

Schleswig-Holsteinischer Landtag ▪ Postfach 7121 ▪ 24171 Kiel

Ihre Nachricht vom: 18.11.2014

Mein Zeichen: L 201– 151/18

Bearbeiter:
Frank Platthoff

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

23. Juli 2015

An den
stellvertretenden
Parlamentarischen Geschäftsführer
der Piratenfraktion
Herrn Uli König, MdL

– im Hause –

Gesetzgebungskompetenz des Landes für Frackingverbot

Sehr geehrter Herr König,

die Piratenfraktion hat den Wissenschaftlichen Dienst um Prüfung gebeten, ob das Land über die Kompetenz¹ verfügt, durch Landesgesetz oder Landesverordnung das Aufbrechen von Gesteinen unter hydraulischem Druck zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdgas oder Erdöl landesweit zu verbieten

1. kraft der Gesetzgebungskompetenz für den Wasserhaushalt
2. kraft der Gesetzgebungskompetenz für die Raumordnung oder
3. im Wege einer Bergverordnung als Verbot eines Aufsuchungs- und Gewinnungsverfahrens zur Verhinderung gemeinschädlicher Einwirkungen (§ 66 BBergG²).

Sie haben ferner darum gebeten, bei der Begutachtung auch die Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages³, das Gutachten von Mei-

¹ Gegenstand des Auftrages ist demnach nicht die Frage, ob und in welchem Rahmen ein Frackingverbot materiell-rechtlich verfassungsgemäß wäre.

² 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.

³ Hawxwell, Förderung von unkonventionellem Erdgas, Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages, WD 3 - 3000 - 372/10 vom 10. Januar 2011.

ners⁴ sowie die Stellungnahme des Sachverständigenrates für Umweltfragen⁵ zu berücksichtigen. Dem kommen wir gerne nach und nehmen wie folgt Stellung:

1. Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des Wasserhaushalts

Zu Fragen der Gesetzgebungskompetenz des Landes auf dem Gebiet des Wasserhaushalts im Zusammenhang mit der Fracking-Technologie hatten wir bereits in unserem Gutachten 124/18 (Umdruck 18/3413) Stellung genommen.⁶

Schadstoffeinträge in Gewässer (insbesondere in das Grundwasser) sind bei Anwendung der Fracking-Technologie nach in der Literatur vertretener Auffassung unmittelbar an der Oberfläche, entlang von Bohrungen, entlang von „geologischen Störungen“ sowie „ohne bevorzugte Wegsamkeiten“ grundsätzlich vorstellbar, wenn auch unterschiedlich wahrscheinlich.⁷ Dem Wissenschaftlichen Dienst des Bundestages ist deshalb darin zuzustimmen, dass für ein gesetzliches Verbot des Fracking hinsichtlich etwaiger Gefahren für den Wasserhaushalt die Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG herangezogen werden kann.⁸ Auch die Bundesregierung geht ausweislich der Begründung zum „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung wasser- und naturschutzrechtlicher Vorschriften zur Untersagung und zur Risikominimierung bei den Verfahren der Fracking-Technologie“ vom 23. April 2015 davon aus, dass die dort vorgesehenen Versagungstatbestände auf den Kompetenztitel „Wasserhaushalt“ gestützt werden können.⁹

a. Konkurrierende Gesetzgebung

Da es sich beim Wasserhaushalt um einen Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung handelt, der darüber hinaus – mit Ausnahme von stoff- oder anlagenbezogenen Regelungen – der abweichenden Gesetzgebungskompetenz der Länder im Sinne des Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 GG unterfällt, hängt die Frage, ob *das Land* gestützt

⁴ Meiners u. a., Umweltauswirkungen von Fracking bei der Aufsuchung und Gewinnung von Erdgas aus unkonventionellen Lagerstätten, Gutachten im Auftrag des Umweltbundesamtes, August 2012.

⁵ Sachverständigenrat für Umweltfragen, Fracking zur Schiefergasgewinnung (Stellungnahme Nr. 18), Mai 2013.

⁶ Umdruck 18/3413, S. 5 ff.

⁷ Ramsauer/Wendt, Einsatz der Fracking-Technologie insbesondere aus Sicht des Gewässerschutzes, NVwZ 2014, S. 1401 (1403) m.w.N.

⁸ Hawxwell, Förderung von unkonventionellem Erdgas, Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages, WD 3 - 3000 - 372/10 vom 10. Januar 2011, S. 8. Die Ausarbeitung weist darauf hin, dass hingegen der Kompetenztitel aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) einschlägig wäre, sofern mit einem Verbot des Fracking spezifischen bergbaulichen Gefahren begegnet werden soll.

⁹ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung wasser- und naturschutzrechtlicher Vorschriften zur Untersagung und zur Risikominimierung bei den Verfahren der Fracking-Technologie vom 23. April 2015, BT-Drs. 18/4713, S. 15.

auf den genannten Kompetenztitel ein Fracking-Verbot gesetzlich regeln darf, allerdings von weiteren Voraussetzungen ab.

So haben die Länder im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat (Art. 72 Abs. 1 GG). Derzeit enthält das Wasserhaushaltsgesetz¹⁰ keine speziell das Fracking betreffenden Regelungen.¹¹ Unter wasserhaushälterischen Gesichtspunkten sind Fracking-Maßnahmen *de lege lata* deshalb am allgemeinen Erlaubnisregime zum Schutz der Gewässer in den §§ 8 ff. WHG zu messen. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass der Bund den Ländern im Bereich der Erlaubnispflichtigkeit von (echten und unechten) Gewässerbenutzungen eine Regelungskompetenz belassen wollte.¹² Nach hiesiger Einschätzung folgt eine Gesetzgebungskompetenz des Landes jedenfalls nicht aus Art. 72 Abs. 1 GG. Dies gilt erst recht, sofern der Bundesgesetzgeber spezielle Regelungen zum Fracking im Wasserhaushaltsgesetz beschließen sollte und hierbei keine Öffnungsklausel für landesrechtliche Regelungen vorsieht.¹³

b. Abweichungsgesetzgebung

Allerdings können die Länder auf dem Gebiet des Wasserhaushalts, wenn der Bund – wie vorliegend – von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat, hiervon abweichende Regelungen treffen, sofern es sich nicht um stoff- oder anlagenbezogene Regelungen handelt (§ 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 i.V.m. Art. 125b Abs. 1 Satz 3 GG¹⁴). Bezugspunkt des sogenannten „abweichungsfesten Kerns“¹⁵ ist das *Bundesrecht*. Demnach dürfen die Länder nicht durch Gesetz von stoff- oder anlagenbezoge-

¹⁰ Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz - WHG) vom 31. Juli 2009, BGBl. I S. 2585, zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 15. November 2014, BGBl. I S. 1724.

¹¹ Vgl. jedoch Artikel 1 Nr. 2 des Gesetzentwurfes (Fn. 9), wonach zukünftig als Gewässerbenutzung auch gelten sollen „das Aufbrechen von Gesteinen unter hydraulischem Druck zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdgas, Erdöl oder Erdwärme, einschließlich der zugehörigen Tiefbohrungen“ (§ 9 Abs. 2 Nr. 3 WHG-E) sowie „die untertägige Ablagerung von Lagerstättenwasser, das bei Maßnahmen nach Nummer 3 oder anderen Maßnahmen zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdgas oder Erdöl anfällt“ (§ 9 Abs. 2 Nr. 4 WHG-E). Die Versagung und die Voraussetzungen für die Erteilung einer Erlaubnis für diese Arten von Gewässerbenutzungen regelt Artikel 1 Nr. 3 des Gesetzentwurfes.

¹² Vgl. die Gesetzesbegründung des seinerzeitigen Entwurfes eines Gesetzes zur Neuordnung des Wasserrechts, BT-Drs. 16/12275, wonach der Gesetzentwurf das zentrale Ziel verfolgt, das (bislang) geltende Rahmenrecht des Bundes durch *Vollregelungen* zu ersetzen (S. 40). Der Gesetzentwurf *kodifiziert* das Wasserrecht des Bundes auf der Grundlage seiner erweiterten Gesetzgebungsbefugnisse (S. 40). Im Zusammenhang mit dem „System behördlicher Zulassungsinstrumente“ spricht die Gesetzesbegründung von einer „Harmonisierung“ und „bundeseinheitlichen Regelung“ (S. 40) sowie von einer „umfassenden Regelung der tatbestandlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer wasserwirtschaftlichen Erlaubnis“ (S. 55).

¹³ Vgl. insofern Artikel 1 des Gesetzentwurfes der Bundesregierung, BT-Drs. 18/4713.

¹⁴ 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.

¹⁵ BT-Drs. 16/813, S. 11.

nen Regelungen des Bundes abweichen.¹⁶ Allein der Umstand, dass sich die beabsichtigten landesrechtlichen Vorschriften möglicherweise ihrerseits als stoff- oder anlagenbezogen darstellen,¹⁷ 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.¹⁸

Solange der Bundesgesetzgeber keine speziellen wasserrechtlichen Regelungen zum Fracking beschließt, gilt – wie bereits dargestellt wurde – für Benutzungen der Gewässer das allgemeine Erlaubnis- und Bewilligungsregime der §§ 8 ff. WHG. Dieses sieht u. a. für Maßnahmen, die geeignet sind, dauernd oder in einem nicht nur unerheblichen Ausmaß nachteilige Veränderungen der Wasserbeschaffenheit herbeizuführen (sog. „unechte Gewässerbenutzung“), eine Erlaubnis- bzw. Bewilligungspflicht vor (§ 8 Abs. 1 i. V. m. § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG). Erlaubnis und Bewilligung sind insbesondere dann zu versagen, wenn schädliche, auch durch Nebenbestimmungen nicht vermeidbare oder nicht ausgleichbare Gewässerveränderungen zu erwarten sind. Im Übrigen steht die Erteilung der Erlaubnis und der Bewilligung im pflichtgemäßen Ermessen (Bewirtschaftungsermessen) der zuständigen Behörde (§ 12 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 WHG).

Ausgehend von dieser Rechtslage stellt sich hinsichtlich der Fracking-Technologie zunächst die Frage, ob die konkret zu beurteilende Maßnahme unter die Erlaubnispflicht für eine unechte Gewässerbenutzung fällt oder ggf. erlaubnisfrei bleibt. Diese Frage lässt sich in Anbetracht der unterschiedlichen technischen und geologischen Gegebenheit sowie fehlender wissenschaftlicher Erkenntnisse de lege lata nicht allgemeinverbindlich beantworten.¹⁹

¹⁶ 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).

¹⁷ 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.

¹⁸ Czychowski/Reinhardt, WHG, 10. Aufl. 2010, § 9 Rn. 107.

¹⁹ An dieser Stelle setzt der Gesetzentwurf der Bundesregierung (Fn. 9) an, indem er klarstellt, dass sowohl das Aufbrechen von Gesteinen unter hydraulischem Druck zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdgas, Erdöl oder Erdwärme, einschließlich der zugehörigen Tiefbohrungen, als auch die untertägige Ablagerung von Lagerstättenwasser, das bei solchen oder anderen Maßnahmen zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdgas oder Erdöl anfällt, als Benutzungen im Sinne des Wasserhaushaltsgesetzes gelten (Art. 1 Nr. 2 lit. c des Gesetzentwurfes BT-Drs. 18/4713) und damit erlaubnispflichtig sind.

Ist eine Erlaubnispflicht zu bejahen, stellt sich die Frage der Erlaubnisfähigkeit der beabsichtigten Maßnahme. Spätestens auf dieser Prüfungsebene ist der Rechtsanwender mit dem Problem konfrontiert, dass die konkreten Auswirkungen der Fracking-Technologie wohl als weitgehend unerforscht anzusehen sind. Ob eine Erlaubnis daher versagt werden kann, weil schädliche Gewässerveränderungen *zu erwarten* sind (§ 12 Abs. 1 Nr. 1 WHG), erscheint fraglich. Liegt ein obligatorischer Versagungsgrund nicht vor, steht die Erteilung der Erlaubnis im Bewirtschaftungsermessen der zuständigen Behörde, die bei der Ausübung des Ermessens ihrerseits den bereits dargestellten faktischen Unsicherheiten ausgesetzt ist.²⁰

Landesrechtliche Regelungen, die gestützt auf den Schutz des Wasserhaushalts die Anwendung der Fracking-Technologie abweichend von dem dargestellten bundesrechtlichen Regelungssystem verbieten sollen, wären – unabhängig von der Frage ihrer materiell-rechtlichen Verfassungsmäßigkeit – kompetenzrechtlich nur dann zulässig, wenn es sich bei dem betroffenen Bundesrecht nicht um stoff- oder anlagenbezogene Regelungen handelt.

Es stellt sich demnach 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. Diese Frage ist in der Rechtsprechung – soweit ersichtlich – bislang nicht geklärt und in der Literatur als umstritten anzusehen.²¹

(1) Anlagenbezogene Regelungen?

Auf Anlagen „bezogen“ sind Regelungen, deren Gegenstand von Anlagen ausgehende Einwirkungen auf den Wasserhaushalt betreffen.²² Zunächst ist festzuhalten, dass weder das Wasserrecht noch das Naturschutzrecht einen einheitlichen oder legaldefinierten Anlagenbegriff kennt.²³ Andererseits benennt das Wasserhaushaltsgesetz in

²⁰ An dieser Stelle sieht der Gesetzentwurf der Bundesregierung vor, die Versagung sowie die Voraussetzungen für die Erteilung der Erlaubnis für bestimmte (das Fracking betreffende) Gewässerbenutzungen konkret zu regeln (Art. 1 Nr. 3 des Gesetzentwurfes).

²¹ Vgl. hierzu die nachfolgend zusammengefassten Ausführungen in unserem Gutachten 124/18, Umdruck 18/3413.

²² BT-Drs. 16/813, S. 11; *Kotulla*, Umweltschutzgesetzgebungskompetenz und „Föderalismusreform“, NVwZ 2007, S. 489 (493 f.).

²³ *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.

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.²⁴ Teilweise wird in diesem Zusammenhang auf den immissionsschutzrechtlichen Anlagenbegriff im Sinne des § 3 Abs. 5 Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) verwiesen.²⁵ Anlagen sind hiernach Betriebsstätten und sonstige ortsfeste Einrichtungen (§ 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.“²⁶

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.²⁷

²⁴ Ginzky/Rechenberg, Der Gewässerschutz in der Föderalismusreform, ZUR 2006, S. 344 (347).

²⁵ 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.

²⁶ Grünwald, Die Abweichungsgesetzgebung der Bundesländer, 2010, S. 121 f.

²⁷ Foerst, Die Abweichungskompetenz der Länder gemäß Art. 72 III GG im Bereich des Wasserhaushaltsrechts, S. 224.

(2) Stoffbezogene Regelungen?

Auf Stoffe „bezogen“ sind alle Regelungen, deren Gegenstand stoffliche Einwirkungen auf den Wasserhaushalt betreffen, z. B. das Einbringen und Einleiten von Stoffen.²⁸ 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 zu erhaltender bzw. zu erreichender bestimmter Qualitätsziele, mit denen eine zulässige Höchstgrenze für die stoffliche Belastbarkeit eines Gewässers verankert wird, eine stoffbezogene Regelung sein.²⁹

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.

²⁸ BT-Drs. 16/813, S. 11; *Kotulla*, Umweltschutzgesetzgebungskompetenz und „Föderalismusreform“, NVwZ 2007, S. 489 (493 f.).

²⁹ *Kotulla*, Umweltschutzgesetzgebungskompetenz und „Föderalismusreform“, NVwZ 2007, S. 489 (493 f.).

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.) ...“.³⁰

(3) 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.

Insofern gibt es Stimmen in der Literatur, die § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG weder als stoff- noch als anlagenbezogene Regelung verstehen.³¹ 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“.³²

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.³³ Insofern lässt sich

³⁰ Kotulla, Wasserhaushaltsgesetz, 2. Aufl. 2011, Einf. Rn. 41.

³¹ 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.).

³² Pape in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 71. Lieferung 2014, § 9 WHG Rn. 96.

³³ Vgl. Umdruck 18/2749, S. 4.

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.³⁴ Insofern besteht zumindest ein Risiko, dass eine vom Bundesrecht abweichende landesrechtliche Regelung 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 aus dem Rechtsstaatsprinzip ein Zitiergebot für die Länder in dem Sinne abzuleiten ist, dass die bundesstaatliche Norm, von der abgewichen wird, zu bezeichnen ist.³⁵

Jedenfalls wenn der Bundesgesetzgeber eine Änderung des Wasserhaushaltsgesetzes im Sinne des Gesetzentwurfes der Bundesregierung³⁶ 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.

c. Zwischenergebnis

Dem Wissenschaftlichen Dienst des Bundestages ist darin zuzustimmen, dass der Kompetenztitel Wasserhaushalt grundsätzlich für wasserschützende gesetzliche Regelungen zum Fracking herangezogen werden kann. Ob sich jedoch eine Gesetzgebungskompetenz des Landes ergibt, hängt von der Qualität der bundesgesetzlichen Regelungen ab, von denen durch Landesrecht abgewichen werden soll. Sind die be-

³⁴ 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.

³⁵ 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.

³⁶ Vgl. Fn. 9.

treffenden bundesgesetzlichen Regelung stoff- oder anlagenbezogen, besitzt das Land keine Abweichungsgesetzgebungskompetenz.

2. Gesetzgebungskompetenz für die Raumordnung

Unter Raumordnung versteht das Bundesverfassungsgericht die „(...) zusammenfassende, übergeordnete Planung und Ordnung des Raumes. Sie ist übergeordnet, weil sie überörtliche Planung ist und weil sie vielfältige Fachplanungen zusammenfaßt und aufeinander abstimmt.“³⁷ Nach Auffassung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes können Regelungen der Raumordnung hingegen nicht so weit gehen, dass Fachentscheidungen mit unmittelbarer Verbindlichkeit für jedermann und unter Ausschluss jedes Verwaltungsverfahrens zum konkreten Vollzug von Gesetzen im Einzelfall in normativer Form getroffen werden. Dies widerspräche dem Charakter raumordnender und landesplanerischer Rechtsnormen, die nur Rahmen und Grundlagen hierauf aufbauender Entscheidungen der zuständigen Verwaltungsbehörden nach den jeweiligen Fachgesetzen sein können.³⁸ Auch ist in der Literatur die Frage nicht unumstritten, wo genau die Kompetenzgrenze zwischen der Raumordnung und der jeweiligen Fachplanung verläuft.³⁹

Die Raumordnung ist ein Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG). Sie bezieht sich auf die Raumplanung der Länder, während sich die Raumplanung für den Gesamtstaat als Bundeskompetenz aus der Natur der Sache darstellt.⁴⁰ Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat (Art. 72 Abs. 1 GG).

Darüber hinaus sind die Länder, wenn der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch gemacht hat, auf dem Gebiet der Raumordnung auch befugt, vom

³⁷ BVerfGE 3, 407 (425 f.).

³⁸ BayVerfGH, Entscheidung vom 14. August 1987, Az. Vf. 55-IX-87, NVwZ 1988, S. 242, 6. Leitsatz. Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Schulte*, Raumplanung und Genehmigung bei der Bodenschätzegewinnung, 1996, S. 64, wonach unter dem Deckmantel „Ziele und Grundsätze der Raumordnung“ nicht die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung überspielt werden darf. *Hoppe/Spoerr*, Bergrecht und Raumordnung, 1999, S. 55, weisen darauf hin, dass das Primärziel einer raumordnerischen Festlegung die Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raumes sein muss. Verfehlen allgemeine Aussagen den Aufgabenbereich der Raumordnung, so stellen solche Aussagen keine Ziele der Raumordnung dar, selbst wenn sie im jeweiligen Raumordnungsplan als Ziel bezeichnet und abschließend abgewogen sind.

³⁹ Vgl. *Deutsch*, Raumordnung als Auffangkompetenz? - Zur Regelungsbefugnis der Raumordnungspläne, NVwZ 2010, S. 1520.

⁴⁰ *Pieroth* in: Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 74 Rn. 81 m.w.N.; *Schnapauff* in: Hömig, GG, 10. Aufl. 2013, Art. 74 Rn. 31; *Seiler* in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar GG, Stand: März 2015, Art. 74 Rn. 106; *Sannwald* in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 74 Rn. 367, 371.

Bundesrecht abweichende Regelungen durch Gesetz zu treffen (Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GG). Der Wortlaut des Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GG schränkt das Abweichungsrecht der Länder nicht ein. Die Vorschrift benennt – anders als auf dem Gebiet des Jagdwesens, des Naturschutzes oder des Wasserhaushalts – für die Raumordnung keinen sogenannten abweichungsfesten Kern. Ob und inwieweit die nach dem Wortlaut uneingeschränkte Abweichungsbefugnis der Länder durch andere verfassungsimmanente Schranken begrenzt wird, ist in der rechtswissenschaftlichen Literatur umstritten und in der Rechtsprechung bisher – soweit ersichtlich – nicht geklärt.⁴¹ So wird in der Literatur teilweise die Meinung vertreten, dass die Abweichungsbefugnis der Länder auf dem Gebiet der Raumordnung ihre Grenze an einem ungeschriebenen, gleichsam „natürlichen“ abweichungsfesten Kern finde, zu dem der Erste Abschnitt des Raumordnungsgesetzes⁴² (§§ 1 bis 7 ROG) gehöre, der in der Kompetenz des Bundes kraft Natur der Sache verortet sei.⁴³

Jedenfalls kann sich die Reichweite einer zulässigen Abweichung vom Raumordnungsrecht des Bundes nur auf das jeweilige Landesrecht, nicht aber auch auf das (übrige) Bundesrecht erstrecken. Wenn beispielsweise baurechtliche Vorschriften des Bundes den Zielen der Raumordnung bestimmte Rechtswirkungen zuordnen, dann gehen diese Vorschriften von den Definitionen des Raumordnungsgesetzes des Bundes aus. Durch anders lautende landesgesetzliche Vorgaben kann aufgrund der kompetenzrechtlichen Ermächtigung zwar vom Raumordnungsgesetz des Bundes, nicht jedoch vom bundesgesetzlichen Fachrecht im Übrigen abgewichen werden.⁴⁴ Gleiches gilt in Bezug auf das Bundesberggesetz, da das Bergrecht keiner Abweichungskompetenz der Länder unterliegt.

Fraglich ist, ob sich auf dem Gebiet der Raumordnung in dem aufgezeigten Rahmen Handlungsoptionen eröffnen, das Aufbrechen von Gesteinen unter hydraulischem Druck zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdgas oder Erdöl landesweit zu verbieten.

⁴¹ Spannowsky in: ders./Runkel/Goppel, ROG, 1. Aufl. 2010, § 2 Rn. 24 m.w.N.; vgl. Überblick zum Meinungsstand bei Runkel in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 1. Aufl. 2010, § 1 Rn. 28 ff.; eingehend: Petschulat, Die Regelungskompetenzen der Länder für die Raumordnung nach der Föderalismusreform, 2015, S. 21 ff.

⁴² Raumordnungsgesetz (ROG) vom 22. Dezember 2008, BGBl. I S. 2986, zuletzt geändert durch Artikel 9 des Gesetzes vom 31. Juli 2009, BGBl. I S. 2585.

⁴³ Erbguth, Unterirdische Raumordnung – zur raumordnungsrechtlichen Steuerung untertägiger Vorhaben, ZUR 2011, S. 121 (121 f.), m.w.N., insbesondere Fn. 10, der diese Ansicht als „wohl vorherrschende Auffassung“ bezeichnet. Mit guten Argumenten gegen diese Auffassung: Petschulat, Die Regelungskompetenzen der Länder für die Raumordnung nach der Föderalismusreform, 2015, S. 33 ff.

⁴⁴ Runkel in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 1. Aufl. 2010, § 1 Rn. 31 f.

a. Bestehende Gesetzeslage

Gestützt auf den Kompetenztitel „Raumordnung“ haben der Bundesgesetzgeber das Raumordnungsgesetz sowie der schleswig-holsteinische Landesgesetzgeber das Landesplanungsgesetz (LaplaG)⁴⁵ erlassen.

Aufgabe der Raumordnung im Bund und in den Ländern ist es, den Gesamtraum und die jeweiligen Teilräume durch zusammenfassende überörtliche und fachübergreifende Raumordnungspläne, durch raumordnerische Zusammenarbeit und durch Abstimmung raumbedeutsamer Planungen und Maßnahmen zu entwickeln, zu ordnen und zu sichern (§ 1 Abs. 1 Satz 1 ROG, § 2 Abs. 1 Satz 1 LaplaG).

Raumordnungspläne sind in Schleswig-Holstein der Landesentwicklungsplan als landesweiter Raumordnungsplan sowie die Regionalpläne für die Planungsräume (§ 5 Abs. 1 Satz 1 LaplaG). Hierbei enthält der Landesentwicklungsplan diejenigen Ziele und Grundsätze der Raumordnung, die landesweit oder für die räumliche Beziehung der Landesteile untereinander von Bedeutung sind (§ 8 Abs. 1 LaplaG). Allgemein sollen die Raumordnungspläne Festlegungen zur Raumstruktur enthalten (§ 8 Abs. 5 Satz 1 ROG). Diese Festlegungen können auch sogenannte Vorranggebiete⁴⁶, Vorbehaltsgebiete⁴⁷ und Eignungsgebiete⁴⁸ bezeichnen (§ 8 Abs. 7 i.V.m. Abs. 5 ROG). In der Literatur wird zudem eine Befugnis der Länder angenommen, in ihrer Raumordnungsgesetzgebung die Möglichkeit der Festlegung von Ausschlussgebieten einzuführen und damit eine räumlich begrenzte Ausschlusswirkung für bestimmte Nutzungen zu erreichen, ohne dass zugleich eine positive Entscheidung über die Eignung anderer Flächen getroffen werden müsste.⁴⁹ Voraussetzung jeglicher Ausschlussent-

⁴⁵ Gesetz über die Landesplanung (Landesplanungsgesetz – LaplaG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 10. Februar 1996, GVOBl. S. 232, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. Mai 2015, GVOBl. S. 132.

⁴⁶ *Vorranggebiete* sind solche Gebiete, die für bestimmte raumbedeutsame Funktionen oder Nutzungen vorgesehen sind und andere raumbedeutsame Nutzungen in diesem Gebiet ausschließen, soweit diese mit den vorrangigen Funktionen oder Nutzungen nicht vereinbar sind (§ 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 ROG). Bei *Vorranggebieten* für raumbedeutsame Nutzungen kann festgelegt werden, dass sie zugleich die Wirkung von Eignungsgebieten für raumbedeutsame Maßnahmen oder Nutzungen haben (§ 8 Abs. 7 Satz 2 ROG).

⁴⁷ *Vorbehaltsgebiete* sind solche Gebiete, in denen bestimmten raumbedeutsamen Funktionen oder Nutzungen bei der Abwägung mit konkurrierenden raumbedeutsamen Nutzungen besonderes Gewicht beizumessen ist (§ 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 2 ROG).

⁴⁸ *Eignungsgebiete* sind solche Gebiete, in denen bestimmten raumbedeutsamen Maßnahmen oder Nutzungen, die städtebaulich nach § 35 des Baugesetzbuchs (Bauen im Außenbereich) zu beurteilen sind, andere raumbedeutsame Belange nicht entgegenstehen, wobei diese Maßnahmen oder Nutzungen an anderer Stelle im Planungsraum ausgeschlossen sind (§ 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 3 ROG). Ob § 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 3 ROG über seinen Wortlaut hinaus auch für andere als oberirdische Baumaßnahmen im Außenbereich im Sinne des § 35 BauGB gilt, wird in der Literatur uneinheitlich beurteilt, vgl. Nachweise bei *Ramsauer/Wendt*, Einsatz der Fracking-Technologie aus der Sicht des Gewässerschutzes, NVwZ 2014, S. 1401 (1408).

⁴⁹ *Ramsauer/Wendt*, Einsatz der Fracking-Technologie aus der Sicht des Gewässerschutzes, NVwZ 2014, S. 1401 (1407) m.w.N.; *Hellriegel*, Rechtsrahmen für eine Raumordnung zur Steuerung unterirdischer Nutzungen, NVwZ 2013, S. 111 (113); *Goppel* in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 1. Aufl. 2010, § 8 Rn. 72.

scheidungen (auch soweit sie sich bloß mittelbar aus der Festlegung von Eignungsgebieten ergeben) ist allerdings eine ordnungsgemäße Abwägung der betroffenen Belange. Das bedeutet, dass die Rechtfertigung für einen solchen Ausschluss in der spezifischen Schutzwürdigkeit der erfassten Flächen oder im planerischen Vorrang konfligierender Nutzungen gefunden werden muss.⁵⁰ Ansonsten ist die Festlegung eines reinen Ausschlussgebiets als Ziel der Raumordnung rechtswidrig und unwirksam.⁵¹ Demnach können die Träger der Raumordnung in den Ländern keine für nachgelagerte staatliche Planungs- und Ermessensentscheidungen verbindliche Zielvorgaben aufstellen, die im Landesgebiet oder Teilen davon bestimmte unterirdische Nutzungen ohne jede Begründung ausschließen.⁵²

Das Raumordnungsgesetz des Bundes benennt beispielhaft Grundsätze der Raumordnung, die im Sinne der Leitvorstellung einer nachhaltigen Raumentwicklung anzuwenden und – soweit erforderlich – durch Festlegungen in Raumordnungsplänen zu konkretisieren sind (§ 2 Abs. 1 und 2 ROG). Hiernach sind insbesondere die räumlichen Voraussetzungen für die vorsorgende Sicherung sowie für die geordnete Aufsuchung und Gewinnung von standortgebundenen Rohstoffen zu schaffen. Den räumlichen Erfordernissen für eine kostengünstige, sichere und umweltverträgliche Energieversorgung ist Rechnung zu tragen (§ 2 Abs. 2 Nr. 4 Sätze 4 und 5 ROG). Ferner ist der Raum in seiner Bedeutung für die Funktionsfähigkeit u. a. des Wasserhaushalts zu entwickeln, zu sichern oder, soweit erforderlich, möglich und angemessen, wiederherzustellen. Naturgüter sind sparsam und schonend in Anspruch zu nehmen, Grundwasservorkommen sind zu schützen (§ 2 Abs. 2 Nr. 6 Sätze 1 und 2 ROG). Den räumlichen Erfordernissen des Klimaschutzes ist Rechnung zu tragen, sowohl durch Maßnahmen, die dem Klimawandel entgegenwirken, als auch durch solche, die der Anpassung an den Klimawandel dienen. Dabei sind die räumlichen Voraussetzungen für den Ausbau der erneuerbaren Energien und für eine sparsame Energienutzung zu schaffen (§ 2 Abs. 2 Nr. 6 Sätze 7 und 8 ROG). Im Rahmen einer Abwägung der zu berücksichtigenden Belange ist zu beachten, dass das Bundesberggesetz den Zweck verfolgt, zur Sicherung der Rohstoffversorgung das Aufsuchen, Gewinnen und Aufbereiten von Bodenschätzen unter Berücksichtigung ihrer Standortgebundenheit und des

⁵⁰ *Ramsauer/Wendt*, Einsatz der Fracking-Technologie aus der Sicht des Gewässerschutzes, NVwZ 2014, S. 1401 (1407); *Hellriegel*, Rechtsrahmen für eine Raumordnung zur Steuerung unterirdischer Nutzungen, NVwZ 2013, S. 111 (113).

⁵¹ *Hellriegel*, Rechtsrahmen für eine Raumordnung zur Steuerung unterirdischer Nutzungen, NVwZ 2013, S. 111 (113).

⁵² *Hellriegel*, Rechtsrahmen für eine Raumordnung zur Steuerung unterirdischer Nutzungen, NVwZ 2013, S. 111 (113).

Lagerstättenschutzes bei sparsamem und schonendem Umgang mit Grund und Boden zu ordnen und zu fördern (§ 1 Nr. 1 BBergG) und gleichzeitig die Vorsorge gegen Gefahren, die sich aus bergbaulicher Tätigkeit für Leben, Gesundheit und Sachgüter Dritter ergeben, zu verstärken und den Ausgleich unvermeidbarer Schäden zu verbessern (§ 1 Nr. 3 BBergG).

Ganz überwiegend (aber nicht ausschließlich⁵³) ist die Raumordnung auf die Nutzung bzw. den Schutz der Erdoberfläche gerichtet.⁵⁴ An der Oberfläche sind raumbedeutsame Auswirkungen im Zusammenhang mit dem Fracking in erster Linie durch den oberirdischen Flächenverbrauch und die Veränderung des Landschaftsbildes (bspw. durch Bohrtürme, Lagertanks, Abwasserbecken, etc.) denkbar.⁵⁵ Nach einer in der Literatur vertretenen Meinung ermöglicht das Raumordnungsgesetz des Bundes jedoch keine „dreidimensionale Raumordnung“ – also die Festlegung von unterschiedlichen Nutzungen in den verschiedenen „Tiefenstockwerken“ eines Gebiets auf der Erdoberfläche.⁵⁶

Im Landesgebiet von Schleswig-Holstein umfasst der Gesamtraum im Sinne des Landesplanungsgesetzes hingegen ausdrücklich auch den Untergrund. Untergrund in diesem Sinne sind diejenigen unterirdischen Bereiche, denen aufgrund ihrer Tieflage für oberflächige Nutzungen, insbesondere solche baulicher Art, in der Regel keine Bedeutung zukommt (§ 2 Abs. 2 LaplaG). Das schleswig-holsteinische Landesrecht sieht in § 5 Abs. 3 Satz 2 LaplaG vor, dass im Untergrund in den Raumordnungsplänen einzelne unterirdische Teilräume bestimmten öffentlichen Zwecken gewidmet oder im Interesse eines öffentlichen Zwecks gegenüber bestimmten Veränderungen geschützt werden können. Ein derartiger Zweck kann auch in der Erhaltung bestimmter Beschaffenheiten des Untergrundes, insbesondere besonderer geologischer oder geomorphologischer Formationen, bestehen (§ 5 Abs. 3 Satz 3 LaplaG).

⁵³ Hellriegel, Rechtsrahmen für eine Raumordnung zur Steuerung unterirdischer Nutzungen, NVwZ 2013, S. 111 (111 f.); Ramsauer/Wendt, Einsatz der Fracking-Technologie aus der Sicht des Gewässerschutzes, NVwZ 2014, S. 1401 (1408).

⁵⁴ So für die Grundsätze der Raumordnung: Erbguth, Unterirdische Raumordnung - zur raumordnungsrechtlichen Steuerung untertägiger Vorhaben, ZUR 2011, S. 121 (122 f.).

⁵⁵ Vgl. Roßnagel/Hentschel/Polzer, Rechtliche Rahmenbedingungen der unkonventionellen Erdgasförderung mittels Fracking, 2012, S. 83 ff.; Ramsauer/Wendt, Einsatz der Fracking-Technologie aus der Sicht des Gewässerschutzes, NVwZ 2014, S. 1401 (1407 f.).

⁵⁶ Hellriegel, Rechtsrahmen für eine Raumordnung zur Steuerung unterirdischer Nutzungen, NVwZ 2013, S. 111 (112).

Soweit ersichtlich, sind (verfassungs-) rechtliche Bedenke gegen die ausdrückliche und von einer Oberflächenbetroffenheit losgelöste Erstreckung der Raumordnung auch auf den Untergrund in der Literatur bislang nicht erhoben worden.⁵⁷

b. Reichweite der Steuerungsmöglichkeit durch Raumordnung

Im Detail ist umstritten, inwieweit die oben (S. 12 f.) genannten Gebietskategorien den Grundsätzen oder Zielen der Raumordnung zuzurechnen sind.⁵⁸ Die Zurechnung zu den Zielen oder Grundsätzen der Raumordnung hat Einfluss auf deren Bindungswirkung.

Bei raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen öffentlicher Stellen (§ 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ROG), bei Entscheidungen öffentlicher Stellen über die Zulässigkeit raumbedeutsamer Planungen und Maßnahmen anderer öffentlicher Stellen (§ 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ROG) und bei Entscheidungen öffentlicher Stellen über die Zulässigkeit raumbedeutsamer Planungen und Maßnahmen von Personen des Privatrechts, die der Planfeststellung oder der Genehmigung mit der Rechtswirkung der Planfeststellung bedürfen (§ 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ROG) sind die Ziele⁵⁹ der Raumordnung zu beachten sowie Grundsätze⁶⁰ und sonstige Erfordernisse⁶¹ der Raumordnung in Abwägungs- oder Ermessensentscheidungen zu berücksichtigen. Weitergehende Bindungswirkungen von Erfordernissen der Raumordnung nach Maßgabe der für diese Entscheidungen geltenden Vorschriften bleiben unberührt (§ 4 Abs. 1 Satz 3 ROG). Bei sonstigen Entscheidungen öffentlicher Stellen über die Zulässigkeit raumbedeutsamer Planungen und Maßnahmen von Personen des Privatrechts sind die Erfordernisse der Raumordnung *nach den für diese Entscheidungen geltenden Vorschriften* zu berücksichtigen (§ 4 Abs. 2 ROG). Gegenüber Privaten entfalten die Ziele der Raumordnung im Übrigen keine unmittelbare rechtliche Außenwirkung.⁶²

⁵⁷ Bovet, Notwendigkeit und Steuerungsmöglichkeiten einer unterirdischen Raumordnung, UPR 2014, S. 418 (421); Schnittker, Raumplanung unterirdischer Nutzungen – Münsteraner Gespräche zum Umwelt- und Planungsrecht am 19.11.2014, DVBl. 2015, S. 359 (360); Erbguth, Unterirdische Raumordnung - zur raumordnungsrechtlichen Steuerung untertägiger Vorhaben, ZUR 2011, S. 121 (123 f.).

⁵⁸ Koch/Hendler, Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 5. Aufl. 2009, § 3 Rn. 24 ff.

⁵⁹ Ziele der Raumordnung sind verbindliche Vorgaben in Form von räumlich und sachlich bestimmten oder bestimmbaren, vom Träger der Raumordnung abschließend abgewogenen textlichen oder zeichnerischen Festlegungen in Raumordnungsplänen zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raums (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG).

⁶⁰ Grundsätze der Raumordnung sind Aussagen zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raums als Vorgaben für nachfolgende Abwägungs- oder Ermessensentscheidungen; Grundsätze der Raumordnung können durch Gesetz oder als Festlegungen in einem Raumordnungsplan aufgestellt werden (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 ROG).

⁶¹ Sonstige Erfordernisse der Raumordnung sind in Aufstellung befindliche Ziele der Raumordnung, Ergebnisse förmlicher landesplanerischer Verfahren wie des Raumordnungsverfahrens und landesplanerische Stellungnahmen (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 ROG).

⁶² Piens in: ders./Schulte/Graf Vitzthum, Bundesberggesetz, 2. Aufl. 2013, § 56 Anhang Rn. 419 m.w.N.

Bergbauliche Vorhaben können in verschiedenen Verwaltungsverfahren, in denen die Ziele der Raumordnung zu prüfen sind (bspw. Wasserrecht, Baurecht), betroffen sein.⁶³ Vorliegend stellt sich jedoch insbesondere die Frage, ob und ggf. inwieweit im bergrechtlichen Verwaltungsverfahren die Ziele der Raumordnung zu beachten sind. Das Bergrecht kennt keine ausdrückliche Bezugnahme auf die Ziele (und Grundsätze) der Raumordnung.⁶⁴ Eine Bindungswirkung kann sich gleichwohl aufgrund der Vorgaben des Raumordnungsgesetzes und/oder etwaiger Öffnungsklauseln im Bundesberggesetz ergeben. Hierbei gilt es, zwischen den verschiedenen bergrechtlichen Verfahren zu differenzieren.

(1) Zulassung von Betriebsplänen durch Planfeststellung

Soweit für ein bergrechtliches Vorhaben ein Rahmenbetriebsplan gemäß § 52 Abs. 2a BBergG aufzustellen ist, ist für dessen Zulassung ein Planfeststellungsverfahren nach Maßgabe der §§ 57a und 57b BBergG durchzuführen. Wegen der in diesem Fall erforderlichen Planfeststellung gilt nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ROG eine strenge Bindungswirkung in dem Sinne, dass die Ziele der Raumordnung zwingend zu beachten sind, sofern keine Ausnahmen eingreifen.⁶⁵

(2) Zulassung sonstiger Betriebspläne

Die Zulassung nicht planfeststellungsbedürftiger Betriebspläne fällt hingegen unter § 4 Abs. 2 ROG, wonach die Erfordernisse der Raumordnung (das sind nach der Begriffsdefinition in § 3 Abs. 1 Nr. 1 ROG die Ziele, die Grundsätze und die sonstigen Erfordernisse der Raumordnung) nach den für diese Entscheidung geltenden Vorschriften (hier: des Bergrechts) zu berücksichtigen sind.

In den Fällen nicht planfeststellungsbedürftiger Betriebspläne finden die Ziele der Raumordnung vor allem durch die sogenannte Öffnungsklausel des § 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG Eingang in das Verfahren.⁶⁶ Hiernach kann die für die Zulassung von Betriebsplänen zuständige Behörde – unbeschadet anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften – eine Aufsuchung oder eine Gewinnung beschränken oder untersagen, so-

⁶³ Piens in: ders./Schulte/Graf Vitzthum, Bundesberggesetz, 2. Aufl. 2013, § 56 Anhang Rn. 420 ff.

⁶⁴ Piens in: ders./Schulte/Graf Vitzthum, Bundesberggesetz, 2. Aufl. 2013, § 56 Anhang Rn. 424.

⁶⁵ Ramsauer/Wendt, Einsatz der Fracking-Technologie aus der Sicht des Gewässerschutzes, NVwZ 2014, S. 1401 (1408); Goppel/Runkel in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 1. Aufl. 2010, § 4 Rn. 49; Piens in: ders./Schulte/Graf Vitzthum, Bundesberggesetz, 2. Aufl. 2013, § 56 Anhang Rn. 427; Hoppe/Spoerr, Bergrecht und Raumordnung, 1999, S. 98.

⁶⁶ Piens in: ders./Schulte/Graf Vitzthum, Bundesberggesetz, 2. Aufl. 2013, § 56 Anhang Rn. 425 m.w.N.; Ramsauer/Wendt, Einsatz der Fracking-Technologie aus der Sicht des Gewässerschutzes, NVwZ 2014, S. 1401 (1408); BVerwG, Urteil vom 29. Juni 2006 - 7 C 11/05, NVwZ 2006, S. 1173 (1174). Vgl. auch BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 2013 - 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08, NVwZ 2014, S. 211 (230).

weit ihr *überwiegende öffentliche Interessen* entgegenstehen. Der Begriff der entgegenstehenden öffentlichen Interessen in der genannten Vorschrift umfasst auch die Ziele der Raumordnung.⁶⁷ Zwar gehören Raumordnungsziele in den Raumordnungsplänen nicht zu den Rechtsnormen, die Gewinnungstätigkeiten auf bestimmten Grundstücken unmittelbar verbieten oder beschränken. Dennoch ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des § 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG, dass diese Vorschrift als Raumordnungsklausel angesehen werden muss.⁶⁸ Ein Versagungsgrund für ein bergbauliches Vorhaben kann ein Ziel der Raumordnung nur sein, wenn es in einem rechtswirksam zustande gekommenen, für verbindlich erklärten Landesentwicklungsplan und/oder einem Regionalplan gleicher Qualität konkret ausgewiesen ist und in einem solchen Plan den Vorrang gegenüber dem Bergbau erhalten hat.⁶⁹ Allerdings enthält § 48 Abs. 2 BBergG keine strikte Zielbindung, die über die Bindungswirkung nach § 35 Abs. 3 BauGB hinausgeht. Die Ausweisung muss das Ergebnis einer überörtlichen gesamtplanerischen Interessenabwägung sein und muss über das hinausgehen, was bereits in § 35 Abs. 2 und Abs. 3 BauGB für den Außenbereich gesetzlich vorgegeben ist.⁷⁰

(3) Erlaubnis und Bewilligung (§§ 6 ff. BBergG)

Bei der Entscheidung über die Erteilung von Bergbauberechtigungen nach §§ 6 ff. BBergG (Erlaubnis, Bewilligung und Bergwerkseigentum) können die Erfordernisse der Raumordnung nur sehr eingeschränkt berücksichtigt werden. So stellt lediglich § 11 Nr. 10 BBergG einen Bezug zur Raumordnung her, indem nach dieser Vorschrift die Erlaubnis zu versagen ist, wenn *überwiegende öffentliche Interessen* die Aufsuchung im gesamten zuzuteilenden Feld ausschließen. Überwiegende öffentliche Interessen im Sinne der Vorschrift können auch die Belange der Raumordnung und Landesplanung sein.⁷¹ Diese Vorschrift greift nach dem eindeutigen Wortlaut aber nur dann ein, wenn sich diese Interessen auf das ganze Bewilligungsfeld⁷² oder jedenfalls einen ganz wesentlichen Teil⁷³ beziehen.

⁶⁷ Graf Vitzthum/Piensch in: Piensch/Schulte/Graf Vitzthum, Bundesberggesetz, 2. Aufl. 2013, § 48 Rn. 37 m.N.

⁶⁸ Graf Vitzthum/Piensch in: Piensch/Schulte/Graf Vitzthum, Bundesberggesetz, 2. Aufl. 2013, § 48 Rn. 44 m.w.N.

⁶⁹ Graf Vitzthum/Piensch in: Piensch/Schulte/Graf Vitzthum, Bundesberggesetz, 2. Aufl. 2013, § 48 Rn. 45 m.w.N.

⁷⁰ Graf Vitzthum/Piensch in: Piensch/Schulte/Graf Vitzthum, Bundesberggesetz, 2. Aufl. 2013, § 48 Rn. 45 m.w.N.

⁷¹ Graf Vitzthum/Piensch in: Piensch/Schulte/Graf Vitzthum, Bundesberggesetz, 2. Aufl. 2013, § 11 Rn. 21; Ramsauer/Wendt, Einsatz der Fracking-Technologie aus der Sicht des Gewässerschutzes, NVwZ 2014, S. 1401 (1408).

⁷² Ramsauer/Wendt, Einsatz der Fracking-Technologie aus der Sicht des Gewässerschutzes, NVwZ 2014, S. 1401 (1408).

⁷³ Graf Vitzthum/Piensch in: Piensch/Schulte/Graf Vitzthum, Bundesberggesetz, 2. Aufl. 2013, § 11 Rn. 21 m.w.N.

(4) „Veränderungssperre“ während der Planaufstellung

Nach § 14 Abs. 2 ROG i.V.m. § 18 Abs. 1 LaplaG kann die Raumordnungsbehörde raumbedeutsame Planungen und Maßnahmen sowie die Entscheidung über deren Zulässigkeit gegenüber den in § 4 ROG genannten Stellen befristet untersagen, wenn sich ein Raumordnungsplan in Aufstellung befindet und wenn zu befürchten ist, dass die Planung oder Maßnahme die Verwirklichung der vorgesehenen Ziele der Raumordnung unmöglich machen oder wesentlich erschweren würde. Die Dauer der Untersagung beträgt bis zu zwei Jahre und kann um ein weiteres Jahr verlängert werden.

Mit Runderlass vom 26. Februar 2014 hat der Ministerpräsident des Landes Schleswig-Holstein das „Verfahren zur Fortschreibung des Landesentwicklungsplans 2010“ bezüglich der Bestimmungen zum Ausschluss von Fracking im Sinne des § 5 Abs. 4 LaplaG eingeleitet. Hiernach sollen die Ziele und Grundsätze der Raumordnung hinsichtlich der Nutzungen des Untergrundes mit der Fortschreibung des Landesentwicklungsplans „(...) an neue Herausforderungen angepasst und in ihrer Raumbedeutsamkeit für die Energiewende gesteuert werden. Sowohl das Kapitel Energieversorgung als auch das Kapitel Rohstoffsicherheit sollen den veränderten Rahmenbedingungen und Herausforderungen für eine nachhaltige Raumnutzung im Untergrund Rechnung tragen und die konkurrierenden Nutzungsansprüche steuern.“⁷⁴

Das Verfahren zur Aufstellung der Raumordnungspläne, die die anzustrebende räumliche Entwicklung für einen Zeitraum von regelmäßig fünfzehn Jahren festlegen, richtet sich nach § 5 Abs. 4 bis 11 LaplaG sowie §§ 7 bis 11 ROG.⁷⁵ Bei Bedarf sind die bestehenden Raumordnungspläne der Entwicklung anzupassen und insoweit gemäß § 6 Abs. 1 LaplaG zu ändern. Für die Änderung finden die für die Aufstellung geltenden Regelungen des § 5 LaplaG entsprechende Anwendung. Insofern hat die Landesplanungsbehörde durch die Bekanntmachung der allgemeinen Planungsabsichten im Amtsblatt für Schleswig-Holstein⁷⁶ das Aufstellungsverfahren wirksam eingeleitet.⁷⁷

⁷⁴ Runderlass des Ministerpräsidenten des Landes Schleswig-Holstein, Staatskanzlei vom 26. Februar 2014 – StK 336 – 502.18 –, abrufbar im Internet (Stand: 17. Juli 2015) unter: http://www.schleswig-holstein.de/STK/DE/Schwerpunkte/Landesplanung/AktuelleProjekte/Neuer_Landesentwicklungsplan/Fortschreibung_LEP_amtliche_Bekanntmachung_blob=publicationFile.pdf.

⁷⁵ § 5 Abs. 1 Satz 3 LaplaG.

⁷⁶ Amtsbl. Schl.-H. 2014, S. 152.

⁷⁷ Vgl. § 5 Abs. 4 Satz 1 LaplaG.

c. Zwischenergebnis

Es ist festzuhalten, dass – trotz der vorhandenen Steuerungsmöglichkeiten – ein dauerhaftes, umfassendes und landesweites Frackingverbot durch die Raumordnung und Landesplanung kaum realisiert werden kann.

3. Bergverordnung zur Verhinderung gemeinschädlicher Einwirkungen

Nach § 66 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 BBergG kann zur Wahrung bestimmter Rechtsgüter und Belange (hier: zum Schutz vor gemeinschädlichen Einwirkungen) durch Rechtsverordnung bestimmt werden, welche Anforderungen an Aufsuchungs-, Gewinnungs- und Aufbereitungsverfahren zu stellen sind.⁷⁸ Zu prüfen ist, ob sich hieraus eine Regelungskompetenz des Landes für ein Fracking-Verbot ableiten lässt.

a. Zuständigkeit für den Erlass einer entsprechenden Verordnung

Grundsätzlich sind die Landesregierungen ermächtigt, Bergverordnungen im Sinne des § 66 Satz 1 Nr. 2 BBergG zu erlassen (§ 68 Abs. 1 Satz 1 BBergG). Hiervon abweichend erlässt das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie entsprechende Verordnungen, soweit für gleichartige Verhältnisse der Schutz der in den §§ 65 bis 67 BBergG bezeichneten Rechtsgüter und Belange durch Bergverordnungen der Landesregierungen nicht gleichwertig sichergestellt wird (§ 68 Abs. 2 Nr. 3 BBergG).

Gestützt (u. a.) auf § 66 Satz 1 Nr. 2 BBergG⁷⁹ hat das Bundesministerium für Wirtschaft im Jahr 1995 die Allgemeine Bundesbergverordnung⁸⁰ erlassen. Spezielle Regelungen zur Fracking-Technologie enthält die Allgemeine Bundesbergverordnung in der gegenwärtig geltenden Fassung nicht. Insofern kommt eine Regelungszuständigkeit der Landesregierungen in diesem Sachbereich grundsätzlich in Betracht. In dem durch die Verordnungsermächtigung eröffneten Umfang sind die Länder nach Art. 80 Abs. 4 GG⁸¹ auch zu einer Regelung durch Gesetz befugt.

⁷⁸ Die Tatbestandsalternative der Verordnungsermächtigung in § 66 Satz 1 Nr. 2 BBergG „(...) zum Schutz der Beschäftigten und Dritter vor Gefahren im Betrieb (...)“ ist vom Gutachtenauftrag nicht umfasst und dürfte im Zusammenhang mit einem beabsichtigten Verbot von Fracking auch nicht einschlägig sein.

⁷⁹ Vgl. Eingangsformel der Allgemeinen Bundesbergverordnung.

⁸⁰ Bergverordnung für alle bergbaulichen Bereiche (Allgemeine Bundesbergverordnung - ABergV) vom 23. Oktober 1995, BGBl. I S. 1466, zuletzt geändert durch Art. 5 Abs. 5 des Gesetzes vom 24. Februar 2012, BGBl. I S. 212.

⁸¹ Nach Art. 80 Abs. 4 GG sind die Länder zu einer Regelung auch durch Gesetz befugt, soweit durch Bundesgesetz oder auf Grund von Bundesgesetzen Landesregierungen ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen.

Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass Artikel 2 des Entwurfs der Verordnung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zur Einführung von Umweltverträglichkeitsprüfungen und über bergbauliche Anforderungen beim Einsatz der Fracking-Technologie und Tiefbohrungen einen neu einzufügenden § 22b Bundesbergverordnung vorsieht, der die Anforderungen an das Aufbrechen von Gestein unter hydraulischem Druck und die Aufsuchung und Gewinnung von Erdgas, Erdöl und Erdwärme regeln soll.⁸² Des Weiteren sollen in einem neu einzufügenden § 22c Bundesbergverordnung die Anforderungen an den Umgang mit Lagerstättenwasser und Rückfluss bei der Aufsuchung und Gewinnung von Erdöl und Erdgas geregelt werden. Diese Vorschriften sind in einem Gesamtzusammenhang insbesondere mit dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung wasser- und naturschutzrechtlicher Vorschriften zur Untersagung und zur Risikominimierung bei den Verfahren der Fracking-Technologie (vgl. oben) zu sehen.⁸³ Nach einem etwaigen Inkrafttreten der genannten Änderungen der Allgemeinen Bundesbergverordnung wären Landesverordnungen zu diesem Regelungsgegenstand grundsätzlich gesperrt.

b. Inhaltliche Reichweite der Verordnungsermächtigung

Nach § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 BBergG, auf den sich die Verordnungsermächtigung bezieht, ist die Zulassung eines Betriebsplans zu erteilen, wenn gemeinschädliche Einwirkungen der Aufsuchung oder Gewinnung nicht zu erwarten sind. Die Norm dient dem objektiven Gemeinwohlinteresse.⁸⁴ Ausgehend vom Wortlaut kann demnach mit einer Verordnung im Sinne des § 66 Satz 1 Nr. 2 BBergG bestimmt werden, welche Anforderungen an Aufsuchungs-, Gewinnungs- und Aufbereitungsverfahren zu stellen sind, um *zu erwartenden gemeinschädlichen Einwirkungen* entgegenzuwirken.

Es stellt sich die Frage, ob die so beschriebene Verordnungsermächtigung nach Inhalt, Zweck und Ausmaß (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG) ein Verbot von Frackingmaßnahmen umfasst.

⁸² Artikel 2 Nr. 1 des Entwurfes einer Verordnung zur Einführung von Umweltverträglichkeitsprüfungen und über bergbauliche Anforderungen beim Einsatz der Fracking-Technologie und Tiefbohrungen, abrufbar im Internet (Stand 17. Juli 2015) unter:

<http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/V/verordnung-zur-einfuehrung-von-umweltvertraeglichkeitspruefungen,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>.

⁸³ Vgl. Vorblatt des Verordnungsentwurfes.

⁸⁴ VG Arnsberg, Urteil vom 29. November 2011, Az. 7 K 2895/09, Rn. 68 (zitiert nach juris).

(1) Sind „gemeinschaftliche Einwirkungen“ durch Fracking „zu erwarten“?

Zunächst ist zu prüfen, ob vom Fracking „gemeinschaftliche Einwirkungen“ im Sinne der Verordnungsermächtigung ausgehen können. Ein denkbarer Anwendungsbereich für den Begriff der Gemeinschaftlichkeit sind Gewässerverunreinigungen. Jedoch genügt in diesem Zusammenhang nicht jede beliebige nachteilige Veränderung eines Gewässers. Vielmehr müssen drohende Gewässerverunreinigungen die Schwelle der Beeinträchtigung des Gemeinwohls überschreiten. Ein solcher drohender Gemeinschaftschaden kann nach in Rechtsprechung und Literatur vertretener Meinung bei nachhaltigen Einwirkungen auf ein der Trinkwasserversorgung dienendes Gewässervorkommen oder bei der Verschmutzung eines für die Trinkwasserversorgung genutzten Grundwasservorkommens mit grundwasserschädlicher Bohrspülung, Hydraulik- oder Erdöl angenommen werden.⁸⁵ Ob eine Frackingmaßnahme gemeinschaftliche Einwirkungen auf das Trinkwasservorkommen haben kann, hängt von den Umständen des Einzelfalles, beispielsweise von der konkreten Zusammensetzung der eingesetzten Frack-Fluide, ab. Jedenfalls wenn diese Frack-Fluide wassergefährdende Stoffe enthalten, ist eine gemeinschaftliche Einwirkung auf das Trinkwasser jedenfalls nicht ausgeschlossen.

Voraussetzung ist darüber hinaus jedoch auch, dass solche gemeinschaftliche Einwirkungen „zu erwarten“ sind. Zu erwarten sind gemeinschaftliche Einwirkungen, wenn sie bei normalem Geschehensablauf nach allgemeiner Lebenserfahrung wahrscheinlich und ihrer Natur nach vorhersehbar sind.⁸⁶ Über „(...) eine bloße Möglichkeit oder Besorgnis hinaus müssen mit Wahrscheinlichkeit Gründe voraussehen lassen, daß die befürchteten Nachteile eintreten.“⁸⁷ Selbst wenn bei einer Frackingmaßnahme wassergefährdende Stoffe eingesetzt werden, hängt das Maß der Wahrscheinlichkeit, dass diese Stoffe auch in das Grundwasser gelangen, von unterschiedlichen – insbesondere geologischen und technischen – Faktoren ab.

(a) Gutachten im Auftrag des Umweltbundesamtes

Nach dem Gutachten von Meiners sollte im Vordergrund stehen, etwaige Risiken für das Grundwasser aufzuklären und im Hinblick auf die Möglichkeit nachteiliger Grundwasserveränderungen im Licht des (wasserrechtlichen) Besorgnisgrundsatzes zu bewerten. Es sei denkbar, dass sich die Besorgnis nachteiliger Grundwasserverände-

⁸⁵ Piens in: ders./Schulte/Graf Vitzthum, Bundesberggesetz, 2. Aufl. 2013, § 55 Rn. 318 f. unter Hinweis auf VG Sigmaringen, ZfB 1990, S. 68, 73).

⁸⁶ Piens in: ders./Schulte/Graf Vitzthum, Bundesberggesetz, 2. Aufl. 2013, § 55 Rn. 324 unter Hinweis auf BVerwG, ZfB 1995, S. 295; VG Dessau, ZfB 2004, S. 155).

⁸⁷ OVG des Saarlandes, Beschluss vom 11. Oktober 1990, Az. 1 W 83/90, SKZ 1990, S. 281 (282).

rungen aufgrund von Erkenntnislücken weder hinreichend konkret begründen noch hinreichend konkret ausschließen lasse. Deshalb sei es im Falle mangelnder Aufklärbarkeit der Risiken unter Berücksichtigung der Regelungszwecke des Wasser- und Bergrechts nachvollziehbar, die Erlaubnis für die erforderlichen Grundwasserbenutzungen im Wege der Ermessensbetätigung zumindest so lange zu versagen, wie eine anderweitige Gasversorgung z. B. durch Importe hinreichend gesichert erscheine.⁸⁸

(b) Sachverständigenrat für Umweltfragen

Der Sachverständigenrat für Umweltfragen⁸⁹ weist darauf hin, dass Fracking keine neue Technologie im eigentlichen Sinne sei. Durch das Fracking und die Erschließung des Schiefergases könnten hiernach verschiedene Schutzgüter berührt werden. Von besonderer Bedeutung sei die Vermeidung von Stoffeinträgen in das Grund- und Trinkwasser, die Schutzgüter von großer gesellschaftlicher Relevanz darstellten. Zwar könne in Deutschland grundsätzlich von strengen technischen Anforderungen an alle Prozesselemente des Frackings ausgegangen werden. Nach dem derzeitigen wissenschaftlichen Kenntnisstand verblieben aber wesentliche offene Fragen hinsichtlich der mit dem Fracking verbundenen Risiken. Dazu gehöre, ob und wie sichergestellt werden könne, dass keine Verunreinigungen der zur Gewinnung von Trinkwasser genutzten Grundwasserschichten aufgrund der Bohrung und des Einbringens von Frack-Fluiden erfolge. Nicht abschließend geklärt seien auch die Risiken der Entsorgung des Flowbacks.⁹⁰

(c) Stellungnahme

Sowohl aus dem Gutachten von Meiners im Auftrag des Umweltbundesamtes als auch aus der Stellungnahme des Sachverständigenrates für Umweltfragen geht hervor, dass die Eintrittswahrscheinlichkeit der vom Fracking ausgehenden Risiken insbesondere für das Trink- und Grundwasser wissenschaftlich noch nicht abschließend geklärt ist. Ob nach dem oben Gesagten gemeinschädliche Einwirkungen durch Fracking daher *zu erwarten* sind, kann nach Auffassung des Wissenschaftlichen Dienstes jedenfalls nicht generell bejaht werden. Insofern bestehen aus hiesiger Sicht bereits Bedenken, dass ein umfassendes Frackingverbot nach dem gegenwärtigen Stand der

⁸⁸ Meiners u. a., Umweltauswirkungen von Fracking bei der Aufsuchung und Gewinnung von Erdgas aus unkonventionellen Lagerstätten, Gutachten im Auftrag des Umweltbundesamtes, August 2012, S. B103.

⁸⁹ Sachverständigenrat für Umweltfragen, Fracking zur Schiefergasgewinnung (Stellungnahme Nr. 18), Mai 2013.

⁹⁰ Sachverständigenrat für Umweltfragen, Fracking zur Schiefergasgewinnung (Stellungnahme Nr. 18), Mai 2013, S. 44 f.

Wissenschaft auf die Verordnungsermächtigung des § 66 Satz 1 Nr. 2 BBergG i.V.m. § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 BBergG gestützt werden könnte.

(2) Umfasst die „Bestimmung von Anforderungen“ auch (generelle) Verbote?

Ferner bestehen darüber hinaus Zweifel, ob die durch die genannte Verordnungsermächtigung eröffnete „Bestimmung von Anforderungen“ auch ein generelles Verbot von Fracking-Maßnahmen umfasst.

§ 55 Abs. 1 BBergG regelt abschließend die Voraussetzungen für die Zulassung von Betriebsplänen und gibt bei Sicherstellung der als Voraussetzungen normierten Erfordernisse und Belange einen Rechtsanspruch auf Zulassung.⁹¹ Die Bestimmung von Anforderungen an Aufsuchungs-, Gewinnungs- und Aufbereitungsverfahren durch Verordnung im Sinne des § 66 Satz 1 Nr. 2 BBergG gestaltet diese Voraussetzungen weiter aus. Ein generelles Frackingverbot aufgrund der genannten Verordnungsermächtigung würde hingegen weiter reichen als die gesetzlich vorgesehene „Bestimmung von Anforderungen“. Durch ein auf die Verordnungsermächtigung gestütztes umfassendes Frackingverbot würde der unter den Voraussetzungen des § 55 Abs. 1 BBergG bestehende gesetzliche Anspruch auf Zulassung eines Betriebsplans entwertet.

Der vorliegende Verordnungsentwurf des Bundeswirtschaftsministeriums stellt insofern folgerichtig auf bestimmte Risikofaktoren bei der Aufsuchung und Gewinnung von Erdgas, Erdöl und Erdwärme einschließlich des Aufbrechens von Gestein unter hydraulischem Druck ab, indem angeordnet wird, dass der Unternehmer den Stand der Technik einzuhalten hat (§ 22b Satz 1 Nr. 1 ABergV-E), die Integrität des Bohrlochs nach dem Stand der Technik sicherzustellen und regelmäßig zu überwachen hat (§ 22b Satz 1 Nr. 2 ABergV-E), das Lagerstättenwasser und den Rückfluss nach dem Stand der Technik regelmäßig zu überwachen hat (§ 22b Satz 1 Nr. 3 ABergV-E), in Gebieten der Erdbebenzonen 1 bis 3 ein seismologisches Basisgutachten erstellen zu lassen, Maßnahmen für einen kontrollierten Betrieb zu ergreifen und den Betrieb regelmäßig nach dem Stand der Technik zu überwachen hat (§ 22b Satz 1 Nr. 4 ABergV-E) und Maßnahmen nach dem Stand der Technik zu ergreifen hat, um Daten über die Freisetzung von Methan und anderen Emissionen in allen Phasen der Gewinnung sowie der Entsorgung von Lagerstättenwasser und Rückfluss zu erheben hat (§ 22b Satz 1 Nr. 5 ABergV-E).

⁹¹ Piens in: ders./Schulte/Graf Vitzthum, Bundesberggesetz, 2. Aufl. 2013, § 55 Rn. 3.

c. Zwischenergebnis

Nach Auffassung des Wissenschaftlichen Dienstes bietet die Verordnungsermächtigung nach § 66 Satz 1 Nr. 2 BBergG i.V.m. § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 BBergG keine ausreichende Grundlage für ein umfassendes landesweites Verbot von Frackingmaßnahmen.⁹²

4. Ergebnis

Der Kompetenztitel Wasserhaushalt kann grundsätzlich für wasserschützende gesetzliche Regelungen zum Fracking herangezogen werden. Ob sich jedoch eine Gesetzgebungskompetenz des Landes ergibt, hängt von der Qualität der bundesgesetzlichen Regelung ab, von der durch Landesrecht abgewichen werden soll. Sind die betreffenden bundesgesetzlichen Regelung stoff- oder anlagenbezogen, besitzt das Land keine Abweichungsgesetzgebungskompetenz.

Trotz der vorhandenen Steuerungsmöglichkeiten auf dem Gebiet der Raumordnung kann ein dauerhaftes, umfassendes und landesweites Frackingverbot durch die Raumordnung und Landesplanung kaum realisiert werden.

Die Verordnungsermächtigung nach § 66 Satz 1 Nr. 2 BBergG i.V.m. § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 BBergG bietet nach hiesiger Einschätzung keine ausreichende Grundlage für ein umfassendes landesweites Verbot von Frackingmaßnahmen.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen jederzeit gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Für den Wissenschaftlichen Dienst

gez. Frank Platthoff

⁹² Im Ergebnis ebenso: Ministerium für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz des Landes Hessen, Antworten 7 und 8 auf die Kleine Anfrage Drs. 19/747 (Landtag HE) vom 15. September 2014.