

Ministerium für Energiewende, Landwirtschaft, Umwelt,
Natur und Digitalisierung | Postfach 71 51 | 24171 KielSchleswig-Holsteinisches Landesverfas-
sungsgericht

Brockdorff-Rantzau-Str. 13

24837 Schleswig

Verf.	Post- nachr.	12 AA	Mit.
RA	EINGEGANGEN		Abge- ordnet
SB	29. MRZ. 2019		Stell- vert.
Post- str.	Rechtsanwälte Günther Partnerschaft		Zu- kunft
Post- fach			Stell- vert.

Die Staatssekretärin

26 .03.2019

Mit Schreiben vom 13.12.2018 wurde der Landesregierung die Gelegenheit gegeben, bis zum 31.03. 2019 eine Stellungnahme im Verfahren LVerfG 2/2018 abzugeben. Diese Gelegenheit wird hiermit wahrgenommen.

I.

Die schleswig-holsteinische Landesregierung lehnt Fracking ab. Dies ist auch im Koalitionsvertrag ausdrücklich festgeschrieben (Koalitionsvertrag für die 19. Wahlperiode des Schleswig-Holsteinischen Landtages (2017-2022), S. 55).

II.

Insoweit begegnet das Anliegen der Volksinitiative zum Schutz des Wassers durchaus Sympathien – auch wenn der Titel der Volksinitiative irreführend ist, da es um das Thema Fracking geht und nicht um die viel umfassendere Fragestellung des Gewässerschutzes, für den andere, konkretere Gefahren im Fokus stehen.

III.

Da es nach Einschätzung der Landesregierung keine Gesetzgebungskompetenz für ein pauschales Fracking-Verbot in konventionellen Lagerstätten im Landeswassergesetz gibt, hat die Landesregierung keinen derartigen Gesetzentwurf vorgelegt. Sie hat stattdessen in § 40 des Entwurfs des neuen Landeswassergesetzes, der am 19.2.2019 vom

Kabinettsverabschiedet wurde, den bestehenden landesgesetzlichen Spielraum ausgeschöpft und u.a. den besonders strengen wasserrechtlichen Besorgnisgrundsatz als Beurteilungsgrundlage eventueller Fracking-Anträge festgeschrieben.

IV.

Die sehr detaillierte, ausführliche, gut begründete Prüfung des Wissenschaftlichen Dienstes des Landtags, Umdruck 19/1360, Abschnitt A. IV, deckt sich mit der Einschätzung der Landesregierung. Die Begutachtung wird vollumfänglich geteilt. Eine ausführliche Stellungnahme erübrigt sich vor diesem Hintergrund.

V.

Zur Frage des Prüfumfanges des Landtags hinsichtlich der Zulässigkeit einer Volksinitiative ist die Argumentation des Wissenschaftlichen Dienstes des Landtags ebenfalls plausibel. Da die Landesregierung hiervon aber nicht betroffen ist, wird diese Fragestellung im Folgenden allerdings nicht näher betrachtet.

VI.

Dies vorangeschickt, wird ergänzend auf Folgendes hingewiesen:

1. Technische Aspekte der Fracking-Technologie

Vorab sei ergänzend zur Schilderung der Antragstellerin auf S. 2 ff. auf einige **technische Aspekte** der sog. Fracking-Technologie eingegangen.

Die Volksinitiative befasst sich mit Fracking zur Gewinnung von Kohlenwasserstoffen (Erdöl, Erdgas). Der dritte Einsatzbereich (Geothermie) wird ausgeblendet, obwohl es sich um die gleiche Technologie mit letztlich gleichem Gefahrenpotential handelt.

Beim Fracking (Hydraulic Fracturing) wird unter Zuhilfenahme hydraulischen Drucks Tiefengestein aufgebrochen.

Sog. **unkonventionelles Fracking** meint dabei Fracking in feste, gering bis nicht durchlässige Muttergesteine, in denen die Kohlenwasserstoffe entstehen und eingeschlossen sind. Es ist gem. § 13a Abs. 1 WHG in Deutschland unzulässig.

Sog. **konventionelles Fracking** meint dabei Fracking in porösere Speichergesteine, in die Kohlenwasserstoffe aus den Muttergesteinen eingewandert sind. Es ist gem. § 13a Abs. 1 WHG nur in bestimmten sensiblen Kulissen verboten und bedarf im Übrigen einer wasserrechtlichen Zulassung. Diese Regelung will die Volksinitiative durch das landesrechtliche Kompletterbot ersetzen.

a. Um welche Technologie geht es?

Hydraulic Fracturing ist eine Stimulationsmethode des Bohrlochbergbaus. Sie dient der besseren Anbindung der Gase und Fluide der Lagerstätte an das Bohrloch, indem zusätzliche, neue Fließwege im Gestein geschaffen werden. Die Technik ist für konventionelle und unkonventionelle Lagerstätten prinzipiell gleich.

Der Druck in dem durch sog. Packer druckmäßig isoliertem Abschnitt des Bohrlochs wird so weit erhöht, dass die natürlich im Gestein vorhandene, einer Rissbildung entgegenwirkende Gebirgsspannung (Gebirgsdruck), bzw. deren Konzentration rund um das Bohrloch, gemeinsam mit der natürlichen Zugfestigkeit (Härte) des Gesteins überwunden werden. Der Riss setzt sich vom Bohrloch ausgehend in beide Richtungen quer zu der Richtung der geringsten natürlichen Gebirgsspannung fort, solange das Pumpen nicht eingestellt wird. Allerdings wird mit wachsendem Abstand der Riss-Spitze vom Bohrloch, die erforderliche Pumprate (eingepresstes Fluidvolumen pro Zeit) immer größer, um den Rissfortpflanzungsdruck aufrecht zu halten, weil die Fluidverluste in die natürlichen Poren der angrenzenden Gesteine (und damit der Druckverlust) mit der Größe der Riss-Fläche ansteigen. Somit setzt die verwendete Pumprate, je nach Durchlässigkeit des Gesteins, der Rissausbreitung Grenzen. Ihre Größe beträgt von einigen zehner bis zu mehreren hundert Metern Länge, einigen Metern bis zehner Metern Höhe aber mit nur wenigen Millimetern Breite.

Wenn mit dem Pumpen aufgehört wird, sinkt der Porendruck aufgrund des Abflusses des Fluids über die Poren des Gesteins. Beim Unterschreiten des sogenannten Schließdrucks, schließt sich der entstandene Riss. Ziel ist es den Riss offen zu halten. Deshalb werden entweder die Oberflächen des Risses verändert, so dass die beiden Rissoberflächen nicht mehr formschlüssig aufeinanderpassen. Oder es wird ein Stütz-

mittel eingebracht, welches verhindert, dass sich der Riss wieder vollständig schließen kann.

b. Welche Stoffe sind erforderlich?

Die Art der notwendigen Stoffe hängt von der Lagerstätte ab.

Einige Lagerstätten (Kalkstein, Dolomit) können mit Säuren hydraulisch stimuliert werden. Durch die Drucküberschreitung entsteht auch hier ein Riss. Die Rissoberflächen werden dabei geätzt. Beim Ablassen des Drucks, wenn sich der Riss wieder schließt, passen die beiden Rissoberflächen nicht mehr formschlüssig aufeinander. Es bleibt ein kleiner Riss, auch wenn kein Druck mehr ansteht.

Andere konventionelle Lagerstätten (Sandsteine) werden mit einer Flüssigkeit (*Fluid*) beaufschlagt, die Süßwasser als Basis hat. Reines Süßwasser würde aber bei entsprechenden Gesteinsdurchlässigkeiten unvermittelt in die Lagerstätte abfließen, ohne den für einen Riss erforderlichen Druck aufzubauen. Deshalb müsste sehr viel Süßwasser mit einem sehr großen Volumenstrom in das Bohrloch gepumpt werden, um einen Riss zu erzeugen. Um die Volumenströme herabsetzen zu können, muss ein schnelles Abfließen aus den Poren der Gesteinsmatrix verhindert werden. Dazu muss das Fluid eine höhere Viskosität erhalten. Das Süßwasser wird dazu mit quellfähiger Zellulose versetzt (analog zu Tapetenkleister). Die dickflüssige Suspension (das angemixte Gel) kann schlechter über die Poren abfließen, sodass weniger Volumenstrom benötigt wird, um eine Druckerhöhung in den Gesteinsporen zu erreichen, die den Riss erzeugt. Die erzeugten Gele müssen stabilisiert werden, um den Druck- und Temperatur-Bedingungen in den Lagerstätten standzuhalten. Zur Stabilisierung werden in kleinen Mengen andere Stoffe hinzugefügt.

Das entstandene Gel, ist aufgrund der höheren Viskosität nun in der Lage, ein *Stützmittel* zu tragen. Ursprünglich wurden als Stützmittel natürliche, gleichförmige Sande benutzt. Die Gleichförmigkeit des Sandes ist das entscheidende Kriterium, denn dadurch werden die Porenräume zwischen den Sandkörnern groß, wenn der Sand schließlich im Riss als Stützmittel abgelagert ist. Im Ergebnis hat der Riss eine höhere Durchlässigkeit als das ursprüngliche Gestein und die Lagerstätte wird besser an das Bohrloch angebunden. Das Lagerstättenfluid (in der Lagerstätte enthaltene Kohlenwasserstoffe und

ggf. das Lagerstättenwasser) ist daher später bestrebt, in den mit dem Stützmittel aufgefüllten Riss einzutreten, um entlang des Risses zum Bohrloch zu fließen.

Am Ende des Stimulationsprozesses muss das verwendete, basische Gel gebrochen werden. Dazu ist ein Wechsel des pH-Wertes erforderlich. Dieser pH-Wertwechsel kann auf zwei Arten erreicht werden. Entweder enthält das gebildete Gel bereits „Timer“ oder es findet ein Überpumpen mit einer schwachen Säure statt. Die Timer sind saure Bestandteile, die ummantelt sind. (Das Prinzip ist Medikamenten ähnlich, bei denen Speiseröhre und Magen geschützt werden sollen und der Wirkstoff erst später freigesetzt wird, wenn das Medikament den Darm erreicht hat.) Nach einer vorher festgelegten Zeit hat sich der Mantel aufgelöst und der Inhaltsstoff, die Säure, wird freigesetzt. Dadurch ändert sich das Milieu des Gels von basisch zu sauer und das Gel bricht zusammen.

Die Viskosität wird sprunghaft herabgesetzt. Das Stützmittel kann nicht mehr getragen werden und setzt sich im Riss ab. Das gebrochene Gel fließt über die Gesteinsporen in die umgebende Gesteinsmatrix ab, der aufgebaute Druck bricht zusammen und der erzeugte Riss schließt sich so weit wie dies das eingebrachte Stützmittel zulässt.

Anschließend erfolgt eine Umkehr der Druckverhältnisse, so dass der Druck in der Lagerstätte größer ist als der Druck in der Bohrung. Dadurch ändert sich die Fließrichtung in der Lagerstätte, im Riss und im Bohrloch. Das gebrochene Gel befindet sich im Riss und in den Poren, die dem erzeugten Riss am nächsten sind und wird zuerst zurückgeführt und zutage gebracht. Das Lagerstättenfluid tritt über die Poren der Gesteinsmatrix in den Riss ein und schiebt dazu das gebrochene Gel vor sich her und schließlich bis ins Bohrloch und zur Tagesoberfläche. Damit nicht auch das Stützmittel ausgelesen wird, sind moderne Stützmittel keine natürlichen Sande, sondern Sand oder geformte, gebrannte Keramiken, die mit einem Überzug versehen sind, durch den die Körner aneinanderkleben.

Manche im Tonstein lokal vorhandene Tonminerale vertragen keine Benetzung mit Süßwasser. Sie lagern das Süßwasser zwischen den Gitterschichten der Tonmineral-Kristalle ein. Dadurch quillt das Gestein und kann dabei den Riss ungewollt wieder verschließen. Deshalb gibt es auch hydraulische Stimulationen mit anderen Trägermedien als Wasser, die sich besser mit den Gesteinen der Lagerstätte vertragen. Dies können Öle oder Gase (unter anderem Kohlendioxid) sein. Die Auswahl des Fluids, welches für die hydraulische Stimulation verwendet werden soll, hängt vom Gestein der Lagerstätte und dem Lagerstättenfluid ab und bedarf erheblicher Vorüberlegungen, mit mathematischen Simulationen und Laborexperimenten.

c. Welche Anlagen sind erforderlich?

Zunächst sind die Anlagen für die Bohrungen, die Bohrtechnik und die Förderung (u.a. Bohrturm, Bohrgestänge etc.) erforderlich. Der spezielle apparative Aufwand für eine hydraulische Stimulation ergibt sich aus der Notwendigkeit, schneller zu pumpen als das verwendete Fluid in die Porenetzwerke der Formation entweichen kann. Nur dann steigt der Fluidruck auf das nötige Maß (Aufbrechdruck) und der Riss entsteht und pflanzt sich fort. Deshalb sind für eine hydraulische Stimulation vor allem Pumpaggregate erforderlich. Da eine mobile Pumpe nur einen gewissen Volumenstrom erzeugen kann, werden mehrere Pumpen parallel zusammengeschaltet (s. Foto). Dazu sind mobile, temporäre Rohrleitungen notwendig. Außerdem werden Tanks benötigt, in denen hinreichende Volumina an Fluid vorgehalten werden. Wenn Gele gemixt werden und Stützmittel eingebracht werden sollen, so ist ein Blender erforderlich, der das angemixte, in Tanks zwischengelagerte Gel während des Pumpvorgangs mit Stützmittel versetzt. Weitere eingesetzte Stoffe werden in entsprechenden Vorratsbehältern gelagert.



2. Wasserrecht

a. Konkurrierende Gesetzgebung

Nach Art. 72 Abs. 1 i.V.m. Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG können die Länder im Wasserrecht als Gegenstand der **konkurrierenden Gesetzgebung** eigene Gesetze erlassen, solange und soweit der Bundesgesetzgeber nicht tätig geworden ist. Die erfolgte Fracking-Regelung in § 9 Abs. 2 Nr. 3 und 4, §§ 13a, 13b, 104a WHG ist als sehr detailliert und die Fracking-Technologie umfassend regelnd einzuordnen. Dies gilt gerade auch im Vergleich zu anderen Gewässerbenutzungen, denen keine derartige Regelungstiefe widerfahren ist. Die Detailgenauigkeit für einen, zudem im Bereich der Wasserwirtschaft ungewöhnlichen, fiktiven Benutzungstatbestand nach § 9 Abs. 2 WHG ist geradezu ein Fremdkörper im WHG. Den Ländern bleiben damit, wenn überhaupt, nur in Detailfragen Ergänzungs- oder Konkretisierungsmöglichkeiten. Nach den Grundsätzen der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz kommt den Ländern keine Kompetenz für ein landesrechtliches Totalverbot von Fracking in konventionellen Lagerstätten zu.

b. Abweichungsgesetzgebung

Eine weitere Frage ist, ob die Länder nach Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 GG **abweichende Regelungen** treffen dürfen. Nicht möglich ist dies bei **anlagen- und stoffbezogenen** Regelungen. Die Fracking-Regelungen sind jedoch als solche zu qualifizieren.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Begrifflichkeit im Zweifel weit auszulegen ist, da sie als Rückausnahme den Regelfall der konkurrierenden Gesetzgebung wiederherstellt. Jedenfalls handelt es sich nicht um eine eng auszulegende Ausnahmebestimmung.

In Bezug insbesondere auf die Stoffbezogenheit ist es auch nicht zulässig, den Begriff zu verengen und unter Hinweis auf den vorgeblichen gesetzgeberischen Willen nur Regelungen, die in Umsetzung europarechtlicher Vorgaben (v.a. aus der UQN-Richtlinie) stoffliche Qualitätsanforderungen zum Inhalt haben, hierunter zu fassen. In BT-Drs. 16/813 wird lediglich erwähnt, dass in „diesen Bereichen [...] *auch* europarechtlich einheitliche Regelungen normiert“ sind (BT-Drs. 16/813 S. 11, eigene Hervorhebung). Bei stofflichen Belastungen und von Anlagen ausgehenden Gefährdungen für das Grund-

wasser handele es sich um „Kernbereiche des Gewässerschutzes, die durch bundesweit einheitliche rechtliche Instrumentarien zu regeln sind“ (BT-Drs. 16/813 a.a.O.). Es sind „alle Regelungen, deren Gegenstand stoffliche oder von Anlagen ausgehende Einwirkungen auf den Wasserhaushalt betreffen,“ auf Stoffe und Anlagen bezogen, explizit auch das Einbringen und Einleiten von Stoffen (BT-Drs. 16/813 a.a.O.). Betrachtet man die oben dargestellte Verfahrensweise beim Fracking, legen bereits diese allgemeinen gesetzgeberischen Erwägungen nahe, dass die Fracking-Technologie die genannten Kriterien erfüllt.

Es war bei der Regelung der abweichungsfesten Gesetzgebung das gemeinsame Ziel von Bund und Ländern, mit den anlagenbezogenen Regelungen im Wasserrecht den Kern wirtschaftlicher Betätigung in Deutschland bundeseinheitlich zu regeln, damit Investoren einen einheitlichen Rechtsrahmen vorfinden (vgl. *Benneter/Poschmann*, in: *Holtzheimer/Schön* (Hrsg.), *Die Reform des Bundesstaates*, 2007, S. 190f.) – und freilich auch, um zugunsten der Gewässer einen möglichen Unterbietungswettbewerb zu verhindern.

Im Einzelnen:

aa. Anlagenbezug

Der Begriff der „Anlage“ im Sinne des WHG, der nicht legaldefiniert ist, wird weit ausgelegt, was auf anlagenbezogene Regelungen durchschlägt. Anlagenbezogene Regelungen seien solche, die die von Anlagen ausgehenden Einwirkungen zum Gegenstand haben. Der Begriff der anlagenbezogenen Regelungen beschränke sich nicht auf die im WHG geregelten Anlagentypen, sondern habe auch alle Vorschriften zum Gegenstand, die Einwirkungen von sonstigen Anlagen auf die Gewässer betreffen. Davon seien insbesondere alle mit dem Betrieb einer Anlage zusammenhängenden chemischen und physikalischen Einwirkungen, mithin alle anlagenbezogenen Gewässerbenutzungen erfasst (so *Ginzky/Rechenberg*, ZUR 2006, S. 344 (346f.); *Benneter/Poschmann*, in: *Holtzheimer/Schön* (Hrsg.), *Die Reform des Bundesstaates*, 2007, S. 189-191; s. auch *Kotulla*, NVwZ 2007, S. 489 (494)). Nach *Kotulla* a.a.O. sind bundesgesetzliche Regelungen, wie die die Wasserbeschaffenheit beeinflussenden Benutzungen nebst dem dazu gehörigen Gestattungsregime nach §§ 8, 9 WHG „definitiv ausgenommen“ von landesgesetzlichen Abweichungsbestrebungen.

Betrachtet man vor diesem Hintergrund die Fracking-Technologie, so erfolgt zunächst durch die § 9 Abs. 2 Nr. 3 und 4, §§ 13 a und b WHG die Regelung des Einsatzes bergbautechnischer Anlagen. Fracking ist notwendigerweise immer mit dem Betrieb von Anlagen verbunden (s.o. Zif. 1.). Die Tatbestände des § 9 Abs. 2 Nr. 3 und 4 WHG greifen nur im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Anlagenbetrieb. Die Abweichungsfestigkeit gilt, wie beschrieben, nicht nur für Anlagenregelungen selbst, sondern bereits bei anlagenbezogenen Regelungen. Das Begriffsverständnis ist weiter als das einer (unmittelbaren) Anlagenregelung. Die Fracking-Regelungen wollen ersichtlich die von den Anlagen ausgehenden (hierbei zudem stofflichen) Belastungen verhindern. Das spezifische Gefährdungspotenzial der beim Fracking verwendeten Anlagentechnik ist Anknüpfungsgegenstand der wasserrechtlichen Frackingregelung. Insoweit geht der Einwand fehl, dass nicht allein die Tatsache, dass eine Anlage für einen wasserwirtschaftlich relevanten Tatbestand benötigt wird, schon einen Anlagenbezug begründen könne. So ließe sich dann argumentieren, wenn eine Anlage nicht zwingend für die Gewässerbenutzung benötigt würde.

Die dargestellten Erwägungen unter Hinweis darauf zu entkräften, es gehe hier um *verhaltensbezogene* Regelungen (nämlich die *Nutzung* von Anlagen), überzeugt nicht. Denn eine jede Anlage erfährt erst durch die Nutzung Relevanz für den Wasserhaushalt. Durch den argumentativen Schwenk auf den Verhaltensbezug würde das Tatbestandmerkmal des Anlagenbezugs unterlaufen. Jede Anlage verlangt ein Bedienen, also ein Verhalten. Der Anlagenbezug wäre stets abzulehnen. Zulässig wäre das Argument daher nur, wenn ein Verhalten nicht zwingend die Verwendung von Anlagen erforderte. Das trifft auf Fracking aber gerade nicht zu. Vgl. dazu das Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes, S. 42.

bb. Stoffbezug

Daneben ist die Regelung auch stoffbezogen.

Zunächst betreffen § 9 Abs. 2 Nr. 3 und 4, §§ 13a und 13b WHG die beim Fracking verwendeten Stoffe, insbes. Frackingfluide, Stützmittel, Timer mit den entsprechenden stofflichen Zusammensetzungen mit u.a. chemischen Zusätzen zum Gel, Säuren sowie Öle und Gase als alternative Fluide (im Einzelnen s.o. Zif. 1.).

Die Fracking-Regelungen sind auch stoffbezogen. Fracking ohne die genannten Stoffe ist nicht möglich. Nach der Gesetzesbegründung sind „stoffbezogen“ alle Regelungen, die von Stoffen ausgehende Einwirkungen auf den Wasserhaushalt betreffen. Zu stoffbezogenen Regelungen gehören stoffbezogene Benutzungs- und Bewirtschaftungstatbestände (*Ginzky/Rechenberg*, ZUR 2006, S. 344 (348)). Solche sind die Regelungen zu Fracking in § 9 Abs. 2 i.V.m. §§ 13 a und b WHG. Regelungszweck ist der Schutz des Grundwassers vor Stoffen, die beim Fracking verwendet werden (Frackfluide etc.) oder von denen im Zusammenhang mit dem Einsatz der Technologie Gefahren drohen (Schaffung von Wegsamkeiten für Stoffe, die bei klassischen Bohrungen nicht entstünden, dabei auch mögliche stoffliche Kontamination durch Lagerstättenwasser in der Tiefe), vgl. BT-Drs. 18/4713, S. 1f. Abweichende Länderregelungen scheiden schon danach grundsätzlich aus (wohl überwiegende Auffassung, siehe *Wagner*, UPR 2015, S. 201 (207); *Schlacke/Schnittker*, ZUR 2016, S. 259 (260): „das gesetzliche Zulassungsregime für Frackingvorhaben [ist] aus Gründen der legislativen Kompetenzverteilung einem Zugriff des Landesgesetzgebers entzogen“; *Schmid* in *Berendes/Frenzl/Müggenborg*, WHG, 2. Auflage (2017), § 9 Rn. 106; v. *Weschpfennig*, W + B 2017, S. 56 (67)).

Soweit die Antragstellerin auf S. 20 darlegt, die wesentliche Gefahr des Frackings liege nicht in den eingesetzten Stoffen, sondern im Lagerstättenwasser und dem Flowback an die Erdoberfläche, vermag das den Stoffbezug der Regelung sogar zu bestätigen. Denn das „Mitfördern“ von Lagerstättenwasser kann unabhängig von Fracking bei jeder Erdölförderung auftreten. Die Besonderheit des Frackings liegt im Einsatz der o. g. Stoffe (vgl. auch S. 2 der Antragsschrift: „Gemisch aus Wasser, Sand und Chemikalien“). Hier ist also zu differenzieren zwischen der gewöhnlichen Erdölförderung (kein Stoffbezug) und dem Fracking (Stoffbezug aufgrund der eingesetzten Stoffe und der durch sie bewirkten Folgen – Schaffung von Wegsamkeiten über die reinen Bohrungen hinaus). Soweit mit der Antragstellerin davon ausgegangen wird, dass die eingesetzten Stoffe nicht die wesentliche Gefahr des Frackings begründen, wäre dies zudem eine Erklärung für den differenzierten Regelungsansatz in § 13 a WHG.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird durch eine prominente Stimme teilweise ein differenzierender Ansatz vertreten: Insbesondere die (teilweise gebietsbezogenen) Verbotstatbestände seien verhaltensbezogen (*Giesberts/Reinhardt*, BeckOK Umweltrecht, WHG, Stand: 1.4.2018, § 13a Rn. 41-43; *Reinhardt*, NVwZ 2016, S. 1505

(1510)). Allerdings betrachtet *Reinhardt* a.a.O. die Fragestellung nur aus der Perspektive, ob der Bund abweichungsfest ein Totalverbot für unkonventionelles Fracking erlassen durfte (die vier Forschungsvorhaben gem. § 13a Abs. 2 WHG ausgenommen) und konstatiert, dass die Länder hiervon abweichen dürften, also das bundesrechtliche Verbot abschwächen dürften. Den umgekehrten Fall, das Verbot strenger zu fassen, betrachtet er nicht. Bereits vor Inkrafttreten der Fracking-Regelungen im WHG schrieb *Reinhardt*, stoff- und anlagenbezogene landesrechtliche Benutzungsregelungen blieben möglich, wenn sie sich entweder konkretisierend im Rahmen der jeweiligen bundesrechtlichen Vorgaben halten oder andere Verhaltensweisen, deren Gestattungspflichtigkeit nicht zwingend bundesrechtlich vorgeschrieben ist, einem Zulassungsvorbehalt unterstellten (*Czychowski/ Reinhardt*, 11. Aufl. (2014), § 9 Rn. 107). Keine der Varianten greift jedoch, wenn ein umfassendes Fracking-Verbot durch Landesgesetz geregelt werden sollte. Ersteres scheidet aus, da keine Konkretisierung erfolgen würde, letzteres greift nicht, da die Verhaltensweise „Fracking“ dem bundesrechtlich vorgeschriebenen Zulassungsvorbehalt gem. § 9 Abs. 2 Nr. 3 und 4 WHG unterliegt.

In diesem Zusammenhang ist auf ein **weiteres, womöglich entscheidendes, Hindernis** hinzuweisen: Ein Totalverbot hieße, dass auch die stoff- und anlagenbezogenen Regelungen des WHG (insbesondere zum Stoffregister nach § 13 b Abs. 5 WHG) landesgesetzlich außer Kraft gesetzt würden. Damit würde ein abweichungsfester Kern außer Kraft gesetzt. Jedenfalls das ist nicht von der Abweichungskompetenz der Länder gedeckt. Damit würden selbst bei einer länderfreundlichen Auslegung stoff- bzw. anlagenbezogene Regelungen einem kompletten Verbot von Fracking in konventionellen Lagerstätten entgegenstehen. So ist wohl auch das Gutachten des *Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestags* unter Zif. 3.2.3. a. E. zu verstehen, wenn es bezüglich der differenzierenden Ansicht kritisiert, dass sie sich nicht näher mit dem Umstand befasse, dass „*bei einem derartigen Verbot auch die ihrer Einschätzung nach abweichungsfesten Regelungen über die verwendeten Gemische und das Stoffregister in dem betreffenden Land ins Leere laufen würde*“ (Deutscher Bundestag, Wissenschaftlicher Dienst, Fragen zur Abweichungskompetenz der Länder auf dem Gebiet des Wasserhaushalts, WD 3-3000-049/17 vom 9.3.2017). Der Wissenschaftliche Dienst des Bundestags hat sich nicht ausdrücklich positioniert. Obiges Zitat lässt jedoch klare Zweifel an einer landesrechtlichen Gesetzgebungskompetenz erkennen.

Nach alledem wird man festhalten können, dass die Fracking-Regelungen des WHG ganz überwiegend umfassend als stoff- und anlagenbezogen angesehen werden, teilweise differenziert wird, ein komplettes Verbot auch für Fracking in konventionellen Lagerstätten durch Landesgesetz aber kompetenzrechtlich nicht möglich ist.

3. Bergrecht

a.

Eine landesgesetzliche Abweichungskompetenz scheidet möglicherweise schon aus einem anderen Grund aus: In § 9 Abs. 2 Nr. 3 und 4, §§ 13a und 13b WHG wird über die formale Regelung eines wasserrechtlichen Benutzungstatbestandes ein bergrechtliches Verfahren bzw. eine **bergrechtliche Technologie** geregelt, nämlich eine bestimmte Methode bergbaulicher Rohstoffgewinnung. Die Herstellung und Aufrechterhaltung der Bohrung selbst mit dem Durchteufen Grundwasser-führender Schichten ist bereits eine sog. *echte Gewässerbenutzung* nach § 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG. Demnach wären § 9 Abs. 2 Nr. 3 und 4 WHG zwar im Wasserrecht verortet, rein tatsächlich und damit kompetenzrechtlich aber im Kern dem Bergrecht zuzuordnen (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG), für das keine Abweichungskompetenz der Länder besteht (in diesem Sinne v. *Weschpfennig*, W+B 2017, S. 56 (66-68); *Frenz*, Fracking-Verbot, NVwZ 2016, S. 1042 (1044); *Frenz* in: *Berendes/Frenz/Müggenborg*, WHG-Kommentar, 2. Auflage 2017, §§ 13a, 13b, Rn. 23; *Giesberts/Kastelec* in: *Giesberts/Reinhardt*, BeckOK Umweltrecht, WHG, 46. Edition, Stand: 1.4.2018, § 13a, Rn. 38). Aufgrund der Detailgenauigkeit bliebe insoweit kein nennenswerter Spielraum für ergänzendes Landesrecht. Das Bundesberggesetz (BBergG) ist nach allgemeiner Auffassung abschließend.

b.

Entscheidend ist aber Folgendes: Geht man dennoch davon aus, dass der Bundesgesetzgeber mit dem ihm zustehenden legislativen Spielraum die Fracking-Regelung als unechten Gewässerbenutzungstatbestand treffen kann, stellt sich weiter die Frage, ob ein Landesgesetzgeber angesichts der bergrechtlichen Implikationen auch ein vollumfassendes, absolut wirkendes Fracking-Verbot regeln darf. Denn immerhin ist in der bundesgesetzlichen Regelung (§ 9 Abs. 2 Nr. 3 und 4, §§ 13a und 13b WHG) eine am Schutzgut Wasser ausgerichtete Betrachtung erfolgt, die zu einem abgestuften Regelwerk geführt hat: Es wird einerseits zwischen unterschiedlichen Fracking-Methoden nach dem Maßstab der potentiellen Gefährlichkeit für das Grundwasser differenziert

(sog. konventionelles/ unkonventionelles Fracking). Zum anderen wird beim konventionellen Fracking (und beim Verpressen von Lagerstättenwasser) die Kulisse ebenfalls nach Maßgabe der Schutzbedürftigkeit der Grundwasservorkommen gewichtet: Verbot dort, wo Wasser zum menschlichen Verzehr gefördert wird, im Übrigen Genehmigungsbedürftigkeit der zuständigen Wasserbehörde. Das generelle Verbot einer bergrechtlichen Technologie lässt eine wasserwirtschaftlich ausgerichtete, differenzierende Betrachtung vermissen und regelt **allein die bergrechtliche Technologie**. Sie ist materiell-rechtlich daher eine bergrechtliche und keine wasserrechtliche Regelung. Bergrecht ist abschließend. Eine Abweichungsgesetzgebungskompetenz wie im Wasserrecht gibt es nicht. Es verbleibt keine Regelungskompetenz für den Landesgesetzgeber. Dies kann nicht umgangen werden, indem eine bergrechtliche Regelung im Landeswassergesetz verortet wird, wie es mit dem vorgeschlagenen § 7a LWG jedoch der Fall wäre. Aus den dargestellten Gründen kann der Landesgesetzgeber auch kein konventionelles Fracking-Verbot in einem evtl. Landesberggesetz oder „Landesfrackinggesetz“ regeln (zum Ganzen s. *Kollmann/Rohde/Mohr*, PdK, Wassergesetz des Landes Schleswig-Holstein, § 7 Erl. 7.3).

Auch hieran scheitert die Kompetenz des Landesgesetzgebers für ein vollständiges Verbot von Fracking in konventionellen Lagerstätten.

Anke Erdmann