



Deutscher **Anwalt** Verein

Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch
den Ausschuss Umweltrecht

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung
wasser- und naturschutzrechtlicher Vorschriften zur
Untersagung und zur Risikominimierung bei den Verfahren
der Fracking-Technologie (Drucksache 18/4713, Stand:
23.04.2015)

Stellungnahme Nr.: 50/2015

Berlin, im September 2015

Verteiler

- Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit
 - Bundesministerium für Gesundheit
 - Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
 - Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
 - Bundesministerium des Innern
 - Präsident des Bundesverwaltungsgerichts
 - Präsidenten der Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe
 - Ausschuss für Gesundheit des Deutschen Bundestages
 - Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages
 - Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages

 - Innenausschuss des Deutschen Bundestages
 - Arbeitsgruppen Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit der Bundestagsfraktionen
 - Arbeitsgruppen Gesundheit der Bundestagsfraktionen
 - Arbeitsgruppen Recht und Verbraucherschutz der Bundestagsfraktionen
 - Arbeitsgruppen Wirtschaft und Energie der Bundestagsfraktionen
 - Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen
 - Deutscher Richterbund
 - Neue Richtervereinigung
 - Bundesrechtsanwaltskammer
 - Bundesverband der Freien Berufe
 - DAV-Vorstand und Geschäftsführung
 - Vorsitzende der DAV-Gesetzgebungsausschüsse
 - Mitglieder des DAV-Verwaltungsrechtsausschusses

 - Mitglieder des DAV-Umweltrechtsausschusses
 - Redaktion NJW
 - Redaktion DVBl
 - Redaktion NVwZ
 - Redaktion ZUR
 - Redaktion NuR
 - Redaktion AbfallR und I+E
 - Redaktion Zeitschrift "Umwelt"
-

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Der DAV nimmt den Gesetzentwurf vom 23.04.2015 zum Anlass für einige grundlegende Anmerkungen zur rechtlichen Verortung des Fracking (unter I.) sowie zur Thematik des Bohrens in den Untergrund (unter II.), bevor er zu einzelnen Vorschriften des Entwurfs Stellung nimmt (unter III.).

I. Grundlegende Anmerkungen

Mit dem Gesetzentwurf vom 23.04.2015 will die Bundesregierung die Anforderungen an Frackingvorhaben über den Weg einer gesetzlichen Fiktion im Wasserrecht regeln. Der DAV äußert grundsätzliche Bedenken dagegen, dass das Wasserrecht der Ort ist, an dem diese Materie geregelt werden sollte. Da es beim Fracking um die Gewinnung eines bergfreien Bodenschatzes i. S. v. § 3 Abs. 3 BBergG geht, sollte das Thema im Bundesberggesetz (BBergG) und nicht im Wasserhaushaltsgesetz (WHG) geregelt werden.

1. Verortung des Fracking im BBergG

Grundsätzlich ist allerdings bereits das geltende Bundesberggesetz auf der Grundlage der dazu zwischenzeitlich ergangenen Rechtsprechung geeignet, nachteilige Auswirkungen, insbesondere auf den Boden und das Grundwasser bei der Entscheidung über die Zulassung einer Fracking-Maßnahme zu berücksichtigen. Über § 48 Abs. 2 BBergG finden nach der Rechtsprechung die umweltrechtlichen Anforderung anderer Fachgesetze (BImSchG, WHG, BBodSchG, KrWG, BNatSchG usw.) Eingang in die bergrechtlichen Entscheidungen. Allerdings ist das dem derzeitigen Text des BBergG nur unzureichend zu entnehmen. Gerade auch deshalb empfiehlt der DAV, das BBergG zu reformieren und es – soweit es um die Genehmigungstatbestände des Gesetzes geht – auch zu einem modernen Gesetz mit Bezügen zum geltenden Umweltrecht fortzuentwickeln.

2. Konzessionsverfahren

Auch mit Blick auf Fracking-Maßnahmen sollte der Gesetzgeber klar stellen, dass die Gemeinden im Konzessionsverfahren zu beteiligen sind (BVerwG, NVwZ 1999, 876).

3. Zulassungsvoraussetzungen

Das Bergrecht verdrängt bereits heute das Wasserrecht nicht. Bei der bergrechtlichen Betriebsplanzulassung werden wasserrechtliche Anforderungen entweder bei der Prüfung, ob gemeinschädliche Einwirkungen zu erwarten sind (§ 55 Abs. 1 Nr. 9 BBergG) oder aber im Rahmen der Prüfung, ob der Betriebsplanzulassung überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen (§ 48 Abs. 2 S. 2 BBergG) geprüft.

Soweit neben der bergrechtlichen Betriebsplanzulassung ein wasserrechtliches Erlaubnisverfahren erforderlich ist, müssen wasserrechtliche Aspekte vorrangig im wasserrechtlichen Erlaubnisverfahren geprüft werden. Über die Gemeenschadensklausel und über die Regelung des § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG können auch Anforderungen des wasserrechtlichen Besorgnisgrundsatzes bereits heute bei der Entscheidung über die Zulassung eines bergrechtlichen Betriebsplans berücksichtigt werden.

Die Heranziehung des § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG, einer Vorschrift, die als Ermächtigungsgrundlage für eine Beschränkung oder Untersagung einer Aufsuchungs- und Gewinnungstätigkeit vom Gesetzgeber konzipiert worden ist, als Zulassungsvoraussetzung, hat sich zwar auf der Grundlage der dazu ergangenen Rechtsprechung in der Praxis mittlerweile etabliert. Der DAV empfiehlt gleichwohl, den Zulassungstatbestand des § 55 Abs. 1 BBergG in Anlehnung an die gesetzlichen Zulassungsvoraussetzungen anderer Kontrollerlaubnisse so zu überarbeiten, dass alle Zulassungsvoraussetzungen tatsächlich in dieser Vorschrift zusammengefasst werden wobei an dieser Stelle – ähnlich wie in § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG – keine vollständige Aufzählung aller insoweit anzuwendenden Vorschriften zu fordern ist, sondern ein Verweis auf „andere öffentlich-rechtliche Vorschriften“ genügen könnte. Dabei können auch einzelne materiell-rechtliche Zulassungsvoraussetzungen auf den Prüfstand gestellt werden, etwa die Gemeenschadensklausel des § 55 Abs. 1 Nr. 9 BBergG.

Der DAV spricht sich dafür aus, die Zulassungsvoraussetzungen im Gesetz hinreichend genau zu formulieren, damit dafür nicht weiter auf § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG zurückgegriffen werden muss. § 48 Abs. 2 BBergG erfordert eine Abwägung von Interessen, ist also untauglich als Verweismorm auf zwingende Vorschriften anderer Umweltgesetze.

II. Bohren in den Untergrund

Der derzeitige § 127 BBergG betrifft alleine Bohrungen, die nicht einem der in § 2 BBergG genannten bergrechtlichen Tätigkeiten dienen und die tiefer als 100 Meter in den Untergrund reichen und unterwirft diese einem bergrechtlichen Zulassungsverfahren. Wie die bekannt gewordenen Schadensfälle (z. B. in Staufen, Wiesbaden) deutlich gezeigt haben, können Schäden an der Tagesoberfläche bei Bohrungen verschiedenster Art auftreten, unabhängig davon, ob die Bohrung aus Anlass einer Fracking-Maßnahme erfolgt oder aus anderen Gründen, z. B. zur Erkundung von Lagerstätten oder zur Geothermie. Es wäre aus Sicht des DAV daher angezeigt, das Bohren in den Untergrund generell einer Regelung zu unterziehen und dabei insbesondere technische Mindestanforderungen festzulegen, wobei das in einer Rechtsverordnung auf der Grundlage des BBergG geschehen sollte. Die Schadensfälle wären verhindert worden, wenn es etwa die gesetzliche Verpflichtung gegeben hätte, dass nur gesicherte Bohrungen in den Untergrund abgeteuft werden dürfen.

III. Anmerkungen zum Gesetzentwurf vom 23.04.2015

Gegen die Ausdehnung der Tatbestände einer unechten Gewässerbenutzung im Wege der hier geplanten gesetzlichen Fiktion bestehen aus Sicht des DAV erhebliche Bedenken.

Die Ausdehnung der neuen Tatbestände als Unterfall einer unechten Gewässerbenutzung im Sinne von § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG sprengt den bisherigen systematischen Zusammenhang der echten und unechten Gewässerbenutzungen. Zu den echten Gewässerbenutzungen im Sinne des § 9 Abs. 1 WHG zählen tatsächliche Inanspruchnahmen eines Gewässers, wie z.B. das Entnehmen und Ableiten von Wasser oder das Einbringen und Einleiten von Stoffen in ein Gewässer. Als (unechte) Gewässerbenutzungen gelten auch das Aufstauen, Absenken und Umleiten von Grundwasser durch Anlagen, die hierfür bestimmt oder geeignet sind, sowie

Maßnahmen, die geeignet sind, dauernd oder in einem nicht nur unerheblichem Ausmaß nachteilige Veränderungen der Wasserbeschaffenheit herbeizuführen. Die bisherigen Erlaubnistatbestände knüpfen insoweit an Gewässerbenutzungen oder jedenfalls an Maßnahmen an, die zu erheblichen Gewässerbeeinträchtigungen führen können.

Bohrungen, die lege artis unter Beachtung des Standes der Technik durchgeführt werden, führen im Regelfall nicht zur Beeinträchtigung von Gewässern. Wenn sie gleichwohl als unechte Gewässerbenutzung qualifiziert werden, widerspricht das der bisherigen Systematik des Wasserrechts und ist auch unverhältnismäßig.

Die Erweiterung des wasserrechtlichen Erlaubnistatbestands führt außerdem zu einer nicht erforderlichen Ausdehnung der Parallelität von Anlagenzulassungen nach Berg- und Wasserrecht und damit zum Problem vermeidbarer Doppelprüfungen. Mit dem Umweltgesetzbuch war beabsichtigt, eine möglichst umfassende, integrierende Anlagenzulassung zu erreichen. Diesen Ansatz hält der DAV nach wie vor für richtig. Für die Aufsuchung und Gewinnung von Bodenschätzen sollte die Integration weiterhin durch die bergrechtliche Betriebsplanzulassung angestrebt werden. Deshalb hält es der DAV für vorzugswürdig, im bereits erläuterten Umfang den Zulassungstatbestand des BBergG zu novellieren, statt parallel dazu Erlaubnistatbestände des Wasserrechts durch gesetzliche Fiktionen auszudehnen oder zu überdehnen.

Der Gesetzgeber könnte aber auch vorsehen, dass über die Frage, ob es sich bei einer Bohrung um eine unechte Gewässerbenutzung handelt, im Einvernehmen mit der Wasserbehörde entschieden wird. Das hätte den Vorteil, dass nicht pauschal eine unechte Gewässerbenutzung fingiert werden muss und dass damit die Besorgnis ausgeräumt wird, dass die Bergbehörden zu großzügig über wasserrechtliche Erlaubnistatbestände hinwegsehen.

1. Zu Art. 1 Nr. 3 (§ 13a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 WHG)

Der DAV empfiehlt in Übereinstimmung mit dem Bundesrat (BT-Drs. 18/4949 unter 4.), in Art. 1 Nr. 3 sind in § 13a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 nach dem Wort „Erdgas“ die Wörter „oder Erdöl“ einzufügen.

Begründung:

Die Fracking-Technologie betrifft Aufschlüsse in Schiefer-, Ton-, Mergel- oder Kohleflözgestein sowohl für Erdgas als auch für Erdöl. Damit gehen mit dieser Technologie Grundwassergefährdungen gleichermaßen einher, unabhängig davon, ob der Gesteinsaufschluss der Gewinnung von Erdgas oder von Erdöl dient. Eine Gleichbehandlung ist daher geboten.

2. Zu Art. 1 Nr. 3 (§ 13a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. a) WHG)

Der DAV empfiehlt, in Art. 1 Nr. 3 von § 13a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. a) nach dem Wort „festgesetzten Wasserschutzgebieten“ die Wörter „oder in einem Gebiet, für das die Festsetzung eines Wasserschutzgebietes vorläufig angeordnet worden ist“ einzufügen.

Begründung:

Da das Verfahren zur Festsetzung von Wasserschutzgebieten längere Zeit in Anspruch nehmen kann, sehen die meisten Landeswassergesetze die Möglichkeit zu vorläufigen Anordnungen vor. Das Verbot des § 13a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. a) WHG sollte auch auf solche vorläufig gesicherten Gebiete erstreckt werden.

3. Zu Art. 1 Nr. 3 (§ 13a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b) WHG)

Der DAV empfiehlt, in Art. 1 Nr. 3 bei § 13a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b) nach dem Wort „festgesetzten Heilquellenschutzgebieten“ die Wörter „oder in einem Gebiet, für das die Festsetzung eines Heilquellenschutzgebietes vorläufig angeordnet worden ist“ einzufügen.

Begründung:

Da das Verfahren zur Festsetzung von Heilquellenschutzgebieten längere Zeit in Anspruch nehmen kann, sehen die meisten Landeswassergesetze die Möglichkeit zu vorläufigen Anordnungen vor. Das Verbot des § 13a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b) WHG sollte auch auf solche vorläufig gesicherten Gebiete erstreckt werden.

4. Zu Art. 1 Nr. 3 (§ 13a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. c) WHG)

Der DAV empfiehlt in sachlicher Übereinstimmung mit dem Bundesrat (BT-Drs. 18/4949 unter 5.), in Art. 1 Nr. 3 bei § 13a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. c) das Wort „gesamte“ zu streichen.

Begründung:

Der vorliegende Gesetzesentwurf erstreckt das Fracking-Verbot auf Gebiete, bei denen der „gesamte“ Oberflächenabfluss einem der öffentlichen Wasserversorgung dienenden See oder einer entsprechenden Talsperre zugeführt wird. Dies greift nach Ansicht des DAV zu kurz, da es Seen und Talsperren für die öffentliche Wasserversorgung gibt, in denen Wasser aus unterschiedlichen Einzugsgebieten einläuft, die also nicht alleine aus dem Gebiet gespeist werden, in dem die Fracking-Maßnahme vorgesehen ist. Daher sollte der Schutz auf alle der öffentlichen Wasserversorgung dienenden Seen und Talsperren ausgedehnt werden, die von der Fracking-Maßnahme beeinflusst werden können.

5. Zu Art. 1 Nr. 3 (§ 13a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. c) aa) WHG)

Der DAV empfiehlt, in Art. 1 Nr. 3 bei § 13a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. c) aa) die Wörter „in einen natürlichen See“ durch die Wörter „in ein oberirdisches Gewässer“ zu ersetzen und das Wort „unmittelbar“ zu streichen.

Begründung:

Der vorliegende Gesetzesentwurf beschränkt sich auf den Schutz eines „natürlichen“ Sees, aus dem unmittelbar Wasser für die Wasserversorgung entnommen wird. Der Begriff des „natürlichen Sees“ ist bislang kein Rechtsbegriff des WHG. Zudem sollte der Schutz der öffentlichen Wasserversorgung umfassend sichergestellt werden, unabhängig davon, ob das Wasser zur öffentlichen Versorgung aus einem See oder einem Fließgewässer entnommen wird.

6. Zu Art. Nr. 3 (§ 13a Abs. 1 S. 1 Nr. 2d – neu – WHG)

Der DAV empfiehlt in Übereinstimmung mit dem Bundesrat (BT-Drs. 18/4949 unter 7.), in Art. 1 Nr. 3 bei § 13a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 nach Buchstabe c) einen neuen Buchstaben d) einzufügen:

„d) festgesetzten Vorranggebieten zur Trinkwassergewinnung“,

die bisherigen Buchstaben d) und e) werden zu e) und f).

Begründung:

Auch in den nach Raumordnungsrecht festgelegten Vorranggebieten für Trinkwassergewinnung sollten Gewässerbenutzungen nach § 9 Abs. 2 Nr. 3 und 4 WHG des Gesetzentwurfs ausgeschlossen sein. Hierdurch wird sichergestellt, dass der Schutz dieser Gebiete identisch ist im Vergleich zum Schutz von festgesetzten – und im Verfahren befindlichen – Wasserschutzgebieten und von Einzugsgebieten von Wasserentnahmestellen für die öffentliche Wasserversorgung. Die Unterschutzstellung der Vorranggebiete ist notwendig, um bislang nicht genutzte Trinkwasserreservoirs zu schützen.

7. Zu Art. 1 Nr. 3 (§ 13a Abs. 3 Nr. 2 WHG)

Der DAV empfiehlt in Übereinstimmung mit dem Bundesrat (BT-Drs. 18/4949 unter 11.), in Art. 1 Nr. 3 bei § 13a Abs. 3 Nr. 2 das Wort „Steinkohlebergbau“ durch die Wörter „untertägiger Bergbau“ zu ersetzen.

Begründung:

Die Ermächtigung der Länder für die Versagung von Erlaubnissen in oder unter Gebieten, in denen „Steinkohlebergbau“ betrieben wird oder betrieben worden ist, greift zu kurz. Hier sollte *sämtlicher* untertägiger Bergbau erfasst werden.

8. Zu Art. 1 Nr. 3 (§ 13a Abs. 7 WHG)

Unabhängig von den in § 13a Abs. 1 Nr. 1 WHG geschaffenen Versagungsgründen für Fracking in Schiefer- und Kohleflözgestein sollen Erprobungsmaßnahmen erlaubt bleiben, um Umweltauswirkungen von Fracking wissenschaftlich zu erforschen. Auch die vorbereitende Erkundung des förderbaren Lagerstättenpotenzials an Erdgas steht dem wissenschaftlichen Zweck solcher Erprobungsmaßnahmen nicht entgegen. Die Erprobungsmaßnahmen sollen durch eine sechsköpfige Expertenkommission begleitet und ausgewertet werden. Stuft die Expertenkommission Fracking in einer untersuchten geologischen Formation als unbedenklich ein, kann die zuständige Behörde im Einzelfall auch entgegen den Versagungsgründen des § 13a Abs. 1 Nr. 1 WHG eine Erlaubnis erteilen.

Der DAV lehnt die Verlagerung zentraler Fragen der Zulassung von Fracking-Maßnahmen auf eine Expertenkommission ab, weil sie die parlamentarische Verantwortung des Gesetzgebers auf ein solches Expertengremium verlagert und andererseits die Entscheidungskompetenzen der zuständigen Behörden, die sich öffentlich-rechtlich für ihre Behördenentscheidungen zu verantworten haben, schwächt.

Zwar ist die zuständige Behörde nicht an das Urteil der Expertenkommission gebunden; es ist allerdings zu erwarten, dass sich Berichte der Expertenkommission im Verwaltungsverfahren als (quasi-) bindend herausstellen. Statt der demokratisch und juristisch überprüfbaren Verwaltung würde eine Expertenkommission die Zulassung von Genehmigungen für das Fracking maßgeblich beeinflussen. Auch eine Expertenkommission könnte letztlich aber nicht mehr tun, als zu prüfen, ob die gesetzlichen Zulassungsvoraussetzungen für die Fracking-Maßnahmen vorliegen, bzw. eine hinreichende ordnungsgemäße Ermessensentscheidung vorbereiten. Dazu dient jedoch die Umweltverträglichkeitsprüfung, die nach dem Entwurf einer Verordnung zur Einführung von Umweltverträglichkeitsprüfungen und über bergbauliche Anforderungen beim Einsatz der Fracking-Technologie und Tiefbohrungen für das Fracking eingeführt werden soll. Die maßgebliche Prüfung der Zulassungsvoraussetzungen sollte nicht auf die Entscheidung eines externen Gremiums verlagert werden.

Der DAV hat keine Bedenken, dass Bund und Länder eine Expertenkommission mit Fragen der Umweltrisiken von Fracking-Maßnahmen befassen. Das Ergebnis der Begutachtungen dieser Expertenkommission sollte aber keinen unmittelbaren Einfluss auf den gesetzlichen Zulassungstatbestand und auch nicht auf behördliche Entscheidungen haben.

9. Zu Art. 1 Nr. 3 (§ 13b WHG)

Der DAV gibt zu bedenken, ob es erforderlich ist, für den Bereich des Frackings derart umfassende Verfahrens- und Zulassungsvoraussetzungen im Gesetz zu regeln. Insbesondere wenn die obige Anregung des DAV zur Novellierung des BBergG und zur Verortung weiterführender Vorschriften über das Fracking in diesem Gesetz aufgegriffen werden, könnten die Regelungen zu den Antragsunterlagen (§ 13b WHG des Gesetzesentwurfs) im untergesetzlichen Regelwerk untergebracht werden.