



Landeshaus, Düsternbrooker Weg 70, 24105 Kiel

An die Vorsitzende des  
Innen- und Rechtsausschusses  
Frau Barbara Ostmeier, MdL

im Hause

Schleswig-Holsteinischer Landtag  
Umdruck 19/1360

Ihr Zeichen:

Ihre Nachricht vom:

Mein Zeichen: L 201 - 35/19

Meine Nachricht vom:

Bearbeiter: Frank Platthoff

Telefon (0431) 988-1103

Telefax (0431) 988-1250

[frank.platthoff@landtag.ltsh.de](mailto:frank.platthoff@landtag.ltsh.de)

25. September 2018

## Volksinitiative zum Schutz des Wassers

Sehr geehrte Frau Ostmeier,

die Volksinitiative zum Schutz des Wassers hat am 29. Mai 2018 einen Antrag auf Behandlung ihrer Initiative im Landtag gestellt. Gegenstand der Initiative ist ein Gesetzentwurf zur Änderung des Landeswassergesetzes und des Landesverwaltungsgesetzes des Landes Schleswig-Holstein.

Die ebenfalls unter dem genannten Datum eingereichten Unterschriftenlisten befinden sich derzeit zur Überprüfung beim Ministerium für Inneres, ländliche Räume und Integration. Eine zunächst fehlende Unterschrift eines der drei Vertreterinnen und Vertreter der Volksinitiative, die gemeinsam berechtigt sind, verbindliche Erklärungen abzugeben und entgegenzunehmen (Vertrauenspersonen), ist inzwischen nachgeholt worden.

Zur Frage der Zulässigkeit der Volksinitiative zum Schutz des Wassers nimmt der Wissenschaftliche Dienst wie folgt Stellung:

## Gliederung

	Seite
A. Zulässigkeitsvoraussetzungen	4
I. Zulässiger Gegenstand der Volksinitiative	4
II. Begründung des Gesetzentwurfes	5
III. Weiterer Prüfungsmaßstab	6
1. Gegenstand der Zulässigkeitsprüfung	6
a. Kompetenzrechtliche Zulässigkeit	6
b. Materiell-rechtlicher Prüfungsmaßstab	10
(1) Grundsätze des demokratischen und sozialen Rechtsstaates als Maßstab	10
(2) Beschränkung der verfassungsrechtlichen Prüfung?	13
(a) Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin	13
(b) Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen	14
(c) Verfassungsgericht des Landes Brandenburg	16
(3) Zwischenergebnis	16
2. Umfang der Auslegung des Grundgesetzes und einfachen Bundesrechts	18
IV. Gesetzgebungskompetenz des Landes	20
1. Änderung des Landeswassergesetzes	21
a. Neufassung des § 1 Absatz 1 LWG	22
b. Änderung des § 7 LWG	24
(1) Öffnungsklausel zugunsten der Länder	24
(2) Regelung der „Verantwortlichkeit für Schäden“	26
(a) Zivilrechtliche Haftungsnorm?	26
(b) Regelung der ordnungsrechtlichen Verantwortlichkeit	27
(c) Abschließende Regelung durch den Bundesgesetzgeber?	28
(3) Zwischenergebnis	30

	Seite
c. Einfügen eines neuen § 7a LWG	30
(1) Kompetenztitel „Wasserhaushalt“ für Fracking-Regeln?	30
(2) Abschließende Regelung durch den Bund	32
(3) Abweichungskompetenz der Länder?	34
(a) Von der landesgesetzlichen Abweichung betroffenes Bundesrecht	35
(b) Abweichungsfestigkeit des § 13a Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 WHG	38
(aa) Anlagenbegriff	38
(bb) <i>Anlagenbezogenheit</i>	40
(cc) Zwischenergebnis	43
(c) Abweichungsfestigkeit des § 13a Absatz 4 WHG	44
(aa) Stoffbegriff	44
(bb) <i>Stoffbezogenheit</i>	44
(cc) Zwischenergebnis	46
2. Änderung des Landesverwaltungsgesetzes	46
V. Materielle Verfassungsmäßigkeit des §7a LWG-E	46
VI. Möglichkeit einer Teilzulassung der Volksinitiative durch den Landtag?	49
B. Zusammenfassung der Ergebnisse	52

## A. Zulässigkeitsvoraussetzungen

Nach Art. 48 Absatz 3 der Landesverfassung (LV) entscheidet der Landtag über die Zulässigkeit einer Volksinitiative. Dies hat nach § 8 Absatz 3 Satz 1 Volksabstimmungsgesetz<sup>1</sup> innerhalb von vier Monaten nach Eingang des Antrags zu geschehen. Eine Volksinitiative ist unzulässig, wenn sie den Anforderungen des Artikels 48 Absatz 1 und 2 der Verfassung des Landes Schleswig-Holstein oder den Antragsvoraussetzungen nach § 6 VAbstG nicht entspricht oder wenn innerhalb der letzten zwei Jahre vor der Antragstellung ein Volksbegehren über eine inhaltlich gleiche Vorlage erfolglos durchgeführt worden ist (§ 8 Absatz 1 VAbstG).<sup>2</sup> Die Prüfung der genannten Zulässigkeitsvoraussetzungen obliegt dem Landtag, der sich dabei der Amtshilfe des Ministeriums für Inneres und Bundesangelegenheiten bedienen kann (§ 8 Absatz 2 Satz 1 VAbstG).

## I. Zulässiger Gegenstand der Volksinitiative

Nach Art. 48 Absatz 1 Satz 1 und 2 LV kann Gegenstand der Volksinitiative nur ein bestimmter Gegenstand der politischen Willensbildung, beispielsweise ein Gesetzentwurf<sup>3</sup>, sein. Initiativen über den Haushalt des Landes, über Dienst- und Versorgungsbezüge sowie über öffentliche Abgaben sind unzulässig (Art. 48 Absatz 2 LV).

Gegenstand der Volksinitiative zum Schutz des Wassers ist ein Gesetzentwurf zur Änderung des Landeswassergesetzes<sup>4</sup> und des Landesverwaltungsgesetzes<sup>5</sup>. Die Volksinitiative zum Schutz des Wassers ist keine Initiative über den Haushalt des Landes<sup>6</sup>, über die Dienst- und Versorgungsbezüge oder über öffentliche Abgaben (Art. 48 Absatz 2 LV). Der Gegenstand der Volksinitiative ist daher insoweit zulässig.

---

<sup>1</sup> Gesetz über Initiativen aus dem Volk, Volksbegehren und Volksentscheid (Volksabstimmungsgesetz - VAbstG) in der Fassung vom 5. April 2004, GVOBl. S. 108, zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 14. Juni 2016, GVOBl. S. 362.

<sup>2</sup> § 8 Absatz 1 VAbstG wiederholt zunächst lediglich die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen an die Zulässigkeit einer Volksinitiative, die bereits in Art. 48 Absatz 1 und 2 LV normiert sind (*Friedersen* in: Praxis der Kommunalverwaltung SH A-28, Gesetz über Initiativen aus dem Volk, Volksbegehren und Volksentscheid, Stand: Juni 2017, § 8 Tz. 2) und ergänzt diese einfachgesetzlich sodann um die Antragsvoraussetzungen nach § 6 VAbstG sowie die Sperrfrist gemäß § 8 Absatz 1 Nr. 3 VAbstG.

<sup>3</sup> Letzterer stellt einen Spezialfall des in Art. 48 Absatz 1 Satz 1 LV genannten Gegenstands der politischen Willensbildung dar, vgl. *Caspar*, in: *ders./Ewer/Nolte/Waack*, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, 2006, Art. 41 RN 14.

<sup>4</sup> Wassergesetz des Landes Schleswig-Holstein (Landeswassergesetz - LWG) in der Fassung vom 11. Februar 2008, GVOBl. S. 91, zuletzt geändert durch Gesetz vom 2. Mai 2018, GVOBl. S. 162.

<sup>5</sup> Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein (Landesverwaltungsgesetz - LVwG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Juni 1992, GVOBl. S. 243, 534, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 5. April 2017, GVOBl. S. 218.

<sup>6</sup> Hierunter fallen neben der förmlichen Haushaltsgesetzgebung i.S.d. des Art. 58 LV zwar auch alle Initiativen für Gesetze, die gewichtige staatliche Einnahmen oder Ausgaben auslösen und damit den Haushalt des Landes wesentlich beeinflussen (*BVerfG*, Beschluss vom 3. Juli 2000, Az. 2 BvK 3/98, RN 71, 78 ff. [juris]). Auch ein solcher Fall liegt hier allerdings nicht vor.

## II. Begründung des Gesetzentwurfes

Wie von Art. 48 Absatz 1 Satz 2 LV gefordert, enthält der der Initiative zugrunde liegende Gesetzentwurf auch eine Begründung. Fraglich ist, ob die vorliegende Begründung den Anforderungen genügt, die nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung an die Gesetzesbegründung einer Volksinitiative zu stellen sind.

So weist die Rechtsprechung darauf hin, dass die Mitwirkung des Volkes bei der Gesetzgebung nicht darauf beschränkt ist, Gesetzesvorlagen in den Landtag einzubringen (Art. 44 Absatz 1 LV, Art. 48 Absatz 1 Satz 2 LV). Das Volk kann in einem nachfolgenden Verfahren vielmehr auch direkt als Gesetzgeber tätig werden, wenn der Landtag der Initiative nicht entspricht (Art. 44 Absatz 2 LV, Art. 49 Absatz 4 LV). Der Gesetzentwurf und seine Begründung können im laufenden Verfahren nicht mehr substantiell geändert werden.<sup>7</sup> Ein späterer Volksentscheid kann den zur Abstimmung gestellten Regelungen nur soweit Gesetzeskraft verleihen, als der gesetzgeberische Wille des Volkes den von den Initiatoren des Volksbegehrens gewollten Regelungsgehalt erfasst.<sup>8</sup> Diese Ausgestaltung des Volksgesetzgebungsverfahrens macht es erforderlich, dass der Bürger bereits mit dem Antrag auf Zulassung der Volksinitiative über die Abstimmungsfrage sowie deren Bedeutung und Reichweite angemessen unterrichtet wird.<sup>9</sup>

Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung verlangt deshalb, dass die Begründung insbesondere das Gebot der Sachlichkeit zu wahren hat. Sie ist so zu formulieren, dass die Gefahr einer Verfälschung des Abstimmungsergebnisses ausgeschlossen ist. Der gesetzgeberische Wille des Volkes kann nur dann fehlerfrei zum Ausdruck kommen, wenn die stimmberechtigten Bürger nicht durch irreführende oder gar unrichtige Behauptungen beeinflusst werden. Die Ausführungen zum Gesetzentwurf dienen nicht der Werbung für das mit dem Volksbegehren verfolgte Anliegen, sondern der sachbezogenen Unterrichtung des Bürgers.<sup>10</sup> Die Begründungspflicht von volksinitiierten Gesetzen macht die Darstellung der Motive der Volksinitiative erforderlich.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> Caspar, in: ders./Ewer/Nolte/Waack, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, 2006, Art. 42 RN 14 f.; Friedersen in: Praxis der Kommunalverwaltung SH A-28, Gesetz über Initiativen aus dem Volk, Volksbegehren und Volksentscheid, Stand: Juni 2017, § 10 Tz. 2.

<sup>8</sup> ThürVerfGH, Urteil vom 10. April 2013, Az. 22/11, RN 48 (juris) unter Hinweis auf NdsStGH, Urteil vom 23. Oktober 2001, Az. StGH 2/00, RN 42 ff. (juris); BayVerfGH, Entscheidung vom 17. November 1994, Az. Vf. 96-IX-94 u. a., RN 413 u. 429 (juris); SaarVerfGH, Urteil vom 14. Juli 1987, Az. Lv 3/86, NVwZ 1988, 245 (246); BremStGH, Entscheidung vom 9. Juni 1986, Az. St 2/85, DÖV 1986, 792 (793).

<sup>9</sup> Vgl. ThürVerfGH, Urteil vom 10. April 2013, Az. 22/11, RN 48 (juris) unter Hinweis auf ThürVerfGH, LVerfGE 18, 609 (627 f.).

<sup>10</sup> ThürVerfGH, Urteil vom 10. April 2013, Az. 22/11, RN 50 (juris) unter Hinweis auf HambVerfG, Urteil vom 14. Dezember 2011, Az. HVerfG 3/10, RN 211 (juris).

<sup>11</sup> Caspar in: ders./Ewer/Nolte/Waack, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, 2006, Art. 41 RN 22; Hübner in: von Mutius/Wuttke/Hübner, Kommentar zur Landesverfassung, 1995, Art. 41 RN 11.

Hieran gemessen dürfte die vorliegende Begründung des Gesetzentwurfes nicht zu beanstanden sein. Dies gilt nach Einschätzung des Wissenschaftlichen Dienstes auch für die Begründung zu der Ergänzung des § 7 LWG um drei Absätze. Indem die Begründung hierzu ausführt, dass diese Änderungen in Anlehnung an § 43 des Wassergesetzes für Baden-Württemberg (WG-BW)<sup>12</sup> formuliert seien und entsprechende Regelungen zum Schutz des Wassers im Landeswassergesetz SH bisher fehlten, erfüllen die Ausführungen nach hiesiger Einschätzung (noch) die Anforderungen, die die Rechtsprechung an die sachliche Information aller Bürgerinnen und Bürger stellt, da die Motive der Volksinitiative insoweit in einem ausreichenden Maß zum Ausdruck kommen.

### **III. Weitere Prüfungsmaßstäbe**

Mit Blick auf Art. 48 Absatz 1 LV stellt sich die Frage, unter welchen (weiteren) verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten der Landtag die Zulässigkeit einer Volksinitiative zu prüfen hat (1.).<sup>13</sup> Darüber hinaus ist zu untersuchen, ob und in welchem Umfang der Landtag im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung das Grundgesetz und sonstiges Bundesrecht heranzuziehen und auszulegen hat (2.).

#### **1. Gegenstand der Zulässigkeitsprüfung**

In Betracht kommt eine Überprüfung des Gesetzentwurfes unter kompetenziellen (a.) und materiell-rechtlichen (b.) Kriterien.

##### **a. Kompetenzrechtliche Zulässigkeit**

Eine Volksinitiative ist u. a. dann unzulässig, wenn sie den Anforderungen des Art. 48 Absatz 1 LV nicht entspricht (§ 8 Absatz 1 Nr. 1 VAbstG). Nach Art. 48 Absatz 1 Satz 1 LV steht Bürgerinnen und Bürger ein Initiativrecht (nur) *im Rahmen der Entscheidungszuständigkeit des Landtages* zu.

Die Norm ist durch das Gesetz zur Änderung der Landdessatzung für Schleswig-Holstein vom 13. Juni 1990 (GVOBl. S. 391) in die Landesverfassung (damals: Landdessatzung) eingefügt worden. Die Fassung geht zurück auf eine Empfehlung des Sonderausschusses „Verfassungs- und Parlamentsreform“<sup>14</sup>, die wiederum anknüpft an einen Vorschlag der Enquete-Kommission „Verfassungs- und Parlamentsre-

---

<sup>12</sup> Wassergesetz für Baden-Württemberg vom 3. Dezember 2013, GBl.-BW S. 389, zuletzt geändert durch Art. 65 der Verordnung vom 23. Februar 2017, GBl.-BW S. 99, 106.

<sup>13</sup> Auch die Volksinitiative „Für die Durchsetzung des Bürgerwillens bei der Regionalplanung Wind“ hatte sich – wenn auch in der Sache mit anderem Schwerpunkt – kritisch mit dem bei der Zulässigkeitsprüfung durch den Landtag anzuwendenden Prüfungsmaßstab auseinandergesetzt, vgl. Umdruck 19/834, S. 2 f.

<sup>14</sup> Drs. 12/826, S. 9. Vgl. vorhergehend Drs. 12/620, S. 45.

form“<sup>15</sup>. Zunächst lautete der vom Sonderausschuss „Verfassungs- und Parlamentsreform“ mit Bericht und Beschlussempfehlung vom 28. November 1989 vorgelegte – hier relevante – Formulierungsvorschlag:

*„Dies können auch begründete Gesetzentwürfe sein, soweit diese der Gesetzgebung des Landes unterliegen und den Grundsätzen des demokratischen und sozialen Rechtsstaates nicht widersprechen.“<sup>16</sup>*

Zur Begründung hat der Sonderausschuss darauf verwiesen, dass der Gegenstand einer zulässigen Volksinitiative das Land betreffen und konkret bestimmt sein müsse. Soll sich das Parlament mit Gesetzentwürfen befassen, so müsse der Gegenstand der *Gesetzgebungszuständigkeit des Landes* unterliegen.<sup>17</sup>

Mit dem Formulierungsvorschlag in der Beschlussempfehlung des Sonderausschusses „Verfassungs- und Parlamentsreform“ vom 22. Mai 1990 aufgrund der zur Beratung überwiesenen Gesetzentwürfe von SPD und SSW (Drs. 12/637) sowie der CDU (Drs. 12/638 [neu]) hat der Ausschuss den Formulierungsvorschlag dahingehend modifiziert, dass „Bürgerinnen und Bürger (...) das Recht [haben], den Landtag *im Rahmen seiner Entscheidungszuständigkeit* mit bestimmten Gegenständen der politischen Willensbildung zu befassen. Einer Initiative kann auch ein mit Gründen versehener Gesetzentwurf zugrunde liegen; er darf den Grundsätzen des demokratischen und sozialen Rechtsstaates nicht widersprechen.“<sup>18</sup>

Dieser letztgenannte Formulierungsvorschlag stellte sich als notwendige Folgeänderung dar, weil das Erfordernis der Zuständigkeit des Landtages nicht mehr nur auf eingebrachte Gesetzentwürfe, sondern auf alle Gegenstände der politischen Willensbildung bezogen wurde (das Zuständigkeitserfordernis wurde quasi „vor die Klammer gezogen“). Es sollte hierdurch hingegen nicht von der Bedingung abgewichen werden, dass Volksinitiativen, die einen Gesetzentwurf zum Gegenstand haben, nur im Rahmen der Gesetzgebungszuständigkeit des Landes zulässig sind.

Die geltende Verfassungsregelung entspricht oder ähnelt insoweit im Übrigen der Verfassungslage in verschiedenen anderen Ländern. Soweit ersichtlich wird nicht in Zweifel gezogen, dass sich hieraus eine Überprüfungspflicht ergibt, ob der Gesetz-

---

<sup>15</sup> Drs. 12/180, S. 126 ff.: „Bürgerinnen und Bürger haben das Recht, den Landtag mit bestimmten Gegenständen der politischen Willensbildung zu befassen, die das Land Schleswig-Holstein betreffen. Dies können auch begründete Gesetzesvorlagen sein. (...)“

<sup>16</sup> Drs. 12/620 (neu), S. 45 (Hervorhebung durch Verf.).

<sup>17</sup> Drs. 12/620 (neu), S. 46.

<sup>18</sup> Drs. 12/826, S. 9, Hervorhebung durch Verf.

entwurf der Volksinitiative in die Gesetzgebungszuständigkeit des Landesparlaments fällt.<sup>19</sup> Bei Volksinitiativen, die einen Gesetzentwurf zum Gegenstand haben, sind daher die verfassungsrechtlichen Kompetenzregelungen der Art. 70 ff. GG zu beachten.<sup>20</sup>

Diesem Ergebnis steht auch nicht der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 7. Mai 2001 entgegen. In der genannten Entscheidung war das Bundesverfassungsgericht als Landesverfassungsgericht für das Land Schleswig-Holstein im Rahmen einer *abstrakten Normenkontrolle* mit der Frage der Verfassungsmäßigkeit des Landesnaturschutzgesetzes vom 16. Juni 1993 befasst.<sup>21</sup> Art. 51 Absatz 2 Nr. 2 LV begründet eine Zuständigkeit des Landesverfassungsgerichts für Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel über die förmliche oder sachliche Vereinbarkeit von Landesrecht mit *dieser Verfassung*. Die Verfassungsnorm begrenzt den Prüfungsmaßstab des Gerichts *bei abstrakten Normenkontrollen* auf die Verfassung des Landes Schleswig-Holstein. Vorschriften des Grundgesetzes, des einfachen Bundes- und Landesrechts scheiden insoweit als Maßstab aus.<sup>22</sup> Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts kommt im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle eine landesverfassungsgerichtliche Überprüfung eines schleswig-holsteinischen Landesgesetzes am Maßstab der Kompetenzordnung des Grundgesetzes nicht in Betracht, da die Vorschriften der Art. 70 ff. GG – anders als beispielsweise in der Hessischen Verfassung – nicht in das hiesige Landesverfassungsrecht inkorporiert seien. Die bundesverfassungsrechtlichen Kompetenznormen der Art. 70 ff. GG könnten auch nicht ohne weiteres in die Bezeichnung des Landes als Gliedstaat der Bundesrepublik Deutschland (Art. 1 LV) „hineingelesen“ oder über das landesverfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip mittelbar als Prüfungsmaßstab herangezogen werden.<sup>23</sup> Diese – in der Sache nicht unbestritten gebliebene<sup>24</sup> – Auffassung hat für den hier zu beurteilenden Prüfungsmaßstab bei der Zulässigkeitsentscheidung über Volksinitiativen durch den Landtag und eine etwaige Überprüfung durch das Landesverfassungsgericht indes

---

<sup>19</sup> Nach *Dickersbach* in: Kleinrahm/Dickersbach/Kühne, Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 3. Aufl. 1994, Art. 68 Anm. 2. a) bb) hat die ausdrückliche Regelung in Art. 68 Absatz 1 Satz 3 der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen („Ein Volksbegehren ist nur auf Gebieten zulässig, die der Gesetzgebungsgewalt des Landes unterliegen.) lediglich klarstellenden Charakter. Dass nur solche Gesetze für ein Volksbegehren in Frage kämen, für die der Landesgesetzgeber zuständig sei, sei eine Selbstverständlichkeit.

<sup>20</sup> *Caspar*, in: ders./Ewer/Nolte/Waack, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, 2006, Art. 41 RN 17; *Hübner* in: von Mutius/Wuttke/Hübner, Kommentar zur Landesverfassung, 1995, Art. 41 RN 7.

<sup>21</sup> *BVerfGE* 103, 332 (333).

<sup>22</sup> *BVerfGE* 103, 332 (344 f.).

<sup>23</sup> *BVerfGE* 103, 332 (355 ff.).

<sup>24</sup> *Caspar*, Das Landesverfassungsgericht zwischen Bundes- und Landesrecht, in: Caspar/Ewer/Nolte/Waack, Festschrift für das Schleswig-Holsteinische Landesverfassungsgericht, 2008, S. 84 ff.; vgl. auch *Nolte/Tams* in: Caspar/Ewer/Nolte/Waack, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, 2006, Art. 1 RN 10 sowie *von Mutius* in: ders./Wuttke/Hübner, Kommentar zur Landesverfassung, 1995, Art. 1 RN 11.



keine Relevanz.<sup>25</sup> Der Zulässigkeitsmaßstab für Volksinitiativen bestimmt sich unmittelbar und speziell nach den Vorgaben des Art. 48 Absatz 1 und 2 LV. Volkinitiativen sind nach Art. 48 Absatz 1 Satz 1 LV nur im Rahmen der Entscheidungszuständigkeit des Landtages zulässig. Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat hierunter – wie bereits dargestellt wurde – insbesondere die Gesetzgebungszuständigkeit des Landes im Sinne der Art. 70 ff. GG verstanden. Anders als Art. 51 Absatz 2 Nr. 2 LV für die abstrakte Normenkontrolle beschränkt Art. 48 LV den anzuwendenden Prüfungsmaßstab für Volksinitiativen *gerade nicht* auf das Landesverfassungsrecht.<sup>26</sup>

Der Landesgesetzgeber darf die Zulässigkeit von Volksinitiativen davon abhängig machen, dass diese nicht gegen (höherrangiges Bundesrecht und Bundesverfassungsrecht insbesondere) die Kompetenzordnung des Grundgesetzes verstoßen. Er darf die gerichtliche Kontrolle der Zulässigkeitsentscheidung auch dem Landesverfassungsgericht übertragen.<sup>27</sup> Zwar sind die Normen der Landesverfassung *vorrangiger Prüfungsmaßstab* und *alleiniger Entscheidungsmaßstab* für das Landesverfassungsgericht. „Allerdings kann die Landesverfassung eine eigenständige Anordnung dahingehend enthalten, dass die Landesstaatsgewalt die Verbandskompetenzordnung der Bundesverfassung zu beachten hat.“<sup>28</sup> Eine solche Anordnung enthält – wie dargelegt wurde – Art. 48 Absatz 1 LV für Volksinitiativen.

Die Übertragung der gerichtlichen Verfahrenszuständigkeit auf das Landesverfassungsgericht setzt sich auch nicht in Widerspruch zum Bundesrecht. Weder das Grundgesetz noch das einfache Bundesrecht eröffnet eine Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts für die verfassungsrechtliche Überprüfung von *Gesetzentwürfen*. Deshalb beeinträchtigt die gerichtliche Prüfung eines volksinitiierten Gesetzentwurfes durch das Landesverfassungsgericht nicht die Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts.<sup>29</sup> Das Landesverfassungsgericht hat folglich – ebenso wie zuvor der Landtag – in seiner Prüfung der Zulässigkeit einer Volksinitiative auch die Gesetzgebungszuständigkeit des Landes für die Materie der Volksinitiative zu kontrollieren. „Es

---

<sup>25</sup> Nicht eindeutig hingegen *Flor*, 6 Jahre Schleswig-Holsteinisches Landesverfassungsgericht – Teil 2, NordÖR 2014, S. 154 (162) unter Hinweis auf *Caspar*, Das Landesverfassungsgericht zwischen Bundes- und Landesrecht, in: *Caspar/Ewer/Nolte/Waack*, Festschrift für das Schleswig-Holsteinische Landesverfassungsgericht, 2008, S. 82. *Flor* weist darauf hin, dass der Landesgesetzgeber bei der Ausübung seiner rechtsetzenden Tätigkeit den verfassungsrechtlichen Grenzen der Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes in den Art. 70 ff. GG unterliege.

Fraglich sei aber, ob die Landesverfassungsgerichte diese bundesrechtlichen Regelungen als unmittelbaren Prüfungsmaßstab für die formelle Verfassungsmäßigkeit eines angegriffenen Landesgesetzes heranziehen könnten. Diese Frage könne sich nicht nur in abstrakten und konkreten Normenkontrollverfahren stellen, sondern auch in Verfahren über die Zulässigkeit von Volksinitiativen, Volksbegehren oder Volksentscheiden.

<sup>26</sup> *Blackstein*, Das Landesverfassungsgericht von Schleswig-Holstein, 2014, S. 207.

<sup>27</sup> Vgl. in diesem Sinne *VerfGH Bln*, Urteil vom 13. Mai 2013, Az. 32/12, RN 57 (juris).

<sup>28</sup> *VerfGH Bln*, Urteil vom 13. Mai 2013, Az. 32/12, RN 58 (juris) unter Hinweis auf *BVerfGE* 60, 175 (205); 103, 332 (350).

<sup>29</sup> *Blackstein*, Das Landesverfassungsgericht von Schleswig-Holstein, 2014, S. 208 ff.; vgl. *VerfGH Bln*, Urteil vom 13. Mai 2013, Az. 32/12, RN 59 (juris) m.w.N.

wird im Rahmen der präventiven Normenkontrolle in einem Bereich tätig, in dem das Bundesverfassungsgericht nicht tätig werden kann. Es nimmt (...), von der Landesverfassung beauftragt, eine Prüfung am Maßstab des Grundgesetzes vor.“<sup>30</sup>

Landtag und Landesverfassungsgericht haben in Schleswig-Holstein schon im Stadium des volksinitiierten Gesetzentwurfes sicherzustellen, dass nur solche Gesetzentwürfe zur Abstimmung im Volk gestellt werden, die auch als Gesetz Bestand haben können. „Eine frühzeitige umfassende Kontrolle ist im Vergleich zum parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren angezeigt, weil das Volksgesetzgebungsverfahren keiner weiteren Kontrolle durch die Beteiligung anderer Staatsorgane an der Gesetzgebung unterliegt.“<sup>31</sup>

### **b. Materiell-rechtlicher Prüfungsmaßstab**

Klärungsbedürftig ist, welcher materiell-rechtliche Maßstab im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung einer Volksinitiative in Schleswig-Holstein zur Anwendung kommt. § 8 Absatz 1 Nr. 1 VAbstG stellt – wie bereits ausgeführt wurde – klar, dass eine Volksinitiative u. a. dann unzulässig ist, wenn sie den Anforderungen des Art. 48 Absatz 1 LV nicht entspricht. Art. 48 Absatz 1 Satz 2 LV verlangt, dass der Gesetzentwurf einer Volksinitiative den *Grundsätzen des demokratischen und sozialen Rechtsstaates* nicht widersprechen darf.

#### **(1) Grundsätze des demokratischen und sozialen Rechtsstaates als Maßstab**

Der Wortlaut der landesverfassungsrechtlichen Vorschrift weist Parallelen zum Homogenitätsgebot des Art. 28 Absatz 1 Satz 1 GG auf. Hiernach muss die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern den *Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne des Grundgesetzes* entsprechen.<sup>32</sup>

Nach dem Bericht des Sonderausschusses „Verfassungs- und Parlamentsreform“ vom 28. November 1989 heißt es zur Begründung der seinerzeit vorgeschlagenen Norm in der Landesverfassung:

---

<sup>30</sup> Blackstein, Das Landesverfassungsgericht von Schleswig-Holstein, 2014, S. 209 f.

<sup>31</sup> Blackstein, Das Landesverfassungsgericht von Schleswig-Holstein, 2014, S. 210.

<sup>32</sup> Anders als das Homogenitätsgebot des Art. 28 GG umfasst der Prüfungsmaßstab des Art. 48 Absatz 1 Satz 2 LV nicht das republikanische Prinzip.

„Volksinitiativen, deren Inhalt den Grundsätzen des demokratischen und sozialen Rechtsstaats nach Artikel 20 Absatz 1 Grundgesetz widerspricht, sind unzulässig.“<sup>33</sup>

Maßstab für die materiell-rechtliche Zulässigkeitsprüfung des Gesetzentwurfes einer Volksinitiative sind folglich das Demokratieprinzip, das Sozialstaatsprinzip sowie das Rechtsstaatsprinzip im Sinne des Art. 20 GG. Die Bezugnahme in Art. 48 Absatz 1 Satz 2 LV auf *die Grundsätze* der genannten staatlichen Prinzipien knüpft sprachlich an das Grundgesetz an. Es haben sich keine Hinweise darauf ergeben, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber des Landes Schleswig-Holstein durch die Formulierung eine Einschränkung der im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung zu beachtenden rechtsstaatlichen Anforderungen oder die Beschränkung auf „offensichtliche Unzulänglichkeiten“ im Sinne einer Evidenzkontrolle beabsichtigt haben könnte. Hiergegen spricht im Übrigen bereits die oben zitierte Begründung des Sonderausschusses „Verfassungs- und Parlamentsreform“.

Das Rechtsstaatsprinzip ist eines der elementaren Prinzipien des Grundgesetzes.<sup>34</sup> „Verfassungsrechtsdogmatisch umfasst der grundgesetzliche Rechtsstaat die Gesamtheit der Regeln, Grundsätze und Prinzipien, die in Anknüpfung an internationale Traditionen (...) wie in spezifischer deutscher Ausbildung (...) im Grundgesetz normativen Niederschlag gefunden haben und als Ausprägung des Rechtsstaats gelten (...).“<sup>35</sup> Das Rechtsstaatsprinzip wird durch zahlreiche Regelungen des Grundgesetzes maßgeblich mitgeprägt.<sup>36</sup> Darüber hinaus sind weitere rechtsstaatliche Einzelgehalte, die als solche nicht (umfassend) im Grundgesetz geregelt sind, anerkannt.<sup>37</sup>

Zu den angesprochenen *rechtstaatlichen Grundsätzen* zählt insbesondere die *Bindung der Legislative an die verfassungsmäßige Ordnung* gemäß Art. 20 Absatz 3 GG („Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung [...] gebunden“).<sup>38</sup> Mit der Bindung der Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung statuiert Art. 20 Absatz 3 GG den Vorrang der Verfassung.<sup>39</sup> Die *verfassungsmäßige Ordnung* in diesem

---

<sup>33</sup> Drs. 12/620, S. 46. Die alleinige Verweisung auf Art. 20 Absatz 1 GG (und nicht zugleich auf Art. 20 Absatz 3 GG) dürfte ein redaktionelles Versehen sein.

<sup>34</sup> Jarass in: ders./Pieroth, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 20 RN 37 m.w.N..

<sup>35</sup> Schulze-Fielitz in: Dreier, GG, Band 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) RN 38.

<sup>36</sup> Sachs in: ders., GG, 8. Aufl. 2018, Art. 20 RN 77 mit einer Liste der entsprechenden Elemente des Rechtsstaatsprinzips.

<sup>37</sup> Sachs in: ders., GG, 8. Aufl. 2018, Art. 20 RN 78; Schulze-Fielitz in: Dreier, GG, Band 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) RN 66: „Das Rechtsstaatsprinzip umfasst eine übergroße Fülle von konkretisierenden Unter-Prinzipien und abgeleiteten Geboten.“

<sup>38</sup> BVerfGE 103, 271 (287), 109, 133 (180); Sachs in: ders., GG, 8. Aufl. 2018, Art. 20 RN 77; Schulze-Fielitz in: Dreier, GG, Band 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) RN 81; Hellermann in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, Stand: Mai 2018, Art. 28 RN 7 f.

<sup>39</sup> Huster/Rux in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, Stand: Mai 2018, Art. 20 RN 165.

Sinnzusammenhang meint das gesamte geltende Verfassungsrecht.<sup>40</sup> Ob hiermit über den Normbestand des Grundgesetzes<sup>41</sup> hinaus auch Landesverfassungsrecht (für die Gesetzgebung der Länder) umfasst wird, ist umstritten.<sup>42</sup> Der Grundsatz der Bindung des Gesetzgebers an die verfassungsmäßige Ordnung richtet sich in erster Linie gegen den Erlass von Gesetzen, die ihrer Form oder ihrem Inhalt nach mit der verfassungsmäßigen Ordnung nicht vereinbar sind. *Art. 20 Absatz 3 GG verbietet das verfassungswidrige Gesetz.*<sup>43</sup>

Element des Rechtsstaatsprinzips ist auch die Grundrechtsbindung der Legislative, die in Art. 1 Absatz 3 GG ausdrücklich angeordnet wird (*„Die nachfolgenden Grundrechte binden die Gesetzgebung [...] als unmittelbar geltendes Recht“*),<sup>44</sup> obwohl die Grundrechte bereits vom Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung in Art. 20 Absatz 3 GG umfasst werden.<sup>45</sup> Unzutreffend ist nach Auffassung des Wissenschaftlichen Dienstes der Einwand, dass einzelne Grundrechte wie Art. 14 GG nicht zu den „Grundsätzen des demokratischen und sozialen Rechtsstaates“ zählten, auf deren Wahrung hin der Landtag die Volksinitiative zu prüfen habe.<sup>46</sup> Zwar hat das Bundesverfassungsgericht mit Blick auf das Homogenitätsprinzip des Art. 28 Absatz 1 Satz 1 GG festgestellt, dass die Länder nicht verpflichtet seien, „... die Eigentumsgarantie als Grundrecht und/oder Institutsgarantie in ihre Verfassung – sei es auch nur als ungeschriebenen Bestandteil – aufzunehmen.“<sup>47</sup> Im selben Zusammenhang hat das Bundesverfassungsgericht unter ausdrücklichem Hinweis auf Art. 1 Absatz 3 und Art. 20 Absatz 3 GG aber auch deutlich gemacht, dass „... die verfassungsmäßigen Ordnungen der Länder keine die Gewährleistung des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG miss-

---

<sup>40</sup> *Schulze-Fielitz* in: Dreier, GG, Band 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) RN 83 m.w.N.; *Huster/Rux* in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, Stand: Mai 2018, Art. 20 RN 166 („Von der Bindungswirkung werden ... nicht nur die tragenden Verfassungsgrundsätze, sondern alle Normen des GG erfasst ...“); *Grzeszick* in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Stand: Dezember 2007, Art. 20 RN 30 (beck-online): „Für Art. 20 Abs. 3 meint der Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung wegen der bezweckten Bindung des Gesetzgebers die Verfassung im formellen Sinn als Inbegriff der im GG enthaltenen Bestimmungen.“

<sup>41</sup> *Jarass* in: ders./Pieroth, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 20 RN 45 m.w.N.

<sup>42</sup> Dafür bspw.: *Sachs* in: ders., GG, 8. Aufl. 2018, Art. 20 RN 101 m.w.N.. Dagegen bspw.: *Schulze-Fielitz* in: Dreier, GG, Band 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) RN 83 m.w.N. Für das vorliegende Gutachten bleibt dieser Streit im Ergebnis allerdings ohne Auswirkung.

<sup>43</sup> *Grzeszick* in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Stand: Dezember 2007, Art. 20 RN 40 (beck-online).

<sup>44</sup> *Sachs* in: ders., GG, 8. Aufl. 2018, Art. 20 RN 77; *Antoni* in: Hömig/Wolff, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 11. Aufl. 2016, Art. 20 RN 10; *Nolte/Tams* in: Caspar/Ewer/Nolte/Waack, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, 2006, Art. 1 RN 10, 13.

<sup>45</sup> *Huster/Rux* in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, Stand: Mai 2018, Art. 20 RN 165.1 weisen darauf hin, dass die zusätzliche Anordnung der Bindung an die Grundrechte in Art. 1 Absatz 3 GG damit an sich überflüssig sei; *Höfling* in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 1 RN 83 führt aus, dass Art. 1 Absatz 3 GG speziell mit Blick auf die Grundrechte nochmals betone, was Art. 20 Absatz 3 GG für die Verfassungs- und Rechtsbindung der Staatsgewalten allgemein anordne.

<sup>46</sup> So die Stellungnahme der Volksinitiative „Mitbestimmung“, Umdruck 19/834, S. 3.

<sup>47</sup> *BVerfGE* 103, 332 (349); *Mehde* in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Stand: Dezember 2007, Art. 28 RN 82, FN 7 (beck-online).

achtenden Vorschriften enthalten dürfen“.<sup>48</sup> Dies muss erst recht für einfaches Landesrecht gelten.

Die Bindung der Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung und die Grundrechte gilt nicht nur für die parlamentarische Gesetzgebung, sondern auch für die Volksgesetzgebung.<sup>49</sup> Hieraus folgt, dass dem Schleswig-Holsteinischen Landtag (und dem Landesverfassungsgericht) eine verfassungsrechtliche Vollprüfung des eingebrachten Gesetzentwurfes obliegt.<sup>50</sup>

Nichts anderes ergibt sich, wenn man die Bindung volksinitiiierter Gesetzentwürfe an das Rechtsstaatsprinzip im Sinne des Art. 48 Absatz 1 Satz 2 LV (nur) im Sinne einer landesrechtlichen Ausprägung der Grundsätze des demokratischen und sozialen Rechtsstaats versteht, da der Landesgesetzgeber in diesem Fall (jedenfalls) an die Landesgrundrechte gebunden ist.<sup>51</sup> Seit der Verfassungsreform des Jahres 2008 sind die im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland festgelegten Grundrechte und staatsbürgerlichen Rechte Bestandteil der Landesverfassung und unmittelbar geltendes Recht (Art. 3 LV).

## **(2) Beschränkung der verfassungsrechtlichen Prüfung?**

Soweit vereinzelt unter Bezugnahme auf ein Urteil des Verfassungsgerichtshofes des Landes Berlin<sup>52</sup> darauf hingewiesen wird, dass Volksinitiativen in Schleswig-Holstein „... keiner vorgängigen umfassenden Prüfung auf die Verfassungsmäßigkeit des erstrebten Gesetzes unterworfen ...“, sondern lediglich „... – wie Parlamentsgesetze auch – nachträglich von den Verfassungsgerichten in den dafür vorgesehenen Verfahren zu überprüfen ...“ seien,<sup>53</sup> verkennt diese Auffassung die dem genannten Urteil seinerzeit zugrunde liegende abweichende Verfassungs- und einfachgesetzliche Rechtslage im Land Berlin.

### **(a) Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin**

Der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin hat in seinem Urteil vom 6. Oktober 2009 (Az. 63/08) ausgeführt, dass er kein allgemeines, verfassungsrechtlich veran-

---

<sup>48</sup> BVerfGE 103, 332 (349).

<sup>49</sup> Hartmann, Volksgesetzgebung und Grundrechte, 2005, S. 98 ff. (102) m.w.N.; Caspar in: ders./Ewer/Nolte/Waack, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, 2006, Art. 41 RN 24; vgl. auch Blackstein, Das Landesverfassungsgericht von Schleswig-Holstein, 2014, S. 211.

<sup>50</sup> Vgl. Caspar in: ders./Ewer/Nolte/Waack, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, 2006, Art. 41 RN 24, der von einer extensiven Auslegung der Prüfungszuständigkeit des Landtages ausgeht, die die Vereinbarkeit der Volksinitiative mit dem materiellen Verfassungsrecht umfasse.

<sup>51</sup> Blackstein, Das Landesverfassungsgericht von Schleswig-Holstein, 2014, S. 210 f.

<sup>52</sup> VerfGH Bin, Urteil vom 6. Oktober 2009, Az. 63/08.

<sup>53</sup> Stellungnahme der Volksinitiative „Mitbestimmung“, Umdruck 19/834, S. 3.

kertes objektives Prinzip erkennen könne, wonach es geboten wäre, ein verfassungsrechtlich bedenkliches *Volksbegehren* möglichst frühzeitig zu stoppen.<sup>54</sup>

Eine umfassende Überprüfung eines Volksbegehrens auf einen Verstoß gegen höherrangiges Recht bedürfe einer *rechtlichen Grundlage*, die zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt in Berlin nicht (mehr)<sup>55</sup> bestand. Auch das Rechtsstaatsprinzip fordere (für sich genommen) keine unbeschränkte Vorabkontrolle der im Wege eines Volksbegehrens eingebrachten Gesetzentwürfe. Vielmehr nehme der Verfassungsgeber bzw. der einfache Gesetzgeber, wenn er nicht entsprechende Prüfungspflichten ausdrücklich regele, bewusst in Kauf, dass auch eine gegebenenfalls mit höherrangigem Recht nicht in Einklang stehende Regelung zunächst Gesetz werde und erst nachträglich gerichtlicher Prüfung unterzogen werden könne.<sup>56</sup>

Das so begründete Urteil erlaubt aber keinen die Zulässigkeitsprüfung durch den Schleswig-Holsteinischen Landtag einschränkenden Rückschluss für die Verfassungslage in Schleswig-Holstein, da Art. 48 Absatz 1 Satz 2 LV die vom Verfassungsgerichtshof Berlin geforderte Rechtsgrundlage für die inhaltliche Zulässigkeitskontrolle einer Volksinitiative gerade schafft.

Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass die Auffassung des Verfassungsgerichtshofes Berlin keineswegs unumstritten ist. So haben der Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen und das Verfassungsgericht des Landes Brandenburg entschieden, dass eine Zulässigkeitsprüfung von Volksinitiativen am Maßstab des materiellen Verfassungsrechts auch dann zu erfolgen habe, wenn sich hierfür im Landesrecht keine ausdrückliche Rechtsgrundlage finde.

### **(b) Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen**

Ein *Volksbegehren* ist nach Art. 68 Absatz 1 Satz 3 der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen (Verf NW) u.a. nur auf Gebieten zulässig, die der Gesetzge-

---

<sup>54</sup> *VerfGH Bln*, Urteil vom 6. Oktober 2009, Az. 63/08, RN 107 (juris).

<sup>55</sup> Vielmehr war die ursprünglich in § 17 Absatz 4 Satz 3 Nr. 2 des Gesetzes über Volksinitiative, Volksbegehren und Volksentscheid (Abstimmungsgesetz – AbstG) a. F. enthaltene Anordnung, dass der Senat die Zulässigkeit des Antrags festzustellen hat, wenn das Volksbegehren dem Grundgesetz, sonstigem Bundesrecht oder der Verfassung von Berlin nicht widerspricht, im Rahmen einer vorangegangenen Gesetzesnovelle entfallen. Nach Auffassung des *VerfGH Bln* sei grundsätzlich zu unterstellen, dass dem Entfall der Norm eine bewusste und zielgerichtete Entscheidung des Gesetzgebers zugrunde gelegen habe. Für die Annahme eines Versehens oder einer beabsichtigten lediglich redaktionellen Änderung, weil nur ohnehin Selbstverständliches und nicht etwas ausdrücklich Regelungsbedürftiges fortgefallen sei, fehlten gewichtige objektivierbare Anhaltspunkte (*VerfGH Bln*, Urteil vom 6. Oktober 2009, Az. 63/08, RN 71 ff. [juris]). Inzwischen hat sich die Rechtslage im Land Berlin wieder dahingehend geändert, dass nach § 12 Absatz 2 AbstG nunmehr Volksbegehren, die dem Grundgesetz, sonstigem Bundesrecht oder der Verfassung von Berlin widersprechen, unzulässig sind (vgl. *VerfGH Bln*, Urteil vom 13. Februar 2013, Az. 32/12, RN 54 ff. [juris] insbesondere zur Verfassungsmäßigkeit der genannten einfachgesetzlichen Regelung).

<sup>56</sup> *VerfGH Bln*, Urteil vom 6. Oktober 2009, Az. 63/08, Orientierungssatz 4.a. und d. (juris).

bungsgewalt des Landes unterliegen. Die Zulassung eines Volksbegehrens ist zu versagen, wenn der Gesetzentwurf ein Rechtsgebiet betrifft, das nach den Bestimmungen des Grundgesetzes nicht zur gesetzgeberischen Zuständigkeit der Länder gehört (§ 8 Satz 2 VIVBEVEG). Dem Wortlaut nach sieht weder die Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen noch das Gesetz über das Verfahren bei Volksinitiative, Volksbegehren und Volksentscheid eine Prüfung vor, ob der Gesetzentwurf der Verfassung (auch materiell-rechtlich) entspricht.

Gleichwohl hat der Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen in seinem Beschluss vom 4. März 1983 (Az. VerfGH 13/82) ausgeführt, dass die Landesregierung zur Prüfung verpflichtet sei, ob der Gesetzentwurf inhaltlich geeignet wäre, Gegenstand eines Gesetzesbeschlusses des Landtages zu werden. Diese Prüfung habe sich auch auf die Frage zu erstrecken, ob das angestrebte Gesetz der Verfassung entsprechen würde. Komme die Landesregierung bei dieser Prüfung zu dem Ergebnis, dass das geplante Gesetz höherrangigem Recht widerspreche, habe sie den Antrag auf Zulassung abzulehnen. Sie dürfe kein *Volksbegehren* ermöglichen, dessen Ziel ein Gesetz sei, das der Landesgesetzgeber nicht erlassen dürfe.<sup>57</sup>

Die Literatur zur Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen stützt die Einschätzung des Verfassungsgerichtshofes. Eine Ablehnung des Zulassungsantrages könne sich hiernach auch aus sonstigen inhaltlichen Widersprüchen zu höherrangigem Recht, insbesondere auch zum europäischen Gemeinschaftsrecht, ergeben.<sup>58</sup> Der Landesregierung stehe eine vollumfängliche Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzentwurfes zu, auch wenn dies nicht ausdrücklich geregelt sei. Sie sei hierzu sogar verpflichtet. Das betreffe insbesondere die Frage des Verstoßes gegen Verfassungsrecht des Landes und des Bundes, aber auch einen Verstoß gegen sonstiges höherrangiges Recht, namentlich einfaches Bundesrecht, Gemeinschaftsrecht und Völkerrecht. Die Länder seien im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht und völkerrechtliche Verpflichtungen des Bundes über den Grundsatz der Bundestreue verpflichtet, widersprechende Regelungen zu unterlassen.<sup>59</sup> Es verstehe sich von selbst, dass ein Volksbegehren auf Erlass eines verfassungswidrigen Gesetzes ebenso unzulässig sei wie solche Gesetze, die einen „unzweifelhaft unsinnigen oder sittenwidrigen Inhalt haben oder sonstwie einen offenbaren Mißbrauch des Gesetzgebungsverfahrens bedeuteten.“<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> *VerfGH NRW*, Beschluss vom 4. März 1983, Az. VerfGH 13/82, S. 3 f.

<sup>58</sup> *Mann* in: Löwer/Tettinger, Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 2002, Art. 68 RN 26.

<sup>59</sup> *Günther* in: Heusch/Schönenbroicher, Landesverfassung Nordrhein-Westfalen, 2010, Art. 68 RN 11.

<sup>60</sup> *Dickersbach* in: Kleinrahm/Dickersbach/Kühne, Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 3. Aufl. 1994, Art. 68 Anm. 2. b) dd).

### **(c) Verfassungsgericht des Landes Brandenburg**

Die Verfassung des Landes Brandenburg sieht vor, dass Volksinitiativen an die Zuständigkeit des Landtages gebunden sind (Art. 76 Absatz 1 Satz 1 Verf BB<sup>61</sup>). Nach § 5 Absatz 1 Satz 1 des Gesetzes für das Verfahren bei Volksinitiative, Volksbegehren und Volksentscheid (Volksabstimmungsgesetz – VAGBbg) sind Volksinitiativen zulässig zu Gegenständen der politischen Willensbildung, die in die Zuständigkeit des Landtages fallen. Weder der Wortlaut der Verfassung des Landes Brandenburg noch der des Volksabstimmungsgesetzes verlangt ausdrücklich eine Prüfung des eingebrachten Gesetzentwurfes auf seine Vereinbarkeit mit dem materiellen Verfassungsrecht.<sup>62</sup>

Das Verfassungsgericht des Landes Brandenburg hat mit Urteil vom 15. September 1994 (Az. 2/93) gleichwohl entschieden, dass Volksinitiativen im Land Brandenburg nur zulässig seien, soweit und solange eine Materie vom Landesgesetzgeber geregelt werden könne. Dies gelte in formeller wie materieller Hinsicht. Zum einen müsse die Volksinitiative ihrem Gegenstand nach formell in die Zuständigkeit des Landtages fallen. Angelegenheiten, deren Regelung Sache des Bundesgesetzgebers sei, sowie Angelegenheiten zu deren Erledigung die Exekutive berufen sei, würden hiernach ausscheiden. Daneben verstehe es sich von selbst, dass eine Volksinitiative auch in inhaltlicher Hinsicht verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen müsse. Unzulässig seien daher etwa Volksinitiativen, die auf den Erlass eines verfassungswidrigen Gesetzes gerichtet seien.<sup>63</sup>

Die Literatur zur Brandenburgischen Landesverfassung stützt die Entscheidung des Landesverfassungsgerichts. Hiernach müsse die Volksinitiative in formeller wie materieller Hinsicht zulässig sein. Die Volksinitiative müsse ein verfassungsrechtlich zulässiges Ziel verfolgen. Eine Volksinitiative, die auf den Erlass eines verfassungswidrigen Gesetzes gerichtet sei, sei bereits unzulässig.<sup>64</sup>

### **(3) Zwischenergebnis**

Eine Volksinitiative ist unzulässig, wenn sie den Anforderungen des Artikels 48 Absatz 1 und 2 LV nicht entspricht (§ 8 Absatz 1 VAbstG). Die Verfassung des Landes Schleswig-Holstein sieht in Art. 48 Absatz 1 Satz 2 LV ausdrücklich vor, dass der Ge-

---

<sup>61</sup> Art. 76 Absatz 1 Satz 1 Verf BB lautet: „Alle Einwohner haben das Recht, dem Landtag im Rahmen seiner Zuständigkeit bestimmte Gegenstände der politischen Willensbildung zu unterbreiten.“

<sup>62</sup> Der Beschluss über die Zulässigkeit einer Volksinitiative im Land Brandenburg obliegt nach § 9 Absatz 6 Satz 1 VAGBbg dem Hauptausschuss des Landtages. Wird die Beratung des Anliegens als Volksinitiative abgelehnt, weil der Hauptausschuss die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Volksinitiative nicht für erfüllt hält, so können die Vertreter der Volksinitiative das Verfassungsgericht des Landes anrufen (§ 11 VAGBbg).

<sup>63</sup> VerfG Bbg, Urteil vom 15. September 1994, Az. 2/93, RN 11 (juris).

<sup>64</sup> Lieber in: ders./Iwers/Ernst, Verfassung des Landes Brandenburg, 2012, Art. 76 Anm. 6.



setzentwurf einer Volksinitiative den Grundsätzen des demokratischen und sozialen Rechtsstaates nicht widersprechen darf. Im Rahmen seiner Zulässigkeitsprüfung der Volksinitiative nach Art. 48 Absatz 3 LV hat der Landtag somit auch und insbesondere über die Vereinbarkeit des vorgelegten Gesetzentwurfes mit dem Rechtsstaatsprinzip zu entscheiden.

Die rechtsstaatliche Bindung der (Volks-)Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung (Art. 20 Absatz 3 GG) umfasst als ein Kerngrundsatz des Rechtsstaatsprinzips (jedenfalls) den gesamten Normbestand des Grundgesetzes.<sup>65</sup> Der von der Landesverfassung an den Schleswig-Holsteinischen Landtag gerichtete Prüfauftrag, ob ein volksinitiiertes Gesetzentwurf den Grundsätzen des Rechtsstaats entspricht, beinhaltet deshalb eine materiell-rechtliche Prüfungspflicht anhand des geltenden (Bundes-) Verfassungsrechts.<sup>66</sup> Auch die Grundrechtsbindung der Gesetzgebung (Art. 1 Absatz 3 GG) ist ein grundlegendes Element des Rechtsstaatsprinzips.<sup>67</sup> Die Entscheidung des Landtages über die Zulässigkeit einer Volksinitiative hat deshalb stets zu berücksichtigen, ob der vorgelegte Gesetzentwurf mit den Grundrechten zu vereinbaren ist.

Auch wenn man die Bindung volksinitiiertes Gesetzentwürfe an das Rechtsstaatsprinzip im Sinne des Art. 48 Absatz 1 Satz 2 LV (nur) im Sinne einer landesrechtlichen Ausprägung der Grundsätze des demokratischen und sozialen Rechtsstaats verstehen wollte, ist der Landesgesetzgeber (jedenfalls) an die Landesgrundrechte gebunden.<sup>68</sup> Die Grundrechte des Grundgesetzes sowie die staatsbürgerlichen Rechte sind gemäß Art. 3 LV Bestandteil der Landesverfassung und in Schleswig-Holstein unmittelbar geltendes Recht.

Zu einem Leerlaufen des Initiativrechts des Volkes oder zu einem Rechtsschutzdefizit zu Lasten der Volksinitiative kommt es nicht, da eine etwaige Unzulässigkeitsentscheidung des Parlaments der (verwaltungs- und) landesverfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliegt.<sup>69</sup>

In der Literatur zur Verfassung des Landes Schleswig-Holstein wird im Übrigen die Auffassung vertreten, dass der Hinweis auf die Vereinbarkeit mit den Grundsätzen

---

<sup>65</sup> Jarass in: ders./Pieroth, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 20 RN 45 m.w.N.

<sup>66</sup> Caspar, in: ders./Ewer/Nolte/Waack, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, 2006, Art. 41 RN 24.

<sup>67</sup> Sachs in: ders., GG, 8. Aufl. 2018, Art. 20 RN 77; Schulze-Fielitz in: Dreier, GG, Band 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) RN 81 f.; Antoni in: Hömig/Wolff, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 11. Aufl. 2016, Art. 20 RN 10; Nolte/Tams in: Caspar/Ewer/Nolte/Waack, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, 2006, Art. 1 RN 10, 13.

<sup>68</sup> Blackstein, Das Landesverfassungsgericht von Schleswig-Holstein, 2014, S. 210 f.

<sup>69</sup> Vgl. Caspar, in: ders./Ewer/Nolte/Waack, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, 2006, Art. 41 RN 37.

des demokratischen und sozialen Rechtsstaates in Art. 48 Absatz 1 Satz 2 LV nur eine deklaratorische Bedeutung habe, da rechtsstaatswidrige Volksinitiativen bereits aufgrund des Art. 28 Absatz 1 GG durch den Landtag zurückzuweisen seien.<sup>70</sup> Aus der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes des Landes Berlin vom 6. Oktober 2009 (Az. 63/08) kann für das Land Schleswig-Holstein nicht gefolgert werden, dass eine Volksinitiative keiner vorgängigen umfassenden Prüfung durch den Landtag auf die Verfassungsmäßigkeit des eingebrachten Gesetzentwurfes unterliegt.

## **2. Umfang der Auslegung des Grundgesetzes und einfachen Bundesrechts**

Es stellt sich darüber hinaus die Frage, wie weitgehend der Landtag (und nachgelagert das Landesverfassungsgericht) im Rahmen seiner Zulässigkeitsprüfung berufen ist, das Grundgesetz und einfaches Bundesrecht auszulegen.

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof sieht sich im Rahmen seiner (verfassungsgerichtlichen) Zulässigkeitsprüfung eines Volksbegehrens nicht als befugt an, die Bestimmungen des Grundgesetzes oder anderer Bundesgesetze verbindlich auszulegen. Der Sinn einer Überprüfung am Maßstab des Bundesrechts in dem Verfahren vor dem Landesverfassungsgericht liege nur in der Vermeidung solcher Volksbegehren, bei denen von vornherein ohne jeden ernsthaften Zweifel davon auszugehen sei, dass das Gesetz nach einem erfolgreichen Volksentscheid wegen Verstoßes gegen Bundesrecht vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt werden müsse. Dagegen stehe die bloße Möglichkeit, das Bundesverfassungsgericht könne das Gesetz später für nichtig erklären, der gerichtlichen Zulassung eines Volksbegehrens nicht entgegen. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof überprüfe deshalb die Regelungen eines solchen Gesetzentwurfes am Maßstab des Bundesrechts nur unter dem eingeschränkten Gesichtspunkt, ob sie dem Bundesrecht bei jeder vertretbaren Auslegung der einschlägigen bundesrechtlichen Vorschriften widersprächen. Bestünden nur Zweifel, ob der Gesetzentwurf des Landesrechts mit Bundesrecht vereinbar sein könnte, sei (im verfassungsgerichtlichen Verfahren) zugunsten der Zulassung des Volksbegehrens zu entscheiden.<sup>71</sup>

Die bayerische Rechtslage entspricht in wesentlichen Punkten nicht der Rechtslage in Schleswig-Holstein. So ist die Zulässigkeitsprüfung durch den Schleswig-Holsteinischen Landtag ausdrücklich (landes-)verfassungsrechtlich verbürgt (Art. 48 Absatz 1 Satz 1 und Absatz 3 LV). Im Übrigen sind – wie bereits oben ausgeführt

---

<sup>70</sup> Caspar, in: ders./Ewer/Nolte/Waack, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, 2006, Art. 41 RN 23.

<sup>71</sup> BayVerfGH, Entscheidung vom 21. Januar 2016, Az. Vf. 66-IX-15, RN 34 (juris).

wurde – die im Grundgesetz festgelegten Grundrechte und staatsbürgerlichen Rechte Bestandteil der Landesverfassung und unmittelbar geltendes Recht (Art. 3 LV).

Im Gegensatz zu der Auffassung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes hat das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung zur Zulässigkeit eines Volksbegehrens im Land Hessen, wo die Landesregierung über die Zulässigkeit des Volksbegehrens („Keine Startbahn West“) zu entscheiden hatte,<sup>72</sup> unter Hinweis auf Art. 100 Absatz 3 GG<sup>73</sup> festgestellt, dass der zur verfassungsgerichtlichen Entscheidung berufene Staatsgerichtshof – ebenso wie die Landesregierung – nicht nur befugt, sondern sogar gehalten ist, bei der Entscheidung der ihm unterbreiteten Streitigkeit die betroffenen Regelungen des Grundgesetzes und sonstiges Bundesrecht heranzuziehen und auszulegen:

„Da (...) der Antrag einen ausgearbeiteten Gesetzentwurf enthalten muß, erstreckt sich die Prüfungskompetenz der Landesregierung auch auf die Verfassungsmäßigkeit des vorgelegten Gesetzentwurfs. Die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes hängt unter anderem davon ab, ob dem jeweiligen Gesetzgeber für die im Gesetz geregelte Materie die Gesetzgebungskompetenz zukommt. Im Bundesstaat des Grundgesetzes sind die Gesetzgebungsbefugnisse zwischen dem Bund und den Ländern verteilt (Art. 70 ff. GG). Die Länder haben das Recht der Gesetzgebung, soweit das Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht (Art. 70 Abs. 1 GG). Die verfassungsrechtlichen Grenzen, die der Landesstaatsgewalt auf dem Gebiet der Gesetzgebung gezogen sind, ergeben sich daher aus den Bestimmungen des Grundgesetzes über die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen dem Bund und den Ländern (vgl. BVerfGE 45, 297 [341]). (...) Die nähere Bestimmung der dem Landesgesetzgeber in Hessen zustehenden Gesetzgebungsbefugnisse setzt nach alledem die Berücksichtigung der bundesrechtlichen Kompetenzverteilung voraus; sie bildet die Grenze der nach der Hessischen Landesverfassung grundsätzlich unbeschränkten Gesetzgebungsbefugnis der Landesstaatsgewalt. *Im Hinblick darauf war die Landesregierung nicht nur berechtigt, sondern auch gehalten, im Rahmen der ihr (...) obliegenden Prüfung, ob der Zulassungsantrag den Bestimmungen der Hessischen Verfassung entspricht, die Vorschriften des Grundgesetzes über die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen auf den Bund und die Länder sowie anderes Bundesrecht heranzuziehen und zu berücksichtigen. (...)*

---

<sup>72</sup> § 3 Absatz 3 des Gesetzes über Volksbegehren und Volksentscheid des Landes Hessen.

<sup>73</sup> Art. 100 Absatz 3 GG lautet: „(3) Will das Verfassungsgericht eines Landes bei der Auslegung des Grundgesetzes von einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts oder des Verfassungsgerichts eines anderen Landes abweichen, so hat das Verfassungsgericht die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen.“

(...) Da dem Zulassungsantrag (...) nur stattzugeben ist, wenn dieser – und damit der mit ihm vorgelegte Gesetzentwurf – den Bestimmungen der Verfassung entspricht, erstreckt sich die Prüfungskompetenz des Staatsgerichtshofs auch auf die Vereinbarkeit des Gesetzentwurfs mit den Bestimmungen der Hessischen Verfassung. Das schließt die Prüfung der Frage ein, ob der Landesstaatsgewalt für die im Gesetzentwurf geregelte Materie die Gesetzgebungsbefugnis zusteht. Auch das Recht des Volkes zur Ausübung der Gesetzgebung im Wege des Volksentscheids besteht nur im Rahmen der dem Lande Hessen im Bundesstaat des Grundgesetzes zugewiesenen Gesetzgebungsbefugnisse. *Für das vom Antragsteller in Anspruch genommene Recht auf Zulassung des Volksbegehrens sind mithin die Bestimmungen des Grundgesetzes über die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen auf den Bund und die Länder und sonstiges Bundesrecht, soweit es die Gesetzgebungskompetenz des Landes eingrenzt, von Bedeutung. Deshalb war der Staatsgerichtshof – ebenso wie die Landesregierung – gehalten, bei der Entscheidung der ihm unterbreiteten Streitigkeit diese Regelungen des Grundgesetzes und sonstiges Bundesrecht heranzuziehen und auszulegen.* Dazu war der Staatsgerichtshof – anders als die Antragsteller meinen – auch befugt. Das wird, soweit Vorschriften des Grundgesetzes in Frage stehen, durch Art. 100 Abs. 3 GG bestätigt. Diese Vorschrift setzt voraus, daß auch die Auslegung des Grundgesetzes Gegenstand der Rechtsfindung des Verfassungsgerichts eines Landes sein, also insbesondere bei Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes eine Rolle spielen kann (vgl. BVerfGE 1, 208 [232]).<sup>74</sup>

Nach Auffassung des Wissenschaftlichen Dienstes sind die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts auf die Verfassungslage in Schleswig-Holstein übertragbar. Insofern ist der Schleswig-Holsteinische Landtag – ebenso wie das Landesverfassungsgericht – bei der Entscheidung über die Zulässigkeit der Volksinitiative zum Schutz des Wassers nicht nur berechtigt, sondern gehalten, die einschlägigen Regelungen des Grundgesetzes und sonstiges Bundesrecht heranzuziehen und auszulegen.<sup>75</sup>

#### **IV. Gesetzgebungskompetenz des Landes**

Das Recht der Bürgerinnen und Bürger, den Landtag mit bestimmten Gegenständen der politischen Willensbildung zu befassen, besteht – wie bereits ausgeführt wurde – nur im Rahmen der Entscheidungszuständigkeit des Landtages (Art. 48 Absatz 1

---

<sup>74</sup> BVerfGE 60, 175 (204 ff.). Ausgangsverfahren: StGH Hess, Beschluss vom 14. Januar 1982, Az. P.St.947 (juris), Hervorhebungen durch Verf.

<sup>75</sup> Vgl. VerfGH Bln, Urteil vom 13. Mai 2013, Az. 32/12, RN 59 (juris) unter Hinweis auf BVerfGE 103, 332 (355).

Satz 1 LV). Bei Volksinitiativen, denen gemäß Art. 48 Absatz 1 Satz 2 LV ein Gesetzesentwurf zugrunde liegt, bestimmt sich die Entscheidungszuständigkeit des Landtages anhand der Kompetenzordnung des Grundgesetzes (Art. 70 ff. GG); ein Gesetzesbeschluss muss sich also auf eine Gesetzgebungsbefugnis des Landes stützen können.<sup>76</sup>

Der eingebrachte Entwurf sieht eine Änderung der §§ 1 und 7 LWG sowie die Schaffung eines neuen § 7a LWG vor. Ferner umfasst der Gesetzesentwurf eine Ergänzung des § 88a LVwG. Es ist zu prüfen, ob dem Landesgesetzgeber für die vorgeschlagenen Änderungen die Gesetzgebungskompetenz zusteht. Die Länder haben das Recht der Gesetzgebung, soweit das Grundgesetz nicht dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse verleiht (Art. 70 Absatz 1 GG). Die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen dem Bund und den Ländern bemisst sich nach den Vorschriften des Grundgesetzes über die ausschließliche und die konkurrierende Gesetzgebung (Art. 70 Absatz 2 GG).

### 1. Änderung des Landeswassergesetzes

Der Wasserhaushalt ist Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 74 Absatz 1 Nummer 32 GG) mit Abweichungskompetenz der Länder gemäß Art. 72 Absatz 3 Satz 1 Nr. 5 GG (dazu sogleich ausführlich unter c.). Der Kompetenztitel erstreckt sich auf das gesamte Wasserwirtschaftsrecht, d.h. auf die Bewirtschaftung des in der Natur vorhandenen Oberflächen- und Grundwassers nach Menge und Güte.<sup>77</sup> Hierunter fallen Nutzungsrechte, *Fragen der Einleitung und des Schutzes vor Verschmutzungen*, die wasserrechtliche Planfeststellung sowie die Erhebung von Abgaben in diesem Sachzusammenhang.<sup>78</sup>

Der Bundesgesetzgeber hat von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Absatz 1 Nummer 32 GG insbesondere durch den Erlass des Wasserhaushaltsgesetzes Gebrauch gemacht.<sup>79</sup> Allerdings gilt es zu beachten, dass einzelne Normen des Wasserhaushaltsgesetzes auf andere Kompetenztitel als die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit für den Wasserhaushalt zurückzuführen sind.<sup>80</sup>

---

<sup>76</sup> Vgl. Caspar, in: ders./Ewer/Nolte/Waack, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, 2006, Art. 41 RN 17; Hübner in: von Mutius/Wuttke/Hübner, Kommentar zur Landesverfassung, 1995, Art. 41 RN 7; vgl. BVerfGE 8, 104 (118 f.); vgl. BayVerfGH, Entscheidung vom 21. Januar 2016, Az. Vf. 66-IX-15, RN 34 (juris); vgl. VerfGH Berlin, Urteil vom 6. Oktober 2009, Az. 63/08, RN 59 ff. (juris).

<sup>77</sup> BVerfGE 15,1 (15).

<sup>78</sup> Degenhart in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 74 RN 124 m.w.N.

<sup>79</sup> Schnapauff in: Hömig/Wolff, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 11. Aufl. 2016, Art. 74 RN 32.

<sup>80</sup> Vgl. BT-Drs. 16/12275, S. 41.

### a. Neufassung des § 1 Absatz 1 LWG

Der Gesetzentwurf der Volksinitiative sieht vor, § 1 Absatz 1 LWG („Geltungsbereich“) neu zu fassen. Anstelle des bisherigen Verweises auf die Gewässer, die in § 2 Absatz 1 des Wasserhaushaltsgesetzes bezeichnet sind,<sup>81</sup> soll nach dem Entwurf der Volksinitiative weitestgehend<sup>82</sup> der Wortlaut des § 2 Absatz 1 Wasserhaushaltsgesetz als neuer § 1 Absatz 1 Landeswassergesetz übernommen und um den Zusatz ergänzt werden, dass das Gesetz bezogen auf das Grundwasser *unabhängig vom Gehalt an löslichen Bestandteilen* gilt.<sup>83</sup> Die Länder haben im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung die Regelungsbefugnis, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat (Art. 72 Absatz 1 GG).

Der Bund hat mit der Regelung des Anwendungsbereichs des Wasserhaushaltsgesetzes in § 2 Absatz 1 WHG von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht. Hiernach gilt das WHG für oberirdische Gewässer, Küstengewässer und das Grundwasser sowie für Teile dieser Gewässer. Nach § 2 Absatz 2 WHG können die Länder allerdings kleine Gewässer von wasserwirtschaftlich untergeordneter Bedeutung von den Bestimmungen des Wasserhaushaltsgesetzes ausnehmen.<sup>84</sup> Die beschränkte Öffnungsklausel deutet darauf hin, dass der Bundesgesetzgeber über den Umfang des § 2 Absatz 2 WHG hinaus keine weiteren *Einschränkungen* des Anwendungsbereichs durch die Länder zulassen wollte.<sup>85</sup> Insoweit hat der Bund den Anwendungsbereich des Wasserhaushaltsgesetzes grundsätzlich abschließend geregelt.<sup>86</sup> Anderweitige landesgesetzliche Ausgestaltungen des Anwendungsbereichs im Wasserhaushaltsrecht wollte der Bundesgesetzgeber hingegen nicht unterbinden. Den Ländern sollte (insbesondere) nicht die Möglichkeit genommen werden, den Anwendungsbereich des Gesetzes über das in § 2 WHG vorgese-

---

<sup>81</sup> § 1 Absatz 1 LWG in der derzeit geltenden Fassung lautet: „(1) Dieses Gesetz gilt für die Gewässer, die in § 1 Abs. 1 des Wasserhaushaltsgesetzes (WHG) bezeichnet sind, und für das nicht aus Quellen wild abfließende Wasser.“

<sup>82</sup> Abweichend vom Wortlaut des § 2 Absatz 1 WHG – aber im Einklang mit dem bislang geltenden § 1 Absatz 1 LWG – soll das Gesetz auch für „das nicht aus Quellen wild abfließende Wasser“ gelten.

<sup>83</sup> § 1 Absatz 1 LWG-E der Volksinitiative lautet:

„(1) Dieses Gesetz gilt für folgende Gewässer:

1. oberirdische Gewässer,
2. Küstengewässer,
3. Grundwasser, unabhängig vom Gehalt an löslichen Bestandteilen, und für das nicht aus Quellen wild abfließende Wasser.

Es gilt auch für Teile dieser Gewässer.“

<sup>84</sup> Der schleswig-holsteinische Landesgesetzgeber hat hiervon in § 1 Absatz 2 LWG Gebrauch gemacht.

<sup>85</sup> Berendes in: ders./Frenz/Müggenborg, WHG, 2. Aufl. 2017, § 2 RN 13; Knopp in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, Stand: September 2014, § 2 RN 40.

<sup>86</sup> Berendes in: ders./Frenz/Müggenborg, WHG, 2. Aufl. 2017, § 2 RN 13; Czychowski/Reinhardt, WHG, 11. Aufl. 2014, § 2 RN 4.

hene Maß hinaus *zu erweitern*.<sup>87</sup> Landesrechtliche Ausgestaltungen des Anwendungsbereichs bleiben daher nach Art. 72 Absatz 1 GG zulässig, soweit der Landesgesetzgeber den Anwendungsbereich nicht über die Öffnungsklausel in § 2 Absatz 2 WHG hinaus einschränkt.<sup>88</sup>

Der vom Gesetzentwurf der Volksinitiative in Bezug genommene § 1 Absatz 1 LWG regelt den Anwendungsbereich des Landeswassergesetzes.<sup>89</sup> Es stellt sich die Frage, ob die tatbestandliche Ergänzung im Gesetzentwurf der Volksinitiative, dass das Landeswassergesetz für das Grundwasser unabhängig vom Gehalt an löslichen Bestandteilen gilt, von der Kompetenz des Landes zur Erweiterung des Anwendungsbereichs gedeckt ist. Nach der – weit zu verstehenden<sup>90</sup> – bundesgesetzlichen Definition in § 3 Nummer 3 WHG ist „Grundwasser“ das unterirdische Wasser in der Sättigungszone, das in unmittelbarer Berührung mit dem Boden oder dem Untergrund steht. Die Definition des Grundwassers im Wasserhaushaltsgesetz ist unionsrechtlich geprägt<sup>91</sup> und entspricht der Begriffsbestimmung in Art. 2 Nummer 2 Wasserrahmenrichtlinie<sup>92</sup>. Zum Grundwasser in diesem Sinne zählt nach ganz herrschender Meinung – unabhängig von seiner stofflichen Zusammensetzung (z. B. Sole<sup>93</sup>) – auch das sog. Tiefengrundwasser.<sup>94</sup> Umfasst ist demnach bereits nach gegenwärtiger Rechtslage das unterirdische Wasser, ohne dass es auf dessen Gehalt an löslichen Bestandteilen ankommt. Die Begründung zu Art. 1 Nummer 1 des Gesetzentwurfes der Volksinitiative weist – insofern folgerichtig – darauf hin, dass durch die Neufassung des § 1 Absatz 1 LWG (lediglich) klargestellt werden solle, „... dass auch tiefes Grundwasser – unabhängig von seiner Qualität (...) und Verbindung mit anderem Grundwasser – Grundwasser im Sinne des Wasserrechts ist.“<sup>95</sup>

---

<sup>87</sup> *Berendes* in: ders./Frenz/Müggenborg, WHG, 2. Aufl. 2017, § 2 RN 13; *Knopp* in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, Stand: September 2014, § 2 RN 40.

<sup>88</sup> Von der Kompetenz zur Erweiterung des Anwendungsbereichs des LWG hat der schleswig-holsteinische Landesgesetzgeber bereits nach geltender Rechtslage bspw. Gebrauch gemacht, indem er in § 1 Absatz 1 LWG auch „das nicht aus Quellen wild abfließende Wasser“ in den Geltungsbereich des Landeswassergesetzes einbezogen hat, vgl. *Knopp* in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, Stand: September 2014, § 2 RN 40; zur gleichlautenden Regelung im Bayerischen Wassergesetz vgl. *Berendes* in: ders./Frenz/Müggenborg, WHG, 2. Aufl. 2017, § 2 RN 13 (Fußnote 27).

<sup>89</sup> Im Unterschied hierzu bestimmt § 1 Absatz 2 LWG im Einklang mit der Öffnungsklausel in § 2 Absatz 3 WHG, dass das Wasserhaushaltsgesetz auf näher bezeichnete Gewässer von wasserwirtschaftlich untergeordneter Bedeutung nicht anzuwenden ist.

<sup>90</sup> *Breuer/Gärditz*, Öffentliches und privates Wasserrecht, 4. Aufl. 2017, RN 277.

<sup>91</sup> *Czychowski/Reinhardt*, WHG, 11. Aufl. 2014, Einleitung RN 69.

<sup>92</sup> Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 23. Oktober 2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik, Abl. EG Nr. L 327, S. 1.

<sup>93</sup> *Czychowski/Reinhardt*, WHG, 11. Aufl. 2014, § 3 RN 48.

<sup>94</sup> *Berendes* in: ders./Frenz/Müggenborg, WHG, 2. Aufl. 2017, § 3 RN 17 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, 11. Aufl. 2014, § 3 RN 48.

<sup>95</sup> Gemeint ist wohl, dass auch solches Grundwasser in den Anwendungsbereich des Gesetzes einzubeziehen ist, auch wenn die Begründung dahingehend verstanden werden kann, dass durch die vorgeschlagene Regelung die bundesrechtliche Definition des Grundwassers in § 3 Nr. 3 WHG modifiziert werde, was – wie bereits dargestellt wurde – gerade nicht der Fall ist.

Eine solche Regelung ist nach Einschätzung des Wissenschaftlichen Dienstes von der Gesetzgebungskompetenz des Landes gedeckt. Dies gilt unabhängig von der Frage, ob sich die in Rede stehende Neufassung des Anwendungsbereichs als Abweichung vom Bundesrecht darstellt oder nicht. Betrachtet man die klarstellende Ergänzung im Gesetzentwurf der Volksinitiative nicht als Abweichung von den bundesrechtlichen Vorgaben, so stellt sich die Norm als kompetenziell zulässig dar, da sie den Anwendungsbereich des Landeswassergesetzes nicht über die bundesrechtlichen Vorgaben hinaus einschränkt. Betrachtet man die Ergänzung hingegen als Abweichung vom Bundesrecht, so stellt sich diese als kompetenz-rechtlich zulässig dar, weil sie den Anwendungsbereich des Landeswassergesetzes (klarstellend) erweitert und nicht einschränkt.

Die von der Volksinitiative vorgeschlagene Neufassung des § 1 Absatz 1 LWG ist kompetenzrechtlich zulässig.

### **b. Änderung des § 7 LWG**

Der Gesetzentwurf der Volksinitiative sieht darüber hinaus vor, den bestehenden § 7 LWG um drei Absätze zu ergänzen. Die Vorschrift betrifft „Erdaufschlüsse“ – nach bundesrechtlichem Begriffsverständnis also Arbeiten, die über eine bestimmte Tiefe hinaus in den Boden eindringen, sowie Grundwassererschließungen.<sup>96</sup>

#### **(1) Öffnungsklausel zugunsten der Länder**

Der Bund hat den Umgang mit Erdaufschlüssen in § 49 WHG geregelt und auf die Gesetzgebungskompetenz für den Wasserhaushalt gestützt (Art. 74 Abs. 1 Nummer 32 GG).<sup>97</sup> Eine Regelung durch den Landesgesetzgeber kommt in diesem Bereich daher nur in Betracht, wenn und soweit der Bund die Materie nicht abschließend geregelt hat – insbesondere wenn und soweit das Bundesgesetz eine Öffnungsklausel zugunsten der Ländern enthält – oder wenn und soweit den Ländern eine Abweichungskompetenz nach Art. 72 Absatz 3 GG zusteht.

Vorliegend hat der Bundesgesetzgeber mit § 49 Absatz 4 WHG eine Öffnungsklausel zugunsten der Länder geschaffen, wonach durch Landesrecht abweichende Regelungen getroffen werden können. Trotz der Erweiterung der wasserhaushaltsgesetzlichen Bestimmungen über Erdaufschlüsse zu einer Vollregelung<sup>98</sup> steht diese (nach § 49 Absatz 4 WHG) gänzlich unter dem Vorbehalt abweichender Landesgesetzge-

---

<sup>96</sup> Czychowski/Reinhardt, WHG, 11. Aufl. 2014, § 49 RN 2.

<sup>97</sup> BT-Drs. 16/12275, S. 41.

<sup>98</sup> BT-Drs. 16/12275, S. 66.



bung.<sup>99</sup> Die Frage einer Abweichungskompetenz nach Art. 72 Absatz 3 Satz 1 Nummer 5 GG stellt sich wegen der ausdrücklichen „Länderoptionsklausel“ deshalb nicht.<sup>100</sup> Insofern sind die vorgeschlagenen Ergänzungen in § 7 LWG kompetenziell zulässig, soweit sie vom Bundesrecht abweichende Regelungen zu grundwassererheblichen Erdarbeiten (§ 49 Absatz 1 WHG), zur Erschließung von Grundwasser (§ 49 Absatz 2 WHG) oder zu diesbezüglichen ordnungsrechtlichen Befugnissen (§ 49 Absatz 3 WHG) enthalten.<sup>101</sup>

Indem § 7 Absatz 3 LWG-E anordnet, dass die Wasserbehörde die Arbeiten zu untersagen und die Einstellung begonnener Arbeiten anzuordnen hat, wenn eine Verunreinigung oder nachteilige quantitative Veränderung von Gewässern<sup>102</sup> zu besorgen oder eingetreten ist und die Schäden nicht durch Inhalts- und Nebenbestimmungen verhütet, beseitigt oder ausgeglichen werden können, schafft der Gesetzentwurf der Volksinitiative gegenüber dem § 49 Absatz 3 WHG neue ordnungsrechtliche Befugnisse im Umgang mit Erdaufschlüssen, die über die geltenden bundesrechtlichen Befugnisse hinausgehen. Dies ist nach Einschätzung des Wissenschaftlichen Dienstes von der Öffnungsklausel in § 49 Absatz 4 WHG kompetenzrechtlich gedeckt. Dasselbe gilt auch für § 7 Absatz 3 Satz 2 LWG-E, wonach die Wasserbehörde die Wiederherstellung des früheren Zustands verlangen kann, wenn Rücksichten auf den Wasserhaushalt dies erfordern.

Nach § 7 Absatz 4 LWG-E haben der Vorhabenträger sowie der mit den Arbeiten Beauftragte der Wasserbehörde unverzüglich die unvorhergesehene Erschließung von Grundwasser mitzuteilen. Die Arbeiten, die zur Erschließung geführt haben, sind in diesem Fall einstweilen einzustellen. Die Wasserbehörde trifft die erforderlichen Anordnungen. Der Gesetzentwurf der Volksinitiative enthält nach hiesiger Auffassung auch insoweit von den Vorgaben des § 49 Absatz 2 und 3 WHG abweichende Regelungen, die kompetenzrechtlich von § 49 Absatz 4 WHG gedeckt sind.

---

<sup>99</sup> *Czychowski/Reinhardt*, WHG, 11. Aufl. 2014, § 49 RN 19; *Böhme* in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, 2. Aufl. 2017, § 49 RN 14; *Foerst*, Die Abweichungskompetenz der Länder gemäß Art. 72 III GG im Bereich des Wasserhaushaltsrechts, 2012, S. 294 f.

<sup>100</sup> Was wiederum mit der Frage verbunden wäre, ob und ggf. inwieweit § 49 WHG stoff- oder anlagenbezogene Regelungen enthält.

<sup>101</sup> Vgl. zu den systematischen Regelungsbereichen des § 49 WHG *Czychowski/Reinhardt*, WHG, 11. Aufl. 2014, § 49 RN 4, 12 und 16.

<sup>102</sup> Im Unterschied zum Gesetzentwurf der Volksinitiative betreffen die ordnungsrechtlichen Befugnisse des § 49 WHG bislang nur das Grundwasser und nicht alle Gewässer im Sinne des § 2 Absatz 1 WHG.

## **(2) Regelung der „Verantwortlichkeit für Schäden“**

Etwas anderes könnte gelten, soweit der Gesetzentwurf der Volksinitiative im Zusammenhang mit Erdaufschlüssen eine Regelung der Verantwortlichkeit für Schäden in § 7 Absatz 2 LWG-E vorsieht. Die vorgeschlagene Vorschrift lautet:

*„(2) Wer Erdarbeiten oder Bohrungen vornimmt, ist für dadurch verursachte nachteilige qualitative und quantitative Veränderungen eines Gewässers sowie dadurch verursachte Schäden verantwortlich.“*

Die bundesrechtliche Regelung über Erdaufschlüsse in § 49 WHG enthält weder eine Aussage über die (zivilrechtliche) Haftung für Gewässerschäden durch Erdaufschlüsse, noch Ausführungen zur (ordnungsrechtlichen) Verantwortlichkeit für solche Schäden. Der Bundesgesetzgeber hat vielmehr die (zivilrechtliche) Haftung für Änderungen in der Wasserbeschaffenheit in § 89 WHG und die (öffentlich-rechtliche) Verantwortlichkeit (einschließlich der Sanierungspflicht für Gewässerschäden) im Umweltschadensgesetz<sup>103</sup> sowie konkretisierend in § 90 WHG geregelt. Auf diese Vorschriften bezieht sich die Öffnungsklausel für Erdaufschlüsse (§ 49 Absatz 4 WHG, vgl. oben) ersichtlich nicht, so dass der Landesgesetzgeber nach hier vertretener Auffassung daraus keine Gesetzgebungsbefugnis für eine spezifische, die Folgen der Erdaufschlüsse betreffende Haftungs- oder Verantwortungsnorm ableiten kann.<sup>104</sup>

Zu untersuchen ist, ob es sich bei der von der Volksinitiative vorgeschlagenen Vorschrift um eine zivilrechtliche Haftungsnorm oder um eine Normierung der ordnungsrechtlichen Verantwortlichkeit bei Schädigung eines Gewässers handelt. Hiervon hängt ab, welche Kompetenznorm für den Erlass der Vorschrift einschlägig ist. Als bundesrechtlicher Bezugspunkt kommt – wie bereits erwähnt wurde – entweder § 89 WHG oder § 90 WHG in Betracht.

### **(a) Zivilrechtliche Haftungsnorm?**

Nach § 89 Absatz 1 Satz 1 WHG ist derjenige, der in ein Gewässer Stoffe einbringt oder einleitet oder wer in anderer Weise auf ein Gewässer einwirkt und dadurch die Wasserbeschaffenheit nachteilig verändert, (zivilrechtlich) zum Ersatz des daraus einem anderen entstehenden Schadens verpflichtet. Eine Schadensersatzpflicht trifft auch den Betreiber einer Anlage, die bestimmt ist, Stoffe herzustellen, zu verarbeiten, zu lagern, abzulagern, zu befördern oder wegzuleiten, wenn derartige Stoffe in ein

---

<sup>103</sup> Gesetz über die Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden (Umweltschadensgesetz - USchG) vom 10. Mai 2007, BGBl. I S. 666, zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes vom 4. August 2016, BGBl. I S. 1972.

<sup>104</sup> A.A. offenbar der Landesgesetzgeber in Baden-Württemberg, der die Kompetenz für § 43 Absatz 3 WG-BW ohne nähere Begründung aus § 49 Absatz 4 WHG abzuleiten scheint, vgl. LT-BW Drs. 15/3760, S. 139.

Gewässer gelangen, ohne in dieses eingebracht oder eingeleitet zu sein, und dadurch die Wasserbeschaffenheit nachteilig verändert wird (§ 89 Absatz 2 Satz 1 WHG). Die bundesgesetzliche Regelung der Haftung für Änderungen der Wasserbeschaffenheit beruht nicht auf dem Kompetenztitel aus Art. 74 Absatz 1 Nummer 32 GG (Wasserhaushalt), sondern auf Art. 74 Absatz 1 Nummer 1 (Bürgerliches Recht).<sup>105</sup> In diesem Kompetenzbereich der konkurrierenden Gesetzgebung existiert keine Abweichungskompetenz zugunsten der Länder. Den Ländern ist es angesichts der in diesem Bereich abschließenden Regelung des Bundes verwehrt, den bundesgesetzlichen, aus dieser Vorschrift folgenden Schadensersatzanspruch durch ausfüllendes Länderrecht zu ändern oder zu ergänzen.<sup>106</sup>

### **(b) Regelung der ordnungsrechtlichen Verantwortlichkeit**

Richtigerweise dürfte die in Rede stehende Vorschrift der Volksinitiative allerdings nicht als (zivilrechtliche) Haftungsnorm, sondern vielmehr als Zuweisungsnorm für die öffentlich-rechtliche (Störer-)Verantwortung anzusehen sein.<sup>107</sup> Hierfür spricht bereits der Wortlaut der Regelung („ist für ... Schäden verantwortlich“ und nicht „haftet für Schäden“). Die Gesetzesbegründung der Volksinitiative erlaubt hierzu zwar keinen unmittelbaren Rückschluss, verweist allerdings auf die Formulierung in § 43 des Wassergesetzes für Baden-Württemberg (WG-BW). Nach der Begründung zu § 43 Absatz 3 WG-BW bestimmt diese Vorschrift, dass derjenige, der Erdarbeiten oder Bohrungen vornimmt, für dadurch verursachte qualitative und quantitative Veränderungen des Gewässers sowie Schäden verantwortlich ist. Die Regelung schließt hingegen die Verantwortlichkeit *sonstiger Handlungs- und Zustandsstörer* nicht aus,<sup>108</sup> was auf eine ordnungsrechtliche Intention des baden-württembergischen Landesgesetzgebers hindeutet.

Das Umweltschadengesetz und § 90 WHG sind Bestandteile der Transformation der sogenannten Umwelthaftungsrichtlinie 2004/35/EG vom 21. April 2004<sup>109</sup> in nationales Recht.<sup>110</sup> Auch wenn die landläufige Bezeichnung als „Umwelthaftungsrichtlinie“ nach deutscher Rechtsterminologie eher auf den Einsatz zivilrechtlicher Instrumente hinzuweisen scheint, geht es im Kern um die ordnungsrechtliche, d. h. öffentlich-

---

<sup>105</sup> BT-Drs. 16/12275, S. 41; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, 11. Aufl. 2014, § 89 RN 6; *Reiff* in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, 2. Aufl. 2017, § 89 RN 2; vgl. auch *BayVGH*, Urteil vom 18. Mai 1993, Az. 8 B 86.3010, RN 54 (juris) zu § 22 WHG a.F.

<sup>106</sup> *Hilf* in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, Stand April 2018, § 89 WHG RN 3; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, 11. Aufl. 2014, § 89 RN 6; *Reiff* in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, 2. Aufl. 2017, § 89 RN 2.

<sup>107</sup> *Foerst*, Die Abweichungskompetenz der Länder gemäß Art. 72 III GG im Bereich des Wasserhaushaltsrechts, 2012, S. 351.

<sup>108</sup> LT-BW Drs. 15/3760, S. 139.

<sup>109</sup> Richtlinie 2004/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden, ABl.EU Nr. L 143, S. 56.

<sup>110</sup> *Czychowski/Reinhardt*, WHG, 11. Aufl. 2014, § 90 RN 2.

rechtliche Regelung der Gefahrenvorsorge und Gefahrenabwehr. § 90 WHG enthält die bereichsspezifische Konkretisierung der Vorschriften des Umweltschadensgesetzes und regelt die ordnungsrechtlichen Verantwortlichkeiten bei Schädigung eines Gewässers.<sup>111</sup>

### **(c) Abschließende Regelung durch den Bundesgesetzgeber?**

Die Gesetzgebungskompetenz für § 90 WHG fußt auf Art. 74 Absatz 1 Nummer 32 GG („Wasserhaushalt“).<sup>112</sup> Die Gesetzgebungskompetenz für das Umweltschadensgesetz stützt sich – je nach Regelungsbereich – auf verschiedene Kompetenztitel.<sup>113</sup> Soweit in dem Gesetz eine Schädigung oder die unmittelbare Gefahr einer solchen Schädigung der Gewässer geregelt wird, folgt (auch hier) die Regelungszuständigkeit aus dem Kompetenzbereich für den Wasserhaushalt.<sup>114</sup> Wie bereits dargestellt wurde, zählt dieser Kompetenzbereich zur konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes (Art. 72 Absatz 1 GG) mit einer Abweichungskompetenz der Länder aus Art. 72 Absatz 3 Satz 1 Nummer 5 GG.

Insofern ist der Frage nachzugehen, ob der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit in diesem Bereich abschließend Gebrauch gemacht oder den Ländern einen eigenen Ausgestaltungsspielraum belassen hat. Indizwirkung kommt hierbei dem § 90 Absatz 4 WHG zu. Nach § 90 Absatz 4 WHG bleiben *weitergehende* Vorschriften über Schädigungen oder sonstige Beeinträchtigungen von Gewässern und deren Sanierung unberührt. Die Vorschrift hat nach der Gesetzesbegründung ausschließlich klarstellenden Charakter.<sup>115</sup> In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass die Vorschrift auch weitergehende Vorschriften des Landesrechts unberührt lasse.<sup>116</sup>

Die klarstellende Regelung in § 90 Absatz 4 WHG ist im Zusammenhang mit der in § 1 USchadG verorteten Vorschrift zum sachlichen Anwendungsbereich des Umweltschadensgesetzes zu sehen. Hiernach findet das Umweltschadensgesetz Anwendung, soweit Rechtsvorschriften des Bundes und der Länder die Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden nicht näher bestimmen oder in ihren Anforderungen diesem Gesetz nicht entsprechen. Rechtsvorschriften mit weitergehenden Anforderungen bleiben unberührt. § 1 USchadG bestimmt nicht nur den Anwendungsbereich des Umweltschadensgesetzes, sondern legt zugleich auch denjenigen der mit dem

---

<sup>111</sup> Czychowski/Reinhardt, WHG, 11. Aufl. 2014, § 90 RN 3; vgl. auch Breuer/Gärditz, Öffentliches und privates Wasserrecht, 4. Aufl. 2017, RN 1525.

<sup>112</sup> BT-Drs. 16/12275, S. 41; Reiff in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, 2. Aufl. 2017, § 90 RN 1.

<sup>113</sup> BT-Drs. 16/3806, S. 14 f.

<sup>114</sup> BT-Drs. 16/3806, S. 14.

<sup>115</sup> Vgl. BT-Drs. 16/3806, S. 29 f.

<sup>116</sup> Reiff in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, 2. Aufl. 2017, § 90 RN 30.

Umweltschadensgesetz verknüpften Bestimmung des § 90 WHG fest.<sup>117</sup> Nur wenn die Anforderungen der Verantwortlichkeit für Gewässerschädigungen nach § 90 WHG i.V.m. dem Umweltschadensgesetz über diejenigen sonstiger Rechtsvorschriften hinausgehen, wenn also der von der Umwelthaftungsrichtlinie vorgegebene Mindeststandard bei Anwendung sonstiger nationaler Regelungen unterschritten würde, ist § 90 WHG anwendbar.<sup>118</sup>

Der Bundesgesetzgeber hat demnach im Bereich des § 90 WHG abschließend nur einen unionsrechtlich verbürgten Mindeststandard geregelt. Den Ländern verbleibt ein Regelungsspielraum für ausfüllendes Landesrecht. In diesem Sinne haben die Länder Bayern und Hessen in ihren Wassergesetzen ausführende Vorschriften zu § 90 WHG erlassen.<sup>119</sup> Der Gesetzgeber in Baden-Württemberg hat die Verantwortlichkeit für Gewässerschäden durch Erdarbeiten und Bohrungen in einer landesrechtlichen Norm zu Erdaufschlüssen und Geothermie geregelt (§ 43 Absatz 3 WG-BW, vgl. oben).

Insofern stellt sich auch die von der Volksinitiative vorgeschlagene Regelung in § 7 Absatz 2 LWG-E als kompetenziell zulässig dar, zumal die Regelung nicht hinter den Anforderungen des § 90 WHG i.V.m. dem USchadG zurückbleibt, sondern im Gegenteil eine Verschärfung der Verantwortlichkeit für den Bereich Erdarbeiten und Bohrungen bereits dadurch bewirkt, dass jede hierdurch verursachte nachteilige qualitative und quantitative Veränderung eines Gewässers ausreicht, die Rechtsfolge herbeizuführen. Im Gegensatz dazu bestimmt § 90 Absatz 1 WHG, dass eine Schädigung eines Gewässers im Sinne des Umweltschadensgesetzes einen Schaden mit *erheblichen nachteiligen Auswirkungen* auf den ökologischen oder chemischen Zustand eines oberirdischen Gewässers oder Küstengewässers (§ 90 Absatz 1 Nummer 1 WHG), das ökologische Potenzial oder den chemischen Zustand eines künstlichen oder erheblich veränderten oberirdischen Gewässers oder Küstengewässers (§ 90 Absatz 1 Nummer 2 WHG), den chemischen oder mengenmäßigen Zustand des Grundwassers (§ 90 Absatz 1 Nummer 3 WHG) oder den Zustand eines Meeresgewässers (§ 90 Absatz 1 Nummer 4 WHG) erfordert.

Vor dem Hintergrund dieses Ergebnisses kann offenbleiben, ob die Länder darüber hinaus nach Art. 72 Absatz 3 Satz 1 Nummer 5 GG von § 90 WHG abweichende Re-

---

<sup>117</sup> Petersen in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand: Februar 2012, § 90 WHG RN 85.

<sup>118</sup> Petersen in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand: Februar 2012, § 90 WHG RN 87.

<sup>119</sup> Vgl. Nachweise bei Reiff in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, 2. Aufl. 2017, § 90 RN 30 f.

gelungen treffen können, soweit es sich bei § 90 WHG nicht um eine stoff- oder anlagenbezogene Regelung<sup>120</sup> handelt.<sup>121</sup>

### **(3) Zwischenergebnis**

Die vorgeschlagenen Ergänzungen des § 7 LWG sind kompetenziell zulässig.

#### **c. Einfügen eines neuen § 7a LWG**

Mit dem Gesetzentwurf der Volksinitiative soll ferner ein neuer § 7a in das Landeswassergesetz eingefügt werden. Hiernach ist eine Erlaubnis für eine Gewässerbenutzung nach § 9 Absatz 2 Nummer 3 und 4 WHG zu versagen, wenn *Gestein*<sup>122</sup> zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdgas oder Erdöl aufgebrochen werden soll. Für die übrigen Fälle des § 9 Absatz 2 Nummer 3 und 4 WHG soll § 13a WHG unberührt bleiben.

#### **(1) Kompetenztitel „Wasserhaushalt“ für Fracking-Regeln?**

Die mit der vorgeschlagenen Änderung in Bezug genommenen Normen des Wasserhaushaltsgesetzes betreffen die sog. „Fracking-Technologie“. Sie haben durch das Gesetz vom 4. August 2016 zur Änderung wasser- und naturschutzrechtlicher Vorschriften zur Untersagung und zur Risikominimierung bei den Verfahren der Fracking-Technologie Eingang in das Wasserhaushaltsgesetz gefunden und sind am 11. Februar 2017 in Kraft getreten.<sup>123</sup> Der Bundesgesetzgeber hat die in Rede stehenden Vorschriften im WHG auf die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit für den Wasserhaushalt (Art. 74 Absatz 1 Nummer 32 GG) gestützt.<sup>124</sup>

In der Literatur ist die Berufung des Bundesgesetzgebers auf den Kompetenztitel für den Wasserhaushalt vereinzelt auf Kritik gestoßen. Kritisiert wird, dass die gesetzliche Fiktion einer „unechten Gewässerbenutzung“ gelte, obwohl Fracking-Maßnahmen faktisch oftmals keinen Bezug zu Gewässern hätten. Lediglich die Bohrungen müssten zwangsläufig durch verschiedene Gesteinsschichten vordringen und könnten so zu einem Gewässerkontakt (mit dem Grundwasserleiter) führen. Aufgrund der Verrohrung des Bohrlochs sei der Gewässerkontakt allerdings lediglich theoretischer Natur. Zwar sei eine gesetzliche Fiktion im Wasserhaushaltsrecht grundsätzlich zulässig, allerdings könne sie nicht zur Begründung einer Gesetzgebungskompetenz

---

<sup>120</sup> Vgl. hierzu *Foerst*, Die Abweichungskompetenz der Länder gemäß Art. 72 III GG im Bereich des Wasserhaushaltsrechts, S. 351 ff.; *Apel*, Die Reform des Föderalismus im Wasserhaushaltsrecht, 2016, S. 129.

<sup>121</sup> Vgl. zur Frage der Abweichungsbefugnis im europäischen Harmonisierungsrahmen *Apel*, Die Reform des Föderalismus im Wasserhaushaltsrecht, 2016, S. 150 ff. m.w.N.

<sup>122</sup> Die Vorschrift ist gegenüber § 13a Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 WHG nicht auf Schiefer-, Ton- oder Mergelgestein oder Kohleflözgestein beschränkt.

<sup>123</sup> BGBl. I 2016, S. 1972.

<sup>124</sup> BT-Drs. 18/4713, S. 15.

führen, da sich der Gesetzgeber ansonsten mithilfe solcher Fiktionen Gesetzgebungskompetenzen selbst schaffen könne. Die Einbeziehung der Fracking-Technologie in den Anwendungsbereich des Wasserhaushaltsgesetzes sei vor diesem Hintergrund als ultra-vires Entscheidung einzustufen. Eine Gesetzgebungskompetenz gemäß Art. 74 Absatz 1 Nummer 32 GG („Wasserhaushalt“) besteht nach dieser Auffassung nicht.<sup>125</sup> Unterstellte man diese Auffassung als zutreffend, so ergäbe sich eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Reglementierung von Fracking-Maßnahmen nicht aus dem Kompetenztitel für den Wasserhaushalt, sondern aus Art. 74 Absatz 1 Nummer 11 GG („Recht der Wirtschaft“ – Bergbau).<sup>126</sup> Eine Abweichungskompetenz des Landes nach Art. 72 Absatz 3 GG besteht auf diesem Gebiet nicht, weshalb von (abschließenden) bergrechtlichen Vorschriften des Bundes abweichende Landesgesetze kompetenziell unzulässig wären.<sup>127</sup>

Überwiegend wird jedoch nicht in Zweifel gezogen, dass der Bundesgesetzgeber seine Regelungskompetenz auf Art. 74 Absatz 1 Nummer 32 GG („Wasserhaushalt“) stützen durfte. Der Kompetenztitel für den Wasserhaushalt erstreckt sich – wie bereits dargestellt wurde – auf das gesamte Wasserwirtschaftsrecht, d.h. auf die Bewirtschaftung des in der Natur vorhandenen Oberflächen- und Grundwassers nach Menge und Güte.<sup>128</sup> Hierunter fallen insbesondere auch *Fragen der Einleitung und des Schutzes vor Verschmutzungen*.<sup>129</sup> 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.<sup>130</sup> Insofern kann für ein gesetzliches Verbot des Fracking hinsichtlich etwaiger Gefahren für den Wasserhaushalt die Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nummer 32 GG herangezogen werden.<sup>131</sup>

---

<sup>125</sup> Giesberts/Kastelec in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, Stand: Dez. 2017, § 13a WHG Rn. 38; Frenz, Fracking-Verbot, NVwZ 2016, S. 1042 (1044); Frenz in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, 2. Aufl. 2017, § 13a, 13b RN 23.

<sup>126</sup> Auf diesem Gebiet hat der Bund das Gesetzgebungsrecht, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht (Art. 72 Absatz 2 GG).

<sup>127</sup> Vgl. von Weschpfennig, Die Kopplung von Berg- und Wasserrecht in der Fracking-Gesetzgebung, W+B 2017, S. 56 (66 f.).

<sup>128</sup> BVerfGE 15,1 (15).

<sup>129</sup> Degenhart in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 74 RN 124 m.w.N.

<sup>130</sup> Ramsauer/Wendt, Einsatz der Fracking-Technologie insbesondere aus Sicht des Gewässerschutzes, NVwZ 2014, S. 1401 (1403) m.w.N.

<sup>131</sup> Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Förderung von unkonventionellem Erdgas - Möglichkeiten der rechtlichen Beschränkung, WD 3 - 3000 - 372/11 vom 19. Dezember 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.

Auch die Volksinitiative geht wegen der Bezugnahme auf eine Abweichungskompetenz des Landes aus Art. 72 Absatz 3 Satz 1 Nummer 5 GG erkennbar von einer Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes aus dem Kompetenztitel „Wasserhaushalt“ aus. Für die Richtigkeit dieser Annahme spricht, dass auch der Tatbestand einer unechten Gewässerbenutzung gemäß § 9 Absatz 2 Nummer 2 WHG auf den genannten Kompetenztitel gestützt wird, was – soweit ersichtlich – von der Rechtsprechung bislang nicht beanstandet worden ist. Als Gewässerbenutzungen gelten hiernach (auch) Maßnahmen, die geeignet sind, dauernd oder in einem nicht nur unerheblichen Ausmaß nachteilige Veränderungen der Wasserbeschaffenheit herbeizuführen. Der Begriff der Geeignetheit ist weit auszulegen. Bei Einwirkungen auf das Grundwasser genügt angesichts dessen hoher Schutzbedürftigkeit bereits ein entfernter Grad an Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts.<sup>132</sup> Der hierin zum Ausdruck kommende Gedanke, eine Grund- und Trinkwassergefährdung auszuschließen, liegt erkennbar auch den neuen unechten Benutzungstatbeständen für Fracking-Maßnahmen zugrunde,<sup>133</sup> was für eine Zuordnung der Normen zum Kompetenztitel „Wasserhaushalt“ spricht.<sup>134</sup> Insofern wird für die weitere Untersuchung davon ausgegangen, dass der Bund seine Gesetzgebungszuständigkeit zutreffend auf Art. 74 Absatz 1 Nummer 32 GG gestützt hat.

## **(2) Abschließende Regelung durch den Bund**

Vereinfacht lässt sich das wasserrechtliche Regelungskonzept des Bundesgesetzgebers zum Fracking wie folgt beschreiben: Da in der wissenschaftlichen Diskussion Unsicherheit bestand, ob Fracking-Maßnahmen als unechte Gewässerbenutzungen im Sinne des § 9 Absatz 2 Nummer 2 WHG anzusehen sind,<sup>135</sup> hat der Bundesgesetzgeber den Katalog der unechten Gewässerbenutzungen (insbesondere) um § 9 Absatz 2 Nummer 3 WHG erweitert, wonach das Aufbrechen von Gestein unter hydraulischem Druck zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdgas, Erdöl oder Erdwärme, einschließlich der zugehörigen Tiefbohrungen, als Benutzung eines Gewässers gilt. Die Benutzung eines Gewässers bedarf der Erlaubnis (oder Bewilligung), soweit nicht durch das Wasserhaushaltsgesetz oder auf Grund dieses Gesetzes erlassener Vorschriften etwas anderes bestimmt ist (§ 8 Absatz 1 WHG). Hinsichtlich der Erlaub-

---

<sup>132</sup> *Czychowski/Reinhardt*, WHG, 11. Aufl. 2014, § 9 RN 86 m.w.N.

<sup>133</sup> Vgl. BT-Drs. 18/4713, S. 14, 21.

<sup>134</sup> Vgl. *von Weschpfennig*, Die Kopplung von Berg- und Wasserrecht in der Fracking-Gesetzgebung, W+B 2017, S. 56 (62), einschränkend hinsichtlich des Kompetenztitels „Wasserhaushalt“ allerdings bezüglich der Gesetzgebungszuständigkeit „für das Verbot des ‚unkonventionellen‘ Frackings“ (66 f.).

<sup>135</sup> Sofern nicht bereits die Durchteufung des Grundwasserleiters bei der „Fracking-Bohrung“ sowie die Verrohrung des Bohrlochs im Bereich des Grundwassers als echte Gewässerbenutzung im Sinne des § 9 Absatz 1 Nr. 4 WHG („Einbringen von Stoffen in Gewässer“) anzusehen ist, vgl. *Breuer/Gärditz*, Öffentliches und privates Wasserrecht, 4. Aufl. 2017, RN 444. Echte Gewässerbenutzungen (§ 9 Absatz 1 WHG) gehen unechten Gewässerbenutzungen (§ 9 Absatz 2 WHG) tatbestandlich vor („Soweit nicht bereits eine Benutzung nach Absatz 1 vorliegt, gelten als Benutzungen auch...“).



nisfähigkeit einer unechten Gewässerbenutzung im Sinne des § 9 Absatz 2 Nummer 3 WHG ist zwischen dem konventionellen und dem unkonventionellen Fracking zu unterscheiden. Die Unterscheidung richtet sich primär nach der Durchlässigkeit des jeweiligen Gesteins, in dem sich das zu fördernde Gasvorkommen (bzw. Erdölvorkommen) befindetet.<sup>136</sup> Konventionelles Fracking wird vor allem in (durchlässigeren) Sandsteinformationen durchgeführt und kommt in Deutschland seit vielen Jahren auf der Grundlage des Berg- und Umweltrechts zum Einsatz. Unkonventionelles Fracking wird u. a. in (undurchlässigeren) Schiefer- und Tongesteinsformationen angewandt.<sup>137</sup> Erfahrungen mit dieser Technologie gibt es in Deutschland bisher nicht oder allenfalls in Ansätzen.<sup>138</sup> Als Faustformel gilt: Je undurchlässiger das Gestein, desto größere Mengen an Frackflüssigkeit müssen unter größerem Druck zur Freisetzung und Förderung verpresst werden. Ferner bedarf es einer größeren Anzahl von Bohrungen.<sup>139</sup> Unterschiede gibt es auch in der Zusammensetzung der Frack-Fluide: Je undurchlässiger das Gestein, desto höhere Anforderungen sind an die chemische Zusammensetzung der Fluide zu stellen, um die erzeugten Gesteinsrisse für die Gewinnung offen zu halten.

Die Erlaubnis für eine (unechte) Gewässerbenutzung im Sinne des § 9 Absatz 2 Nummer 3 WHG ist nach § 13a Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 WHG zu versagen, wenn *Schiefer-, Ton- oder Mergelgestein oder Kohleflözgestein* zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdöl oder Erdgas aufgebrochen werden soll (unkonventionelles Fracking). Konventionelle Fracking-Maßnahmen (in Sandsteinformationen) sind wegen der eindeutigen Beschränkung auf die zuvor genannten Gesteinsschichten nicht bereits nach § 13a Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 WHG von der Erlaubnisfähigkeit ausgeschlossen. Sofern die Erteilung einer solchen Erlaubnis nicht aufgrund der besonderen Schutzwürdigkeit der betroffenen Gebietskulisse (nach § 13a Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 oder Absatz 3 WHG)<sup>140</sup> ausscheidet, hängt die Erlaubnisfähigkeit konventioneller Fracking-Maßnahmen in erster Linie von der Zusammensetzung (Wassergefährlichkeit) der zum Einsatz kommenden Gemische zum Aufbrechen des Gesteins (sog. „Frack-Fluide“) ab.<sup>141</sup>

---

<sup>136</sup> Giesberts/Kastelec, Das Regelungspaket zum Fracking, NVwZ 2017, S. 360 (361).

<sup>137</sup> Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Aktueller Begriff Fracking, Nr. 22/16 vom 14. September 2016, S. 1.

<sup>138</sup> vgl. von Weschpfennig, Die Kopplung von Berg- und Wasserrecht in der Fracking-Gesetzgebung, W+B 2017, S. 56; BT-Drs. 18/4713, S. 1; Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Förderung von unkonventionellem Erdgas - Möglichkeiten der rechtlichen Beschränkung, WD 3 - 3000 - 372/11 vom 19. Dezember 2011, S. 6.

<sup>139</sup> vgl. BT-Drs. 18/4713, S. 22.

<sup>140</sup> Bspw. Wasserschutzgebiete, Heilquellenschutzgebiete, Wasserentnahmestellen für die öffentliche Wasserversorgung, etc.

<sup>141</sup> Wendenburg in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, 2. Aufl. 2017, Einleitung RN 36.

Der Bundesgesetzgeber hat diesen Bereich erkennbar abschließend geregelt. So hat er ein detailliertes, zwischen konventionellem und unkonventionellem Fracking differenzierendes Regelungskonstrukt geschaffen. Erkennbar wird die abschließende Regelungsentention des Bundesgesetzgebers insbesondere anhand des Umstands, dass er in § 13a Absatz 2 WHG bundesweit Erlaubnisse für genau vier Erprobungsmaßnahmen für unkonventionelles Fracking zugelassen hat, um die Auswirkungen auf die Umwelt, insbesondere den Untergrund und den Wasserhaushalt, wissenschaftlich zu erforschen. Die Zulassung dieser Erprobungsmaßnahmen bedarf der Zustimmung der jeweiligen Landesregierung (§ 13a Absatz 2 Satz 2 WHG), die solche Maßnahmen auf ihrem Gebiet zulassen will. Andererseits sind die Länder außerhalb des vom Bundesgesetzgeber gesetzten Rahmens nicht befugt, unkonventionelle Fracking-Maßnahmen zuzulassen. Für eine abschließende Regelung im Übrigen spricht auch, dass der Bundesgesetzgeber in § 13a Absatz 3 WHG punktuell eine detaillierte und eng umrissene Öffnungsklausel zugunsten der Landesgesetzgeber geschaffen hat. Hiernach kann durch Landesrecht bestimmt werden, dass Erlaubnisse für die Benutzungen nach § 9 Absatz 2 Nummer 3 und 4 WHG auch in oder unter Gebieten, in denen untertägiger Bergbau betrieben wird oder betrieben worden ist, nur unter bestimmten Auflagen erteilt werden dürfen oder zu versagen sind. Eine derartige Regelung wäre nicht erforderlich gewesen, wenn der Bundesgesetzgeber den Ländern für den gesamten Regelungsbereich eine umfassende eigene Gesetzgebungskompetenz oder zumindest eine Ausgestaltungsbefugnis hätte belassen wollen. In diese Richtung deutet auch das Ziel des Bundesgesetzgebers, die z. T. unterschiedliche Verwaltungspraxis in den Ländern zu vereinheitlichen.<sup>142</sup> Aufgrund der abschließenden Regelung der Materie durch den Bundesgesetzgeber scheidet eine Gesetzgebungskompetenz der Länder nach Art. 72 Absatz 1 GG (mit Ausnahme der skizzierten Öffnungsklausel in § 13a Absatz 3 WHG) aus.

### **(3) Abweichungskompetenz der Länder?**

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 (Art. 72 Absatz 3 Satz 1 Nummer 5 i.V.m. Art. 125b Absatz 1 Satz 3 GG<sup>143</sup>). Bezugspunkt des sogenannten „abweichungsfesten Kerns“<sup>144</sup>

---

<sup>142</sup> BT-Drs. 18/4713, S. 21.

<sup>143</sup> 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.

<sup>144</sup> BT-Drs. 16/813, S. 11.

ist das *Bundesrecht*. Demnach dürfen die Länder nicht durch Gesetz von stoff- oder anlagenbezogenen Regelungen des Bundes abweichen.<sup>145</sup>

### **(a) Von der landesgesetzlichen Abweichung betroffenes Bundesrecht**

Es stellt sich zunächst die Frage, inwieweit durch den Vorschlag, einen § 7a in das LWG des Landes einzufügen, vom Bundesrecht abgewichen wird.

In Teilen der Literatur wird zumeist pauschal und ohne nähere Begründung die Ansicht vertreten, dass es sich bei den Regelungen des Bundes zum Fracking insgesamt um abweichungsfeste Normen handele, die einem Zugriff der Länder entzogen seien.<sup>146</sup> Folgte man dieser Auffassung, würde sich eine exakte Identifizierung der von einer Abweichung betroffenen Bundesnormen erübrigen, wenn – wie hier – sicher angenommen werden könnte, dass jedenfalls von einer bundesrechtlichen „Fracking-Norm“ abgewichen wird. Eine derart pauschale Feststellung erscheint aus hiesiger Sicht allerdings weder sachgerecht noch ausreichend, um die Kompetenzverteilung zwischen dem Bund und den Ländern auf dem Gebiet der Abweichungsgesetzgebung für den Wasserhaushalt abschließend zu bewerten. Es ist demnach auf die jeweils betroffene(n) Regelung(en) abzustellen und deren Stoff- oder Anlagenbezogenheit zu untersuchen.<sup>147</sup>

Unter einer Abweichung im Sinne des Art. 72 Absatz 3 GG wird die *inhaltliche Konkurrenz durch abweichende Regelungsgehalte*<sup>148</sup> oder anders ausgedrückt *jede inhaltlich (materiell) andere Regelung*<sup>149</sup> verstanden.<sup>150</sup> Eine Abweichung in diesem Sinne liegt für den § 13a Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 WHG auf der Hand.

§ 13a Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 WHG lautet (Hervorhebung durch Verf.):

„(1) Eine Erlaubnis für eine Gewässerbenutzung nach § 9 Absatz 2 Nummer 3 und 4 ist zu versagen, wenn

---

<sup>145</sup> 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).

<sup>146</sup> Wagner, „Fracking“ – Der Regierungsentwurf, UPR 2015, S. 201 (207); Schlacke/Schnittker, Fracking und Raumordnung – Steuerungspotenziale der Landesentwicklungsplanung, ZUR 2016, S. 259 (260).

<sup>147</sup> Giesberts/Kastelec in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, Stand: Dez. 2017, § 13a WHG Rn. 43.

<sup>148</sup> Kunig in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band 2, 6. Aufl. 2012, Art. 72 RN 29.

<sup>149</sup> Pieroth in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 72 RN 30.

<sup>150</sup> Auf die in der Literatur umstrittene Frage, ob auch eine reine Negativgesetzgebung des Landesgesetzgebers (allein durch die Anordnung, dass die bundesgesetzliche Regelung nicht gelten soll) von der Abweichungsbefugnis im Sinne des Art. 72 Absatz 3 GG umfasst ist (vgl. Nachweise bei Pieroth in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 72 RN 30), kommt es hier nicht an.

1. *Schiefer-, Ton- oder Mergelgestein oder Kohleflözgestein* zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdgas oder Erdöl aufgebrochen werden soll (...)
2. (...).“

Der vorgeschlagene § 7a LWG-E lautet (Hervorhebung durch Verf.):

„Eine Erlaubnis für eine Gewässerbenutzung nach § 9 Absatz 2 Nummer 3 und 4 des Wasserhaushaltsgesetzes ist zu versagen, wenn *Gestein* zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdgas oder Erdöl aufgebrochen werden soll. Für die übrigen Fälle des § 9 Absatz 2 Nummer 3 und 4 bleibt § 13a des Wasserhaushaltsgesetzes unberührt.“

Nach § 7a LWG-E ist die Erlaubnis für eine Gewässerbenutzung durch Fracking-Maßnahmen im Sinne des § 9 Absatz 2 Nummer 3 WHG nicht nur für das Aufbrechen von Schiefer-, Ton-, Mergel- oder Kohleflözgestein (unkonventionelles Fracking), sondern für alle Gesteinsarten (auch konventionelles Fracking) zu versagen. Damit weicht die vorgeschlagene Landesnorm materiell von § 13a Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 WHG ab, indem sie den Tatbestand hinsichtlich der einschlägigen Gesteinsarten erweitert. Es wird daher sogleich unter (b) zu prüfen sein, ob es sich bei § 13a Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 WHG um eine stoff- oder anlagenbezogene Regelung handelt.

Fraglich ist, ob über den § 13a Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 WHG hinaus von weiteren bundesrechtlichen Normen abgewichen wird. Zwar nimmt der Gesetzentwurf der Volksinitiative nach dem äußeren Erscheinungsbild nur eine punktuelle Änderung gegenüber dem Wortlaut des § 13a Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 WHG vor, indem er die abschließende Aufzählung der Gesteinsschichten, in denen die Erlaubnis für eine (unechte) Gewässerbenutzung durch Fracking-Maßnahmen zu versagen ist, durch den alle Gesteinsarten umfassenden Oberbegriff „Gestein“ ersetzt.

Nach Auffassung des Wissenschaftlichen Dienstes greift eine allein am Wortlaut orientierte Betrachtung des von einer Abweichung betroffenen Bundesrechts zu kurz. Wie bereits dargestellt wurde kommt es bei der Identifizierung des Bundesrechts, von dem durch Landesrecht abgewichen wird, auf die materiell-rechtliche Wirkung der landesrechtlichen Regelung an. Es darf – gerade auch mit Blick auf den Schutzzweck, den der verfassungsändernde Gesetzgeber mit den Bereichsausnahmen in

Art. 72 Absatz 3 Satz 1 Nummer 5 GG verfolgt hat<sup>151</sup> – nicht von der Kreativität der Gesetzesformulierung abhängen, ob ein System, das der Bundesgesetzgeber zum Schutz der Gewässer vor stofflichen Belastungen oder den von Anlagen ausgehenden Gefahren geschaffen hat, der Abweichungskompetenz der Länder unterliegt oder nicht.

Die Abweichungsgesetzgebung versetzt die Länder in die Lage, durch den Erlass eigener Regelungen nach ihrem Ermessen von der bundesgesetzlichen Regelung abzuweichen. Dies gilt sowohl für das „ob“ als auch hinsichtlich der Reichweite der Regelung.<sup>152</sup> Den Ländern wird durch die Abweichungskompetenz damit die Möglichkeit erschlossen, abweichend von der Konzeption des Bundes eigene Konzeptionen zu verwirklichen.<sup>153</sup> Hinsichtlich der inhaltlichen Gestaltung des abweichenden Landesrechts ist das Land prinzipiell frei.<sup>154</sup>

In den Blick zu nehmen sind folglich alle Abweichungen, die sich durch die landesrechtliche Initiative für das bundesgesetzlich verfolgte Regelungskonzept ergeben. Von der Abweichung ist insofern nicht nur die Norm im Wasserhaushaltsgesetz betroffen, deren Wortlaut im Landesrecht aufgegriffen und modifiziert wird. Betroffen sind darüber hinaus alle diejenigen Bundesnormen, die nach der landesrechtlichen Neukonzeption nicht oder nicht mehr in dem vom Bundesgesetzgeber vorgesehenen Ausmaß zur Anwendung gelangen.

Materiell-rechtlich würde die vorgeschlagene Änderung des Landesrechts dazu führen, dass – entgegen der Grundentscheidung des Bundesgesetzgebers – nunmehr auch Fracking-Maßnahmen in Sandsteinformationen (konventionelles Fracking, vgl. oben) generell nicht mehr erlaubnisfähig wären. Im selben Maße, wie der Anwendungsbereich des strikten Versagungstatbestandes in § 13a Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 WHG durch den Gesetzentwurf der Volksinitiative in diesem Sinne erweitert würde (zwingende Versagung der Erlaubnis für Fracking bei der Aufsuchung oder Gewinnung von Erdgas oder Erdöl unabhängig von der Art des betroffenen Gesteins), würde sich der Anwendungsbereich des § 13a Absatz 4 WHG (bedingte Erlaubnisfähigkeit von Fracking-Maßnahmen in anderen als den bislang genannten Gesteins-

---

<sup>151</sup> Vgl. BT-Drs. 16/813, S. 11: „Stoffliche Belastungen oder von Anlagen ausgehende Gefährdungen der Gewässer sind Kernbereiche des Gewässerschutzes, die durch bundesweit einheitliche rechtliche Instrumentarien zu regeln sind.“

<sup>152</sup> Uhle, Verfassungsnorm im Aufwind: Art. 125a GG, DÖV 2006, S. 370 (374); Haug, Die Abweichungsgesetzgebung – ein Kuckucksei der Föderalismusreform?, DÖV 2008, S. 851 (854); Sannwald in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 72 RN 103.

<sup>153</sup> BT-Drs. 16/813, S. 11; Pieroth in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 72 RN 30; Sannwald in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 72 RN 103

<sup>154</sup> Sannwald in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 72 RN 103 m.w.N.

schichten und außerhalb geschützter Gebietskulissen) reduzieren.<sup>155</sup> Insofern setzt der Gesetzentwurf eine eigene Konzeption an die Stelle der bundesgesetzlichen Konzeption der wasserrechtlichen Zulässigkeit von Fracking-Maßnahmen.<sup>156</sup> Die Abweichung durch die vorgesehene landesrechtliche Änderung erstreckt sich dann aber auf alle Normen, die zum Regelungskonzept des Bundesgesetzgebers zu zählen sind. Deshalb ist neben dem § 13a Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 WHG zumindest auch § 13a Absatz 4 WHG in die Betrachtung, ob durch Landesrecht von einer anlagen- oder stoffbezogenen Regelung des Bundes abgewichen wird, einzubeziehen. Die Volksinitiative wäre folglich auch dann unzulässig, wenn sich § 13a Absatz 4 WHG als abweichungsfest erweisen sollte – dazu sogleich unter (c).

### **(b) Abweichungsfestigkeit des § 13a Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 WHG**

Es stellt sich daher zunächst die Frage, ob § 13a Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 WHG eine abweichungsfeste Regelung im Sinne des Art. 72 Absatz 3 Satz 1 Nummer 5 GG (Klammerzusatz) ist. Dies wäre der Fall, wenn es sich bei der Vorschrift um eine (stoff- oder) anlagenbezogene Regelung handelt.

#### **(aa) Anlagenbegriff**

Dem Verfassungsrecht ist kein legaldefinierter Anlagenbegriff zu entnehmen. Da sich die entsprechende Bereichsausnahme in Art. 72 Absatz 3 GG auf den Kompetenztitel für den Wasserhaushalt bezieht, liegt es nahe, im einschlägigen Fachrecht nach Hinweisen für eine Auslegung des verfassungsrechtlichen Anlagenbegriffs zu suchen. Wie weit der Anlagenbegriff im diesem Sinne zu verstehen ist, ist umstritten.<sup>157</sup>

Eine gesetzliche Begriffsbestimmung der „Anlage“ enthalten weder das Wasserhaushaltsrecht noch das hilfsweise heranzuziehende Naturschutzrecht des Bundes.<sup>158</sup> Das Wasserhaushaltsgesetz benennt allerdings in verschiedenen Regelungen unterschiedliche Anlagentypen.<sup>159</sup> Darüber hinaus finden sich diverse Regelungen im

---

<sup>155</sup> Tatsächlich dürfte sich der Anwendungsbereich des § 13a Absatz 4 WHG unter Geltung des Gesetzentwurfes der Volksinitiative auf Fracking-Maßnahmen zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdwärme reduzieren (vgl. § 9 Absatz 2 Nr. 3 WHG), da das Aufbrechen von Gestein unter hydraulischem Druck zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdgas oder Erdöl nach § 7a LWG-E nicht mehr erlaubnisfähig wäre.

<sup>156</sup> Vgl. zur Möglichkeit der Länder, abweichend von der Konzeption des Bundes eigene Konzeptionen zu verwirklichen BT-Drs. 16/813, S. 11; *Sannwald* in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 72 RN 103; *Wittreck* in: Dreier, Grundgesetz Kommentar Band II, 3. Aufl. 2015, Art. 72 RN 41.

<sup>157</sup> *Foerst*, Die Abweichungskompetenz der Länder gemäß Art. 72 III GG im Bereich des Wasserhaushaltsrechts, S. 140; *Apel*, Die Reform des Föderalismus im Wasserhaushaltsrecht, 2016, S. 256 ff., 264 ff.

<sup>158</sup> *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.

<sup>159</sup> Bspw. § 28 WHG - Hafenanlagen, § 34 WHG – Stauanlagen, § 36 WHG – Anlagen in, an, über und unter Gewässern (insbesondere bauliche Anlagen wie Gebäude, Brücken, Stege, Unterführungen, Hafenanlagen und Anlegestellen sowie Leitungsanlagen und Fähren), § 50 Absatz 4 WHG – Wassergewinnungsanlagen, § 54 Ab-

Wasserhaushaltsgesetz, die den Begriff der „Anlage“ verwenden.<sup>160</sup> Nach einem in Rechtsprechung und Literatur verbreiteten weiten Begriffsverständnis<sup>161</sup> beschränkt sich der Anlagenbegriff hingegen nicht auf die im Wasserhaushaltsgesetz ausdrücklich genannten Anlagentypen.<sup>162</sup> Vielmehr muss der Anlagenbegriff vor allem vor dem Hintergrund des Zwecks des jeweiligen Fachgesetzes beurteilt werden, nachteilige (von Anlagen ausgehende) Einwirkungen auf die zu schützenden Rechtsgüter zu vermeiden.<sup>163</sup>

Auch die Intention des verfassungsändernden Gesetzgebers lag bei der Einführung der Bereichsausnahme in Art. 72 Absatz 3 Satz 1 Nummer 5 GG nach der Gesetzesbegründung erkennbar darin, einen bundeseinheitlichen Schutz vor den von Anlagen ausgehenden Gefährdungen der Gewässer zu gewährleisten.<sup>164</sup> Dementsprechend erscheint es aus hiesiger Sicht folgerichtig, den verfassungsrechtlich geprägten Anlagenbegriff des Art. 72 GG – ebenso wie das Begriffsverständnis im Wasserrecht – weit zu fassen, um den Anforderungen an den Gewässerschutz<sup>165</sup> gerecht zu werden.<sup>166</sup> Für ein weites Begriffsverständnis spricht im Übrigen auch der Schutzauftrag des Art. 20a GG für die natürlichen Lebensgrundlagen.

Infolge dieses weitreichenden Verständnisses wird bei der Begriffsbestimmung teilweise auf den immissionsschutzrechtlichen Anlagenbegriff im Sinne des § 3 Abs. 5 Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) verwiesen,<sup>167</sup> da das Immissionsschutz-

---

satz 2 Satz 2 WHG – Kleinkläranlagen, §§ 57 bis 61 WHG – Abwasseranlagen, §§ 62 bis 63 WHG – Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen, § 78 WHG – bauliche Anlagen, § 78a Absatz 5 Satz 3 WHG – Anlagen der (öffentlichen, § 78d Absatz 3 Satz 2 WHG) Verkehrsinfrastruktur, § 78c WHG - Heizölverbraucheranlagen, § 91 WHG – Messanlagen, § 92 WHG – Triebwerksanlage, § 93 WHG – Anlagen zur Durchleitung von Wasser und Abwasser, § 94 WHG - Grundstücksentwässerungs-, Wasserversorgungs- oder Abwasseranlagen.

<sup>160</sup> Bspw. in § 8 Absatz 3 Nr. 2 WHG, § 8 Absatz 4 WHG, § 9 Absatz 2 Nr. 1 WHG, § 14 Absatz 4 Satz 1 Nr. 3 WHG, § 20 Absatz 1 Satz 1 Nr. 3 und 5 sowie Satz 2 WHG, § 23 Absatz 1 Nr. 5 WHG, § 38 Absatz 4 Nr. 3 WHG, § 40 Absatz 1 Satz 2 WHG, § 53 Absatz 3 Satz 2 WHG, § 54 Absatz 1 Satz 2 WHG, § 55 Absatz 1 Satz 2 WHG, § 78a Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 WHG (Mauern, Wälle oder ähnliche Anlagen), § 89 Absatz 2 WHG, § 94 und § 102 WHG

<sup>161</sup> OVG Schleswig, Urteil vom 23. Juni 2011, Az. 4 LB 2/10, RN 33 (juris).

<sup>162</sup> Ginzky/Rechenberg, Der Gewässerschutz in der Föderalismusreform, ZUR 2006, S. 344 (347).

<sup>163</sup> Ginzky/Rechenberg, Der Gewässerschutz in der Föderalismusreform, ZUR 2006, S. 344 (346 f.).

<sup>164</sup> BT-Drs. 16/813, S 11: „Stoffliche Belastungen oder von Anlagen ausgehende Gefährdungen der Gewässer sind Kernbereiche des Gewässerschutzes, die durch bundesweit einheitliche rechtliche Instrumentarien zu regeln sind.“

<sup>165</sup> Vgl. § 1 WHG: „Zweck dieses Gesetzes ist es, durch eine nachhaltige Gewässerbewirtschaftung die Gewässer als Bestandteil des Naturhaushalts, als Lebensgrundlage des Menschen, als Lebensraum für Tiere und Pflanzen sowie als nutzbares Gut zu schützen.“

<sup>166</sup> Ginzky/Rechenberg, Der Gewässerschutz in der Föderalismusreform, ZUR 2006, S. 344 (346); Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Fragen zur Abweichungskompetenz der Länder auf dem Gebiet des Wasserhaushalts, WD 3 - 3000 - 049/17 vom 9. März 2017, S. 5; Schwendner in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, Stand: September 2014, § 89 RN 56; Reiff in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, 2. Aufl. 2017, § 89 RN 68; Breuer/Gärditz, Öffentliches und privates Wasserrecht, 4. Aufl. 2017, RN 1496.

<sup>167</sup> 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.

recht traditionell einen umfassenden Anlagenbegriff aufweist.<sup>168</sup> Anlagen sind hier nach Betriebsstätten und sonstige ortsfeste Einrichtungen (§ 3 Abs. 5 Nummer 1 BImSchG), Maschinen, Geräte und sonstige ortsveränderliche technische Einrichtungen sowie (unter bestimmten Voraussetzungen) Fahrzeuge (§ 3 Abs. 5 Nummer 2 BImSchG) und bestimmte Grundstücke (§ 3 Abs. 5 Nummer 3 BImSchG).

Zusammengeführt umfasst der Anlagenbegriff alle geschaffenen ortsfesten oder ortsbeweglichen Vorkehrungen, Vorrichtungen oder künstlich geschaffene Zustände von einiger Dauer, die etwaig auf die Gewässereigenschaft, den Zustand des Gewässers, die Wasserbeschaffenheit oder den Wasserabfluss einwirken können.<sup>169</sup> Das OVG Schleswig versteht eine Anlage im wasserhaushaltsrechtlichen Sinne als eine für eine gewisse Dauer vorgesehene, als Funktionseinheit organisierte Einrichtung von nicht ganz unerheblichem Ausmaß, die der Erfüllung bestimmter Zwecke dient. Auf das Vorhandensein baulicher Anlagen, technischer Geräte, maschineller oder sonstiger Teile kommt es nicht an.<sup>170</sup>

Anlagen im Sinne des Wasserhaushaltsrechts sind – vereinfacht ausgedrückt – jedenfalls auch alle technischen Einrichtungen, die geeignet sind, nachteilige Einwirkungen auf die Gewässer zu verursachen.<sup>171</sup>

Bohrtürme, mit denen Tiefbohrungen für Fracking-Maßnahmen niedergebracht werden, sind Anlagen in diesem Sinne, da sie jedenfalls im Falle einer Durchteufung des Grundwasserleiters geeignet sind, nachteilige Einwirkungen auf das Grundwasser zu verursachen. Auch die weiteren technischen Einrichtungen, die benötigt werden, um unter hydraulischem Druck Gestein zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdöl, Erdgas oder Erdwärme aufzubrechen, sind Anlagen im Sinne des Art. 72 Absatz 3 Satz 1 Nummer 5 GG. Ihre Eignung, nachteilig auf die Gewässer (insbesondere auf das Grundwasser) zu wirken, hat der Gesetzgeber mit Einführung des unechten Benutzungstatbestandes in § 9 Absatz 2 Nummer 3 WHG unterstellt.

### **(bb) Anlagenbezogenheit**

Klärungsbedürftig ist, wann eine Rechtsvorschrift auf Anlagen *bezogen* ist („anlagenbezogene Regelungen“, vgl. Art. 72 Absatz 3 Satz 1 Nummer 5 GG).

---

<sup>168</sup> *Apel*, Die Reform des Föderalismus im Wasserhaushaltsrecht, 2016, S. 259.

<sup>169</sup> *Apel*, Die Reform des Föderalismus im Wasserhaushaltsrecht, 2016, S. 260 m.w.N.

<sup>170</sup> *OVG Schleswig*, Urteil vom 23. Juni 2011, Az. 4 LB 2/10, RN 33 (juris).

<sup>171</sup> *Foerst*, Die Abweichungskompetenz der Länder gemäß Art. 72 III GG im Bereich des Wasserhaushaltsrechts, S. 140 m.w.N.



Nach der Begründung des verfassungsändernden Gesetzgebers sind auf Anlagen bezogen alle Regelungen, deren Gegenstand von Anlagen ausgehende Einwirkungen auf den Wasserhaushalt betreffen, z. B. das Einbringen oder Einleiten von Stoffen.<sup>172</sup>

In der Literatur umstritten und in der Rechtsprechung noch nicht geklärt ist die Frage, wie konkret und unmittelbar sich ein etwaiger Anlagenbezug aus einer wasserrechtlichen Vorschrift des Bundes ergeben muss, um die Norm als abweichungsfest im Sinne des Art. 72 Absatz 3 Satz 1 Nummer 5 GG (Klammerzusatz) zu qualifizieren.

Anlagenbezogene Regelungen sind nach in der Literatur verbreiteter Ansicht all jene den Wasserhaushalt betreffenden Vorschriften, die an die Vorbereitung, die Errichtung, *den Betrieb* oder an die Stilllegung *einer Anlage* anknüpfen<sup>173</sup> bzw. die die *Abwehr und Vermeidung von durch* die Herstellung, Veränderung, Unterhaltung oder Stilllegung oder *den Betrieb von Anlagen verursachenden negativen Auswirkungen auf Gewässer* zum Gegenstand haben<sup>174</sup>. Keine anlagenbezogenen Regelungen sollen solche Normen sein, „die die Wasserqualität betreffen oder ansonsten in erster Linie einen Medienbezug aufweisen“.<sup>175</sup> Zutreffend wird darauf hingewiesen, dass in diesen Fällen der Anlagenbezug fehle, „weil diese qualitätsorientierten Anforderungen nicht nur für Anlagen gelten, sondern allgemein auf sämtliche medienrelevante Verhalten abzielen. (...) Sie sind daher nicht unmittelbar auf Anlagen bezogen.“<sup>176</sup>

In Teilen der Literatur wird die Meinung vertreten, dass auf Anlagen bezogene Regelungen von verhaltensbezogenen Vorschriften<sup>177</sup> abzugrenzen seien. Der bloße Umstand, dass es zur Durchführung einer Gewässerbenutzung *regelmäßig* des Einsatzes einer Anlage bedürfe, begründe als solcher noch nicht die Annahme einer spezifischen anlagenbezogenen Regelung.<sup>178</sup> Nach dieser Ansicht handelt es sich bei dem hier zu betrachtenden § 13a Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 WHG um eine verhaltensbezogene und nicht um eine anlagenbezogene Regelung. Zwar sei insbesondere der

---

<sup>172</sup> BT-Drs. 16/813, S. 11; *Kotulla*, Umweltschutzgesetzgebungskompetenz und „Föderalismusreform“, NVwZ 2007, S. 489 (493 f.); *Grünwald*, Die Abweichungsgesetzgebung der Bundesländer, 2010, S. 121 f.

<sup>173</sup> *Ginzky/Rechenberg*, Der Gewässerschutz in der Föderalismusreform, ZUR 2006, S. 344 (347); *Kahl*, Die Zustimmungspflichtigkeit von Bundesgesetzen nach Art. 84 I GG unter besonderer Berücksichtigung des Umweltverfahrensrechts, NVwZ 2008, S. 710 (716).

<sup>174</sup> *Kotulla*, Umweltschutzgesetzgebungskompetenz und „Föderalismusreform“, NVwZ 2007, S. 489 (494).

<sup>175</sup> *Apel*, Die Reform des Föderalismus im Wasserhaushaltsrecht, 2016, S. 271; *Ginzky/Rechenberg*, Der Gewässerschutz in der Föderalismusreform, ZUR 2006, S. 344 (347).

<sup>176</sup> *Foerst*, Die Abweichungskompetenz der Länder gemäß Art. 72 III GG im Bereich des Wasserhaushaltsrechts, S. 198 m.w.N.

<sup>177</sup> Vgl. zur Kategorie verhaltensbezogener Regelungen im Wasserrecht *Pape* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand: September 2010, § 9 WHG RN 96.

<sup>178</sup> *Reinhardt*, Entscheidung vertagt oder verkappt: Die WHG-Novelle 2016 zum Fracking, NVwZ 2016, S. 1505 (1510).

experimentelle Ansatz des § 13a Absatz 2 WHG ersichtlich auf ein bundeseinheitliches Vorgehen hin angelegt. Gleichwohl sei aber auch dieser Teil rein verhaltensbezogen und damit nicht im verfassungsrechtlichen Sinn stoff- oder anlagenbezogen. Folglich wären landesrechtliche Abweichungen nach Art. 72 Absatz 3 Satz 1 Nummer 5 GG kompetenzrechtlich zulässig. Auch die Volksinitiative weist in der Begründung zum Gesetzentwurf darauf hin, dass sich das Verbot des Aufbrechens von Gestein nicht auf bestimmte Stoffe oder Anlagen beziehe, sondern als verhaltensbezogene Regelung einzuordnen sei.

Eine negative Abgrenzung zu (stoff- oder) anlagenbezogenen Regelungen durch eine Kategorie „verhaltensbezogener“ Regelungen erscheint aus hiesiger Sicht allerdings nur bedingt für eine sachgerechte Differenzierung geeignet. So dürften Regelungen, die an das Verhalten „Betreiben einer Abwasseranlage“ oder „Einleiten wassergefährdender Stoffe“ anknüpfen, unschwer sowohl der Kategorie „verhaltensbezogen“ als auch „anlagen-“ bzw. „stoffbezogen“ zugerechnet werden können. Für eine Abgrenzung ist damit nichts gewonnen. Jedenfalls wenn das normierte „Verhalten“ eine (ausschließlich) anlagen- oder stoffbezogene Einflussnahme auf das Gewässer umschreibt, dürfte eine Qualifizierung als „verhaltensbezogen“ keine verlässliche Beurteilung gestatten, ob die zu untersuchende Vorschrift als abweichungsfest im Sinne des Art. 72 Absatz 3 Satz 1 Nummer 5 GG anzusehen ist oder nicht.

In § 13a Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 WHG wird weder allgemein der Begriff „Anlage“ genannt noch wird ausdrücklich auf eine „Bohranlage“ oder „Frackinganlage“ abgestellt. Insofern deutet das äußere Erscheinungsbild der Vorschrift vordergründig nicht auf einen Anlagenbezug hin. § 13a Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 WHG bestimmt vielmehr, dass eine Erlaubnis für eine Gewässerbenutzung nach § 9 Absatz 2 Nummer 3 (und 4) WHG zu versagen ist, wenn eines der dort näher bezeichneten Gesteine zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdgas oder Erdöl aufgebrochen werden sollen. Die in Bezug genommene erlaubnispflichtige Gewässerbenutzung im Sinne des § 9 Absatz 2 Nummer 3 WHG liegt in dem Aufbrechen von Gesteinen unter hydraulischem Druck zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdgas, Erdöl oder Erdwärme, einschließlich der zugehörigen Tiefbohrungen.

Ausgehend von dem skizzierten weiten Anlagenbegriff stellt sich die Frage, ob das Aufbrechen von Gestein unter hydraulischem Druck und die zugehörigen Tiefbohrungen auf andere Art als durch den Einsatz von Anlagen erfolgen können. Bei den Maschinen, Geräten und sonstigen technischen Einrichtungen, die für die erforderlichen Tiefbohrungen sowie das Aufbrechen von Gesteinen (gleich welcher Art) unter hyd-

raulischem Druck eingesetzt werden, handelt es sich nach dem herrschenden Begriffsverständnis um Anlagen im wasserhaushaltsrechtlichen Sinne.

Das Aufbrechen von Gestein unter hydraulischem Druck beschreibt die Wirkweise bzw. das Ergebnis des Betriebs einer technischen Anlage, nicht hingegen ein von Menschenhand ausgehendes Verhalten. Der Umstand, dass die beschriebene Wirkweise nicht unmittelbar auf ein Gewässer gerichtet ist („Einbringen oder Einleiten von Stoffen“), liegt in der Natur der unechten Gewässerbenutzungen begründet. Hier werden vom Gesetzgeber identifizierte abstrakte Gefahren für die Gewässer – nicht jedoch konkrete Einwirkungen auf diese – gesetzlich als erlaubnispflichtige Gewässerbenutzungen fingiert. Voraussetzung für eine Gewässerbenutzung im Sinne des § 9 Absatz 2 Nummer 3 WHG ist nach hiesiger Einschätzung nicht nur *regelmäßig* (vgl. oben FN 178), sondern *stets* der Betrieb einer Anlage.<sup>179</sup>

Zwar wird in der Literatur zutreffend auf die Gefahr hingewiesen, dass der Anlagenbezug aufgrund der interpretatorischen Weite des Anlagenbegriffs gänzlich ausgehöhlt zu werden drohte,<sup>180</sup> wenn man auch für das Merkmal der *Anlagenbezogenheit* höchst mittelbare Anforderungen ausreichen ließe. Dem lässt sich nach hier vertretener Auffassung allerdings mit der Kontrollfrage begegnen, ob eine Anwendbarkeit der auf ihre Abweichungsfestigkeit zu prüfenden Norm denkbar ist, ohne dass es des Betriebs einer Anlage bedarf. Ein Anlagenbezug wird jedenfalls dann zu bejahen sein, wenn eine Anwendbarkeit der Norm ohne den Betrieb einer Anlage schlechterdings nicht vorstellbar ist. So liegt es hier, da das Aufbrechen von Gestein unter hydraulischem Druck nur durch den Betrieb entsprechender Anlagen möglich ist.

### **(cc) Zwischenergebnis**

§ 13a Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 WHG ist nach Auffassung des Wissenschaftlichen Dienstes eine anlagenbezogene Norm und deshalb abweichungsfest. Dem Landesgesetzgeber steht nicht die Gesetzgebungskompetenz für eine abweichende Landesnorm zu. Der Gesetzentwurf der Volksinitiative ist insoweit unzulässig.

---

<sup>179</sup> Dem steht nach hiesiger Einschätzung auch nicht die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit des Deutschen Bundestages vom 22. Juni 2016 entgegen (BT-Drs. 18/8916). Hierin weist der Ausschuss darauf hin, dass die neue Nummer 2 in § 13a Absatz 4 WHG („Stand der Technik“) alle mit einer Benutzung nach § 9 Absatz 2 Nummer 3 WHG zusammenhängenden Tätigkeiten umfasse und damit auch soweit zum Tragen komme, als es sich um nicht anlagenbezogene Tätigkeiten handle (BT-Drs. 18/8916, S. 20). Hieraus könnte geschlossen werden, dass der Ausschuss die Gewässerbenutzung im Sinne des § 9 Absatz 2 Nr. 3 WHG nicht als ausschließlich anlagenbezogene Regelung versteht. Die Ausführungen des Ausschusses gehen allerdings nicht darauf ein, welche nicht anlagenbezogenen Tätigkeiten angesichts des Gesetzeswortlauts in § 9 Absatz 2 Nr. 3 WHG gemeint sein könnten. Von der Erlaubnispflicht des § 8 Absatz 1 WHG umfasst sind insofern ausschließlich „das Aufbrechen von Gesteinen unter hydraulischem Druck“ sowie die „zugehörigen Tiefbohrungen“. Beide Verrichtungen sind aus hiesiger Sicht ausschließlich durch den Einsatz und Betrieb von Anlagen im wasserrechtlichen Sinne möglich.

<sup>180</sup> *Apel*, Die Reform des Föderalismus im Wasserhaushaltsrecht, 2016, S. 271 f.

### **(c) Abweichungsfestigkeit des § 13a Absatz 4 WHG**

Es stellt sich die Frage, ob § 13a Absatz 4 WHG eine abweichungsfeste Regelung im Sinne des Art. 72 Absatz 3 Satz 1 Nummer 5 GG (Klammerzusatz) ist. Dies wäre der Fall, wenn es sich bei der Vorschrift um eine (anlagen- oder) stoffbezogene Regelung handelt.

### **(aa) Stoffbegriff**

Der Stoffbegriff im Sinne des Art. 72 Absatz 3 Satz 1 Nummer 5 GG ist verfassungsrechtlich nicht definiert. Da sich die entsprechende Bereichsausnahme in Art. 72 Absatz 3 GG auf den Kompetenztitel für den Wasserhaushalt bezieht, liegt es nahe, im einschlägigen Fachrecht nach Hinweisen für eine Auslegung des verfassungsrechtlichen Stoffbegriffs zu suchen.

Auch das Wasserhaushaltsgesetz enthält keine gesetzliche Definition des Stoffbegriffs, sondern setzt diesen voraus. Nach wohl einhelliger Auffassung umfasst der wasserrechtliche Stoffbegriff 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.<sup>181</sup>

Dieses Begriffsverständnis deckt sich mit den Begriffsbestimmungen in der Verordnung über Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen (AwSV)<sup>182</sup>. Hiernach ist ein Stoff ein chemisches Element und seine Verbindungen in natürlicher Form oder gewonnen durch ein Herstellungsverfahren, einschließlich der zur Wahrung seiner Stabilität notwendigen Zusatzstoffe und der durch das angewandte Verfahren bedingten Verunreinigungen, aber mit Ausnahme von Lösungsmitteln, die von dem Stoff ohne Beeinträchtigung seiner Stabilität und ohne Änderung seiner Zusammensetzung abgetrennt werden können (§ 2 Absatz 3 AwSV). Ein Gemisch besteht aus zwei oder mehr Stoffen (§ 2 Absatz 4 AwSV).

### **(bb) Stoffbezogenheit**

Auf Stoffe „bezogen“ sind alle Regelungen, deren Gegenstand stoffliche Einwirkungen auf den Wasserhaushalt betreffen, z. B. das Einbringen und Einleiten von Stoffen.<sup>183</sup>

---

<sup>181</sup> Foerst, Die Abweichungskompetenz der Länder gemäß Art. 72 III GG im Bereich des Wasserhaushaltsrechts, S. 199.

<sup>182</sup> Verordnung vom 18. April 2017, BGBl. I S. 905.

<sup>183</sup> BT-Drs. 16/813, S. 11; Kotulla, Umweltschutzgesetzgebungskompetenz und „Föderalismusreform“, NVwZ 2007, S. 489 (493 f.).

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.<sup>184</sup> Im Detail ist in der Literatur umstritten, welche Anforderungen an den Konkretisierungsgrad der Stoffbezogenheit einer Norm zu stellen sind.

Die Regelungen in § 13a Absatz 4 Nummer 1 lit. a) und b) WHG machen die wasserrechtliche Erlaubnisfähigkeit für das Aufbrechen von Gestein unter hydraulischem Druck zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdgas, Erdöl oder Erdwärme, einschließlich der zugehörigen Tiefbohrung davon abhängig, ob die *verwendeten Gemische* als nicht *wassergefährdend* bzw. als nicht oder als schwach wassergefährdend eingestuft sind. Da Stoffe und Gemische eine Gefahr für Gewässer sein können, müssen sie entsprechend ihrer Gefährlichkeit in Wassergefährdungsklassen (WGK) eingestuft werden. Das Einstufungsverfahren ist in der Verordnung über Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen (AwSV) geregelt, welche das bisherige Einstufungsverfahren nach der Verwaltungsvorschrift wassergefährdende Stoffe (VwVwS) fortschreibt.<sup>185</sup>

Die beim Fracking eingesetzten Frack-Fluide fallen – unabhängig vom Grad ihrer Wassergefährlichkeit – unter den Stoffbegriff im Sinne des Art. 72 Absatz 3 Satz 1 Nummer 5 GG. Da § 13a Absatz 4 WHG die Erlaubnisfähigkeit bestimmter Fracking-Maßnahmen von der Wassergefährlichkeit der eingesetzten Frack-Fluide abhängig macht, ist die Norm auch stoffbezogen. Denn ihr Regelungsgegenstand betrifft – ausgehend von der vom Bundesgesetzgeber unterstellten abstrakten Gefährlichkeit von Fracking-Maßnahmen für die Gewässer – unmittelbar die (befürchtete) stoffliche Einwirkung der Frack-Fluide auf den Wasserhaushalt.

---

<sup>184</sup> Kotulla, Umweltschutzgesetzgebungskompetenz und „Föderalismusreform“, NVwZ 2007, S. 489 (493 f.).

<sup>185</sup> Vgl. BT-Drs. 18/4713, S. 25 sowie die Hinweise des Umweltbundesamtes zu wassergefährdenden Stoffen unter: <https://www.umweltbundesamt.de/themen/chemikalien/wassergefaehrdende-stoffe> (Stand: 1. Juni 2018).

### **(cc) Zwischenergebnis**

§13a Absatz 4 Nummer 1 lit. a) und b) WHG sind hiernach als stoffbezogene Regelungen im Sinne des Art. 72 Absatz 3 Satz 1 Nummer 5 GG (Klammerzusatz) anzusehen.<sup>186</sup> Die Regelungen sind deshalb abweichungsfest. Von ihnen darf nicht durch Landesrecht abgewichen werden. Der von der Volksinitiative vorgelegte Gesetzentwurf verstößt daher gegen die Kompetenzordnung des Grundgesetzes. Die Volksinitiative ist deshalb auch insoweit unzulässig.<sup>187</sup>

## **2. Änderung des Landesverwaltungsgesetzes**

Der Artikel 2 des Gesetzentwurfes der Volksinitiative sieht darüber hinaus eine Ergänzung des § 88a LVwG um folgenden (hervorgehobenen) Satz vor:

### **„§88 a**

#### **Geheimhaltung**

Die Beteiligten haben Anspruch darauf, daß ihre Geheimnisse, insbesondere die zum persönlichen Lebensbereich gehörenden Geheimnisse sowie die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, von der Behörde nicht unbefugt offenbart werden.  
*Dies gilt nicht, wenn das öffentliche Interesse an der Bekanntgabe überwiegt.“*

Kompetenzielle Bedenken gegen die vorgeschlagene Rechtsänderung haben sich im Rahmen der Prüfung nicht ergeben.

## **V. Materielle Verfassungsmäßigkeit des § 7a LWG-E**

Nach Art. 48 Absatz 1 Satz 2 LV darf der einer Volksinitiative zugrunde liegende Gesetzentwurf den Grundsätzen des demokratischen und sozialen Rechtsstaates nicht widersprechen. Das Erfordernis der Vereinbarkeit mit der verfassungsmäßigen Ordnung von Bund und Ländern (Grundsätze des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaats) ergibt sich bereits aus dem Homogenitätsprinzip des Grundgesetzes (Art. 28 Absatz 1 Satz 1 GG).<sup>188</sup> Aus der Grundrechtsbindung aller Staatsgewalt (Art. 1 Absatz 3 GG) folgt darüber hinaus, dass auch die im Verfahren der Volksgesetzgebung erzeugten Gesetze an die Grundrechte gebunden sind. Die Prüfung des Landtages erstreckt sich somit auch auf die Vereinbarkeit des Gesetzentwurfes einer Volksinitiative mit den Grundrechten.<sup>189</sup>

---

<sup>186</sup> Reinhardt, Entscheidung vertagt oder verkappt: Die WHG-Novelle 2016 zum Fracking, NVwZ 2016, S. 1505 (1510); Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Fragen zur Abweichungskompetenz der Länder auf dem Gebiet des Wasserhaushalts, WD 3 - 3000 - 049/17 vom 9 März 2017, S. 7.

<sup>187</sup> Es erübrigt sich eine Untersuchung, ob § 13a Absatz 4 WHG auch deshalb abweichungsfest ist, weil es sich bei § 13a Absatz 4 Nr. 2 WHG um eine anlagenbezogene Regelung („Stand der Technik“) handelt.

<sup>188</sup> Caspar in: ders./Ewer/Nolte/Waack, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, 2006, Art. 41 RN 23; Hübner in: von Mutius/Wuttke/Hübner, Kommentar zur Landesverfassung, 1995, Art. 41 RN 11.

<sup>189</sup> Caspar in: ders./Ewer/Nolte/Waack, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, 2006, Art. 41 RN 24.

Die in § 7a LWG-E vorgeschlagene Regelung bewirkt faktisch ein vollständiges Verbot<sup>190</sup> von Fracking-Maßnahmen, die der Aufsuchung oder Gewinnung von Erdgas und Erdöl dienen. Dies folgt aus § 8 Absatz 1 i.V.m. § 9 Absatz 2 Nummer 3 WHG, wonach das Aufbrechen von Gestein unter hydraulischem Druck zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdgas, Erdöl oder Erdwärme, einschließlich der zugehörigen Tiefbohrungen einer wasserrechtlichen Erlaubnispflicht unterliegt, und aus § 7a LWG-E, der anordnet, dass eine solche Erlaubnis zu versagen ist, wenn Gestein zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdgas oder Erdöl (*ohne Erdwärme*) aufgebrochen werden soll.

Entscheidungen über Verbote, Zulassungen oder beschränkte Zulassungen von Risikotechnologien hat der Gesetzgeber unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben zu treffen. In materiell-rechtlicher Hinsicht sind zahlreiche verfassungsrechtlich verbürgte Schutzgüter betroffen. So können Verbote insbesondere dem Schutz des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Absatz 2 Satz 1 GG) und sonstigen Schutzgütern wie den natürlichen Lebensgrundlagen (Art. 20a GG) dienen, gleichzeitig jedoch die Berufsfreiheit (Art. 12 Absatz 1 GG), das Eigentum (Art. 14 GG)<sup>191</sup> oder die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Absatz 1 GG) der von einem Verbot oder einer (nur) beschränkten Zulassung betroffenen Unternehmer beeinträchtigen.<sup>192</sup>

Die aufeinandertreffenden Schutzgüter hat der Gesetzgeber bei der Schaffung eines Regelungssystems gegeneinander abzuwägen und auszubalancieren. Hierbei steht ihm ein Einschätzungs-, Prognose- und Gestaltungsspielraum zu. Die Dimension dieses Spielraums richtet sich nach dem angesprochenen Regelungsbereich und der Intensität der Grundrechtsbetroffenheit.<sup>193</sup> Je weniger wissenschaftliche Erkenntnisse über die zu reglementierende Risikotechnologie vorliegen, desto größer ist der Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers. Denn in einer wissenschaftlich ungeklärten

---

<sup>190</sup> Mit Ausnahme der nach § 13a Absatz 2 WHG weiterhin grundsätzlich genehmigungsfähigen bundesweit vier Erprobungsmaßnahmen. Auch Fracking-Maßnahmen zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdwärme bleiben nach § 13a Absatz 4 WHG erlaubnisfähig.

<sup>191</sup> Vgl. zur Betroffenheit der Eigentumsgarantie der Grundstückseigentümer: Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Förderung von unkonventionellem Erdgas, WD 3 - 3000 - 372/11 vom 19. Dezember 2011, S. 10, wonach ein Verbot der Aufsuchung und Gewinnung durch Fracking nicht in das Eigentumsgrundrecht etwaiger Grundstückseigentümer eingreifen würde. Offen bleibt, ob ggf. für andere Rechtspositionen ein Schutz aus Art. 14 GG in Betracht käme.

<sup>192</sup> Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Vereinbarkeit eines Totalverbots von Fracking mit dem Grundrecht der Forschungsfreiheit, WD 3 - 3000 - 289/14 vom 7. Januar 2015, S. 5.

<sup>193</sup> BVerfGE 50, 290 (332 f.); Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Vereinbarkeit eines Totalverbots von Fracking mit dem Grundrecht der Forschungsfreiheit, WD 3 - 3000 - 289/14 vom 7. Januar 2015, S. 5.

Situation ist der Gesetzgeber befugt, die Gefahrenlagen und Risiken (selbst) zu bewerten.<sup>194</sup>

Der Gewässerschutz ist insbesondere in seiner Ausprägung als Trinkwasserschutz ein Gemeinwohlbelang von erheblichem Gewicht. Insofern sind an die Gefahrenwahrscheinlichkeit einer Grundwasser- bzw. Trinkwasserschädigung keine besonders hohen Anforderungen zu stellen. Gleichwohl sind in die Abwägung der sich gegenüberstehenden Belange etwaige empirische Erkenntnisse aus der bisherigen Nutzung des konventionellen Frackings einzubeziehen. Hier stellt sich angesichts des Umstandes, dass konventionelles Fracking „(...) in Deutschland schon seit vielen Jahren angewendet und langjährig erprobt (...)“ ist,<sup>195</sup> die Frage, ob ein vollständiges und striktes Verbot,<sup>196</sup> das auch konventionelle Fracking-Maßnahmen zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdgas oder Erdöl umfasst, angesichts der skizzierten Grundrechtsrelevanz noch als verhältnismäßig angesehen werden könnte.

Von entscheidender Bedeutung ist die Gewichtung der dem Fracking spezifisch innewohnenden Gefahren. Die allgemeinen Risiken, die mit Aufsuchungs- oder Förderbohrungen in den tiefen Untergrund einhergehen (bspw. Gefahr einer schadhafte Verrohrung des Bohrloches insbesondere im Bereich der Durchteufung des Grundwasserleiters), dürften für sich allein betrachtet nicht ausreichend sein, ein Totalverbot von Fracking-Maßnahmen zu rechtfertigen, da diese Gefahren allen Tiefbohrungen – unabhängig davon ob die Fracking-Technologie eingesetzt wird – innewohnen.

Dem Wissenschaftlichen Dienst ist nicht bekannt, welche wissenschaftlichen Erkenntnisse über das konventionelle Fracking in Deutschland aufgrund der „seit vielen Jahren angewendeten und langjährig erprobten“ Technologie vorliegen. Für die Bemessung des Beurteilungsspielraums des Gesetzgebers dürfte beispielsweise von Bedeutung sein, wie viele konventionelle Fracking-Maßnahmen in Deutschland bislang durchgeführt wurden und in wie vielen Fällen es hierbei zu Schädigungen oder zumindest Gefährdungen der Gewässer gekommen ist. Sofern hierzu wissenschaftliche Erkenntnisse vorliegen oder zusammengetragen werden könnten, darf der Gesetzgeber die Risiken der Technologie nicht losgelöst von diesen Erkenntnissen ausschließlich selbst bewerten. Die Begründung des Gesetzentwurfes der Volksinitiative verhält sich zu dieser Frage nicht. Der Wissenschaftliche Dienst kann insofern nicht

---

<sup>194</sup> BVerfGE 128, 1 (39); Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Vereinbarkeit eines Totalverbots von Fracking mit dem Grundrecht der Forschungsfreiheit, WD 3 - 3000 - 289/14 vom 7. Januar 2015, S. 5.

<sup>195</sup> Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Themenseite „Fracking“, online abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Industrie/fracking.html> (Stand: 1. Juni 2018).

<sup>196</sup> Ausnahme- oder Befreiungstatbestände sind - abgesehen von den nach § 13a Absatz 2 WHG erlaubnissfähigen vier Erprobungsmaßnahmen - nicht vorgesehen.



prüfen, ob und ggf. in welcher Form die Initiatoren etwaig vorliegende Erkenntnisse in die Abwägung der sich gegenüberstehenden Positionen von Verfassungsrang einbezogen haben.

Aus Sicht des Wissenschaftlichen Dienstes stellt sich darüber hinaus die Frage, wie innerhalb des durch den Gesetzentwurf verkörperten Konzepts der Volksinitiative, Fracking unabhängig von der Art des betroffenen Gesteins zu verbieten, der Umstand zu erklären und zu rechtfertigen ist, dass Fracking zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdwärme (vgl. § 9 Absatz 2 Nummer 3 WHG) weiterhin nach § 13a Absatz 4 WHG erlaubnisfähig bleibt. Der Gesetzentwurf der Volksinitiative geht offenbar davon aus, dass trotz der tatsächlichen Unterschiede zwischen unkonventionellen und konventionellen Fracking-Maßnahmen (insbesondere Anzahl der erforderlichen Bohrungen, eingesetzte Wassermenge, Höhe des Drucks sowie Menge und Zusammensetzung der erforderlichen Frack-Fluide) die Gefährlichkeit auch konventioneller Fracking-Maßnahmen für die Gewässer derart hoch sei, dass ein striktes Verbot zu rechtfertigen wäre. Vor diesem Hintergrund erschließt sich aus hiesiger Sicht allerdings nicht unmittelbar, warum Fracking-Maßnahmen zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdwärme (die nach § 8 Absatz 1 i.V.m. § 9 Absatz 2 Nummer 3 WHG ebenfalls erlaubnispflichtig sind) nach § 13a Absatz 4 WHG weiterhin grundsätzlich erlaubnisfähig bleiben sollen. Auf diese erstreckt sich der vorgeschlagene § 7a LWG-E nicht, indem er lediglich Fracking-Maßnahmen zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdgas oder Erdöl in Bezug nimmt. Darüber hinaus sieht § 7a Satz 2 LWG-E vor, dass für die übrigen Fälle des § 9 Absatz 2 Nummer 3 und 4 WHG der § 13a WHG unberührt bleibt, was die Erlaubnisfähigkeit der genannten Maßnahmen nach § 13a Absatz 4 WHG unterstreicht.

Wie dargestellt wurde, ergeben sich hinsichtlich der materiell-rechtlichen Verfassungsmäßigkeit des Gesetzentwurfes der Volksinitiative Fragen, zu denen sich die Gesetzesbegründung nicht verhält. Für eine abschließende Stellungnahme zur materiellen Verfassungsmäßigkeit des § 7a LWG-E fehlen dem Wissenschaftlichen Dienst fachliche Hintergrundinformationen – insbesondere etwaige wissenschaftliche Erkenntnisse über konventionelles Fracking in Deutschland.

## **VI. Möglichkeit einer Teilzulassung der Volksinitiative durch den Landtag?**

Es stellt sich die Frage, ob der Gesetzentwurf der Volksinitiative gegebenenfalls in einen unzulässigen und einen zulässigen Teil aufteilbar wäre. Diesen Gedanken hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Eigenschaft als Landesverfassungsgericht für Schleswig-Holstein entsprechend dem Rechtsgedanken des § 139 BGB in einer

Entscheidung aus dem Jahr 2000 über die (Un-)Zulässigkeit einer Volksinitiative erwogen.<sup>197</sup>

Unter Bezugnahme auf die genannte Entscheidung wird die Teilzulassung einer Volksinitiative durch den Schleswig-Holsteinischen Landtag – wenn auch nur in seltenen und insoweit eindeutigen Fällen – in Teilen der Literatur grundsätzlich befürwortet. Art. 41 Absatz 3 LV in Verbindung mit § 8 VAbstG regelt die Möglichkeit zwar nicht ausdrücklich, dass der Landtag nur einen Teil der Volksinitiative für zulässig erklären könne. Dennoch komme eine Teilzulassung dem Grunde nach in Betracht, wenn nur Teile der Vorlage den Zulässigkeitsvoraussetzungen genügten. Eine Teilzulassung dürfe den Interessen der Unterzeichnenden auch eher als eine Unzulässigkeitsentscheidung über den gesamten Antrag entsprechen. Komme eine Teilzulassung in Betracht, könnten sowohl die Grundsätze, die zur Auswirkung der Teilnichtigkeit eines Gesetzes auf den Fortbestand des übrigen Gesetzes entwickelt wurden, als auch diejenigen, die bei der Teilnichtigkeit von Verträgen gelten, entsprechend herangezogen werden. Bei der Anwendung der Grundsätze müsse der Landtag zunächst prüfen, ob der als zulässig anzusehende bedenkenfreie Teil einen selbständigen, in sich abgeschlossenen und verständlichen Inhalt habe. Wenn dies bejaht werden könne, komme es weiterhin entscheidend darauf an, ob die Unterstützer der Initiative – hätten sie die Unzulässigkeit eines Teils des Antrages erkannt – in der erforderlichen Zahl die bedenkenfreien Teile der Vorlage unterzeichnet hätten.<sup>198</sup>

Nach anderer Auffassung in der Literatur führten bereits Zulässigkeitsbedenken gegenüber einem Teil der beantragten Volksinitiative – etwa wegen der fehlenden Entscheidungskompetenz des Landtages – zur Unzulässigkeit der Volksinitiative insgesamt. Eine Aufspaltung in einen unzulässigen und einen zulässigen Teil der Initiative scheitere schon daran, dass ein um die unzulässigen Elemente gekürzter Teil der Initiative regelmäßig nicht mehr vom Willen der Unterzeichner gedeckt sei und eine Ermittlung des hypothetischen Willens der Unterstützer durch den Landtag nicht in Betracht komme.<sup>199</sup>

In der Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte werden zur Beantwortung der Frage, ob und ggf. wann ein unzulässiger Teil eines Volksbegehrens das gesamte Volksbegehren erfasst, unterschiedliche Kriterien herangezogen. Die Ursache hierfür wird insbesondere in den unterschiedlichen rechtlichen Rahmenbedingungen zur

---

<sup>197</sup> BVerfGE 102, 176 (191 f.).

<sup>198</sup> Friedersen in: Praxis der Kommunalverwaltung SH A-28, Gesetz über Initiativen aus dem Volk, Volksbegehren und Volksentscheid, Stand: Juni 2017, § 8 Tz. 6.

<sup>199</sup> Caspar, in: ders./Ewer/Nolte/Waack, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, 2006, Art. 41 RN 42 m.w.N.

Möglichkeit nachträglicher Änderungen einer Volksinitiative gesehen.<sup>200</sup> Je weniger das einschlägige Landesrecht eine nachträgliche Änderung des Gesetzentwurfes der Volksinitiative zulässt, desto stärker ist die Initiative an die von den Unterzeichnern unterstützte Entwurfsfassung gebunden.<sup>201</sup>

Die Verfassungs- und Gesetzeslage in Schleswig-Holstein lässt Änderungen an dem Gesetzentwurf einer Volksinitiative nur sehr eingeschränkt zu. Während Art. 41 LV keinen Hinweis darauf enthält, dass eine Änderung überhaupt möglich ist, sieht § 10 Absatz 2 VAbstG vor, dass der Landtag dem Gesetzentwurf nur in unveränderter Form zustimmen kann, es sei denn, die Vertrauenspersonen erklären sich mit einer Änderung einverstanden. Da eine etwaige Zustimmung des Landtages zeitlich nach der Entscheidung über die Zulässigkeit der Volksinitiative erfolgt, wird in der Literatur vertreten, dass in dem frühen Verfahren bis zur Zulässigkeitsentscheidung eine Änderungsbefugnis durch die Vertrauenspersonen nicht besteht.<sup>202</sup> Doch auch die vorgesehene Änderungsmöglichkeit im Rahmen der Behandlung der Initiative im Landtag (bzw. nachgelagert der Behandlung des Volksbegehrens, vgl. Art. 42 Absatz 2 Satz 3 Nummer 1 LV) ist in ihrem Umfang erheblich beschränkt. Zwar lässt der Wortlaut des § 10 Absatz 2 VAbstG – ebenso wie Art. 42 Absatz 2 LV – offen, wo die inhaltlichen Grenzen liegen, in denen die Vertrauenspersonen (als Verfahrensvertreter und nicht als Vertreter im Rechtssinne) einer Änderung zustimmen können. Die Grenze ihrer Befugnisse wird jedenfalls dann überschritten sein, wenn der Wille der Unterstützer entscheidend verändert würde. „Zulässig wären danach redaktionelle oder stilistische Änderungen oder solche, die nur einen geringfügigen materiell-rechtlichen Inhalt haben.“<sup>203</sup> Bereits die aufgezeigten sehr eingeschränkten Änderungsmöglichkeiten sprechen gegen die Teilzulässigkeit der Volksinitiative.

Jedenfalls ist festzustellen, dass es sich bei dem aus hiesiger Sicht kompetenzrechtlich unzulässigen Teil des vorgelegten Gesetzentwurfes um das Kernanliegen der Volksinitiative handelt, Fracking-Maßnahmen unabhängig von der Art der betroffenen Gesteinsformation zu unterbinden. Aufgrund der Unzulässigkeit der zentralen Regelung dürfte der Wille der Unterstützer durch die verbleibenden Teilregelungen des Gesetzentwurfes nicht mehr in ausreichendem Maße repräsentiert werden. Auch aus diesem Grund kommt eine Teilzulassung der Volksinitiative nicht in Betracht.

---

<sup>200</sup> *HmbVerfG*, Urteil vom 3. März 2005, Az. HVerfG 5/04, S. 32 f.; *BremStGH*, Urteil vom 14. Februar 2000, Az. St 1/99, B.II.5.

<sup>201</sup> Vgl. *BremStGH*, Urteil vom 14. Februar 2000, Az. St 1/99, B.II.5.

<sup>202</sup> *Friedersen* in: *Praxis der Kommunalverwaltung SH A-28, Gesetz über Initiativen aus dem Volk, Volksbegehren und Volksentscheid*, Stand: Juni 2017, § 8 Tz. 7.

<sup>203</sup> *Friedersen* in: *Praxis der Kommunalverwaltung SH A-28, Gesetz über Initiativen aus dem Volk, Volksbegehren und Volksentscheid*, Stand: Juni 2017, § 10 Tz. 2

## **B. Zusammenfassung der Ergebnisse**

Nach Einschätzung des Wissenschaftlichen Dienstes ist die Volksinitiative zum Schutz des Wassers unzulässig.

Die vorgeschlagene Änderung des § 1 Absatz 1 LWG sowie die Ergänzung des § 7 LWG erweisen sich als kompetenziell zulässig. Dasselbe gilt für die beabsichtigte Änderung des § 88a LVwG.

Als kompetenziell unzulässig erweist sich aus Sicht des Wissenschaftlichen Dienstes hingegen der vorgeschlagene § 7a LWG. Diese Vorschrift weicht von der Regelungskonzeption des Bundesgesetzgebers in § 13a WHG ab, namentlich von den Regelungen, die die Erlaubnisfähigkeit von unechten Gewässerbenutzungen im Sinne des § 9 Absatz 2 Nummer 3 WHG betreffen. Von der landesrechtlichen Abweichung betroffen sind hier jedenfalls das Verbot unkonventionellen Frackings gemäß § 13a Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 WHG sowie die eingeschränkte Erlaubnisfähigkeit sonstiger Fracking-Maßnahmen (namentlich des konventionellen Frackings) im Sinne des § 13a Absatz 4 WHG.

Zwar steht dem Landesgesetzgeber auf dem Gebiet des Wasserhaushalts die abweichende Regelungskompetenz im Sinne des Art. 72 Absatz 3 Satz 1 Nummer 5 GG zu, wenn der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat. Dies gilt jedoch nicht für Abweichungen von stoff- oder anlagenbezogenen Regelungen des Bundes. Diese Vorschriften sind abweichungsfest und einer abweichenden Regelung durch die Länder nicht zugänglich.

Bei § 13a Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 WHG handelt es sich nach Ansicht des Wissenschaftlichen Dienstes um eine anlagenbezogene Regelung, da das Aufbrechen von Gestein unter hydraulischem Druck nach hiesiger Überzeugung nur durch den Einsatz von Anlagen im Sinne der Verfassungsnorm möglich ist. Insofern beschreibt die Norm eine von Anlagen ausgehende Wirkweise. Die Regelung dient auch dem Zweck, die Gewässer vor den von diesen Anlagen ausgehenden Gefahren zu schützen.

Bei § 13a Absatz 4 Nummer 1 WHG handelt es sich um eine stoffbezogene Regelung, da die Vorschrift die Erlaubnisfähigkeit bestimmter Fracking-Maßnahmen von der Wassergefährlichkeit der verwendeten Gemische (Frack-Fluide) abhängig macht. Die Vorschrift dient insoweit erkennbar der Vermeidung wassergefährdender Stoffeinträge in die Gewässer.

Fragen wirft der vorgeschlagene § 7a LWG in materiell-rechtlicher Hinsicht auf. Mit Blick auf die langjährigen Erfahrungen mit konventionellem Fracking in Deutschland stellt sich die Frage, ob ein auf den Kompetenztitel „Wasserhaushalt“ gestütztes vollständiges Verbot von Fracking-Maßnahmen zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdgas und Erdöl verhältnismäßig wäre. Der Wissenschaftliche Dienst kann dies nicht beurteilen, zumal die Begründung des Gesetzentwurfes hierzu keine Ausführungen enthält.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Für den Wissenschaftlichen Dienst

gez. Frank Platthoff