

Prof. Dr. Silke Ruth Laskowski
Professur für Öffentliches Recht,
Völker- und Europarecht, Schwerpunkt Umweltrecht
Universität Kassel
Institut für Wirtschaftsrecht (FB 07)
Untere Königsstr. 71
34117 Kassel

7. September 2019

**Kurzgutachten:
Zur Zulässigkeit eines Frackingverbots im Landeswasserrecht Schleswig-
Holsteins**

im Auftrag der

Bürgerinitiative gegen CO₂-Endlager e.V.
Vorsitzender Dr. Reinhard Knof
Am Holm 17
24326 Nehnten

Zur Zulässigkeit eines Frackingverbots im Landeswasserrecht Schleswig-Holsteins

I. Hintergrund

II. Gesetzgebungsbefugnis des Landes

1. Regelungsschwerpunkt Wasserhaushaltsrecht – Abgrenzung zum Bergrecht

- a. Auslegung „Wasserhaushalt“ (BVerfG)**
- b. Vorsorgender Grundwasserschutz**

2. Abweichungskompetenz des Landes, Art. 72 Abs. 3 Nr. 5 GG – § 7a LWG-E der Volksinitiative

- a. Kein abweichungsfester Kernbereich**
- b. Eigene Konzeption – Vorsorge und Restrisiko**

3. Kein entgegenstehendes EU-Recht

III. Ergebnis

I. Hintergrund

§ 7a des Gesetzentwurfs der Volksinitiative regelt ein umfassendes Frackingverbot auf dem Gebiet des Landes Schleswig-Holstein. § 7a geht damit über das in § 13 a Abs. 1 i.V.m. § 9 Abs. 2 Nr. 3 WHG enthaltene Verbot für das sog. unkonventionelle Fracking hinaus.

Umstritten ist, ob dem Landesgesetzgeber die Gesetzgebungskompetenz für ein umfassendes Frackingverbot nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 32, Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 GG (Abweichungskompetenz) zusteht.

Frank Platthoff vom *Wissenschaftlichen Dienst des Schleswig-Holsteinischen Landtags* (LT-Umdruck 19/1360 vom 25.9.2018, S. 43, 45, 46) verneint dies ebenso wie Prof. Dr. Dr. *Durner* in seiner Rechtlichen Stellungnahme zu Fragen der Zulässigkeit der „Volksinitiative zum Schutz des Wassers“ i.A.d. Schleswig-Holsteinischen Landtags vom 18.4. 2019, S. 35 ff.

Während *Platthoff* der Rechtsauffassung von *Anne Hawxwell/Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages* (*Anne Hawxwell*, Förderung von unkonventionellem Erdgas, Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages, WD 3 - 3000 - 372/10 v. 10.1.2011, S. 8) folgt und ein gesetzliches Frackingverbot zur vorsorgenden Abwehr etwaiger Gefahren für den Wasserhaushalt der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG zuordnet, jedoch die Abweichungsbefugnis der Länder gem. Art. 72 Abs. 3 Nr. 5 WHG hier verneint, weil er in § 13a Abs. 1 Nr. 1 WHG eine anlagenbezogene und in § 13a Abs. 4 WHG eine damit verbundene stoffbezogene abweichungsfeste Regelung erkennt, verneint *Durner* bereits die Kompetenzgrundlage des Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 WHG. Er sieht den Regelungsschwerpunkt im Bergrecht und hält dementsprechend die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG für einschlägig, ohne Abweichungsmöglichkeit für die Länder. Darüber hinaus bejaht er ebenso wie *Platthoff* in Bezug auf § 13a Abs. 1 WHG eine abweichungsfeste Regelung.

Diese Auffassungen überzeugen nicht, aus folgenden Gründen:

II. Gesetzgebungsbefugnis des Landes

Die Frage, ob der Landesgesetzgeber gem. Art. 72 Abs. 3 Nr. 5 GG von den „Fracking“-Regelungen des WHG abweichen darf, hängt zunächst davon ab, ob die Regelungen dem Wasserhaushaltsrecht gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG oder dem Bergrecht gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zuzuordnen sind. Für das Bergrecht sieht das GG keine Abweichungskompetenz der Länder vor.

1. Regelungsschwerpunkt Wasserhaushaltsrecht – Abgrenzung zum Bergrecht

Der Bundesgesetzgeber hat die hier in Rede stehenden „Fracking“-Regelungen der §§ 13a, 9 Abs. 2 Nr. 3 und 4 WHG zutreffend auf den Kompetenztitel „Wasserhaushalt“ gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG gestützt.

Zwar fallen Aufsuchungs- und Gewinnungsmaßnahmen von Erdgas und Erdöl, die in die wasserrechtlichen Benutzungstatbestände des § 9 Abs. 2 Nr. 3 und Nr. 4 WHG einbezogen werden, auf welche sich wiederum die Sonderregel des § 13a Abs. 1 WHG für die Zulassung dieser Benutzungen bezieht, an sich in den Anwendungsbereich des BBergG. Daher kommt als Kompetenztitel grundsätzlich auch Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG in Betracht.

Lassen sich – wie hier – unterschiedliche Kompetenztitel identifizieren, sind die Kompetenzbestimmungen auszulegen. Die Einschlägigkeit einer Kompetenznorm hängt letztlich von der Einordnung, d.h. der kompetenzrechtlichen Qualifikation des unter die Kompetenznorm zu subsumierenden Gesetzes ab. Es kommt auf den primären Gesetzeszweck (Hauptzweck) und Schwerpunkt der Regelung (Sachzusammenhang) an (BVerfGE 13, 181, 196; 26, 281, 298; Sachs/Degenhart, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 70 Rn. 60, 62).

Die hier in Rede stehenden „Fracking“-Regelungen dienen laut Entwurfsbegründung

„(...) insbesondere dem Schutz des Grundwassers und der Trinkwasserversorgung vor den möglichen Risiken, die mit Maßnahmen verbunden sind, bei denen zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdgas, Erdöl oder Erdwärme Gesteine unter hydraulischem Druck aufgebrochen werden (Fracking-Technologie). In diesem Zusammenhang muss auch den Risiken Rechnung getragen werden, die mit der untertägigen Ablagerung von Lagerstättenwasser verbunden ist, das bei Fracking-Maßnahmen, aber auch bei anderen Maßnahmen zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdgas oder Erdöl anfällt“

(BT-Drs. 18/4713 v. 23.4.2015, S. 14, 15).

Zentraler Zweck der Regelungen ist somit der vorsorgende Grundwasserschutz (Risikovorsorge und Ressourcenvorsorge). Das hier zum Ausdruck kommende Verständnis von Grundwasserschutz steht im Einklang mit der Rechtsprechung

des BVerfG zu den Befugnissen des Gesetzgebers im „Recht des Wasserhaushalt“ gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG.

a. Auslegung „Wasserhaushalt“ (BVerfG)

Der Begriff „Wasserhaushalt“ umfasst nach der Rechtsprechung des BVerfG das Recht der Wasserbewirtschaftung, d.h. die Regeln für die haushälterische Bewirtschaftung des in der Natur vorhandenen ober- und unterirdischen Wassers nach Menge und Güte; dabei kommt dem Schutz des Grundwassers wegen seiner Relevanz für die öffentliche Trinkwasserversorgung und seiner großen Vulnerabilität angesichts fehlender Selbstreinigungskräfte besondere Bedeutung zu (BVerfGE 15, 1, 14; 58, 300, 340 ff.). Die haushälterische Bewirtschaftung dient somit dem Gewässerschutz und betrifft insbesondere Nutzungsrechte und den Schutz der Gewässer vor Verschmutzungen (Sachs/*Degenhardt*, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 124).

Wie das BVerfG bereits in der Entscheidung zur „Naßauskiesung“ (1982) betont hat, bezweckt das Wasserhaushaltsrecht nicht nur den Schutz des Wassers vor einer mengenmäßigen Überbeanspruchung, sondern gerade auch den Schutz vor einer

„Gefährdung seiner biologischen, physikalischen und chemischen Beschaffenheit durch menschliche Einwirkungen“

(BVerfGE 58, 300, 314 ff. = NJW 1982, 745, 750).

Dabei kommt vor allem dem

„Grundwasser (eine) für die Allgemeinheit, insbesondere für die öffentliche Wasserversorgung, (...) kaum zu überschätzende Bedeutung zu“

(BVerfGE 58, 300, 314 ff. = NJW 1982, 745, 751).

Das BVerfG beschränkt in diesem Zusammenhang die haushälterische Bewirtschaftung (Gewässerschutz) nicht nur auf direkte Grundwassereinwirkungen, sondern bezieht auch mittelbare Einwirkungen mit ein. So werden ausdrücklich auch

„Verschmutzungen, die auf einem Grundstück eintreten“

umfasst, da sie

„das Wasser auf weite Strecken für andere Nutzungen, insbesondere zur Verwendung als Trinkwasser, untauglich machen (können)“.

Bereits darin erkennt das BVerfG

„Eingriffe in das Grundwasser“, die sich „intensiv auf die Umgebung aus(wirken)“

(BVerfGE 58, 300, 314 ff. = NJW 1982, 745, 753).

Das Wasserhaushaltsrecht bezweckt also letztlich eine zukunftsorientierte, vorsorgende und nachhaltige Gewässerbewirtschaftung, die mögliche Risiken und Gefährdungen der Wasserressourcen vorausschauend einbezieht. Schließlich ist es, so das BVerfG, das

„Anliegen des Wasserhaushaltsgesetzes, für die Zukunft eine geordnete Bewirtschaftung des zur Verfügung stehenden Wasserschatzes und eine Verminderung der für das Wasser bestehenden Gefahren sicherzustellen“

(BVerfGE 58, 300, 314 f. = NJW 1982, 745, 753).

b. Vorsorgender Grundwasserschutz

Das der Rechtsprechung des BVerfG zugrunde liegende Verständnis eines vorsorgenden Grundwasserschutzes, findet sich in den „Fracking“-Regelungen der §§ 9 Abs. 2 Nr. 3, Nr. 4 und 13a Abs. 1 WHG wieder.

(1) Die neuen Regelungen erweitern den Katalog der Gewässerbenutzungen in § 9 WHG durch die Tatbestände des § 9 Abs. 2 Nr. 3 und Nr. 4 WHG. Als Benutzung gelten nun gem. § 9 Abs. 2 Nr. 3 WHG das Aufbrechen von Gesteinen unter hydraulischem Druck zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdgas, Erdöl oder Erdwärme, einschließlich der zugehörigen Tiefbohrungen sowie gem. § 9 Abs. 2 Nr. 4 WHG die untertägige Ablagerung von Lagerstättenwasser, das i.Z.m. Maßnahmen nach § 9 Abs. 2 Nr. 3 oder anderen Maßnahmen zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdgas oder Erdöl anfällt. Darüber hinaus enthält § 13a WHG ein Sonderregime für die Zulassung dieser Benutzungen. § 13a Abs. 1 S. 1 WHG regelt im Hinblick auf das sog. unkonventionelle Fracking zwingende Versagungsgründe. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass Frackingmaßnahmen und die untertägige Ablagerung von Lagerstättenwasser immer einer wasserrechtlichen Erlaubnis nach § 8 Abs. 1 WHG bedürfen (s. *Reinhardt*, Entscheidung vertagt oder verkappt: Die WHG-Novelle 2016 zum Fracking, NVwZ 2016, 1505, 1506).

Zudem wird das wasserrechtliche Bewirtschaftungsermessen des § 12 Abs. 2 WHG i.V.m. § 19 Abs. 3 WHG zum zwingenden Bestandteil des bergrechtlichen Zulassungsverfahrens für Frackingvorhaben (*Reinhardt*, NVwZ 2016, 1505, 1506).

Somit steht das deutlich erkennbare Ziel des Grundwasserschutzes im Vordergrund, das durch eine vorausschauende Risiko- und Ressourcenvorsorge i.V.m. Fracking-Technologien erreicht werden soll.

Dabei wird auf das bewährte System der wasserrechtlichen Zulassungen und das Erlaubniserfordernis zurückgegriffen („repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt“). Anders als andere Regelungskonzepte wie etwa das des BImSchG, das den Zulassungsvorbehalt an die Nutzung einer Anlage knüpft, knüpft das wasserhaushaltsrechtliche Konzept an die Benutzung (§ 9 WHG) an, also an ein Verhalten, an die Inanspruchnahme eines Gewässers. Das Konzept des WHG ist somit verhaltensbezogen, nicht anlagenbezogen (vgl. Landmann/Rohmer *UmweltR/Pape*, 89. EL Februar 2019, WHG § 9 Rn. 96). Dass dabei regelmäßig auch Anlagen zum Einsatz kommen, ist im Rahmen der §§ 8, 9 WHG unerheblich (Czychowski/Reinhardt, WHG, 11. Aufl. 2014, § 8 Rn. 3) - anderes gilt in Bezug auf anlagenbezogene Spezialregelungen, z.B. § 34, §§ 58 ff. WHG. Zentral ist die verhaltensbezogene Benutzung eines Gewässers, die erst durch die Erteilung einer Erlaubnis (oder Bewilligung) formell und materiell zulässig wird (Czychowski/Reinhardt, WHG, 11. Aufl. 2014, § 8 Rn. 3).

(2) Der Umstand, dass der Wortlaut des § 9 Abs. 2 Nr. 3 WHG auf eine vor allem für das Grundwasser nicht nur theoretisch, sondern real riskante Rohstoffgewinnungstechnik Bezug nimmt

– zu den erkennbaren Fracking-Risiken für Grund- und Oberflächengewässer z.B. das Umweltbundesamt (04.09.2019):

- *„Die Fracking-Technologie kann zu Verunreinigungen im Grundwasser führen. Besorgnisse und Unsicherheiten bestehen besonders wegen des Einsatzes von Chemikalien und der Entsorgung des anfallenden Abwassers (Flowback)“*, <https://www.umweltbundesamt.de/themen/wasser/gewaesser/grundwasser/nutzung-belastungen/fracking>;
- *„Mögliche Umweltbeeinträchtigungen entstehen für das Grund- und Oberflächenwasser laut Umweltbundesamt vor allem durch die Lagerung und den Umgang mit Wasser gefährdenden Chemikalien und die Bohrungen selbst, welche in der Regel durch Grundwasser leitende Schichten führen.“*

Des Weiteren bestehen Risiken für die Gewässer bei der Entsorgung der Fracking-Gemische und des während der Erdgasförderung zusätzlich geförderten Lagerstättenwassers. Dieses ist hoch mineralisiert, enthält Kohlenwasserstoffe und ist teilweise radioaktiv. Zudem wird beim hydraulischen Aufbrechen des Gesteins eine große Menge Wasser verbraucht. So sind bis zu maximal 174.000 Kubikmeter für eine Bohrung mit sechs horizontal abgelenkten Bohrsträngen, welche benötigt werden um eine Gas führende Lagerstätte in jeder Richtung erschließen zu können, erforderlich. Diese Menge Wasser entspricht ungefähr dem täglichen Wasserverbrauch aller Einwohner Münchens. Daher ist in jedem Einzelfall von der zuständigen Wasserbehörde zu prüfen, inwieweit die Entnahme einer solchen Wassermenge Auswirkungen auf den mengenmäßigen Zustand von Grundwasserkörpern oder Oberflächengewässer hat“, <https://www.bmu.de/themen/wasser-abfall-boden/binnengewasser/grundwasser/grundwasserrisiken-hydraulic-fracturing/> –,

spricht nicht gegen einen Regelungsschwerpunkt im Wasserhaushaltsrecht.

Denn insoweit kommt es auf den Regelungskomplex und nicht auf einzelne, aus dem Zusammenhang gelöste Formulierungen an – hier also auf den Komplex des wasserrechtlichen Zulassungsregimes und der wasserrechtlichen Zulassungsfähigkeit des konventionellen und unkonventionellen Fracking (vgl. Sachs/*Degenhart*, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 70 Rn. 59).

Im Übrigen war es auch aus Gründen der verfassungsrechtlich gebotenen Normklarheit (Art. 20 GG) geboten, die Fracking-Fördertechnik im Wortlaut des § 9 Abs. 2 Nr. 3 WHG zu benennen.

(3) Letztlich können die Erlaubnistatbestände in § 9 Abs. 2 Nr. 3 und Nr. 4 WHG als Konkretisierung der schon vorher geltenden Auffangklausel des § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG gedeutet werden.

Nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG gelten als Benutzungen alle Maßnahmen, die geeignet sind, dauernd oder in einem nicht nur unerheblichen Ausmaß nachteilige Veränderungen der Wasserbeschaffenheit herbeizuführen. Die Auffangklausel kommt nur dann zum Einsatz, wenn keiner der besonderen Erlaubnistatbestände einschlägig ist. Sie bezweckt schon im Voraus zu prüfen, ob ein Vorhaben Gefahren für den Wasserhaushalt mit sich bringen kann (Czychowski/*Reinhardt*, WHG, 11. Aufl. 2014, § 9 Rn. 81). Gemeint sind vor allem solche Vorhaben, die der WHG-Gesetzgeber noch nicht im Blick hatte.

Wie das BVerwG (2001) klargestellt hat, bezweckt § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG,

„schon im Voraus zu überprüfen, ob sich aus bestimmten Vorhaben, die keine Gewässerbenutzung im eigentlichen Sinne zum Ziel haben, aber ein gewisses Gefährdungspotenzial in sich bergen, Gefahren für den Wasserhaushalt ergeben können. Die danach vorausgesetzte Eignung weist eine Maßnahme auf, wenn sich der Eintritt der in § 3 Abs. 2 Nr. 2 WHG (jetzt: § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG) beschriebenen Folgen nicht ausschließen lässt. Ist das Grundwasser betroffen, so reicht hierfür schon die nicht ganz entfernte, nur theoretische Möglichkeit einer schädlichen Einwirkung aus“

(BVerwG, BauR 2002, 1359; s. auch BGHZ 84, 230; ebenso SZDK/Knopp, 52. EL Juni 2018, WHG § 9 Rn. 81, 82).

Betrachtet man vor diesem Hintergrund nun Fracking-Vorhaben, die keine Gewässerbenutzung im herkömmlichen Sinne darstellen, aber typischerweise das besonders vulnerable Grundwasser betreffen („Tiefbohrung“), so reicht nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG bereits die nicht ganz entfernte, nur theoretische Möglichkeit einer schädlichen Einwirkung, um die „Eignung“ zur Herbeiführung nachteiliger Veränderungen für die Wasserbeschaffenheit zu bejahen. Diese Eignung ist in Bezug auf die in § 9 Abs. 2 Nr. 3 und Nr. 4 WHG genannte Fracking-Technologie unzweifelhaft gegeben – wie sich den o.g. Informationen des Umweltbundesamtes klar entnehmen lässt.

Dass vor diesem Hintergrund in der Literatur im Hinblick auf § 9 Abs. 2 Nr. 3, Nr. 4 WHG z.T. von einem „Fremdkörper“ im Regelungsgefüge des § 9 WHG die Rede ist (so Landmann/Rohmer UmweltR/von Weschpfennig, 89. EL 2/2019, WHG § 13a Rn. 41), lässt sich kaum nachvollziehen.

Letztlich ist durch die Einfügung des § 9 Abs. 2 Nr. 3 und Nr. 4 WHG keine materielle Änderung der Rechtslage eingetreten (ebenso Reinhardt, NVwZ 2016, 1505, 1506, der eine Einschränkung nur für Frackingmaßnahmen, „die sich weder wassergüte- noch wassermengenwirtschaftlich auswirken“ in Betracht zieht; s. auch BeckOK UmweltR/Hasche, 51. Ed. 1.12.2017, WHG § 9 Rn. 21b, der darauf hinweist, dass selbst der Gesetzgeber davon ausging, dass schon vor Einführung der neuen Benutzungstatbestände eine Gewässerbenutzung und Erlaubnispflicht für Fracking-Vorhaben gem. § 8 WHG vorlag; vgl. auch BT-Drs. 18/4713, 16). Auch dies spricht deutlich für die Regelung des § 9 Abs. 2 Nr. 3 und Nr. 4 WHG, § 13 a Abs. 1 WHG gerade im WHG.

(4) Fazit: Hauptzweck und Schwerpunkt der §§ 13a Abs. 1, 9 Abs. 2 Nr. 3, Nr. 4 WHG ist es, Frackingprojekte nur dann zu ermöglichen, wenn der vorsorgende

Grundwasserschutz und die Erreichung der damit einhergehenden Bewirtschaftungsziele gem. § 47 WHG (Art. 4 WRRL 2000/60/EG) nicht gefährdet werden. Die wasserrechtliche Zulassung von Frackingmaßnahmen durch die Erteilung einer wasserrechtlichen Erlaubnis soll nur dann in Betracht kommen, wenn die damit verbundenen Risiken für das Grundwasser so weit wie möglich minimiert werden, um mögliche Gefährdungen von vornherein auszuschließen. Insgesamt spricht hier alles sehr deutlich für den Kompetenztitel „Wasserhaushalt“ gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG, der dem Begriff der „Wasserwirtschaft“ (Art. 89 Abs. 3 GG) entspricht (Sachs/Degenhart, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 124; Schmidt-Bleibtreu Hofmann/Henneke//Sannwald, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 376f.).

2. Abweichungskompetenz des Landes, Art. 72 Abs. 3 Nr. 5 GG – § 7a LWG-E der Volksinitiative

Folglich fällt die dem vorsorgenden Grundwasserschutz dienende Regelung des § 7a LWG-E in die Abweichungskompetenz des Landes gem. Art. 72 Abs. 3 Nr. 5 GG. Nach Art. 72 Abs. 3 Nr. 5 GG dürfen die Länder im Bereich des Wasserhaushalts/Gewässerschutzes von einem Bundesgesetz abweichende Regelungen erlassen, obwohl der Bund von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat. Ausgenommen davon bleibt nur der abweichungsfeste Kernbereich der „stoff- oder anlagenbezogenen Regelungen“. Stoff- und anlagenbezogenes Landesrecht, das vom Bundesrecht abweicht, ist unzulässig. Klärungsbedürftig ist somit, ob § 7a LWG-E den abweichungsfesten Kern betrifft.

§ 7a LWG-E regelt abweichend von § 13a WHG:

„Eine Erlaubnis für eine Gewässerbenutzung nach § 9 Absatz 2 Nummer 3 und 4 WHG 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 WHG bleibt § 13a WHG unberührt.“

Damit bezieht sich § 7a LWG-E - anders als § 13a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 WHG - nicht nur auf Schiefer-, Ton-, Mergelgestein oder Kohleflözgestein, sondern auf alle Gesteinstypen. § 7a LWG-E ermöglicht ein umfassendes Verbot von Fracking zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdgas oder Erdöl.

Ein solches generelles Fracking-Verbot auf Landesebene stellt eine „Verschärfung“ der Zulassungsregeln dar, die über die Anforderungen der bundesrechtlichen Regelung in § 13a Abs. 1 WHG aus Gründen des vorsorgenden und nachhaltigen Gewässerschutzes hinausgeht.

a. Kein abweichungsfester Kernbereich

Unklar ist bis heute der Umfang der abweichungsfesten Regelungsgegenstände. Wie weit der abweichungsfeste Kernbereich reicht, ist letztlich durch Auslegung zu ermitteln (Koch u.a./*Appel*, Handbuch Umweltrecht, 5. Aufl. 2018, § 2 Europäisches und nationales Umweltverfassungsrecht Rn. 107).

(1) Ein wichtiger Grund für die Rückausnahme war der Umstand, dass in diesem Bereich unionsrechtliche Regelungen zu finden sind, die einer einheitlichen Umsetzung in nationales Recht bedürfen (vgl. BT-Drs. 16/813, S. 11). Daraus wird gefolgert, dass gerade der unionsrechtliche Umsetzungskontext zur Auslegung und Bestimmung des abweichungsfesten Kerns heranzuziehen ist (Breuer/Gärditz, Öffentliches und privates Wasserrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 15). Dazu unten zu 3.

(2) Sofern in der Literatur eine eher weite Interpretation des abweichungsfesten Kerns zugrunde gelegt wird, wird vertreten, dass „sämtliche Regelungen, die dem Gewässerschutz dienen und die sich entweder auf den Betrieb von Anlagen beziehen oder das Einbringen/Einleiten von Stoffen zum Gegenstand haben“, erfasst werden (Breuer/Gärditz, Öffentliches und privates Wasserrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 15). Auf Stoffe oder Anlagen „bezogen“ gelten alle Regelungen, „deren Gegenstand stoffliche oder von Anlagen ausgehende Einwirkungen auf den Wasserhaushalt betreffen, z.B. das Einbringen und Einleiten von Stoffen“ (Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke/*Sannwald*, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 379; s. auch Sachs/*Degenhart*, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 125).

Stoff- und anlagenbezogene Regelungen gelten als Kernbereiche der gewässerschützenden Gesetzgebung, die nicht durch landesrechtliche Regelungen zersplittert werden sollen. Ziel ist vielmehr ein „einheitliches Emissions- und anlagenbezogenes Regelungskonzept des Bundes“ mit einheitlichen Anforderungen an Anlagen und deren Betrieb (Breuer/Gärditz, Öffentliches und privates Wasserrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 15).

(a) Unter „Anlagen“ werden nach überwiegender Auffassung technische Einrichtungen verstanden, die dazu geeignet sind, nachteilige Einwirkungen auf die Gewässer zu verursachen (BeckOK UmweltR/*Giesberts/Kastelec*, 51. Ed. 1.7.2019, WHG § 13a Rn. 41; *Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages*, Fragen zur Abweichungskompetenz der Länder auf dem Gebiet des Wasserhaushalts, WD 3 – 3000 – 049/17, S. 5 m.w.N.).

Anlagenbezogene Regelungen enthält etwa § 34 WHG für Stauanlagen, § 35 WHG für Wasserkraftanlagen oder § 62 für Anlagen zum Umgang mit

wassergefährdenden Stoffen. Aber selbst in diesen Fällen, in denen das Tatbestandsmerkmal „Anlage“ im Wortlaut der Norm ausdrücklich genannt ist, wird nicht zwangsläufig auf den Ausschluss der Abweichungsbefugnis geschlossen. Auch in diesen Fällen ist eine „schutzzweckbezogene Auslegung“ erforderlich (Czychowski/Reinhardt, WHG, 11. Aufl. 2014, Einl. Rn. 39; *Rutloff*, UPR 2007, 333)

Betrachtet man nun § 7a LWG-E, so nimmt der Wortlaut weder auf bestimmte Anlagen noch allgemein auf Anlagen oder technische Einrichtungen Bezug. § 7a LWG-E bezieht sich auf Gewässerbenutzungen i.S.v. § 9 Abs. 2 Nr. 3 und Nr. 4 WHG, also auf ein Verhalten (dazu bereits oben S. 7), in Verbindung mit Gestein, das zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdgas oder Erdöl aufgebrochen werden soll. Ein Anlagenbezug ist nicht erkennbar. Allenfalls dann, wenn man in Bezug auf die Benutzungen unterstellt, dass für die in § 7a LWG-E genannte Benutzung eine geeignete Anlage benötigt wird, lässt sich ein Anlagenbezug konstruieren. Dies liefe aber letztlich auf einen pauschal abweichungsfesten Benutzungskatalog gem. § 9 WHG hinaus – und auf weitere pauschal abweichungsfeste WHG-Regelungen, die irgendwie mit § 9 WHG in Verbindung stehen, kurz: fast alle Regelungen des WHG wären dann wohl abweichungsfest –, ohne konkreten Anlagenbezug. Das vermag nicht zu überzeugen. Der bloße Umstand, dass zur Durchführung einer verhaltensbezogenen Benutzung regelmäßig der Einsatz einer Anlage vorausgesetzt wird, reicht nicht aus, um eine spezifisch anlagenbezogene Regelung anzunehmen (*Reinhardt*, NVwZ 2016, 1505, 1510; BeckOK UmweltR/*Giesberts/Kastelec*, 51. Ed. 1.7.2019, WHG § 13a Rn. 43).

Eine Abweichungskompetenz auch im Regelungsbereich des § 9 WHG ist zu bejahen, da Benutzungen verhaltens- und nicht anlagenbezogen sind (Landmann/Rohmer UmweltR/*Pape*, 89. EL Februar 2019, WHG § 9 Rn. 96; s.o. S. 7).

Ein Anlagenbezug des § 7a LWG-E ist zu verneinen.

- (b) Zu untersuchen ist, ob § 7a LWG-E als stoffbezogene Regelung zu betrachten ist.

Der wasserrechtliche Stoffbegriff umfasst nach verbreiteter Ansicht „alle Stoffe, die sich im Wasser entweder im physikalischen Sinne lösen oder doch zumindest in Kleistkörpern auflösen und fortgeschwemmt werden können“ (Breuer/Gärditz, Öffentliches und privates Wasserrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 16 m.w.N.).

§ 7a LWG-E enthält weder stoffliche Anforderungen an die bei Fracking-Verfahren zu verwendenden Gemische i.S.v. § 13a Abs. 4 WHG noch sonstige Regelungen mit einem erkennbaren Bezug zu wasserrechtlichen Stoffen. Die Regelung bezieht sich auf die Untersagung einer verhaltensbezogenen Benutzungen i.S.v. § 9 WHG, die nicht vom Einsatz bestimmter Stoffe abhängig sind (vgl. Landmann/Rohmer UmweltR/Pape, 89. EL Februar 2019, WHG § 9 Rn. 96).

Dagegen spricht nicht, dass die Untersagung einer Erlaubnis zur Benutzung eines Gewässers vielfach gerade deshalb erfolgt, weil eine Beeinträchtigung der Wasserqualität verhindert werden soll – z.B. durch das Einleiten gefährlicher Substanzen/Stoffe. Dies wäre dann geradezu typisch für eine zulässigerweise gem. § 12 Abs. 1 Nr. 1 WHG verweigerte Erlaubnis. Denn eine Erlaubnis ist danach zwingend zu versagen, wenn „schädliche (...) Gewässerveränderungen zu erwarten sind“. Der Begriff der „schädliche Gewässerveränderungen“ gem. § 3 WHG ist als Oberbegriff weit zu verstehen (vgl. Czychowski/Reinhardt, WHG, 11. Aufl. 2014, § 3 Rn. 69). Soll die Wasserqualität durch eine versagte Erlaubnis geschützt werden, lässt sich wohl immer ein „Stoffbezug“ konstruieren. Selbst dann, wenn die Quantität im Vordergrund der Erlaubnisversagung stehen sollte, ließe sich im Fall einer (durch Trockenheit verursachten) abnehmenden Wassermenge noch ein „Stoffbezug“ herstellen. Denn mit abnehmender Wassermenge steigt die Konzentration der in einem Gewässer enthaltenen schädlichen Stoffe. Kurz: Auf diese Weise ließe sich wohl für nahezu alle Regelungen des WHG irgendwie ein „Stoffbezug“ herstellen.

§ 7a LWG-E bezieht sich auf die Untersagung einer verhaltensbezogenen Benutzungen i.S.v. § 9 WHG, die nicht vom Einsatz bestimmter Stoffe abhängig ist. § 7a LWG-E enthält keine stoffbezogene Regelung.

- (c) Ergebnis: § 7a LWG-E ist weder eine stoff- noch eine anlagenbezogene Regelung. § 7a LWG-E steht außerhalb des abweichungsfesten Kerns i.S.v. Art. 27 Abs. 3 Nr. 5 GG.

b. Eigene Konzeption – Vorsorge und Restrisiko

§ 7a LWG-E entspricht dem Grundgedanken der Abweichungskompetenz, die es den Ländern ermöglichen soll, „eigene Konzeptionen“ zu verwirklichen (vgl. BT-Drs. 16/813, S. 11) und dadurch eine andere Rechtslage herbeizuführen (Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 72 Rn. 30). Genau das ist das Ziel des § 7a LWG-E. Der Regelung liegt eine eigene Risikokonzeption zugrunde, die auf

die Grundwasserkörper in Schleswig-Holstein zugeschnitten ist, im Einklang mit dem europarechtlich in Art. 191 Abs. 2 AEUV (dazu unten zu 3.) und verfassungsrechtlich in Art. 20a GG verankerten Vorsorgeprinzip.

Das Vorsorgeprinzip gem. Art. 20 a GG dient insbesondere wegen der Verantwortung für künftige Generationen der Risikominimierung und der Ressourcenschonung (Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 20a Rn. 8). Welche Risiken für Umweltgüter - hier: das Grundwasser – vermieden werden müssen und wie groß das verbleibende Restrisiko ihrer Schädigung sein darf, hängt von ihrer Bedeutung als Lebensgrundlage ab (Sachs/Murawiek, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 20a Rn. 50). Der insoweit bestehende Wertungsspielraum des Gesetzgebers wird sich an folgender Überlegung zu orientieren haben: Je wichtiger das betroffene Umweltgut als Grundlage des Lebens und je weniger die potentielle Schädigung reversibel ist, desto geringer muss das verbleibende Restrisiko sein (Sachs/Murawiek, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 20a Rn. 50).

§ 7a LWG-E geht es erkennbar um den Schutz des Grundwassers, das primär für die Trinkwasserversorgung der Bevölkerung in Schleswig-Holstein genutzt wird und daher eine existentielle Bedeutung hat. Das mit § 13a Abs. 1 WHG verbundene Restrisiko für die örtlichen Grundwasserressourcen sucht § 7a LWG-E weiter zu minimieren und letztlich auf Null zu reduzieren, um die höchst vulnerablen Grundwasservorkommen in Schleswig-Holstein (zum schlechten Zustand der Grundwasserkörper s. u.) gar keinem Schädigungsrisiko durch Fracking auszusetzen.

Damit konkretisiert § 7a LWG-E den Vorsorgegrundsatz und weicht von der Risikobewertung des Bundesgesetzgebers in § 13a Abs. 1 Nr. 1 WHG „nach oben“ ab (höheres Schutzniveau). Der Bundesgesetzgeber betrachtet lediglich Fracking-Vorhaben in Bezug auf bestimmte Gesteinsarten als riskant und unterwirft sie daher gem. § 13a Abs. 1 Nr. 1 WHG einem bundesweiten Grundsatzverbot – verbunden mit einem erkennbar größeren Rest-Schädigungsrisiko für das Umweltgut Grundwasser.

3. Kein entgegenstehendes Unionsrecht

§ 7a LWG-E steht in Einklang mit dem EU-Recht.

Betrachtet man das Unionsrecht, so lässt sich zunächst festhalten, dass spezielle Regelungen für Fracking-Vorhaben und damit verbundene Auswirkungen auf den Wasserhaushalt nicht bestehen.

Maßgeblich bleiben damit die in das WHG implementierten Vorgaben für den nachhaltigen und vorsorgenden europäischen Gewässerschutz, die in der Wasserrahmenrichtlinie 2000/60/EG (WRRL) und deren Tochtrichtlinien geregelt sind. Im Vordergrund stehen die unionsrechtlichen Qualitätsziele (Grundwasserqualitätsnormen) und die verbindlichen Bewirtschaftungsziele in Art. 4 WRRL. Dazu zählen insbesondere das Verschlechterungsverbot und das Verbesserungsgebot, Art. 4 WRRL, die der Zielerreichung des „guten Zustand“ der Oberflächengewässer und des Grundwassers bis spätestens Ende 2027 dienen.

Klarstellend hat der EuGH 2015 in der Entscheidung zur „Weservertiefung“ (Rs. C-461/1) in diesem Zusammenhang entschieden, dass Art. 4 WRRL

„die Mitgliedstaaten vorbehaltlich der Gewährung einer Ausnahme verpflichtet sind, die Genehmigung für ein konkretes Vorhaben zu versagen, wenn es eine Verschlechterung des Zustands eines Oberflächenwasserkörpers verursachen kann oder wenn es die Erreichung eines guten Zustands eines Oberflächengewässers bzw. eines guten ökologischen Potenzials und eines guten chemischen Zustands eines Oberflächengewässers zu dem nach der Richtlinie maßgeblichen Zeitpunkt gefährdet“ (Rn. 51).

Für die noch sensibleren Grundwasserkörper, zu denen eine Entscheidung des EuGH noch aussteht, gilt nichts anderes.

Frackingmaßnahmen (Bohrungen etc.) sind riskante, konkrete Vorhaben i.S.d. Art. 4 WRRL, die eine Verschlechterung des Grundwasserzustands verursachen und die Erreichung des vorgeschriebenen „guten Zustands“ zum von der WRRL vorgeschriebenen Zeitpunkt, also spätestens Ende 2027, gefährden können.

Bereits jetzt befindet sich in Schleswig-Holstein etwa die Hälfte der Grundwasserkörper in einem „schlechten Zustand“, gemessen an den Vorgaben der WRRL. Die Landesregierung geht aktuell davon aus, dass der verbindlich vorgegebene „gute Zustand“ bis 2021 nicht erreicht werden wird. Somit ist für die Zielerreichung die letzte in Art. 4 WRRL vorgeschriebene Frist, die Ende 2027 abläuft, entscheidend; wird die Zielerreichung auch bis dahin verfehlt, droht ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH. Zum aktuellen Stand:

„Im Bewirtschaftungsplan 2015 waren 32 Grundwasserkörper des Hauptgrundwasserleiters und alle 9 tiefen Grundwasserkörper in gutem chemischen Zustand. In schlechtem chemischen Zustand waren 24 Grundwasserkörper im Hauptgrundwasserleiter. Damit sind die

Grundwasserkörper auf etwa der Hälfte der rd. 15.500 km² umfassenden Landesfläche in schlechtem Zustand. (...)

Denn, selbst wenn keine zusätzliche Immission durch das Sickerwasser mehr erfolgt, ist eine Zielerreichung vor 2021 nicht zu erwarten. Die Umwandlung des schlechten in den guten Zustand wird längere Zeiträume in Anspruch nehmen“

(Landesportal Schleswig-Holstein, Chemischer Zustand des Grundwassers gem. EG-WRRL, <https://www.schleswig-holstein.de/DE/Fachinhalte/G/grundwasser/chemischerZustand.html>).

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass in Schleswig-Holstein besondere Anstrengungen und Maßnahmen zur Verbesserung des Grundwasserzustands dringend erforderlich sind („Verbesserungsgebot“), um den „guten Zustand“ bis spätestens Ende 2027 zu erreichen, während unnötige Risiken für den Grundwasserzustand zu vermeiden sind („Verschlechterungsverbot“).

§ 7a LWG-E steht in Einklang mit Art. 4 WRRL, der Rechtsprechung des EuGH und dem Vorsorgegebot in Art. 191 Abs. 2 AEUV. Das Vorsorgegebot verlangt ein frühzeitiges Tätigwerden, lange bevor Umweltschäden eingetreten sind. Es bedarf dazu einer vorausschauenden Bewertung möglicher Gefahren für die Umwelt. Es reicht bereits ein begründeter Gefahrenverdacht. Das Vorsorgeprinzip umfasst den Präventionsgedanken und ein grundsätzliches Gebot der Schadensminimierung. Dies beinhaltet auch eine Art Risikobewertung auf der Grundlage aller relevanten Umstände und Erkenntnisse (vgl. Vedder/Heitschel von Heinegg/*Epiney*, Europäisches Unionsrecht, 2. Aufl. 2018, Rn. 10 f. m.w.N.).

Schutzverstärkende Regelungen der Bundesländer wie § 7a LWG-E, sind im Rahmen der Abweichungsgesetzgebung nach Art. 27 Abs. 3 Nr. 5 GG unionsrechtlich nicht ausgeschlossen. Denn Art. 193 AEUV erlaubt den Mitgliedstaaten und damit mittelbar auch den Ländern die Anordnung strengerer Standards, also auch entsprechende Abweichungen (Czychowski/Reinhardt, WHG, 11. Aufl. 2014, Einl. Rn. 39 m.w.N.).

III. Ergebnis

1. § 7a LWG-E fällt in die Abweichungskompetenz des Landesgesetzgebers gem. Art. 72 Abs. 3 Nr. 5 GG. Der abweichungsfeste Kernbereich ist nicht betroffen.

2. § 7a LWG-E beachtet die Vorgaben des Art. 4 WRRL 2000/60/EG.

3. § 7a LWG-E konkretisiert den Vorsorgegrundsatz in unionsrechtlich und verfassungsrechtlich konformer Weise.

4. Gegen § 7a LWG-E bestehen keine verfassungsrechtlichen oder unionsrechtlichen Bedenken.

(Prof. Dr. Laskowski)