber ein Sachgebiet (subjektiv) so regeln will und (objektiv) so geregelt hat, dass kein Raum mehr für eine landesrechtliche Regelung verbleibt.⁷⁸ Dieser Annahme könnte vorliegend in objektiver Hinsicht entgegengehalten werden, dass es sich bei einem (nur) beispielhaften Katalog von Anwendungsfällen möglicherweise gerade nicht um eine erschöpfende Regelung des Bundesgesetzgebers handelt.

e. Bestimmung von Inhalt, Zweck und Ausmaß der Verordnungsermächtigung

In diesem Zusammenhang ist jedoch im Blick zu behalten, dass nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung *im Gesetz* hinreichend genau zu bestimmen sind. „Im Gesetz“ bedeutet, dass sich die Bestimmtheit nicht zwingend aus der Ermächtigungsnorm allein, jedoch zumindest aus „dem gesamten, aus der Ermächtigungsnorm und weiteren Vorschriften bestehenden Gesetzeswerk“ zu ergeben hat.⁷⁹ Eine Konkretisierung der bundesgesetzlichen Ermächtigung durch Landesrecht ist hiernach verfassungsrechtlich nicht vorgesehen. Korrespondierend sieht das Landesverfassungsrecht mit Art. 38 LV eine dem Art. 80 GG vergleichbare Regelung vor. Inhalt, Zweck und Ausmaß von landesgesetzlichen Verordnungsermächtigungen sind durch *das* (die Verordnungsermächtigung regelnde Landes-) Gesetz zu bestimmen (Art. 38 Abs. 1 Satz 2 LV). Insofern ergibt sich im vorliegenden Fall aus objektiver Sicht gerade kein Regelungsspielraum zugunsten des

⁷⁵ *VGH Baden-Württemberg*, Urteil vom 5. Februar 2002, Az. 10 S 1379/00, Rn. 54 unter Hinweis auf *BVerfG*, Beschluss vom 7. Mai 1974, Az. 2 BvL 17/73 (Rn. 32).

⁷⁶ Vgl. allgemein: *Schneider*, Gesetzgebung, 2. Aufl. 1991, Rn. 362.

⁷⁷ Vgl. zum Erfordernis einer erschöpfenden bundesrechtlichen Regelung bspw. *Stettner* in: Dreier, GG, Band 2, 2. Aufl. 2007, Supplementum 2007, Art. 72 Rn. 42 m.w.N.

⁷⁸ *Kunig* in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band 3, 5. Aufl. 2003, Art. 72 Rn. 11.

⁷⁹ *Mann* in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 80 Rn. 30.

Landesgesetzgebers, was die inhaltliche Konkretisierung der bundesgesetzlichen Verordnungsermächtigung anbelangt.⁸⁰

Hingegen könnte sich eine vom Bundesrecht abweichende, neue und eigenständige sowie originär im Landesrecht geregelte Verordnungsermächtigung ggf. gestützt auf die Abweichungsgesetzgebungskompetenz des Landes gemäß Art. 72 Abs. 3 Nr. 5 GG begründen lassen, sofern deren Inhalt nicht dem abweichungsfesten Kern auf dem Gebiet des Wasserhaushalts zuzurechnen wäre.⁸¹

II. Änderung des Landes-UVP-Gesetzes

Mit Artikel 2 des Gesetzentwurfes soll die Anlage 1 zu § 3 des Landes-UVP-Gesetzes dahingehend ergänzt werden, dass das hydromechanische Aufbrechen von Gesteinsschichten zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdöl oder Erdgas sowie die untertägige Ablagerung flüssiger Abfälle, die bei derartigen Arbeiten anfallen, einer zwingenden UVP-Pflicht unterfallen. Eine solche Regelung wäre nur dann zulässig, wenn dem Land die Gesetzgebungskompetenz für den betroffenen Sachbereich zusteht.

Die Gesetzgebungskompetenz im Bereich der Umweltverträglichkeitsprüfung richtet sich nach der jeweils angesprochenen Fachmaterie.⁸² Eine auf den Kompetenztitel „Wasserhaushalt“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG) gestützte Gesetzgebungszuständigkeit bestünde demnach nur, soweit es in Artikel 2 des Gesetzentwurfes um die UVP-Pflicht wasserwirtschaftlicher Vorhaben ginge.⁸³ Für die Materie des Bergrechts hat der Bund hingegen aufgrund seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74

⁸⁰ Zudem ist nichts dafür ersichtlich, dass der Bundesgesetzgeber in subjektiver Hinsicht ein Interesse daran gehabt haben könnte, den durch Beispielfälle umrissenen Anwendungsbereich einer bundesgesetzlichen Verordnungsermächtigung ggf. durch eine Vielzahl (verschiedener) landesrechtlicher Regelungen weiter konkretisieren zu lassen.

⁸¹ Ausweislich der Gesetzesbegründung (Drs. 18/1565) ist § 7 Abs. 4 des Gesetzentwurfes in Anlehnung an § 43 Wassergesetz für Baden-Württemberg formuliert. Die Begründung zum dortigen Gesetzentwurf stützt die Gesetzgebungskompetenz des Landes auf **§ 49 Abs. 4 WHG** (LT-BW Drs. 15/3760, S. 139). Zur materiellen Begründung des entsprechenden Regelung heißt es dort: „Absatz 4 regelt eine Verordnungsermächtigung über Anforderungen bei Bohrungen und der Herstellung geothermischer Anlagen, die Überwachung, einen obligatorischen Versicherungsschutz und die Zulassung von Sachverständigen. Bereits bisher wurden entsprechende Anforderungen aus Gründen der Qualitätssicherung, das heißt der Vorsorge gegenüber vermeidbaren Schäden, orientiert an Leitlinien der obersten Wasserbehörde regelmäßig in Nebenbestimmungen der entsprechenden wasserrechtlichen Erlaubnis fixiert. Mit der Verordnungsermächtigung soll die Möglichkeit geschaffen werden, unmittelbar die Außenverbindlichkeit entsprechender Anforderungen gegenüber Bohrunternehmen, Sachverständigen und Auftraggebern zu regeln, ohne dass dies einer weiteren Umsetzung im Zuge von Nebenbestimmungen im Einzelfall bedarf“, Drs. LT-BW 15/3760, S. 139 f. Das Wassergesetz für Baden-Württemberg vom 3. Dezember 2013, GBl. S. 389, ist (mit Ausnahme des § 65) am 1. Januar 2014 in Kraft getreten.

⁸² Vgl. bspw. BT-Drs. 14/4599, S. 67: „Der Bund besitzt keine umfassende Gesetzgebungskompetenz für das Umweltrecht. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes zur Änderung des UVP-Gesetzes (...) ergibt sich – wie auch bereits die Kompetenz zum Erlass des UVP-Gesetzes – in erster Linie aus den Kompetenzen des Bundes im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung (...).“

⁸³ Vgl. Umdruck 18/2871, S. 3.

Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft einschließlich Bergbau) in § 18 UVPG⁸⁴ bestimmt, dass die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bergbaulichen Verfahren, die in der Anlage 1 zum UVPG aufgeführt sind, im Planfeststellungsverfahren nach dem Bundesberggesetz durchgeführt wird. Nach Ziffer 15.1 der Anlage 1 zum UVPG richtet sich die UVP-Pflichtigkeit bergbaulicher Vorhaben (einschließlich der zu ihrer Durchführung erforderlichen betriebsplanpflichtigen Maßnahmen dieser Anlage) *nur* nach Maßgabe der aufgrund des § 57c Nummer 1 BBergG erlassenen Rechtsverordnung.

§ 57c Satz 1 Nr. 1 BBergG enthält eine Verordnungsermächtigung zugunsten des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie darüber, welche betriebsplanpflichtigen Vorhaben, die erhebliche Auswirkungen auf die Umwelt haben können, unter Beachtung der Rechtsakte des Rates oder der Kommission der Europäischen Gemeinschaften einer Prüfung der Umweltverträglichkeit bedürfen. Gestützt auf diese Verordnungsermächtigung hat der Bundesminister für Wirtschaft im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit und mit Zustimmung des Bundesrates die Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung bergbaulicher Vorhaben⁸⁵ erlassen. Bergbauliche Vorhaben, die nicht in der UVP-V Bergbau aufgelistet sind, sind nicht UVP-pflichtig.⁸⁶

Die in Artikel 2 des Gesetzentwurfes angesprochenen Vorhaben sind nach Einschätzung des Wissenschaftlichen Dienstes – anders als in der Begründung des Gesetzentwurfes ausgeführt (vgl. Drs. 18/1565) – dem Bergbau und nicht dem Wasserhaushalt zuzurechnen. Hierauf deutet bereits die im Gesetzentwurf gewählte Überschrift („12. Bergbauvorhaben“) hin. Aber auch materiell stellen sich das hydromechanische Aufbrechen von Gesteinsschichten (sog. „Fracking“) sowie das untertägige Ablagern der dabei anfallenden flüssigen Abfälle als bergbauliche Vorhaben im Sinne des UVP-Gesetzes des Bundes dar (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 1 lit. c UVPG). Das liegt für das Fracking auf der Hand, da es sich um eine betriebsplanpflichtige Maßnahme zur Gewinnung unkonventioneller Erdgasvorkommen handelt (vgl. §§ 51 ff. BBergG). Aber auch das untertägige Verbringen von Stoffen als „Verwertungsmaßnahme des bergmänni-

⁸⁴ Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. Februar 2010, BGBl. I S. 94, zuletzt geändert durch Artikel 10 des Gesetzes vom 25. Juli 2013, BGBl. I S. 2749.

⁸⁵ Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung bergbaulicher Vorhaben (UVP-V Bergbau) vom 13. Juli 1990, BGBl. I S. 1420, zuletzt geändert durch Artikel 8 der Verordnung vom 3. September 2010, BGBl. I S. 1261.

⁸⁶ Beckmann in: Hoppe/Beckmann, UVPG, 4. Aufl. 2012, § 18 Rn. 16.

schen Versatzes“ richtet sich einfachgesetzlich nach bergrechtlichen und nicht nach abfallrechtlichen⁸⁷ oder wasserrechtlichen Rechtsvorschriften.⁸⁸

Dies folgt aus § 2 Abs. 2 Nr. 7 Kreislaufwirtschaftsgesetz, wonach diesem Gesetz nicht die Abfälle unterfallen, die unmittelbar beim Aufsuchen, Gewinnen und Aufbereiten sowie bei der damit zusammenhängenden Lagerung von Bodenschätzen in Betrieben anfallen, die der Bergaufsicht unterstehen und die nach dem Bundesberggesetz und den auf Grund des Bundesberggesetzes erlassenen Rechtsverordnungen unter Bergaufsicht entsorgt werden. Diese Regelung korrespondiert mit § 55 Abs. 1 Nr. 6 BBergG, wonach die Zulassung eines bergrechtlichen Betriebsplans (nur) zu erteilen ist, wenn die anfallenden Abfälle ordnungsgemäß verwendet oder beseitigt werden. Als weitere Anforderung an die Entsorgung von bergbaulichen Abfällen sieht § 22a der Allgemeinen Bundesbergverordnung⁸⁹ u. a. vor, dass der Unternehmer einen (bergrechtlichen) Abfallbewirtschaftungsplan aufzustellen und diesen durch Vorlage bei der zuständigen Behörde rechtzeitig anzuzeigen hat.⁹⁰

Dass entsprechende bergrechtliche Vorhaben auch Auswirkungen auf den Wasserhaushalt haben können, ändert in dem hier zu prüfenden Zusammenhang nichts an der Zuordnung zu den bergrechtlichen Verfahren. Zwar sind im Rahmen der Umweltverträglichkeitsprüfung die Auswirkungen von Vorhaben u. a. auch auf das Wasser zu untersuchen (vgl. § 2 Abs. 1 UVPG). Die Regelungskompetenz in diesem Bereich bestimmt sich hingegen nach der rechtlichen Zuordnung des zu beurteilenden Vorhabens, nicht jedoch nach dessen etwaigen Auswirkungen.

Für bergbauliche Vorhaben hat der Bundesgesetzgeber in § 1 der Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung bergbaulicher Vorhaben bestimmt, welche betriebsplanpflichtigen Vorhaben einer Umweltverträglichkeitsprüfung bedürfen. Die in Artikel 2 des Gesetzentwurfes vorgesehenen Bergbauvorhaben zählen – soweit ersichtlich – nicht zu den nach Bundesrecht UVP-pflichtigen Vorhaben.

⁸⁷ Im Übrigen steht dem Bundesgesetzgeber auch im Bereich der Abfallwirtschaft die konkurrierende Gesetzgebung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG zu.

⁸⁸ Vgl. bereits zur früheren Rechtslage nach dem Abfallgesetz BT-Drs. 12/4093, S. 2.

⁸⁹ Bergverordnung für alle bergbaulichen Bereiche (Allgemeine Bundesbergverordnung - ABergV) vom 23. Oktober 1995, BGBl. I S. 1466, zuletzt geändert durch Artikel 5 Absatz 5 des Gesetzes vom 24. Februar 2012, BGBl. I S. 212.

⁹⁰ Vgl. zum Verhältnis von Bergrecht und Abfallrecht insgesamt *Piensch* in: ders./Schulte/Graf Vitzthum, Bundesberggesetz, 2. Aufl. 2013, § 55 Rn. 87 ff.

Indem der Bundesgesetzgeber auf Grund seiner konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit in Ziffer 15.1 der Anlage 1 zum UVP-Gesetz zum Ausdruck gebracht hat, dass sich die UVP-Pflichtigkeit bergbaulicher Vorhaben *nur* nach Maßgabe der aufgrund des § 57c Nummer 1 BBergG erlassenen Rechtsverordnung richtet, ist der Landesgesetzgeber in diesem Regelungsbereich nicht befugt, eigene Vorschriften zu erlassen. Das Land Schleswig-Holstein besitzt für die in Rede stehende Vorschrift daher keine Gesetzgebungskompetenz.⁹¹

III. Änderung des Landesverwaltungsgesetzes

Die mit Artikel 3 des Gesetzentwurfes vorgeschlagene Änderung des Landesverwaltungsgesetzes begegnet keinen kompetenzrechtlichen Bedenken.

IV. Ergebnis

Zusammenfassend bleibt festzuhalten:

- Die im Gesetzentwurf vorgesehenen neuen wasserrechtlichen Erlaubnisvorbehalte erscheinen hinsichtlich der Gesetzgebungskompetenz des Landes risikobehaftet. Mit den Regelungen in § 7 Abs. 2 LWG-E soll über das bestehende Erlaubnisregime im Wasserhaushaltsgesetz (hier: §§ 8 Abs. 1, 9 Abs. 2 Nr. 2, 12 Abs. 1 WHG) hinaus sichergestellt werden, dass spezifische Maßnahmen im Zusammenhang Fracking-Vorhaben jedenfalls nach den neu einzuführenden Vorschriften erlaubnispflichtig sind. Es ist in der Literatur umstritten, ob es sich bei den betreffenden bundesgesetzlichen Vorschriften um anlagen- oder stoffbezogene Regelungen handelt. Rechtsprechung zu dieser Frage liegt – soweit ersichtlich – nicht vor. Für anlagen- oder stoffbezogene Vorschriften des Bundes zum Wasserhaushalt besteht gemäß Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 GG keine Abweichungsgesetzgebungskompetenz der Länder.
- Einer mit § 7 Abs. 4 LWG-E vorgeschlagenen landesgesetzlichen Ergänzung der zur Verordnungsermächtigung i. S. d. § 23 Abs. 3 WHG gehörenden Regelbeispiele, stehen nach Auffassung des Wissenschaftlichen Dienstes sowohl die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG als auch die Anordnung des Art. 80 Abs. 1 GG entgegen.

⁹¹ Zum selben Ergebnis kommen die betroffenen Bundesministerien (Umdruck 18/2871, S. 3) sowie das zuständige Ministerium des Landes (Umdruck 18/2716, S. 4). Insoweit weist auch *Kunig*, Das Berliner Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung, LKV 1993, S. 151 (152), darauf hin, dass der Bund nicht über sämtliche Kompetenzen verfügt, um die Umsetzungspflicht (aus der UVP-Richtlinie) allein zu erfüllen. Soweit der Bund allerdings durch den Erlass des UVP-Gesetzes „(...) konkurrierend ihm eröffnete Gesetzgebungsbefugnisse wahrgenommen hat, ist den Ländern die eigene Gesetzgebung verschlossen (...)“.

gen, wonach Inhalt, Zweck und Ausmaß der bundesgesetzlich erteilten Ermächtigung im (Bundes-)Gesetz bestimmt werden.

- Die für eine Änderung des Landes-UVP-Gesetzes im Sinne des Artikels 2 des Gesetzentwurfes erforderliche Gesetzgebungskompetenz steht dem Land nicht zu. Die erforderliche Kompetenz folgt nicht aus der Gesetzgebungszuständigkeit für das Wasserrecht, sondern für den Bergbau (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG). In diesem Bereich hat der Bundesgesetzgeber abschließende Regelungen für die Umweltverträglichkeitsprüfung getroffen.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen jederzeit gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Für den Wissenschaftlichen Dienst

gez. Frank Platthoff