



Ausarbeitung

Gesetzliche Regulierung des Einsatzes von Fracking-Technologien
Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer nach konventionellen und unkonventionellen Lagerstätten differenzierenden Verbotsregelung



Gesetzliche Regulierung des Einsatzes von Fracking-Technologien

Verfassungsrechtliche Zulässigkeit nach konventionellen und unkonventionellen Erdgasvorkommen differenzierender Regelungen

Verfasser/in: [REDACTED]
Aktenzeichen: WD 3 - 3000 - 094/13
Abschluss der Arbeit: 23.05.2013
Fachbereich: WD 3: Verfassung und Verwaltung
Telefon: [REDACTED]

1. Fragestellung und Hintergrund

In der aktuellen politischen Kontroverse um ein gesetzliches Verbot der Methode des „Hydraulic Fracturing“ (abgekürzt „Fracking“) bei der Erdgasgewinnung ist ein vermittelnder Vorschlag für eine Verbotslösung geäußert worden, die zwischen dem Einsatz von Fracking-Technologie bei konventionellen Erdgasvorkommen einerseits und unkonventionellen Erdgasvorkommen andererseits differenziert.

Bei **konventionellen Erdgasvorkommen** wird die Fracking-Technologie eingesetzt, um den nach langer Förderung durch Druckabfall zurückgehenden Ertrag wieder zu steigern. Grundsätzlich strömt hier das Gas aber von sich aus in die Bohrung. In **unkonventionellen Lagerstätten** (vor allem Schiefergas und Kohleflözgas) hingegen ist das Gas im Gestein gebunden und kann erst durch technische Maßnahmen wie Fracking mobilisiert werden.¹

Nach dem vermittelnden Vorschlag soll das Fracking bei der Förderung aus unkonventionellen Lagerstätten gänzlich verboten, der Einsatz dieser Technologie bei der Förderung aus konventionellen Erdgasvorkommen hingegen weiterhin unter Auflagen zugelassen werden.

Diese differenzierende Lösung soll das nach Auskunft der Fragesteller bestehende **unterschiedliche Gefährdungspotenzial** beider Einsatzarten der Fracking-Technologie widerspiegeln. Während bei konventionellen Gasvorkommen ein einziger Frackingvorgang ausreicht, bei dem zudem nur wenig oder gar keine Chemikalien zum Einsatz kämen, seien für die Förderung aus unkonventionellen Lagerstätten weitaus mehr Frackingvorgänge und ein erhöhter Einsatz von Chemikalien erforderlich. Daher sei das Risiko schädlicher Umwelteinwirkungen durch den Einsatz von Fracking-Technologien in unkonventionellen Lagerstätten ungleich größer.

Gefragt wird nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer gesetzlichen Regelung, die den Einsatz von Fracking-Technologien differenzierend danach ermöglichen bzw. untersagen würde, ob es sich um konventionelle oder unkonventionelle Erdgasvorkommen handelt.

Vor der Beantwortung der Frage ist auf Folgendes hinzuweisen: Ob und inwieweit der Einsatz von Fracking-Technologien im unkonventionellen Bereich gefährlicher ist als im konventionellen, ist letztlich eine Frage naturwissenschaftlich-technischer Art, die aus hiesiger Sicht nicht abschließend beurteilt werden kann. Für die Beantwortung der Frage muss daher unterstellt werden, dass der skizzierte Risikounterschied zwischen beiden Einsatzarten des Fracking besteht.

Angesichts dessen, dass die Einzelheiten des Regelungsvorschlags noch nicht vorliegen, sowie im Hinblick auf die Kürze der zur Prüfung zur Verfügung stehenden Zeit kann Ziel dieser Arbeit zudem nur die Darstellung der für eine differenzierende Verbotslösung grundsätzlich maßgeblichen verfassungsrechtlichen Parameter sein.

1 Hinsichtlich des technischen Hintergrundes und weiterer Einzelheiten des Einsatzes von Fracking-Technologien wird verwiesen auf den als **Anlage 1** beigefügten Sachstand von [REDACTED] Fragen zum Einsatz des Frackings in Deutschland, Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages (Sachstand WD 5 – 3000 – 023/13), 2013, S. 3 ff.

2. Einfachgesetzlicher Rechtsrahmen

Den einfachgesetzlichen Rechtsrahmen für den Einsatz von Fracking-Technologien bilden im Wesentlichen das Bergrecht und das Wasserhaushaltsrecht.²

Erdgas stellt nach § 3 Abs. 3 Bundesberggesetz (BBergG)³ einen bergfreien Bodenschatz dar. Desse Aufsichtung bedarf einer Erlaubnis nach § 7 BBergG, dessen Gewinnung einer Bewilligung nach § 8 BBergG. Voraussetzung für die Erteilung einer Erlaubnis oder Bewilligung ist, dass kein Versagungsgrund nach § 11 bzw. § 12 BBergG vorliegt. Die Erlaubnis oder Bewilligung sind danach unter anderem zu versagen, wenn **überwiegende öffentliche Interessen** die Aufsichtung oder Gewinnung ausschließen. Hierzu zählen auch Belange des Umwelt- und Naturschutzes. Diese Belange können auch nach derzeitiger Rechtslage bereits durch Nebenbestimmungen, insbesondere durch Auflagen, geschützt werden.

Darüber hinaus kann eine wasserrechtliche Erlaubnis oder Bewilligung nach § 8 Wasserhaushaltsgesetz (WHG)⁴ erforderlich sein. Diese ist nach § 12 WHG unter anderem dann zu versagen, wenn schädliche Gewässeränderungen zu erwarten sind. Zur Vermeidung schädlicher Gewässeränderungen können ebenfalls Nebenbestimmungen erlassen werden.

Damit ermöglicht bereits die gegenwärtige Rechtslage, Vorhaben, bei denen Fracking-Technologien eingesetzt werden, nur unter Auflagen eine bergrechtliche bzw. wasserrechtliche Erlaubnis bzw. Bewilligung zu erteilen. Dies liegt bisher im Ermessen der zuständigen Behörden.

3. Verfassungsmäßigkeit strengerer Voraussetzungen für den Einsatz der Fracking-Technologie bei konventionellen Vorkommen

Auflagen und andere Nebenbestimmungen sind grundsätzlich Instrumente der Verwaltung, die es den zuständigen Behörden ermöglichen, den rechtmäßigen und dem Einzelfall gerecht werdenden Vollzug von Gesetzen sicherzustellen. Soweit nach dem Vorschlag „konventionelles Fracking unter Auflagen gestattet“ werden soll, kann dies verwaltungsrechtlich Verschiedenes bedeuten: Zum einen kann die Normierung strengerer Erlaubnis- und Bewilligungsvoraussetzungen gemeint sein (keine Auflage im eigentlichen Sinn). Möglich wären aber auch Auflagen und andere Nebenbestimmungen kraft Gesetzes. Dann gilt ein Verwaltungsakt kraft Gesetzes als mit einer

2 Näher zur hier nur überblickartig dargestellten einfachgesetzlichen Rechtslage [REDACTED] Förderung von unkonventionellem Erdgas – Möglichkeiten der rechtlichen Beschränkung, Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages (Ausarbeitung WD 3 – 3000 – 372/11), S. 6 ff. - **Anlage 2** -, [REDACTED] Fragen zum Einsatz des Frackings in Deutschland, Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages (Sachstand WD 5 – 3000 – 023/13), 2013, S. 13 ff. - **Anlage 1** - sowie Attendorn, Fracking – zur Erteilung von Gewinnungsberechtigungen und der Zulassung von Probebohrungen zur Gewinnung von Erdgas aus unkonventionellen Lagerstätten, ZUR 2011, 565.

3 Bundesberggesetz vom 13. August 1980 (BGBl. I S. 1310), das zuletzt durch Artikel 15a des Gesetzes vom 31. Juli 2009 (BGBl. I S. 2585) geändert worden ist.

4 Wasserhaushaltsgesetz vom 31. Juli 2009 (BGBl. I S. 2585), das durch Artikel 2 des Gesetzes vom 8. April 2013 (BGBl. I S. 734) geändert worden ist.

gesetzlichen Auflage versehen; sein Inhalt wird also teilweise gesetzlich fingiert.⁵ Was gemeint ist, kann hier offen bleiben, da sich beide Varianten an denselben verfassungsrechtlichen Maßstäben messen lassen müssten.

Die Gesetzgebungsbefugnis des Bundes für das Bergrecht folgt aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft), die für das Wasserhaushaltsrecht aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG.

In materieller Hinsicht dürfte die Regelung nicht unverhältnismäßig in die Grundrechte Betroffener eingreifen.

Die Regelung würde den sachlichen Schutzbereich der nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsausübungsfreiheit berühren. Sowohl die Verschärfung der Erlaubnis- und Bewilligungsvoraussetzungen als auch die gesetzliche Normierung von Auflagen für den Einsatz von Fracking-Technologien würde die Tätigkeitsmöglichkeiten von Erdgasfördererunternehmen beschränken und damit einen Eingriff darstellen.

Dieser kann als bloße Berufsausübungsregelung im Sinne der sog. Drei-Stufen-Theorie jedoch bereits durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden.⁶ Hierzu zählen insbesondere die hier in Betracht kommenden Belange des Umwelt- und Gewässerschutzes. Im Hinblick auf die verfassungsrechtlich gebotene Verhältnismäßigkeit des Eingriffs dürfte die Normierung von Auflagen als relativ mildestes Mittel unbedenklich sein. Es kommt allerdings auf die konkrete Formulierung an.

4. Verfassungsmäßigkeit eines Verbots des Einsatzes der Fracking-Technologie bei unkonventionellen Vorkommen

Auch die weitergehende Normierung eines Verbots von Fracking-Vorhaben bei unkonventionellen Lagerstätten müsste im Einklang mit den materiellen Vorgaben der Verfassung, insbesondere den Freiheits- und Gleichheitsgrundrechten, stehen.

4.1. Verstoß gegen Freiheitsgrundrechte?⁷

Ein derartiges Verbot würde einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG darstellen, könnte jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden. Da es sich um eine bloße Berufsausübungsregelung handeln würde, wären zu ihrer Rechtfertigung wiederum vernünftige

5 Vgl. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 36 Rn. 33.

6 Näher [REDACTED] Förderung von unkonventionellem Erdgas – Möglichkeiten der rechtlichen Beschränkung, Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages (Ausarbeitung WD 3 – 3000 – 372/11), S. 9.

7 Zu den Einzelheiten der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 12 Abs. 1 GG sowie zur Frage einer Verletzung der Eigentumsgarantie nach Art. 14 GG vgl. [REDACTED] Förderung von unkonventionellem Erdgas – Möglichkeiten der rechtlichen Beschränkung, Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages (Ausarbeitung WD 3 – 3000 – 372/11), S. 8 ff. Die Eigentumsgarantie nach Art. 14 GG würde durch ein Fracking-Verbot nicht verletzt, da Erdgas nach § 3 BBergG einen bergfreien Bodenschatz darstellt, auf den sich das Eigentum am Grundstück nicht erstreckt. Diese bergrechtliche Regelung stellt eine nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung dar.

Erwägungen des Gemeinwohls ausreichend, wozu unter anderem die hier in Betracht kommenden Belange des Umwelt- und Gewässerschutzes zählen (siehe oben). Ein Verbot wäre zwar nur erforderlich, wenn es keine milderen gleich geeigneten Mittel gäbe, um den Gefahren des Fracking zu begegnen. Für die Beurteilung der Erforderlichkeit steht dem Gesetzgeber jedoch ein Beurteilungs- und Prognosespielraum zu.⁸ In Anbetracht dessen, dass zudem sowohl der Schutz der menschlichen Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 GG) als auch der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen (Art. 20a GG) mit Verfassungsrang ausgestattet sind, dürfte der Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG – wiederum je nach konkreter Ausgestaltung – mit dem Schutz dieser Verfassungsgüter zu rechtfertigen sein.

4.2. Verstoß gegen Gleichheitssatz?

Eine differenzierende Lösung, die den Einsatz von Fracking-Technologie je nach Art des Erdgasvorkommens zulässt bzw. untersagt, müsste darüber hinaus im Einklang mit dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot stehen.

4.2.1. Sachliches Differenzierungskriterium

Nach Art. 3 Abs. 1 GG darf der Gesetzgeber weder wesentlich Gleiches willkürlich ungleich, noch wesentlich Ungleiches willkürlich gleich behandeln.⁹ Damit ist dem Gesetzgeber allerdings nicht jegliche Differenzierung untersagt. Nach der sog. „Neuen Formel“ des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) verletzt der Gesetzgeber den allgemeinen Gleichheitssatz aber dann, wenn er eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können.¹⁰ Entscheidend ist dabei, dass sich eine vom Gesetz vorgenommene unterschiedliche Behandlung sachbereichsbezogen auf einen „vernünftigen oder sonstwie einleuchtenden Grund“ zurückführen lässt.¹¹

Die vorgeschlagene gesetzliche Differenzierung zwischen dem Einsatz der Fracking-Technologie bei konventionellen Vorkommen einerseits und jenem bei unkonventionellen Vorkommen andererseits basiert auf **sachbezogenen Kriterien**, nämlich auf Unterschieden in der Anzahl der Fracking-Vorgänge und im Einsatz von Chemikalien. Auf diesen Unterschieden wiederum basiert die Annahme eines unterschiedlich hohen Risikos. Mit der Differenzierung würde insoweit das in Art. 20a GG verfassungsrechtlich verankerte Gemeinwohlziel des Schutzes der natürlichen Lebensgrundlagen verfolgt, und, soweit es um Trinkwasserschutz geht, auch die staatliche Pflicht zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit des Einzelnen (Art. 2 Abs. 2 GG) umgesetzt.

8 Vgl. etwa BVerfGE 90, 145 (173); BVerfG, NVwZ 2011, 94 (105).

9 St. Rspr. des BVerfG seit BVerfGE 4, 144 (155).

10 St. Rspr. des BVerfG seit BVerfGE 55, 72 (88); etwa auch BVerfGE 110, 141 (167).

11 BVerfGE 75, 108 (157).

Damit dürfte sowohl ein sachlicher Grund im Sinne des Verbots willkürlicher Ungleichbehandlung als auch ein hinreichend gewichtiger Unterschied im Sinne der „Neuen Formel“ gegeben sein.

4.2.2. Gesetzgeberischer Prognosespielraum

Was die Beurteilung der unterschiedlichen Gefährlichkeit der verschiedenen Anwendungsformen der Fracking-Technologie angeht, so kann sich der Gesetzgeber auf einen Einschätzungs- und Prognosespielraum berufen. Zur Rechtfertigung von Eingriffen in Freiheitsrechte hat das BVerfG ausgeführt: „Wird der Gesetzgeber zur Verhütung von **Gefahren für die Allgemeinheit** tätig, so belässt ihm die Verfassung bei der Prognose und Einschätzung der in den Blick genommenen Gefährdung einen **Beurteilungsspielraum**, der vom Bundesverfassungsgericht bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung je nach der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter **nur in begrenztem Umfang überprüft** werden kann.“¹²

Der Umstand, dass naturwissenschaftliche Zusammenhänge noch nicht hinreichend geklärt oder Annahmen des Gesetzgebers wissenschaftlicher Kritik ausgesetzt sind, führt nicht zu einer Überschreitung dieses eingeräumten Beurteilungsspielraums. Dieser ist vielmehr erst dann überschritten, wenn die Erwägungen des Gesetzgebers so offensichtlich falsch sind, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für die gesetzgeberische Maßnahme abgeben können.¹³

In der Entscheidung zum Gentechnikgesetz hat das BVerfG ausgeführt: „Die Annahme eines solchen ‚Basisrisikos‘ [...] liegt im Bereich der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers und setzt keinen wissenschaftlich-empirischen Nachweis des realen Gefährdungspotenzials der gentechnisch veränderten Organismen und ihrer Nachkommen voraus. Denn in einer wissenschaftlich ungeklärten Situation wie der vorliegenden ist der Gesetzgeber befugt, die Gefahrenlagen und Risiken zu bewerten, zumal die geschützten Rechtsgüter verfassungsrechtlich verankert sind und ein hohes Gewicht haben.“¹⁴

Die im Kontext der Freiheitsrechte entwickelten Grundsätze zur gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative gelten erst Recht für die Beurteilung eines unterschiedlichen Grades der Gefährlichkeit als Maßstab einer sachgerechten Differenzierung im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG.

Die auf einer unterschiedlichen Risikoeinschätzung beruhende differenzierende Verbotslösung würde daher nicht gegen den Gleichheitssatz verstoßen.

12 BVerfGE 121, 317 (350), Hervorhebungen d. Verf.; ähnlich BVerfGE 90, 145 (173) und BVerfG, NVwZ 2011, 94 (105).

13 BVerfG, NJW 2012, 1062 (1063 f.).

14 BVerfG, NVwZ 2011, 94 (99).

5. Fazit

Gegen die vorgeschlagene gesetzliche Differenzierung zwischen Fracking-Technologien bei konventionellen Vorkommen und solchen bei unkonventionellen Vorkommen bestehen – vorbehaltlich der konkreten Ausgestaltung – keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Die mit der Normierung von Auflagen und Verboten einhergehenden Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit dürften verfassungsrechtlich zu rechtfertigen sein. Die unterschiedliche Behandlung der Fracking-Technologie in den jeweiligen Situationen dürfte ebenfalls gerechtfertigt sein, da der unterschiedliche Gefährdungsgrad ein sachliches Differenzierungskriterium darstellt. Im Hinblick auf die Gefahren des jeweiligen Technikeinsatzes verfügt der Gesetzgeber über einen durch das BVerfG nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungs- und Prognosespielraum.

