



---

**Ausarbeitung**

---

**Zur Verfassungsmäßigkeit der in dem Fracking-Regelungspaket vorgesehenen Beteiligung einer Expertenkommission am wasserrechtlichen Erlaubnisverfahren**



**Zur Verfassungsmäßigkeit der in dem Fracking-Regelungspaket vorgesehenen Beteiligung einer Expertenkommission am wasserrechtlichen Erlaubnisverfahren**

Verfasser/in: [REDACTED]  
Aktenzeichen: WD 3 - 3000 - 134/15  
Abschluss der Arbeit: 10. Juni 2015  
Fachbereich: WD 3: Verfassung und Verwaltung  
Telefon: [REDACTED]

## 1. Einleitung und Fragestellung

Die Bundesregierung hat im April 2015 ein Regelungspaket beschlossen, mittels dessen sie die umstrittene Förderungsmethode für Erdöl und Erdgas – das sog. Fracking – gesetzlich neu regeln will.<sup>1</sup> Unter anderem sieht das Regelungspaket eine Novellierung des Wasserhaushaltsgesetzes vor, in deren Rahmen eine Vorschrift über die Versagung und die Voraussetzungen für die Erteilung der Erlaubnis für bestimmte Gewässerbenutzungen sowie die Einrichtung einer unabhängigen Expertenkommission in das Wasserhaushaltsgesetz eingefügt werden soll (Art. 1 § 13a Entwurf eines Gesetzes zur Änderung wasser- und naturschutzrechtlicher Vorschriften zur Untersagung und zur Risikominimierung bei den Verfahren der Fracking-Technologie, im Folgenden WHG-E).

Nach dem Gesetzentwurf ist eine Erlaubnis für eine Gewässerbenutzung nach § 9 Abs. 2 Nr. 3 und 4 Wasserhaushaltsgesetz (WHG) grundsätzlich zu versagen, wenn Schiefer-, Ton- oder Mergelgestein oder Kohleflözgestein oberhalb von 3.000 Metern Tiefe zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdgas aufgebrochen werden soll. Dies soll nicht für Erprobungsmaßnahmen gelten, die dem Zweck dienen, die Auswirkungen der Maßnahmen auf die Umwelt, insbesondere den Untergrund und den Wasserhaushalt, wissenschaftlich zu erforschen. Diese Erprobungsmaßnahmen sollen von einer Expertenkommission begleitet und ausgewertet werden (§ 13a Abs. 6 WHG-E). Stuft die Expertenkommission auf Grundlage ihrer Forschungstätigkeit den Einsatz der Fracking-Technologie in einer bestimmten geologischen Formation mehrheitlich als grundsätzlich unbedenklich ein, soll die zuständige Behörde im Einzelfall bei Vorliegen bestimmter Genehmigungsvoraussetzungen auf Antrag auch eine Erlaubnis für den kommerziellen Einsatz der Fracking-Technologie erteilen können (§ 13a Abs. 7 WHG-E). Diese geplante Beteiligung der Expertenkommission wird in einem Gutachten von Prof. *Boehme-Neßler* als verfassungswidrig angesehen. Zu dieser Kritik soll im Folgenden Stellung genommen werden.

## 2. Bindungswirkung der Einschätzungen der Expertenkommission

Die Kritik in dem genannten Gutachten basiert auf der Annahme, dass eine Einschätzung des Einsatzes der Fracking-Technologie durch die Expertenkommission nach § 13a Abs. 7 WHG-E Bindungswirkung gegenüber der für die Erlaubniserteilung zuständigen Behörde besitzt. Dieser Auffassung kann jedoch nicht uneingeschränkt gefolgt werden.

Die Einschätzung der Expertenkommission gemäß § 13a Abs. 7 WHG-E besitzt nur insoweit Bindungswirkung, als dass die Behörde keine Erlaubnis für die Gewässerbenutzung erteilen darf, wenn die Expertenkommission nicht mehrheitlich den beantragten Einsatz der Fracking-Technologie als grundsätzlich unbedenklich einstuft. In einem solchen Fall darf die zuständige Behörde den entsprechenden Erlaubnisantrag nicht inhaltlich prüfen.<sup>2</sup>

---

1 Entwurf eines Gesetzes zur Änderung wasser- und naturschutzrechtlicher Vorschriften zur Untersagung und zur Risikominimierung bei den Verfahren der Fracking-Technologie, BT-Drs. 18/4713; Entwurf eines Gesetzes zur Ausdehnung der Bergschadenshaftung auf den Bohrlochbergbau und Kavernen, BT-Drs. 18/4714, sowie die Verordnung zur Einführung von Umweltverträglichkeitsprüfungen und über bergbauliche Anforderungen beim Einsatz der Fracking-Technologie und Tiefbohrungen.

2 BT-Drs. 18/4713, S. 26.

Stuft die Expertenkommission den beantragten Einsatz der Fracking-Technologie hingegen mehrheitlich als grundsätzlich unbedenklich ein, besitzt diese Einschätzung keine rechtliche Bindungswirkung für die zuständige Behörde. Zum einen ist bereits der Prüfungsumfang von Expertenkommission einerseits und zuständiger Behörde andererseits nicht identisch.<sup>3</sup> Die Expertenkommission gibt ihre Einschätzung auf der Grundlage ihrer Forschungstätigkeit ab, die sich mit den Auswirkungen der Erprobungsmaßnahmen auf die Umwelt, insbesondere den Untergrund und den Wasserhaushalt beschäftigt. Die zuständige Behörde hingegen prüft darüber hinaus, ob das Umweltbundesamt die verwendeten Gemische nach § 13a Abs. 4 WHG-E als nicht wassergefährdend eingestuft hat sowie ob die sonstigen öffentlich-rechtlichen Zulassungsvoraussetzungen vorliegen. Insbesondere dürfen die Vorgaben des § 13a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 WHG-E, landesrechtliche Vorschriften im Sinne des § 13a Abs. 3 WHG-E sowie die Voraussetzungen des § 12 Abs. 1 WHG der Erteilung der Erlaubnis nicht entgegenstehen.<sup>4</sup> Nach § 12 Abs. 1 WHG ist dabei eine Erlaubnis zu versagen, wenn schädliche, auch durch Nebenbestimmungen nicht vermeidbare oder nicht ausgleichbare Gewässerveränderungen zu erwarten sind oder andere Anforderungen nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften nicht erfüllt werden.

Zum anderen sind die Forschungsergebnisse der Expertenkommission nur eine Erkenntnisquelle, die die zuständige Behörde bei ihrer Ermessensentscheidung über den Einsatz der Fracking-Technologie im Schiefer-, Ton- oder Mergelgestein oder im Kohleflözgestein oberhalb von 3.000 Metern Tiefe zu kommerziellen Zwecken zu berücksichtigen hat. Nach dem für das Verwaltungsverfahren geltenden Grundsatz der Amtsermittlung ist es grundsätzlich Aufgabe der Behörde, alle relevanten Umstände, die sie ihrer Verwaltungsentscheidung zugrunde zu legen hat, selbst festzustellen.<sup>5</sup> Das bedeutet, dass die Behörde an eine positive Einschätzung der Expertenkommission nicht gebunden ist und selbst weitere Untersuchungen anstellen (lassen) kann bzw. sogar muss, sofern die Erkenntnisse der Expertenkommission aus Sicht der Behörde für ihre Entscheidung nicht ausreichen. Die Aussage des Gutachtens von Prof. *Boehme-Neßler*, die Behörde müsse aufgrund einer Ermessensreduktion auf Null bei einem positiven Votum der Expertenkommission die Genehmigung erteilen, trifft damit nicht zu. Folglich ist auch die Aussage des Gutachtens, dass in der Mehrzahl der Fälle die Entscheidung von der Expertenkommission und nicht von der zuständigen Behörde getroffen wird, nicht richtig.

### 3. Verfassungsmäßigkeit der Beteiligung der Expertenkommission

#### 3.1. Anforderungen der Wesentlichkeitstheorie

Nach dem Gutachten von Prof. *Boehme-Neßler* verstößt die Beteiligung der Expertenkommission gegen das Demokratieprinzip, wonach alle wesentlichen Entscheidungen vom Parlament zu treffen seien. Hieraus könne abgeleitet werden, dass wichtige Risikoentscheidungen im Umweltrecht nur von staatlichen Behörden und nicht von ausgelagerten Expertengremien getroffen werden dürfen.

---

3 Vgl. BT-Drs. 18/4713, S. 26.

4 BT-Drs. 18/4713, S. 26.

5 Siehe zum Untersuchungsgrundsatz beispielsweise Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2014, § 24 Rn. 23 ff.

Wie oben unter 2. dargestellt, ist eine Einschätzung der Expertenkommission allerdings nur dann bindend, wenn die Kommission den beantragten Einsatz der Fracking-Technologie nicht mehrheitlich als grundsätzlich unbedenklich einstuft. Folglich kann sich auch nur in diesem Fall die von Prof. *Boehme-Neßler* aufgeworfene Frage stellen.

Die sogenannte Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts, auf die das Gutachten Bezug nimmt, besagt, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, in grundlegenden normativen Bereichen – insbesondere im Bereich der Grundrechtsausübung –, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich sind, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen.<sup>6</sup> Wann es danach einer Regelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber bedarf, lässt sich – so das Gericht – nur mit Blick auf den jeweiligen Sachbereich und die Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstandes beurteilen.<sup>7</sup> Dabei sei zu berücksichtigen, dass die in Art. 20 Abs. 2 Grundgesetz (GG) als Grundsatz normierte organisatorische und funktionelle Unterscheidung und Trennung der Gewalten auch darauf ziele, dass staatliche Entscheidungen möglichst richtig, das heißt von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen.<sup>8</sup> Nach den gleichen Maßstäben beurteile sich, ob der Gesetzgeber mit der von ihm erlassenen Norm die wesentlichen normativen Grundlagen des zu regelnden Rechtsbereichs selbst festgelegt und dies nicht dem Handeln etwa der Verwaltung überlassen habe.<sup>9</sup>

Das in § 13a Abs. 7 WHG vorgesehene „Vetorecht“ der Expertenkommission ist mit den Vorgaben der Wesentlichkeitstheorie vereinbar. Die Frage der Erlaubnispflichtigkeit und -fähigkeit des kommerziellen Einsatzes der Fracking-Technologie im Schiefer-, Ton- oder Mergelgestein oder im Kohleflözgestein oberhalb von 3.000 Metern Tiefe nach dem Wasserhaushaltsgesetz betrifft einen grundlegenden normativen Bereich und unterfällt somit der Wesentlichkeitstheorie. Den aus der Wesentlichkeitstheorie folgenden Gesetzgebungspflichten kommt der Gesetzgeber nach. Der Gesetzgeber regelt mit § 13a Abs. 7 WHG-E die Erlaubnispflichtigkeit bzw. -fähigkeit eines derartigen Fracking-Einsatzes und legt dabei auch die wesentlichen normativen Grundlagen selbst fest. Ein Verstoß gegen die Vorgaben der Wesentlichkeitstheorie kann auch nicht darin gesehen werden, dass nach der Konzeption des Gesetzgebers die Einstufung des Fracking-Einsatzes durch die Expertenkommission als unbedenklich eine unverzichtbare Voraussetzung für die Erteilung der wasserrechtlichen Erlaubnis darstellt. Dies hat zwar zur Folge, dass eine negative Einschätzung der Expertenkommission insoweit Bindungswirkung gegenüber der zuständigen Behörde entfaltet. Die Entscheidungsbefugnis der zuständigen Behörde wird hierdurch jedoch nicht unzulässig eingeschränkt. Wenn der Gesetzgeber aufgrund der Wesentlichkeitstheorie verpflichtet ist, alle wesentlichen Entscheidungen, die die Grundrechtsausübung betreffen, in einem formellen Gesetz zu treffen, muss er auch befugt sein, entsprechend den Entscheidungsspielraum der Exekutive zu bestimmen. Das bedeutet, dass der Gesetzgeber sich dafür entscheiden kann, den Einsatz der Fracking-Technologie nach § 13a Abs. 7 WHG-E (ohne weitere Prüfung des Einzelfalls durch die zuständige Behörde) auszuschließen, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen,

---

6 Ständige Rechtsprechung, siehe beispielsweise BVerfGE 40, 237 (249 f.); BVerfGE 49, 89 (126 f.); BVerfGE 98, 218 (251 f.).

7 BVerfGE 98, 218 (251).

8 BVerfGE 98, 218 (251 f.).

9 BVerfGE 49, 89 (127).

dass der konkrete Einsatz für die Umwelt darstellen könnte. Dabei darf der Gesetzgeber auch an die Einschätzung der Expertenkommission anknüpfen, deren Zusammensetzung er in den Grundgesetzen gemäß § 13a Abs. 6 S. 2 WHG-E selbst festlegt. Dass in einem solchen Fall die zuständige Behörde keine Entscheidungsbefugnisse mehr besitzt, verstößt damit weder gegen das Demokratieprinzip im Allgemeinen noch gegen die Vorgaben der Wesentlichkeitstheorie im Besonderen.

### 3.2. Funktionsvorbehalt für die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse

Weiter stützt sich das Gutachten von Prof. *Boehme-Neßler* auf den Einwand, dass die in § 13a Abs. 7 WHG-E vorgesehene Beteiligung der Expertenkommission gegen den Grundgedanken von Art. 33 Abs. 4 GG verstoße.

Der Funktionsvorbehalt in Art. 33 Abs. 4 GG schreibt vor, dass die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen ist, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Voraussetzung für eine Anwendbarkeit des Funktionsvorbehalts im vorliegenden Fall ist damit, dass die Expertenkommission im Sinne des § 13a WHG-E hoheitsrechtliche Befugnisse ausübt. Die Auslegung des Begriffs der hoheitsrechtlichen Befugnisse ist umstritten.<sup>10</sup> Hier erscheint zumindest fraglich, ob die wissenschaftliche Bewertung eines Sachverhaltes bereits für die Annahme einer hoheitsrechtlichen Befugnis ausreicht.

Doch selbst wenn man dies aufgrund der Bindungswirkung einer negativen Einschätzung der Umwelteinwirkungen durch die Expertenkommission bejaht, steht im Ergebnis der Funktionsvorbehalt aus Art. 33 Abs. 4 GG der vorgesehenen Beteiligung der Expertenkommission nicht entgegen. In Art. 33 Abs. 4 GG ist keine Funktionssperre sondern lediglich ein Funktionsvorbehalt normiert, der nur „in der Regel“ einzuhalten ist.<sup>11</sup> Abweichungen von dem Funktionsvorbehalt bedürfen der Rechtfertigung im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.<sup>12</sup> Dabei besitzt der Gesetzgeber einen Einschätzungsspielraum.<sup>13</sup> Im Zusammenhang mit der funktionalen Privatisierung hat das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt, dass die Aufgabenwahrnehmung mittels Privater durch sachliche Gründe gerechtfertigt sein muss, die das Regel-Ausnahme-Verhältnis nicht in Frage stellt.<sup>14</sup> Als sachlichen Grund hat das Gericht dabei eine besondere Eignung des Privaten aufgrund seiner Spezialkenntnisse ausreichen lassen.<sup>15</sup> Nach diesen Maßstäben verstößt auch die hier vorgesehene Beteiligung der Expertenkommission nicht gegen den Funktionsvorbehalt aus Art. 33 Abs. 4 GG. Die Einbeziehung der Expertenkommission lässt sich zum einen durch deren besonderen Sachverstand rechtfertigen. Zum anderen soll durch die Einbindung der Expertenkommission, deren Vertreter ad personam bestellt sind und daher nicht an Weisungen gebunden sind (siehe

---

10 Siehe zum Beispiel Battis, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 33 Rn. 55; Jachmann, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2010, Art. 33 Abs. 4 Rn. 31.

11 Hense, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2009, Art. 33 Rn. 30.

12 Kunig, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 33 Rn. 50.

13 Jachmann, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2010, Art. 33 Abs. 4 Rn. 37.

14 BVerwG, NVwZ 2006, 829 (829).

15 BVerwG, NVwZ 2006, 829 (830).

§ 13a Abs. 6 S. 3 WHG-E), die Unabhängigkeit der wissenschaftlichen Forschungstätigkeit gewährleistet werden. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Einbindung der Expertenkommission lediglich einen begrenzten Ausschnitt der behördlichen Aufgaben nach dem Wasserhaushaltsgesetz betrifft, so dass auch keine Umkehrung des verfassungsrechtlich bestimmten Regel-Ausnahmeverhältnisses gegeben ist.

### 3.3. Staatsziel des Umwelt- und Tierschutzes

Schließlich soll auf den Einwand von Prof. *Boehme-Neßler* eingegangen werden, dass die geplante Beteiligung der Expertenkommission nicht mit dem Staatsziel des Umwelt- und Tierschutzes aus Art. 20a GG vereinbar sei.

Die Staatszielbestimmung in Art. 20a GG schreibt vor, dass der Staat auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung schützt. Art. 20a GG richtet sich damit in erster Linie an den Gesetzgeber, der die Aufgabe hat, den in dieser Vorschrift enthaltenen Schutzauftrag zu konkretisieren.<sup>16</sup> Die Wahl der Mittel zur Verwirklichung dieses Schutzauftrages steht dem Gesetzgeber dabei frei und auch die Konkretisierung des unbestimmt formulierten Ziels ist ihm überlassen.<sup>17</sup> Daraus folgt ein weiterer Gestaltungsspielraum für den Gesetzgeber, im Rahmen dessen die Verwirklichung des Staatsziels nicht justiziabel ist.<sup>18</sup>

Vor diesem Hintergrund erscheint bereits fraglich, ob Art. 20a GG konkrete Aussagen für die Beteiligung einer Expertenkommission am wasserrechtlichen Erlaubnisverfahren entnommen werden können. Doch selbst wenn man Prof. *Boehme-Neßler* folgt und annimmt, dass Art. 20a GG fordert, dass im Bereich des Umweltrechts Letztentscheidungsbefugnisse nur demokratisch legitimierten Akteuren übertragen werden können, steht dies der in dem Gesetzentwurf vorgesehenen Beteiligung der Expertenkommission nicht entgegen. In Hinblick auf den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen und der Tiere kann es nicht zu beanstanden sein, wenn der Gesetzgeber für den Fall, dass eine Umweltschädigung durch den beantragten Einsatz der Fracking-Technologie nicht ausgeschlossen werden kann, der Behörde keinen Entscheidungsspielraum einräumt, sondern bereits selbst eine Erlaubniserteilung ausschließt. Dabei darf der Gesetzgeber auch an die Einschätzung einer Expertenkommission anknüpfen, deren Zusammensetzung er in den Grundsätzen selbst festlegt.

---

16 Huster/Rux, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2009, Art. 20a Rn. 27.

17 Murswiek, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 20a Rn. 17.

18 BFH, BB 1997, 1399 (1402).