

Fracking-Entscheidungen Experten-Kommissionen?

durch

Verfassungsrechtliche Überlegungen zum Entscheidungsdesign im Fracking-Regelungspaket

Prof. Dr. Dr. Volker Boehme-Neßler, Carl von Ossietzky Universität Oldenburg

Inhalt

I.	Das Fracking-Regelungspaket.....	2
II.	Sonderproblem: Entscheidungskompetenzen für private Expertenkommissionen	2
1.	Einrichtung einer unabhängigen Expertenkommission.....	2
a)	Zusammensetzung der Kommission	3
b)	Unabhängigkeit der Kommission?	3
2.	Entscheidungskompetenzen der Kommission.....	3
3.	Bindungswirkungen der Entscheidung.....	4
III.	Demokratieprinzip und Wesentlichkeitstheorie – verfassungsrechtliche Eckpunkte der Entscheidungsdelegation.....	5
1.	Demokratieprinzip.....	5
a)	Grundsatz	5
b)	Ausnahme Verordnung.....	6
c)	Ausnahme Satzungsermächtigung.....	6
d)	unabhängige Expertengruppen.....	6
e)	Fazit	6
2.	Parlamentsvorbehalt: Wesentlichkeitstheorie des BVerfG.....	7
3.	Verfassungsrechtliche Grenzen von Privatisierungen.....	7
IV.	Staatsvorbehalt bei Fracking-Entscheidungen?.....	8
1.	Deutschland als Umweltstaat, Art. 20 a GG	8
2.	Grundrechtsrelevanz und Risikotechnologie.....	9

3. Fazit: Staatsvorbehalt bei Fracking-Entscheidungen.....	9
V. Ergebnis in Thesen.....	10

I. Das Fracking-Regelungspaket

Die Bundesregierung will die Anwendung der Fracking-Technologie in Deutschland auf eine rechtliche Basis stellen. Sie legt dazu einen Gesetzesentwurf vor, der ein ganzes Regelungspaket enthält. Sie will eine Reihe von bergrechtlichen, wasserrechtlichen und naturschutzrechtlichen Vorschriften ändern und ergänzen. Dabei soll es um die Ermöglichung, die Untersagung und die Risikominimierung bei den Verfahren der Fracking-Technologie gehen.

II. Sonderproblem: Entscheidungskompetenzen für private Expertenkommissionen

Ein neu geplanter § 13 a Abs. 6 WHG soll eine unabhängige Expertenkommission implementieren. Sie soll nicht auf reine Beratungsfunktionen beschränkt sein. Gemäß § 13 a Abs. 7 WHG n.F. ist die Kommission an der Entscheidung über die Zulässigkeit eines Fracking-Vorhabens beteiligt. Diese rechtliche Konstruktion ist verfassungsrechtlich bedenklich

1. Einrichtung einer unabhängigen Expertenkommission

Nach der geplanten Regelung setzt die Bundesregierung eine Expertenkommission ein. Sie soll unabhängig und nicht weisungsgebunden sein. Die Kommission soll sich nicht auf eine reine Beratungsfunktion beschränken. Es ist vorgesehen, dass sie an konkreten Entscheidungen über den Einsatz von Fracking-Maßnahmen im Einzelfall beteiligt wird.

a) *Zusammensetzung der Kommission*

Die Kommission soll aus insgesamt sechs Mitgliedern bestehen. Vier dieser Mitglieder sind staatliche Experten. Sie werden von Bundesbehörden und Landesbehörden in die Kommission entsandt. Je ein Mitglied kommt vom Geoforschungszentrum Potsdam und vom Zentrum für Umweltforschung Leipzig.

b) *Unabhängigkeit der Kommission?*

§ 13 a Abs. 6 WHG n.F. sieht ausdrücklich vor, dass die Mitglieder der Kommission nicht an Weisungen gebunden sind. Die Frage ist allerdings, ob die geplante Zusammensetzung der Kommission eine echte Unabhängigkeit möglich macht. Die vier Kommissionsvertreter, die von Bundes- und Landesbehörden entsandt werden, sind nicht nur Mitglieder der Kommission. Im Hauptberuf sind sie Beamte einer Behörde und damit in den hierarchischen Aufbau ihrer Behörde eingebunden. Sie sind als Beamte also strikt weisungsgebunden. Mit anderen Worten: als Kommissionsmitglieder sind sie unabhängig, als Beamte sind sie weisungsgebunden. Rein theoretisch ließe sich das sicher trennen. Ob die Trennung zwischen weisungsfreier Kommissionstätigkeit und Weisungsgebundenheit im Hauptberuf in der Praxis funktioniert, ist aber eher zweifelhaft. Die Kommission gibt ihre Einschätzungen nach § 13 a WHG n.F. mehrheitlich ab. Weil vier von sechs Mitgliedern aus der Staatsverwaltung stammen, liegt die strukturelle Mehrheit in der Kommission bei Beamten, die im Hauptberuf weisungsgebunden sind.

Durch diese Konstruktion wird die Unabhängigkeit der Expertenkommission nicht effektiv sichergestellt.

2. Entscheidungskompetenzen der Kommission

Die Expertenkommission ist nicht auf eine reine Forschung- und Beratungsfunktion beschränkt. Sie hat – - das ergibt sich aus § 13 a Abs. 7 Nr. 1 WHG n.F. - auch eine (Mit)Entscheidungskompetenz. Denn die zuständige Behörde kann eine Ausnahmegenehmigung

zum Einsatz von Fracking-Methoden nur erteilen, wenn die Expertenkommission das „mehrheitlich als grundsätzlich unbedenklich einstuft“.

3. Bindungswirkungen der Entscheidung

Die Entscheidung der Expertenkommission hat eine Bindungswirkung für die Entscheidung der zuständigen Behörde. Das ist bei einem *negativen* Votum der Expertenkommission offensichtlich. Stuft die Kommission den beantragten Einsatz von Fracking-Technologie nicht als unbedenklich ein, kann die Behörde keine Genehmigung mehr erteilen. Die Expertenkommission hat also – mit anderen Worten – ein Veto-Recht.

Nicht ganz so offensichtlich ist die Bindungswirkung der Kommissionsentscheidung, wenn sie einem Fracking-Einsatz Unbedenklichkeit attestiert. Denn nach dem Wortlaut des Gesetzesentwurfs müssen noch zwei weitere Voraussetzungen vorliegen. Selbst wenn alle Voraussetzungen im konkreten Fall gegeben sind, hat die zuständige Behörde nach dem Wortlaut der Vorschrift ein Ermessen. Sie kann die Genehmigung erteilen, muss es aber nicht.

Allerdings existiert im Rechtsstaat kein *freies* Ermessen einer staatlichen Instanz. Jedes Ermessen unterliegt rechtsstaatlichen Bindungen. Aus diesen Bindungen kann sich im konkreten Einzelfall eine sogenannte *Ermessensreduzierung auf Null* ergeben. Dann hat die Behörde kein Ermessen mehr. Sie ist aus rechtlichen Gründen zu einer bestimmten Entscheidung verpflichtet.

Wenn Grundrechte betroffen sind, wird das Ermessen einer Behörde oft auf Null reduziert. So liegt der Fall auch hier. Verweigert die Behörde den Einsatz von Fracking, greift sie in mehrere Grundrechte des Antragstellers ein. Der Fracking-Unternehmer ist in seiner Berufsfreiheit nach Art. 12 GG und in seiner Eigentumsfreiheit nach Art. 14 GG (Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) betroffen. Ein solcher Grundrechtseingriff lässt sich nur rechtfertigen, wenn der Einsatz von Fracking-Technologien im konkreten Fall schädlich für die Grundrechte anderer und das Allgemeinwohl ist. Stellt die Expertenkommission aber eine Unbedenklichkeitsbescheinigung aus, ist – jedenfalls nach der Konzeption des Gesetzesentwurfs – keine Gefahr für das Allgemeinwohl oder die Grundrechte anderer Bürger gegeben. Damit entfielen bei einem positiven Votum der Kommission die Rechtfertigung für die Behörde, die Genehmigung zu versagen. Konsequenz: Das Ermessen der zuständigen Behörde reduziert sich

auf Null. Sie *muss* bei einem positiven Votum der Expertenkommission die Genehmigung erteilen.

Auch das Gleichheitsgrundrecht kann das Ermessen einer Behörde auf Null reduzieren. Der Gleichheitsgrundsatz in Artikel 3 GG verlangt, dass gleiche Sachverhalte gleich behandelt werden. Wenn eine Fachbehörde bei einem positiven Votum der Expertenkommission eine Genehmigung erteilt hat, muss sie das in vergleichbaren Fällen genauso wieder tun. Durch die erste Entscheidung hat sie sich selbst gebunden und ihr Ermessen entsprechend auf Null reduziert.

Als Fazit lässt sich festhalten: Trotz der Formulierung als Kann-Bestimmung hat die Entscheidung der Expertenkommission eine *präjudizierende Wirkung auf die Letztentscheidung* durch die zuständige Behörde. Faktisch wird in der Mehrzahl der Fälle die Entscheidung von der Expertenkommission, nicht von der zuständigen staatlichen Behörde getroffen. Ist das verfassungsrechtlich zulässig?

III. Demokratieprinzip und Wesentlichkeitstheorie – verfassungsrechtliche Eckpunkte der Entscheidungsdelegation

Dürfen staatliche Entscheidungsbefugnisse faktisch auf Expertengremien delegiert werden? Oder müssen sie bei demokratisch legitimierten staatlichen Instanzen bleiben? Eine ausdrückliche Regelung dieser Problematik kennt die Verfassung nicht. Es existieren aber verfassungsrechtliche Eckpfeiler, mit denen sich diese Frage beantworten lässt.

1. Demokratieprinzip

a) Grundsatz

Das Demokratieprinzip im Grundgesetz ist eindeutig: Rechtsetzung ist grundsätzlich Aufgabe des Parlaments. Von dieser ehernen Regel sieht das Grundgesetz allerdings zwei Ausnahmen vor.

b) *Ausnahme Verordnung*

Gemäß Art. 80 Abs. 1 GG kann das Parlament die Bundesregierung, einen Bundesminister oder die Landesregierungen ermächtigen, Recht in Form einer Rechtsverordnung zu setzen. Das geht allerdings nur sehr begrenzt: durch ein Parlamentsgesetz, das Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung eindeutig bestimmt.

c) *Ausnahme Satzungsermächtigung*

Das Rechtsetzungsmonopol des Parlaments kennt noch eine weitere Ausnahme: das Satzungsrecht autonomer Körperschaften wie etwa der Gemeinden oder der Hochschulen.

d) *unabhängige Expertengruppen*

Das Recht kennt inzwischen die institutionalisierte unabhängige Expertengruppe. In unterschiedlichen Rechtsgebieten wird die Einsetzung von festen Expertengruppen vorgeschrieben, die Gesetzgeber und Verwaltung wissenschaftlich fundiert beraten sollen. Beispiele dafür finden sich etwa in § 35 c SGB V oder in einer ganzen Reihe von Beschlüssen der EU.¹ Diese Expertengruppen werden von öffentlichen Stellen konsultiert, wenn das im Rechtsetzungsprozess notwendig ist. Die Stellungnahmen der Expertengremien sind Empfehlungen ohne rechtliche Bindungswirkung. Sie leisten letztlich unverbindliche wissenschaftliche Politikberatung. Wegen dieser rechtlichen Unverbindlichkeit sind solche Expertengremien unter demokratietheoretischen Gesichtspunkten unproblematisch.

e) *Fazit*

Zwar beziehen sich diese Überlegungen in erster Linie auf die Rechtsetzung. Dennoch lässt sich aus ihnen ein allgemeiner, grundsätzlicher Gedanke herausfiltern: weiterreichende

¹ Etwa Beschluss der Kommission vom 24. Oktober 2005 zur Einsetzung einer Expertengruppe "Elektronischer Geschäftsverkehr" (2005/752/EG), ABl. L 282 vom 26.10.2005, S. 20; Beschluss der Kommission vom 29. August 2011 zur Einsetzung einer Expertengruppe „Zahlungsverkehrsmarkt“ (2011/C 253/04), ABl. Nr. C 253 S. 3; Beschluss der Kommission vom 18. Juni 2013 zur Einsetzung einer Expertengruppe der Kommission für Cloud-Computing-Verträge (2013/C 174/04), ABl. Nr. C 174 S. 6.

Entscheidungen sind in der Demokratie in erster Linie dem Parlament zugewiesen. Eine Delegation von Entscheidungskompetenzen auf andere staatliche Instanzen oder gar wissenschaftliche Expertengremien ist immer die Ausnahme, die einer besonderen Begründung bedarf.

2. Parlamentsvorbehalt: Wesentlichkeitstheorie des BVerfG

Rechtsetzung ist nicht nur das Recht des Parlaments, sondern auch seine *Pflicht*. Das betont das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung immer wieder. Nach seiner *Wesentlichkeitstheorie* ist das Parlament verpflichtet, alle wesentlichen Entscheidungen im Bereich der Rechtsetzung selbst zu treffen anstatt sie an die Exekutive zu delegieren.² Dieser Parlamentsvorbehalt begrenzt die Möglichkeit des Bundestags, Entscheidungskompetenzen zu delegieren.

Der Schlüsselbegriff in diesem Zusammenhang ist Wesentlichkeit. Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Begriff nicht abschließend definiert. In der Rechtsprechungspraxis prüft das Gericht in der Regel, ob eine Frage wichtig für die Verwirklichung der Grundrechte ist.³ Ist das der Fall, sieht es sie als wesentlich an. Als wesentlich sehen Verfassungsgericht aber auch Probleme an, bei denen die tragenden Prinzipien der Verfassung betroffen sind. Das kann etwa sein, wenn es um Gewaltenteilung, die Unabhängigkeit der Gerichte und die Rechtsschutzgarantie geht.⁴

3. Staatliche Kernaufgaben

Die Regelung von § 13 a Abs. 7 WHG betrifft auch die Frage, welche Aufgaben und Entscheidungen der Staat aus dem öffentlich-rechtlichen Bereich auslagern darf. Denn die unabhängige Expertenkommission trifft faktisch Entscheidungen, die ursprünglich zuständige Behörden fällen sollten. Dürfen staatliche Instanzen Entscheidungskompetenzen an andere Gremien auslagern?

² BVerfGE 47, 46, Rn. 99 – *Sexualkundeunterricht*; BVerfGE 90, 286 – *AWACS*

³ BVerfGE 47, 46, Rn. 99 – *Sexualkundeunterricht*; BVerfGE 90, 286 – *AWACS*

⁴ Stein /Frank, Staatsrecht, 21. Aufl. 2010, S. 158 m.w.N.

Der Staat kann und darf öffentliche Aufgaben an Private delegieren. Das geschieht auch in erheblichem Umfang. Allerdings gibt es für die Privatisierung öffentlicher Aufgaben auch verfassungsrechtliche Grenzen.

Neben einer Reihe von spezifischen Regelungen ergibt sich die grundsätzliche verfassungsrechtliche Grenze aus Art. 33 Abs. 4 GG. Wo diese Grenze im Einzelnen verläuft, ist nicht statisch definiert. Sie wird von der Politik und vom Bundesverfassungsgericht einzelfallbezogen und dynamisch gezogen. Allerdings besteht über eine Grundlage Einigkeit: Art. 33 Absatz 4 GG verbietet es, staatliche Kernaufgaben an Private zu übertragen. Aufgaben, die also typischerweise und unverzichtbar Staatsaufgaben sind, kann der Staat nicht an außerstaatliche Einrichtungen delegieren. Beispiele dafür sind etwa die Justiz, die Finanzverwaltung oder die Bundeswehr. Risikoentscheidungen im Umweltbereich, die irreparabel sein können und nachfolgende Generationen lange betreffen, wird man ebenfalls zum Kernbereich staatlicher Aufgaben zählen müssen.

IV. Staatsvorbehalt bei Fracking-Entscheidungen?

Die geplante Neuregelung von § 13 a WHG überträgt staatliche Entscheidungsbefugnisse jedenfalls teilweise an ein Expertengremium, das unabhängig von staatlichen Stellen entscheiden soll. Das ist verfassungsrechtlich äußerst zweifelhaft. Denn Entscheidungen über den Einsatz von Fracking-Methoden sind extrem grundrechtsrelevant. Deshalb ist es verfassungsrechtlich kaum vertretbar, sie nicht von staatlichen Instanzen, sondern von unabhängigen Expertengremien treffen zu lassen

1. Deutschland als Umweltstaat, Art. 20 a GG

Art. 20 a GG enthält die *Staatszielbestimmung Umweltschutz*. Dem Staat wird dadurch eine Langzeitverantwortung für den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen und der Tierwelt übertragen. Gerade im Umweltbereich gibt es Entscheidungen, die vollständig oder teilweise

irreversible Folgen haben (können).⁵ Bei ihnen ist vorausschauendes und verantwortungsbewusstes Handeln der Entscheidungsträger besonders notwendig. Das spricht dafür, dass staatliche Akteure, die demokratisch legitimiert und dem Allgemeinwohl verpflichtet sind, die letzte Entscheidung treffen. Damit ist das Konzept, Entscheidungen faktisch einem Expertengremium zu übertragen, nicht vereinbar.

2. Grundrechtsrelevanz und Risikotechnologie

Fracking ist eine Technologie, die hohe Risiken birgt und noch nicht über einen langen Zeitraum erprobt ist.⁶ Gleichzeitig hat sie eine hohe Relevanz für zahlreiche Grundrechte: Sie kann etwa das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Absatz 2 GG tangieren. Ebenso sind Verletzungen des Grundrechts auf Eigentum aus Art. 14 GG denkbar - etwa, wenn durch Fracking tektonische Veränderungen entstehen, die zu Schäden an Grundstücken und Privathäusern führen. Auch diese Überlegung spricht dagegen, Entscheidungen einem Expertengremium zu überlassen, das weder demokratisch legitimiert noch politisch verantwortlich ist. Grundrechtsrelevante Risikotechnologien wie Fracking müssen demokratisch legitimiert und politisch verantwortet gesteuert werden.

3. Fazit: Staatsvorbehalt bei Fracking-Entscheidungen

Aus den vorangegangenen Überlegungen lässt sich ein *Staatsvorbehalt für Fracking-Entscheidungen* ableiten: Entscheidungen über die Anwendung von Fracking-Technologien im konkreten Fall müssen in letzter Instanz von staatlichen Akteuren getroffen werden. Wissenschaftliche Expertengremien dürfen selbstverständlich Politik und Behörden beraten. Sie dürfen aber weder rechtlich noch faktisch die letzte Entscheidung treffen. Die endgültige Entscheidung ist staatlichen Instanzen vorbehalten, die demokratisch legitimiert und politisch gesteuert werden.

⁵ Kloepfer, Umweltrecht, 3. Aufl. 2004, § 3 Rn. 15.

⁶ Umfassend dazu UBA, Gutachten 2014: Umweltauswirkungen von Fracking bei der Aufsuchung und Gewinnung von Erdgas insbesondere aus Schiefergaslagerstätten, <http://www.umweltbundesamt.de/publikationen/gutachten-2014-umweltauswirkungen-von-fracking-bei> (1.6.2015) und UBA, Gutachten 2012: Umweltauswirkungen von Fracking bei der Aufsuchung und Gewinnung von Erdgas aus unkonventionellen Lagerstätten, <http://www.umweltbundesamt.de/publikationen/umweltauswirkungen-von-fracking-bei-aufsuchung> (1.6.2015).

Der Staat darf sich nicht aus seiner Verantwortung für eine Hochrisiko-Technologie stellen, indem er Entscheidungskompetenzen an Expertengremien delegiert.

V. Ergebnis in Thesen

Das Ergebnis der vorliegenden – noch etwas kursorischen – verfassungsrechtlichen Überlegungen lässt sich in folgenden Thesen zusammenfassen.

- Die geplante Expertenkommissionen in § 13 a Abs. 6,7 WHG n.F. hat nicht nur beratende Funktion. Sie hat auch rechtliche und faktische Entscheidungskompetenzen.
- Diese Konstruktion einer Expertenkommission mit Entscheidungskompetenzen verstößt in mehrfacher Hinsicht gegen die Verfassung.
- Sie verstößt gegen das Demokratieprinzip in Art. 20 Abs. 1 GG. Danach müssen alle wesentlichen Entscheidungen vom Parlament getroffen werden. Erweiternd weitergedacht bedeutet das: Wichtige Risikoentscheidungen im Umweltrecht dürfen nur von staatlichen Behörden, nicht von ausgelagerten Expertengremien getroffen werden.
- Die Konstruktion einer Expertenkommission mit Entscheidungsbefugnis verstößt auch gegen den Grundgedanken von Art. 33 Abs. 4 GG. Denn danach müssen alle staatlichen Kernaufgaben von staatlichen Instanzen selbst erfüllt werden. Eine Auslagerung von staatlichen Kernaufgaben an außerstaatliche Stellen ist unzulässig. Entscheidungen über Fracking-Vorhaben, die irreparabel sind und die nachfolgenden Generationen stark betreffen (können), gehören sicherlich zum Kernbereich staatlichen Handelns und dürfen nicht an außerstaatliche Expertengremien delegiert werden.