

Dr. Dana Kupke\*  
Dr. Christoph Richter  
Christian Falke\*  
Antje Böhlmann-Balan  
Dr. Manuela Herms  
Dr. Peter Sittig-Behm  
Peter Rauschenbach  
Helena Lajer

\* *Fachanwalt für Verwaltungsrecht*

Datum  
Leipzig, 10.03.2023

## RECHTSGUTACHTEN

### Potenzielle Auswirkungen des § 2 EEG auf den Ausbau der Wasserkraftnutzung

Auftraggeber:

Wasserkraftverband Mitteldeutschland e.V.  
Schützengasse 16  
01067 Dresden

## Inhaltsverzeichnis

<b>A. Sachverhalt .....</b>	<b>3</b>
<b>B. Rechtliche Würdigung.....</b>	<b>4</b>
I. Rechtswirkung der einfachgesetzlichen Normierung eines öffentlichen Interesses an der Wasserkraftnutzung in § 2 EEG – Gewichtungsvorgabe.....	5
1. Nur Belange mit „Artikel 20a GG vergleichbaren verfassungsrechtlichen Rang“ .....	7
2. Aktuell erhebliches öffentliches Interesse an Energiesicherheit und Energieunabhängigkeit.....	8
3. Öffentliches Interesse an Wasserkraftnutzung wegen Beitrag zu einem rechtzeitigen Erreichen der verfassungsrechtlich fundierten Klimaschutzziele .....	11
4. Zwischenergebnis .....	14
II. Konkrete Auswirkungen der Gewichtungsvorgabe des § 2 EEG auf wasserrechtliche Entscheidungen.....	14
1. Erleichterung der wasserrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen.....	15
a) Erteilung von Erlaubnis und Bewilligung gem. § 11, 12 WHG: überwiegendes öffentliches Interesse an der Wasserkraft im Rahmen des Bewirtschaftungsermessens einzustellen .....	15
b) Planfeststellung, Plangenehmigung gem. § 68 WHG: überwiegendes öffentliches Interesse an der Wasserkraft im Rahmen des Bewirtschaftungsermessens einzustellen.....	16
c) Erleichterung der Erteilung von Ausnahmen von den Bewirtschaftungszielen gem. § 31 WHG .....	18
d) Zulassung vorzeitigen Beginns gem. § 17 WHG .....	20
2. Erhöhte Durchsetzungskraft der Gewässer- bzw. Wasserkraftnutzung gegenüber privaten Ansprüche und Rechten.....	20
3. Erhöhte Durchsetzungskraft der Belange der Wasserkraft im Rahmen von nachträglichen Anordnungen gem. § 35 Abs. 2 WHG .....	22
III. Ergebnis .....	23

## A. Sachverhalt

Der Gesetzgeber hat mit dem „Gesetz zu Sofortmaßnahmen für einen beschleunigten Ausbau der erneuerbaren Energien und weiteren Maßnahmen im Stromsektor“ vom 20.07.2022 unter anderem in § 2 EEG ausdrücklich geregelt:

*„Die Errichtung und der Betrieb von Anlagen sowie den dazugehörigen Nebenanlagen liegen im überragenden öffentlichen Interesse und dienen der öffentlichen Sicherheit. Bis die Stromerzeugung im Bundesgebiet nahezu treibhausgasneutral ist, sollen die erneuerbaren Energien als vorrangiger Belang in die jeweils durchzuführenden Schutzgüterabwägungen eingebracht werden. Satz 2 ist nicht gegenüber Belangen der Landes- und Bündnisverteidigung anzuwenden.“*

Diese Regelung – zwischenzeitlich durch Art. 3 Abs. 2 der am 01.01.2023 in Kraft getretenen EU-Dringlichkeitsverordnung des Rates „zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien“ europarechtlich flankiert – gilt für alle Erneuerbare-Energie-Vorhaben und damit insbesondere auch für Wasserkraftvorhaben bzw. wasserrechtlich relevante Maßnahmen.

§ 35 Abs. 3 WHG verfolgt das Ziel, Wasserkraftanlagen vorrangig an bestehenden Staustufen und Querverbauungen, deren Rückbau auch langfristig nicht vorgesehen ist, zu errichten und erteilt daher zum Wohle der Allgemeinheit einen Prüfauftrag an die Behörden:

*„Die zuständige Behörde prüft, ob an Staustufen und sonstigen Querverbauungen, die am 1. März 2010 bestehen und deren Rückbau zur Erreichung der Bewirtschaftungsziele nach Maßgabe der §§ 27 bis 31 auch langfristig nicht vorgesehen ist, eine Wasserkraftnutzung nach den Standortgegebenheiten möglich ist. Das Ergebnis der Prüfung wird der Öffentlichkeit in geeigneter Weise zugänglich gemacht.“*

Diese Regelung zielt darauf ab, Impulse für den ökologisch sinnvollen Ausbau der Wasserkraftnutzung zu geben.

- vgl. BT-Drucksache 280/09, S. 177 -

Die Behörden sind daher verpflichtet, die Möglichkeit der Wasserkraftnutzung an vorhandenen Anlagen mittels einer „Inventur“ zu ermitteln.

#### Aufgabenstellung:

Es ist ein Überblick darüber zu geben, inwieweit sich die neue Regelung in § 2 EEG eines „überragenden öffentlichen Interesses“ an Errichtung und Betrieb von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien im Allgemeinen und aus Wasserkraft im Speziellen auf das Ausbaupotenzial der Wasserkraftnutzung auswirken kann. Sollte § 2 EEG erhebliche positive Auswirkungen auf den Ausbau der Wasserkraft zuzusprechen sein, könnte in der Folge insbesondere eine etwaige in den einzelnen Bundesländern auf Grundlage von § 35 Abs. 3 WHG durchgeführte Prüfung der Möglichkeiten der Wasserkraftnutzung an bestehenden Anlagen überholt sein und müsste einer Neubewertung unterzogen werden.

### **B. Rechtliche Würdigung**

Um die potenziellen Auswirkungen der Neuregelung des § 2 EEG zu erfassen, soll zunächst deren ganz generelle Rechtswirkung als sog. „Gewichtungsvorgabe“ dargestellt **(I.)** und sodann geprüft werden, inwieweit sich diese Gewichtungsvorgabe des § 2 EEG im Rahmen der einzelnen wasserrechtlichen Entscheidungen konkret auswirken kann **(II.)**.

## I. Rechtswirkung der einfachgesetzlichen Normierung eines öffentlichen Interesses an der Wasserkraftnutzung in § 2 EEG – Gewichtungsvorgabe

§ 2 EEG regelt:

*„Die Errichtung und der Betrieb von Anlagen sowie den dazugehörigen Nebenanlagen liegen im überragenden öffentlichen Interesse und dienen der öffentlichen Sicherheit. Bis die Stromerzeugung im Bundesgebiet nahezu treibhausgasneutral ist, sollen die erneuerbaren Energien als vorrangiger Belang in die jeweils durchzuführenden Schutzgüterabwägungen eingebracht werden. Satz 2 ist nicht gegenüber Belangen der Landes- und Bündnisverteidigung anzuwenden.“*

Diese Regelung ist europarechtlich durch Art. 3 Abs. 2 der am 01.01.2023 in Kraft getretenen EU-Dringlichkeitsverordnung des Rates „zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien“ flankiert worden.

Damit ist zunächst klarstellend festzuhalten, dass § 2 EEG für alle Erneuerbare-Energie-Vorhaben gilt und damit insbesondere auch für Wasserkraftvorhaben bzw. wasserrechtlich relevante Maßnahmen.

Zur Rechtswirkung des § 2 EEG führt der Gesetzgeber in den Gesetzesmaterialien konkret aus:

*„Die Definition der erneuerbaren Energien als im überragenden öffentlichen Interesse und der öffentlichen Sicherheit dienend muss im Fall einer Abwägung dazu führen, dass das besonders hohe Gewicht der erneuerbaren Energien berücksichtigt werden muss. Die erneuerbaren Energien müssen daher nach § 2 Satz 2 EEG 2021 bis zum Erreichen der Treibhausgasneutralität als vorrangiger Belang in die Schutzgüterabwägung eingebracht werden. **Konkret sollen die erneuerbaren Energien damit im Rahmen von Abwägungsentscheidungen u.a. gegenüber seismologischen Stationen, Radaranlagen, Wasserschutzgebieten, dem Landschaftsbild, Denkmalschutz oder im Forst-, Immissionschutz-, Naturschutz-, Bau- oder Straßenrecht nur in Ausnahmefällen***

**überwunden werden.** *Besonders im planungsrechtlichen Außenbereich, wenn keine Ausschlussplanung erfolgt ist, muss dem Vorrang der erneuerbaren Energien bei der Schutzgüterabwägungen Rechnung getragen werden. Öffentliche Interessen können in diesem Fall den erneuerbaren Energien als wesentlicher Teil des Klimaschutzgebotes nur dann entgegenstehen oder sie im Einzelfall überwiegen, wenn sie mit einem dem Artikel 20a GG vergleichbaren verfassungsrechtlichen Rang gesetzlich verankert bzw. gesetzlich geschützt sind wie z.B. Belange zur unmittelbaren Sicherheit der Landes- und Bündnisverteidigung (§ 2 Satz 3 EEG 2023) oder einen gleichwertigen Rang besitzen. Im planungsrechtlichen Außenbereich mit Ausschlussplanung ist regelmäßig bereits eine Abwägung zugunsten der erneuerbaren Energien erfolgt.“*

- BT-Drucksache 20/1630 (Gesetzentwurf Bundesregierung), S. 159 -

Die so umschriebene Wirkung von § 2 EEG entspricht wohl am ehesten der Qualität einer sog. „Gewichtungsvorgabe“. Gewichtungsvorgaben messen einem Belang oder Interesse – verbindlich – ein so hohes Gewicht bei, dass sie, so die ständige Rechtsprechung

*„in der Interessenabwägung zugunsten des Vorhabens erheblich zu Buche schlagen“*

- so die stRspr des BVerwG, vgl. Urteile v. 12.06.2019 (9 A 2/18), v. 12.03.2008 (9 A 3.06) und v. 23.04.2014 (9 A 25.12) jeweils m.w.N. -

also diesen Belangen erhöhte Durchsetzungskraft verleihen, sodass sich diese in der Abwägung regelhaft durchsetzen, allerdings: Ohne den derart aufgewerteten Belang ganz der Abwägung zu entziehen und einen Abwägungsvorgang zu erübrigen - ähnlich den aus dem Fachplanungsrecht bekannten „Optimierungsgeboten“.

- OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.10.2022 (12 MS 188/21) vgl. zu Optimierungsgeboten BVerwG, Urt. v. 22.03.1985 (4 C 73/82) –

Gewichtungsvorgaben erlegen den Behörden damit mindestens eine gesteigerte Begründungs- oder Rechtfertigungslast auf, aber können sogar den im Rahmen der

Abwägung eröffneten behördlichen Gestaltungsspielraum sehr weit - gegebenenfalls sogar auf annähernd Null – einschränken.

- vgl. BVerwG, Urt. v. 04.04.2012 (4 C 8.09) zu Grundsätzen der Raumordnung als  
Gewichtungsvorgabe -

Eine derart weitreichende Wirkung der in § 2 EEG normierten Gewichtungsvorgabe dürfte künftig im Bereich des Wasserrechts in weiten Teilen anzunehmen sein:

#### 1. Nur Belange mit „Artikel 20a GG vergleichbaren verfassungsrechtlichen Rang“

Denn nach dem in den Gesetzesmaterialien dokumentierten Willen des Gesetzgebers können von vornherein ohnehin nur all jene Belange, die „mit einem dem Artikel 20a GG vergleichbaren verfassungsrechtlichen Rang gesetzlich verankert bzw. gesetzlich geschützt sind“, gegenüber der Wasserkraftnutzung zum Zwecke klimaneutraler Stromerzeugung überwiegen.

Welche Belange nun „mit einem dem Artikel 20a GG vergleichbaren verfassungsrechtlichen Rang“ ausgestattet sind und welche nicht, konkretisiert der Gesetzgeber indes nicht näher, auch nicht in den Gesetzesmaterialien. Er sah sich offensichtlich lediglich veranlasst, die Belange der Landes- und Bündnisverteidigung – dies aber dann in § 2 S. 1 EEG ganz ausdrücklich – zu regeln. Ebenso ist nach der Rechtsprechung des BVerwG durch die Staatszielbestimmung des Art. 20a GG der Tier- und Naturschutz als ein solcher Belang von Verfassungsrang zu werten.

- so BVerwG, Beschl. v. 15.04.2021 (3 B 9/20) -

Ob aber beispielsweise genauso die Belange des Denkmalschutzes – diese können beispielsweise durch die Neuerrichtung einer Wasserkraftanlage betroffen sein – allein auf Grund deren Unterschützstellung in den Landesverfassungen ebenfalls als Belang zu werten ist, der „mit einem dem Artikel 20a GG vergleichbaren verfassungsrechtlichen Rang“ ausgestattet ist, könnte schon angezweifelt werden. Welche Belange also – soweit sie überhaupt durch wasserrechtliche Maßnahmen und

Vorhaben betroffen sein können – letztlich „mit einem dem Artikel 20a GG vergleichbaren verfassungsrechtlichen Rang“ ausgestattet sind und welche nicht, wird damit wohl die Rechtsprechung weiter konkretisieren müssen.

Aber: Wenngleich das in § 2 EEG verankerte „überragende öffentliche Interesse“ an der Wasserkraftnutzung zwar keinen unbedingten, ausnahmslosen Vorrang gegenüber anderen Verfassungsbelangen genießt und selbst wenn ein solcher Belang von Verfassungsrang – in der Praxis vermutlich vor allem der Tier- und Naturschutz – betroffen sein sollte, so werden auf Grund der Gewichtungsvorgabe in § 2 EEG die Hürden doch enorm hoch sein, die ein Belang (von Verfassungsrang) nehmen müsste, um gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Wasserkraftnutzung zu überwiegen und um einen Ausnahmefall vom grundsätzlichen Vorrang der Wasserkraftnutzung annehmen zu können. Denn man muss sich vergegenwärtigen: Welche einzelnen Belange oder Interessen begründen eigentlich inhaltlich das in § 2 EEG normierte überragende öffentliche Interesse an den Erneuerbaren Energien im Allgemeinen und an der Wasserkraftnutzung im speziellen? Das überragende öffentliche Interesse i.S.d. § 2 EEG hat sich der Gesetzgeber nicht etwa einfach „ausgedacht“, sondern ist bei objektiver Betrachtung der Sach- und Rechtslage mit Händen zu greifen: In der Gewichtungsvorgabe des § 2 EEG manifestiert sich das erhebliche öffentliche Interesse an der dauerhaften Absicherung der Energieversorgung und an der Energieunabhängigkeit (2.) sowie die verfassungsrechtlich fundierte Verpflichtung zu einem rechtzeitigen Einleiten von Klimaschutzmaßnahmen (3.).

## 2. Aktuell erhebliches öffentliches Interesse an Energiesicherheit und Energieunabhängigkeit

Erneuerbare Energien leisten ihren Beitrag zur Sicherung der Energieversorgung und zur Energieunabhängigkeit und dienen aus diesem Grunde der öffentlichen Sicherheit. Dies gibt § 2 EEG sogar ausdrücklich vor und der Gesetzgeber begründet dies mit eindringlichen Ausführungen:

*„Darüber hinaus dient der Ausbau der erneuerbaren Energien auch der öffentlichen Sicherheit. Bereits heute macht Strom aus erneuerbaren Energien rund 42 Prozent des deutschen Stromverbrauchs aus. Bis 2030*

*soll dieser Anteil auf mindestens 80 Prozent ansteigen, wie § 1 Absatz 2 Nummer 1 EEG 2023 nach Artikel 2 dieses Gesetzes vorschreibt. Damit werden die erneuerbaren Energien den weit überwiegenden Teil der Stromerzeugung abdecken. Gleichzeitig werden konventionelle Anlagen durch den Kohle- und Kernenergieausstieg in einem erheblichen Umfang stillgelegt. Ohne den Zubau von Erneuerbare-Energien-Anlagen kann die Versorgung mit Strom nicht dauerhaft gesichert werden.*

*Der EuGH hat im Zusammenhang mit der Warenverkehrsfreiheit festgestellt, dass Energieerzeugnisse (in dem damaligen Fall Erdölzeugnisse) wegen ihrer außerordentlichen Bedeutung als Energiequelle in der modernen Wirtschaft wesentlich sind für die Existenz eines Staates, da nicht nur das Funktionieren seiner Wirtschaft, sondern vor allem auch das seiner Einrichtungen und seiner wichtigen öffentlichen Dienste und selbst das Überleben seiner Bevölkerung von ihnen abhängen. Eine Versorgungsunterbrechung und die sich daraus für die Existenz eines Staates ergebenden Gefahren können somit seine öffentliche Sicherheit schwer beeinträchtigen. Diese Erwägungen sind auf die Stromversorgung insgesamt übertragbar. Strom ist für das Funktionieren der öffentlichen Verwaltung, des Gesundheitssystems und Versorgung der Bevölkerung sowie für jegliche moderne Kommunikation zwingend erforderlich.“*

- BT-Drucksache 20/1630 (Gesetzentwurf Bundesregierung v. 02.05.2022), S. 159 -

Auch das BVerfG betont die erhebliche Bedeutung eines verstärkten Ausbaus der erneuerbaren Energien für die Energiesicherheit und der Minderung der Abhängigkeit von Energieimporten:

*„Schließlich dient ein vermehrter Ausbau der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien zugleich dem Gemeinwohlziel der Sicherung der Stromversorgung.*

*Dem dient eine verstärkte Nutzung erneuerbarer Energien zum einen vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlich vorgegebenen Klimaschutzziels. In Wahrnehmung seines Konkretisierungsauftrags und seiner Konkretisierungsprerogative hat der Gesetzgeber das Klimaschutzziel des Art. 20a GG aktuell durch § 1 Satz 3 des Bundes-Klimaschutzgesetzes (KSG) dahingehend bestimmt, dass der Anstieg der globalen*

*Durchschnittstemperatur auf deutlich unter 2 °C und möglichst auf 1,5 °C gegenüber dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen ist. Die Temperaturschwelle des § 1 Satz 3 KSG ist als verfassungsrechtlich maßgebliche Konkretisierung auch der verfassungsrechtlichen Prüfung zugrunde zu legen (vgl. BVerfGE 157, 30 <145 ff. Rn. 208 ff.>). Daraus folgt die Notwendigkeit, den Ausstoß von CO<sub>2</sub> durch den Verbrauch fossiler Energieträger immer stärker bis zu dem Punkt zu reduzieren, zu dem die Nutzung von Energie keinen Beitrag mehr zur globalen Erderwärmung leistet (...). Das erfordert die Rückführung der Stromgewinnung durch Verbrauch fossiler Energieträger, die zur Sicherung einer ausreichenden Stromversorgung durch eine vermehrte Nutzung erneuerbarer Energien aufgefangen werden muss. Hinzu kommt der gesetzlich festgelegte Ausstieg aus der Nutzung von Atomenergie, die wegen der Verpflichtung zur Klimaneutralität auf Dauer nur durch Strom aus erneuerbaren Energien ersetzt werden kann. Ein erhöhter Bedarf entsteht schließlich dadurch, dass fossile Energieträger nicht nur bei der Stromerzeugung, sondern auch in anderen Sektoren wie Verkehr, Gebäude oder Industrie durch "Grünstrom" oder durch alternative, unter Verwendung solchen Stroms gewonnene Energieträger wie etwa Wasserstoff ersetzt werden müssen. **Somit verlangt die Sicherung der Stromversorgung bei gleichzeitiger Wahrung des verfassungsrechtlichen Klimaschutzziels einen verstärkten Ausbau erneuerbarer Energien (...).***

***Zum anderen dient eine vermehrte Nutzung der in Deutschland verfügbaren erneuerbaren Energien auch deshalb der Sicherung der Stromversorgung, weil so die Abhängigkeit von Energieimporten vermindert und die Eigenversorgung gestärkt werden kann.***

- BVerfG, Beschl. v. 23.03.2022 (1 BvR 1187/17) -

Wenn generell die Energienutzung für die dauerhafte Sicherung der Stromversorgung wesentlich ist und die Existenz eines Staates, nämlich das Funktionieren seiner Wirtschaft, seiner Einrichtungen und seiner wichtigen öffentlichen Dienste und selbst das Überleben seiner Bevölkerung von der Stromversorgung abhängen, dürfte es bei objektiver Betrachtung schwierig werden, einen Belang zu finden, der aktuell gegenüber der Nutzung der Wasserkraft ein größeres Gewicht hat. Dies

dürfte umso mehr anzunehmen sein, wie die von der Bundesregierung im Juni 2022 Jahres ausgerufene Alarmstufe des „Notfallplan Gas des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom September 2019“ gilt. Mindestens solange diese Alarmstufe gilt – oder gar die Notfallstufe ausgerufen wird – ist akut eine Strommangel- lage ebenso wie eine Gasmangellage zu befürchten und in der Folge schwerlich ein Belang ersichtlich, der die Wasserkraftnutzung zum Zwecke der (klimaneutralen) Stromerzeugung überwiegen könnte.

Aber auch gänzlich unabhängig vom Vorliegen einer akuten Gas- und Strommangel- lage und der Ungewissheit, wie lange diese anhalten wird, ist die Sicherung der Ener- gieversorgung durch erneuerbare, klimaneutrale Energiequellen wie die Wasser- kraftnutzung generell und bis auf weiteres ein Belang von erheblichem Gewicht, da eine klimaneutrale Energieerzeugung und jede Klimaschutzmaßnahme zwingend notwendig ist, um die verfassungsrechtlich in Art. 20a GG vorgegebenen Klima- schutzziele – und konkretisiert durch § 1 Satz 3 des Bundes-Klimaschutzgesetzes (KSG) – und vor allem die Reduktion der Treibhausgasemissionen bis 2030 um 65 % gegenüber dem Jahr 1990 noch zu erreichen, hierzu nun unter 3.:

### 3. Öffentliches Interesse an Wasserkraftnutzung wegen Beitrag zu einem rechtzeiti- gen Erreichen der verfassungsrechtlich fundierten Klimaschutzziele

Zusätzlich zur gerade aktuell ganz akuten Bedeutung der Wasserkraftnutzung für die Energiesicherheit und die Stromversorgung ist zu vergegenwärtigen, dass die Was- serkraftnutzung zum Zwecke CO<sup>2</sup>-emissionsfreier Stromerzeugung zusätzlich zum verfassungsrechtlich fundierten Verpflichtung zum Erreichen der Klimaschutzziele gem. dem Klimaschutzgesetz und der Klimaneutralität beiträgt und auch aus diesem Grunde die Wasserkraftnutzung im überragenden – und mit fortschreitenden Kli- mawandel weiter zunehmendem – öffentlichen Interesse liegt.

Im Einzelnen:

Das BVerfG hat noch einmal deutlich gemacht, dass der Ausbau erneuerbarer Ener- gien dem Klimaschutzziel des Art. 20a GG und auf diese Weise dem Schutz von Grundrechten vor den Gefahren des Klimawandels dient, weil mit dem dadurch CO<sup>2</sup>-

emissionsfrei erzeugten Strom der Verbrauch fossiler Energieträger zur Stromgewinnung und in anderen Sektoren wie etwa Verkehr, Industrie und Gebäude verringert werden kann.

- BVerfG, Beschl. v. 23.03.2022 (1 BvR 1187/17) -

Das BVerfG stellt in seiner Entscheidung vom 24.03.2021 zum Klimaschutzgesetz klar, dass das verfassungsrechtliche Klimaschutzgebot des Art. 20a GG einen frühzeitigen bzw. rechtzeitigen und damit grundrechtsschonenden Klimaschutz gebietet und umgekehrt ein unbegrenztes Fortschreiten von Erderwärmung und Klimawandel verbietet:

*„Ein unbegrenztes Fortschreiten von Erderwärmung und Klimawandel stünde aber nicht im Einklang mit dem Grundgesetz. Dem steht neben den grundrechtlichen Schutzpflichten vor allem das Klimaschutzgebot des Art. 20a GG entgegen, welches die Gesetzgebung – verfassungsrechtlich maßgeblich – durch das Ziel konkretisiert hat, die Erwärmung der Erde auf deutlich unter 2 °C und möglichst auf 1,5 °C gegenüber dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen.“*

- BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 (1 BvR 2656/18) -

Dabei wird dieses Klimaschutzgebot des Art. 20a GG

*„bei tatsächlich steigender Bedrohung durch den Klimawandel höhere Treibhausgasreduzierungen erfordern und entsprechend weitergehende Freiheitseinschränkungen als heute rechtfertigen“*

Gleichzeitig verpflichtet insb. Art. 20a GG

*„zur Sicherung grundrechtsgeschützter Freiheit über die Zeit und zur verhältnismäßigen Verteilung von Freiheitschancen über die Generationen. Als intertemporale Freiheitssicherung schützen die Grundrechte vor einer einseitigen Verlagerung der durch Art. 20a GG aufgegebenen Treibhausgasreduzierungslast in die Zukunft.“*

Den hieraus abzuleitenden objektivrechtlichen Schutzauftrag des Art. 20a GG konkretisiert das BVerfG weiter wie folgt:

*„Wenn Art. 20a GG den Staat verpflichtet, die natürlichen Lebensgrundlagen auch in Verantwortung für die künftigen Generationen zu schützen, zielt das zunächst vor allem darauf, den künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen zu erhalten. Zugleich betrifft dies jedoch auch die Verteilung von Umweltschutzlasten zwischen den Generationen. Der Schutzauftrag des Art. 20a GG schließt die Notwendigkeit ein, mit den natürlichen Lebensgrundlagen so sorgsam umzugehen und sie der Nachwelt in solchem Zustand zu hinterlassen, dass nachfolgende Generationen diese nicht nur um den Preis radikaler eigener Enthaltensamkeit weiter bewahren könnten.“*

Diese verfassungsrechtlich gebotene Schonung künftiger Freiheit verlangt damit,

*„den Übergang zu Klimaneutralität rechtzeitig einzuleiten.“*

Diese verfassungsrechtliche Dimension und Bedeutung der Nutzung erneuerbarer Energien müssen sich die Vollzugsbehörden bewusst sein und ihren Entscheidungen zu Grunde legen.

Die Behörden müssen sich zudem zusätzlich darüber bewusst sein und bei ihren Entscheidungen bedenken:

*„Zudem nimmt das relative Gewicht des Klimaschutzgebots in der Abwägung bei fortschreitendem Klimawandel weiter zu.“*

- BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 (1 BvR 2656/18) -

Dementsprechend nimmt bei fortschreitendem Klimawandel gleichermaßen das Gewicht der Belange der Erneuerbaren Energien und der Wasserkraftnutzung weiter konsequent zu. Diese dynamische Entwicklung von Klimawandel und die hieran gekoppelte Bedeutung der Wasserkraftnutzung werden die Vollzugsbehörden in den nächsten Monaten und Jahren bei ihren Entscheidungen ebenfalls beachten müssen.

#### 4. Zwischenergebnis

Aus alldem dürfte deutlich werden, wie hoch die Hürden sind, die ein Belang – mag er auch von Verfassungsrang sein – nehmen müsste, um einen Ausnahmefall zu begründen, in dem letztlich das Interesse an der Sicherung der Stromversorgung und das Erreichen der Klimaschutzziele und die diesen Interessen zweifelsfrei dienende Wasserkraftnutzung gem. § 2 EEG nicht überwiegen.

Gerade die bislang in der Verwaltungspraxis verbreitet vertretene Ansicht der Behörden *„aber Gesundheitsschutz/Denkmalerschutz/Artenschutz ist doch genauso ein Belang von Verfassungsrang und überwiegt das Interesse am Erneuerbaren-Energie-Vorhaben, denn dieses kann ja genauso gut woanders realisiert werden/denn sein Energiebeitrag ist zu klein/macht global betrachtet keinen Unterschied“*, kann daher spätestens mit der klaren Gewichtungsvorgabe und Vorrangentscheidung des § 2 EEG keinen Bestand mehr haben und würde den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Abwägung oder ermessensgerechte Entscheidung nicht im Ansatz genügen.

Das massive Gewicht dieser hinter § 2 EEG stehenden öffentlichen, allgemeinen Interessen ist schon deshalb – ungeachtet der Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls – potenziell geeignet, einen im Rahmen der Abwägung oder des Ermessens eröffneter Gestaltungsspielraum der Wasserbehörden sehr stark, womöglich sogar auf Null einzuschränken. Insoweit ist der einfach-gesetzlichen Normierung eines überragenden öffentlichen Interesses in § 2 EEG generell eine erhebliche Unterstützungswirkung zu Gunsten von Erneuerbaren-Energien-Vorhaben und im speziellen Wasserkraftvorhaben zuzusprechen.

#### **II. Konkrete Auswirkungen der Gewichtungsvorgabe des § 2 EEG auf wasserrechtliche Entscheidungen**

Damit sich aber die – durch die Rechtsprechung weiter konkretisierte bzw. künftig zu konkretisierende – Gewichtungsvorgabe des § 2 EEG im Wasserrecht auswirken kann, ist ein entsprechendes „Einfallstor“ im jeweiligen Fachrecht erforderlich. Derartige Einfallstore können Ermessens- und Abwägungsentscheidungen, Verhältnismäßigkeitserwägungen oder auch unbestimmte Fachbegriffe sein.

- Vgl. Bader, Dreißler, Weinke, „*Öffentliches Interesse und öffentliche Sicherheit beim Ausbau der Erneuerbaren Energien*“, ZNER 4/22, S. 337ff. -

Im Wasserrecht dürfte sich § 2 EEG daher ganz konkret in Form einer Erleichterung der wasserrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen (1.), einer erhöhten Durchsetzbarkeit wasserrechtlich relevanter Nutzungen gegen Ansprüche und Rechte privater Dritter (2.) sowie durch eine Verschärfung der Voraussetzungen für nachträgliche Anordnungen der Behörden (3.) äußerst positiv zu Gunsten des Ausbaus der Wasserkraft und auf die bestehenden Ausbaupotenziale der Wasserkraft auswirken.

Im Einzelnen:

#### 1. Erleichterung der wasserrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen

Konkret dürfte sich § 2 EEG durch eine spürbare Erleichterung der Voraussetzungen für die Erteilung von Erlaubnissen und Bewilligungen von Gewässerbenutzungen gem. §§ 11,12 WHG (a) und die Erteilung von Planfeststellungen und Plangenehmigungen (b) sowie der Voraussetzungen für die Erteilung von Ausnahmen von den Bewirtschaftungszielen gem. § 31 WHG (c) und der Voraussetzungen eines vorzeitigen Beginns gem. § 17 WHG (d) positiv bemerkbar machen. In all diesen Entscheidungen muss die Behörde Abwägungs- oder Ermessenserwägungen anstellen und das erhebliche öffentliche Interesse an der Wasserkraftnutzung mit dem dieser zukommenden, erheblichen Gewicht einstellen.

##### a) Erteilung von Erlaubnis und Bewilligung gem. § 11, 12 WHG: überwiegendes öffentliches Interesse an der Wasserkraft im Rahmen des Bewirtschaftungsermessens einzustellen

So bedarf gem. § 8 WHG die Benutzung eines Gewässers der Erlaubnis (ggf. in Gestalt der Bewilligung), die Erteilung der Erlaubnis steht aber gem. § 12 Abs. 2 WHG – abgesehen von den zwingenden Versagungsgründen des § 12 Abs. 1 WHG – im pflichtgemäßen Ermessen (Bewirtschaftungsermessens) der zuständigen Behörde.:

*„(1) Die Erlaubnis und die Bewilligung sind zu versagen, wenn*

- 1. schädliche, auch durch Nebenbestimmungen nicht vermeidbare oder nicht ausgleichbare Gewässerveränderungen zu erwarten sind oder*
- 2. andere Anforderungen nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften nicht erfüllt werden.*

*(2) Im Übrigen steht die Erteilung der Erlaubnis und der Bewilligung im pflichtgemäßen Ermessen (Bewirtschaftungsermessen) der zuständigen Behörde.“*

Wie bei jeder Ermessensentscheidung muss die Wasserbehörde auch bei der Entscheidung über die Erlaubnis- oder Bewilligungserteilung alle betroffenen Belange berücksichtigen und folglich insbesondere die Bedeutung der Wasserkraftnutzung und deren in § 2 EEG normativ zu Ausdruck kommende erhebliche Gewicht berücksichtigen bzw. wie ausgeführt dem öffentlichen Interesse an der Wasserkraftnutzung im Regelfall – bis die Stromerzeugung im Bundesgebiet nahezu treibhausgasneutral ist – den Vorrang zusprechen.

b) Planfeststellung, Plangenehmigung gem. § 68 WHG: überwiegendes öffentliches Interesse an der Wasserkraft im Rahmen des Bewirtschaftungsermessens einzustellen

Entsprechendes gilt für den Ausbau eines Gewässers bzw. für jene wasserrechtlich relevanten Vorhaben und Maßnahmen, die einer Planfeststellung oder Plangenehmigung nach § 68 WHG bedürfen.

Denn zum Einen ist zentrales Element dieser Ermächtigung der zuständigen Behörde zur wasserrechtlichen Planfeststellung

*„die mit ihr verbundene Einräumung eines Planungsermessens, das in seinem Wesen am zutreffendsten durch den Begriff der planerischen Gestaltungsfreiheit umschrieben ist. Freilich wird die mit dieser plane-*

*rischen Gestaltungsfreiheit gegebene Entscheidungsbefugnis der Planfeststellungsbehörde im Wasserhaushaltsgesetz weder mit diesen Worten noch überhaupt ausdrücklich erwähnt. Das ist jedoch ohne sachliche Bedeutung. Die planerische Gestaltungsfreiheit ergibt sich - auch ohne solche ausdrückliche Erwähnung - aus der Übertragung der Planungsbefugnis auf die Planfeststellungsbehörde in Verbindung mit der Erkenntnis, daß die Befugnis zur Planung - hier wie anderweit - einen mehr oder weniger ausgedehnten Spielraum an Gestaltungsfreiheit einschließt und einschließen muß, weil Planung ohne Planungsfreiheit ein Widerspruch in sich wäre.“*

- BVerwG, Urt. v. 10.02.1978 (4 C 25.75) -

Zudem ist – wie für jede hoheitliche Planung, aber auch über die Normkette der §§ 68, 70 Abs. 1 WHG, §§ 74 Abs. 1, 69 VwVfG – das Abwägungsgebot zu beachten:

*„Nach diesem, zum Wesen einer rechtsstaatlichen Planung gehörenden und deshalb unabhängig von einer gesetzlichen Positivierung aus dem Bundesverfassungsrecht herleitbaren Gebot sind - bei der gemeinnützigen wie bei der privatnützigen Planfeststellung gleichermaßen - die von der Planung berührten öffentlichen und privaten Interessen gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen mit dem dem Abwägen materiell gesetzten Ziel, eine inhaltlich in sich abgewogene Planung zu erreichen.“*

- BVerwG, Urt. v. 10.02.1978 (4 C 25.75) -

Die Behörde muss genauso bei der Ausübung ihres Planungsermessens sowie im Rahmen ihrer Abwägungsentscheidung das gesetzlich normierte überwiegende öffentliche Interesse an der Wasserkraftnutzung gem. § 2 EEG berücksichtigen und den Belangen der Wasserkraft nunmehr im Regelfall und solange, bis die Stromerzeugung im Bundesgebiet nahezu treibhausgasneutral ist, im Regelfall den Vorrang zusprechen.

c) Erleichterung der Erteilung von Ausnahmen von den Bewirtschaftungszielen gem.

§ 31 WHG

Die Erteilung wasserrechtlicher Erlaubnisse bzw. Bewilligungen für Gewässerbenutzungen muss insbesondere den allgemeinen Bewirtschaftungszielen für oberirdische Gewässer des § 27 WHG genügen:

Nach § 27 Abs. 1 Nr. 1 WHG sind oberirdische Gewässer, 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. Die Vorschrift dient zur Umsetzung von Art. 4 Abs. 1 Buchst. a Ziffer i WRRL. Verschlechtert ein Vorhaben den Zustand eines Gewässers oder ist es dazu geeignet, die Erreichung eines guten Zustands zu gefährden, ist es demnach grundsätzlich unzulässig. Es kann aber unter den Voraussetzungen des § 31 Abs. 2 WHG im Wege der Ausnahme zugelassen werden. Hierbei ist u.a. eine der Ausnahmevoraussetzungen, dass die Gründe für die Veränderung „von übergeordnetem öffentlichen Interesse“ sind:

*„Wird bei einem oberirdischen Gewässer der gute ökologische Zustand nicht erreicht oder verschlechtert sich sein Zustand, verstößt dies nicht gegen die Bewirtschaftungsziele nach den §§ 27 und 30, wenn*

- 1. dies auf einer neuen Veränderung der physischen Gewässereigenschaften oder des Grundwasserstands beruht,*
- 2. die Gründe für die Veränderung von übergeordnetem öffentlichen Interesse sind oder wenn der Nutzen der neuen Veränderung für die Gesundheit oder Sicherheit des Menschen oder für die nachhaltige Entwicklung größer ist als der Nutzen, den die Erreichung der Bewirtschaftungsziele für die Umwelt und die Allgemeinheit hat,*
- 3. 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 und*
- 4. alle praktisch geeigneten Maßnahmen ergriffen werden, um die nachteiligen Auswirkungen auf den Gewässerzustand zu verringern.“*

Wird für die Erteilung einer wasserrechtlichen Erlaubnis oder Bewilligung die Entscheidung über eine Ausnahme von den Bewirtschaftungszielen des § 27 WHG bzw. dem Verschlechterungsverbot erforderlich, steht durch das in § 2 EEG normierte „überragende öffentliche Interesse“ zugleich das von § 31 Abs. 2 WHG verlangte „übergeordnete öffentliche Interesse“ an der Veränderung ohne weiteres fest. Dies dürfte auch für kleinere Wasserkraftanlagen gerechtfertigt sein, da § 2 EEG nicht im Ansatz darin unterscheidet, welcher Energieertrag und welchen Beitrag zum Klimaschutz zu erwarten ist. Umso mehr aber ist eine Ausnahmeerteilung natürlich „im übergeordneten öffentlichen Interesse“, sofern große und besonders leistungsstarke Wasserkraftwerke gegenständlich sind, die heute regelmäßig unter Berücksichtigung der biologischen und hydromorphologischen Bedürfnisse des Gewässerschutzes geplant und betrieben werden und eine deutliche Steigerung des Energieertrags aus Wasserkraft bewirken können.

- vgl. hierzu (allerdings seinerzeit noch ablehnend) VGH München, Beschl. v. 06.09.2016 (8 CS 15.2510) -

Insoweit wird § 2 EEG wohl für Wasserkraftnutzungen sowohl im kleineren als auch im größeren Maßstab eine Erleichterung und Beschleunigung der Ausnahmeerteilung bewirken können und sich auch deshalb zu Gunsten der Wasserkraftnutzung und von Wasserkraftvorhabens auswirken. Soweit sich also Wasserbehörden und Rechtsprechung mit der Erteilung im Wege der Ausnahmen nach § 31 WHG und – speziell zu Gunsten der alternativen Energieerzeugung bzw. Wasserkraftnutzung – mit einem Vorrang der erneuerbaren Energien bislang schwergetan haben,

- verneinend seinerzeit VGH München, Bschl. v. 06.09.2016 (8 CS 15.2510) -

dürfte sich dies mit der der gesetzlichen Normierung des überwiegenden öffentlichen Interesses an der Wasserkraft in § 2 EEG perspektivisch ändern.

#### d) Zulassung vorzeitigen Beginns gem. § 17 WHG

Die Regelung des § 2 EEG kann auch im Rahmen der Entscheidung über einen vorzeitigen Beginn der Gewässerbenutzung Wirkung entfalten. Denn in einem Erlaubnis- oder Bewilligungsverfahren kann die zuständige Behörde auf Antrag gem. § 17 WHG zulassen, dass bereits vor Erteilung der Erlaubnis oder der Bewilligung mit der Gewässerbenutzung begonnen wird, wenn

- „1. mit einer Entscheidung zugunsten des Benutzers gerechnet werden kann,*
- 2. **an dem vorzeitigen Beginn ein öffentliches Interesse** oder ein berechtigtes Interesse des Benutzers **besteht** und*
- 3. der Benutzer sich verpflichtet, alle bis zur Entscheidung durch die Benutzung verursachten Schäden zu ersetzen und, falls die Benutzung nicht erlaubt oder bewilligt wird, den früheren Zustand wiederherzustellen.“*

Zwar müsste – neben den sonstigen Voraussetzungen – nicht an der Gewässerbenutzung selbst ein öffentliches Interesse bestehen, sondern speziell *am vorzeitigen Beginn* der Gewässerbenutzung. Das öffentliche Interesse müsste also insbesondere das grundsätzliche öffentliche Interesse daran überwiegen, dass vor einer Gewässerbenutzung das wasserrechtliche Zulassungsverfahren grundsätzlich vollständig abgeschlossen sein muss. Wenngleich dies dem Gesetzeswortlaut nicht zu entnehmen ist, dürfte § 2 EEG wohl zugleich ein überwiegendes öffentliches Interesse an einem *möglichst schnellen* Ausbau der erneuerbaren Energien, einschließlich der Wasserkraft normieren.

#### 2. Erhöhte Durchsetzungskraft der Gewässer- bzw. Wasserkraftnutzung gegenüber privaten Ansprüche und Rechten

Das Wasserrecht sieht für bestimmte Gewässerbenutzungen die Möglichkeit vor, diese trotz nachteiliger Auswirkungen der Gewässerbenutzung auf Rechte Dritter zuzulassen. In diesem Falle ist eine Bewilligung i.S.d § 14 WHG oder eine gehobene Erlaubnis gem. § 15 WHG erforderlich. Werden diese erteilt, wird gem. § 16 WHG

ein Anspruch des Dritten auf Einstellung der – ihn benachteiligenden – Gewässerbenutzung bzw. Beseitigung der Störung oder Unterlassen der Benutzung gesetzlich ausgeschlossen:

*„(1) Ist eine Gewässerbenutzung durch eine unanfechtbare gehobene Erlaubnis zugelassen, kann auf Grund privatrechtlicher Ansprüche zur Abwehr nachteiliger Wirkungen der Gewässerbenutzung nicht die Einstellung der Benutzung verlangt werden. Es können nur Vorkehrungen verlangt werden, die die nachteiligen Wirkungen ausschließen.*

*(2) Ist eine Gewässerbenutzung durch eine unanfechtbare Bewilligung zugelassen, können wegen nachteiliger Wirkungen der Gewässerbenutzung keine Ansprüche geltend gemacht werden, die auf die Beseitigung der Störung, auf die Unterlassung der Benutzung, auf die Herstellung von Vorkehrungen oder auf Schadenersatz gerichtet sind.“*

Bewilligung und gehobene Erlaubnis können sich somit beispielsweise gegen dingliche Rechte, das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb oder das Fischereirecht durchsetzen. Bewilligung und gehobene Erlaubnis dürfen deshalb § 14 Abs. 3 S. 1 WHG aber grundsätzlich nur unter verschärften Voraussetzungen erteilt werden:

*„Ist zu erwarten, dass die Gewässerbenutzung auf das Recht eines Dritten nachteilig einwirkt und erhebt dieser Einwendungen, so darf die Bewilligung nur erteilt werden, wenn die nachteiligen Wirkungen durch Inhalts- oder Nebenbestimmungen vermieden oder ausgeglichen werden.“*

Diese für die Bewilligung geltenden materiellen Zulassungsbestimmungen des § 14 Abs. 3 bis 5 WHG finden gem. § 15 Abs. 2 WHG auf die Erteilung einer gehobenen Erlaubnis entsprechende Anwendung. Daher gilt für beide § 14 Abs. 3 S. 2 WHG: Ist eine Vermeidung nachteiliger Auswirkungen nicht möglich,

*„so darf die Bewilligung gleichwohl erteilt werden, wenn Gründe des Wohls der Allgemeinheit dies erfordern. In den Fällen des Satzes 2 ist der Betroffene zu entschädigen.“*

Sollten sich Gewässerbenutzungen auf Rechte Dritter nachteilig auswirken, so wird sich künftig nicht nur mit Verweis auf die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung,

- BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 (1 BvR 2656/18) -

sondern auch mit Verweis auf § 2 EEG wohl ohne weiteres begründen lassen, dass Gründe des Wohl der Allgemeinheit die Energieerzeugung durch die Nutzung der Wasserkraft erfordern. Denn wie bereits ausgeführt dient der Ausbau erneuerbarer Energien unmittelbar dem Klimaschutzziel des Art. 20a GG und dem Schutz von Grundrechten vor den Gefahren des Klimawandels, weil mit dem dadurch CO<sub>2</sub>-emissionsfrei erzeugten Strom der Verbrauch fossiler Energieträger zur Stromgewinnung und in anderen Sektoren wie etwa Verkehr, Industrie und Gebäude verringert werden kann. Der Ausbau erneuerbarer Energien dient zugleich dem Gemeinwohlziel der Sicherung der Stromversorgung, weil er zur Deckung des infolge des Klimaschutzziels entstehenden Bedarfs an emissionsfrei erzeugtem Strom beiträgt und überdies die Abhängigkeit von Energieimporten verringert.

- BVerfG, Beschl. v. 23.03.2022 (1 BvR 1187/17) -

Im Ergebnis bedeutet dies gleichermaßen eine erhöhte Durchsetzungskraft der Gewässer- bzw. Wasserkraftnutzung gegenüber privaten Ansprüchen und Rechten werden, sodass Behörden deutlich leichter eine Gewässernutzung unter Erteilung einer Ausnahme nach § 31 WHG zulassen können.

### 3. Erhöhte Durchsetzungskraft der Belange der Wasserkraft im Rahmen von nachträglichen Anordnungen gem. § 35 Abs. 2 WHG

Speziell für die Wasserkraftnutzung durch bestehende Wasserkraftanlagen regelt § 35 Abs. 2 WHG, dass zum Schutz der Fischpopulation nachträglich „die erforderlichen Maßnahmen“ durchzuführen bzw. von der Behörde anzuordnen sind:

*„(1) Die Nutzung von Wasserkraft darf nur zugelassen werden, wenn auch geeignete Maßnahmen zum Schutz der Fischpopulation ergriffen werden.*

*(2) Entsprechen vorhandene Wasserkraftnutzungen nicht den Anforderungen nach Absatz 1, so sind die erforderlichen Maßnahmen innerhalb angemessener Fristen durchzuführen.“*

Grundsätzlich muss demnach auch bei Bestandsanlagen der Fischschutz umgesetzt werden. Grenze für die Anordnung von Maßnahmen nach § 35 Abs. 2 WHG ist jedoch deren „Erforderlichkeit“ und damit der verfassungsrechtlich fundierte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Im Rahmen der damit zwingend anzustellenden Verhältnismäßigkeitserwägungen sind alle Belange zu ermitteln und ins Verhältnis zueinander zu setzen.

Im Rahmen dieser Verhältnismäßigkeitserwägungen wird die Behörde ebenfalls das in § 2 EEG normierte überragende öffentliche Interesse an der Wasserkraftnutzung mit dem ihm zukommenden Gewicht berücksichtigen müssen. Dementsprechend dürfte § 2 EEG den Belangen der Wasserkraftnutzung gegenüber nachträglichen Anordnungen der Wasserbehörde gem. § 35 Abs. 2 WHG eine verstärkte Durchsetzungskraft verleihen.

### **III. Ergebnis**

In § 2 EEG manifestiert sich das erhebliche öffentliche, allgemeine Interesse an der Absicherung der Energieversorgung und an einer Energieunabhängigkeit sowie das öffentliche Interesse bzw. der verfassungsrechtlichen Verpflichtung zu einem rechtzeitigen Einleiten von Klimaschutzmaßnahmen. Als solche wirkt § 2 EEG als Gewichtungsvorgabe in sämtlichen wasserrechtlichen Abwägungsvorgängen, Ermessensentscheidungen und Verhältnismäßigkeitserwägungen. Dabei dürfte das massive Gewicht dieser hinter § 2 EEG stehenden, auch vom BVerfG zweifelsfrei anerkannten öffentlichen Interesses an Klimaschutz und Energiesicherheit einen im Rahmen der Abwägung oder des Ermessensausübung eröffneten Gestaltungsspielraums der Wasserbehörden oftmals sogar auf „Null“ einschränken. Konkret dürfte durch § 2 EEG eine spürbare Erleichterung der wasserrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen,

eine erhöhte Durchsetzbarkeit wasserrechtlich relevanter Nutzungen und Maßnahmen gegen Ansprüche und Rechte privater Dritter sowie eine Verschärfung der Voraussetzungen für nachträgliche Anordnungen der Behörden zu erwarten sein. Etwas Anderes wäre zwar wohl dann zu prognostizieren, wenn die Vollzugsbehörden die Gewichtungsvorgabe des § 2 EEG, also das Gewicht der für die Wasserkraftnutzung sprechenden Belange im Speziellen und die Bedeutung der Erneuerbaren Energien für die Energiesicherheit und die Klimaschutzziele gänzlich verkennen sollten. Ausgehend von der Bindung der Verwaltung gem. Art. 20 Abs. 3 GG an Recht und Gesetz sollte aber zu vermuten sein, dass die einfach gesetzliche und sehr klare Regelung in § 2 EEG die Vollzugsbehörden eher bestärken und es diesen erleichtern sollte, künftig verstärkt zu Gunsten der Wasserkraftnutzung zu entscheiden.

Kurzum: § 2 EEG dürfte sich insgesamt äußerst positiv sowohl auf die Genehmigungsfähigkeit einer Neuerrichtung von Wasserkraftanlagen als auch auf die Genehmigungsfähigkeit der Reaktivierung und der Modernisierung bestehender Anlagen, insb. bestehender Staustufen und Querverbauungen i.S.v. § 35 Abs. 3 WHG auswirken. Dies bedeutet speziell mit Blick auf etwaige, weit vor der Einführung des § 2 EEG durchgeführte Potenzialstudien i.S.d. § 35 Abs. 3 WHG: Soweit solche Potenzialstudien durch die zuständigen Behörden durchgeführt wurden und darin zugleich die wasserrechtliche Genehmigungsfähigkeit der denkbaren Ausbaumaßnahmen berücksichtigt und in das Ausbaupotenzial „eingepreist“ worden sein sollte, dürften auf Grund der Neuregelungen des § 2 EEG insoweit die Ergebnisse dieser Potenzialstudien überholt und überarbeitungsbedürftig sein. Insoweit werden die Ausbaupotenziale der Wasserkraft künftig neu bewertet werden müssen.

Leipzig, 10.03.2023



Christian Falke

Rechtsanwalt



Helga Jakobi

Ass. Jur.