

# Der Klimaschutz und die Wasserkraft

Leitender Regierungsdirektor Holger Steenhoff, Freiburg<sup>1</sup>

## I. Einführung

Mit einem „juristischen Paukenschlag“ hat jüngst das Bundesverfassungsgericht die Bedeutung des Klimaschutzes massiv gestärkt<sup>2</sup>. Aspekte des Klimaschutzes sind aber insgesamt schon seit längerer Zeit in hohem Maße relevant in der umweltrechtlichen Genehmigungspraxis für Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energie.

Neben Windkraft, Photovoltaik und Biomasse ist Wasserkraft ein wichtiger Träger erneuerbarer Energie und kann damit zum Klimaschutz beitragen. Insbesondere Windkraftprojekte begegnen häufig massiven Widerständen von Teilen der Bevölkerung vor Ort und lösen oft Zielkonflikte mit Belangen des Naturschutzes aus<sup>3</sup>. Wasserkraft als eine Energiequelle mit langer Tradition hat in den letzten Jahrzehnten zwar eine Renaissance erlebt. Aber auch eine Wasserkraftanlage stellt zumeist einen mehr oder minder großen Eingriff in ein Gewässer dar und löst Zielkonflikte mit anderen gewichtigen ökologischen Belangen aus<sup>4</sup>.

Durch ihren Beitrag zum Klimaschutz ist die Position der Wasserkraft im Rahmen der Abwägung mit anderen Belangen der Gewässerbewirtschaftung gestärkt worden<sup>5</sup>. Ein pauschaler einseitiger Vorrang von Klimaschutzaspekten zugunsten einer Wasserkraftanlage gegenüber allen anderen Belangen erscheint aber ebenso wie die Annahme einer Gleichwertigkeit der Energieerzeugung durch die Wasserkraft und den ökologischen Belangen<sup>6</sup> problematisch. Es ist auch abzusehen, dass sich die Gewässerbewirtschaftung künftig mehr und mehr an die Folgen des Klimawandels anpassen müssen<sup>7</sup>.

Der vorliegende Beitrag betrachtet die Relevanz des Klimaschutzes bei wasserrechtlichen Zulassungs- und Änderungsverfahren für Wasserkraftanlagen und die dabei auftretenden Zielkonflikte.

## II. Energiewirtschaftliche Bedeutung der Wasserkraft

Als wichtigste Träger erneuerbarer Energie trugen 2020 zur Bruttostromerzeugung Windkraft 23,7 %, Photovoltaik 9,0 % und Wasserkraft 3,3 % bei<sup>8</sup>. Hinsichtlich der Größe der Anlagen wird zwischen „kleiner“ (Leistung < 1 Megawatt) und „großer“ (Leistung > 1 Megawatt) Wasserkraft unterschieden. Die rund 7.300 Wasserkraftanlagen in Deutschland verfügen zusammen über eine installierte Leistung von etwa 5.600 Megawatt (MW). Dabei erbringen 6.900 Anlagen (94 %) eine installierte Leistung von unter 1 MW mit einem Anteil an der Stromproduktion von etwa 14 %<sup>9</sup>. Die wenigen großen Anlagen haben insoweit große Bedeutung für die Höhe der Energieerzeugung aus Wasserkraft<sup>10</sup>. Ausbaupotenziale können laut Umweltbundesamt überwiegend nur durch die Modernisierung bzw. den Um- und Ausbau bestehender Großanlagen sowie zum Teil auch durch die Nutzung bislang ungenutzter Querbauwerke erreicht werden<sup>11</sup>.

## III. Klimaschutzregelungen

### 1. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Nach Art. 20a GG schützt 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. Bei der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe und bei der Betätigung von Ermessen ist das Schutzgebot des Art. 20a GG durch die Verwaltung zu beachten<sup>12</sup>. Das Klima wird dabei schon längere Zeit zu den Schutzgegenständen des Art. 20a GG gezählt<sup>13</sup>.

Durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 24.3.2021 wird die Bedeutung des Staatsziels Umweltschutz in Art. 20a GG erheblich gestärkt<sup>14</sup>. Es kann davon ausgegangen werden, dass für die Rechtspraxis und insbesondere auch für die Politik der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 24.3.2021 den in den kommenden Jahren maßgeblichen Stand der zu beachtenden verfassungsrechtlichen Vorgaben markieren wird<sup>15</sup>.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss über vier Verfassungsbeschwerden gegen einzelne Vorschriften des Bundes-Klimaschutzgesetzes (KSG) vom 12.12.2019<sup>16</sup> und gegen das Unterlassen weiterer Maßnahmen zur Reduktion von Treibhausgasemissionen entschieden und den Verfassungsbeschwerden in Teilen stattgegeben.

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts erwiesen sich die Vorschriften in §§ 3 I 2, 4 I 3 KSG a. F. i. V. m. Anlage 2 als verfassungswidrig, als sie die Gefahr schwerwiegender Grundrechtsbeeinträchtigungen für die Zukunft begründeten, indem sie für die Zeit ab 2031 keine hinreichenden Vorgaben enthalten<sup>17</sup>. Die aus Art. 2 II 1 GG folgende Schutzpflicht des Staates umfasse auch die Verpflichtung, Leben und Gesundheit vor den Gefahren des Klimawandels zu schützen. Sie könne eine objektivrechtliche Schutzverpflichtung auch in Bezug auf künftige Generationen begründen<sup>18</sup>. Das Staatsziel des Art. 20a GG verpflichte den Staat zum Klimaschutz. Dies ziele auch auf die Herstellung von Klimaneutralität<sup>19</sup>. Das Bundesverfassungsgericht schafft hier auf der

1 Der Autor ist Referatsleiter in der Abteilung Umwelt des Regierungspräsidiums Freiburg. Die Ausführungen stellen die persönliche Meinung des Verfassers dar.

2 BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18 – NJW 2021, 1724; Besprechungen dieser Entscheidung u. a. bei Callies ZUR 2021, 355; Fäßbender NJW 2021, 2085; Rutloff/Freibhoff NVwZ 2021, 917; Schlacke NVwZ 2021, 912; Hoffmann NVwZ 2021, 1587.

3 Näher BeckOK Umweltrecht BImSchG § 6 Rn. 23 – 25a.

4 Siehe Czyschowski/Reinhardt, WHG 12. Aufl. 2019 § 6 Rn. 45.

5 Attendorn UPR 2013, 43, 49.

6 So Heilig in WasserWirtschaft Heft 10/2017 S. 29, 33.

7 Reese ZfW 2011, 61, 62.

8 <https://www.destatis.de/DE/Themen/Branchen-Unternehmen/Energie/Erzeugung/Tabellen/bruttostromerzeugung.html> aufgerufen am 4.11.2021.

9 <https://www.wasserkraft-deutschland.de/wasserkraft/wasserkraft-in-zahlen.html> aufgerufen am 4.11.2021.

10 <https://www.umweltbundesamt.de/themen/wasser/fluesse/nutzung-belastungen/nutzung-von-fluessen-wasserkraft#stromproduktion-aus-wasserkraft-in-deutschland> aufgerufen am 4.11.2021.

11 Theobald/Kühling/Fischerauer EEG § 40 Rn. 17.

12 BVerwG NVwZ 1998, 1080, 1081.

13 Landmann/Rohmer Umweltrecht GG Art. 20a Rn. 9.

14 Callies ZUR 2021, 355.

15 Burgi NVwZ 2021, 1401, 1402.

16 KSG vom 12.12.2019 BGBl. I S. 2513; näher zum KSG Wickel ZUR 2021, 332.

17 BVerfG a.a.O. Rn. 243 ff.

18 BVerfG a.a.O. Rn. 116 ff.

19 BVerfG a.a.O. Rn. 198.

Basis von Freiheitsgrundrechten und in Verknüpfung mit dem Staatsziel Umweltschutz ein neues Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung<sup>20</sup>.

Allerdings genießt nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts Art. 20a GG keinen unbedingten Vorrang gegenüber anderen Belangen, sondern ist im Konfliktfall in einen Ausgleich mit anderen Verfassungsrechtsgütern und Verfassungsprinzipien zu bringen. Das relative Gewicht des Klimaschutzgebots nehme in der Abwägung bei fortschreitendem Klimawandel aber weiter zu.<sup>21</sup> Die Verwaltung hat insoweit verstärkt beim Umgang mit dem ihr bereits nach geltendem Recht eröffneten Beurteilungsbzw. Ermessensspielräumen das Klimaschutzgebots nach Art. 20a GG beachtet.<sup>22</sup> Ein pauschaler Vorrang des Klimaschutzgebots bzw. ein striktes Rangverhältnis zwischen den einzelnen Schutzgegenständen etwa zwischen Klima und Naturschutzgütern lässt sich der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung aber weiterhin nicht entnehmen.

## 2. Europarechtliche Einflüsse

Nach Art. 194 I 1 c) des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)<sup>23</sup> verfolgt die Energiepolitik der Union im Rahmen der Verwirklichung oder des Funktionierens des Binnenmarkts und unter Berücksichtigung der Notwendigkeit der Erhaltung und Verbesserung der Umwelt das Ziel der Förderung der Energieeffizienz und von Energieeinsparungen sowie Entwicklung neuer und erneuerbarer Energiequellen<sup>24</sup>. Auf Ebene der Europäischen Union wurde von der Kommission<sup>25</sup> der sogenannte European Green Deal entwickelt, der als Strategie und Programm der EU zu verstehen ist. In Umsetzung des Green Deal wurde u. a. die Verordnung zur Schaffung des Rahmens für die Verwirklichung der Klimaneutralität, das „Europäische Klimagesetz“<sup>26</sup>, erlassen. Eine unmittelbare Änderung bzw. Anpassungsbedarf von zulassungsrelevanten Vorschriften des deutschen Umweltrechts werden durch das „Europäische Klimagesetz“ oder andere Teile des Green Deal zunächst noch nicht ausgelöst.

Dem Europarecht außerhalb des Energiewirtschaftsrechts lassen sich eher weniger unmittelbare umweltrechtliche Vorgaben zum Klimaschutz bzw. zu erneuerbaren Energien entnehmen. So ist in zwei der für das deutsche Umweltrecht besonders wichtigen Richtlinien, der FFH-Richtlinie<sup>27</sup> und der Wasserrahmenrichtlinie (WRRL)<sup>28</sup> von dieser Thematik (noch) nicht näher die Rede. Lediglich Erwägungsgrund (16) der WRRL führt aus, dass der Schutz und die nachhaltige Bewirtschaftung von Gewässern stärker in andere politische Maßnahmen der Gemeinschaft integriert werden müssen, so z. B. in die Energiepolitik. Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der WRRL im Jahr 2000 stand der Klimawandel auch noch nicht in einem Umfang auf der Tagesordnung wie heute<sup>29</sup>.

## 3. Fachgesetzliche Regelungen zum Klimaschutz

Regelungen zum Klimaschutz bzw. zur Bedeutung erneuerbarer Energien finden sich mittlerweile in zahlreichen Fachgesetzen und wirken sich stark auf den Verwaltungsvollzug aus.

Hier sind zunächst zu nennen mit Relevanz für den Verwaltungsvollzug das bereits angesprochene zwischenzeitlich novellierte<sup>30</sup> KSG und die schon länger vorliegenden Klimaschutzgesetze der Länder, z. B. das baden-württembergische Klimaschutzgesetz (KSG-BW)<sup>31</sup> oder die Klimaschutzgesetze in Bremen<sup>32</sup> und in Rheinland-Pfalz<sup>33</sup>. Zweck und Ziele des Bundesklimaschutzgesetzes haben die Träger öffentlicher Aufgaben bei ihren Planungen und Entscheidungen zu berücksichtigen (§ 13 I KSG). Nach § 2 S. 2 KSG-BW finden die Vorschriften dieses Gesetzes unter Berücksichtigung der fachgesetzlichen Abwägungssystematik

ergänzende Anwendung, soweit die Belange des Klimaschutzes ausdrücklich oder im Rahmen öffentlicher Belange bei Entscheidungen der öffentlichen Hand zu berücksichtigen sind. Die Behörden haben nach § 11 III KSG-BW im Rahmen ihrer Zuständigkeit bei Planungen und Entscheidungen Zweck und Ziele dieses Gesetzes zu berücksichtigen, ohne aber den Klimaschutz aus der allgemeinen Abwägungssystematik zu lösen<sup>34</sup>.

Energiewirtschaftsrechtlich ist von wesentlicher Bedeutung für die erneuerbaren Energien und insoweit auch für die Wasserkraft das EEG. Nach § 1 I EEG ist es u. a. Zweck dieses Gesetzes, insbesondere im Interesse des Klima- und Umweltschutzes eine nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung zu ermöglichen. Betreiber von Wasserkraftanlagen haben nach dem EEG unter bestimmten Voraussetzungen gegen den Netzbetreiber einen Anspruch auf Anschluss an das Stromübertragungsnetz, Abnahme der bereit gestellten Strommengen und eine gesetzliche Mindestvergütung. Durch diese Regelungen des EEG wurde die ökonomische Bedeutung der Wasserkraft erhöht<sup>35</sup>. Negativen gewässerökologischen Folgen der Wasserkraftnutzung tragen § 40 II – IV EEG Rechnung. Aus dem EEG ergibt sich kein Vorrang der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien vor den Belangen des Umwelt- und Naturschutzes<sup>36</sup>.

Im Bauplanungsrecht sollen Bauleitpläne dazu beitragen, den Klimaschutz und die Klimaanpassung, insbesondere auch in der Stadtentwicklung, zu fördern (§ 1 V 2 BauGB)<sup>37</sup>. Nach der „Klimaschutzklausel“ des § 1a V BauGB soll den Erfordernissen des Klimaschutzes durch Maßnahmen, die dem Klimawandel entgegenwirken Rechnung getragen werden<sup>38</sup>. Dem Klimaschutz kommt in der bauleitplanerischen Abwägungsentscheidung kein Vorrang vor anderen Belangen zu<sup>39</sup>.

Zu den Zielen des Naturschutzes gehört es nach § 1 III Nr. 4 BNatSchG, Luft und Klima auch durch Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege zu schützen; dem Aufbau

20 Schlacke NVwZ 2021, 912, 916.

21 BVerfG a.a.O. Rn. 198.

22 Burgi NVwZ 2021, 1401, 1406; ebenso Faßbender NJW 2021, 2085, 2090.

23 Zuletzt geändert durch Art. 2 ÄndBeschl. 2012/419/EU vom 11.7.2012 (ABl. L 204 S. 131).

24 Dazu Callies/Ruffert, EUV/AEUV 5. Auflage 2016 Rn. 14, 15.

25 Europäische Kommission, Mitteilung der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Der europäische Grüne Deal, COM(2019) 640 final und COM(2020) 21 final.

26 Verordnung (EU) 2021/1119 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30.6.2021 zur Schaffung des Rahmens für die Verwirklichung der Klimaneutralität und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 401/2009 und (EU) 2018/1999 („Europäisches Klimagesetz“), ABl. L 243 v. 9.7.2021, S. 1–17; näher Falke ZUR 2021, 567.

27 Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21.5.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndRL 2013/17/EU vom 13.5.2013 (ABl. L 158 S. 193).

28 Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik, zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndRL 2014/101/EU vom 30.10.2014 (ABl. L 311 S. 32).

29 Bubeck/Klimmer/Albrecht NuR 2016, 297, 304.

30 Gesetz vom 18.8.2021 BGBl. S. 3905; dazu Schütte/Winkler ZUR 2021, 497 und Frenz NuR 2021, 583.

31 KSG vom 23.7.2013 GBL. S. 229, zuletzt geändert durch Gesetz vom 15.10.2020 GBL. S. 937.

32 Gesetz vom 24.3.2015 GBL. S. 124.

33 Gesetz vom 19.8.2014 GVBl. S. 188.

34 LT-DrS BW. 15/3465 S. 30.

35 Näher Breuer/Gärditz Öffentliches und privates Wasserrecht Rn. 108.

36 VGH München, Urteil vom 26.2.2007 – Az.: 8 ZB 06.987 = UPR 2007,397; Kah/Gärditz UmwR § 8 Rn. 74.

37 Näher Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB § 1 Rn. 46a.

38 S. Battis/Krautzberger/Löhr BauGB § 1a Rn. 37; vertieft Brügelmann BauGB Rn. 493 – 507.

39 Brügelmann/Gierke BauGB § 1a Rn. 506.

einer nachhaltigen Energieversorgung insbesondere durch zunehmende Nutzung erneuerbarer Energien kommt eine besondere Bedeutung zu. Diese Vorgabe ist als Abwägungsbelang zu berücksichtigen<sup>40</sup>, ohne einen Vorrang des Belangs der erneuerbaren Energienutzung einzuräumen. Die Aufnahme des Ziels des Aufbaus einer nachhaltigen Energieversorgung in das Naturschutzrecht wird vielfach ambivalent gesehen, da u. a. Windenergieanlagen auch nachteilige Auswirkungen auf Natur und Landschaft haben<sup>41</sup>. Der Betrieb von Wasserkraftanlagen kann ebenso z. B. besonders oder streng nach § 44 BNatSchG geschützte Arten gefährden. Insgesamt aber geht der Gesetzgeber davon aus, dass die Gesamtbilanz für den Naturschutz durch erneuerbare Energien positiv ist<sup>42</sup>.

Das Wasserrecht selbst trägt auch ausdrücklich dem Klimaschutz Rechnung. Nach § 6 I 1 Nr. 5 WHG sind die Gewässer nachhaltig zu bewirtschaften, insbesondere mit dem Ziel möglichen Folgen des Klimawandels vorzubeugen<sup>43</sup>. Bei der nachhaltigen Gewässerbewirtschaftung sind auch die Erfordernisse des Klimaschutzes zu berücksichtigen (§ 6 I 2 WHG).

In Landeswassergesetzen können auch noch spezielle klimaschutzrelevante Regelungen enthalten sein. So bestimmt in Baden-Württemberg § 24 I WGBW, dass die Wasserkraft im Interesse des Klimaschutzes und der Erhöhung des Anteils der erneuerbaren Energien genutzt werden soll. Eine Wasserkraftnutzung soll im Rahmen des Bewirtschaftungsermessens nach § 12 Absatz 2 WHG zugelassen werden, wenn kein Versagungsgrund nach § 12 Absatz 1 WHG vorliegt<sup>44</sup>.

#### IV. Maßstäbe für Entscheidungen zu Wasserkraftanlagen

##### 1. Bewirtschaftungsermessens

Wasserrechtliche Entscheidungen sind zumeist Abwägungsentscheidungen. Diese werden maßgeblich durch die Grundsätze der nachhaltigen Gewässerbewirtschaftung nach § 6 WHG geprägt. Bei Erlaubnissen bzw. Bewilligungen ist das wasserrechtliche Bewirtschaftungsermessens nach § 12 II WHG zu beachten<sup>45</sup>. Dieses hat zwischen den sozialen und ökonomischen Erfordernissen der Gewässernutzung einen angemessenen Ausgleich zu finden und dabei auch den ökologischen Belangen des Gewässerschutzes Rechnung zu tragen<sup>46</sup>. Die generelle Zunahme der Bedeutung des Klimaschutzes bei Abwägungsentscheidungen ist auch bei der Ausübung des Bewirtschaftungsermessens zu berücksichtigen.

##### 2. Wasserrechtliche Zulassungstatbestände

Die Nutzung des Wassers durch eine Wasserkraftanlage verwirklicht im Regelfall die wasserrechtlichen Benutzungstatbestände des § 9 I Nr. 1 WHG (Entnehmen und Ableiten von Wasser aus oberirdischen Gewässern) und des § 9 I Nr. 2 WHG (Aufstauen und Absenken von oberirdischen Gewässern), sodass eine wasserrechtliche Gestattung in Form der Erlaubnis oder Bewilligung nach § 8 I WHG erforderlich ist. Auch wenn noch ein Gewässerausbau nach § 67 WHG vorliegen kann, erfolgt die eigentliche Zulassung der „Nutzung von Wasserkraft“ nach Maßgabe der wasserrechtlichen Benutzungsordnung der §§ 8 ff. WHG<sup>47</sup>. Für Ertüchtigungsmaßnahmen an Bestandsanlagen oder sonstige wesentliche Änderungen bestehender Wasserkraftanlagen ist ebenfalls eine Bewilligung oder Erlaubnis erforderlich, wenn damit eine Gewässerbenutzung nach § 9 WHG verbunden ist<sup>48</sup>. Wasserkraftanlagen werden häufig durch Bewilligung nach § 14 WHG zugelassen, da zumeist eine besonders gesicherte Rechtsstellung i. S. d. § 14 I Nr. 1 WHG nötig ist, die das Bedürfnis eines Investitionsschutzes berücksichtigt<sup>49</sup>. Die Bewilligung darf

zwingend nur für eine bestimmte angemessene Frist erteilt werden, die in besonderen Fällen 30 Jahre überschreiten darf (§ 14 II WHG). Abzuwägen sind dabei die Interessen des Unternehmers, darin eingeschlossen die Amortisierungsdauer für die von diesem getätigten Investitionen, gegen die Interessen der Allgemeinheit an einer nicht zu langfristigen Festlegung wasserwirtschaftlicher Benutzungsverhältnisse<sup>50</sup>. Bei Wasserkraftanlagen ohne große Neuinvestitionen kommt eine gehobene Erlaubnis nach § 15 WHG<sup>51</sup> in Betracht.

Keine Benutzungen sind Maßnahmen, die dem Ausbau eines Gewässers im Sinne des § 67 II WHG dienen (§ 9 III WHG). Gewässerausbau ist nach § 67 II 1 WHG die Herstellung, die Beseitigung und die wesentliche Umgestaltung eines Gewässers oder seiner Ufer. Ein Gewässerausbau ist insoweit jede Maßnahme, die darauf abzielt, den Gewässerbestand in wasserwirtschaftlicher Zielrichtung zu verändern oder den Zustand eines Gewässers einschließlich seiner Ufer in einer für den Wasserhaushalt oder in sonstiger Weise bedeutsamen Weise zu verändern<sup>52</sup>. Die Anlage eines Kraftwerkskanals ist als Gewässerausbau nach § 67 II WHG zu behandeln<sup>53</sup>, der der Planfeststellung oder Plangenehmigung nach § 68 I bzw. II WHG bedarf. Ebenfalls einen Gewässerbau stellt die Herstellung eines Umgehungsgerinnes für Fische (Fischpass) zur Erreichung der Durchgängigkeit dar<sup>54</sup>. Ein Gewässerausbau wird unbefristet zugelassen<sup>55</sup>. Die Planfeststellung mit der Erteilung der wasserrechtlichen Erlaubnis bzw. Bewilligung für die Gewässernutzung zum Kraftwerksbetrieb zu verknüpfen, ist verbreitete zulässige Praxis. Es handelt sich zwar um unterschiedliche Verwaltungsakte, zwischen denen aber ersichtlich ein enger Sachzusammenhang besteht<sup>56</sup>. Auch hat etwa ein Fischpass nur eine dienende Funktion für die Gewässerbenutzung.

##### 3. Gewässerökologische Anforderungen an Wasserkraftanlagen

Bei der Zulassung von Wasserkraftanlagen wird gewässerökologischen Belangen durch die Regelungen der §§ 33–35 WHG unmittelbar besonders Rechnung getragen.

Nach § 33 WHG ist das Aufstauen eines oberirdischen Gewässers oder das Entnehmen oder Ableiten von Wasser aus einem oberirdischen Gewässer nur zulässig, wenn die Abflussmenge erhalten bleibt, die für das Gewässer und andere hiermit verbundene Gewässer erforderlich ist, um den Zielen des § 6 Absatz 1 und der §§ 27 bis 31 zu entsprechen (Mindestwasserführung). Dies betrifft vorrangig Ausleitungskraftwerke. Bei der erforderlichen Mindestwasserführung handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff ohne Beurteilungsspielraum<sup>57</sup>, der gericht-

40 Landmann/Rohmer UmwR BNatSchG § 1 Rn. 41.

41 U. a. Lütke/Ewer BNatSchG 2. Aufl. 2018 § 1 Rn. 51; BeckOK UmwR BNatSchG § 1 Rn. 86.

42 Erbs/Kohlhaas BNatSchG § 1 Rn. 16.

43 Näher Appel NuR 2011, 677, 678.

44 Näher LT-DrS 15/3760 S. 129.

45 Näher u. a. Landmann/Rohmer UmwR WHG § 12 Rn. 47 ff.

46 Reinhardt NVwZ 2017, 1000, 1003.

47 Landmann/Rohmer, UmwR WHG § 35 Rn. 12.

48 Näher Theobald/Kübling, Energiericht Rn. 27.

49 OVG Lüneburg, Urteil vom 14.12.2016 – 13 LC 56/14 Rn. 79 = BeckRS 2016, 114227.

50 Landmann/Rohmer, UmwR WHG § 14 Rn. 28; s. a. Eisel NuR 2007, 814.

51 Näher dazu BeckOK WHG 2021 § 15 Rdn. 5.

52 VGH Kassel, Urteil vom 1.9.1998 – 7 UE 2170/95 = BeckRS 1998, 22920.

53 Sieder/Zeitler/Dahmel/Knopp WHG § 9 Rn. 98.

54 VG Bayreuth, Urteil vom 10.10.2013 – B 2 K 12.888 = BeckRS 2014, 50920.

55 Czychowski/Reinhardt WHG 12. Auflage 2019 § 68 Rn. 17.

56 OVG Bremen Urteil vom 4.6.2009 – 1 A 9/09 = BeckRS 2009, 40492.

57 VG Karlsruhe, Urteil vom 2.7.2014 – 4 K 3423/11 = BeckRS 2014, 56777.

lich voll überprüfbar ist. Eingegrenzt wird dieser durch den rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz<sup>58</sup>. Der erforderliche Mindestwasserabfluss richtet sich nach den hydrologischen Gegebenheiten vor Ort und den ökologischen Erfordernissen im Einzelfall<sup>59</sup>. Örtliche Besonderheiten sind mit Blick auf die allgemeinen Bewirtschaftungsgrundsätze (§ 6 Abs. 1 WHG) und die Bewirtschaftungsziele (§ 25 bis 31 WHG) zu beachten. Dies gilt insbesondere für Programmstrecken (oberirdisches Gewässer mit einer Einzugsgebietsgröße ab 10 km<sup>2</sup> im Zuge der Umsetzung der WRRL<sup>60</sup>).

Zur Festsetzung der Mindestwassermenge sind die Wasserbehörden nicht an ein bestimmtes Verfahren gebunden, solange dieses plausibel und nachvollziehbar ist und somit einer gerichtlichen Kontrolle standhält<sup>61</sup>. Eine Konkretisierung kann nach Maßgabe landesrechtlicher Erlasse erfolgen wie etwa dem baden-württembergischen Wasserkrafterlass<sup>62</sup> i. V. m. der Handlungsanleitung „Mindestwasserführung“<sup>63</sup>. Auf Bundesebene liegt von der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Wasser (LAWA) eine aktuelle Empfehlung zur Ermittlung einer ökologisch begründeten Mindestwasserführung in Ausleitungsstrecken von Wasserkraftanlagen mit Stand vom Februar 2020 vor<sup>64</sup>. Diese gibt eine fachliche Anleitung zur Ermittlung einer ökologisch begründeten Mindestwasserführung für Ausleitungsstrecken von Wasserkraftanlagen gemäß § 33 WHG sowie fachliche Hinweise zur Anwendung im Vollzug. Die Bereitstellung des festgelegten, immer zu gewährleistenden Mindestabflusses kann technisch über Dotationseinrichtungen am Regelungsbauwerk, separate Dotationsbauwerke, Dotationsturbinen oder Anlagen zur Herstellung der Durchgängigkeit sowie aus Kombinationen dieser erfolgen<sup>65</sup>.

§ 33 WHG steht in engem Zusammenhang mit den §§ 34 und 35 WHG<sup>66</sup>. Nach § 34 I WHG dürfen die Errichtung, die wesentliche Änderung und der Betrieb von Stauanlagen nur zugelassen werden, wenn durch geeignete Einrichtungen und Betriebsweisen die Durchgängigkeit des Gewässers erhalten oder wiederhergestellt wird, soweit dies erforderlich ist, um die Bewirtschaftungsziele nach Maßgabe der §§ 27 bis 31 zu erreichen. Unter „Durchgängigkeit eines Gewässers“ ist vor allem die stromaufwärts und stromabwärts gerichtete Passierbarkeit der Querbauwerke für die Wanderfischpopulation unter Nutzung geeigneter Einrichtungen und Betriebsweisen zu verstehen nebst der Durchlässigkeit für sonstige Fauna sowie die Möglichkeit des Transports von Geschiebe<sup>67</sup>. Im Hinblick auf die Eignung einer Maßnahme zur Herstellung der Durchgängigkeit des Gewässers steht der Zulassungsbehörde ein Beurteilungsspielraum in Form einer fachlichen Einschätzungsprärogative<sup>68</sup>.

Ausschließlich bei Wasserkraftwerken greift § 35 WHG<sup>69</sup>. Nach § 35 I WHG darf die Nutzung von Wasserkraft nur zugelassen werden, wenn auch geeignete Maßnahmen zum Schutz der Fischpopulation ergriffen werden. Diese Verpflichtung ist nicht auf den Schutz einzelner Exemplare und damit auf einen absoluten Schutz gerichtet, sondern auf die Erhaltung des tatsächlich vorhandenen Fischbestands, und steht unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit<sup>70</sup>.

Die ökologischen Anforderungen des WHG werden teilweise durch landesrechtliche Regelungen ergänzt. So sind z. B. in Baden-Württemberg nach § 23 II WG Schwall und Sunk zu vermeiden<sup>71</sup>. Nach § 24 IV WGBW sind Betreiber von Wasserkraftanlagen verpflichtet, die unter ökologischen Gesichtspunkten verfügbare Wassermenge effizient entsprechend dem Stand der Technik zu nutzen<sup>72</sup>.

#### 4. Nachträgliche Anordnungen

Angesichts der hohen Zahl von Bestandsanlagen spielen nachträgliche Anordnungen mit dem Ziel einer Verbesserung der gewässerökologischen Situation eine erhebliche Rolle im wasserrechtlichen Vollzug.

Auf der Grundlage des § 13 WHG sind nachträgliche Anordnungen zur Gewährleistung der gewässerökologisch erforderlichen Mindestwasserführung zulässig<sup>73</sup>. Alte Wasserrechte können nachträglich begrenzt werden, sofern die Begrenzung dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspricht<sup>74</sup>. Es können die Maßnahmen angeordnet werden, die in einem Maßnahmenprogramm nach § 82 WHG enthalten oder zu seiner Durchführung erforderlich sind (§ 13 II Nr. 2a) WHG).

Entsprechen vorhandene Stauanlagen nicht den Anforderungen nach § 34 I WHG, so sind die Anordnungen zur Wiederherstellung der Durchgängigkeit zu treffen, die erforderlich sind, um die Bewirtschaftungsziele nach Maßgabe der §§ 27 bis 31 zu erreichen (§ 34 II WHG). Im Verhältnis zu § 13 WHG ist § 34 II WHG eine eigenständige spezielle Befugnisnorm für nachträgliche Anordnungen<sup>75</sup>. Dem Wortlaut nach handelt es sich um eine gebundene Entscheidung, § 34 II WHG verengt das nach den allgemeinen Vorschriften bestehende Ermessen der Wasserbehörde auf ein bloßes Auswahlermessen ohne weiteres Entschließungsermessen<sup>76</sup>.

Wenn vorhandene Wasserkraftnutzungen nicht den Anforderungen nach § 35 I WHG entsprechen, so sind die erforderlichen Maßnahmen innerhalb angemessener Fristen durchzuführen (§ 35 II WHG).

#### 5. Bedeutung der Bewirtschaftungsziele

Sowohl für die Anforderungen an die Mindestwasserführung als auch an die Durchgängigkeit sind die Bewirtschaftungsziele nach den §§ 27 bis 31 WHG maßgeblich. Oberirdische Gewässer sind nach § 27 I Nr. 1 WHG, soweit sie nicht nach § 28 WHG als künstlich oder erheblich verändert eingestuft werden, so zu bewirtschaften, dass eine Verschlechterung ihres ökologischen und ihres chemischen Zustands vermieden wird. Bei Gewässern i. S. d. § 28 WHG dürfen nicht das gute ökologische Potenzial, das inso-

58 BeckOK UmweltR WHG § 33 Rn. 9a.

59 BverwG, Beschluss vom 26.1.2017 – 7 B 3.16 Rn. 12 = BeckRS 2017, 104367.

60 Siehe VG Karlsruhe, Urteil vom 2.7.2014 – 4 K 3423/11 = BeckRS 2014, 56777.

61 VGH Mannheim, Urteil vom 24.3.2021 – 3 S 2506/18 = BeckRS 2021, 8510.

62 Gemeinsame Verwaltungsvorschrift des Umweltministeriums und des Ministeriums für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz zur gesamtökologischen Beurteilung der Wasserkraftnutzung; Kriterien für die Zulassung von Wasserkraftanlagen bis 1000 kW vom 15.5.2018 GABL, S. 403.

63 Handlungsanleitung zur Festlegung und Überwachung des Mindestabflusses der Landesanstalt für Umwelt Baden-Württemberg (LUBW) vom November 2019 <https://www.lubw.baden-wuerttemberg.de>.

64 [https://www.lawa.de/documents/lawa\\_empfehlung\\_mindestwasserfuehrung\\_ausleitungsstrecken\\_wasserkraftanlagen\\_2\\_1610718961.pdf](https://www.lawa.de/documents/lawa_empfehlung_mindestwasserfuehrung_ausleitungsstrecken_wasserkraftanlagen_2_1610718961.pdf), aufgerufen am 4.11.2021.

65 Handlungsanleitung LUBW S. 15.

66 LAWA-Empfehlung S. 15.

67 Landmann/Rohmer UmweltR WHG § 34 Rn. 20.

68 OVG Bremen, Urteil vom 4.6.2009 – OVG 1 A 9/09 = ZUR 2010, 151, 153; zu den technischen Anforderungen z. B. Merkblatt DWA-M 509 – Fischeaufstiegsanlagen und fischpassierbare Bauwerke – Gestaltung, Bemessung, Qualitätssicherung.

69 Näher Reinhardt NVwZ 2011, 1089.

70 SZDK WHG 35 Rn. 27, 28.

71 Näher Bulling/Finkenbeiner/Eckardt/Kibele WG Baden-Württemberg § 23 Rn. 5.

72 Zum Regelungszweck näher LT-DrS 15/3760 S. 130.

73 VGH Mannheim, Urteil vom 8.12.2015 – 3 S 2158/14 Rn. 42 = NuR 2016, 196.

74 VG Sigmaringen, Urteil vom 5.4.2017 – 4 K 630/16.

75 Landmann/Rohmer UmweltR WHG § 34 Rn. 33.

76 Landmann/Rohmer UmweltR WHG § 34 Rn. 34.

weit geringere Anforderungen stellt<sup>77</sup>, und der gute chemische Zustand verschlechtert werden (§ 27 II Nr. 1 WHG). Das Erhaltungs- und Verbesserungsgebot nach § 27 I Nr. 2 WHG verlangt die Erhaltung oder Erreichung eines guten ökologischen und guten chemischen Zustandes der Gewässer<sup>78</sup>. Bei Gewässern i. S. d. § 28 WHG sind ein gutes ökologisches Potenzial und ein guter chemischer Zustand zu erhalten oder zu erreichen (§ 27 II Nr. 2 WHG). Für den jeweiligen Gewässerkörper enthält das Maßnahmenprogramm nach § 82 WHG die maßgeblichen Festlegungen zu den Anforderungen an Mindestwasserführung und Durchgängigkeit<sup>79</sup>. Für überschneidende Anforderungen, die zur Erreichung der Bewirtschaftungsziele nicht erforderlich sind, besteht keine Handhabe<sup>80</sup>.

Das Verschlechterungsverbot des guten ökologischen und chemischen Zustandes und das Verbesserungsgebot haben als zwingend zu beachtende Zulassungsvoraussetzungen in der Rechtspraxis der letzten Jahre massiv an Bedeutung gewonnen<sup>81</sup>.

Nach der Leitentscheidung des EuGH vom 1.7.2015<sup>82</sup> zur Weservertiefung ist der Begriff der Verschlechterung des Zustands eines Oberflächenwasserkörpers in Art. 4 I Buchst. a Ziff. i der WRRL, der dem des § 27 I Nr. 1 WHG entspricht, dahin auszulegen, dass eine Verschlechterung vorliegt, sobald sich der Zustand mindestens einer Qualitätskomponente im Sinne des Anhangs V der Richtlinie um eine Klasse verschlechtert, auch wenn diese Verschlechterung nicht zu einer Verschlechterung der Einstufung des Oberflächenwasserkörpers insgesamt führt. Ist jedoch die betreffende Qualitätskomponente im Sinne von Anhang V bereits in der niedrigsten Klasse eingeordnet, stellt jede Verschlechterung dieser Komponente eine „Verschlechterung des Zustands“ eines Oberflächenwasserkörpers dar. Das wasserrechtliche Verbesserungsgebot steht einem Vorhaben entgegen, wenn sich absehen lässt, dass dessen Verwirklichung die Möglichkeit ausschließt, die Umweltziele der Wasserrahmenrichtlinie fristgerecht zu erreichen<sup>83</sup>. Maßgeblich ist, ob die Folgewirkungen des Vorhabens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit faktisch zu einer Vereitelung der Bewirtschaftungsziele führen können<sup>84</sup>.

Beim Vollzug der Wasserrahmenrichtlinie ist mangels verbindlicher Methoden ein umfangreicher behördlicher Spielraum anerkannt<sup>85</sup> ähnlich der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative<sup>86</sup>. Für die im Einzelfall notwendige Prognose, ob das Verschlechterungsverbot erfüllt ist, lassen sich die fachtechnischen Hinweise der LAWA für die Erstellung der Prognose im Rahmen des Vollzugs des Verschlechterungsverbots vom September 2020<sup>87</sup> heranziehen, die die fachliche Umsetzung der juristischen Handlungsempfehlung „Verschlechterungsverbot“ der LAWA vom März 2017<sup>88</sup> darstellen. Die Hinweise geben dabei aber keine zwingende und allgemeingültige Methodik vor.

## 6. Ausnahmen von den Bewirtschaftungszielen aus Gründen des Klimaschutzes

Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit von an Wasserkraftanlagen durchzuführenden Maßnahmen sind maßgeblich im Hinblick auf Ausnahmen von den Vorgaben des § 27 WHG zu prüfen<sup>89</sup>. Da §§ 33 und 34 WHG nicht nur auf § 27 WHG sondern ausdrücklich auch auf §§ 30 und 31 WHG Bezug nehmen, schließt dies auch eine Prüfung mit ein, inwieweit Abweichungen oder Ausnahmen von den Bewirtschaftungszielen in Betracht kommen<sup>90</sup>. Das Begehren des jeweiligen Antragstellers ist bei Zulassungsanträgen regelmäßig auch ohne gesonderten Antrag dahin auszulegen, eine mögliche Ausnahme gemäß WHG § 31 II WHG zu erhalten<sup>91</sup>. Auch wenn § 35 WHG nicht ausdrücklich auf die Bewirtschaftungsziele Bezug nimmt, können diese Gesichtspunkte wegen der großen Sachnähe entsprechend herangezogen werden.

Maßgeblich für den Ausgleich widerstreitender Schutz- und Nutzungsinteressen ist die Ausnahmeregelung des Art. 4 VII WRRL, die durch § 31 II WHG ins nationale Recht umgesetzt wird. § 31 II WHG hat wegen der strengen Auslegung des Verschlechterungsverbots durch den EuGH eine erhebliche Bedeutung gewonnen. Zum Teil wird von der „Flucht in die Ausnahme“ gesprochen<sup>92</sup>. Ausnahmen zur Ermöglichung der Wasserkraft werden oft kritisch gesehen, sind aber nicht auszuschließen. In einer vergleichbaren Situation wie bei der Windkraft sind mittlerweile z. B. artenschutzrechtliche Ausnahmeregelungen nach Art. 45 VII 1 Nr. 5 BNatSchG wegen überwiegenden öffentlichen Interesses in der Genehmigungspraxis etabliert<sup>93</sup>. Die in der naturschutzrechtlichen Praxis entwickelten Maßstäbe für die Zulassung von Windenergieanlagen lassen sich entsprechend auch auf die Zulassung von Wasserkraftanlagen übertragen. In Art. 4 VII WRRL bzw. der nationalen Umsetzungsvorschrift des § 31 WHG ist insoweit vom übergeordneten öffentlichen Interesse die Rede. Vor Prüfung einer Ausnahme sind aber alle Minimierungsmaßnahmen, Anforderungen an Durchgängigkeit, Mindestwasser und Fischschutz umfassend zu bestimmen.

Wird bei einem oberirdischen Gewässer der gute ökologische Zustand nicht erreicht oder verschlechtert sich sein Zustand, verstößt dies unter den Voraussetzungen des § 31 II WHG nicht gegen die Bewirtschaftungsziele nach den §§ 27 und 30 WHG.

Erste Voraussetzung ist, dass dies auf einer neuen Veränderung der physischen Gewässereigenschaften oder des Grundwasserstands beruht (§ 31 II Nr. 1 WHG)<sup>94</sup>.

Im Hinblick auf die Wasserkraftnutzung ist vorrangig § 31 II Nr. 2 1. Alt. WHG relevant. Die Gründe für die Veränderung müssen von übergeordnetem öffentlichen Interesse sein. Dieses übergeordnete öffentliche Interesse kann synonym mit dem Wohl der Allgemeinheit i. S. v. § 3 Nr. 10 WHG gesetzt werden und enthält neben wasserwirtschaftlichen Belangen auch die Daseinsvorsorge im weiteren Sinne, sodass auch gewerbliche Interessen von volkswirtschaftlicher Bedeutung zu berücksichtigen sind<sup>95</sup>. Bei der Interpretation kann auch auf die FFH-Richtlinie zurückgegriffen werden, die ebenfalls diesen Begriff enthält<sup>96</sup>.

77 Näher zum Begriff BeckOK UmwR WHG § 27 Rn. 17.

78 Siehe BeckOK Umweltrecht 59. Edition Stand: 1.10.2020 WHG § 27 Rn. 12 ff.

79 SZDK WHG § 33 Rn. 35 bzw. § 34 Rn. 39.

80 BeckOK UmwR WHG § 34 Rn. 18.

81 Vertieft zu den Anforderungen der WRRL in Genehmigungsverfahren *Durner* NuR 2019, 1.

82 EuGH, Urteil vom 1.7.2015 – C-461/13 = NVwZ 2015, 1041 = UPR 2015, 344.

83 BVerwG, Urteil vom 11.8.2016 – 7 A 1/15 Rn. 169 = ZUR 2016, 665, 675.

84 BVerwG, Urteil vom 9.2.2017 – 7 A 2/15 Rn. 582 = ZUR 2017, 424, 427.

85 *Attendor* UPR 2013, 43, 51; BVerwG, Beschluss vom 2.10.2014 – 7 A 14.12 = ZUR 2014, 43; zu den Anforderungen an die Bewertung BVerwG, Urteil vom 10.12.2016 – 9 A 18/15 = NVwZ 2017, 1294.

86 Näher u. a. *Steenhoff* UPR 2017, 467; *Dolde* NVwZ 2019, 1567.

87 <https://www.lawa.de/Publikationen-363-Wasserrahmenrichtlinie.html> aufgerufen am 4.11.2021.

88 <https://www.lawa.de/Publikationen-363-Wasserrahmenrichtlinie.html> aufgerufen am 4.11.2021.

89 PdK Bund beck-online WHG § 34 Rn. 5.

90 BeckOK UmweltR WHG § 33 Rn. 7a bzw. § 34 Rn. 18.

91 VG Aachen, Urteil vom 15.2.2013 – 7 K 1970/09 = BeckRS 2013, 48016.

92 *Kohls* ZUR 385, 386

93 Z. B. OVG Münster, Beschluss vom 12.3.2021 – 7 B/21 – BeckRS 2021, 4819 Rn. 32 m. w. N.

94 Näher *Czychowski/Reinhardt* WHG 12. Aufl. 2019 § 35 Rn. 14.

95 BeckOK UmweltR WHG § 31 Rn. 10.

96 S. 27 Guidance Document No. 20 on exemptions to the environmental objectives of 2009 der Europäischen Kommission [https://ec.europa.eu/environment/water/water-framework/economics/pdf/Guidance\\_document%202020.pdf](https://ec.europa.eu/environment/water/water-framework/economics/pdf/Guidance_document%202020.pdf) aufgerufen am 4.11.2021.

Von erheblicher Bedeutung für die Auslegung der Ausnahmeregelung des Art. 4 VII-WRRl bzw. § 31 II Nr. 2 WHG ist die Entscheidung des EuGH vom 4.5.2016 „Schwarze Sulm“<sup>97</sup>. Bei der Prüfung der Frage, ob ein konkretes Vorhaben in einem solchen übergeordneten Interesse liegt, wird ein gewisses Ermessen eingeräumt<sup>98</sup>. Die Förderung erneuerbarer Energiequellen kann im Hinblick darauf gerechtfertigt sein, dass die Nutzung dieser Energiequellen zum Umweltschutz und zur nachhaltigen Entwicklung beiträgt und zur Sicherheit und Diversifizierung der Energieversorgung beitragen und die Erreichung der Zielvorgaben des Kyoto-Protokolls zum Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen beschleunigen kann<sup>99</sup>. Sofern die Vorteile des Vorhabens und die negative Auswirkungen ausreichend gegeneinander abgewogen werden, lässt sich danach eine Ausnahme begründen<sup>100</sup>.

Bei der Wasserkraftnutzung könnte auch der Nutzen für die nachhaltige Entwicklung von Bedeutung sein. Dieser muss größer als der Nutzen sein, den die Erreichung der Bewirtschaftungsziele für die Umwelt und die Allgemeinheit hat (§ 31 II Nr. 2 3. Alt. WHG). Dieses Kriterium ist eher vage gefasst und schwer vollziehbar. Dabei stehen Weite des Tatbestandsmerkmals und das methodische Gebot enger Auslegung von Ausnahmebestimmungen kaum vereinbar gegenüber<sup>101</sup>. Durch den Begriff des übergeordneten öffentlichen Interesses nach § 31 II Nr. 2 1. Alt. WHG werden Aspekte der nachhaltigen Entwicklung bereits voll abgedeckt.

Nach § 31 II Nr. 3 WHG dürfen die Ziele, die mit der Veränderung des Gewässers verfolgt werden, nicht mit anderen geeigneten Maßnahmen erreicht werden können, die wesentlich geringere nachteilige Auswirkungen auf die Umwelt haben, technisch durchführbar und nicht mit unverhältnismäßig hohem Aufwand verbunden sind<sup>102</sup>. Solche Standortalternativen werden bei Wasserkraftanlagen eher schwer möglich sein, da zumeist kein völlig neuer Standort geschaffen wird, sondern ein vorhandener Standort reaktiviert, verlängert oder erweitert wird. § 31 II Nr. 4 WHG verlangt, dass alle praktisch geeigneten Maßnahmen zu ergreifen sind, um die nachteiligen Auswirkungen auf den Gewässerzustand zu verringern<sup>103</sup>.

Zu der hier notwendigen Gewichtung der Interessen des Anlagebetreibers hat sich eine umfangreiche Judikatur entwickelt, die zumeist die gewässerökologischen Aspekte sehr stark betont. Soweit die Maßstäbe teilweise noch nicht unter expliziter Beachtung der Bewirtschaftungsziele nach den §§ 27 ff. WHG bzw. der Ausnahmeregelungen entwickelt wurden, lassen sie sich grundsätzlich auch weiterhin heranziehen. Rentabilitätsgesichtspunkte und solche des Klimaschutzes sind nicht identisch, stehen aber im Zusammenhang.

Ein übergeordnetes öffentliches Interesse am Bau und Betrieb einer neuen Wasserkraftanlage im Sinne der Rechtsprechung des EuGH ist tendenziell zu verneinen, wenn hierdurch in ökologische Grundsätze der Gewässerbewirtschaftung oder naturschutzrechtliche Schutzzustände von Gewicht eingegriffen wird<sup>104</sup>. Ausnahmen kommen eher bei nachträglichen Anordnungen bei Bestandsanlagen in Betracht. Bei Neuzulassungen bzw. Verlängerungen bestehender Gestattungen, was einer Neuzulassung entspricht<sup>105</sup>, sind die Interessen des Antragstellers geringer zu gewichten. Betriebswirtschaftliche Aspekte haben bei einer Neuzulassung grundsätzlich hinter der ökologischen Zielsetzung des WHG zurückzustehen, sodass es der Entscheidung des Anlagenbetreibers vorbehalten bleibt, ob bei gegebenenfalls erforderlichen, kostenintensiven Inhalts- bzw. Nebenbestimmungen das Vorhaben mangels Rentabilität nicht weiterverfolgt bzw. umgesetzt wird<sup>106</sup>. Die Wasserrechtsbehörde muss ihre im Rahmen

des Bewirtschaftungsermessens getroffenen Entscheidungen nicht danach ausrichten, dass mit der Gewässerbenutzung in jedem Fall ein angemessener Gewinn erzielt werden kann<sup>107</sup>. Das Interesse des Anlagenbetreibers an der Aufrechterhaltung der Rentabilität stellt keine zwingende Zumutbarkeitsschranke für wasserwirtschaftlich erforderliche Nebenbestimmungen dar<sup>108</sup>. Bei nachträglichen Beschränkungen bestehender Nutzungsrechte kann eine Berücksichtigung wirtschaftlicher Belange des betroffenen Unternehmers erfolgen<sup>109</sup>. Bei Zulassungsentscheidungen besteht auf der Ebene der Rechtsfolge kein Raum für wirtschaftliche Überlegungen und eine Abwägung zwischen dem Aufwand und den Kosten für Maßnahmen der Durchgängigkeit; Gleiches gilt bei der Ermittlung der erforderlichen Mindestwasserführung im Hinblick auf die zwingenden Bewirtschaftungsziele mit dem Verschlechterungsverbot und dem Entwicklungsgebot, einen guten Zustand zu erreichen<sup>110</sup>. Diese Anforderungen können nicht aus Gründen der Verhältnismäßigkeit, insbesondere nicht auf Grund wirtschaftlicher Belange wie etwa der Rentabilität der Anlage oder Unwirtschaftlichkeit des Unternehmens reduziert werden<sup>111</sup>.

## 7. Klimaschutzaspekte insbesondere bei der kleinen Wasserkraft

In der Verwaltungspraxis sind zumeist kleine Wasserkraftlagen im besonderen Fokus und in der Diskussion. Durch die verstärkte Diskussion um den Klimaschutz und die Förderung erneuerbarer Energien wird verstärkt von Betreiberseite der Klimaschutzbeitrag einer Anlage und damit ein mögliches übergeordnetes öffentliches Interesse i. S. d. § 31 II Nr. 2 1. Alt. WHG vorgebracht. Dagegen wird vielfach der eher geringe Beitrag der kleinen Wasserkraft zum Gesamtenergieertrag als Argument gegen eine Anlage herangezogen. Sie würden in der Regel zur Daseinsvorsorge wenig beitragen und oftmals zu erheblichen Eingriffen in den Gewässerhaushalt führen<sup>112</sup>.

Der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 4.5.2016 zur Relevanz des Umfangs des energiewirtschaftlichen Beitrags der kleinen Wasserkraft mangels ausreichend differenzierter Rügen der Kommission keine näheren Aussagen getroffen<sup>113</sup>.

Auch die kleine Wasserkraft (Anlagen bis 1000 kW Leistung) weist ein großes Leistungsspektrum von Anlagen auf. Die weit überwiegende Zahl von solchen Wasserkraftanlagen in Deutsch-

97 EuGH, Urteil vom 4.5.2016 – C 346/16 = NVwZ 2016, 1161 mit Anm. von Reinhardt; UPR 2016, 391.

98 EuGH a.a.O. Rn. 70.

99 EuGH a.a.O. Rn. 73; EuGH, Urteil vom 26.9.2013 – C 195/12 Rn. 56 = BeckRS 2013, 81866.

100 EuGH a.a.O. Rn. 80.

101 Czychowski/Reinhardt, 12. Aufl. 2019, WHG § 31 Rn. 15.

102 Zu dieser Alternativenprüfung Czychowski/Reinhardt WHG 12. Aufl. 2019 § 31 Rn. 16 – 16c.

103 Dazu Czychowski/Reinhardt WHG 12. Aufl. 2019 § 31 Rn. 17.

104 VGH München, Beschluss vom 6.9.2016 – 8 CS 15.2510 = UPR 2017, 191.

105 VGH München, Urteil vom 7.10.2004 – 22 B 03.3228 = NJOZ 2004, 1394, 1398.

106 VG Aachen, Urteil vom 15.2.2013 – 7 K 1970/09 = BeckRS 2013, 48016.

107 VG Karlsruhe, Urteil vom 2.7.2014 – 4 K 3423/11 = BeckRS 2014, 56777; VG Ansbach, Urteil vom 6.7.2016 – AN 9 K 15.00152 = BeckRS 2016, 49997.

108 VGH München, Urteil vom 7.10.2004 – 22 B 03.3228 = NJOZ 2004, 1394, 1398.

109 VGH München, Urteil vom 7.10.2004 – 22 B 03.3228 = NJOZ 2004, 1394, 1398; s. a. Czychowski/Reinhardt WHG 12. Aufl. 2019 § 35 Rn. 14.

110 VGH München, Beschluss vom 5.9.2019 – 8 ZB 16.1851 = BeckRS 2019, 27358 Rn. 12 und 15.

111 VGH Mannheim, Urteil vom 24.3.2021 – 3 S 2506/18 = BeckRS 2021, 8510.

112 Czychowski/Reinhardt WHG 12. Aufl. 2019 § 31 Rn. 15.

113 EuGH a.a.O. Rn. 82.

land, nämlich ca. 5.300 Anlagen, verfügt lediglich über eine installierte Leistung von < 100 kW<sup>114</sup>. Solche kleinere Anlagen können aber auch zur Netzstabilität beitragen und der lastnahen Stromversorgung für den lokalen Verbrauch dienen<sup>115</sup>.

Gerade bei solchen „kleinen“ oder „kleinsten“ Kleinwasserkraftanlagen ist die tatsächliche produzierte Strommenge und damit der Beitrag zum Klimaschutz in Relation zur Größe des Eingriffs in ein Gewässer zu setzen und einer kritischen Gesamtbetrachtung zu unterziehen. Eine solche Anlage muss dann nach den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit eine größtmögliche Effizienz bei möglichst geringer Eingriffswirkung aufweisen. Dieses Effizienzgebot schlägt sich auch ausdrücklich in der bereits genannten landesrechtlichen Regelung des § 24 IV WGBW nieder. Der Grundgedanke dieser Vorschrift entspricht generell den Grundsätzen einer nachhaltigen Gewässerbewirtschaftung nach § 6 WHG<sup>116</sup> und ist daher auch in Bundesländern ohne eine solche ausdrückliche gesetzliche Regelung anzuwenden. § 5 I Nr. 2 WHG verlangt generell eine mit Rücksicht auf den Wasserhaushalt gebotene sparsame Verwendung von Wasser. Nach diesem Effizienzgebot sind Betreiber von Wasserkraftanlagen verpflichtet, die unter ökologischen Gesichtspunkten verfügbare Wassermenge effizient entsprechend dem Stand der Technik zu nutzen. Dieses Gebot zur effizienten Nutzung bezieht sich allein auf die unter ökologischen Aspekten nutzbare Wassermenge, das heißt die nach Berücksichtigung etwa der für Mindestwasserführung, Durchgängigkeit und Fischschutz verbleibenden Menge<sup>117</sup>. Eine effizient arbeitende Anlage sollte auch möglichst kurze Stillstandszeiten wegen insgesamt geringen Wasserdargebots bei kleinen Gewässern aufweisen.

Problematisch ist es, nur von einem pauschalen Zielkonflikt Klimaschutz in Form der Erzeugung erneuerbarer Energie durch Wasserkraft gegenüber anderen ökologischen Belangen auszugehen. Gegen eine Wasserkraftnutzung können nicht „nur“ sonstige ökologische Belange sprechen, sondern auch Belange des Klimaschutzes selbst. Insoweit ist ein „interner“ Zielkonflikt verschiedener Aspekte des Klimaschutzes möglich.

Ein Beitrag zur Bewältigung der Folgen des Klimawandels kann etwa die Schaffung (klima)resilienter Gewässer sein. Diesem Ziel kann eine Wasserkraftnutzung entgegenstehen. Die Anpassungskapazität sowie die Resilienz gegenüber Extremereignissen sind umso größer, je besser der ökologische Zustand eines Gewässersystems und dessen Strukturvielfalt sind<sup>118</sup>. Die Sanierung von Wanderhindernissen an Kraftwerken wird bei fortschreitendem Klimawandel immer wichtiger, da natürliche Gewässer mit der Herausforderung Klimawandel besser umgehen werden können

als stark verbaute Gewässer<sup>119</sup>. Mit der Zunahme von Niedrigwasserphasen wird auch eine ausreichende Mindestwasserführung umso bedeutsamer. Als Folge des Klimawandels wird zumindest temporär und regional ein geringeres Wasserdargebot auch bei den Oberflächengewässern zu erwarten sein<sup>120</sup>. Je nach örtlicher Situation können sich solche Niedrigwasserphasen massiv auf die Gewässerökologie auswirken. Es kann auch für die nähere Zukunft mit einer Mindererzeugung aus Wasserkraft um ein bis vier Prozent, für die fernere Zukunft von bis zu 15 Prozent gerechnet werden<sup>121</sup>. Für das Bewirtschaftungsrecht bedeutet dies, dass ein hohes Schutzniveau grundsätzlich auch zur Anpassung an den Klimawandel beiträgt<sup>122</sup>.

Insgesamt ist damit eine pauschale Bewertung gerade auch von Kleinwasserkraftanlagen nicht möglich. Es bedarf jeweils einer sorgfältigen Prüfung im Einzelfall unter genauer Beachtung der örtlichen Bedingungen.

## V. Schlussbemerkung

Die Bedeutung des Klimaschutzes bei der Beurteilung von Wasserkraftanlagen hat zugenommen. Der Klimaschutzbeitrag einer Anlage ist im wasserrechtlichen Vollzug aber weiterhin gegenüber anderen insbesondere gewässerökologischen Belangen entsprechend zu gewichten und zu bewerten. Die weitere Entwicklung der juristischen Diskussion bleibt abzuwarten. Angebracht ist es auch, durch weitere gesetzliche Regelungen die Relevanz des Klimaschutzes zu präzisieren und Zielkonflikten mit anderen Rechtsgütern klarer gerecht zu werden.

114 <https://www.wasserkraft-deutschland.de/wasserkraft/wasserkraft-in-zahlen.html> aufgerufen am 4.11.2021.

115 <https://www.bee-ev.de/unsere-technologien/wasserkraft> aufgerufen am 4.11.2021.

116 Siehe VGH Mannheim, Urteil vom 24.3.2021 – 3 S 2506/18 Rn. 137 = BeckRS 2021, 8510.

117 LT-DrS 15/3760 S. 130.

118 <https://www.lubw.baden-wuerttemberg.de/klimawandel-und-anpassung/fließgewasser-und-gewässeroekologie> aufgerufen am 4.11.2021.

119 <https://www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/wasser/dossiers/magazin2020-4-dossier/lebendige-baeche-ertragen-mehr.html> aufgerufen am 4.11.2021.

120 *Schubert ZfW* 2021, 137, 146.

121 <https://www.umweltbundesamt.de/themen/wasser/fluesse/nutzung-belastungen/nutzung-von-fluessen-wasserkraft#wasserkraftpotenzial-in-deutschland> aufgerufen am 4.11.2021.

122 *Reese ZfW* 2011, 61, 65.