

Rechtsanwälte Günther

Partnerschaft

Rechtsanwälte Günther • Postfach 130473 • 20104 Hamburg

Schleswig-Holsteinisches Landesverfassungsgericht
Brockdorff-Rantzau-Straße 13
24837 Schleswig

Vorab per Telefax: **04621 86-1499**

Michael Günther *
Hans-Gerd Heidel *¹
Dr. Ulrich Wollenteit *²
Martin Hack LL.M. (Stockholm) *²
Clara Goldmann LL.M. (Sydney) *
Dr. Michéle John *
Dr. Dirk Legler LL.M. (Cape Town) *
Dr. Roda Verheyen LL.M. (London) *
Dr. Davina Bruhn
Jenny Kortländer LL.M. (Brisbane)

¹ Fachanwalt für Familienrecht

² Fachanwalt für Verwaltungsrecht

* Partner der Partnerschaft
AG Hamburg PR 582

Mittelweg 150
20148 Hamburg
Tel.: 040-278494-0
Fax: 040-278494-99
www.rae-guenther.de

11.12.2018

00787/18 /R /R

Mitarbeiterin:

Durchwahl: 040-27

Em@rae

-guenther.de

Antrag gem. § 3 Nr. 7 LVerfGG

der **Volksinitiative zum Schutz des Wassers**, vertreten durch die
Vertrauenspersonen,

1. Dr. Reinhard Knof,
2. Dr. Patrick Breyer,
3. Klaus Schöllhorn,

-Antragssteller/in-

vertreten durch: Rechtsanwälte Günther, Mittelweg 150, 20148 Hamburg

gegen

den **Schleswig-Holsteinischen Landtag**, vertreten durch dessen Präsi-
den, Düsternbrooker Weg 70, 24105 Kiel

-Antragsgegner-

Buslinie 109, Haltestelle Böttgerstraße • Fern- und S-Bahnhof Dammtor • Parkhaus Brodersweg

Hamburger Sparkasse
IBAN DE84 2005 0550 1022 2503 83
BIC HASPDEHHXXX

Commerzbank AG
IBAN DE22 2008 0000 0400 0262 00
BIC DRESDEFF200

GLS Bank
IBAN DE61 4306 0967 2033 2109 00
BIC GENODEM1GLS

Wegen: Teilablehnung der der Volksinitiative zum Schutz des Wassers
(Verbot von Fracking) wegen Unzulässigkeit

Namens und um Auftrag der Kläger als Vertrauenspersonen der Volksinitiative zum Schutz des Wassers wird gegen die Teilablehnung der Volksinitiative gem. § 53 Abs. 1 LVerfgG Klage erhoben und beantragt

die Entscheidung des Schleswig-Holsteinischen Landtags vom 13.11.2018, die Volksinitiative zum Schutz des Wassers falle bezüglich Artikel 1 Nummer 5 des Gesetzentwurfs nicht in die Gesetzgebungszuständigkeit des Landtags und sei unzulässig, aufzuheben

sowie

festzustellen, dass die Volksinitiative bezüglich Artikel 1 Nummer 5 des Gesetzentwurfs den Anforderungen des Artikels 48 Absatz 1 und 2 der Verfassung des Landes Schleswig-Holstein entspricht.

Beglaubigte Abschriften der Vollmachten sind beigelegt.

I. Zum Sachverhalt

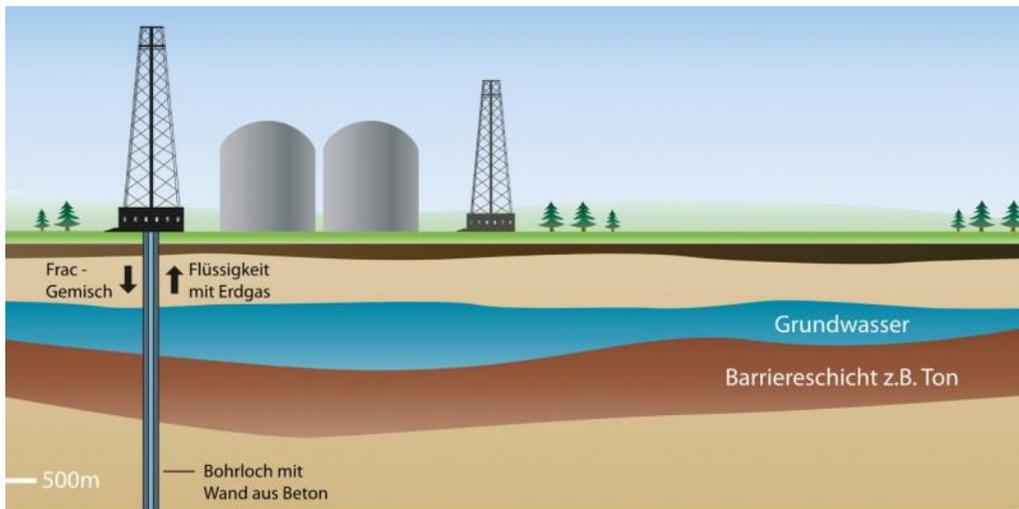
1. Fracking

Die Volksinitiative betrifft einen Gesetzesvorschlag zum Verbot des Einsatzes des sog. Fracking-Verfahrens in Schleswig-Holstein.

Aus Sicht vieler Bürgerinnen und Bürger Schleswig-Holsteins ist Fracking ein unüberschaubares, erhebliches Umweltproblem und Risiko, das durch Landesgesetzgebung befriedigend geregelt werden kann.

Beim Fracking werden mit hydraulischem Druck über ein Bohrloch Risse in dichtem Untergrundgestein erzeugt. Dazu wird eine sogenannte Fracking-Flüssigkeit, ein Gemisch aus Wasser, Sand und Chemikalien, mit hohem Druck in das Speichergestein verpresst. Gase und Flüssigkeiten können über entstandene Risse zur Bohrung fließen und darüber gefördert werden.

Eine schematische Zeichnung des Umweltbundesamtes macht die grundlegende Funktionsweise deutlich:



Quelle: <https://www.umweltbundesamt.de/themen/wasser/gewaesser/grundwasser/nutzung-belastungen/fracking>

Bei Anwendung des Fracking-Verfahrens werden Risse in Gesteinsschichten gesprengt, durch die unter bestimmten Umständen giftige, salzige, radioaktive oder krebserzeugende Flüssigkeiten oder Methangas in das Grundwasser gelangen können, gegebenenfalls auch erst Jahre später.

Nach aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnissen ist eine Gefährdung des Grundwassers durch Fracking nicht auszuschließen. An der Oberfläche können giftige Flüssigkeiten, z.B. aus undichten Leitungen, den Boden verunreinigen. Die Entsorgung der z.B. mit Schwermetallen und Quecksilber belasteten Flüssigkeiten im Boden birgt weitere Risiken. Fracking bzw. die damit einhergehende Verpressung von Lagerstättenwasser können auch Erdstöße auslösen, die an der Erdoberfläche zu Schäden führen können.

Gegen die Erschließung neuer Gas- und Ölvorkommen durch Fracking spricht generell, dass fossile Brennstoffe klimaschädlich sind und ihre Förderung den Umstieg auf regenerative Energiequellen erschwert. Um die mit dem Pariser Klimaschutzabkommen vereinbarten Klimaziele zu erreichen (die globale Temperaturerhöhung bleibt deutlich unter 2 °C und möglichst auf 1,5 °C begrenzt), schätzen Wissenschaftler des Weltklimarats, dass ca. 80 % der bereits bekannten fossilen Vorkommen im Boden verbleiben. Dazu muss auch eine Förderung fossiler Brennstoffe mithilfe des Fracking-Verfahrens verhindert werden, so die Auffassung der Volksinitiative.

In Schleswig-Holstein wurde die Technik des „konventionellen“ Fracking im Rahmen der Öl- und Gasförderung früher bereits eingesetzt (vgl. dazu etwa

LT-Drs. 18/457, Antwort der Landesregierung auf die kleine Anfrage der Abgeordneten Dr. Patrick Breyer und Angelika Beer).

Die Gewinnungsunternehmen sind der Auffassung, dass der Einsatz der Fracking-Technologie gewinnbringend Ressourcen aufschließen kann, und nicht zu erheblichen Risiken führt. Es ist deshalb zu befürchten, dass Fracking auch in Schleswig-Holstein wieder zum Einsatz kommen soll.

2015 hat die Bundesregierung aufgrund erheblicher öffentlicher Diskussion einen Vorschlag für eine Änderung insbesondere des BBergG und des WHG in das Gesetzgebungsverfahren auf Bundesebene eingebracht

Wasserrecht:	BT-Drs. 18/4713, 18/4949 und 18/8916
Bergrecht:	BT-Drs. 18/4714, 18/4952 und 18/8907

und dieser wurde vom Bundestag nach Befassung des Bundesrates mit dem sog. Fracking-Gesetz im Wesentlichen angenommen, und ab 2. Februar 2017 Änderungen vor allem WHG und BBergG herbeigeführt.

Gesetz zur Änderung wasser- und naturschutzrechtlicher Vorschriften, um Verfahren der Fracking-Technologie zu untersagen und um Risiken zu minimieren vom 4. August 2016, BGBl. I 2016, S. 1972.

Vgl. dazu in der rechtswissenschaftlichen Literatur: *Giesberts/Katelec*, Das Regelungspaket zum Fracking, NVwZ 2017, 360; *Frenz*: Fracking-Verbot, NVwZ 2016, 1042; und *Schlacke/Schnittker*, Fracking und Raumordnung – Steuerungspotenziale der Landesentwicklungsplanung, ZUR 2016, 259 (speziell zu den damals umstrittenen Abgrenzungsfragen zur Raumordnung und Kompetenzen auf Länderebene)

Zusätzlich wurde in Kraft gesetzt das „Gesetz zur Ausdehnung der Bergschadenshaftung auf den Bohrlochbergbau und auf Kavernen (Hohlräume)“, welches Haftungsfragen beim Fracking regelt.

Durch die Änderungen, insbesondere über § 13 a WHG, wurde Fracking in Ton-, Schiefer-, Mergel- und Kohleflözgestein (sogenanntes „unkonventionelles Fracking“) sowie generell im Bereich von Trinkwasserschutzgebieten und anderen Schutzgebieten verboten. Aufgrund der Regelungstechnik im WHG ist

es aber in den für Schleswig-Holstein vorherrschenden Sandstein- und Zechsteinkarbonatgesteinen erlaubt.

Als „unkonventionelles Fracking“ verbietet der Bundesgesetzgeber nur das Aufbrechen von Schiefer-, Ton- oder Mergelgestein oder Kohleflözgestein zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdgas oder Erdöl generell. Der Bundesgesetzgeber nimmt an, dass diese Art von Fracking riskanter sei als das sonstige, „konventionelle“ Fracking (BT-Drs. 18/4713, 22), wie es schon bisher in Schleswig-Holstein eingesetzt wurde.

Nach Auffassung der Volksinitiative unterscheiden sich die Gefahren des Frackings jedoch nicht in Abhängigkeit von Gesteinsformation und Lagerstätte, in der die Technik eingesetzt wird.

So heißt es z.B. im UBA-Umweltgutachten 61/2012:

„Die gegenwärtige Situation ist vielmehr dadurch geprägt, dass zwar einerseits auf bestehende Erfahrungen mit Fracks und Verpressungen ohne erkennbare negative Auswirkungen verwiesen wird, andererseits aber bisher kaum bekannt ist und untersucht wurde, welche mittel- oder langfristigen Auswirkungen Fracking oder die Verpressung von Flowback bei verschiedenen Randbedingungen haben können und mit welchen Auswirkungen jeweils zu rechnen ist. ... Nach aktuellem Erkenntnisstand kann trotz wohl eher geringer Eintrittswahrscheinlichkeit die Möglichkeit großräumiger, dauerhafter und irreversibler nachteiliger Auswirkungen solcher Vorhaben auf die Trinkwasserversorgung nicht von der Hand gewiesen werden.“

<https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/umweltauswirkungen-von-fracking-bei-aufsuchung>

(Anlage hier unterlassen, kann jederzeit vorgelegt werden)

In Anbetracht dieser Risiken und weil die weitere Förderung fossiler Brennstoffe mithilfe des Fracking-Verfahrens ohnehin aus Klimaschutzgründen unerwünscht ist, hat sich in Schleswig-Holstein die „Volksinitiative zum Schutz des Wassers“ gebildet unter anderem mit dem Ziel, Fracking insgesamt auszuschließen, und nicht nur in dem Umfang, wie dies durch § 13a WHG erreicht wird. Im Sinne von Artikel 11 der Landesverfassung sollen auf diese Weise die natürlichen Grundlagen des Lebens geschützt werden.

Das Land Schleswig-Holstein hat sein Landeswassergesetz zuletzt geändert mit Gesetz vom 02.05.2018, GVOBl. S. 162. Die oben genannten bundesrechtlichen Änderungen des WHG sind bislang nicht gesondert oder abweichend umgesetzt worden.

2. Die Volksinitiative

a)

Grundsätzlich steht den Ländern im Bereich des Wasserrechts eine Abweichungsbefugnis zu. Art 72 Abs. 3 GG regelt: Hat der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch gemacht, können die Länder auf bestimmten Gebieten (u.a. des Wasserrechts) durch Gesetz hiervon abweichende Regelungen treffen. Der Landesgesetzgeber ist danach grundsätzlich frei und kann demgemäß abweichend von der Konzeption des Bundesgesetzgebers eine eigene Konzeption in Bezug auf die Fachmaterie verfolgen

BayVerfGH, Entscheidung vom 29.05.2017 – Vf. 8-VII-16 – juris und NVwZ-RR 2017, 673

Auf dieser Grundlage wurde die Volksinitiative gemäß den Vorschriften des VAbstG in Gang gesetzt.

Gegenstand der Volksinitiative ist der Gesetzentwurf laut Landtags-Umdruck 19/1387

Anlage ASt 1.

Gegenstand der vorgeschlagenen Gesetzesänderungen waren Änderungen zum Landeswassergesetz und des Landesverwaltungsgesetz.

Artikel 1 Nummer 5 des Vorschlags der Volksinitiative lautet:

5. Nach § 7 [des Landeswassergesetzes] wird der folgende § 7 a eingefügt:

„§ 7 a Verbot von Fracking (abweichend von § 13 a WHG)

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.“

In der Begründung heißt es:

Zu Artikel 1 Nr. 5 (§ 7a Landeswassergesetz): Während der Bund Fracking nur in Schiefer-, Ton- oder Mergelgestein oder Kohleflözgestein generell verbietet, soll in Schleswig-Holstein Fracking wegen der damit verbundenen Risiken für Mensch, Umwelt und Eigentum landesweit verboten werden.

Ein Verbot nur für Schutzgebiete genügt nicht. Verbreitet wird Wasser außerhalb von Schutzgebieten gewonnen oder vermischen sich Wasserreservoirs unterirdisch. Grundwasser orientiert sich nicht an oberflächlichen Begrenzungslinien z.B. eines Wasserschutzgebietes. Selbst wo gegenwärtig noch keine Wassergewinnung erfolgt, kann zukünftig ein entsprechendes Bedürfnis entstehen.

Das mit dem Landesentwicklungsplan bereits angestrebte landesweite Fracking-Verbot ist nach Einschätzung des Wissenschaftlichen Dienstes des Landtags nicht rechtssicher und deshalb nicht ausreichend.

Die Gesetzgebungskompetenz des Landes ergibt sich aus Artikel 72 Absatz 3 Nummer 5 des Grundgesetzes. Das Verbot des Aufbrechens von Gestein bezieht sich nicht auf bestimmte Stoffe oder Anlagen, sondern ist als verhaltensbezogene Regelung einzuordnen.

Die Initiatoren wollen also vor allem für Erdöl- und Erdgasförderung (nicht bei Geothermie) ein generelles Verbot der Durchführung von Vorhaben mit Hilfe der Fracking-Technologie in Schleswig-Holstein erreichen.

Zur Information des Gerichts wird hier der öffentlich verteilte Flyer der Volksinitiative beigelegt, auf dem auch die wesentlichen Unterstützer zu sehen sind (u.a. der BI gegen CO₂-Endlager e.V., BUND Schleswig-Holstein, die Schutzstation Wattenmeer e. V., die Piratenpartei und viele weitere Vereine und Verbände)

Anlage ASt 2

b)

Die Initiatoren haben sich entsprechend dem VAbstG vor Abgabe des Antrags beraten lassen. Die Unterrichtung nach § 5 Abs. 3 VAbstG kam u.a. zu dem Ergebnis, dass die Ergänzung des § 7a LWG verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet, und zwar aufgrund angeblich fehlender Gesetzgebungskompetenz des Landes, vgl.

Anlage Ast 3.

Eine andere Auffassung diesbezüglich vertritt der Wissenschaftliche Dienst des Bundestages in der Stellungnahme „Fragen zur Abweichungskompetenz der Länder auf dem Gebiet des Wasserhaushalts“ vom 9. März 2017 die zu dem Ergebnis kommt, dass sich eine Abweichungskompetenz der Länder für ein generelles Fracking-Verbot begründen lässt.

Anlage Ast 4

Dies wird gestützt von mehreren wichtigen Meinungen in der rechtswissenschaftlichen Literatur, hierzu sogleich.

Die Vertreterinnen und Vertreter der „Volksinitiative zum Schutz des Wassers“ haben sich daher zur Durchführung der Unterschriftensammlung entschieden und den Antrag gem. § 6 VAbstG am 29.05.2018 mit Unterschriftenlisten für die o.a. Volksinitiative übergeben und einen Antrag auf Behandlung ihrer Initiative im Landtag gestellt. Es wurden insgesamt 28.970 zulässige Unterschriften bescheinigt.

Am 08.10.2018 teilte das Ministerium für Inneres mit, dass das erforderliche Stimmenquorum erreicht wurde, und dass daher für die Volksinitiative die Vorgabe des Art. 48 Abs. 1 S. 3 der Landesverfassung erreicht sei.

Anlage Ast 5

Die SPD-Fraktion und die Abgeordneten des SSW stimmten im Innen- und Rechtsausschuss (Sitzung am 24. Oktober 2018) dafür, die Volksinitiative insgesamt für zulässig zu erklären, fanden dafür jedoch keine Mehrheit (vgl. den Bericht und Beschlussempfehlung des Innen- und Rechtsausschuss, Landtags-Drucksache 19/1016)

Anlage ASt 6

Am 08.11.2018 stellte der Landtag mehrheitlich fest: Das nach Artikel 48 Absatz 1 Satz 3 der Verfassung des Landes Schleswig-Holstein erforderliche Quorum für die „Volksinitiative zum Schutz des Wassers“ sei erreicht. Artikel 1 Nummer 5 der Volksinitiative beziehe sich jedoch auf einen Gegenstand, der nicht in die Gesetzgebungszuständigkeit des Landtags falle. Begründet wird dies in der Drucksache 19/1016 (Anlage ASt 6).

Diese Frage war auch u.a. Gegenstand eines Gutachtens des Wissenschaftlichen Dienstes des Landtags (Landtags-Umdruck 19/1360), das materiellrechtlich ebenfalls zu diesem Ergebnis kam.

Anlage ASt 7

Die Entscheidung des Landtags wurde der Vertrauensperson Dr. Reinhard Knof am 15. November 2018 zugestellt

Anlage ASt 8 (mit Zustellungsnachweis)

den übrigen Vertrauenspersonen jedoch nicht.

II. Zulässigkeit

Der Verfassungsrechtsweg ist eröffnet nach Art. 49 Abs. 1 LV und § 9 Abs. 1 VAbstG, § 3 Nr. 7 und §§ 53, 54 LVerfGG. Die Vertrauenspersonen der Volksinitiative sind antragsberechtigt.

Der Antrag wahrt die Monatsfrist des § 9 Abs. 1 VAbstG und § 53 LVerfGG, wenn man diese ab Zustellung der Entscheidung an die Vertrauensperson Dr. Reinhard Knof berechnet.

Allerdings ist die Monatsfrist nicht in Gang gesetzt worden, weil die drei Vertrauenspersonen gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 3 VAbstG nur gemeinsam zur Entgegennahme von Erklärungen berechtigt sind und eine Zustellung der Entscheidung an die beiden übrigen Vertrauenspersonen entgegen § 8 Abs. 3 S. 2 VAbstG nicht erfolgt ist.

III. Begründetheit

Die Entscheidung des Schleswig-Holsteinischen Landtags, die Volksinitiative zum Schutz des Wassers falle bezüglich Artikel 1 Nummer 5 des Gesetzentwurfs nicht in die Gesetzgebungszuständigkeit des Landtags und sei unzulässig, ist rechtswidrig und verletzt die Unterzeichnenden in ihren Rechten aus der Landesverfassung.

1. Prüfungsmaßstab

Zunächst stellt sich die Frage der Gesetzgebungszuständigkeit des schleswig-holsteinischen Landtags im Rahmen der hier vorzunehmenden Zulässigkeitsprüfung von vornherein nicht.

In Ländern, in denen eine vollständige Präventivkontrolle von Volksbegehren am Maßstab der gesamten Verfassung gesetzlich vorgesehen ist, hat eine solche umfassende Kontrolle zwar stattzufinden,

vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.3.1982 – 2 BvH 1/82, Abs. 127 – juris

die Schleswig-Holsteinische Landesverfassung sieht dies aber nicht vor.

a) Keine Vorabkontrolle am Maßstab der Art. 70 ff. GG

aa)

In Bezug genommen wird als Zuständigkeitsgrenze durch den Antragsgegner allein Art. 48 Abs. 1 der Verfassung (i.V.m. § 8 VAbstG).

Nach Art. 48 Abs. 1 S. 1 LV können die Bürger den Landtag nur „im Rahmen seiner Entscheidungszuständigkeit mit bestimmten Gegenständen der politischen Willensbildung ... befassen“. Der Landtag ist unstreitig für Änderungen des LWasserG zuständig. Die Volksinitiative richtet also ihr „Vorschlagsrecht“

So *Caspar/Ewer/Nolte/Waack*, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, 2006, Art 41 Rdnr. 8 (Art 41 entspricht dem heutigen Art 48 insoweit wortgleich)

an das grundsätzlich richtige Gremium des Landes.

Der Begriff der Entscheidungszuständigkeit meint an dieser Stelle die Zuständigkeit des Landtags nach Maßgabe der Landesverfassung, also in Abgrenzung zu anderen Verfassungsorganen. Keine Entscheidungszuständigkeit hat der Landtag beispielsweise, soweit die Landesregierung zuständig ist (z.B. für Abstimmungen im Bundesrat) oder soweit Angelegenheiten der Rechtsprechung betroffen sind.

Vgl. *Caspar et.al.*, a.a.O., Art 41, Rdnr. 15

Gegen eine Auslegung, wonach mit „Entscheidungszuständigkeit“ die vertikale Zuständigkeit des Bundes im Verhältnis zum Land gemeint sei,

etwa *Caspar et. al.*, o.a.O., Rdnr 17

spricht schon der Wortlaut des Art. 48 Abs. 1 S. 1 LV. Dieser bezieht sich auf die Zuständigkeit des „Landtags“ und nicht des „Landes“.

Im Übrigen hat das Bundesverfassungsgericht als Landesverfassungsgericht für Schleswig-Holstein im Jahr 2001 zu der Frage der Gesetzgebungskompetenzen wie folgt entschieden:

BVerfG, Entscheidung vom 07.05.2001, 2 BvK 1/00, Abs. 59 ff – juris und BVerfGE 103, 332.

Die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenzen auf Bund und Länder erfolge in einem Bundesstaat nur auf der Ebene des Gesamtstaates. Eine Landesverfassung könne zwar eine eigenständige Anordnung dahingehend enthalten, dass die Landesstaatsgewalt die Verbandskompetenzordnung der Bundesverfassung zu beachten habe. Die Verfassung des Landes Schleswig-Holstein enthalte aber keine solche ausdrückliche Anordnung.

In dem Verfassungsrechtsstreit ging es um die Vereinbarkeit von NatSchG SH mit der Verf SH. Leitsatz 2 der Entscheidung lautet:

„Die Rüge der Verletzung einer "Gefolgschaftspflicht des Landes gegenüber Bundesrecht" ist unzulässig. Die Verfassung des Landes Schleswig-Holstein enthält keine ausdrückliche Anordnung, dass die Landesstaatsgewalt die Verbandskompetenzordnung der Bundesverfassung zu beachten hat.“

Art. 48 Abs. 1 S. 1 LV bestimmt gerade nicht ausdrücklich, dass damit die „Verbandskompetenzordnung der Bundesverfassung“ in die Prüfung inkorporiert werden solle und nicht bloß die Organzuständigkeit gemeint sei. In anderen Landesverfassungen hingegen finden sich teilweise solche ausdrückliche Bestimmungen (vgl. Art. 68 Abs. 1 S. 3 VerfNRWL; Art. 62 Abs. 1 S. 1 VerfBln).

Anders als etwa in Bayern sind auch weder aufgrund der Verfassung noch aufgrund des VAbstG allgemein „die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung eines Volksbegehrens“ zu prüfen (vgl. etwa Art. 64 LWG Bayern). Eine solche Voraussetzung für die erste Stufe der Volksgesetzgebung wurde im Rahmen der Verfassungsreform auch nicht in Art. 48 (neu) ergänzt. Es ist nicht ersichtlich, aus welchem Wortlaut die Kommentatoren insoweit eine weite Prüfkompetenz des Landtags entnehmen.

„Insgesamt ist von einer extensiven Auslegung der Prüfungszuständigkeit des Landtags auszugehen, die die Vereinbarkeit der Volksinitiative mit dem materiellen Verfassungsrecht umfasst“ (*Caspar et. al.*, a.a.O., Rdnr. 24)

Anders war und ist die gesetzliche Lage etwa in Bayern, wo der Verfassungsgerichtshof von einer Prüfkompetenz ausgeht:

Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung vom 14. Juni 1985 – Vf. 20-IX-85 –, Rn. 83, juris)

Systematisch kommt hinzu, dass Art. 48 Abs. S. 2 LV eine abschließende Sonderregelung für Volksinitiativen trifft, denen ein Gesetzentwurf zugrunde liegt.

Auch die hier bereits in Bezug genommenen Kommentatoren meinen, dass diese Regelung „abschließend“ sei (*Caspar et.al.*, a.a.O., Rdnr. 25).

Von Gesetzentwürfen verlangt der Verfassungsgeber nur, dass sie „den Grundsätzen des demokratischen und sozialen Rechtsstaates nicht widersprechen“ dürfen; zu diesen Grundsätzen gehört die Verbandskompetenzordnung des Grundgesetzes nicht. Während Art. 28 GG damit ausdrücklich in die Landesverfassung inkorporiert wird, fehlt es bezüglich der Art. 70 ff. GG an einer entsprechenden Klausel.

Der Sonderausschuss „Verfassungs- und Parlamentsreform“ wollte an Gesetz-entwürfe ursprünglich noch die Anforderung stellen, dass sie „der Gesetzgebung des Landes unterliegen und den Grundsätzen des demokratischen und sozialen Rechtsstaates nicht widersprechen“ dürfen,

Vgl. Landtags-Drs. 12/620, 45.

Die erstgenannte Anforderung hat aber gerade keinen Eingang in die Landesverfassung gefunden. Entfällt eine Formulierung im Rahmen eines Gesetzgebungsverfahrens, ist davon auszugehen, dass dem eine bewusste und zielgerichtete gesetzgeberische Entscheidung zugrunde liegt.

Die Regelungen zur Volksgesetzgebung zielen teleologisch auf eine Gleichstellung des Volksgesetzgebers mit dem parlamentarischen Gesetzgeber ab (vgl. Art. 44 Abs. 2 LV). Diesem Zweck würde es widersprechen, wenn der Landtag und im Anschluss das Landesverfassungsgericht die Wahrung der Verbandskompetenzordnung des Grundgesetzes bezüglich Volksinitiativen zu prüfen hätte, bezüglich parlamentarischen Gesetzen aber nicht. Ein solches Ergebnis kann vom Verfassungsgeber auch deshalb nicht gewollt sein, weil es zu einer gespaltenen Zuständigkeitsverteilung zwischen Landes- und Bundesverfassungsgericht und damit zu der Gefahr widerstreitender Rechtsprechung führen würde.

bb)

Soweit in der Kommentarliteratur darauf hingewiesen wird, dass die Volksgesetzgebung die Art. 70 ff. GG zu beachten habe, ist dies materiell-rechtlich korrekt. Eine andere Frage ist es aber, ob die Einhaltung der Art. 70 ff. GG im Zulassungsverfahren der Volksinitiative als erstem Schritt zu prüfen ist, was nach oben Ausgeführtem nicht der Fall ist.

Hilfsweise wäre eine Überprüfung der Verbandskompetenz jedenfalls auf offensichtliche Verstöße zu beschränken

vgl. etwa VerfGH Bayern, 21.01.2016 – 66-IX-15 – juris

„Der VerfGH ist nicht befugt, die Bestimmungen des Grundgesetzes oder anderer Bundesgesetze verbindlich auszulegen. Er überprüft deshalb die Regelungen des Gesetzentwurfs am Maßstab des Bundesrechts

nur unter dem eingeschränkten Gesichtspunkt, ob sie dem Bundesrecht bei jeder vertretbaren Auslegung der einschlägigen bundesrechtlichen Vorschriften widersprechen. (Rn. 34)“

Eine andere Auslegung ergibt sich weder aus Art. 51 SHVerf noch aus dem LVerfGG.

Zu rechtfertigen wäre allenfalls die Vermeidung solcher Volksinitiativen, bei denen von vornherein ohne jeden ernsthaften Zweifel von einem Kompetenzverstoß auszugehen ist, die den Art. 70 ff. GG also bei jeder vertretbaren Auslegung widersprechen. Bestehen nur Zweifel an der Vereinbarkeit, wäre zugunsten der Zulassung zu entscheiden – so die bereits in Bezug genommene Entscheidung des VerfGH Bayern, VerfGH Bayern (vom 21.01.2016 – 66-IX-15 – juris)

Nach diesem Maßstab wäre vorliegend keine Überschreitung der Verbandskompetenz des Landes festzustellen. Denn es ist bisher in der Rechtswissenschaft umstritten und von der Rechtsprechung gänzlich ungeklärt, ob die bundesgesetzlichen Fracking-Regelungen abweichungsfest sind oder nicht und in welchem Rahmen eine Abweichung zulässig ist (vgl. Ausarbeitung des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestags vom 09. März 2017, Aktenzeichen WD 3 – 3000-049/17, **Anlage ASt 4**).

Die Volksinitiative ist damit mindestens vertretbar und nicht offensichtlich kompetenzwidrig.

b) Vereinbarkeit mit den Grundsätzen des demokratischen und sozialen Rechtsstaates

Die Ablehnung der Zulässigkeit kann auch nicht auf Art. 48 Abs. 1 S. 2 SHVerf gestützt werden.

Art. 48 Abs. 1 S. 2 macht die Zulässigkeit einer Volksinitiative über einen Gesetzentwurf davon abhängig, dass sie „den Grundsätzen des demokratischen und sozialen Rechtsstaates nicht widersprechen“ darf. Damit nimmt die Landesverfassung Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG fast wortgleich auf. Der Maßstab der Zulässigkeitsprüfung wird dadurch abschließend festgelegt.

Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG ist eng auszulegen:

„Art. 28 Abs. 1 GG will damit dasjenige Maß an struktureller Homogenität zwischen Gesamtstaat und Gliedstaaten gewährleisten, das für das Funktionieren eines Bundesstaates unerlässlich ist. Er will aber nicht für Uniformität sorgen (vgl. BVerfGE 9, 268 <279>). Das Grundgesetz geht im Gegenteil von der grundsätzlichen Verfassungsautonomie der Länder aus (vgl. BVerfGE 36, 342 <361>; 64, 301 <317> m.w.N.). Es fordert nur ein Mindestmaß an Homogenität, das inhaltlich in Art. 28 Abs. 1 GG bestimmt ist. Dieser Zurückhaltung gegenüber den Landesverfassungen entspricht eine enge Interpretation von Art. 28 Abs. 1 GG.“

BVerfG, Urteil vom 22. Februar 1994 – 1 BvL 30/88 –, Rn. 133, juris

Er macht entsprechend nur wenige Vorgaben.

BVerfG, 31.03.2016 - 2 BvR 1576/13, Abs. 41 - juris

Das Homogenitätserfordernis bezieht sich auf die in Art. 20 Absatz 3 GG für die Bundesrepublik festgelegten Strukturprinzipien und beschränkt sich wiederum auf deren Grundsätze .

Vgl. *Maunz/Dürig/Mehde* GG 2018, Art. 28 Abs. 1 Rn. 47

Im vorliegenden Fall kann die Vereinbarkeit mit den Grundsätzen des demokratischen und sozialen Rechtsstaates bereits deshalb offen bleiben, weil der Landtag diesbezüglich keinen Verstoß festgestellt hat.

Der Landtag hat die vermeintliche Unzulässigkeit von Artikel 1 Nummer 5 der Volksinitiative ausschließlich darauf gestützt, dass dieser „nicht in die Gesetzgebungszuständigkeit des Landtags“ falle (Drucksache 19/1016, **Anlage ASt 6**). Wenn § 8 Abs. 3 S. 2 VAbstG vom Landtag die Begründung einer Unzulässigerklärung fordert, so bedeutet dies, dass der Landtag im weiteren Verfahren auf die angegebenen Gründe beschränkt ist und nicht andere Gründe nachschieben kann.

Einzelne Grundrechte zählen nicht zu den „Grundsätzen des demokratischen und sozialen Rechtsstaates“

vgl. *Maunz/Dürig/Mehde* GG Art. 28 Abs. 1, Rn. 82

Anders als die Kommentatoren zur SHVerf meinen, kann sich die Prüfkompetenz des Landtags daher nicht auf die Grundrechte beziehen (*Caspar et.al.*, a.a.O, Rdnr. 24).

Selbst wenn man dies aber anders sehen sollte, liegt eine Grundrechtsbeeinträchtigung durch die Ergänzung des LWasserG nicht vor. Der Wissenschaftliche Dienst des Bundestages hat eingehend erläutert, dass ein vom Gesetzgeber zur Eindämmung etwaiger Risiken des Hydraulic Fracturing erforderlich gehaltenes Verbot dieser Fördermethode mit den betroffenen Grundrechten im Einklang stünde (Ausarbeitung vom 19. Dezember 2011, Aktenzeichen WD 3 – 3000 – 372/11).

Anlage ASt 9

Auf die dort ausgeführten rechtlichen Zusammenhänge wird ausdrücklich Bezug genommen. Auch wenn das sogenannte „konventionelle Fracking“ in Schleswig-Holstein seit Jahrzehnten praktiziert wird, wird nicht kontrolliert, welche Schäden es (ggf. auch Jahre später noch) verursacht. Die Volksinitiative beschränkt das Verbot deshalb auf die Erdöl- und Erdgasförderung, weil bei dieser – anders als bei Geothermie – die Verunreinigung und Unbrauchbarmachung von Wasser mit Erdöl und Erdgas zu befürchten ist. Die Umweltauswirkungen von möglichen Fracking-Maßnahmen von Geothermie-Projekten werden in Schleswig-Holstein aufgrund der niedrigen zu erwartenden Anzahl und lokalen Begrenzung von den Initiatoren als gering angesehen, so dass ein Verbot zum jetzigen Zeitpunkt unverhältnismäßig wäre.

2. Gesetzgebungszuständigkeit gegeben

Wollte man abweichend von der hier vertretenen Auffassung eine Vollprüfung der Volksinitiative hinsichtlich der Gesetzgebungszuständigkeit des Landes vornehmen, so führt diese zur Verfassungsmäßigkeit des geforderten Verbots von Fracking auf Landesebene.

a)

Die Gesetzgebungskompetenz des Landes ergibt sich aus Artikel 72 Abs. 3 Nr. 5 des Grundgesetzes. Nach dieser Bestimmung können die Länder vom Bundesrecht abweichende Regelungen treffen „über ... den Wasserhaushalt (ohne stoff- oder anlagenbezogene Regelungen)“.

Wie der Wissenschaftliche Dienst des Landtags in **Anlage ASt 7** zutreffend ausführt, trifft § 7a LWG-E eine Regelung über den Wasserhaushalt. Es soll das Wasser vor den Risiken des Fracking-Verfahrens schützen. Entgegen der Auffassung des Wissenschaftlichen Dienstes des Landtags enthält der vorgeschlagene § 7a LWasserG aber keine stoff- oder anlagenbezogenen Regelungen.

Dabei ist zunächst zu beachten, dass die Worte „ohne stoff- und anlagenbezogene Regelungen“ eine Ausnahme von der grundsätzlichen Abweichungskompetenz der Länder auf dem Gebiet des Wasserrechts beschreiben. Ausnahmen sind schon nach allgemeinen methodischen Grundsätzen eng auszulegen.

Wie *Sachs* richtig zusammenfasst, betrifft die Abweichungsgesetzgebung Bereiche der früheren Rahmengesetzgebung, „die auch unter dem Aspekt der Europatauglichkeit in konkurrierende Zuständigkeit überführt wurden und ... den Kompetenzzuwachs für den Bund – der nunmehr Vollregelungen erlassen kann – ausgleichen [soll].“

Sachs/Degenhart GG, 8., Auflage, 2018, Art. 72 Rn. 40

Ob ein Land davon Gebrauch macht, liegt in seinem politischen Ermessen. Aufgrund der neuen Struktur des Art. 72 kann der Bund, wenn er die Abweichung für nachteilig für die Bundesbelange hält, erneut ein Bundesgesetz erlassen, und so das Landesgesetz außer Kraft setzen:

„insbesondere kann der Bund ohne weiteres eine durch abweichendes Landesrecht außer Kraft gesetzte Regelung erneut in Kraft setzen. Angesichts des eindeutigen Wortlauts des Art. 72 III dürfte hier auch der Grundsatz der Bundestreue nicht entgegenstehen.“

Sachs/Degenhart, GG Art. 72 Rn. 43

Zudem ist der Überprüfungsmechanismus vom Grundgesetzgeber bei der Föderalismusreform selbst vorgesehen worden, ohne dass ein Gericht hier tätig werden müsste. Auch das spricht für eine eher enge Auslegung der sogenannten „abweichungsfesten Sektoren“ der jeweiligen Gesetzgebungsmaterie

vgl. *Sachs/Degenhart* GG Art. 72 Rn. 43

Zudem ist – bevor sich diese Begründung den einzelnen Tatbestandsmerkmalen zuwendet – zu beachten, dass der Zweck der abweichungsfesten Sektoren im Bereich des Wasserrechts darin liegt, dass Wassernutzer nicht von Bundesland zu Bundesland unterschiedlichen Anforderungen an eingebrachte Stoffe oder eingesetzten Anlagen ausgesetzt sein sollen. Es soll verhindert werden, dass für das Gebiet eines Landes besondere Stoffe oder Anlagen entwickelt, vorgehalten und eingesetzt werden müssen. Zudem dient diese Beschreibung vor allem auch der Umsetzung der europäischen Wasserrahmenrichtlinie mit ihren stoffbezogenen Regelungen – es sollte sichergestellt werden, dass die Umsetzung des europäischen Rechts angemessen einheitlich im Bundesgebiet erfolgt.

An diesem Zweck gemessen ist § 7a LWG-E nicht zu beanstanden. Er führt nicht dazu, dass für Schleswig-Holstein besondere Stoffe oder spezielle Anlagen eingesetzt oder vermieden werden müssten. Vielmehr macht er den Einsatz von Stoffen oder Anlagen gänzlich obsolet, indem er Fracking verbietet. Ein übergreifendes Verhaltensverbot, das stoff- oder anlagenbezogene Regelungen obsolet macht, wird dadurch nicht selbst zur stoff- oder anlagenbezogenen Regelung.

b)

Es handelt sich bei dem Verbot des konventionellen Fracking um keine stoff- oder anlagenbezogene Regelung.

In der Gesetzesbegründung zur Änderung der 72 ff. GG (Vgl. Bundesrats-Drs. 178/06) heißt es:

„Auf Stoffe oder Anlagen „bezogen“ sind alle Regelungen, deren Gegenstand *stoffliche oder von Anlagen ausgehende Einwirkungen* auf den Wasserhaushalt betreffen, z.B. das Einbringen und Einleiten von Stoffen. In diesen Bereichen sind auch europarechtlich einheitliche Regelungen normiert.“ (S. 29)

Konkret in Bezug auf das Fracking-Gesetz des Bundes meint darauf aufbauend *Prof. Reinhardt*:

„Derzeit gleichfalls wohl eher theoretischen Charakters und daher an dieser Stelle auch nur skizzenhaft zu erwähnen ist die daraus mittelbar resultierende Frage, ob und inwieweit die WHG-Novelle zum Fracking-

Verbot der Abweichungsgesetzgebungsbefugnis gem. Art. 72 III 1 Nr. 5 GG unterliegt. Danach können die Länder von den wasserhaushaltsrechtlichen Regelungen des Bundes abweichen, soweit nicht stoff- oder anlagenbezogene Regelungen betroffen sind. Insoweit mag dahinstehen, ob schon der bundesrechtliche Benutzungskatalog des § 9 WHG selbst abweichungsfest ist. Entscheidend ist vielmehr, ob ein Land berechtigt wäre, sich schon vor 2021 von dem bloßen Erprobungsansatz des § 13 a II WHG zu lösen, resp. ob der Bund ein abweichungsfestes Totalverbot des unkonventionellen Fracking anordnen dürfte. Die Antwort liegt nicht in den dies durchaus nahelegenden Formulierungen des neuen einfachgesetzlichen Bundeswasserrechts, sondern allein in der grundgesetzlichen Kompetenzordnung, die hierzu auf die tatbestandlichen Merkmale der Stoff- und Anlagenbezogenheit abstellt. Abweichungsfest sind danach jedenfalls die *stofflichen Anforderungen an die verwendeten Gemische* nach § 13 a IV WHG sowie etwaige bundesverordnungsrechtliche Regelungen über ein Stoffregister iSd § 13 b V WHG. Auch die in § 13 a V WHG in Bezug genommenen bergrechtlichen Standards stehen den Ländern nicht zur wasserrechtlichen Disposition.

Soweit die neuen §§ 9 II Nr. 3, 4, 13 a, 13 b WHG aber im Übrigen für *bestimmte Benutzungen Grundsatzverbote* konstituieren, unterliegen sie dem Vorbehalt abweichenden Landeswasserrechts. Insbesondere der experimentelle Ansatz des § 13 II WHG als Kernstück der Novelle selbst mag zwar ersichtlich auf ein bundeseinheitliches Vorgehen hin angelegt sein, sein maßgeblicher konkreter normativer Regelungsgehalt der *einstweiligen Beschränkung der Frackingmaßnahmen* auf die bloße Erprobung und deren zahlenmäßigen Begrenzung aber ist rein verhaltensbezogen und folglich nicht im verfassungsrechtlichen Sinn des Art. 72 III 1 Nr. 5 GG stoff- oder anlagenbezogen; die Regelung ist *daher grundsätzlich abweichungsoffen*. Denn der bloße Umstand, dass es zur Durchführung der Gewässerbenutzungen regelmäßig des Einsatzes einer Anlage bedarf, begründet als solcher noch nicht die Annahme einer spezifisch anlagenbezogenen Regelung. Auch die gebietsbezogenen Verbote des § 13 a I 1 Nr. 2 WHG sind tatbestandlich weder stoff- noch anlagenbezogen und damit nicht abweichungsfest.“ [*kursiv durch Verf.*]

Reinhardt: Entscheidung vertagt oder verkappt: Die WHG-Novelle 2016 zum Fracking, NVwZ 2016, 1505/1510

So im Ergebnis auch:

BeckOK UmweltR/Giesberts/Kastelec WHG § 13a Rn. 43, beck-online

Dieser – von der Auffassung des Wissenschaftlichen Dienstes des Landtags diametral abweichenden – Auffassung des ausgewiesenen Wasserrechtlers ist zuzustimmen.

Zudem im Einzelnen:

aa)

§ 7a LWG-E ist nicht stoffbezogen, denn er verbietet Fracking unabhängig von den eingesetzten Stoffen und gilt auch dann, wenn es ohne den Einsatz von Stoffen möglich sein sollte, Gestein aufzubrechen. Da der Gesetzentwurf keine Regelung zu der stofflichen Zusammensetzung einer Flüssigkeit trifft, ist ein „Stoffbezug“ nicht gegeben. Insbesondere liegt die wesentliche Gefahr des Fracking-Verfahrens nicht in den eingesetzten Stoffen. Vielmehr enthält das Lagerstättenwasser selbst und damit auch der Flowback (Rückfluss) krebserregende und radioaktive Stoffe, die Wasservorkommen unbrauchbar machen können.

Die Stoffbezogenheit von Regelungen ist zwar vor dem Hintergrund des intendierten Schutzes der Gewässer vor den von Stoffen möglicherweise ausgehenden nachteiligen Veränderungen der Wasserbeschaffenheit (z. B. Verschmutzung, Erwärmung, Strahlenbelastung) zu begreifen, aber eben nur insoweit als solche Stoffe auch Emissionsseitig oder Immissionsseitig geregelt werden.

Das Verbot von bestimmten Tätigkeiten, das zum Ausschluss von Einleitungen von Stoffen führt, fällt nicht darunter und ist auch nicht europarechtlich geregelt – dieses war insoweit immerhin wesentlicher Anlass der Regelungsänderung des Art. 72 ff. GG.

Weder betrifft die Regelung strengere Qualitätswerte im Sinne der OGewV noch der GrwV, die die Wasserrahmenrichtlinie der EU umsetzen. Die Regelung setzt gerade nicht an dem qualitativen Zustand der Gewässer an,

dies zähle zum abweichungsfesten Kern, vgl. *Kotulla*, Umweltschutzgesetzgebungskompetenzen und „Föderalismusreform“, NVwZ 2007, 489/494

sondern verbietet eine Tätigkeit grundsätzlich, so dass es zu einer stoffbezogenen Betrachtung gar nicht kommt.

bb)

§ 7a des Entwurfs ist auch nicht anlagenbezogen. Mangels spezialgesetzlicher Definition sei dieser Anlagenbegriff zwar weit zu verstehen, so Kommentatoren. Der vorgeschlagene § 7a verbietet aber Fracking unabhängig von den eingesetzten konkreten Anlagen und gilt auch dann, wenn es ohne den Einsatz von Anlagen möglich sein sollte, Gestein aufzubrechen. Die Anlagen zur Förderung von Erdöl und Erdgas, ob mit oder ohne Fracking-Maßnahmen, unterscheiden sich grundsätzlich nicht voneinander.

Es ist im Wesentlichen eine Frage des Verhaltens (also der Betriebsführung), ob eine vorhandene Bohrung mit einer Fracking-Maßnahme behandelt wird oder nicht. Der bloße Umstand, dass es zum Aufbrechen von Gestein einer Anlage bedürfen mag, begründet als solcher noch nicht die Annahme einer spezifisch anlagenbezogenen Regelung.

Ein Verhaltensverbot wird auch nicht dadurch anlagenbezogen, dass für das verbotene Verhalten Anlagen eingesetzt werden können. Eine andere Auslegung würde zu dem widersinnigen Ergebnis führen, dass ein landesrechtliches Verhaltensverbot zum Schutz des Wassers dadurch unterlaufen werden könnte, dass dazu eine Anlage eingesetzt wird.

IV.

Zusammenfassend ist festzuhalten:

Die Volksinitiative ist schon deshalb zulässig, weil die Vereinbarkeit mit den Art. 70 ff. GG im Zulassungsverfahren nicht (oder allenfalls auf offensichtliche Verstöße, wie sie hier nicht vorliegen) zu überprüfen ist. Zudem ist sie auch materiell-rechtlich nicht unzulässig, weil der Gesetzesvorschlag keine stoff- oder anlagenbezogene Regelung enthält und daher gemäß Art. 72 Abs. 3 GG nicht zu den abweichungsfesten Materien zählt.

Das Ergebnis, nämlich die Zulässigkeit der Volksinitiative, ist auch folgerichtig und schlüssig.

Rechtsschutz gegen eine etwaige Unvereinbarkeit des Gesetzentwurfs der Volksinitiative mit den Art. 70 ff. GG ist nach Inkrafttreten des Gesetzes eröffnet.

Eine – eventuell in Folge direkt oder aufgrund eines Volksbegehrens angenommene – Bestimmung des Landesrechts, die Fracking verbietet, kann jederzeit zur Überprüfung ihrer Grundgesetzkonformität entweder direkt (Art. 93 Abs. 2 GG, § 13 BVerfGG) oder indirekt (Art 100. Abs. 1 GG) dem BVerfG zur Überprüfung vorgelegt werden.

Zuständig für die Entscheidung über die etwaige Unvereinbarkeit eines landesrechtlichen Fracking-Verbots mit Art. 72 Abs. 3 GG ist in jedem Fall das Bundesverfassungsgericht. Dies entspricht der Systematik des Grundgesetzes und gewährleistet eine bundeseinheitliche Auslegung der Art. 70 ff. GG.

Rechtsanwältin
Dr. Roda Verheyen
(unterzeichnet durch Rechtsanwalt Séverin Pabsch)